

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS

UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA

DE REGULACIÓN FINANCIERA

RESOLUCIONES

MINISTERIALES

JERÁRQUICAS

2013

BOLIVIA

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

Calle Bolívar N° 688

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS

Av. Camacho esq. Loayza N° 1413

Tel.: (591-2) 2203434

(591-2) 2201304

Fax: (591-2) 2200501

<http://www.economiayfinanzas.gob.bo>

Edición 2014

La Paz - Bolivia

INDICE

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS	PÁGINA
1. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 001/2013 DE 23 DE ENERO DE 2013..... RECURRENTE: FONDO FINANCIERO PRIVADO FORTALEZA S.A.	11
2. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 002/2013 DE 24 DE ENERO DE 2013..... RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	41
3. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 003/2013 DE 24 DE ENERO DE 2013 RECURRENTE: LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.	61
4. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 004/2013 DE 31 DE ENERO DE 2013 RECURRENTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.	103
5. MEFP/VPCF/N° 005/2013 DE 06 DE FEBRERO DE 2013 RECURRENTE: LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ	143
6. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 006/2013 DE 13 DE FEBRERO DE 2013 RECURRENTE: BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.	199
7. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 007/2013 DE 14 DE FEBRERO DE 2013..... RECURRENTE: SANDRA GRISEL ASBUN DE ZALAUQUET	241
8. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 008/2013 DE 22 DE FEBRERO DE 2013..... RECURRENTE: ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI	269
9. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 009/2013 DE 28 DE FEBRERO DE 2013 RECURRENTE: LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.	305
10. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 010/2013 DE 01 DE MARZO DE 2013..... RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	331
11. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 011/2013 DE 01 DE MARZO DE 2013 RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	367
12. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 012/2013 DE 07 DE MARZO DE 2013 RECURRENTE: ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"	393

13. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 013/2013 DE 01 DE ABRIL DE 2013	443
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	
14. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 014/2013 DE 08 DE ABRIL DE 2013	475
RECURRENTE: SEGUROS ILLIMANI S.A.	
15. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 015/2013 DE 08 DE ABRIL DE 2013	505
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	
16. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 016/2013 DE 08 DE ABRIL DE 2013	521
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	
17. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2013 DE 08 DE ABRIL DE 2013	559
RECURRENTE: ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"	
18. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 018/2013 DE 16 DE ABRIL DE 2013	603
RECURRENTE: SINCHI WAYRA S.A.	
19. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 019/2013 DE 17 DE ABRIL DE 2013	647
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA	
20. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 020/2013 DE 17 DE ABRIL DE 2013	675
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALEN" LTDA.	
21. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 021/2013 DE 17 DE ABRIL DE 2013	697
RECURRENTE: MONICA ZAPATA ARAMAYO	
22. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 022/2013 DE 03 DE MAYO DE 2013	723
RECURRENTE: RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI	
23. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 023/2013 DE 03 DE MAYO DE 2013	795
RECURRENTE: ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"	
24. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 024/2013 DE 10 DE MAYO DE 2013	855
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	

25. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2013 DE 10 DE MAYO DE 2013	897
RECURRENTE: COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.	
26. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 DE 13 DE MAYO DE 2013	951
RECURRENTE: NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	
27. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 027/2013 DE 03 DE JUNIO DE 2013	1011
RECURRENTE: SINCHY WAYRA S.A.	
28. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 028/2013 DE 04 DE JUNIO DE 2013	1051
RECURRENTE: BANCO ECONÓMICO S.A.	
29. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 029/2013 DE 04 DE JUNIO DE 2013	1099
RECURRENTE: LILIA AVILÉS DE CARVAJAL	
30. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 030/2013 DE 10 DE JUNIO DE 2013	1127
RECURRENTE: NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS	
31. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 031/2013 DE 10 DE JUNIO DE 2013	1159
RECURRENTE: NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	
32. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 032/2013 DE 10 DE JUNIO DE 2013	1215
RECURRENTE: NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	
33. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 033/2013 DE 11 DE JUNIO DE 2013	1251
RECURRENTE: NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	
34. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 034/2013 DE 14 DE JUNIO DE 2013	1281
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	
35. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 035/2013 DE 14 DE JUNIO DE 2013	1307
RECURRENTE: SEGUROS Y REASEGUROS "CREDINFORM" INTERNATIONAL S.A.	
36. MEFP/VPT/SIREFI N° 036/2013 DE 14 DE JUNIO DE 2013	1361
RECURRENTE: LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ	
37. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013 DE 14 DE JUNIO DE 2013	1415
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	
38. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 038/2013 DE 24 DE JUNIO DE 2013	1439
RECURRENTE: COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO	

39. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 DE 24 DE JUNIO DE 2013	1503
RECURRENTE: FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.	
40. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 040/2013 DE 24 DE JUNIO DE 2013	1559
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.	
41. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 041/2013 DE 03 DE JULIO DE 2013	1649
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	
42. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 042/2013 DE 04 DE JULIO DE 2013	1715
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	
43. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 043/2013 DE 08 DE JULIO DE 2013	1751
RECURRENTE: ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI	
44. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 044/2013 DE 09 DE JULIO DE 2013	1795
RECURRENTE: SEGUROS ILLIMANI S.A.	
45. MEFP/VPT/SIREFI N° 045/2013 DE 10 DE JULIO DE 2013	1829
RECURRENTE: LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ	
46. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 046/2013 DE 10 DE JULIO DE 2013	1855
RECURRENTE: FEDERACIÓN BOLIVIANA DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO "FEBOCAC"	
47. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 047/2013 DE 15 DE JULIO DE 2013	1929
RECURRENTE: NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	
48. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 048/2013 DE 19 DE JULIO DE 2013	1949
RECURRENTE: MIRIAN MARGOT TORRES ARMAS	
49. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 049/2013 DE 23 DE JULIO DE 2013.....	1973
RECURRENTE: MARCELINA ESPADA RIVERA	
50. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013 DE 23 DE AGOSTO DE 2013	2005
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	
51. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 051/2013 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2013	2143
RECURRENTE: MARTHA EMILIA DOTZAUER DE ELLEFSEN	

52. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 052/2013 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2013	2171
RECURRENTE: BANCO SOLIDARIO S.A.	
53. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 053/2013 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2013	2223
RECURRENTE: SEGUROS ILLIMANI S.A.	
54. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 054/2013 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2013	2259
RECURRENTE: LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.	
55. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 055/2013 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2013	2289
RECURRENTE: GIOVANA AURORA MARTINEZ ROYO, CARLA MICHEL BORDA, ROSARIO ARNEZ ZAPATA, IVÁN SIMÓN COSSIO, MARCIA GISELA FERREL QUINTANA, LESLIE PADILLA DE REYES, OSCAR GARCÍA OROZQUETA Y MARCELO TERÁN GRANDI	
56. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013 DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013	2373
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	
57. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 057/2013 DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013	2415
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	
58. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 058/2013 DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2013	2479
RECURRENTE: SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.	
59. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 059/2013 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2013	2513
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	
60. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 060/2013 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2013	2565
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	
61. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 061/2013 DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2013	2673
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	
62. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 062/2013 DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2013	2717
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	

63. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 063/2013 DE 08 DE OCTUBRE DE 2013	2759
RECURRENTE: ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI	
64. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 064/2013 DE 08 DE OCTUBRE DE 2013	2815
RECURRENTE: PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	
65. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 065/2013 DE 09 DE OCTUBRE DE 2013	2883
RECURRENTE: RUBÉN ANTONIO MARIANO GÓMEZ PEREIRA, CARLOS JAQUES DE GRANDCHANT SUÁREZ Y ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"	
66. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 066/2013 DE 09 DE OCTUBRE DE 2013	2979
RECURRENTE: SEGUROS ILLIMANI S.A.	
67. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 067/2013 DE 10 DE OCTUBRE DE 2013	3021
RECURRENTE: SEGUROS ILLIMANI S.A.	
68. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 068/2013 DE 10 DE OCTUBRE DE 2013	3061
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	
69. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 069/2013 DE 18 DE OCTUBRE DE 2013	3167
RECURRENTE: ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.	
70. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 070/2013 DE 21 DE OCTUBRE DE 2013	3221
RECURRENTE: RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR, HERNÁN JORGE OVANDO Y BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	
71. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 071/2013 DE 22 DE OCTUBRE DE 2013	3295
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	
72. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 072/2013 DE 23 DE OCTUBRE DE 2013	3345
RECURRENTE: ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI	
73. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 073/2013 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 2013	3371
RECURRENTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.	
74. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 074/2013 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 2013	3417
RECURRENTE: COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO	
75. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 075/2013 DE 06 DE NOVIEMBRE DE 2013	3461
RECURRENTE: FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.	

76. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 076/2013 DE 06 DE NOVIEMBRE DE 2013	3505
RECURRENTE: SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR S.A.	
77. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 077/2013 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2013	3541
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	
78. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 078/2013 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2013	3595
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	
79. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 079/2013 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2013	3735
RECURRENTE: FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	
80. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 080/2013 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2013	3791
RECURRENTE: NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	
81. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 081/2013 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2013	3849
RECURRENTE: COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO FÁTIMA LTDA.	
82. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 082/2013 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2013	3911
RECURRENTE: COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.	
83. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 083/2013 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2013	3945
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	
84. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 084/2013 DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2013	3977
RECURRENTE: SINCHI WAYRA S.A.	
85. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 085/2013 DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2013	4017
RECURRENTE: BANCO UNIÓN S.A.	
86. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 086/2013 DE 10 DE DICIEMBRE DE 2013	4055
RECURRENTE: CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.	
87. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 087/2013 DE 16 DE DICIEMBRE DE 2013	4107
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	
88. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 088/2013 DE 16 DE DICIEMBRE DE 2013	4141
RECURRENTE: SEGUROS Y REASEGUROS "CREDINFORM" INTERNATIONAL S.A.	

89. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 089/2013 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2013	4187
RECURRENTE: ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI	
90. ESTADÍSTICAS.....	4215



RECURRENTE

FONDO FINANCIERO PRIVADO FORTALEZA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 417/2012 DE 22 DE AGOSTO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 001/2013 DE 23 DE ENERO DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 001/2013

La Paz, 23 de Enero de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FORTALEZA S.A.**, y por el señor **NELSON GERMÁN GERARDO HINOJOSA JIMÉNEZ** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 417/2012 de 22 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el Recurso interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 259/2012 de 26 de junio de 2012, ambos actos pronunciados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 056/2012 de 31 de diciembre de 2012 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 005/2013 de 07 de enero de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 12 de septiembre de 2012, **el Fondo Financiero Privado Fortaleza Sociedad Anónima**, representada legalmente por su Gerente Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional Walter Fernando Orellana Rocha, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 005/2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública del distrito judicial de La Paz a cargo de la Dra. María Cristina Ibañez Brown y **el señor Nelson Germán Gerardo Hinojosa Jiménez** por sí, interponen Recurso Jerárquico contra la

Resolución Administrativa ASFI N° 417/2012 de 22 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el Recurso interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 259/2012 de 26 de junio de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 20 de septiembre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., y por el señor Nelson Germán Gerardo Hinojosa Jiménez, mismo que fue notificado el 27 de septiembre de 2012.

Que, el 31 de octubre de 2012, a horas 9:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota ASFI/DSR I/R-61545/2012 de 21 de mayo de 2012 notificó a Nelson Hinojosa Gerente General del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., con las presuntas contravenciones en las que habría incurrido, conforme el siguiente texto:

"...De la revisión a la información reportada al Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios de esta Autoridad de Supervisión, se ha establecido el presunto incumplimiento al artículo 1, Sección 2, Capítulo VIII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras por no haber efectuado el correcto registro de funcionarios del Fondo de acuerdo al anexo adjunto.

En consecuencia y a los efectos de lo establecido por el artículo 109 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), el artículo 1, Sección 3, Capítulo II, Título XIII del "Reglamento de Sanciones Administrativas" y el artículo único de la Sección 5, del "Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios", ambos contenidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se NOTIFICA a su persona como Gerente General del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles administrativos, computables a partir de la fecha de recepción de la presente notificación, para que efectúe los descargos y explicaciones pertinentes debidamente documentados..."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que, en fecha 11 de junio de 2012, mediante CITE. FFP/GG/EXT/063/2012 de 11 de junio de 2012, el señor Nelson Hinojosa, Gerente General del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., presentó descargos refiriendo lo siguiente:

1. *Mediante nota CITE: FFP/GG/EXT/054/2012 de fecha 24 de mayo del 2012 recibida por su Autoridad en fecha 25 de mayo del 2012 en el punto 2.1.7, se ha enviado la*

información regularizada y observada por su Autoridad de todos y cada uno de los mencionados en el anexo a la carta que se responde, excepto de los casos de los señores, Guillermo Sánchez Lanza, Danilo Boris Ugrinovic Santibáñez, Carlos Freddy Mendoza Quispe, Sina Añez Masabi y Mayra Karina Ríos Maldonado. (Se adjunta en fotocopia simple la carta mencionada con los descargos correspondientes).

2. Mediante nota CITE FFP/GG/EST/051/2012 de 14 de mayo del 2012 recibida por su Autoridad en la misma fecha, se ha enviado las correcciones de datos de los mencionados en el numeral 1) de la presente carta. (Se adjunta en fotocopia simple la carta mencionada con los descargos correspondientes).
3. Se debe tomar en cuenta que la información corregida, ha sido enviada a su Autoridad dentro del plazo previsto por la norma, es decir dentro de los diez días de haberse producido el hecho, cumpliendo así con la misma, como se puede evidenciar por los reportes enviados en línea por Fortaleza FFP S.A.
4. Por lo expuesto, solicitamos a su autoridad que, en cumplimiento al Art. 67 parágrafo II del Decreto Supremo 27175, proceda a la valoración de los descargos presentados en los anexos a la presente carta y conforme el Art. 68 de la misma norma legal, desestime la sanción administrativa por el presunto incumplimiento al Art.1 Sección 2, Capítulo VIII Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras con cuyo cargo hemos sido notificados”

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 259/2012 DE 26 DE JUNIO DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 259/2012 de 26 de junio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

- “PRIMERO.-** Sancionar al Gerente General del **FONDO FINANCIERO PRIVADO FORTALEZA S.A.**, con la multa pecuniaria equivalente a una remuneración mensual por el incorrecto registro de funcionarios en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios de esta Autoridad de Supervisión.
- SEGUNDO.-** La multa establecida deberá ser depositada en la Cuenta Fiscal N° 1-4678352 del BANCO UNIÓN S.A., a nombre de la “Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas”, en el plazo de quince días hábiles administrativos computables desde el momento de la notificación con la presente Resolución debiendo remitir a esta Autoridad de Supervisión una copia de la papeleta de depósito del abono realizado.
- TERCERO.-** En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del **FONDO FINANCIERO PRIVADO FORTALEZA S.A.** debiendo remitirse a este Organismo de Supervisión copia del Acta respectiva...”

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, la aplicación de sanciones administrativas constituye una de las atribuciones conferidas por el numeral 10 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras

(Texto Ordenado) a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su condición de Órgano Regulador y Supervisor de las entidades de intermediación financiera, cuya aplicación se encuentra sustentada por el Capítulo II, Título VIII de la citada Ley y reglamentada por normas específicas contenidas en la Sección I, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, ajustándose a los lineamientos establecidos en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que ratifica la jurisdicción administrativa y competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, el artículo 66 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera" dispone en el párrafo I, que establecida la existencia de infracciones, el Superintendente respectivo (actualmente Directora Ejecutiva) notificará a los presuntos infractores con los cargos impugnados advirtiéndoles que de no presentar pruebas de descargo o justificaciones en el término establecido se emitirá la respectiva Resolución.

Que, el Parágrafo II del artículo 67 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera", establece que presentados los descargos o transcurrido el plazo sin que ello hubiera ocurrido, se procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicando el principio de la sana crítica y valoración razonada de la prueba, no pudiendo en ningún caso ignorar o dejar de evaluar los descargos presentados, garantizando en todo momento el pleno ejercicio de defensa.

Que, el artículo 68 del Decreto 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera", dispone que en el plazo de diez días hábiles administrativos siguientes al vencimiento del término de prueba, se dictará Resolución imponiendo o desestimando la sanción administrativa con los fundamentos de hecho y de derecho.

Que, el artículo 61 del Reglamento de Sanciones contenido en el Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que: "cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el o la Director (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)".

Que, el artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que las entidades financieras, sus directores, síndicos gerentes y empleados que contravengan las disposiciones de la Ley o normas reglamentarias, se harán pasibles a la imposición de: "...5) Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta (5) veces la remuneración mensual del infractor. Estas sanciones serán aplicables a la entidad".

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 1, Sección 2, del “Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios”, contenido el Capítulo VIII del Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que las entidades supervisadas deben mantener actualizado el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, reportando toda designación o cambio de titulares y suplentes de los miembros del Directorio u órganos equivalentes, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, así como las firmas autorizadas en un plazo no mayor a los diez (10) días hábiles, después de haberse producido el hecho, a través de la página de captura del Sistema de Registro.

Que, el artículo Único, de la Sección 5 del Reglamento citado anteriormente, señala que es responsabilidad del Gerente General efectuar el control y seguimiento de la información registrada en el Sistema de Registro de ASFI, en cuanto a su seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad. El incumplimiento de esta responsabilidad, dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas.

CONSIDERANDO:

Que, en la evaluación de los descargos presentados por el Gerente General del **FONDO FINANCIERO PRIVADO FORTALEZA S.A.**, mediante carta FFP/GG/EXT/063/2012 de 11 de junio de 2012, se tomó en cuenta que las observaciones que dieron lugar a la Nota de Cargos fueron hallazgos de la Inspección de Riesgo Operativo con corte al 31 de enero de 2012 y puestas en conocimiento de la entidad mediante carta ASFI/DSR I/R-49786/2012 de 24 de abril de 2012, a fin de que el Fondo regularice dichas observaciones hasta el 30 de mayo de 2012.

Que, dado que dichos hallazgos no se adecuaban a las especificaciones del artículo 1, Sección 2, Capítulo VIII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en cumplimiento de lo establecido por el artículo único, Sección 5, Capítulo VIII del Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se emitió la Nota de Cargos contra el Gerente General de Fortaleza S.A. para que éste, dentro del plazo establecido presente descargos sobre el presunto incumplimiento a la norma, independientemente de las regularizaciones que el Fondo efectúe a las observaciones. Es decir, si bien esta Autoridad puso en conocimiento del Fondo las observaciones derivadas de la inspección y le otorgó plazo para que pueda regularizarlas, este trámite es ajeno al proceso administrativo que se inició contra el Gerente General por el presunto incumplimiento normativo que dicha observación generó.

Que, cuando el Gerente General del **FONDO FINANCIERO PRIVADO FORTALEZA S.A.**, en sus argumentos de descargo señala que mediante cartas FFP/GG/EXT/054/2012 de 24 de mayo de 2012 y FFP/GG/EST/051/2012 de 14 de mayo de 2012, informó a esta

Autoridad de Supervisión sobre la regularización de las observaciones dentro del plazo establecido, está haciendo referencia a las acciones correctivas que el Fondo debía implementar hasta el 30 de mayo de 2012, de acuerdo a la instrucción emitida por esta Autoridad de Supervisión en la carta ASFI/DSR I/R-49786/2012 de 24 de abril de 2012. Sin embargo, estos argumentos no desvirtúan el presunto incumplimiento normativo notificado al Gerente General al ser su responsabilidad, de acuerdo al artículo único, Sección 5, Capítulo VIII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras el efectuar el control y seguimiento de la información registrada en el Sistema de Registro de esta Autoridad de Supervisión en cuanto a su seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad.

Que, adicionalmente las acciones correctivas realizadas por la entidad fueron hechos posteriores, tendientes a subsanar la observación, pero es importante que se modifiquen dichos registros cuando se contratan a funcionarios o los desvinculan, siendo responsabilidad del Gerente General la actualización oportuna, según lo dispone el Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios.

Que, en ese sentido, los argumentos expuestos por el Gerente General del **FONDO FINANCIERO PRIVADO FORTALEZA S.A.**, no desvirtúan el incumplimiento notificado.

CONSIDERANDO:

Que, para la modulación de la sanción debe considerarse lo señalado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de septiembre de 2005, en la que se señala que: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".

Que, en el presente caso se debe tomar en cuenta que: a) el hecho se encuentra previsto en el artículo 1; Sección 2, Capítulo VIII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, b) el incorrecto registro de los funcionarios fue identificado en Inspección de Riesgo Operativo con corte al 30 de enero de 2012 y ratificado por el Fondo a través de la carta FFP/GG/(EXT/054/2012 de 24 de mayo de 2012, adjunta a la carta de descargos presentada por el Gerente General FFP/GG/EXT/063/2012 de 11 de junio de 2012, c) al momento de ponderar las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la debida proporcionalidad de los

hechos imputados y la responsabilidad, se tomó en cuenta que la Gerencia General tiene como responsabilidad efectuar el seguimiento y monitoreo de la información que se registra en el Sistema de Registro de Funcionarios de esta Autoridad y que la omisión implica la existencia de negligencia en la gestión. Por otra parte, se tomó en cuenta que no existieron perjuicios que hayan sido de conocimiento de este Órgano de Supervisión ni antecedentes de reincidencia.

Que, a través del Informe Técnico - Legal ASFI/DSR I/R-77271/2012 de 26 de junio de 2012, se efectuó la evaluación de los descargos presentados por el Gerente General del **FONDO FINANCIERO PRIVADO FORTALEZA S.A.**, de acuerdo con los principios de sana crítica y la debida observancia de las disposiciones legales citadas en la presente Resolución, concluyendo que los descargos no desvirtúan el cargo notificado recomendando de acuerdo a lo establecido por el numeral 5 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) la imposición administrativa de multa equivalente a una remuneración mensual del Gerente General del Fondo.

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 24 de julio de 2012, Walter Fernando Orellana Rocha, Gerente General Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional en su calidad de Apoderado del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 259/2012 de 26 de junio de 2012 refiriendo lo siguiente:

Que, en el caso de autos, se procedió a la regularización de la información por lo que al haber corregido el error, no correspondía sancionar con una multa debido a que no habría existido dolo ni culpa y existiría una excusa absolutoria, por lo que solicitan revocar la sanción dada al Gerente General del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A.

Que, en fecha 10 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Auto mediante el cual otorga al Gerente General del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., un plazo de 5 días hábiles computables a partir de la notificación con dicho Auto, para que subsane la observación al Testimonio Poder N° 005/2012 de 10 de enero de 2012, en razón a que el poder acreditado por Walter Fernando Orellana Rocha es presentado en su calidad de apoderado y representante del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. y no así como apoderado y representante de Nelson Hinojosa.

Que, en fecha 21 de agosto de 2012, Walter Fernando Orellana Rocha, Gerente Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional, en su calidad de apoderado del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., presenta memorial refiriendo que el Recurso de Revocatoria presentado por Fortaleza debe ser admitido por los principios de Informalismo y de *Pro Actione*.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 417/2012 DE 22 DE AGOSTO DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 417/2012 de 22 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó declarar **IMPROCEDENTE** el Recurso de Revocatoria presentado por Walter Fernando Orellana Rocha, Gerente Nacional

de Planificación y Desarrollo Operacional del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., en fecha 24 de julio de 2012, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 259/2012 de 26 de junio de 2012.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, el artículo 232 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, determina que la administración pública se rige por los principios de legitimidad, legalidad, imparcialidad, publicidad, compromiso e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados.

Que, el artículo 331 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia establece que: “Las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la Ley.”

Que, el párrafo I del artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional establece que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras. Esta institución tendrá carácter de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, señala que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y además de las funciones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente Constitucional del Estado, designó a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista, como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala en el inciso c) respecto al “Principio de sometimiento pleno a la Ley”, que la administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso.

Que, el mismo artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala en el inciso f) respecto al “Principio de Imparcialidad”, que las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados.

Que el artículo 11, parágrafo I. de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2012, manifiesta: "Toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda".

Que, el artículo 13, parágrafo I. de la misma Ley procedimental señala: "Toda persona que formule solicitudes a la Administración Pública podrá actuar por sí o por medio de su representante o mandatario debidamente acreditado."

Que, el artículo 27 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala que se considera acto administrativo, a toda declaración, disposición o decisión de la administración pública, de alcance general o particular emitida en el ejercicio de la potestad administrativa, normada, discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidas en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado; consiguientemente es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo.

Que, el artículo 61 de la referida Ley expresa: "Los recursos administrativos previstos en la presente Ley, serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término, no cumplierse las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables o si no cumplierse el requisito de legitimación establecido en el Artículo 11° de la presente Ley."

Que, por otra parte, el artículo 15 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, manifiesta: "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos"

Que, el artículo 38 del mismo Reglamento procedimental para el SIREFI, señala: "Los recursos se presentarán, dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio."

Que, el parágrafo I del artículo 39, señala que; "Advertida la omisión de requisitos formales subsanables que, a juicio del Superintendente, requiera de un acto del recurrente para ser subsanada, éste será intimado a subsanarla dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos, bajo apercibimiento de rechazo del recurso."

Que, el artículo 43, parágrafo I, inciso d) del Reglamento del SIREFI expresa: "Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: (...) d) Improcedentes. Cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumplierse con los requisitos exigidos."

CONSIDERANDO:

Que, previo al análisis de fondo del presente recurso, corresponde prima facie analizar el cumplimiento de la observación manifestada por este Órgano de Supervisión mediante Auto emitido en fecha 10 de agosto de 2012, la misma que fue respondida mediante memorial presentado en fecha 21 de agosto de 2012, por el señor Walter Fernando Orellana Rocha, en su calidad de Gerente Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., por lo que corresponde analizar los argumentos expuestos en el citado memorial señalando al respecto:

SOBRE LA FRACTURA DEL PRINCIPIO DE INFORMALISMO Y REPRESENTACIÓN PERFECTA DEL FONDO FINANCIERO PRIVADO FORTALEZA S.A.

Corresponde hacer referencia al **principio de informalismo** del cual el Tribunal Constitucional, en la **SC 0642/2003-R de 8 de mayo** expresó que: "(...) el principio de informalismo **consiste en la excusación de la observancia de exigencias formales no esenciales y que pueden cumplirse después**, por ejemplo la errónea calificación del recurso (Juan Francisco Linares, Derecho Administrativo, Editorial Astrea, pág. 348); la excusación referida, debe ser interpretada siempre a favor del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica in dubio pro actione, o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio al derecho a la acción, para asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. Por consiguiente en virtud a ese principio de informalismo, la autoridad administrativa podrá interpretar el recurso no de acuerdo a la letra del escrito, sino conforme a la intención del recurrente, **corrigiendo equivocaciones formales de los administrados** (Roberto Dromi, *El Procedimiento Administrativo y Derecho Administrativo*, ambas Ediciones Ciudad Argentina, págs. 78-79 y 846, respectivamente). (Negritas y subrayado no es parte del texto original).

En coherencia al principio de informalismo, se tiene al **principio de favorabilidad**, entendido por este Tribunal en **SC 136/2003-R**, en sentido de que '...el intérprete está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional'; **de acuerdo al sentido de ambos principios (informalismo y favorabilidad), con la finalidad de garantizar el debido proceso y derecho de defensa del administrado o de quien se encuentra siendo procesado, el ordenamiento administrativo permite a la autoridad administrativa realizar una interpretación favorable al procesado, corrigiendo esas equivocaciones formales en las que incurrió quien está siendo administrado.** (Negritas y subrayado no es parte del texto original).

Que, en este sentido, es pertinente señalar lo que establece el párrafo I del artículo 13 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que establece sobre la **REPRESENTACIÓN**, "Toda persona que formule solicitudes a la Administración Pública podrá actuar por sí o por medio de su representante o mandatario debidamente acreditado".

Que, en ese mismo orden es menester señalar lo que establecen los artículos 15 y 16 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación

Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que lo referente a la **LEGITIMACIÓN** señalan:

Artículo 15.- (Personas Interesadas y Legitimación). Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, **podrá impugnar esa resolución** mediante la interposición de los recursos administrativos.

Artículo 16.- (Representación y Unificación).

- I. Los sujetos regulados y las personas señaladas en el artículo anterior podrán actuar por sí o por medio de su representante o mandatario, debidamente acreditado, mediante la presentación del respectivo poder notarial.

Que, para la interposición del procedimiento recursivo contenido en el Capítulo V del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, sobre la forma de presentación y requisitos de los recursos previstos por el artículo 38 y 39, expresamente señala:

Artículo 38.- (Forma de Presentación y Requisitos). Los recursos se presentarán, dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, **acreditando personería** y señalando domicilio.

Artículo 39.- (Omisión de Requisitos Formales Subsanables).

- I. **Advertida la omisión de requisitos formales subsanables** que, a juicio del Superintendente, requiera de un acto del recurrente para ser subsanada, éste será intimado a subsanarla dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos, bajo apercibimiento de rechazo del recurso.

Que, de acuerdo a la revisión efectuada al Testimonio de Poder N° 005/2012 de 10 de enero de 2012, otorgado en Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 097 a cargo de la Dra. María Cristina Ibañez B. del Distrito Judicial de La Paz, el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., "Fortaleza F.F.P. S.A.", otorga Poder Especial, Amplio y Suficiente a favor de Walter Fernando Orellana Rocha, en su calidad de Gerente Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., para que ejerza su mandato en nombre y representación legal de la citada entidad, más no en representación del Gerente General, por lo que dicho apoderado puede hacer uso de las siguientes facultades:

"PRIMERA.- De forma conjunta con cualquier otro personero legalmente acreditado para el mismo efecto, representar a **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO S.A.** ante cualesquier autoridad y organismo bancario, entidades financieras, organismo administrativo y/o judicial, ante entidades y/o instituciones centralizadas, descentralizadas, autónomas, autárquicas municipales, Servicio de Impuestos nacionales (SIN), instituciones laborales, oficinas de organismos internacionales,

Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI", (...) las negrillas y el subrayado es nuestro.

“DÉCIMA SEGUNDA.- En su condición de Gerente Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional, no podrá recibir citaciones con demandas, procesos de arbitraje y cualquier otro procedimiento judicial, a este efecto la representación legal de FORTALEZA F.F.P. S.A. solo le corresponde al Presidente del Directorio, sin embargo de lo expuesto, el apoderado podrá apersonarse ante el Tribunal Constitucional Plurinacional **y dando por bien hecho lo actuado por el mandatario, en representación de FORTALEZA F.F.P. S.A.** enjuiciar y seguir lo enjuiciado en todos sus grados e instancias hasta su conclusión, demandar y contestar demandas, reconvenir y contestar reconveniciones dentro de procesos de conocimiento, ordinarios, civiles, coactivos civiles, ejecutivos, penales, comerciales, sociales, laborales, tributarios, administrativos, interponer recursos de revocatoria y jerárquicos contra resoluciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y otras Autoridades de Supervisión”, (...) las negrillas y subrayado es nuestro.

Que, de acuerdo a las facultades señaladas en la cláusula **DÉCIMA SEGUNDA** del Testimonio de Poder N° 005/2012 de 10 de enero de 2012, claramente se advierte que el mandato que ejerce el señor Walter Fernando Orellana Rocha, en su calidad de Gerente Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., lo realiza en representación del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. “Fortaleza F.F.P. S.A. y no en representación del Gerente General, señor Nelson Germán Gerardo Hinojosa Jiménez, como correspondía.

Que, es pertinente recordar al recurrente que mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 259/2012 de 26 de junio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió sancionar al señor Nelson Germán Gerardo Hinojosa Jiménez, en su calidad de Gerente General del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., con la multa pecuniaria equivalente a una remuneración mensual por el incorrecto registro de funcionarios en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios de esta Autoridad de Supervisión.

Que, en este sentido, el recurso de revocatoria presentado por el señor Walter Fernando Orellana Rocha, en su calidad de Gerente Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., lo realiza en representación legal del “Fondo Financiero Privado Fortaleza” S.A. “Fortaleza F.F.P. S.A.”, y no como corresponde en representación del sancionado Nelson Germán Gerardo Hinojosa Jiménez, Gerente General del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., considerando que la sanción aplicada es al citado funcionario por infracción a la normativa regulatoria en ejercicio de su cargo.

Que, la observación efectuada al Testimonio de Poder N° 005/2012 de 10 de enero de 2012, es corroborado por el memorial de respuesta de fecha 21 de agosto de 2012, cuando literalmente señala lo siguiente: **“Como se podrá apreciar la representación del Walter Rellana (sic) Rocha, es ejercida en nombre del FONDO FINANCIERO PRIVADO FORTALEZA S.A. y no en nombre del Lic. Nelson Hinojosa J. como persona privada o particular, por cuyo motivo la observación que realiza la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es totalmente errática y fuera de norma procedimental.”**

Que, dicho criterio no se ajusta a lo establecido por el artículo 38 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que lo referente a la presentación y requisitos de los recursos señala; **“Los recursos se presentarán, dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio.”**

Que, este aspecto fue debidamente observado por esta Autoridad de Supervisión mediante Auto de fecha 10 de agosto de 2012, por cuanto la cláusula **DÉCIMA SEGUNDA** del Testimonio de Poder N° 005/2012 de 10 de enero de 2012, no torga facultad para representar al Gerente General del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., sino a la entidad que es el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., que en el presente caso corresponde aclarar al impetrante que no es precisamente la entidad la sancionada por efecto de la Resolución Administrativa ASFI N° 259/2012 de 26 de junio de 2012, sino que la sanción fue aplicada al señor Nelson Germán Gerardo Hinojosa Jiménez, como Gerente General de la citada entidad.

Que, en alusión a la supuesta contradicción de este Órgano de Supervisión cuando tramitó el Recurso de Revocatoria que finalizó con la emisión de la Resolución ASFI N° 386/2012 de 9 de agosto de 2012, donde el Poder Nro. 005/2012 de 10 de enero de 2012, no habría sido observado en lo absoluto por ASFI, corresponde aclarar al recurrente que en el citado caso, el recurso fue debidamente planteado **por la entidad** a través del apoderado del Fondo Financiero Privado FORTALEZA S.A., quién efectivamente presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 241/2012 de 18 de junio de 2012, la cual surte efectos jurídicos con la entidad financiera mencionada, consideró para este efecto la debida representación de la entidad recurrente, esta Autoridad de Supervisión procedió a la tramitación correspondiente del citado recurso de revocatoria.

Que, lo expuesto precedentemente, no se ajusta al presente recurso de revocatoria, por cuanto en el presente caso la situación es distinta, considerando que la representación que ejerce el señor Walter Fernando Orellana Rocha, Gerente Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. **lo realiza en representación de la entidad y no como apoderado del Gerente General del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A.**, este aspecto claramente se puede advertir del contenido de la cláusula **DÉCIMA SEGUNDA** del Testimonio de Poder N° 005/2012 de 10 de enero de 2012, por cuanto no otorga facultad para interponer a nombre del sancionado el recurso de impugnación previsto en el artículo 38 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el cual textualmente señala: **“Los recursos se presentarán, dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio.”**

Que, por este motivo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en cumplimiento a lo previsto por el parágrafo I del artículo 39 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, referido a la **(Omisión de Requisitos Formales Subsanables)** señala expresamente; **“I. Advertida la**

omisión de requisitos formales subsanables que, a juicio del Superintendente, requiera de un acto del recurrente para ser subsanada, éste será intimado a subsanarla dentro del plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos, bajo apercibimiento de rechazo del recurso.", procedió a la emisión del Auto de fecha 10 de agosto de 2012, para en el plazo de cinco días hábiles subsane la observación planteada respecto a la falta de representación que infiere el Testimonio de Poder N° 005/2012 de 10 de enero de 2012.

Que, de las normas anteriormente citadas, se concluye que entre los requisitos formales que debe cumplir el recurrente a tiempo de formular los recursos en la vía administrativa, se encuentra la obligación de acreditar correctamente la personería del apoderado, especificando de forma clara el mandato que debe ejercer.

CONSIDERANDO:

Que, los lineamientos a los que se refiere el Principio de Informalidad y Principio Pro Actione invocados por el recurrente, en sentido que la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo, **no excluye al principio de sometimiento pleno a la ley** establecido en el artículo 4º, inciso c) de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo que textualmente indica: **“La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso.”**

Que, tanto la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341, en el artículo 13, parágrafo I. y el Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, en el artículo 16º, parágrafo I. manifiestan que los recurrentes ante la Administración Pública deberán estar debidamente acreditados, mediante la presentación del respectivo poder notarial.

Que, con respecto a los modos de resolver los recursos administrativos, el artículo 43 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, es claro al señalar que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes. Sin embargo, también resulta cierto que el artículo 39, parágrafo I del mismo Reglamento manifiesta que ante la omisión de requisitos formales que, a juicio de la Autoridad Administrativa, requiera de un acto recurrente para ser subsanada, se intimará para hacerlo en un plazo de cinco días, **bajo apercibimiento de rechazo del recurso**, lo cual se encuentra debidamente inserto en el Auto de 10 de agosto de 2012.

CONSIDERANDO:

Que, de la evaluación de los fundamentos expuestos en el memorial presentado en fecha 21 de agosto de 2012, por el señor Walter Fernando Orellana Rocha, en su calidad de Gerente Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., en mérito de las disposiciones legales analizadas precedentemente, se establece que el sancionado Gerente General del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., señor Nelson Germán Gerardo Hinojosa Jiménez, no ha subsanado la observación señalada en el Auto de 10 de agosto de 2012, ya que no

existe documento alguno que acredite su representación legal en el presente recurso de revocatoria.

Que, en estricta aplicación del artículo 43° del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI, el parágrafo I. inciso d) manifiesta que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán improcedentes cuando se hubiere interpuesto fuera del plazo señalado o cuando el recurrente no cumpliera con los requisitos exigidos.

Que, es necesario puntualizar al recurrente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero enmarca su accionar y decisiones en cumplimiento al mandato constitucional establecido por el parágrafo I del artículo 332, la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y el Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que, de acuerdo con el Informe ASFI/DAJ/R-103074/2012 de 21 de agosto de 2012, las omisiones no subsanadas en el memorial de respuesta presentado en fecha 21 de agosto de 2012, por el señor Walter Fernando Orellana Rocha, Gerente Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., representan vulneración a los requisitos esenciales para la admisión y consideración del Recurso de Revocatoria interpuesto mediante el memorial de fecha 24 de julio de 2012, conforme está establecido en los artículos 13, parágrafo I, de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002 y el artículo 16, parágrafo I, del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, sin ingresar al fondo del Recurso, corresponde emitir Resolución Administrativa declarando improcedente el presente Recurso de Revocatoria...”

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 12 de septiembre de 2012, el Fondo Financiero Privado Fortaleza Sociedad Anónima y el señor Nelson Germán Gerardo Hinojosa Jiménez interponen Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 417/2012 de 22 de agosto de 2012, argumentando lo siguiente:

“...5. Relación de Derecho

El presente Recurso Jerárquico en contra de la Resolución ASFI N° 417/2012 del 22 de agosto de 2012 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se presenta amparado en las previsiones legales contenidas en el artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, el artículo 16 inciso a) y artículos 66, 67 y 68 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con los artículos 52 a 61 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera -SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 del 15 de septiembre de 2003.

6. Fundamentación

6.1. Errática Interpretación sobre la Legitimación Activa y Violación del artículo 102 de la Ley Nro. 1488.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la resolución que es objeto de recurrencia, manifiesta que la legitimación activa de la revocatoria presentada en fecha 24 de julio de 2012 es observable e inadmisibles, declarando mediante acto administrativo definitivo contenido en la Resolución ASFI Nro. 417/2012 del 23 de agosto de 2012, la **improcedencia** de dicho medio de defensa, desconociendo de esta forma los principios procesales esenciales, establecidos en el artículo 3 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo y normatividad conexas.

Sobre el particular la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al momento de realizar el análisis sobre la legitimación activa, omite verificar lo establecido en el artículo 11 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo que dispone:

Artículo 11.- Toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o **interés legítimo** se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda.

En consecuencia, el argumento relativo a la falta de Legitimación Activa en el proceso recursivo, es totalmente inconsistente ya que en el escenario jurídico más elemental el Regulador debió interpretar que mi persona acudía revestido "interés legítimo" para la interposición del Recurso de Revocatoria.

Por otra parte, respecto a la forzada diferencia que realiza el Regulador, manifestando que sanción es hacia la persona y no hacía (sic) la entidad es totalmente estéril e ilegal jurídicamente, ya que cuando se aplica el numeral 5) del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras en todos los casos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, está sancionado (sic) **a personas jurídicas y no así a apersona (sic) naturales**, aspecto legal que se puede observar nítidamente de la lectura del artículo 102 de la Ley Nro. 1488 de Bancos y entidades Financieras, que dispone:

"ARTÍCULO 102.- Las multas y sanciones establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99 serán aplicables a la institución financiera como **PERSONA JURÍDICA...**".

A mayor abundamiento, con el objetivo de demostrar que la ASFI elaboró la Notificación de Cargos aplicando la sanción hacía (sic) la persona jurídica y no así a la persona privada del Gerente General, recurrimos a la propia documentación pública generada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, donde en los considerandos de la Resolución Sancionatoria 259/2012 del 25 de junio de 2012, se puede encontrar la siguiente redacción y confesión administrativo-regulatoria:

"Que a través de Informe Técnico- Legal ASFI/DSR I/R-77271/2012 del (sic) 26 de junio de 2012, se efectuó la evaluación de los descargos presentados por el Fondo Financiero Privado FORTALEZA S.A., de acuerdo con los principios de la Sana Crítica y la debida observancia de las disposiciones legales citadas en la presente resolución, concluyendo que los descargos no desvirtúan el cargo notificado recomendado de acuerdo a los establecido por el **numeral 5**

del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) la imposición administrativa de multa equivalente a una remuneración mensual del Gerente General del Fondo".

Como se podrá apreciar, en una simple concordancia del artículo 99 numeral 5) y el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, se puede evidenciar que la sanción está orientada a la **PERSONA JURÍDICA** y no así a la persona privada, tal como fuera erráticamente manifestado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución ASFI Nro. 417/2012 del 22 de agosto de 2012.

En ese sentido, el Recurso de Revocatoria, que fue presentado en fecha 24 de julio de 2012 por mi persona en representación del FONDO FINANCIERO PRIVADO FORTALEZA S.A., es perfectamente legal y cumple con las previsiones legales del artículo 13 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo y debió ser debidamente tramitado por la ASFI y no ser declarado improcedente por la forzada e ilegal interpretación de la ASFI, lo cual conculca incluso derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y podría generar responsabilidades por la función pública, en el marco de lo previsto por el artículo 28 inciso a) de la Ley Nro. 1178 de Administración y Control Gubernamentales.

CONCLUSIÓN

En mérito a lo expuesto, queda demostrado en el escenario jurídico más elemental la aplicación perfecta de los artículos 11 y 16 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, relativos a legítimo interés y representación, al momento de presentar la revocatoria.

Adicionalmente, bajo plena prueba queda demostrado "dogmáticamente" que el hecho de que la ASFI en la Resolución Nro. 417/2012 del 22 de agosto de 2012, deniegue el derecho de la segunda instancia revocatoria, manifestando que la sanción fue a la persona privada y natural del Gerente General y no así a la persona jurídica, es totalmente falsa, siendo que para este efecto dentro del dogma administrativo se debe realizar un simple análisis del artículo 99 numeral 5) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y el artículo 102 del mismo cuerpo legal, todos ellos sustentados por evidencias documental generada en la propia entidad pública.

6.2. Omisión de Pronunciarse sobre el fundamento del Principio Pro Actione en la respuesta del Auto de 10 de Agosto de 2012.

En relación a este punto, corresponde poner en atención de su Autoridad Jerárquica, que existen obligación (sic) de los entes gubernamentales para pronunciarse sobre todos y cada uno de los argumentos que fueron esgrimidos por un administrado, aspecto que fue totalmente omitido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al momento de emitir la Resolución ASFI Nro. 417/2012 del 22 de agosto de 2012.

Dentro de la revocatoria presentada en contra de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se manifestó que a los efectos legales que en Derecho corresponden se debe considerar la previsión legal del PRINCIPIO PROACTIONE, consagrado para la Sede Administrativa en las Sentencias Constitucionales Nrs. SSCC. 1044/03 - R de 22 de julio, 1707/03-R de 24 de noviembre, y 1111/04-R del 14 de julio que son uniformes al establecer la línea jurisprudencial, que dispone:

"...El Principio Pro Actione, que tiende a garantizar a toda persona el acceso a los recursos y medios impugnativos, desechando todo rigorismo o formalismo excesivo, que impida obtener un pronunciamiento judicial o administrativo sobre las pretensiones o agravios invocados..."

Sobre el particular, curiosamente la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no se pronuncia sobre este argumento, omitiendo de esta forma cumplir con los requisitos de validez establecidos a los Actos Administrativos, conforme el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341, que obliga a fundamentar y pronunciarse sobre todos y cada uno de los aspectos mencionados en una respuesta del administrado.

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

A mayor abundamiento el hecho de no haberse pronunciado sobre la respuesta al Auto de 10 de Agosto de 2012, presentado por nuestra entidad el 17 de agosto de 2012, es una violación flagrante al Principio de Congruencia y al de Fundamentación.

Se debe considerar que la usencia (sic) de fundamentación, también es precedente de otro síntoma de nulidad conexo, el cual es conocido en el marco del Derecho Administrativo como la violación de **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA**, por el cual;

"no puede existir una parte resolutiva en una resolución administrativa que no esté dotada de una fundamentación de la parte considerativa de la misma".

Se debe tomar en cuenta que el Tribunal Constitucional ha desarrollado abundante y uniforme jurisprudencia acerca de los Principios de Fundamentación y Congruencia de las resoluciones administrativas como elementos integrantes del Derecho al Debido Proceso; por ejemplo la SC 1057/2011-R de 1 de julio, entre otras, en relación a la congruencia ha establecido:

"... el juzgador o regulador también deberá observar estrictamente el principio de congruencia, el mismo que no solo requiere ser respetado en el transcurso del proceso entre una y otra resolución, sino que también es de observancia en el texto de una resolución pues como establece el ordenamiento jurídico, toda resolución tiene una estructura básica que marca la estructura formal que tiene que respetarse: Así, en toda resolución, deben en principio identificarse las partes, una suma de las pretensiones así como también el objeto de la resolución, posterior a ello, tendrá que exponerse una parte relativa de lo demandado, otra relativa a los hechos comprobados por el juzgador, otra que exponga el razonamiento del juzgador más las normas legales que sustenten dicho razonamiento y finalmente la parte resolutiva que deberá - resulta por demás obvio - responder a las partes precedentes, lo que significa, que la decisión debe guardar completa correspondencia con todo lo expuesto a lo largo del texto de la (sic) resolución; si no se estructura de tal forma una

resolución, ésta carecerá de consecuencia, puesto que luego de analizar, relatar y analizar determinados hechos se llegaría a resultados distintos, que darían lugar no solo a la lesión del derecho a la seguridad jurídica que como hemos referido exige en el ámbito de la jurisdicción judicial en general la aplicación objetiva de las leyes, sino también se tendría como lesionado el principio referido y por ende el derecho al debido proceso, pues toda resolución es una construcción jurídica en la que el juzgador debe exponer todo no solo guardando la estructura formal sino que el fondo contenido en dicha estructura sea armónico, de modo que realmente su decisión resulte una unidad emergente del estudio que haga de la causa".

En ese mismo sentido la SC 1636/2010-R de 15 de octubre, ha desarrollado el principio de congruencia manifestando:

"El elemento de congruencia, o con más propiedad el principio de congruencia de las resoluciones judiciales es un elemento componente del debido proceso, en ese contexto, este Tribunal en la SC 1797/2003-R de 5 de diciembre, preciso (sic) que: 'Para que haya pertinencia entre lo apelado y lo resuelto, no es necesario que tenga que existir una coincidencia exacta entre los fundamentos del recurso con los argumentos (estimatorios o desestimatorios de la resolución, sino que a tiempo de resolverse el recurso ordinario, deben exponerse los motivos y las razones por las que se dio curso o no a la pretensión que motivo la apelación)".

En cuanto a la falta de fundamentación de las resoluciones, la SC 1375/2010 de 20 de septiembre, estableció:

"La motivación de las resoluciones es un elemento componente del derecho-garantía-principio del debido proceso, así lo ha entendido este Tribunal que en la SC 0937/2006-R de 25 de septiembre, al señalar que: "...las resoluciones que emiten las autoridades judiciales o administrativas, deben exponer los hechos, **realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenten la parte dispositiva de esas resoluciones**, exigencia que se torna aún más relevante cuando el Juez o Tribunal debe resolver. Este deber de fundamentación de las resoluciones judiciales o administrativas, se vincula tanto con la garantía del debido proceso como con el derecho a la seguridad jurídica. Así la SC 0752/2002-R de 25 de junio, recogiendo el entendimiento contenido en la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre, señaló que toda resolución "... debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenten la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho [debido proceso] que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al juez a tomar la decisión".

Como se podrá apreciar el hecho de que la Resolución Nro. ASFI 417/2012 del 22 de Agosto de 2012, adolezca de estas dos cualidades jurídicas administrativas imprescindibles, ha determinado su nulidad per-se., aspecto que deberá ser reparado en la instancia jerárquica.

CONCLUSIÓN.

Queda demostrado que la Resolución Nro. ASFI 417/2012 del 22 de agosto de 2012, al no cumplir con el requisito de fundamentación establecido en el artículo 28 Inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, omitiendo referirse y pronunciarse sobre el Principio Pro Actione que fue esgrimido en la respuesta al Auto del 10 de Agosto de 2012 de la ASFI, ha incurrido en una nulidad absoluta y en todo caso fractura el Principio de Congruencia establecidos por las normas de orden regulatorio e incluso constitucional.

7. Petitorio.

Por lo expuesto, por corresponder en derecho, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, buscando restituir nuestros derechos y aplicación de la ley, siendo evidente que la ASFI ha Incurrido en error de forma y de fondo en la emisión de la Resolución ASFI Nro. 417/2012 del 22 de agosto de 2012, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 66, 67 y 68 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo y artículos 52 a 61 de del (sic) Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. *Prima Fasie (sic), conforme el artículo 55 parágrafo II del Reglamento aprobado por Decreto supremo Nro. 27175, solicito se emita el correspondiente Auto de Admisión del Recurso Jerárquico y en forma posterior se cumpla con el procedimiento regular para agotar la instancia administrativa.*
2. *En mérito a lo previsto en el artículo 44 del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 27175, en resolución jerárquica proceda a **ANULAR** la Resolución ASFI N° 417/2012 de 22 de agosto de 2012 que determina la Improcedencia del Recurso de Revocatoria presentado por mi persona y el Auto de 10 de agosto de 2012 inclusive, presentados en calidad de Gerente Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., de fecha 24 de julio de 2012 y ante la reconducción procesal administrativa se proceda a la ejecución de la etapa impugnatoria conforme a procedimiento y reglamentación administrativa aplicable al SIREFI..."*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Que, **mediante nota de cargos** ASFI/DSR I/R-61545/2012 de 21 de mayo de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó **a Nelson Hinojosa, Gerente General del Fondo**

Financiero Privado Fortaleza S.A., por la presunta contravención en la que éste habría incurrido al no haber efectuado el correcto registro de funcionarios del Fondo de acuerdo a procedimiento.

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 259/2012 de 26 de junio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero **sanciona a Nelson Hinojosa**, (Gerente General del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A.), con una multa pecuniaria equivalente a una remuneración mensual por la infracción cometida.

Que, en fecha 24 de julio de 2012, Walter Fernando Orellana Rocha, Gerente General Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional **en su calidad de apoderado del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A.**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 259/2012 de 26 de junio de 2012.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 10 de agosto de 2012, emite Auto mediante el cual otorga a Nelson Hinojosa (Gerente General del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A.) que, en un plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir de la notificación del citado Auto, subsane la observación al Testimonio Poder N° 005/2012 de 10 de enero de 2012, en razón a que el mencionado poder, presentado por Walter Fernando Orellana Rocha, le otorga facultades de representación del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. y no así al Sr. Nelson Hinojosa.

Que, en fecha 21 de agosto de 2012, Walter Fernando Orellana Rocha, Gerente Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional en su calidad de apoderado del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., presenta memorial refiriendo que el Recurso de Revocatoria presentado por Fortaleza debe ser admitido por los principios de Informalismo y de "Pro Actione".

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 417/2012 de 22 de agosto de 2012, al no haberse subsanado lo requerido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó: **"...declarar IMPROCEDENTE el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 24 de julio de 2012, por Walter Fernando Orellana Rocha, Gerente Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., contra la Resolución Administrativa ASFI N° 259/2012 de 26 de junio de 2012..."**

Que, en fecha 12 de septiembre de 2012, el Fondo Financiero Privado Fortaleza Sociedad Anónima representado por el señor Walter Fernando Orellana Rocha, Gerente Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional, y el **señor Nelson Germán Gerardo Hinojosa Jiménez, Gerente General**, interponen Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 417/2012 de 22 de agosto de 2012.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

De los antecedentes desarrollados en el numeral 1 *ut supra*, se debe precisar que el presente recurso versa sobre si la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, actuó conforme a derecho, al declarar improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por Walter Fernando Orellana Rocha, Gerente General Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional, **en su calidad de representante del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A.**

Por lo que, en primer término, corresponde revisar la normativa administrativa aplicable en cuanto a la admisión del recurso en materia administrativa, para luego ingresar al control de legalidad correspondiente. Es así que tenemos:

- **Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341:**

“ARTICULO 56°. (Procedencia). I. Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

II. Para efectos de esta Ley, entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa.”

“ARTICULO 58°. (Forma de Presentación).- Los recursos se presentarán de manera fundada, **cumpliendo con los requisitos y formalidades**, en los plazos que establece la presente Ley.”

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

“ARTICULO 64°. (Recurso de Revocatoria).- El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto por el interesado ante la autoridad administrativa que pronunció la resolución impugnada, dentro del plazo de diez (10) días siguientes a su notificación.

“ARTICULO 13°. (Representación) I.Toda persona que formule solicitudes a la Administración Pública podrá actuar por sí o por medio de su **representante** o mandatario **debidamente acreditado**.

II. El representante o mandatario, **deberá exhibir poder notariado** para todas las actuaciones administrativas...”

(Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- **Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003**

Artículo 37.- (Procedencia). Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, que tengan alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado o interesado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. La resolución definitiva es aquella que define la cuestión sometida a un trámite dentro del SIREFI.”

“Artículo 38.- (Forma de Presentación y Requisitos). Los recursos se presentarán, dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, **ACREDITANDO PERSONERÍA** y señalando domicilio.”(Negrilla, mayúscula y subrayado inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

“Artículo 39.- (Omisión de Requisitos Formales Subsanables). I. Advertida la omisión de requisitos formales subsanables que, a juicio del Superintendente, requiera de un acto del recurrente para ser subsanada, éste será intimado a subsanarla dentro del plazo

máximo de cinco (5) días hábiles administrativos, bajo apercibimiento de rechazo del recurso.

II. En el caso que el recurrente incurriere en un error de aplicación o designación, el Superintendente respectivo determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada, debiendo orientar adecuadamente al recurrente”.

“Artículo 16.- (Representación y Unificación). I. Los sujetos regulados y las personas señaladas en el artículo anterior podrán actuar por sí o por medio de sus representantes o mandatario, debidamente acreditado, **mediante la representación del respectivo poder notarial...**” (Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

“Artículo 47.- (Procedencia). I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento...”

2.1. De los elementos para la admisión.-

De la norma transcrita, se tiene que los elementos para la admisión que debe considerar la Autoridad reguladora **específicos para el caso** de autos, son los siguientes:

- a) La existencia de Resolución definitiva que le afecte o cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente.
- b) El cumplimiento de requisitos formales encontrándose entre ellos la acreditación de personería del interesado y la presentación dentro del plazo.

Por lo que, corresponde verificar el cumplimiento de los elementos señalados, conforme se procede a continuación.

2.1.1. De la legitimación del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A.-

Conforme sale de los fundamentos del Recurso Jerárquico presentado, así como de la Resolución Administrativa recurrida, se tiene que en el caso de autos, no existe duda alguna respecto a la Resolución definitiva impugnada y la presentación del recurso dentro de plazo, por lo que corresponde revisar la legitimación del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A.

A efectos de dicha determinación, se debe precisar los conceptos de interés legítimo y legitimación activa, para ello recurrimos a la doctrina, conforme se procede a continuación.

Eduardo Couture, expresa que la legitimación activa, es la capacidad procesal que tiene una persona, sea natural o jurídica, para activar la acción. Sin cabe la precisión que no cualquier persona está legitimada para ello, sino aquella que demuestre la vinculación entre el acto que impugna y su derecho supuestamente vulnerado.

Ahora bien, existirá interés legítimo en materia administrativa: “...**cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación fáctica del interesado, tutelada por el derecho**, siendo así que éste no tiene un derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, pero sí a exigir de la administración y a reclamar de los tribunales la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarlo.” (Enciclopedia Jurídica Básica, de Editorial Civitas).

Por su parte García Enterría señala “...En general, la doctrina concibe al interés legítimo como una institución mediante la cual se faculta a todas aquellas personas que, sin ser titulares del derecho lesionado por un acto de autoridad, es decir, sin ser titulares de un derecho subjetivo tienen, sin embargo, un interés en que la violación del derecho o libertad sea reparado. En otras palabras, implica interés legítimo que podría verse afectado dentro del proceso, **a quien se brinda la oportunidad de intervenir en la acción tutelar en reconocimiento de sus derechos y garantías constitucionales...**” (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica), criterio recogido ya en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF-URJSIREFI N° 36/2012 de 12 de junio de 2012.

Que, aplicado el análisis doctrinario precedente al caso de autos, queda claro que el mismo es concordante con la normativa administrativa, debiendo identificarse si la Resolución Administrativa ASFI N° 259/2012 de 26 de junio de 2012, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al constituir una resolución definitiva afectó, lesionó o pudo causar perjuicio a los derechos subjetivos o intereses legítimos del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A.

Para la verificación de ello, importa traer a colación el argumento presentado por la recurrente, quien expresa que el interés legítimo que le asistiría se encuentra respaldado en el artículo 99 numeral 5) y el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cuanto a que la sanción de multa dada en la Resolución Administrativa impugnada, hubiera sido impuesta a una persona jurídica (**Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A.**) y no así a una persona natural (Nelson Hinojosa) por lo que, se evidencia -según los recurrentes- la legitimación del Fondo Financiero para presentar el Recurso de Revocatoria.

Previo a desarrollar este punto, corresponde transcribir la norma señalada:

El artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras señala:

“Cuando las entidades financieras, sus Directores síndicos, **gerentes** y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias **se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones...**”

“...Inc. 5 Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, **gerentes** y empleados: de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces **la remuneración mensual del infractor.**” (Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El artículo 102 de la precitada norma, a su vez, refiere:

“Las multas establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica cuando las infracciones u omisiones

beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; **serán aplicados** a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, **gerentes** y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por **actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario** y que pudieron evitarse.” (Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De la norma transcrita, se tiene que, si bien el artículo 102, en sus numerales 2 y 5, refiere que las sanciones serán aplicables a la **institución financiera como persona jurídica**, en el presente caso, la multa fue dada sólo a **Nelson Hinojosa, Gerente General, como persona natural** que ejerce un cargo en la institución y no así a la propia institución financiera, hecho que puede ser constatado de la Resolución Administrativa ASFI N° 259/2012 de 26 de junio de 2012, misma que claramente demuestra tal situación, donde la imposición de multa corresponde a **una remuneración mensual**, por el incorrecto registro de funcionarios en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios.

Por lo que, en el presente caso, el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. no tenía legitimación activa para presentar el Recurso de Revocatoria, por lo que el Recurso de Revocatoria debió ser interpuesto por la persona agraviada u otra a su nombre, con poder suficiente.

Que, el Testimonio Poder N° 005/2012 de 10 de enero de 2012, presentado por Walter Fernando Orellana Rocha, Gerente General Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional, para la admisión del Recurso de Revocatoria, sólo le da facultades de representar al Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. y no así a Nelson Hinojosa, como persona natural.

Que, de igual manera, revisados los antecedentes, se tiene que el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., ni en su recurso de revocatoria ni en el memorial de 21 de agosto de 2012, otorgó fundamento que permita determinar a esta instancia jerárquica de qué manera se le habrían vulnerado sus derechos subjetivos o su interés legítimo, con la emisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 259/2012 de 26 de junio de 2012, en su calidad de persona jurídica.

Por lo que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha realizado un correcto análisis de la norma al haber declarado improcedente el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 259/2012 de 26 de junio de 2012, presentado por Walter Fernando Orellana Rocha, Gerente General Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional **en su calidad de Apoderado del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A.**, pues los recurrentes no han demostrado una afectación a su interés legítimo, **y menos aún han subsanado la falta de representación que diere lugar a la improcedencia**, pese a ser notificados, contar con un plazo para su regularización, que le fuere otorgado oportunamente por parte de la Autoridad de Supervisión.

2.2. En cuanto al principio Pro Actione y Principio de Informalismo.-

Los recurrentes señalan que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debió haber

admitido y resuelto el recurso, en virtud al principio de informalismo y el principio de *Pro Actione*.

Previo al análisis de fondo, nos remitiremos a lo determinado ya por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera en su Libro de Principios de Derecho Administrativo y a lo referido por la doctrina y Tribunal Constitucional, en cuanto a la aplicación de estos principios.

Así tenemos que, el principio *Pro Actione* y el de informalismo constituyen una garantía a favor del administrado, que se basa en que la Administración Pública se encuentra obligada a asegurar la prosecución del proceso administrativo, más allá de las dificultades de índole formal. Sin embargo, estos principios no pueden ser aplicados cuando se detectan defectos de fondo que afecten el proceso y resulten ser decisivos.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Miguel Ángel Sendín García, sobre el Principio *Pro Actione*, señalan:

*“Este principio postula que el cumplimiento de los requisitos formales sean examinados de forma flexible, **dando preferencia a las cuestiones de fondo respecto a las puramente procedimentales, que tiene un carácter secundario.** Facilitando de este modo que pueda dictar una resolución sobre el fondo del asunto. Sin que esto suponga obviamente la desaparición de las formas (...)*

Dicha regla debe aplicarse exclusivamente a favor del administrado pues nada justifica que la Administración quede eximida del cumplimiento de las formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico.

De este principio se deriva, además, una importante regla de interpretación en virtud de la cual, en el caso de duda debe interpretarse en el sentido más favorable a la continuación del procedimiento.”

El Tribunal Constitucional, en cuanto al principio de favorabilidad, en su SC 136/2003-R, ha determinado *“...el intérprete está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional”; de acuerdo al sentido de ambos principios (informalismo y favorabilidad), con la finalidad de garantizar el debido proceso y derecho de defensa del administrado o de quien se encuentra siendo procesado, el ordenamiento administrativo permite a la autoridad administrativa realizar una interpretación favorable al procesado, corrigiendo esas equivocaciones formales en las que incurrió quien está siendo administrado.”*

Como se aprecia, de los principios citados por los recurrentes, no hacen al caso de autos, toda vez que los mismos refieren al hecho de que exista un error de forma en los escritos, donde el juez o la autoridad administrativa puede realizar una interpretación tendiente a que se desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad el proceso en garantía de los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional.

Si bien, efectivamente dentro del procedimiento administrativo, conforme se rescata de los principios desarrollados, se puede prescindir de cuestiones formales que no sean esenciales

y se encuentren a cargo del administrado, sin embargo de ninguna manera se puede entender que la falta de legitimación o la acreditación de personería, puedan ser consideradas como una mera formalidad dentro de un proceso, como refieren los recurrentes.

Justamente, el poder o, en su caso, el ejercicio de la legitimación activa, son requisitos esenciales para actuar dentro de un recurso, por lo que de ninguna manera el cumplimiento de estos requisitos puede ser entendido como una mera formalidad, criterio recogido ya en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF-URJ-SIREFI N°035/2011, de 13 de julio de 2011.

Congruentemente con lo desarrollado, debe quedar absolutamente claro que para la Admisión del Recurso de Revocatoria, no corresponde la sujeción al principio de favorabilidad, *Pro Actione* y menos al de informalismo.

2.3. En cuanto a la falta de fundamentación y motivación.-

Los recurrentes señalan que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no se habría pronunciado sobre el principio *Pro Actione*, por lo que la resolución impugnada fuera nula de pleno derecho –según aseveran- al no encontrarse debidamente fundamentada y motivada.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su Resolución Administrativa ASFI N° 417/2012 de 22 de agosto de 2012, se ha pronunciado en sentido de que:

*“...Que, los lineamientos a los que se refiere el Principio de Informalidad y Principio Pro Actione invocados por el recurrente, en sentido que la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo, **no excluye al principio de sometimiento pleno a la ley** establecido en el artículo 4°, inciso c) de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo que textualmente indica: **“La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso.”***

Que, tanto la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341, en el artículo 13, parágrafo I. y el Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, en el artículo 16°, parágrafo I. manifiestan que los recurrentes ante la Administración Pública deberán estar debidamente acreditados, mediante la presentación del respectivo poder notarial.

De lo expuesto, y de la lectura de la Resolución Administrativa ASFI N° 417/2012 de 22 de agosto de 2012, se tiene que, la misma se encuentra debidamente fundamentada y motivada debido a que se ha pronunciado sobre el principio de *Pro Actione*, no existiendo, por ende, ninguna falta al principio de motivación y fundamentación del acto, por lo que no corresponde anular el presente proceso.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, éste Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en estricto cumplimiento de la normativa del sector, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha hecho un correcto análisis de la norma al haber determinado la improcedencia del Recurso de Revocatoria presentado por

Walter Fernando Orellana Rocha, Gerente General Nacional de Planificación y Desarrollo Operacional, en su calidad de Apoderado del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., contra la Resolución Administrativa ASFI N° 259/2012 de 26 de junio de 2012, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, la motivación y la fundamentación del mismo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N°27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución impugnada

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 417/2012 de 22 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el Recurso interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 259/2012 de 26 de junio de 2012.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DPC/DJ/ N° 738-2012 DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL
DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 002/2013 DE 24 DE ENERO DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 002/2013

La Paz, 24 de Enero de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones (Futuro de Bolivia S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 738-2012 de 19 de septiembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012 de 30 de julio de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 001/2013 de 02 de enero de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 006/2013 de 08 de enero de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 9 de octubre de 2012, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** representada legalmente por su Gerente General Sr. Julio Vargas León tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a

cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°738-2012 de 19 de septiembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012 de 30 de julio de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 17 de octubre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones**, mismo que fue notificado el 22 de octubre de 2012.

Que, mediante Auto de fecha 19 de octubre de 2012, se hizo un llamamiento al tercer interesado, **Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima**, para que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presente alegatos, el cual fue notificado el 24 de octubre de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/N° 537-2012 DE 30 DE JULIO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012 de 30 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

*“...PRIMERO.- Se aprueba el “Procedimiento de Control de Doble Percepción de Fracción Solidaria de Vejez en el Sistema Integral de Pensiones”, cuyo texto ordenado se encuentra adjunto a la presente en **Anexo 1** y, los siguientes Anexos detallados a continuación, que forman parte inseparable de la presente Resolución Administrativa:*

Anexo 2: “Convenio de Devolución/Descuento”.

Anexo 3: “Formulario de Habilitación/Reposición de Fracción Solidaria de Vejez”.

Anexo 4: “Especificaciones Técnicas para la Base de Datos de Doble Percepción por Fracción Solidaria”.

SEGUNDO.- Las disposiciones establecidas en la presente Resolución Administrativa entrarán en vigencia y se aplicarán a partir de su notificación respectiva.

TERCERO.- La Dirección de Prestaciones Contributivas de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS queda encargada de la ejecución y control del cumplimiento de la presente Resolución Administrativa.

El Anexo 1 que establece el Procedimiento de Control de Doble Percepción de Fracción Solidaria de Vejez en el Sistema Integral de Pensiones determina lo siguiente:

“CAPITULO I CONTROL DE DOBLE PERCEPCIÓN DE FRACCIÓN SOLIDARIA

ARTÍCULO 1.- (OBJETO).- La presente normativa tiene por objeto establecer el procedimiento y plazos para la suspensión, reposición y habilitación de la Fracción

Solidaria de Vejez, en los casos de Doble Percepción de Fracción Solidaria de Vejez en el Sistema Integral de Pensiones, en adelante SIP.
(...)

ARTÍCULO 6.- (DEVOLUCIÓN DE FRACCIÓN SOLIDARIA POR PERIODOS CON DOBLE PERCEPCIÓN).- I. Los periodos y montos determinados en el parágrafo III. del artículo 5 anterior deberán ser devueltos por el Asegurado o Derechohabiente al Fondo Solidario, incluyendo los montos pagados al Ente Gestor de Salud y por concepto de comisión en los porcentajes que corresponda, de forma que se devuelva al Fondo Solidario el monto total desembolsado.

II. Para la devolución de la Fracción Solidaria (FS) por periodos en los que el Asegurado incurrió en Doble Percepción, éste podrá optar por cualquiera de las siguientes alternativas suscribiendo un Convenio de Devolución/Descuentos:

- a) Devolución en un solo pago del monto sujeto a Doble Percepción, dentro el plazo máximo de treinta (30) días calendario de suscrito el mismo.
- b) Descuentos para el pago del monto adeudado, autorizando a la AFP a efectuar descuentos mensuales de hasta el veinte por ciento (20%) al monto total de la pensión que reciba el Asegurado o Derechohabiente, aplicable únicamente a la Fracción de Saldo Acumulado y Fracción Solidaria.

III. El Convenio aprobado en el **Anexos** (sic) **2** es de uso obligatorio por parte de las AFP.
(...)

ARTÍCULO 8.- (NOTIFICACIÓN).- I. En un plazo no mayor a los cinco (5) días hábiles administrativos de determinados los periodos y montos sujetos a devolución conforme al parágrafo II y III del artículo 4 anterior, la AFP procederá a notificar e informar al Asegurado o Derechohabiente, con lo siguiente:

- a) El periodo a partir del cual su Fracción Solidaria ha sido suspendida.
- b) Los periodos y montos correspondientes a Doble Percepción que debe devolver.
- c) Las alternativas de devolución que pueda tener.
- d) Procedimiento para solicitar la habilitación y/o reposición de su Fracción Solidaria.
- e) Que tiene un plazo de quince (15) días hábiles administrativos para apersonarse por la AFP para la suscripción de un Convenio de Devolución/Descuentos conforme al artículo 6 anterior.
- f) Que con los aportes del Asegurado posteriores al otorgamiento de la Pensión Solidaria de Vejez podrá solicitar el recálculo de la Fracción de Saldo Acumulado de su pensión, suscribiendo un Formulario de Recepción de Trámite (FRT).

II. Si el Asegurado o Derechohabiente no pudiera ser notificado en la última dirección señalada a la AFP, ésta deberá proceder a notificar al Asegurado, mediante mensaje en la parte inferior de la Boleta de Pago, para que se apersona por la AFP; si el

Asegurado con suspensión de Fracción Solidaria no recibiera pago alguno en el SIP, y por tanto no hubiera Boleta de Pago para la notificación, la AFP procederá a realizar dos (2) publicaciones por medios de prensa escrita de circulación nacional. Dichas publicaciones deberán realizarse, el primer domingo después de la notificación personal y el domingo subsiguiente.

Para proceder con la notificación vía Boleta de Pago o publicación por prensa, la AFP deberá contar con un informe detallado de no notificación en el que se consignen al menos los siguientes datos:

- a) Fechas y hora de cada uno de los intentos de notificación, no pudiendo ser éstos menos de dos (2) intentos.
- b) Causa de la no notificación.
- c) Nombres y Apellidos del notificador.
- d) Firma del notificador

(...)

ARTÍCULO 12.- (ASEGURADOS FALLECIDO (sic)).-

(...)

III. Si el fallecimiento del Asegurado hubiera ocurrido antes de efectuar la devolución de aportes por Doble Percepción de Fracción Solidaria, los Derechohabientes deberán proceder con la suscripción del Convenio de Devolución/Descuento señalado en el artículo 6 anterior, previa habilitación y/o reposición de la Fracción Solidaria...”

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 22 de agosto de 2012, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012 de 30 de julio de 2012, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/N° 738-2012 DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 738-2012 de 19 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°537-2012 de 30 de julio de 2012.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

En atención a lo expuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, corresponde señalar que la R.A.537-2012, se fundamenta en:

- El párrafo II del artículo 53 de la Ley N° 065 de Pensiones que establece: “Los Asegurados con Pensión Solidaria de Vejez que continúen realizando una

actividad laboral pública o privada no podrán percibir el pago de la Fracción Solidaria de Vejez”.

- Lo señalado es concordante con el párrafo VI del artículo 11 de la Ley No. 211 que dispone: “El pago de la Fracción Solidaria de Vejez para titulares de Pensión en el Sistema Integral de Pensiones, es incompatible con la remuneración percibida en funciones públicas o privadas”.

Con relación a lo señalado por la AFP, en cuanto a que la misma no tendría atribuciones para efectuar el cobro de la Fracción Solidaria de Vejez por períodos en los que el Asegurado incurrió en Doble Percepción, corresponde señalar que:

- El artículo 148 de la Ley N° 065 de Pensiones dispone: “La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tendrá como **objeto la administración y representación de los Fondos del Sistema Integral de Pensiones**, gestión de prestaciones, beneficios y otros pagos del Sistema Integral de Pensiones, establecidos en la presente Ley y sus reglamentos”. (las negrillas son nuestras).
- Asimismo, el artículo 177 de la Ley N° 065 de Pensiones, establece que: “Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición...”.
- Por lo expuesto, la AFP tiene como objeto la administración y representación de los Fondos del Sistema Integral de Pensiones, entre ellos el Fondo Solidario; en este sentido, se convierte en la única responsable de su manejo y gestión.
- Por consiguiente, una vez que la AFP identifica casos de Asegurados que incurren en Doble Percepción de Fracción Solidaria de Vejez, incumpliendo el artículo 53 de la Ley N° 065 de Pensiones y el párrafo VI del artículo 11 de la Ley No. 211, situación que causa daño al Fondo Solidario, es su obligación ejercer la administración y representación de dicho Fondo procurando la devolución del monto objeto a Doble Percepción.

Por otro lado, en el marco del artículo 197 de la Ley N° 065 de Pensiones, corresponde hacer saber al regulado que: “El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentarán y regularán la presente Ley en el marco de su competencia”. En ese comprendido, con la emisión de la R.A.537-2012, se halla establecido el procedimiento operativo para que las AFP procedan a la suspensión, reposición y habilitación de la Fracción Solidaria de Vejez, para aquellos casos de Doble Percepción de Fracción Solidaria de Vejez en el Sistema Integral de Pensiones.

Asimismo, con relación al descuento de la Fracción de Saldo Acumulado, corresponde señalar lo siguiente:

- Se debe establecer que, el Asegurado que se encuentra cobrando Pensión Solidaria de Vejez incurre en Doble Percepción de la Fracción Solidaria de Vejez, mientras continúe realizando una actividad laboral pública o privada.
- En este sentido, es necesario recordar la composición que tiene la Pensión Solidaria de Vejez:
 - La **Compensación de Cotizaciones Mensual**, financiada con recursos del Tesoro General de la Nación y solicitada al SENASIR, para su desembolso y posterior pago, en caso de que el Asegurado cuente con aportes al Sistema de Reparto.
 - La **Fracción de Saldo Acumulado**, financiada con recursos provenientes de la Cuenta Personal Previsional del Asegurado.
 - La **Fracción Solidaria de Vejez**, componente con el que se alcanza el monto de la Pensión Solidaria de Vejez, que corresponde al Asegurado en función a su Densidad de Aportes y que se financia con recursos del Fondo Solidario.
- De los componentes señalados, existen casos en los que un Asegurado acceda a la Pensión Solidaria de Vejez sin tener el componente de la Compensación de Cotizaciones Mensual; sin embargo, los demás componentes se mantienen como parte de la PSV.
- En este sentido, el inciso b) del párrafo II del artículo 6 del Anexo I de la R.A.537-2012, ha previsto que los descuentos para el pago del monto adeudado sean aplicables únicamente a la Fracción de Saldo Acumulado y a la Fracción Solidaria.
- Lo anterior también se sustenta en el hecho que, siendo el SENASIR la entidad responsable de la calificación, otorgamiento y desembolso de los montos de la Compensación de Cotizaciones; es la única entidad que puede solicitar proceder a los descuentos de dicho componente. Este hecho, a la fecha es operativizado por dicha entidad al momento de recuperar los montos adeudados por Doble Percepción de Asegurados que cobrando la Compensación de Cotizaciones continúan ejerciendo funciones laborales en el Sector Público.

Por otra parte, con relación al financiamiento de la Fracción Solidaria de Vejez, corresponde señalar que:

- La AFP menciona que: "...el Fondo Solidario tiene varias fuentes de financiamiento las mismas que se encuentran detalladas en el artículo 87 de la Ley N° 065, y ninguna de ellas corresponde a recursos provenientes del Estado,

por lo que mal podría incurrir un Asegurado o derechohabiente en un (sic) prohibición de doble percepción ya que ésta aplica únicamente a recursos provenientes del ESTADO.”. Al respecto, no es correcta la interpretación de la AFP al entender que, la Doble Percepción sólo se aplicaría únicamente a recursos provenientes del Estado y con fuente de recursos públicos.

Por tanto, la AFP debe considerar que la Doble Percepción por Fracción Solidaria de Vejez halla su restricción en el artículo 53 de la Ley N° 065 de Pensiones y el artículo 11 de la Ley No. 211, porque en el pago de una Pensión Solidaria de Vejez se utilizan recursos del Fondo Solidario y no únicamente recursos públicos o provenientes del Estado, como erróneamente señala la AFP.

Finalmente se tiene que, durante la vigencia de la R.A.537-2012 la AFP ha venido presentando consultas operativas mediante notas: FUT.APS.GC.1775/2012, FUT.APS.BEN 1738/2012 y FUT.APS.BEN 1770/2012, las cuales han sido absueltas y aclaradas oportunamente por esta Autoridad con la Circular APS/DPC/N°103-2012; por lo que causa extrañeza los argumentos planteados por el regulado en la impugnación.

En virtud a lo expuesto anteriormente, la AFP no presenta argumentos suficientes que permitan revocar parcial o totalmente la R.A.537-2012, por lo que corresponde su confirmación.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP, el ente regulador llega a la conclusión de que la entidad recurrente no presenta fundamentos que permiten modificar la “ratio legis” de la R.A.537-2012 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS. En consecuencia, debe confirmarse la misma, en el marco del inc. a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica “I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...”

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 9 de octubre de 2012, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 738-2012 de 19 de septiembre de 2012, con los siguientes argumentos:

“I. RATIFICA FUNDAMENTOS.-

Se Ratifican in extenso todos los fundamentos vertidos en el memorial de Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012 de 30 de julio de 2012 conforme a lo siguiente:

a) Descuentos a las pensiones.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 67, parágrafo I de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones, "Las pensiones y pagos del Régimen Contributivo y Semicontributivo únicamente serán pasibles al descuento de salud". Dicho precepto normativo es plenamente concordante con las atribuciones conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo Plazo en el artículo 149, inciso q); que a la letra señala como una obligación -transitoriamente de las AFP- la de "Deducir un porcentaje de las pensiones y pagos de los Asegurados o Derechohabientes y pagar al Ente Gestor de Salud que corresponda, a objeto de obtener cobertura en el régimen de salud de corto plazo".

b) Cobro en las pensiones.

El artículo 177, parágrafo VIII, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones, autoriza a las AFP hasta la fecha de inicio de la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo, a cobrar comisiones, entre ellas la que le corresponde por el pago de pensiones.

Como su Autoridad fácilmente podrá colegir, nuestra AFP no tiene atribuciones de efectuar cobros ni descuentos que no estén autorizados expresamente por Ley; y más bien en aplicación a la misma, solo descuenta el porcentaje que corresponde al EGS; y únicamente cobra la comisión autorizada.

Efectuar cobros y deducciones no contemplados en la Ley tendrá como consecuencia directa el reclamo de los Asegurados, toda vez que contraviniendo el inciso r) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, dichos actos generarían conflicto de intereses con los Asegurados Pensionados.

c) Descuento a la Fracción de Saldo Acumulado.

El inciso b) del artículo 6 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012, señala que el Asegurado podrá autorizar a las "...AFP a efectuar descuentos mensuales de hasta el veinte por ciento (20%) al monto total de la pensión que reciba **el Asegurado o Derechohabiente, aplicable únicamente a la fracción de Saldo Acumulado y Fracción Solidaria**" (las negrillas son nuestras).

Al respecto cabe señalar que el parágrafo II del artículo 67 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones señala que las pensiones son inembargables; lo que significa que esta suerte de medida precautoria ahora recurrida, estaría afectando de manera ilegal un componente de la pensión que es financiado exclusivamente con el ahorro de cada Asegurado en su Cuenta Personal Previsional.

Correctamente señala su Autoridad en los considerandos de la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 738-2012, que los descuentos por prohibición de doble percepción aplicables a la Compensación de Cotizaciones

Mensual es operativizado por el SENASIR, sin embargo conviene recordar a su Autoridad que dicho descuento no afecta a la fracción de pensión financiada con el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, por ser ésta proveniente de una fuente de financiamiento distinta a la comprometida en la prohibición de doble percepción y además inembargable conforme ya se señaló.

Lo que sí es incorrecto, es pretender puntualizar que al no ser siempre la Compensación de Cotizaciones Mensual un componente de la Fracción Solidaria de Vejez, el descuento por una **incompatibilidad** -no prohibición por doble percepción-; deba aplicarse el descuento a la Fracción de Saldo Acumulado y a la Fracción Solidaria de vejez.

d) Del financiamiento de la Fracción Solidaria.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 14 de la Ley N° 065, la Fracción Solidaria es el componente variable con el que se alcanza el monto de la Pensión Solidaria de Vejez, y que se financia con recursos del Fondo Solidario.

Ahora bien el Fondo Solidario tiene varias fuentes de financiamiento las mismas que se encuentran detalladas en el artículo 87 de la Ley N° 065, y ninguna de ellas corresponde a recursos provenientes del Estado, por lo que mal podría incurrir un Asegurado o derechohabiente en un (sic) prohibición de doble percepción ya que ésta aplica únicamente a recursos provenientes del ESTADO. Y es en ese sentido que la Ley N° 211 de 23 de diciembre de 2011, Ley del Presupuesto General del Estado, en su artículo 11, parágrafo VI, señala que la percepción de la Fracción Solidaria de asegurados pensionados que se encuentren prestando servicios en actividades públicas o privadas, sea incompatible con su remuneración por dichas actividades.

No corresponde abundar en conceptos para establecer con meridiana claridad que una cosa es (sic) la incompatibilidad; y otra cosa es la prohibición de doble percepción.

e) De las consultas sobre la aplicación de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012.

Como es de conocimiento de su Autoridad, los recursos administrativos se tramitan en el efecto devolutivo, por lo que el uso de los mismos, no suspende la ejecución y efectos de la resolución, lo cual de ninguna manera significa reconocimiento tácito de obligación alguna por parte nuestra

III. PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por nuestra AFP y, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado artículos 66 y 79 de la Ley N° 2341; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2003, solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 738/2012 de fecha 19 de septiembre de 2012 que en recurso de revocatoria confirmo

la resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012 de 30 de julio de 2012, ajustando así el procedimiento administrativo a derecho...”

5. FORMULACIÓN CRITERIOS DEL TERCERO INTERESADO.-

Que, mediante Auto de fecha 19 de octubre de 2012, se notificó al tercero interesado, Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima, para que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presente alegatos; no habiendo presentado criterio o alegaciones, y no siendo un elemento impeditivo para dictar Resolución Ministerial Jerárquica esta Autoridad se pronuncia.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012 de 30 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, aprueba el “Procedimiento de Control de Doble Percepción de Fracción Solidaria de Vejez en el Sistema Integral de Pensiones”.

En fecha 22 de agosto de 2012, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones**, presenta Recurso de Revocatoria, el cual fue atendido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 738-2012 de 19 de septiembre de 2012, confirmando totalmente la anterior.

Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, presenta Recurso Jerárquico en fecha 9 de octubre de 2012, ratificando los fundamentos vertidos en el Recurso de Revocatoria, señalando lo siguiente:

- Que los únicos descuentos contemplados en la Ley son los descuentos de salud y la comisión que cobran las Administradoras de Fondos de Pensiones, y que realizar otros cobros y deducciones, generarían conflicto de intereses con los Asegurados Pensionados, ya que se estaría afectando de manera ilegal un componente de la pensión financiado exclusivamente con el ahorro de cada Asegurado en su Cuenta Personal Previsional.

- Que el Fondo Solidario cuenta con varias fuentes de financiamiento y la Doble Percepción se aplica únicamente a recursos provenientes del Estado.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Antecedentes normativos.-

Previo al análisis de fondo, corresponde revisar las normas referentes al presente caso de autos, tal como se procede a continuación:

- La Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, señala:

“Artículo 53 (DOBLE PERCEPCIÓN).

(...)

II. Los Asegurados con Pensión Solidaria de Vejez que continúen realizando una actividad laboral pública o privada no podrán percibir el pago de la Fracción Solidaria de Vejez...”

- La Ley N° 211 de 23 de diciembre de 2011, establece:

“Artículo 11. (DOBLE PERCEPCIÓN).

(...)

VI. El pago de la Fracción Solidaria de Vejez para titulares de Pensión en el Sistema Integral de Pensiones, es incompatible con la remuneración percibida en funciones públicas o privadas...”

- El Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012 de 30 de julio de 2012, establece el siguiente procedimiento:

“...ARTÍCULO 6.- (DEVOLUCIÓN DE FRACCIÓN SOLIDARIA POR PERIODOS CON DOBLE PERCEPCIÓN).- I. Los periodos y montos determinados en el parágrafo III del artículo 5 anterior, deberán ser devueltos por el Asegurado o Derechohabiente al Fondo Solidario, incluyendo los montos pagados al Ente Gestor de Salud y por concepto de comisión en los porcentajes que corresponda, de forma que se devuelva al Fondo Solidario el monto total desembolsado.

II. Para la devolución de la Fracción Solidaria (FS) por periodos en los que el Asegurado incurrió en Doble Percepción, éste podrá optar por cualquiera de las siguientes alternativas, suscribiendo un Convenio de Devolución/Descuentos:

II. Para la devolución de la Fracción Solidaria (FS) por periodos en los que el Asegurado incurrió en Doble Percepción, éste podrá optar por cualquiera de las siguientes alternativas, suscribiendo un Convenio de Devolución/Descuentos:

- a) Devolución en un solo pago del monto sujeto a Doble Percepción, dentro del plazo máximo de treinta (30) días calendario de suscrito el mismo.*
- b) Descuentos para el pago del monto adeudado, autorizando a la AFP a efectuar descuentos mensuales de hasta el veinte por ciento (20%) al monto total de la pensión que reciba el Asegurado o Derechohabiente, aplicable únicamente a la*

2.2. De los argumentos presentados.-

2.2.1. De la incorrecta aplicación del descuento a la Fracción de Saldo Acumulado.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP señala en su Recurso Jerárquico que la Administradora de Fondos de Pensiones no tiene atribuciones de efectuar cobros, ni descuentos que no estén autorizados expresamente por Ley, y que en aplicación a la norma, sólo debiera descontar el porcentaje por salud a ser pagado al Ente Gestor de Salud y cobrar únicamente la comisión por la contraprestación de servicios prestados; por lo que efectuar cobros y deducciones no contempladas en la Ley, tendría como consecuencia el reclamo de los Asegurados, al afectar de manera ilegal un componente de la pensión que es financiado exclusivamente con el ahorro de cada Asegurado en su Cuenta Personal Previsional.

A efectos de realizar la valoración, corresponde previamente revisar las definiciones establecidas en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, relacionada al caso de autos, como sigue:

- La **Pensión Solidaria de Vejez**, es una prestación de carácter semicontributivo que otorga el Sistema Integral de Pensiones y que está compuesta por: la Fracción de Saldo Acumulado, la Compensación de Cotizaciones cuando corresponda y la Fracción Solidaria.
- La **Fracción de Saldo Acumulado** es la fracción de la Pensión Solidaria de Vejez, financiada por la Cotización Mensual del 10% sobre el Total Ganado o Ingreso Cotizable del Asegurado Dependiente y Asegurado Independiente respectivamente, las Cotizaciones Adicionales más los rendimientos generados por éstas y otros.
- La **Fracción Solidaria** es el componente variable con el que se alcanza el monto de la Pensión Solidaria de Vejez, que corresponde al Asegurado en función a su Densidad de Aportes, y que se financia con recursos del Fondo Solidario.
- El **Fondo Solidario** financia únicamente la diferencia que se genera entre la Pensión Solidaria de Vejez que corresponda al Asegurado, y la Pensión financiada con la Fracción de Saldo Acumulado calculada sin Derechohabientes de Tercer Grado y su Compensación de Cotizaciones cuando corresponda.

El Fondo Solidario se encuentra financiado por:

- a) El veinte por ciento (20%) de las primas por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, de forma mensual.
- b) El cero coma cinco por ciento (0,5%) del Total Ganado o Ingreso Cotizable de los Asegurados Dependientes o Asegurados Independientes respectivamente, en calidad de Aporte Solidario del Asegurado.
- c) El tres por ciento (3%) sobre el Total Ganado de los Asegurados

Dependientes, en calidad de Aporte Patronal Solidario a cargo de los Empleadores.

- d) El dos por ciento (2%) sobre el Total Ganado de los Asegurados del área productiva del Sector Minero Metalúrgico a cargo del Empleador de dicho sector.
- e) Los recursos constituidos en la Cuenta Básica Previsional, a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta la fecha de constitución del Fondo Solidario.
- f) Los siguientes porcentajes aplicados sobre el Total Solidario:
 - i. El diez por ciento (10%) de la diferencia entre su Total Solidario menos Bs35.000.- (TREINTA Y CINCO MIL 00/100 BOLIVIANOS), cuando la diferencia sea positiva.
 - ii. El cinco por ciento (5%) de la diferencia entre su Total Solidario menos Bs25.000.- (VEINTICINCO MIL 00/100 BOLIVIANOS), cuando la diferencia sea positiva.
 - iii. El uno por ciento (1%) de la diferencia entre su Total Solidario menos Bs13.000.- (TRECE MIL 00/100 BOLIVIANOS), cuando la diferencia sea positiva.
- g) Otras fuentes a ser establecidas por el Órgano Ejecutivo, sin comprometer recursos del Tesoro General de la Nación.

Ahora bien, de la normativa transcrita en el numeral anterior, se tiene que la Ley prohíbe la **Doble Percepción** a los Asegurados con **Pensión Solidaria de Vejez**, que trabajen en una entidad **pública o privada**, no pudiendo en estos casos percibir el pago de la **Fracción Solidaria de Vejez**.

En este entendido, al ser la Fracción Solidaria de Vejez un componente variable con el que se alcanza el monto de la Pensión Solidaria de Vejez y que el mismo se encuentra financiado con recursos del Fondo Solidario, nos permite claramente identificar que este componente variable va a permitir al pensionado, obtener una pensión mayor a la que le hubiere correspondido emergente de los aportes que ha realizado a la Seguridad Social de largo plazo.

Por lo que, si este Asegurado pensionado que cuenta con el pago de una Fracción Solidaria, reingresa a la actividad laboral y ésta es remunerada, ésta fracción debe ser suspendida, conforme establece el artículo 11 de la Ley N° 211 de 23 de diciembre de 2011, caso contrario el Asegurado incurre en Doble Percepción.

Por lo tanto, al ser la Fracción Solidaria de Vejez, un beneficio adicional al monto de Pensión que financian los Asegurados al Sistema Integral de Pensiones, de carácter vitalicio; al recibir un ingreso adicional como trabajador activo, ya sea en una entidad privada o pública, el jubilado se encuentra obligado a suspender este beneficio adicional hasta que concluya su relación laboral.

Para ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha establecido mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012 de 30 de julio de 2012, el procedimiento y plazos para la suspensión, reposición y habilitación de la Fracción Solidaria

de Vejez, en los casos de Doble Percepción.

Determinado que en aquellos casos en los que la Administradora de Fondos de Pensiones, identifique Doble Percepción, a través de la verificación de la revisión de las planillas de pago de Pensión Solidaria de Vejez contra las acreditaciones en las Cuentas Personales Previsionales, el siguiente procedimiento:

“...ARTÍCULO 5.- (SUSPENSIÓN).- I. Si en la verificación señalada en el párrafo II. del artículo 4 anterior, la AFP determinará que el Asegurado ha incurrido en Doble Percepción de Fracción Solidaria, y la AFP no contara con documentación que avale su discontinuidad laboral como dependiente, ésta procederá a **suspender el pago de la Fracción Solidaria** que le correspondería.
(...)

III. A más tardar al día siguiente hábil administrativo de verificada la existencia de Doble Percepción, la AFP procederá a determinar el número de periodos existentes con Doble Percepción, así como el monto que éstos representan, e imprimirá un detalle por periodos, que deberá ser archivado en el expediente del Asegurado.

ARTÍCULO 6.- (DEVOLUCIÓN DE FRACCIÓN SOLIDARIA POR PERIODOS CON DOBLE PERCEPCIÓN).- I. Los periodos y montos determinados en el párrafo III. del artículo 5 anterior **deberán ser devueltos por el Asegurado o Derechohabiente al Fondo Solidario**, incluyendo los montos pagados al Ente Gestor de Salud y por concepto de comisión en los porcentajes que corresponda, **de forma que se devuelva al Fondo Solidario el monto total desembolsado.**

II. Para la devolución de la Fracción Solidaria (FS) por periodos en los que el Asegurado incurrió en Doble Percepción, éste **podrá optar** por cualquiera de **las siguientes alternativas suscribiendo un Convenio de Devolución/Descuentos:**

- a) **Devolución en un solo pago** del monto sujeto a Doble Percepción, dentro el plazo máximo de treinta (30) días calendario de suscrito el mismo.
- b) **Descuentos** para el pago del monto adeudado, autorizando a la AFP a efectuar descuentos mensuales de hasta el veinte por ciento (20%) al monto total de la pensión que reciba el Asegurado o Derechohabiente, aplicable únicamente a la Fracción de Saldo Acumulado y Fracción Solidaria.

III. El Convenio aprobado en el Anexos (sic) 2 es de uso obligatorio por parte de las AFP.
(...)

ARTÍCULO 8.- (NOTIFICACIÓN).- I. En un plazo no mayor a los cinco (5) días hábiles administrativos de determinados los periodos y montos sujetos a devolución conforme al párrafo II y III del artículo 4 anterior, la AFP procederá a notificar e informar al Asegurado o Derechohabiente, con lo siguiente:

- a) El periodo a partir del cual su Fracción Solidaria ha sido suspendida.

- b) Los periodos y montos correspondientes a Doble Percepción que debe devolver.
- c) Las alternativas de devolución que pueda tener.
- d) Procedimiento para solicitar la habilitación y/o reposición de su Fracción Solidaria.
- e) Que tiene un plazo de quince (15) días hábiles administrativos para apersonarse por la AFP para la suscripción de un Convenio de Devolución/Descuentos conforme al artículo 6 anterior.
- f) Que con los aportes del Asegurado posteriores al otorgamiento de la Pensión Solidaria de Vejez podrá solicitar el recálculo de la Fracción de Saldo Acumulado de su pensión, suscribiendo un Formulario de Recepción de Trámite (FRT).

II. Si el Asegurado o Derechohabiente no pudiera ser notificado en la última dirección señalada a la AFP, ésta deberá proceder a notificar al Asegurado, mediante mensaje en la parte inferior de la Boleta de Pago, para que se apersona por la AFP; si el Asegurado con suspensión de Fracción Solidaria no recibiera pago alguno en el SIP, y por tanto no hubiera Boleta de Pago para la notificación, la AFP procederá a realizar dos (2) publicaciones por medios de prensa escrita de circulación nacional. Dichas publicaciones deberán realizarse, el primer domingo después de la notificación personal y el domingo subsiguiente.

Para proceder con la notificación vía Boleta de Pago o publicación por prensa, la AFP deberá contar con un informe detallado de no notificación en el que se consignen al menos los siguientes datos:

- a) Fechas y hora de cada uno de los intentos de notificación, no pudiendo ser éstos menos de dos (2) intentos.
- b) Causa de la no notificación.
- c) Nombres y Apellidos del notificador.
- d) Firma del notificador..."

(Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por lo tanto, una vez que la Administradora determina el monto y los periodos en los que el Asegurado incurrió en Doble Percepción, debe comunicar al Asegurado o Derechohabiente, que corresponde la devolución al Fondo Solidario de la totalidad de la Fracción Solidaria de Vejez cobrada durante el periodo en el que el Asegurado realizó alguna actividad laboral remunerada en una entidad pública o privada.

Para tal efecto, el parágrafo II del artículo 6 señalado, establece que para la devolución de la Fracción Solidaria de Vejez por los periodos en los que el Asegurado incurrió en Doble Percepción, el Asegurado o Derechohabiente debe suscribir el **Convenio de Devolución/Descuento** y **optar** por una de las siguientes alternativas:

- a) Realizar la devolución en un solo pago, o

- b) Autorizar descuentos mensuales de hasta el veinte por ciento (20%) al monto total de la pensión, aplicable únicamente a la Fracción de Saldo Acumulado y Fracción Solidaria, cuando corresponda.

En tal sentido, no corresponde el argumento presentado por la Administradora de Fondos de Pensiones, ya que para realizar la devolución de la Fracción Solidaria de Vejez, el Asegurado o Derechohabiente puede **escoger voluntariamente una de las dos opciones**, y en el evento de elegir el descuento mensual del veinte por ciento (20%) al monto total de la pensión, el mismo es **autorizado** por el **propio** Asegurado o Derechohabiente a través de la firma de un Convenio de Devolución/Descuento.

Por lo que, no existe ningún descuento no autorizado, así como tampoco se está afectando el ahorro de la Cuenta Personal Previsional de los Asegurados, toda vez que la Fracción Solidaria de Vejez es financiada con el Fondo Solidario y no así con los aportes del Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, sino se da opción al descuento de la Fracción de Saldo Acumulado, pero como se señaló previo consentimiento del pensionado.

Finalmente, corresponde precisar que la Administradora de Fondos de Pensiones por imperio del artículo 177 de la Ley No. 065 de Pensiones, se encuentra obligada a representar a los Fondos cual manda el artículo 149 inciso n) de la citada Ley, que en el caso que nos ocupa es al Fondo Solidario, mismo que se encuentra afectado por el cobro del monto correspondiente a la Fracción Solidaria de Vejez de un Asegurado pensionado que se encontraba prohibido de percibir dicha fracción, al incurrir en Doble Percepción, emergente del reingreso a la actividad laboral remunerada, debiendo en consecuencia la AFP tomar las medidas necesarias en protección del Fondo al que representa, que en el caso de autos, se encuentran reguladas por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 738-2012 de 19 de septiembre de 2012.

Por lo que, este Ministerio no encuentra respaldo legal en la fundamentación presentada por la recurrente, que permita revocar la Resolución impugnada, más por el contrario, la misma se encuentra debida y legalmente fundamentada.

2.3. De los recursos provenientes del Estado.-

La recurrente señala que es incorrecto pretender que por una incompatibilidad debe aplicarse el descuento a la Fracción de Saldo Acumulado y a la Fracción Solidaria de Vejez, siendo que ésta última es financiada por el Fondo Solidario que tiene varias fuentes de financiamiento y ninguna de ellas corresponde a recursos provenientes del Estado, por lo tanto no se incurriría en ninguna prohibición de doble percepción, ya que ésta –a decir de la recurrente- aplica únicamente a recursos provenientes del Estado.

Al respecto, cabe precisar que no se encuentra en discusión que el Fondo Solidario no compromete recursos del Tesoro General de la Nación, ya que está compuesto con recursos provenientes del veinte por ciento (20%) de las primas por Riesgo Común, por Riesgo Profesional y por Riesgo Laboral, del Aporte Solidario del Asegurado, del Aporte Patronal Solidario, del Aporte Solidario Minero, del Aporte Nacional Solidario, de los recursos

constituidos en la Cuenta Básica Previsional y de otras fuentes establecidas por el Órgano Ejecutivo.

Sin embargo, es evidente que la Ley prohíbe que los Asegurados con Pensión Solidaria de Vejez, realicen el cobro de la Fracción Solidaria de Vejez cuando se encuentren recibiendo un ingreso por alguna actividad laboral en una entidad pública o privada.

Por lo que, es la propia Ley de Pensiones (art. 53), la que determina que existirá Doble Percepción, cuando se da la eventualidad de que el Asegurado pensionado se encuentre cobrando pensión solidaria de vejez (Fracción Solidaria de Vejez) y una remuneración proveniente de una relación laboral.

Es así que la interpretación de la recurrente que la Doble Percepción para la Fracción Solidaria de Vejez aplica únicamente a recursos provenientes del Estado, no tiene asidero legal, ya que por una parte no existe norma que limite que la Doble Percepción sea aplicable sólo a dichos recursos, pero especialmente por que la norma especial es la que le da la calidad de Doble Percepción a dicha eventualidad.

CONSIDERANDO:

Que, en base a la fundamentación realizada en el Considerando anterior, se concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha cumplido con emitir procedimientos claros y coherentes en cuanto a la Doble Percepción para Asegurados con Pensión Solidaria de Vejez que se encuentren realizando una actividad laboral pública o privada, no existiendo por ende ninguna contradicción en la norma.

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis de la norma.

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº738-

2012 de 19 de septiembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 537-2012 de 30 de julio de 2012.

Regístrese, notifíquese y archívese

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



RECURRENTE

LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/DFP/Nº 784-2012 DE 04 DE OCTUBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL
DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI N° 003/2013 DE 24 DE ENERO DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 003/2013

La Paz, 24 de Enero de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/N° 784-2012 de 4 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/N° 358-2012 de 23 de mayo de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 002/2013 de 18 de enero de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 007/2013 de 19 de enero de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 25 de octubre de 2012, **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.** representada legalmente por su Gerente Técnico Sr. Alejandro Magno García Peñaranda y su Gerente de Seguros Previsionales Sr. Luis Fernando Gonzales Torres, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 212/2012 de fecha 25 de mayo de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz N° 091, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/N° 784-

2012 de 4 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/Nº 358-2012 de 23 de mayo de 2012.

Que, mediante nota APS/DJ/8486/2012 con fecha de recepción 30 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/Nº 784-2012 de 4 de octubre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 1 de noviembre de 2012, notificado en fecha 6 de noviembre de 2012, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/Nº 784-2012 de 4 de octubre de 2012.

Que, mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 006/2013 de 15 de enero de 2013, se solicitó documentación complementaria concerniente en:

- Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 546 de 30 de septiembre de 2004,
- Resolución Administrativa SPVS Nº 953 de 28 de octubre de 2005,
- Documentación que evidencie el porcentaje de invalidez utilizado por la Entidad Aseguradora para el cálculo de la Pensión,
- Notas RSP/1387/2004 de 14 de diciembre de 2004, GSP/610/2005 de 16 de mayo de 2005 y GSP/1112/2005 de 26 de septiembre de 2005 emitidas por La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. y las notas SPVS-IP-DPSSP 1252/2005 de 28 de marzo de 2005 y SPVS-IP-DPSSO 5058/2005 de 5 de diciembre de 2005 emitidas por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

Que, mediante nota APS/499/2013 de 18 de enero de 2013 recibida en la misma fecha, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió la documentación solicitada.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/DFP/2908/2012 de 18 de abril de 2012, notifica a **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.**, con las contravenciones en las que habría incurrido la entidad, conforme el siguiente texto:

“...II. IMPUTACIÓN DE CARGOS:

Existen indicios de incumplimiento de La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. al artículo 10 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 63 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004 y el artículo 36 del Decreto Supremo Nº 27824 de 03 de diciembre de 2004, al advertir que en el caso del Asegurado Ciprian

Mamani Porco con CUA 11955791, la Entidad Aseguradora se encuentra pagando desde el 31 de mayo de 2006 la pensión de invalidez del Asegurado, en base a un grado de incapacidad del treinta y cuatro por ciento (34%) establecido por la Unidad Médica del regulado y no de acuerdo al Dictamen N° 035/2004 de 04 de junio de 2004 emitido por la Unidad Médica Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros aprobado y en firme con Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004, el cual establece una pérdida de la capacidad laboral del Asegurado del cuarenta y siete por ciento (47%) de origen profesional.

Como consecuencia de no aplicar el porcentaje de invalidez establecido legalmente por Autoridad competente, el Asegurado está percibiendo la prestación en un monto menor a la que por derecho le corresponde, de acuerdo al siguiente detalle:

2006					
Salario Base Bs	s/g EA		s/g APS		Diferencia Mensual Pensión Bs
	% Asignado Invalidez	Pensión de Inv. Pagada c/mes	% Inv. s/g Dictamen 035/2004	Recálculo Pensión Mensual	
2.979,54	34%	1.013,04	47%	1.400,38	(387,34)

..."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 14 de mayo de 2012, **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.** mediante nota CITE: GSP-560/2012, presentó descargos refiriendo lo siguiente:

"...Sobre el particular, corresponde hacer notar a su Autoridad que sus apreciaciones son incorrectas, en particular porque se ignora en la transcripción de la normativa relevante lo establecido en el mismo Artículo 63 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997, que establece lo siguiente:

".....Los Afiliados que a la fecha de afiliación al SSO tengan una Invalidez manifestada, no serán cubiertos por el Seguro de Riesgo Profesional para esa invalidez. Sin embargo, los Afiliados que tengan una invalidez no manifestada estarán cubiertos por cualquier invalidez sin excepción alguna...

...Para propósitos de este reglamento, se entenderá por invalidez manifestada aquella que es previa a la fecha del Registro o traspaso en una determinada AFP y que a esa fecha le impedía al Afiliado el funcionamiento de un miembro o el desempeño de una función, de una manera permanente e irreversible. La invalidez no manifestada es aquella que puede sobrevenir con posterioridad a la fecha de Registro en una determinada AFP a pesar de haber podido ser originada en una fecha anterior."(El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, se ha establecido de manera expresa que la invalidez manifestada, no goza de cobertura del Seguro de Riesgo Profesional administrado por nuestra Compañía. Consiguientemente, si bien las calificaciones de invalidez

consideran todas las incapacidades de una determinada persona, no es evidente que nuestra Compañía deba pagar pensión por incapacidades manifestadas con anterioridad a la vigencia del Seguro administrado, dicha situación por lo demás sería insostenible, ya que por ejemplo personas con ceguera congénita, podrían acceder a coberturas del orden del 100% de su salario aportado, con por ejemplo la pérdida de una funcionalidad del 2% ó 3% calificada independientemente, situación que evidentemente generaría la insolvencia de cualquier seguro de manera inexorable.

No se debe confundir el hecho que una calificación considere todas las incapacidades de una persona, con quien debe financiar dichas incapacidades, corresponderá en todo caso que aquello no trasladado al seguro que quiera ser cubierto por el Estado, sea asumido por recursos de otra naturaleza, en mérito a la responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado.

Tampoco se debe confundir el hecho que el Dictamen en cuestión no haya sido recurrido en la vía judicial, con una aceptación del pago de una pensión igual al porcentaje allí establecido, dado que como hemos mencionado anteriormente, una cosa es que el Dictamen considere todas las incapacidades y otra es quién paga por las mismas. Ciertamente nuestra Compañía no ha acudido a vías recursivas del Dictamen, dado que éste refleja lo que la norma establece, lo que no implica que nuestra Compañía deba pagar por incapacidades consideradas en dicho Dictamen, en mérito precisamente a lo establecido expresamente en el Artículo 63 del Decreto Supremo 24469, en relación a la Invalidez Manifestada.

Finalmente, su Autoridad hace referencia al Artículo 9 del Decreto Supremo No 27324 de 22 de enero de 2004, subrayando la parte en la que en caso de controversia debiera solicitarse pronunciamiento definitivo del Regulador. Sobre el particular, corresponde hacer notar que nuestra Compañía, ha requerido oportunamente dicho pronunciamiento, mediante las notas con cite RS/1387/2004 de fecha 14/12/2004, y GSP/610/2005 de fecha 16/05/2005, mismas que fueron de conocimiento del personal encargado de la fiscalización realizada a nuestra Compañía durante la gestión anterior, por lo que sorprende que se haga referencia a la eventual falta de consulta, cuando las mismas se han efectuado en su momento.

Nuestra Compañía entendía en todo caso que fruto de esta fiscalización, se iba a obtener finalmente la normativa requerida hace ya varios años, para tratar adecuadamente este tipo de casos, por lo que solicitamos a su Autoridad en todo caso proceder con la emisión de la misma.

Finalmente, en consideración a que este caso se encontraba pendiente de una respuesta de parte del Regulador y en mérito a que la AFP Previsión BBVA nos hizo conocer que el asegurado se encontraba en delicado estado de salud, nuestra Compañía procedió a liquidar el caso con la finalidad de preservar sus medios de subsistencia, descartando de la calificación la invalidez manifestada.

En este sentido, en función a los antecedentes expuestos anteriormente, consideramos que no existen indicios de incumplimiento a los Artículos señalados en su nota de referencia, ya que la invalidez manifestada no puede ser pagada por el

Seguro que administramos según lo establecido en el Decreto Reglamentario de la Ley de Pensiones 1732, reiterándole la necesidad de una normativa al respecto...”

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/DFP/Nº 358-2012 DE 23 DE MAYO DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/Nº 358-2012 de 23 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

“PRIMERO.- I. Sancionar a La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a \$us10.000(DIEZ MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 63 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004 y el artículo 36 del Decreto Supremo Nº 27824 de 03 de diciembre de 2004.

SEGUNDO.- I. En el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. deberá proceder a cancelar al Asegurado los saldos retroactivos más los intereses desde el 19 de febrero de 2002, hasta el mes de junio de 2012, conforme lo establecido en el artículo 11 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997. Adicionalmente a partir del mes de julio de 2012, deberá proceder a pagar el monto de la pensión que corresponde conforme al Dictamen aprobado mediante Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004.

II. A fin de garantizar las prestaciones por invalidez y fallecimiento del señor Mamani, La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. en cumplimiento a lo establecido en la Resolución Administrativa IS Nº 361 de 20 de julio de 2004, deberá constituir las reservas necesarias en función al Dictamen aprobado mediante Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004.

III. La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. dentro de los tres (3) días hábiles administrativos siguientes al pago de la pensión de julio 2012, deberá remitir a esta Autoridad detalle de los pagos efectuados conforme a norma, con constancia de recepción por parte del Asegurado así como el comprobante de pago del mes de julio de 2012.

TERCERO.- I. La multa señalada, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación Nº 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

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

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"...La Vitalicia señala que, esta Autoridad "...ignora en la transcripción de la normativa relevante lo establecido en el mismo Artículo 63 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997, que establece lo siguiente:

"...Los Afiliados que a la fecha de afiliación al SSO tengan una invalidez manifestada, no serán cubiertos por el Seguro de Riesgos Profesional para esa invalidez. Sin embargo, los Afiliados que tengan una invalidez no manifestada estarán cubiertos por cualquier invalidez sin excepción alguna..."

Sin embargo, el párrafo de la normativa imputada no guarda relación con el párrafo del artículo citado por la Entidad Aseguradora (EA), toda vez que el cargo se imputó en función a lo establecido en el primer párrafo del mismo artículo, que dice: "Una vez que el Afiliado sea calificado como inválido con incapacidad superior al veinticinco por ciento (25%), de acuerdo a dictamen emitido y se verifique el cumplimiento ..." (El subrayado es nuestro), es decir éste se refiere al cumplimiento del pago de la Pensión de Invalidez de acuerdo al porcentaje de incapacidad, determinado en el **Dictamen N° 035/2004 de 04 de junio de 2004** emitido por la Unidad Médica Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, aprobado mediante **Resolución Administrativa-SPVS IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004**, y que al presente se encuentra firme en sede administrativa.

Con relación a las notas RSP/1387/2004 y GSP/610/2005, de 14 de diciembre de 2004 y 16 de mayo de 2005, respectivamente, y considerando que la EA solicitó el pronunciamiento definitivo a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, actualmente Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la EA omite citar el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, que claramente establece: "Las Resoluciones Administrativas emitidas por la SPVS en su calidad de ente dirimidor se **reputan definitivas** al ser en única instancia y por tanto, no serán objeto de ulterior recurso" (Las negrillas son nuestras). Por lo que es necesario precisar que, dicho pronunciamiento fue emitido con el Dictamen N° 035/2004 de 04 de junio de 2004 por la Unidad Médica Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros aprobado con la **Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004**, y por lo tanto de conformidad a lo determinado en el artículo 9 del Decreto Supremo citado precedentemente y como establece el artículo 24 del Decreto Supremo N° 25293 de 30 de enero de 1999 "No procede ningún recurso administrativo contra el dictamen definitivo de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros".

La Vitalicia menciona también que: "Ciertamente nuestra Compañía no ha acudido a vías recursivas del Dictamen, dado que éste refleja lo que la norma establece, lo que no implica que nuestra Compañía deba pagar por incapacidades consideradas en dicho Dictamen, en mérito precisamente a lo establecido expresamente en el Artículo 63 del Decreto Supremo 24469, en relación a la Invalidez Manifestada" (El subrayado es nuestro); Al respecto cabe señalar que, la norma existente no establece que **La Vitalicia proceda arbitrariamente** a modificar un dictamen emitido o le otorgue atribuciones para incumplir una Resolución Administrativa del Ente Regulador, así como tampoco establece que la EA no pague (sic) la fracción correspondiente a invalidez manifestada.

Por otro lado, cuando La Vitalicia señala que no ha acudido a vías recursivas del Dictamen, pues el mismo refleja lo que la norma establece; al respecto cabe aclarar que el regulado sí tomó en cuenta que el pronunciamiento era definitivo asumiendo,

como lo reconoce, la legalidad de la resolución emitida y por ende los efectos que de ella emanaban (en el presente caso en lo relativo a la determinación del porcentaje de invalidez calificado que debía aplicar al momento de otorgar y pagar la prestación). Sin embargo y como se tiene de los antecedentes, lo viene haciendo en virtud a un pronunciamiento emitido por su propia unidad médica, el cual no tiene respaldo legal ni habría sido conocimiento oficial del Ente Regulador, por lo tanto dicho documento no puede ser considerado como válido y constituirse en uno de los documentos con los cuales se pague debidamente una pensión.

Con relación a la "Invalidez Manifestada" el MANECGI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 25174 de 15 de septiembre de 1998, establece que **la calificación en el SSO es integral** debiendo considerarse todos los componentes. Asimismo, establece que si un Asegurado **tiene únicamente** una invalidez manifestada, ésta no será calificada en el SSO; sin embargo, "en caso que el Afiliado que presenta solicitud de pensión **tuviera una invalidez manifestada así como una invalidez no manifestada**, el caso deber ser calificado y el TMC deberá emitir Dictamen y Formulario de Fecha de Invalidez..."(el subrayado es nuestro). Asimismo, el Artículo 3 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 instruye: "Para establecer el grado de invalidez de una persona se debe considerar que la calificación en el SSO es integral, de acuerdo a lo señalado en el Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez – MANECGI aprobado mediante Decreto Supremo N° 25174 de 15 de septiembre de 1998; por ello, la calificación debe realizarse considerando toda la incapacidad manifiesta del individuo y no sólo tomando en cuenta un determinado desorden o afección provenientes de accidente o enfermedad. En el marco de lo señalado la invalidez manifestada debe incluirse como parte de dicha calificación", por lo que reiteramos que la calificación de un Asegurado que presenta invalidez manifestada se la realiza de forma integral conforme lo establecido en normativa vigente.

Finalmente, la EA indica: "nuestra Compañía procedió a liquidar el caso con la finalidad de preservar sus medios de subsistencia (haciendo referencia al Asegurado) descartando de la calificación la invalidez manifestada", procedimiento que no cuenta con ningún sustento legal, ya que la EA no cuenta con la potestad de calificar o modificar el grado de invalidez ya dictaminado, tampoco utilizó las instancias pertinentes para recurrir la calificación definitiva aprobada en la vía administrativa.

En base a lo expuesto se concluye que, los descargos presentados por La Vitalicia no son suficientes, por lo que corresponde su sanción.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

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

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

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

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

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

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

- a)** El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en el artículo 10 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, el artículo 63 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el artículo 9 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 y el artículo 36 del Decreto Supremo N° 27824 de 03 de diciembre de 2004, al constar que en el caso del Asegurado Ciprian Mamani, la EA se encuentra pagando desde el 31 de mayo de 2006 la pensión de invalidez del Asegurado, en base a un grado de incapacidad del treinta y cuatro por ciento (34%) establecido por la Unidad Médica del regulado y no de acuerdo al Dictamen N° 035/2004 de 04 de junio de 2004 emitido por la Unidad Médica Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros aprobado con Resolución Administrativa SPVS IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004, el cual establece una pérdida de la capacidad laboral del Asegurado del cuarenta y siete por ciento (47%) de origen profesional.
- b)** El hecho se encuentra comprobado porque la EA no presentó argumentos suficientes para desestimar el cargo, señalando entre otros a que la calificación debía realizarse sin considerar la incapacidad manifiesta del individuo, cuando por norma la calificación del Asegurado que presenta invalidez manifestada se la realiza de forma integral.

- c)** Los argumentos presentados en los descargos fueron evaluados en su integridad y en confrontación con la norma vigente, extrayéndose que la EA soslaya la aplicación y valor normativo de las determinaciones que emite el Ente Regulador en cuanto a la aprobación de Dictámenes y el porcentaje oficial que establecen, lo cual obviamente incide en que la prestación que se está otorgando al Asegurado no sea la debida, y por tanto sea en un monto menor a la que le corresponde.

Que de lo anterior y en estrecha relación con el artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 se determina que, las sanciones administrativas impuestas por el Ente Regulador, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos o a los Asegurados.

Que lo anterior también halla respaldo en el párrafo I del artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 el cual señala que, la sanción administrativa precisará además de la sanción que se aplica, las medidas o acciones a ser cumplidas para corregir o prevenir los efectos de la infracción y restaurar el derecho.

Que es evidente la obligatoriedad del cumplimiento por el regulado de las Resoluciones Administrativas, que aprueban Dictámenes, emitidas por la ex SPVS en su calidad de Ente Regulador, las cuales conforme a norma se reputan como definitivas al ser de única instancia.

Que bajo esa línea de comprensión, se ha constatado que La Vitalicia al efectuar pagos de pensión sin el respaldo legal correspondiente, ha ocasionado menoscabo y daño patrimonial al Asegurado, razón por la cual corresponde la reposición con sus propios recursos.

CONSIDERANDO:

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

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

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

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

"b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño."

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

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

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

"b) Infracción calificada como gravedad media: De Cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses."

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

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 28 de junio de 2012, **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/N° 358-2012 de 23 de mayo de 2012, refiriendo lo siguiente:

"...El Artículo 63 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento de la Ley de Pensiones 1732), establece IN EXTENSO lo siguiente:

"ARTÍCULO 63. (DERECHO A PENSIÓN DE INVALIDEZ Y DE LA FECHA DE DEVENGAMIENTO). Una vez que el Afiliado sea calificado como inválido con incapacidad superior al veinticinco por ciento (25%), de acuerdo a dictamen emitido y se verifique el cumplimiento de los requisitos indicados en el presente reglamento tendrá derecho a Pensión de invalidez. La Pensión de Invalidez por Riesgo Profesional se devenga a partir de la fecha de presentación de la solicitud de Pensión de invalidez.

Si la entidad encargada de calificar, no emitiera dictamen dentro del plazo establecido por la Superintendencia, la Entidad Aseguradora deberá pagar las Pensiones, devengadas entre la fecha límite de emisión de dictamen hasta la fecha efectiva de pago, con un interés aplicando la tasa que resulte mayor entre la rentabilidad promedio de los fondos de pensiones y la tasa bancada activa comercial promedio nominal utilizada para créditos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor, publicada por el Banco Central de Bolivia.

Los Afiliados que a la fecha de afiliación al SSO tengan una invalidez manifestada, no serán cubiertos por el Seguro de Riesgo Profesional para esa invalidez, Sin embargo, los Afiliados que tengan una invalidez no manifestada estarán cubiertos por cualquier invalidez sin excepción alguna.

Para propósitos de este reglamento, se entenderá por invalidez manifestada aquella que es previa a la fecha del Registro o traspaso en una determinada AFP y que a esa fecha le impedía al Afiliado el funcionamiento de un miembro o el desempeño de una función, de una manera permanente e irreversible.

La Invalidez no manifestada es aquella que puede sobrevenir con posterioridad a la fecha de Registro en una determinada AFP a pesar de haber podido ser originada en una fecha anterior."

La APS sustenta su sanción en el primer párrafo de este Artículo, IGNORANDO LO ESTABLECIDO EN EL TERCER PÁRRAFO, aduciendo de manera errada en su Resolución Sancionatoria lo siguiente:

"...Sin embargo el párrafo de la normativa imputada (refiriéndose al tercer párrafo del Artículo 63 antes transcrito), no guarda relación con el párrafo del artículo citado por la Entidad Aseguradora (EA), toda vez que el cargo se imputo en función a lo establecido en el primer párrafo del mismo Artículo, que dice:..."

Corresponde preguntar a su Autoridad con qué guarda relación el tercer párrafo del Artículo 63, si no es con el primer párrafo del mismo Artículo, ambos referidos a la calificación de invalidez. Sorprende el hecho que se pretenda imponer nada menos que una sanción al regulado, basándose sólo en un párrafo de un Artículo que no puede ser comprendido sino en su conjunto. Al respecto, resulta pertinente advertir con absoluta claridad que el entendimiento y por lo tanto la aplicación de la ley (en este caso del Artículo 63 del Decreto Supremo 24469) debe observar el principio de integralidad, en virtud del cual, se debe otorgar un efecto unitario al conjunto de la norma y no así distintos efectos de manera unilateral e incongruente, como ocurre en la Resolución Administrativa impugnada, en la que se pretende aplicar de manera errada el alcance del meritado Art. 63, aplicando exclusivamente una parte de aquel, sin otorgarle el verdadero espíritu legislativo que engloba. En ese sentido, corresponde que su Autoridad a tiempo de resolver este Recurso Administrativo, establezca de manera expresa a través de qué norma se ha derogado o dejado sin efecto el tercer párrafo del Artículo 63 del Decreto Supremo 24469, para que se ignore su contenido por parte de la APS, o en su defecto establezca de manera expresa, en qué normativa se le faculta a establecer a nuestra Compañía responsabilidades financieras que un Decreto Supremo ha establecido no le corresponden.

Como es de su conocimiento, conforme prescribe el Art. 4 inc. c) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, los actos administrativos emanados de la autoridad, deben basarse en el principio de sometimiento pleno a la ley. Este principio exige que el acto administrativo se encuentre fundado en las normas legales aplicables, es decir que su objeto y finalidad respondan al ordenamiento jurídico vigente en Bolivia. Asimismo, el Art. 17, Parágrafo II inc. d) del DS 27175 exige que los actos administrativos contemplen los fundamentos de hecho y derecho que lo motivan y respaldan, situación que no ocurre con la Resolución Administrativa impugnada, en la

medida que la misma no cuenta con el respaldo legal para que la APS alegue que sólo se debe aplicar el primer párrafo del Art. 63 del DS 24469 y no así el tercero. En ese sentido, la Resolución Administrativa impugnada y en general todos los actos propios del proceso administrativo sancionatorio, debieron observar el alcance legislativo del Art. 63 del DS 24469 y su verdadero espíritu, el cual con absoluta claridad establece que no corresponde al Seguro de Riesgo Profesional, (administrado por nuestra entidad) asumir obligación alguna respecto a la invalidez manifestada. Justamente, el nomenjuris del citado artículo, se refiere al "Derecho a Pensión de Invalidez", por lo que la existencia de una invalidez manifestada del asegurado, determina que el mismo carezca del derecho a percibir una pensión respecto a dicha invalidez con cargo al Seguro de Riesgo Profesional, esto a fin de precautelar los preceptos que inspiran el Seguro por riesgo profesional (sic).

Como se señaló, la redacción del Artículo de marras, tiene el propósito de evitar un pago indebido por una invalidez que al ser preexistente no puede ser cubierta, así como evitar la insolvencia de los Seguros (como está previsto con cualquier tipo de preexistencia en el ámbito de los seguros sea cual fuere su naturaleza), siendo además función específica de la APS, establecida en la Ley de Seguros, velar por la Solvencia de las Entidades Aseguradoras, por lo que un pronunciamiento de la naturaleza efectuada en la Resolución hoy impugnada, no es admisible bajo ningún punto de vista por parte de nuestra entidad.

Por su parte, corresponde advertir que el agravio ocasionado por la Resolución impugnada a nuestra entidad aseguradora, se acentúa aún mas, considerando que a través de las notas RSP/1387/2004 de 14 de diciembre de 2004 y GSP/610/2005, de 16 de mayo de 2005, La Vitalicia formuló consultas expresas al Ente Regulador, sobre la aplicación del Art. 63 del DS 24469, específicamente sobre la invalidez manifestada del señor Ciprian Mamani Porco, sin contar hasta la fecha con el procedimiento correspondiente.

Sobre el particular, conviene hacer notar a su Autoridad que en la formulación de cargos efectuada a nuestra Compañía, la APS ha hecho referencia al Artículo 9 del Decreto Supremo 27324 de 22 de enero de 2004, que dice a la letra:

"...Ante la eventualidad de suscitarse controversias de carácter técnico entre las AFP, las Entidades Aseguradoras o Afiliados, con relación a las prestaciones del SSO y el otorgamiento de las mismas, las partes involucradas deberán solicitar el pronunciamiento definitivo de la SPVS, quien por la competencia, especialidad e imparcialidad, fungirá como ente dirimidor."

Cuando en la presentación de descargos efectuada con nuestra nota GSP-560/2012, hemos hecho notar que se ha requerido a la APS su pronunciamiento expreso sobre el particular en las cartas RSP/1387/2004 de 14 de diciembre de 04 y GSP/610/2005, de 16 de mayo de 2005, resulta que se las pretende eludir aduciendo que la APS habría dado respuesta con la existencia del Artículo 9 del Decreto Supremo No. 27324 de 22 de enero de 2004, que establece que las Resoluciones Administrativas de la SPVS en su calidad de ente dirimidor se reputan definitivas. Conviene que su autoridad revise el

contenido de las cartas antes mencionadas, donde podrá observar que no se ha requerido un pronunciamiento acerca de la calificación de invalidez, sino acerca del procedimiento a emplearse para financiar el pago de la prestación, considerando que nuestra entidad por lo establecido en el Artículo 63 del Decreto Supremo 24469, no tiene obligación de pagar por invalideces manifestadas. Vemos con preocupación que primero la APS nos acusa de no habérsele efectuado las consultas pertinentes de forma oportuna y cuando se le demuestra lo contrario, acuda a acciones de elusión como la antes anotada, privándonos de nuestro legítimo derecho a la defensa, ya que se vulneran principios protegidos constitucionalmente, tal como lo establece la línea Jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Bolivia que establece que toda Autoridad tiene la obligación de emitir respuesta expresa respecto a la petición formulada del recurrente dentro de un plazo razonable, sea en sentido positivo o negativo.

No queremos en este Recurso Administrativo señor Director Ejecutivo abundar sobre las diversas Sentencias institucionales que versan sobre este tipo de omisiones porque confiamos que su Autoridad efectuará un análisis adecuado de lo expresado largamente a lo largo de nuestras comunicaciones anteriores, donde hemos manifestado con suficiente claridad los elementos que debieran ser considerados antes de precederse con sanciones forzadas desde el punto de vista jurídico y técnico.

En atención a lo expuesto, resulta evidente que nuestra empresa no ha vulnerado ninguna norma y menos ha infringido disposición legal alguna, no existiendo en consecuencia, fundamento legal para que se le pretenda imponer una sanción como aquella prevista en la Resolución Administrativa impugnada. Lo que corresponde es que la APS emita o tramite la reglamentación respectiva, a fin de no incurrir en los errores de la Resolución impugnada

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, solicitamos:

- 1. Admita el presente Recurso de Revocatoria**
- 2. Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso de Revocatoria disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 358-2012 de 23 de mayo de 2012.**

Otrosí 1°.- En mérito a los fundamentos expuestos y la prueba que cursa en el respectivo expediente administrativo, solicitamos respetuosamente a su Autoridad, se sirva suspender la ejecución de la Resolución Administrativa impugnada, mientras se agote la vía administrativa, sea en aplicación del artículo 59 parágrafo II de la Ley N° 2341 y del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el

SIREFI, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, en la medida que la Resolución Administrativa nos ocasionaría graves perjuicios por cuanto se nos pretende imponer responsabilidades financieras expresamente excluidas en la normativa vigente..."

Mediante Auto de 26 de julio de 2012 la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, rechazó la solicitud realizada por La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. AFP, respecto a la suspensión de la ejecución de las determinaciones establecidas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/N° 358-2012 de 28 de mayo de 2012, ratificándose su entero cumplimiento

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/DFP/N° 784-2012 DE 4 DE OCTUBRE DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/N° 784-2012 de 4 de octubre de 2012, confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/N° 358-2012 de 23 de mayo de 2012.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"...CONSIDERANDO:

*Que en función a los fundamentos planteados por La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. en el Recurso de Revocatoria, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.
(...)*

Que La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. afirma que, la APS sustenta la sanción imputada "IGNORANDO LO ESTABLECIDO EN EL TERCER PÁRRAFO" del artículo 63 del Decreto Supremo N° 24469, que señala:

"Los Afiliados que a la fecha de afiliación al SSO tengan una invalidez manifestada, no serán cubiertos por el Seguro de Riesgo Profesional para esa invalidez. Sin embargo, los Afiliados que tengan una invalidez no manifestada estarán cubiertos por cualquier invalidez sin excepción alguna" (El subrayado es nuestro).

*Que se aclara que esta Autoridad en ningún momento "ignoró" lo señalado en el tercer párrafo del mencionado Decreto Supremo; en razón a que el caso que ahora nos ocupa cuenta con una calificación de invalidez firme y de acuerdo al Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez **(MANECGI)** vigente a la fecha de calificación y por tanto, la tipificación descrita en el párrafo citado por la Entidad Aseguradora pudo haber sido un argumento a exponerse, pero oportunamente y antes de que cause estado cualquier determinación del regulador, sin embargo aquello no sucedió. En ese comprendido y siguiendo lo expresamente establecido en el primer párrafo del artículo 63 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997 se tiene que, una vez que el Asegurado Ciprian Mamani Porco fue calificado como inválido con incapacidad del 47% de pérdida de la capacidad laboral de origen Profesional, de acuerdo al Dictamen N° 035/2004 de 04 de junio de*

2004, aprobado mediante Resolución Administrativa - SPVS – IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004, consolidó su derecho a Pensión de invalidez de acuerdo a las características de calificación del riesgo. Por tanto, el devengo de la Pensión de Invalidez por Riesgo Profesional, la Compañía Aseguradora debió considerar desde el inicio (fecha de solicitud de Pensión de invalidez) y en adelante, el porcentaje de invalidez aprobado por la autoridad competente, el cual es de cumplimiento obligatorio.

Que el MANECGI aprobado mediante Decreto Supremo N° 25174 de 15 de septiembre de 1998 establece que, **la calificación en el SSO es integral** debiendo considerarse todos los componentes. Asimismo establece que, si un Asegurado **tiene únicamente** una invalidez manifestada, ésta no será calificada en el SSO, aspecto que se encuentra de acuerdo con lo señalado en el párrafo aludido por Entidad Aseguradora.

Que en lo referente a casos como el ahora imputado, el MANECGI establece: "en caso que el Afiliado que presenta solicitud de pensión **tuviera una invalidez manifestada así como una invalidez no manifestada**, el caso deber ser calificado y el TMC deberá emitir Dictamen y Formulario de Fecha de Invalidez..." (El subrayado es nuestro).

Que lo señalado en el MANECGI es plenamente refrendado por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 que instruye: "Para establecer el grado de invalidez de una persona se debe considerar que la calificación en el SSO es integral de acuerdo a lo señalado en el Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez - MANECGI aprobado mediante Decreto Supremo N° 25174 de 15 de septiembre de 1998; por ello, la calificación debe realizarse considerando toda la incapacidad manifiesta del individuo y no sólo tomando en cuenta un determinado desorden o afección provenientes de accidente o enfermedad. En el marco de lo señalado la invalidez manifestada debe incluirse como parte de dicha calificación" (El subrayado es nuestro).

Que la Entidad Aseguradora en su impugnación señala también lo siguiente "...establezca de manera expresa a través de qué norma se ha derogado o dejado sin efecto el tercer párrafo del Artículo 63 del Decreto Supremo 24469, para que se ignore su contenido por parte de la APS, o en su defecto establezca de manera expresa, en qué normativa se le faculta a establecer a nuestra Compañía responsabilidades financieras...".

Al respecto, es importante remitirnos al artículo 31 de la Ley No. 1732 de Pensiones determinando que, la calificación del grado de invalidez y origen de la invalidez y muerte para riesgo común y riesgo profesional, **se realizará** de acuerdo al MANECGI. De los antecedentes se tiene que, al momento de la solicitud de la pensión, el MANECGI vigente era el aprobado mediante Decreto Supremo N° 25174 de 15 de septiembre de 1998, con el cual el Tribunal Médico de ese entonces ha calificado el riesgo del Asegurado Ciprian Mamani Porco, aprobado mediante Resolución Administrativa - SPVS - IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004 por la ex SPVS, y que la

Entidad Aseguradora debió considerarla en los términos expresados más aún cuando esta adquirió firmeza; para los efectos previstos por el artículo 9 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004.

En cuanto a las responsabilidades que señala el regulado, ello deviene de la comprobación de la infracción y el daño económico generado al Asegurado (Capítulo VIII, Parte I del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997), al estar percibiendo una pensión en base al 34% de incapacidad fijada arbitrariamente por la Entidad Aseguradora, cuando el porcentaje aprobado por el regulador mediante Resolución Administrativa-SPVS - IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004, responde al 47%. En conclusión se tiene constatado el sometimiento pleno a la Ley por parte del regulador, al tomar en cuenta lo ordenado por la Ley de Pensiones y al aprobar el Dictamen con Resolución Administrativa, ahora firme en sede administrativa, por lo que correspondía al regulado su cumplimiento, más aún cuando se le comunicó que las determinaciones en este aspecto se reputan como definitivas, por otra parte el regulado tuvo también que considerar que las posibilidades legales de discusión se hallaban precluidas.

Que más allá de la interpretación de la normativa inadecuada e incorrectamente realizada por la Entidad Aseguradora, es importante recordar que, el objeto del Cargo imputado al regulado es por incumplimiento del pago de la Pensión de Invalidez de acuerdo al porcentaje de incapacidad, determinado en el **Dictamen N° 035/2004 de 04 de junio de 2004** emitido por la Unidad Médica Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, vigente y aprobado en firme con **Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004**.

Que con nota CITE/RSP/1387/2004 de 14 de diciembre de 2004, La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. señala: "Conforme a lo establecido en el Art. 63 del Decreto Supremo N° 24469, de fecha 17 de enero de 1997, que establece, que el seguro de Riesgo Profesional cubre cualquier invalidez siempre que ésta no sea manifestada, corresponde que siendo integral la calificación del presente caso (como lo establece la norma), se realice una discriminación de la calificación final (47%), entre el porcentaje que corresponde sea cubierto por este seguro (que alcanzaría a ser 37%) y el porcentaje que corresponde a la invalidez manifestada,...". Asimismo, con nota GSP-610/2005 de 16 de mayo de 2005, la Entidad Aseguradora reitera lo mencionado en la nota CITE/RSP/1387/2004.

Que de lo señalado anteriormente, se establece que La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. tenía pleno conocimiento de que la calificación en el SSO es **integral** en los casos donde el Asegurado tuviera una invalidez manifestada así como una invalidez no manifestada, como es el caso del Asegurado Ciprian Mamani Porco. Por tanto, correspondía que se efectúe el pago en cumplimiento a la normativa vigente, aplicando el porcentaje de invalidez calificado con Dictamen N° 035/2004 de 04 de junio de 2004, aprobado mediante Resolución administrativa (sic)-SPVS-IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004. Consiguientemente se tiene claro que, no era necesario un pronunciamiento expreso sobre este caso, una vez que las Resoluciones Administrativas emitidas por la ex SPVS, se reputan como definitivas al ser en única

instancia y por tanto, no serán objeto de ulterior recurso conforme lo establecía el artículo 9 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, derogado por el artículo 36 del Decreto Supremo N° 27824 de 03 de noviembre de 2004.

Que es importante señalar que, a la fecha de emisión de la Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004, se encontraba vigente el artículo 9 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, que establecía: "...Ante la eventualidad se suscitarse controversias de carácter técnico entre las AFP, las Entidades Aseguradoras o Afiliados, con relación a las prestaciones del SSO y al otorgamiento de las mismas, las partes involucradas deberán solicitar el pronunciamiento definitivo de la SPVS, quien por la competencia, especialidad e imparcialidad, fungirá como ente dirimidor.

Las Resoluciones Administrativas emitidas por la SPVS en su calidad de ente dirimidor, se reputan definitivas al ser en única instancia y por tanto, no serán objeto de ulterior recurso... (El subrayado es nuestro).

Que este artículo fue derogado por el Decreto Supremo N° 27824 de 03 de noviembre de 2004; el cual en su artículo 36 señala "...Las Resoluciones Administrativas emitidas por la SPVS sobre Revisión de Dictamen o Fecha de Invalidez o Fallecimiento, por el carácter especial se reputan definitivas al ser en única instancia y por tanto no serán objeto de ulterior recurso en la vía administrativa..." vigente a la fecha de emisión de la nota CITE/RSP/1387/2004 de 14 de diciembre de 2004.

Que por tanto independientemente de cualquier opinión u observación sobre una calificación emitida por la APS o ex SPVS, **la EA debe dar cumplimiento a lo establecido en la Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004.**

Que por otro lado, la EA no puede argumentar que siguiendo "la línea Jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Bolivia que establece que toda Autoridad tiene la obligación de emitir respuesta expresa respecto a la petición formulada del recurrente", cuando con nota CITE: SPVS-IP-DPSSO 5058/2005 del 05 de diciembre de 2005 la ex SPVS dio respuesta a las consultas planteadas, mediante notas CITE/RSP/1387/2004, CITE:GSP-610/2005 y CITE-GSP/1325/2005 de 14 de diciembre de 2004, 16 de mayo de 2005 y 18 de noviembre de 2005 respectivamente.

Que sin embargo, reiteramos que el objeto de la sanción es el incumplimiento a lo emanado en una Resolución Administrativa (**Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 546/2004**) la cual por su carácter especial se reputa como definitiva.

Que por último, con relación a lo resuelto en el SEGUNDO de la R.A.358-2012, que en su numeral I establece: "En el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. deberá proceder a cancelar al Asegurado los saldos retroactivos más los intereses desde el 19 de febrero de 2002, hasta el mes de junio de 2012, conforme lo establecido en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997",

La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. con nota CITE:GSP-1034/2012 de 05 de septiembre de 2012, adjunta la planilla con los saldos retroactivos más los interés correspondientes, a partir del 19 de febrero de 2002 hasta el mes de junio de 2012, con la firma de recepción por parte del Asegurado Ciprian Mamani Porco en fecha 20 de junio de 2012; revisada la información contenida en la planilla de pagos se concluye que, la Entidad Aseguradora dio cumplimiento a lo establecido en la R.A.358-2012, pagando las diferencias de pensión y los intereses correspondientes.

Que con relación a que "Adicionalmente a partir del mes de julio de 2012, deberá proceder a pagar el monto de la pensión que corresponde conforme al Dictamen aprobado mediante Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004", y en cumplimiento al numeral III que establece: La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. dentro de los tres (3) días hábiles administrativos siguientes al pago de la pensión de julio 2012, deberá remitir a esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros detalle de los pagos efectuados conforme a norma, con constancia de recepción por parte del Asegurado así como el comprobante de pago del mes de julio de 2012", La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. con nota GSP-0946/2012 de 10 de agosto de 2012, remitió copia de la Boleta de Pago y Comprobante de Pago donde se evidencia que efectuó el pago de la pensión del mes de julio de 2012, conforme a lo establecido en la Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004.

Que en virtud a lo expuesto se concluye que los argumentos presentados por la Entidad Aseguradora no son suficientes para revocar las determinaciones establecidas en la R.A.358-2012, por lo que corresponde confirmar la sanción y las obligaciones impuestas.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión pormenorizada del Recurso de Revocatoria interpuesto por La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. esta Autoridad concluye que, la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que posibiliten cambiar la ratio legis de la R.A.358-2012 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, en consecuencia, se confirma el referido acto administrativo, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

Que el artículo 61 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 25 de octubre de 2012, **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/N° 784-2012 de 4 de octubre de 2012, argumentado lo siguiente:

"...El Artículo 63 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento de la Ley de Pensiones 1732), establece IN EXTENSO lo siguiente:

"ARTÍCULO 63. (DERECHO A PENSION DE INVALIDEZ Y DE LA FECHA DE DEVENGAMIENTO). Una vez que el Afiliado sea calificado como inválido con incapacidad superior al veinticinco por ciento (25%), de acuerdo a dictamen emitido y se verifique el cumplimiento de los requisitos indicados en el presente reglamento tendrá derecho a Pensión de invalidez. La Pensión de invalidez por Riesgo Profesional se devenga a partir de la fecha de presentación de la solicitud de Pensión de invalidez.

Si la entidad encargada de calificar, no emitiera dictamen dentro del plazo establecido por la Superintendencia, la Entidad Aseguradora deberá pagar las Pensiones, devengadas entre la fecha límite de emisión de dictamen hasta la fecha efectiva de pago, con un interés aplicando la tasa que resulte mayor entre la rentabilidad promedio de los fondos de pensiones y la tasa bancaria activa comercial promedio nominal utilizada para créditos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor, publicada por el Banco Central de Bolivia.

Los Afiliados que a la fecha de afiliación al SSO tengan una invalidez manifestada, no serán cubiertos por el Seguro de Riesgo Profesional para esa invalidez. Sin embargo, los Afiliados que tengan una invalidez no manifestada estarán cubiertos por cualquier invalidez sin excepción alguna.

Para propósitos de este reglamento, se entenderá por invalidez manifestada aquella que es previa a la fecha del Registro o traspaso en una determinada AFP y que a esa fecha le impedía al Afiliado el funcionamiento de un miembro o el desempeño de una función, de una manera permanente e irreversible. La invalidez no manifestada es aquella que puede sobrevenir con posterioridad a la fecha de Registro en una determinada AFP a pesar de haber podido ser originada en una fecha anterior."

Como hemos hecho notar en nuestro Recurso de Revocatoria, La APS sustenta su sanción en el primer párrafo del Artículo 63 antes transcrito, IGNORANDO LO ESTABLECIDO EN EL TERCER PÁRRAFO DEL MISMO, aduciendo de manera errada en su Resolución Sancionatoria lo siguiente:

"...Sin embargo el párrafo de la normativa imputada (refiriéndose al tercer párrafo del Artículo 63 antes transcrito), no guarda relación con el párrafo del artículo citado por la Entidad Aseguradora (EA), toda vez que el cargo se imputó en función a lo establecido en el primer párrafo del mismo Artículo, que dice:..."

Se le ha hecho conocer a la APS que su argumentación resulta por demás forzada, dado que es evidente que el tercer párrafo del Artículo 63, está directamente relacionado con el primer párrafo del mismo Artículo, ambos referidos a la calificación de invalidez.

Reiteramos que sorprende el hecho que se haya impuesto nada menos que una sanción al regulado, basándose sólo en un párrafo de un Artículo que no puede ser comprendido sino en su conjunto. Tan forzado fue el razonamiento de la APS, que su argumento inicial en el que dijo que el primer párrafo del Artículo 63 no guarda relación con el tercer párrafo del mismo Artículo, no fue reiterado ni sustentado en la Resolución Administrativa APS/DPC/DFP/No. 784-2012, desviando la APS el sustento de su sanción hacia otros elementos también irregulares, que pasaremos a exponer posteriormente.

Con relación a los argumentos expuestos por la APS (y luego abandonados por dicha entidad seguramente por su total inconsistencia), resulta pertinente hacer notar que el entendimiento y por lo tanto la aplicación de la ley (en este caso del Artículo 63 del Decreto Supremo 24469) debe observar el principio de integralidad, en virtud del cual, se debe otorgar un efecto unitario al conjunto de la norma y no así distintos efectos de manera unilateral e incongruente, como ha ocurrido en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/No. 358-2012 de 23 de mayo de 2012, en la que se ha pretendido aplicar de manera errada el alcance del meritudo Art. 63, aplicando exclusivamente una parte de aquél, sin otorgarle el verdadero espíritu legislativo que engloba.

En ese sentido, se le ha requerido a la APS que a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria, establezca de manera expresa a través de qué norma se ha derogado o dejado sin efecto el tercer párrafo del Artículo 63 del Decreto Supremo 24469, para que se ignore su contenido por parte de la APS, o en su defecto establezca de manera expresa, en qué normativa se le faculta a establecer a nuestra Compañía responsabilidades financieras que un Decreto Supremo ha establecido no le corresponden. La APS simplemente ha omitido dar respuesta a estos cuestionamientos, pretendiendo sustentar su sanción en razonamientos carentes de base normativa y haciendo menciones indebidas al Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez (MANECGI), aprobado en septiembre del año 1998, como expondremos más adelante.

Como es de su conocimiento, conforme prescribe el Art. 4 inc. c) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, los actos administrativos emanados de la autoridad, deben basarse en el principio de sometimiento pleno a la ley. Este principio exige que el acto administrativo se encuentre fundado en las normas legales aplicables, es decir que su objeto y finalidad respondan al ordenamiento jurídico vigente en Bolivia. Asimismo, el Art. 17, Parágrafo II inc. d) del DS 27175 exige que los actos administrativos contemplen los fundamentos de hecho y derecho que lo motivan y respaldan, situación que no ocurre con los actos de la APS, en la medida que los mismos no cuentan con el respaldo legal para que la APS alegue que sólo se debe aplicar el primer párrafo del Art. 63 del DS 24469 y no así el tercero.

En ese sentido, la Resolución Administrativa impugnada y en general todos los actos propios del proceso administrativo sancionatorio, debieron observar el alcance legislativo del Art. 63 del DS 24469 y su verdadero espíritu, el cual con absoluta claridad establece que no corresponde al Seguro de Riesgo Profesional, (administrado por nuestra entidad) asumir obligación alguna respecto a la Invalidez manifestada. Justamente, el nomenjuris del citado artículo, se refiere al "Derecho a Pensión de Invalidez", por lo que la existencia de una invalidez manifestada del asegurado, determina que el mismo carezca del derecho a percibir una pensión respecto a dicha invalidez con cargo al Seguro de Riesgo Profesional, esto a fin de precautelar los preceptos que inspiran el Seguro de Riesgo Profesional.

Como se señaló, la redacción del Artículo 63 del Decreto Supremo 24469, tiene el propósito de evitar un pago indebido por una invalidez que al ser preexistente no puede ser cubierta, así como evitar la insolvencia de los Seguros (como está previsto con cualquier tipo de preexistencia en el ámbito de los seguros sea cual fuere su naturaleza), siendo además función específica de la APS, establecida en la Ley de Seguros, velar por la Solvencia de las Entidades Aseguradoras, por lo que un pronunciamiento de la naturaleza efectuada en la Resolución hoy impugnada, no es admisible bajo ningún punto de vista.

El tema de la responsabilidad de la APS en cuanto a la solvencia de los operadores de seguro y su responsabilidad en cuanto al sostenimiento financiero del Seguro de Riesgo Profesional, fue simplemente ignorado de plano por parte de la APS en su Resolución Administrativa confirmatoria, haciendo caso omiso de su obligación legal expresamente establecida en el Artículo 41 de la Ley de Seguros de 25 de junio de 1998, que establece lo siguiente:

"ARTICULO 41.- FUNCIONES y OBJETIVOS.- La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, como órgano que fiscaliza y controla las personas, entidades y actividades del sector de seguros de la República, tiene los siguientes objetivos:

a) Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro."

Claramente la APS ha eludido pronunciarse sobre este aspecto, seguramente porque resulta imposible de explicar la vulneración de la solvencia de nuestra Compañía y del Seguro de Riesgo Profesional en su conjunto, pretendiendo que las Entidades Aseguradoras paguen por preexistencias, situación que desconoce totalmente las bases técnicas de cualquier seguro y causa un inminente riesgo de insolvencia al pretender imponer pagos fuera de la Ley y expresamente prohibidos por la normativa aplicable al sector.

Conviene hacer notar en este punto lo dispuesto en el Título III referido al Contrato de Seguro del Código de Comercio, cuya aplicación al Seguro Social Obligatorio tiene plena vigencia desde la promulgación de la Ley de Seguros de 25 de junio de 1998, dado que la restricción existente hasta entonces en el segundo párrafo del Artículo

979 del Código de Comercio, fue dejada sin efecto por el Artículo 58 de la Ley de Seguros antes mencionada.

En esta norma, de obligatoria aplicación para cualquier contrato de seguro, situación que debiera saber la APS, se establece lo siguiente:

"Art. 981.- (INEXISTENCIA DEL RIESGO). El contrato de seguro será nulo si en el momento de su celebración hubiera desaparecido el riesgo o el siniestro ya se hubiere producido, salvo que ninguna de las partes conozca estas circunstancias y el contrato comprenda un período anterior a su celebración."

En el caso del Afiliado Ciprian Mamani Porco, el siniestro correspondiente a la amputación de los dedos medio e índice de la mano izquierda, se produjo el año 1988, muchos años antes de la vigencia de la Ley de Pensiones 1732, por lo que no es posible que dicho siniestro tenga cobertura por parte del Seguro de Riesgo Profesional del Social Obligatorio (sic).

Lo anterior se encuentra también claramente establecido en el Artículo 983 del Código de Comercio, que establece:

"Art. 983.- (RIESGO). Riesgo es el suceso incierto capaz de producir una pérdida o daño económico y que en caso de ocurrir y estar asegurado, hace exigible la obligación del asegurador. Los hechos ciertos o los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y no son objeto del contrato de seguro."

Claramente el siniestro sufrido por el afiliado Ciprian Mamani Porco el año 1988, no era objeto del contrato de seguro suscrito por nuestra entidad con las AFP, dado que el siniestro ocurrido el año 1988 era ya un hecho cierto, y no un riesgo sujeto a una cobertura de seguro, tema que la normativa específica de los Seguros de Invalidez y Muerte, ha recogido en el tercer párrafo del Artículo 63 del Decreto Supremo 24469 (Reglamento de la Ley de Pensiones), que establece expresamente que la invalidez manifestada no será cubierta por el Seguro de Riesgo Profesional para esa invalidez.

Consiguientemente, nuestra argumentación se sustenta en normas legales claramente estipuladas sobre el particular, a diferencia de la postura de meramente retórica de la APS, ya que tal como hemos hecho notar a dicha entidad a tiempo de presentar nuestros descargos acerca de la imputación de cargos de este caso, su interpretación, resulta totalmente carente de sustento técnico y legal, situación que pone en duda la existencia misma del Seguro Social de largo plazo. Transcribimos a continuación lo manifestado en nuestra nota GSP- 560/2012 de 14 de mayo de 2012:

"...Consiguientemente, si bien las calificaciones de invalidez consideran todas las incapacidades de una determinada persona, no es evidente que nuestra Compañía deba pagar pensión por incapacidades manifestadas con anterioridad a la vigencia del Seguro administrado, dicha situación por lo demás sería insostenible, ya que por ejemplo personas con ceguera congénita, podrían acceder a coberturas del orden del 100% de su salario aportado, con por ejemplo

la pérdida de una funcionalidad del 2% ó 3% calificada Independientemente **(durante su etapa laboral se entiende)**, situación que evidentemente generaría la insolvencia de cualquier seguro de manera inexorable... "

Por consiguiente, los actos administrativos de la APS además de insostenibles desde el punto de vista técnico, son claramente contrarios a normas que se encuentra obligada a cumplir y no pasar por alto, ya que se pone en riesgo de colapso financiero a todo el sistema.

Peor aún, y tal como hemos anticipado a lo largo de este recurso, la APS actúa de manera abusiva al sancionar a nuestra Compañía, por su omisión en absolver las consultas debida y oportunamente formuladas, tal como hacemos constar a continuación:

La APS efectuó la imputación de cargos a nuestra Compañía, mediante la nota con CITE: APS/DJ/DPC/DFP/2908/2012 de 18 de abril de 2012, manifestando que habríamos infringido el Artículo 9 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, que dice:

"Artículo 9. ... Ante la eventualidad de suscitarse controversias de carácter técnico entre las AFP, las Entidades Aseguradoras o Afiliados, con relación a las prestaciones del SSO y al otorgamiento de las mismas, las partes involucradas deberán solicitar el pronunciamiento definitivo de la SPVS, quien por la competencia, especialidad e imparcialidad, fungirá como ente dirimidor.

Dicha consulta se efectuó con nuestras notas RSP/1387/2004 de fecha 14/12/2004, recibida en fecha 14 de diciembre 2004, GSP/610/2005 de fecha 16/05/2005, recibida en fecha 17 de mayo de 2005 y GSP/1325/2005, recibida en fecha 21 de noviembre de 2005, que en todos los casos se han referido a la necesidad de normar el procedimiento para determinar el porcentaje de la invalidez calificada que debiera ser financiado por nuestra Compañía.

Transcribimos el texto de la nuestra primera nota mencionada:

"De nuestra mayor consideración:

Conforme lo establecido en el Art. 63 del Decreto Supremo No. 24469, de fecha 17 de enero de 1997, que establece, que el seguro de Riesgo Profesional cubre cualquier invalidez siempre que ésta no sea manifestada, corresponde que siendo integral la calificación del presente caso (como lo establece la norma), se realice una discriminación de la calificación final (47%), entre el porcentaje que corresponde sea cubierto por este seguro (que alcanzaría a ser 37%) y el porcentaje que corresponde a la Invalidez manifestada, debido a que para la calificación se tomó en cuenta la amputación de dedos y la pérdida de sensibilidad, que corresponden a un accidente de trabajo ocurrido el año 1988.

Por lo expuesto, solicitamos a su autoridad, establezca mediante normativa expresa, el procedimiento por el cual se determinará el porcentaje correspondiente al seguro, excluyendo el porcentaje correspondiente a la Invalidez Manifestada.

Con este particular, quedamos a la espera de lo solicitado y saludamos al señor Superintendente con la mayor atención."

Las siguientes notas versan sobre el mismo tema y básicamente en los mismos términos, por lo que claramente nuestra Compañía se estaba refiriendo a la metodología de discriminación de la invalidez a ser pagada por el Seguro de Riesgo Profesional y no así a si la calificación estaba efectuada correctamente o no.

Se ha explicado de varias formas y en reiteradas oportunidades a la APS que una cosa es la calificación integral, que debe hacerse considerando todas las afecciones del individuo y otra cosa es la proporción de la invalidez que cubre el seguro, sin que dicha entidad comprenda dicha situación y basa toda su argumentación en que la calificación al ser integral debiera ser pagada por nuestra Compañía en su totalidad, cuando el Artículo 63 del Decreto Supremo 24469, establece expresamente que el Seguro que administramos, no cubre la Invalidez manifestada, situación coincidente con la Ley de Seguros y el Código de Comercio tal como hemos sustentado a lo largo de este Recurso.

De forma totalmente sorprendente la APS dice en el sexto párrafo de página 9 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DFP/No. 784-2012 de 4 de octubre de 2012, lo siguiente.

"Que por otro lado, la EA no puede argumentar que siguiendo "la línea jurisprudencial del Tribunal constitucional de Bolivia que establece que toda Autoridad tiene la obligación de emitir respuesta expresa respecto a la petición formulada del recurrente", cuando con nota CITE: SPVS- IP-DPSSO 5058/2005 del 05 de diciembre de 2005 la ex SPVS dio respuesta a las consultas planteadas, mediante notas CITE/RSP/1387/2004, CITE:GSP/610/2005 y CITE-GSP/1325/2005 de 14 de diciembre de 2004, 16 de mayo de 2005 y 18 de noviembre de 2005 respectivamente."

Para darse cuenta de la posición totalmente fuera de lugar de la APS, basta con revisar el contenido de la respuesta a la que hacen alusión, misma que transcribimos a continuación:

"Señor Gerente General:

En atención a la nota de referencia, comunico a usted que la Intendencia de Pensiones está gestionando ante la autoridad competente la emisión de la normativa requerida que establezca el procedimiento a seguir en los casos como el del afilado Ciprian Mamani Porco.

Con este motivo, saludo a usted atentamente."

Queda claramente establecido que el regulador con motivo de nuestras consultas, determinó que era pertinente el establecimiento de un procedimiento específico para este tipo de casos, totalmente independiente de la calificación de invalidez, por lo que la manifestación de parte de la APS de que **"independientemente de cualquier opinión u observación sobre una calificación emitida por la APS o ex SPVS, la EA debe dar cumplimiento a lo establecido en la Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004."** es simplemente absurda, cuando se ha reconocido con anterioridad la necesidad de emitir una normativa que discrimine el financiamiento de la prestación.

Finalmente y como colofón a una serie de aseveraciones carentes de sustento por parte de la APS, dicha entidad dice en el primer párrafo de la página 7 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DFP/No. 784-2012 de 4 de octubre de 2012, lo siguiente:

"Que el MANECGI aprobado mediante Decreto Supremo No. 25174 de 15 de septiembre de 1998 establece que, la calificación en el SSO es integral debiendo considerarse todos los componentes. Asimismo establece que, si un Asegurado tiene únicamente una invalidez manifestada, ésta no será calificada en el SSO, aspecto que se encuentra de acuerdo con lo señalado en el párrafo aludido por (sic) Entidad Aseguradora.

Que en lo referente a casos como el ahora Imputado, el MANECGI establece: "en caso que el Afiliado que presenta solicitud de pensión tuviera una Invalidez manifestada así como una Invalidez no manifestada, el caso deber (sic) ser calificado y el TMC deberá emitir Dictamen y Formulario de Fecha de Invalidez..."

La cita que hace la APS sobre el MANECGI aprobado por el Decreto Supremo No. 25174 de 15 de septiembre de 1998 es totalmente impertinente, ya que el MANECGI vigente entonces, no hacía referencia en absoluto a la Invalidez Manifestada, de hecho el MANECGI que contiene la redacción a la que hace referencia la APS, fue aprobado recién el 31 de diciembre del año 2008, mediante Resolución Administrativa SPVS/IP No. 1052, es decir años después de calificarse el caso que nos ocupa. Incluso efectuando una calificación de la Invalidez Manifestada utilizando los criterios establecidos en el MANECGI aprobado el año 2008 mencionado por la APS, la calificación final resultante es inferior al 47% y al 34%, por lo que no se comprende el accionar de la APS, que no revisa la norma vigente cuando el caso fue calificado, y tampoco revisa que con la norma a la que hace referencia, el caso tendría una calificación inferior a la que reclama.

Llama la atención que la APS pese a haberse tomado más de tres meses en pronunciarse sobre nuestro Recurso de Revocatoria (presentado en fecha 28 de junio de 2012), no haya efectuado ni una revisión adecuada de la norma aplicable, ni una compulsión debidamente razonada de nuestra defensa, lo que demuestra que el sustento de la APS no es ni legal ni técnico sino meramente un afán de sancionar a nuestra Compañía, que tiene como objeto trasladar de manera abusiva a nuestra

entidad la responsabilidad de omisiones que en realidad han sido cometidas por parte de la APS.

No es responsabilidad de nuestra Compañía que la entidad reguladora demore excesivamente en atender apropiadamente las consultas que se le han formulado, cuando podría perfectamente haberse hecho conocer durante el año 2004 o 2005 a nuestra Compañía que debía proceder al pago de la pensión utilizando el porcentaje del 47%, o podía también hacerse conocer a nuestra Compañía la nueva posición de la APS con relación a este caso durante esta gestión, para que se proceda al pago del porcentaje de invalidez según su criterio (independientemente de su ilegalidad y los riesgos para el financiamiento de este seguro como hemos expuesto ampliamente), pero de ninguna manera sancionar a nuestra entidad por la falta de respuesta oportuna a nuestras consultas, que por cierto eran perfectamente pertinentes como lo demuestra la propia nota del regulador con CITE: SPVS-IP-DPSSO 5058/2005 del 05 de diciembre de 2005.

Como podrá apreciar el Señor Viceministro de Pensiones, la APS ha procedido a sancionar a nuestra Compañía de forma totalmente injustificada, alterando además el sustento de su posición a lo largo del procedimiento sancionador, situación que no permite una defensa adecuada del regulado violando incluso preceptos constitucionales, baste como ejemplo que en la imputación de cargos efectuada con la nota APS/DJ/DPC/DFP/2908/2012 de 18 de abril de 2012, se nos acusaba de no haber solicitado el pronunciamiento definitivo de la SPVS; una vez demostrado que en realidad sí habíamos requerido el pronunciamiento, la APS altera su sustento, implicando que nosotros no teníamos derecho a requerir opiniones u observaciones, ya que manifiesta en la Resolución hoy impugnada, que debíamos dar cumplimiento a la Resolución Administrativa SPVS- IP No. 546 de 30 de septiembre de 2004, situación impracticable por lo establecido en el Artículo 63 del Decreto Supremo 24469, lo que en los hechos significa conculcarnos derechos establecidos expresamente en la Ley de Procedimiento Administrativo 2341, como exponemos a continuación:

"ARTICULO 16° (Derechos de las Personas).- En su relación con la Administración Pública, las personas tienen los siguientes derechos:

- a) A formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente;

- h) A obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen..."

Resulta entonces que la APS acusa primero y ante la evidencia de que su acusación era incorrecta, modifica la base de sus cargos, con el único fin de trasladar su responsabilidad hacia nuestra Compañía, situación grotesca, dado que la propia entidad reguladora ha admitido la necesidad de generar una norma sobre este tipo de casos, norma que finalmente fue generada el año 2008 con la modificación al MANECGI mencionada en este recurso.

El daño que se hubiere ocasionado al Afiliado, deviene de la demora en la aprobación de la norma aplicable por parte de la APS, por lo que consideramos

ilegal sancionar a nuestra Compañía por un tema en el que no hemos tenido responsabilidad alguna y hemos actuado conforme la norma vigente.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos establecidos en la normativa enunciada, solicitamos.

- 1. Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso Jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DPC/DFP/No.(sic) 784-2012 de 4 de octubre de 2012, misma que ha confirmado la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/No.(sic) 358-2012 de 23 de mayo de 2012..."**

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

El Asegurado Ciprian Mamani Porco con NUA 11955791, presentó su Solicitud de Pensión de Invalidez ante BBVA Previsión Administradora de Fondos de Pensiones S.A. en fecha 19 de febrero de 2002.

La Unidad Médica Calificadora de la Administradora de Fondos de Pensiones, emitió el Dictamen N° 322/2002 en fecha 26 de julio de 2002, determinando una incapacidad laboral de cincuenta y cinco por ciento (55%) por Riesgo Profesional, Accidente y Enfermedad.

A solicitud del Afiliado, la Unidad Médica Calificadora de la Administradora de Fondos de Pensiones, realizó la revisión del Dictamen N° 322/2002, emitiendo en fecha 24 de octubre de 2002 el Dictamen N° 580/2002, que ratifica la calificación y establece un cincuenta y cinco por ciento (55%) de pérdida de la capacidad laboral, de origen Profesional por Accidente y Enfermedad.

La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. presentó su solicitud de Apelación al Dictamen N° 580/2002, ante la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros.

En fecha 4 de junio de 2004, la Unidad Médica Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, emitió **Dictamen de Apelación N° 035/2004**, estableciendo una pérdida de la capacidad laboral de **cuarenta y siete por ciento (47%)**, de origen **Profesional**

por **Accidente y Enfermedad**, con fecha de siniestro: **Indeterminada**, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 546 de 30 de septiembre de 2004.

En aplicación a lo establecido en el artículo 25 del Decreto Supremo N° 27824 de 3 de noviembre de 2004, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa SPVS N° 953 de 28 de octubre de 2005, aprobó el Formulario de Fecha de Invalidez N° 011/2005, emitido por la Unidad Médica Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, estableciendo como **Fecha de Siniestro el 22 de febrero de 2002**.

En fecha 31 de mayo de 2006, la Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. realizó el primer pago de pensión al Afiliado Ciprian Mamani Porco, considerando el **treinta y cuatro por ciento (34%)** de incapacidad laboral.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, realizó la fiscalización a la Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A., correspondiente a los trámites de Pensión de Invalidez o Muerte, estableciendo que en el trámite de Pensión de Invalidez del Afiliado Ciprian Mamani Porco, la Entidad Aseguradora realizó el pago de pensión con un porcentaje menor al establecido en Dictamen emitido por la Unidad Médica Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. al no estar de acuerdo con la Entidad Fiscalizadora, presenta Recurso Jerárquico, con los argumentos expuestos en el numeral 6 del Considerando anterior, que serán compulsados conforme a procedimiento.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. De los antecedentes normativos.-

La normativa vigente a la fecha de emisión del Dictamen N° 035/2004 de 4 de junio de 2004, hoy firme en sede administrativa, señala lo siguiente:

- Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997:

“ARTÍCULO 62. (CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ). La calificación de invalidez deberá realizarse aplicando el Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez utilizado en la calificación de invalidez por Riesgo Común. Adicionalmente se utilizará la lista de criterios y ponderaciones de reclasificación por tipo de actividad laboral, así como la lista de Enfermedades Profesionales, por tipo de actividad.

La entidad encargada deberá emitir un dictamen indicando el grado de la invalidez y si el origen de la misma es por Riesgo Común o por Riesgo Profesional...”

- Resolución Administrativa SPVS –IP N° 230 de 31 de mayo de 2001:

“DÉCIMO CUARTO.- (EMISIÓN DE DICTAMEN FINAL). Recibida toda la información, la SPVS procederá a evaluar el caso y emitir un informe y dictamen final...”

- Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004:

**“ARTÍCULO 2.- (DOCUMENTOS PARA CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y MUERTE).
(...)”**

Los médicos calificadores habilitados para la calificación de invalidez y muerte del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo – SSO deberán considerar todos los antecedentes técnico – médicos remitidos por los Entes Gestores de Salud...”

Asimismo, respecto a la firmeza administrativa de las Resoluciones Administrativas que emite el Ente Fiscalizador, se tiene la siguiente normativa:

El artículo 24 del Decreto Supremo N° 25293 de 30 de enero de 1999 establece que: “...No procede ningún recurso administrativo contra el dictamen definitivo de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros...”

El artículo 9 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, establece que: “...Las Resoluciones Administrativas emitidas por la SPVS en su calidad de ente dirimidor, se reputan definitivas al ser en única instancia y por tanto, no serán objeto de ulterior recurso...”

El artículo 36 del Decreto Supremo N° 27824 de 3 de noviembre de 2004, señala que: “...Las Resoluciones Administrativas emitidas por la SPVS sobre Revisión de Dictamen o Fecha de Invalidez o Fallecimiento, por el carácter especial se reputan definitivas al ser en única instancia y por tanto no serán objeto de ulterior recurso en la vía administrativa...”

2.2. De la calificación emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.-

Tal como se expuso en los antecedentes, en fecha 19 de febrero de 2002, el Asegurado Criprian Mamani Porco presentó su solicitud de Pensión de Invalidez, que fue **calificado y revisado** por la Unidad Médica Calificadora de la Administradora de Fondos de Pensiones, determinando cincuenta y cinco por ciento (55%) de incapacidad laboral, de Riesgo Profesional por Accidente y Enfermedad.

En virtud a lo establecido en el artículo Décimo Tercero de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 230 de 21 de mayo de 2001, que señala: “...Si cualquiera de las partes ... no estuvieran de acuerdo con este nuevo dictamen, podrán apelar el mismo ante la SPVS enviando en un plazo de 30 días hábiles de recibida la notificación de dictamen revisado, una nota escrita haciendo conocer la razón de la apelación.”; la Entidad Aseguradora presentó su solicitud de **apelación** a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

La Unidad Médica Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, emitió Dictamen de Apelación N° 035/2004 de 04 de junio de 2004, calificando el caso con una pérdida de la capacidad laboral de **cuarenta y siete por ciento (47%)**, de Riesgo Profesional por **Accidente y Enfermedad**, considerando lo siguiente:

“... VARIABLE A:

#orden	CÓDIGO	DESCRIPCIÓN	% ASIGNADO
X	1	Silicosis Pulmonar	25
Y	2	Amputación Transmetacarpiana, dedos índice y medio de mano izquierda	18,46
Y	3	Pérdida de sensibilidad mano izquierda	11
Y	4	Hipoacusia sensorio-neural bilateral	5,725
SUMATORIA X% + Y% (100%-X%)			48,68805 A%

VARIABLE B: 9%

VARIABLE C: 60%

VARIABLE D: 15%

VALOR TOTAL R (VTR)

$$VTR = (A\% * 0,5) + (B\% * 0,1) + (C\% * 0,3) + (D\% * 0,1)$$

$$VTR = (48,68805\% * 0,5) + (9\% * 0,1) + (60\% * 0,3) + (15\% * 0,1)$$

$$VTR = (24,344025\% + 0,9\% + 18\% + 1,5\%) = 44,744025\%$$

Factor Ajuste por edad: 0.03

$$VTR1 = VTR * FAEd$$

$$VTR1 = 44,744025 * 0,03 = 1,34232075$$

Factor Ajuste económico: 0.01

$$VTR2 = VTR * FAEC$$

$$VTR = 44,744025 * 0,01 = 0,44744025$$

CALIFICACIÓN FINAL = VTR + VTR1 + VTR2

$$CALIFICACIÓN FINAL = 44,744025 + 1,34232075 + 0,44744025 = \mathbf{46,533786}$$

...”

Ahora bien, la controversia que hace al Recurso Jerárquico presentado por La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A., se centra en que el siniestro correspondiente a la amputación de los dedos índice y medio de la mano izquierda (18.46% de la Variable A) y la pérdida de sensibilidad (11% de la Variable A), se produjo en el año 1988, muchos años antes de la vigencia de la Ley N° 1732 de Pensiones, correspondiendo a invalidez manifestada, por lo que no puede tener cobertura por parte del Seguro de Riesgo Profesional del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, conforme establece el último párrafo del artículo 63 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Asimismo, en virtud a dicha “interpretación”, tal como lo señala la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones en su Informe/DF/C/020-2011 de 26 de septiembre de 2011, a fojas 21, “...el 05 de mayo de 2005 La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. emite una nueva valoración del caso mencionado, sin tener en cuenta la valoración de la variable A, calificando el deterioro de la silicosis e hipoacusia neurosensorial que padece el Asegurado y **asigna 34%** de pérdida de la capacidad laboral...”

De ello, corresponde revisar la normativa aplicable, comenzando por lo determinado en el

artículo 63 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, a saber:

“ARTÍCULO 63. (DERECHO A PENSIÓN DE INVALIDEZ Y DE LA FECHA DE DEVENGAMIENTO).

(...)

Los Afiliados que a la fecha de afiliación al SSO tengan una **invalidéz manifestada, no serán cubiertos por el Seguro de Riesgo Profesional** para esa invalidéz. Sin embargo, los Afiliados que tengan una invalidéz no manifestada estarán cubiertos por cualquier invalidéz sin excepción alguna.

Para propósitos de este reglamento, se entenderá por **invalidéz manifestada aquella que es previa a la fecha del Registro o traspaso en una determinada AFP y que a esa fecha le impedía al Afiliado el funcionamiento de un miembro o el desempeño de una función, de una manera permanente e irreversible.** La invalidéz no manifestada es aquella que puede sobrevenir con posterioridad a la fecha de Registro en una determinada AFP a pesar de haber podido ser originada en una fecha anterior.”

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

De la misma manera el artículo 3 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 establece:

“ARTÍCULO 3.- (CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ). Para establecer el grado de invalidéz de una persona se debe considerar que la calificación en el SSO es integral, de acuerdo a lo señalado en el Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidéz – MANECGI aprobado mediante Decreto Supremo N° 25174 de 15 de septiembre de 1998; por ello, **la calificación debe realizarse considerando toda la incapacidad manifiesta del individuo** y no sólo tomando en cuenta un determinado desorden o afección provenientes de accidente o enfermedad. En el marco de lo señalado **la invalidéz manifestada debe incluirse como parte de dicha calificación.**

(...)

Cuando **sólo existe invalidéz manifestada**, de acuerdo a los artículos 26 y 63 del Decreto Supremo N° 24469, el caso **no es calificable en el SSO...**”

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

En tal sentido, es evidente que no corresponden los argumentos presentados por la Entidad Aseguradora, debido a tres razones fundamentales que se pasan a desarrollar:

La primera de ellas, se basa en la obligación del cumplimiento de la normativa, que establece la calificación integral, es decir que en el evento de existir invalidéz manifestada, así como una invalidéz no manifestada, -cual es el caso de autos-, ambas deben considerarse como parte de la calificación, sin hacer diferencia al respecto.

Ambos Decretos (24469 de 17 de enero de 1997 y 27324 de 22 de enero de 2004) son claros al mencionar que para los casos que **únicamente** cuenten con **invalidéz manifestada**, la misma **no es calificable** para el Seguro Social Obligatorio de largo plazo y

tampoco es reconocida por los Seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral, lo cual, conforme ya se tiene desarrollado, no es aplicable al presente caso.

En virtud a la correcta aplicación de la normativa vigente, la Unidad Médica Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en **último grado de apelación a solicitud de la propia recurrente**, emite el Dictamen de Apelación N° 035/2004 de 4 de junio de 2004, considerando las dos variables señaladas por la recurrente (amputación de los dedos y pérdida de la sensibilidad de la mano izquierda) por un total de **29.48%**, mismas se produjeron antes de la emisión de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, **y a su vez** las otras afecciones producidas en la gestión 2003 y 2004 (hipoacusia sensorio-neural bilateral y silicosis pulmonar) por un total de **30.725%**, conforme se desprende del Dictamen, por lo que en virtud a lo señalado precedentemente, la calificación fue realizada **integralmente** considerando toda la incapacidad del Afiliado.

La segunda razón, hace a que el Dictamen de Apelación N° 035/2004 de 4 de junio de 2004, ha sido aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 546 de 30 de septiembre de 2004, emitida por el Superintendente de Pensiones, Valores y Seguros, misma que se reputa definitiva, y no es sujeta de impugnación en sede administrativa, conforme prevé la normativa ya transcrita *ut supra*.

La Entidad Aseguradora, en uso del derecho que le asistía, hubiera podido acceder al proceso contencioso administrativo, sin embargo conforme se revisa de los antecedentes del expediente, no se cuenta con tal impugnación, por lo tanto su determinación, es decir la aprobación del Dictamen de Apelación N° 035/2004 que establece un grado de incapacidad de **cuarenta y siete por ciento (47%)**, de origen **Profesional por Accidente y Enfermedad**, se encuentra ejecutoriado y corresponde sea cumplido por quienes se encuentran con la responsabilidad del pago, en este caso la Entidad Aseguradora.

La tercera razón hace a la propia fecha de siniestro, que conforme lo establece el artículo 4 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004: *"...Para la determinación de la fecha de invalidez, los médicos calificadores deberán considerar, si existiere, la fecha a partir de la cual el Ente Gestor de Salud comunica...que la atención curativa ya no procede y que la afección es permanente e irreversible..."*

Si bien mediante Dictamen de Apelación N° 035/2004 de 4 de junio de 2004, la Unidad Médica Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, determinó como Fecha de Siniestro: Indeterminada, el artículo 5 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, establece que para estos casos, *"La fecha indeterminada dará cumplimiento automático a los requisitos de cobertura establecidos en la Ley de Pensiones..."*, por ende el derecho a recibir la Pensión de Invalidez en el grado establecido mediante Dictamen.

De igual manera, se tiene que el Decreto Supremo N° 27824 de 3 de noviembre de 2004, señala:

"ARTÍCULO 24.- (DETERMINACIÓN DE LA FECHA DE INVALIDEZ).

(...)

la Fecha de Invalidez será determinada con relación a la fecha en que se presenta la

incapacidad en el grado que determine el dictamen emitido por el TMC...

*...Lo dispuesto en el presente Artículo se aplica a aquellos casos en los que a efectos de la calificación, el Afiliado presente una condición de **invalidez manifestada no predominante**, o nula, evaluada de acuerdo al MANECGI. Para los casos de **invalidez manifestada no predominante**, la Fecha de Invalidez **debe basarse en la patología nueva no manifestada**, aspectos que deberán ser determinados por el TMC..."*
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En cumplimiento a lo señalado, la Unidad Médica Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, procedió a levantar la fecha de Invalidez Indeterminada, emitiendo el Formulario de Fecha de Invalidez N° 011/2005 que estableció el **22 de febrero de 2002** como fecha de siniestro.

Ello se debió –conforme sale del expediente- a que la invalidez manifestada fue calificada por un total de 29.48%, sin embargo, la invalidez no manifestada por un total de 30.725%, estableciendo por lo tanto, que la invalidez manifestada no es predominante, motivo por el cual la Unidad Médica Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, estableció que la incapacidad en el grado determinado mediante Dictamen ocurrió el 22 de febrero de 2002, confirmando que las últimas patologías que sufrió el Afiliado son superiores.

Congruentemente con el análisis realizado, se tiene evidencia de la obligación del cumplimiento de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 546 de 30 de septiembre de 2004, sin embargo la Entidad Aseguradora hoy recurrente, sin normativa legal que la ampare, ha realizado de mutuo propio una nueva calificación, estableciendo un nuevo porcentaje de incapacidad, excluyendo en la misma aquellos deterioros previo al registro o traspaso del Afiliado a la Administradora de Fondos de Pensiones, causando un perjuicio al Afiliado, al pagarle un monto menor de pensión al que en derecho y conforme a Dictamen le correspondía.

2.3. Del pago de la Pensión de Invalidez.-

La Entidad Aseguradora, en mérito a sus argumentos ya explicados en el numeral anterior, determina que no puede aplicársele como incumplimiento lo determinado por el artículo 10 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

Por lo que importa traer a colación dicho artículo, que a la letra determina:

"...La prestación de invalidez por riesgo profesional a favor del Afiliado, consiste en Pensiones correspondientes a un porcentaje de su Salario Base, de acuerdo al porcentaje de su incapacidad, determinado mediante calificación..."

Es así que corresponde la compulsa respectiva, conforme se procede a continuación:

La Entidad Aseguradora estableció un Salario Base de Bs. 2979.54 y tal como se señaló precedentemente, mediante Dictamen de Apelación N° 035/2004 la Unidad Médica

Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, determinó una incapacidad laboral de cuarenta y siete por ciento (47%) de origen Profesional, por lo que aplicando dicho porcentaje a su Salario Base, el monto de Pensión de Invalidez que le correspondía recibir al Afiliado es de Bs. 1400,38.

Sin embargo, en fecha 31 de mayo de 2006, la Entidad Aseguradora realizó el pago de Pensión de Invalidez al Afiliado, desde la fecha de solicitud de pensión (19 de febrero de 2002), por un monto mensual de Bs.1013.04, considerando un treinta y cuatro por ciento (34%) de pérdida de la capacidad laboral, sin respaldo normativo.

Por lo tanto es evidente que existió incumplimiento por parte de la Entidad Aseguradora, al artículo 10 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, ya que pese a contar con un porcentaje de incapacidad determinado mediante calificación aprobada mediante Resolución Administrativa firme y ejecutoriada, aplicó otro porcentaje de incapacidad a su Salario Base.

2.4. Del artículo 63 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.-

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sustenta su sanción en el **primer párrafo** del mencionado artículo 63, ignorando lo establecido en el **tercer párrafo** del mismo.

El artículo 63 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, señala:

“ARTÍCULO 63. (DERECHO A PENSIÓN DE INVALIDEZ Y DE LA FECHA DE DEVENGAMIENTO). Una vez que el Afiliado sea calificado como inválido con incapacidad superior al veinticinco por ciento (25%) de acuerdo a dictamen emitido y se verifique el cumplimiento de los requisitos indicados en el presente reglamento tendrá derecho a Pensión de invalidez. La Pensión de invalidez por Riesgo Profesional devenga a partir de la fecha de presentación de la solicitud de Pensión de Invalidez.

Si la entidad encargada de calificar, no emitiera dictamen dentro del plazo establecido por la Superintendencia, la Entidad Aseguradora deberá pagar las Pensiones, devengadas entre la fecha límite de emisión de dictamen hasta la fecha efectiva de pago, con un interés aplicando la tasa que resulte mayor entre la rentabilidad promedio de los fondos de pensiones y la tasa bancaria activa comercial promedio nominal utilizada para créditos en moneda nacional con cláusula de mantenimiento de valor, publicada por el Banco Central de Bolivia.

Los Afiliados que a la fecha de afiliación al SSO tengan una invalidez manifestada, no serán cubiertos por el Seguro de Riesgo Profesional para esa invalidez. Sin embargo, los Afiliados que tengan una invalidez no manifestada estarán cubiertos por cualquier invalidez sin excepción alguna.

Para propósitos de este reglamento, se entenderá por invalidez manifestada aquella que es previa a la fecha del Registro o traspaso en una determinada AFP y que a esa fecha le impedía al Afiliado el funcionamiento de un miembro o el desempeño de

una función, de una manera permanente e irreversible. La invalidez no manifestada es aquella que puede sobrevenir con posterioridad a la fecha de Registro en una determinada AFP a pesar de haber podido ser originada en una fecha anterior."

En base a los argumentos presentados por la recurrente y la instancia recurrida, se tiene que el mencionado artículo norma el "**Derecho a la Pensión de Invalidez y de la Fecha de Devengamiento**", por lo que es importante analizar cada uno de los párrafos, tal como sigue:

- El **primer párrafo** establece que los Afiliados que cuenten con Dictamen emitido, con una incapacidad laboral superior al veinticinco por ciento (25%) y cumplan los requisitos establecidos para el efecto, tendrán **derecho a la Pensión de Invalidez por Riesgo Profesional**.

Asimismo, señala que la Pensión de Invalidez por Riesgo Profesional devenga a partir de la fecha de presentación de la Solicitud de Pensión de Invalidez.

El cual se aplica al presente caso de autos, ya que el trámite de Pensión de Invalidez del Afiliado Ciprian Mamani Porco, cuenta con Dictamen emitido, fue calificado por la Unidad Médica Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, con una incapacidad laboral de cuarenta y siete por ciento (47%) por Riesgo Profesional y cumple los requisitos establecidos para el efecto, teniendo por lo tanto derecho a la Pensión de Invalidez por Riesgo Profesional.

- El **segundo párrafo** hace referencia que en el evento que la Unidad Médica Calificadora no emitiera el Dictamen en el plazo establecido en normativa vigente, corresponde que se realice el pago de las pensiones con un interés, el cual no es análisis de controversia en el presente caso de autos.
- El **tercer y cuarto párrafo** señalan que **la invalidez manifestada no será cubierta por el Seguro de Riesgo Profesional**, definiendo a la invalidez manifestada como aquella ocurrida en fecha previa a la fecha de registro o traspaso a una de las Administradoras de Fondos de Pensiones, y la invalidez no manifestada aquella que sobreviene con posterioridad a la fecha de registro, a pesar de haber sido originada en fecha anterior; el cual no es motivo de controversia en el presente caso de autos, ya que la calificación fue realizada en virtud a lo establecido en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, tal como se analizó precedentemente.

Por lo señalado, en el caso de autos no existe una violación al principio de integralidad como refiere la recurrente, ya que la conducta atribuida e imputada se encuentra en el primer párrafo del artículo 63, que establece el derecho a la Pensión de Invalidez por Riesgo Profesional, mientras que el párrafo tercero hace referencia a los tipos de invalidez que podrían calificarse y ser financiados o no por el Riesgo Profesional del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, hecho que no tiene nada que ver con el caso de autos, debido a que tal como se señaló existe un Dictamen emitido que determinó una incapacidad

mayor al veinticinco por ciento (25%), cumple los requisitos de cobertura y cuenta con una invalidez **manifestada y no manifestada** a la vez, es decir no hace reclamo presentado por la Entidad Aseguradora.

Asimismo, el artículo 4, inciso c) de la Ley de Procedimiento Administrativo que señala: "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso"; esto implica, además, que los actos de la Administración pueden ser objeto de control judicial (vía contenciosa administrativa), como lo reconoce el art. 4, inc. i) de la LPA, al establecer que "El Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables".

De lo transcrito se tiene que en el caso de autos no existe ninguna vulneración al artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo (tal como lo señala la recurrente), ya que el Ente Fiscalizador, no se ha sustraído del procedimiento preestablecido, y ha actuado conforme a la normativa.

Por lo tanto es evidente que existió incumplimiento a lo señalado en el primer párrafo del artículo 63 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, al emitir una nueva calificación, pese a que se contaba con un Dictamen emitido que estableció una incapacidad laboral superior al veinticinco por ciento (25%).

2.5. De la cobertura y solvencia de la Pensión de Invalidez.-

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que la invalidez sufrida por el Afiliado Ciprian Mamani Porco el año 1988, corresponde a una invalidez manifestada, la cual no es objeto del contrato de Seguro suscrito por la Entidad Aseguradora con las Administradoras de Fondos de Pensiones, debido a que el señalado siniestro, era ya un hecho cierto (tal como lo señala el artículo 63 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997) y en esos casos, no corresponde al Seguro de Riesgo Profesional, asumir obligación alguna, por lo que no cuenta con derecho a percibir una pensión con cargo a dicho seguro, poniendo en duda la existencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, por lo que corresponde evitar la insolvencia de los seguros.

Que -según la recurrente- una cosa es la calificación integral, que debe hacerse considerando todas las afecciones del individuo y otra cosa es la proporción de invalidez que cubre el seguro, cuando el artículo 63 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 señala que el Seguro no cubre la invalidez manifestada.

Tal como se señaló, el caso de autos fue calificado considerando lo establecido en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, si bien dicho artículo no deja sin efecto lo señalado en el artículo 63 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, el mismo establece que en el evento de existir un Afiliado con invalidez manifestada así como invalidez no manifestada, realizará una calificación integral considerando la totalidad de las afecciones que tiene el Afiliado.

Por lo que corresponde nuevamente aclarar a la recurrente, que en el presente caso, no se aplica lo señalado en el tercer y cuarto párrafo del mencionado artículo 63, ya que el

mismo se aplica únicamente cuando el Afiliado cuenta sólo con invalidez manifestada o únicamente con invalidez no manifestada.

Ahora bien, respecto al punto en análisis, referente a la vulneración de la solvencia de la Compañía Aseguradora y del Seguro de Riesgo Profesional, al pretender que las Entidades Aseguradoras paguen por preexistencias, implicando el desconocer las base técnicas de cualquier seguro, generando un inminente riesgo de insolvencia, imponiendo pagos fuera de la ley y expresamente prohibidos por la normativa aplicable al sector.

Al respecto, se tiene que el artículo 18 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, señala que con el Seguro de Riesgo Profesional se financiarán las prestaciones de invalidez causadas por Riesgo Profesional.

Asimismo, el artículo 61 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece que para tener derecho a la Pensión de Invalidez, los Afiliados deben cumplir con los requisitos establecidos en la Ley de Pensiones, así como cumplir los requisitos adicionales, entre los cuales se considera que la invalidez sea superior al veinticinco por ciento (25%).

Por lo señalado es evidente que al contar con un Dictamen final emitido por la Entidad Reguladora, que establece una incapacidad laboral de cuarenta y siete por ciento (47%), de origen Profesional por Accidente y Enfermedad, corresponde que el Seguro de Riesgo Profesional financie las Pensiones de Invalidez del Afiliado Criprian Mamani Porco.

Que es importante aclarar que existe normativa específica que determina la integralidad de la calificación (Decreto Supremo No. 27324 de 22 de enero de 2004), misma que seguramente ha sido emitida tomando en cuenta el impacto en el mercado asegurador, sin perjuicio de ello dicho norma hoy es de cumplimiento obligatorio, al no haber sido declarada inconstitucional.

El hecho de estar en desacuerdo con la normativa y por ende con la propia Resolución Administrativa SPVS-IP N° 546 de 30 de septiembre de 2004, **en ningún momento le permite a ninguna entidad obrar a discrecionalidad**, cual ocurrió en el caso de autos, conforme se evidencia del expediente, donde la Aseguradora hoy recurrente, procedió a calificar sin contar con dicha atribución y pagó un monto menor en base a su calificación, pese a la existencia de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 546 de 30 de septiembre de 2004, firme en sede administrativa y que no fuera impugnada por la recurrente.

Por lo que, ello conlleva evidentemente a la comprobación de la infracción cometida y sancionada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, donde la Entidad Aseguradora debió pagar en el porcentaje determinado en el **Dictamen de Apelación emitido**.

2.6. De las consultas remitidas a la Entidad Reguladora.-

La Entidad Aseguradora argumenta en su Recurso Jerárquico que la Entidad Reguladora actúa de manera abusiva, al sancionar a la recurrente por incumplimiento al artículo 9 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, toda vez que mediante notas RSP/1387/2004 de 14 de diciembre de 2004, GSP/610/2005 de 16 de mayo de 2005 y GSP/1325/2005 recibida el 21 de noviembre de 2005, solicitó la necesidad de normar un

procedimiento específico para este tipo de casos, así como determinar el porcentaje de invalidez calificado que debiera financiar la Compañía Aseguradora, sin embargo, la Entidad Reguladora demoró excesivamente en atender a las mismas, por lo que no corresponde una sanción por la falta de respuesta oportuna.

Que conforme se señaló, la imputación y correspondiente sanción por incumplimiento al señalado artículo 9, hace referencia a que la Entidad Reguladora no consideró la calificación establecida por la Unidad Médica Calificadora de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, y que pese a su pronunciamiento, de manera ilegal determinó una nueva calificación para el Afiliado, toda vez que tal como se señaló las Resoluciones Administrativas emitidas por la Autoridad Fiscalizadora se reputan definitivas y al no existir impugnación a la calificación establecida por la Unidad Médica de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, la misma es firme y de cumplimiento obligatorio.

Con relación a las notas remitidas por la Entidad Aseguradora, si bien es evidente que la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, demoró considerablemente en atender las mismas y mediante nota SPVS-IP-DPSSO 5058/2005 de 5 de diciembre de 2005, la Entidad Reguladora señaló que estaría gestionando la emisión de normativa requerida que establezca el procedimiento a seguir en casos como el del Afiliado Ciprian Mamani Porco, independientemente de que la recurrente arguya que la Entidad Reguladora no cumplió con emitir criterio oportunamente, eso no hace a la firmeza del acto administrativo que calificó en Dictamen de Apelación N° 035/2004 de 4 de junio de 2004, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 546 de 30 de septiembre de 2004, basado en la norma que es clara al señalar que el Seguro de Riesgo Profesional únicamente **no financiará** los casos en los que el Afiliado cuente con **invalidez manifestada**, lo cual no ocurre con el trámite de Pensión de Invalidez del Afiliado Ciprian Mamani Porco, por lo que en cumplimiento a la norma, debió realizar el pago de la Pensión de Invalidez, considerando el cuarenta y siete por ciento (47%) de incapacidad laboral, y no esperar tal como lo señala en su Recurso Jerárquico a *"la nueva posición de la APS con relación al caso durante esta gestión, para que se proceda al pago del porcentaje de invalidez según su criterio"*.

Finalmente, no debe confundirse que la imputación y sanción han sido dadas por la falta de solicitud de dirimición, sino conforme se desprende del expediente, la misma hace a la falta de cumplimiento de una Resolución definitiva, que es firme en sede administrativa, cual determinan los artículos 9 del Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004 y 36 del Decreto Supremo N° 27824 de 3 de noviembre de 2004.

2.7. De lo señalado en el MANECGI vigente a la fecha de calificación.-

La recurrente señala que la cita que hace la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, sobre el MANECGI aprobado por el Decreto Supremo N° 25174 de 15 de septiembre de 1998, es totalmente impertinente, ya que el señalado Manual no se refiere en absoluto a la invalidez manifestada, de hecho el MANECGI que considera dicha calificación, fue aprobado recién el 31 de diciembre de 2008, mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 1052.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, tanto en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/N° 358-2012 de 23 de mayo de 2012, como en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/N° 784-2012 de 4 de octubre de 2012, señala que:

“...Para establecer el grado de invalidez de una persona se debe considerar que la calificación en el SSO es integral, de acuerdo a lo señalado en el Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez – MANECGI aprobado mediante Decreto Supremo N° 25174 de 15 de septiembre de 1998; por ello, la calificación debe realizarse considerando toda la incapacidad manifiesta del individuo y no sólo tomando en cuenta un determinado desorden o afección provenientes de accidente o enfermedad...”

Por lo que es evidente que no corresponde lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Sin embargo, no es menos cierto e importa precisar que el MANECGI aprobado mediante Decreto Supremo N° 25174 de 15 de septiembre de 1998, establece que la calificación en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, es integral, debiendo considerarse todos los componentes biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, y por lo tanto toda calificación debe ser realizada conforme a la normativa vigente.

Sin perjuicio de ello, no se sancionó a la Entidad Aseguradora por incumplimiento a lo establecido en el MANECGI.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, así como de la valoración de la prueba, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis de la norma.

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/N° 784-2012 de 4 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria

confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/DFP/N° 358-2012 de 23 de mayo de 2012.

Regístrese, notifíquese y archívese

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



RECURRENTE

COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS
CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 808-2012 DE 15 DE OCTUBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL
DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 004/2013 DE 31 DE ENERO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 004/2013

La Paz, 31 de Enero de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012 de fecha 15 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 406-2012 de fecha 15 de junio de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 003/2013 de 18 de enero de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 008/2013 de 19 de enero de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 1° de noviembre de 2012, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada al efecto por su Gerente General, señor Miguel Ángel Barragán Ibargüen, conforme consta en el testimonio de poder N° 0019/2010, otorgado en fecha 8 de enero de 2010 por ante Notaría de Fe Pública N° 069 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dr. Carlos Huanca Ayaviri, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-

2012 de fecha 15 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 406-2012 de fecha 15 de junio de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/DS/8785/2012, con fecha de recepción 6 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012 de fecha 15 de octubre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 9 de noviembre de 2012, notificado en fecha 15 de noviembre de 2012, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012 de fecha 15 de octubre de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Mediante nota APS/DJ/DS/1179/2012 de 17 de febrero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros imputó cargos a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme la siguiente redacción:

“...Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera “SIREFI”, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se ha evidenciado que su autoridad ha incumplido con la instrucción emanada por ésta Autoridad de Fiscalización en los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 de 1° de julio de 2011, debido a que las muestras de las Rosetas SOAT remitidas, mediante nota CITE: Ger. Grl. 084/2011 de 9 de noviembre de 2011, contienen deficiencias insubsanables de acuerdo a las siguientes consideraciones:

- 1) Las muestras no cumplen con los requerimientos de color determinados mediante PANTONE especificados en el Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011.*
- 2) La visibilidad de los colores en las muestras no guarda relación con el arte presentado por el proveedor, el cual fue aprobado por la APS mediante nota APS/DS/4655/2011.*
- 3) Las muestras presentan un color plateado genérico y no destacan los colores de la Whipala conforme se estableció en el anexo II de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127.*

*En consecuencia, **NOTIFICAMOS** a usted, en su condición de representante legal de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFOM INTERNATIONAL S.A.** por haber contravenido lo determinado en el artículo 17 del Decreto Supremo 27295 de 20 de diciembre de 2003 que establece que: “el color de la roseta SOAT fijada por Resolución Administrativa*

debe necesariamente ser impresa en las Rosetas SOAT, por lo que si alguna entidad aseguradora incumple la disposición se hace pasible a las sanciones que para el efecto fije el Órgano de Fiscalización”.

Por lo precedentemente expuesto y al no haber observado debidamente las instrucciones emitidas por la APS en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/Nº 127-2011, en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo Nº 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa...”

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Por nota ANL-0147/12 de 22 de marzo de 2012, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** respondió a los cargos de la nota APS/DJ/DS/1179/2012 de 17 de febrero de 2012, presentando los siguientes descargos:

“...I.- VULNERACION A PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS:

Antes de exponer nuestros descargos y argumentos, se hace imprescindible efectuar algunas puntualizaciones con respecto al tenor de su nota, en este sentido, debemos recordar a su autoridad que en nuestro Estado, en materia punitiva y sancionadora, rige el principio constitucional de presunción de inocencia, principio por el que, todos los estantes y habitantes de este Estado, somos inocentes en tanto en cuanto se demuestre lo contrario y son las autoridades competentes quienes deben demostrar la culpabilidad de las personas. Este principio constitucional, también rige en materia administrativa, en cuanto se refiere al aspecto punitivo o sancionador, tal cual lo prevé el artículo 74 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo que señala: “(Principio de Presunción de Inocencia).- En concordancia con la prescripción constitucional, se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo”.

Una de las características de este principio constitucional, radica en que el juzgador en ningún momento puede ni debe prejuzgar sobre la condición de las personas, por lo que, no corresponde que en las actuaciones previas o preliminares AFIRME y de por hecho la autoría de determinado delito

En materia administrativa, de igual manera no corresponde que la autoridad competente quien ha iniciado un proceso sancionador, AFIRME y de por INCUMPLIDA determinada disposición normativa, sin haber concluido el debido proceso administrativo, es decir, sin haber escuchado o analizado los descargos presentados por el SUPUESTO infractor, lo contrario, implicaría un prejuzgamiento por parte de la autoridad encargada y responsable del conocimiento del proceso, situación que automáticamente invalidaría su pronunciamiento.

En el presente caso, de la lectura del nota de cargos, se evidencia que la APS, ya ha determinado y establecido la “culpabilidad” de nuestra compañía en el primer actuado del proceso administrativo sancionatorio, efectuamos esta afirmación en

mérito a lo manifestado por esa autoridad en uno de los párrafos de su nota en la que señala textualmente: "...se ha advertido que su entidad HA INCUMPLIDO con la instrucción emanada por esta Autoridad...", de igual manera, líneas más abajo señala lo siguiente: "...notificamos a usted, en su condición de representante legal de Seguros y Reaseguros Credinform Internacional S.A. POR HABER CONTRAVENIDO lo determinado en el artículo 17...". Las expresiones HA INCUMPLIDO y HABER CONTRAVENIDO, son utilizadas por la APS de forma afirmativa y conclusiva, confirmando nuestras apreciaciones sobre el prejuzgamiento de la APS en el presente caso.

El Decreto Supremo N° 27175 en la Sección II - Etapas del Proceso Sancionador, en sus artículos 65 al 68, claramente establecen y disponen implícitamente la aplicación del principio de presunción de inocencia, tal cual se desprende de los siguientes textos:

- Art. 65 (Diligencias Preliminares).- "...de oficio o a petición de parte, **INVESTIGARÁN** la comisión de infracciones e identificarán a las personas individuales o colectivas, **PRESUNTAMENTE RESPONSABLES** de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento...
II. ...que permitan **COMPROBAR DE MODO FEHACIENTE, LA EXISTENCIA Y VERACIDAD DE INFRACCIONES**". (Las mayúsculas y negrillas son nuestras)

Se evidencia que el inicio de las actuaciones dentro del proceso sancionador, tienen por objeto **COMPROBAR** la existencia de infracciones, y no como en el caso que nos ocupa en el que ya se "tiene la certeza" de que nuestra compañía ha cometido infracciones.

- Art. 67 (Tramitación).- "...para que el presunto infractor presente todos los descargos..."

Se evidencia que aún corresponde señalar a las personas como "presunto" infractor.

- Art. 68 (Conclusión).- "...con los fundamentos de hecho y derecho **PRECISANDO LA INFRACCIÓN COMETIDA...**" (Las mayúsculas son nuestras)

(Sic) de la lectura del citado artículo se evidencia que recién en la etapa conclusiva del proceso se puede y debe **PRECISAR** la infracción cometida y no antes como en el caso que nos ocupa.

En este sentido, consideramos que el presente proceso sancionatorio al haber vulnerado principios constitucionales y administrativos, es nulo de pleno derecho, conforme lo dispone el artículo 35 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, debiéndose en consecuencia, desestimar los supuestos proceder que se nos imputan y precederse al archivo de obrados.

II.- SOBRE LAS SUPUESTAS INFRACCIONES:

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente y en el supuesto y no admitido caso de que el presente proceso sancionatorio continúe, tenemos a bien exponer los siguientes fundamentos de hecho y de derecho en calidad de descargo:

SOBRE LA SUPUESTA INFRACCIÓN A LOS ANEXOS I y II DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DS/DJ N° 127-2011 Y AL ARTÍCULO 17 DEL DECRETO SUPREMO N° 27295:

- La Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 en su parte resolutive aprueba la Roseta SOAT para la gestión 2012, en los colores y con las especificaciones mínimas detalladas en el anexo I y en la distribución establecida en el anexo II.
- Los citados anexos I y II, establecen los colores de las rosetas SOAT 2012 y la distribución de colores de la roseta SOAT, respectivamente.

En la misma Resolución Administrativa, se determinó que el proveedor de la Roseta SOAT correspondiente a la gestión 2012, tenga carácter único.

En este sentido, nuestra compañía, conjuntamente con la otra aseguradora interesada en comercializar el SOAT, luego de recurrir a varios proveedores nacionales e internacionales a efectos de cotizar la provisión de las rosetas SOAT para la gestión 2012, en las cantidades y especificaciones establecidas por la APS, de todas las que respondieron, la empresa Flexo Print fue la que en mayor medida se adecuaba a lo requerido, motivo por la cual se procedió a contratar con ella.

Como es de su conocimiento, una vez aceptado que Flexo Print sea el único proveedor de las rosetas SOAT para la gestión 2012, esa empresa antes de proceder a la impresión de las rosetas, sostuvo constantes y reiteradas reuniones con funcionarios de la APS, a efectos de explicar técnicamente las características de las rosetas SOAT, así como también la imposibilidad de cumplir conjuntamente con los colores establecidos y las especificaciones de seguridad dispuestos por la APS, tales como los hologramas y la auto destructibilidad de las rosetas en caso de intentar despegar las mismas.

Lo señalado precedentemente está demostrado y corroborado por el Informe Técnico enviado por Flexo Print a requerimiento nuestro, mismo que tenemos a bien adjuntar en fotocopia, para tenerla en calidad de prueba de descargo.

En el citado Informe Técnico el proveedor efectúa una serie de aclaraciones sobre el diseño, fabricación y presentación de los hologramas de seguridad de las rosetas SOAT 2012, sin embargo, consideramos necesario hacer énfasis en algunas de esas aclaraciones.

- 1) "Es vital entender que la escala Pantone de colores es una escala de color aceptada y utilizada como estandar para sistemas de impresión Offset, Flexografía, serigrafía y huecograbado Y NO ASÍ EN LA PRODUCCIÓN DE HOLOGRAMAS..." (Las mayúsculas son nuestras).
- 2) "Para el caso de los hologramas, no existe una escala de colores definida dado el tipo de sustrato y los diferentes colores que va tomando el holograma..."
- 3) "Para la roseta 2012, las especificaciones técnicas pedían 7 colores, lo que implicaba 7 sobre impresiones. Realizar estas 7 sobre impresiones, implicaban 7

capas de tinta sobre el pegamento lo que quitaría completamente la capacidad del holograma para adherirse al vidrio de los automóviles..."

Como se puede apreciar, resultaba prácticamente imposible aplicar las especificaciones técnicas en las rosetas SOAT, conservando los 7 colores y las medidas de seguridad conjuntamente, toda esta situación, como señalamos anteriormente, fue puesto (sic) en conocimiento de los funcionarios de la APS en la varias reuniones sostenidas entre los representantes de Flexo Print y los funcionarios de la APS.

Finalmente, al amparo de lo dispuesto por el Parágrafo III del Artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175, solicito se fije fecha y hora de audiencia pública a fin de ilustrar mejor a su autoridad. Asimismo, al amparo de lo dispuesto por el Parágrafo II del Artículo 84 de la Ley N° 2341, ofrezco en calidad de perito, al Sr. Juan Carlos Zamorano a efectos de que en la audiencia pública solicitada, explique y confirme los extremos señalados.

Por todo lo expuesto y una vez efectuada la audiencia pública, producida la prueba pericial, y analizados los descargos y argumentos presentados y expuestos, se proceda a dejar sin efecto todos los cargos imputados a nuestra compañía y de esta manera dar por concluido el presente proceso..."

3. APERTURA DE TÉRMINO DE PRUEBA Y EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

Por providencia de fecha 9 de abril de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dispone que:

"...los hechos puestos en su conocimiento acarrear duda razonable sobre las cuestiones debatidas,... se apertura de manera excepcional un término de prueba de cinco (5) días hábiles administrativos a objeto de que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. pueda acreditar a través de documentación original y debidamente firmada y rubricada el contenido del Informe Técnico otorgado por la Empresa Flexo Print S.R.L., presentado en calidad de prueba de descargo a la nota de cargos APS/DJ/DS N° 1179/2012, pudiendo agregarse cualquier otra prueba o alegación que considere pertinente a efectos de ejercitar a plenitud su derecho a la defensa..."

En su mérito, mediante nota ANL-0209/12 de 19 de abril de 2012, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** señala los extremos siguientes:

"...en cumplimiento a lo solicitado por esa autoridad, tenemos a bien remitir en original. El Informe Técnico emitido por la empresa Flexo Print SRL., informe debidamente firmado y rubricado en todas sus páginas (...)

Por todo lo expuesto y una vez efectuada la audiencia pública y analizados los descargos y argumentos presentados y expuesto, así como el informe Técnico emitido

por Flexo Print SRL, mismo que fue presentado oportunamente y que tenemos a bien adjuntar en original a presente, solicitamos se proceda a dejar sin efecto todos los cargos imputados a nuestra compañía y de esta manera dar por concluido el presente proceso..."

Asimismo, conforme lo señala el informe legal APS/DJ/DS/174/2012 de 15 de junio de 2012, en fecha 31 de mayo de 2012 se llevó a efecto la audiencia de exposición oral de fundamentos que fuera solicitada por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, sobre la que no obstante existir menciones en las ulteriores actuaciones administrativas, no cursa mayor constancia.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 406-2012 DE 15 DE JUNIO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 406-2012 de 15 de junio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta la siguiente fundamentación:

"...CONSIDERANDO:

Que siendo derecho de todo regulado el obtener una decisión fundada conforme lo prevé el "Derecho al Debido Proceso" previsto en el artículo 115 – II de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPE), concordante con los artículos 28, inciso e) de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo y 17 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, a continuación se pasa a examinar los argumentos expuestos por la empresa aseguradora, para enervar el cargo formulado:

En relación al primer descargo subtítulado: "I. VULNERACIÓN A PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS".

La empresa aseguradora indica en este descargo que la redacción del CITE: APS/DJ/DS/1179/2012 de 17 de febrero de 2012, correspondiente a la notificación de cargos efectuada a la empresa vulnera el Principio de Presunción de Inocencia:

Sobre el particular es necesario definir en qué consiste dicho principio consagrado en el artículo 116, parágrafo I de la CPE; para tal efecto se citará la Sentencia Constitucional No. 11/00 de 03 de marzo de 2000, que sobre dicha máxima constitucional indica:

"...se constituye en una garantía del "debido Proceso", protegiendo al encausado frente a actitudes arbitrarias que podrán dar margen al prejuzgamiento y a condenas sin proceso. Este principio constitucional traslada la carga de la prueba al acusador, vale decir que obliga a éste, en materia penal, a probar sus acusaciones dentro del respectivo proceso, y que los jueces dicten sentencia condenatoria siempre que exista plena prueba, o sea, cuando no haya duda sobre la culpabilidad del encausado demostrada por todos los medios de prueba, dentro de un proceso en el que le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa..."

De esta definición se pueden establecer que dicho principio tiene tres (3) finalidades:

1. Proteger al encausado de actitudes arbitrarias que den lugar al prejuzgamiento y condenas **sin proceso**.
2. Obliga al acusador a probar sus sindicaciones.
3. Obliga a los juzgadores a dictar sentencia cuando haya prueba plena demostrada por todos los medios dentro de un proceso que asegure las garantías de defensa del acusado.

Los hechos que vulneran este principio según criterio del personero de la empresa aseguradora se traducen en haber incluido en la notificación de cargos el texto siguiente:

1. "...se ha advertido que su entidad HA INCUMPLIDO con la instrucción emanada por esta autoridad...".
2. "...notificamos a usted, en su condición de representante legal de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., POR HABER CONTRAVENIDO lo determinado en el artículo 17...".

Si contrastamos lo indicado en el descargo del regulado, con lo interpretado en la sentencia constitucional, se concluye:

1. No existe prejuzgamiento, entendido el mismo como el juzgamiento de las cosas realizado antes del tiempo oportuno, o sin tener conocimiento ellas. Así como tampoco existe una sanción o condena impuesta sin proceso previo.
2. La notificación de cargos en contra de la empresa aseguradora, se realiza sobre la base de una diligencia preliminar en la cual se recaban los elementos necesarios para emitir la misma.
3. En relación a la sentencia o resolución del procedimiento sancionatorio, esta se dictará una vez que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., presente pruebas de descargo; asegurando de esta manera el ejercicio de su derecho a la defensa.

En relación al segundo descargo subtulado: "II. SOBRE LAS SUPUESTAS INFRACCIONES".

Bajo el siguiente acápite Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. indica, que junto a la otra empresa encargada de la comercialización de las rosetas del SOAT contrataron a la empresa Flexo Print S.R.L. a fin de que sea el proveedor, siendo que los personeros de dicha empresa habrían tenido varias reuniones con los funcionarios de la APS, en la cual se habría explicado técnicamente las características de las rosetas SOAT, así como la imposibilidad de cumplir conjuntamente con los colores establecidos y las especificaciones de seguridad dispuestos por la APS, tales como los hologramas y la autodestructibilidad de las rosetas en caso de intentar despegar las mismas, lo cual hace imposible que la aseguradora cumpla con los requerimientos técnicos contenidos en los anexos de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ No. 127 – 2011 de 01 de julio de 2011.

Que mediante CITE: ANL-0209/12 de 19 de abril de 2012, el Vicepresidente Ejecutivo de la empresa aseguradora remitió ante esta autoridad, un informe que no consigna fecha y suscrito por el Gerente General de Flexo Print S.R.L., en el cual señalan básicamente la imposibilidad de cumplir con los requisitos de color contemplado en los anexos de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ No. 127 – 2011, además de la exigencia de contar con un holograma bidi – tridimensional. Sobre el particular la afirmación del personero de ésta empresa contradice el hecho de haber remitido ante la APS el arte para la elaboración de las Rosetas SOAT 2012 que sí contaba con los colores exigidos y que fue aprobado por la APS.

Que por otra parte cabe destacar que el informe técnico emitido por Flexo Print S.R.L. fue puesto en conocimiento de este Órgano de Fiscalización recién en fecha 22 de marzo de 2012, es decir 3 meses después de que las compañías de Seguros Illimani y Credinform International autorizaron la fabricación de las Rosetas SOAT 2012 sin el consentimiento expreso del Órgano Fiscalizador.

Que no obstante lo anterior, se observó en tiempo hábil que el informe técnico emitido por Flexo Print S.R.L. se encontraba en copias simples y no contenía firmas y rubricas del responsable, por lo que a través de Auto de fecha 9 de abril de 2012, la APS solicitó a la aseguradora remitir el informe en original y debidamente firmado.

Que mediante Cite: ANL-209/12, la aseguradora remitió el informe debidamente subsanado y solicitó se fije día y hora para audiencia pública, a efectos de aclarar el contenido del mencionado informe.

Que en fecha 31 de mayo de 2012 se llevó a cabo la audiencia solicitada con la presencia del Asesor Legal de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.; representantes de Flexo Print y personeros de la APS, ocasión en la que los representantes de Flexo Print explicaron el procedimiento de fabricación de las Rosetas SAT (sic) 2012, confirmando in extenso el contenido de su informe técnico.

Que en conclusión se ratifica que la APS aprobó el arte realizado por Flexo Print por cumplir con las características requeridas, pero en ningún momento aprobó o dio conformidad a la muestra final de la Roseta SOAT 2012, es decir al producto acabado que se comercializa en la actualidad, hecho que fue plenamente corroborado por el representante de la aseguradora y los personeros de Flexo Print en la Audiencia realizada el 31 de mayo de 2012.

CONSIDERANDO:

Que de lo relacionado en el considerando precedente se evidencia que SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A., incumplió la obligación prevista en el artículo 17 del Decreto Supremo No. 27295 de 20 de diciembre de 2003, que señala en la parte correspondiente:

“La Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa, fijará con al menos tres meses de anticipación, al vencimiento del plazo de la póliza SOAT, el color de la Roseta SOAT y las características técnica de

seguridad, con el cual todas las entidades aseguradoras, deberán imprimir sus rosetas SOAT. Si alguna entidad aseguradora, incumpliere la presente disposición, se hará pasible a las sanciones que para el efecto fije la SPVS”.

CONSIDERANDO:

Que el inciso a), parágrafo II del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, que aprueba el Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas del Sector Seguros, tipifica como falta leve él:

“Incumplimiento de órdenes o instrucciones emanadas de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o de autoridad competente, en incumplimiento de la normativa vigente”.

Sancionando al infractor con la imposición de una multa no menor a cuarenta mil uno (40.001), ni mayor ochenta mil (80.000) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV).

Que de la revisión de antecedentes que cursan en la APS se pudo evidenciar que esta fue la primera contravención de la empresa aseguradora del artículo 17 del Decreto Supremo No. No. (sic) 27295 de 20 de diciembre de 2003, no siendo de aplicación el agravamiento de la sanción pro (sic) reiteración o reincidencia, tal como lo dispone el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003...”

Con base en tales fundamentos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve lo siguiente:

...PRIMERO.- SANCIONAR a SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A., con una multa en bolivianos equivalente a 40.001. UFV's (Cuarenta mil uno Unidades de Fomento de (sic) Vivienda) por la contravención del artículo 17 del Decreto Supremo No. 27295 de 20 de diciembre de 2003 – Texto Ordenado Reglamento único del Seguro Obligatorio del (sic) Accidente de Tránsito – SOAT.

SEGUNDO.- La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuneta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.

TERCERO.- SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción...”

5. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 20 de agosto de 2012, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 406-2012 de 15 de junio de 2012, bajo los siguientes argumentos:

“...III.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO

III.1. *Nuestro ordenamiento jurídico establece que la Administración Pública en su conjunto debe regirse por el Principio de Verdad Material, en consecuencia, corresponde efectuar previamente una relación y fundamentación de los hechos que hacen al presente caso.*

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), convocó a las entidades aseguradoras a participar de la comercialización del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) para la gestión 2012. Mediante Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127- 2011 de fecha 01 de julio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros aprobó la Roseta del SOAT de la gestión 2012.

Ahora bien, como es de su conocimiento nuestra compañía conjuntamente con la otra aseguradora autorizada para la comercialización del SOAT, procedimos a la búsqueda de empresas que fabriquen las rosetas, habiendo aceptado ambas compañías que la empresa Flexo Print sea el único proveedor de las rosetas SOAT para la gestión 2012, esa empresa antes de proceder a la impresión de las rosetas, sostuvo constantes y reiteradas reuniones con funcionarios de la APS, a efectos de explicar técnicamente las características de las rosetas SOAT, así como también la imposibilidad de cumplir conjuntamente con los colores establecidos y las especificaciones de seguridad dispuestos por la APS, tales como los hologramas y la auto destructibilidad de las rosetas en caso de intentar despegar las mismas.

Lo señalado precedentemente está demostrado y corroborado por el Informe Técnico enviado por Flexo Print a requerimiento nuestro y que fue presentado oportunamente en calidad de prueba de descargo dentro del presente proceso.

En el citado Informe Técnico el proveedor efectúa una serie de aclaraciones sobre el diseño, fabricación y presentación de los hologramas de seguridad de las rosetas SOAT 2012, sin embargo, consideramos necesario hacer énfasis en algunas de esas aclaraciones.

- 1) *“Es vital entender que la escala Pantone de colores es una escala de color aceptada y utilizada como estandar para sistemas de impresión Offset, Flexografía, serigrafía y huecograbado Y NO ASÍ EN LA PRODUCCIÓN DE HOLOGRAMAS...” (Las mayúsculas son nuestras).*
- 2) *“Para el caso de los hologramas, no existe una escala de colores definida dado el tipo de sustrato y los diferentes colores que va tomando el holograma...”*
- 3) *“Para la roseta 2012, las especificaciones técnicas pedían 7 colores, lo que implicaba 7 sobre impresiones. Realizar estas 7 sobre impresiones, implicaban 7 capas de tinta sobre el pegamento lo que quitaría completamente la capacidad del holograma para adherirse al vidrio de los automóviles...”*

Todas estas aclaraciones y explicaciones también fueron otorgadas a la APS en la audiencia solicitada por nuestra compañía, en la que los técnicos expertos en estos

temas reiteraron esta imposibilidad.

Como se puede apreciar, de acuerdo al informe técnico y la ratificación en audiencia, resultaba prácticamente imposible aplicar las especificaciones técnicas en las rosetas SOAT, conservando los 7 colores y las medidas de seguridad conjuntamente, toda esta situación, como señalamos anteriormente, fue puesto en conocimiento de los funcionarios de la APS en la varias reuniones sostenidas entre los representantes de Flexo Print y los funcionarios de la APS.

Como es de conocimiento suyo, es obligación de la administración pública, en mérito a los principios generales de la actividad administrativa efectuar considerar (sic) los elementos de hecho que ha dado lugar a la conducta del administrado, en el presente caso por toda la explicación precedente, se concluye que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., ha efectuado y realizado todos los actuados necesarios y a su alcance para cumplir lo dispuesto por la APS, en cuanto se refiere a las rosetas SOAT gestión 2012, afirmación ratificada técnicamente por el proveedor, quien de manera verbal y escrita ha explicado reiteradamente LA IMPOSIBILIDAD MATERIAL Y TECNICA de que las rosetas puedan ser impresas en 7 colores, sin que ello genere vulneración a las especificaciones y medidas de seguridad de las propias rosetas (Autodestructibilidad).

No es lógico ni legal pretender ahora sancionar a una compañía de seguros por un hecho que estaba fuera de su alcance y que técnica y materialmente no se podía hacer, por lo que, consideramos que la sanción impuesta por la APS y plasmada en la R.A. 406 no corresponde por que no se han considerado elementos objetivos además de que la citada resolución no ha cumplido a cabalidad con preceptos legales en materia administrativa.

Efectuamos la anterior afirmación, en base a lo señalado en nuestro ordenamiento jurídico en materia administrativa, la misma que contempla una serie de principios, los mismos que deben ser cumplidos por la administración pública y los administrados, lo contrario implicaría una vulneración a, derechos previstos en nuestra Constitución Política del Estado, así como también en la propia Ley de Procedimiento Administrativo, por lo que, es preciso señalar lo siguiente:

En el presente caso, la APS impone a través del acto administrativo recurrido (R.A. 406), una sanción a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., en primer lugar por "...la contravención del artículo (sic) del Decreto Supremo N° 27295 de 20 de diciembre de 2003 - Texto Ordenado Reglamento Único del Seguro Obligatorio – SOAT"

De la lectura in extenso de la R.A. 4106 (sic), se evidencia que la APS se limita a efectuar una relación de hechos y antecedentes, así como de la documentación cursada entre nuestra compañía aseguradora y el órgano regulador, incluido el informe técnico presentado por el proveedor de las rosetas, del cual se limitan a observar que el mismo en primera instancia fue presentado en fotocopia y sin rúbrica de los representantes - observación que fue subsanada oportunamente - sin embargo, no refieren o desvirtúan técnicamente los señalado por el proveedor; Asimismo (sic), en cuanto se refiere a la audiencia solicitada por nuestra compañía,

en un párrafo de 6 líneas, simplemente señalan que se llevó a cabo y los técnicos de Flexo Print explicaron el procedimiento de fabricación de las rosetas, sin entrar en detalles técnicos explicados en la misma así como tampoco se refirieron a las reuniones sostenidas de forma previa a la elaboración de la roseta entre el proveedor (Flexo Print) y funcionarios de la APS.

Finalmente, sin mayor explicación, ni mucho menos fundamentación clara y precisa, determinan que se incumplido (sic) la norma y corresponde una sanción, reiteramos sin mayor fundamentación, ignorando preceptos y principios legales en materia administrativa (Verdad material)

Ahora bien, sobre este último punto (Fundamentación) el doctrinario español Eduardo García de Enterría en su obra *Curso de Derecho Administrativo*, expone sobre la motivación del acto administrativo y señala que: "Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar como tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto." De igual manera, este autor señala al respecto: "...". Los actos administrativos deben estar justificados, deben decir las razones por las cuales se adopta. Los fundamentos de hecho y derecho que motivan la decisión. A ello se le denomina también motivación.

Siguiendo esta línea doctrinal, debemos expresar que por ejemplo, Gordillo sobre la motivación enseña que constituye "La fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada". Asimismo, la garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres. Con base en los hechos del caso y no con invocaciones abstractas y genéricas aplicables a una serie indeterminada de casos. Por ello se ha dicho también que si una decisión no expresa cuáles son los motivos, en verdad ya no los tiene en el doble sentido de carecer asimismo de sustrato fáctico, de sustento en los hechos que deberían determinarla. Antes se expresaba que el acto que carece de explicación carece también de causa. No es lo que recibimos de la jurisprudencia. La lucha por la debida fundamentación del acto administrativo es parte de la lucha por la racionalización del poder y la abolición del absolutismo, por la forma republicana de gobierno y la defensa de los derechos humanos.

Es un hecho que la fundamentación o motivación del acto, contenida dentro de sus considerandos, es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su emanación, o sea sus motivos o presupuestos; es la exposición y argumentación fáctica y jurídica con que la administración debe sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada. Por ello es el punto de partida fundamental para el juzgamiento de esa legitimidad. Debe incluir no una

mera enunciación de hechos, sino además una argumentación de ellos; o sea, debe dar las razones por las que se dicta, lo cual puede orientar al intérprete hacia el fin del acto.

Para Hildegar Rondón de Sansó, profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, el término motivo sugiere a la mente del jurista tres ideas distintas: Sugiere en primer lugar, la idea de la finalidad que se persigue a través de la emanación del acto y por medio del acto mismo. Esto es, alude al resultado que se espera obtener de los efectos del acto. Conceptuado así, el motivo vendría a constituir un elemento ideológico y a identificarse por ello con el fin o finalidad del acto.

Jorge Enrique Calafell, en su obra "La Teoría del Acto administrativo", señala que la idea del motivo del acto sugiere su identificación con tres distintos conceptos: 1) Con el concepto teleológico de la finalidad del acto; 2) Con el concepto de presupuesto del acto; y, 3) Con el concepto sustancial de fundamento del acto.

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

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

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

Del análisis de la R. A. 406, se establece que la misma se limita a efectuar una descripción y transcripción de la nota de descargos presentada por Seguros y Reaseguros Credinform Internacional S.A. para posteriormente intentar configurar esos hechos y omisiones a normas vigentes, sin embargo, de la lectura de la misma se evidencia que a momento de establecer la infracción no se fundamenta de manera alguna las decisiones tomadas.

V.- PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo No.27175, establecidos para la presentación del Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, invocando nuestro derecho a la petición ante la Autoridad Administrativa, reconocido por el

artículo 16 literal a) de la Ley No.2341 de Procedimiento Administrativo solicitamos:

i Admita el presente Recurso de Revocatoria.

ii. Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso de revocatoria disponiendo la REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS N° 406 de 15 de junio de 2012, dejando sin efecto la sanción impuesta a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. ..."

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 808-2012 DE 15 DE OCTUBRE DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012 de 15 de octubre de 2012 y en Recurso de Revocatoria interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, se confirma en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 406-2012 de 15 de junio de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con los siguientes fundamentos:

"...CONSIDERANDO:

Que a continuación se pasará a realizar un análisis de los fundamentos emitidos por la parte recurrente:

1. Primer descargo.

Que el primer descargo referido a la vulneración del Principio de Verdad Material, consagrado en el inciso d) del artículo 4 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002 del Procedimiento Administrativo, el recurrente argumenta que la resolución impugnada no habría considerado el informe técnico enviado por la empresa Flexo Print S.R.L. y que fuera presentado ante este despacho, así como tampoco se hubieran considerado los resultados de la reunión sostenida por funcionarios de la APS con miembros de la aseguradora y de la empresa Flexo Print S.R.L.. Por otra parte indica que la APS incumplió la obligación de considerar los elementos de hecho que dieron lugar a la conducta del administrado, quién habría realizado todos los esfuerzos necesarios para cumplir lo exigido por esta autoridad.

Que el inciso d) del artículo 3 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, señala:

"Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil."

Que en relación a este principio la doctrina en materia administrativa, sentada por Roberto Dromi en su obra Derecho Administrativo, señala:

"En el procedimiento administrativo el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La autoridad administrativa entonces no debe ajustarse a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal). En rigor, tanto Administración como administrado procuran conocer la verdad material. Si la decisión administrativa no se ajustara a los hechos

materiales, su acto estaría viciado.” (Cursivas agregadas)

Que de la lectura y revisión de la resolución impugnada se evidencia que se consideraron como fundamentos fácticos contenido en el informe emitido por la empresa Flexo Print S.R.L. y lo tratado en la reunión llevada a cabo en la APS en fecha 31 de mayo de 2012, sobre el particular en forma literal la resolución impugnada señala:

“Que por otra parte cabe destacar que el informe técnico emitido por Flexo Print S.R.L. fue puesto en conocimiento de este Órgano de Fiscalización recién en fecha 22 de marzo de 2012, es decir 3 meses después de que las compañías de Seguros Illimani y Credinform International autorizaron la fabricación de las Rosetas SOAT 2012, sin el consentimiento expreso del Órgano Fiscalizador.” (Cursivas agregadas)

“Que en fecha 31 de mayo de 2012 se llevó a cabo la audiencia solicitada con la presencia del Asesor Legal de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.; representantes de Flexo Print y personeros de la APS, ocasión en la que los representantes de Flexo Print explicaron el procedimiento de fabricación de la Roseta SOAT 2012, confirmando in extenso el contenido de su informe técnico.” (Cursivas agregadas)

Que lo citado literalmente por parte de la resolución impugnada, contradice y desvirtúa la afirmación vertida por el recurrente en su expresión de agravios, en sentido que no se habrían tomado en cuenta ambas pruebas, es decir, el informe emitido por Flexo Print S.R.L. y la reunión llevada a cabo en la APS, el 31 de mayo de 2012.

Que en referencia a la vulneración del Principio de Verdad Material, la resolución administrativa recurrida materializó esta máxima, al realizar una relación fáctica en la cual se acredita que mediante CITE: ANL – 0209/12 de 19 de abril de 2012, el Vicepresidente Ejecutivo de la compañía de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., remitió a la APS un informe emitido por el Gerente de Flexo Print S.R.L., en el cual hace referencia a la imposibilidad de cumplir con los requisitos técnicos exigidos para la Roseta SOAT 2012, aspecto que en la resolución se considera contradictorio, por el hecho de que se remitió por parte dicha empresa un arte correspondiente a la elaboración de la roseta, el cual contaba con los requisitos técnicos exigidos.

Que refiriéndose a la reunión llevada a cabo en esta autoridad en fecha 31 de mayo de 2012, la resolución impugnada considera que la APS aprobó el arte realizado por Flexo Print S.R.L., por cumplir éste con las características requeridas, pero se deja de manifiesto que en ningún momento se aprobó o dio conformidad a la muestra final, hecho que fue plenamente corroborado en dicha audiencia.

Que en cuanto a la aseveración de que al emitirse la resolución impugnada se incumplió la obligación de considerar los elementos de hecho que dieron lugar a la conducta del administrado, quién habría realizado todos los esfuerzos necesarios para cumplir lo exigido por esta autoridad; no se adecúa a los datos que informan el

procedimiento sancionatorio, toda vez que esto implicaría que se sanciona a la empresa por el incumplimiento de un hecho imposible de realizarse, extremo que no condice con la cronología en que se desarrollaron todas las actuaciones y que ponen de manifiesto que mediante Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127 – 2011 de 01 de julio de 2011, se aprobaron los requisitos técnicos de la Roseta SOAT 2012, a los cuales la empresa recurrente se adhirió y propuso la empresa Flexo Print S.R.L., para su producción, lo cual por lógica indica que dicha compañía tenía los medios técnicos para producir las rosetas con todas sus exigencias, caso contrario se hubiera presentado a otra empresa para tal fin. Sobre el particular la resolución considera la extemporaneidad en la presentación del informe en el cual Flexo Print S.R.L. comunica su imposibilidad de realizar el trabajo, aspecto que además demuestra que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., no habría desplegado todos los esfuerzos destinados a lograr el fin comprometido.

Que el Informe/APS/DS/JTS/1306/2012 de 02 de octubre de 2012, en relación a este aspecto corrobora lo afirmado, cuando indica:

“Sin embargo, el informe técnico emitido por Flexo Print S.R.L., fue puesto en conocimiento de este órgano de regulación **RECÍEN** en fecha 22 de marzo de 2012, es decir 3 meses después de que ambas aseguradoras habrían autorizado la fabricación de las Rosetas SOAT 2012, siendo lo correcto poner en conocimiento de este órgano de fiscalización el informe remitido antes de autorizar **(SIN CONOCIMIENTO DEL ÓRGANO REGULADOR)** la fabricación de las Rosetas SOAT 2012 para así poder haber efectuado las correcciones que el caso hubiera ameritado.”

Que finalmente es necesario resaltar que, los ejemplares de la prueba definitiva remitidos por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. mediante Nota Ger. Grl. 084/2011 de 09 de septiembre de 2011, nunca fueron aprobados por la APS y no obstante ello, autorizaron su elaboración o fabricación, afirmación respaldada en el Informe APS/DS/JTS/1173/2011 de 07 de diciembre de 2011, que concluye:

“Asimismo se recomienda a su Autoridad considerar los puntos expuestos en el Informe/UC/35/2011 de 25 de noviembre de 2011, donde se concluye que las muestras de Rosetas SOAT 2012 **no cumplen** a cabalidad con los requisitos instruidos y especificados mediante Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127 – 2011.” (Cursivas agregadas)

2. Segundo descargo.

Que el sustento de la falta de fundamentación reclamada en la resolución recurrida, se basa en que se habría realizado únicamente una relación de hechos y antecedentes en ella, como la realizada respecto al informe técnico presentado por la empresa Flexo Print S.R.L., sin desvirtuar lo señalado por el proveedor. Por otra parte y en relación a la reunión llevada a cabo en la APS, no se habría entrado en ningún detalle técnico, para finalmente concluir en que la empresa incumplió la norma.

Que el párrafo II del artículo 115 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, consagra el Derecho al Debido Proceso, el cual exige como una garantía mínima para su cumplimiento, la exigencia de la motivación de las resoluciones, que

conforme lo prevé la jurisprudencia constitucional en la Sentencia No. 43/05 – R de 14 de enero de 2005, consiste en:

“...La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales se satisface cuando éstas, de modo explícito o implícito, contienen las razones o elementos de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión.”

Que en el caso presente no solo se ha realizado una relación de hechos y antecedentes como lo señala el recurrente en sus agravios, la cual tuvo como resultado la falta de fundamentos que desvirtúen los argumentos técnicos emitidos en el informe de la empresa Flexo Print S.R.L., o permitido ingresar en detalles técnicos tratados en la reunión llevada a cabo el 31 de mayo de 2012, en esta autoridad.

Que en cuanto al Informe Técnico suscrito por Juan Carlos Zamorano Somoza, Gerente General de la empresa Flexo Print S.R.L., adjunto mediante Cite: ANL – 209/12, la resolución impugnada señaló:

“Que mediante CITE: ANL-0209/12 de 19 de abril de 2012, el Vicepresidente Ejecutivo de la empresa aseguradora remitió ante esta autoridad, un informe que no consigna fecha y suscrito por el Gerente General de Flexo Print S.R.L., en el cual señalan básicamente la imposibilidad de cumplir con los requisitos de color contemplados en los anexos de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ No. 127 – 2011, además de la exigencia de contar con un holograma bidi – tridimensional. Sobre el particular la afirmación del personero de ésta empresa, contradice el hecho de haber remitido ante la APS el arte para la elaboración de las Rosetas SOAT 2012, el cual sí contaba con los colores exigidos y que fue aprobado por la APS.

Que por otra parte cabe destacar que el informe técnico emitido por Flexo Print S.R.L. fue puesto en conocimiento de este Órgano de Fiscalización recién en fecha 22 de marzo de 2012, *es decir 3 meses después de que las compañías de Seguros Illimani y Credinform International autorizaron la fabricación de las Rosetas SOAT 2012 sin el consentimiento expreso del Órgano Fiscalizador.* (Subrayado y cursivas agregadas)

Que el pronunciamiento en relación a este informe no implicó aspectos técnicos como lo pretende el recurrente, por considerarse que al momento en que la empresa aseguradora se postuló para comercializar la Roseta SOAT 2012, aceptó las condiciones técnicas para su producción contenidas en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 de 01 de julio de 2011, extremo que cierra la oportunidad de entrar en debate sobre la posibilidad de su fabricación, más aún tomando en cuenta que fue Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., la empresa que propuso a Flexo Print S.R.L. como encargada de materializar este propósito, aspecto que por lógica implica que tenía los medios técnicos para hacerlo, caso contrario habría optado por realizar una contratación distinta.

Que de la misma manera la resolución impugnada consideró la extemporaneidad en la presentación del informe indicado, dado que fue puesto a conocimiento de esta autoridad tres (3) meses después de que la empresa recurrente autorizó la fabricación

de las mismas. Esta afirmación se encuentra respaldada por el Informe/APS/DS/JTS/1306/2012 de 02 de octubre de 2012, al realizar el análisis de los párrafos quinto al séptimo del Recurso de Revocatoria que indica:

“...de acuerdo a lo establecido en la audiencia pública a la que hace referencia fueron los propios representantes de Flexo Print conjuntamente el Asesor Legal de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. quienes informaron que la autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros aprobó el ARTE de las Rosetas y no así la producción de las mismas decisión que fue tomada exclusivamente y unilateralmente por las entidades aseguradoras.” (Cursivas agregadas)

Que no existe coherencia al pretender justificar la imposibilidad técnica en la fabricación de la Roseta SOAT 2012, tres (3) meses después que ya se habría ordenado su producción.

Que por otra parte, la razón para que la resolución recurrida no hubiera ingresado al debate de los aspectos técnicos emitidos en el informe de la empresa Flexo Print S.R.L. y que refieren a la imposibilidad técnica de su fabricación, radica en el hecho que resulta incoherente, remitir un arte que supuestamente cumple con los requisitos exigidos por la APS, para luego informar que no cuentan con los medios para su fabricación, aspecto que de igual manera fue considerado por la resolución impugnada.

Que conforme a lo relacionado el Informe/APS/DJ/JTS/1306/2012 de 02 de octubre de 2012, indica:

“...el informe técnico emitido por Flexo Print S.R.L. fue puesto en conocimiento de este órgano de regulación RECIEN en fecha 22 de marzo de 2012 es decir 3 meses después de que ambas aseguradoras habrían autorizado la fabricación de las Rosetas SOAT 2012, siendo lo correcto poner en conocimiento de este órgano de fiscalización el informe remitido antes de autorizar (SIN CONSENTIMIENTO DEL ORGANO REGULADOR) la fabricación de la Rosetas SOAT 2012 para así poder haber efectuado las correcciones que le (sic) caso hubiera ameritado.” (Cursivas agregadas)

Que en relación a la reunión sostenida el 31 de mayo de 2012, la resolución impugnada señala:

“En conclusión se ratifica que la APS aprobó el arte realizado por Flexo Print por cumplir con las característica requeridas, pero en ningún momento aprobó o dio conformidad a la muestra final de la Roseta SOAT 2012, es decir al producto acabado que se comercializa en la actualidad, hecho que fue plenamente corroborado por el representante de la aseguradora y los personeros de Flexo Print en la Audiencia realizada el 31 de mayo de 2012.” (Cursivas agregadas)

Que la transcripción explica el razonamiento para no haber tratado aspectos técnicos referidos a la imposibilidad de fabricación de la Roseta SOAT 2012 y que también habrían sido considerados en dicha reunión; los cuales se resumen, a que con carácter previo a esta reunión y mediante nota Ger. Grl. 084/2011 de 9 de

noviembre de 2011, el personero de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., remitió el arte correspondiente a la Roseta SOAT 2012, el cual cumpliría con los requisitos exigidos por la APS, hecho contradictorio a la afirmación técnica vertida, en sentido que no es posible su fabricación; aspectos que demuestran que no se requiere ingresar al examen técnico, sino a un hecho de fondo, el cual se traduce en explicar la razón por la cual la empresa aseguradora remite un arte de la roseta (el cual supuestamente cumple los requisitos técnicos exigidos por la APS), para luego pretender justificar una supuesta imposibilidad para su fabricación.

Que en lo referente el Informe/APS/DJ/JTS/1306/2012 de 02 de octubre de 2012, señala:

“En cuanto se refiere a las partes pertinentes e importantes se puede extraer lo siguiente:

- Se explicó el procedimiento de fabricación de las Rosetas SOAT 2012 y se confirmó el contenido del informe técnico emitido por Flexo Print S.R.L.
- Se ratificó que la aprobación del ARTE fue efectuada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, una vez propuesta por las aseguradoras.

Se evidenció que la autorización para la fabricación de las Rosetas SOAT 2012 fue emitida por Seguros Illimani S.A. y Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. sin el consentimiento expreso de este órgano de regulación. **(Esta afirmación fue efectuada por el asesor legal de la aseguradora)**. Por lo tanto se ratifica que éste órgano de regulación comunicó a la aseguradora que el arte remitido y que luego sería utilizado en la elaboración de las Rosetas SOAT 2012 cumplía con las características requeridas, pero en ningún momento aprobó o dio su conformidad a la Roseta 2012, es decir al producto acabado que se comercializa en la actualidad, hecho corroborado en la audiencia efectuada en fecha 31 de mayo de 2012 en la que la propia aseguradora afirmó que la autorización para la fabricación de las Rosetas SOAT 2012 fue emitida tanto por Seguros Illimani S.A. como por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.” (Cursivas agregadas)

Que lo relacionado demuestra que la resolución impugnada ha cumplido con el requisito exigido para satisfacer la exigencia de motivación, que se traduce en que los fundamentos de ésta, de manera explícita o implícita, permitieron conocer cuáles fueron los criterios jurídicos que fundamentaron la decisión.

CONSIDERANDO:

Que mediante Auto Administrativo de 05 de septiembre de 2012, se dispuso la apertura de un plazo probatorio a objeto de que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., acredite el nombre de la persona que autorizó el proceso de fabricación de la Roseta SOAT 2012.

Que la empresa indicada mediante CITE: ANL-055/12 de 17 de septiembre de 2012 remitió fotocopias simples de los siguientes documentos:

1. CITE: ANL-0542/12 de 11 de septiembre de 2012, remitido por el Gerente General de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., al Gerente General de Flexo Print S.R.L., en el cual solicitan se indique el nombre de la persona que habría autorizado la fabricación de la Roseta SOAT 2012.

2. CITE GG-0060/12 de 14 de septiembre de 2012, remitida por el Gerente Administrativo de Flexo Print S.R.L. y dirigida al Gerente General de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., en el cual indican que no podrán atender la solicitud por encontrarse los señores Juan Carlos Zamorano Valdez y Juan Carlos Zamorano Somoza de viaje.

Que la documentación aportada a esta autoridad en vigencia del plazo probatorio, no desvirtúa, ni modifica los fundamentos contenidos en la resolución impugnada.

Que conforme lo establece el Principio de Verdad Material previsto en el inciso d) del artículo 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo, la administración pública debe buscar la verdad material en contraposición de la formal, no obstante dichos hechos no hubieran sido alegados por las partes durante el procedimiento. En este entendido es necesario preponderar la existencia de la nota de 27 de julio de 2012, suscrita por Fernando Márquez, personero de GAF Tradin, Hologramas Latinoamericanos y dirigido a esta autoridad; a través de la cual remite una versión propia de la Roseta SOAT 2012, conforme las especificaciones consignadas en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127 – 2011 de 01 de julio de 2011. Aspecto que demuestra la posibilidad técnica de la fabricación de dichas rosetas...”

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 1º de noviembre de 2012, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012 de 15 de octubre de 2012, expresando lo siguiente:

“...III.- FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO.

La APS en la Resolución ahora recurrida realiza un análisis de los fundamentos expuestos por nuestra compañía en el recurso de revocatoria, resumiéndolos en dos, por lo que pasamos nuevamente a exponer nuestros argumentos y desvirtuar los señalados por el ente fiscalizador:

III. 1. SOBRE EL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL:

La APS sobre este principio y su cumplimiento en la R.A. 406, señala en uno de sus acápites que: “...de la lectura y revisión de la resolución impugnada se evidencia que se consideraron como fundamentos fácticos contenido en el informe emitido por la empresa Flexo Print S.R.L. y lo tratado en la reunión llevada a cabo en la APS en fecha 31 de mayo de 2012...” para luego señalar que lo citado literalmente contradice y desvirtúa la afirmación vertida por el recurrente en su expresión de agravios, en sentido que no se habrían tomado en cuenta ambas pruebas...”

De la lectura de nuestro recurso se evidencia que en ningún momento señalamos que no se habrían tomado en cuenta las pruebas, lo que manifestamos fue que entendíamos que la APS en mérito al principio de verdad material que rige en materia administrativa no consideró adecuadamente todos los hechos relacionados al presente caso y que derivaron en la sanción posterior.

En este sentido, debemos nuevamente reiterar ciertos conceptos ya expresados oportunamente en nuestro recurso de revocatoria, los mismos que consideramos no han sido evaluados correctamente por la APS, por lo que, debemos señalar que nuestro ordenamiento jurídico establece que la Administración Pública en su conjunto debe regirse por el Principio de Verdad Material, en consecuencia, corresponde efectuar previamente una relación y fundamentación de los hechos que hacen al presente caso.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), convocó a las entidades aseguradoras a participar de la comercialización del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) para la gestión 2012. Mediante Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 de fecha 01 de julio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros aprobó la Roseta del SOAT de la gestión 2012.

Ahora bien, como es de su conocimiento nuestra compañía conjuntamente con la otra aseguradora autorizada para la comercialización del SOAT, procedimos a la búsqueda de empresas que fabriquen las rosetas, habiendo aceptado ambas compañías que la empresa Flexo Print sea el único proveedor de las rosetas SOAT para la gestión 2012, esa empresa antes de proceder a la impresión de las rosetas, sostuvo constantes y reiteradas reuniones con funcionarios de la APS, a efectos de explicar técnicamente las características de las rosetas SOAT, así como también la imposibilidad de cumplir conjuntamente con los colores establecidos y las especificaciones de seguridad dispuestos por la APS, tales como los hologramas y la auto destructibilidad de las rosetas en caso de intentar despegar las mismas.

Lo señalado precedentemente está demostrado y corroborado por el Informe Técnico enviado por Flexo Print a requerimiento nuestro y que fue presentado oportunamente en calidad de prueba de descargo dentro del presente proceso.

En el citado Informe Técnico el proveedor efectúa una serie de aclaraciones sobre el diseño, fabricación y presentación de los hologramas de seguridad de las rosetas SOAT 2012, sin embargo, consideramos necesario hacer énfasis en algunas de esas aclaraciones.

1) "Es vital entender que la escala Pantone de colores es una escala de color aceptada y utilizada como estandar para sistemas de impresión Offset, Flexografía, serigrafía y huecograbado Y NO ASÍ EN LA PRODUCCIÓN DE HOLOGRAMAS..." (Las mayúsculas son nuestras).

2) "Para el caso de los hologramas, no existe una escala de colores definida

dado el tipo de sustrato y los diferentes colores que va tomando el holograma...”

3) “Para la roseta 2012, las especificaciones técnicas pedían 7 colores, lo que implicaba 7 sobre impresiones. Realizar estas 7 sobre impresiones, implicaban 7 capas de tinta sobre el pegamento lo que quitaría completamente la capacidad del holograma para adherirse al vidrio de los automóviles...”

Todas estas aclaraciones y explicaciones también fueron otorgadas a la APS en la audiencia solicitada por nuestra compañía, en la que los técnicos expertos en estos temas reiteraron esta imposibilidad.

Como se puede apreciar, de acuerdo al informe técnico y la ratificación en audiencia, resultaba prácticamente imposible aplicar las especificaciones técnicas en las rosetas SOAT, conservando los 7 colores y las medidas de seguridad conjuntamente, toda esta situación, como señalamos anteriormente, fue puesto en conocimiento de los funcionarios de la APS en la varias reuniones sostenidas entre los representantes de Flexo Print y los funcionarios de la APS.

Por lo señalado, se desprende que el principio de verdad material invocado por nuestra compañía en el recurso de revocatoria se refiere al hecho de que el ente fiscalizador debió considerar todos estos hechos para posteriormente determinar una sanción y la cuantía de la misma, aspectos que entendemos no fueron correctamente valorados.

Como es de conocimiento suyo, es obligación de la administración pública, en mérito a los principios generales de la actividad administrativa efectuar considerar los elementos de hecho que ha dado lugar a la conducta del administrado, en el presente caso por toda la explicación precedente, se concluye que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., ha efectuado y realizado todos los actuados necesarios y a su alcance para cumplir lo dispuesto por la APS, en cuanto se refiere a las rosetas SOAT gestión 2012, afirmación ratificada técnicamente por el proveedor, quien de manera verbal y escrita ha explicado reiteradamente LA IMPOSIBILIDAD MATERIAL Y TECNICA de que las rosetas puedan ser impresas en 7 colores, sin que ello genere vulneración a las especificaciones y medidas de seguridad de las propias rosetas (Autodestructibilidad).

La APS en la R.A. 808, ahora recurrida señala que. “...es necesario resaltar que, los ejemplares de la prueba definitiva remitidos por Seguros y reaseguros Credinform International S.A. mediante nota Ger. Grl. 084/2011 de 09 de septiembre de 2011, nunca fueron aprobados por la APS...”

Sobre este aspecto, debemos reiterar que en su momento en la audiencia de fecha 31 de mayo de 2012, los representantes de Flexo Print comunicaron que en su momento funcionarios de la APS aceptaron y dieron su visto bueno en las rosetas presentadas (sic) por los proveedores, situación que fue ratificada mediante nota CITE ANL-0551/10 (sic, debió decir ANL-0551/12), en ese entendido, demostramos que la aprobación fue efectuada por un funcionario de la APS, aprobación que

lastimosamente fue de manera verbal, sin embargo este hecho no desvirtúa la validez de tal afirmación por parte de los representantes de Flexo Print.

Finalmente, reiteramos que no resulta lógico sancionar a nuestra compañía por un hecho que estaba fuera de su alcance, por lo que, consideramos que la sanción impuesta por la APS y plasmada en la R.A. 406 no corresponde por que no se han considerado elementos objetivos además de que la citada resolución no ha cumplido a cabalidad con preceptos legales en materia administrativa.

III.2.- SOBRE LA FUNDAMENTACION

En este punto, la APS comienza refiriéndose al informe presentado por Flexo Print, señalando que fue emitido sin consignarse fecha (Aspecto totalmente de forma que posteriormente fue subsanado) y además señalan que las afirmaciones del personero de Flexo Print contradicen con el arte presentado a la APS.

Debemos recordar que al momento de presentar el arte a la APS, los personeros de Flexo Print explicaron y dieron a conocer al funcionario de la APS la imposibilidad de cumplir con las características establecidas por el ente fiscalizador, desvirtuando además lo señalado en la R.A. 406 en sentido de que ese hecho fue de conocimiento de la APS tres meses después de la fabricación de rosetas.

La R.A. 808, continua refiriéndose reiterativamente a la supuesta remisión y por ende conocimiento tardío por parte de la APS sobre la fabricación de las rosetas así como también afirma que no correspondía entrar a debatir aspectos técnicos bajo el argumento de que el arte cumplía los requisitos exigidos y por tanto resulta incoherente que el producto final no cumpla con los mismos requisitos, afirmación que no considera el hecho y afirmación realizada por los personeros de Flexo Print en sentido de que oportunamente se explicó a la APS la imposibilidad (sic) técnica de cumplir con esos requisitos técnicos.

En ningún momento la APS en la Resolución ahora recurrida desvirtúa nuestro argumento de que la R.A. 406 no contaba con fundamentación clara y precisa para la decisión asumida.

Sobre este punto (Fundamentación) debemos nuevamente referirnos a lo que la doctrina establece en materia de derecho administrativo, es así que el doctrinario español Eduardo García de Enterría en su obra Curso de Derecho Administrativo, expone sobre la motivación del acto administrativo y señala que: "Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar como tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto." De igual manera, este autor señala al respecto: "... Los actos administrativos deben estar justificados, deben decir las razones por las cuales se adopta. Los fundamentos de hecho y derecho que motivan la decisión. A ello se le

denomina también motivación.

Siguiendo esta línea doctrinal, debemos expresar que por ejemplo, Gordillo sobre la motivación enseña que constituye «La fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada». Asimismo, la garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres. Con base en los hechos del caso y no con invocaciones abstractas y genéricas aplicables a una serie indeterminada de casos. Por ello se ha dicho también que si una decisión no expresa cuáles son los motivos, en verdad ya no los tiene en el doble sentido de carecer asimismo de sustrato fáctico, de sustento en los hechos que deberían determinarla. Antes se expresaba que el acto que carece de explicación carece también de causa. No es lo que recibimos de la jurisprudencia. La lucha por la debida fundamentación del acto administrativo es parte de la lucha por la racionalización del poder y la abolición del absolutismo, por la forma republicana de gobierno y la defensa de los derechos humanos.

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

Para Hildegar Rondón de Sansó, profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, el término motivo sugiere a la mente del jurista tres ideas distintas: Sugiere en primer lugar, la idea de la finalidad que se persigue a través de la emanación del acto y por medio del acto mismo. Esto es, alude al resultado que se espera obtener de los efectos del acto. Conceptuado así, el motivo vendría a constituir un elemento ideológico y a identificarse por ello con el fin o finalidad del acto.

Jorge Enrique Calafell, en su obra “La Teoría del Acto administrativo”, señala que la idea del motivo del acto sugiere su identificación con tres distintos conceptos: 1) Con el concepto teleológico de la finalidad del acto; 2) Con el concepto de presupuesto del acto; y, 3) Con el concepto sustancial de fundamento del acto.

El Profesor Agustín Gordillo, ha precisado que existen dos conceptos íntimamente ligados: el de motivo y el de motivación de los actos administrativos. El motivo es el antecedente que provoca el acto, es decir, una situación legal o de hecho prevista por la ley como presupuesto necesario de la actuación administrativa. La motivación

es el juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo y al ligarlo con la disposición de la ley aplicable, es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad.

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

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

Del análisis de la R.A. 808 se establece que no se ha desvirtuado en ningún momento que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 406 carezca de fundamentación, por consiguiente, nuestros argumentos son válidos en sentido de que se ha incumplido preceptos legales en cuanto se refiere a la emisión de actos administrativos.

Por todos los fundamentos de derechos expuestos, la RA Nº 406-2012 y consecuentemente la R.A. Nº 808-2012 entendemos que corresponde su revocatoria.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 52 y 53 del Decreto Supremo Nº 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso Jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

1. **Admita el presente Recurso Jerárquico al tenor del artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo Nº 27175.**
2. **Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso Jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 808-2012 de 15 de octubre de 2012, y consecuentemente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 406-2012 de 15 de junio de 2012, dejando sin efecto la sanción impuesta a nuestra compañía..."**

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

A los efectos de la decisión de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, es pertinente dejar constancia de la normativa siguiente:

- Decreto Supremo N° 27295 de 20 de diciembre de 2003.

Artículo 17°: *“La Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa, fijará con al menos tres meses de anticipación, al vencimiento del plazo de la póliza SOAT, el color de la Roseta SOAT y las características técnicas de seguridad, con el cual todas las entidades aseguradoras, deberán imprimir sus rosetas SOAT. Si alguna entidad aseguradora, incumpliere la presente disposición, se hará pasible a las sanciones que para el efecto fije la SPVS”.*

- Resolución Administrativa IS N° 595-2004 de 19 de octubre de 2004.

Artículo 11° (Requerimientos), Inc. b): *“Remitir oficialmente a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros dos (2) ejemplares de Roseta SOAT a efectos de publicación y comprobación de las características establecidas en el artículo precedente”.*

- Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 de 1° de julio de 2011.

“...PRIMERO.- Aprobar el color de la Roseta del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) correspondiente a la Gestión 2012, en los colores y con las especificaciones mínimas detalladas en el Anexo I y en la distribución establecida en el Anexo II de la presente Resolución Administrativa (...)

ANEXO I

COLORES Y ESPECIFICACIONES MÍNIMAS

1.1. COLORES

-Gráfico de muestra- Violeta 256 - C (C=72; M=84; Y=0; K=0)

-Ídem- Verde 356 - C (C=96; M=27; Y=100; K=16)

-Íbidem- Azul 286 - C (C=96; M=27; Y=100; K=16)

-Íbidem- Naranja 165 - C (C=0; M=75; Y=96; K=0)

-Íbidem- Amarillo P - VCU (C=0; M=10; Y=100; K=0)

-Íbidem- Rojo - C (C=8; M=97; Y=100; K=1)

-Íbidem- Blanco sin Código adicional (C=0; M=0; Y=0; K=0)

1.2. ESPECIFICACIONES MÍNIMAS

- Tamaño: 70mm x70mm (Triangulo (sic))
- Tamaño: 70mm(Circular)

- *Holograma Bidi-tridimensional*
- *Imagen Aleatoria del Escudo del Estado Plurinacional de Bolivia y el texto SOAT.*
- *Políester (sic) Plata Tamper Evident Autodestructible.*
- *Autoadhesivo al frente.*
- *Diseño Personalizado.*

ANEXO II

DISTRIBUCIÓN DE COLORES DE LA ROSETA 2012

Roseta para Vehículo Particular -gráfico de muestra; se destaca la wiphala dispuesta en triángulo y con fondo plateado-

Roseta para Vehículo Público -ídem- ...”

La aprobación a la que hace referencia la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 de 1° de julio de 2011, se efectuó con base en el arte para la elaboración de las Rosetas SOAT para la gestión 2012, que fuera presentado por la empresa Flexo Print S.R.L. (proveedora de las Rosetas), conforme consta en la nota APS/DS/3926/2011 de 11 de octubre de 2011 (que se menciona en el informe APS/DS/JTS/1173/2011 de 7 de diciembre de 2011).

En la tarea de verificar el cumplimiento de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 de 1° de julio de 2011, el Ente Regulador emitió el informe legal APS/DJ/DS/0022/2012 de 24 de enero de 2012, el que señala que:

“...Mediante nota GER Grl. 084/2011 de 9 de noviembre de 2011, Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. remite las dos muestras de las Rosetas SOAT 2012, las mismas que revisadas en detalle no cumplen a cabalidad con los requisitos especificados mediante PANTONE en el anexo I de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N (sic) 127-2011 ni guardan relación con el arte presentado por el proveedor que mereció la aprobación de colores por parte de la APS, mediante nota APS/DS/4655/2011...”

El informe legal APS/DJ/DS/0022/2012 termina concluyendo que:

“...De lo expuesto precedentemente se ha verificado que los colores de la Roseta SOAT, remitida por Seguros y Reaseguros Credinform S.A. no guardan relación con los aprobados por la APS en el arte presentado por Flexo Print ni con los autorizados mediante Resolución Administrativa 127-2011...”

El extremo dio lugar a la notificación del cargo que sale en la nota APS/DJ/DS/1179/2012 de 17 de febrero de 2012, por cuanto, en el entender del Ente Regulador:

“(...)”

- 1) *Las muestras no cumplen con los requerimientos de color determinados mediante PANTONE especificados en el Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011.*

2) *La visibilidad de los colores en las muestras no guarda relación con el arte presentado por el proveedor, el cual fue aprobado por la APS mediante nota APS/DS/4655/2011.*

3) *Las muestras presentan un color plateado genérico y no destacan los colores de la Whipala conforme se estableció en el anexo II de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127...*"

Entendiendo de ello "haber contravenido lo determinado en el artículo 17 del Decreto Supremo 27295 de 20 de diciembre de 2003 (...) y al no haber observado debidamente las instrucciones emitidas por la APS en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011".

A su tiempo, conocidos los descargos de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNACIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, han dado lugar a la imposición de la sanción mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 406-2012 de fecha 15 de junio de 2012, luego, recurrida de revocatoria, se emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012 de fecha 15 de octubre de 2012, y al presente, al Recurso Jerárquico contra ésta última, el que pasa a considerarse y resolverse.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Principio de verdad material y garantía del debido proceso.-

La recurrente **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNACIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, refiere que: "la APS en mérito al principio de verdad material que rige en materia administrativa no consideró adecuadamente todos los hechos relacionados al presente caso y que derivaron en la sanción posterior", expresión que tiene relación con lo que también señala el recurso, en sentido que:

"...Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., ha efectuado y realizado todos los actuados necesarios y a su alcance para cumplir lo dispuesto por la APS, en cuanto se refiere a las rosetas SOAT gestión 2012, afirmación ratificada técnicamente por el proveedor, quien de manera verbal y escrita ha explicado reiteradamente LA IMPOSIBILIDAD MATERIAL Y TECNICA de que las rosetas puedan ser impresas en 7 colores, sin que ello genere vulneración a las especificaciones y medidas de seguridad de las propias rosetas (Autodestructibilidad)..."

A su vez, lo señalado tiene que ver con lo referido en el Informe Técnico sin fecha, con firma del Sr. Juan Carlos Zamorano Somoza, Gerente General de Flexo Print S.R.L., presentado por la ahora recurrente mediante su nota ANL-0209/12 de 19 de abril de 2012, y que establece lo siguiente:

"OBJETIVO

El objetivo del presente informe técnico es de aclarar todas aquellas dudas sobre el diseño, fabricación y presentación de los hologramas de seguridad SOAT 2012.

CONCEPTOS BÁSICOS

1. HOLOGRAMA: Es una técnica avanzada de fotografía, que consiste en crear imágenes tridimensionales. Para esto se utiliza un rayo láser, que graba microscópicamente una película fotosensible. Ésta, al recibir la luz desde la perspectiva adecuada, proyecta una imagen en tres dimensiones.
2. SUSTRATO: Cualquier superficie sobre la que se pueda producir una impresión.
3. SIMULAR: Representar una cosa fingiendo o imitando lo que no es.

DESARROLLO

La fabricación de hologramas en general utiliza 3 tecnologías. La primera es la fabricación mediante el uso de una matriz de puntos, la segunda el empleo de rayos laser y la tercera y más reciente el uso de rayo electrón.

Para la fabricación de hologramas "SOAT 2012" se utilizó la tecnología de rayo laser por su buena relación costo beneficio. Independiente cual sea la tecnología utilizada, para la fabricación del holograma se utiliza como sustrato de fabricación un film de poliéster. El poliéster, es un sustrato que permite tener una alta calidad y estabilidad en la reproducción gráfica además de tener una vida prolongada en ambientes diversos como por ejemplo el contacto permanente con los rayos solares.

Sobre el film de poliéster se aplica una capa de zinc durante la fabricación del holograma que permite tener el brillo característico que tienen los hologramas además de proteger la impresión del holograma (...)

En el caso de las rosetas "SOAT 2012" se utilizó un elemento adicional que fue el pegamento para que el holograma sea autoadhesivo (...)

Si analizamos las especificaciones técnicas del Anexo 1 de la resolución administrativa Nro. 127/2011 se pueden evidenciar los siguientes errores en las especificaciones técnicas.

1. El Anexo uno hace referencia a siete códigos de color "Pantone" que se refieren a los siete colores que tiene el diseño de la "Wipala" (sic).

Es vital entender que la escala "Pantone" de colores es una escala de color aceptada y utilizada como estándar para sistema de impresión tipo Offset, Flexografía, Serigrafía y huecograbado y no así en la producción de hologramas que se este (sic) se realiza bajo un proceso fotográfico y de sensibilización bajo luz.

El otro punto importante, es que la escala de colores "Pantone" es tomada como válida cuando la impresión se la realiza sobre un "papel" que cumpla las características que exigen las normas ISO 536, 534, 11475. 2471. 8254-1 y 5627.

Para el caso de los hologramas, no existe una escala de colores definida dado el tipo de sustrato y los diferentes colores que va tomando el holograma respecto al ángulo que se mire y el reflejo de la luz.

En el caso de los hologramas lo que se hace es tratar de "Simular" los colores que se reproducen sobre el papel.

2. Realizar la sobre impresión de colores sobre el holograma.

En anteriores versiones de la roseta SOAT lo que se hizo fue sobre imprimir el holograma con una sola tinta Pantone (...)

Para la roseta 2012, las especificaciones técnicas pedían 7 colores, lo que implicaba 7 sobre impresiones. Realizar estas 7 sobre impresiones, implicaban 7 capas de tinta sobre el pegamento lo que quitaría completamente la capacidad del holograma para adherirse a los vidrios de los automóviles. Una característica indispensable en la roseta, es la capacidad que debe tener de adherirse al vidrio de los vehículos y no desprenderse bajo ninguna circunstancia. Técnicamente es imposible hacer la sobre impresión de colores en la roseta 2012 dada la gran cantidad de colores que se necesita reproducir (...)

Adicionalmente a estos temas, cabe mencionar que la sobreimpresión hace que todos los elementos holográficos y de seguridad desaparezcan ya que la tinta los cubre. Esto podemos verlo (sic) en anteriores versiones el efecto holográfico es casi nulo por la sobre impresión del holograma facilitando de esta manera la falsificación del mismo..."

Resulta entonces, que en la pretensión de la recurrente y conforme lo expresara en la nota de descargos ANL-0147/12 de 22 de marzo de 2012, existe:

"...la imposibilidad de cumplir conjuntamente con los colores establecidos y las especificaciones de seguridad dispuestos (sic) por la APS, tales como los hologramas y la autodestructibilidad de las rosetas en caso de intentar despegar las mismas (...)

Como se puede apreciar, resultaba prácticamente imposible aplicar las especificaciones técnicas en las rosetas SOAT, conservando los 7 colores y las medidas de seguridad conjuntamente,..."

Aquello, conforme expresa la recurrente, determinaría la inobservancia del artículo 4º, inciso d), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, en cuanto el mismo refiere que "La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal...", y aquí se habría desconocido la imposibilidad material de cumplir con las especificaciones de los anexos I y II, de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 de 1º de julio de 2011, que aprueba "el color de la Roseta del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) correspondiente a la Gestión 2012, en los colores y con las especificaciones mínimas detalladas en el Anexo I y en la distribución establecida en el Anexo II de la presente Resolución Administrativa".

No obstante, la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012 de 15 de octubre de 2012, ha establecido que:

“...es necesario preponderar la existencia de la nota de 27 de julio de 2012, suscrita por Fernando Márquez, personero de GAF Tradin (sic), Hologramas Latinoamericanos y dirigido a esta autoridad; a través de la cual remite una versión propia de la Roseta SOAT 2012, conforme las especificaciones consignadas en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127 – 2011 de 01 de julio de 2011. Aspecto que demuestra la posibilidad técnica de la fabricación de dichas rosetas...”

La nota en cuestión, de fecha 27 de julio de 2012 y con firma del señor Fernando Márquez, en representación de GAF Trading Hologramas Latinoamericanos, señala:

“...Mediante la presente me permito presentarle mi empresa y nuestro deseo de ser considerados para la producción de las rosetas del SOAT.

Gaf Trading para su marca: “Hologramas Latinoamericanos” es una empresa especializada en la producción y comercialización de hologramas, que realiza esta labor en Bolivia hace ya más de 6 años.

Adjunto encontrará 3 muestras número 000005, 000006 y 000007 de una versión propia de la viñeta con la wiphala impresa a full color para que evalúe la calidad de impresión y resolución holográfica...”

Amén de ello y previamente a considerar la acusada infracción al principio administrativo de verdad material, se debe considerar que el mismo artículo 4° de la Ley N° 2341, ahora en su inciso c), ha establecido que *“La Administración Pública regirá sus actos..., asegurando a los administrados el debido proceso”*, el que tiene esencia constitucional según lo señala el artículo 115°, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado (*El Estado garantiza el derecho al debido proceso*), es necesario dilucidar previamente las siguientes consideraciones:

2.1.1. Error inducido por el Ente Regulador.-

Procedida con la notificación del cargo mediante la nota APS/DJ/DS/1179/2012 de 17 de febrero de 2012, y recibidos los descargos en la nota ANL-0147/12 de 22 de marzo de 2012, el Ente Regulador, a través de la providencia de 9 de abril de 2012, dispuso que:

“...Al ser deber de la Autoridad Administrativa investigar la verdad material, cuando los hechos puestos en su conocimiento acarrear duda razonable sobre las cuestiones debatidas,... se apertura de manera excepcional un término de prueba de cinco (5) días hábiles administrativos a objeto de que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. pueda acreditar a través de documentación original y debidamente firmada y rubricada el contenido del Informe Técnico otorgado por la Empresa Flexo Print S.R.L., presentado en calidad de prueba de descargo...”

De tal enunciado resulta que, si bien en ese momento el Ente Regulador no formuló juicio de valor alguno referido al informe técnico de Flexo Print S.R.L. (de hecho, lo que se hacía era observar el mismo por no ser original, y por no encontrarse firmado ni rubricado), empero

aperturaba un término de prueba para subsanar las observaciones sobre el mismo, entonces sugería que tal informe técnico era suficiente o determinante, y si bien la misma providencia señalaba también que podía “*agregarse cualquier otra prueba o alegación que considere pertinente*”, lo mismo, al resultar abstracto, no establecía la insuficiencia del informe técnico presentado, insuficiencia que después va a ser fundamental en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012 de fecha 15 de octubre de 2012, cuando en el entender del Ente Fiscalizador, se desvirtúa el informe técnico de Flexo Print S.R.L. mediante la nota de fecha 27 de julio de 2012 de GAF Trading Hologramas Latinoamericanos.

En tal sentido, en Ente Fiscalizador debió tener presente que, conforme lo señala el artículo 47°, parágrafo I, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, “*Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho*” y no proceder a desvirtuar a través de una simple nota.

Sin embargo, correspondió fundamentarse sobre el medio de prueba en el que se constituyó el informe técnico de Flexo Print S.R.L., ofrecido por la recurrente; dado su carácter técnico, que resultaría no ser uno instrumental, documental o literal, como mal sugiere la providencia de 9 de abril de 2012, sino más bien uno pericial: “*Cuando la deducción se efectúa mediante el aporte de terceros que infieren, a través de su ciencia, los hechos desconocidos de los escasos hechos conocidos*” (Couture en su Fundamentos).

En una u otra posibilidad, dicha prueba resultaría en una opinión interesada y por tanto objetable, toda vez que Flexo Print S.R.L. no es propiamente un tercero ajeno a la controversia, sino el proveedor de las Rosetas controvertidas, y por tanto, esa opinión técnica se encuentra influida por el interés particular de que se determine la imposibilidad de la fabricación de las Rosetas en los términos señalados en los anexos aprobados por la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 de 1° de julio de 2011.

Por tanto, al haberse aperturado un término de prueba para que la entonces imputada “*pueda acreditar a través de documentación original y debidamente firmada y rubricada el contenido del Informe Técnico otorgado por la Empresa Flexo Print S.R.L.*”, sin aclarar la suficiencia jurídica de tal prueba, se ha inducido a error a la recurrente **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, toda vez que resultándole a ella subjetivamente suficiente tal prueba, ha cumplido con las exigencias del Ente Regulador de presentarla en original y debidamente firmada, cuando tal medio de prueba, por su naturaleza y origen, no cumplía con su objetivo de constituir una única evidencia razonable sobre el hecho que pretende demostrarse.

2.1.2. Omisión del derecho de pronunciamiento sobre la prueba.-

En fecha 2 de octubre de 2012 y en oportunidad del informe APS/DS/JTS/1306/2012, con la referencia “*Recurso de Revocatoria formulado por Seguros y Reaseguros Crediform International S.A. Caso ROSETAS SOAT 2012*” (entonces en los prolegómenos de la confirmatoria y ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012 de fecha 15 de octubre de 2012), se hizo conocer de la existencia y se adjuntó, la nota de 27 de julio de 2012, presentada por GAF Trading Hologramas Latinoamericanos, nota que después le ha servido a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para -

según lo señala el Ente Regulador- desvirtuar el informe técnico de Flexo Print S.R.L.

Sobre la existencia y trascendencia de la nota de 27 de julio de 2012, también se pronuncia el informe legal APS/DJ/DS/317/2012 de 8 de octubre de 2012, en las circunstancias -iguales que el anterior-, previas al pronunciamiento de la resolución al Recurso de Revocatoria.

Luego, conforme sale del expediente, lo que siguió es el pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 808-2012 de fecha 15 de octubre de 2012, la que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 406-2012 de fecha 15 de junio de 2012, en cuanto al alegato sobre la imposibilidad de cumplimiento y el principio de verdad material, por encontrarse desvirtuado -según lo anota la Autoridad recurrida- por la nota de 27 de julio de 2012. De estos dos últimos actuados (informes APS/DS/JTS/1306/2012 y APS/DJ/DS/317/2012), no existe constancia de notificación alguna.

Como se comprende, en ningún momento desde que se acumuló en el expediente, hasta su consideración ulterior en resolución, la nota de 27 de julio de 2012 fue puesta en conocimiento de la recurrente, de manera tal que la misma no tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto o hacer sobre lo mismo expresión de agravios alguna, resultando habérsela producido a sus espaldas, sin la garantía que hace al derecho a la probanza en su faceta de objeción a la prueba.

Es pertinente traer a colación lo señalado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, cuando señala:

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

El debido proceso adjetivo se instituye como el vértice de una pirámide en el cual confluyen todos los otros principios adjetivos, comprendiendo varios elementos conforme los ha señalado el mismo Tribunal, ahora en la Sentencia Constitucional 0999/2003-R de 16 de julio:

"...La garantía constitucional del debido proceso,... asegura a las partes el conocimiento de las resoluciones pronunciadas por el órgano judicial o administrativo actuante durante el proceso, a objeto de que pueda comparecer en el juicio y asumir defensa, y en su caso hacer uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. En virtud de ello, los órganos jurisdiccionales que conozcan de un proceso deben observar los principios, derechos y normas que la citada garantía resguarda, infiriéndose de ello que ante la vulneración de los mismos se tiene por conculcada la referida disposición constitucional.

La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de

publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes....” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Resultando de tales extremos haberse infringido el debido proceso administrativo, ocasionado la indefensión a la ahora recurrente, así como también se ha inobservado el principio de verdad material, por cuanto, a la Autoridad recurrida le resultó suficiente la nota de GAF Trading de fecha 30 de julio de 2012 para desvirtuar el contenido del informe técnico de Flexo Print S.R.L., sin que hubiera tomado la medida adecuada para dirimir la falta de claridad y concordancia que existe entre las opiniones que aparentemente ambos documentos importarían.

2.2. El cumplimiento de la determinación.-

Sin perjuicio de lo anterior, el Recurso Jerárquico manifiesta que para la aprobación del arte de las Rosetas, el proveedor sostuvo varias reuniones con personeros de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en las que se habría manifestado la imposibilidad de elaborarlas con las características exigidas en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011; sin embargo, dichas observaciones habrían sido realizada de forma verbal, entonces no existiendo documento alguno que respalde tal afirmación.

Al respecto, se transcribe en lo pertinente, el artículo 11°, inciso b), de la Resolución Administrativa IS N° 595 de fecha 19 de octubre de 2004:

*“Remitir oficialmente a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros dos (2) ejemplares de Roseta SOAT **a efectos de publicación y comprobación de las características establecidas** en el artículo precedente.”* (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

De la revisión de los antecedentes que cursan en el expediente, se establece que, si bien la Autoridad Reguladora aprobó el arte mediante nota APS/DS/3926/2011 de fecha 11 de octubre de 2011, nunca dio su aprobación o conformidad a las pruebas finales de las Rosetas presentadas por la recurrente en fecha 9 de noviembre de 2012, tal como lo exige el precitado artículo 11°, inciso b), de la Resolución Administrativa IS N° 595.

Es necesario señalar que, la ahora recurrente cumplió con enviar los dos ejemplares de Rosetas en tiempo oportuno, sin embargo, la Autoridad Reguladora no emitió oportunamente su aprobación o desaprobación a dichos ejemplares, resultando que en fechas 25 de noviembre y 7 de diciembre de 2012, mediante informes UC/35/2011 y APS/DS/JTS/1173/2011, respectivamente, se establece que las Rosetas señaladas, **“no cumplen a cabalidad con los requisitos instruidos y especificados mediante Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011”**, pronunciamiento que era importante sustanciarse en su momento si se considera que el artículo 10° del Decreto Supremo N° 27295, señala que

“Con este propósito las entidades aseguradoras deberán **ofertar la cobertura con al menos quince días de anticipación a la finalización de cada período anual**” (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica), lo que supone que las Rosetas deberían encontrarse dispuestas para su comercialización ya para mediados del mes de diciembre de 2011; en lugar de ello, por recomendación del informe legal APS/DJ/DS/0022/2012 de 24 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros da inicio al proceso sancionatorio.

Por otra parte, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** autorizó al proveedor, la fabricación de las Rosetas, sin contar con la previa aprobación del Ente Regulador, tal como lo señala la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 808-2012 de fecha 15 de octubre de 2012:

*“...Se evidenció que la autorización para la fabricación de las Rosetas SOAT 2012 fue emitida por Seguros Illimani S.A. y Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. sin el consentimiento expreso de este órgano de regulación. **(Esta afirmación fue efectuada por el asesor legal de la aseguradora)**. Por lo tanto se ratifica que éste órgano de regulación comunicó a la aseguradora que el arte remitido y que luego sería utilizado en la elaboración de las Rosetas SOAT 2012 cumplía con las características requeridas, pero en ningún momento aprobó o dio su conformidad a la Roseta 2012, es decir al producto acabado que se comercializa en la actualidad, hecho corroborado en la audiencia efectuada en fecha 31 de mayo de 2012 en la que la propia aseguradora afirmó que la autorización para la fabricación de las Rosetas SOAT 2012 fue emitida tanto por Seguros Illimani S.A. como por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. ...”*

Por lo expuesto, se llega a la conclusión de que la ahora recurrente habría incumplido lo dispuesto por el inciso b) del artículo 11º, de la Resolución Administrativa Nº 595 de 19 de octubre de 2004, al haber autorizado o solicitado al proveedor la fabricación de las Rosetas, sin contar con la autorización previa y expresa de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, más aún, a sabiendas de que dichas Rosetas no cumplían con las características definidas en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 127-2011.

No obstante de lo hasta aquí expresado, que no deja de ser fundamental, llama la atención la actuación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, toda vez que no se pronunció respecto de las pruebas finales de las Rosetas que le fueron presentadas en fecha 9 de noviembre de 2011, cuando también se le solicitó su autorización, sino hasta la notificación de cargos realizada en fecha 8 de marzo de 2012, fecha en la cual las Rosetas en su presentación controvertida, se encontraban comercializadas, siendo que, como se refirió supra, en fecha 25 de noviembre ya era de conocimiento de la Autoridad que tales pruebas finales no cumplían a cabalidad con los requisitos instruidos y especificados mediante Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 127-2011, además que el artículo 10º del Decreto Supremo Nº 27295 establece que las Rosetas deben ser ofertadas y comercializadas **con al menos quince días de anticipación a la finalización de cada período anual**, lo que supone que las debieron encontrarse ya dispuestas para su comercialización, precisamente con ese plazo de quince días con anticipación al fin de la gestión 2011.

Ahora bien, respecto al argumento de la recurrente en sentido de que, la imposibilidad

técnica de cumplir con todas las especificaciones establecidas por la Autoridad para las Rosetas habría sido autorizada por uno de sus funcionarios de ésta, de forma verbal, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no ha realizado una correcta sustanciación sobre el extremo, toda vez que, conforme a la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 808-2012, se ha limitado al intercambio de la correspondencia siguiente:

"...1. CITE: ANL-0542/12 de 11 de septiembre de 2012, remitido por el Gerente General de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., al Gerente General de Flexo Print S.R.L., en el cual solicitan se indique el nombre de la persona que habría autorizado la fabricación de la Roseta SOAT 2012.

2. CITE GG-0060/12 de 14 de septiembre de 2012, remitida por el Gerente Administrativo de Flexo Print S.R.L. y dirigida al Gerente General de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., en el cual indican que no podrán atender la solicitud por encontrarse los señores Juan Carlos Zamorano Valdez y Juan Carlos Zamorano Somoza de viaje..."

Determinando que el órgano Fiscalizador no hubiera extremado los recursos para esclarecer lo señalado por la ahora recurrente, cuando amerita ser esclarecido a los fines de analizarse la aplicabilidad al caso del principio de informalismo (Art. 4º, Inc. 'l', Ley N° 2314) y su trascendencia final sobre el caso.

De igual manera, el informe técnico de la empresa Flexo Print S.R.L., proveedora de las Rosetas, y presentado como descargo en fecha 22 de marzo de 2012 a la Autoridad Reguladora, si bien hace referencia a la imposibilidad técnica de cumplir con los requerimientos establecidos en la resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011, fue acreditado extemporáneamente, pues debió haberse hecho valer con anticipación a la autorización de fabricación de las rosetas, a fin de que la Autoridad tome conocimiento oportuno de tales observaciones, por lo que dicho informe técnico no puede ser considerado como descargo para el incumplimiento.

2.3. La alegada inexistencia de fundamentación.-

Señala también la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, que *"En ningún momento la APS en la Resolución ahora recurrida desvirtua (sic) nuestro argumento de que la R.A. 406 no contaba con fundamentación clara y precisa para la decisión asumida"*.

Toda vez que por la decisión final que sigue a continuación, tal extremo pierde trascendencia, sin embargo es pertinente dejar constancia que, de la revisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 406-2012 de 15 de junio de 2012, se evidencia que la misma, contrariamente a lo señalado por la recurrente, se encuentra fundamentada con claridad y precisión.

Como el presupuesto del Recurso Jerárquico hace alusión a la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 406-2012 y a su disconformidad para con la decisión de la impugnación contra la misma, se trae a colación lo expresado por la misma recurrente, empero a tiempo de su Recurso de Revocatoria de fecha 20 de agosto de 2012, cuando afirmara:

“...sin mayor explicación, ni mucho menos fundamentación clara y precisa, determinan que se incumplido (sic) la norma y corresponde una sanción, reiteramos sin mayor fundamentación, ignorando preceptos y principios legales en materia administrativa (Verdad material)...”

De ello, se infiere que el reclamo sobre la supuesta falta de fundamentación en la resolución sancionatoria, está en concreto referido a la imposibilidad de cumplimiento que pretende hacerse valer al amparo del principio de búsqueda de la verdad material, entonces haciendo a lo ya supra considerado, haciendo pertinente ratificar todo el análisis anterior para hacer innecesario entrar en mayores consideraciones.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 406-2012 de fecha 15 de junio de 2012 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 037/2012 DE 08 DE FEBRERO DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPCF/N° 005/2013 DE 06 DE FEBRERO DE 2013

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPCF/Nº 005/2013

La Paz, 6 de Febrero de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**; la Resolución Administrativa ASFI Nº 037/2012 de 8 de febrero de 2012 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI Nº 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha autoridad; y todo lo demás que convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 137 del Decreto Supremo Nº29894, de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que los incisos a) y b) del artículo 37 del Decreto Supremo Nº0071, de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer, resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

CONSIDERANDO:

Que, habiéndose pronunciado la Resolución Ministerial Jerárquica MSFP/VPCF/Nº39/2012 de 5 de julio de 2012, por cuyo motivo, **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** interpuso Acción de Amparo Constitucional por ante la Sala Civil Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, misma que por Resolución Nº 61/2012 de 12 de noviembre de 2012, concedió el amparo solicitado, dejando sin efecto la Resolución Ministerial Jerárquica precitada y disponiendo el pronunciamiento de una nueva, en el plazo contemplado por el parágrafo I, artículo 59, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, de 15 de septiembre de 2003.

CONSIDERANDO:

Que en fecha 3 de diciembre de 2010 y con el antecedente de los informes ASFI/DSR-II/R-49741/2009, ASFI/DSR-II/R-70474/2009, ASFI/DAJ/R-57407/2010 y ASFI/DSV/R-44852/2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió el informe ASFI/DSS/R-127404/2010,

referido a inobservancias a la normativa en las que ha incurrido el ex Banco Santa Cruz S.A., actual Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en su relación para con **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**.

Que **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** ha solicitado la "complementación, modificación y ampliación de informe y valoración de pruebas" en referencia del informe ASFI/DSS/R-127404/2010, conforme consta en su memorial de fecha 17 de junio de 2011, determinando la respuesta que sale en la nota ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, cuyo contenido ha sido consignado en la Resolución Administrativa ASFI/N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, y posteriormente su contenido confirmado por la Resolución Administrativa ASFI N° 037/2012 de 8 de febrero de 2012, al haber sido impugnada de revocatoria mediante recurso, también opuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**, en el escrito de 10 de enero de 2012.

Que emergente de lo anterior, al presente se conoce y pasa a resolverse el Recurso Jerárquico interpuesto, también por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 037/2012 de 8 de febrero de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA ASFI/DAJ/R-126412/2011 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2011.

La ASFI mediante nota ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, hace conocer a **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**, que:

"...ratifica las conclusiones arribadas en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, así como en las conclusiones del informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, en los cuales se evidencia que ASFI ha considerado debidamente las denuncias formuladas por su persona en sus memoriales de 26 y 31 de agosto de 2011, las mismas que al no aportar nuevos elementos de juicio no requieren complementación o ampliación por parte de este Órgano de Supervisión.

...se aclara al solicitante que la presenta carta no tiene el carácter de acto administrativo definitivo por cuanto su contenido ratifica y aclara los hallazgos contenidos en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, el mismo que fue comunicado a su persona oportunamente."

2. RESOLUCIÓN ASFI/N° 839/2011 DE 27 DE DICIEMBRE DE 2011 EMITIDA POR LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO.-

En virtud al memorial presentado el 12 de diciembre de 2011 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, por el que solicita la consignación del contenido de la nota ASFI/DAJ/R-126412/2011, mediante Resolución ASFI/N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

“ÚNICO: Ratificar el contenido íntegro de la carta ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, cursada al señor Luis Artemio Lucca Suárez, de acuerdo a los argumentos contenidos en la presente Resolución, por cuanto como se señaló los puntos 3.4, 4.5 y 4.8 del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, fueron debidamente considerados por ASFI dentro del procedimiento administrativo instaurado contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., el mismo que se encuentra pendiente de resolución ante la instancia jerárquica.”

3. RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR LUÍS ARTEMIO LUCCA SUAREZ.

En fecha 10 de enero de 2012, **LUÍS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** presenta recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI/Nº 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, con los siguientes argumentos:

3.1. Respecto a las alegadas faltas de motivación y fundamentación.-

“Al igual que la nota carta ASFI/DAJ/R-126412/2011, la Resolución ASFI No. 839/2011 adolece de motivación y fundamentación por cuanto la ASFI no ha resuelto de manera motivada, detallada y coherente todas las observaciones que mi persona formuló contra los puntos 3.4, 4.5 y 4.8 del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 y simplemente la referida Resolución ASFI No. 839/2011 tan solo se escuda en hacer mención al “derecho a la petición”, cuestión que no ha sido reclamada por mi persona por cuanto lo que ha observado mi persona **ha sido la falta de valoración de pruebas y fundamentación respecto a los puntos 3.4, 4.5 y 4.8 del indicado Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010.**”

3.2 Respecto a la trascendencia del proceso instaurado contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.-

“...si bien es cierto que la ASFI inició un proceso sancionador contra el Banco, el mismo fue instaurado por otros motivos contenidos en el Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 los cuales no tiene relación alguna con aquellos sobre los cuales mi persona formuló observaciones a través del memorial de 17 de junio de 2011.”

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 037/2012 de 8 de febrero de 2012.-

La ASFI mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 037/2012 de 8 de febrero de 2012, resuelve:

“ÚNICO: CONFIRMAR EN TODAS SUS PARTES, la Resolución Administrativa ASFI Nº 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero”.

5. RECURSO JERÁRQUICO

En fecha 23 de febrero de 2012, el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 037/2012 de 8 de febrero de 2012, con los argumentos que se mencionan a continuación:

“1. ANTECEDENTES

Por memorial de 17 de junio de 2011 se ha expresado a la ASFI las siguientes inconsistencias dentro de los puntos los puntos 3.4, 4.5 y 4.8 del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010:

SOBRE EL PUNTO 3.4. DEL INFORME

Según la información y documentación proporcionada a la ASFI en reiteradas oportunidades se puede establecer que una vez que mi persona instaura el proceso arbitral **con la demanda de 05 de mayo de 2003**, la misma es presentada ante la Cámara de Industria y Comercio (CAINCO) de la ciudad de Santa Cruz, **siendo notificada a las partes (incluyendo el Banco) mediante notas de fecha 07 y 22 de mayo de 2003** así como la convocatoria para la constitución del Tribunal Arbitral para el 28 de mayo de 2003. Estos aspectos se encuentran claramente establecidos en la certificación CAINCO 6968CCA0245/2003 de 1º de julio de 2003, emitida por el Director Ejecutivo de la CAINCO.

Por nota de **24 de junio de 2003** mi persona, de acuerdo a procedimiento, conminó al Banco Santa Cruz S.A. a que procediera a la designación de su Árbitro en el plazo de 8 días, situación que, además, fue comunicada a la CAINCO. Dicha nota cuenta con cargo de recepción del Banco.

Ante la falta de respuesta a mi petición formulada a los demandados para que designaran a su Árbitro, de acuerdo al Artículo 17, parágrafo III, numeral 1) de la Ley de Arbitraje y Conciliación, en fecha 14 de julio de 2003 mi persona dedujo Demanda de Auxilio Judicial ante Juez de Partido en lo Civil de la ciudad de Santa Cruz para que se procediera a la conformación del Tribunal Arbitral y la correspondiente designación de Árbitros de los demandados. Dicha demanda fue admitida por Auto de 24 de julio de 2003 emitido por el Juez Cuarto de Partido en lo Civil de la ciudad de Santa Cruz.

Corridos los trámites procesales respectivos, en Audiencia Pública, **DONDE PARTICIPÓ EL BANCO**, el Juez Cuarto de Partido en lo Civil emite el Auto 806/2003 por medio del cual se rechazan los pedidos de declinatoria solicitados por los demandados (entre ellos el Banco). Lamentablemente, esta actuación judicial fue modificada por la Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Distrito de Santa Cruz, **la cual dispuso que todo el caso se remitiera a la Cámara Nacional de Comercio en la ciudad de La Paz (declinatoria) para que se PROSIGUIERA (continuara) con la tramitación del proceso arbitral iniciado con la demanda de 05 de mayo de 2003**. Esta situación se puede verificar de la lectura de los antecedentes de la Sentencia Constitucional 0164/2005 de 28 de febrero.

Antes de proseguir con la secuencia de hechos, aquí se debe señalar un aspecto muy importante referido a que el proceso arbitral instaurado en la ciudad de Santa Cruz (CAINCO) **FUE LLEVADO A CABO Y TRAMITADO HASTA QUE SE DISPUSO LA DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN A LA CIUDAD DE LA PAZ**. En efecto, de la documentación que se adjunta consistente en el Acta de Audiencia de 06 de noviembre de **2003** y Auto de 20 de noviembre de **2003 por el cual se instaló legalmente el Tribunal Arbitral de la CAINCO**, se evidencia una vez más que el Banco no solo conoció la demanda arbitral sino que también participó activamente de ella.

Ahora bien, remitido el expediente arbitral **ante la Cámara Nacional de Comercio (Centro de Conciliación y Arbitraje - La Paz)**, esta institución emite la nota de 18 de abril de 2005 dirigida al Banco Santa Cruz S.A. por medio de la cual se invita a esta entidad a que asista a la primera reunión de cesión preparatoria del Arbitraje.

A pesar de ello, el Banco Santa Cruz S.A. por nota de 25 de abril de **2005, de manera clara y taxativa señaló al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio que “Tenemos conocimiento de que el señor Luis Artemio Lucca Suárez habría presentado ante ese centro una solicitud de arbitraje (...)”**, extremo que dio lugar a que el mencionado Centro de Arbitraje y Conciliación emitiera la nota **CITE: CAC 286/05 de 26 de septiembre de 2005 solicitando por segunda vez a los demandados que procedieran a la designación de sus Árbitros** y ante la nueva dilación de los mismos, el Centro de Arbitraje y Conciliación remite la nota **CITE CAC 72/'05' de 1º de marzo de 2006 por tercera vez**, solicita a los demandados que designen a sus Árbitros bajo conminatoria de ser el propio Centro de Conciliación y Arbitraje quien proceda a designar a los mismos según el Artículo 8 del Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio.

En fecha 29 de enero de 2009 mi persona, siguiendo el procedimiento arbitral, **formalizó** la demanda arbitral ya presentada desde el 05 de mayo de 2003. Es decir, no se anuló, no se dejó sin efecto ni se presentó una nueva demanda arbitral, sino que se continuó el trámite sobre la base de la demanda arbitral de 05 de mayo de 2003.

De la breve relación de hechos antes efectuada, se puede establecer sin lugar a dudas que **desde el año 2003 el Banco Santa Cruz S.A. tuvo conocimiento y fue notificado con la demanda arbitral presentada de mi parte en fecha 05 de mayo de 2003 y prueba clara de ello se tiene en las cartas remitidas por la CAINCO al Banco en el mismo año así como en la propia nota de 25 de abril de 2005 remitida a la Cámara Nacional de Comercio por el Banco Santa Cruz S.A. representada por Gil Antonio Porras, misiva en la cual este apoderado señaló que: “Tenemos conocimiento de que el señor Luis Artemio Lucca Suarez habría presentado ante ese centro una solicitud de arbitraje (...)”**. Entonces, es absolutamente falso que se entienda que el arbitraje “recién comenzó” desde el 29 de enero de 2009 data en la cual el Banco tardíamente efectúa las provisiones, cuando en los hechos y documentalmente demostrado se tiene que el 05 de mayo de 2003 la demanda arbitral (con suma líquida) fue de conocimiento del Banco y a pesar de ello no se hizo previsión alguna como correspondía.

ASPECTOS NO CONSIDERADOS NI VALORADOS EN EL INFORME

Según el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010, cuando se solicitó información al Banco acerca de las provisiones realizadas el mismo señaló que “ha provisionado la suma de \$us. 3,000,000.- como emergencia de la demanda arbitral interpuesta por el señor Luis Artemio Lucca Suárez ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio del 29 de enero de 2009. informamos que entre abril de 2004 y el 29 de enero de 2009, Luis Artemio Lucca Suárez no formalizó demanda arbitral alguna contra el Banco Santa Cruz S.A. y lo hizo después de 4 años de concluida la demanda arbitral presentada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio y Servicios de Santa Cruz (CAINCO) (ver pág. 13)

Sobre lo anterior, dicho Informe, dando por ciertas las alusiones del Banco, señala que “En el caso en particular la demanda iniciada por el Señor Lucca, el 29 de enero de 2009, presentada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la ciudad de La Paz (...)” (ver pág. 15)

Ahora bien, estas afirmaciones realizadas por el Banco y el Informe no son evidentes y presentan varias inconsistencias así como contradicciones con el abundante material probatorio que por mi parte fue entregado a la ASFI oportunamente, por lo siguiente:

- Se tiene demostrado que en fecha **05 de mayo de 2003** instauré una Demanda Arbitral por la suma de U\$. 2.000.000 (Dos millones de Dólares Estadounidenses) contra el Banco Santa Cruz S.A.; por lo cual el proceso arbitral fue **iniciado** en dicha data y no el 29 de enero de 2009; situación que puede ser corroborada de la lectura de dicha demanda.
- Se tiene demostrado que desde el año 2003, el Banco **conoció** la demanda arbitral y fue notificado con la misma e inclusive participó en las instancias y actos derivados de aquella.
- No se ha tomado en cuenta que este proceso arbitral **ES UNO SOLO y que se inicio en fecha 05 de mayo de 2003** y si bien el mismo no fue tramitado en la ciudad de Santa Cruz (CAINCO) esto obedeció a una declinatoria de competencia **Y NO PORQUE EL PROCESO HUBIERA SIDO DESESTIMADO EN EL FONDO DE LA CAUSA O CONCLUIDO COMO FALSAMENTE ADUCE EL BANCO**. Entonces, es obvio que el Banco tenía la obligación de efectuar las previsiones del caso, **MÁS AUN CUANDO, REITERO, CONOCIO PERFECTAMENTE LA EXISTENCIA DE DICHO PROCESO ARBITRAL DESDE EL AÑO 2003 E INCLUSIVE PARTICIPÓ Y AUN PARTICIPA DEL MISMO**.
- Solo por cuestiones procedimentales, debe aclararse que cuando el expediente arbitral es remitido a la Cámara Nacional de Comercio en la ciudad de La Paz al tenerse como órgano competente, mi persona el 29 de enero de 2009 formaliza la demanda ya iniciada y presentada el 05 de mayo de 2003, lo cual no implica bajo ninguna circunstancia que dicha demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 hubiera sido anulada o dejada sin efecto o se hubiera presentado una “nueva demanda” recién el 29 de enero de 2009 **Y MENOS PUEDE ENTENDERSE QUE LA DEMANDA DE 05 DE MAYO DE 2003 “CONCLUYÓ” PUESTO QUE LA MISMA PROSIGUE EN TRÁMITE SOLO QUE AHORA EN LA CIUDAD DE LA PAZ POR UNA DECLINATORIA**.
- Si acudimos a la simple lógica, sería pues absolutamente contradictorio que el Banco confiese que “ha provisionado la suma de \$us. 3,000,000.- como emergencia de la demanda arbitral Interpuesta por el señor Luis Artemio Lucca Suarez ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio del 29 de enero de 2009”, y a sabiendas de que el proceso arbitral **se inició el 05 de mayo de 2003** no hubiera efectuado previsión alguna en esa época. Entonces ¿porqué el Banco no provisionó la suma contenida en la inicial demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 y si lo hizo sobre la formalización de dicha demanda de fecha 29 de enero de 2009? ¿Si se supone que el proceso arbitral se inicia con mi demanda de 05 de mayo de 2003, porque no se efectuaron las previsiones en dicha fecha?
- Entonces, queda claro que el Banco en ningún momento puede aludir desconocimiento de la demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 o restarle validez por cuanto la misma siempre fue de su conocimiento pleno.

En otro orden de cosas, un aspecto sobre el cual el Informe ASFI/DSS/R- 127404/2010 no se ha pronunciado es el relativo a la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario No. 600055 (por la suma de U\$. 500.000 la cual no ha sido aun ejecutada ni cumplida por el Banco Santa Cruz S.A.) la cual motivó el origen de la Demanda Arbitral de 05 de mayo de 2003; cuyo monto debió también ser provisionado por cuanto la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998 señala en su Art. 38 que **“Los asegurados, tomadores de seguros de vida y sus beneficiarios gozan del carácter de acreedores con privilegio y se pagarán con preferencia a otros acreedores”**, situación que por demás comprueba que la acreencia que mantengo como emergencia de la Póliza No. 600055 misma que no ha sido ejecutada ni cumplida, debió encontrarse contenida y provisionada en los estados financieros y/o balances del Banco al gozar de pleno y absoluto privilegio de pago y preferencia.

SOBRE LA NORMATIVA TÉCNICA

La contabilidad de las sociedades comerciales, que se ve reflejada en los Balances y Estados Financieros, tiene por objeto permitir el conocimiento del estado de los negocios y actividades que desarrollan las mismas en cualquier momento, lo que no supone únicamente el interés exclusivo del comerciante, **SINO TAMBIÉN Y PARTICULARMENTE EL DE LOS TERCEROS QUE MANTIENEN RELACIONES O ACREENCIAS PRESENTES O FUTURAS**, precisamente por ello el Art. 47 del Código de Comercio dispone que **“Sin perjuicio de lo establecido por las leyes especiales, las partidas del balance se valorarán, cuando corresponda, siguiendo criterios objetivos que garanticen los intereses sociales y de terceros (...)”**.

Así, el Art. 48 del Código de Comercio, indica que **“(...) los bancos y otras entidades financieras o de crédito, (...) se sujetarán a las normas que sobre información, contabilidad y otros aspectos concomitantes, establezca el respectivo órgano administrativo de fiscalización”** situación que nos conduce a remitirnos a la normativa emitida por el órgano de fiscalización (ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras) la cual, a los efectos de regulación de los aspectos contables y financieros de los Bancos y Entidades Financieras, ha emitido el **MANUAL DE CUENTAS PARA BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS** instrumento que se constituye de aplicación obligatoria y observancia inexcusable. El señalado Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por el regulador, en su literal A, punto 1, determina que dicha normativa deberá ser aplicada por las entidades que realizan actividades de intermediación financiera y servicios auxiliares según lo dispuesto en la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 de 14 abril de 1993; expresando la literal I, punto 1, que **“Los estados financieros se prepararan de acuerdo con las disposiciones establecidas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras”**.

Por su parte, el Título II, del Manual de Cuentas Para Bancos y Entidades Financieras, bajo el nomen juris de **“NOMENCLATURA DE CUENTAS”**, en el **CÓDIGO 250.00, GRUPO: “PREVISIONES”** se establece lo siguiente:

“DESCRIPCIÓN: Representa el importe estimado para cubrir el riesgo de POSIBLES pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio del desahucio del personal, por juicios contra la entidad, provisiones voluntarias para cubrir pérdidas futuras aun no identificadas y otras situaciones contingentes”.

Por su parte, el **CÓDIGO 243.00, GRUPO: "OTRAS CUENTAS POR PAGAR", CUENTA: "PROVISIONES"** del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, sostiene lo siguiente:

"DESCRIPCIÓN

En esta cuenta SE REGISTRA el importe de las obligaciones que, a pesar de no estar formalizadas jurídicamente, son ciertas e ineludibles y se encuentran pendientes de pago (...)".

La situación más clara se presenta cuando el punto 651.00, numerales 651.01 y 651.02 se determina lo siguiente:

"651.01 JUICIOS DEMANDADOS POR TERCEROS"

"DESCRIPCIÓN

Registra el IMPORTE RECLAMADO de las demandas judiciales iniciadas por terceros contra la entidad".

"651.02 CONTINGENCIAS PENDIENTES DE DEFINICIÓN"

"DESCRIPCIÓN

Registra el importe estimado de los cargos en contra pendientes de definición que PUDIERAN ocasionar obligaciones o pérdidas a la entidad, cuya resolución dependa de circunstancias ajenas y cuya concurrencia sea remota o posible, (...)".

Hasta aquí, nótese claramente que la normativa contable del propio órgano regulador no hace mención expresa a la existencia de una "sentencia ejecutoriada" como requisito para procederse a efectuar provisiones contables. Mas bien, la norma utiliza la frase "posibles pérdidas" e incluso establece que el registro de provisiones debe darse por el "importe reclamado" o que "pudieran ocasionar pérdidas" aunque la resolución final esté pendiente. Aspectos que claramente no han sido cumplidos por el Banco al no haber provisionado el monto contenido en la demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 en la oportunidad debida.

De acuerdo al Informe ASFI/DSS/R-127404/2010, se hace mención a la aplicación de los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados emitidas por el Colegio de Auditores. Sobre este tema, el Colegio de Auditores o Contadores Públicos de Bolivia, por nota CITE CAUB SC 232/08 de 30 de agosto ha señalado lo siguiente: "De acuerdo con las normas de contabilidad, todos los pasivos producto de la actividad de la empresa deben ser registrados, **estén o no en litigio**. Para el tratamiento contable de los pasivos contingentes productos de litigios o no, se conozca o no su cuantía a la fecha de cierre de los estados financieros debe considerarse las normas de contabilidad, de manera general de **PRUDENCIA Y MATERIALIDAD (...)"**

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, observemos una situación muy simple: si según el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 (pág. 15) deben reunirse tres condiciones para que se reconozca la provisión, entonces **¿porqué el Banco efectuó la provisión a consecuencia de la formalización**

de la demanda arbitral el 29 de enero de 2009 y no lo previsionó desde el 05 de mayo de 2003 cuando es que se presenta inicialmente la demanda y se da origen al arbitraje? A partir de esto, el Banco no hace más que reconocer que desde el inicio de la demanda arbitral (05 de mayo de 2003) sí existieron las condiciones para efectuar una previsión (al concurrir los requisitos contables para tal situación), **empero la entidad financiera tardíamente lo hizo recién el 2009.**

Entonces, podemos apreciar que cuando el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 (pág. 15) señala que la demanda arbitral “no concluyó en un fallo favorable que demuestre que el importe de \$us. 3.000.00.- sea una obligación que sea cierta e ineludible” comete un error de apreciación y de verdad material indudable ya que no se toma en cuenta que el Banco **sí** hizo una previsión atendiendo precisamente a la existencia de una obligación “cierta e ineludible” y por otro lado, se obvió que las normas de contabilidad generales y particulares determinan que dichas situaciones deben estar previsionadas. Aspecto que, sin embargo, no desnaturaliza el hecho de que el Banco no efectuó la previsión **en forma oportuna cuando conoció la demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 y participó del proceso arbitral**, incurriendo así en infracción administrativa.

CONOCIMIENTO DEL BANCO ANTES DE LA ETAPA DE FUSIÓN

Es importante, destacar en este punto que, de forma **anterior** a que se consolidara el proceso de fusión entre el Banco Mercantil S.A. y el Banco Santa Cruz S.A. mi persona una vez anunciada de que se emitió el Balance Especial de Fusión, procedió a presentar en fecha 29 de junio de 2006 una carta notariada al Banco Santa Cruz S.A. por medio de la cual solicité se me extendiera una copia del citado Balance Especial de Fusión, habiendo recibido una ilegal negativa por parte de dicho Banco; situación que curiosamente se encuentra, además, en el Certificado suscrito por el Director Secretario del Banco Santa Cruz S.A. de 24 de agosto de 2006, aspecto que demuestra que el Banco Santa Cruz S.A. en todo momento conoció mi situación como demandante de dicha entidad, y sin embargo el Banco de forma contraproducente no efectuó las reservas ni las provisiones para cubrir el cumplimiento de las obligaciones que tiene conmigo.

Inclusive, si se revisa detenidamente el Testimonio No. 1905/2006 de 20 de octubre por el cual se realizó el Compromiso Definitivo de Fusión por Incorporación y Disolución de la Sociedad Incorporada, se podrá apreciar que se encuentra en dicho instrumento la transcripción de la copia legalizada de las partes pertinentes del Acta de la Junta General Extraordinaria de Accionistas del Banco Santa Cruz S.A. realizada en fecha 02 de octubre de 2006, la cual en el punto **2** falsamente refiere que “(...) dispusieron se preparen balances especiales para la fusión por incorporación del Banco Santa Cruz S.A. al Banco Mercantil S.A., **para ser puestos a disposición de los accionistas y acreedores**” señalándose además que “El Presidente informó que dichos balances **habían sido preparados y puestos a disposición de accionistas y acreedores**, para lo cual se habían publicado los correspondientes comunicados de prensa”.

Nótese lo artificial de esta declaración que efectúa el Banco Santa Cruz S.A. al señalar de manera mendaz que los balances “habrían sido puestos a disposición de los acreedores” por cuanto, como tengo señalado, mi persona cuando se enteró por publicaciones de prensa de la existencia del Balance y al apersonarme ante el Banco Santa Cruz S.A. mediante carta notariada de 29 de junio de 2006 para tomar conocimiento del mismo, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por nota Cite: GG-143/2006 de 10 de julio me señala que mi pedido es inadmisibile, extremo completamente abusivo e irregular ya que mi persona al mantener procesos emergentes de la supra citada

Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario No. 600055 y de la Demanda Arbitral de 05 de mayo de 2003, primero que tenía pleno derecho de conocer los Balances y, segundo, que al margen de lo anterior, los montos o sumas de dinero contenidas en la Póliza como en la Demanda Arbitral **DEBERÍAN ESTAR CONSIGNADAS E IDENTIFICADAS A PLENITUD EN LOS BALANCES DE ACUERDO A LAS NORMAS COMERCIALES Y CONTABLES QUE FUERON ABUNDANTEMENTE EXPUESTAS Y EN LA OPORTUNIDAD DEBIDA**, empero ello no se dio.

Es más, el Banco falta a la verdad de forma sorprendente cuando en el Certificado de fecha 24 de agosto de 2006 suscrito por su Director Secretario señala textualmente, en el punto **5**, que ninguno de los acreedores del Banco presentaron oposición alguna a la fusión, pretendiendo desmerecer la existencia de mi nota de 29 de junio de 2006 la cual se encuentra contenida en la mencionada certificación del Director Secretario del Banco Santa Cruz S.A. donde este menciona, en el punto **3**, "Que en el Libro de Registro de Comunicaciones Escritas de Accionistas **y Acreedores del Banco** "han sido registradas la siguientes cartas: **3.1** Carta notariada de fecha 29/06/2006, enviada por Luis Artemio Lucca Suárez al Banco Santa Cruz S. A., recibida en fecha 29/06/2006". Aquí se puede observar una vez más la mala fe con la que el Banco ha actuado con la manifiesta intención de no realizar provisiones en cuanto a los montos demandados, por cuanto primero se me niega ilícitamente el acceso a los Balances del Banco por que se me dice que no tengo calidad de acreedor **Y AHORA RESULTA QUE MI CARTA NOTARIADA HA SIDO REGISTRADA EN EL LIBRO DE REGISTRO DE COMUNICACIONES ESCRITAS DE LOS ACREEDORES DEL BANCO**, y lo más irónico del caso es que a pesar de todo ello, el Banco se rehusó a registrar y efectuar provisiones respecto a la Demanda Arbitral que tengo presentada y a la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario No. 600055. Nótese inclusive que mi persona oportunamente presentó oposición judicial a la fusión por memorial de 30 de junio de 2006.

SOBRE EL PUNTO 4.5. DEL INFORME

En este punto, el informe ASFI/DSS/R-127404/2010 (págs. 28-29) al efectuar la valoración de las diferencias de las tasas de seguro en el historial de pago de primas emitidas por el Banco las cuales presentaban serias diferencias en cuanto a los porcentajes establecidos en la Póliza No. 600055; simplemente se limita a señalar que dichas contradicciones "son originadas por los sistemas de información del ex Banco Santa Cruz S.A. que reflejan la tasa de seguro de desgravamen vigente al momento de la reimpresión de dicho documento" por lo que los cobros que se me hicieron fueron realizados conforme a lo estipulado en la Póliza.

Al respecto, debo manifestar la falta de evidente fundamentación en la respuesta que brinda el Informe acerca de esta situación por cuanto en ningún momento se hace un desglose técnico o se efectúa un cuadro donde evidentemente se demuestre que las tasas de seguro hubieran sido cobradas de acuerdo a la Póliza.

Adicionalmente, resulta contraproducente que se mencione que estas diferencias se originaron "por los sistemas de información del Banco" puesto que esta supuesta "información originada por el sistema" no aclaró en definitiva si los pagos fueron efectuados conforme a la tasa vigente o a la estipulada; además de inducir en claro error al prestatario, situación que viola también los principios de transparencia en la información que debe tener la entidad bancaria.

Asimismo, al parecer el Informe simplemente ha repetido la información escrita que le ha proporcionado el Banco sobre este tema por cuanto no se menciona cuales fueron los

documentos con los cuales se trabajó técnicamente para efectuar las comparaciones entre las planillas con una figuración de tasas, las supuestas reimpresiones y las tasas estipuladas; y más contradictorio aún resulta ser que si el Banco no cuenta con la documentación en sus archivos (como el mismo Informe señala) entonces ¿Cuál fue la base para efectuarse este análisis si no existe documentación? ¿La ASFI hizo una inspección a los sistemas operativos del Banco y corroboró esta situación? o simplemente, reitero, se basó en la "palabra honesta" del Banco. Estas situaciones no han quedado claras ni motivadas en el Informe y dejan lugar a muchas dudas más aun cuando mi persona se vio privada de reunirme con la Comisión para poder explicar esta serie de temas aun inconclusos.

SOBRE EL PUNTO 4.8. DEL INFORME

En este punto, al evaluarse los numerales 4.8.1., 4.8.2. y 4.8.4 (pág. 31-32) se puede apreciar una clara falta de motivación y fundamentación en virtud a que, de manera escueta y sin ninguna explicación técnica que se encuentre graficada o cabalmente desarrollada, solo se atina a mencionarse que "no se considera emitir criterio adicional al ya existente".

En el mismo sentido, acerca de la capitalización de intereses y las 21 boletas que difieren de las presentadas por el Banco que evidencian doble contabilidad, al margen de no existir una explicación motivada del (sic) estos casos, no se logra comprender como la ASFI emitió este Informe acerca de estos cuestionamientos si se supone que el Banco no cuenta con la documentación que respalde dichas operaciones.

RESPUESTA DE LA ASFI

Posteriormente, y luego de algunas solicitudes, la ASFI mediante nota **carta ASFI/DAJ/R-126412/2011** de 24 de noviembre se limita a replicar lo señalado por el Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010, **sin efectuar ninguna consideración acerca de las observaciones y pruebas aportadas por mi persona por memorial de 17 de junio de 2011.**

Contra dicha nota, por memorial presentado el 12 de diciembre de 2011, solicité que la misiva antes mencionada se convierta en Resolución Administrativa **debidamente motivada y fundamentada**; pedido que mereció la **Resolución ASFI No. 839/2011** de 27 de diciembre y posteriormente la **Resolución ASFI No. 037/2012** de 08 de febrero, la misma que lesiona el debido proceso y principio de legalidad como se pasará a demostrar.

2. VIOLACION AL DEBIDO PROCESO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR FALTA DE MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN

Al igual que la nota carta ASR/DAJ/R-126412/2011, la Resolución ASFI No. 839/2011 y ahora la Resolución ASFI No. 037/2012 adolecen de motivación y fundamentación por cuanto la ASFI no ha resuelto de manera motivada, detallada y coherente todas las observaciones que mi persona formuló contra los puntos 3.4, 4.5. y 4.8 del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 y simplemente la referida Resolución ASFI No. 839/2011 y la Resolución ASFI No. 037/2012 tan solo se escudan en hacer mención al "derecho a la petición" y a la simple transcripción de los Informes que se han realizado, cuestión que no ha sido reclamada por mi persona por cuanto lo que ha observado mi persona **ha sido la falta de valoración de pruebas y fundamentación respecto a los puntos 3.4, 4.5. y 4.8 del indicado Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010.**

Inclusive, en el Otrosí 1° de mi memorial de 17 de junio de 2011, mi persona adjuntó abundante material probatorio para demostrar la veracidad de mis observaciones al punto 3.4 del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010; empero la ASFI no valoró ninguna de las pruebas que le fueron adjuntas, incurriendo en infracción al debido proceso al no asignarse ningún análisis a las pruebas presentadas.

Sobre el particular, está por demás recordar que el Artículo 16, literal h), de la Ley de Procedimiento Administrativo señala como uno de los derechos de los administrados el obtener una respuesta fundada y motivada a las solicitudes que se formulen, indicando el 28, literal e), de la mencionada Ley que entre los elementos del acto administrativo se encuentra la fundamentación; preceptos que han sido obviados por su Autoridad al no haber emitido una respuesta debidamente motivada y fundamentada.

Por su parte, la Sentencia Constitucional O871/2010-R de 10 de agosto ha referido que "Es imperante además precisar que toda resolución ya sea jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso debe contener los siguientes aspectos a saber: a) debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales; b) debe contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes; c) debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto; **d) debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales; e) debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada;** y, f) debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado"

En consecuencia, queda claro que la ASFI, con la emisión de la Resolución ASFI No. 839/2011 vulnera el debido proceso y el principio de legalidad al no haber motivado su acto administrativo en función a las observaciones efectuadas por mi persona.

3. FALTA DE VALORACION PROBATORIA POR PARTE DE LA ASFI

En otro orden de cosas, paso a desvirtuar cada una de las aseveraciones efectuadas por la ASFI en la Resolución ASFI No. 037/2012 demostrando la evidente falta de valoración probatoria por parte del órgano regulador:

3.1. SOBRE EL PUNTO 3.4 DEL INFORME ASFI/DSS/R-127404/2010

Según sostiene la ASFI, deben existir tres requisitos para reconocer una provisión los cuales son: **a)** La entidad tiene una obligación presente como resultado del suceso pasado, **b)** Que sea probable que la entidad tenga que desprenderse de recursos para cancelar tal obligación y **c)** Que pueda hacerse una estimación fiable del importe de la obligación. Mencionando a su vez el órgano regulador que en el caso de mi demanda arbitral de "29 de enero de 2009" la misma no

correspondía ser provisionada al no reunirse las condiciones establecidas en las normas de contabilidad.

Sobre el particular, la ASFI hábilmente pretende desviarse del tema objeto de mi petición por cuanto lo que mi persona reclamó es el hecho de que **a tiempo de iniciarse el proceso arbitral ante la CAINCO (Santa Cruz) mediante memorial de demanda de fecha 05 de mayo de 2003**, el Banco **NO EFECTUÓ LAS PROVISIONES CORRESPONDIENTES** a pesar de tener conocimiento de dicha acción arbitral según se desprende de las notas de fechas 07 y 22 de mayo de 2003 cuando técnica y contablemente estaba obligado a ello.

La ASFI señala que al haberse producido una declinatoria de competencia por la que el proceso arbitral fue remitido a la Cámara Nacional de Comercio Centro de Conciliación y Arbitraje) de ciudad de La Paz implicaría que el mismo “ha concluido” y recién se “habría iniciado” cuando formalicé mi demanda Arbitral el 29 de enero de 2009 ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de esta ciudad. Empero dicha conclusión de la ASFI es errónea por cuanto la declinatoria de competencia **BAJO NINGUN FUNDAMENTO JURIDICO IMPLICA LA EXTINCIÓN O CONCLUSIÓN DE UN PROCESO SINO MAS POR EL CONTRARIO EL EFECTO QUE DICHA DECLINATORIA RADICA EN QUE EL CASO SEA TRASLADADO A OTRA JURISDICCION Y NADA MAS, PUDIENDO PROSEGUIRSE CON EL MISMO**, situación que la ASFI no ha sabido comprender ni diferenciar. Y en lo que respecta al memorial de 29 de enero de 2009 por el cual formalicé mi demanda arbitral ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, pues dicha actuación procesal se dio precisamente porque se entendía que este era el órgano arbitral competente ante quien debía **proseguir** mi acción y, reitero, formalizar mi demanda conforme establece el Art. 28 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio.

Entonces, queda claro que mi acción arbitral **ES UNA SOLA** que no concluyó ni se extinguió por la declinatoria producida y más bien fue iniciada el **05 de mayo de 2003**.

En ese orden de cosas, **desde el año 2003** (con la demanda arbitral) el Banco debió haber provisionado en sus Estados Financieros la suma demandada por mi persona en cumplimiento al Título II, del Manual de Cuentas Para Bancos y Entidades Financieras, bajo el nomen juris de **“NOMENCLATURA DE CUENTAS”**, en el CÓDIGO 250.00, GRUPO: “PREVISIONES” que establece lo siguiente:

“DESCRIPCIÓN: Representa el importe estimado para cubrir el riesgo de POSIBLES pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio del desahucio del personal, por juicios contra la entidad, provisiones voluntarias para cubrir pérdidas futuras aun no identificadas y otras situaciones contingentes”.

Provisión que también se encuentra respaldada en el punto 651.00, numerales 651.01 y 651.02 se determina lo siguiente:

“651.01 JUICIOS DEMANDADOS POR TERCEROS”

“DESCRIPCIÓN

Registra el IMPORTE RECLAMADO de las demandas judiciales iniciadas por terceros contra la entidad”.

“651.02 CONTINGENCIAS PENDIENTES DE DEFINICIÓN”

“DESCRIPCIÓN

Registra el importe estimado de los cargos en contra pendientes de definición que PUDIERAN ocasionar obligaciones o pérdidas a la entidad, cuya resolución dependa de circunstancias ajenas y cuya concurrencia sea remota o posible, (...)”.

Entonces, es curioso que la ASFI pretenda desconocer su propia normativa técnica y pretender distorsionarla señalando “requisitos” para que se procedan a las provisiones de montos demandados, más aun si se toma en cuenta que las normas de contabilidad especial mencionan la viabilidad de las provisiones cuando las mismas **PUDIERAN** generar **POSIBLES** obligaciones, **PUES NO SERIA COHERENTE PENSAR QUE LAS PREVISIONES DEBAN SER EFECTUADAS UNA VEZ QUE LA ENTIDAD HA PERDIDO UN PLEITO YA QUE DE SER ASI LAS MISMAS NO TENDRIAN RAZON DE SER.**

Adicionalmente a lo anterior, nótese como la ASFI defiende a ultranza al Banco mencionando que dicha entidad “no tendría la obligación de efectuar provisiones respecto a la demanda arbitral planteada por mi persona”. Sin embargo, y lo curioso del caso es que el propio Banco reconoció que **EFECTUO UNA PREVISION CONTABLE POR LA SUMA DE U\$. 3.000.000 EL AÑO 2009** emergente de mi formalización de demanda arbitral contenida en mi memorial de 29 de enero de 2009; empero **EL BANCO NUNCA PROCEDIO A EFECTUAR LA PROVISION RESPECTIVA CUANDO CONOCIO EL INICIO DE LA DEMANDA ARBITRAL DE 05 DE MAYO DE 2003**, situación que es la que mi persona viene reclamando.

En consecuencia, puede apreciarse claramente el error de apreciación y valoración probatoria en el que ha incurrido la ASFI.

3.2. SOBRE EL PUNTO 4.5 DEL INFORME ASFI/DSS/R-127404/2010

En este punto, la Resolución ASFI 037/2012 simplemente vuelve a efectuar una transcripción de los Informes emitidos por el órgano regulador, omitiendo verificar que el informe ASFI/DSS/R-127404/2010 (págs. 28-29) al efectuar la valoración de las diferencias de las tasas de seguro en el historial de pago de primas emitidas por el Banco las cuales presentaban serias diferencias en cuanto a los porcentajes establecidos en la Póliza No. 600055; simplemente se limita a señalar que dichas contradicciones “son originadas por los sistemas de información del ex Banco Santa Cruz S.A. que reflejan la tasa de seguro de desgravamen vigente al momento de la reimpresión de dicho documento” por lo que los cobros que se me hicieron fueron realizados conforme a lo estipulado en la Póliza.

Al respecto, nuevamente debo manifestar la falta de evidente fundamentación en la respuesta que brinda el Informe acerca de esta situación por cuanto en ningún momento se hace un desglose técnico o se efectúa un cuadro donde evidentemente se demuestre que las tasas de seguro hubieran sido cobradas de acuerdo a la Póliza.

Adicionalmente, resulta contraproducente que se mencione que estas diferencias se originaron “por los sistemas de información del Banco” puesto que esta supuesta “información originada por el sistema” no aclaró en definitiva si los pagos fueron efectuados conforme a la tasa vigente

o a la estipulada; además de inducir en claro error al prestatario, situación que viola también los principios de transparencia en la información que debe tener la entidad bancaria.

Asimismo, al parecer el Informe y la Resolución Administrativa ahora recurrida **simplemente han repetido la información escrita que le ha proporcionado el Banco** sobre este tema por cuanto no se menciona cuáles fueron los documentos con los cuales se trabajó técnicamente para efectuar las comparaciones entre las planillas con una figuración de tasas, las supuestas reimpressiones y las tasas estipuladas; y más contradictorio aún resulta ser que si el Banco no cuenta con la documentación en sus archivos (como el mismo Informe señala) entonces ¿Cuál fue la base para efectuarse este análisis si no existe documentación? ¿La ASFI hizo una inspección a los sistemas operativos del Banco y corroboró esta situación? o simplemente, reitero, se basó en la “palabra honesta” del Banco. Estas situaciones no han quedado claras ni motivadas en el Informe y dejan lugar a muchas dudas más aun cuando mi persona se vio privada de reunirme con la Comisión para poder explicar esta serie de temas aun inconclusos. Así, la ASFI pretende cubrir estas falencias mencionando en la Resolución ASFI No. 037/2012 que “se contó con la documentación necesaria y existe una conclusión sobre un trabajo realizado con la debida fundamentación”, explicación que no da respuesta a los cuestionamientos formulados por mi parte.

3.3. SOBRE EL PUNTO 4.8. DEL INFORME ASFI/PSS/R-127404/2010

La ASFI en la Resolución ASFI No. 037/2012 solamente atina a replicar y transcribir lo efectuado en sus Informes, empero al evaluarse los numerales 4.8.1., 4.8.2. y 4.8.4. (pág. 31-32) se puede apreciar una clara falta de motivación y fundamentación en virtud a que, de manera escueta y sin ninguna explicación técnica que se encuentre graficada o cabalmente desarrollada, solo se atina a mencionarse que “no se considera emitir criterio adicional al ya existente”.

En el mismo sentido, acerca de la capitalización de intereses y las 21 boletas que difieren de las presentadas por el Banco que evidencian doble contabilidad, al margen de no existir una explicación motivada del (sic) estos casos, no se logra comprender como la ASFI emitió este Informe acerca de estos cuestionamientos si se supone que el Banco no cuenta con la documentación que respalde dichas operaciones.

4. SOBRE EL PROCESO INSTAURADO CONTRA EL BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ

En otro orden de cosas, la Resolución ASFI No. 839/2011 así como la Resolución ASFI No. 037/2012 hacen mención al procedimiento sancionatorio que se instauró contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. a consecuencia del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 mencionándose que al haberse iniciado dicho procedimiento se demostraría que la ASFI consideró los puntos referidos por mi persona.

Sobre el particular, respetuosamente me permito aclarar a su digna Autoridad que si bien es cierto que la ASFI inició un proceso sancionador contra el Banco, el mismo fue instaurado por otros motivos contenidos en el Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 los cuales no tienen relación alguna con aquellos sobre los cuales mi persona formuló observaciones a través del memorial de 17 de junio de 2011.

Entonces, no es correcto que se exprese que al haberse iniciado proceso contra el Banco se habrían atendido debidamente los puntos del Informe Complementario objetados por mi parte.

5. PETITORIO

Por tanto, y en virtud a lo anteriormente expuesto y fundamentado, solicito a su respetable Autoridad remitir el expediente administrativo ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas el cual, luego de los tramites procedimentales respectivos, se servirá emitir Resolución Jerárquica expresa por medio de la cual **ANULE** el procedimiento administrativo hasta el estado en que la ASFI proceda a emitir un nuevo pronunciamiento debidamente motivado y fundamentado, debiendo efectuarse una adecuada valoración probatoria en función a mi solicitud de 17 de junio de 2011”.

CONSIDERANDO:

Que en conformidad con lo dispuesto en el parágrafo II del artículo 41, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, se notifica al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.** con el Recurso Jerárquico interpuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 037/2012 de 8 de febrero de 2012, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, haciéndole conocer que podría apersonarse y formular criterios o alegatos en el plazo máximo de 10 días hábiles administrativos computables a partir de su legal notificación.

Que, el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.** mediante memorial presentado en fecha 20 de marzo de 2012, se apersona y presenta los siguientes argumentos:

“1. PROCESO ADMINISTRATIVO CONCLUIDO.-

En el origen del presente tramite, se puede evidenciar que la ASFI en el ejercicio de sus atribuciones y deberes y atendiendo las denuncias y solicitudes de Luis Artemio Lucca Suárez ha efectuado las correspondientes revisiones, inspecciones, evaluaciones y demás actos propios de la regulación que han concluido con la emisión de los informes ASFI/DSR-II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009 y ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, conteniendo los resultados de dichas evaluaciones que han incluido de manera completa todos los aspectos denunciados por Luis Artemio Lucca Suárez.

Precisamente a partir de las conclusiones de este proceso administrativo de evaluación contenidas en los informes mencionados, se ha dado origen al procedimiento administrativo en el que se han impuesto sanciones en contra de nuestra entidad a través de las respectivas Resoluciones Administrativas las que inclusive han sido objeto de revisión por parte de la Autoridad Jerárquica Administrativa, dando lugar a la emisión de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 05/2012 de 26 de enero de 2012, con cuya dictación ha concluido el proceso administrativo.

En razón a lo precedentemente expuesto resultaría aberrante la reapertura del proceso administrativo indicado para buscar la imposición de nuevas sanciones administrativas, tal y

como pretende Luis Artemio Lucca Suárez, situación que resultaría en una violación a nuestros derechos constitucionales y fundamentalmente al principio **non bis in ídem**, el cual está constitucionalmente consagrado en el Art. 117 de nuestra carta magna en actual vigencia.

2. ASPECTOS YA EVALUADOS.-

La revisión pretendida por Luis Artemio Lucca Suárez, es sobre aspectos ya evaluados y concluidos, en los que ya existen inclusive pronunciamientos con calidad de cosa juzgada, conforme lo precedentemente expuesto, sin que los fundamentos y argumentos contenidos tanto en el memorial del presente Recurso Jerárquico, objeto de la presente respuesta, los cuales constituyen una simple repetición de anteriores memoriales y misivas de Luis Artemio Lucca Suárez, alcancen a desvirtuar las conclusiones definitivas de la ASFI, sobre dichos aspectos.

Para mayor abundamiento y en vista de que los criterios y argumentaciones de Luis Artemio Lucca Suarez, son idénticos en todos los casos, reproducimos los fundamentos expuestos por nuestra institución con motivo de responder el Recursos (sic) de Revocatoria interpuesto Por (sic) Luis Artemio Lucca en contra de la resolución (sic) ASFI N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011.

CONSIDERACION DEL PUNTO 3.4 DEL INFORME ASFI/DSS/R-127404/2010.-

Con carácter previo debemos manifestar, que como principal sustento de la pretensión falsamente se señala que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. hubiere efectuado una previsión emergente de la demanda arbitral interpuesta por Luis Artemio Lucca Suárez ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio en el mes de enero de 2009. Sobre esta falsedad el recurrente pretende edificar toda una errada lógica para concluir que se hubiere cometido una infracción administrativa.

Hecha esta precisión cabe destacar que Luis Artemio Lucca pretende la existencia de una infracción administrativa por el hecho de la existencia de una forzada demanda arbitral instaurada en contra de nuestra entidad a instancia suya, rechazando sin base ni argumento sólido alguno los claros y terminantes fundamentos técnicos expuestos por el órgano regulador a este respecto. El recurrente fundamenta su petición en el hecho de que la demanda arbitral ha tenido su origen en mayo de 2003 y que continúa la tramitación del proceso arbitral hasta la fecha, sin que nuestra entidad pueda argumentar el desconocimiento de la demanda arbitral para no haber procedido con la previsión reclamada.

Contra este falso e inadmisibles razonamiento, corresponde señalar que la demanda arbitral que Lucca había iniciado en fecha 5 de mayo de 2003, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de Santa Cruz (CAINCO), concluyó en todos sus efectos legales en fecha 15 de abril de 2004, que corresponde al Auto de Vista dictado por la Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Santa Cruz, por el cual se declaró la incompetencia del indicado Centro de Conciliación y Arbitraje para conocer la demanda arbitral iniciada por Lucca Suárez. Desde la fecha del

indicado Auto de Vista, es decir del 15 de abril de 2004, Luis Artemio Lucca Suárez no realizó trámites, gestiones, diligencias y otros que no tuvieron efecto ni valor legal alguno, sin haber iniciado otra demanda arbitral en contra de nuestra institución bancaria, hasta el 29 de enero de 2009, fecha en la cual recién se instaura OTRA demanda arbitral distinta de la primera.

Ud., señor Viceministro, podrá observar que entre el 15 de abril de 2004 al 29 de enero de 2009, no existía proceso arbitral alguno iniciado por Luis Artemio Lucca Suárez contra el Banco, ya que con absoluta y certeza jurídica y en apoyo de lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Conciliación se puede afirmar categórica y contundentemente que el procedimiento arbitral con motivo de la demanda de Luis Artemio Lucca Suárez el 29 de enero de 2009, recién se inició cuando se constituyó el Tribunal Arbitral y más concretamente cuando los árbitros aceptaron su designación. Es por ello que resulta inútil y hasta aberrante que se pida la constitución de una previsión sin la existencia de causa o motivo que la hubiere originado. En el específico caso del tema que plantea el recurrente, la previsión era imposible debido a la inexistencia de proceso arbitral.

Con relación a lo anteriormente referido y para evitar que su Autoridad sea confundida con sofismas y construcciones tramposas, en homenaje a la realidad, la doctrina y a la ley, conviene precisar que el arbitraje es entendido como **"...el mecanismo por el cual las partes, involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral"**. (Benetti Salgar, Julio. El Arbitraje en el Derecho Colombiano. Edit. Temis. 2001. Pp. 14)

Esta noción nos remite, inevitablemente, hacia el concepto de transitoriedad que, contrapuesto al de permanencia de la jurisdicción ordinaria, caracteriza el arbitraje. Esta transitoriedad, supone, en los hechos que la jurisdicción que ejerce un Tribunal Arbitral para dirimir una determinada controversia sujeta a su conocimiento, está definida en el tiempo, así la actividad procesal tendiente a la averiguación de los hechos, tiene su origen según la legislación con la constitución del Tribunal Arbitral, - Art. 43 Ley 1770, este el momento en que se abre la competencia de un Tribunal para conocer de un caso, con duración exacta hasta la emisión de un Laudo Arbitral que ponga fin al conflicto.

Por lo tanto, el conocimiento de la causa está sometido a los árbitros que, investidos transitoriamente de la función de "juzgar", conocen de un litigio determinado, constituyéndose así un Tribunal Arbitral por cada controversia específica. Esta es una de las notas más representativas en lo que hace a la distinción de la jurisdicción ordinaria y el arbitraje.

Una, la jurisdicción ordinaria que tiene carácter permanente y cuya existencia no depende y es más prescinde de la existencia o no de controversias, y cuya operativa está anticipadamente definida, lo mismo que su estructura claramente establecida. Por otra parte, el arbitraje que, como una jurisdicción extraordinaria, tiene carácter transitorio, dura lo que se demore el Tribunal Arbitral en resolver una controversia determinada; resolución que contenida en el Laudo Arbitral, marca el final de la jurisdicción arbitral, sin que el Tribunal pueda extender sus atribuciones más allá de tal acto procesal.

Por lo tanto, la pretensión de entender al arbitraje desarrollado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, como una extensión o continuación de aquel iniciado en el Centro de la materia de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz, no sólo es fácticamente imposible, sino que repele toda lógica jurídica, dado que no existe solución de continuidad entre un proceso y otro; el primero fue iniciado ante una entidad administradora que no correspondía, lo que mereció el pronunciamiento de la Sala Civil Segunda de la Corte del Distrito de Santa Cruz, instruyendo la remisión de los obrados al Centro competente, derivando en la iniciación de un proceso con la formalización de una demanda, ante el Tribunal Arbitral constituido en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio.

Es tan evidente la afirmación que la demanda de 29 de enero de 2009 es nueva y no vinculada a la propuesta en la CAINCO, que esta nueva demanda presentada en el año 2009 tiene esenciales diferencias con la que resultó fallida, es así que las partes, el objeto y monto de ambas demandas difieren entre sí.

Por otra parte y en lo que se refiere a la argumentación técnica en virtud a la cual el recurrente pretende forzar una obligación de nuestra entidad para la constitución de provisiones contables por el proceso arbitral descrito, se debe precisar que las normas vigentes en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, las mismas que han sido citadas por el órgano regulador en el informe ASFI/DSS/R-127404/2010 y que también son objeto de una interpretación antojadiza por Luis Artemio Lucca Suárez en su Recurso de Revocatoria, **establecen de manera explícita que cuando no se trate de obligaciones ciertas e ineludibles**, la evaluación del riesgo de pérdida que la contingencia pudiera ocasionar es una atribución exclusiva de la entidad, es decir que es la misma institución quien con un criterio de prudencia, debe evaluar las probabilidades de pérdida que tenga a consecuencia de la contingencia.

Para una mayor precisión en cuanto a los criterios para la evaluación de las contingencias, es necesario referirse a las Normas Internacionales de Contabilidad, las cuales en el N° 37 describen a las Provisiones y Contingencias estableciendo que estas dependen de la ocurrencia de determinados eventos y/o sucesos para reconocer una obligación dentro o fuera del balance clasificando además los sucesos como:

Probables: Cuando existe mayor certeza de que ocurra, debiendo estos reconocerse en el balance.

Posibles: Cuando existe menos certeza de que ocurra, debiendo estos revelarse a través de notas a los estados financieros.

Remotos: Cuando su ocurrencia es extremadamente rara, sin que los mismos deban reconocerse en el balance ni revelarse en notas a los estados financieros.

En el caso del proceso arbitral iniciado por Luis Artemio Lucca Suárez se tiene que su demanda no está sustentada en un derecho cierto, de existencia comprobada e ineludible, más por el contrario, y así lo revela su propia demanda arbitral, Luis Artemio Lucca Suárez, forzando y utilizando una póliza de seguro, lejos de su comprendido, alcance y sentido; demandó en el año 2009 el pago de daños y perjuicios emergentes de una

responsabilidad extracontractual, aspectos que merecerán al final y en laudo arbitral la constitución de un derecho a favor de Lucca Suárez, con las características necesarias para constituir una previsión, en observancia y cumplimiento de las normas regulatorias, entre tanto, siendo la demanda de Lucca Suarez una mera pretensión sin visos de existencia cierta, comprobada y con características de ineludibilidad, es absolutamente improcedente e ilógica la constitución de una previsión.

Aquí cabe advertir, que si admitiera que las instituciones financieras ante cualquier demanda tuvieran que constituir previsiones, se provocaría una inseguridad en el sistema financiero bancario, afectando su estabilidad y solidez, poniendo en riesgo los ahorros del público y el propio servicio de las entidades financieras.

Adicionalmente es necesario reiterar que la evaluación de este extremo ya ha sido efectuada por el órgano regulador en uso de sus atribuciones y competencias, determinando en el informe ASFI/DSS/R-127404/2010 la inexistencia de la obligación para la constitución de previsión respecto a esta contingencia, criterio regulatorio que ha adquirido firmeza, en virtud a los fundamentos expuestos en la primera parte de este memorial.

CONSIDERACION DEL PUNTO 4.5 DEL INFORME ASFI/DSS/R-127404/2010.-

Luis Artemio Lucca Suárez se refiere a una supuesta falta de fundamentación de parte del órgano regulador para justificar la ratificación de los extremos contenidos en el punto 4.5 del informe mencionado, sugiriendo además que no habría existido nunca una inspección a los sistemas operativos del Banco ni análisis de documentación alguna, limitándose la ASFI a repetir lo comunicado por el Banco.

El recurrente a sus propios fines e intereses, con distorsión a la realidad, ha olvidado que el contenido del punto 4.5 del informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010 no hace más que ratificar las conclusiones contenidas en el informe ASFI/DSR-II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, emitido como consecuencia de **UNA INSPECCION ESPECIAL** realizada por la ASFI al Banco en la gestión 2009. El análisis de los aspectos reclamados por Lucca, tienen como origen una observación efectuada por la entonces Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros en el Informe SPVS/INF/Nº 01/2008, dicha información indicaba textualmente lo siguiente:

“Del historial de pago de primas emitido por el Banco Santa Cruz S.A., presentado por el denunciante a esta comisión especial de la SPVS, se evidencia que en la columna “Tasa de Seguro” un importe de 0.048 por ciento por deudor y 0.0920 por ciento por dos deudores, estas tasa difieren de los porcentajes de establecidos en la póliza Nº 600055 de seguro de desgravamen. Del análisis realizado a las planillas mensuales de pago de primas emitidas por el Banco Santa Cruz S.A., se evidencia que en las mismas, la tasa de seguro es 0.34 % por mil para un deudor y 0.29 % por mil para dos deudores, conforme lo estipula el condicionado particular inciso F) y G) de la póliza 600055 de seguro de desgravamen hipotecario. Por tanto existen contradicciones entre el historial de pago de primas y las planillas mensuales de pago de primas en cuanto a la tasa de seguro, documentos emitidos y elaborados por el Banco Santa Cruz S.A.”

Al haberse encomendado el análisis de esta observación de la SPVS a la ASFI, como ente regulador competente en la supervisión de la entidad de intermediación financiera correspondiente, en este caso el Banco Santa Cruz S.A., la ASFI en la Inspección Especial indicada, procedió con la revisión correspondiente de los siguientes documentos:

- “Historial de Pago de Primas”.
- Póliza de Seguro de Desgravamen N° 600055 vigente desde el 31 de diciembre de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2001.
- Papeletas de amortización de Cartera de Recursos Propios.

Como resultado de este análisis la Comisión Especial de la inspección de la ASFI determinó que las tasas señaladas del 0.048 por ciento por deudor y 0.092 por ciento por dos deudores corresponden a la tasa parametrizada en el sistema al momento de la reimpresión y no la devengada en el préstamo y que dichos porcentajes **NO FUERON COBRADOS a Luis Artemio Lucca Suárez a quien se le cobró la tasa estipulada en la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario N° 600055.**

La claridad del análisis contenido en el Informe ASFI/DSR-II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, efectuada sobre documentos eficaces e idóneos, no permite interpretaciones antojadizas como la que pretende forzar el recurrente y desvirtúa los elementos contenidos en el Recurso de Revocatoria respecto a la ausencia de un análisis y una fundamentación.

Asimismo, es menester nuevamente resaltar que la opinión que la ASFI ha emitido respecto a estos extremos a través de sus Informes ASFI/DSR-II/R-49741/2009 y ASFI/DSS/R-127404/2010, esta debida y contundentemente fundamentada.

CONSIDERACION DEL PUNTO 4.8 DEL INFORME ASFI/DSS/R-127404/2010.-

De igual manera, en este punto, Luis Artemio Lucca Suarez nueva e inútilmente, reclama una supuesta falta de fundamentación de parte de la ASFI al haber ratificado la conclusión del Informe de 3 de diciembre de 2010.

Para desvirtuar lo esgrimido por el recurrente, nuevamente es necesario referirnos al Informe ASFI/DSR-II/R-49741/2009, cuya conclusión sobre este punto ha sido ratificada en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de diciembre de 2010.

La Comisión Especial encargada de la inspección especial practicada a nuestra entidad bancaria en la gestión 2009, sobre este respecto consideró la denuncia que Luis Artemio Lucca Suárez hizo a través de su memorial de 5 de noviembre de 2008 en el que se indicaba:

“Mediante Escritura Pública N° 1274 de 30 de junio de 2000, se suscribe la reprogramación de un contrato de crédito a favor de Luis Artemio Lucca Suárez y de Ana María Arteaga de Lucca por la suma de \$us. 210.000.- con validez de 2 años y con seguro de desgravamen hipotecario e interés variable donde se puede evidenciar la existencia de capitalización de intereses, aspecto que vulnera los Arts. 800, 977 y 1303 del Código de Comercio y Art. 42 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y del

reglamento de Tasas de Interés incluido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en su Título IX, Capítulo XV, Sección 2°.”

Dicha Comisión Especial determinó que el desembolso del crédito de \$us. 210.000 mencionado por Lucca, fue efectuado a la cuenta 1000-1012-00263547 de titularidad de Luis Artemio Lucca Suárez y de su esposa, evidenciándose, de acuerdo al extracto correspondiente a dicha cuenta, que la misma mantenía al momento del desembolso un saldo de \$us. 18.131.-, monto suficiente para cubrir los intereses adeudados, desvirtuando de esta manera la denuncia por capitalización de intereses que Lucca ya planteó en noviembre de 2008 y que nuevamente pretende se analice.

De igual manera, la claridad y contundencia del análisis de la Comisión Especial en el Informe ASFI/DSR-II/R-49741/2009 no admite discusión alguna puesto que este acto administrativo se halla debida y contundentemente fundamentado.

Este mismo Informe (ASFI/DSR-II/R-49741/2009) se acredita y demuestra que la ASFI realizó un cuidadoso análisis y evaluación y que sobre el fundamento de base documental se estableció lo siguiente:

“Se verificó la consistencia de la información presentada por el ex BSC, en las 21 boletas de desembolso de créditos (tasas de interés, tasas de seguro de desgravamen, plazo, monto) con respecto a los reportes “Historial de Pago de Primas” (Créditos con Seguro de Desgravamen Hipotecario), papeletas de “Desembolso de Cartera”, de “Amortización de Cartera de Recursos Propios”, “Kardex de Préstamo”. Al respecto, no se evidenció inconsistencias que pudieran afectar a las operaciones de crédito que pudieran afectar a las operaciones de crédito del señor Lucca y esposa.

Cabe mencionar que, si bien las preliquidaciones adjuntas a la demanda no guardan similitud con las liquidaciones presentadas a este Órgano Fiscalizador, empero ello se debió a que las primeras consideran el saldo total del crédito a la fecha de su generación, mientras que las últimas se refieren al saldo del crédito en función a cada una de las cuotas amortizadas.

Conclusión

De lo expuesto y analizado, no se identificaron inconsistencias en la información consignada en los documentos citados y las 21 boletas presentadas en el proceso ejecutivo seguido por el BME, por tanto no se evidenció una doble contabilidad.”

Lo referido precedentemente echa por tierra las afirmaciones de Luis Artemio Lucca Suárez y en todo caso demuestra que la Resolución impugnada goza de la suficiente motivación y fundamentación, sin que de ninguna manera se pueda acudir a la argucia de sostener que la ASFI actuó de manera precipitada e irreflexiva.

Por lo precedentemente expuesto y en atención a la firmeza de las actuaciones administrativas que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) ha desarrollado sobre los aspectos observados por el recurrente, y en atención a las consideraciones legales expuestas anteriormente solicitamos que de conformidad con lo previsto por el Art. 43°,

inciso a) y por el Art. 44° del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, se **CONFIRME** la Resolución la Resolución ASFI N° 037/2012 de 8 de febrero de 2012, por la cual se confirma en todas sus partes la Resolución ASFI N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011”.

CONSIDERANDO:

Que, con referencia al memorial presentado por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**, mediante memorial presentado en fecha 20 de abril de 2012, **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** señala lo siguiente:

“1. SOBRE EL SUPUESTO PROCESO CONCLUIDO”

Según el Banco, los actos propios de la regulación “habrían concluido” con los Informes ASFI/DSR-H/R-49741/2009 Y ASFI/DSS/R-127404/2010 habiéndose dado lugar a que se impusieran sanciones a dicha entidad y que se emitiera la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 05/2012 con cuya “dictación” habría concluido el procedimiento administrativo por lo que, según el Banco, resultaría “aberrante” la “reapertura del proceso administrativo para buscar la imposición de nuevas sanciones lo cual violaría el principio non bis in idem el cual está consagrado en el Art. 117 de nuestra carta magna”

Sobre el particular, y con la finalidad de que su Autoridad no se vea sorprendida por este tipo de argumentos, me permito puntualizar que:

1.1. Es completamente **FALSO** y embustero que el Banco - actuando a contrario de la documentación existente - se atreva a señalar que se pretende la “reapertura del proceso administrativo” por cuanto si bien es cierto que la ASFI inició un procedimiento sancionador contra el Banco que concluyó con la indicada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 05/2012; **no es menos cierto que el mismo fue instaurado por otros motivos contenidos en el Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 los cuales no tienen relación alguna con aquellos sobre los cuales mi persona formuló observaciones a través del memorial de 17 de junio de 2011 que a la fecha han motivado la interposición del Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI No. 037/2012.**

Entonces, lo que sí resulta ser verdaderamente aberrante es que el Banco falte a la verdad inventando argucias alejadas de la realidad.

1.2. Respecto a la supuesta violación al principio non bis in idem que aduce el Banco en caso de tenerse que iniciar procedimiento sancionatorio por los demás aspectos contenidos en el Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010; el Art. 117 de la Constitución Política del Estado (‘no carta magna’ como desorientadamente indica el Banco) determina la prohibición de procesamiento y condena más de una vez por un mismo hecho, situación sobre la cual la Sentencia Constitucional 0962/2010 de 17 de agosto ha determinado que “El principio non bis in idem implica, en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos. En la doctrina y jurisprudencia española, el principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad”

En el caso que nos ocupa, ha quedado demostrado que **EN NINGUN MOMENTO** se está pretendiendo que se sancione al Banco dos veces por un mismo hecho por cuanto, reitero, si bien es cierto que la ASFI inició un procedimiento sancionador contra el Banco que concluyó con la indicada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 05/2012; **no es menos cierto que el mismo fue instaurado por otros motivos contenidos en el Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 los cuales no tienen relación alguna con aquellos sobre los cuales mi persona formuló observaciones a través del memorial de 17 de junio de 2011 que a la fecha han motivado la interposición del Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI No. 037/2012.**

Lo que claramente se ha objetado e impugnado por mi parte es precisamente que la ASFI no resolvió de manera fundamentada ni valoró las pruebas presentadas por mi parte en cuanto a los puntos 3.4, 4.5. y 4.8 del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010, **LOS MISMOS QUE NO FUERON OBJETO DE PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ALGUNO.** Entonces puede apreciarse la falta de sustento en la que incurre el Banco.

2. SOBRE LOS ASPECTOS YA EVALUADOS QUE SEÑALA EL BANCO

Conforme sostiene el Banco, los aspectos que mi persona ha impugnado ya tienen pronunciamientos "con calidad de cosa juzgada", debiendo señalar por mi parte que, (al margen que en materia administrativa no existe la figura de cosa juzgada) dicho extremo es irreal por lo anotado en el punto 1. del presente escrito puesto que, se reitera una vez más, lo que claramente se ha objetado e impugnado por mi parte es precisamente que la ASFI no resolvió de manera fundamentada ni valoró las pruebas presentadas por mi parte en cuanto a los puntos 3.4, 4.5. y 4.8 del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010, **LOS MISMOS QUE NO FUERON OBJETO DE PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ALGUNO** conforme se ha descrito anteriormente.

2.1. SOBRE EL PUNTO 3.4. DEL INFORME ASFI/DSS/R-127404/2010

Cuando el Banco se refiere al proceso arbitral iniciado por mi persona el 05 de mayo de 2003 incurre en el mismo error que la ASFI cuando menciona que al haberse determinado la declinatoria de jurisdicción desde la CAINCO (Santa Cruz) a la Cámara Nacional de Comercio (La Paz) la demanda arbitral iniciada en Santa Cruz quedó sin efecto y la única vigente fue la que se "inició" en la ciudad de La Paz. Al respecto, nuevamente se debe indicar que:

- El proceso arbitral **ES UNO SOLO y que se inició en fecha 05 de mayo de 2003** y si bien el mismo no fue tramitado en la ciudad de Santa Cruz (CAINCO) esto obedeció a una declinatoria de competencia **Y NO PORQUE EL PROCESO HUBIERA SIDO DESESTIMADO EN EL FONDO DE LA CAUSA O CONCLUIDO COMO FALSAMENTE ADUCE EL BANCO.** Entonces, es obvio que el Banco tenía la obligación de efectuar las provisiones financieras del caso, **MAS AUN CUANDO, REITERO, CONOCIÓ PERFECTAMENTE LA EXISTENCIA DE DICHO PROCESO ARBITRAL DESDE EL AÑO 2003 E INCLUSIVE PARTICIPÓ Y AUN PARTICIPA DEL MISMO.**
- Solo por cuestiones procedimentales, debe aclararse que cuando el expediente arbitral es remitido a la Cámara Nacional de Comercio en la ciudad de La Paz al tenerse como órgano competente, mi persona el 29 de enero de 2009 **formaliza la demanda ya iniciada y presentada el 05 de mayo de 2003**, lo cual no implica bajo ninguna circunstancia que dicha demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 hubiera sido anulada o dejada sin efecto o

se hubiera presentado una "nueva demanda" recién el 29 de enero de 2009 **Y MENOS PUEDE ENTENDERSE QUE LA DEMANDA DE 05 DE MAYO DE 2003 "CONCLUYÓ" PUESTO QUE LA MISMA PROSIGUE EN TRÁMITE SOLO QUE AHORA EN LA CIUDAD DE LA PAZ POR UNA DECLINATORIA.**

- El Banco señala que la demanda arbitral del 05 de mayo de 2003 es diferente a la de 29 de enero de 2009, pretendiendo desconocer que según el Art. 44-II de la Ley de Arbitraje y Conciliación **LA DEMANDA PUEDE SER MODIFICADA HASTA UN DIA ANTES DE LA PRIMERA ACTUACION DE RECEPCIÓN DE PRUEBAS.** Y mi persona con esta prerrogativa legal modificó la demanda de 05 de mayo de 2003 en fecha 29 de enero de 2009, lo que **NO** implica que "hubieran existido dos demandas"
- El Banco indica que "entre el 15 de abril de 2004 al 29 de enero de 2009 no existía proceso arbitral alguno contra el Banco" extremo falso, primero porque se tiene prueba documental de que el Banco fue notificado con la demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 y segundo porque **en la propia nota de 25 de abril de 2005 remitida a la Cámara Nacional de Comercio por el Banco Santa Cruz S.A. representada por Gil Antonio Porras, dicho apoderado señaló que: "Tenemos conocimiento de que el señor Luis Artemio Lucca Suárez habría presentado ante ese centro una solicitud de arbitraje (...)"** Entonces es inaudito que el Banco pretenda ignorar estos antecedentes.
- Según el Banco el arbitraje se inició "recién cuando se constituyó el Tribunal Arbitral a partir del año 2009", extremo que no tiene relación alguna con el hecho de que la entidad bancaria debió provisionar en sus estados financieros la suma de la demanda de 05 de mayo de 2003 **(una vez que tuvo conocimiento de la misma)** de acuerdo a las normas técnicas del Manual de Cuentas para Bancos que fue explicado en mi memorial de Recurso Jerárquico.

En consecuencia, quedan desvirtuadas las afirmaciones que realiza el Banco, habiéndose comprobado una vez más que el Banco no provisionó el monto demandado en la demanda de 05 de mayo de 2003 incurriendo en clara infracción administrativa.

2.2. SOBRE EL PUNTO 4.5. DEL INFORME ASFI/ DSS/R-127404/2010

En lo que corresponde a este punto los argumentos del Banco son irrelevantes por cuanto es clara y evidente la falta de fundamentación en esta parte del Informe puesto que en ningún momento se hace un desglose técnico o se efectúa un cuadro donde evidentemente se demuestre que las tasas de seguro hubieran sido cobradas de acuerdo a la Póliza. Adicionalmente, resulta contraproducente que se mencione que estas diferencias se originaron "por los sistemas de información del Banco" puesto que esta supuesta "información originada por el sistema" no aclaró en definitiva si los pagos fueron efectuados conforme a la tasa vigente o a la estipulada; además de inducir en claro error al prestatario, situación que viola también los principios de transparencia y en la información que debe tener la entidad bancaria.

2.3. SOBRE EL PUNTO 4.8. DEL INFORME

Al igual que en el caso anterior, el Banco no puede ocultar la evidente falta de análisis motivado en la que ha incurrido la ASFI acerca de la capitalización de intereses y las 21 boletas

que difieren de las presentadas por el Banco que evidencian doble contabilidad, al margen de no existir una explicación motivada del (sic) estos casos, no se logra comprender como la ASFI emitió este Informe acerca de estos cuestionamientos si se supone que el Banco no cuenta con la documentación que respalde dichas operaciones (recuérdese que anteriormente se sancionó al Banco por no contar con información. En ese sentido se tiene la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 05/2012)

3. PETITORIO

Por tanto, solicito a su respetable Autoridad efectuar un análisis razonado de los fundamentos antes expuestos y en definitiva se emita Resolución Ministerial Jerárquica por medio de la cual se **ANULE** el procedimiento administrativo hasta el estado en que la ASFI proceda a emitir un nuevo pronunciamiento debidamente motivado y fundamentado, debiendo efectuarse una adecuada valoración probatoria en función a mi solicitud de 17 de junio de 2011."

CONSIDERANDO:

Que, a efectos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica son tenidos en cuenta, además, los memoriales y las literales adjuntadas durante la sustanciación del Recurso Jerárquico, conforme la relación siguiente:

- Memorial presentado en fecha 12 de marzo de 2012 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, sobre solicitud de "inclusión de documentación e información", reiterada -numeral 2- mediante memorial de apersonamiento de fecha 20 de abril de 2012, al que correspondió la providencia de 23 de abril de 2012, notificada en fecha 25 siguiente, por la que se dispone que "cursando en obrados el escrito de 17 de junio de 2011 de "Complementación, Modificación y Ampliación de Informe y Valoración de Pruebas", se servirá apersonarse el interesado a los fines de revisar la suficiencia o no del mismo en los términos de su memorial de 20 de abril de 2012".

- Memorial presentado en fecha 3 de mayo de 2012 por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**, sobre apersonamiento del señor Mauricio Javier Blacutt Blanco, adjuntando al efecto el testimonio de poder N° 295/2011 de 17 de noviembre de 2011, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 22 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Lumen Verónica Molina Pascual.

Que, asimismo y atendiendo la solicitud de **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** hecha presente en el memorial de fecha 20 de abril de 2012, en fecha 3 de mayo de 2012, a horas 15:00, se llevó adelante la audiencia de exposición oral de fundamentos.

Que, se tiene presente además el informe contenido en la nota ASFI/DAJ/R-62711/2012 de 23 de mayo de 2012, hecho presente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en cumplimiento a lo dispuesto por mediante oficio MEFP/VPCF/No. 101/2012 de 21 de mayo de 2012, conforme al tenor que, en lo pertinente, se transcribe a continuación:

"Con relación al primer punto en el que su autoridad solicita copia de la constancia de recepción por el señor Luis Artemio Lucca Suárez del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3

de diciembre de 2010, comunico a usted que, mediante carta ASFI/DAJ/R-55889/2011 de 1 de junio de 2011, conforme se advierte en la copia de la misma, fue recepcionada en fecha 3 de junio de 2011 por el señor Edwin Salinas Añez (personero de la Importadora Lucca), adjunta a la cual se remitió copia del mencionado Informe. Este hecho fue corroborado por el propio señor Lucca, quien mediante memorial presentado en fecha 15 de junio de 2011, afirma haber recibido el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, copias legalizadas de los señalados documentos se adjuntan a la presente nota.

Con relación al segundo punto de su requerimiento, por el que solicita información sobre el tratamiento que dio ASFI al Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, y si el mismo sirvió de fundamento para la emisión de alguna Resolución Administrativa, o fue distinta al presente Recurso Jerárquico y el estado actual del mismo, corresponde hacerle conocer que conforme lo expresado por esta Autoridad de Supervisión mediante carta ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, dirigida al señor Luis Artemio Lucca Suárez, mediante carta ASFI/DAJ/R-55889/2011 de 1 de junio de 2011, se comunico al señor Luis Artemio Lucca Suarez que en consideración a las conclusiones y recomendaciones arribadas en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010 y la Resolución ASFI N° 449/2011 de 26 de mayo de 2011, este Órgano de Supervisión instruyo iniciar el procedimiento sancionatorio contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., para cuyo efecto hago conocer la siguiente relación de hechos:

1. Mediante carta ASFI/DSR II/R-55138/2011 de 30 de mayo de 2011, ASFI procedió a la Notificación de Cargos al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., por los siguientes cargos:
 1. Al artículo 94 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), toda vez que la entidad habría incumplido con la conservación de la siguiente documentación:
 - i. Respaldo del pago de primas de seguro de desgravamen hipotecario correspondiente a la Póliza N° 600055.
 - ii. Póliza de desgravamen hipotecario de la Gestión 2002.
 - iii. Facturas que respaldan el pago de las comisiones por cobranza de la Póliza N° 600055 de las gestiones 1999, 2000, 2001 y 2002.
 - iv. Documentos relacionados a los contratos suscritos por el ex Banco Santa Cruz S.A. con HP Brokers S.R.L por las gestiones 2000 y 2001 por corretaje de seguros de desgravamen hipotecario.
 - v. Constancias de envío de las planillas mensuales de pago de primas a la entidad aseguradora en el periodo comprendido entre julio de 2000 a marzo de 2001.
 2. Al artículo 96 de la referida Ley N° 1488 al no haber proporcionado, entre la documentación requerida por esta Autoridad de Supervisión, el Manual de Procedimientos que utilizó el ex Banco Santa Cruz S.A. para el cobro y pago mensual de primas o en su defecto el flujograma de la operativa utilizada por la entidad para tal efecto.

3. Al artículo 50 del Reglamento sobre Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos, aprobado mediante Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999, toda vez que el ex Banco Santa Cruz S.A. no habría procedido con mantener una copia de la Póliza de seguro contratado, vigente y endosado por el prestatario a favor de la Entidad, conjuntamente la documentación crediticia correspondiente, respecto a la Póliza de Seguro de Desgravamen hipotecario de las gestiones 1999, 2000, 2001 y 2002
2. Mediante Resolución ASFI N° 535/2011 de 6 de julio de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió sancionar con lo siguiente:

“PRIMERO.- Amonestar al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**, por los incumplimientos descritos en el numeral 1 puntos i, ii, iv y v contenidos en la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-55138/2011 de 30 de mayo de 2011.

SEGUNDO.- Sancionar al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.** con multa equivalente al 2% de su capital mínimo por incumplimiento del artículo 96 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) al no haber proporcionado la información recabada por personeros de esta Autoridad de Supervisión (Manual de Procedimientos que utilizó el ex Banco Santa Cruz S.A. para el cobro y pago mensual de primas o en su defecto el flujograma de la operativa utilizada por la Entidad para tal efecto).

TERCERO.- Desestimar el cargo contenido en el punto III del numeral 1 y el numeral 3 de la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-55138/2011 de 30 de mayo de 2011, este último referido al incumplimiento del artículo 50 del Reglamento sobre Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos, aprobado mediante Circular SB/291/99 de 21 de junio de 1999.

CUARTO.- La multa impuesta debe ser depositada dentro los siguientes 15 días hábiles posteriores a la notificación con la presente Resolución, en moneda nacional y al tipo de cambio vigente en la fecha de pago, en la Cuenta Fiscal N° 1-4678352 a nombre de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas, en el Banco Unión S.A., bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir la papeleta de depósito correspondiente en el transcurso de dicho plazo.

QUINTO.- En cumplimiento del artículo 110 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio y la Junta General de Accionistas del BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A., debiendo entregarse a este Organismo Fiscalizador copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas dentro las 72 horas de llevado a cabo dicho acto”.
3. Mediante Resolución ASFI N° 631/2011 de 30 de agosto de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. contra la Resolución ASFI N° 535/2011 de 6 de julio de 2011, disponiendo lo siguiente:

“UNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE, la Resolución Administrativa Sancionatoria ASFI N° 535/2011 de 6 de julio de 2011, aclara mediante Resolución ASFI N° 569/2011 de 25 de julio de 2011”.

4. Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 05/2012 de 26 de enero de 2012, la instancia jerárquica resolvió lo siguiente:

“PRIMERO.- Confirmar parcialmente la Resolución ASFI N° 631/2011 de 20 de agosto de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmo la Resolución ASFI N° 535/2011 de 6 de julio de 2011, respecto al segundo artículo correspondiente al Cargo N° 2 y fue complementada por la Resolución ASFI N° 569/2011 de 25 de julio de 2011”.

Por lo anterior, el citado procedimiento administrativo fue emergente del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, en lo correspondiente a los Cargos Notificados al Banco Mercantil Santa Cruz S.A.. Sin embargo de lo anterior, cabe aclarar a su autoridad que **paralelamente** al procedimiento administrativo que ASFI sustanció contra el mencionado Banco, el señor Lucca mediante memoriales presentados en fecha 17 de junio, 26 de agosto, 1 de septiembre y 17 de noviembre de 2011, planteó que los puntos 3.4, 4.5 y 4.8. contenidos en el mismo Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, no habrían sido debidamente valorados por ASFI, dentro del procedimiento sancionatorio instaurado contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., el cual finalmente derivó con la imposición de una sanción económica equivalente al 2% de su capital mínimo por incumplimiento del artículo 96 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

En este sentido, los puntos 3.4, 4.5 y 4.8. a los cuales se refiere en su reclamo el señor Lucca, representan una parte del informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, el cual motiva el presente Recurso Jerárquico, consiguientemente, para ilustrar dicho aspecto, este Órgano de Supervisión mediante carta ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, respondió al impetrante sobre los puntos cuestionados, señalando lo siguiente:

“Asimismo, efectuada una nueva valoración de los puntos 3.4, 4.5. y 4.8. del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, que supuestamente ASFI no habría valorado debidamente, este Órgano de Supervisión no ha encontrado nuevos elementos de convicción los cuales merezcan el replanteamiento de los criterios contenidos en el citado Informe, por lo que no corresponde iniciar un nuevo procedimiento sancionatorio contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.,...

En ese sentido, esta Autoridad de Supervisión en el marco de lo anteriormente expuesto ratifica las conclusiones arribadas en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, así como en las conclusiones del informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009 en los cuales se evidencia que ASFI ha considerado debidamente las denuncias formuladas por su persona en sus memoriales de 26 y 31 de agosto de 2011, las mismas que al no aportar nuevos elementos de juicio no requieren complementación o ampliación por parte de este Órgano de Supervisión”.

En ese contexto, y debido a la insistencia del señor Luis Artemio Lucca para que los puntos 3.4, 4.5 y 4.8. contenidos en el citado Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, sean nuevamente considerados o valorados por ASFI, no obstante la nota de respuesta ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, cursada y recepcionada por el señor Lucca, dicha nota tuvo su fundamento principal en el análisis y conclusiones a las que arribó la Comisión de Inspección de ASFI cuyos resultados se encuentran contenidos en el **Informe ASFI/DSR-II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009**, cuya fotocopia legalizada se adjunta para los fines consiguientes. Consecuentemente, y atendiendo la petición efectuada por el impetrante los criterios expresados precedentemente fueron incorporados en la Resolución ASFI N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, la misma que fue objeto de Recurso de Revocatoria por parte del señor Lucca, habiendo resuelto ASFI mediante Resolución ASFI N° 037/2012 de 8 de febrero de 2012, encontrándose a la fecha dicho trámite en Recurso Jerárquico para su resolución.

Finalmente, y puntualizando la consulta efectuada por su autoridad cabe señalar que efectivamente el citado Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, sirvió de fundamento por una parte, para el inicio del procedimiento sancionatorio instaurado por ASFI contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., el cual conforme lo señalado anteriormente concluyo con la emisión de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 05/2012 de 26 de enero de 2012, la cual confirmó en lo pertinente la sanción impuesta por este órgano de Supervisión contra la citada entidad. Asimismo, con relación a la segunda parte relativo al Recurso Jerárquico que cursa ante esa instancia, dicho trámite corresponde a los puntos 3.4, 4.5 y 4.8. extraídos del mismo Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, que adicionalmente reclama el señor Lucca, y que efectuado el análisis de rigor este Órgano de Supervisión no ha encontrado nuevos elementos de convicción que determinen iniciar un nuevo procedimiento sancionatorio contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., encontrándose a la fecha dicho trámite en Recurso Jerárquico para su correspondiente pronunciamiento."

A tiempo de la misma nota MEFP/VPCF/No. 101/2012 se adjunta la documentación siguiente:

- Resolución Administrativa ASFI N° 449/2011 de 26 de mayo de 2012, que resuelve: revocar parcialmente la Resolución ASFI N° 411/2010 de 27 de mayo de 2010, dejando sin efecto la última parte de la carta ASFI/DAJ/R-43203/2010 de 4 de mayo de 2010, referida a la ampliación de la investigación en materia de seguros (primero), comunicar los resultados del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010 a **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** "para los fines consiguientes" (segundo), e instruir el inicio del procedimiento sancionatorio contra el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.** en atención a los presuntos incumplimientos establecidos en el informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010 (tercero), con constancia de notificación al mencionado en fecha 2 de junio de 2011.
- Nota ASFI/DAJ/R-55889/2011 de 1° de junio de 2011, con fecha de recepción de 3 de junio de 2011 en el domicilio de calle Alameda Potosí N° 925 de la ciudad de Santa Cruz, por la que entre otros aspectos, el ente regulador comunica a **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, que en cumplimiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 029/2010 de 23 de noviembre de 2010, se ha revocado

parcialmente la Resolución ASFI N° 411/2010 de 27 de mayo de 2010 mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 449/2011 de 26 de mayo de 2012, la que además dispone “remitir a su conocimiento el Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010”; al pie de página sale la nota “Adj. Lo citado”.

- Memorial presentado en fecha 14 de junio de 2001 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, por el que “Solicita inicio de diligencias” y en el que señala “la ASFI ha emitido en Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 03 de diciembre el mismo que fue notificado en fecha 03 de junio de 2011”; en su otrosí 5°, señala domicilio en “calle Alameda Potosí No. 925 de la ciudad de Santa Cruz”.
- Nota ASFI/DSR II/R-55138/2011 de 30 de mayo de 2011, dirigida al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.** sobre notificación de cargos.
- Resolución Administrativa -sancionatoria- ASFI N° 535/2011 de 6 de julio de 2011.
- Resolución Administrativa ASFI N° 631/2011 de 30 de agosto de 2011, confirmatoria de la anterior.
- Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°05/2012 de 26 de enero de 2012, que confirma parcialmente la anterior en cuanto al Cargo N° 2 y declara probada la prescripción del Cargo N° 1, con más la nota MEFP/VPCF/No.031/2012 por la que se adjunta la Resolución Ministerial Jerárquica señalada.
- Testimonio -incompleto- de la Escritura Pública N° 1905/2006, sobre “acuerdo de fusión por incorporación y disolución de la sociedad incorporada, que suscriben: el Banco Mercantil S.A.... y por otra el Banco Santa Cruz S.A.”
- Memorial de fecha 30 de junio de 2006 presentado por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** ante juez de partido, por el que “formula oposición a fusión por incorporación de la sociedad que demanda”.
- Nota de fecha 29 de junio de 2006 presentada por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** al **Banco Santa Cruz S.A.**, por el que solicita la entrega del balance especial y el compromiso de fusión “suscrito entre el Banco Santa Cruz S.A. y el Banco Mercantil”, con constancia de participación notarial.
- Nota de fecha 30 de agosto de 2008 presentada por el Colegio de Auditores o Contadores Públicos de Bolivia, a **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** al **Banco Santa Cruz S.A.** y por el que se señala que:

“Al punto 1 De acuerdo con las normas de contabilidad, todos los pasivos producto de la actividad de la empresa deber ser registrados, estén o no en litigio. Para el tratamiento contables de los pasivos contingentes productos de litigios o no, se conozca o no su cuantía a la fecha de cierre de los estados financieros debe considerarse las normas de contabilidad, de manera particular, el principio general

de PRUDENCIA y MATERIALIDAD establecida en el inciso 2 j) y 2 i) respectivamente de la norma de contabilidad No.1 (PRINCIPIOS Y NORMAS TECNICO-CONTABLES GENERALMENTE ACEPTADOS PARA LA PREPARACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS) y en su caso la norma de contabilidad No. 2 (TRATAMIENTO CONTABLE DE LOS HECHOS POSTERIORES AL CIERRE DEL EJERCICIO)

Al punto 2 Debe observarse lo establecido en el inciso 2 j) y 2 i) respectivamente de la norma de contabilidad No. 1 (PRINCIPIOS Y NORMAS TECNICO-CONTABLES GENERALMENTE ACEPTADOS PARA LA PREPARACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS)

Al punto 3 Las acreencias constituyen pasivos u obligaciones ciertas estén o no en litigio."

- Oficio CAC 72/05 de 1º de marzo de 2006 por el que el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, invita al **Banco Santa Cruz de la Sierra S.A.**, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. y HP Brokers S.R.L., a una sesión preparatoria de arbitraje dentro de la solicitud presentada por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**.
- Oficio CAC 286/05 de 26 de septiembre de 2005 por el que el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, invita al **Banco Santa Cruz de la Sierra S.A.**, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. y HP Brokers S.R.L., a la continuación de una sesión preparatoria de arbitraje dentro de la solicitud presentada por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**.
- Nota de 25 de abril de 2005 con referencia "Solicita Dictamen de la Comisión del CCA" y dirigida al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, por la que el **Banco Santa Cruz S.A.** señala:

"Tenemos conocimiento de que el Sr. Luis Artemio Lucca Suárez habría presentado ante ese Centro, una solicitud de arbitraje. En relación a ello y con carácter previo a la aceptación formal del arbitraje solicitado, requerimos que la Comisión del Centro de Conciliación y Arbitraje se pronuncie sobre la legitimación activa que tendría Artemio Lucca, habida cuenta de que no es suscriptor de la cláusula compromisoria inserta en la Póliza N° 600055 en su artículo 23º, en base a la cual se ha solicitado el arbitraje.

En ese sentido, a efectos de evitar vicios innecesarios dentro del proceso, en aplicación del artículo 4 inc. 12) de la Comisión del Centro de Conciliación y Arbitraje, en concordancia con los artículos 3 y 4 del Reglamento del Centro, solicitamos formalmente el dictamen de la Comisión del Centro de Conciliación sobre el respecto ya referido."

- Oficio CAC 111/05 de 18 de abril de 2005 por el que el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, invita al **Banco Santa Cruz de la Sierra S.A.** a la sesión preparatoria de arbitraje, dentro de la solicitud presentada por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**.

- Sentencia Constitucional 0164/2005-R de 28 de febrero de 2005, por la que se aprueba la Resolución pronunciada el 9 de septiembre de 2004 por la Sala Social y Administrativa de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Santa Cruz, y la que a su vez declaró improcedente el recurso de Amparo Constitucional interpuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** contra los vocales de la Sala Civil Segunda de la misma Corte.
- Acta de audiencia de fecha 6 de noviembre de 2003, dentro del proceso de arbitraje interpuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** "contra el Banco Santa Cruz y otros" en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial, de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de la ciudad de Santa Cruz.
- Auto N° 01/03 de 20 de noviembre de 2003 pronunciado por el Tribunal Arbitral el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de la ciudad de Santa Cruz, dispone, entre otros, declarar instalado el Tribunal Arbitral para dirimir la controversia suscitada entre **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y el **Banco Santa Cruz S.A.**, HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., BISA Seguros y Reaseguros S.A. y Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.; y declara admitida la demanda arbitral.
- Auto de septiembre de 2003, por el que el Juez 4° de Partido de la ciudad de Santa Cruz rechaza los pedidos de declinatoria, exclusión y excepciones de impersonería planteados dentro de la demanda de auxilio jurisdiccional interpuesta por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, y fija día y hora de audiencia para la conformación del tribunal arbitral.
- Memorial de demanda de auxilio jurisdiccional de fecha 14 de julio de 2003, presentado por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**.
- Nota presentada en fecha 25 de junio de 2003 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** al **Banco Santa Cruz S.A.**, por el que le requiere la designación de un árbitro, con constancia notarial.
- Nota CAINCO6563CCA0186/2003 de 22 de mayo de 2003 por la que el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de la ciudad de Santa Cruz, solicita al **Banco Santa Cruz S.A.** que las personas que concurran a la reunión de constitución del Tribunal Arbitral, deben encontrarse debidamente apoderadas.
- Nota CAINCO6968CCA0245/2003 de 1° de julio de 2003 por la que el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de la ciudad de Santa Cruz, refiere a **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** la serie de actuaciones sucedidas en la sustanciación de la demanda arbitral.
- Memorial de demanda arbitral, presentada en fecha 6 de mayo de 2003 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** contra el **Banco Santa Cruz S.A.**, HP Brokers Corredores y

Asesores de Seguros S.R.L., BISA Seguros y Reaseguros S.A. y Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., por ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de la ciudad de Santa Cruz.

- Memorial de solicitud de complementación, modificación y ampliación del Informe Complementario ASFI/DSS/R-127404/2010, presentado en fecha 17 de junio de 2011 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.
- Memorial con la suma "*aporta mayores elementos de convicción*", presentado en fecha 26 de agosto de 2011 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.
- Memorial con la suma "*solicita pronunciamiento*", presentado en fecha 17 de noviembre de 2011 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.
- Memorial con la suma "*hace presente y reitera petición*", presentado en fecha 1º de septiembre de 2011 por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.
- Informe ASFI/DSR-II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, referido a "*INSPECCIÓN ESPECIAL CASO LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ*".
- Nota ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, dirigida a **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** con la referencia "*respuesta a memoriales*".
- Resolución Administrativa ASFI N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, por la que se resuelve "*Ratificar el contenido íntegro de la carta ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011*".
- Resolución Administrativa ASFI N° 037/2012 de 8 de febrero de 2012, por la que se resuelve "*CONFIRMAR EN TODAS SUS PARTES la Resolución Administrativa ASFI N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011*".

CONSIDERANDO:

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

1. Antecedentes.-

Conforme se desprende de los informes cursantes en obrados, el matrimonio conformado por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y **Ana María Arteaga de Lucca** contrataron del anterior **Banco Santa Cruz S.A.**, dos líneas de crédito, la primera en octubre de 1996 por \$us. 210.000.-, y la segunda en agosto de 1998 por \$us. 450.000.-, operaciones para las que se preveía su extinción a manera

de desgravamen hipotecario en el caso del fallecimiento de alguno o de ambos, y que operaba mediante póliza de seguro originalmente contratada (*en grupo, colectivo, por varios préstamos comprendidos en la cartera de créditos, conforme lo establece la Resolución Administrativa IS N° 257 de 19 de junio de 2000*) por el referido Banco, con la compañía La Boliviana de Seguros, póliza después cedida a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., determinando ello -conforme a la disposición del artículo 987° del Código de Comercio- la relación contractual siguiente:

- **La aseguradora:** Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. (originalmente La Boliviana de Seguros).
- **Los asegurados:** esposos **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y Ana María Arteaga de Lucca.
- **El beneficiario:** **Banco Santa Cruz S.A.** (ahora **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**).

El 17 de abril de 2001 fallece la codeudora Ana María Arteaga de Lucca, motivo por el cual, **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** solicitó la aplicación del seguro de desgravamen hipotecario, extremo que fue rechazado por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. debido al incumplimiento del pago de primas del seguro en los plazos fijados.

LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ denunció tal descubierta por ante las ex superintendencias de Pensiones, Valores y Seguros, y de Bancos y Entidades Financieras, extremo que dio lugar (en lo que en concreto respecta al **Banco Santa Cruz S.A.** o **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**) a una serie de informes, resultando determinante el ASFI/DSV/R-44852/2010, después complementado por el ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, como al consiguiente proceso sancionador administrativo, que en los términos de los artículos 82°, 83° y 84° de la Ley N° 2341 -de Procedimiento Administrativo-, y 46°, 52°, 66°, 67° y 68° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003), corresponde a la sucesión de los actuaciones y/o actos administrativos siguientes:

- Nota de Cargos ASFI/DSR II/R-55138/2011 de 30 de mayo de 2011.
- Resolución Administrativa -sancionatoria- ASFI N° 535/2001 de 6 de julio de 2011, complementada por la Resolución Administrativa ASFI N° 569/2011 de 25 de julio de 2011.
- Resolución Administrativa (al Recurso de Revocatoria) ASFI N° 631/2011 de 20 de agosto de 2011.
- Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°05/2012 de 26 de enero de 2012.

No obstante ello, como se tiene dicho, el precitado informe ASFI/DSV/R-44852/2010 fue aún complementado por el ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, con respecto al cual y por procedimiento separado, el señor **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** solicitó su "*complementación, modificación y ampliación... y valoración de pruebas*" mediante memorial presentado en fecha 17 de junio de 2011, ampliado en fecha 28 de agosto de 2011 ("*aporta mayores elementos de convicción*"), reiterado en fechas 1° de septiembre de 2011 y 17 de noviembre de 2011; de su parte, el ente regulador respondió a la solicitud inicial con la nota ASFI/DAJ/R-87355/2011 de 23 de agosto de 2011 y, en definitiva al trámite en general, con la nota ASFI/DAJ/R-126412/2011 de 24 de noviembre de 2011, la que a la letra señala:

“Con referencia a su memorial presentado en fecha 17 de noviembre de 2011, a través del cual solicita que este órgano de Supervisión brinde respuesta a sus memoriales de 17 de junio y 31 de agosto de 2011, en los cuales asevera que los puntos 3.4, 4.5. y 4.8. contenidos en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, relacionado al reclamo presentado contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. no habrían sido debidamente valorados por ASFI, solicitando para el efecto la complementación y ampliación de los referidos puntos.

Al respecto, en atención a su requerimiento corresponde hacerle conocer previamente los siguientes aspectos:

1. Mediante carta ASFI/DAJ/R-87355/2011 de 23 de agosto de 2011, este Órgano de Supervisión hizo conocer a su persona que en consideración de las conclusiones y recomendaciones arribadas en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, ASFI dio inicio al procedimiento sancionatorio contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. el mismo que derivó en que dicha entidad sea sancionada con multa mediante Resolución ASFI N° 535/2011 de 6 de julio de 2011, Asimismo, dicha Resolución fue objeto de Recurso de Revocatoria el mismo que fue resuelto mediante Resolución ASFI N° 631/2011 de 30 de agosto de 2011, a través de la cual se confirmó la sanción contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., estando a la fecha el mismo en Recurso Jerárquico.
2. Asimismo, efectuada una nueva valoración de los puntos 3.4, 4.5. y 4.8. del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, que supuestamente ASFI no habría valorado debidamente, este Órgano de Supervisión no ha encontrado nuevos elementos de convicción los cuales merezcan el replanteamiento de los criterios contenidos en el citado Informe, por lo que no corresponde iniciar un nuevo procedimiento sancionatorio contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en razón a las siguientes consideraciones:
 - **El Punto 3.4** del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, referido a que el Banco Mercantil S.A. a tiempo de haber realizado la fusión con el Banco Santa Cruz S.A., no previsionó en sus Estados Financieros los montos contenidos en la póliza de seguro de desgravamen hipotecario N° 600055, ni las sumas establecidas en la demanda arbitral iniciada contra dicho Banco, actualmente Banco Mercantil Santa Cruz S.A.
 - **El Punto 4.5** del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, referido a supuestas contradicciones entre el historial de pago de primas y las planillas mensuales de pago de primas en cuanto a la tasa de seguro, documentos emitidos y elaborados por el Banco Santa Cruz S.A.
 - **El Punto 4.8** del Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, referido a denuncia sobre cobros irregulares de tasas de interés de todos los créditos otorgados al Sr. Luis Artemio Lucca Suarez, denuncia sobre la Escritura Pública N° 1274 de 30 de junio de 2000, sobre la existencia de capitalización de intereses y denuncia sobre Boletas de líneas de crédito (21 boletas) que a simple vista difieren de las presentadas por el mismo Banco, donde se evidenciaría una doble contabilidad.

En ese sentido, de acuerdo a la valoración desagregada de los puntos antes mencionados se concluye que los mismos fueron considerados en el citado Informe ASFI/DSS/R-127404/2010, conforme se expone a continuación:

Sobre el Punto 3.4

El Banco Mercantil S.A. a tiempo de haber realizado la fusión con el Banco Santa Cruz S.A., no provisionó en sus Estados Financieros los montos contenidos en la póliza de seguro de desgravamen hipotecario N° 600055, ni las sumas establecidas en la demanda arbitral iniciada contra dicho Banco, actualmente Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

El informe ASFI/DSS/R-127404/2010 menciona lo siguiente:

“Al respecto, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras aprobado por este Órgano de Supervisión, establece que los estados financieros de una entidad bancaria se prepararán de acuerdo con las disposiciones establecidas por el Órgano de Supervisión. En caso de existir situaciones no previstas por dichas disposiciones, se aplicarán los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados emitidas por el Colegio de Auditores y las Normas Internacionales de Contabilidad (NIIF/NIC) emitidas por el International Accounting Standards Board, optando por la alternativa más conservadora.

Este manual en la cuenta 243.00 “Otras cuentas por pagar”, establece que en la cuenta provisiones se registra el importe de las obligaciones que, a pesar de no estar formalizadas jurídicamente, **son ciertas e ineludibles** y se encuentran pendientes de pago, tales como, el importe devengado de los beneficios sociales del personal de la entidad, los impuestos a cargo de la entidad, que aún no son exigibles.

Asimismo, la cuenta 250.00 “Previsiones” se describe como: “...el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, por **juicios contra la entidad**, provisiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aun no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situaciones contingentes..”.

Las normas de contabilidad nacionales emitidas por el Colegio de Auditores de Bolivia y las Normas Internacionales de Contabilidad (NIIF/NIC) emitidas por el International Accounting Standards Board, señalan en lo referente a las provisiones, que es aquel pasivo en el que existe incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento.

Asimismo, establecen que para reconocer una provisión deben existir las siguientes condiciones:

- Una entidad tiene una obligación presente (ya sea legal o implícita) como resultado de un suceso pasado.
- Es probable que la entidad tenga que desprenderse de recursos, para cancelar tal obligación. (Entiéndase que para esta norma el termino probable es la mayor posibilidad de que el evento se presente que de lo contrario).

- Pueda hacerse una estimación fiable del importe de la obligación.

De no cumplirse las tres condiciones indicadas, la entidad no debe reconocer la provisión.

En el caso en particular la demanda arbitral iniciada por el Señor Lucca, el 29 de enero de 2009, presentada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la ciudad de La Paz, en contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. no concluyó en un fallo favorable al Señor Lucca que demuestre que el importe de \$us3.000.000.- sea una obligación que, a pesar de no estar formalizadas jurídicamente, **sea cierta e ineludible**, en razón a que dicha demanda se encuentra paralizada debido a la renuncia del tribunal arbitral designado originalmente y a la imposibilidad de constituir un nuevo tribunal. Por lo que, la solicitud del denunciante no corresponde, más aun que en el caso en cuestión, dicho aspecto no reúne las condiciones establecidas en las normas de contabilidad nacionales emitidas por el Colegio de Auditores de Bolivia y las Normas Internacionales de Contabilidad (NIIF/NIC) emitidas por el International Accounting Standards Board, en lo referente a las provisiones.

En todo caso dicha demanda debe ser informada en notas a los estados financieros del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., conforme los lineamientos establecidos en las normas de contabilidad nacionales emitidas por el Colegio de Auditores de Bolivia y las Normas Internacionales de Contabilidad (NIIF/NIC) emitidas por el International Accounting Standards Board."

Consiguientemente, sobre este punto se ratifica lo expresado en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010.

Sobre el Punto 4.5

Referido a supuestas contradicciones entre el historial de pago de primas y las planillas mensuales de pago de primas en cuanto a la tasa de seguro, documentos emitidos y elaborados por el Banco Santa Cruz S.A.

El informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, menciona lo siguiente:

"... se determinó que las tasas señaladas del 0.048 por ciento por deudor y 0.092 por ciento por dos deudores en los documentos "Historial de Pago de Primas" ("Créditos con Seguro de Desgravamen Hipotecario") del período comprendido entre julio 2000 y marzo 2001, corresponden a la tasa de seguro parametrizada en el sistema al momento de la reimpresión y no la devengada en el préstamo.

El documento "Historial de Pago de Primas" presenta en los campos "p/ seguro" y "p/cliente" la tasa de seguro vigente al momento de la reimpresión de 0.048 por ciento por deudor y 0.092 por ciento por dos deudores respectivamente, debido a que esas tasas fueron aplicadas el 1 de noviembre de 2001, fecha en que se realizó la reimpresión, de manera general a los créditos con cobertura de seguro de desgravamen. Sin embargo, esos porcentajes no fueron cobrados al señor Lucca, a

quien le cobraron primas por concepto de seguro de desgravamen con la tasa estipulada en la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario N° 600055...”

Concluyendo lo siguiente:

“...Las contradicciones entre el historial de pago de primas y las planillas mensuales de pago de primas, a las que se refiere el informe de la ex SPVS, son originados por los sistemas de información del ex BSC, que reflejan la tasa de seguro de desgravamen vigente al momento de la reimpresión de dicho documento.

En ese sentido, los cobros al Señor Lucca por el seguro de desgravamen, fueron realizados conforme lo estipulado en las pólizas de seguro de desgravamen hipotecaria y contrato de préstamo...”

Consiguientemente, se ratifica lo expresado en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010.

Sobre el Punto 4.8

Referido a los siguientes numerales:

4.8.1. Denuncia sobre cobros irregulares de tasas de interés de todos los créditos otorgados al Sr. Luis Artemio Lucca Suarez.

4.8.2. Denuncia sobre la escritura pública N° 1274 de 30 de junio de 2000, sobre la existencia de capitalización de intereses.

4.8.4. Denuncia sobre Boletas de líneas de crédito (21) que a simple vista difieren de las presentadas por el mismo banco, donde se puede evidenciar la doble contabilidad.

El Informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009 concluye lo siguiente:

En relación al punto 4.8.1: “...De la documentación revisada y la reconstrucción de cada una de las operaciones, se ha evidenciado que el ex Banco Santa Cruz S.A., aplicó las tasas de interés de acuerdo con lo establecido en los contratos de préstamo, por lo tanto, los montos cobrados al prestatario, se enmarcan dentro de los términos y condiciones contractuales...”

En relación al punto 4.8.2: “...Del análisis realizado se concluye que no se capitalizaron intereses con el desembolso de la operación N° 1000-4022-00341641, debido a que se ha evidenciado que el señor Lucca pagó los intereses acumulados mediante debito en cuenta corriente en dólares americanos, de manera previa al desembolso de la operación...”.

En relación al punto 4.8.4: “...De lo expuesto y analizado, no se identificaron inconsistencias en la información consignada en los documentos citados y las 21 boletas presentadas en el proceso ejecutivo seguido por el BME, por tanto no se evidenció una doble contabilidad...”.

En ese sentido, esta Autoridad de Supervisión en el marco de lo anteriormente expuesto ratifica las conclusiones arribadas en Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, así como en las conclusiones del informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, en los cuales se evidencia que ASFI ha considerado debidamente las denuncias formuladas por su persona en sus memoriales de 26 y 31 de agosto de 2011, las mismas que al no aportar nuevos elementos de juicio no requieren complementación o ampliación por parte de este órgano de Supervisión.

Finalmente, se aclara al solicitante que la presenta carta no tiene el carácter de acto administrativo definitivo por cuanto su contenido ratifica y aclara los hallazgos contenidos en el Informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, el mismo que fue comunicado a su persona oportunamente."

Conforme lo arriba relacionado y a solicitud de **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**, el contenido de la nota ASFI/DAJ/R-126412/2011 fue consignado en la Resolución Administrativa ASFI/Nº 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, posteriormente confirmada por la Resolución Administrativa ASFI Nº 037/2012 de 8 de febrero de 2012, la que al presente es materia de la presente Resolución Ministerial Jerárquica al haber sido impugnada por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**.

2. Aclaración previa.-

En principio, debe aclararse que la Resolución Nº 61/2012 de 12 de noviembre de 2012, pronunciada por la Sala Civil Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, constituida al efecto en Tribunal de Garantías Constitucionales, considera que, de la manera establecida por el artículo 52º, parágrafo III, de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, la Resolución Administrativa ASFI Nº 037/2012 de 8 de febrero de 2012 -que se señala de recurrida-, ha incorporado en su texto los numerales 3.4, 4.5 y 4.8 del informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, mismos sobre los que recae el Recurso Jerárquico.

Tal mención resulta pertinente a los fines de dejar constancia que, la presente Resolución Ministerial Jerárquica, dentro de los alcances del artículo 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 (que dice "La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente..."), tiene por impugnada la precitada Resolución Administrativa ASFI Nº 037/2012, no recayendo lo mismo -como entonces, mal sugiere el recurrente- sobre el informe ASFI/DSS/R-127404/2010 en los numerales señalados.

De ésta manera, se da cumplimiento a los artículos 48º, parágrafo II, de la misma Ley, y 37º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Tal justificativo además, evita mayor consideración a lo alegado por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.** en su memorial presentado de 20 de marzo de 2012, en cuanto a "1. PROCESO ADMINISTRATIVO CONCLUIDO" y "2. ASPECTOS YA EVALUADOS", por cuanto en mérito a lo dispuesto por la Sala Civil Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, tales argumentos resultan inatendibles.

3. Análisis de la controversia.-

El recurrente **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** acusa la violación al debido proceso administrativo y al principio de legalidad, por falta de motivación y fundamentación en la Resolución recurrida, y falta de valoración probatoria por parte del Ente Regulador en el mismo acto, fundando tal posición en los argumentos siguientes:

3.1. Oportunidad de instauración del proceso arbitral y su trascendencia normativa.-

El recurrente **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, bajo el rótulo “sobre el punto 3.4. del informe”, refiere que:

“...desde el año 2003 el Banco Santa Cruz S.A. tuvo conocimiento y fue notificado con la demanda arbitral presentada de mi parte en fecha 05 de mayo de 2003 y prueba clara de ello se tiene en las cartas remitidas por la CAINCO al Banco en el mismo año así como en la propia nota de 25 de abril de 2005 remitida a la Cámara Nacional de Comercio por el Banco Santa Cruz S.A. ... señaló que: “Tenemos conocimiento de que el señor Luis Artemio Lucca Suarez habría presentado ante ese centro una solicitud de arbitraje...”

Tal situación resulta trascendente, por cuanto el mismo recurrente aqueja:

“...el Título II, del Manual de Cuentas Para Bancos y Entidades Financieras, bajo el nomen juris de “NOMENCLATURA DE CUENTAS”, en el CÓDIGO 250.00, GRUPO: “PREVISIONES” se establece lo siguiente:

“DESCRIPCIÓN: Representa el importe estimado para cubrir el riesgo de POSIBLES pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio del desahucio del personal, por juicios contra la entidad, provisiones voluntarias para cubrir pérdidas futuras aun no identificadas y otras situaciones contingentes”.

Por su parte, el **CÓDIGO 243.00, GRUPO: “OTRAS CUENTAS POR PAGAR”, CUENTA: “PROVISIONES”** del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, sostiene lo siguiente:

“DESCRIPCIÓN

En esta cuenta SE REGISTRA el importe de las obligaciones que, a pesar de no estar formalizadas jurídicamente, son ciertas e ineludibles y se encuentran pendientes de pago (...).”

La situación más clara se presenta cuando el punto 651.00, numerales 651.01 y 651.02 se determina lo siguiente:

“651.01 JUICIOS DEMANDADOS POR TERCEROS”

“DESCRIPCIÓN

Registra el IMPORTE RECLAMADO de las demandas judiciales iniciadas por terceros contra la entidad".

"651.02 CONTINGENCIAS PENDIENTES DE DEFINICIÓN"

"DESCRIPCIÓN"

Registra el importe estimado de los cargos en contra pendientes de definición que PUDIERAN ocasionar obligaciones o pérdidas a la entidad, cuya resolución dependa de circunstancias ajenas y cuya concurrencia sea remota o posible, (...)".

Hasta aquí, nótese claramente que la normativa contable del propio órgano regulador no hace mención expresa a la existencia de una "sentencia ejecutoriada" como requisito para procederse a efectuar provisiones contables. Mas bien, la norma utiliza la frase "posibles pérdidas" e incluso establece que el registro de provisiones debe darse por el "importe reclamado" o que "pudieran ocasionar pérdidas" aunque la resolución final esté pendiente. Aspectos que claramente no han sido cumplidos por el Banco al no haber provisionado el monto contenido en la demanda arbitral de 05 de mayo de 2003 en la oportunidad debida..."

Al respecto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su Resolución Administrativa ASFI N° 037/2012, señala en principio no poder emitir criterio por "existir una declinatoria de competencia y en razón a que en los antecedentes del caso en cuestión el denunciante -se refiere a **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**- no ha demostrado ser acreedor de las dos entidades fusionadas -los ex Bancos Santa Cruz S.A. y Mercantil S.A.-, de conformidad al Código de Comercio (no establece cuál o cuáles los artículos en concreto de tal Código, que son fundamento a su posición)".

Sin embargo, contradictoria e inmediatamente después, emite con carácter determinante, los criterios siguientes:

- La demanda arbitral interpuesta por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio de la ciudad de Santa Cruz, "habría" concluido con el Auto de Vista emitido por la Sala Social y Administrativa de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Santa Cruz, en fecha 15 de abril de 2004, declarando la declinatoria de competencia para ante oficina similar de la Cámara Nacional de Comercio con asiento en la ciudad de La Paz.
- (Remitiéndose a lo que señala el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en su oficio BMSC/GAL/1057/2010 de 7 de octubre de 2010) **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** no formalizó demanda arbitral alguna entre abril de 2004 y el 29 de enero de 2009; en la fecha última es cuando la interpone por ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, proceso dentro del cual, habiendo solicitado en dos oportunidades la constitución de una previsión contable, en ambas, tal solicitud fue rechazada (3 de marzo y 6 de marzo de 2009).

- El Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras aprobado por el Órgano Supervisor, establece que:
 - Grupo 240.00 (Otras cuentas por pagar), cuenta 243.00 (Provisiones): *"en esta cuenta se registra el importe de las obligaciones que, a pesar de no estar formalizadas jurídicamente, son ciertas e ineludibles y se encuentran pendientes de pago, tales como, el importe devengado de los beneficios sociales del personal de la entidad, los impuestos a cargo de la entidad, que aún no son exigibles"*.
 - Cuenta 250.00 (Previsiones): *"representa el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, por juicios contra la entidad, provisiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situaciones contingentes..."*
 - Además, los estados financieros se preparan de acuerdo con las disposiciones establecidas por el Órgano de Supervisión, y en los casos no previstos, con los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados emitidos por el Colegio de Auditores de Bolivia, y con las Normas Internacionales de Contabilidad (NIIF/NIC) emitidas por International Accounting Standards Board *"optando por la alternativa más conservadora"*.
- El proceso arbitral iniciado por ante la Cámara Nacional de Comercio el 29 de enero de 2009, por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., *"no concluyó"* en un fallo que demuestre que el importe demandado sea una obligación cierta e ineludible, en razón a encontrarse tal proceso paralizado, por no existir Tribunal constituido, por lo que la solicitud -sobre constitución de provisiones- no corresponde, *"más aún"* cuando no se reúnen las condiciones establecidas por las normas de contabilidad nacionales e internacionales, y de acuerdo a las mismas, la demanda podría contemplarse en las notas a los Estados Financieros (entonces, no así en las provisiones, como pretende el recurrente).

Los antecedentes precitados dan lugar a la evaluación siguiente:

La Ley N° 1770, de Arbitraje y Conciliación, si bien no contiene previsión alguna con referencia a los efectos de los conflictos de competencia emergentes de una demanda arbitral, sí señala en su artículo 43, que **"el procedimiento arbitral se iniciará cuando todos los árbitros hayan notificado a las partes por escrito su aceptación de la designación"**.

Entonces, de lo que se trata aquí en principio, es de determinar si con la -anterior- demanda arbitral de fecha 6 de mayo de 2003, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio de la ciudad de Santa Cruz, todos los árbitros notificaron a las partes por escrito, la aceptación de su designación, consiguientemente, si en tal data se dio inicio al proceso arbitral.

Para ello, es pertinente remitirse a la relación que realiza la Sentencia Constitucional 0164/2005-R de 28 de febrero de 2005, dentro del Recurso de Amparo Constitucional interpuesto por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** contra los vocales de la Sala Civil Segunda de la entonces Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Santa Cruz, conforme la transcripción de la parte pertinente:

"...II.1. Luis Artemio Lucca Suárez, por memorial presentado el 6 de mayo de 2003 (fs. 7 a 17), interpuso demanda arbitral ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la CAINCO y Servicios de Santa Cruz, contra el Banco Santa Cruz S.A., HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. y Bisa Seguros y Reaseguros S.A.

*De acuerdo al Acta 17/03, de 18 de junio de 2003 (fs. 52 y 53) del Consejo Técnico de la CAINCO, y la nota de 1 de julio de ese año (fs. 55 a 57), se constata que **no existió acuerdo entre partes para la designación de árbitros**, determinando que no es de aplicación el Reglamento de procedimiento arbitral de su Centro de Conciliación y Arbitraje.*

*II.2. Luis Artemio Lucca Suárez planteó demanda de auxilio judicial el 14 de julio de 2003 (fs. 91 a 93), **para la conformación de un Tribunal Arbitral, contra las entidades antes citadas**. El Juez Cuarto de Partido en lo Civil y Comercial del Distrito Judicial de Santa Cruz, por Auto de 24 de julio de 2003, la admitió y corrió traslado a los demandados (fs. 94).*

II.3. Presentadas las solicitudes de declinatoria formuladas por Alianza Vida de Seguros y Reaseguros S.A. (fs. 147 a 150), H.P. Brokers S.R.L. (fs. 187 y 188) y el Banco Santa Cruz S.A. (fs. 214 y 215), el Juez, mediante Auto 806/2003, de 23 de septiembre de 2003 (fs. 309 a 312), rechazó los pedidos de declinatoria y se declaró competente para conocer el auxilio judicial.

II.4. H.P. Brokers S.R.L. planteó apelación contra la decisión referida, (316 y 317), así como Alianza Vida de Seguros y Reaseguros S.A. (fs. 319 a 321) y el Banco Santa Cruz S.A. (fs. 324 a 326), que fueron concedidos mediante Auto pronunciado en audiencia de 8 de octubre de 2003 (fs. 372 a 374) (...)

II.5. Por nota de 22 de octubre se remitieron fotocopias legalizadas del expediente en apelación ante la Corte Superior de Distrito (fs. 379) que fue sorteado a la Sala Civil Segunda (fs. 380),...

II.6. A través del Auto de Vista de 15 de abril de 2004 (fs. 437 a 438), los vocales recurridos revocaron en parte el Auto apelado, declararon procedentes las solicitudes de declinatoria promovidas por los demandados del auxilio judicial, y confirmaron lo relativo al rechazo de las excepciones de impersonería opuestas por Luis Artemio Lucca Suárez, disponiendo, asimismo, la remisión de obrados a conocimiento de la Cámara Nacional de Comercio..." (negrillas insertas en la presente Resolución).

Entonces, de lo señalado por la Sentencia Constitucional 0164/2005-R, se conoce que la demanda arbitral anterior de **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**, interpuesta ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio de la ciudad de Santa Cruz, no dio lugar a la conformación de Tribunal Arbitral alguno, y menos aún -entonces-, a que

los árbitros notifiquen a las partes por escrito, la aceptación a su designación, conforme lo exige el artículo 43 de la Ley N° 1770, por cuanto, ni siquiera existió acuerdo para la designación de tales árbitros.

Corresponde aplicar tal criterio, a los presupuestos expuestos por el recurrente.

Así, resulta que con respecto de la demanda de 6 de mayo de 2003, no le es aplicable la disposición del Título II del Manual (Nomenclatura de Cuentas), Código 250.00, Grupo Previsiones, por cuanto y en los términos del artículo 43 de la Ley N° 1770 -en lo que interesa-, tal demanda no importa la existencia de un juicio contra la entidad bancaria; por otra parte, en cuanto a "*otras situaciones contingentes*" a las que el recurrente pone énfasis en tanto las refiere la misma norma, ello tiene que ver con las provisiones **voluntarias** que, como tales, hacen a decisiones previsionales y facultativas de quien las toma, no existiendo, por ello, lugar a imposición normativa alguna con referencia a las mismas.

En cuanto al Código 243.00, Grupo Otras cuentas por pagar, Cuenta Provisiones, también del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, de entre sus requisitos se rescata el que la obligación cuyo importe es registrable, debe resultar cierta e ineludible; acerca del criterio de certidumbre, no existe en el Recurso ningún fundamento que determine ello con respecto a la eventual obligación a fecha 6 de mayo de 2003, cuando se interpuso la demanda anterior, apenas si criterios personales del recurrente que, en tanto que subjetivos, no alcanzan a fundar certidumbre alguna, por tanto, haciendo también inaplicable la norma referida.

Por otra parte, para la aplicación del punto 651.00, numeral 651.01, se requiere que la demanda se encuentre iniciada, y al tenor del artículo 43 de la Ley N° 1770, ha quedado suficientemente esclarecido, que el proceso arbitral no se inició como efecto de la demanda anterior (la de 6 de mayo de 2003).

Empero, en cuanto al numeral 651.02 del Manual, el criterio normativo si resulta trascendente; recuérdese que el mismo hace referencia a:

"...651.02 CONTINGENCIAS PENDIENTES DE DEFINICIÓN"

DESCRIPCIÓN

Registra el importe estimado de los cargos en contra pendientes de definición que pudieran ocasionar obligaciones o pérdidas a la entidad, cuya resolución dependa de circunstancias ajenas y cuya concurrencia sea remota o posible,..."

Resultando para el caso que, el contenido de la demanda arbitral de 6 de mayo de 2003 y que hace referencia a un reclamo hecho presente en data anterior, conforme a toda la prueba ofrecida y producida por el recurrente (con respecto a la cual, entonces, sí corresponde dar razón a sus alegatos referidos a una "*falta de valoración probatoria*"), a tal fecha hacía a un cargo en contra de la entidad bancaria, que encontrándose en ese entonces **pendiente de definición**, era posible le ocasionase obligaciones o pérdidas, y cuya resolución, en todo caso, no dependía de la propia entidad, sino de la determinación de la

instancia arbitral, conforme lo establece el artículo 39 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros).

A este respecto, el Ente Regulador -para justificar su decisión-, en la resolución recurrida afirma también que:

“...los estados financieros se preparan de acuerdo con las disposiciones establecidas por el Órgano de Supervisión, y en los casos no previstos, con los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados emitidos por el Colegio de Auditores de Bolivia, y con las Normas Internacionales de Contabilidad (NIIF/NIC) emitidas por International Accounting Standards Board “optando por la alternativa más conservadora”, normativa que define a las provisiones como aquellos pasivos en los que “existe incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento”, y para las que se establecen las siguientes condiciones: (...)

- 1. Una entidad tiene una obligación presente (ya sea legal o implícita) como resultado de un suceso pasado.*
- 2. Es probable que la entidad tenga que desprenderse de recursos, para cancelar tal obligación. (Entiéndase que para esta norma el termino probable es la mayor posibilidad de que el evento se presente que de lo contrario).*
- 3. Pueda hacerse una estimación fiable del importe de la obligación.*

Consiguientemente, de no cumplirse las tres condiciones indicadas, la entidad no debe reconocer la provisión...”

Resulta imprecisa, en cuanto a su ubicación normativa, la disposición que la Autoridad recurrida atribuye, genéricamente, de los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados emitidos por el Colegio de Auditores de Bolivia, y a las Normas Internacionales de Contabilidad (NIIF/NIC) emitidas por International Accounting Standards Board (imprecisión reiterada en cuanto a la mención genérica del Código de Comercio, prescindiendo de establecer cuál o cuáles los artículos precisos de todas estas normas).

Amén de ello, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero incurre en otra contradicción, cuando su Resolución ha dejado constancia que la consideración de las tres condiciones señaladas, es viable “en los casos no previstos” por las disposiciones establecidas por el Órgano de Supervisión, resultando pertinente reiterar que, de acuerdo con el numeral 651.02 (Contingencias pendientes de definición) del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, sí se encuentra previsto el registro del “importe estimado de los cargos en contra pendientes de definición que pudieran ocasionar obligaciones o pérdidas a la entidad, cuya resolución dependa de circunstancias ajenas y cuya concurrencia sea remota o posible”, lo que por ello no admite incertidumbre alguna, haciendo impertinente la aplicación alternativa de las tres condiciones señaladas por el Órgano recurrido.

Por consiguiente, **corresponde que el Órgano Regulador establezca la existencia o inexistencia, de responsabilidad emergente de la inobservancia del meritudo numeral 651.02 del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, en la actuación u omisión del ex Banco Santa Cruz S.A.**

3.2. Determinación de la tasa de seguro para el pago de primas.-

Referente a la valoración de las sugeridas diferencias de las tasas de seguro en el historial de pago de primas emitidas, en cuanto a los porcentajes establecidos por la póliza N° 600055, el recurrente **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ**, en su acápite "sobre el punto 4.5. del informe", acusa:

"...la falta de evidente fundamentación en la respuesta que brinda el Informe acerca de esta situación por cuanto en ningún momento se hace en desglose técnico o se efectúa un cuadro donde evidentemente se demuestre que las tasas de seguro hubieran sido cobradas de acuerdo a la Póliza."

Al respecto, la posición de la entidad recurrida, hecha constar en la Resolución Administrativa ASFI N° 037/2012, establece que:

"...el origen de esta observación es resultado del Informe SPVS/INF/N° 01/2008 de 30 de mayo de 2008, realizado por la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, el cual en su observación N° 5 se refería a supuestas "contradicciones entre el historial de pago de primas y las planillas mensuales de pago de primas en cuanto a la tasa de seguro", contrariamente a lo manifestado por el Sr. Lucca en su memorial de 10 de enero de 2012, quién menciona que las diferencias de las tasas de seguro en el historial de pago de primas emitida por el Banco "presentaban serias diferencias en cuanto a los porcentajes establecidos en la Póliza No. 600055".

Por otra parte el Sr. Lucca en su memorial de 10 de enero de 2012, sobre el mismo punto manifiesta que el informe ASFI/DSR II/R-127404/2010, "...simplemente se limita a señalar que dichas contradicciones son originadas por los sistemas de información del ex Banco Santa Cruz S.A...", es decir sin mayor fundamentación, sin embargo, no menciona que dicho informe refleja las conclusiones del Informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, que fue realizado con toda la fundamentación respectiva, revisando toda la documentación detallada en dicho informe y la reconstrucción de cada una de las operaciones, aspecto que desvirtúa totalmente lo manifestado por el Señor Lucca en su memorial de 10 de enero de 2012, que adicionalmente menciona lo siguiente:

"...al parecer el informe simplemente ha repetido la información escrita que le ha proporcionado el Banco sobre este tema por cuanto no se menciona cuales fueron los documentos con los cuales se trabajó técnicamente para efectuar las comparaciones entre las planillas con una configuración de tasas, las supuestas reimpressiones y las tasas estipuladas..."

Cabe puntualizar que el Informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, claramente detalla cuales han sido los documentos analizados y trabajados como se transcribe a continuación:

"Cursa en los expedientes de la investigación realizada por la ex SPVS, copias de los documentos denominados "Historial de Pago de Primas" ("Créditos con Seguro de Desgravamen Hipotecario"), la Póliza de Seguro de Desgravamen N°600055 vigente desde el 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001, las papeletas de "Amortización de Cartera de Recursos Propios". Las cuales se analizaron con el propósito de verificar la

aplicación de la tasa de seguro de desgravamen y el cumplimiento de los términos pertinentes contenidos en la Póliza de Seguro de Desgravamen.”

Producto del análisis realizado “...se determinó que las tasas señaladas del 0.048 por ciento por deudor y 0.092 por ciento por dos deudores en los documentos “Historial de Pago de Primas” (“Créditos con Seguro de Desgravamen Hipotecario”) del periodo comprendido entre julio 2000 y marzo 2001, corresponden a la tasa de seguro parametrizada en el sistema al momento de la reimpresión y no la devengada en el préstamo.

El documento “Historial de Pago de Primas” presenta en los campos “p/seguro” y “p/cliente” la tasa de seguro vigente al momento de la reimpresión de 0.048 por ciento por deudor y 0.092 por ciento por dos deudores respectivamente, debido a que esas tasas fueron aplicadas el 1 de noviembre de 2001, fecha en que se realizó la reimpresión, de manera general a los créditos con cobertura de seguro de desgravamen. Sin embargo, esos porcentajes no fueron cobrados al señor Lucca, a quien le cobraron primas por concepto de seguro de desgravamen con la tasa estipulada en la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario N°600055...”

Producto del trabajo realizado y con toda la fundamentación necesaria, el informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009 concluyó lo siguiente:

“... De la documentación revisada y la reconstrucción de cada una de las operaciones, se ha evidenciado que el ex BSC, aplicó las tasas de interés de acuerdo con lo establecido en los contratos de préstamo, por lo tanto, los montos cobrados al prestatario, se enmarcan dentro de los términos y condiciones contractuales.”

“...Las contradicciones entre el historial de pago de primas y las planillas mensuales de pago de primas a las que se refiere el informe de la ex SPVS, son originados por los sistemas de información del ex BSC, que reflejan la tasa de seguro de desgravamen vigente al momento de la reimpresión de dicho documento.

En ese sentido, los cobros al Señor Lucca por el seguro de desgravamen, fueron realizados conforme lo estipulado en las pólizas de seguro de desgravamen hipotecaria y contrato de préstamo...”

Dichas conclusiones fueron ratificadas en el informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010, a la que cuestiona el señor Luis Artemio Lucca Suárez en lo referente a los puntos motivo del presente Recurso de Revocatoria.

Finalmente el señor Lucca en su memorial de 10 de enero de 2012 manifiesta que “...más contradictorio aún resulta ser que si el Banco no cuenta con la documentación en sus archivos (como el mismo informe señala) entonces ¿Cuál fue la base para efectuarse este análisis si no existe documentación?...”

Cabe aclarar que para esta observación se contó con la documentación necesaria y en este punto en particular existe una conclusión sobre un trabajo realizado con la debida fundamentación, como se demostró en los párrafos precedentes y en ningún momento se hizo

referencia, para este punto en particular, a que “el Banco no cuenta con la documentación en sus archivos”, como sostiene el Señor Lucca”.

De lo anterior, se concluye que contrariamente a lo alegado por el recurrente, la posición del Ente Regulador en la Resolución Administrativa ASFI N° 037/2012 de 8 de febrero de 2012, se encuentra debidamente fundamentada en los términos de los artículos 28, Inc. e), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y 17, Par. II, Inc. d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, de 15 de septiembre de 2003.

Asimismo, consta de la Resolución recurrida, que el Ente Regulador a su vez se ha remitido a lo señalado por el informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, el que con suficiente claridad ha establecido que:

“El documento “Historial de Pago de Primas” presenta en los campos “p/seguro” y “p/cliente” la tasa de seguro vigente al momento de la reimpresión de 0.048 por ciento por deudor y 0.092 por ciento por dos deudores respectivamente, debido a que esas tasas fueron aplicadas el 1 de noviembre de 2001, fecha en que se realizó la reimpresión, de manera general a los créditos con cobertura de seguro de desgravamen. Sin embargo, esos porcentajes no fueron cobrados al señor Lucca, a quien le cobraron primas por concepto de seguro de desgravamen con la tasa estipulada en la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario N° 600055...”

En tal sentido, tampoco corresponde el alegato sobre que no se hubiera aclarado “si los pagos fueron efectuados conforme a la tasa vigente o a la estipulada”, como que “no se menciona cuáles fueron los documentos con los cuales se trabajó técnicamente para efectuar las comparaciones entre las planillas”, ambos argumentos señalados en el Recurso Jerárquico, por cuanto la Resolución recurrida ha establecido que:

“...las conclusiones del Informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, que fue realizado con toda la fundamentación respectiva, revisando toda la documentación detallada en dicho informe y la reconstrucción de cada una de las operaciones, aspecto que desvirtúa totalmente lo manifestado por el Señor Lucca en su memorial de 10 de enero de 2012...”

En definitiva y en lo que concierne a los alegatos recursivos inherentes al punto 4.5 del informe ASFI/DSS/R-127404/2010, expuestos por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**, los mismos resultan infundados, máxime si se tiene en cuenta que su Recurso, no aporta ningún elemento objetivo y que permita determinar, que el agravio que pudiera afectarle, sea producto de la determinación asumida por el Órgano Regulador en la Resolución impugnada, encontrándose fundados sus alegatos en su propio “parecer”, entonces sin mayor justificativo.

Dentro de lo mismo, la exigencia de **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ** de que se efectúe “un cuadro donde evidentemente se demuestre que las tasas de seguro hubieran sido cobradas de acuerdo a la Póliza”, no puede constituir un agravio que justifique un reclamo de la naturaleza que importa un Recurso Jerárquico, y se limita al orden subjetivo del peticionante, por lo que se evita mayor consideración al respecto.

3.3. Capitalización de intereses y doble contabilidad.-

Señala el recurrente, que:

"...al evaluarse los numerales 4.8.1, 4.8.2 y 4.8.4 (pág. 31-32) se puede apreciar una clara falta de motivación y fundamentación en virtud a que, de manera escueta y sin ninguna explicación técnica que se encuentre graficada o cabalmente desarrollada, solo se atina a mencionarse que "no se considera emitir criterio adicional al ya existente"

En el mismo sentido, acerca de la capitalización de intereses y las 21 boletas que difieren de las presentadas por el Banco evidencian doble contabilidad al margen de no existir una explicación motivada del estos casos, no se logra comprender como la ASFI emitió este Informe acerca de estos cuestionamientos si se supone que el Banco no cuenta con la documentación que respalde dichas operaciones".

A los fines de precisar los objetos de controversia, se rescata la relación contenida en la Resolución Administrativa ASFI N° 037/2012:

"4.8.1. Denuncia sobre cobros irregulares de tasas de interés de todos los créditos otorgados al Sr. Luis Artemio Lucca Suarez.

4.8.2. Denuncia sobre la escritura pública N° 1274 de 30 de junio de 2000, sobre la existencia de capitalización de intereses.

4.8.4. Denuncia sobre 21 Boletas de líneas de crédito que a simple vista difieren de las presentadas por el mismo banco, donde se puede evidenciar la doble contabilidad."

La Resolución precitada continúa:

"El Sr. Lucca en su memorial de Recurso de Revocatoria 10 de enero de 2012, sobre estos puntos manifiesta que el informe ASFI/DSR II/R-127404/2010, ha realizado una evaluación "...de manera escueta y sin ninguna explicación técnica que se encuentre graficada o cabalmente desarrollada, solo se atina a mencionarse que "no se considera emitir criterio adicional al ya existente" y "...no se logra comprender como la ASFI emitió este informe acerca de estos cuestionamientos si se supone que el Banco no cuenta con la documentación que respalde dichas operaciones..."

Al respecto lo que no menciona el Señor Lucca, es que estas denuncias fueron objeto de un proceso de investigación preliminar cuyo resultado se encuentra descrito en el informe ASFI/DSR-II/R-49741/2009 y no revela incumplimientos de orden administrativo. El Informe ASFI/DSR II/R-127404/2010 refleja las conclusiones del Informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009, que fue realizado con toda la fundamentación respectiva, revisando toda la documentación detallada en dicho informe y la reconstrucción de cada una de las operaciones, aspecto que desvirtúa totalmente lo manifestado por el Señor Lucca en su memorial de 10 de enero de 2012.

Cabe aclarar que para esta observación se contó con la documentación necesaria y en estos puntos en particular existen conclusiones sobre un trabajo realizado con la debida

fundamentación y en ningún momento se hizo referencia para estos puntos en particular a que “el Banco no cuenta con la documentación que respalde dichas operaciones”, como sostiene el Señor Lucca.

En este sentido, el informe ASFI/DSR II/R-49741/2009 de 22 de octubre de 2009 menciona lo siguiente:

Sobre el punto 4.8.1:

“...En cuanto a los posibles cobros con tasas mayores a las estipuladas, se verificó que las transacciones realizadas, reflejan las condiciones económicas establecidas en los contratos suscritos entre las partes

Asimismo, se verificó para cada operación, que en el cálculo del costo financiero pactado y los días transcurridos entre cada amortización, coinciden con los comprobantes del sistema computarizado del ex BSC, por lo tanto cumple con pactado contractualmente.

Respecto a la revisión de las amortizaciones a capital e intereses de las operaciones observadas, se verificó que los términos pactados en los contratos, fueron los aplicados para el cálculo de la tasa de interés variable, cuya tabla obtenida del BME, reflejan históricamente las utilizadas para cada una de las amortizaciones, tasa variable que osciló entre un 9.01% en la gestión 1998 hasta un 10.84%, correspondiente a mediados del 2001; con spread's que varían entre 4.5%, 5.0%, 5.5% y 6%...”

Concluyendo que “...De la documentación revisada y la reconstrucción de cada una de las operaciones, se ha evidenciado que el ex Banco Santa Cruz S.A., aplicó las tasas de interés de acuerdo con lo establecido en los contratos de préstamo, por lo tanto, los montos cobrados al prestatario, se enmarcan dentro de los términos y condiciones contractuales...”

Sobre el punto 4.8.2:

“En el marco de la Escritura Pública N° 1274 de 28 de octubre de 1996, se reprogramó y desembolsó el 30 de junio de 2000, el préstamo N° 1000-4022-00341641 por \$us 210 mil. El mismo, fue destinado a la cancelación de 19 operaciones de crédito por un total de \$us 227.454, de los cuales se aplicó a capital \$us 209.257, a intereses \$us 18.038 y a otros cargos \$us 158.

El desembolso del crédito fue efectuado en la cuenta 1000-1012-00263547 a nombre de Lucca Suarez Luis Artemio y/o Lucca Ana María Arteaga de, según el extracto de la cuenta mencionada, se evidenció que existía un saldo de \$us 18.131, monto suficiente para cubrir los intereses adeudados, quedando un saldo de \$us 593.89.”

Concluyendo que “...no se capitalizaron intereses con el desembolso de la operación N° 1000-4022-00341641, debido a que se ha evidenciado que el señor Lucca pago los intereses acumulados mediante débito en cuenta corriente en dólares americanos, de manera previa al desembolso de la operación...”.

Sobre el punto 4.8.4:

“...Se verificó la consistencia de la información presentada por el ex BSC, en las 21 boletas de desembolso de créditos (tasas de interés, tasas de seguro de desgravamen, plazo, monto) con respecto a los reportes “Historial de Pago de Primas” (Créditos con Seguro de Desgravamen Hipotecario), papeletas de “Desembolso de Cartera”, de “Amortización de Cartera de Recursos Propios”, “Kardex de Prestamo”. Al respecto, no se evidenció inconsistencias que pudieran afectar a las operaciones de crédito del señor Lucca y esposa.

Concluyendo que “...De lo expuesto y analizado, no se identificaron inconsistencias en la información consignada en los documentos citados y las 21 boletas presentadas en el proceso ejecutivo seguido por el BME, por tanto no se evidenció una doble contabilidad...”

En este sentido, se reproduce la conclusión del acápite anterior (*Determinación de la tasa de seguro para el pago de primas*) ahora para el presente, por cuanto nuevamente, contrario sensu a lo alegado por el recurrente, la determinación del Ente Regulador en la Resolución Administrativa ASFI N° 037/2012 de 8 de febrero de 2012, se encuentra debidamente fundamentada en los términos de los artículos 28, Inc. e), de la Ley N° 2341 y 17, Par. II, Inc. d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175.

En definitiva y en lo que concierne a los alegatos recursivos inherentes a los numerales 4.8.1, 4.8.2 y 4.8.4 del informe ASFI/DSS/R-127404/2010 expuestos por **LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ**, los mismos resultan infundados, máxime si se tiene en cuenta que su Recurso, a este respecto, no aporta ningún elemento objetivo y que permita determinar, que el agravio que pudiera afectarle, sea producto de la determinación asumida por el Órgano Regulador en la Resolución impugnada.

CONSIDERANDO

Que, de conformidad con el artículo 43, Par. I, Inciso a), del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución recurrida, con alcance parcial cuando la ratifique en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida.

Que, asimismo, de conformidad con el artículo 44 del Decreto Supremo N° 27175, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas podrá anular la Resolución impugnada, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 037/2012 de 8 de febrero de 2012 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus

partes la Resolución Administrativa ASFI N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, confirmación parcial que recae en lo que toca a los numerales 4.5 y 4.8 del informe ASFI/DSS/R-127404/2010 de 3 de diciembre de 2010.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI/N° 839/2011 de 27 de diciembre de 2011 inclusive, únicamente en cuanto a lo referido al numeral 3.4 del informe ASFI/DSS/R-127404/2010, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, debiendo el Órgano Regulador establecer la existencia o inexistencia, de responsabilidad emergente de la inobservancia del numeral 651.02 del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, en la actuación u omisión del ex Banco Santa Cruz S.A.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 545/2012 DE 22 DE OCTUBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ - SIREFI N° 006/2013 DE 13 DE FEBRERO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 006/2013

La Paz, 13 de Febrero de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 545/2012 de 22 de octubre de 2012, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 004/2013 de 18 de enero de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 010/2013 de 23 de enero de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, mediante memorial de fecha 13 de noviembre de 2012, el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, representado al efecto por los abogados Dra. **Coty Sonia Krsul Andrade** y Dr. **Marcelo Rodolfo Antonio Alarcón Caba**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 545/2012 de 22 de octubre de 2012, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012.

Que, en fecha 16 de noviembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió el expediente administrativo, correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 545/2012 de 22 de octubre de 2012.

Que, por providencia de fecha 22 de noviembre de 2012, se dispuso que con carácter previo, el recurrente **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** acredite la personería de sus representantes legales, extremo al que se dio cumplimiento conforme se evidencia de los testimonios de poder Nros. 159/2010 de 11 de febrero de 2012, y 178/2012 de 13 de febrero de 2012, ambos otorgados por ante la Notaría de Fe Pública N° 7 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna, presentados mediante nota de fecha 4 de diciembre de 2012.

Que, mediante Auto de fecha 6 de diciembre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 545/2012 de 22 de octubre de 2012, mismo que fue notificado el 6 de diciembre de 2012.

Que, por memorial presentado en fecha 19 de diciembre de 2012 y acreditando al efecto el testimonio de poder N° 689/2012 de 14 de diciembre de 2012, otorgado por ante Notaría de Fe Pública N° 91 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo del Dr. Marco Antonio Iturricha Lema, se apersonó el Dr. **Federico Gover Fernández Muñecas** en nombre y representación del señor **CARLOS HUGO JUSTINIANO EKLUND**, quien invocando el artículo 12° (*Terceros Interesados*) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, y refiriendo hallarse "*directamente afectado*", solicitó se le hagan conocer ulteriores diligencias del Recurso Jerárquico.

Que, mediante Auto de fecha 24 de diciembre de 2012, notificado en fecha 2 de enero de 2013, se dispone la notificación con el Recurso Jerárquico al señor **CARLOS HUGO JUSTINIANO EKLUND**, para que, como tercero interesado, se apersona y presente sus alegatos.

Que, mediante memorial presentado en fecha 16 de enero de 2013, el Dr. **Federico Gover Fernández Muñecas**, en representación del señor **CARLOS HUGO JUSTINIANO EKLUND**, tercero interesado, hace presente sus alegatos.

Que, habiéndose dispuesto por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2013 de 21 de enero de 2013 y a solicitud del Dr. **Federico Gover Fernández Muñecas**, en representación del señor **CARLOS HUGO JUSTINIANO EKLUND**, la realización para fecha 25 de enero de 2013, a horas 10:30 a.m., de la audiencia de exposición oral de fundamentos, la misma no se llevó a efecto por inasistencia de la parte interesada, no obstante de haberse solicitado un nuevo señalamiento mediante memorial de fecha 24 de enero de 2013, el que en definitiva no ha sido atendido favorablemente, en razón de encontrarse los autos para el pronunciamiento de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, en estricta sujeción a los plazos procesales dispuestos por la norma.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA PRESENTADA EN FECHA 12 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Mediante nota presentada el 12 de septiembre de 2012 a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el señor **CARLOS HUGO JUSTINIANO EKLUND** deja constancia de los extremos siguientes:

“...Mediante la presente, luego de saludarlos cordialmente, me es ingrato comunicarles sobre el desatento trato recibido por parte del Banco de Crédito BCP, mediante el cual pretenden deslindar sus responsabilidades en la supervisión y/o fiscalización de los retiros y/o consumos en las cuentas de sus clientes para la prevención de fraudes mediante la clonación de tarjetas de débito con el fin de proteger los fondos de sus clientes que confían en su Institución Financiera. Mi caso lo detallo a continuación.

En fecha 29 de junio realicé un viaje de vacaciones con mi esposa e hijo a Florida, EE.UU (adjunto fotocopia de pasaportes y pases a bordo), en el cual realicé 5 retiros en distintos cajeros automáticos en los días 02, 04, 08, 09 y 11 de julio en las ciudades de Miami y Orlando. Debido a que estas entidades financieras a través de sus cajeros automáticos realizan un cobro por cada retiro, mi persona pretendió retirar un monto cercano al máximo permitido por el BCP (De acuerdo a su página Web la tarjeta de débito tiene originalmente como límite máximo permitido por día un monto de \$300,00 Trescientos 00/100 Dólares Americanos + el equivalente de Bs. 2.100,00 Dos Mil Cien 00/100 Bolivianos). Es por este cobro que mi persona en los retiros realizados en el exterior solicitó inicialmente por el cajero automático \$500,00 (Quinientos 00/100 Dólares Americanos), monto que fue rechazado. Posteriormente, pretendí retirar \$400,00 (Cuatrocientos 00/100 Dólares Americanos), el mismo que de igual forma fue rechazado; y así sucesivamente los montos fueron rechazados hasta llegar al monto realizado en cada retiro que fue de \$ 200,00 (Doscientos 00/100 Dólares Americanos), el mismo que era aceptado por los cajeros automáticos, motivo por el cual los 5 únicos retiros realizados por mi persona fueron con el monto anteriormente mencionado. (Adjunto, el resumen del mes de julio que corrobora lo expuesto por mi persona).

*Sin embargo (sic), en mi resumen de movimiento de cuentas emitido por el BCP del mes de Julio, se empieza a percibir movimientos anómalos en fecha 04 de Julio, fecha en la cual el BCP me realiza **5** cobros de comisiones por retiros en cajeros automáticos, siendo que mi persona solamente realizó un retiro ese día. De igual forma, en fecha 09 de Julio, el BCP me realiza **4** cobros de comisiones por retiros en cajeros automáticos, siendo que mi persona solamente realizó un retiro ese día. Asimismo, en fecha 11 de Julio, el BCP me realiza **2** cobros de comisiones por retiros en cajeros automáticos, siendo que mi persona solamente realizó un retiro ese día.*

Señores de la ASFI, desde fecha 04 de Julio evidenciamos que los usurpadores intentaban realizar retiros de mi cuenta personal pero no tuvieron éxito, hecho que se observa en el

resumen del mes de Julio en el cual el BCP no reporta ningún retiro o consumo adicional a los realizados por mi persona. Por qué el BCP realizó tantos cobros de comisiones por retiros en cajeros automáticos si mi persona solamente realizaba un retiro por día? En que (sic) país se realizaban los cobros de comisiones por retiros en cajeros automáticos? Desde estas fechas el BCP, a través de su Departamento de Prevención de Fraudes, estaba en la obligación de precautelar mis ahorros y debió bloquear la tarjeta inmediatamente hasta poder verificar que es lo que estaba sucediendo.

En fecha 11 de julio, mi persona, junto a mi esposa e hijo abordamos en la ciudad de Miami un crucero de Royal Caribbean con destino a Coco Cay, Nassau y Key West, el mismo que retornó a Miami en fecha 15 de Julio. (Adjunto, fotocopia de tarjeta de pase a bordo). Durante este tiempo, mi persona no realiza ningún retiro ni consumo con la tarjeta de débito debido a que me encontraba en un crucero con todos los gastos incluidos. En fecha 17 de Julio, retomamos a Santa Cruz - Bolivia. (Adjunto, fotocopias de pasaportes que demuestran lo relatado por mi persona).

Sin embargo, mientras mi persona se encontraba de viaje, sucedía algo realmente absurdo. De acuerdo al resumen del mes de Julio elaborado por el BCP, en fecha 14 de julio, ALGUIEN NO RECONOCIDO NI AUTORIZADO POR MI PERSONA realiza un retiro en Colombia de 405.500,00 pesos colombianos (Equivalente a Bs. 1.628,46 Un mil seiscientos veintiocho 46/100 Bolivianos). Ese mismo día, el BCP realiza **3** cobros de comisiones por retiros en cajeros automáticos (Se repite la situación de las fechas pasadas, pero en este caso el retiro no es realizado por mi persona).

Algo aún mas absurdo se percibe en fecha 16 de julio donde esta PERSONA O ENTIDAD NO RECONOCIDA NI AUTORIZADA POR MI PERSONA realiza 2 retiros en Colombia equivalentes a Bs. 1.637,61 y Bs. 426,04 respectivamente, y el BCP realiza **15** cobros de comisiones por retiros en cajeros automáticos y 1 cobro por consulta de saldo. Lo extraño continúa y se torna aún peor, en fecha 18 de Julio esta PERSONA O ENTIDAD NO RECONOCIDA POR MI PERSONA realiza los mismos 2 retiros en Colombia equivalentes a Bs. 1.637,61 y Bs. 426,04 respectivamente y el BCP realiza **36** cobros de comisiones por retiros en cajeros automáticos y 1 cobro consulta de saldo.

Señores de la ASFI, no puedo explicarme como puede ser que el BCP no haya tenido la supervisión/fiscalización necesaria para notar tan extraño uso de la tarjeta y haberla bloqueado inmediatamente para prevenir este demostrado fraude.

Lo que raya a lo absurdo y se traslada a lo incomprensible es lo que sucede en fecha 19 de Julio, donde esta PERSONA O ENTIDAD NO RECONOCIDA POR MI PERSONA a horas **9:18 y 9:19 a.m.** realiza dos retiros en Colombia equivalentes a Bs. 1.635,52 y Bs. 425,48 respectivamente. A horas **16:03 p.m.** Mi PERSONA, que ya se encontraba en Santa Cruz, realiza un retiro de Bs. 180,00 (Ciento Ochenta 00/100 Bolivianos) en el cajero automático ubicado en la Av. Monseñor Rivero. Ese mismo día, a horas **19:12, 19:28 y 20:40 p.m.** esta PERSONA O ENTIDAD NO RECONOCIDA POR MI PERSONA realiza **3** consumos en Colombia al equivalente en Bolivianos de Bs. 16.060,61, Bs. 12.848,03 y Bs. 27.683,40. Quiere decir que en un solo día, usurparon Bs. 58.653,04.

Señores de la ASFI, como puede una persona estar en Colombia a las 9:19 a.m., luego estar en Bolivia a las 16:03 p.m. y de nuevo en Colombia a las 19:12 p.m. ¿, Como se pudo consumir un monto mayor al permitido por el BCP siendo que mi persona NUNCA solicitó una modificación al monto máximo en las plataformas de atención ¿, Como es posible que el BCP no se comuniqué vía teléfono con mi persona para consultarme sobre estos consumos extraños y no permitidos por el BCP? Como puede esta PERSONA O ENTIDAD NO RECONOCIDA POR MI PERSONA utilizar mi tarjeta de débito siendo que la tengo YO en mi poder ?. Las preguntas son interminables.

Pero la historia continúa, en fecha 20 de Julio, esta PERSONA O ENTIDAD NO RECONOCIDA POR MI PERSONA realiza a horas **9:42 y 9:43 a.m.** 2 retiros en Colombia equivalentes a **Bs. 1.625.78 y Bs. 422.98** respectivamente. A horas **13:29 p.m.**, esta PERSONA O ENTIDAD NO RECONOCIDA POR MI PERSONA consume en Colombia el equivalente a **Bs. 15.034.7**, el mismo día a horas 17:06 p.m. consume el equivalente a Bolivianos de **Bs. 77.553.24**.

Señores de la ASFI, mi persona extrañamente **NUNCA** fue contactada por el BCP para consultarme si estaba realizando estos consumos extraordinarios no permitidos por el BCP. Como puede alguien consumir estos montos, si incluso cuando algún cliente se apersona a alguna sucursal de cualquier entidad Bancaria para retirar montos mayores a los \$10,000,00, esta institución le exige un llenado de formulario.

Los retiros continuaron en fechas 21 y 22, de Julio, hasta que mi persona en fecha 22 de Julio realizó un retiro de Bs. 1.000,00 del Cajero Automático ubicado en la Avenida Alemana y observé mi balance y evidencio que mi cuenta había sido asaltada sin control alguno. Inmediatamente, me dirigí al BCP ubicado en la Avenida Banzer y 3er anillo para solicitar el bloqueo inmediato de mi tarjeta y presenté el SARC con número de registro B03243-20110722-181107 ante la Sra. Marcela Beatriz Flores Jiménez.

Señores de la ASFI, que hubiera sucedido si mi persona no realizaba ningún retiro de cajero automático por una semana adicional?

En fecha 29 de Julio, recibí una carta del BCP solicitando una prórroga para darme una respuesta a mi solicitud de devolución de fondos No Reconocidos por tratarse de una "información exhaustiva" donde me solicitan prórroga (sic) de 30 días. En fecha 25 de Agosto, me apersono al BCP y recibo de la Sra. Marcela Beatriz Flores Jiménez la respuesta a mi reclamo, el mismo que fue rechazado bajo los siguientes argumentos que voy a desvirtuar. (Adjunto, fotocopia de notas mencionadas)

Primeramente, el BCP expone una lista incorrecta de las operaciones observadas por mi persona donde incluyen 4 de los 5 retiros SI reconocidos en Miami y Orlando (Mi persona solamente observó uno de los 5 retiros mencionados). Asimismo, no incluyen los cobros de comisiones por retiros en cajeros automáticos y cobros por consultas de saldo observadas fehacientemente (...)

La suma total de mi reclamo es de Bs. 168.812,46.

En la misma nota, establecen lo siguiente:

“hemos concluido que las operaciones fueron realizadas y aprobadas cumpliendo el procedimiento regular, e introducción de la clave secreta (PIN)”.

Señores de la ASFI, no me explico como el BCP puede indicar tal cosa si es obvio que los consumos no cumplen con los límites máximos establecidos para las tarjetas de débito. Asimismo, es obvio que vulneraron a su departamento de prevención de fraudes y sus controles internos para brindarles seguridad a los ahorros de sus clientes siendo que evidenciando tantas anomalías en mi cuenta de ahorro, mi tarjeta NUNCA fue bloqueada y mi persona NUNCA recibió una llamada telefónica. Por último, indican que los retiros/consumos fueron realizados con la introducción de la clave secreta PIN, siendo que la única persona que conoce mi clave, además del BCP, soy YO. Como puede alguien más saber mi PIN y tener mi tarjeta siendo que esta en mi poder?

Por otro lado, en su nota de respuesta me insinúan tomar en cuenta las siguientes consideraciones que desvirtuaré a continuación.

Indican que en el mes de Abril se registraron varias clonaciones en los distintos Bancos del País y que por ese motivo su departamento de prevención de fraudes aplicó un bloqueo temporal preventivo a mi tarjeta en fecha 18 de abril de 2011 a fin de evitar se registre alguna operación no reconocida. Asimismo, indican que mi persona se contactó en fecha 04 de mayo con el BCP para levantar el bloqueo de mi tarjeta no sin antes pedirme realizar el cambio de mi clave secreta PIN, pero que hasta la fecha en sus reportes no tienen ninguna solicitud para el cambio de mi clave PIN y que con eso ellos habrían cumplido con todos los mecanismos de prevención de fraudes. (Adjuntan la grabación de la llamada antes mencionada)

Señores de la ASFI, en fecha 18 de abril el BCP bloqueó mi tarjeta por un retiro de Bs. 2.500,00 (Dos mil quinientos 00/100 Bolivianos).

Pregunto:

Por qué no la bloqueó en fecha 04 de Julio cuando evidenció que se realizó solamente un retiro y existían 5 cobros de comisiones por retiros en cajeros automáticos?

Por qué no la bloqueó en fecha 18 de Julio cuando con solamente 2 retiros no reconocidos se realizaron 36 cobros de comisiones por retiros en cajeros automáticos y 1 cobro consulta (sic) de saldo?

Por qué no la bloqueó en fecha 19 de Julio cuando se realizan retiros en Colombia a las 9:18 a.m., en Bolivia a las 16:03 p.m. y consumos en Colombia a las 19:12 p.m.?

Por qué no la bloqueó cuando realizaron consumos por montos no permitidos por el BCP como los de Bs. 16.060,61 o peor aún Bs. 77.553,24?

Por qué su departamento de prevención de fraudes no bloqueó mi tarjeta o en su defecto me consultó vía teléfono sobre estos consumos extraordinarios no permitidos como lo realiza normalmente con otros clientes?

Acaso el BCP asumió que después de Abril nunca más existirían clonaciones?

Respondo:

Vulneraron su sistema de seguridad y hubo negligencia por parte del Departamento de Prevención de Fraudes por no bloquear mi tarjeta inmediatamente o contactarse con mi persona vía teléfono, siendo que tenían mis datos actualizados en fecha 04 de mayo. (Adjunto, grabación grabada (sic) por el BCP).

Respecto al cambio de mi clave secreta PIN, podemos escuchar claramente como mi persona fue desinformada por el funcionario del BCP en la conversación adjunta, la cual detallo a continuación exactamente:

Funcionario BCP.- Su tarjeta ha sido habilitada, por temas de seguridad usted debe hacer el cambio de su clave secreta en nuestros cajeros automáticos.

Mi persona.- Ahí indica como no?

Funcionario BCP.- Le va pedir su clave actual y después va digitar otros 4 números q (sic) usted va escoger y esa va ser (sic) su nueva clave.

Este hecho no sucedió de la forma explicada por el funcionario del BCP, cuando utilicé mi tarjeta una vez habilitada, ingresé los 4 dígitos de mi clave secreta PIN y mi tarjeta funcionó normalmente sin pedirme los otros cuatro números como lo expresó el funcionario del BCP. Por lo tanto, mi persona fue desinformada.

Además, así haya cambiado mi clave secreta en ese entonces 04 de mayo, la clonación de mi tarjeta sucedió en el mes de Julio, dos meses después. Por lo tanto, es irrelevante si mi persona haya cambiado o no su clave secreta PIN en ese entonces.

Señores de la ASFI, como pueden evidenciar claramente, el BCP fue vulnerado en sus controles internos y negligentes en proteger mis ahorros personales, por lo que solicito a través de su prestigiosa entidad, realizar sus buenos oficios para la devolución de mis fondos a la brevedad posible..."

2. NOTA ASFI/DDC/R-111335/2012 DE FECHA 6 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Mediante nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012 dirigida al **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero deja constancia de los extremos siguientes:

"...Nos referimos a la inspección especial realizada en fechas 18 y 19 de junio de 2012 producto del reclamo presentado por el señor Carlos Hugo Justiniano Eklund en contra del Banco de Crédito de Bolivia S.A. por retiros efectuados mediante su Tarjeta de Débito en Cajeros Automáticos y Consumos en Establecimientos Comerciales en la República de Colombia por un monto equivalente que asciende a Bs168.812,46 (Ciento

Sesenta y Ocho Mil Ochocientos Doce 46/100 Bolivianos) no reconocidos por el reclamante.

Al respecto, y luego de efectuar la revisión de la documentación entregada por el Banco de Crédito de Bolivia S.A. en la inspección realizada, así como por el reclamante, se ha establecido lo siguiente:

- Debido a la gran cantidad de clonaciones de tarjetas de crédito y débito en el mes de abril de 2011 el Banco de Crédito de Bolivia S.A. mediante su Departamento de Prevención de Fraudes aplicó un bloqueo temporal preventivo a la Tarjeta Credimas (sic) del señor Justiniano Eklund con el objeto de evitar el registro de alguna operación no reconocida en fechas 18 de abril de 2011 y 21 de abril de 2011.
- En fecha 4 de mayo de 2011 el señor Justiniano Eklund se comunicó telefónicamente con el Banco de Crédito de Bolivia S.A. para levantar el bloqueo de su Tarjeta de Débito Credimas (sic); de la grabación realizada a la conversación sostenida con personeros de la Entidad Financiera, se determina que la misma incumple los parámetros establecidos de Banca por Teléfono, en el entendido que el Asesor de Banca no informó al señor Justiniano el motivo por el cual bloquearon su Tarjeta de Débito Credimas (sic), asimismo no le informó de manera clara la forma de cambiar su clave secreta en los cajeros automáticos toda vez que el reclamante le manifestó desconocer el procedimiento para tal cambio.
- Se observa que las alertas que originaron el bloqueo temporal de la tarjeta de débito Credimas (sic) del señor Justiniano por el "Ataque al Surtidor de Gasolina Genex Alemania", el Banco de Crédito de Bolivia S.A. no agotó las gestiones necesarias para comunicarse con el reclamante; habiendo transcurrido diecisiete (17) días, cuando el señor Justiniano se comunicó telefónicamente con la Entidad Financiera para levantar dicho bloqueo preventivo en fecha 4 de mayo de 2011, también se observa que la Entidad Financiera no consideró prudente contactarse nuevamente con el cliente a pesar de las nuevas alertas generadas el 23 de mayo de 2011.
- El Departamento de Prevención de Fraudes no realizó las gestiones y monitoreos correspondientes durante el periodo del 4 al 23 de julio de 2011 en el que se registraron los movimientos reclamados con la Tarjeta de Débito N° 4491-9204-1276-0834 por el monto que asciende a Bs168.812,46 (Ciento Sesenta y Ocho Mil Ochocientos Doce 46/100 Bolivianos), de la Cuenta de Ahorro N° 701-50109099-3-37, a pesar de que se identificó que la misma era susceptible de alta probabilidad de clonación. Considerando el tiempo transcurrido entre las alertas identificadas por la Entidad Financiera y que los retiros y consumos no reconocidos fue de sesenta (60) días después de la recomendación brindada por el Banco al señor Justiniano de cambiar el PIN de la Tarjeta de Débito; y que el reclamante no informó al Banco que se ausentaría, para descartar o terminar con el análisis de que se trataban de operaciones sospechosas.

- De la revisión de los extractos proporcionados por la Entidad Financiera se estableció que existieron consumos realizados paralelamente en los países de Colombia y Bolivia en fechas 19 y 22 de julio, lo cual es totalmente ilógico toda vez que el titular de la tarjeta se encontraba en la ciudad de Santa Cruz- Bolivia en poder de la misma.
- La Entidad Financiera incumplió los incisos b y c, artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que señala: “Las actividades de control son aquellas diseñadas y ejecutadas para mitigar los riesgos que han sido identificados en el proceso de evaluación de riesgos indicando (sic) en el punto anterior, e incluyen dos pasos: a) el establecimiento de políticas y procedimientos de control y b) la verificación de que dichas normas son cumplidas”.
- Asimismo, el Banco de Crédito de Bolivia S.A. habría incumplido la Carta Circular/ASFI/DEP/2052/2011 de fecha 5 de mayo de 2011, mediante la cual el Órgano Supervisor instruye a las Entidades Financieras que es responsabilidad de las mismas establecer medidas de seguridad y control sobre el uso de las tarjetas de débito y crédito en los cajeros automáticos, incluyendo el sistema de vigilancia y monitoreo, que permita registrar y almacenar imágenes de los eventos que ocurra en los cajeros, debiendo reforzar la comunicación con sus clientes, por los distintos canales o medios, sobre las medidas preventivas que deben tomar en cuenta a efectos de evitar posibles clonaciones de las tarjetas citadas.
- Por otra parte, el Banco de Crédito de Bolivia S.A. incumplió las Cartas Circulares/ASFI/DEP/2606/2011 de fecha 8 de junio de 2011 y ASFI/DEP/3182/2011 de fecha 11 de julio de 2011 de acuerdo a las cuales el Órgano de Supervisión ordena a las Entidades Financieras establecer medidas de seguridad, mitigación y cobertura de riesgos por delitos informáticos que se encuentran fuera de control de los clientes, asociados a la tecnología de tarjetas con banda magnética, sin que los costos sean transferidos al cliente...”

Con base a tales extremos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero instruye que:

“...el Banco de Crédito de Bolivia S.A. deberá proceder con el reembolso o devolución de los importes no reconocidos por el reclamante, así como de los intereses emergentes de tal situación, el resultado de ello deberá ser informado al Órgano Regulador en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la recepción de la presente carta...”

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 24 de septiembre de 2012, el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso de Revocatoria contra la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012, argumentando lo siguiente:

“...En el entendido que el regulador ha dado por concluido el trámite de sustanciación del reclamo presentado por el Sr. Justiniano Eklund, llegando a instruir al Banco de Crédito BCP mediante informe ASFI/DDC/R-111335/2012 la devolución del monto total de Bs. 168.812,46 en favor del cliente, y en el entendido de que la decisión comunicada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI reviste el carácter de un Acto Administrativo definitivo por tanto pone fin a un procedimiento sustanciado ante esa autoridad, el Banco de Crédito considerando que la decisión es lesiva a sus intereses, interpone el presente Recurso a efectos de la Revocatoria de la decisión asumida en base a los siguientes argumentos:

- a) En virtud a lo que establecen los Artículos 56 de la Ley 2341, 116 del Decreto Supremo 27113 y 37 del Decreto Supremo 27175, el Recurso de Revocatoria procede contra todo Acto Administrativo que tuviere carácter definitivo y fuera lesivo a los intereses o derechos del Administrado, en este sentido y en concordancia con lo estipulado por la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en su Artículo 3, Sección 5, Capítulo I Título XI; las decisiones de la ASFI dentro de procesos de resolución de reclamos presentados pueden ser impugnadas mediante el proceso administrativo regular por la Entidad Financiera que se considerara afectada por la misma, entendiéndose en este punto que las decisiones asumidas por la ASFI dentro de este tipo de procesos tienen la característica esencial de ser definitivas ya que ponen fin a todo el proceso de investigación y análisis realizado por la ASFI frente al reclamo del cliente.
- b) La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiera, mantiene, tal como lo establece el Art. 332 de la Constitución Política del Estado la facultad de supervisar y regular a las Entidades Financieras, atribuciones que se encuentran reconocidas de manera taxativa en la Ley de Bancos y Entidades Financieras Artículo 154 y 160. La función de supervisar, conforme lo establece la normativa citada otorgan a la ASFI la capacidad administrativa para exigir el cumplimiento de las “...disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias...” e “Instruir ajustes y regularizaciones contables...” a todas las entidades del Sistema (Artículos 154, 3 y 14 de la ley 1488). Dentro de este contexto, se dilucida que la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras es el medio empleado para “Normar el sistema de control interno y externo de toda intermediación financiera...”

En el presente caso, es importante hacer notar al regulador que imponer la devolución del monto de Bs. 168.812,46.- por consumos no reconocidos de la cuenta del Sr. Justiniano, carece de fundamento en cuanto a la responsabilidad que el Banco asume por una supuesta clonación de la tarjeta de débito del cliente, haciendo notar a su vez, que la responsabilidad sobre el manejo de la Tarjeta de débito así como del PIN de la misma le corresponde única y exclusivamente al cliente, conforme lo establece la cláusula cuarta inciso 4.3 del contrato de apertura de cuenta suscrito libre y consentidamente entre el Banco de Crédito BCP y el Sr. Justiniano, el mismo que determina expresamente lo siguiente: “USO DE LA TARJETA CREDIMAS (sic) Y RESPONSABILIDAD. El BANCO también entregará al CLIENTE a tiempo de la suscripción del presente contrato, para uso de la Tarjeta CREDIMAS (sic), una clave numérica secreta (PIN) para su

identificación personal y acceso a los cajeros automáticos y cualquier terminal electrónica conectada a la red, así como a la internet. **El CLIENTE es único responsable por el manejo del PIN**, comprometiéndose a memorizar el número de registro escrito entregado por el BANCO a él, **liberando al BANCO de toda responsabilidad por la pérdida del PIN o por otras personas ajenas a él.**

El CLIENTE se obliga a usar personalmente su Tarjeta CREDIMAS (sic) y su clave numérica secreta, **asumiendo responsabilidad por todas las operaciones** que se realicen con ella, sin importar que éstas hayan sido realizadas por el CLIENTE o por cualquier persona distinta a él”.

En segundo lugar, es fundamental reconocer que el Banco, cumpliendo parámetros de seguridad y monitoreo sobre los productos que mantiene con sus clientes, informó al Sr. Justiniano que su tarjeta se encontraba comprometida dentro de las alertas registradas por nuestro sistema en los casos de posible clonación de tarjetas, llegando a comunicar al cliente la necesidad del cambio de PIN de su tarjeta como medida de seguridad. Sin embargo, el cliente pasó por alto la solicitud realizada por el Banco y mantuvo el manejo de su tarjeta con el mismo PIN. En este punto, una vez más, es importante mencionar la responsabilidad que el cliente asume sobre el manejo de su calve (sic) secreta.

- c) La responsabilidad sobre el manejo de cuentas a la cual hacemos mención se encuentra expresamente contratada por el cliente, resaltando que los contratos bancarios gozan de validez plenamente reconocida por la normativa legal vigente entendiéndose en tal sentido que el contrato de apertura de cuentas suscrito con el Sr. Justiniano Eklund es válido y legítimo, siendo que la nulidad o anulabilidad de alguna de las cláusulas contratadas sólo podría ser determinada por una autoridad competente dentro de los procedimientos establecidos por la normativa vigente. De igual manera, hacemos notar que la instrucción de ASFI sobre la devolución del monto de Bs. 168.812,46, en los términos de su redacción se ha pronunciado conforme el Artículo 547 del Código Civil, disponiendo de facto una nulidad parcial del contrato (Código Civil Art. 549) y la consecuente invalidez de parte de sus elementos, no otra cosa puede concluirse con una orden que desconoce las obligaciones asumidas contractualmente por el cliente, así como los actos realizados por él. Los desvíos en la normativa que la ASFI habría identificado y en las cuales basa la decisión adoptada, importaría que la cláusula cuarta inciso 4.3 del contrato no fuera aplicable.

Adicionalmente señalamos que los extremos mencionados por mandato de la misma norma (Código Civil Art. 546) deben ser pronunciados o resueltos judicialmente (mediante una sentencia), como efecto de una acción personal que bajo las reglas de la competencia que establece el Código de Procedimiento Civil, corresponde a la jurisdicción ordinaria.

- d) Ahora bien, dentro de la facultad que tiene ASFI como ente regulador de intervenir en procesos de reclamación presentados por los clientes, es importante observar lo dispuesto por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 53/2008 que

reconoce que la Autoridad Reguladora puede "...adoptar medidas correctivas o rectificatorias en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió menoscabo por un hecho en el cual no participó, **lo que no implica entrar a resolver controversias de naturaleza privada que deben ser dilucidadas en vías judiciales**", desprendiéndose de esta determinación el reconocimiento que se hace sobre la competencia judicial que debe primar en la sustanciación de controversias privadas. En este punto se resalta que la Autoridad puede adoptar medidas correctivas o rectificatorias (sólo en el marco de su competencia), es decir imponer una sanción administrativa o corregir un proceso, pero no arrogarse competencias que conforme lo expuesto le corresponde a otros órganos debidamente reconocidos por Ley (justicia ordinaria civil); de tal manera consideramos que la ASFI, en este caso particular, incurre en la conducta prevista por el Artículo 35 de la Ley 2341, pues se pronuncia sin competencia por razón de la materia, siendo en consecuencia, nulo el acto administrativo definitivo objeto del presente recurso.

Es prudente, anotar que no se pretende poner en duda la competencia de ASFI, sino la materia en la que pretende extender esa competencia. La facultad de supervisar y regular debe ejercerse en función a la finalidad de un Sistema Financiero sano y eficiente.

Por todo lo expuesto, existiendo una inadecuada valoración de los hechos así como una incorrecta interpretación de las normas legales a tiempo de adecuarlos a las disposiciones de la Ley 2341 y Decretos Supremos 27113 y 27175, su autoridad se servirá emitir la resolución correspondiente..."

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 545/2012 DE 22 DE OCTUBRE DE 2012.-

Que, Resolución Administrativa ASFI N° 545/2012 de 22 de octubre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero declara improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012, por los fundamentos que se transcriben a continuación:

"...CONSIDERANDO:

Que, el Artículo 75 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, dispone: "Las usuarias y los usuarios y las consumidoras y los consumidores gozan de los siguientes derechos", numeral 2. "A la información fidedigna sobre las características y contenidos de los productos que consuman **y servicios que utilicen**". (las negrillas son nuestras)

Que, en el Parágrafo II del Artículo 115 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, señala: "El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones".

Que, el artículo 232 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, determina que la administración pública se rige por los principios de legitimidad, legalidad, imparcialidad,

publicidad, compromiso e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados.

Que, el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala en el inciso c) respecto al "**Principio de sometimiento pleno a la Ley**", que la administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso.

Que, por disposición del citado artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala en el inciso d) respecto al "**Principio de Verdad Material**", La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.

Que, el mismo artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala en el inciso f) respecto al "**Principio de Imparcialidad**", que las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados.

Que, el artículo 11, parágrafo I. de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2012, manifiesta: "Toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda".

Que, el artículo 16 de la citada Ley determina que la relación con la Administración Pública, las personas tienen derecho a formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente y a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen.

Que, es necesario tomar en cuenta que el derecho de petición, reside no sólo en la posibilidad de obtener lo solicitado, sino en la posibilidad de obtener una respuesta según los términos señalados por Ley, hecho que no implica que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero esté comprometida a dar una respuesta positiva y pronunciarse según los intereses del peticionante, pero si tiene la obligación de emitir criterio sobre todas y cada una de las cuestiones alegadas por cualquier recurrente de manera motivada y fundamentada.

CONSIDERANDO:

Que, en ese orden respecto al derecho a la petición es importante mencionar las consideraciones expuestas en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 06/2005 que señala: "El derecho a la petición es aquella facultad, que tiene toda persona, para acudir ante cualquier autoridad para elevar solicitudes, las cuales deben tener pronta y fundamentada resolución."

"El derecho de petición, se ha constituido en fundamento de protección y de garantía para los administrados quienes, a través de dicho mecanismo, pueden exigir el cumplimiento de garantías, principios, derechos y deberes consagrados en la constitución así como asegurar que las autoridades cumplan con los deberes del

Estado, solicitar protección para sus derechos, bien sea por motivos de intereses general o particular; pero hay que tener en cuenta que si bien la Constitución garantiza el derecho de petición, **no debe confundirse con el contenido de lo que se pide, ni con la respuesta de la administración**, que son dos cosas completamente diferentes, ni tampoco el derecho de petición **es una prerrogativa que implique una decisión favorable de la Administración**, razón por la cual no debe entenderse lesionado este derecho cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa.”

“Este derecho, al igual que los demás que se encuentran enunciados por el artículo 7 constitucional está enmarcado en el principio de reserva legal que, en materia de derecho constitucional, implica que los mismos no son absolutos y encuentran siempre sus limitaciones en las leyes que se dicten para reglamentar su ejercicio. Es decir, que la limitación de derechos sólo podrá darse por aspectos establecidos por Ley con el propósito de promover el bienestar general de una sociedad democrática y sin afectar el núcleo central de derecho.”

“Es así que la Ley N° 2341 de 23 de abril, Ley de Procedimiento Administrativo; en su artículo 1, literal b), señala como uno de los objetivos de la citada Ley: “Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública” reconociendo dicho instrumento normativo, en su artículo 16 literales a) y h), que entre los derechos de las personas en cuanto a su relación con la Administración Pública, se encuentran los de: “formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente” y “obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen”.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 27 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala que se considera acto administrativo, a toda declaración, disposición o decisión de la administración pública, de alcance general o particular emitida en el ejercicio de la potestad administrativa, normada, discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidas en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado; consiguientemente es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo.

Que, el artículo 61 de la referida Ley expresa: “Los recursos administrativos previstos en la presente Ley, serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término, no cumpliéndose las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables o si no cumpliéndose el requisito de legitimación establecido en el Artículo 11° de la presente Ley.”

Que, el párrafo I del artículo 20 Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala concretamente: **“Para interponer los recursos administrativos contra actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos reglados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el pazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la**

respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativa en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada". (Las negrillas y subrayado son nuestros)

Que, por otra parte, el artículo 15 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, manifiesta: "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos".

Que, el artículo 37 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala: "**Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, que tengan alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado o interesado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. La resolución definitiva es aquella que define la cuestión sometida a un trámite dentro del SIREFI**". (Las negrillas y subrayado son nuestros)

Que, el artículo 38 del mismo Reglamento procedimental para el SIREFI, señala: "**Los recursos se presentarán, dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio**". (Las negrillas son nuestras)

Que, finalmente el artículo 43, parágrafo I, inciso d) del Reglamento procedimental para el SIREFI aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, expresa: "**Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: (...) d) Improcedentes. Cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumplierse con los requisitos exigidos**". (Las negrillas y subrayado son nuestros) (...)

CONSIDERANDO:

Que, previo al análisis de fondo del presente Recurso de Revocatoria consignado en el memorial presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en fecha de 24 de septiembre de 2012, corresponde **PRIMA FACIE** establecer el cumplimiento del procedimiento previsto por el parágrafo I del artículo 20 Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que concretamente señala: "**Para interponer los recursos administrativos contra actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos reglados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el pazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativa en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada**". (El subrayado y las negrillas son nuestros). En este sentido, cabe hacer notar a la entidad

recurrente que dicho procedimiento no ha sido solicitado ni cumplido para que se active el procedimiento recursivo.

Que, conforme dispone el artículo 43, parágrafo I, inciso d) del Reglamento del SIREFI expresa con absoluta claridad: **“Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: (...) d) Improcedentes. Cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliera con los requisitos exigidos.”** (El subrayado y las negrillas son nuestros)

Que, el artículo 46 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 señala: “Las Resoluciones Administrativas de las Superintendencias Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió”.

Que, respecto a la procedencia del recurso de revocatoria, el parágrafo I del artículo 47 de la mencionada norma sustantiva determina: **“Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento.”** (Las negrillas y subrayado son nuestros)

Que, el artículo 48 del mismo compilado normativo señala al respecto que: “El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada”.

Que, por disposición del artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece lo siguiente: **“Los recursos administrativos previstos en la presente Ley, serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término, no cumpliera las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables o si no cumpliera el requisito de legitimación establecido en el artículo 11° de la presente Ley”.** (Las negrillas y subrayado son nuestros)

CONSIDERANDO:

Que, en el marco de las citadas disposiciones legales, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, evidencia que el Banco de Crédito de Bolivia S.A., representado por los señores Coty Sonia Krsul Andrade, Gerente División Legal y Marcelo Rodolfo Antonio Alarcón Caba, Gerente de Servicio Legal, en el presente Recurso de Revocatoria ha omitido activar el procedimiento legal previsto por el parágrafo I del artículo 20 Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el cual concretamente señala: **“Para interponer los recursos administrativos contra actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos reglados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió,**

en el pazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativa en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada". Consiguientemente, dicha entidad al no haber solicitado que se consigne la carta ASFI/DDC/R-111335/2012 de fecha 6 de septiembre de 2012, en Resolución Administrativa definitiva, la indicada nota no es susceptible de impugnación por la vía del Recurso de Revocatoria considerando que no representa un acto administrativo definitivo debidamente motivado y fundamentado, conforme establece el citado párrafo I, artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175. En consecuencia, no correspondería a este Órgano de Supervisión considerar y pronunciarse respecto al planteamiento que efectúa el Banco de Crédito de Bolivia S.A. en su memorial de Recurso de Revocatoria, debiendo ser declarado el mismo improcedente conforme dispone el artículo 43, párrafo I, inciso d) del Reglamento del SIREFI que expresa: **"Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: (...) d) Improcedentes. Cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliera con los requisitos exigidos"**.

Que, sin embargo de lo anterior, es menester para esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, considerar los argumentos que esgrime el Banco de Crédito de Bolivia S.A. en su memorial de Recurso de Revocatoria, en el marco y aplicación del Debido Proceso y el Derecho a la Defensa, los cuales se encuentran consagrados constitucionalmente. cabe recordar al recurrente que resultado del análisis e inspección efectuados por ASFI sobre el reclamo presentado por el señor Carlos Hugo Justiniano Eklund contra el Banco de Crédito de Bolivia S.A., los cuales en definitiva establecieron suficientes elementos de convicción para que esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asuma la determinación de emitir la carta ASFI/DDC/R-111335/2012 de fecha 6 de septiembre de 2012, por la que se instruyó a la entidad bancaria proceda a la devolución de los importes no reconocidos por el reclamante, por lo que en estricta aplicación del **"Principio de Verdad Material"**, previsto en el inciso d) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, seguidamente se pasa a describir los resultados del presente caso contenidos en el Informe de Inspección ASFI/DDC/R-78217/2012 de 27 de junio de 2012, emitido por la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero de ASFI, que son de conocimiento del Banco de Crédito de Bolivia S.A. relacionado con los retiros realizados mediante su Tarjeta de Débito en Cajeros Automáticos y los consumos en Establecimientos Comerciales en el País de Colombia, del señor Carlos Hugo Justiniano Eklund por un monto que asciende a la suma de Bs168.812,46 (Ciento Sesenta y Ocho Mil Ochocientos Doce 46/100 Bolivianos), no reconocidos por su persona.

Que, en este sentido, el señor Carlos Hugo Justiniano Eklund mediante nota escrita, instó al Ente Regulador establecer responsabilidades a través de una visita de inspección y comprobar los actos ilegales, irregulares y hasta punitivos denunciados contra el Banco de Crédito de Bolivia S.A.

Que, este Órgano de Supervisión atendiendo el reclamo presentado por el señor Carlos Hugo Justiniano Eklund, practicó una Inspección Especial al Banco de Crédito de Bolivia S.A., en fechas 18 y 19 de junio de 2012, en la Sucursal del Banco de Crédito de Bolivia S.A. en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra y cuyos resultados obtenidos se encuentran detallados en el cuerpo del citado Informe de Inspección ASFI/DDC/R-

78217/2012 de 27 de junio de 2012, que debido a su importancia es pertinente mencionar los hallazgos advertidos en dicha tarea de inspección:

- De la revisión del Manual de Políticas para la Atención al Cliente - Punto de Reclamo (PR), aprobado por el Banco de Crédito de Bolivia S.A., se evidenció que la Entidad Financiera cuenta con los procedimientos específicos para resolver sin costo para los clientes y/o usuarios, las consultas o reclamos ingresados en los diferentes canales de atención, sobre cualquier producto o servicio que el Banco brinda a los mismos, todos los reclamos o consultas son registrados en el Formulario del Punto de Reclamo (PR), el que se encuentra habilitado para todos los funcionarios de "Front Office"; procedimiento aplicado acorde con el Reglamento para la Atención al Cliente y Usuario expuesto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.
- De la revisión del Manual de Políticas para los Servicios Relacionados a la Tarjeta Credimás y Servimatic, aprobado el 27 de mayo de 2011 por el Banco de Crédito de Bolivia S.A., se evidenció que la Entidad Financiera cuenta con los procedimientos específicos para la utilización del producto de las Tarjetas Credimás y Servimatic que se entrega a cada uno de los clientes, personas naturales con cuentas mancomunada indistinta, ó personas jurídicas (Unipersonal) para acceder a las operaciones en ventanillas, ATM, compra en POS, módulos de saldos, y acceso a página Web.
- La Tarjeta utilizada por el señor Carlos Hugo Justiniano Eklund es la Credimás con las siguientes características:

Tarjeta Credimás	Tarjeta Servimatic
Marca de Visa	Marca propia del Banco
Para manejo de cuentas corrientes y cuentas de Ahorro en MN y ME	Para manejo de cuentas corrientes y cuentas de Ahorro en MN y ME
Para personas naturales y empresas unipersonales	Para personas jurídicas
Para cuentas mancomunadas indistintas o cuentas individuales	Para cuentas mancomunadas conjuntas
Para uso en ventanillas múltiples, ATM's, transacciones por internet y POS de comercios y bancos	Únicamente para presentación y uso en ventanillas múltiples del Banco
Para uso en Módulo de Saldos	Para uso en Módulo de Saldos
Posee un PIN	Posee un PIN para uso en ventanillas y Home Banking
Para uso en FIN PADs del Banco y en comercios	Para uso en ventanillas múltiples (en operaciones específicas está permitido el uso de los PIN PADS)
Método de autenticación para consultas y retiros vía Pin	Método de autenticación para consultas vía Pin
El empozo es plano y se efectúa con tecnología térmica	Para retiros con firmas de todos los titulares
Reemplaza a la Libreta Carátula	Reemplaza a la Libreta Carátula
La tarjeta no lleva gravado el nombre del Cliente en la tarjeta	La tarjeta no lleva gravado el nombre del Cliente en la tarjeta
Para realizar consultas de saldos, últimos movimientos y transferencias a través de la página Web	Para realizar consultas de saldos últimos movimientos a través de la página Web
Tiene codificación que consta de 16 dígitos mantiene el BIN 449192 y tiene una fecha de	Tiene codificación que consta de 16 dígitos y tiene una fecha de expiración

expiración	
Para realizar consultas de saldos últimos movimientos a través de Banca por Teléfono	Para realizar consultas de saldos últimos movimientos a través de Banca por Teléfono
La grabación en la banda es ejecutada con los estándares corporativos e internacionales	La grabación en la banda es ejecutada con los estándares corporativos e internacionales
Posee un sistema de relacionamiento con cuentas	Posee un sistema de relacionamiento con cuentas

- De la revisión del Manual de Políticas para la atención telefónica y enfocados a la atención de clientes con el producto de Tarjeta de Débito Credimás, aprobados por el Banco de Crédito de Bolivia S.A., se pudo evidenciar que la Entidad Financiera cuenta con procedimientos específicos para tal efecto, siendo el procedimiento correcto a seguir en caso de levantamiento de bloqueo el que se detalla a continuación:

Número Máximo de Preguntas	7		
Preguntas Contestadas de Manera Correcta	5		
PREGUNTAS OBLIGATORIAS	Nro de Tarjeta	PREGUNTAS OPCIONALES	Dirección Domicilio
	Nombre Completo del Usuario		Fecha de Nacimiento
	Nro Documento de Identidad		Teléfono Fijo
	Ciudad de Apertura de Cuenta		Cuenta en Bs. O \$us
	Últimos Movimientos en Cuenta (Fechas e importes)		Empresa en la que Trabaja
			Teléfono Trabajo
	Productos que tiene en el Banco		Tipo de Cuenta (mancomunada o individual)
			Monto de Línea de Crédito
			Tarjeta o Tarjetahabientes Adicionales

- La comisión de inspección de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), en ningún momento se constituyó en la Entidad Financiera a efectos de realizar un peritaje fonográfico de la grabación telefónica proporcionada por el Banco, estando dentro nuestras facultades, únicamente el determinar el procedimiento aplicado por el funcionario del Call Center del Banco de Crédito de Bolivia S.A., al momento de atender la llamada de solicitud de desbloqueo de la Tarjeta de Débito del señor Justiniano.
- Debido a que en el mes de abril de 2011, se registraron varias clonaciones en los distintos Bancos que conforman el Sistema Financiero del país, el Departamento de Prevención de Fraudes del Banco de Crédito de Bolivia S.A., en fecha 18 de abril de 2011, y 21 de abril de 2011 aplicó un bloqueo temporal preventivo a la Tarjeta Credimás del señor Justiniano con el objeto de evitar el registro de alguna operación no reconocida; observando que la Entidad Financiera intentó en una oportunidad contactarse por teléfono con el señor Justiniano sin tener éxito.

- Después de diecisiete (17) días, en fecha 04 de mayo de 2011 el señor Justiniano se comunicó telefónicamente con el Banco de Crédito de Bolivia S.A. para levantar el bloqueo de su Tarjeta de Débito Credimás.
- Analizada la grabación de la conversación telefónica correspondiente al "bloqueo temporal interno por fraude y desbloqueo de la tarjeta de débito Credimás" del señor Justiniano, se evidenció que el reclamante se comunicó el 4 de mayo de 2011 con el Banco de Crédito de Bolivia S.A., debido a que su tarjeta de débito Credimás se encontraba bloqueada, dicha conversación incumple parcialmente los parámetros establecidos en los procedimientos de "Banca por Teléfono".
- De lo detallado precedentemente, **se evidenció** que el Asesor de Banca por Teléfono del Banco de Crédito de Bolivia S.A., incumplió parcialmente con los procedimientos de validación de la identidad del cliente y seguridad establecidos en sus políticas y procedimientos para el levantamiento de bloqueo de la Tarjeta Credimás.
- **Se observa** que el Asesor de Banca por Teléfono del Banco, no informó al señor Justiniano el motivo por el cual le bloquearon su Tarjeta de Débito Credimás (tarjeta identificada como susceptible de riesgo de clonación comprometidas en "Ataque Genex Alemania"); asimismo, no le informó de manera transparente la forma de cambiar su clave secreta en los cajeros automáticos del Banco de Crédito de Bolivia S.A., considerando que el reclamante le manifestó implícitamente no conocer el procedimiento para tal efecto; señalando dicho funcionario al reclamante: "que el ATM le pediría su clave actual y que después digitara los cuatro números que escogiera", siendo lo correcto informarle: "que debería elegir la opción de cambio de clave secreta o PIN" y proseguir con las instrucciones que le brindará el ATM.
- **Se observa**, que no obstante las alertas que conllevó al bloqueo temporal de la tarjeta de débito Credimás del señor Justiniano en fechas 18 de abril de y 21 de abril de 2011 respectivamente por el "Ataque Genex Alemania", el Banco de Crédito de Bolivia S.A. no agotó las gestiones necesarias para comunicarse con el reclamante; habiendo transcurrido diecisiete (17) días, cuando el señor Justiniano se comunicó telefónicamente con el Banco de Crédito de Bolivia S.A. para levantar dicho bloqueo preventivo en fecha 04 de mayo de 2011. Asimismo, se observa que la Entidad Financiera no consideró prudente contactarse nuevamente con el cliente a pesar de las nuevas alertas generadas el 23 de mayo de 2011.
- Por otra parte, se hace notar que el Departamento de Prevención de Fraudes no realizó las gestiones y monitoreo correspondientes durante el período del 4 al 23 de julio de 2011 que se registraron los movimientos reclamados con la Tarjeta de Débito N° 4491-9204-1276-0834 por el monto que asciende a Bs168.812,46 (Ciento Sesenta y Ocho Mil Ochocientos Doce 46/100 Bolivianos), de la Cuenta de Ahorro N° 701-50109099-3-37, a pesar de que se identificó que la misma era susceptible de (alta probabilidad de clonación).

- Así mismo debe considerarse el tiempo transcurrido entre las alertas identificadas por la Entidad Financiera y los retiros y consumos no reconocidos que fue de sesenta (60) días después de la recomendación brindada por el Banco al señor Justiniano de cambiar el PIN de la Tarjeta de Débito; y que el reclamante no informó al Banco que se ausentaría, para descartar o terminar con el análisis de que se trataban de operaciones sospechosas.
- Por otro lado las deficiencias operativas originadas, debido a que en el mes julio de 2011 se realizaron en el exterior del país los retiros y consumos no reconocidos por el señor Justiniano, el Banco de Crédito de Bolivia S.A., no contaba con lógicas configuradas para la generación de alertas por operaciones mayores a un monto determinado en tarjetas de débitos y a raíz de este tipo de comportamientos el 8 de septiembre de 2011, la Entidad Financiera configuró una alerta por monto acumulado mayor a una determinada cantidad para ser aplicada en el Monitoreo de Alertas - Prevención de Fraudes, aspecto informado por la Entidad Financiera a la comisión de inspección del Órgano de Supervisión con carta CITE N° B01748-20120618-110747 de 19 de junio de 2012.
- Por otro lado, las deficiencias operativas originadas, debido a que en el mes julio de 2011 se realizaron en el exterior del país los retiros y consumos no reconocidos por el señor Justiniano, el Banco de Crédito de Bolivia S.A., no contaba con lógicas configuradas para la generación de alertas por operaciones mayores a un monto determinado en tarjetas de débitos y a raíz de este tipo de comportamientos el 8 de septiembre de 2011, la Entidad Financiera configuró una alerta por monto acumulado mayor a una determinada cantidad para ser aplicada en el Monitoreo de Alertas - Prevención de Fraudes, aspecto informado por la Entidad Financiera a la comisión de inspección del Órgano de Supervisión con carta CITE N° B01748-20120618-110747 de 19 de junio de 2012.
- No obstante, del límite diario para retiros de efectivo con la Tarjeta de Débito en Cajeros Automáticos; asimismo, del límite para consumos en Establecimientos Comerciales (POS) que es hasta el saldo disponible de la cuenta de la que se esté realizando los débitos, el Departamento de Prevención de Fraudes del Banco de Crédito de Bolivia S.A. no ejecutó las gestiones como parte del monitoreo de movimientos de transacciones inusuales durante el período del 4 al 23 de julio de 2011 **considerando los elevados consumos realizados y las comisiones cobradas por retiros e intentos de retiros y consumos.**
- La Administradora de Tarjetas de Créditos (ATC) confirmó a través de los reportes del aplicativo denominado "Journal" que las transacciones reclamadas según detalle del "Anexo N° 1" adjunto al presente informe, fueron debitadas durante el período del 4 al 23 de julio de 2011 de la Cuenta de Ahorro N° 701-50109099-3-37 debidamente procesadas, aprobadas y completadas según detalle del "Anexo N° 2" adjunto, con la presencia física de la Tarjeta de Débito N° 4491-9204-1276-0834 y correspondiente PIN no habiendo presentado ningún mensaje de error, ambos requisitos complementarios e indispensables para realizar transacciones de retiro de dinero en Cajeros Automáticos, siendo que el titular es el único responsable del manejo de su Tarjeta de Débito y número de PIN de acuerdo con los establecido

en el Contrato de Tarjeta de Débito Automático en Cuentas Corrientes y/o de Ahorro.

- El límite diario para retiros de efectivo con la Tarjeta de Débito Credimás en Cajeros Automáticos del Banco de Crédito de Bolivia S.A., es de Bs2.100.- (Dos Mil Cien 00/100 Bolivianos) y \$us.300.- (Trescientos 00/100 Dólares Americanos) por cada cuenta afiliada a la Tarjeta. Asimismo, el límite para consumos en Establecimientos Comerciales (POS) es hasta el saldo disponible de la cuenta de la que se esté realizando los débitos.

(Sigue la transcripción de un correo electrónico:)

De: Vargas Zambrana Monica Cecilia

Enviado el: Friday, April 29, 2011 10:17

Para: Porras Ponce Victor Roger; Maldonado Godoy Milenka Aidee

Asunto: Cambio de límites de retiro en ATMs

Mile/Vic:

Informarles que se cambiaron los límites de retiro en ATMs a partir de hoy:

- En bolivianos 2.100.-
- En dólares 300.-

Saludos cordiales.

Mónica Cecilia Vargas Zambrana

Canales – Marketing

Banco de Crédito BCP

591 – (2 2175000 – Int 2330...

- Del análisis y valoración de las transacciones observadas, del reporte que respalda la aprobación de cada una de las transacciones a través de los “Journal’s Código de Respuesta”, de los Voucher’s de consumos no reconocidos, documentos que sustentan las operaciones reclamadas por el señor Justiniano, se detallan a continuación:

DETALLE DE TRANSACCIONES OBSERVADAS
Cuenta de Ahorro N° 701-50109099-3-37

N°	FECHA	HORA	DESCRIPCIÓN	TRANSACCIÓN	UBICACIÓN	MONTO	
						DEBITADO Bs	OBSERVACIÓN
1	14-jul	20:14	RET SVB2917 Calle	RETIRO	COLOMBIA	1,628.46	NO RECONOCIDO
2	15-jul	17:09	RET SVB1245 CR 46	RETIRO	COLOMBIA	1,628.46	NO RECONOCIDO
3	15-jul	21:00	RET SVB4649 CLL 50	RETIRO	COLOMBIA	426.04	NO RECONOCIDO
4	16-jul	08:36	RET SVB2917 Calle	RETIRO	COLOMBIA	1,637.61	NO RECONOCIDO
5	16-jul	08:37	RET SVB2917 Calle	RETIRO	COLOMBIA	426.04	NO RECONOCIDO
6	17-jul	09:59	RET. ATH B. BOG MA	RETIRO	COLOMBIA	807.69	NO RECONOCIDO
7	17-jul	09:59	RET. ATH B. BOG MA	RETIRO	COLOMBIA	1,211.57	NO RECONOCIDO
8	18-jul	09:22	RET SVB2917 Calle	RETIRO	COLOMBIA	1,637.61	NO RECONOCIDO
9	18-jul	09:23	RET SVB2917 Calle	RETIRO	COLOMBIA	426.04	NO RECONOCIDO
10	19-jul	09:18	RET SVB1967 Cra 46	RETIRO	COLOMBIA	1,635.52	NO RECONOCIDO
11	19-jul	09:19	RET SVB1967 Cra 46	RETIRO	COLOMBIA	425.48	NO RECONOCIDO
12	19-jul	16:03	RET ATM MONSEÑOR RIVERO	RETIRO	SANTA CRUZ	180.00	RECONOCIDO
13	19-jul	19:12	CMP GOLDEN SPA	CONSUMO	COLOMBIA	16,060.01	NO RECONOCIDO
14	19-jul	19:28	CMP GOLDEN SPA	CONSUMO	COLOMBIA	12,848.03	NO RECONOCIDO
15	19-jul	20:40	CMP DISCOUNT STORE	CONSUMO	COLOMBIA	27,683.40	NO RECONOCIDO
16	20-jul	09:42	RET SVB1967 Cra 46	RETIRO	COLOMBIA	1,625.78	NO RECONOCIDO
17	20-jul	09:43	RET SVB1967 Cra 46	RETIRO	COLOMBIA	422.98	NO RECONOCIDO
18	20-jul	13:30	CMP DISCOUNT STORE	CONSUMO	COLOMBIA	15,034.71	NO RECONOCIDO
19	20-jul	17:06	CMP SUPERMERCADO	CONSUMO	COLOMBIA	77,553.24	NO RECONOCIDO
20	21-jul	09:06	RET SVB1967 Cra 46	RETIRO	COLOMBIA	1,625.78	NO RECONOCIDO
21	21-jul	09:07	RET SVB1967 Cra 46	RETIRO	COLOMBIA	422.98	NO RECONOCIDO
22	22-jul		RET ATM AVE. ALEMANA	RETIRO	SANTA CRUZ	1,000.00	RECONOCIDO
23	22-jul	09:11	ATH B.AVV COLTEJER	RETIRO	COLOMBIA	1,203.70	NO RECONOCIDO

24	22-jul	09:12	ATH B.AVV COLTEJER	RETIRO	COLOMBIA	802.43	NO RECONOCIDO
25	22-jul	13:25	ATH B.PORP PJE U PL	RETIRO	COLOMBIA	80.20	NO RECONOCIDO
TOTAL RETIROS Y CONSUMOS NO RECONOCIDOS						167,253.76	

- Por lo expuesto en el cuadro precedente, se evidenció que el señor Justiniano realizó retiros en fechas 19 y 22 de julio de 2011 con su Tarjeta de Débito N° 4491-9204-1276-0834 en los Cajeros Automáticos ubicados en la Av. Monseñor Rivero y Av. Alemana en la ciudad de Santa Cruz por Bs180.- (Ciento Ochenta 00/100 Bolivianos) y Bs1.000.- (Un Mil 00/100 Bolivianos). Asimismo, paralelamente los mismos días se realizaron varios de los retiros y los consumos no reconocidos en el exterior del país.
- Ante las evidencias materiales presentadas por el señor Justiniano como es la tenencia de su Tarjeta de Débito, fotocopia de su pasaporte que respalda que en las fechas de los consumos observados no se encontraba en la República de Colombia, y los "Voucher's" de los consumos realizados en Establecimientos Comerciales (POS) del país señalado que presentan firmas y el número de la Cédula de Identidad diferentes a la del señor Justiniano, demostrando la existencia de un fraude por clonación de tarjeta de débito y/o la participación de terceras personas en la realización de dichos retiros y consumos reclamados.
- Respecto a las comisiones cobradas, señalar que la Entidad Financiera realizó el abono de Bs1.652,31 (Un Mil Seiscientos Cincuenta y Dos 31/100 Bolivianos) de manera excepcional en fecha 20 de diciembre de 2011 a la cuenta de ahorro N° 701-50109099-3-37, correspondiente a los cobros generados por el uso de Cajeros Automáticos en el exterior durante todo el mes de julio de 2011.

CONCLUSIONES (Del Informe de Inspección ASFI/DDC/R-78217/2012 de 27 de junio de 2012).

Del análisis realizado a la documentación y antecedentes pertinentes del reclamo presentado por el señor Carlos Hugo Justiniano Eklund, se concluye lo siguiente:

- a) El Departamento de Prevención de Fraudes del Banco de Crédito de Bolivia S.A., durante el período del 4 al 23 de julio de 2011 en que se registraron los movimientos reclamados con la Tarjeta de Débito N° 4491-9204-1276-0834 del titular señor Carlos Hugo Justiniano Eklund; no contaba con lógicas configuradas para la generación de alertas para consumos realizados con tarjetas de débito, procesos de evaluación de riesgos con los que debieron realizar un monitoreo continuo que les permitan reaccionar oportunamente a los riesgos que enfrenta la Entidad Financiera; según los eventos acaecidos en el mes de abril de 2011 cuando ocurrieron los eventos de clonaciones de tarjetas de pagos que se registraron en los distintos Bancos que conforman el Sistema Financiero del país, y en el mes de julio de 2011 que se realizaron los retiros y consumos no reconocidos por el señor Justiniano; (Inciso b y c, artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título IV, RNBEF)
- b) El Banco de Crédito de Bolivia S.A. no brindó los productos y/o servicios contratados por el señor Justiniano de manera diligente y segura. (Numeral 2.3, Artículo único, Sección 2, Capítulo I, Título XI, RNBEF).

- c) El Banco de Crédito de Bolivia S.A., no empleó estándares de seguridad ni calidad en el suministro del servicio de información de la Tarjeta de Débito a través de "Banca por Teléfono". (Numeral 2, artículo 2, Sección 3, Capítulo I, Título XI, RNBEF).
- d) Los datos administrados por el Banco de Crédito de Bolivia S.A., no contienen un alto grado de seguridad para cumplir con los objetivos de control y criterios básicos de información definidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), tal como se pudo evidenciar en lo sucedido con el reclamo del señor Justiniano (Artículo 2, Sección 2, Capítulo XII, Título X, RNBEF).
- e) El funcionario del Call Center del Banco de Crédito de Bolivia S.A., incumplió con los procedimientos de seguridad establecidos para el levantamiento de bloqueo de Tarjeta de Crédito, sin que el Banco verifique que sus propias normas fueran cumplidas, (Reglamento Interno - Punto de Reclamo (PR), Banca por Teléfono, inciso g), numeral 1.1.)
- f) El Banco de Crédito de Bolivia S.A., no dio cumplimiento a lo instruido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), mediante CARTA CIRCULAR /ASFI/DEP/2052/2011 de fecha 5 de mayo de 2011, de establecer medidas de seguridad, control, monitoreo y vigilancia para el adecuado funcionamiento de las tarjetas de débito y crédito a efectos de evitar posibles clonaciones.
- g) La Entidad Financiera, no implementó las medidas de seguridad, mitigación y cobertura de riesgo por delitos informáticos que se encuentran fuera del control de los clientes, asociados a la tecnología de tarjetas con banda magnética, las mismas que fueron ordenadas según Cartas Circulares ASFI/DEP/2606/2011 de fecha 8 de junio de 2011 y ASFI/DEP/3182/2011 de fecha 11 de julio de 2011.

CONSIDERANDO:

El parágrafo IV del Artículo 1 de la Ley N° 3076 de Modificaciones a la Leyes N° 2427 del Bonosol, N° 2341 de Procedimiento Administrativo y N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras de 20 de junio de 2005, señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras ahora Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros.

Que, es importante recordar al Banco de Crédito de Bolivia S.A. las consideraciones expuestas en la Resolución Jerárquica SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, cuyo precedente ha establecido (...) "donde el objeto sea el perjuicio que sufre el cliente o usuario por la conducta, error o incumplimiento a sus deberes por parte de la entidad de intermediación financiera, la competencia de la SBEF es más amplia y clara, puesto que en todos aquellos casos en los cuales una entidad de intermediación financiera incumpla sus propios manuales o reglamentos internos, o las condiciones convenidas con sus clientes o usuarios, por errores operativos de sus funcionarios o simplemente por una mala aplicación de las normas de control y seguridad que le corresponden, estas entidades de intermediación financiera pueden hacerse pasibles a sanciones administrativas y, en su caso, a que el órgano regulador disponga que la entidad

responsable ejecutó acciones tendientes a reponer cualquier menoscabo que sufra el cliente o usuario”.

CONSIDERANDO:

Que, ante un caso con similares características presentado por el reclamo del señor Miguel Ángel Castro Arze en contra del Banco de Crédito de Bolivia S.A., relacionado a los consumos que se habrían realizado con su tarjeta de crédito N° 4659-8300-0112-4045, por el monto de \$us4.012,95 (Cuatro Mil Doce 95/100 Dólares Americanos), no reconocidos por el reclamante, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, luego de efectuar la revisión de la documentación entregada por el Banco de Crédito de Bolivia S.A. en la inspección realizada, así como por el reclamante como prueba, emitió la carta ASFI/DDC/R-124724/2012 de 2 de octubre de 2012, por la que se instruyó a dicha entidad bancaria la devolución del importe reclamado en favor del Sr. Castro, la misma que mereció respuesta a través de la nota CITE No. B02283-20121009-094215 de 16 de octubre de 2012, habiendo procedido dicha entidad a la devolución del importe reclamado en favor del señor Miguel Ángel Castro Arze.

Que, finalmente la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero mediante Informe ASFI/DDC/R-135453/2012 de 22 de octubre de 2012 y la Dirección de Asuntos Jurídicos, a través del Informe Legal ASFI/DAJ/R-135380/2012 de 22 de octubre de 2012, han evaluado la improcedencia del presente Recurso de Revocatoria, estableciendo el incumplimiento e inobservancia en que habría incurrido el Banco de Crédito de Bolivia S.A., con relación al procedimiento recursivo previsto por el parágrafo I del artículo 20 Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que concretamente señala: “Para interponer los recursos administrativos contra actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos reglados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el pazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativa en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada”. (El subrayado y las negrillas son nuestras), Sin embargo, en el marco del debido proceso y el derecho a la defensa que le asiste a toda persona natural o jurídica, correspondió a este Órgano de Supervisión considerar los argumentos contenidos en el presente memorial, por lo que en virtud y aplicación del precepto legal citado precedentemente, dichos informes concluyen y recomiendan declarar improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por el Banco de Crédito de Bolivia S.A., contra la carta ASFI/DDC/R-111335/2012 de fecha 6 de septiembre de 2012...”

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 13 de noviembre de 2012, el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, representado al efecto por los abogados Dra. **Coty Sonia Krsul Andrade** y Dr. **Marcelo Rodolfo Antonio Alarcón Caba**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 545/2012 de 22 de octubre de 2012, argumentado lo siguiente:

“...En el entendido de que nuestro Ente Regulador ha excedido las atribuciones establecidas por la Ley 2341, considerando además que el mismo cuerpo normativo no

admite la existencia de otras atribuciones distintas a las detalladas en el Art. 154 salvo que la modificación sea dispuesta por otra Ley (Art. 160), se interpone el presente Recurso Jerárquico en base a los siguientes argumentos:

- a) La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, conforme lo dispuesto por el Art. 332 de la Constitución Política del Estado, tiene la facultad de **supervisar y regular** a las Entidades Financieras, mediante el ejercicio de las atribuciones conferidas por Ley, las cuales de manera taxativa y limitativa se encuentran establecidas en el Artículo 154 de la Ley 2341, mismo que en concordancia con el Art. 160 del mismo cuerpo normativo, restringe la existencia de atribuciones distintas a las estipuladas.

En este sentido, se otorga a la ASFI la capacidad administrativa para exigir el cumplimiento de las "...disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias..." e "Instruir ajustes y regularizaciones contables..." a todas las entidades del Sistema (Artículos 154, 3 y 14 de la ley 1488). Dentro de este contexto, entendemos que la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras debe ser el instrumento para "Normar el sistema de control interno y externo de toda intermediación financiera...".

La disposición contenida en la carta ASFI/DDC/R-111335/2012, resuelve la devolución del monto reclamado por el cliente, atribuyéndose el ente regulador facultades que no le competen, pues no van a regular el funcionamiento de nuestra Entidad sino más bien a dilucidar la controversia suscitada con nuestro cliente respecto de la procedencia o no de la devolución del monto no reconocido, aún en el entendido de que el Banco actuó cumpliendo con todos los controles de seguridad.

Nuestra Entidad considera que imponer la devolución del monto de Bs. 168.812,46.- por consumos no reconocidos de la cuenta del Sr. Justiniano, carece de fundamento en cuanto a la responsabilidad que el Banco asume por una supuesta clonación de la tarjeta de débito del cliente, resaltando además que conforme el contrato de apertura de cuenta y entrega de Tarjeta de Débito Credimás suscrito por el Sr. Justiniano Eklund, la responsabilidad sobre el manejo de la Tarjeta de débito así como del PIN de la misma le corresponde única y exclusivamente al cliente (cláusula cuarta inciso 4.3 del contrato de apertura de cuenta), señalando que el cliente al momento de la apertura de sus cuentas conocía todas las condiciones estipuladas por el Banco para el uso y manejo de sus cuentas, habiendo dado su pleno y expreso consentimiento.

"USO DE LA TARJETA CREDIMÁS Y RESPONSABILIDAD. El BANCO también entregará al CLIENTE a tiempo de la suscripción del presente contrato, para uso de la Tarjeta CREDIMÁS (sic), una clave numérica secreta (PIN) para su identificación personal y acceso a los cajeros automáticos y cualquier terminal electrónica conectada a la red, así como a la internet. **El CLIENTE es único responsable por el manejo del PIN,** comprometiéndose a memorizar el número de registro escrito entregado por el BANCO a él, **liberando al BANCO de toda responsabilidad por la pérdida del PIN o por otras personas ajenas a él.**

El CLIENTE se obliga a usar personalmente su Tarjeta CREDIMAS (sic) y su clave numérica secreta, **asumiendo responsabilidad por todas las operaciones** que se realicen con ella, sin importar que éstas hayan sido realizadas por el CLIENTE o por cualquier persona distinta a él".

Adicionalmente, ponemos en consideración que nuestra Entidad, en estricto cumplimiento a normas de seguridad y servicio a nuestros clientes, monitoreó la Tarjeta del cliente, llegando a determinar que la misma se veía posiblemente comprometida en un caso de clonación, razón por la cual, procedió con el bloqueo temporal y preventivo de la cuenta, mismo que fue levantado únicamente cuando se estableció comunicación con el cliente y se le informó sobre la necesidad de cambiar su código secreto PIN. En este punto resaltamos que el cliente pasó por alto la solicitud realizada por el Banco y mantuvo el manejo de su tarjeta con el mismo PIN, una vez más, conforme lo contratado con el cliente, la responsabilidad por el manejo de su PIN es de entera responsabilidad de éste.

Conforme la normativa actual vigente, el contrato suscrito por el Sr. Justiniano Eklund goza de plena validez, al ser un contrato bancario libremente convenido dentro del marco de la ley, en tal sentido dicho contrato es válido y legítimo, siendo que la nulidad o anulabilidad de alguna de las cláusulas contratadas sólo podría ser determinada por una autoridad competente dentro de los procedimientos establecidos por la normativa vigente, en este sentido, la instrucción de ASFI sobre la devolución del monto de Bs. 168.812,46, en los términos de su redacción, se ha pronunciado conforme el Artículo 547 del Código Civil, disponiendo de facto una nulidad parcial del contrato (Código Civil Art. 549) y la consecuente invalidez de parte de sus elementos, al desconocerse las obligaciones asumidas contractualmente por el cliente, así como los actos realizados por él, la aceptación de la instrucción impartida por la ASFI importaría asumir la inaplicabilidad de la cláusula cuarta inciso 4.3 del contrato, asumiendo el ente regulador una facultad privativa de los órganos jurisdiccionales.

En este (sic) misma línea, hacemos notar que los extremos mencionados por mandato de la misma norma (Código Civil Art. 546) deben ser pronunciados o resueltos judicialmente (mediante una sentencia), como efecto de una acción personal que bajo las reglas de la competencia que establece el Código de Procedimiento Civil, corresponde a la jurisdicción ordinaria.

- b) Por otra parte, es importante mencionar lo dispuesto por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 53/2008 que reconoce que la Autoridad Reguladora puede "...adoptar medidas correctivas o rectificatorias en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió menoscabo por un hecho en el cual no participó, **lo que no implica entrar a resolver controversias de naturaleza privada que deben ser dilucidadas en vías judiciales**", es decir, que la ASFI se encuentra facultada a imponer medidas correctivas o rectificatorias cuando exista incumplimiento normativo en los procedimientos aplicados por el Banco, pero no puede determinar la resolución del conflicto en sí, ya que esta discusión debería ser dilucidada ante jueces ordinarios. Esta normativa otorga el pleno reconocimiento sobre la competencia judicial que debe primar en

la sustanciación de controversias privadas eliminando la posibilidad de que el ente regulador pudiera arrogarse competencias que conforme lo expuesto no le corresponden; de tal manera consideramos que la ASFI, en este caso particular, incurre en la inconducta prevista por el Artículo 35 de la Ley 2341, pues se pronuncia sin competencia por razón de la materia, siendo en consecuencia, nulo el acto administrativo definitivo objeto del presente recurso.

- c) En cuanto al Rechazo a la solicitud de suspensión a la ejecución de la instrucción emitida por la ASFI mientras se agote la vía administrativa, solicitamos pueda reconsiderarse la misma en virtud a lo dispuesto por el Artículo 40 del Decreto Supremo 27175, tomando en cuenta en este punto que el cumplimiento de la instrucción ocasionaría un perjuicio irreversible al Banco de Crédito;

“...II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente danos graves”.

Finalmente hacemos notar que no se pretende desconocer o poner en duda la competencia de ASFI, como ente regulador del Sistema Financiero, sino más bien, la materia sobre la cual pretende extender su competencia.

Por todo lo expuesto, existiendo una inadecuada valoración de los hechos así como una incorrecta interpretación de las normas legales a tiempo de adecuarlos a las disposiciones de la Ley 2341 y Decretos Supremos 27113 y 27175, su autoridad se servirá emitir la resolución correspondiente...”

6. ALEGATOS DEL TERCERO INTERESADO.-

Mediante memorial presentado en fecha 16 de enero de 2013, el Dr. **Federico Gover Fernández Muñecas**, en representación del señor **CARLOS HUGO JUSTINIANO EKLUND**, tercero interesado, hace presente sus alegatos, conforme a la transcripción siguiente:

“...1. Fundamentación de Alegatos

Con el objetivo de asumir defensa en relación al proceso sancionatorio en contra del Banco de Crédito de Bolivia, respetuosamente pongo en su atención los siguientes extremos de orden legal y regulatorio que justifican nuestra pretensión en calidad de alegatos conforme la providencia e instrucción emitida por su Autoridad:

1. Se debe considerar que en definitiva el Banco de Crédito de Bolivia S.A., interpuso un recurso jerárquico, en contra de una resolución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que determinó la **DESESTIMACIÓN** del Recurso de Revocatoria planteado.

En ese sentido, su Autoridad deberá considerar que en la instancia jerárquica, sólo puede tratar la problemática que ha sido objeto de la impugnación; en otras palabras, únicamente podría pronunciarse sobre las causales de la correcta o incorrecta aplicación de la DESESTIMACIÓN por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y no ingresar al fondo de la controversia, toda vez que sobre el particular, existe evidencia plena de incumplimiento por parte

de la entidad regulada, la cual se halla claramente descrita en el Informe de Inspección ASFI/DDC/R-78217/2012 del 27 de junio de 2012, siendo que este documento fue emitido por la ASFI en calidad de Órgano Rector del Sistema Financiero. Es por ello que la situación y controversia de FONDO ya fue resuelta. En todo caso, se debe tener presente que la falta de pericia o imprudencia por parte de la (sic) entidad regulada en la presentación de recursos con incumplimiento de requisitos dispuestos en el parágrafo 1 del artículo 20 del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 27175, no puede ser subsanada en la instancia jerárquica.

A este efecto corresponde poner en su atención que la decisión de devolución por parte de la ASFI, tiene la calidad de ACTO ADMINISTRATIVO ESTABLE y FIRME, el cual no puede ser modificado sino a través del contencioso administrativo, tal como lo dispone la Sentencia Constitucional Nro. SC 0255/2010-R AMPARO CONSTITUCIONAL del 31 de mayo de 2010, que dispone: "...un acto administrativo firme, sobre el cual se aplica inequívocamente la presunción de legalidad y legitimidad, en consecuencia solamente podría ser modificado o alterado, luego de la tramitación del proceso contencioso administrativo".

En consecuencia, debido a que el Acto Administrativo que determina la devolución es un acto administrativo estable, no es posible que la vía jerárquica pueda afectar esta condición legal, más aún en el entendido de lo que esta (sic) sujeto al jerárquico es la declaratoria de IMPROCEDENCIA del recurso por aspectos formales e impericia de los abogados de la entidad financiera y no así el fondo de la definición del fraude.

2. Se debe considerar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al momento de determinar y ordenar la devolución de los montos de dinero que fueron defraudados, en franco incumplimiento de las obligaciones de Defensa de la entidad regulada, los cuales se halla debidamente documentados por el Informe de Inspección de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cumplió estrictamente lo establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo que dispone:

ARTICULO 4°.- (Principios Generales de la Actividad Administrativa).- La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: d) Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;

Como se podrá apreciar más allá de los informes de Inspección de la ASFI, basta con utilizar la "regla del sentido común" para desentrañar la verdad de los hechos y las flagrantes violaciones cometidas por el Banco de Crédito de Bolivia S.a. (sic), toda vez que mi persona no pudo estar realizando gastos en dos lugares del mundo diferentes al mismo tiempo, como es el caso que se presenta en la relación de hechos y antecedentes del presente caso.

A este efecto legal, corresponde poner bajo consideración de su Autoridad el Principio Procesal Administrativo NOTORIUM NON EGET PROBATIONEM (Lo evidente no necesita ser probado).

3. Se debe considerar que sobre una situación con identidad de hechos, existe jurisprudencia administrativa, toda vez que en el propio Banco de Crédito de Bolivia S.A., se procedió a la devolución de montos de dinero, cuando existió esta (sic) mismo fraude con fractura de los sistemas de seguridad de la entidad, tal es el caso del antecedente que cursa en la Carta ASFI/DDC/R-124724/2012 del 2 de octubre de 2012, dentro del reclamo presentado por el Sr. Miguel Angel Castro Arze.

Resulta evidente que el banco es absolutamente selectivo en el cumplimiento de sus obligaciones respecto del consumidor, lo cual implica la generación de un escenario de DISCRIMINACIÓN, el cual está expresamente prohibido por la Ley Nro. 045.

Corresponderá a la instancia jerárquica el definir si esta situación es cierta y evidente y en todo caso cuestionar al Banco de Crédito de Bolivia S.A., los motivos por los cuales incurre en discriminación abierta e incumple con la previsión regulatoria establecida en el artículo UNICO de la Sección 2 de Capítulo (sic) 1 Título I de la Recopilación de Normas de la ASFI, concordante con la Sección 3 del mismo cuerpo regulatorio que dispone:

Derecho a recibir servicios de calidad: El cliente y el usuario tienen derecho a que el producto y/o servicio que seleccionen sea proporcionado por la Entidad Supervisada en las mejores condiciones, debiendo cumplirse al menos lo siguiente:

- I. **Trato respetuoso:** Todos los clientes y usuarios, sin distinción de ninguna naturaleza, reciben por parte de los funcionarios de la Entidad Supervisada el mismo trato cordial y respetuoso.
Sección 3. Artículo 2 inciso f) RNASFI.
f) Realizar sus actividades de manera diligente y segura, en relación con los productos y/o servicios que proveen de acuerdo con las disposiciones legales y la normativa vigente.

4. De igual forma corresponde poner en su atención es que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el informe de Inspección ASFI/DDC/R-78217/2012 del 27 de junio, en uso de sus específicas facultades determinó lo siguiente:

- a. El Departamento de Prevención de Fraudes del Banco de Crédito S.A. durante el periodo del 4 al 23 de Julio de 2011, en que se registraron los movimientos reclamados con la Tarjeta de Débito Nro. 4491 9204 1276 0834, NO CONTABA CON lógicas configuradas para la generación de alertas para consumos realizados con tarjetas de débito, procesos de evaluación de

riesgos con los que debieron realizar un monitoreo continuo que les permitan reaccionar oportunamente a los riesgos que enfrenta la Entidad Financiera; según los eventos acaecidos en el mes de abril de 2011 cuando ocurrieron los eventos de clonaciones de tarjetas de pago en los que se registraron en los distintos bancos que conforman el Sistema Financiero del país y en el mes de julio de 2011 que se realizaron los retiros y consumos no reconocidos por el Sr. Justiniano (Inciso b) y c), artículo 1 de la Sección 2 del Capítulo II, Título IV RNBEF).

- b. El Banco de Crédito de Bolivia S.A. no brindó los productos y servicios contratados de manera diligente y segura (Numeral 2.3., del artículo único, Sección 2, Capítulo I, Título XI de la RNBEF).
- c. El Banco de Crédito de Bolivia S.A., no empleó estándares de seguridad ni calidad en el suministro de información de la tarjeta de débito a través de "Banca por Teléfono", (Numeral 2 del artículo 2 de la Sección 3 del Capítulo I, del Título XI de la RNBEF).
- d. Los datos proporcionados por el Banco de Crédito de Bolivia S.A., no contienen un alto grado de seguridad para cumplir con los objetivos y criterios básicos de información definidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tal como se puede evidenciar en lo sucedido en el reclamo del Sr. Carlos Justiniano E., (Art. 2, Sección 2, Capítulo XII, Título X, RNBEF).
- e. El funcionario del Call Center del banco (sic) de Crédito de Bolivia S.A. incumplió con los procedimientos de seguridad establecidos para el levantamiento del bloqueo de la Tarjeta de Crédito, sin que el banco verifique que sus propias normas fueran cumplidas (Reglamento Interno - Punto de Reclamo - Banca por Teléfono, inciso g] numeral 1.1.).
- f. El Banco de Crédito no dio cumplimiento a lo instruido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Carta Circular ASFI/DEP/2052/2011 del 5 de mayo de 2011 de establecer las medidas de seguridad, control y monitoreo y vigilancia para el adecuado funcionamiento de las tarjetas de débito y crédito a efectos de evitar posibles clonaciones.
- g. La entidad financiera, no implementó las medidas de seguridad, mitigación y cobertura de riesgo por delitos informáticos que se encuentran fuera de control de los clientes, asociados a la tecnología de las tarjetas con banda magnética, las mismas que fueron ordenadas según las Cartas Circulares ASFI/DEP/2606/2011 del 8 de junio de 2011 y ASFI/DEP/3182/2011 del 11 de junio de 2011.

En consecuencia, Señor viceministro resulta absolutamente inaudito, que la Entidad Financiera, pretenda deslindar responsabilidades sobre estos hechos y

situaciones que han causado daño a mi persona como usuario del Sistema, aspecto que incluso podría conllevar a la sanción del Directorio del Banco de Crédito de Bolivia S.A., por contravención a lo previsto en el artículo 14 parágrafo II del Decreto Supremo Nro. 910 que dispone:

ARTÍCULO 14.- III. La inhabilitación temporal o permanente de directores, síndicos, gerentes, administradores, apoderados generales, empleados y Funcionario Responsable, para desempeñar cualquier función en el sistema financiero, podrá ser aplicada en los casos en que las infracciones hubieren generado perjuicios económicos de consideración para la entidad o terceros y que los infractores hubieren actuado conociendo los medios y o los resultados de sus actos y hubieren existido beneficios para sí o para terceros.

5. En relación al cuestionamiento por parte de la Entidad Regulada, sobre la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resulta absurdo que sólo en la instancia jerárquica el Banco de Crédito de Bolivia S.A., esgrima la supuesta falta de competencia, lo cual es muy sugestivo y jurídicamente improcedente, toda vez que la competencia sólo puede ser esgrimida u objetada en el primer actuado procesal administrativo y no así en el fin de vía (sic) administrativa o sea en la instancia jerárquica.

El recurrente omite considerar que si tenía la convicción que la ASFI era incompetente, debió incidentar o impugnar la misma en el marco de las previsiones legales contempladas en los artículos 8 p. 1 y 9 parágrafo I del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 27175, que establece en forma muy clara el trámite que se debe seguir para cuestionar la COMPETENCIA del regulador:

ARTÍCULO 8°.- (Conflictos de Competencia). I. Los Superintendentes del SIREFI, de oficio o a petición de parte: podrán pronunciarse respecto a su competencia para conocer un determinado asunto.

ARTÍCULO 9°.- (Trámite). I Los Superintendentes sectoriales, mediante resolución motivada, se declararán incompetentes cuando los casos que se les presentaren no correspondan a su sector, materia, cuando exista conflicto de interés, evidente o la cuestión sometida a su conocimiento no esté comprendida en el marco de sus atribuciones y competencia, debiendo remitir las actuaciones al Superintendente que consideren competente en el plazo de tres (3) días hábiles administrativos. Si la autoridad competente está fuera del ámbito del SIREFI, el Superintendente simplemente comunicará este hecho al administrado.

En consecuencia, se advierte con absoluta nitidez que, en la instancia jerárquica, el Banco de Crédito de Bolivia S.A. no tiene permitido jurídicamente el objetar la competencia de la ASFI, toda vez que no ha planteado sus reclamos en forma correcta y dentro del procedimiento administrativo.

6. En relación a la Resolución Jerárquica SG-SIREFI RJ- 53/2008 emitida por la extinta Superintendencia General del SIREFI, con la cual se pretende hacer incurrir en error a la instancia jerárquica manifestando que este **es un tema de privados**, y que debería ir a la justicia Ordinaria bajo el Código de Procedimiento Civil, tal como fuera expresado por el Banco de Crédito de Bolivia S.A., en el memorial del 13 de noviembre de 2012, corresponde aclarar al recurrente, que dicha resolución jerárquica, es absolutamente inaplicable y la misma fue abrogada por el artículo 331 de la Constitución Política del Estado Plurinacional que dispone que todas las actividades de Intermediación Financiera son de **INTERES PUBLICO**, motivo por el cual resulta absurdo el que el Banco de Crédito de Bolivia S.A. intente con una resolución de una entidad extinta, desconozca la política de protección del consumidor financiero de la actual Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y la naturaleza jurídica PUBLICA (sic) de las actividades de intermediación financiera, como la que está sujeta a controversia.

2. Petitorio

En mérito a lo expuesto y en fiel amparo de lo previsto en el artículo 60 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, solicito a su Autoridad, tenga por prestados (sic) los alegatos y los mismos sean valorados en el marco de la sana crítica y prudente arbitrio, cuidando fundamentalmente la previsión legal, contemplada en la Política de Gobierno, aprobada por el Presidente, Juan Evo Morales Ayma a través del Decreto Supremo Nro. 29272 que dispone:

PND. D.S. 29272 del 12-septiembre-2007.

6.1.6 DESARROLLO DEL SISTEMA FINANCIERO

*El ahorro debe transformarse en inversión mediante el sistema financiero nacional. Además de los sistemas de ahorro provisional, es preciso generar una cultura de ahorro interne voluntario, **fortalecer la confianza del público en las entidades de intermediación financiera...**"*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota presentada el 12 de septiembre de 2012, el señor **CARLOS HUGO JUSTINIANO**

EKULD, titular de la cuenta de ahorro N° 701-50109099-3-37 y de la -correspondiente- tarjeta de débito N° 4491-9204-1276-0834 del **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.**, reclamó ante el Ente Regulador, un trato “desatento” por parte de esa entidad financiera, por cuanto – señala-, pretende “*deslindar sus responsabilidades en la supervisión y/o fiscalización de los retiros y/o consumos en las cuentas de sus clientes para la prevención de fraudes mediante la clonación de tarjetas de débito con el fin de proteger los fondos de sus clientes que confían en su Institución Financiera*”, solicitando el Sr. Justiniano en definitiva “*la devolución de mis fondos a la brevedad posible*”.

El reclamo está referido a transacciones por retiros y consumos, así como al cobro de comisiones, todos ellos, no reconocidos por el titular, correspondientes a operaciones sucedidas en el exterior (Estados Unidos y Colombia) y aún incluso cuando en las fechas de los sucesos, él no se encontraba fuera del país.

La ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 545/2012 de 22 de octubre de 2012, se remite a los *Journal’s Código de Respuesta* de los voucher’s de consumos, para establecer un total de 23 transacciones no reconocidas, que importan un total de Bs 167,253.76.- (CIENTO SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES 76/100 BOLIVIANOS) reclamados por el ahora recurrente.

Sustanciado el reclamo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero instruyó al **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA**, mediante la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012, que proceda “*con el reembolso o devolución de los importes no reconocidos por el reclamante, así como de los intereses emergentes de tal situación*”, determinando a su vez, primero el Recurso de Revocatoria presentado por la entidad financiera en fecha 24 de septiembre de 2012, resuelto por la mencionada Resolución Administrativa ASFI N° 545/2012 de 22 de octubre de 2012 (en sentido de declararlo improcedente) y ahora el Recurso Jerárquico de 13 de noviembre de 2012.

Ahora bien; al tratarse el acto originalmente impugnado -nota ASFI/DDC/R-111335/2012-, no de una Resolución Administrativa en los términos del artículo 17° de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo), sino de uno de menor jerarquía (idem, Art. 19°), y al haberse determinado la improcedencia del recurso jerárquico dispuesta por la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 545/2012, corresponde al presente restringir el control de legalidad a las cuestiones adjetivas, por cuanto resultan jurídicamente trascendentales, antes que a la pretensión sustancial del recurrente, conforme a los fundamentos que a continuación se desarrollan.

2. DE LA OBLIGACIÓN DE PRONUNCIARSE.-

2.1. Impugnación contra los actos administrativos de menor jerarquía.-

El artículo 17°, párrafo I, de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, de 23 de abril de 2002, señala:

“...La Administración Pública está **obligada a dictar resolución expresa** en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, en una primera aproximación al tema, ante una pretensión de carácter sustancial, como la expresada por el **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.** en su memorial de 24 de septiembre de 2012, el Ente Regulador debió considerar emitir la Resolución Administrativa que corresponda, más aún si se considera que el acto a emitir producirá efectos jurídicos, los que eventualmente pueden ser objeto de impugnación a través de los recursos de Revocatoria y Jerárquico.

En materia administrativa, el proceso se rige por el principio de legalidad, que refiere que las actuaciones de la Administración Pública deben estar sometidas al cumplimiento de la normativa, por lo que, corresponde determinar cuál es la norma aplicable al caso de autos. Para ello, debe revisarse la normativa administrativa especial, es decir el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, a saber:

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

Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse). I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados **o personas interesadas** solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el **plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada...**"

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

Entonces, la norma administrativa delega al recurrente, la responsabilidad de solicitar se consigne el acto administrativo de menor jerarquía, en un acto recurrible.

Subsumiendo lo anterior al caso de autos, es obligación de requerir la consignación en Resolución Administrativa de la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012, a efectos de hacerla recurrible de Revocatoria; sin embargo, la propia normativa administrativa, prevé que, ante la omisión del interesado, sea la Autoridad regulatoria la que quede obligada a reencauzar el procedimiento, conforme lo señala el artículo 42° de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que establecen:

*"...Artículo 42°. (Calificación del Procedimiento). El órgano administrativo **calificará y determinará el procedimiento que corresponda** a la naturaleza de la cuestión planteada, **si las partes incurrieran en error de su aplicación o designación...**"*

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

Por tanto, es una carga procesal impuesta al Ente Regulador, reencauzar el procedimiento administrativo en lo sustancial, superando el vicio adjetivo, debiendo pronunciarse

directamente mediante Resolución Administrativa expresa, al amparo de los citados artículos 17° y 42° ambos de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por lo que queda claro que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no siguió el procedimiento administrativo establecido para el efecto, conforme se tiene anotado en líneas precedentes.

2.2. Declaratoria de improcedencia del Recurso de Revocatoria.-

El Ente Regulador ha pasado por alto, que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 17°, define al **acto administrativo** como aquel “...que **expresa la decisión de la autoridad reguladora**, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados”.

En la economía jurídica boliviana (Art. 56°, Ley N° 2341), cualquier persona que se sintiera agraviada, puede presentar los recursos administrativos (de Revocatoria y Jerárquico), “*contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente siempre que dichos actos administrativos a **criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos***. II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa...”

En este contexto, al contener la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012 una decisión definitiva, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero está en la obligación de pronunciarse de manera fundamentada y motivada sobre el fondo de la misma, a través de una Resolución Administrativa y consecuentemente resolverla en ese sentido, no bastando sólo un pronunciamiento en la parte considerativa, cuando va a resolver de otra manera, cual ocurrió en el caso de autos, ello transgrede el principio de congruencia.

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

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

Finalmente, corresponde traer a colación el precedente administrativo ya sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 021/2010 de 27 de agosto de 2010, misma que determinó, en un caso de características análogas, lo siguiente:

"...Asimismo, y no menos trascendental es la obligación de la Administración Pública de otorgar una Resolución motivada de la pretensión que presente, en el uso de protección que debe otorgar la administración al administrado en el marco del debido proceso, situación que no sucedió en el caso de autos, ya que la Autoridad de de Supervisión del Sistema Financiero, al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria por medio una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010), cuando lo que correspondía era encaminar el proceso, y emitir Resolución Administrativa fundamentada respecto a la pretensión planteada que originó el Recurso de Revocatoria...."

En este contexto corresponde a esta instancia jerárquica reencauzar el procedimiento para que en instancia inferior se corrijan los vicios procesales aludidos y se tramite el proceso sin mayores dilaciones que conlleven a futuras nulidades procesales debiendo motivarse adecuadamente mediante resolución motivada la solicitud hecha por el recurrente..."

Asimismo, se trae a colación lo determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido proceso, que se remite a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, estableciendo lo siguiente:

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

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

En el mismo sentido, ese mismo Tribunal se ha pronunciado en sus sentencias 0086/2010-R y 0223/2010-R, señalando que:

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

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

Consiguientemente, se concluye que el Ente Regulador ha vulnerado los derechos a la defensa, al debido proceso y a la petición, tanto del recurrente como del propio tercero interesado, al no haber pronunciado Resolución Administrativa al Recurso de Revocatoria de 24 de septiembre de 2012, hecho que ha dado lugar a la indefensión de las partes y, consecuentemente, que el procedimiento administrativo se encuentre viciado la nulidad relativa, y al propio artículo 115º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, que determina que “el Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones...”

Que, en el presente caso al haberse violado el derecho al debido proceso y derecho a la defensa del recurrente, corresponde anular el presente proceso debiendo en consecuencia el Ente Regulador, pronunciarse de manera fundamentada y motivada, a través de una Resolución Administrativa, sobre la determinación adoptada en el caso denunciado, y notificar a las partes involucradas, para que las mismas, si así correspondiere, ejerzan su derecho a la defensa.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha cumplido con el principio del debido proceso, principio de legalidad.

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

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

Que, asimismo y no menos importante, este Ministerio no puede entrar al análisis de fondo, ya que el presente Recurso versa sobre la improcedencia resuelta por la Autoridad recurrida y no así sobre aspectos sustanciales que, previamente, deben ser resueltos por el Ente Regulador.

Que, por el mismo motivo, no cabe lugar a considerar la solicitud de reconsideración al rechazo de la suspensión de la instrucción contenida en la nota ASFI/DDC/R-111335/2002, conforme sale en el inciso c) del memorial presentado en fecha 13 de noviembre de 2012, no obstante, si corresponde recomendar al Ente Regulador, dé oportuna observancia a lo dispuesto por el artículo 47º, párrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en relación al artículo 40º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR la resolución impugnada, hasta el vicio más antiguo, cuando exista indefensión del recurrente.

PORTANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- I. ANULAR el procedimiento administrativo hasta la nota ASFI/DDC/R-111335/2012 de 6 de septiembre de 2012 **inclusive**, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

II. La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero deberá emitir la Resolución Administrativa conforme al principio de celeridad, evitando dilaciones innecesarias.

Regístrese notifíquese y archívese.

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



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SANDRA GRISEL ASBUN DE ZALAUQUETT

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 560/2012 DE 26 DE OCTUBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°007/2013 DE 14 DE FEBRERO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 007/2013

La Paz, 14 de Febrero de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la Sra. **SANDRA GRISEL ASBÚN DE ZALAUQUETT**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 560/2012 de 26 de octubre de 2012, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Nota ASFI/DDC/R-110899/2012 de 5 de septiembre de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 005/2013 de 18 de enero de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 011/2013 de 25 de enero de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 16 de noviembre de 2012, la Sra. Sandra Grisel Asbún de Zalaquett, por sí, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 560/2012 de 26 de octubre de 2012, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la nota ASFI/DDC/R-110899/2012 de 5 de septiembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 27 de noviembre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la Sra. Sandra Grisel Asbún de Zalaquett, mismo que fue notificado el 4 de diciembre de 2012.

Que, el 7 de enero de 2013, a horas 10:30 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la Sra. Sandra Grisel Asbún de Zalaquett.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA ASFI/DDC/R-110899/2012 DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Mediante Nota ASFI/DDC/R-110899/2012 de 5 de septiembre de 2012, dirigida a la señora Sandra Asbún de Zalaquett, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se pronunció respecto al reclamo contra el Fondo Financiero Privado Fortaleza argumentando lo siguiente:

“Nos referimos a su carta de fecha 26 de marzo de 2012, mediante la cual formula reclamo contra el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., referente a la no cobertura del seguro de desgravamen por el fallecimiento de su esposo señor Juan Antonio Zalaquett Borella.

Al respecto, informamos a usted que revisada y analizada toda la información y documentación proporcionada por el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., consistente en copia de la solicitud de crédito, copia de la solicitud de Seguro de Desgravámen Hipotecario, copia del Certificado de Cobertura del Seguro de Desgravámen Hipotecario, copia de las Condiciones Generales, Condiciones Particulares y Cláusulas Adicionales de la Póliza de Seguro Automotor del vehículo objeto del crédito, carta REC-051/2011 de fecha 3 de febrero de 2011 de la Compañía de Seguros y Reaseguros Alianza S.A., copias de las cartas FFP/GRLP/118/2011 de fecha 11 de febrero de 2011, FFP/GRLP/743/2011 de fecha 28 de febrero de 2011 y FFP/GRLP/926/2011 de fecha 17 de marzo de 2011 del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. dirigidas a la Compañía Aseguradora, extracto del préstamo en moneda bolivianos y copia de la liquidación del siniestro del vehículo siniestrado matrícula 2368-LYS.

Así también, revisado el Manual de Procedimientos de Créditos Corporativos, que establece en su punto 7, inciso 7.1 numeral 2 y 3 el Agente de Negocios u Oficial de Negocios, explica y detalla los requisitos para solicitar el crédito, plazos, etapas para la tramitación del crédito corporativo e informa los requisitos necesarios para iniciar su solicitud de acuerdo al anexo 2, en el cual figura el formulario de solicitud de seguro de desgravamen hipotecario firmado, el mismo que es entregado al cliente (persona natural o jurídica) para su llenado y sus garantes si corresponde, en el numeral 4 establece que, el cliente (persona natural o jurídica) devuelve los formularios llenados y entrega documentación de respaldo, por último, en el numeral 5 el Agente de

Negocios u Oficial de Negocios, revisa que la documentación presentada se encuentre acorde la información consignada en el formulario de solicitud de créditos (persona natural o jurídica) y en la declaración jurada de bienes e ingresos y que todos los formularios estén correctamente llenados y firmados.

Por todo lo expuesto, se pudo establecer, que su difunto esposo no contaba con la cobertura del seguro de Desgravámen Hipotecario de acuerdo a lo solicitado y aceptado por usted en el formulario de Solicitud de Seguro de Desgravámen Hipotecario y la emisión del certificado de cobertura de la Compañía de Seguros y Reaseguros de Vida La Vitalicia S.A.

Por otro lado, el pago de la indemnización correspondiente al siniestro del vehículo asegurado, que garantizaba la operación crediticia, realizada por la Compañía de Seguros y Reaseguros Alianza SA., a favor del Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. como subrogatario de la póliza del seguro automotor, pasó a cubrir el saldo pendiente correspondiente a su crédito y la proporción restante debe ser indemnizada a su persona previo cumplimiento de los requisitos solicitados por la Compañía Aseguradora.”

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 23 de septiembre de 2012, la Sra. Sandra Grisel Asbún de Zalaquett presentó Recurso de Revocatoria contra la Nota ASFI/DDC/R-110899/2012 de 5 de septiembre de 2012, argumentando lo siguiente:

“...II FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.

De la relación de hechos realizada precedentemente, es evidente que Fortaleza vulneró mi derecho a recibir servicios de calidad, por cuanto Fortaleza (i) incumplió los términos contractualmente pactados, y (ii) no brindó los servicios y productos ofertados con oportunidad, seguridad y diligencia:

A) INCUMPLIMIENTO DE TÉRMINOS CONTRACTUALES PACTADOS.

Resulta controvertido que mediante la cláusula vigésima primera del Contrato de Préstamo, Fortaleza se obligó a "incluirnos" a mi esposo fallecido y a mi, bajo la cobertura de la póliza flotante que dicha entidad tenía contratada con La Vitalicia. De acuerdo con lo establecido por la Sección 2, Capítulo 1, Reglamento para la Atención del Cliente y Usuario de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, mi esposo fallecido y mi persona teníamos derecho a recibir servicios de calidad, y en especial a que la entidad financiera cumpla con los términos pactados:

"Cumplimiento de los términos pactados. - El cliente recibe el producto y/o servicio ofrecido por la entidad supervisada en los términos establecidos en los contratos suscritos, los cuales deben respetar las condiciones generales incluidas en la documentación informativa, ofertas o publicidad difundida. Para aquellos productos y/o servicios que no requieran de un contrato la entidad supervisada respeta las

condiciones generales incluidas en la documentación informativa, ofertas o publicidad difundida."

En este sentido, la violación a los derechos de mi persona y de mi esposo en calidad de clientes de Fortaleza, se encuentra plenamente demostrada, más aún tomando en consideración que al tratarse de un contrato de adhesión las cláusulas se interpretan en contra de su autor.

Asimismo, Fortaleza no podía escudarse en el llenado de un Formulario por parte de nosotros, pues la obligación de "incluirnos" en el seguro, correspondía solamente a Fortaleza, y nuestras personas como clientes y usuarios efectuamos todo cuanto fue exigido por dicha entidad financiera para el desembolso del crédito, y si ella nos hubiera requerido el llenado de formularios adicionales o la suscripción de cualquier documento, no lo habiéramos negado, pues lógicamente confiábamos en la condición "profesional" de la entidad financiera y de sus representantes, la cual conocía a cabalidad quiénes éramos sus deudores, y por tanto quiénes éramos los que debíamos gozar de la cobertura de su póliza de seguro flotante contratada con La Vitalicia.

B) INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE BRINDAR SERVICIOS V PRODUCTOS CON OPORTUNIDAD, SEGURIDAD Y DILIGENCIA.-

Asimismo, Fortaleza también vulneró nuestro derecho a recibir servicios y productos con oportunidad, seguridad y diligencia.

En este sentido Fortaleza no obró ni prestó servicios cumpliendo con el principio de oportunidad, pues correspondía que tome, contrate o nos incluya a mi esposo fallecido y a mi persona, bajo la cobertura de su póliza flotante con La Vitalicia, de forma previa o a tiempo de que se realice el desembolso del crédito, máxime cuando se toma en cuenta que la contratación de esta clase de seguros constituye un mitigador importante del riesgo de crédito. Fortaleza tuvo mucho tiempo para cumplir su obligación de incluirnos bajo la cobertura de su póliza flotante, y al no haberlo hecho así, ni tomado ninguna acción conducente a dicho fin, incumplió con el principio de oportunidad.

Asimismo Fortaleza tampoco prestó servicios observando el principio de seguridad, por cuanto nunca tomó las medidas necesarias para que existiera certeza (seguridad) respecto del cumplimiento de los términos pactados sobre el seguro de desgravamen, nunca se aseguró de que los documentos hubieran sido pedidos, presentados o llenados de forma correcta.

Por último, Fortaleza también actuó con negligencia, en contraposición a la diligencia que le es exigible por su condición de entidad financiera profesional, y en efecto, nunca revisó los formularios presentados, nunca se aseguró que La Vitalicia hubiera emitido Certificado de Cobertura para ambos deudores, nunca tomó ninguna acción para asegurarse de que la cláusula vigésima primera del contrato se hubiera cumplido.

Por lo anterior está demostrada la violación al derecho a recibir servicios de calidad, debido a que Fortaleza no actuó con oportunidad, seguridad ni diligencia, en violación de lo previsto por la Sección 2, Capítulo 1, Reglamento para la Atención del Cliente y Usuario de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, mi esposo fallecido y mi persona teníamos derecho a recibir servicios de calidad, el cual a la letra señala lo siguiente:

"Atención oportuna, diligente y segura. - Los productos y/o servicios que utiliza el cliente y usuario son brindados de manera oportuna, diligente y segura."

En el caso que nos ocupa, Fortaleza no brindó servicios cumpliendo con la oportunidad diligencia y seguridad debidas, y muy por el contrario, dejó pasar el tiempo, no dio ninguna instrucción para subsanar cualquier posible error, no requirió ningún documento ni formulario, pese a conocer a cabalidad la identidad de los deudores, no exigió el certificado de cobertura de La Vitalicia, ni se percató que uno de los codeudores no se encontraba asegurado, demostrando una actitud negligente, reñida con la cualidad "profesional" que debiera caracterizarla...."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 560/2012 DE 26 DE OCTUBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 560/2012 de 26 de octubre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Sra. Sandra Asbún de Zalaquett contra la carta ASFI/DDC/R-110899/2012 de fecha 5 de septiembre de 2012

Los argumentos de la presente resolución son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, previo al análisis de fondo del memorial de Recurso de Revocatoria presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en fecha de (sic) 28 de septiembre de 2012, corresponde **PRIMA FACIE** establecer si dicho recurso dio cumplimiento al procedimiento previsto por el parágrafo 1 del artículo 20 Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que para el caso concreto señala: **"Para interponer los recursos administrativos contra actos señalados en el Artículo anterior los sujetos reglados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el pazo (sic) de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativa (sic) en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada** (El subrayado y las negrillas son nuestros). En este sentido, cabe hacer notar a la señora Sandra Asbún de Zalaquett, que dicho procedimiento no ha sido solicitado ni cumplido para que se active el procedimiento recursivo planteado.

Que, en consecuencia conforme dispone el artículo 43, parágrafo 1, inciso d) del Reglamento del SIREFI expresa con absoluta claridad: **"Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: (...) d) Improcedentes.** Cuando el recurso

se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado **o el recurrente no cumplierse con los requisitos exigidos.**" (El subrayado y las negrillas son nuestros)

Que, el artículo 46 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 señala: "Las Resoluciones Administrativas de las Superintendencias Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió".

Que, respecto a la procedencia del recurso de revocatoria, el párrafo 1 del artículo 47 de la mencionada norma sustantiva determina: "**Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento.**" (Las negrillas y subrayado son nuestros)

Que, el artículo 48 del mismo compilado normativo señala al respecto que: "El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada".

Que, por disposición del artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo N°2341 de 23 de abril de 2002, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, establece lo siguiente: "**Los recursos administrativos previstos en la presente Ley, serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término, no cumplierse las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables o si no cumplierse el requisito de legitimación establecido en el artículo 11 de la presente Ley**". Las negrillas y subrayado son nuestros)

CONSIDERANDO:

Que, en el marco de las citadas disposiciones legales, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, evidencia que la señora Sandra Asbún de Zalaquett, en el presente Recurso de Revocatoria **ha omitido activar el procedimiento legal previsto** por el párrafo 1 del artículo 20 Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003. Consiguientemente, la recurrente al no haber solicitado que se consigne la carta ASFI/DDC/R-111335/2012 de fecha 6 de septiembre de 2012, en Resolución Administrativa definitiva, la indicada nota no es susceptible de impugnación por la vía del Recurso de Revocatoria considerando que no representa un acto administrativo definitivo **debidamente motivado y fundamentado**, conforme establece el citado párrafo 1, artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175. En consecuencia, no corresponde a este Órgano de

Supervisión considerar y pronunciarse respecto al planteamiento que efectúa la señora Sandra Asbún de Zalaquett, en su memorial de Recurso de Revocatoria, debiendo ser declarado el mismo **improcedente** en sujeción a lo dispuesto por el artículo 43, parágrafo 1, inciso d) del Reglamento del SIREFI que expresa: "**Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: (...) d) improcedentes Cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliera con los requisitos exigidos**"

Que, sin embargo de lo anterior, es menester para esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco y aplicación del Debido Proceso y el Derecho a la Defensa, los cuales se encuentran consagrados constitucionalmente, contrastar los argumentos expuestos por la señora Sandra Asbún de Zalaquett, en su memorial de Recurso de Revocatoria con los fundamentos que presentó Fortaleza FFP SA., con relación al presente caso, que en definitiva corroboraron los criterios contenidos en la carta de respuesta ASFI/DDC/R-111335/2012 de fecha 6 de septiembre de 2012, por lo que resultado de la revisión de la documentación proporcionada por la entidad financiera, consistentes en copia de la solicitud de crédito, copia de la solicitud de Seguro de Desgravámen Hipotecario, copia del Certificado de Cobertura del Seguro de Desgravámen Hipotecario, copia de las Condiciones Generales, Condiciones Particulares y Cláusulas Adicionales de la Póliza de Seguro Automotor del vehículo objeto del crédito, carta REC-O51/201 1 de fecha 3 de febrero de 2011 de la Compañía de Seguros y Reaseguros Alianza SA., copias de las cartas FFP/GRLP/118/2011 de fecha 11 de febrero de 2011, FFP/GRLP/743/2011 de fecha 28 de febrero de 2011 y FFP/GRLP/926/2011 de fecha 17 de marzo de 2011 del Fondo Financiero Privado Fortaleza SA. dirigidas a la Compañía Aseguradora, extracto del préstamo en moneda bolivianos y copia de la liquidación del siniestro del vehículo siniestrado matrícula 2368-LYS, se pudo establecer que el señor Juan Antonio Zalaquett, no contaba con la cobertura del seguro de Desgravámen Hipotecario de acuerdo a lo solicitado y aceptado por la señora Sandra Asbún de Zalaquett, en el formulario de solicitud de seguro de desgravamen hipotecario y la emisión del certificado de cobertura de la Compañía de Seguros y Reaseguros de Vida La Vitalicia SA.

Que, en este sentido Fortaleza FFP SA. en respuesta al memorial de Recurso de Revocatoria presentado por la señora Sandra Asbún de Zalaquett, expone los siguientes argumentos contenidos en la carta FFP/GG/EXT/203/2012 de 22 de octubre de 2012, cuyo contenido íntegro es transcrito para los fines consiguientes:

1. INEXISTENTE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE FORTALEZA F.F.P. S.A.

En el recurso de revocatoria interpuesto por Sra. Sandra Grisela Asbún de Zalaquett, se pueden evidenciar incorrectos argumentos que no se ajustan a aspectos esenciales al momento de la solicitud y otorgación del crédito, los cuales pasamos a señalar:

La cláusula Novena (información, Cargos financieros y Declaración de las Partes) del Contrato de Préstamo, en su numeral 9.2 Cargos Financieros determina que LOS DEUDORES pagaran a FORTALEZA F.F.P. S.A. además del interés estipulado en la

cláusula SEGUNDA los siguientes cargos financieros que se encuentran incluidos en la TEAC: "9.2.3. La tasa destinada a cubrir la prima del seguro de desgravamen o vida que inicialmente se establece en el 0.035% mensual sobre el monto del saldo adeudado; el mismo que será incrementado proporcionalmente en caso de ser dos o más personas, sobre el saldo insoluto del total de la deuda que el asegurado mantenga pendiente de pago al momento del siniestro, incluyendo los intereses corrientes adeudados."

1.1 DEL SEGURO DE DESGRAVAMEN DEL PRESTAMO OTORGADO A LA SRA. SANDRA GRISEL ASBUN DE ZALAUQUETT.

Conforme lo establece el Código de Comercio en su Art. 982 (Consensualidad) El contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento de las partes. Los derechos y obligaciones recíprocos empiezan desde el momento de su celebración.

Asimismo, el Art. 990 (Propuestas o solicitud) del mismo cuerpo legal señala que: **La Propuesta o solicitud de seguro formulada**, por una de las partes, por sí sola, no prueba la existencia del contrato de seguro mientras no exista la aceptación de la otra.

De igual forma, el Art. 992 (Obligación de Declarar) de dicho Código establece: El Asegurado está obligado a declarar objetiva y verazmente los hechos y circunstancias que tengan importancia para la determinación del estado de riesgo, tal como los conozca; en su caso, mediante cuestionario proporcionado por el asegurador.

De igual manera, el Art. 1009 (La propuesta como parte del contrato) del citado Código determina: Forma parte del contrato de seguro la propuesta firmada por el asegurado, en la que constan sus declaraciones sobre el estado de riesgo.

En sujeción a la normativa legal señalada y las condiciones pactadas por Fortaleza F.F.P. SA. con la Sra. Sandra Asbún de Zalaquett. **mediante Formulario de Solicitud de Seguro de Desgravamen Hipotecario de fecha 22 de diciembre de 2009.** la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett, haciendo uso de su derecho a elegir según sus necesidades, solicitó el seguro de desgravamen hipotecario, **POR LA SUMA DE \$US.17.002.. (sic) VALE DECIR POR LA TOTALIDAD DEL PRESTAMO SOLICITADO A FORTALEZA F.F.P.. (sic) UNICAMENTE A FAVOR DE SU PERSONA.** el cual fue aceptada (sic) por La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida SA., mediante Nota. 53225/2009 de fecha 23 de Diciembre de 2009.

Sin embargo, ahora y pese a que no correspondía el pago por el seguro de desgravamen porque no se produjo el siniestro coberturado, la reclamante pretende desconocer dicha solicitud del seguro y atribuir a Fortaleza una responsabilidad inexistente, debido a que no se habría asegurado a su esposo, cuando en realidad fue la propia Sra. Asbun, la que de manera expresa solicitó el seguro de desgravamen únicamente en su favor, conforme se ha señalado anteriormente.

Por lo tanto, no existe un incumplimiento contractual por parte Fortaleza (sic) F.F.P. S.A. ya que se respetaron las condiciones en las cuales la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett, solicitó el crédito, especialmente en lo que se refiere al seguro de desgravamen.

2. FORTALEZA F.F.P. SA. CUMPLIÓ CON EL ARTÍCULO ÚNICO DE LA SECCION 2 CAPITULO 1 DEL TITULO XI DE LA RECOPIACIÓN DE NORMAS PARA BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS.

La Sra. Sandra Asbun de Zalaquett en su memorial de Revocatoria, manifiesta que Fortaleza F.F.P. incumplió con el artículo único de la sección 2 capítulo 1 del Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, porque no se habría brindado una atención oportuna, diligente y segura.

Al respecto, cabe señalar que Fortaleza FFP. S.A. proporcionó de manera oportuna, diligente y segura el producto solicitado por la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett brindándole toda la información relativa al crédito solicitado, vale decir, cargos financieros, cuota a pagar, costo de todos los servicios adicionales, costo del seguro de desgravamen, de manera veraz; exacta, precisa, íntegra y clara, los cuales fueron de pleno conocimiento de la cliente y aceptadas por esta última, en las condiciones pactadas al momento de la otorgación del crédito.

Es importante recalcar que se cumplieron con los requisitos y procedimientos establecidos, para que la cliente de acuerdo a sus requerimientos y necesidades, cuente con la cobertura de seguro de desgravamen conforme se encuentra respaldado por la aceptación de la cobertura del seguro de desgravamen de La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A., mediante Nota. 53225/2009 de fecha 23 de Diciembre de 2009.

No obstante de que la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett contaba con un seguro de desgravamen, el crédito con garantía hipotecaria de un vehículo que le fuera otorgado en su favor, también contaba con un seguro en caso de siniestro de la garantía, el cual fue oportunamente reclamado por Fortaleza F.F.P. S.A, una vez ocurrido el siniestro, conforme se evidencia por las notas FFP/CRLP/118/2011 de 11 febrero de 2011; FFP/GRLP/743/2011 de 28 de febrero de 2011 y FFP/GRLP/926/2011 de 17 de marzo de 2011, cursadas a la Compañía de Seguros y Reaseguros Alianza S.A. con relación al reclamo del siniestro del vehículo otorgado en garantía hipotecaria del préstamo No. 10021464.

Por lo expuesto, resulta evidente que Fortaleza F.F.P. S.A. cumplió con brindarle el producto ofrecido a la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett oportunamente, con seguridad y de manera diligente, tal es así, que el préstamo otorgado a favor de Sandra Asbun de Zalaquett, a la fecha se encuentra cancelado en su totalidad, como consecuencia del pago del siniestro de la garantía por parte de la Compañía de Seguros y Reaseguros Alianza S.A.

3. FORTALEZA F.F.P. S.A. HA CUMPLIDO CON TODOS LOS PROCEDIMIENTOS, CONFORME SE ESTABLECE EN LA CARTA ASFI/DDC/R-110899/2012 DE FECHA 5 DE SEPTIEMBRE DE 2012.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha emitido la carta ASFI/DDC/R-110899/2012 de fecha 5 de septiembre, en la cual señala que ha revisado toda la documentación y descargos presentados por Fortaleza F.F.P. S.A., mismos que demuestran con claridad meridiana, que ha cumplido con todos sus procedimientos y manuales al momento de la otorgación del crédito a favor de la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett y que la cobertura del seguro de desgravamen únicamente beneficiaba a Sandra Asbun de Zalaquett y no así a su difunto esposo, de acuerdo a lo solicitado expresamente por Sandra Asbun de Zalaquett y aceptado por la Compañía de Seguros y Reaseguros de Vida La Vitalicia S.A.

Por otra parte, la Autoridad del Sistema Financiero realizando un correcto análisis de los descargos presentados por Fortaleza F.F.P. S.A., ha podido establecer que la indemnización correspondiente al siniestro del vehículo que garantizaba el crédito otorgado a favor de la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett, ha cubierto en su totalidad dicho préstamo y la proporción restante debe ser indemnizada a la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett previo cumplimiento de los requisitos solicitados por la Compañía Aseguradora, y, por ende, no ha existido ningún perjuicio ocasionado a Sandra Asbun de Zalaquett, como infundadamente señala la ahora recurrente.

4. CONCLUSIONES.

En merito a los antecedentes expuestos, la normativa legal señalada y los fundamentos vertidos, se concluye lo siguiente:

- a) Que Fortaleza F.F.P. S.A. al momento de la solicitud de crédito por parte de la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett, ha informado debidamente a la cliente sobre las condiciones de la operación, tales como cargos financieros, cuota a pagar y costo del seguro de desgravamen.
- b) Que el seguro de desgravamen solicitado y aceptado por la propia cliente al momento de la otorgación del crédito, fue tramitado y aceptado por la Compañía Aseguradora de acuerdo al Formulario de Solicitud de Seguros suscrito por la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett.
- c) Que Fortaleza F.F.P. S.A. no se ha visto beneficiada de ninguna forma, como consecuencia del siniestro de la garantía.
- d) Que la Autoridad de Supervisión del Sistema financiero, ha establecido en función a los descargos presentados por Fortaleza. F.F.P. S.A., que efectivamente Fortaleza F.F.P. ha cumplido con sus procedimientos y manuales al momento de la otorgación del crédito y que el seguro de desgravamen hipotecario beneficiaba únicamente a Sandra Asbun de Zalaquett. Del mismo modo, ha establecido que la indemnización correspondiente al siniestro del vehículo que garantizaba el crédito otorgado a favor de la Sra. Sandra Asbun de Zalaquett ha cubierto en su totalidad dicho préstamo, no existiendo ningún tipo de daño o

perjuicio, como infundadamente afirma en su memorial de Recurso de Revocatoria.

CONSIDERANDO:

Que, en mérito a lo precedentemente expuesto, la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero mediante informe Técnico ASFI/DDC/R-135568/2012 de 22 de octubre de 2012, y la Dirección de Asuntos Jurídicos, a través del Informe Legal ASFI/DAJ/R-1 35348/2012 de 22 de octubre de 2012, han evaluado el presente caso estableciendo la improcedencia del presente Recurso de Revocatoria, en razón a que el mismo no reúne las condiciones para que se active el procedimiento recursivo previsto por el parágrafo 1 del artículo 20 Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que para el caso concreto es pertinente recordar a la recurrente lo que señala: "**Para interponer los recursos administrativos contra actos señalados en el Artículo anterior. los sujetos reglados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativa (sic) en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada**". (El subrayado y las negrillas son nuestras), en ese entendido, la normativa es clara al señalar en qué casos y procedimiento se activa la vía recursiva. Sin embargo, en el marco del debido proceso y el derecho a la defensa que le asiste a toda persona natural o jurídica, correspondió a este Órgano de Supervisión considerar los argumentos presentados por las partes en el presente caso, por lo que en virtud del precepto legal citado precedentemente, dichos informes concluyen y recomiendan declarar improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por la señora Sandra Asbun de Zalaquett, contra la carta ASFI/DDC/R-1 10899/2012 de 5 de septiembre de 2012, determinación adoptada en sujeción a lo dispuesto por el artículo 43, parágrafo 1, inciso d) del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N0 27175 de 15 de septiembre de 2003."

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 16 de noviembre de 2012, la Sra. Sandra Asbún de Zalaquett, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 560/2012 de 26 de octubre de 2012, argumentado lo siguiente:

"...La Resolución recurrida declaró ilegalmente la improcedencia del recurso de revocatoria que interpuso, sustrayéndose de resolver el fondo de la problemática planteada, para lo cual su autoridad aplicó de forma anómala y distorsionada el artículo 43, parágrafo I, inciso d. del Decreto Supremo No. 27175, el mismo que a la letra señala lo siguiente:

"Artículo 43.- (Formas de Resolución en Recurso de Revocatoria).

I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: (...)

d) Improcedentes. Cuando el recurso se hubiere interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumplierse con los requisitos exigidos. (...)"

De la norma transcrita anteriormente, se desprende que la improcedencia de un recurso de revocatoria, puede ser declarada por la administración única y exclusivamente bajo la concurrencia de alguno de los dos (2) supuestos expresamente previstos por dicha norma: (i) Cuando se hubieren interpuesto fuera del plazo señalado, o; (ii) Cuando no cumplierse con los requisitos exigidos.

En el caso de autos, su autoridad fundamentó que supuestamente el recurso de revocatoria que presenté no hubiera cumplido con los requisitos exigidos, sin embargo, pasó por alto que dichos requisitos no dependen del capricho o interpretación subjetiva de ninguna persona o autoridad, y muy por el contrario, los mismos se encuentran previstos de manera expresa por el artículo 38 del Decreto Supremo N° 27175, el cual textualmente señala lo siguiente:

"Artículo 38.- (Forma de Presentación y Requisitos). Los recursos se presentarán, dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio."

Es decir que mi recurso de revocatoria fue declarado improcedente en violación de los principios de sometimiento pleno a la ley y legalidad objetiva previstos por el artículo 4 de la Ley No. 2341, en razón a que la Resolución recurrida "inventa" un requisito adicional fuera de los previstos por el artículo 38 del Decreto Supremo No. 27175. Por lo tanto, al no ser evidente ninguna causal de improcedencia de mi recurso de revocatoria, correspondía que su autoridad ingrese a considerar los méritos de mis argumentos legales e ingresar al fondo de mi reclamación, por cuanto mi recurso fue interpuesto dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio, resultando en consecuencia ilegal que se hubiera declarado su improcedencia.

b) La Resolución recurrida sostiene erradamente que la "obligación de pronunciarse" que pesa sobre la administración pública, constituiría un requisito de "procedencia" del recurso de revocatoria, siendo ésta una interpretación subjetiva que se aleja de lo expresamente previsto por el artículo 38 del Decreto Supremo No. 27175, en violación de mis derechos y en infracción del principio de legalidad consagrado por el artículo 232 de la Constitución Política del Estado.

De esta manera, el artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175 no establece la existencia de ningún requisito que deba ser cumplido por el sujeto administrado para hacer viable (procedente) un recurso de revocatoria, al contrario, dicho artículo prescribe un deber para la administración pública, e incluso regula el caso en el que esta última omite pronunciarse siendo de todas maneras procedente la interposición de un recurso de revocatoria que debe ser considerado en el fondo por la administración pública.

En este sentido, mal podía su autoridad interpretar que la "obligación de pronunciarse" se equipararía a un requisito de "procedencia" del recurso de revocatoria, pues dicha "obligación" es exigible únicamente a la administración pública, en tanto que los "requisitos" de procedencia son exigibles y deben ser cumplidos por los sujetos que interponen un recurso en sede administrativa, quienes en su caso también tienen el derecho de subsanarlos.

Por lo señalado anteriormente, la Resolución recurrida es también una clara y manifiesta violación de los principios de informalismo a favor del administrado y verdad material que debieran gobernar el procedimiento administrativo por mandato del artículo 4 de la Ley No. 2341 en relación con el artículo 232 de la Constitución Política del Estado. En efecto, la Resolución recurrida se basa en un criterio excesivamente formal y restrictivo que perjudica injustificadamente a mi persona, cuya voluntad para obtener un nuevo pronunciamiento de la administración pública fue manifestada explícitamente, a cuyo efecto cumplí con todos los requisitos de procedencia objetivamente previstos por el artículo 38 del Decreto Supremo No. 27175, por lo que resultaba viable y necesario que su autoridad considere y resuelva el fondo de mi reclamación, con un criterio de amplitud a favor del administrado. Por favor dígame porque no quieren pronunciarse sobre el fondo de la problemática, si mis pretensiones a su leal saber y entender no son legales, entonces que las desvirtúen en Derecho, no es eso lo correcto, lo justo, lo apropiado, en lugar de perjudicar nuevamente al consumidor financiero. La verdad no puede ser ocultada o tergiversada por intereses de la Grandes Instituciones Financieras.

A lo anterior se añade que a objeto de indagar la verdad material de los hechos efectivamente ocurridos, su autoridad tenía la obligación de considerar el fondo de la argumentación de mi recurso de revocatoria, admitiendo o desestimando de forma cada una de las violaciones a mis derechos de consumidor financiero, máxime si estos son Constitucionales también. De otro modo, las denuncias y reclamos efectuados ante su autoridad, se verían entorpecidos por tecnicismos y formalidades irrelevantes, que obstaculizarían la averiguación de la verdad material por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. (ASFI), la cual en última instancia debe determinar si las violaciones que denuncie fueron cometidas o no, pues en el presente caso resulta evidente que la conducta negligente, inoportuna y poco profesional de FFP Fortaleza S.A., me perjudicó y provocó la ausencia de cobertura del seguro que dicha entidad se obligó contractualmente a tomar, por cuanto mi esposo nunca fue incluido bajo la póliza flotante de desgravamen hipotecario de dicha entidad financiera, la cual nunca nos brindó información adecuada y suficiente ni realizó ninguna observación en los formularios del seguro que ella proporcionó y en los cuales no se consignó a mi esposo fallecido.

II. PETITORIO.-

Por lo precedentemente expuesto, estando demostrado que el artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175 establece una "obligación" para la administración pública y no así un "requisito de procedencia" del recurso de revocatoria; que el Recurso de Revocatoria fue declarado improcedente de manera ilegal al margen de lo establecido por el artículo 38 del Decreto antes señalado; y que la Resolución recurrida viola el principio de informalismo a

favor del administrado como así también el principio de verdad material Constitucional, en razón de un plan para beneficiar a FFP Fortaleza a sabiendas y sin más motivo que ese un tecnicismo que no constituye causal de improcedencia, el mismo que me deja en total desamparo e indefensión al no haberse considerado las violaciones concretas en las que objetivamente incurrió FFP Fortaleza S.A.; en virtud de los artículos 52 y siguientes del Decreto Supremo No. 27175, interpongo recurso jerárquico en contra de la Resolución ASFI N. 560/2012 de fecha 26 de Octubre del 2012, notificada el 5 de Noviembre del 2012, a objeto de que corridos los trámites de ley, la autoridad jerárquica superior en grado, se sirva revocarla totalmente, declarando probadas las infracciones cometidas por FFP Fortaleza S.A., disponiendo la reparación integral de los daños causados como emergencia de las mismas, y sea por corresponder en estricta equidad y justicia.

OTROSÍ PRIMERO.- DETALLE DE INFRACCIONES COMETIDAS POR FFP FORTALEZA - OPORTUNAMENTE RECLAMADOS.

Su autoridad, en el recurso de revocatoria mencionamos que no era, justo, correcto y legal que la autoridad inferior desestime el reclamo efectuado por mi persona contra el Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. (en adelante "Fortaleza"), ya que existía un incumplimiento culpable de las condiciones contractuales expresamente pactadas con dicha entidad financiera, la cual omitió incluir a ambos deudores bajo la cobertura de la Póliza Flotante de Desgravamen Hipotecario, provocando con ello que me hubiera visto obligada a realizar pagos indebidos que la beneficiaron (FFP Fortaleza S.A) directamente. En este sentido, y al amparo de lo previsto por el artículo 3, Sección V, Capítulo 1, del Reglamento para la Atención del Cliente y Usuario, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en relación con los artículos 46 y siguientes del Decreto Supremo No. 27175, interpose Recurso de Revocatoria en contra de la decisión definitiva contenida en el Oficio ASFI/DDC/R-110899/2012 de 5 de septiembre de 2012, pidiendo a su autoridad se sirva revocarlo totalmente, y en consecuencia declarar probado el reclamo que formulé, imponiendo las sanciones administrativas correspondientes, y conminando a la entidad financiera a que repare integralmente los daños que me ocasionó, conforme reitero en el presente recurso jerárquico:

Conforme tengo expuesto en la fundamentación de mi reclamo, en virtud de la cláusula vigésima primera del contrato de préstamo firmado con Fortaleza, ambas partes convinimos expresamente lo siguiente:

"Los deudores aceptan expresamente y así se conviene entre partes que **"Fortaleza FFP S.A." incluye a los deudores en una póliza de seguro flotante de desgravamen o vida que será emitida mediante un certificado individual de seguro, dentro del seguro global que "Fortaleza FFP S.A." ha contratado con La Vitalicia, Seguros y Reaseguros de Vida S.A.** y que estará vigente por todo el tiempo que se mantengan saldos deudores del préstamo, por un monto equivalente al capital e intereses adeudados."

Es decir que Fortaleza asumió explícitamente la obligación contractual de incluirnos a mi esposo fallecido y a mi persona (en calidad de deudores), bajo la cobertura de la

póliza de seguro flotante que dicha entidad tenía contratada con La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. (en adelante "**La Vitalicia**").

Sin embargo, desconociendo la fuerza (ley entre las partes) de lo convenido entre partes, Fortaleza incumplió la obligación de incluirnos a ambos deudores bajo la cobertura del seguro de desgravamen o vida, pues conforme sale del tenor literal de la cláusula contractual precedentemente transcrita, la obligación de tomar el seguro frente a La Vitalicia, correspondía exclusivamente a Fortaleza.

Por otra parte, carece de sentido intentar atribuir responsabilidad a mi esposo fallecido y a mi persona por la omisión incurrida por Fortaleza, en razón a que del tenor literal y gramatical de la cláusula vigésima primera del Contrato de Préstamo, la "inclusión" de los deudores bajo una póliza flotante de desgravamen o vida, era una obligación que pesaba exclusivamente sobre Fortaleza, la misma que en su calidad de tomadora del seguro y entidad financiera profesional debiera a la perfección cuáles son los términos de los contratos de adhesión que elabora, cuáles las obligaciones que asume en virtud de los mismos, y sobre dicha base realizar los actos y gestiones que permitan el cumplimiento de las obligaciones contractuales que ella misma se impuso.

Empero, en el caso que expongo, Fortaleza nunca nos requirió que completáramos ningún formulario de seguro faltante, que diéramos cualquier información adicional o que prestáramos nuestra colaboración para cualquier acto que pudiera estar pendiente para el perfeccionamiento del seguro, cuya toma (contratación), reitero, era una obligación contractual de Fortaleza y no así de mi fallecido esposo o de mi persona.

Adicionalmente, corresponde señalar que mi fallecido esposo y mi persona simplemente acudimos a Fortaleza como cualquier otro cliente o consumidor financiero, como usted o cualquiera de sus familiares, encontrándonos en una situación asimétrica frente a la entidad financiera (por la sencilla razón que son ellos quienes deciden los documentos que nos dan o proveen), cuya obligación principal frente al regulador, los depositantes y la sociedad en general, consiste fundamentalmente en gestionar y mitigar el riesgo de crédito, a cuyo efecto debe cumplir sus manuales internos y observar las obligaciones contractuales que pacta con los clientes. De tal manera que si un colateral (seguro de desgravamen o vida) ayuda a mitigar el riesgo de crédito, es deber de la entidad financiera asegurarse, insistir y tomar las medidas conducentes a que dicho colateral exista en la realidad, y no tan solamente limitarse cómodamente a incluir cláusulas contractuales y asumir obligaciones que nunca se cumplen a cabalidad.

En el presente caso nunca busqué dilucidar si mi esposo contaba o no con la cobertura del seguro de desgravamen o vida, pues resulta evidente que carecía de dicha cobertura. Lo que en el fondo se busca es establecer y está demostrado objetivamente, que la falta de dicha cobertura tiene como causa directa e inmediata una omisión culposa imputable enteramente a Fortaleza, la cual tenía la obligación contractual expresa de "incluirnos" (a mi esposo y a mi persona) bajo la cobertura de la Póliza que dicha entidad negoció y contrató directamente con La

Vitalicia, prescindiendo de cualquier intervención nuestra. La obligación contractual asumida por Fortaleza fue incumplida culposamente por dicha entidad, en desconocimiento abierto del tenor literal de la cláusula vigésima primera del contrato redactado para todos sus clientes por la propia Fortaleza, causándome daños y perjuicios de consideración en razón a que aún después de producido el siniestro (fallecimiento de mi esposo) me vi obligada a continuar pagando cuotas del préstamo a favor de Fortaleza, la cual se benefició indebidamente de las mismas, pues era una obligación suya asegurarse de cumplir con los actos necesarios para "incluirnos" bajo la cobertura de la póliza flotante de La Vitalicia.

De esta manera, si Fortaleza hubiera sido diligente y hubiera cumplido al pie de la letra la obligación contractual que omitió, el siniestro ocurrido hubiera gozado de cobertura, y de mi parte ya no hubiera tenido que continuar pagando sumas de dinero a favor de Fortaleza. De la relación de hechos realizada precedentemente, es evidente que Fortaleza vulneró mi derecho a recibir servicios de calidad, por cuanto Fortaleza (i) incumplió los términos contractualmente pactados, y (ii) no brindó los servicios y productos ofertados con oportunidad, seguridad y diligencia:

Resulta controvertido que mediante la cláusula vigésima primera del Contrato de Préstamo, Fortaleza se obligó a "incluirnos" a mi esposo fallecido y a mí, bajo la cobertura de la póliza flotante que dicha entidad tenía contratada con La Vitalicia. Nadie que tenga una adecuada lectura, de lo que se entiende bajo el principio de verdad material constitucional, podrá señalar que la cláusula señala la obligación de "incluirnos" plural.

De acuerdo con lo establecido por la Sección 2, Capítulo I, Reglamento para la Atención del Cliente y Usuario de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, mi esposo fallecido y mi persona teníamos derecho a recibir servicios de calidad, y en especial a que la entidad financiera cumpla con los términos pactados:

"Cumplimiento de los términos pactados.- El cliente recibe el producto y/o servicio ofrecido por la entidad supervisada en los términos establecidos en los contratos suscritos, los cuales deben respetar las condiciones generales incluidas en la documentación informativa, ofertas o publicidad difundida. Para aquellos productos y/o servicios que no requieran de un contrato la entidad supervisada respeta las condiciones generales incluidas en la documentación informativa, ofertas o publicidad difundida."

En este sentido, la violación a los derechos de mi persona y de mi esposo en calidad de clientes de Fortaleza, se encuentra plenamente demostrada, más aun tomando en consideración que al tratarse de un contrato de adhesión, las cláusulas se interpretan en contra de su autor.

Asimismo, Fortaleza no podía escudarse en el llenado de un Formulario por parte de nosotros, pues la obligación de "incluirnos" en el seguro, correspondía solamente a Fortaleza, y nuestras personas como clientes y usuarios efectuamos todo cuanto fue exigido por dicha entidad financiera para el desembolso del crédito, y si ella nos hubiera requerido el llenado de formularios adicionales o la suscripción de cualquier

documento, no lo hubiéramos negado, pues lógicamente confiábamos en la condición "profesional" de la entidad financiera y de sus representantes, la cual conocía a cabalidad quiénes éramos sus deudores, y por tanto quiénes éramos los que debíamos gozar de la cobertura de su póliza de seguro flotante contratada con La Vitalicia.

Asimismo, Fortaleza también vulneró nuestro derecho a recibir servicios y productos con oportunidad, seguridad y diligencia.

En este sentido, Fortaleza no obró ni prestó servicios cumpliendo con el principio de oportunidad, pues correspondía que tome, contrate o nos incluya a mi esposo fallecido y a mi persona, bajo la cobertura de su póliza flotante con La Vitalicia, de forma previa o a tiempo de que se realice el desembolso del crédito, máxime cuando se toma en cuenta que la contratación de esta clase de seguros constituye un mitigador importante del riesgo de crédito. Fortaleza tuvo mucho tiempo para cumplir su obligación de incluirnos bajo la cobertura de su póliza flotante, y al no haberlo hecho así, ni tomado ninguna acción conducente a dicho fin, incumplió con el principio de oportunidad.

Asimismo, Fortaleza tampoco prestó servicios observando el principio de seguridad, por cuanto nunca tomó las medidas necesarias para que existiera certeza (seguridad) respecto del cumplimiento de los términos pactados sobre el seguro de desgravamen, nunca se aseguró de que los documentos hubieran sido pedidos, presentados o llenados de forma correcta.

Por último, Fortaleza también actuó con negligencia, en contraposición a la diligencia que le es exigible por su condición de entidad financiera profesional, y en efecto, nunca revisó los formularios presentados, nunca se aseguró que La Vitalicia hubiera emitido Certificado de Cobertura para ambos deudores, nunca tomó ninguna acción para asegurarse de que la cláusula vigésima primera del contrato se hubiera cumplido.

Por lo anterior, está demostrada la violación al derecho a recibir servicios de calidad, debido a que Fortaleza no actuó con oportunidad, seguridad ni diligencia, en violación de lo previsto por la Sección 2, Capítulo 1, Reglamento para la Atención del Cliente y Usuario de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, mi esposo fallecido y mi persona teníamos derecho a recibir servicios de calidad, el cual a la letra señala lo siguiente:

"Atención oportuna, diligente y segura.- Los productos y/o servicios que utiliza el cliente y usuario son brindados de manera oportuna, diligente y segura."

En el caso que nos ocupa, Fortaleza no brindó servicios cumpliendo con la oportunidad, diligencia y seguridad debidas, y muy por el contrario, dejó pasar el tiempo, no dio ninguna instrucción para subsanar cualquier posible error, no requirió ningún documento ni formulario, pese a conocer a cabalidad la identidad de los deudores, no exigió el certificado de cobertura de La Vitalicia, ni se percató que uno de los codeudores no se encontraba asegurado, demostrando una actitud negligente, reñida con la cualidad "profesional" que debiera caracterizarla.

OTROSÍ SEGUNDO.- Adicionalmente podrá verificar su autoridad que: El documento ASFI/DDC/R-11089/2012 en su primer párrafo señala:"(...) referente a la no cobertura del seguro de desgravamen por el fallecimiento de su esposo (...)"

Violando el DS 27113 de 23 de julio de 2003, en su artículo 28 párrafo I establece: "El objeto del acto administrativo es la decisión, certificación o juicio de valor sobre la materia sujeta a conocimiento del órgano administrativo. El acto debe pronunciarse, de manera expresa, sobre todas las peticiones y solicitudes de los administrados incoadas en el procedimiento que le da origen"; porque nuestra petición de fecha 19 de marzo de 2012 no solo se refiere a la no cobertura del seguro de desgravamen por fallecimiento sino que denunciamos en el párrafo penúltimo de la fundamentación y relación de derecho: "Finalmente Fortaleza, no procura que sus clientes y usuarios, puedan acceder a la institución de supervisión de sus operaciones (...). Entonces Fortaleza FFP SA vulnero art. 5 (...) que estipula "La respuesta cursada por la entidad supervisada al cliente o usuario, debe incluir la leyenda: Si el cliente o usuario está en desacuerdo con la respuesta emitida, puede acudir a la central de reclamos de la autoridad de supervisión del sistema financiero ASFI Fortaleza no incluyo la leyenda prescrita en la respuesta CITE FFP/GRLP/137/12".

Como podrá evidenciar:

No hay ninguna leyenda al respecto

El Oficio o Resolución ASFI/DDC/R-11089/2012 en su segundo párrafo señala "(...) revisada y analiza (sic)(...) consistente en copia de solicitud de crédito, copia de solicitud de seguro de desgravamen hipotecario, copia de certificado de cobertura del seguro de desgravamen hipotecario, copia de condiciones generales, condiciones particulares y cláusulas adicionales a póliza de seguro automotor (...)", en ninguna parte revisan las condiciones generales y particulares de la póliza de seguro de desgravamen, siendo parte primordial para un análisis de la pertinencia o no de la petición, ni la escritura pública de contrato de préstamo, ni la carta de respuesta de Fortaleza con CITE FFP/GRLP/137/12 Violando lo que dispone el artículo 31 del DS 27113 que dispone: "La motivación expresará sucintamente los antecedentes y circunstancias que resultan del expediente; consignará las razones de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto; individualizará la norma aplicada, y valorará las pruebas determinantes para la decisión"

El oficio o resolución no valoro la prueba determinante que son las condiciones generales y particulares de la póliza de seguro de desgravamen, la escritura pública de contrato de préstamo y la carta de respuesta de Fortaleza con CITE FFP/GRLP/137/12. El Oficio o Resolución administrativa ASFI/DDC/R-11089/2012 en su párrafo tercero señala: "(...) revisado el manual de procedimientos de créditos corporativos que establece (...) los requisitos para solicitar el crédito (...) en el cual figura el formulario de solicitud de seguro de desgravamen hipotecario firmado (...) el agente de negocios u oficial de negocios revisa que la documentación presentada se encuentre acorde la información consignada (...) y que todos los formularios estén correctamente llenados y firmados". Es así que la Resolución administrativa ASFI/DDC/R-11089/2012 no dispone ninguna sanción a la entidad financiera, violado lo

que dispone la normativa de la ASFI que obliga a todas las entidades financieras a tener un manual de procedimientos y a cumplirlo, porque la entidad financiera otorgo un crédito sin cumplir con su manual, otorgando un crédito sin cumplir los requisitos, sin hacer la revisión de que sea entregado los formularios del seguro de desgravamen llenados y firmados por ambos codeudores.

Y de esta manera la entidad financiera FORTALEZA FFP SA violo (sic) el art. 519 del Código civil que establece. "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes (...)", es así que la escritura publica (sic) N° 300/2009 de contrato de préstamo de fecha 31 de diciembre de 2009 en su cláusula vigésima primera señala: "(...) FORTALEZA FFP SA, incluye a los DEUDORES, en una póliza de seguro flotante de desgravamen (...)"

A su vez violando la normativa de la recopilación de normas para bancos y entidades financieras en su sección de Servicios al Cliente art. 4 que establece: "(...) Las entidades supervisadas deben respetar todas las condiciones ofertadas por escrito (...)" y en su artículo único 2.2. que establece "El cliente recibe el producto y/o servicio ofrecido por la entidad supervisada en los términos establecidos en los contratos suscritos los cuales deben respetar condiciones generales incluida en la documentación informativa, ofertas o publicidad difundida..."

Que en fecha 21 de diciembre de 2012 la Sra. Sandra Asbún de Zalaquett, complementa su Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 560/2012 de 26 de octubre de 2012, argumentado lo siguiente

OTROSÍ PRIMERO.-Adjunta documentación y pide en su caso.- Revisada la carpeta del caso que nos ocupa (expediente signado con el numero N. 78), se pudo advertir que no se encuentra la documentación adjuntada a tiempo de interponer nuestro recurso de revocatoria de fecha 28 de septiembre de 2012, siendo esta la siguiente:

- Testimonio de la Escritura Pública N. 300/200931 del 31 de Diciembre del 2009, otorgada por ante Notaria de Fe Publica N. 097 a cargo del Dra. María Cristina Ibañez Brown, sobre Compra-Venta del vehículo y Concesión de Préstamo con Garantía Hipotecaria del mismo vehículo, otorgada por Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A "Fortaleza F.F.P S.A" a favor de los esposos Zalaquett. Es importante destacar que la mencionada escritura, en su cláusula vigésima primera, señala expresamente lo siguiente:

"Los deudores aceptan expresamente y así se conviene entre partes que **"Fortaleza FFP S.A." incluye a los deudores en una póliza de seguro flotante de desgravamen o vida que será emitida mediante un certificado individual de seguro, dentro del seguro global que "Fortaleza FFP S.A. "ha contratado con La Vitalicia, Seguros y Reaseguros de Vida S.A. y que estará vigente por todo el tiempo que se mantengan saldos deudores del préstamo, por un monto equivalente al capital e intereses adeudados."**

- Seguro de Desgravamen Hipotecario Póliza N° A 1003475 a favor de Sandra Grisel Asbun de Zalaquett, emitida el 20 de Agosto de 2012 por la Vitalicia S.A.
- Formulario de Recepción de Reclamos (Punto Reclamo) N° 010209, donde claramente señala que se adjunta el Testimonio N° 300/209.
- Reclamo N° 010209 realizado ante "Fortaleza F.F.P S.A"

- *Respuesta a reclamo N° 010209 de parte de "Fortaleza F.F.P S.A", donde la misma no informa al Consumidor Financiero - Usuario y Cliente sobre la posibilidad de recurrir a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*

Al respecto, cabe mencionar que estos documentos fueron adjuntados tanto por la parte reclamante como por "Fortaleza F.F.P S.A", según se tiene de la página 29 de la carpeta bajo su dependencia y signada con el número 78. Sin embargo, conforme se ha podido evidenciar en la revisión de dicha carpetazos documentos antes mencionados no se encuentran efectivamente en la misma. En tal sentido, y considerando que dichos documentos son de vital importancia para la resolución del recurso jerárquico, además de constituir el respaldo de nuestras pretensiones y alegatos, se agradecerá poder verificar que la carpeta esté completa en todos sus cuerpos o, en su caso, sírvase como autoridad solicitar a la "ASFI" la remisión de la documentación completa, ya sea por este pedido de parte o de oficio. No obstante lo anterior, cualquiera sea el escenario y por las precauciones de la futura resolución, tenemos a bien adjuntar por tercera vez la documentación aquí mencionada..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

El Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A., mediante nota FFP/GRLP/137/12 de fecha 24 de febrero de 2012, le niega a la Sra. Sandra Asbún de Zalaquett, la cobertura del seguro de desgravamen por el fallecimiento de su esposo en accidente de tránsito, señor Juan Antonio Zalaquett. Ante dicha negativa, la Sra. Asbún presenta reclamo a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Mediante nota ASFI/DDC/R-110899/2012 de 5 de septiembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se pronuncia en cuanto al reclamo citado determinando que su "...difunto esposo no contaba con la cobertura del seguro de Desgravamen Hipotecario de acuerdo a lo solicitado y aceptado por usted en el formulario de Solicitud de Seguro de Desgravamen Hipotecario y la emisión del certificado de cobertura de la Compañía de Seguros y Reaseguros de Vida La Vitalicia S.A..."

En fecha 23 de septiembre de 2012, la Sra. Sandra Grisel Asbún de Zalaquett presentó Recurso de Revocatoria contra la Nota ASFI/DDC/R-110899/2012 de 5 de septiembre de 2012.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI N° 560/2012 de 26 de octubre de 2012, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Sra. Sandra Asbún de Zalaquett contra la carta ASFI/DDC/R-110899/2012 de fecha 5 de septiembre de 2012, debido a que el mismo, en criterio de la Autoridad Reguladora, no corresponde porque la señora Sandra Asbún "...ha omitido activar el procedimiento legal previsto por el parágrafo 1 del artículo 20 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003...".

Por lo tanto, al tratarse el presente proceso emergente de la impugnación contra la nota ASFI/DDC/R-110899/2012 de 5 de septiembre de 2012 y no de una Resolución Administrativa en los términos del artículo 17° de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo), y al haberse determinado la improcedencia del recurso jerárquico dispuesta por la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 560/2012 de 26 de octubre de 2012, corresponde restringir el presente control de legalidad a las cuestiones adjetivas, por cuanto resultan jurídicamente trascendentales, antes que a la pretensión sustancial de la recurrente, conforme a los fundamentos que a continuación se desarrollan.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Del procedimiento administrativo en caso de impugnación contra actos administrativos de menor jerarquía.-

En materia administrativa, todo proceso administrativo debe regirse bajo el principio de legalidad, que refiere que las actuaciones de la Administración Pública deben estar sometidas al cumplimiento de la normativa, por lo que, corresponde revisar la normativa administrativa aplicable al caso, así tenemos:

El artículo 17°, parágrafo I, de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, de 23 de abril de 2002, señala:

*"...La Administración Pública está **obligada a dictar resolución expresa** en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación..."* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su parte pertinente señala:

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

"Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).

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

Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada." (Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Conforme se tiene determinado, la norma administrativa delega la responsabilidad a la recurrente de solicitar al Ente Regulador que consigne el acto administrativo de menor jerarquía en un acto recurrible, es decir y subsumiendo al caso de autos, la obligación de requerir la consignación en Resolución Administrativa de la nota ASFI/DDC/R-110899/2012 de 5 de septiembre de 2012, a efectos de que pueda interponerse el Recurso de Revocatoria que le asiste al administrado, **sin embargo**, la propia normativa administrativa, prevé que ante esta omisión por parte del interesado, la Autoridad regulatoria está en la obligación de reencauzar el procedimiento, cual mandan los artículos 42 y 43 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Para el presente caso, analizamos el referido artículo 42 que establece:

"Artículo 42.- (Calificación del Procedimiento) El órgano administrativo **calificará y determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada, si las partes incurrieran en error de su aplicación o designación.**" (Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por tanto, el Ente Regulador se encontraba en la obligación de reencauzar el procedimiento administrativo, que de origen contaba con la omisión procesal administrativa, toda vez que no había merecido un pronunciamiento formal, debiendo haberse pronunciado directamente mediante Resolución Administrativa expresa, al amparo del Artículo 17 de la Ley N° 2341, transcrito supra.

Por lo que queda claro que, el Ente Regulador, no siguió el procedimiento administrativo establecido para el efecto, conforme se tiene anotado en líneas precedentes.

2.2. Declaratoria de improcedencia del Recurso de Revocatoria.-

El Ente Regulador no debe olvidar que ya el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 17, define al **acto administrativo** como aquel "...que **expresa la decisión de la autoridad reguladora**, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados"

Por su parte, la economía jurídica boliviana determina que cualquier persona que se sintiera agraviada puede presentar recursos administrativos (recursos de revocatoria y jerárquico) tal como establece el Artículo 56 de la Ley del Procedimiento Administrativo "...contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente siempre que dichos actos administrativos a **criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos**. II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa..."

En este contexto, tenemos que, al tratarse de un acto definitivo, la ASFI estaba en la obligación de pronunciarse de manera fundamentada y motivada sobre el mismo, a través de una Resolución Administrativa y no así a través de un acto administrativo de menor jerarquía.

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

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

Finalmente, corresponde traer a colación el precedente administrativo ya sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 021/2010 de 27 de agosto de 2010, misma que determinó, en un caso de características análogas, lo siguiente:

“...Asimismo, y no menos trascendental es la obligación de la Administración Pública de otorgar una Resolución motivada de la pretensión que presente, en el uso de protección que debe otorgar la administración al administrado en el marco del debido proceso, situación que no sucedió en el caso de autos, ya que la Autoridad de de Supervisión del Sistema Financiero, al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria por medio una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010), cuando lo que correspondía era encaminar el proceso, y emitir Resolución Administrativa fundamentada respecto a la pretensión planteada que originó el Recurso de Revocatoria....”

En este contexto corresponde a esta instancia jerárquica reencauzar el procedimiento para que en instancia inferior se corrijan los vicios procesales aludidos y se tramite el proceso sin mayores dilaciones que conlleven a futuras nulidades procesales debiendo motivarse adecuadamente mediante resolución motivada la solicitud hecha por el recurrente...”

Asimismo, se trae a colación lo determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido proceso, que se remite a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, estableciendo lo siguiente:

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

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

En el mismo sentido, ese mismo Tribunal se ha pronunciado en sus sentencias 0086/2010-R y 0223/2010-R, señalando que:

"...En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que

el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (...) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

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

Subsumiendo el análisis realizado se llega a la conclusión, que ante la solicitud de la Sra. Sandra Grisel Asbún de Zalaquett, la Entidad Fiscalizadora debió emitir Resolución Administrativa y no así una simple nota, más aún, si consideramos que el acto emitido ha producido efectos jurídicos.

Que, congruentemente con lo desarrollado, se tiene que el Ente Regulador ha vulnerado el derecho a la defensa, debido proceso y derecho a la petición de la recurrente, al no haberse pronunciado mediante Resolución Administrativa al inicio del procedimiento administrativo, dando lugar a la indefensión de la recurrente.

En consecuencia el Ente Regulador, deberá pronunciarse de manera fundamentada y motivada, a través de una Resolución Administrativa, sobre la determinación adoptada en el caso denunciado, y notificar a las partes involucradas, para que las mismas, si así correspondiere ejerzan su derecho a la defensa.

2.3. En cuanto a la documentación presentada y solicitada.-

De la revisión de la documentación adjunta y solicitada, como ser: Testimonio de la Escritura Pública N° 300/2009 del 31 de Diciembre de 2009, Póliza de Seguro de Desgravamen, Formulario de Recepción de Reclamos, Respuesta al Reclamo N° 010209, se tiene que la misma no hace al objeto del presente proceso, conforme se determinó en el numeral 1 supra, toda vez que el presente Recurso versa sobre la improcedencia determinada por la Autoridad recurrida y no así sobre los temas de fondo, por lo que impide a este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas pueda emitir pronunciamiento sobre la misma.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concluye que la Entidad Fiscalizadora no ha cumplido con el principio del debido proceso ni con el principio de legalidad.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se

circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico que dé lugar a la indefensión de los interesados.

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

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- I. ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Nota ASFI/DDC/R-110899/2012 de 5 de septiembre de 2012, **inclusive**, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

II. La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero deberá emitir la Resolución Administrativa conforme al principio de celeridad, evitando dilaciones innecesarias.

Regístrese notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DFP/Nº 840-2012 DE 31 DE OCTUBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 008/2013 DE 22 DE FEBRERO DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 008/2013

La Paz, 22 de Febrero de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°840-2012 de 31 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°687-2012 de 3 de septiembre de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 006/2013 de 23 de enero de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 014/2013 de 29 de enero de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, mediante nota AA.GG.-11752/2012 presentada en fecha 23 de noviembre de 2012, **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI** representada legalmente por su Gerente de Renta Dignidad, Sr. Daniel Murguía Aillón y su apoderado legal Sr. Luis Alfonso Ibáñez Montes tal como lo acreditan los Testimonios Poder N° 214/2012, de fecha 25 de mayo de 2012 y N° 270/2012, de fecha 6 de julio de 2012, ambos otorgados ante Notaría de Fe Pública

de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz N° 091 a cargo del Dr. Jorge Manuel Cañedo Durán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°840-2012 de 31 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°687-2012 de 3 de septiembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 3 de diciembre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por, **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI**, mismo que fue notificado el 7 de diciembre de 2012.

Que, el 18 de enero de 2013, a horas 9:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI**.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DFP/4587/2012 de 19 de junio de 2012, notificó a **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI** con los siguientes cargos:

“...2. IMPUTACIÓN DE CARGOS.

CARGO N° 1.

Se advierte indicios de incumplimiento a la normativa establecida en el artículo 4° de la Resolución Administrativa-SPVS-P N° 175 de 27 de febrero de 2008, por cuanto la Entidad Gestora habría habilitado en su sistema de pagos a catorce (14) Beneficiarios los cuales hicieron treinta y cinco (35) cobros con documentos de identidad distintos a los que estaban registrados en la Base de Datos de Renta Dignidad (BDRD) siendo atribución de la Entidad Reguladora la de modificar, actualizar y dar de alta los registros de la BDRD en los cuales se encuentran los documentos de identidad.

Los casos mencionados se detallan a continuación:

N° Caso	NUB	Períodos de RD cobrados con números de identificación que no fueron previamente actualizados por la ex – AP
1	100082372	200810 a 200902 200903 200904
2	220197182	200810 a 200903 200904 200905
3	220440837	200904 200905
4	500152863	200803 a 200902 200903, 200904
5	500275570	200810 a 200903 200904
6	900106323	200803 a 200902 200903
7	900137273	200811 a 200903
8	220371608	200806 a 200905
9	500162762	200903 a 200905

10	800095851	200903 a 200905
11	800103869	200902, 200903 y 200905
12	900247900	200801 a 200904
		200905
		200906
		200907
		200908
		200909
		200910
13	200056918	200906 a 200908
		200909
		200910
		200911
		200912
14	220245810	200803 a 200902
		200903
		200904

CARGO N° 2.

Se advierte indicios de incumplimiento al numeral 27 del título 1.2.1 de la Circular SPVS-IP/8/2008 de 06 de febrero de 2008, por cuanto la Entidad Gestora reportó en cuarenta y tres (43) casos de Eliminaciones de Pago cuando correspondía reportar Reembolso de Fondos hechos por los Beneficiarios con depósito bancario; asimismo, estos casos fueron incorrectamente reportados en la fecha de la operación, adicionalmente se identificaron tres (3) pagos en los que sólo la fecha de operación es incorrecta. Los casos mencionados se detallan a continuación.

N°	NUB	Períodos con pagos duplicados que fueron revertidos pero incorrectamente reportados en la BD como eliminaciones y en fechas distintas.		
			A	
1	000065874	200811	A	200901
2	000234693	200801		
3	100004446	200811	A	200901
4	100035451	200811	A	200901
5	100186059	200810	A	200901
6	100235658	200811	A	200901
7	200200188	200810	A	200901
8	220004743	200812	A	200901
9	220039471	200901		
10	220094559	200901		
11	220126530	200801		
12	220152797	200901		
13	220315635	200801		
14	220436996	200811	A	200901
15	220440360	200812	A	200901
16	220735353	200812	A	200901
17	300282888	200901		
18	300022314	200803	A	200804
19	300057681	200801	A	200802
20	400129835	200812	A	200901
21	400225328	200811	A	200901
22	500009317	200810	A	200812
23	500009721	200805		
24	600008662	200901		
25	700136410	200811	A	200901
26	700520068	200810	A	200901
27	700880737	200812	A	200901
28	800023057	200811	A	200901
29	800028625	200811	A	200901
30	800073268	200809	A	200901
31	900232008	200809	A	200901
32	900232627	200809	A	200901
33	900243298	200812	A	200901
34	220009230	200808	A	200901

Nº	NUB	Períodos con pagos duplicados que fueron revertidos pero incorrectamente reportados en la BD como eliminaciones y en fechas distintas.		
35	220119165	200803	A	200901
36	220182590	200811	A	200901
37	220250453	200812	A	200901
38	300030142	200809	A	200901
39	400020207	200811	A	200901
40	400006883	200810	A	200901
41	400116962	200812	A	200901
42		200808		
43		200811	A	200901
44	100007536 (*)	200901	A	200902
45	(*)	200903		
46	(*)	200904	A	200907

(*) Estos pagos fueron correctamente reportados como Reversiones, pero la fecha de la operación fue incorrectamente reportada en la BD...”

CARGOS N° 3 Y 4. Levantados.

Se aclara que mediante nota AA.GG. 7318/2011 de 18 de julio de 2011, **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI**, solicitó ampliación del plazo señalado en la nota de cargos, para presentar los descargos relativos a los pagos efectivos de Renta Dignidad, la cual fue atendida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Auto de fecha 19 de julio de 2012, otorgándole un plazo adicional de veinte (20) días hábiles administrativos.

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota AA.GG.-8497/2012 de 20 de agosto de 2012, **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI** presenta descargos alegando lo siguiente:

“...Cargo N° 1 (...)”

Para el caso del NUB 900247900, tuvo registrado el C.I. 5857939 entre el 7 de enero de 2010 y el 25 de febrero de 2010, por actualizaciones efectuadas por su Autoridad; periodo durante el cual la beneficiaria no efectuó ningún cobro. El resto del tiempo, la beneficiaria tuvo registrado el C.I. 5857936, que es el documento de identidad que figura en los pagos consignados en la BDRD.

Para el caso del NUB 200056918, tuvo registrado el C.I. 24010 entre el 20 de enero de 2010 y el 4 de abril de 2010, por actualizaciones efectuadas por su Autoridad, periodo durante el cual el beneficiario no efectuó ningún cobro. El resto del tiempo, el beneficiario tuvo registrado el C.I. 409716, que es el documento de identidad que figura en los pagos consignados en la BDRD.

Para los casos restantes, informamos a su Autoridad que el pago con documento de identidad distinto al registrado en la BDRD se ocasionó por un defecto ocurrido en nuestras aplicaciones informáticas de actualización durante el primer semestre de la gestión 2009:(sic) Al momento de presentarse una solicitud de actualización de datos que modificara específicamente el número de documento de identidad, aun cuando la solicitud fuera rechazada, el cambio del número de documento de

identidad era transmitido al sistema de pagos de la Renta Dignidad. Se ha determinado que este defecto no afectaba a ningún otro dato del beneficiario y fue resuelto a principios de agosto de 2009.

Por otra parte, se ha verificado que para todos los casos observados por su Autoridad, ingresó una solicitud de actualización con el nuevo documento de identidad, la cual fue procesada en nuestra Asociación (excepto los NUB 900106323 y 900137273, en los que la solicitud ingresó vía (sic) Entidad de Captura de Datos) y en su Autoridad, confirmándose que este número de documento de identidad era el correcto para el beneficiario observado, estando habilitado con dicho dato a partir de la actualización efectuada por su Autoridad. Adjuntamos a la presente las fotocopias de los formularios de actualización de datos, documentación adjunta y boletas de pagos de los casos observados.

Finalmente, cabe hacer notar que las infracciones observadas han prescrito de acuerdo a lo establecido en el Art. 79 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo, ya que el pago más reciente del grupo observado ha sido efectuado el 22 de junio de 2009, más de dos años antes de emisión de la notificación de cargos APS/DJ/DFP/4587/2012, de fecha 19 de junio de 2012.

Cargo N° 2

(...)

Adjuntamos a la presente la estructura de datos reportando correctamente el código "R" de reversión de los casos observados. Los registros fueron informados en su momento con código 'E' debido a que se necesitó un procesamiento manual de las reversiones que ocasionó la asignación de código incorrecto al reportarse la reversión.

Cabe hacer notar que las infracciones observadas han prescrito de acuerdo a lo establecido en el Art. 79 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo, ya que la reversión más reciente del grupo observado ha sido efectuada el 12 de abril de 2010, más de dos años antes de emisión de la notificación de cargos APS/DJ/DFP/4587/2012, de fecha 19 de junio de 2012..."

Cargos N° 3 y 4, levantados.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/N° 687-2012 DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/ DJ/DFP/N° 687-2012 de 3 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

“...PRIMERO.- Sancionar a la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI por el Cargo N° 1 con una multa en bolivianos equivalente a \$US5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción al artículo 4 de la Resolución Administrativa-SPVS-P N° 175 de 27 de febrero de 2008, al advertir que la Entidad Gestora habilitó pagos de la Renta Dignidad a Beneficiarios registrados con

identificación que no estaba en la BDRD y modificando su propia Base de Datos con información que debió actualizarse en la APS como única encargada para el efecto.

SEGUNDO.- Amonestar a la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI por el Cargo N° 2, por infracción al numeral 27 del Título 1.2.1 de la Circular SPVS-IP/8/2008 de 06 de febrero de 2008 al no respetar en sus reportes de pagos de la Renta Dignidad, los códigos de referencia.

TERCERO.- Se levanta el Cargo N° 3

CUARTO.- Se levanta el Cargo N° 4.

QUINTO.- I. La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

II. Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito...”

Los argumentos de la citada resolución son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis técnico y jurídico de los argumentos expuestos por el regulado, aplicando el principio de la valoración razonada de la prueba, se señala que sigue.

Sobre el Cargo N° 1.

(...)

Con relación a lo mencionado por la Entidad Gestora para los NUB 900247900 y 200056918, sostiene que las actualizaciones fueron efectuadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS y que durante ese período no se efectuó ningún cobro; la Gestora no emitió documentación alguna que respalde en descargo dicha aseveración.

Para el resto de los NUB, la Gestora al afirmar que “(...) **informamos a su Autoridad que el pago con documento de identidad distinto al registrado en la BDRD se ocasionó por un defecto ocurrido en nuestras aplicaciones informáticas** de actualización durante el primer semestre de la gestión 2009...” (las negrillas son nuestras), acepta expresamente que el pago se hizo a número de documento de identidad distinto.

Si bien como dice la Gestora "se ha verificado que para todos los casos observados por su Autoridad, ingresó una solicitud de actualización con el nuevo documento de identidad", se aclara que el ingreso de esas notas a la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, fueron con posterioridad a los pagos efectuados; es decir que, la Entidad Gestora procedió a realizar la actualización de los casos e incumplió lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS-P N° 175 de 27 de febrero de 2008, que en su Artículo 4º, menciona:

"La SPVS es la Única Entidad que podrá modificar, actualizar y dar de alta registros en la BDRD..."(la negrilla es nuestra).

Asimismo, al adjuntar a la nota de descargos "las fotocopias de los formularios de actualización de datos, documentación adjunta y boletas de pagos de los casos observados" nos da mayor evidencia para aseverar que para estos casos, conforme a los Formularios de Solicitud y Reclamo presentados por los Beneficiarios son con posterioridad a la efectivización de los pagos observados.

Por otra parte, esta situación demuestra que la actualización de datos de Beneficiarios en la Base de Datos de la Renta Dignidad (BDRD), efectuada por la ex - AP, sobre la cual debe basarse la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI para efectuar los pagos, no es transferida en tiempo real en el sistema de pagos utilizado por la Entidad Gestora y que esta Entidad, tiene abierta la posibilidad modificar los datos de los Beneficiarios, siendo que la normativa vigente establece que la ex - AP era en ese entonces, la única que podía efectuar estos cambios.

Por lo que, el descargo presentado no es aceptado para los siguientes casos:

Nº Caso	NUB	Períodos de RD cobrados	Fecha de Pago Renta Dignidad	Nº Doc.ID. de cobro	Nº Doc.ID. registrado en la BDRD a la fecha de pago	Fecha de solicitud de actualización s/g formulario de reclamo o actualización	(*) Fecha actualización efectuada por la ex AP
1	100082372	200810 a 200902	06/04/2009	7567763	2876840	25/08/2009	17/09/2009
		200903	14/04/2009				
		200904	12/05/2009				
2	220197182	200810 a 200903	28/04/2009	6945050	2077759	29/07/2009	12/08/2009
		200904	22/05/2009				
		200905	22/06/2009				
3	220440837	200904	07/05/2009	2092226	2042226	06/07/2009	23/07/2009
		200905	05/06/2009				
4	500152863	200803 a 200902	12/05/2009	5065562	1203203	02/09/2009	24/09/2009
		200903, 200904	12/05/2009				
5	500275570	200810 a 200903	05/05/2009	8613876	1154496	28/04/2009	21/05/2009
		200904	18/05/2009				

6	900106323	200803 a 200902	19/03/2009	9320281	769253	26/02/2009	17/09/2009
		200903	04/04/2009				
7	900137273	200811 a 200903	13/04/2009	2470238	2002- 121131V	15/12/2008	17/04/2009
8	220371608	200806 a 200905	22/06/2009	9194389	2402399	30/07/2009	03/09/2009
9	500162762	200903 a 200905	05/06/2009	6716257	1269573	08/01/2010	28/01/2010
10	800095851	200903 a 200905	10/06/2009	2614480	2614448	20/11/2009	10/12/2009
11	800103869	200902, 200903 y 200905	22/06/2009	1672281	8000- 220434B	05/11/2009	04/12/2009
12	900247900	200801 a 200904	01/06/2009	5857936	5857939	05/02/2010	25/02/2010
		200905	30/06/2009				
		200906	01/08/2009				
		200907	01/09/2009				
		200908	01/10/2009				
		200909	04/11/2009				
		200910	01/12/2009				
		200911	02/01/2010				
		200903	24/04/2009				
200904	25/05/2009						
13	200056918	200906 a 200908	16/09/2009	409716	24010	20/04/2010	29/04/2010
		200909	15/10/2009				
		200910	16/11/2009				
		200911	15/12/2009				
		200912	15/01/2010				
14	220245810	200803 a 200902	31/03/2009	347615	377615	- o -	- o -
		200903	24/04/2009				
		200904	25/05/2009				

SOBRE EL CARGO N° 2.

(...)

Con relación a este cargo, la Entidad Gestora ha explicado que:

“Los registros fueron informados en su momento con código ‘E’ debido a que se necesitó un procesamiento manual de las reversiones que ocasionó la asignación de código incorrecto al reportarse la reversión”

Con la precedente aseveración claramente se entiende la incorrecta alimentación de datos en su sistema, sin embargo como este error se ha corregido posteriormente a la fiscalización que se hizo y aunque no haya daño sobre el beneficiario, corresponde una amonestación por cuanto se nota la falta de cuidado en la administración del proceso de pago de la Renta Dignidad...”

“...CONSIDERANDO:

Que la Asociación Accidental la Vitalicia – BISA SAFI invoca la prescripción para los casos del Cargo N° 1 y N° 2, es importante aclarar cómo la prescripción opera a partir de las características descritas en la Resolución que a continuación se analiza.

De la Prescripción.

Es fundamental, tomar en cuenta lo dispuesto por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, que en materia de prescripción señala algunas consideraciones importantes para desvirtuar lo que el regulado ha señalado en el Recurso de Revocatoria.

“Mediante Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 y SG SIREFI RJ 79/2006 de 08 de septiembre y 30 de noviembre de 2006 respectivamente, esta Superintendencia General del SIREFI se pronunció respecto a la prescripción, señalando: “En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción.” (las negrillas son nuestras)

Más adelante se lee:

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

1. En el primer caso el cómputo del plazo de prescripción se inicia desde la fecha de la comisión de la infracción o falta administrativa, con total independencia de la fecha de su descubrimiento o conocimiento por la autoridad administrativa,

puesto que de requerirse este previo conocimiento de la autoridad, nos encontraríamos en una situación de inseguridad jurídica en desmedro de los administrados, conculcando uno de los fundamentos básicos de la prescripción, como es el que nadie puede permanecer en incertidumbre por tiempo indefinido...

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

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

2. **En la prescripción por paralización del procedimiento sancionador la fecha de inicio de la prescripción empieza a contar desde la última actuación administrativa de contenido material sancionador que se celebró y a partir de la cual el procedimiento se paralizó de forma ininterrumpida. (las negrillas son nuestras)**

No obstante, esta situación sería extraordinaria en nuestra economía jurídica, puesto que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico el procedimiento administrativo debe impulsarse de oficio en todas sus etapas (Artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo) por lo que remotamente un procedimiento administrativo sancionador, así se haya iniciado a solicitud de un interesado que abandona la causa, podría quedar prescrito, salvo situaciones que impidan a la autoridad administrativa concluir el proceso.

..."

Más adelante la misma Resolución Jerárquica produce, en base a los preceptos expuestos y para resolver el caso que la motiva, la siguiente definición:

"Por otra parte, el Artículo 65, parágrafo I, del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, referido a las etapas del procedimiento sancionador, indica que: "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, **de oficio** o a denuncia, **investigarán la comisión de infracciones** e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento." (las negrillas del original)

En tal sentido, **la prescripción de la acción administrativa sancionatoria queda interrumpida con el acto que inicia las investigaciones o diligencias preliminares, ya sea con la presentación de una denuncia, o con la iniciación de oficio del**

procedimiento sancionatorio, siempre y cuando estos actos sean de conocimiento del supuesto infractor. También puede darse el caso en sentido que la prescripción puede quedar interrumpida con la Notificación de Cargos cuando juicio de la autoridad administrativa no se requiere actuaciones previas a la Notificación de cargos y procede directamente a notificar cargos al regulado para conocer lo justificativos del incumplimiento.
..."

En relación a lo anterior y de los hechos que demuestran el inicio de la acción sancionatoria de esta Autoridad, se establece lo siguiente:

- La Orden de Fiscalización OF/DF/33/2010 instruida el 06 de septiembre de 2010, se comunicó a la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI y además consta en los antecedentes de la Nota de Cargos APS/DJ/DFP/4587/2012 con la cual se le notificó.

Por tanto, no se puede argumentar la prescripción de la acción sancionatoria del Estado a través de esta Autoridad visto que, todos los casos observados fueron resultado de un **trabajo de fiscalización iniciado en plazo que, interrumpió toda posible prescripción por inacción de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS** y que en la fase investigativa se comunicó a la Asociación Accidental La Vitalicia BISA –SAFI de los actuados correspondientes.

Visto lo anterior, los casos observados en la Nota de Cargos APS/DJ/DFP/4587/2012 de 19 de junio de 2012, no han prescrito.

CONSIDERANDO:

Que visto lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

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

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

En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A

la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

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

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

De acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Al Cargo N° 1.

a) Hay una aceptación expresa de parte de la gestora al afirmar que por defecto ocurrido en sus aplicaciones informáticas, pagó a Beneficiarios con documentos de identidad distintos a los que estaban registrado en la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Dignidad; sin embargo la conducta del regulado al recibir solicitudes de actualización de parte de los Beneficiarios, habilitarlos para el pago y luego de pagarles remitir esas solicitudes a esta Autoridad infringe lo dispuesto en el artículo 4° de la Resolución Administrativa-SPVS-P N° 175 de 27 de febrero de 2008.

b) La manifestación escrita de la Gestora, pero al mismo tiempo el detalle de los pagos hechos cuando los datos se actualizaron en los registros de la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, prueban el hecho que se cuestiona en el Cargo N° 1.

c) Se observaron los pagos hechos a Beneficiarios con registro diferente en la BDRD y cómo el regulado actualizó los datos por cuenta propia para viabilizarlos.

En cuanto a la adecuación entre la gravedad el hecho y la sanción que se aplica:

a) Al recibir solicitudes de actualización de Beneficiarios que tienen documentos de identidad distintos en la BDRD, hacer los cambios en su Base de Datos y pagarles, la Gestora demuestra su negligencia frente a la normativa que le obliga a remitir esas

solicitudes para que sea el Ente Regulador, único responsable por norma, para encargarse de ese trámite.

b) Ante la conducta negligente de la Entidad Gestora al no remitir las solicitudes de actualización de datos antes de pagar la Renta Dignidad a quienes tenían registros diferentes en la BDRD, la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI arriesgó los recursos del Fondo de la Renta Universal de Vejez, sin embargo no se registran quejas de beneficiarios que argumenten que fueron suplantadas sus identidades para cobros que les correspondían.

c) No se registra el concepto de reiteración en el presente caso.

Habiéndose comprendido que no hay daño económico al Fondo de la Renta Universal de Vejez, aunque se arriesgaron sus recursos, y en concordancia con lo que señala la norma en cuanto a la aplicación de una sanción ajustada al hecho generador y al tipo de perjuicio resultante, corresponde multar a la Gestora según la gravedad leve que se ha identificado.

Al Cargo N° 2.

Se ha analizado que los casos observados debieron reportarse como pagos reembolsados y no eliminados, por lo tanto siguiendo otra vez la línea de entendimiento lógico-jurídico en el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se tiene:

a) La codificación que se hace en los reportes de pagos es específica, precisa y está diferenciada para los que son pagos, reembolsos, eliminaciones de pagos o reposiciones. Si la gestora equivoca el uso de los códigos, incumple la obligación que se le señala en el numeral 27 del Título 1.2.1. de la Circular SPVS-IP/8/2008 de 06 de febrero de 2008.

b) El hecho está probado con la presentación de los reportes con código erróneo, presentó código “E” cuando debió ser “R”.

c) Se ha considerado la explicación brindada por la Entidad Gestora y se la ha valorado en su justa medida a la hora de imponer sanción en atención a un error que se corrigió.

En cuanto a la adecuación entre la gravedad el hecho y la sanción que se aplica:

a) Confundir los códigos es un desliz que puede tener consecuencias muy perjudiciales. La negligencia se demuestra confundiendo en este particular caso la “E” de eliminación con la “R” de reversión.

b) Ante la conducta negligente del regulado al confundir código en su reporte de pagos pero al mismo tiempo identificar el error y corregirlo, permite descartar un daño o perjuicio apreciable.

c) No se registra este error en reportes previos de pago de la Renta Dignidad.

Habiéndose comprendido que no hay daño económico al Fondo de la Renta Universal de Vejez, aunque se arriesgaron sus recursos, y en concordancia con lo que señala la norma en cuanto a la aplicación de una sanción ajustada al hecho generador y al tipo de perjuicio resultante, corresponde multar según la gravedad levísima que se ha identificado...”

“...CONSIDERANDO:

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

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para la imposición de sanciones.

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

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

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

d) Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para lo beneficios de SSO y en general para ningún Afiliado.”

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

"a) Amonestación, aplicable a la primera vez si la infracción es calificada con gravedad levísima.

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

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

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

d) Infracción calificada como gravedad levísima: No sujeta a multa pecuniaria."

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

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante nota AA.GG.-10094/2012 presentada en fecha 3 de octubre de 2012, **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°687-2012 de 3 de septiembre de 2012, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/N° 840-2012 DE 31 DE OCTUBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 840-2012 de 31 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°687-2012 de 3 de septiembre de 2012.

Los fundamentos presentados en la parte considerativa son los siguientes:

“...CONSIDERANDO

Vistos los argumentos del petitorio planteado por la Asociación Accidental La Vitalicia BISA – SAFI en el recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 687 - 2012 de 03 de septiembre de 2012, es necesario hacer algunas precisiones conceptuales antes de resolver el fondo de lo que pide.

Proporcionalidad de la sanción

La Asociación Accidental la Vitalicia – BISA SAFI sostiene en cuanto al monto pecuniario con el que se la (sic) ha sancionado:

“Queremos referirnos a la cuantificación de la sanción, ya que su Autoridad, si bien ha observado que no ha existido daño al FRUV y estableció que se trata de una infracción de gravedad leve, ha impuesto automáticamente la máxima multa correspondiente a ese nivel de gravedad, sin considerarse factores que otorguen una perspectiva de proporción con relación al servicio prestado.”

Como se vio previamente en la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 687-2012 de 03 de septiembre de 2012, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, sobre la adecuación de la sanción al hecho infractor, dice:

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

También señala:

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

Visto lo anterior pasa a señalar los siguientes aspectos:

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

Por lo anterior, no debe entenderse la proporcionalidad como una relación directa entre el número de casos que se observan y el monto de la sanción pecuniaria que se impone, sino como una relación de hechos, conductas, resultados y objetivo de la sanción. Además, en el análisis de cada caso se considera la particularidad de los mismos, tal cual señala la norma a la cual hay que someterse, seguir y además imponer.

Lo que agrava la situación observada es, la conducta arbitraria y fuera de la norma cuando la Entidad Gestora se atribuye una facultad reservada solamente para la Entidad Reguladora, la cual es: administrar, actualizar y modificar la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Dignidad y allí la particularidad del caso observado y el porqué de la magnitud de la sanción.

También es destacable lo que señala la misma Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, sobre la adecuación de la sanción:

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

Ha sido pues que entre las consideraciones que ha hecho la Autoridad Reguladora a la hora de considerar la proporción y adecuar la sanción, está todo lo actuado, las circunstancias en la que se produjeron los hechos y principalmente, la conducta del infractor con todo lo cual se determinó la sanción que ahora el regulado observa.

Asimismo, la Entidad Gestora ha señalado por un lado que, la proporción entre los pagos efectuados, la cantidad de Beneficiarios y las actualizaciones de los Beneficiarios superan la proporción de casos observados por los cuales se ha impuesto sanción.

Al respecto, es importante señalar que, la imposición de sanciones no responde únicamente a un análisis matemático, sino al hecho mismo y sus implicaciones.

Por otro lado, las actualizaciones sobre la base de los documentos de los Beneficiarios, que hace esta Autoridad, responden al principio de Buena Fe respecto a la documentación emitida por la Autoridad Pública autorizada. La obligación de la Entidad Gestora es comprobar que la documentación que se le presenta para pagos de Renta Dignidad, se ajuste a las obligaciones y diligencias que le señala la normativa, previas al pago del beneficio.

Por lo anterior, los datos estadísticos y porcentuales que presenta la Gestora y que son base de su particular análisis de proporcionalidad, no constituye un elemento determinante que demuestre la desproporción de la sanción, que ha sido debidamente modulada por el Regulador con apego a principios normativos.

De la prescripción.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 79 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo, las infracciones prescriben en el término de dos años.

El regulado argumenta que en una Resolución Administrativa emitida por esta Autoridad, se han fijado los límites que sirven para determinar la prescripción de la acción punitiva y dice:

“Por otra parte, hacemos notar a su Autoridad que la determinación del plazo de prescripción establecido en la R.A. 687/2012 actualmente recurrida, es inconsistente con el antecedente establecido en la Resolución Administrativa APS/DJ/No. 260 2012, de fecha 27 de abril de 2012.”

Continúa:

“En la R.A. 260/2012, su Autoridad asevera “Que no obstante lo anotado, se determina de manera concreta que los actos constitutivos de la infracción han tenido efectos permanentes desde la emisión de la Nota de Cobertura hasta el 30 de julio de 2010, fecha en que se suscribió el Contrato de Cesión de cartera de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., contando las pólizas comercializadas, a partir de dicha fecha, con el correspondiente respaldo de reaseguro. Que lo expuesto precedentemente deja entrever con meridiana claridad que el cómputo del plazo para la prescripción se efectivizó el 30 de julio de 2010, por lo que hasta la fecha de notificación de cargos (13 de abril de 2012) ha transcurrido un (1) año y nueve (9) meses”. Vale decir que su Autoridad ha establecido que el plazo de prescripción se computa a partir de la fecha de comisión de la infracción hasta la fecha de notificación con cargos. Por consiguiente, su Autoridad ha modificado el criterio determinado en la resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 95/2007, razonamiento que consideramos se debería aplicar también al evaluarse la sanción a nuestra Asociación”.

“...podría afirmarse que el derecho de la APS para imponer una sanción a AON RE BOLIVIA S.A. habría caducado por haber transcurrido más de dos años desde la fecha señalada hasta la notificación de los cargos”; siguiendo además la misma línea de razonamiento de las consideraciones citadas en dicha Resolución Administrativa, la infracción se clasificaría como instantánea, sin existir efectos posteriores al evento sancionado.”

Para entender todo lo anterior, es fundamental tomar en cuenta lo dispuesto por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, que en materia de prescripción señala algunas consideraciones importantes para desvirtuar lo que el regulado ha señalado en su Recurso de Revocatoria.

“Mediante Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 y SG SIREFI RJ 79/2006 de 08 de septiembre y 30 de noviembre de 2006 respectivamente, esta Superintendencia General del SIREFI se pronunció respecto a la prescripción, señalando: “En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción.” (la negrilla es nuestra)

Más adelante se lee:

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

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

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

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

2. En la prescripción por paralización del procedimiento sancionador la fecha de inicio de la prescripción empieza a contar desde la última actuación administrativa de contenido material sancionador que se celebró y a partir de la cual el procedimiento se paralizó de forma ininterrumpida.

No obstante, esta situación sería extraordinaria en nuestra economía jurídica, puesto que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico el procedimiento administrativo debe impulsarse de oficio en todas sus etapas (Artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo) por lo que remotamente un procedimiento administrativo sancionador, así se haya iniciado a solicitud de un interesado que abandona la causa, podría quedar prescrito, salvo situaciones que impidan a la autoridad administrativa concluir el proceso.

...”

Más adelante la misma Resolución Jerárquica produce, en base a los preceptos expuestos y para resolver el caso que la motiva, la siguiente definición:

“Por otra parte, el Artículo 65, parágrafo I, del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, referido a las etapas del procedimiento sancionador, indica que: “Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, **de oficio** o a denuncia, **investigarán la comisión de infracciones** e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento.” (las negrillas del original)

En tal sentido, **la prescripción de la acción administrativa sancionatoria queda interrumpida con el acto que inicia las investigaciones o diligencias preliminares, ya sea con la presentación de una denuncia, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio, siempre y cuando estos actos sean de conocimiento del supuesto infractor.** También puede darse el caso en sentido que la prescripción puede quedar interrumpida con la Notificación de Cargos cuando juicio de la autoridad administrativa no se requiere actuaciones previas a la Notificación de cargos y procede directamente a notificar cargos al regulado para conocer lo justificativos del incumplimiento.
...”

Para demostrar todo lo que señala la Resolución Jerárquica y desvirtuar los argumentos presentados por el regulado, la relación de los hechos que demuestran el inicio de la acción sancionatoria de esta Autoridad es la siguiente:

El 06 de septiembre de 2010 se instruye la Orden de Fiscalización OF/DF/33/2010, luego de la cual con nota AP/DF/2974/2012 de 13 de octubre de 2010, se le hace saber a la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI las observaciones del caso y se esperan las aclaraciones correspondientes.

Con nota AA.GG. – 9391/2012 de 10 de noviembre 2010, la Entidad Gestora presenta sus aclaraciones y en base a estos antecedente se genera la Nota de Cargos APS/DJ/DFP/4587/2012 de 19 de junio de 2012.

Si las infracciones más antiguas observadas datan del 19 de marzo de 2009, y la Orden de Fiscalización y la nota que señala las observaciones detectadas son anteriores al 19 de marzo de 2011, entonces esta Autoridad se ha manifestado activamente antes de cumplirse el plazo de prescripción de dos (2) años de silencio.

Por tanto, no se puede argumentar la prescripción de la acción sancionatoria del Estado a través de esta Autoridad visto que, todos los casos observados fueron resultado de un **trabajo de fiscalización iniciado en plazo que, interrumpió toda posible prescripción por inacción de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS** y que en la fase investigativa se comunicó a la Asociación Accidental La Vitalicia BISA –SAFI de los actuados correspondientes.

DE LOS PRINCIPIOS IMPUGNADOS

Principio de Eficacia

Dice el inciso j) del ARTÍCULO 4° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002:

“j) Principio de eficacia: Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas.”

Precisamente, para evitar dilaciones es que, la norma señala los plazos máximos para resolverse los trámites que se indican. En el caso del proceso administrativo en cuestión, la inactividad de la Entidad Reguladora no debe sobrepasar los dos años desde la observación de las presuntas infracciones, estableciéndose además que, este plazo se puede interrumpir por actuaciones necesarias en la búsqueda de la verdad material y de la aclaración de observaciones.

Principio de Economía, Simplicidad y Celeridad

Dice el inciso k) del ARTÍCULO 4º de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002:

“k) Principio de economía, simplicidad y celeridad: Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad evitando la realización de trámites, formalismo o diligencias innecesarias.”

Se debe entender que hay aclaraciones, descargos, observaciones y trámites de carácter necesario, en contraposición a los innecesarios a los que se refiere el principio. Por tanto, el principio se respeta aún cuando hayan actuaciones que al entender del regulado no se ajusten a la economía, simplicidad y celeridad del proceso.

Principio de Impulso de Oficio

Dice el inciso n) del ARTÍCULO 4º de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002

“n) Principio de impulso de oficio. La Administración Pública está obligada a impulsar el procedimiento en todos los trámites en los que medie el interés público.”

Precisamente precautelando la inactividad de la Administración Pública en un plazo superior a los dos (2) años, con lo que se puede perjudicar el interés público y para no dejar al regulado en incertidumbre jurídica, se ha planteado que la atención del caso no exceda ese tiempo, salvo las interrupciones de la prescripción que expresan supervisión y seguimiento a las actividades del regulado.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 687 - 2012 de 03 de septiembre de 2012.

Que la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI no presenta argumentos referentes al Cargo N° 2, por lo tanto, demuestra su conformidad.

Que en consecuencia, deben confirmarse los Cargos N° 1 y 2 con la emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en apego a lo dispuesto en el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica:

"I. las resoluciones sobre recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida..."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante nota AA.GG.-11752/2012 presentada el 23 de noviembre de 2012, **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°840-2012 de 31 de octubre de 2012, argumentado lo siguiente:

“...Cargo N° 1

La APS establece una sanción con multa por el equivalente en bolivianos de USD 5,000.- (cinco mil 00/100 dólares americanos) por infracción a lo establecido en el Artículo 4° de la R.A. 175/2008, al advertir que la Entidad Gestora habilitó y efectuó 35 pagos de la Renta Dignidad a 14 Beneficiarios registrados con identificación que no estaba en la BDRD y modificando su propia Base de Datos con información que debió actualizarse en la APS como única encargada para el efecto.

Proporcionalidad

Reiteramos lo expresado en el Recurso de Revocatoria AAGG-10094/2012, con relación a la cuantificación de la sanción, ya que la APS, si bien ha observado que no existió daño al FRUV y estableció que se trata de una infracción de gravedad leve, ha impuesto automáticamente la máxima multa correspondiente a ese nivel de gravedad, sin considerarse factores que otorguen una perspectiva de proporción con relación al servicio prestado.

Asimismo, para poner en perspectiva las infracciones observadas y considerando que los pagos observados son 35, correspondientes a 14 beneficiarios, debemos decir que durante la gestión 2009:

- Se efectuaron algo menos de 8 millones de pago, de los cuales 35 son el 0.0004%.*
- Se pagó la Renta Dignidad a más de 734,000 beneficiarios, de los cuales 14 son el 0.002%.*
- La APS efectuó más de 143,000 actualizaciones de beneficiarios, de las cuales 14 corresponden al 0.01%.*

Cabe citar que el Decreto Supremo N° 29400 de fecha 29 de diciembre de 2007, establece unos niveles de efectividad que se pueden utilizar como referencia, como se lee en el Artículo 27, numerales V y VI:

«V. La Actualización de la base de Datos de Beneficiarios de la Renta Dignidad y de los Gastos Funerales, bajo responsabilidad de la Entidad Encargada de Regulación, deberá contar con un procedimiento de actualización que genere el pago de los beneficios, con un nivel de efectividad de: (...) A partir de la gestión 2010, este margen de error permisible deberá reducir a cero coma cinco por ciento (0.5%).

VI. El proceso de pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, bajo responsabilidad de la Entidad Gestora, deberá contar con una operativa que permita un nivel mínimo de efectividad de: (...) A partir de la gestión 2010, este margen de error permisible deberá reducir a cero coma cinco por ciento (0.5%)».

Los factores observados están todos muy por debajo del 0.5% referencial establecido en el D.S. 29400.

Por otra parte, la APS ha otorgado muy poco valor a la información proporcionada en nuestros descargos de nota AAGG-8497/2012 de fecha 20 de agosto del presente, donde informamos el error que dio origen a la supuesta infracción y cuándo fue subsanado:

«Para los casos restantes, Informamos a su Autoridad que el pago con documento de identidad distinto al registrado en la BDRD se ocasionó por un defecto ocurrido en nuestras aplicaciones informáticas de actualización durante el primer semestre de la gestión 2009:(sic) Al momento de presentarse una solicitud de actualización de datos que modificara específicamente el número de documento de identidad, aún cuando la solicitud fuera rechazada, el cambio del número de documento de identidad era transmitido al sistema de pagos de la Renta Dignidad. Se ha determinado que este defecto no afectaba a ningún otro dato del beneficiario y fue resuelto a principios de agosto de 2009».

Al respecto la APS, en las consideraciones de la R.A. 840-2012 (pág. 5) cita la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005 de la siguiente manera:

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

De acuerdo a la RJ 38/2005, la APS ha considerado en su evaluación los incisos (a) y (b) previamente citados porque los mismos se pueden verificar de manera objetiva. Sin embargo, el inciso (c) es empleado por la APS como una licencia para efectuar una

ponderación subjetiva, minimizando dicha Autoridad el efecto de algunas de las circunstancias concurrentes y magnificando sobremanera el efecto de otras, de tal manera que, si bien determina de manera objetiva el grado de gravedad de la infracción sancionada, decide sin mayor sustento que el monto de la multa correspondiente a la sanción debe ser el máximo establecido para la gravedad calificada. Esta falta de sustento se reitera en la R.A. 840-2012 en la que la APS concluye desestimando los elementos cuantificables de la supuesta infracción (página 6):

“Al respecto, es importante señalar que, la imposición de sanciones no responde únicamente a un análisis matemático, sino al hecho mismo y sus implicaciones. (...) Por lo anterior, los datos estadísticos y porcentuales que presenta la Gestora y que son base de su particular análisis de proporcionalidad, no constituye un elemento determinante que demuestre la desproporción de la sanción, que ha sido debidamente modulada por el Regulador con apego a principios normativos”.

Cabe hacer notar que la APS en su práctica sancionatoria, por motivos de equidad, debe establecer sanciones similares para infracciones similares cometidas por distintos operadores, cosa que se observa no es practicada con relación a nuestra Asociación. Baste como ejemplo citar las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DFP N° 777-2012 de fecha 2 de octubre de 2012 y APS/DJ/N° 636/2012 de fecha 21 de agosto de 2012, las cuales califican infracciones equivalentes con un nivel de gravedad y sanción distinta a distintos operadores. En estos casos, la infracción consiste en que no estaban disponibles en su oportunidad para la fiscalización de la APS, varias imágenes digitalizadas de boletas de pago de Renta Dignidad. En la primera Resolución (la R.A. 777-2012), a pesar de que la contravención se subsana, la APS determina que la infracción es de gravedad leve y multa a nuestra Asociación con el equivalente de USD 2,000. En la segunda Resolución (la R.A. 636-2012), aún cuando la contravención permanece, la APS determina que la infracción es de gravedad levísima y se limita a amonestar a la AFP Previsión.

Considerando la argumentación precedente, la sanción a la infracción observada por la R.A. 687-2012 y confirmada por la R.A. 840-2012 no fue aplicada por la APS en base a un criterio objetivo de proporcionalidad.

Prescripción

Por otra parte, reiteramos que la determinación del plazo de prescripción establecido en la R.A. 687/2012, es inconsistente con el antecedente establecido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 260-2012, de fecha 27 de abril de 2012.

- En la R.A. 687-2012, la APS indica, citando como antecedente la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 95/2007 de fecha 10 de enero de 2007, que el inicio de trabajos de fiscalización interrumpe toda posible prescripción hasta la conclusión del proceso. En este caso, la prescripción habría quedado suspendida en fecha 6

de septiembre de 2010, fecha en la cual se comunicó a nuestra Asociación con la orden de fiscalización OF/DF/33/2010.

- En la R.A. 260-2012, la APS asevera:

«Que no obstante lo anotado, se determina de manera concreta que los actos constitutivos de la infracción han tenido efectos permanentes desde la emisión de la Nota de Cobertura hasta el 30 de julio de 2010, fecha en que se suscribió el Contrato de cesión de cartera de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. en favor de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., contando las pólizas comercializadas, a partir de dicha fecha, con el correspondiente respaldo de reaseguro. Que lo expuesto precedentemente deja entrever con meridiana claridad que el cómputo del plazo para la prescripción se efectivizó el 30 de julio de 2010, por lo que hasta la fecha de notificación de cargos (13 de abril de 2012) ha transcurrido un (1) año y nueve (9) meses».

Vale decir que la APS ha establecido que el plazo de prescripción se computa a partir de la fecha de la comisión de la infracción hasta la fecha de notificación de cargos. Por consiguiente, la APS ha modificado el criterio determinado en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 95/2007, razonamiento que consideramos se debería aplicar también al evaluarse la sanción a nuestra Asociación.

Independientemente de las consideraciones hechas por la APS en la R.A. 840-2012, permanece el hecho de que el mencionado Ente Regulador aplicó criterios distintos para la medición de la prescripción en la R.A. 260-2012 y en la R.A. 687-2012, criterios que son desfavorables para nuestra Asociación en comparación con los aplicados a otros operadores fiscalizados por la misma APS.

Finalmente, se mantiene el hecho de que los intervalos de tiempo registrados entre las actuaciones de la APS son muy prolongados, ya que:

- Las infracciones observadas habrían ocurrido entre el 19 de marzo de 2009 y el 2 de enero de 2010;
- La orden de fiscalización OF/DF/33/2010 se notificó a nuestra Asociación en fecha 6 de septiembre de 2010 (ocho meses después de ocurrida la más reciente de las infracciones);
- Las observaciones se hicieron conocer a nuestra Asociación con nota AP/DF/2974/2012 de fecha 13 de octubre de 2010 (un mes después de la orden de fiscalización) y fueron respondidas con nota AAGG-9391/2012 en fecha 10 de noviembre de 2010;
- La notificación de cargos APS/DJ/DFP/4587/2012 se comunicó a nuestra Asociación en fecha 3 de julio de 2012 (un año y ocho meses después de nuestra respuesta a las observaciones y dos años y seis meses después de ocurridas las supuestas infracciones).

De esta manera, se mantuvo a nuestra Asociación en una condición indefinida de incertidumbre jurídica, infringiéndose varios de los Principios Generales de la Actividad Administrativa, enunciados en el Art. 4º de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo.

«(...) j) Principio de eficacia: Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas;

k) Principio de economía, simplicidad y celeridad: Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias;

(...) n) Principio de impulso de oficio: La Administración Pública está obligada a impulsar el procedimiento en todos los trámites en los que medie el interés público; (...)).».

Al respecto, las argumentaciones de la APS en la R.A. 840-2012 (páginas 10 y 11) en cuanto al cumplimiento de los Principios Generales de la Actividad Administrativa, son meramente retóricas, ya que no plantea ninguna evidencia verificable acerca de las actuaciones que hubiera efectuado el Ente Regulador entre el 13 de octubre de 2010 (fecha de la comunicación de observaciones) y el 3 de julio de 2012 (fecha de la notificación de cargos).

Por los motivos previamente expuestos, las infracciones sancionadas por la R.A. 687-2012 y confirmadas por la R.A. 840-2012 estaban prescritas de acuerdo a antecedentes establecidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

En base a lo anterior y en apego al Art. 66 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo y del Art. 52 y siguientes del D.S. 27175, pedimos respetuosamente a usted proceda con la remisión al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros de los antecedentes correspondientes a la Revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 687-2012 de fecha 3 de septiembre de 2012, para que el mencionado Viceministerio se pronuncie en relación a este Recurso Jerárquico."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 6 de septiembre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, notificó a **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI**, con la Orden de Fiscalización OF/DF/33/2010.

Mediante nota AP/DF/2974/2010 de 13 de octubre de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones hace conocer a **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI**, las observaciones existentes en la fiscalización realizada, la cual es

atendida por la Entidad Gestora mediante nota AA.GG.-9391/2010 de 10 de noviembre de 2010.

En fecha 19 de junio de 2012 mediante nota APS/DJ/DFP/4587/2012, notificada el 3 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, notifica a **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI** con los siguientes cargos:

- **Cargo N° 1**, por infracción a lo establecido en el artículo 4° de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 175 de 27 de febrero de 2008, al evidenciar que la Entidad Gestora, habilitó en su sistema de pagos catorce (14) Beneficiarios que realizaron treinta y cinco (35) cobros, con documento de identidad distinto al registrado en la Base de Datos de Renta Dignidad.
- **Cargo N° 2**, por incumplimiento al numeral 27 del título 1.2.1. de la Circular SPVS-IP/8/2008 de 6 de febrero de 2008, al evidenciar que cuarenta y tres (43) casos de Reembolso de Fondos fueron reportados como Eliminaciones de Pago y tres (3) pagos fueron reportados de manera incorrecta.
- **Cargo N° 3**, por infracción al inciso a) del artículo 12 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008, ya que por reasignar periodos de pagos múltiples de los NUB 900229165 y 200271767, al Beneficiario con Cédula de Identidad N° 1250664, dejó de pagar al NUB 200271767 los periodos de enero, febrero y marzo de 2009.
- **Cargo N° 4**, por Incumplimiento a los párrafos 12 y 13 del Contrato suscrito con la Entidad Gestora, ya que habría pagado dieciséis (16) periodos de Renta Dignidad tal cual constan en las correspondientes Boletas de Pago pero que en la tabla de pagos de la Base de Datos de Renta Dignidad, estarían omitidos o suprimidos.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 687-2012 de 3 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve sancionar a **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI** por el Cargo N° 1 con una multa en bolivianos equivalente a \$us. 5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) y por el Cargo N° 2 con amonestación, levantando los Cargos N° 3 y 4.

Conforme se tiene de la transcripción realizada del Recurso Jerárquico, la recurrente limita su impugnación única y exclusivamente al Cargo N° 1 en cuanto a la prescripción y proporcionalidad de la sanción, por lo tanto, el presente análisis se limita -conforme a derecho- a la impugnación presentada.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. De la prescripción.-

LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI, presenta como uno de sus principales argumentos, que la infracción imputada para el cargo No. 1 se encuentra prescrita, por lo cual, es pertinente referirse a este instituto, trayendo a colación lo establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, que expresa:

“La prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos (prescripción adquisitiva) para extinguir obligaciones (prescripción extintiva) esta institución jurídica otorga derechos con base en la ocurrencia de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo. De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella. De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento o extinción de derechos subjetivos o acciones, es viable su interrupción y suspensión en consideración a especiales circunstancias de las personas involucradas dentro de la relación jurídica que impidan su ejercicio o la defensa frente la posible extinción del derecho”.

Asimismo, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008, ha ampliado tal criterio al establecer que:

*“...en cuanto a la interrupción de la prescripción la mencionada Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre señalo que **“Como se tiene anotado, no se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción (...)***

...tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 han reconocido la facultad de las Superintendencias del SIREFI de poder iniciar de oficio las investigaciones que consideren pertinentes a los fines de detectar posibles conductas lesivas del ordenamiento jurídico administrativo por parte de los sujetos regulados en el Sistema de Regulación Financiero. (...)

*...la **prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor**, si la cuestión es realizada de oficio, y no así con la notificación de cargos que ese el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones...”*

Ahora bien, subsumiendo lo anterior al caso de autos, corresponde verificar las actuaciones realizadas dentro del proceso sancionador, sea por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, o por la actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, conforme se procede a continuación:

- Las infracciones ocurrieron entre el periodo de **marzo de 2009 hasta enero de 2010**.
- En fecha **6 de septiembre de 2010** se emitió la Orden de Fiscalización OF/DF/33/2010, referida a la revisión de pagos efectivos de Renta Dignidad realizados por **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI**.
- En fecha **13 de octubre de 2010**, mediante nota AP/DF/2974-2010, se comunicaron a la ahora recurrente, las observaciones de la fiscalización.

- En fecha 19 de junio de 2012, notificada el **3 de julio de 2012**, mediante nota APS/DJ/DFP/4587/2012, la Entidad Reguladora comunicó a **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI** los cuatro Cargos resultantes de la fiscalización.

Entonces y al tenor del artículo 79 de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, que señala que “*Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años*”, resulta que, entre la infracción más antigua cometida por la recurrente (19 de marzo de 2009) y la Orden de Fiscalización OF/DF/33/2010 de 6 de septiembre de 2010, ha transcurrido un (1) año, cinco (5) meses y dieciocho (18) días.

Asimismo, tal como se evidencia del expediente administrativo, en fecha 13 de octubre de 2010, mediante nota AP/DF/2974-2010 la Entidad Reguladora comunicó las observaciones de la fiscalización a la recurrente, por lo tanto desde dicha nota hasta el 3 de julio de 2012 (fecha de Notificación de Cargos), ha transcurrido un (1) año, ocho (8) meses y veintiún (21) días.

En ese entendido, es evidente que en el caso de autos, no existió inactividad por parte de la Administración Pública mayor a los dos años que hace a la prescripción, toda vez que conforme dicta el precedente administrativo transcrito líneas arriba, las diligencias preliminares (traducida en la Orden de Fiscalización OF/DF/33/2010 de 6 de septiembre de 2010), ha implicado la primera interrupción a efectos de la prescripción, reiniciándose el mismo el primer día siguiente a la última actuación de la Administración, es decir a partir de la nota AP/DF/2974/2010 de fecha 13 de octubre de 2010, cómputo que es interrumpido a tiempo de la notificación con la nota de cargo.

Por lo anteriormente desarrollado, se llega a la conclusión que en el caso de autos, no ha operado la prescripción alegada por la recurrente.

2.2. En cuanto a la existencia de criterios distintos para contabilizar la prescripción.-

La recurrente señala que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, utiliza criterios distintos para contabilizar la prescripción, refiriéndose en concreto al criterio aplicado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 260-2012 de fecha 27 de abril de 2012, y compulsado con el que corresponde a la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 687-2012 de 3 de septiembre de 2012.

Al respecto, revisado el expediente administrativo, se tiene que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 260-2012 de fecha 27 de abril de 2012, a la que hace referencia la recurrente, trata de un caso distinto al de autos, toda vez que está señala:

*“...Que no obstante lo anotado, se determina de manera concreta que los actos constitutivos de la infracción **han tenido efectos permanentes desde la emisión de la Nota de Cobertura hasta el 30 de julio de 2010**, fecha en que se suscribió el contrato de cesión de cartera de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. en favor de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., contando las pólizas comercializadas, a partir de dicha fecha, con el correspondiente respaldo de reaseguro*

Que lo expuesto precedentemente deja entrever con meridiana claridad que **el cómputo del plazo para la prescripción se efectivizó el 30 de julio de 2010, por lo que hasta la fecha de notificación de cargos (13 de abril de 2012) ha transcurrido un (1) año y nueve (9) meses...**"

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

Que al contrario, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 687-2012 de 3 de septiembre de 2013, señala:

*"...Por tanto no puede argumentar la prescripción de la acción sancionatoria del Estado, a través de esta Autoridad visto que, todos los casos observados fueron resultado de un **trabajo de fiscalización iniciado en plazo que, interrumpió toda posible prescripción por inacción de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS** y que en la fase investigativa se comunicó a la Asociación Accidental La Vitalicia BISA – SAFI de los actuados correspondientes..."*

De lo transcrito es evidente que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 260-2012 de fecha 27 de abril de 2012, no puede ser asimilada al caso de autos y menos ser tomada como análoga, al contar con elementos distintos, cual es la determinación de una infracción permanente y la inexistencia de actos que hacen a la interrupción de la prescripción.

Por lo tanto, no corresponde computar el plazo a partir de la fecha de la comisión de la infracción hasta la fecha de notificación de cargos, conforme los argumentos desarrollados en el numeral 2.1. anterior.

2.3. En cuanto a los principios vulnerados.-

La recurrente refiere que los intervalos de tiempo registrados en las actuaciones de la Entidad Reguladora, serían muy prolongados, y que este hecho hubiera mantenido a la recurrente en una condición indefinida de incertidumbre jurídica, infringiéndose varios de los principios enunciados por el artículo 4 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, como ser el Principio de Eficacia, Principio de Economía, Simplicidad y Celeridad y el Principio de Impulso de Oficio, por lo que en el marco que fue expuesto, corresponde el pronunciamiento de esta Autoridad.

2.3.1. Principio de Eficacia.-

La **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI** alega infracción al principio de eficacia en la resolución recurrida, porque en su criterio, se la mantuvo en una condición indefinida de incertidumbre jurídica, esto por los intervalos de tiempo registrados entre las diversas actuaciones del Ente Regulador.

Al respecto, es pertinente traer a colación el precedente dado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2012 de 11 de mayo de 2012, en cuanto a la aplicación de este principio, que expresa: *"...Los procedimientos deben lograr su finalidad, para lo cual las autoridades **podrán remover de oficio los obstáculos puramente formales evitando dilaciones indebidas, o previendo nulidades o anulabilidades.** Es decir, se entiende que por virtud de este principio se sana tanto en la fase de todo procedimiento*

administrativo los vicios procedimentales que se pueden advertir durante la actuación", en conformidad con lo establecido por los artículos 42 y 43 de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo.

Entonces, aplicados tales criterios a lo que señala la recurrente en función a los datos que salen del expediente, no se evidencia que hubieran existido obstáculos para el desenvolvimiento del proceso sancionador, habiéndose desarrollado el mismo sin dilaciones indebidas por parte del Ente Regulador, sin embargo importa precisar que el Recurso Jerárquico interpuesto, ha omitido identificar la lesión en concreto relacionada al principio de eficacia, resultando que en definitiva no ha existido infracción al mismo.

2.3.2. Principio de Economía y Celeridad.-

Que el Libro de Principios de Derecho Administrativo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en su página 17, establece que quienes participan en el procedimiento administrativo deben guiar sus actuaciones en la tramitación del procedimiento administrativo con la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su tramitación con el objeto de alcanzar una decisión en tiempo razonable.

En el caso de autos, se evidencia que si bien las actuaciones preliminares duraron más de un año, importa precisar que, ni la normativa general (Ley N° 2341, de procedimiento administrativo) ni la especial (Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175), establecen un plazo de duración máxima a las denominadas diligencias preliminares, y esto, se funda en que las mismas tienen por objetivo crear la certidumbre fundada sobre su resultado, dada la trascendencia que ello tiene sobre un eventual proceso sancionador, donde la Administración Pública debe contar con los antecedentes suficientes que justifiquen la decisión sea de iniciar un proceso sancionatorio o en su defecto desestimarlos.

Por lo tanto, el procedimiento sancionador que se ha seguido en el caso de autos, ha cumplido con los plazos establecidos en la normativa aplicable, por lo que este hecho demuestra más bien, que el actuar de la Administración, no ha infringido los principios de celeridad y economía procesal.

2.3.3. Principio de Impulso de Oficio.-

El Principio que hace al impulso de Oficio reclamado por **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA-BISA SAFI**, también es conocido como Principio de Oficialidad, y refiere a la obligación de la Administración Pública de iniciar y mantener la dinámica procedimental, sin la necesidad de expresa petición de parte.

En el caso de autos, el presente procedimiento se inicia de oficio y antes de que opere la prescripción, y se desarrolla conforme dicta el procedimiento, por ende no existe ninguna vulneración al principio de oficio.

3. En cuanto a la proporcionalidad de la sanción.-

La recurrente refiere que la Entidad Fiscalizadora, hubiera impuesto la máxima sanción correspondiente a Gravedad Leve, sin considerar que los treinta y cinco (35) pagos observados correspondientes a catorce (14) Beneficiarios, se encuentran por debajo del

0.5% (cero punto cinco por ciento) referencial establecido como margen de error (Decreto Supremo No. 29400), toda vez que los mismos corresponden porcentualmente en la gestión 2009 al 0.0004%. del total de pagos realizados, al 0.002%.del total de Beneficiarios pagados y el 0.01%. las actualizaciones realizadas, situación que –según señala la recurrente– transgrede el principio de proporcionalidad.

Por lo que, en primer término, corresponde referirnos a este principio y su aplicabilidad en la imposición de sanciones.

Es así que se trae a colación, lo determinado por la entonces Superintendencia General del SIREFI, quien mediante Resolución Jerárquica No. 38/2005 ha determinado que:

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

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

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

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

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

Asimismo, el precedente administrativo dado por esta cartera de estado a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 079/2012 de 28 de diciembre de 2012, que precisa de la siguiente manera:

“El Principio de los límites a la discrecionalidad debe ser entendido como la situación en la cual el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la Ley la que permite a la Administración apreciar la oportunidad, o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminedar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas, según los intereses públicos y no privados.

En la discrecionalidad debe existir siempre una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó conformándose así los Principios de Racionalidad, Justicia, Equidad, Igualdad, Proporcionalidad y Finalidad...

*...Toda vez que aún sujeta a su discrecionalidad, **la decisión de la autoridad debe encontrarse debida y suficientemente fundamentada** en los términos del artículo 17º, párrafo II, inciso d), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003..”*

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

Ahora bien, subsumiendo al caso de autos, tenemos que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DFP/N° 840-2012 de 31 de octubre de 2012, y APS/DJ/DFP/N° 687-2012 de 3 de septiembre de 2012, ha fundamentado su decisión en los parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad, es decir, en el hecho de que las infracciones se hallan plenamente identificadas y probadas.

Asimismo y conforme señala la Entidad Reguladora en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 840-2012 de 31 de octubre de 2012, la misma habría considerado los criterios de graduación: a) la existencia de negligencia, b) la inexistencia de reiteración, y c) la inexistencia de daño.

Ahora bien, sobre la fundamentación reclamada por la recurrente sobre la implicación de la infracción cometidas versus los pagos y actualizaciones realizadas que no hacen ni al 0.5% de margen de error, la Autoridad Fiscalizadora ha dejado sentada su fundamentación al señalar que la imposición de la sanción no se limita a la existencia de la *“relación entre el número de casos que se observan y el monto de la sanción pecuniaria que se impone, sino como una relación de hechos, conductas, resultados y objetivos”*, y dejó clara e inequívoca constancia que la magnitud de la sanción (monto máximo para gravedad leve) que ha sido impuesta, responde a la infracción misma, cual es el proceder a la actualización de registros en la Base de Datos, cuando dicha actividad es exclusiva de la Autoridad Fiscalizadora.

En ese orden de ideas, queda claro, que la valoración que hizo la Autoridad Fiscalizadora, se somete plenamente a la Ley, toda vez que como manda nuestra propia Constitución Política del Estado, nadie puede asumir competencias que no le han sido otorgadas, cual ocurre en el caso de autos, donde la entidad refiere a la actualización, **misma que es de competencia exclusiva** del Ente Fiscalizador y no del regulado, ello en cumplimiento al párrafo II del artículo 26 del Decreto Supremo No. 29400 de 29 de diciembre de 2007, que es rescatado por

la normativa especial hoy imputada y sancionada (Artículo 4 de la Resolución Administrativa-SPVS-P No. 175 de 27 de febrero de 2008).

Por lo que, la Autoridad de Fiscalización, en el marco de su competencia, ha calificado la gravedad de la sanción como "leve", siguiendo a cabalidad los criterios mínimos para su determinación, ha impuesto la cuantía de la misma, **fundamentando su decisión en el hecho producido**, (cuál es el haberse atribuido facultadas privadas del Ente Regulador), estableciendo el monto de \$us.5.000.- (Cinco Mil 00/100 Dólares Norteamericanos), cuyo valor se encuentra dentro del rango establecido para Gravedad Leve, y cuya determinación hace a la discrecionalidad de la Autoridad.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, éste Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en estricto cumplimiento de la normativa del sector, ha llegado a la conclusión que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma en cuanto a la determinación de la infracción, y la imposición de la sanción que conlleva la misma.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, I. Inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 840-2012 de 31 de octubre de 2012 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 687-2012 de 3 de septiembre de 2012, conforme a los fundamentos dados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 754-2012 DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI N°009/2013 DE 28 DE FEBRERO DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 009/2013

La Paz, 28 de Febrero de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°754-2012 de 25 de septiembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 557-2012 de 30 de julio de 2012 ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 007/2013 de 23 de enero de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 022/2013 de 13 de febrero de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 16 de octubre de 2012, **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.**, representada legalmente por su Gerente Técnico, Sr. Alejandro Magno García Peñaranda y su Gerente de Seguros Previsionales, Sr. Luis Fernando Gonzales Torres tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 212/2012, de 25 de mayo de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz N° 091 a

cargo del Dr. Jorge Manuel Cañedo Durán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº754-2012 de 25 de septiembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 557-2012 de 30 de julio de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 24 de octubre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.**, mismo que fue notificado el 31 de octubre de 2012.

Que, mediante Auto de fecha 26 de noviembre de 2012, se hizo un llamamiento a los terceros interesados Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A. y Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, para que en el término de diez (10) días administrativos presenten alegatos, mismo que fue notificado el 3 de diciembre de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. Antecedentes.-

Que en fecha 1 de febrero de 2012 la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emitió la Circular APS/DPC/Nº 15-2012, señalando lo siguiente:

“...En relación a lo establecido en el Anexo de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, en lo referido a la definición de Derechohabientes, que en el último párrafo señala:

“La presente definición no aplica para las pensiones a Derechohabientes cuyo hecho generador haya ocurrido durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.”.

Se aclara que dicho párrafo aplica a los Derechohabientes de Primer Grado, específicamente al cónyuge o conviviente supérstite, que a partir de la promulgación de la Ley Nº 065, no pierden el derecho a la Pensión por Muerte al contraer nuevo matrimonio o iniciar una nueva relación de convivencia...”

Que en fecha 29 de febrero de 2012, **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.**, mediante Nota con Cite GSP-0165/2012, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, aclare la Circular APS/DPC/Nº 15-2012 de 1 de febrero de 2012, en razón a que la definición de Derechohabiente no es clara.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DPC/3997/2012 de 29 de mayo de 2012, atiende la nota de **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.**, expresando lo siguiente:

“...Al respecto, la mencionada Circular aclara que lo señalado en el último párrafo de la definición de Derechohabientes, en el Anexo de la Ley N° 065, se refiere a que los Derechohabientes de Primer Grado, específicamente conyugue o conviviente supérstite, no pierden el derecho a recibir pensión al contraer nuevo matrimonio o relación de convivencia, siempre y cuando el fallecimiento del Asegurado hubiera ocurrido en fecha posterior al 9 de diciembre de 2010...”

Que en fecha 8 de junio de 2012, **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.**, mediante nota con Cite GSP-0665/2012, señala lo siguiente:

“...Mediante la presente, acusamos recibo de su nota de referencia. Al respecto, habiéndose aclarado el alcance de la Circular APS/DPC/N° 15/2012 mediante su nota APS/DPC/3997/2012, apreciamos que su Autoridad está dando un alcance diferente a la Ley, ya que la Ley dice expresamente lo siguiente en el **ANEXO LEY No. 065, GLOSARIO DE TÉRMINOS PREVISIONALES DEL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES, DEFINICIONES APLICABLES:**

"Derechohabientes: A partir de la publicación de la presente Ley se considera Derechohabientes a las personas de uno de los siguientes grados:

Primer Grado: Son, en orden de prelación, el cónyuge o conviviente supérstite, y los hijos del Asegurado, éstos sin prelación entre sí, desde concebidos aún no nacidos, hasta que cumplan dieciocho (18) años de edad, los hijos que sean estudiantes hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad o los que fueran inválidos antes de cumplir los veinticinco (25) años de edad, mientras vivan. Estas personas son Derechohabientes en forma forzosa.

Segundo Grado: Son, en orden de prelación, los progenitores y los hermanos menores de dieciocho (18) años de edad del Asegurado. A efectos de contar con el derecho a Pensión por Muerte y pagos del Sistema Integral de Pensiones, los Derechohabientes de Segundo Grado no requieren haber sido expresamente declarados por el Asegurado.

El Asegurado podrá declarar expresamente la exclusión de algún Derechohabiente de Segundo Grado.

Tercer Grado: Son, las personas que no pertenecen a los grados anteriores, y que son declaradas libremente por el Asegurado a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo. Estos Derechohabientes sólo pueden acceder a la Fracción de Saldo Acumulado.

Los grados son excluyentes entre sí a efectos del pago, en el orden mencionado.

Los porcentajes de la Pensión por Muerte que correspondan a cada Derechohabiente serán determinados por reglamento.

Si alguna de las personas de los grados anteriores, es declarada mediante sentencia ejecutoriada, autora, instigadora o cómplice de la muerte del Asegurado o de la lesión que origine la invalidez definitiva del mismo, perderá su condición de Derechohabiente.

La presente definición no aplica para las pensiones a Derechohabientes cuyo hecho generador haya ocurrido durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.
(El subrayado es nuestro).

Consiguientemente, al haberse establecido expresamente que la definición de "Derechohabientes" no aplica a las pensiones que administramos no corresponde su pronunciamiento, por lo que solicitamos dejarlo sin efecto o en su defecto establecer en una Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada los alcances de sus comunicaciones..."

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DPC/DJ/4851/2012 de 29 de junio de 2012 contesta a **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.**, de la siguiente manera:

"Con relación a su nota de referencia, le informamos que la Circular APS/DPC/Nº 15/2012 de 01 de febrero de 2012, emitida por esta Autoridad, no contraviene ni sale del marco legal de la Ley Nº 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y su demás normativa conexas..."

Que en fecha 13 de julio de 2012, **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.**, Interpone Recurso de Revocatoria contra la Nota APS/DPC/DJ/4851/2012 de 29 de junio de 2012, expresando los siguientes fundamentos:

"...Sobre el particular es necesario hacer notar que no se ha requerido a su Autoridad una opinión acerca de la legalidad o no de la Circular APS/DPC/No 15/2012 de 01 de febrero de 2012, sino que se le ha requerido actuar conforme lo establecido en el Numeral II del Artículo 20 (Obligación de Pronunciarse), del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, mismo que a la letra dice:

*"...El Superintendente Sectorial **deberá emitir Resolución Administrativa** en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud. En caso de negativa del Superintendente Sectorial o de no haberse pronunciado dentro de dicho plazo, el interesado podrá interponer el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo que motiva su solicitud."*

Al no haberse emitido una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada se vulneran nuestros derechos, establecidos expresamente en la Ley del Procedimiento Administrativo Nro.-2341 de fecha 23 de abril de 2002, que establece en su Artículo 16, lo siguiente:

“ARTÍCULO 16° (Derechos de las Personas).- En su relación con la Administración Pública, las personas tienen los siguientes derechos.

...h) A obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen”

Adicionalmente y a objeto de evitar mayores dilaciones o cuestionamientos acerca el (sic) procedimiento administrativo que hemos iniciado, transcribimos a continuación lo establecido en el Artículo 17 de la Ley del Procedimiento Administrativo Nro.- 2341 de fecha 23 de abril de 2002.

“ARTÍCULO 17° (Obligación de Resolver y Silencio Administrativo).

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

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/N° 557-2012 DE 30 DE JULIO DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 557-2012 de 30 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

“...ÚNICO.- I. Se reencauza el procedimiento seguido a instancias de La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A., quien ha interpuesto Recurso de Revocatoria contra la nota APS/DPC/DJ/4851/2012 de 29 de junio de 2012, y solicitado la revocatoria total de las cartas APS/DPC/DJ/4851/2012 y APS/DPC/3997/2012 e inclusive la CIRCULAR APS/DPC/N° 15-2012 de 01 de febrero de 2012 y; a efectos de garantizar los derechos de la Entidad Aseguradora en proceso administrativo.

II. Una vez notificada la Entidad Aseguradora con la presente Resolución Administrativa y, en caso de considerar que con la misma se le ha ocasionado perjuicio a sus derechos o intereses, impugne por la vía recursiva prevista por el artículo 46 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003...”

Los argumentos de la citada resolución son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que es obligación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS pronunciarse sobre los aspectos vertidos por La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. hasta el presente, así como la documentación cursante en el expediente administrativo, como se procede a continuación.

Que de conformidad con la definición de Derechohabientes del Anexo de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, los Derechohabientes de Primer Grado son, en orden de prelación, el cónyuge o conviviente supérstite, y los hijos del Asegurado, éstos sin prelación entre sí, desde concebidos aún no nacidos hasta que cumplan dieciocho (18) años de edad, los hijos que sean estudiantes hasta que

cumplan los veinticinco (25) años de edad o los que fueran inválidos antes de cumplir los veinticinco (25) años de edad, mientras vivan.

Que la definición de Derechohabientes en su último párrafo señala que la misma no aplica para las pensiones a Derechohabientes cuyo hecho generador haya ocurrido durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Que por su parte, el artículo 5 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones establece que, Derechohabientes de Primer Grado son, en orden de prelación, el cónyuge o conviviente supérstite, **mientras no contraiga nuevo matrimonio o sostenga relación de convivencia**, y los hijos del Afiliado, éstos sin prelación entre sí, desde concebidos aún no nacidos hasta que cumplen los dieciocho (18) años de edad, los hijos que sean estudiantes hasta los veinticinco (25) años de edad o los que sean declarados inválidos antes de cumplir los veinticinco (25) años de edad, mientras vivan.

Que con el propósito de aclarar el cambio en la definición de Derechohabientes de Primer Grado, específicamente en el caso de cónyuge o conviviente, esta Autoridad emite la C.15-2012, la misma que señala:

“En relación a lo establecido en el Anexo de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, en lo referido a la definición de Derechohabientes, que en el último párrafo señala:

“La presente definición no aplica para las pensiones a Derechohabientes cuyo hecho generador haya ocurrido durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.”.

Se aclara que dicho párrafo aplica a los Derechohabientes de Primer Grado específicamente al cónyuge o conviviente supérstite, que a partir de la promulgación de la Ley N° 065, no pierde el derecho a la Pensión por Muerte al contraer nuevo matrimonio o iniciar una nueva relación de convivencia.”

Que en fecha 29 de mayo de 2012, mediante nota APS/DPC/3997/2012, esta Autoridad explica a La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. que la Circular aclara que el último párrafo de la definición de Derechohabientes en el Anexo de la Ley N° 065 se refiere a que los Derechohabientes de Primer Grado, específicamente cónyuge o conviviente supérstite, no pierden el derecho a recibir pensión al contraer nuevo matrimonio o relación de convivencia, siempre y cuando el fallecimiento del Asegurado hubiera ocurrido en fecha posterior al 09 de diciembre de 2010.

Que por su parte, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 en su inciso d) establece que el derecho a mantener la Pensión por Muerte del o de la cónyuge o conviviente supérstite que hubiera contraído un nuevo matrimonio o relación de convivencia, se genera sólo en casos en los que el Asegurado hubiera fallecido a partir de la publicación de la Ley N° 065, sin importar la fecha de solicitud y para aquellos casos determinados en regulación a ser emitida por la APS; en este sentido, la C.15-2012 no

contraviene la Ley N° 065 ni el Decreto Supremo N° 0822, y en todo caso es totalmente concordante con la normativa vigente.

Que si bien la definición de Derechohabientes que existía en el SSO y en el SIP es similar pero no igual, justamente uno de los cambios es que en el SSO el cónyuge o conviviente perdía el derecho a la pensión al contraer nuevo matrimonio o relación de convivencia, razón por la cual se aclara este tema.

Que finalmente, la C.15-2012 no establece nada en contrario y que no esté expresamente señalado en la Ley N° 065 y el Decreto Supremo N° 0822, por lo que se establece que la misma no contraviene la normativa vigente del SIP.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo establece los Principios que rigen la actividad administrativa, entre los que se halla el de Sometimiento Pleno a la Ley, el cual dice: “La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso.”

Que el artículo 1 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera establece que, el **Objeto** del Reglamento es **establecer** las normas aplicables a los procedimientos administrativos en el Sistema de Regulación Financiera – SIREFI, así como el **Procedimiento Administrativo para la interposición de recursos administrativos**.

Que a su vez el artículo 2 del señalado Decreto Supremo indica que, las Superintendencias del SIREFI (ahora Autoridades del Sistema de Regulación Financiera), en relación a sus funciones y atribuciones de regular, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, Bancos y Entidades Financiera (sic), Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, Mercado de Valores y empresas, **aplicarán** los procedimientos y recursos administrativos establecidos en el presente Reglamento en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo y de acuerdo a la normativa sectorial aplicable.

Que en cuanto al artículo 3 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, respecto al **Ámbito de Aplicación** señala que las normas reglamentarias se aplicarán por las Superintendencias del SIREFI (ahora Autoridades del Sistema de Regulación Financiera) en su relación regulatoria con los **sujetos regulados** e interesados, en **toda tramitación de procedimientos administrativos**, incluyendo procedimientos para la protección a usuarios, y en los tramites de interposición de recursos de revocatoria y jerárquicos.

Que el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 hace referencia a los actos administrativos de menor jerarquía, los cuales deben ser de atención por los regulados

por su carácter obligatorio una vez notificados éstos. A su vez el artículo 20 expresa que para recurrir los actos de menor jerarquía (Circulares, Instructivos, Directivas, etc.), los regulados deben solicitar al Ente Regulador que los emitió que sea consignado dicho acto en Resolución Administrativa, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación; para que seguidamente el Ente Regulador emita la Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud, pues en caso de negativa o de no haberse pronunciado dentro de dicho plazo, el interesado recién podrá interponer el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo motivo de su solicitud.

Que visto lo anterior se tiene que, tanto el regulador como La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. se encuentran sujetos a la normativa administrativa procesal vigente establecida por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, la cual para su aplicación responde al Principio de Especialidad.

Que es importante hacer saber al regulado y reconducirlo al proceso administrativo correspondiente, para que éste si lo considera conveniente haga conocer su pretensión al Ente Regulador y obtener del mismo un pronunciamiento; claro está, siguiendo el procedimiento que se tiene previsto, a fin de que en caso de no estar de acuerdo con el mismo, tome la vía impugnatoria con el Recurso de Revocatoria.

Que según lo expresado por la norma procesal que rige los procedimientos para el Sistema de Regulación Financiera, es imprescindible que las actuaciones se enmarquen dentro del Principio de Legalidad Procesal, para lo cual las peticiones y pronunciamiento deben ajustarse a procedimiento y plazos preestablecidos, en el presente caso el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, el cual es de uso preferente por el carácter de especialidad normativa.

Que asimismo, es importante expresar que cuando la Entidad Aseguradora con nota GSP-0165/2012 solicitó la aclaración a la C.15-2012, la misma fue atendida por el Ente Regulador en lo que se refiere a la definición de Derechohabientes de Primer Grado. Por su parte, con relación a la nota GSP-0665/2012 de 06 de junio de 2012 además de lo expresado, se pide dejar sin efecto esta norma; obteniendo como respuesta expresa y objetiva del regulador la nota APS/DPC/DJ/4851/2012 de 29 de junio de 2012, que señala que la C.15-2012 no contraviene ni sale del marco legal de la Ley N° 065 y normativa conexas.

Que de lo anterior se extrae que esta Autoridad ha atendido y se ha pronunciado respecto a todas las notas (actos administrativos de menor jerarquía) presentadas por La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. y, que si bien ésta consideraba que no eran suficientes y hubieran merecido una posterior impugnación al acto idóneamente emitido, debía **aplicar** el mecanismo legal vigente, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, para viabilizar su pretensión, agotando de esta manera la norma procesal pertinente.

Que a manera de ilustración sobre la vía procesal idónea se tiene que, los artículos 19 y 20 del Decreto Supremo N° 27175 prevén que los actos administrativos de menor jerarquía, pueden ser recurridos por los regulados, para lo cual **deben** solicitar al Ente Regulador que los emitió **sea consignado** dicho acto **en Resolución Administrativa**, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de recibida la respectiva notificación, para que el Ente Regulador emita la Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud, para luego el regulado poder recurrirla, tal como manda el procedimiento.

Que toda petición de los regulados debe ser clara, concreta y ajustarse al procedimiento que le brinda la norma, a fin de poder satisfacer su pretensión y a la vez evitar interpretaciones procesales erróneas.

Que por otro lado, ninguna de las notas presentadas por la Entidad Aseguradora expresaba que los pronunciamientos de esta Autoridad incluida la misma C.15-2012, sean consignados en Resolución Administrativa, para luego de sucedido aquello pueda interponer la impugnación correspondiente.

Que con respecto a la nota GSP-0665/2012 de 06 de junio de 2012 por la cual se solicitó dejar sin efecto o en su defecto establecer una Resolución Administrativa. Al respecto, corresponde señalar que el dejar sin efecto un acto de menor jerarquía como lo es la C.15-2012 no es posible sino a través de un procedimiento preestablecido por norma vigente, más aún si dicha Circular pone en conocimiento de todos los operadores de la Seguridad Social de Largo Plazo la aclaración a una norma de orden superior; pronunciamiento asumido por el Regulador conforme al artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones. Por lo tanto, la emisión de una Resolución Administrativa que consigne un pronunciamiento de menor jerarquía, debe generarse como consecuencia del seguimiento fiel al mecanismo procesal para su obtención, ya que esta Autoridad está obligada por norma a someter sus actuados según procedimiento.

Que en conclusión se tiene que, los pronunciamientos emitidos por esta Autoridad no han sido consignados en Resolución Administrativa por falta de una solicitud expresa del regulado, como exige la norma para que éste pueda impugnarlos y, que el recurso presentado el 13 de julio de 2012 dirigido contra un acto de menor jerarquía no consignado, conlleva a entender que hubo una confusión del regulado en cuanto a la aplicación de la norma procesal vigente; por lo tanto no corresponde aún la impugnación planteada por el regulado por no cumplir los requisitos legales que prevé el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175, el cual supedita inclusive su admisión a expresar con claridad el perjuicio que se le ocasiona al regulado como consecuencia de una norma emitida.

Que es deber de este Ente Regulador reencauzar el proceso administrativo a fin de que el mismo esté conforme a norma, respetando el debido proceso y el derecho legítimo (sic) a la defensa del regulado, el cual se tiene garantizado con el presente acto administrativo, mismo que ofrece la fundamentación y motivación de las determinaciones del regulador, pero además da la posibilidad legal al regulado de

poder recurrir la presente Resolución en caso de sentirse lesionado o agraviado en sus derechos e intereses.

Que para tal efecto, la Entidad Aseguradora luego de notificada con el presente acto, cuenta con la facultad legal de impugnar el mismo conforme lo establece el Capítulo V del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003..."

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 28 de agosto de 2012, **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 557-2012 de 30 de julio de 2012, con los siguientes argumentos:

"La APS ha establecido en la Circular APS/DPC/DJ/No. 015/2012 lo siguiente:

"En relación a lo establecido en el Anexo de la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2012, en lo referido a la definición de Derechohabientes, que en el último párrafo señala:

"La presente definición **no aplica** para las pensiones a Derechohabientes cuyo hecho generador haya ocurrido durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo."

Se aclara que dicho párrafo **aplica** a los Derechohabientes de Primer Grado específicamente al cónyuge o conviviente supérstite, que a partir de la promulgación de la ley (sic) No. 065 no pierde el derecho a la Pensión por Muerte al contraer nuevo matrimonio o iniciar una nueva relación de convivencia."

Resulta llamativo que la APS pretenda aclarar que lo que una Ley del Estado establece expresamente **no aplica**, en realidad **aplica**.

Resulta también llamativo que la APS a su discreción, diga que **aplica** lo que una Ley dice que **no aplica** a solamente los derechohabientes de Primer Grado, cuando la Ley no ha establecido una especificación de a que Derechohabientes aplica o no la definición formulada en dicha Ley, entendiéndose por tanto que su alcance es general y no librado a interpretaciones o lecturas parciales.

Ahora bien, el inciso d) del Artículo 2 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, establece:

"El derecho a mantener la Pensión por Muerte del o de la cónyuge o conviviente supérstite que hubiere contraído un nuevo matrimonio o relación de convivencia, **se genera sólo en los casos en los que el Asegurado hubiere fallecido a partir de la publicación de la Ley No. 065 sin importar la fecha de solicitud** y para aquellos casos determinados en regulación a ser emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS."

En esta normativa se establece claramente que el derecho a mantener la Pensión por Muerte del o de la cónyuge o conviviente supérstite que hubiere contraído un nuevo matrimonio o relación de convivencia, se genera sólo en los casos en los que el Asegurado fallezca a partir del 10 de diciembre de 2010, vale decir que no es aplicable en absoluto a los casos que nuestra Compañía administra, dado que los siniestros por los cuales pagamos pensiones, corresponden al periodo de ocurrencia de siniestro que va del 1 de mayo de 1997 al 31 de octubre de 2006.

Consiguientemente, nuestra Compañía no está de acuerdo con la redacción establecida en la Circular APS/DPC/DJ/Nº 015/2012, dado que la misma puede entenderse como que las pensiones que nuestra Compañía paga tienen un tratamiento similar a aquéllas que corresponden al SIP en cuanto a los cónyuges o convivientes que se casan o conviven, cuando dicha interpretación no es posible, a la luz de lo establecido tanto en la Ley 065 con en el Decreto Supremo Nº 0822..."

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 754-2012 DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 754-2012 de 25 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve confirmar la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 557-2012 de 30 de julio de de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Los argumentos que presenta son los siguientes:

"...Que en función a los argumentos planteados por La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 28 de agosto de 2012, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Que mediante nota APS/DPC/3997/2012 de 29 de mayo de 2012, esta Autoridad expresa que la Circular APS/DPC/DJ/No. 015/2012 aclara el último párrafo de la definición de Derechohabientes de Primer Grado, del Glosario de Términos Previsionales del Anexo de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, en lo referente al cónyuge o conviviente supérstite, quien no pierde el derecho a percibir pensión al contraer nuevo matrimonio o relación de convivencia, siempre y cuando el fallecimiento del Asegurado hubiera ocurrido en fecha posterior al 09 de diciembre de 2010.

Que en su momento, el artículo 5 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones establecía que, Derechohabientes de Primer Grado son, en orden de prelación, el cónyuge o conviviente supérstite, mientras no contraiga nuevo matrimonio o sostenga relación de convivencia, y los hijos del Afiliado, éstos sin prelación entre sí, desde concebidos aún no nacidos hasta que cumplen los dieciocho (18) años de edad, los hijos que sean estudiantes hasta los veinticinco (25) años de edad o los que sean declarados inválidos antes de cumplir los veinticinco (25) años de edad, mientras vivan.

Que a partir de la promulgación de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la definición de Derechohabientes establecida en dicha Ley dispone que, los Derechohabientes de Primer Grado son en orden de prelación, el cónyuge o conviviente supérstite, y los hijos del Asegurado, éstos sin prelación entre sí, desde concebidos aún no nacidos hasta que cumplan dieciocho (18) años de edad, los hijos que sean estudiantes hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad o los que fueran inválidos antes de cumplir los veinticinco (25) años de edad, mientras vivan.

Que dicha definición en su último párrafo señala que, la misma no aplica para las pensiones a Derechohabientes cuyo hecho generador haya ocurrido durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Que en este sentido, con el propósito de aclarar el cambio en la definición de Derechohabientes de Primer Grado, específicamente en el caso de cónyuge o conviviente, esta Autoridad emitió la Circular APS/DPC/DJ/No. 015/2012, la misma que señala:

“En relación a lo establecido en el Anexo de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, en lo referido a la definición de Derechohabientes, que en el último párrafo señala:

“La presente definición no aplica para las pensiones a Derechohabientes cuyo hecho generados haya ocurrido durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo”.

Se aclara que dicho párrafo aplica a los Derechohabientes de Primer Grado específicamente al cónyuge o conviviente supérstite, que a partir de la promulgación de la Ley N° 065, no pierde el derecho a la Pensión por Muerte al contraer nuevo matrimonio o iniciar una nueva relación de convivencia.”

Que en virtud a lo expuesto, nuevamente se aclara que el último párrafo de la definición de Derechohabientes en el Anexo de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones se refiere a que los Derechohabientes de Primer Grado, específicamente cónyuge o conviviente supérstite, no pierden el derecho a recibir pensión al contraer nuevo matrimonio o relación de convivencia, siempre y cuando el fallecimiento del Asegurado, es decir el hecho generador, hubiera ocurrido en fecha posterior al 09 de diciembre de 2010.

Que por su parte, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 en su inciso d) establece que, el derecho a mantener la Pensión por Muerte del o de la cónyuge o conviviente supérstite que hubiera contraído un nuevo matrimonio o relación de convivencia, se genera sólo en casos en los que el Asegurado hubiera fallecido a partir de la publicación de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, sin importar la fecha de solicitud y para aquellos casos determinados en regulación a ser emitida por la APS; en este sentido, la Circular APS/DPC/DJ/No.

015/2012 no contraviene la Ley N° 065 ni el Decreto Supremo N° 0822, encontrándose por tanto acorde con la normativa vigente.

Que por lo expuesto, el Recurso de Revocatoria interpuesto por La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. no tiene argumentos suficientes para revocar la R.A.557-2012..."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 16 de octubre de 2012, **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 754-2012 de 25 de septiembre de 2012, argumentado lo siguiente:

"Conforme al Art. 66 de la Ley del Procedimiento Administrativo Nro.- 2341 de fecha 23 de abril de 2002 y en apego a lo dispuesto por el Art. 52 y siguientes del Decreto Supremo Nro.- 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, interponemos Recurso Jerárquico en contra de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/No. 754-2012 de 25 de septiembre de 2012. La Resolución impugnada, ha sido notificada a nuestra entidad en fecha 2 de octubre del presente año, confirmando la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/No. 557-2012 de 30 de julio de 2012.

Con base en lo anterior, solicitamos a su Autoridad, remitir los antecedentes correspondientes al superior jerárquico, para que proceda conforme la normativa legal vigente.

La impugnación, se basa a los fundamentos de orden estrictamente legal que se pasan a exponer de la siguiente manera:

La APS ha establecido en la Circular APS/DPC/DJ/No. 015/2012 lo siguiente:

"En relación a lo establecido en el Anexo de la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010, en lo referido a la definición de Derechohabientes, que en el último párrafo señala:

"La presente definición **no aplica** para las pensiones a Derechohabientes cuyo hecho generador haya ocurrido durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo."

Se aclara que dicho párrafo **aplica** a los Derechohabientes de Primer Grado específicamente al cónyuge o conviviente supérstite, que a partir de la promulgación de la ley (sic) No. 065 no pierde el derecho a la Pensión por Muerte al contraer nuevo matrimonio o iniciar una nueva relación de convivencia."

Resulta llamativo que la APS pretenda aclarar que lo que una Ley del Estado establece expresamente **no aplica**, en realidad **aplica**.

Resulta también llamativo que la APS a su discreción, diga que **aplica** lo que una Ley dice que **no aplica** a solamente los derechohabientes de Primer Grado, cuando la

Ley no ha establecido una especificación de a qué Derechohabientes aplica o no la definición formulada en dicha Ley, entendiéndose por tanto que su alcance es general y no librado a interpretaciones o lecturas parciales.

Para una mejor comprensión del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, transcribimos la definición establecida en la Ley 065 de 10 de diciembre de 2010:

"Derechohabientes: A partir de la publicación de la presente Ley se considera Derechohabientes a las personas de uno de los siguientes grados:

Primer Grado: Son, en orden de prelación, el cónyuge o conviviente supérstite, y los hijos del Asegurado, éstos sin prelación entre sí, desde concebidos aún no nacidos, hasta que cumplan dieciocho (18) años de edad, los hijos que sean estudiantes hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad o los que fueran Inválidos antes de cumplir los veinticinco (25) años de edad, mientras vivan. Estas personas son Derechohabientes en forma forzosa.

Segundo Grado: Son, en orden de prelación, los progenitores y los hermanos menores de dieciocho (18) años de edad del Asegurado. A efectos de contar con el derecho a Pensión por Muerte y pagos del Sistema Integral de Pensiones, los Derechohabientes de Segundo Grado no requieren haber sido expresamente declarados por el Asegurado.

El Asegurado podrá declarar expresamente la exclusión de algún Derechohabiente de Segundo Grado.

Tercer Grado: Son, las personas que no pertenecen a los grados anteriores, y que son declaradas libremente por el Asegurado a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo. Estos Derechohabientes sólo pueden acceder a la Fracción de Saldo Acumulado.

Los grados son excluyentes entre sí a efectos del pago, en el orden mencionado.

Los porcentajes de la pensión por Muerte que correspondan a cada Derechohabiente serán determinados por reglamento.

Si alguna de las personas de los grados anteriores, es declarada mediante sentencia ejecutoriada, autora, instigadora o cómplice de la muerte del Asegurado o de la lesión que origine la invalidez definitiva del mismo, perderá su condición de Derechohabiente.

La presente definición no aplica para las pensiones a Derechohabientes cuyo hecho generador haya ocurrido durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo."

Como podrá apreciar su Autoridad, el último párrafo de la definición transcrita de la Ley de Pensiones 065, no hace referencia a sólo los Derechohabientes de Primer Grado como pretende la APS, sino que su alcance es general.

Específicamente en relación a los Derechohabientes de Segundo Grado, la Ley de Pensiones 065, establece:

Segundo Grado: Son, en orden de prelación, los progenitores y los hermanos menores de dieciocho (18) años de edad del Asegurado. A efectos de contar con el derecho a Pensión por Muerte y pagos del Sistema Integral de Pensiones, los Derechohabientes de Segundo Grado no requieren haber sido expresamente declarados por el Asegurado.

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

Como podrá apreciar su Autoridad, se ha establecido PARA EL SIP, a diferencia de la normativa del Seguro Social Obligatorio (SSO), que los derechohabientes de Segundo Grado no requieren haber sido declarados expresamente por el afiliado.

En el caso de los seguros que administramos, mismos que se han originado en la normativa del SSO de largo plazo, vigente desde noviembre de 1996 hasta diciembre de 2012, los Derechohabientes de Segundo Grado debían estar necesariamente declarados para tener derecho a pensiones por muerte, por lo que la "aclaración" de la APS es ilegal e incompetente, además de arrogarse facultades que no posee al pretender "aclarar" nada menos que una Ley del Estado Plurinacional de Bolivia, pretendiendo en realidad modificar su alcance.

Debemos hacer notar que nuestra Compañía ha constituido las reservas necesarias para el pago de las pensiones en función a la normativa que le corresponde aplicar, por lo que las "interpretaciones" de la APS, pretenden aplicar norma del SIP al SSO de manera retroactiva, situación que no solamente excede sus facultades ejecutivas, sino que pone en riesgo la solvencia de nuestra Compañía, al pretender otorgarle obligaciones financieras que no se encuentran consideradas en las reservas constituidas conforme la norma aplicable a nuestra entidad.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos establecidos en la normativa enunciada, solicitamos.

1. **Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso Jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL** de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/No. (sic) 754-2012 de 25 de septiembre de 2012, misma que ha confirmado la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/No. 557-2012 de 30 de julio de 2012..."

6. FORMULACIÓN DE CRITERIOS DE TERCEROS INTERESADOS.-

Que, mediante Auto de fecha 26 de noviembre de 2012, notificado el 3 de diciembre de 2012, se hizo un llamamiento a los terceros interesados: Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A. y Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, para que en el término de diez (10) días administrativos presente alegatos, no habiéndose apersonado ningún tercer interesado, ni presentado criterio o alegaciones, no siendo un elemento impeditivo para dictar Resolución, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas se pronuncia.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Circular APS/DPC/Nº 15/2012 de 1 de febrero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros estableció lo siguiente:

"En relación a lo establecido en el Anexo de la Ley Nº065 de 10 de diciembre de 2010, en lo referido a la definición de Derechohabientes, que en el último párrafo señala:

"La presente definición no aplica para las pensiones a Derechohabientes cuyo hecho generador haya ocurrido durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo."

Se aclara que dicho párrafo aplica a los Derechohabientes de Primer Grado, específicamente al cónyuge o conviviente supérstite, que a partir de la promulgación de la Ley Nº 065, no pierden el derecho a la Pensión por Muerte al contraer nuevo matrimonio o iniciar una nueva relación de convivencia..."

LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A., mediante nota con cite GSP-0165/2012 de fecha 10 de febrero, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, aclarar la señalada Circular, siendo que la misma es ininteligible, dado que la definición de Derechohabientes sería contraria a lo determinado en la Ley de Pensiones.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante nota APS/DPC/3997/2012 de 29 de mayo de 2012, aclara que los Derechohabientes de Primer Grado, específicamente cónyuge o conviviente supérstite, no pierden el derecho a recibir

pensión al contraer nuevo matrimonio o relación de convivencia, siempre y cuando el fallecimiento del Asegurado hubiera ocurrido en fecha posterior al 9 de diciembre de 2010.

LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A., mediante nota GSP-0665/2012 de 6 de junio de 2012, solicita dejar sin efecto o emitir una Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada, a lo cual la Entidad Reguladora mediante nota APS/DPC/DJ/4851/2012 de 29 de junio de 2012, señaló que la Circular APS/DPC/Nº 15/2012 de 1 de febrero de 2012, no contraviene ni sale del marco legal de la Ley Nº 065 de Pensiones.

En fecha 13 de julio de 2012, **LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.** al no haberse emitido la Resolución Administrativa correspondiente, interpone Recurso de Revocatoria contra la nota APS/DPC/DJ/4851/2012 de fecha 29 de junio de 2012.

A efectos de garantizar los derechos de la Entidad Aseguradora, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 557-2012 de 30 de julio de 2012, resuelve reencauzar el proceso administrativo, señalando que la Circular APS/DPC/Nº 15/2012 de 1 de febrero de 2012, aclara a todos los operadores de la Seguridad Social de Largo Plazo una norma de orden superior, como lo establece el artículo 197 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

Asimismo, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 754-2012 de 25 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determina que la Circular APS/DPC/Nº 15/2012 de 1 de febrero de 2012, no contraviene la Ley Nº 065, ni el Decreto Supremo Nº 0822 de 16 de marzo de 2011, y resuelve confirmar la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 557-2012 de 30 de julio de 2012.

Finalmente, conforme se tiene de la transcripción realizada del Recurso Jerárquico, la impugnación presentada por la recurrente hace referencia también a que el último párrafo de la definición transcrita en el Anexo de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, tiene un alcance general, refiriéndose específicamente a los Derechohabientes de Segundo Grado que, a efectos de contar con el derecho a la Pensión por Muerte y pagos del Sistema Integral de Pensiones, no requieren haber sido declarados por el Asegurado.

Consiguientemente, se evidencia la inexistencia del pronunciamiento por parte de la Entidad Reguladora respecto a los Derechohabientes de Segundo Grado, determinando que no es por un extremo como el señalado, que las resoluciones recurridas puedan ocasionar agravio o perjuicio alguno a la recurrente, extremo que determina que el análisis que sigue a continuación, sólo se limite a la aplicación o no de la definición de Derechohabientes de Primer Grado, no correspondiendo pronunciarse sobre argumentos que no han merecido pronunciamiento en instancia anterior.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis del presente caso, corresponde transcribir las normas aplicables al caso de

autos, conforme se procede a continuación:

- La Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, en su Anexo señala lo siguiente:

*"...**Derechohabientes:** A partir de la publicación de la presente Ley se considera Derechohabientes a las personas de uno de los siguientes grados:*

Primer Grado: *Son, en orden de prelación, el cónyuge o conviviente supérstite, y los hijos del Asegurado, éstos sin prelación entre sí, desde concebidos aún no nacidos, hasta que cumplan dieciocho (18) años de edad, los hijos que sean estudiantes hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad o los que fueran inválidos antes de cumplir los veinticinco (25) años de edad, mientras vivan. Estas personas son Derechohabientes en forma forzosa.*

Segundo Grado: *Son, en orden de prelación, los progenitores y los hermanos menores de dieciocho (18) años de edad del Asegurado. A efectos de contar con el derecho a Pensión por Muerte y pagos del Sistema Integral de Pensiones, los Derechohabientes de Segundo Grado no requieren haber sido expresamente declarados por el Asegurado.*

El Asegurado podrá declarar expresamente la exclusión de algún Derechohabiente de Segundo Grado.

Tercer Grado: *Son, las personas que no pertenecen a los grados anteriores, y que son declaradas libremente por el Asegurado a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo. Estos Derechohabientes sólo pueden acceder a la Fracción de Saldo Acumulado.*

Los grados son excluyentes entre sí a efectos del pago, en el orden mencionado.

Los porcentajes de la Pensión por Muerte que correspondan a cada Derechohabiente serán determinados por reglamento.

Si alguna de las personas de los grados anteriores, es declarada mediante sentencia ejecutoriada, autora, instigadora o cómplice de la muerte del Asegurado o de la lesión que origine la invalidez definitiva del mismo, perderá su condición de Derechohabiente.

La presente definición no aplica para las pensiones a Derechohabientes cuyo hecho generador haya ocurrido durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo."

- La Circular APS/DPC/N° 15-2012 de 1 de febrero de 2012 señala:

"...En relación a lo establecido en el Anexo de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, en lo referido a la definición de Derechohabientes, que en el último párrafo señala:

“La presente definición no aplica para las pensiones a Derechohabientes cuyo hecho generador haya ocurrido durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.”

Se aclara que dicho párrafo aplica a los Derechohabientes de Primer Grado, específicamente al cónyuge o conviviente supérstite, que a partir de la promulgación de la Ley N° 065, no pierden el derecho a la Pensión por Muerte al contraer nuevo matrimonio o iniciar una nueva relación de convivencia.”

2.2. De la definición de Derechohabientes de Primer Grado.-

A efectos de ingresar en la compulsa necesaria, importa revisar las definiciones y alcances establecidos para Derechohabientes de Primer Grado, tanto en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, como en el Sistema Integral de Pensiones, a fin de determinar las diferencias existentes entre ambos.

El **Seguro Social Obligatorio de largo plazo**, establece lo siguiente:

- **Derechohabientes de Primer Grado:**

La Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, define en su artículo 5 que los Derechohabientes de Primer Grado son: *“...en orden de prelación, el cónyuge o conviviente supérstite, **mientras no contraiga nuevo matrimonio o sostenga relación de convivencia**, y los hijos del Afiliado, éstos sin prelación entre sí, desde concebidos aún no nacidos hasta los dieciocho (18) años de edad, los hijos que sean estudiantes hasta los veinticinco (25) años de edad o los que sean declarados inválidos antes de cumplir los veinticinco (25) años de edad, mientras vivan. Estas personas son Derechohabientes en forma forzosa...”*

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

La Circular SPVS-IP 054/2001 de 22 de mayo de 2001, señala que:

*“En aplicación de lo previsto por el artículo 5° de la Ley de Pensiones **“Derechohabientes: Primer Grado”, el derecho a la pensión por muerte** a favor del cónyuge o conviviente supérstite **queda extinguido** automáticamente **si contrae nuevo matrimonio o sostiene relación de convivencia...**”*

(Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

El **Sistema Integral de Pensiones**, señala:

- **Derechohabientes de Primer Grado:**

El Anexo de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que los Derechohabientes de Primer Grado son: *“...en orden de prelación, el cónyuge o conviviente supérstite, y los hijos del Asegurado, éstos sin prelación entre sí, desde concebidos aún no nacidos, hasta que cumplan dieciocho (18) años de edad, los*

hijos que sean estudiantes hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad o los que fueran inválidos antes de cumplir los veinticinco (25) años de edad, mientras vivan. Estas personas son Derechohabientes en forma forzosa...”

El artículo 2 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de noviembre de 2011, establece que:

“d. El derecho a mantener la Pensión por Muerte del o de la cónyuge o conviviente supérstite que hubiere contraído un nuevo matrimonio o relación de convivencia, se genera sólo en los casos en los que el Asegurado hubiere fallecido a partir de la publicación de la Ley N° 065 sin importar la fecha de solicitud y para aquellos casos determinados en regulación a ser emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS...”

A partir de dicha determinación, se concluye que para el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, el derecho a la Pensión por Muerte de los Derechohabientes de Primer Grado (cónyuge o conviviente supérstite) queda extinto si el cónyuge o conviviente supérstite contrae nuevo matrimonio o sostiene una relación de convivencia, mientras que para el Sistema Integral de Pensiones, si la cónyuge o conviviente supérstite contrae nuevo matrimonio o relación de convivencia, mantiene el derecho a la Pensión por Muerte.

2.3. De la Circular APS/DPC/N° 15-2012 de 1 de febrero de 2012.-

Una vez determinadas las diferencias establecidas para los Derechohabientes de Primer Grado, tanto en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, como en el Sistema Integral de Pensiones, corresponde traer a colación lo determinado en el último párrafo de la definición para Derechohabientes, que sale del Anexo de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, que hace a la controversia del caso de autos, y que señala:

*“...La presente definición **no aplica** para las pensiones a Derechohabientes cuyo hecho generador haya ocurrido durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo...”*

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Circular APS/DPC/N° 15-2012 de 1° de febrero de 2012, estableció lo siguiente:

“En relación a lo establecido en el Anexo de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, en lo referido a la definición de Derechohabientes, que en el último párrafo señala:

*“La presente definición **no aplica** para las pensiones a Derechohabientes cuyo hecho generador haya ocurrido durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo...”*

Se aclara que dicho párrafo aplica a los Derechohabientes de Primer Grado, específicamente al cónyuge supérstite, que a partir de la promulgación de la Ley N°

065, no pierden el derecho a la Pensión por Muerte al contraer nuevo matrimonio o iniciar una nueva relación de convivencia...”

Asimismo, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 754-2012 de 25 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha señalado que:

“...siempre y cuando *el fallecimiento del Asegurado, es decir el hecho generador, hubiera ocurrido en fecha posterior al 09 de diciembre de 2010...*”

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

En ese entendido, es evidente que el hecho generador al que se refiere el último párrafo de la definición de Derechohabientes establecida en el Anexo de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, corresponde a la fecha de fallecimiento del Asegurado, y se perfecciona con la presentación de la Solicitud de Pensión y con el cumplimiento de los requisitos que le sean inherentes.

Por lo tanto, la definición establecida para Derechohabientes de Primer Grado en el Sistema Integral de Pensiones, **no aplica** para las pensiones de Asegurados cuya fecha de fallecimiento sea anterior a la publicación de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, entendiéndose por ende que, para éstos casos, se debe aplicar la definición establecida en la Ley de Pensiones Nº 1732, de 29 de noviembre de 1996.

Por pertinente, se deja constancia de la firmeza del principio de irretroactividad, incluido en la economía jurídica patria a través del artículo 123º de la Constitución Política del Estado, el que establece que *“La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo”*, es decir, que ante la promulgación de varias normas sobre idéntica materia (para el caso, la de pensiones) empero en distintos momentos cronológicos, y teniendo presente que tal promulgación de la norma reciente importa la abrogatoria de la norma anterior, no le son aplicables a determinada realidad jurídica, sino las normas que se encontraran vigentes a tiempo de la misma, no pudiéndole beneficiarle o perjudicarle normas anteriores o posteriores a su vigencia, y que hubieren sido abrogadas o vayan a ser promulgadas en oportunidades distintas.

Mejor lo ha expresado el entonces Tribunal Constitucional, ahora Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sentencia 0636/2011-R de 3 de mayo de 2011, cuando señala que:

“...la garantía y principio de irretroactividad de la ley, tiene su excepción que es la retroactividad o el efecto retroactivo de una ley, lo que significa que la nueva ley se aplica a las situaciones o controversias jurídicas pendientes en el momento de su entrada en vigor o a los hechos realizados con anterioridad a su promulgación; sin embargo, los supuestos de retroactividad de la ley sustantiva están señalados en la Constitución Política del Estado (...)

En ese entendido, la Constitución Política del Estado en su art. 123 dentro del Capítulo destinado a garantías jurisdiccionales, establece que la “ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en

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

Se confirma entonces que, a determinada realidad jurídica como lo es un fallecimiento, le son aplicables las normas que sean vigentes **en la oportunidad de su ocurrencia**, determinando que para los Derechohabientes de Primer Grado en el Sistema Integral de Pensiones, cuya fecha de fallecimiento sea anterior a la publicación de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, les sea aplicable la definición establecida en la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, mientras que para aquellos cuyo fallecimiento es posterior a la publicación de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, les es aplicable la definición de esta última.

Por otra parte, la recurrente señala en su Recurso Jerárquico, que resulta llamativo que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, establezca que la definición establecida en el Anexo de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, aplica únicamente a Derechohabientes de Primer Grado, cuando una Ley del Estado no ha establecido específicamente a que Derechohabientes aplica, entendiéndose por tanto que su alcance es general.

Con relación a la aplicación o no de la nueva definición de Derechohabientes y tal como se señaló precedentemente, se deben considerar que existen dos grupos a tomarse en cuenta:

- Aquellos cuyo hecho generador (fecha de fallecimiento del Asegurado), ocurrió en fecha anterior al Sistema Integral de Pensiones, a los cuales se aplica la definición establecida en el artículo 5 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y demás normativa vigente en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo.
- Aquellos cuyo hecho generador (fecha de fallecimiento del Asegurado) ocurrió en fecha posterior a la publicación de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, a quienes sí se aplica las definiciones establecidas en el Anexo de la señalada Ley.

Por lo que la norma es clara al señalar que la definición establecida en el Anexo de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, se aplica para los Derechohabientes de Primer Grado, de Asegurados cuyo fallecimiento se produjo en fecha posterior al 9 de diciembre de 2010.

Asimismo, es importante señalar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 557-2012 de 30 de julio de 2012, estableció:

“...Que con el propósito de aclarar el cambio en la definición de **Derechohabientes de Primer Grado, específicamente en el caso de cónyuge o conviviente, esta Autoridad emita la C. 15-2012...”**

“...Que si bien la definición de Derechohabientes que existía en el SSO y en el SIP es similar pero no igual, justamente uno de los cambios es que en el SSO el cónyuge o conviviente perdía el derecho a la pensión al contraer nuevo matrimonio o relación de convivencia, razón por la que se aclara este tema.

Que finalmente, la C. 15-2012 no establece nada en contrario y que no esté expresamente señalado en la Ley N° 065 y el Decreto Supremo N° 0822, por lo que se establece que la misma no contraviene la normativa vigente del SIP...”

(Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo señalado, es evidente que la Entidad Reguladora al emitir la Circular APS/DPC/DJ/N° 015/2012 de 1 de febrero de 2012, pretendió explicar los cambios existentes en la definición de Derechohabientes, tanto para el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, como para el Sistema Integral de Pensiones, siendo que la Circular no limita su aplicación a los Derechohabientes de Primer Grado, sino que tal como se señaló, pretende precisar el cambio que existió en el evento de que el cónyuge o conviviente supérstite contraigan nuevo matrimonio o relación de convivencia.

Por lo tanto, corresponde que la Entidad Aseguradora considere que la definición de Derechohabientes de Primer Grado, establecida en el Anexo de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, no corresponde para los casos cuyo hecho generador (fecha de fallecimiento del Asegurado, **según la precisión dada mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, para los casos de muerte**) ocurrió durante la vigencia del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, tal como se señaló precedentemente.

Ahora bien, con relación a los Derechohabientes de Segundo Grado, corresponde hacer notar a la recurrente, que el procedimiento administrativo desarrollado en el caso de autos, **nace y se tramita** únicamente respecto a los Derechohabientes de Primer Grado, por lo que esta instancia jerárquica no puede realizar control de legalidad alguno sobre los argumentos nuevos vertidos en el memorial de recurso jerárquico que no han sido oportunamente planteados a la instancia inferior y consecuentemente merecido un pronunciamiento, como tampoco puede pronunciarse directamente al no encontrarse en el marco de su competencia. Ello no impide a la entidad recurrente, tramitar el pronunciamiento de la instancia inferior sobre el particular.

Situación similar hace a la constitución de reservas, por lo que la entidad recurrente, debe actuar en consecuencia, si así considera pertinente.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis de la norma, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, la motivación y la fundamentación del mismo

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43, parágrafo I inciso a), del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 754-2012 de 25 de septiembre de 2012 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 557-2012 de 30 de julio de 2012.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 773-2012 DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 010/2013 DE 01 DE MARZO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 010/2013

La Paz, 01 de Marzo de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 773-2012 de fecha 27 de septiembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de fecha 15 de noviembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 023/2013 de 13 de febrero de 2013, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 18 de octubre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, representada legalmente por su Gerente General, Sr. Julio Antonio Vargas León, conforme al Testimonio de Poder N° 563/2001 de fecha 3 de octubre de 2001, suscrito por ante la Notaría de Fe Pública N° 035 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó

Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 773-2012 de fecha 27 de septiembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de fecha 15 de noviembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/8199/2012, con fecha de recepción 23 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 773-2012 de fecha 27 de septiembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 26 de octubre de 2012, notificado en fecha 31 de octubre de 2012, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 773-2012 de fecha 27 de septiembre de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/3539/2011 de 23 de septiembre de 2011, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, con los siguientes cargos:

"...II. DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS.

Se ha verificado que Futuro de Bolivia S.A. AFP, ha utilizado los recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (ahora denominado Fondo de Riesgo Común), para pagar pensiones de los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandía Nogales, que no tienen cobertura por mora del empleador, cuando la normativa determina claramente que dicha Cuenta sólo financia las prestaciones por Riesgo Común de Asegurados que cumplen los requisitos de cobertura previstos en el artículo 8 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

Por lo tanto, la AFP al realizar débitos no autorizados de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, la que forma parte de la Cuenta "Cuotas de Otros Fondos y Cuentas", Código "3.5.1.01", incumple también lo previsto en la dinámica de la cuenta (Débitos, punto 1, primero) del Manual de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual.

Finalmente, la utilización de los recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, sin el respaldo legal correspondiente, ha ocasionado un menoscabo y daño patrimonial al saldo y la rentabilidad de la Cuenta de Siniestralidad, perteneciente a los Asegurados del FCI, incumpliendo de esta manera lo dispuesto en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP, el artículo 22 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y la parte de Débitos, punto 1, primero

de la Cuenta 3.5.1.01 del Manual y Plan de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 07 de marzo de 2001.

III. DE LA NORMATIVA INFRINGIDA:

A mayor abundancia las normas infringidas son:

- Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP.

"8.6 Pago de Prestaciones y Beneficios

La AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, únicamente con los recursos del FCC, del fondo de capitalización individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de la cuenta de mensualidades vitalicias variables según corresponde de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias."

- La Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

"ARTÍCULO 22° FONDOS DE PENSIONES. Los fondos de pensiones son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Cada uno de dichos fondos es indiviso, imprescriptible e inafectable por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie. Los bienes que componen los fondos sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley."

- La Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 07 de marzo de 2001, Manual y Plan de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual.

"CUENTA Cuotas de Otros Fondos y Cuentas CODIGO 3.5.1.01

... ..

DEBITOS 1. Por la devolución de aportes de los fondos, por los siguientes conceptos:

- Desembolsos que realiza el FCI por concepto de pago de beneficios de RC, RP y RL, por invalidez, muerte y gastos funerarios.
- Desembolsos por pago de pensiones y otros beneficios por cuenta del MVV.
- Desembolsos que realiza el FCI por cuenta de los fondos a la Dirección General de Pensiones.
- Por la transferencia a las entidades aseguradoras. Por cuenta de RP, RC y RL.
- Financiamiento de gastos médicos y traslados para evaluación y calificación de invalidez RP, RC y RL.
- Devolución de aportes al FCC.

2. Por la transferencia mensual a Prestaciones por Pagar correspondiente a las pensiones de aquellos afiliados que optaron por la modalidad MVV, con crédito a la cuenta "Cuota de otros fondos.

3. Por la reclasificación desde la cuenta "Resultado del fondo" para reflejar el saldo al valor de la última cuota. Su contabilización se efectuará sólo en bolivianos.
4. Por la reversión de los beneficios no cobrados.

Visto todo lo anterior, se le concede el plazo máximo de diez (10) días hábiles administrativos computables a partir del día siguiente de su notificación con la presente Nota de Cargo, para que presente los descargos, pruebas, alegaciones, explicaciones, información y justificativos que creyere útiles, para ejercitar su derecho de defensa.

En caso de no presentar sus descargos en el plazo establecido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, emitirá la Resolución Administrativa correspondiente..."

2. NOTA DE DESCARGOS.-

Mediante nota FUT.APS.AL. 1910/2011 de fecha 31 de octubre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presentó los siguientes descargos:

"...Del pago de Beneficios y Prestaciones:

Como bien reconoce su Autoridad, y de acuerdo a lo establecido en la cláusula 8, numeral 8.6 del Contrato de prestación de servicios suscrito por nuestra AFP con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, "La AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, **únicamente con los recursos** del FCC, del fondo de capitalización individual, **de las cuentas colectivas de siniestralidad** y de riesgos profesionales y de la cuenta de mensualidades vitalicias variables según corresponde de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias (las negrillas son nuestras)".

Del citado marco contractual transcrito, se desprende que nuestra AFP no puede destinar otros recursos distintos a los citados en nuestro contrato, para el pago de Beneficios y Prestaciones del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo.

Recursos de Amparo Constitucional:

Nuestra Administradora ha sido objeto de la interposición de recursos de Amparo Constitucional, los mismos que han sido concedidos por la autoridad jurisdiccional de acuerdo al siguiente detalle:

1. Sonia Valverde Mercado.-

La Sentencia (resolución) de fecha 18 de septiembre de 2010, emitida por la

Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba, concede la tutela demandada, en consecuencia declara procedente la acción de Amparo Constitucional de 22 de abril de 2010; consiguientemente ordena a la AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A., **proceda de manera inmediata al pago de la pensión por invalidez que le correspondiere a Sonia Valverde Mercado.**

2. Jhonny Rene Ibáñez Barriga.-

La Sentencia (resolución) de fecha (sic) de septiembre de 2010, emitida por la Sala Penal Segunda de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba, concede la tutela demandada, consecuencia (sic) declara Procedente la Tutela Demandada por JHONNY RENE IBAÑEZ BARRIGA, disponiendo que AFP FUTURO DE BOLIVIA **proceda al pago de la pensión de invalidez y sea en lo inmediato posible.**

3. Gregorio Arandia Nogales.-

La Sentencia (resolución) de fecha de septiembre de 2010, emitida por la Sala Civil Primera de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba, concede el Amparo solicitado y ordena: a la AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. **califique como invalido a Gregorio Arandia Nogales; fije y le pague la pensión por invalidez y sea en el plazo de 30 días.**

Como su Autoridad podrá colegir fácilmente, las sentencias (resoluciones) que han resuelto los tres recursos de Amparo Constitucional concediendo la tutela jurídica, han concluido que nuestra Administradora debe proceder al **pago de la pensión de invalidez correspondiente** a cada uno de nuestros Asegurados.

Nuestra Administradora, tomando en cuenta que el incumplimiento a las sentencias (resoluciones) que han concedido la tutela jurídica a los Asegurados para el pago de sus pensiones de invalidez, pueden ocasionar no solo (sic) sanciones pecuniarias, sino también el inicio de una acción penal contra nuestra empresa con la remisión del caso al Ministerio Público, ha considerado al momento de hacer el pago lo expresado por el artículo 16 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones que señala:

“El Seguro de Riesgo Común -cuentas de siniestralidad- financiará las prestaciones de invalidez y muerte causadas por riesgo común, mediante los siguientes pagos:

a) **Las Pensiones de invalidez por riesgo común que correspondan.**

b) Diez por ciento (10%) mensual del Salario Base del Afiliado declarado inválido pensionado, con destino a su cuenta individual... ((sic) Las negrillas son nuestra (sic), el texto en bastardillas fue inserto por nuestra AFP”.

En estos tres casos particulares, las Autoridades Jurisdiccionales llamadas a conocer los recursos de Amparo Constitucional, luego de efectuar la compulsión del marco normativo que rige la otorgación de Beneficios y Prestaciones del Seguro Social de Largo Plazo, han declarado la procedencia de lo mismos determinando que corresponde el pago de una pensión de invalidez en atención a los principios de oportunidad y eficacia establecidos en nuestra Constitución política (sic) del Estado.

En ese entendido, nuestra Administradora, no ha hecho más que dar cumplimiento a las resoluciones emanadas del órgano jurisdiccional, procediendo al pago de las Prestaciones de Riesgo Común de acuerdo a lo establecido por el art. 16 de la Ley de Pensiones N° 1732, la cláusula 8, punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios afectando la cuenta colectiva de siniestralidad conforme a lo dispuesto por la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 07 de marzo de 2001.

Con relación a la imputación del artículo 22 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, es importante señalar que las resoluciones del órgano jurisdiccional al conceder la tutela jurídica en los recursos de amparo constitucional, no se han convertido en gravámenes ni medidas precautorias, sino por el contrario, en el reconocimiento de derechos que obligan a nuestra AFP a pagar las pensiones de invalidez conforme a ley.

Como su Autoridad podrá concluir de los argumentos vertidos, nuestra Administradora ha dado cumplimiento a resoluciones emanadas por autoridad competente que han instruido el pago de las pensiones de invalidez de acuerdo al marco normativo en el cual se desenvuelve la Seguridad Social de Largo Plazo, por lo que solicitamos a su Autoridad que como corresponde en Derecho, disponga la Desestimación de los cargos imputados contra nuestra administradora..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 422-2011 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta los siguientes argumentos:

"...CONSIDERANDO: (...)

Que de la evaluación de los descargos presentados por la AFP se evidencia que los tres (3) casos objeto de imputación se encuentran actualmente en curso de pago con recursos de la Cuenta de Siniestralidad.

Que la AFP pretende justificar estos pagos en las supuestas disposiciones de las Sentencias Constitucionales emanadas para dichos casos.

Que es importante precisar que, los pronunciamientos emitidos por los Tribunales de Amparo resuelven expresamente:

En el caso de Sonia Valverde Mercado: "...ordena a la AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. proceda de manera inmediata al pago de la pensión por invalidez que le correspondiere..."

En el caso de Jhonny René Ibáñez Barriga: "...disponiendo que AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. proceda al pago de la pensión de invalidez y sea en lo inmediato posible."

En el caso de Gregorio Arandia Nogales: "...ordena: a la AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. califique como invalido a Gregorio Arandia Nogales; fije y le pague la pensión de invalidez y sea en el plazo de 30 días."

Que como se evidencia, los pronunciamientos en ningún caso establecen que el pago de las pensiones **deba** efectuarse con recursos del Fondo de Capitalización Individual, sino que simplemente ordenan o instruyen que la AFP efectúe el pago de las pensiones.

Que de hecho, en el caso de la Asegurada Sonia Valverde, la sentencia ordena a Futuro de Bolivia S.A. AFP proceda de manera inmediata al **pago de la pensión por invalidez que le correspondiere**, sin embargo en este caso, toda vez que la Asegurada no cumple requisitos de cobertura conforme establece la Ley No. 1732 y demás normas conexas, no le corresponde pensión alguna.

Que por tanto, el pago de las prestaciones para los tres casos (3), con recursos de la Cuenta de Siniestralidad vulnera la limitación legal del propio artículo 22 de la Ley N° 1732 de Pensiones, ya que el uso de los recursos de esta Cuenta corresponde sólo para aquellos casos que cumplan los requisitos del artículo 8 de la señalada Ley.

Que asimismo en cuanto al argumento del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre las AFP y el Estado, corresponde señalar que la normativa de pensiones dispone que la AFP se halla facultada a pagar una prestación de Riesgo Común a un Afiliado con los recursos de la Cuenta de Siniestralidad, siempre que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 8 de la Ley de Pensiones; sin embargo, en los casos objeto del presente caso se advierte que la AFP aun conociendo que los Asegurados no cumplían los requisitos establecidos en norma, pagó de forma discrecional la prestación de los Asegurados con recursos de la Cuenta de Siniestralidad.

Que si bien el Contrato aludido en su Cláusula 8.6 establece que la AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, únicamente con los recursos del FCC, del Fondo de Capitalización Individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de la cuenta de mensualidades vitalicias variables, **de acuerdo a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias**. En cuanto a este punto, la AFP olvida que esta determinación se halla subordinada como la misma cláusula lo indica, al cumplimiento de la norma; aspecto que se encuentra ligado a lo estipulado al punto 8.3 (Inicio de la prestación de los Servicios) del contrato donde se establece que la AFP deberá prestar todos los Servicios de conformidad a las disposiciones de la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias, no estableciendo

excepciones de ninguna naturaleza con relación a la aplicación de la normativa de pensiones.

Que la utilización de la Cuenta de Siniestralidad para el pago de las prestaciones por invalidez por Riesgo Común, está sujeta al cumplimiento de requisitos establecidos en norma. Para aquellos casos que no cumplen con los requisitos establecidos para el acceso a las mencionadas prestaciones debido a la mora del empleador, la misma norma prevé el cobro del Recargo a él o los empleadores morosos, para que con estos recursos se financie al Asegurado las pensiones que la Cuenta de Siniestralidad no puede pagar debido al incumplimiento de requisitos.

Que la imputación de cargos por la realización de débitos no autorizados de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad no fue objeto de observación alguna por la AFP, razón por la cual se ratifica el incumplimiento previsto a la parte de Débitos, punto 1, primero de la Cuenta 3.5.1.01 del Manual de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 7 de marzo de 2001.

CONSIDERANDO:

Que esta Autoridad reconoce la obligatoriedad de cumplir con lo determinado por las sentencias que resuelven los Amparos Constitucionales; sin embargo, no es menos cierto que la AFP podía haber hecho uso de su derecho a representar dichas sentencias, siendo que las mismas vulneran el cumplimiento de un marco normativo que la AFP estaba obligada a cumplir; que dichas acciones se justifican considerando que son de entera decisión y responsabilidad de la AFP y más aun cuando la AFP tiene un Contrato de Servicios que expresamente la obliga al pago de prestaciones siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la Ley No. 1732 y sus demás normas conexas.

Que de lo expuesto se establece que la AFP no ha presentado los fundamentos de respaldo suficientes que permitan levantar el cargo imputado, razón por la cual corresponde su sanción.

CONSIDERANDO:

Que la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008 de 27 de agosto de 2008, emitida por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI, determina lo siguiente:

"...8. Mediando culpa de la AFP, como lo expresa Carlos Morales Guillen (Código Civil, Tomo II, pág. 894) "compromete la responsabilidad civil de su autor por el acto u omisión que constituye una falta intencional o no a la obligación contractual, a una disposición de la Ley o al deber que incumbe a la persona de comportarse con diligencia y lealtad en sus relaciones. Supone el discernimiento, o sea, la aptitud del individuo para comprender el alcance de sus acciones, de lo cual deriva la obligación de reparar el daño que con la culpa se causa a otro".

9. De la simple lectura del concepto anterior se infiere que al haber incurrido la AFP en culpa por negligencia queda obligada, de manera transitoria, a reparar el daño con sus propios recursos, en tanto y en cuanto el empleador pague los montos adeudados por recargo.

10. Esta última decisión se adopta teniendo presente que debe determinarse la fuente de los recursos para proceder al pago de la pensión de invalidez..., y que la autorización del pago mediante el Fondo de Capitalización Individual correspondiente a la cuenta de Siniestralidad solo procede en condiciones normales, cuando un afiliado solicite la prestación de invalidez por riesgo común y cumpla con todos los requisitos determinados por la Ley de Pensiones...”.

Que el artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, determina que las sanciones administrativas impuestas por el Ente Regulador, deberá incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos o a los Afiliados del SSO. Bajo esa línea de comprensión, se ha constatado que Futuro de Bolivia S.A. AFP al utilizar los recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, sin el respaldo legal correspondiente, ha ocasionado menoscabo y daño patrimonial al saldo y la rentabilidad de la Cuenta de Siniestralidad del FCI, razón por cual corresponde la reposición con sus propios recursos.

Que es tan evidente la obligatoriedad del cumplimiento del fallo de las Sentencias Judiciales, como la imposibilidad del uso de recursos del FCI para el pago de pensiones que no cumplen los requisitos establecidos en norma. Por tanto, considerando que la AFP no ha ejercido su derecho de representar estos hechos, debe cumplir con lo dispuesto en los mencionados fallos pagando a los Asegurados el monto que le hubiera correspondido recibir como Pensión de Invalidez si hubieran tenido cobertura en el Seguro de Riesgo Común.

CONSIDERANDO:

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

Que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones establece que:

“Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora

Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición,...”.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

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

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

“b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.”.

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

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

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

“b) Infracción calificada como gravedad media: De Cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses.”.

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

En base a tales fundamentos, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 resuelve lo siguiente:

*“...**PRIMERO.- I.** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el cargo imputado con una multa en Bolivianos equivalente a \$us5.001,00 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el Punto 8.6 del*

Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP, el artículo 22 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y la parte de Débitos, punto 1, primero de la Cuenta 3.5.1.01 del Manual y Plan de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 07 de marzo de 2001.

II.- Se dispone que Futuro de Bolivia S.A. AFP en sujeción al artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución, reponga con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), los recursos utilizados para el pago a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandía Nogales, más su rentabilidad correspondiente.

III.- Una copia original del comprobante de la operación de reposición deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computados a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

IV.- Sin perjuicio de la reposición a realizar, la AFP deberá continuar pagando la prestación otorgada a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandía Nogales, conforme a las órdenes judiciales, con recursos propios.

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

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

Mediante memorial presentado en fecha 19 de diciembre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, solicitó la suspensión de la obligación de la reposición con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual, así como el pago de las pensiones a los Asegurados, la cual fue rechazada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Auto de 21 de diciembre de 2011.

Mediante Auto de 30 de enero de 2012, notificado el 2 de febrero de 2012, la Entidad Reguladora determinó apertura de término de prueba de diez (10) días hábiles administrativos, para que **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, presente documentación que evidencie el pago de las pensiones a los Asegurados, solicitud atendida por la recurrente mediante nota FUT.APS.AL. 0341/2012 de 16 de febrero de 2012.

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 4 de enero de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2012, con los siguientes argumentos:

“...DE LO RESUELTO POR LAS SENTENCIAS (sic) CONSTITUCIONALES.-

*Después de la evaluación de nuestros descargos y en los considerandos de la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011, su Autoridad ha señalado “Que la AFP pretende justificar estos pagos en **las supuestas disposiciones** de las Sentencias Constitucionales emanadas para dichos casos” (las negrillas son nuestras). Al respecto cabe señalar que bajo el razonamiento esgrimido por su Autoridad, las Sentencias Constitucionales a las que hacemos referencia, en lugar de conceder la tutela solicitada como corresponde al ser una garantía constitucional protegiendo los derechos de los accionantes, se habrían constituido en supuestos, pues como resultado de los mismos no existiría la posibilidad de pago y en consecuencia la garantía constitucional y la tutela otorgada se convierte en una simple abstracción o imaginación de la autoridad jurisdiccional, contrariando claramente lo dispuesto por la Constitución Política del Estado que en su Artículo 129, parágrafo V., claramente señala que “La decisión final que conceda la Acción de Amparo Constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad”.*

*Asimismo, su Autoridad después de transcribir en parte las Sentencias, ha señalado “Que como se evidencia, los pronunciamientos en ningún caso establecen que el pago de las sentencias **deba** efectuarse con recursos del Fondo de Capitalización Individual, sino que simplemente ordenan o instruyen que la AFP efectúe el pago de las pensiones”. Bajo el mismo razonamiento y lógica utilizada por su Autoridad y a la luz del principio de búsqueda de la verdad material consagrado el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, es pertinente señalar también por nuestra parte, que las citadas Sentencias Constitucionales que han resuelto conceder la tutela a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Rene Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales; **tampoco establecen que nuestra AFP deba pagar con sus recursos propios las pensiones de invalidez, sino por el contrario con las cuentas que correspondan, y la cuenta que paga las pensiones de invalides por riesgo común, no es otra que la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.** Como verá esa Autoridad, con esos razonamientos simplistas se podría efectuar mayores elucubraciones, pero desvirtuando claramente el objeto de la Acción de Amparo Constitucional.*

Por otra parte es importante señalar que el Amparo Constitucional a la luz de lo establecido por el artículo (sic) 94 de la Ley 1836 (abrogada) y el artículo 80 de la Ley N° 027 de 06 de julio de 2010, el recurso (ahora acción) de Amparo Constitucional se constituye en una Garantía Constitucional de tipo jurisdiccional (tutelar) de tramitación especial y sumarísima, que tiene por objeto primordial la restitución o restablecimiento inmediato de los derechos fundamentales y/o garantías constitucionales, en los casos

de que estos hayan sido amenazados, suprimidos o restringidos por actos u omisiones ilegales o indebidas de autoridades públicas o particulares. Lo que en la presente controversia significa que el derecho a percibir pensiones por invalidez, que hubiera sido perdido por la mora del empleador en el pago de aportes al SSO, ha sido restituido al momento que se ha concedido la tutela, debiendo seguirse la misma operativa y lógica de un pago de prestaciones que correspondería a un afiliado normal que cuenta con sus aportes al día, por ello es que en alguno de estos casos el Tribunal de Amparo hace referencia general al pago de las pensiones con las cuentas que correspondan. Sería un absurdo legal que se asuma que la Administradora de Fondos de Pensiones deba pagar prestaciones cuando la norma es clara respecto a la forma y operativa de estos pagos.

Además su autoridad no toma en cuenta que en algunos casos, los Accionantes han sido claros al solicitar el pago con las cuentas del Fondo de Capitalización Individual (como no podía ser de otra manera), y la autoridad jurisdiccional ha concedido la tutela precisamente a lo solicitado por el accionante, ya que la esencia de estas acciones de amparo se basan en la revisión que hace la autoridad jurisdiccional de la certeza y efectividad de la demanda para otorgar el amparo solicitado. Así lo establece el Artículo 129 de la actual Constitución Política del Estado que establece: "La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente recibida la información de la autoridad o personal demandada y, a falta de ésta, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca la persona accionante. La autoridad judicial examinará la competencia de la servidora pública o del servidor público o de la persona demandada **y, en caso de encontrar cierta y efectiva la demanda, concederá el amparo solicitado.** La decisión que se pronuncie se elevará, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de las veinticuatro horas siguientes."

DE LA OBLIGACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS QUE RESUELVEN LAS ACCIONES DE AMPARO CONSTITUCIONAL.-

Las sentencias que resolvieron Amparos Constitucionales, ahora Acciones de Amparo Constitucional son de cumplimiento obligatorio y, en tanto sean revisadas por el máximo órgano de control jurisdiccional, hoy el Tribunal Constitucional Plurinacional, no tienen efecto suspensivo, por lo que no solo (sic) implica el cumplimiento obligatorio por parte de los particulares, sino también y con mayor razón el cumplimiento por parte de la administración pública; y en ese sentido el artículo 44 de la anterior Ley N° 1836 señalaba que: "Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional, son obligatorias y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales.

Asimismo el artículo 102, parágrafo I de la Ley del Tribunal Constitucional N° 1836 de 1° de abril de 1998 establecía que "La resolución concederá o denegará el Amparo. **Será ejecutada, sin perjuicio de la revisión, inmediatamente y sin observaciones**" (las negrillas son nuestras). La obligatoriedad es tal que, de acuerdo a lo establecido por el artículo 104 del citado cuerpo legal, las personas particulares que recibieren una orden judicial dictada en Amparo Constitucional y no la cumplieren o no la hicieren cumplir,

serán sometidos a un proceso penal por los delitos de Sedición y Conspiración establecidos en los artículos 123 y 126 de nuestro Código Penal.

La actual Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional No. 027 también hace referencia a esta obligatoriedad del cumplimiento de estas normas, ya que en su Artículo 63 (CUMPLIMIENTO) establece que: “Las autoridades que resuelven las acciones de Libertad, Amparo Constitucional, Protección de Privacidad, Cumplimiento y Popular, dispondrán el cumplimiento de la resolución por parte de los servidores públicos o de la persona individual o colectiva. En caso de resistencia ordenarán que éstos sean sometidos a proceso penal, para cuyo efecto remitirán antecedentes al Ministerio Público.”

En ese sentido su Autoridad ha reconocido “... la obligatoriedad de cumplir con lo determinado por las sentencias que resuelven los Amparos Constitucionales; para luego citar que “...sin embargo, **no es menos cierto que la AFP podía haber hecho uso de su derecho a representar dichas sentencias**, siendo que las mismas vulneran el cumplimiento de un marco normativo que la AFP estaba obligada a cumplir...” (Las negrillas son nuestras). Al respecto llama la atención el desconocimiento del marco normativo que rige la sustanciación de los recursos de Amparo Constitucional, ya que los mismos no admiten representación, y una vez dictada la resolución esta es elevada en revisión de oficio ante el Tribunal Constitucional en el plazo de 24 horas.

Es menester señalar que la aludida representación que a entender de su Autoridad debió hacer nuestra AFP a las resoluciones judiciales que resolvieron los Amparos Constitucionales, difiere completamente al espíritu de lo establecido en el Artículo 127 de la Constitución Política del Estado que refiere claramente que los servidores públicos o personas particulares que resistan las decisiones judiciales en los casos previstos por esta acción, serán remitidos por orden de la autoridad que conoció de la acción ante el Ministerio Público para su procesamiento penal por atentado contra garantías constitucionales.

Por otra parte, bastante contrariados con lo señalado por el regulador, hemos revisado las normas tanto sustantivas como adjetivas Y NO HEMOS ENCONTRADO ALGUNA POSIBILIDAD DE “REPRESENTACION” COMO MENCIONA ESE ORGANO REGULADOR y mucho menos un recurso en contra de las Sentencias emitidas por los Tribunales de amparo, ya que ello desvirtuaría completamente el carácter tutelar y de acción de defensa de las garantías constitucionales que tiene la Acción de Amparo Constitucional.

DE LA FALTA DE MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTO.-

Su Autoridad pretende justificar la imposición de la sanción económica y de la obligación de reposición de dinero al (sic) Cuenta Colectiva de Siniestralidad que injustamente dispone la Resolución Administrativa ahora recurrida, así como la obligación de proseguir el pago con recursos propios sobre la conclusión expresada en el primer párrafo de la página 8 de la resolución, señalando:

“Que es tan evidente la obligatoriedad del cumplimiento del fallo de las Sentencias Judiciales, como la imposibilidad del uso de recursos del FCI para el

pago de pensiones que no cumplen los requisitos establecidos en norma. **Por lo tanto considerando que la AFP no ha ejercido su derecho de representar estos hechos, debe cumplir con lo dispuesto en los mencionados fallos pagando a los Asegurados el monto que le hubiera correspondido recibir como Pensión de Invalidez si hubieran tenido cobertura en el Seguro de Riesgo Común"** (las negrillas son nuestras).

Como se esgrimió precedentemente, no existe instancia de representación de las Sentencias que resuelven Amparos Constitucionales, por lo que su Autoridad en clara contravención a los principios de sometimiento pleno a la Ley y de jerarquía normativa expresados en el artículo 4, incisos c) y h) de la Ley de Procedimiento Administrativo, ha viciado de nulidad el presente procedimiento administrativo ya que en principio la APS no tiene competencia para determinar el incumplimiento a una Sentencia emitida por un Tribunal de Amparo (en realidad no hay autoridad jurisdiccional ni administrativa que tenga esa facultad).

Por lo precedentemente explicado, cabe señalar que la Resolución Administrativa emitida por su Autoridad, carece de uno de los elementos esenciales que hacen válido el acto administrativo, como es el debido fundamento establecido en artículo 28, inciso e) de la Ley de Procedimiento Administrativo; conclusión a la que llegamos luego de la revisión del informe técnico INF/APS/DPC/N- 148 2011 de fecha 14 de noviembre de 2011, así como del informe legal APS/DJ/198/2011 de 15 de noviembre de 2011, de cuyo tenor y lectura in extenso, no se puede apreciar (por no existir en ninguna norma), la explicación de cual fue el mecanismo legal de representación de las sentencias al que tenía derecho o debió utilizar nuestra AFP. Lo anterior significaría también la vulneración del principio de congruencia desarrollado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 04/2004 de fecha 12 de febrero de 2004 mediante la cual se expresa que "El acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, **deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición**, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final".

DEL DÉBITO NO AUTORIZADO A LA CUENTA DE SINIESTRALIDAD.-

Su Autoridad ha señalado que la imputación de cargos por la supuesta realización de débitos no autorizados de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, no fue observada por nuestra AFP, por lo que se ratificaría el incumplimiento al punto 1, primero de la cuenta 3.5.1.01 del Manual de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de fecha 7 de marzo de 2001; sin embargo dicha apreciación, no toma en consideración que los pagos efectuados por nuestra AFP, se han respaldado sobre la base de Resoluciones Judiciales que han resuelto recursos (ahora Acciones) de Amparo Constitucional, cuyo resultado ha sido la otorgación de la tutela solicitada y por consecuencia la restitución de un derecho que fuera perdido por culpa del empleador al haber incurrido éste en mora. En ese entendido, la imputación y sanción carece de fundamento, toda vez que no existieron débitos no autorizados.

PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por nuestra AFP y, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de fecha 15 de Noviembre de 2011, ajustando el procedimiento administrativo al marco de la legalidad...”

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 773-2012 DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Con el antecedente de que mediante auto de 27 de abril de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó la suspensión del proceso administrativo sancionatorio, hasta que se resuelva el Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 214-2012 de 9 de abril de 2012, señalando que una vez notificada con el pronunciamiento respectivo, se computarán los plazos legales para emitir el pronunciamiento definitivo.

Entonces, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 773-2012 de 27 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, con los fundamentos que se transcriben a continuación:

“...CONSIDERANDO: (...)

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP señala: “...cabe señalar que bajo el razonamiento esgrimido por su Autoridad, las Sentencias Constitucionales a las que hacemos referencia, en lugar de conceder la tutela solicitada como corresponde al ser una garantía constitucional protegiendo los derechos de los accionantes, se habrían constituido en supuestos, pues como resultado de los mismos no existiría la posibilidad de pago y en consecuencia la garantía constitucional y la tutela otorgada se convierte en una simple abstracción o imaginación de la autoridad jurisdiccional, contrariando claramente lo dispuesto por la Constitución Política del Estado que en su Artículo 129, párrafo V. ...”. Al respecto, corresponde aclarar al regulado que las determinaciones asumidas por el Tribunal de Amparo de ninguna manera se constituyen en supuestos, sino en determinaciones que conceden la Acción de Amparo ordenando la restitución y tutela de los derechos y garantías restringidos; como lo acontecido en los casos de los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales.

Que por otro lado, se deja en claro que, esta Autoridad tiene el razonamiento jurídico amparado en norma vigente, de que la justicia constitucional es ejercida por esta jurisdicción, que tiene la finalidad de velar por la supremacía de la Constitución Política del Estado, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales. En ese sentido, los juzgados y tribunales de la jurisdicción ordinaria que conozcan las acciones de Amparo Constitucional se pronunciarán mediante “Resolución Final” conforme con la Constitución Política del Estado, siendo sus determinaciones de cumplimiento obligatorio e inmediato, tal cual lo

manda la Constitución cuando dice “La decisión final que conceda la Acción de Amparo Constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación.”; y que en los tres (3) casos insertos en la imputación de cargos, las determinaciones del Tribunal de Amparo expresan con meridiana objetividad y obligatoriedad que la AFP pague de la pensión. Claro está, sin perjuicio de la revisión que por Ley debe efectuarse por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Que la AFP también expresa en la impugnación lo siguiente “...que las Sentencias Constitucionales que han resuelto conceder la tutela... **tampoco establecen que nuestra AFP deba pagar con sus propios recursos propios las pensiones de invalidez, sino por el contrario con las cuentas que correspondan, y la cuenta que paga las pensiones de invalidez por riesgo común, no es otra que la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.**”. Al respecto y como se expresó en la R.A.422-2011, los pronunciamientos emitidos por los Tribunales de Amparo categóricamente resolvieron:

En el caso de Sonia Valverde Mercado: “...ordena a la AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. proceda de manera inmediata al pago de la pensión por invalidez que le correspondiere....”

En el caso de Jhonny René Ibáñez Barriga: “...disponiendo que AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. proceda al pago de la pensión de invalidez y sea en lo inmediato posible.”

En el caso de Gregorio Arandía Nogales: “...ordena: a la AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. califique como inválido a Gregorio Arandía Nogales; fije y le pague la pensión de invalidez y sea en el plazo de 30 días.”

Que es de conocimiento de la AFP que, en ninguno de los tres (3) casos cumplen requisitos de cobertura conforme establece la Ley No. 1732 y demás normas conexas; en ese comprendido, llama la atención cuando ésta señala a la Cuenta de Siniestralidad para el pago de las pensiones por invalidez por Riesgo Común, siendo que los tres (3) casos mencionados no cumplen con los requisitos de cobertura establecidos en la Ley. Por tanto se tiene que, el pago de las pensiones para los tres casos (3), con recursos de la Cuenta de Siniestralidad vulnera la limitación legal del propio artículo 22 de la Ley N° 1732 de Pensiones, ya que el uso de los recursos de esta Cuenta corresponde sólo para aquellos casos que cumplan los requisitos del artículo 8 de la señalada Ley y que, la obligatoriedad del pago de la pensión por la AFP encuentra su respaldo en la “ratio essendi” y “decidendi” de las determinaciones constitucionales y aquella establecida en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/SIREFI 006/2009 de 19 de octubre de 2009 emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que por otro lado, habrá que recordar al regulado que por norma y contrato de servicios, debe cumplir con el pago de las pensiones correspondientes, únicamente con los recursos de las cuentas del FCI, de acuerdo a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias. Para aquellos casos que no cumplen con los requisitos establecidos en norma para el acceso a pensión debido a la mora del Empleador, la misma norma

prevé el cobro del Recargo a él o los Empleadores morosos (a través del PES), para que con estos recursos se financie las pensiones del Asegurado.

Que en virtud a lo anterior, resulta incorrecta la aseveración del regulado cuando señala que, el derecho a percibir pensiones por invalidez hubiera sido perdido por la mora del Empleador o que con la sola restitución del derecho vulnerado por el Tribunal de Amparo se deba seguir también una operativa de pago de la pensión; cuando en la realidad jurídica, existe la forma y fuente expresa para el pago de estos casos.

Que por otra parte, la AFP concibe erróneamente el concepto de representación al llevar a un contexto diferente al que esta Autoridad expresó en la R.A.422-2011, siendo que el entendimiento que debe tener el regulado está referido a que durante la participación (como administrador de los Fondos y representante de los Asegurados) ante el Tribunal de Amparo haga conocer de manera clara y puntual el contexto de la norma aplicable en cuanto a las posibilidades y restricciones que se tienen respecto al uso y disposición de las Cuentas del FCI; y no mal entender como una forma de resistencia a las determinaciones de los Tribunales de Amparo. Pues el objeto de lo anterior apunta a que la autoridad constitucional asuma un mejor conocimiento del escenario normativo en el que se otorgan las pensiones en el SSO, para resolver en derecho.

Que en ese sentido queda claro que, es evidente la obligatoriedad del cumplimiento de los fallos establecidos en las Sentencias Constitucionales, como la imposibilidad del uso de recursos del FCI para el pago de pensiones que no cumplen los requisitos de acceso establecidos en norma.

Que con relación a que la R.A.422-2011 carecería del fundamento corresponde señalar lo siguiente:

- En cuanto a la sanción aplicada se tiene que se ha constatado que Futuro de Bolivia S.A. AFP al utilizar los recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, sin el respaldo legal, ha ocasionando daño patrimonial al saldo y rentabilidad de la Cuenta de Siniestralidad del FCI, razón por cual se impuso la sanción por gravedad media en su mínimo monto y, toda vez que se ha determinado además menoscabo económico al FCI corresponde como obligación su reposición.
- En cuanto a que la R.A.422-2011 vulneraría los incisos c) y h) del artículo 4 del Procedimiento Administrativo, aquello no es evidente en razón a que como se dijo anteriormente, la AFP como administrador de los Fondos y representante de los Asegurados se encuentra en la obligación de protegerlos haciendo conocer, en el presente caso, a la autoridad constitucional los márgenes que permite la norma en cuanto a la disposición de recursos para el pago de pensiones. A mayor consideración la Constitución Política del Estado señala en el párrafo III del artículo 129 lo siguiente: "La autoridad o persona demandada será citada ..., con el objeto de que preste información y presente, en su caso, los actuados concernientes al hecho denunciado, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas desde la presentación de la Acción."

A su vez el párrafo IV dice "La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente recibida la información de la autoridad o persona demandada y, a falta de ésta, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca la persona accionante.". Por lo expuesto, la actuación de esta Autoridad encuentra respaldo en la Constitución y no vulnera principio o norma alguna.

- Con respecto al carácter de los informes que la AFP señala haber revisado, corresponde señalar que los mismos expresan razonamientos específicos de las áreas de la APS en cuanto al tema en controversia y, que al no constituirse éstos precisamente en actos administrativos de los cuales emanen efectos, no invalidan la determinación definitiva expresada en la Resolución Administrativa.
- En cuanto a la congruencia de la R.A.422-2011, se vio expresada al momento de establecer los antecedentes, la prueba, los fundamentos que prueban la infracción, la imposición de la multa y la obligación, como consecuencia del daño constatado al FCI. Pues conforme al párrafo I del artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 señala que, la sanción administrativa precisará además de la sanción que se aplica, las medidas o acciones a ser cumplidas para corregir o prevenir los efectos de la infracción y restaurar el derecho.

Que finalmente con relación a la debitación no autorizada de la Cuenta de Siniestralidad, la AFP señala que los pagos efectuados tienen respaldo en las Resoluciones de Amparo Constitucional como consecuencia de la restitución de un derecho que fuera perdido por culpa del Empleador al haber éste incurrido en mora. Al respecto, se debe señalar que la dinámica de la cuenta Cuotas de Otros Fondos y Cuentas, establecida en el Manual y Plan de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual, aprobado mediante la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 07 de marzo de 2001, establece que los débitos de esta cuenta se deben realizar de la siguiente manera:

1. La devolución de aportes de los fondos, por los siguientes conceptos:

- ✓ Desembolsos que realiza el FCI por concepto de pago de beneficios de RC, RP y RL, por invalidez, muerte y gastos funerarios.
- ✓ Desembolsos por pago de pensiones y otros beneficios por cuenta del MVV.
- ✓ Desembolsos que realiza el FCI por cuenta de los fondos a la Dirección General de Pensiones.
- ✓ Por la transferencia a las entidades aseguradoras. Por cuenta de RP, RC y RL.
- ✓ Financiamiento de gastos médicos y traslados para evaluación y calificación de invalidez RP, RC y RL.
- ✓ Devolución de aportes al FCC.

2. La transferencia mensual a Prestaciones por Pagar correspondiente a las pensiones de aquellos afiliados que optaron por la modalidad MVV, con crédito a la cuenta "Cuota de otros fondos".

3. La reclasificación desde la cuenta "Resultado del fondo" para reflejar el saldo al valor de la última cuota. Su contabilización se efectuará sólo en bolivianos.
4. La reversión de los beneficios no cobrados.

Que de lo anterior se establece que la AFP al utilizar el señalado Manual, aludiendo tener respaldo en Resoluciones Constitucionales como consecuencia de la restitución de un derecho que fuera perdido por culpa del Empleador al haber éste incurrido en mora; no es motivo suficiente para su uso, más aun cuando se sabe que para los tres (3) casos no cumplían requisitos para pagarse con la Cuenta de Siniestralidad.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión pormenorizada del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad concluye que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que posibiliten cambiar la ratio legis de la R.A.422-2011 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, en consecuencia, se confirma el referido acto administrativo, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 18 de octubre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 773-2012 de 27 de septiembre de 2012, expresando los siguientes alegatos:

"...I. DE LO RESUELTO POR LAS SETENCIAS (sic) CONSTITUCIONALES:

Conforme nuestra Administradora ha razonado correctamente, y sin necesidad de aclaración alguna, su Autoridad, en los considerandos de la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 763-2012, ha señalado "...que las determinaciones asumidas por el Tribunal de Amparo de ninguna manera se constituyen en supuestos, sino en **determinaciones que conceden la Acción de Amparo ordenando la restitución y tutela de los derechos y garantías restringidos; como lo acontecido en los casos de los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales**" (las negrillas son nuestras). En el párrafo siguiente, su Autoridad además ha dejado en claro su razonamiento en el sentido de que "...la justicia constitucional es ejercida por esta jurisdicción, que tiene **la finalidad de velar por la supremacía de la Constitución Política del Estado, ejercer el control de la constitucionalidad y precautelar el respeto y vigencia de lo derechos y garantías constitucionales...**" (Las negrillas son nuestras). Razonamiento correcto toda vez que el Tribunal Constitucional Plurinacional está investido de un estatus de órgano constitucional independiente y distinto al de los demás, de manera que, en el ejercicio de su función jurisdiccional, **no está subordinado ni sometido sino a la Ley Fundamental y a las leyes**, debiendo ponerse especial énfasis en el hecho de que sus decisiones y

sentencias son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno, como prescribe el artículo 8 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y conforme a lo establecido por nuestra Constitución Política del Estado que en su Artículo 129, parágrafo V. , señala que "La decisión final que conceda la Acción de Amparo Constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad".

Conforme su Autoridad ha podido entender y razonar correctamente, **las Sentencias Constitucionales que han resuelto conceder la tutela a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Rene Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales; han restituido y tutelado los derechos y garantías restringidos**, los mismos que se constituyen en la falta de acceso oportuno a una prestación de invalidez por Riesgo Común debido a la mora en que incurrió su empleador, quien en su función de agente de retención, pese ha (sic) haber descontado el monto correspondiente a sus aportes al Seguro Social Obligatorio (incluida la Prima de Riesgo Común), no los pago (sic) oportunamente a nuestra AFP.

II. DE LA OBLIGACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS QUE RESUELVEN LAS ACCIONES DE AMPARO CONSTITUCIONAL.-

Las sentencias que resolvieron los Amparos Constitucionales, ahora Acciones de Amparo Constitucional, de los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Rene Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales son de cumplimiento obligatorio y, en tanto sean revisadas por el máximo órgano de control jurisdiccional, hoy el Tribunal Constitucional Plurinacional, no tienen efecto suspensivo, por lo que no solo implica el cumplimiento obligatorio por parte de los particulares, sino también y con mayor razón el cumplimiento por parte de la administración pública; y en ese sentido el artículo 44 de la anterior Ley N° 1836 señalaba que: "Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional, son obligatorias y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales.

Asimismo el artículo 102, parágrafo I de la Ley del Tribunal Constitucional N° 1836 de 1° de abril de 1998 establecía que "La resolución concederá o denegará el Amparo. **Será ejecutada, sin perjuicio de la revisión, inmediatamente y sin observaciones**" (las negrillas son nuestras). La obligatoriedad es tal que, de acuerdo a lo establecido por el artículo 104 del citado cuerpo legal, las personas particulares que recibieren una orden judicial dictada en Amparo Constitucional y no la cumplieren o no la hicieren cumplir, serán sometidos a un proceso penal por los delitos de Sedición y Conspiración establecidos en los artículos 123 y 126 de nuestro Código Penal, motivo por el cual nuestra Administradora procedió a efectuar los pagos correspondientes.

III. DE LA RATIO ESSENDI Y DECIDENDI DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES:

Como efecto del carácter vinculante y obligatorio que tienen las sentencias constitucionales, el Tribunal de Amparo a tiempo de conocer las acciones de Amparo Constitucional, consideraron lo expresado en la SC 0980/2005-R de 19 de agosto (sic)

2005, en la cual determinó: “...si el empleador, no cumple con la obligación de cancelar los aportes, o no efectúa oportunamente las transferencias de los mismos a las AFP's, pese a que fueron deducidos de los salarios del trabajador, haciendo las retenciones de las cotizaciones de seguridad social (sic), **las consecuencias jurídicas de su incumplimiento no pueden afectar el derecho fundamental del trabajador o los beneficiarios a la seguridad social (sic); dado que el beneficio de la pensión, de ninguna forma puede estar sometido a la diligencia del empleador sino a los aportes efectivamente descontados**, los que de buena fe realizó el trabajador en el convencimiento de que se efectuaría el pago ante la eventualidad de una enfermedad, etc.; por lo mismo, la AFP BBVA S.A., ahora recurrida, no puede eximirse de su responsabilidad en el pago de la pensión de invalidez por riesgo común a la que tiene derecho el representado de la actora, por el hecho de que el empleador no cumplió con el deber de hacer oportunamente, de los descuentos salariales; (sic) las transferencias, omisión, que como se tiene señalado, no fue atribuible ni imputable al representado de la actora; entender lo contrario, sería superponer los derechos, - generalmente de contenido patrimonial- de las Administradoras de Fondos de Pensiones, en desmedro, de los derechos fundamentales de los trabajadores, como es la efectivización de pago de sus pensiones cuando cumplieron con los requisitos exigidos por Ley; situación inadmisibles, dado que importaría desconocer los derechos del asegurado y por ende, la normativa citada, que constituye el marco jurídico en que se desenvuelve la Seguridad Social de nuestro país, que es de orden público, de cumplimiento obligatorio, cuya observancia y aplicación preferente debe garantizar el Tribunal Constitucional en protección de los derechos fundamentales y de la primacía de la Constitución, cumpliendo de esta manera con las previsiones contenidas en los arts. 1.1 y II de la LTC así como lo consagrado por los arts. 119. I y 228 de la CPE. (...)

Similar criterio al utilizado en los casos de los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Rene Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales fueron considerados en la Sentencia Constitucional 0653/2010-R de 19 de julio de 2010, que refiriéndose al incumplimiento de las obligaciones del empleador, ha establecido que: “...este incumplimiento no puede ni debe afectar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, los mismos que no pueden estar dependientes o pendientes del cumplimiento o no de las obligaciones del empleador en este caso del pago de los aportes efectivamente descontados al trabajador; consecuentemente, no es posible eludir la responsabilidad y obligación legal de la entidad demandada consistente el pago de la pensión de invalidez por riesgo común a la que tiene derecho el demandante, siendo inadmisibles la situación analizada en revisión, que de mantenerse así importaría desconocer los derechos del asegurado y por ende, la normativa citada, que constituye el marco jurídico en que se desenvuelve la Seguridad Social de nuestro país, que es de orden público, de cumplimiento obligatorio, cuya observancia y aplicación preferente debe garantizar el Tribunal Constitucional en protección de los derechos fundamentales y de la primacía de la Constitución, cumpliendo de esta manera con las previsiones citadas en párrafos precedentes”. Asimismo la Sentencia Constitucional 0397/2010-R de 28 de junio de 2010, sobre idéntico objeto y materia ha señalado que: “...la falta de cancelación de los aportes que fueron deducidos del salario de los trabajadores, no puede afectar el pago de una renta de invalidez u otro beneficio a largo plazo, porque de lo contrario, se

suspenderían los derechos fundamentales de los beneficiarios, como es el pago de sus pensiones cuando cumplieron con los requisitos exigidos por Ley; situación inadmisibles, dado que importaría desconocer los derechos del asegurado y por ende, la normativa citada, que constituye el marco jurídico que regula la Seguridad Social y que es de orden público, de cumplimiento obligatorio, cuya observancia y aplicación preferente debe garantizar el Tribunal Constitucional”.

Como su Autoridad fácilmente podrá colegir de la fundamentación unánime de las sentencias constitucionales o “ratio essendi”, **el incumplimiento de las obligaciones de los empleadores con el Sistema de Seguridad Social de largo plazo, no puede ni debe afectar los derechos de los trabajadores para el acceso a la prestaciones de invalidez y/o muerte;** por lo que la verificación de requisitos de cobertura establecidos en artículo 8 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, estarían enfocados a establecer si el Afiliado (ahora Asegurado) se encontraba trabajando dentro de los periodos considerados según su fecha de siniestro (invalidez/muerte), independientemente de sí su empleador como agente de retención, los pago oportunamente.

IV. DEL DÉBITO NO AUTORIZADO A LA CUENTA DE SINIESTRALIDAD.

Su Autoridad en los considerando (sic) de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011, señaló que la imputación de cargos por la supuesta realización de débitos no autorizados de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, no fue observada por nuestra AFP, por lo que se ratificaría su incumplimiento; y posteriormente después del análisis de lo expresado por nuestra AFP en el recurso de revocatoria en el entendido de que el pago halla sustento en las propias sentencias constitucionales; en la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 773-2012 ha señalado que ...queda claro que, es evidente la obligatoriedad del cumplimiento de los fallos establecidos en las Sentencias Constitucionales, como la imposibilidad del uso de recursos del FCI para el pago de pensiones que no cumplen requisitos de acceso establecidos en norma.”. Olvidándose la fundamentación jurídica expresada en la resolución final de las sentencias constitucionales; y que dichos fallos han creado una jurisprudencia constitucional vinculante.

En lo que refiere al uso de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, en caso de idéntico objeto y materia, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado mediante la Sentencia Constitucional 1649/2011-R; lo siguiente: **“1.2.3. Resolución. La Sala Social y Administrativa de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz, constituida en Tribunal de garantías pronunció la Resolución 133 de 20 de noviembre de 2009, cursante de fs. 180 a 183 de obrados, por la que concedió la tutela solicitada disponiendo se cancele la pensión de invalidez que corresponde al representado del accionante, desde el momento de la calificación de invalidez pronunciada con el Dictamen 3574/2007 de 29 de mayo, utilizando los fondos de siniestralidad en razón de las situaciones ya presentadas; es decir, falta de cobertura y de primas no atribuibles al asegurado sino a la patronal, en este caso al LAB...”**. En la misma línea jurisprudencial, la sentencia constitucional 278/2011-R que APRUEBA la resolución de 19 de agosto de 2009 y CONCEDE LA TUTELA SOLICITADA, **enfatisa** en el numeral **1.2.3 Resolución** (sic) “...que de acuerdo al contrato de prestación de servicios suscrito entre la “Aseguradora

PREVISION S.A." y el estado (sic) Boliviano, las AFP's quedan obligas (sic) al pago de las prestaciones con recursos provenientes del fondo de capitalización individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad, de riesgos profesionales y de mensualidades vitalicias, debiendo la parte demandada, recurrir a la que correspondiere para dar cumplimiento a lo ordenado".

De lo expresado es completamente evidente, conforme ya se hubo expresado que, el pago de las pensiones de los Afiliados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Rene Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales encuentra sustento legal en las Sentencias Constitucionales, que al restablecer derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado, se encuentran por encima de las Leyes, Decretos Supremos, Resoluciones Administrativas y/o Circulares.

V. DE LA REPRESENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS.

Su Autoridad pretendió justificar la imposición de la sanción económica y de la obligación de reposición de dinero al (sic) Cuenta Colectiva de Siniestralidad sobre la conclusión expresada en el primer párrafo de la página 8 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC, señalando: "Que es tan evidente la obligatoriedad del cumplimiento del fallo de las Sentencias Judiciales, como la imposibilidad del uso de recursos del FCI para el pago de pensiones que no cumplen los requisitos establecidos en norma. **Por lo tanto considerando que la AFP no ha ejercido su derecho de representar estos hechos, debe cumplir con lo dispuesto en los mencionados fallos pagando a los Asegurados el monto que le hubiera correspondido recibir como Pensión de Invalidez** si hubieran tenido cobertura en el Seguro de Riesgo Común" (las negrillas son nuestras). Sobre ese particular nuestra AFP señaló que no existe instancia de representación de las Sentencias que resuelven Amparos Constitucionales, y con la debida aclaración efectuada mediante la ahora impugnada Resolución Administrativa ASP/DJ/DPC/Nº 773-2012; debemos señalar que en conformidad al procedimiento constitucional nuestra AFP prestó el informe respectivo, señalando entre otros aspectos, los siguientes: "7) El art. 31 inc. e) de la LP, señala que las AFP's representan a los afiliados ante las entidades aseguradoras, con relación a las prestaciones de invalidez, muerte y riesgo profesional, por lo que se puede constatar que la presente acción, está interpuesta equivocadamente contra la AFP, ya que representa los intereses del accionante; 8) En ningún momento la AFP negó el pago de la pensión por invalidez, como señaló el accionante, sino que simplemente verificó que el afiliado no llegó a cumplir con los requisitos exigidos por ley, debido al incumplimiento de su empleador, entonces se procedió al cobro del recargo contra el empleador LAB S.A., **porque para el pago de este seguro se debe cumplir con los requisitos exigidos;** por lo tanto, esta acción debió ser interpuesta contra el empleador, quien era el responsable de cumplir con lo dispuesto en la ley; 9) La AFP Futuro de Bolivia S.A., verificó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 8 de la LP, el Decreto Supremo (DS) 24469 de 17 de enero de 2009, debiendo cumplirse los arts. 21 al 34 de dicho cuerpo legal y ante el incumplimiento de estas normas, se generó el recargo, el cual debe cobrar lo AFP mediante un proceso ejecutivo social, conforme al art. 23 de la LP, por lo que se requirió al LAB S.A. que proceda al pago del recargo para poder cancelar las prestaciones por invalidez a favor del accionante...", por lo que aseverado por su Autoridad no halla asidero, toda vez que si se expreso (sic) la

necesidad de verificar el cumplimiento de requisitos de cobertura previo al pago de la pensión; y que los mismos, no fueron cumplidos por la mora en que incurrió el empleador.

VI. PETITORIO.

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por nuestra AFP y, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado artículos 66 y 79 de la Ley N° 2341; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2003, solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 773/2012 de fecha 27 de septiembre de 2012 que en recurso de revocatoria confirmo (sic) la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, ajustando así el procedimiento administrativo a derecho..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, dando respuesta al requerimiento dado por la Autoridad de Fiscalización mediante nota AP/DPC/500/2011, reportó **tres casos** de Asegurados **sin cobertura por mora del empleador** y que derivaron en Recargos, conforme al artículo 33°, inciso b), de la Ley N° 1732 (de Pensiones), empero con Pensión de Invalidez en curso de pago, en cumplimiento a determinaciones de la entonces Corte Superior de Justicia de Cochabamba (actual Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba).

Los tres casos son los siguientes:

I. Asegurada Sonia Valverde Mercado:

De la documentación cursante en el caso de autos, se tiene que **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, no realizó el pago de la Pensión de Invalidez a favor de la Asegurada, al no cumplir con los requisitos de cobertura establecidos en el artículo 8° de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, para el Seguro de Riesgo Común, por mora del Empleador.

Al no acceder a la pensión, la Asegurada interpuso Acción de Amparo Constitucional en fecha 3 de mayo de 2012 por ante la Sala Civil Segunda de la entonces Corte Superior de Justicia de Cochabamba (actual Tribunal Departamental de Justicia de

Cochabamba), la que emite la Resolución N° 25 de 18 de septiembre de 2010 por el cual, "ordena a la AFP Futuro de Bolivia S.A. proceda de manera inmediata al pago de la Pensión por invalidez que le corresponde" (fallo después aprobado por el Tribunal Constitucional Plurinacional en su Sentencia 685/2012 de 2 de agosto de 2012), y que se fundamenta en que:

"...i) La AFP Futuro de Bolivia S.A., al no haber efectivizado la pensión de invalidez por riesgo común, a la que tiene derecho la accionante, reconocidas por notas signadas GR CBBA PRT 0103/2008 de 17 de enero y GR.CBBA 001/10 de 7 de enero de 2010, alegando incumplimiento del pago de los aportes correspondientes de seguro social obligatorio, por parte del empleador, ocasionó con esta omisión, que no se realicen las deducciones para el régimen de salud, cuál era su obligación, lo que dio lugar a que la accionante se encuentre en una situación de total desprotección desde mayo de 2007 a la fecha, lo cual sin duda vulneró sus derechos constitucionales a la seguridad social (sic), a la salud y a la vida; y, ii) El hecho de que la accionante a partir de diciembre de 2008, estuviera percibiendo atención médica en la Caja Petrolera de Salud (CPS), además del pago por compensación de cotización mensual, no exime de responsabilidad a la AFP Futuro de Bolivia S.A., por cuanto en emergencia de haber concluido su trámite de invalidez por riesgo común, la accionante tenía el derecho adquirido y definitivo tanto a la pensión por invalidez por riesgo común, como a las prestaciones del régimen de salud, en el ente gestor que corresponda..."

II. Asegurado Johnny Ibáñez Barriga:

Conforme a los datos que salen del expediente, ante la falta de pago de la Pensión de Invalidez por parte de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, por no cumplir con los requisitos de cobertura en el Seguro de Riesgo Común debido a la mora del empleador, el Asegurado interpuso Acción de Amparo Constitucional en fecha 11 de febrero de 2010 por ante la Sala Penal Segunda de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba (actual Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba), la que emite la Resolución N° 008/2010 de 26 de marzo de 2010, pronunciamiento que determina "que AFP Futuro de Bolivia, proceda al pago de la pensión de invalidez y sea en lo inmediato posible" (fallo después aprobado por el Tribunal Constitucional Plurinacional en su sentencia 0487/2012 de 6 de julio de 2012), y que tiene por fundamento que:

"...El hecho de que la empresa empleadora no haya dado debido cumplimiento del pago de los aportes al seguro social no es motivo para que la AFP rehuya al pago de las prestaciones que le corresponden al accionante, ya que habiendo realizado sus aportes de manera mensual a su fondo individual, sin que sea su responsabilidad que el empleador recayera en mora, la AFP Futuro de Bolivia S.A. debe cumplir con la cancelación de la pensión de invalidez, ya que el Estado caracterizado por ser social de derecho tiene la obligación constitucional de proteger el capital humano..."

III. Asegurado Gregorio Arandia Nogales:

De la información que cursa en el caso de autos, se tiene que ante la falta de pago de la Pensión de Invalidez por parte de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, por no tener cobertura en el Seguro de Riesgo Común debido a la mora del empleador, el Asegurado interpuso Acción de Amparo Constitucional en fecha 5 de agosto de 2010 por ante la Sala Civil Primera de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba (actual Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba), la que emite la Resolución N° 6 de 10 de septiembre de 2010, por la que *“ordena a la AFP Futuro de Bolivia S.A. califique como invalido a Gregorio Arandia Nogales, fije y le pague la pensión de invalidez y sea en el plazo de 30 días”* (fallo después aprobado por el Tribunal Constitucional Plurinacional en su sentencia 1154/2012 de 6 de septiembre de 2012), y que en sus fundamentos, señala que:

“...a) Las prestaciones a largo plazo según disponen los artículos 14 y ss. de la Ley de Pensiones (LP), “serán financiadas con las cotizaciones laborales y primas descontadas obligatoriamente por los empleadores de los sueldos mensuales que perciben los trabajadores” (sic). El empleador descontará el porcentaje de dicha remuneración y la remitirá a los fondos de pensiones, las AFPs, en caso de incumplimiento sin excusa ni demora alguna, deben iniciar juicio ejecutivo social contra los empleadores pidiendo paguen las cotizaciones y primas retenidas, más intereses, comisiones y recargos; estos juicios se sujetan a las normas del “Código de Procedimiento Civil, para los juicios ejecutivos, lo que significa que la sentencia dictada y aun apelada tiene que cumplirse inmediatamente” (sic); b) Los arts. 10 de la LP y 23 de su Decreto Reglamentario, tratan sobre la invalidez por enfermedad del trabajador y su derecho de pago de pensión mensual por parte de los fondos de pensiones, esto, desde la fecha de prestación de la solicitud de pensión cuando se hayan cumplido los requisitos exigidos por las disposiciones legales. Asimismo, los arts. 26 y 27 del Decreto Reglamentario, dispone que existiendo dictamen emitido por la comisión calificadora, las AFPs, tienen la obligación inmediata de calificar la invalidez por enfermedad al peticionante, fijando a su vez el sueldo mensual que le corresponde sin opción alguna para su cumplimiento; c) De acuerdo con la Ley de Pensiones y su Decreto Reglamentario, existe una relación especial con doble finalidad entre el fondo de pensiones y el trabajador aportante, puesto que dicha entidad por una parte representa al trabajador, en todo lo que a éste pueda convenir, y por la otra tiene la obligación de declarar la invalidez y pagar la renta al trabajador, por el sólo hecho de habersele descontado un monto en calidad de aporte; d) La seguridad social, en cuanto a su aplicación tiene que ser oportuna y eficaz porque está íntimamente relacionada con la supervivencia y la vida de los seres humanos, los cuales ganan la protección de la misma en razón a los aportes pagados y descontados en su fuente de trabajo. “Los derechos fundamentales referidos por los arts. 15 y 16 de la CPE, no pueden estar sujetos a la recuperación de los aportes no entregados por el ente patronal en cuestión (en este caso Lloyd Aéreo Boliviano -LAB- S.A.), ya que por mandato

de la ley, dichos aportes fueron oportunamente descontados de los sueldos o salarios de los trabajadores para la seguridad social” (sic); y, e) Se ha declarado un 72% de pérdida de capacidad laboral del accionante por enfermedad, esto, según Dictamen 7997/2009 de 29 de diciembre del Tribunal Médico de Calificación, mismo que también establece: “fecha de invalidez de 21 de agosto de 2008” (sic)...”

Dados los caracteres de inexcusabilidad y obligatoriedad en su cumplimiento, que caracteriza a las Sentencias Constitucionales (Art. 8º, Ley N° 027 de 6 de julio de 2010, del Tribunal Constitucional Plurinacional), **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** se ha visto compelida a efectivizar el pago de las Pensiones de Invalidez a los tres Asegurados; para ello, conforme se evidencia del expediente administrativo, ha utilizado recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad (ahora Fondo Colectivo de Riesgos) en un monto -hasta el mes de febrero de la gestión 2011- de Bs 251.017,75 (DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DIECISIETE 75/100 BOLIVIANOS) entre los tres casos, no obstante que, conforme lo señala la resolución recurrida:

“...el pago de las pensiones para los tres casos (3), con recursos de la Cuenta de Siniestralidad vulnera la limitación legal del propio artículo 22 de la Ley N° 1732 de Pensiones, ya que el uso de los recursos de esta Cuenta corresponde sólo para aquellos casos que cumplan los requisitos del artículo 8 de la señalada Ley...”

Asimismo, el numeral 8.6. del Contrato de Prestación de Servicios suscrito por la Administradora de Fondos de Pensiones, compromete a la misma a pagar y cumplir con las prestaciones y beneficios “según corresponde de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias”, como que el uso de los fondos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad (ahora Fondo Colectivo de Riesgos) que ha realizado **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, a pesar que los Asegurados no cumplían con los requisitos de cobertura por mora del empleador, no se encuentra entre las permisiones establecidas por la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 07 de marzo de 2001 y menos aún por el Contrato.

Tales extremos han determinado que, sustanciada la nota de cargos de la forma señalada por los artículos 67º y 68º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se pronuncie la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, por la que (entre otros):

- Sanciona a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** “con una multa en Bolivianos equivalente a \$us5.001,00 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)” (Art. 1º, Par. I).
- Dispone que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, reponga a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual “con recursos propios”, los recursos utilizados para el pago a los tres Asegurados, más su rentabilidad correspondiente (Art. 1º, Par. II).

- Dispone también que, sin perjuicio de tal reposición, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** continúe pagando la prestación otorgada a los tres Asegurados “conforme a las órdenes judiciales, con recursos propios” (Art. 1º, Par. IV).

Contra tal Resolución Administrativa (APS/DJ/DPC/Nº 422-2011), **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** ha interpuesto Recurso de Revocatoria en fecha 4 de enero de 2012, y ante la confirmación total de la primera en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 773-2012 de fecha 27 de septiembre de 2012, el Recurso Jerárquico que a continuación, se pasa a considerar y resolver.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Carácter inexcusable y obligatorio en el cumplimiento de las Sentencias Constitucionales.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, en su Recurso Jerárquico, alega que:

“...el pago de las pensiones de los Afiliados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Rene Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales (mediante el uso de los fondos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad) encuentra sustento legal en las Sentencias Constitucionales, que al restablecer derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado, se encuentran por encima de las Leyes, Decretos Supremos, Resoluciones Administrativas y/o Circulares...”

Los alegatos de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, tratan del carácter inexcusable y obligatorio en el cumplimiento de las Sentencias Constitucionales y que caracteriza a las mismas (Art. 8º, Ley Nº 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional), conforme lo supra mencionado, y que en el memorial del Recurso Jerárquico, se encuentran en sus numerales I (“*DE LO RESUELTO POR LAS SENTENCIAS (sic) CONSTITUCIONALES*”), II (“*DE LA OBLIGACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS QUE RESUELVEN LAS ACCIONES DE AMPARO CONSTITUCIONAL*”) y III (“*DE LA RATIO ESSENDI Y DECIDENDI DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES*”), como en otras menciones dispersas planteadas en el mismo.

Al respecto, corresponde aclarar que, en el presente proceso recursivo, no se encuentra en tela de juicio el carácter inexcusable y obligatorio del cumplimiento de las Sentencias Constitucionales, que *iuris et de iure* hace a las mismas, conforme se halla dispuesto por el artículo 8º de la Ley Nº 027, del Tribunal Constitucional Plurinacional; la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no ha enervado tal precepto de manera alguna, como que tampoco ha fundamentado sus fallos en posición contraria al mismo; antes más bien, ha calificado de “*evidente la obligatoriedad del cumplimiento del fallo de las Sentencias Judiciales*” (Res. Adm. APS/DJ/DPC/Nº 422-2011) y ha dispuesto que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, efective la restitución y los pagos futuros con sus recursos propios, y ello hace a la controversia del caso.

Se tiene presente de ello que, en los términos de los artículos 56º, párrafo I, de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo, y 37º del Reglamento aprobado por el Decreto

Supremo N° 27175, no es por el carácter inexcusable y obligatorio en el cumplimiento de las Sentencias Constitucionales, que la recurrente pueda acusar afectación, lesión o perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Entonces, sin perjuicio de tenerse en cuenta la trascendencia de los fallos de la administración de justicia constitucional, el objeto en el que recae la actividad resolutoria presente, es el pago de la Pensión de Invalidez a los tres Asegurados (pese a no cumplir ellos con los requisitos de cobertura en el Seguro de Riesgo Común, por mora del empleador), mediante el uso de los fondos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad -ahora Fondo Colectivo de Riesgos- que, en concreto, ha dado lugar a la sanción como al deber de reposición de lo pagado, y al que se refieren los alegatos contenidos -fundamentalmente- en los numerales IV ("DEL DÉBITO NO AUTORIZADO A LA CUENTA DE SINIESTRALIDAD") y V ("DE LA REPRESENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS") del memorial del Recurso Jerárquico, por cuanto, sólo en ello radica la controversia que hace al presente proceso.

Asimismo, habiendo **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en su Recurso Jerárquico, alegado que:

"...el pago de las pensiones de los Afiliados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Rene Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales (mediante el uso de los fondos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad) encuentra sustento legal en las Sentencias Constitucionales, que al restablecer derechos y garantías consagradas en la Constitución Política del Estado, se encuentran por encima de las Leyes, Decretos Supremos, Resoluciones Administrativas y/o Circulares..."

Tal presupuesto, está fundamentado en la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, que aprueba la Resolución de un Tribunal de Garantías, con respecto a una acción de amparo distinta a las que componen el presente caso, pero de la que resultaría que existiría un fundamento jurídico, expresado en la jurisprudencia constitucional, respecto a la posibilidad de utilizar el Fondo de Riesgos (ex Cuenta de Siniestralidad), para hacer efectivo el pago de la Pensión de Invalidez que corresponde a los accionantes.

No obstante del fallo constitucional referido, se tiene que el Ente Regulador no se hubiera pronunciado acerca de la pertinencia o de la trascendencia del mismo, cuando en cumplimiento del artículos 16 h) y 17° de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, hace a su deber el pronunciarse sobre todos los extremos que sean puestos a su conocimiento, circunstancia que al no haber sido observada, importa infracción al derecho de petición (y de obtención de respuesta), como al debido proceso administrativo, lo que amerita ser corregido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Congruentemente con lo anterior, es pertinente traer a colación lo señalado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 7/2004 de 11 de octubre de 2004 que expresa:

*"...Respecto al derecho a la defensa, la Constitución Política del Estado en su Artículo 16 (corresponde al artículo 117 de la Constitución vigente) consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que **se prohíbe la imposición de toda sanción**, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, **sin ejercicio de la defensa**. En materia administrativa,*

*este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la Ley le franquea. Asimismo, **entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos...***

Que, en cuanto a la motivación de los actos administrativos, la Jurisprudencia Administrativa de la ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI, en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, ha señalado:

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

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

Finalmente, el artículo 28, incisos b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo al respecto, señala:

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

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

“...Los actos administrativo serán motivado con referencia a hechos y fundamentos derecho cuando Resuelvan recursos administrativos...”

Por lo tanto, y siguiendo el debido proceso, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se encontraba obligada a pronunciarse sobre todos y cada uno de los argumentos presentados por la parte recurrente, ello en el marco del debido proceso.

2.2. Representación de las sentencias.-

Señala también la recurrente, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha justificado la imposición de la sanción y de la obligación de reposición, en una falta de representación de “estos hechos” y que están referidos a:

“...que durante la participación (como administrador de los Fondos y representante de los Asegurados) ante el Tribunal de Amparo haga conocer de manera clara y puntual el contexto de la norma aplicable en cuanto a las posibilidades y restricciones que se tiene respecto al uso y disposición de las Cuentas de FCI (...)

...la AFP como administrador de los Fondos y representante de los Asegurados se encuentra en la obligación de protegerlos haciendo conocer, en el presente caso, a la autoridad constitucional los márgenes que permite la norma en cuanto a la disposición de recursos para el pago de pensiones...” (Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 773-2012 de 27 de septiembre de 2012).

La recurrente refiere, contrariamente a ello, que:

*“...en conformidad al procedimiento constitucional nuestra AFP prestó el informe respectivo, señalando entre otros aspectos, los siguientes: “7) El art. 31 inc. e) de la LP, señala que las AFP's representan a los afiliados ante las entidades aseguradoras, con relación a las prestaciones de invalidez, muerte y riesgo profesional, por lo que se puede constatar que la presente acción, está interpuesta equivocadamente contra la AFP, ya que representa los intereses del accionante; 8) En ningún momento la AFP negó el pago de la pensión por invalidez, como señaló el accionante, sino que simplemente verificó que el afiliado no llegó a cumplir con los requisitos exigidos por ley, debido al incumplimiento de su empleador, entonces se procedió al cobro del recargo contra el empleador LAB S.A., **porque para el pago de este seguro se debe cumplir con los requisitos exigidos**; por lo tanto, esta acción debió ser interpuesta contra el empleador, quien era el responsable de cumplir con lo dispuesto en la ley; 9) La AFP Futuro de Bolivia S.A., verificó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 8 de la LP, el Decreto Supremo (DS) 24469 de 17 de enero de 2009, debiendo cumplirse los arts. 21 al 34 de dicho cuerpo legal y ante el incumplimiento de estas normas, se generó el recargo, el cual debe cobrarlo la AFP mediante un proceso ejecutivo social, conforme al art. 23 de la LP, por lo que se requirió al LAB S.A. que proceda al pago del recargo para poder cancelar las prestaciones por invalidez a favor del accionante...” Las negrillas corresponden a la recurrente).*

Corresponde aclarar que, conforme señala la Sentencia Constitucional Plurinacional 0487/2012 de 6 de julio de 2012, el proceder al que **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** hace referencia como suyo, corresponde únicamente a la Acción de Amparo Constitucional interpuesta por el Asegurado Johnny René Ibáñez Barriga; no constando mención alguna a que hubiera alegado “el pago de este seguro se debe cumplir con los requisitos exigidos” en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0685/2012 de 2 de agosto de 2012, correspondiente a la Acción similar interpuesta por la Asegurada Sonia Valverde Mercado, y peor aún en el caso del Asegurado Gregorio Arandia Nogales (Sentencia Constitucional Plurinacional 1154/2012 de 6 de septiembre de 2012), por cuanto la accionada, ahora recurrente, “no asistió a la audiencia de sustanciación de la acción de amparo constitucional pese a su legal citación..., sin haber presentado tampoco informe alguno al respecto”.

El extremo anterior determina incertidumbre jurídica, referida a si en los casos que conforman el expediente de autos, al tratarse de tres diversos, ha existido negligencia que sea sancionable -en todos ellos- y que sea emergente de: a) si se iniciaron oportunamente las gestiones de cobranza al Empleador, que hubiera impedido el actual estado de mora, y b) si se representaron *"de manera clara y puntual el contexto de la norma aplicable en cuanto a las posibilidades y restricciones que se tiene respecto al uso y disposición de las Cuentas de FCI"* por ante los diversos Tribunales de garantías constitucionales.

Resulta evidente de lo hasta aquí relacionado, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha impuesto las sanciones que salen en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de fecha 15 de noviembre de 2011 en un contexto general y amplio, sin ingresar cual hubiera correspondido conforme la esencia y naturaleza del proceso administrativo sancionatorio, en la fundamentación precisa de cada uno de los tres casos imputados y sancionados, situación que ha impedido el debido proceso y el ejercicio irrestricto del derecho a la defensa, extremo que justifica la decisión del fallo presente.

CONSIDERANDO:

Que, al existir la vulneración del debido proceso, en cuanto a la debida fundamentación, repercutiendo en el derecho a la defensa, hace que esta instancia jerárquica, determine la anulación del proceso, y consiguientemente impide el pronunciamiento del fondo.

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 773-2012 de fecha 27 de septiembre de 2012 **inclusive**, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de fecha 15 de noviembre de 2011, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 761-2012 DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y
SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 011/2013 DE 01 DE MARZO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 011/2013

La Paz, 01 de Marzo de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 761-2012 de fecha 26 de septiembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de fecha 19 de enero de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 024/2013 de 13 de febrero de 2013, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 17 de octubre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, representada legalmente por su Gerente General, Sr. Julio Vargas Leon, según el Testimonio de Poder N° 563/2001 de fecha 3 de octubre de 2001, suscrito por ante la Notaría de Fe Pública N° 035 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso

Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 761-2012 de fecha 26 de septiembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de fecha 19 de enero de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/8200/2012, con fecha de recepción 23 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 761-2012 de fecha 26 de septiembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 26 de octubre de 2012, notificado en fecha 6 de noviembre de 2012, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 761-2012 de fecha 26 de septiembre de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 048/2012 DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 048/2012 de 4 de septiembre de 2012, se resolvió lo siguiente:

*"...**ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 214-2012 de 9 de abril de 2012 **inclusive**, debiendo en consecuencia y en su lugar, expedirse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica..."*

2. ANTECEDENTES.-

Que, por nota APS/DJ/DPC/3539/2011 de 23 de septiembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al considerar haberse infringido el Contrato de Prestación de Servicios suscrito por la Administradora de Fondos de Pensiones, el artículo 22° (Fondos de Pensiones) de la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 7 de marzo de 2001, y el Manual y Plan de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, con el cargo referido a:

"...ha utilizado los recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (ahora denominado Fondo de Riesgo Común), para pagar pensiones de los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibañez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, que no tienen cobertura por mora del empleador, cuando la normativa determina claramente que dicha Cuenta sólo financia las prestaciones

por Riesgo Común de Asegurados que cumplen los requisitos de cobertura previstos en el artículo 8 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones..."

Que, por nota FUT.APS.AL 1910/2011 de 31 de octubre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** respondió al cargo señalado, con el argumento transcrito a continuación:

"...nuestra Administradora, no ha hecho más que dar cumplimiento a las resoluciones emanadas del órgano jurisdiccional, procediendo al pago de las Prestaciones de Riesgo Común de acuerdo a lo establecido por el art. 16 de la Ley de Pensiones N° 1732, la cláusula 8, punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios afectando la cuenta colectiva de siniestralidad conforme a lo dispuesto por la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 07 de marzo de 2001..."

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en lo que interesa al presente, resuelve lo siguiente:

"...PRIMERO.- (...)

II.- Se dispone que Futuro de Bolivia S.A. AFP en sujeción al artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución, reponga con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), los recursos utilizados para el pago a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibañez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, más su rentabilidad correspondiente (...)

IV.- Sin perjuicio de la reposición a realizar, la AFP deberá continuar pagando la prestación otorgada a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibañez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, conforme a las órdenes judiciales, con recursos propios..."

Que, por memorial presentado en fecha 19 de diciembre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** solicitó la "Suspensión de la obligación establecida por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011", alegando que:

"...Es por demás evidente que las obligaciones impuestas a nuestra AFP, no solo son lesivas, sino que causaran (sic) grave daño a nuestra AFP, por cuanto nuestro propio contrato de prestación de servicios suscrito con la ex Intendencia de Pensiones, así como las adendas suscritas con la ex SPVS, establecen con meridiana claridad que las prestaciones se pagan exclusivamente con las cuentas que correspondan, y no con nuestros recursos propios..."

Solicitando en definitiva, que:

“...En virtud a lo establecido por el artículo 59, parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo; y los artículos 40 y 62 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003 (reglamento a la Ley N° 2341), solicito a su Autoridad, disponga la suspensión de la obligación de la reposición con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI) de los montos utilizado (sic) para el pago de pensiones a los Asegurados; así como la obligación de continuar con el pago de las mismas utilizando recursos de nuestra AFP...”

Que, mediante auto de 21 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió **rechazar** la solicitud presentada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

Que, por nota FUT.APS.AL 0024/2012 presentada en fecha 5 de enero de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** solicita:

“...se sirva consignar en Resolución Administrativa el Auto de fecha 21 de diciembre de 2011, notificado a nuestra AFP en fecha 03 de enero de 2011 (sic), el cual fue emitido por su Autoridad dentro del Procedimiento Administrativo que se sustancia por efectos de la Resolución Administrativa sancionatoria APS/DJ/DPC/N° 422-2011...”

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve consignar *“en Resolución Administrativa el Auto de 21 de diciembre de 2011, conforme lo previsto por el artículo 20 del Decreto Supremo N° 17175 de 15 de septiembre de 2003”*, y que *“El Auto de 21 de diciembre de 2011, ... forma parte de la presente Resolución Administrativa”*.

Que, por memorial presentado en fecha 17 de febrero de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de enero de 2012, y que ha de merecer la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 214-2012 de 9 de abril de 2012, por la que se lo resuelve confirmando la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de enero de 2012.

Que, corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 048/2012 de 4 de septiembre de 2012, por la que resuelve **ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 214-2012 de 9 de abril de 2012, con los siguientes fundamentos:

“...2. DE LA SUSPENSIÓN (FUNDAMENTO NORMATIVO APLICABLE AL CASO).-

En primer término, corresponde traer a colación la normativa aplicable a la suspensión de las determinaciones dadas por la Autoridad Reguladora, conforme se procede a continuación:

El artículo 59° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), determina lo siguiente:

“...ARTÍCULO 59°. (Criterios de Suspensión).

I. La interposición de cualquier recurso **no suspenderá la ejecución del acto impugnado.**

II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano administrativo competente para resolver el Recurso, **podrá suspender** la ejecución del acto recurrido, de oficio o **a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante...**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece:

“...Artículo 22.- (Efectos). Las Resoluciones Administrativas surtirán efectos a partir de su notificación (...)

Artículo 23.- (Efecto Devolutivo). La interposición de cualquier recurso de impugnación, no suspende la ejecución y efectos de la resolución, salvo lo dispuesto por el Artículo 40 del presente Reglamento (...)

Artículo 40.- (Efecto Devolutivo).

I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. **No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa.** Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.

II. **La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros (...)**

Artículo 62.- (Legalidad).

I. El proceso sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos.

II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas

aplicables...” (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

3. ANÁLISIS DEL CASO.-

Conforme a la determinación del artículo 40° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dos son las alternativas posibles para que se produzca la suspensión transitoria, total o parcial, cuya ocurrencia puede ser indistinta (el uso de la conjunción disyuntiva “o” da cuenta de ello):

- a) “...siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o,
- b) que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros”.

Se impone, entonces, el análisis de ambas alternativas en relación al caso concreto, para determinar si alguna de ellas o ambas pudiera determinar la procedencia de la solicitud expresada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

3.1. Posibilidad de irrogar a la recurrente daños graves.-

Toda vez que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 214-2012 ha señalado que: “la AFP no argumenta ni presenta elementos del perjuicio que le ocasiona tal determinación, limitándose a esgrimir aspectos sin respaldo alguno”, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en su Recurso Jerárquico, bajo el subtítulo “**DEL DAÑO QUE SE OCASIONARÍA A NUESTRA AFP**”, tiene las expresiones siguientes:

“...Llama la atención lo expresado ya que su Autoridad, fue la que en el ámbito administrativo, sin tener competencia para ello, interpreta el contenido, alcance y obligatoriedad de las sentencias constitucionales, disponiendo en consecuencia que sea nuestra Administradora la que deba pagar con sus recursos propios las citadas pensiones; aspecto, que sin mayor argumentación, **demuestra el daño económico que se irroga a nuestra Administradora, por cuanto el objeto social de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo a lo establecido por el artículo 30 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, no abarca la beneficencia; y nuestro contrato de prestación de servicios tampoco nos obliga a asumir cargas y responsabilidades social (sic) de terceros, como es el caso de empleadores morosos (...)**

...siendo su Autoridad quien de manera contraria a los fundamentos y resolución de las sentencias Constitucionales -que de ninguna manera han

determinado que el pago deba hacerse con recursos propios de la AFP- **al determinar el pago con nuestros recursos, quien nos causan (sic) daño económico mermando nuestros ingresos (...) generando daño moral, ya que dejaría abierta la posibilidad de que todos los empleadores que incumplieron sus obligaciones con la Seguridad Social de Largo Plazo queden indemnes, soslayando sus cargas y obligaciones por incumplimiento de pago; creando así un funesto precedente también contra el Sistema Integral de Pensiones y las futuras obligaciones de Gestora Pública de la Seguridad Social"** (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En la argumentación presentada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, refiere a "la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves" que exige la norma, se encuentra -automáticamente- demostrada en el pago con recursos propios, porque de resultar favorable su impugnación contra la Resolución Administrativa sancionatoria APS/DJ/DPC/N° 422-2011 (al presente en suspenso), habría sucedido un menoscabo en su capacidad patrimonial sobre el que "no existiría mecanismo alguno que permita la devolución a nuestra AFP" (memorial de fecha 19 de diciembre de 2011).

No obstante, los daños que en lo términos de la norma pudieran suceder, no cuentan con una connotación general, sino más bien específica, es decir deben ser **graves**, es decir "grande, importante" (Cabanellas), extremo este último que exige su comprobación, por cuanto lo contrario importaría por razonamiento inverso, la inexistencia del daño al que se refiere el artículo 40°, parágrafo II, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, dado que de resultar en un daño intrascendente lo mismo no requeriría de mayor prueba.

En el caso que se analiza, de resultar en un pago injusto aquel que se realice de las pensiones por invalidez con fondos propios, por efecto natural se constituiría en un daño, al entenderse como "el deterioro, perjuicio o menoscabo" (ídem) sea patrimonial o moral, no es a esta posición tan amplia y general a la que se refiere el precitado artículo 40°, Par. II, sino a la particularmente **grave**, circunstancia que exige su demostración: la recurrente debió haber demostrado que el eventual daño que le pudiera causar un fallo injusto, debe ser grave, dando razón a aquello señalado en la resolución recurrida, de que "la AFP no argumenta ni presenta elementos del perjuicio que le ocasiona tal determinación, limitándose a esgrimir aspectos sin respaldo alguno".

No obstante, y también fundamental dentro del presente proceso, es que ese daño que se ocasionaría por efecto del cumplimiento de la devolución del monto obtenido, además de ser demostrado, también debe ser desestimado por la Autoridad recurrida, misma que se limita a señalar:

"...llama la atención la conducta del regulado, quien señala en su impugnación que el cumplimiento de la obligación le ocasionaría grandes perjuicios económicos y dejaría abierta la posibilidad de que los empleadores soslayan sus cargas en cuanto al cumplimiento a las obligaciones de la

Seguridad Social de Largo Plazo; al respecto, el regulado no considera que con su actuar ha causado daño patrimonial al fondo de siniestralidad el cual debe ser reparado por ser recursos que no son de la AFP y, por otro lado es obligación del regulado que el empleador pague las Contribuciones, para lo cual el regulado tiene los mecanismos legales para su accionar y lograr el cobro oportuno y eficiente. En ese entendido, los argumentos de Futuro de Bolivia S.A. AFP no tienen asidero fáctico ni legal alguno...”

Conforme se aprecia, los argumentos no rebaten la posición presentada por la AFP, en el entendido de que el Recurso de Revocatoria que da lugar a la Resolución Administrativa (APS/DJ/DPC/N° 214-2012) tiene por objeto concreto la “suspensión del cumplimiento de la obligación dispuesta”; es así que lo referido por la entidad recurrida adolece de argumentos sustanciales sobre la improcedencia de tal suspensión, en cuanto al daño grave que se estaría o no ocasionando a la recurrente, toda vez que se limita a las consideraciones generales señaladas, es decir, a aquellas que tienen que ver con el “daño ya producido”, sin tomar en cuenta que el fallo final aún no ha sido ejecutado, empero no señala en concreto el cómo la reposición dispuesta con “más su rentabilidad correspondiente” (Art. primero, Par. II, Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011) no le genera daños a la recurrente, fundamentos que permitan respaldar su determinación dada respecto a que efectivamente es inviable la suspensión solicitada.

Por otra parte, es pertinente tener presente que dos de las tres Acciones de Amparo Constitucional involucradas en la controversia, aún no han merecido el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional al que se refiere el artículo 64° de la Ley N° 027 de 6 de julio de 2010, extremo que a su vez ameritará sea valorado dentro de la solicitud de suspensión de la ordenada reposición de recursos a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI).

3.2. Imposibilidad de que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros.-

La Administradora de Fondos de Pensiones, hoy recurrente en su recurso jerárquico expresa:

*“...siendo su Autoridad quien de manera contraria a los fundamentos y resolución de las Sentencias Constitucionales -que de ninguna manera han determinado que el pago deba hacerse con recursos propios de la AFP- (...) **dejaría abierta la posibilidad de que todos los empleadores que incumplieron sus obligaciones con la Seguridad Social de Largo Plazo queden indemnes, soslayando sus cargas y obligaciones por incumplimiento de pago; creando así un funesto precedente también contra el Sistema Integral de Pensiones y las futuras obligaciones de Gestora Pública de la Seguridad Social**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

La recurrente parece sugerir la posibilidad de “una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros” conforme lo señalado en el artículo 40° del

Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera; no obstante, la recurrente no es clara con respecto a si también se pronuncia con respecto a la segunda alternativa de tal artículo, en el sentido de que la suspensión solicitada no vaya a derivar "en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros".

Quien sí se ha pronunciado es el Ente Regulador, por cuanto, en la resolución recurrida ha dicho:

"...Que finalmente se debe tener presente que, la suspensión de la obligación impuesta al regulado derivaría en una grave perturbación del interés general y de los derechos de terceros, quienes se verían en lo particular afectados directamente en los pagos ordenados por mandato del Tribunal de Amparo. Por otro lado, se suspendería la reposición de los recursos utilizados indebidamente por la AFP correspondientes a la Cuenta de Siniestralidad, los cuales generan además una rentabilidad diaria a favor del FCI..."

En lo que en concreto se refiere a la obligación de "continuar pagando la prestación otorgada a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, conforme a las órdenes judiciales, con recursos propios" (artículo primero, parágrafo IV, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011), suspender su pago al presente como lo pretende la recurrente, ocasionaría un perjuicio y una desprotección que determinaría negar a los Asegurados el derecho que legítimamente han reclamado y que les ha sido otorgado, pues es importante señalar que no puede bajo ningún argumento, técnico o legal, suspenderse el pago cual se tiene pedido por la recurrente.

Asimismo, ni la Administradora de Fondos de Pensiones, ni la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, pueden evitar su pago, toda vez que ello importaría ir en contra de lo determinado por los Tribunales de Garantías Constitucionales.

En definitiva, siendo aplicable la conclusión del numeral 3.1 supra al acápite presente, corresponde reproducir la misma, no sin antes dejar constancia que, si el criterio especial de gravedad, en oposición al criterio general de lo normal, resulta -como se ha dicho- en una particularidad que como tal exige probanza, entonces así como debió la recurrente demostrar esa característica en cuanto a la posibilidad de que se le irroguen daños graves, no puede el ente regulador presumir *iuris et de iure*, que la eventual suspensión vaya a derivar en una **grave** perturbación del interés general, sin haber antes para ello cumplido con el deber que el asigna el artículo 4°, inciso d), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo:

"...La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil..."

Sobre este extremo, sin embargo, no ha existido impugnación en concreto por lo que queda como una exhortación a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, a efectos del cumplimiento permanente de la norma señalada...”

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 761-2012 DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 761-2012 de 26 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, además de “Confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 028-2012 de 19 de febrero de 2012” (Art. único, Par. I), **“Se ratifica el rechazo de la solicitud de suspensión del cumplimiento de las obligaciones establecidas por Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, previsto por Auto de 21 de diciembre de 2011, quedando pendiente su cumplimiento”** (ídem, Par. II; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal determinación se fundamenta en lo siguiente:

“...CONSIDERANDO:

Que en función a los fundamentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente (...)

Que con carácter previo es necesario dejar en claro que, esta Autoridad por determinación expresa de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, como Organismo de Fiscalización en materia de pensiones, tiene como atribuciones fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de acuerdo a la Ley de Pensiones y los reglamentos correspondientes, cuando advierta incumplimiento a la norma.

*Que para una comprensión mejor del caso y sus implicancias es pertinente saber que dice la Ley Nº065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones en el artículo 6 “Cada uno de los Fondos del Sistema Integral de Pensiones se constituye como un patrimonio autónomo y diverso del patrimonio de la Entidad que los administra, son indivisos, imprescriptibles e inafectables por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie y **solo** pueden disponerse de conformidad a la presente Ley...” (Las negrillas son nuestras). A su vez el artículo 186 determina que “Los recursos de los Fondos administrados por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo no podrán ser afectados para el pago de Prestaciones o Pensiones en las que el Asegurado no cumpla con los requisitos de cobertura y/o por el incumplimiento del pago de Contribuciones de los Asegurados Independientes o Empleador. Esta inafectabilidad no incluye las prestaciones o pagos a los que pueda acceder el Asegurado con las contribuciones efectivamente aportadas, previo cumplimiento de requisitos.”.*

Que en el presente caso, se tiene establecido que Futuro de Bolivia S.A. AFP, ha utilizado los recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual, para pagar pensiones de los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, que no tienen

cobertura debido a la mora del empleador, cuando la normativa determina claramente que dicha Cuenta sólo financia las prestaciones por Riesgo Común de Asegurados que cumplen los requisitos de cobertura previstos en el artículo 8 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones; por lo que la AFP ha sido objeto de sanción por la conducta, y de la imposición de obligaciones para la reposición del daño y continuidad al pago de pensiones a los señalados Asegurados.

Que es cierto que los Asegurados señalados en el párrafo anterior cuentan con Resoluciones de Amparo Constitucional que disponen que la AFP pague las pensiones de invalidez, determinaciones del órgano constitucional que son de cumplimiento obligatorio e inmediato, implicando de esta manera una obligación para el regulado, quien al presente administra y otorga las prestaciones. Sin embargo, también es quien tiene la obligación de recuperar diligentemente las cotizaciones en mora y Recargos, con las cuales debe pagar las pensiones a los Asegurados.

Que entrando ya en materia se tiene que, en lo referente a la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves, aquello no es evidente si se considera que los ingresos percibidos por la Administradora por la prestación de los servicios de administración y otorgación de pensiones y pagos durante los últimos años, según el Estado de Ganancias y Pérdidas y los Estados Financieros, alcanzan a Bs76.111.711 (SETENTA Y SEIS MILLONES, CIENTO ONCE MIL, SETECIENTOS ONCE BOLIVIANOS) y Bs88.910.500 (OCHENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS DIEZ MIL, QUINIENTOS BOLIVIANOS) para las gestiones 2010 y 2011 respectivamente, y que el resultado neto de sus operaciones después de IUE para dichas gestiones asciende a Bs13.697.361,00 (TRECE MILLONES, SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL, TRESCIENTOS SESENTA Y UN BOLIVIANOS) y Bs28.194.308 (VEINTE OCHO MILLONES, CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL, TRESCIENTOS OCHO BOLIVIANOS).

Que es cierto que al existir determinaciones del Tribunal de Amparo y del mismo Tribunal Constitucional, éstas son de cumplimiento obligatorio e inmediato por la AFP; por lo que esta Autoridad como Ente Regulador de la Seguridad Social de Largo Plazo debe velar porque los recursos de los Fondos que administran las AFP sean utilizados conforme se establece en la Ley y demás normativa conexas.

Que por lo tanto, pese a que la AFP no expresó en ningún actuado del proceso, como es que las obligaciones impuestas por la R.A.422-2011 irrogarían un daño grave, esta Autoridad ha visto por su parte y a la luz de la verdad material que, la reposición de los recursos a la Cuenta de Siniestralidad, la rentabilidad y la continuidad de los pagos a los Asegurados, no pone en riesgo económico ni financiero al regulado.

Que asimismo esta Autoridad tiene conocimiento de que la AFP con nota FUT.APS.AL.0341/2012 de 16 de febrero de 2012 remitió copia de la Boletas de Pago que evidencian continuidad del pago a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandía Nogales, correspondientes a las pensiones por los meses de noviembre y diciembre /2011 y enero/2012.

Que por lo antes expuesto, esta Autoridad como guardián del cumplimiento de la

norma de pensiones, al constatar daño objetivo a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, ha dispuesto dentro del marco legal la obligación establecida en la R.A.422-2011, misma que se ratifica para su íntegro cumplimiento por la AFP, pues de lo que se trata es que existe perjuicio al fondo señalado y al sistema mismo, el cual según norma tiene como respaldo para el pago de las prestaciones los fondos asignados, los cuales deben disponerse conforme a Ley.

Que por otro lado, llama la atención la conducta del regulado, quien señala en su impugnación que el cumplimiento de la obligación le ocasionaría grandes perjuicios económicos y dejaría abierta la posibilidad de que los Empleadores soslayen sus cargas en cuanto al pago de las obligaciones a la Seguridad Social de Largo Plazo; al respecto, el regulado no considera que con su actuar ha causado daño patrimonial al fondo de siniestralidad el cual debe ser reparado por ser recursos que no son de la AFP y, por otro lado es obligación del regulado que el empleador pague las Contribuciones así como los Recargos, para lo cual el regulado tiene los mecanismos legales para su accionar y lograr el cobro oportuno y eficiente. En ese entendido, los argumentos de Futuro de Bolivia S.A. AFP no tienen asidero fáctico ni legal alguno.

Que se debe tener presente que, la suspensión de la obligación impuesta al regulado derivaría en una grave perturbación del interés general y de los derechos de terceros, quienes se verían en lo particular afectados directamente en los pagos ordenados por mandato del Tribunal de Amparo. Por otro lado, se suspendería la reposición de los recursos utilizados indebidamente por la AFP correspondientes a la Cuenta de Siniestralidad, los cuales generan además una rentabilidad diaria a favor del FCI.

Que finalmente, el regulado podrá considerar que el proceso administrativo aún no ha concluido, por lo que le queda la instancia jerárquica para requerir la suspensión de las obligaciones; sin embargo, para esta Autoridad queda claro que la solicitud de suspensión no procede por las razones arriba expuestas.

CONSIDERANDO:

Que con relación a la falta de pronunciamiento en revisión por el Tribunal Constitucional Plurinacional para dos de las tres Acciones de Amparo Constitucional corresponde señalar que, la Sentencia Constitucional 1794/2003-R de 05 de diciembre de 2003, en su parte pertinente establece lo siguiente:

“Este Tribunal en SC 1573/2002-R ha establecido: “(...) cuando se declara la procedencia de un amparo constitucional, el cumplimiento de los efectos de esa decisión debe ser inmediato, pues con esa declaratoria, el tribunal respectivo ordenará a la autoridad o persona particular recurrida (a quien se ha encontrado responsable del acto ilegal o de la omisión indebida) haga, deje de hacer, se pronuncie o entregue algo (...) cuando una Sentencia Constitucional revoca la procedencia decretada por un Tribunal de amparo, los efectos de la resolución, en el fondo, se traducen en que la autoridad o persona recurrida prosiga con la actuación que tenía con anterioridad al planteamiento del recurso” (negritas marcadas); ese entendimiento ha sido

complementado con lo dispuesto por SC 381/2002-R, según la que: "(...) la resolución que conceda el amparo tiene su efecto inmediato y lo que ésta determine no puede ser impugnado por ningún recurso" (las negrillas son nuestras).

En un razonamiento contrario, este Tribunal en la línea jurisprudencial establecida en SC 863/2000-R (al igual que en SSCC 795/2003-R, 545/2002-R, 13/2001-R, entre otras) expresó que: "(...) la declaratoria de improcedencia del recurso de amparo tiene efectos suspensivos hasta la ulterior decisión del Tribunal Constitucional;" (las negrillas son nuestras); entendimiento que también ha sido ampliado y desarrollado en la referida SC 1573/2002-R cuando se manifestó: "(...) cuando el amparo es declarado improcedente, la persona recurrida deberá aguardar el fallo que emita el Tribunal Constitucional en revisión, para proseguir con las funciones, labores o con la conducta que tenía antes de la interposición del recurso –si se aprueba la improcedencia– o cumplir lo que esa instancia determine, si se revoca el fallo declara procedente el recurso."

Que en virtud a lo anterior se concluye que, los tres (3) casos fueron declarados procedentes por el Tribunal de Amparo y, que el hecho de que aún no se haya emitido la Sentencia Constitucional en grado de revisión por el Tribunal Constitucional Plurinacional, no resulta ser un óbice para que sus determinaciones no se deban acatar de forma inmediata y obligatoria, por lo que no exime del cumplimiento por la AFP de las determinaciones asumidas por la justicia constitucional; por tanto, la AFP se encuentra en la obligación de continuar con el pago de las pensiones.

Que asimismo, es evidente que en ninguno de los tres casos en cuestión, el Tribunal de Amparo ha establecido expresamente que se paguen las prestaciones con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, ahora utilizada por la AFP, más aún considerando que dicha Cuenta sólo puede ser utilizada conforme a norma, para aquellos casos en los que los beneficiarios cumplan requisitos únicamente.

Que en ese comprendido, esta Autoridad no interpretó lo determinado por los Tribunales de Amparo, pues sencillamente los mismos no expresaban que se pague con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad; en el marco de la normativa vigente, la AFP no debía hacer uso de estos recursos, y al haberlo hecho, esta Autoridad dentro de sus competencias y obligaciones establecidas en la Ley de Pensiones, ha procedido a instruir la devolución de los recursos utilizados indebidamente.

Que el criterio asumido por esta Autoridad en cuanto al pago por el regulado de las pensiones con sus recursos, es además coincidente con el lineamiento establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/SIREFI 006/2009 de 19 de octubre de 2009 emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el cual se sigue en sometimiento al artículo 69 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por

Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión de que el recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar la R.A.028-2012. En consecuencia, debe confirmarse la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida..."

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 17 de octubre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 761-2012 de 26 de septiembre de 2012, expresando lo siguiente:

"...I. DE LA IRROGACIÓN DE UN DAÑO GRAVE A NUESTRA AFP:

Conforme a lo expresado en parte del numeral 3.1 de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012 de fecha 04 de septiembre de 2012 "...los daños que en los términos de la norma pudieran suceder, no cuentan con una connotación general, sino más bien específica, es decir deben ser **graves**, es decir "grande, importante" (Cabanellas), extremo este último que exige su comprobación, por cuanto lo contrario importaría un razonamiento inverso, la inexistencia del daño al que se refiere el artículo 40°, parágrafo II, del reglamento a la Ley de Procedimiento para el Sistema de Regulación Financiera, dado que de resultar en un daño intrascendente lo mismo no requeriría de mayor prueba".

Por su parte en los considerandos de la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/761-2012 de 26 de septiembre de 2012, luego de efectuar una exposición del estado de Ganancias y Pérdidas de nuestros Estados Financiero, su Autoridad ha señalado que "...la AFP no expreso (sic) en ningún actuado del proceso, como es que las obligaciones impuestas por la R.A. 422-2011 irrogarían un daño grave, esta Autoridad ha visto por su parte y **a la luz de la verdad material** que, la reposición de los recursos a la Cuenta de Siniestralidad, la rentabilidad y la continuidad de los pagos a los Asegurados, no pone en riesgo económico ni financiero al regulado" (las negrillas son nuestras). Sobre dicho particular debemos expresar, que su Autoridad vulnerando más bien el principio de búsqueda de la verdad material consagrado en el artículo 180, parágrafo I de nuestra Constitución Política del Estado; y el artículo 4, inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, ha olvidado que los motivos de anulación del procedimiento administrativo han encontrado sustento en la falta de fundamentación por parte de nuestra AFP, como también por parte de la APS, por lo que como Director del Procedimiento sancionador y velando por un debido procedimiento administrativo evitando nuevas nulidades, su Autoridad debió abrir término de prueba solicitando a nuestra AFP que demuestre el daño grave que se le ocasionaría con la R.A. 422-2011; aspecto que de la compulsas del caso de Autos se puede evidenciar, no sucedió;

colocando a nuestra AFP en estado de indefensión, ya que solamente su Autoridad fue la que pudo abundar en fundamentos que motivaron su determinación.

Conforme a lo expresado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPS/URJ-SIREFI 048/2012 de fecha 04 de septiembre de 2012, el daño debe ser grave, es decir "grande, importante". Por lo se (sic) debe hacer mención que de acuerdo a nota CITE:APS/DJ/DPC/3539/2011 de fecha 23 de septiembre de 2011 "Notificación con cargos en relación al incumplimiento a la normativa relativa a la utilización de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad" que dio origen a la R.A. 422-2011 ya su Autoridad había establecido que por el pago de pensiones hasta febrero de 2011 a favor de los Sres. Sonia Valverde, Jhonny Ibáñez y Gregorio Arandía, se habían utilizado Bs. 251.017,75 (DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DIECISIETE 75/100 BOLIVAINOS) monto que no considera la rentabilidad respectiva.

Según cálculo efectuado por nuestra AFP a noviembre de 2011, el total de cuotas que tendría que pagar nuestra AFP por los tres (3) casos, sería de 845,79092131 cuotas de capital, que aun (sic) valor cuota de fecha 11 de octubre de 2012 de Bs. 524524.45812286 haría un total de Bs. 275.056,32 (DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CINCUENTA Y SEIS 32/100 BOLIVIANOS).

Como su Autoridad fácilmente podrá colegir, la suma a la que se hace referencia; y los pagos futuros, se acomodan a lo expresado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPS/URJ-SIREFI 048/2012 de fecha 04 de septiembre de 2012, dado que por la suma, resulta evidente el daño grave, "grande, importante".

II. DE LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DE LAS PENSIONES:

Cabe señalar (sic) que la disposición que determinó que nuestra AFP pague las pensiones de invalidez con recursos propios, es decir la R.A. 422-2011, no emana de la Autoridad Jurisdiccional, ya que fue el Tribunal de Amparo que en apego a la protección de derechos y garantías constitucionales ordenó el pago de las pensiones con las cuentas que correspondan; siendo su Autoridad quien de manera contraria a los fundamentos y resolución de las sentencias Constitucionales -que de ninguna manera han determinado que el pago deba hacerse con recursos propios de la AFP- al determinar que sea nuestra AFP la que deba efectuar el pago con nuestros recursos, nos causa daño económico, causando menoscabo a nuestro patrimonio; y creando además un funesto precedente también contra el Sistema Integral de Pensiones y las futuras obligaciones de (sic) Gestora Pública de la Seguridad Social, ya que las Sentencias Constitucionales no solo son obligatorias, sino que también de efecto vinculante.

Sobre este último particular, es importante señalar que la sentencia constitucional 278/2011-R que APRUEBA la resolución de 19 de agosto de 2009 y CONCEDE LA TUTELA SOLICITADA, **enfatisa** en el numeral **1.2.3 Resolución** "...que de acuerdo al contrato de prestación de servicios suscrito entre la "Aseguradora PREVISIÓN S.A." y el estado (sic) Boliviano, las AFP's quedan obligas (sic) al pago de las prestaciones con recursos provenientes del fondo de capitalización individual, de las cuentas colectivas de

siniestralidad, de riesgos profesionales y de mensualidades vitalicias, debiendo la parte demandada, recurrir a la que correspondiere para dar cumplimiento a lo ordenado”.

Siendo que la Sentencia Constitucional y su cita corresponden a un caso exactamente similar a los que nos ocupan en el caso de Autos; y al ser ésta vinculante, no hace más que confirmar que nuestra AFP utilizó correctamente los fondos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad. Dicha sentencia, no es la única que versa sobre la materia, por lo que protestamos presentar otras que forman la línea jurisprudencial aplicable por el Tribunal Constitucional Plurinacional, una vez admitido el presente recurso.

III PETITORIO:

Tomando en cuenta los argumentos arriba vertidos; y, al haberse conculcados nuestros derechos y legítimos intereses, al amparo de los establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículo 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar totalmente los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 761-2012 de fecha 26 de septiembre de 2012; que en recurso de revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de fecha 19 de enero de 2012, concediendo nuestra solicitud de suspensión de cumplimiento de obligación...”

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Conforme señala el Ente Regulador en su informe APS/DPC/053 2011 de 20 de junio de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, a tiempo de presentar el detalle de casos derivados en Recargo, que le fuera solicitado en las notas AP/DPC/500/2011 y AP/DPC/504/2011, ha reportado **tres casos** de Asegurados **sin cobertura por mora del empleador**, conforme al inciso b), artículo 33º, Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, habiéndose generado el Recargo determinado por Ley, empero con Pensión de Invalidez en curso de pago, en función a varias determinaciones, de las salas de la entonces Corte Superior de Justicia de Cochabamba (actual Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba).

Los tres casos son los siguientes:

I. Asegurada Sonia Valverde Mercado:

Conforme a los datos que salen del expediente, se tiene que **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** no realizó el pago de la Pensión de Invalidez a favor de la Asegurada, al no cumplir con los requisitos de cobertura establecidos en el artículo 8° de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, para el Seguro de Riesgo Común, por mora del Empleador, determinando tal negativa, el que la Asegurada interpusiera Acción de Amparo Constitucional en fecha 3 de mayo de 2012 por ante la Sala Civil Segunda de la entonces Corte Superior de Justicia de Cochabamba (actual Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba), la que emite la Resolución N° 25 de 18 de septiembre de 2010 por el cual, *"ordena a la AFP Futuro de Bolivia S.A. proceda de manera inmediata al pago de la Pensión por invalidez que le corresponde"* (fallo después aprobado por el Tribunal Constitucional Plurinacional en su Sentencia 685/2012 de 2 de agosto de 2012).

II. Asegurado Johnny Ibáñez Barriga:

De los antecedentes que se cuenta en el expediente de autos, ante la falta de pago de la Pensión de Invalidez por parte de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, por no cumplir con los requisitos de cobertura en el Seguro de Riesgo Común debido a la mora del empleador, el Asegurado interpuso Acción de Amparo Constitucional en fecha 11 de febrero de 2010 por ante la Sala Penal Segunda de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba (actual Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba), la que emite la Resolución N° 008/2010 de 26 de marzo de 2010, pronunciamiento que determina *"que AFP Futuro de Bolivia, proceda al pago de la pensión de invalidez y sea en lo inmediato posible"* (fallo después aprobado por el Tribunal Constitucional Plurinacional en su sentencia 0487/2012 de 6 de julio de 2012).

III. Asegurado Gregorio Arandia Nogales:

De la información que cursa en el expediente de autos, ante la falta de pago de la Pensión de Invalidez por parte de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, por no tener cobertura en el Seguro de Riesgo Común debido a la mora del empleador, el Asegurado interpuso Acción de Amparo Constitucional en fecha 5 de agosto de 2010 por ante la Sala Civil Primera de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba (actual Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba), la que pronuncia la Resolución N° 6 de 10 de septiembre de 2010, por la que *"ordena a la AFP Futuro de Bolivia S.A. califique como invalido a Gregorio Arandia Nogales, fije y le pague la pensión de invalidez y sea en el plazo de 30 días"* (fallo después aprobado por el Tribunal Constitucional Plurinacional en su sentencia 1154/2012 de 6 de septiembre de 2012), y que se fundamenta en: a) las disposiciones legales que ordenan el pago de las prestaciones de largo plazo y permiten el cobro ejecutivo a los empleadores morosos, b) el derecho a la pensión

por invalidez, c) la relación especial entre el fondo de pensiones y el trabajador aportante, y d) la aplicación oportuna de la Seguridad Social.

Dados los caracteres de inexcusabilidad y obligatoriedad en su cumplimiento, que caracteriza a las Sentencias Constitucionales (Art. 8º, Ley Nº 027 de 6 de julio de 2010, del Tribunal Constitucional Plurinacional), **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** se ha visto compelida a efectivizar el pago de las Pensiones de Invalidez a los tres Asegurados, utilizando recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad (ahora Fondo Colectivo de Riesgos) en un monto -hasta el mes de febrero de la gestión 2011- de Bs 251.017,75 (DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DIECISIETE 75/100 BOLIVIANOS) entre los tres casos; no obstante que, conforme lo señala la resolución recurrida: "...el pago de las pensiones para los tres casos (3), con recursos de la Cuenta de Siniestralidad vulnera la limitación legal del propio artículo 22 de la Ley Nº 1732 de Pensiones, ya que el uso de los recursos de esta Cuenta corresponde sólo para aquellos casos que cumplan los requisitos del artículo 8 de la señalada Ley..." y el numeral 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito por la Administradora de Fondos de Pensiones, compromete a la misma a pagar y cumplir con las prestaciones y beneficios "según corresponde de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias".

Tales extremos han determinado que, sustanciada la nota de cargos de la forma señalada por los artículos 67º y 68º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se pronuncie la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, por la que, además de imponer la sanción de multa, determina las obligaciones siguientes:

"...**PRIMERO.- I.** (...)

II.- Se dispone que Futuro de Bolivia S.A. AFP en sujeción al artículo 289 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución, **reponga con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), los recursos utilizados para el pago a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibañez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, más su rentabilidad correspondiente (...)**

IV. Sin perjuicio de la reposición a realizar, la AFP **deberá continuar pagando la prestación otorgada a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibañez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, conforme a las ordenes judiciales, con recursos propios...**" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Contra tal Resolución Administrativa (APS/DJ/DPC/Nº 422-2011), **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** ha interpuesto el Recurso de Revocatoria de fecha 4 de enero de 2012, resuelto en fecha 27 de septiembre de 2012 mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 773/2012; a su turno, impugnada esta última en la vía jerárquica, ha merecido pronunciamiento, a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2013 de 01 de marzo de 2013.

Por otra parte, la misma recurrente ha interpuesto Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 761-2012 de 26 de septiembre de 2012 y que tiene que ver, exclusivamente, con la solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones, de que "disponga la suspensión de la obligación de la

reposición con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI) de los montos utilizados para el pago de pensiones a los Asegurados; así como la obligación de continuar con el pago de las mismas utilizando recursos de nuestra AFP" (memorial presentado el 19 de diciembre de 2011).

De manera tal que, del mismo proceso sancionador han devenido dos Recursos de Revocatoria:

- a. Contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 sancionatoria, que al presente resuelto mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2013 de 01 de marzo de 2013.
- b. Contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de enero de 2012, Recurso que mereció la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 761-2012 de 26 de septiembre de 2012.

Consiguientemente, el objeto de la Resolución Ministerial Jerárquica presente, al que se refiere el inciso 'b' precedente, consiste -únicamente- en **la negativa de la entidad recurrida, a suspender las obligaciones establecidas por el artículo primero, parágrafos II y IV, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011**, habiéndose resuelto las cuestiones que hacen al acto administrativo principal de la causa (Inc. 'a' precedente), mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2013 de 01 de marzo de 2013, lo que en definitiva, tales extremos justifican también la determinación final que sale del presente fallo.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Posibilidad de irrogación de daños graves a la recurrente.-

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, en su Recurso Jerárquico, se remite a lo señalado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012 de fecha 4 de septiembre de 2012, en sentido que

*"...los daños que en los términos de la norma pudieran suceder, no cuentan con una connotación general, sino más bien específica, es decir deben ser **graves**, es decir "grande, importante" (Cabanellas), extremo este último que exige su comprobación, por cuanto lo contrario importaría un razonamiento inverso, la inexistencia del daño al que se refiere el artículo 40°, parágrafo II, del reglamento a la Ley de Procedimiento para el Sistema de Regulación Financiera, dado que de resultar en un daño intrascendente lo mismo no requeriría de mayor prueba..."*

Con base en ello, la recurrente señala los agravios que se pasan a desarrollar y evaluar a continuación:

2.1.1. Necesidad del periodo de prueba.-

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, señala:

“...su Autoridad -se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- debió abrir término de prueba solicitando a nuestra AFP que demuestre el daño grave que se le ocasionaría con la R.A. 422-2011; aspecto que de la compulsión del caso de Autos se puede evidenciar, no sucedió; colocando a nuestra AFP en estado de indefensión, ya que solamente su Autoridad fue la que pudo abundar en fundamentos que motivaron su determinación...”

Habiéndose remitido, conforme se tiene dicho, el Recurso Jerárquico a lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012 de 4 de septiembre de 2012, resulta pertinente rescatar de la misma el fundamento siguiente:

*“...si el criterio especial de gravedad, en oposición al criterio general de lo normal, resulta -como se ha dicho- en una particularidad que como tal exige probanza, entonces así como debió la recurrente demostrar esa característica en cuanto a la posibilidad de que se le irroguen daños graves, no puede el ente regulador presumir iuris et de iure, que la eventual suspensión vaya a derivar en una **grave** perturbación del interés general, sin haber antes para ello cumplido con el deber que el asigna el artículo 4º, inciso d), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo...”*

Tal precepto señala que “La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil...”.

Con respecto al término de prueba en la sustanciación del Recurso de Revocatoria, el artículo 50º, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003), establece que:

“...El Superintendente Sectorial podrá disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte, cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso...”

Entonces, si bien la norma precitada sujeta la producción de prueba a una decisión facultativa del Ente Regulador, tal presupuesto ha sido superado por el de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012 (también supra transcrita), habiendo quedado establecido que “no puede el ente regulador presumir iuris et de iure, que la eventual suspensión vaya a derivar en una grave perturbación del interés general, sin haber antes para ello cumplido con el deber que el asigna el artículo 4º, inciso d), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo”.

Por consiguiente, resulta ineludible cuanto evidente, que si se ha señalado el deber del Ente Regulador de investigar la verdad material que hace al caso, no podía el mismo en cuanto a ello, quedar en un estado estático y falto de actividad, sino que, en los términos del artículo 50° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, debió disponer la producción de prueba, siendo el mecanismo procesal idóneo para ello, el que señala el mismo artículo: “*el periodo de prueba*”.

De lo anterior, resulta evidente que el Ente Regulador no ha realizado ninguna actividad tendente a comprobar si efectivamente o no, los perjuicios que acusa la recurrida se le irrogan, resultan en graves, esto a los fines de fijar su posición con respecto a la solicitud de suspensión de las obligaciones; amén de ello, importa además haberse incumplido lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012 de 4 de septiembre de 2012.

No obstante ello, no debe pasarse por alto que, el ofrecimiento de la prueba es de incumbencia e interés principal de la parte interesada, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, máxime cuando consta que la misma conocía lo dispuesto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012, y toda vez que el artículo 50° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo establece que la producción de prueba puede disponerse no sólo oficiosamente, sino también “*a solicitud de parte*”.

Por lo que corresponde llamar la atención a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, por cuanto, el hecho de que en la normativa procesal administrativa, a diferencia de otras materias, no se encuentre previsto que las partes deban comportarse con la suficiente lealtad procesal, no quiere decir que las mismas estén exentas de su observancia, conclusión resultante al constatarse de los datos del expediente y de lo afirmado por la propia recurrente a tiempo de su Recurso Jerárquico que, pese a conocer ella de su necesidad de producir prueba, conforme se lo había señalado ésta misma Autoridad Jerárquica en la oportunidad anterior, no la solicitó en la tramitación del Recurso de Revocatoria, y más bien esperó la oportunidad de su Recurso Jerárquico presente, para dejar constancia del mismo, cual si se tratara de un agravio, comportamiento que no condice con la necesaria responsabilidad que a la Administradora de Fondos de Pensiones le es exigible, conforme a Ley.

2.2. El daño.-

En su memorial de interposición del Recurso Jerárquico, en su numeral I, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** alega que:

“...Según cálculo efectuado por nuestra AFP a noviembre de 2011, el total de cuotas que tendría que pagar nuestra AFP por los tres (3) casos, sería de 845,79092131 cuotas de capital, que aun (sic) valor cuota de fecha 11 de octubre de 2012 de Bs. 524524.45812286 haría un total de Bs. 275.056,32 (DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CINCUENTA Y SEIS 32/100 BOLIVIANOS).”

...la suma a la que se hace referencia; y los pagos futuros, se acomodan a lo expresado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPS/URJ-SIREFI 048/2012 de fecha 04 de septiembre de 2012, dado que por la suma, resulta evidente el daño grave, "grande, importante..."

Y en el numeral II del Recurso, amplía su fundamento en sentido que:

"...siendo su Autoridad quien de manera contraria a los fundamentos y resolución de las sentencias Constitucionales -que de ninguna manera han determinado que el pago deba hacerse con recursos propios de la AFP- al determinar que sea nuestra AFP la que deba efectuar el pago con nuestros recursos, nos causa daño económico, causando menoscabo a nuestro patrimonio; y creando además un funesto precedente también contra el Sistema Integral de Pensiones y las futuras obligaciones de (sic) Gestora Pública de la Seguridad Social, ya que las Sentencias Constitucionales no solo (sic) son obligatorias, sino que también de efecto vinculante..."

La recurrente concluye haciendo referencia, cual precedente, a una Sentencia Constitucional 278/2011-R, no obstante que de la revisión de los registros electrónicos del anterior Tribunal Constitucional y del actual Tribunal Constitucional Plurinacional -que constan en la página web www.tribunalconstitucional.gob.bo consultada en la fecha-, no es posible concluir en la existencia de tal Sentencia, con las características que señala la recurrente, por lo que en definitiva, no corresponde que tal argumento sea tenido en cuenta.

Ahora -y dejando nueva constancia de que en el Recurso Jerárquico, la recurrente se ha remitido al fallo de 4 de septiembre de 2012-, es pertinente considerar lo señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012:

*"...los daños que en los términos de la norma pudieran suceder, no cuentan con una connotación general, sino más bien específica, es decir deben ser **graves**, es decir "grande, importante" (Cabanellas), extremo este último que exige su comprobación, por cuanto lo contrario importaría por razonamiento inverso, la inexistencia del daño al que se refiere el artículo 40º, parágrafo II, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, dado que de resultar en un daño intrascendente lo mismo no requeriría de mayor prueba.*

*En el caso que se analiza, de resultar en un **pago injusto** aquel que se realice de las pensiones por invalidez con fondos propios, por efecto natural se constituiría en un daño, al entenderse como "**el deterioro, perjuicio o menoscabo**" (ídem) sea patrimonial o moral, no es a esta posición tan amplia y general a la que se refiere el precitado artículo 40º, Par. II, sino a la particularmente **grave**, circunstancia que exige su demostración: la recurrente debió haber demostrado que el eventual daño que le pudiera causar un fallo injusto, debe ser grave, dando razón a aquello señalado en la resolución recurrida, de que "la AFP no argumenta ni presenta elementos del perjuicio que le ocasiona tal determinación, limitándose a esgrimir aspectos sin respaldo*

alguno..." (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Lo anterior, en función a la posición actual de la recurrente, obliga al análisis siguiente:

Si bien el artículo 59°, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, exige la calidad de "grave" al perjuicio que pudiera ocasionar el cumplimiento de la obligación impuesta (y sobre el extremo se ha pronunciado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012), no es esa calidad la única a ser observada para la consideración de la suspensión como procedente; en derecho, no es la primera de las características que deben concurrir, sino que debe estar fundada primero, en la existencia de un "pago injusto... al entenderse como el deterioro, perjuicio o menoscabo", aclaración oportuna por cuanto, en su Recurso Jerárquico, la recurrente se limita a realizar un análisis contable (dice: "Según cálculo efectuado por nuestra AFP"), para concluir de su parte, sólo con ello, que:

"...la suma a la que se hace referencia; y los pagos futuros, se acomodan a lo expresado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPS/URJ-SIREFI 048/2012 de fecha 04 de septiembre de 2012, dado que por la suma, resulta evidente el daño grave, "grande, importante"..."

Lo anterior compele a ésta instancia jerárquica a verificar si, amén de existir un monto de dinero grande e importante, como lo señala la recurrente, existe demostrada de su parte la existencia de un "deterioro, perjuicio o menoscabo", por cuanto, sin aquella característica fundamental, el cumplimiento de cualquier obligación, legítima inclusive, denotaría un grave daño sólo por el hecho de que su expresión contable determinaría la existencia de un monto de dinero considerable, como mal lo pretende la recurrente.

Ante ello, se debe aclarar que en esencia, el daño surge como emergencia de "un hecho doloso o culposo" (Art. 984°, Cód. Civil), determinando ello que, al haberse reclamado la concurrencia de un daño grave, no es pues simplemente con un análisis contable, que se ha de evidenciar su existencia, sino que previamente se debe demostrar, en los términos de los artículos 59°, parágrafo II, de la Ley N° 2341, y 40°, parágrafo II, del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, razones de *interés público, perjuicio, daño grave* (en sí mismo), o que la eventual suspensión no habrá de derivar en una *grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros*.

Tal conclusión, en función del análisis contable expresado por la recurrente, determina que el mismo sea impertinente en la pretensión de reclamar el objeto de las resoluciones impugnadas.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a

tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 761-2012 de fecha 26 de septiembre de 2012 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y
PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 523/2012 DE 09 DE OCTUBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 012/2013 DE 07 DE MARZO DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 012/2013

La Paz, 07 de Marzo de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** contra la Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, anuló el proceso sancionatorio hasta la notificación de cargos ASFI/DSR/ II/R-83896 de 10 de julio de 2012, inclusive, ambos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 010/2013 de 31 de enero de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 025/2013 de 14 de febrero de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 24 de octubre de 2012, **Carlos Jacques de Grandchant Suárez**, en su calidad de Gerente General de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, anuló el proceso sancionatorio hasta la notificación de cargos ASFI/DSR/ II/R-83896 de 10 de julio de 2012.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-137032/2012, con fecha de recepción 26 de octubre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"** contra la Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, anuló el proceso sancionatorio hasta la notificación de cargos ASFI/DSR/ II/R-83896 de 10 de julio de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 30 de octubre de 2012, notificado el 6 de noviembre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, en fecha 12 de diciembre de 2012 se desarrolló la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme fuera solicitada por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"** en su memorial presentado en fecha 22 de noviembre de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR II/R-83896/2012 de 10 de julio de 2012, notificó a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, por la presunta infracción incurrida por la entidad de intermediación financiera no bancaria, conforme al siguiente texto:

"...se ha (sic) establecido diferencias entre la Planilla de Sueldos y Salarios y la información reportada en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, ejecutivos y demás funcionarios, relativa a 13 cargos de personal, por lo que en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 109 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y el Artículo 1, Sección 3, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas, se notifica cargos a la Mutual de Ahorro y Préstamo "La Primera" en su persona en calidad de Gerente General y en su condición de representante Legal de la entidad, con el siguiente cargo:

Supuesto incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, en el Título X, Capítulo VIII, Sección 2, Artículo 1, Numerales 2 y 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber reportado 13 cargos de funcionarios con diferencias entre la planilla de Sueldos y Salarios con el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, de acuerdo

al siguiente detalle:

Nombre del personal	Cargo según Planilla de Sueldos y Salarios del último mes, presentada por la Entidad mediante "Anexo B-1"	Cargo según Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios
1 Geisser Machicao Konrad	Jefe Administrativo a.i.	Jefe Dpto. operaciones
2 Salazar Villalta Carlos Tito	Auxiliar Administrativo	Encargado del SARC
3 Castro Yaselli Gino Martin	Responsable Proyectos	Programador
4 Villafuerte Castellón Juan	Auxiliar Contabilidad	Cajero
5 Camacho Goyzueta Ramiro	Oficial de Operaciones	Encargado de Agencia
6 Diaz Santa Cruz María	Oficial de Operaciones	Encargado de Agencia
7 Paravicini Hurtado Ronald	Jefe de Operaciones a.i.	Sub-Jefe Operaciones
8 Barrientos Llanos Ximena	Encargada de Agencia	Cajera
9 Toro Málaga Lenny Beatriz	Encargada de Agencia	Cajera
10 Troncoso Guzman J. Carlos	Oficial de Créditos	Auxiliar de contabilidad
11 Bernal Gutierrez Lourdes	Oficial de Operaciones	Encargado de Agencia
12 Cueto Espíndola Noel	Encargado de Agencia	Cajero
13 Sierra Murillo Marco Antonio	Aux. de Contabilidad	Cajero

Sus descargos o explicaciones pertinentes, debidamente documentados, deberán ser presentados en el plazo de siete (7) días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de recepción de la presente notificación.

Una vez fenecido el plazo otorgado, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitirá la Resolución correspondiente..."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

En fecha 31 de julio de 2012 y mediante nota G.G. 2694/2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"** presentó los descargos siguientes:

"...las diferencias en los cargos reportados se dieron por la dinámica de rotación de funcionarios por los roles de vacaciones y procesos de mitigación de riesgos operativos.

El retraso en la actualización, cometido por primera vez en la Institución, cuenta

actualmente con un proceso de control Administrativo instaurado que ya no permitirá que se produzcan este tipo de retrasos de actualización de Funcionarios en el Sistema de Registro.

Asimismo, corresponde resaltar que esta falta de actualización, no ha generado ningún riesgo administrativo, debido a que todos los funcionarios observados, hasta el momento de la rectificación correspondiente, desarrollaban labores dentro de la Institución...”

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/Nº 407/2012 DE 15 DE AGOSTO DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI/Nº 407/2012 de 15 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero expresa los fundamentos siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, el artículo 99 de la citada Ley Nº 1488, determina que: “Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias, serán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas (...)”.

Que, el artículo 69 de la Ley Nº 1488, determina que: “A los efectos de esta ley, son entidades de intermediación financiera no bancaria las cooperativas de ahorro y crédito abiertas, las mutuales de ahorro y préstamo y los fondos privados, las que se regirán de acuerdo al artículo 6º de la presente Ley. (...) En todas las materias que no estén expresamente previstas en este título, se aplicará en lo conducente, las disposiciones contenidas en esta Ley para las entidades de intermediación financiera bancaria y otras normas conexas”.

Que, el Título X, Capítulo VIII, Sección 5, artículo único dispone: “ Responsabilidad.- Es responsabilidad del Gerente General efectuar el control y seguimiento de la información registrada en el Sistema de Registro de ASFI, en cuanto a su seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad. El incumplimiento de esta responsabilidad, dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas”.

Que, el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, artículo 29 del Reglamento de Sanciones determina: “La inconsistencia o inexactitud en la información y reportes presentados a ASFI dará lugar a la imposición de multas personales a los directores y/o funcionarios responsables por un importe no menor a cinco ni mayor a diez veces el monto de las dietas que perciban y, en su caso, no menor a tres ni mayor a cinco veces la remuneración mensual del infractor, sin perjuicio de que, en caso de existir indicios de dolo, ASFI eleve obrados al Ministerio Público para su procesamiento judicial. Adicionalmente, el Directorio u órgano equivalente de la entidad será conminado a iniciar un proceso administrativo interno contra los funcionarios responsables”.

Que, en lo conducente corresponde aplicar el artículo 99 numeral 2 de la Ley Nº 1488

de Bancos y Entidades Financieras, al haberse notificado el cargo a la entidad como (persona jurídica) norma en la que se tiene establecida una multa hasta el 3% del Capital Mínimo.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis de los descargos remitidos por el Gerente General en representación de la entidad a través de carta G.G.2694/2012 recibida el 31 de julio de 2012 se puede establecer lo siguiente:

Con relación al Argumento 1.

Se indica que el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, fue actualizado inmediatamente identificado el error. Lo explicado por la Mutua, es un reconocimiento de la inobservancia que existía, la cual fue solucionada a partir de la identificación del error, aspecto que muestra no haberse evaluado el referido sistema desde el año 2006, oportunidad en que se dio la más antigua de las observaciones, justificando con la dinámica de rotación de funcionarios por vacaciones y procesos de mitigación de riesgos operativos, no obstante que, el Reglamento para el Registro de Directores Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, establece el plazo para efectuar el registro de la designación o nombramiento del personal.

Con relación al Argumento 2.

Con relación a este argumento, cabe considerar que este aspecto no formó parte de los cargos notificados, sin embargo confirma el incumplimiento incurrido reconociendo la entidad que además de la inconsistencia de la información remitida esta se reportó fuera del plazo establecido en la normativa vigente. Consiguientemente dicho descargo no constituye atenuante y menos eximente de responsabilidad.

Con relación al Argumento 3.

Se indica que la falta de actualización no ha generado ningún riesgo administrativo, debido a que todos los funcionarios observados, hasta el momento de la rectificación correspondiente, desarrollaban labores dentro de la institución. Al respecto, al justificar con lo indicado, no se toma en cuenta el alcance de la normativa relacionada a los sistemas de registro que lleva la ASFI, habiéndose de esta manera incumplido con preceptos como ser la seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad, de la información. Aspecto que es motivo de aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas.

CONSIDERANDO:

Que, para la gradación de la sanción a ser impuesta a la entidad, se ha considerado

la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Para lo cual, conforme lo dispone la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, se establecen los siguientes elementos concurrentes: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas e infracciones a la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Que, para los efectos de la gradación entre el hecho que genera el proceso sancionatorio y la sanción a ser impuesta se consideran los siguientes elementos:

Tipificación. El Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 2, Artículo 1, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras dispone que las entidades supervisadas deben mantener actualizado el Sistema de Registro, reportando toda designación o cambio de titulares y suplentes de los miembros del Directorio u órganos equivalentes, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios.

Asimismo, el incumplimiento de la obligación arriba descrita se encuentra establecida en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, artículo 29 del Reglamento de Sanciones cuando determina: "La inconsistencia o inexactitud en la información y reportes presentados a ASFI dará lugar a la imposición de multas personales a los directores y/o funcionarios responsables...". Sin embargo, como quiera que en el infringido ha sido notificado contra la entidad, corresponde aplicar el artículo 99 numeral 2 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, instruyendo repetir esta sanción contra el ejecutivo responsable.

Calificación. Bajo el análisis precedente, el Título X, Capítulo VIII, Sección 5, artículo único determina: "Es responsabilidad del Gerente General efectuar el control y seguimiento de la información registrada en el Sistema de Registro de ASFI, en cuanto a su seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad. El incumplimiento de esta responsabilidad, dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas".

Gradación. Al considerarse que la inobservancia que promueve el presente proceso sancionatorio bien pudo ser evitada de haber considerado las disposiciones legales vigentes, por cuanto se configura una acción por negligencia por parte del responsable del control y seguimiento de la información registrada en el Sistema de Registro de ASFI, aspecto que recae en la persona del máximo ejecutivo de la entidad.

Modulación. A los efectos de modular la sanción aplicable a la entidad corresponde considerar que la infracción identificada tiene origen en la falta de control y

seguimiento de la información registrada en el Sistema de Registro de ASFI, aspecto que ha comprometido la seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad de la información reportada, encontrándose en este accionar negligencia e imprudencia en el cumplimiento de la Ley. También se considera que la inobservancia detectada fue regularizada solo a partir de su identificación por este Órgano de Supervisión.

Que, no obstante lo anterior también concurren atenuantes como el hecho de que la presente infracción no tenga el carácter de recurrente y que asimismo no se hayan producido daños a terceros usuarios y clientes del sistema financiero.

Que, por los argumentos antes expuestos corresponde aplicar sanción pecuniaria mínima a la entidad infractora de acuerdo al criterio reglado establecido en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), sanción que por los argumentos expuestos en la presente Resolución, corresponde sea repetida contra el máximo ejecutivo de la entidad.

CONSIDERANDO:

Que, la Dirección de Supervisión de Riesgos II mediante Informe/DSR II/ R- 99351/2012 de 14 de agosto de 2012, habiendo analizado los antecedentes, descargos y demás explicaciones presentadas, por parte de la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “LA PRIMERA”**, ha recomendado la imposición de una sanción conforme se establece en el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras y el Reglamento de Sanciones de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras...”

Con base a tales considerandos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

“...PRIMERO.- Sancionar a la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “LA PRIMERA”**, con una multa pecuniaria equivalente al 1% de su Capital Mínimo, por incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 2, Artículo 1, Numerales 2 y 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber reportado al Sistema de Registros de ASFI a 13 funcionarios con cargos diferentes a los consignados en la planilla de Sueldos y Salarios, sanción que deberá repetirse contra el Gerente General de acuerdo a procedimiento interno.

SEGUNDO.- La multa impuesta deberá depositarse en la Cuenta Fiscal N° 1-4678352 a nombre de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – Multas, en el Banco Unión S.A., en moneda nacional, al tipo de cambio vigente en la fecha de pago, dentro los siguientes 15 días hábiles posteriores a la notificación con la presente Resolución, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir las papeletas de depósito correspondientes en el transcurso de dicho plazo.

TERCERO.- Disponer que la presente Resolución sea puesta en conocimiento de la Asamblea de Asociados de la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “LA PRIMERA”**, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), debiendo remitirse a este Órgano de Supervisión copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas, dentro de las 72 horas de efectuado el acto correspondiente...”

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 12 de septiembre de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 407/2012 de 15 de agosto de 2012, con los argumentos que se transcriben a continuación:

“...A) VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD.

1.- De acuerdo al principio de congruencia -como elemento componente del debido proceso- aplicable al procedimiento administrativo) sancionador, la validez y eficacia legal de la Resolución Final que se dicte ya imponiendo sanciones o desestimando estas, requiere como condición sine qua non que exista la necesaria e imprescindible correspondencia entre los cargos notificados que determinan la materia alrededor de la cual se inicia, se desenvuelve y concluye el procedimiento sancionador, con los hechos, los fundamentos y las sanciones objeto de la Resolución Final.

2. Tal como tenemos señalado, en el presente procedimiento administrativo sancionador, el cargo ha sido establecido contra Mutual La Primera como persona jurídica y, siendo así, las sanciones que eventualmente pudiesen aplicarse son precisamente aquellas que recaen sobre las entidades financieras en calidad de personas jurídicas, no pudiendo aplicarse a éstas sanciones personales, pues cada una de ellas tiene naturaleza, causa y objeto completamente distintos, lo que importa que la facultad discrecional de la Administración Pública, en el caso la ASFI, se encuentra, sujeta al orden normativo que regula las sanciones en función del sujeto obligado: personales e institucionales, sin que estén (sic) permitan ni admitan que las unas sean aplicadas a las otras, de tal manera que a las sanciones institucionales no son ni pueden ser aplicables las normas que regulan y establecen sanciones personales, lo contrario importaría desconocer los principios de legalidad y de tipicidad expresamente establecidos y aplicables en todo procedimiento sancionador, por expresa disposición de los arts. 71, 72 y 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

3. Consiguientemente al imponerse la sanción de multa pecuniaria en el punto primero de la Resolución impugnada, **se lo ha hecho desconociendo los principios de legalidad y tipicidad que determinan** que “Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas en norma expresa... Solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias” (arts. 72 y 73 de la Ley 2341).

En tal virtud y por lo expuesto en los puntos precedentes, solicitamos a Ud. se digne **REVOCAR LA RESOLUCION ASFI/ NO. 407/2012, dejando sin efecto la sanción impuesta a Mutual La Primera.**

B) INAPLICABILIDAD E INCORRECTA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN DE MULTA.

1. De conformidad a lo dispuesto por los arts. 99 inc 2) y 101 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la sanción de amonestación “recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia de Bancos” La reincidencia en la infracción será sancionada con Multa”. Las multas pecuniarias, conforme a lo establecido por los arts. 99 incs 2) y 5) y 102 de dicha Ley, pueden ser aplicadas a las entidades financieras como personas jurídicas o bien de manera personal a los Directores, Síndicos, Gerentes y empleados, de acuerdo a la gravedad de la falta, es decir que las sanciones de amonestación y de multa se determinan en función del sujeto sancionado, dando lugar a las sanciones personales y a las sanciones institucionales, conforme al art 64 del D.S. No. 27175.
2. En el contexto de las normas señaladas y que se encuentran desarrolladas en el Reglamento de Sanciones Administrativas aprobados por la ASFI, la aplicación de la sanción de amonestación que puede ser institucional o personal, se aplica cuando se presentan los siguientes presupuestos legales: que se trate de una primera infracción o no tenga carácter recurrente, que se trate de una falta, infracción u omisión leves (sic), que no causen perjuicio económico a la institución ni a sus clientes y que sean enmendadas o regularizadas.
3. Conforme se acredita por los antecedentes que cursan en el expediente y como bien se reconoce en la Resolución contra la que interponemos el presente recurso, la infracción a los numerales 2 y 3 del art, 1, sección 2, Capítulo VIII, Título X de la Recopilación de Normas para bancos (sic) y Entidades Financieras, no ha causado beneficio ni daño económico a Mutual La primera (sic) ni a terceros, la omisión operativa fue enmendada inmediatamente de conocida la observación efectuada por la ASFI, se trató de una primera infracción a dicha norma reglamentaria y no tiene carácter recurrente, hechos que determinan que se trata de una falta leve y, siendo así, si correspondiera la aplicación de una sanción administrativa, esta no puede ser otra que la sanción de amonestación.
4. La sanción de amonestación escrita a la entidad es aplicable cuando se trata de sanciones leves, como resulta ser la inobservancia de las formas de presentación de la información, establecidas en el art. 28 del Reglamento de Sanciones Administrativas.
5. La Resolución sancionadora contra la que interponemos el presente Recurso de Revocatoria, al imponer una multa pecuniaria, lo ha hecho en violación del art. 102 de la Ley de Banco y Entidades Financieras que determina que **“Las multas establecidas en los numerales 2 y 5 del art. 99, será (sic) aplicables a la institución**

financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualquier forma, pues demostrado está que la infracción o cargo que dio lugar al presente procedimiento sancionador, no ha generado ningún beneficio a Mutual La Primera, lo que demuestra una vez más el desconocimiento de los principios de legalidad y tipicidad.

Por lo expuesto precedentemente, también solicitamos **REVOCAR LA INDICADA RESOLUCIÓN, dejándose sin efecto la incorrecta e ilegal multa impuesta a Mutual La Primera.**

C) ILEGAL DETERMINACIÓN DE REPETICIÓN DE LA MULTA.-

1. No obstante de que los fundamentos que han sido expuestos a los efectos de la revocación de la Resolución ASFI/No. 407/2012, conllevan también la disposición e instrucción de "Repetirse la sanción contra el Gerente General", pedimos también de forma expresa la revocatoria de esa disposición, toda vez que al no haberse establecido cargos contra el gerente (sic) General, tampoco pueden aplicarse y peor transferirse, "ni aún a título de repetición", sanciones institucionales y mucho menos imponer a MUTUAL LA PRIMERA la obligación de "repetir", es decir, cobrar al Gerente General una multa, aunque ilegal, de naturaleza institucional y que ha sido establecida de manera contradictoria en la parte resolutive e impuesta contra una persona que no fue sujeto en el procedimiento sancionador, a quien no se le notificaron cargos de naturaleza alguna y, por tanto, "fue sancionado", **SIN HABER SIDO OIDO Y JUZGADO COMO PREVE LA LEY**, violándose las garantías constitucionales, el debido proceso y el derecho de defensa; aspecto que determinan (sic) que ni material ni jurídicamente pueda ejecutarse la referida repetición.

CONCLUSION.

En mérito a los fundamentos expresados, solicitamos a su autoridad se digne **DICTAR RESOLUCIÓN REVOCATORIA, dejándose sin efecto la sanción impuesta en la Resolución ASFI/No. 407/2012 de IS de agosto de 2012, así como la repetición de la multa, por no encontrarse fundada en ninguna disposición legal...**"

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 523/2012 DE 9 DE OCTUBRE DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó:

"...ÚNICO.- ANULAR, el proceso sancionatorio iniciado en contra de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Primera", por contravención del Título X, Capítulo VIII, Sección 2, Artículo 1, Numerales 2 y 3, establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, hasta la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-83896 de 10 de julio de 2012 inclusive, debiendo emitirse una nueva notificación de cargos, en el marco de lo considerado en la presente Resolución..."

Tal determinación, se encuentra fundamentada de la siguiente manera:

"...CONSIDERANDO:

Que, la **MUTUAL LA PRIMERA**, como persona jurídica, por una parte y el Gerente General Carlos J. De Grandchant Suarez por otra, presentaron cinco (5) memoriales, expresando:

PRIMER MEMORIAL

Que, mediante memorial presentado el 12 de septiembre de 2012, la **MUTUAL LA PRIMERA**, legalmente representada por su Gerente General Carlos J. De Grandchant Suarez, solicitó corrección o enmienda a la Resolución ASFI N° 407/2012 de 15 de agosto de 2012, manifestando los siguientes aspectos:

- El señor Carlos J. De Grandchant, en representación de Mutual La Primera, estuvo de viaje en el exterior para asistir a la Conferencia Interamericana de Ahorro y Préstamo de UNIAPRAVI, llevado a cabo entre los días 19 y 22 de agosto del presente, en la ciudad de México D.F.
- Luego de la Conferencia realizada en la ciudad de México, hizo uso de sus vacaciones hasta el día 7 de septiembre inclusive, reincorporándose a sus funciones en fecha 10 del presente mes, donde tuvo conocimiento de la Resolución No. ASFI/ 407/2012, pronunciada por su autoridad el día 15 de agosto de 2012 y notificada a Mutual La Primera, como persona jurídica, en fecha 22 de agosto de 2012.
- La mencionada Resolución contiene supuestas infracciones a disposiciones reglamentarias y se concluye con una sanción a su persona, sin que previamente se hubiera notificado como persona individual, con los cargos e infracciones consignados en dicha Resolución, la misma que tampoco fue notificada, conforme lo determina el artículo 12 de la Ley de Procedimiento Administrativo.
- Que, a través del memorial se da por notificado con la Resolución No. 407/2012, como persona individual y como tercero interesado.
- Por otra parte, solicita la enmienda y corrección de la última parte del punto primero de la Resolución Sancionada No. 407, por las siguientes razones:
 - ✓ Violación a la garantía constitucional contenida en el artículo 117 de la Constitución Política del Estado.
 - ✓ Vulnera el derecho al debido proceso y derecho a la defensa.
 - ✓ La notificación de cargos fue establecido contra una persona jurídica, Mutual La Primera, y contra ésta se establecieron los cargos, sin que ninguna norma permita o autoricen que las sanciones pecuniarias establecidas puedan y tengas que ser repetidas contra los Directores, Ejecutivos o funcionarios, como ilegalmente se ha

dispuesto en la Resolución No. 407/2012.

- Concluye solicitando se enmiende, rectifique y deje sin efecto las partes de la Resolución No. ASFI/407/2012, por la que se dispuso que "la sanción deberá repetirse contra el Gerente General de acuerdo a procedimiento interno".

Que, sobre esta solicitud, se hace necesario señalar el artículo 36 del Decreto Supremo N° 27113 del Reglamento al Procedimiento Administrativo que manifiesta: "ACLARACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN. 1. Los administrados que intervengan en procedimiento podrán solicitar, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, aclaración de los actos administrativos que presenten contradicciones y/o ambigüedades, así como la complementación de cuestiones esenciales expresamente propuestas que hubiesen sido omitidas en la resolución...". (El subrayado es nuestro).

Que, de acuerdo a la fecha de recepción del memorial presentado (12/09/2012) y la normativa señalada, se concluye que dicha solicitud estuvo fuera del plazo establecido para solicitar la explicación o complementación correspondiente.

SEGUNDO MEMORIAL

Que, el segundo memorial fue presentado en la misma fecha (12/09/2012), donde la **MUTUAL LA PRIMERA**, interpone **Recurso de Revocatoria** contra la Resolución N° 407/2012, solicitando deje sin efecto la sanción impuesta en la Resolución ASFI/No. 407/2012 de 15 de agosto de 2012, así como la repetición de la multa, por no encontrarse fundada en ninguna disposición legal., (sic) manifestando los siguientes argumentos:

- El presente procedimiento administrativo sancionador tuvo su inicio en el cargo establecido según nota ASFI/DSR II/83896/2012 de 10 de julio de 2012, cargo que fue establecido contra "la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Para La Vivienda La Primera" (como persona jurídica y no contra ningún ejecutivo ni funcionario de la Mutual en forma personal), teniendo como antecedente fáctico el haber reportado 13 cargos de funcionarios con diferencias entre la planilla de sueldos y salarios con el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, y como fundamento legal el supuesto incumplimiento al Reglamento contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 2, Artículo 1, numerales 2 y 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.
- Pese a que el error operativo fue inmediatamente corregido una vez que esa Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero nos hiciera conocer sus observaciones y no obstante de reconocerse en la Resolución contra la que presentamos el presente Recurso de Revocatoria que esa omisión operativa no tiene carácter de "recurrente", se ha impuesto a Mutual La Primera como persona colectiva o jurídica, la sanción de multa pecuniaria por la suma

establecida en el punto primero de la parte Resolutiva de la indicada Resolución Sancionadora ASFI/ No. 407/2012, disponiéndose, asimismo, que: “esa sanción deberá ser repetida contra el Gerente General de acuerdo a procedimiento interno”.

▪ VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD.-

1. De acuerdo al principio de congruencia -como elemento componente del debido proceso- aplicable al procedimiento sancionador, la validez y eficacia legal de la resolución final que se dicte, requiere como condición sine qua non que exista la necesaria e imprescindible correspondencia entre los cargos notificados que determinan la materia alrededor de la cual se inicia, se desenvuelve y concluye con los hechos, los fundamentos y las sanciones objeto de la resolución final.
2. El cargo ha sido establecido contra la Mutual La Primera como persona jurídica no pudiendo aplicarse a éstas sanciones personales, lo contrario importaría desconocer los principios de legalidad y de tipicidad expresamente establecidos en todo procedimiento.
3. Consiguientemente, al imponerse la sanción de multa pecuniaria, se lo ha hecho desconociendo los principios de legalidad y tipicidad.

▪ INAPLICABILIDAD E INCORRECTA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN DE MULTA.

1. De conformidad a lo dispuesto por los arts. 99 inc. 2) y 101 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la sanción de amonestación “recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia de Bancos”. Las multas pecuniarias, conforme a lo establecido por los arts. 99 incs. 2 y 5 y 102 de la mencionada ley, pueden ser aplicadas a las entidades financieras como personas jurídicas o bien de manera personal a los Directores, Síndicos, Gerentes y empleados, de acuerdo a la gravedad de la falta, es decir que las sanciones de amonestación y de multa se determinan en función del sujeto sancionado, dando lugar a las sanciones personales y a las sanciones institucionales, conforme al art 64 del D.S. 27175.
2. El contexto de las normas señaladas y que se encuentran en el Reglamento de Sanciones Administrativas, se aplica cuando se presentan los siguientes presupuestos legales: que se trate de una primera infracción o no tenga carácter de recurrente, que se trata de una falta, infracción u omisión leve, que no causen perjuicio económico.
3. Conforme se acredita por los antecedentes y como bien se reconoce en la resolución, ésta no ha causado beneficio ni daño económico a la Mutual ni a terceros, la omisión operativa fue enmendada inmediatamente de

conocida la observación, se trató de una primera infracción y no tiene carácter de recurrente, hechos que determinan que se trata de una falta leve.

4. La sanción de amonestación escrita a la entidad es aplicable cuando se trata de sanciones leves, como resulta ser la observancia a las formas de presentación de la información, establecidas en el art. 28 del Reglamento de Sanciones Administrativas.
5. La Resolución ASFI 407/2012, al imponer una multa pecuniaria, lo hace en violación del art. 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras que determina que "Las multas establecidas en los numerales 2 y 5 del art. 99, será aplicables a la Institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualquier forma, por lo que es infracción no ha generado ningún beneficio a Mutual La Primera, lo que demuestra una vez más el desconocimiento de los principios de legalidad y tipicidad.

▪ ILEGAL DETERMINACIÓN DE REPETICIÓN DE LA MULTA

1. No obstante los fundamentos expuestos, se pide de forma expresa la revocatoria de esa disposición, toda vez que al no haberse establecido cargos contra el Gerente General, tampoco pueden aplicarse y peor transferirse ni "aún a título de repetición", sanciones institucionales y mucho menos imponer a MUTUAL LA PRIMERA la obligación de "repetir" contra el Gerente General, ya que ha sido establecida de manera contradictoria en la parte resolutive e impuesta contra una persona que no fue sujeto en el procedimiento sancionador, violándose las garantías constitucionales, el debido proceso y el derecho de defensa; aspecto que determinan que ni material ni jurídicamente pueda ejecutarse la referida repetición.

CONCLUSION.- En mérito a los fundamentos, solicitan se dicte la Resolución de Revocatoria, dejando sin efecto la sanción impuesta en la Resolución ASFI/No. 407/2012 de 15 de agosto de 2012, así como la repetición de la multa, por no encontrarse fundada en ninguna disposición legal.

Que, por lo referido, es pertinente enunciar la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004, que establece el Derecho a la Defensa y Debido Proceso Administrativo, manifestando: "El debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses

individuales en juego. En otras palabras, busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse". Concordante con este Principio, se encuentra la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI 48/2006 que establece: "El acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes...".

Que, como se puede advertir de la solicitud del memorial de Recurso de Revocatoria, se evidencia que el señor Carlos J. De Grandchant Suárez como personal natural y/o tercero interesado no ha tenido la oportunidad de ejecutar su defensa, por lo tanto se establece la violación al Debido Proceso.

TERCER y CUARTO MEMORIAL

Que, el señor Carlos J. De Grandchant Suárez, en fecha 20 de septiembre de 2012 acredita representación y adjunta documentación que demuestra su viaje a la ciudad de México, para participar en la XLVII Conferencia Interamericana para la Vivienda, evento que tuvo lugar del 19 al 22 de agosto de 2012. Asimismo, solicita se le proporcione una copia del Informe ASFI/DSR II/R-99351/2012 de 14 de agosto de 2012.

QUINTO MEMORIAL

Que, en fecha 3 de octubre de 2012, la Asociación Mutua de Ahorro y Préstamo para la Vivienda La Primera, representada por su Gerente General Carlos J. De Grandchant Suárez, en el procedimiento sancionador iniciado, expone y pide:

1. ACLARACIÓN PREVIA Y NECESARIA

- Refiere los antecedentes que cursan en el expediente del procedimiento sancionador, el mismo que fue iniciado y seguido contra MUTUAL LA PRIMERA, persona colectiva.
- A través del Recurso de Revocatoria, Mutual La Primera ha impugnado en el fondo la Resolución Sancionadora, pidiendo se deje sin efecto la ilegal sanción impuesta en la Resolución ASFI/No. 407/2012, además que se resuelva conforme a su contenido y en una de las formas expresamente establecidas por los artículos 61 de la Ley 2341 y 43 incs. a) (Confirmatoria total o parcial) y b) (Revocatoria Total o parcial) del DS 27175, es decir, sobre el fondo.
- Ratifican y amplían los fundamentos contenidos en nuestro Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución ASFI No. 407/2012, conforme a las alegaciones y argumentaciones que exponen.

2. AL NO HABER FUNDADO EL RECURSO DE REVOCATORIA EN NINGUNA CAUSA DE NULIDAD Y/O ANULABILIDAD, CORRESPONDE SU DECISIÓN EN EL FONDO DE ACUERDO A LAS FORMAS DE RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA.
 - Al tratarse de una impugnación que versa sobre el fondo de la resolución, vale decir sobre la ilegal motivación y sanción de multa impuesta a la Mutual, se la debe dejar sin efecto o bien se proceda a la modificación.
 - El recurso interpuesto por la Mutual La Primera tiene fundamentos de fondo que sustentan y tiene por objeto la revocatoria de la Resolución ASFI No. 407/2012 y no tiene como contenido o fundamento ninguna causal ni petición de nulidad o anulabilidad del acto administrativo, tampoco del procedimiento en el cual se pronunció.
3. REALIZADAS LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CONFORME A LAS NORMAS QUE LO REGULAN, NO EXISTEN INFRACCIONES AL ORDENAMIENTO JURÍDICO PROCESAL
 - El presente proceso sancionador contra la Mutual La Primera, desde sus diligencias hasta la emisión de la Resolución ASFI No. 107/2012 se ha cumplido. Consiguientemente, ni el procedimiento ni la Resolución recurrida caen o se encuentran comprendidas en ninguna de las causales de nulidad y anulabilidad expresamente establecidas en los artículos 35 y 36 de la Ley 2341, motivo por cual no invocamos nulidades ni anulabilidades y no existiendo tales tampoco se podría ni puede declararse de oficio, pues las actuaciones administrativas relativas al cumplimiento de las normas procesales se han realizado conforme a las disposiciones legales que regulan todas y cada una de las etapas del procedimiento sancionador.
 - Asimismo, mencionan que una cosa completamente distinta a las formas de procedimiento resulta ser el contenido, los fundamentos, la motivación y la decisión de la Resolución final del procedimiento sancionador, en el caso de la Resolución ASFI N° 407/2012, pues estos no tienen nada que ver con las formas del procedimiento y menos guardan relación con las causales de nulidad y anulabilidad, por tanto, el Recurso de Revocatoria versa sobre el fondo de la Resolución y no sobre aspectos formales ni procedimentales, sobre la injusticia y la ilegalidad de sus fundamentos y de la sanción impuesta, correspondiendo su consideración y resolución sobre el fondo, a cuyo fin pedimos también tener presente que entre las formas de resolución del recurso de revocatoria, NO SE ENCUENTRA PREVISTA LA NULIDAD DE OFICIO, POR CONSTITUIR ESTA FORMA DE RESOLUCIÓN ATRIBUCIÓN PRIVATIVA DE LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA RESOLVER LOS RECURSOS JURÁRQUICOS (sic), TAL COMO LO DISPONE EL ART. 44 del D.S. No. 27175.
4. FORMULA ALEGACIONES Y ARGUMENTACIONES
 - A los fines de la aplicación de sanciones conforme a los principios del

procedimiento sancionador como son los de legalidad, tipicidad y proporcionalidad, la Ley de Bancos y Entidades Financieras, estableciendo las condiciones y los requisitos que deben presentarse para su aplicación, para el presente caso, dada la naturaleza del cargo solicitan que no se reconsideren los descargos presentados y se revoque en forma total la Resolución recurrida.

- Si bien es cierto que el artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras establece que las entidades financieras serán pasibles a las sanciones administrativas de: 1. amonestación y 2. Multa a la entidad financiera, también resulta evidente que dicha Ley en sus artículos 101 y 102 establece las condiciones o presupuestos legales que deben presentarse para la aplicación de una u otra sanción, disposiciones legales que han sido transgredidas, violadas y aplicadas incorrecta e ilegalmente en la Resolución ASFI No. 407/2012:
 - ✓ La Mutual no obtuvo ningún beneficio ni tampoco causo daños a terceros
 - ✓ La infracción no tiene carácter recurrente
 - ✓ En el contexto normativo señalado también se concluye que no todas las faltas, infracciones u omisiones a las disposiciones reglamentarias se encuentran y deben ser necesariamente sancionadas con multas, en cuyo caso la Ley prevé únicamente la sanción institucional de amonestación.

CONCLUSIÓN Y PETITORIO

Piden considerar los fundamentos expuestos y en consecuencia se revoque la Resolución ASFI No. 407/2012, dejando sin efecto la sanción de multa impuesta en dicha Resolución.

CONSIDERANDO:

Que con carácter previo, cabe efectuar un breve resumen de la problemática planteada en el presente Recurso:

- El presente proceso administrativo se inicia con el reporte remitido por la Mutual La Primera mediante nota G.G.00238/2012 recibida el 19 de enero de 2012, donde hace llegar a esta Autoridad de Supervisión Anexos Semestrales al 31 de diciembre de 2011, que en su Anexo B-1 presenta diferencia de 13 cargos del personal de la Mutual La Primera entre la Planilla de Sueldos y Salarios y la información reportada en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios".
- Como consecuencia, esta Autoridad inició el proceso sancionatorio contra la Mutual, como persona jurídica, notificando a la misma en la persona de su Gerente General como representante legal de la institución, respondiendo ésta

entidad el cargo señalado a través de la nota G.G. 2694/2012 recibida el 31 de julio de 2012, aceptando implícitamente el cargo y subsanándolo.

- Luego del análisis de los descargos presentados por la Mutual La Primera, a través del Informe ASFI/DSR II/R-99351/2012, la Dirección de Supervisión de Riesgos II, concluye ratificando el cargo en contra de la Mutual La Primera por incumplimiento del Título X, Capítulo VIII, Sección 2, artículo 1, numerales 2 y 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al no haber efectuado el registro de la información correspondiente al personal de la entidad dentro del mes de haberse producido la designación o nombramiento y recomienda la imposición de sanción correspondiente.
- En atención a las recomendaciones correspondientes, se emite la Resolución N° 407/2012 de 15 de agosto de 2012, en la cual se procede a sancionar a la Mutual e instruye que la sanción sea repetida contra el Gerente General, de acuerdo a procedimiento interno.
- Notificada la referida Resolución, el Gerente General luego de quince (15) días hábiles administrativos, se da por notificado y solicita enmienda y corrección de la última parte del punto primero de la Resolución ASFI N° 407/2012, justificando su viaje en representación de La Mutual y sus vacaciones en el exterior, situación que no está prevista en el ordenamiento jurídico administrativo.
- Posteriormente, el señor Carlos De Grandchant, como Gerente General y tercero interesado presenta memoriales en los cuales incide en la violación del Principio de Congruencia y del Debido Proceso, en razón a que la sanción impuesta en la Resolución ASFI N° 407/2012 instruye su repetición contra el mencionado funcionario a título personal, situación que de acuerdo al señor De Grandchant es violatoria a su derecho a la defensa.
- Finalmente, el mismo señor De Grandchant presenta un último memorial (3/10/12), en el cual solicita que esta Autoridad se manifieste sobre el fondo del proceso y que no se reconsideren los descargos presentados, además, se revoque la Resolución ASFI N° 407/2012, dejando sin efecto la sanción de multa impuesta en dicha resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el resumen de la problemática y de la revisión del expediente administrativo se puede evidenciar que éste proceso administrativo sancionatorio se inició a raíz de la Notificación de Cargos, la misma que se realizó a la entidad como persona jurídica, debiendo haber sido dirigida a la persona del Gerente General como personal responsable del envío de información a esta Autoridad de Supervisión, disposición que se encuentra establecida en el artículo 5 del Capítulo VIII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que menciona: "Responsabilidad.- Es responsabilidad del Gerente General efectuar el control y

seguimiento de la información registrada en el Sistema de Registro de ASFI, en cuanto a su seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad. El incumplimiento de esta responsabilidad dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas".

CONSIDERANDO:

Que, la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, en su Capítulo VI refiere a la Nulidad y la Anulabilidad, institutos jurídicos que fueron expuestos por la instancia jerárquica a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF-URJ N° 030/2010, cuyo fundamento es pertinente señalar:

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

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

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

Con relación al régimen de las nulidades, el Decreto Supremo 27175, no establece procedimiento específico al respecto, en consecuencia debe aplicarse supletoriamente lo establecido por la Ley marco y demás disposiciones legales análogas, teniendo el debido cuidado de no adentrarse en el ámbito de lo que se denomina como antinomia jurídica o conflicto en la aplicación de una a más normas

relacionadas, debido a que la aplicación supletoria y/o análoga debe guardar absoluta coherencia con la norma especial, sin conculcar otros preceptos normativas superiores, ni los valores esenciales del derecho que resguardan las garantías fundamentales de los sujetos procesales.

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

Que, de igual manera, en cuanto al **principio de trascendencia**, el mismo manifiesta: “(...) que para que sea procedente la declaración de anulabilidad, es necesario la existencia de un perjuicio al administrado y un interés jurídico legítimo para su declaración. No puede admitirse, en consecuencia, el pronunciamiento de la anulabilidad por la anulabilidad misma, o “para satisfacer prurito formales” como dice Couture”, misma que debe estar traducida en una “(...) lesión a su derecho de defensa, al debido proceso o, en su caso, que el acto pueda afectar al orden público, por lo que el acto, por sí mismo no puede ser anulado (...) criterio (que) guarda concordancia con el Artículo 36 Parágrafo II. de la LPA que determina que “...el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados”. (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 14/2005 de 08 de abril de 2005).

Que, los Principios Fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen normas rectoras en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo, para el presente caso, se evidencia que la notificación de cargos se la realizó a la Mutual La Primera, es decir, a la persona jurídica y no como debió ser a la persona del Gerente General, como responsable del envío de información (...)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, “Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras” dispone en el parágrafo I que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva. Asimismo, el artículo 49 del citado Decreto Supremo N° 27175, dispone que en el plazo veinte días hábiles administrativos el Órgano de Supervisión deberá sustanciar el recurso y dictar resolución.

Que, el artículo 36 del Decreto Supremo N° 27113, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado de 23 de julio de 2003, manifiesta: “Los administrados que intervengan en el procedimiento podrán solicitar, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, aclaración de los actos administrativos que

presenten contradicciones y/o ambigüedades, así como la complementación de cuestiones esenciales expresamente propuestas que hubiesen sido omitidas en la resolución...”

Que, la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), regula las actividades de intermediación financiera con el propósito de precautelar el orden financiero y promover un sistema financiero sólido, confiable y competitivo.

Que, por disposición del artículo 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), se establece como atribuciones de la Superintendencia de Bancos, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el de imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

Que, concordante con el párrafo anterior, el artículo 99 de la citada norma establece que cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas: “..2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo (...) 5. Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor. (...). Estas sanciones serán aplicadas a la entidad, quien deberá repetir contra la persona sancionada”.

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

Que, el artículo 33 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala que la Administración Pública notificará a los interesados todas las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Que, el tratamiento de las nulidades en materia administrativa se encuentra previsto en el Capítulo V del Libro Segundo de la Ley del Procedimiento Administrativo. En este contexto normativo, se tiene causales para la nulidad de pleno derecho y por otro lado, causales para la anulabilidad señaladas en el artículo 36. En este sentido, la doctrina reconoce la nulidad y anulabilidad como categorías jurídicas que, en derecho administrativo constituyen una especie de sanción para aquellos actos que no puedan integrarse al bloque de legalidad que regula la actividad administrativa, por encontrarse viciados de conformidad a las causales o situaciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Que, el artículo 37 de la citada Ley, señala que los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca, observando los límites y modalidades señalados por disposición legal aplicable, debiendo salvar los derechos subjetivos o intereses legítimos que la convalidación o saneamiento pudiese generar.

Que, el artículo 55 del Decreto Supremo N° 27113, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado de 23 de julio de 2003, dice: "... Será procedente la revocación de un acto anulable por vicios de procedimiento, únicamente cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione el interés público. La autoridad administrativa, para evitar nulidades de actos administrativos definitivos o actos equivalentes, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento dispondrá la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo..."

CONSIDERANDO:

Que los Principios Fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen la base en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Que, el señalado artículo en el inciso a) reconoce el Principio Fundamental, por el cual el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad.

Que, es necesario establecer que la presente Resolución no valorará la contravención al artículo 1, Sección 2 del Capítulo VIII del Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que es la esencia del proceso sancionatorio; tampoco valorará las consideraciones planteadas por el recurrente, lo que se está evaluando es el derecho a la legítima defensa del señor Carlos J. De Grandchant, Gerente General de la Mutual la Primera, consiguientemente corresponde de acuerdo al artículo 55 y 56 del Decreto Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, declarar la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo retrotrayendo los efectos al momento de la vigencia del acto que presentó el vicio.

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R-127334/2012 de 5 de octubre de 2012, ha concluido señalando que de la revisión del acto administrativo impugnado y de la compulsas correspondientes del expediente administrativo, se puede advertir que en la Resolución ASFI No. 407/2012 se omitió establecer que la notificación de cargos era para el Gerente General (Lic. Carlos J. De Grandchant), quien conforme al artículo 1, Sección 2 del Capítulo VIII del Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras es el responsable

del envío de la información a esta Autoridad de Supervisión, recomendando anular el procedimiento administrativo hasta la notificación de cargos inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión emitir nueva notificación de cargos...”

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Que, en fecha 24 de octubre de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012, con los siguientes fundamentos:

“...1. Conforme a lo establecido por los arts. 81 de la Ley 2341 y 65 del D.S. 27175, la Dirección de Supervisión de Riesgos II de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) organizó y reunió todas las actuaciones necesarias, investigó la comisión de infracciones y, por tanto, identificó a la persona colectiva, **Mutual La Primera**, responsable de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento administrativo, conforme consta en el informe ASFI/DSR II/R-99351/2012.

2. Establecida la comisión de infracciones conforme al indicado informe, mediante carta No ASFI/DSR II/R-83896/2012 se **notificaron cargos** a la ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO PARA LA VIVIENDA LA PRIMERA, **Mutual La Primera**, por el supuesto incumplimiento al Reglamento Para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, en el Título X, Capítulo VIII, Sección 2, numerales 2 y 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

3. **Mutual La Primera**, conforme a lo dispuesto por los arts. 109 de la Ley de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, 83 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 67 del D.S. No. 27175, presento sus defensas y descargos.

4. Vencido el plazo de prueba o de presentación de defensas y descargos, se pronunció la Resolución Final sancionadora ASFI/No.407/2012, por el que se dispuso **sancionar a Mutual La Primera** con una multa pecuniaria equivalente al 1% de su capital mínimo (además de disponerse que dicha sanción sea repetida contra el Gerente General).

5. Toda vez que consideramos injusta e ilegal la sanción impuesta, **Mutual La Primera** interpuso el respectivo **Recurso de Revocatoria** solicitando se deje sin efecto la sanción de multa pecuniaria y, en su caso, se aplique la sanción de amonestación.

6. No obstante que los fundamentos de la Resolución ASFI/No.407/2012 y los fundamentos del Recurso de Revocatoria, limitaron su competencia para que se pronuncie sobre el fondo de la impugnación y en una de las formas expresamente establecidas en el art. 43 del D.S. 27175, su autoridad lejos de resolver el recurso confirmando o revocando la Resolución recurrida, ha declarado ilegalmente la nulidad del procedimiento, violando las normas que regulan el procedimiento administrativo y el procedimiento sancionador, así como los derechos adjetivos y sustantivos de **Mutual La Primera**.

En todo caso y por los antecedentes relacionados, queda inequívocamente establecido que desde el informe preliminar, pasando por la notificación de cargos carta ASFI/DSR II/R-83896/2012, siguiendo con la Resolución Sancionadora ASFI/No. 407/2012 y, finalmente en la etapa de Recurso de Revocatoria, el presente procedimiento sancionador fue preparado, iniciado, tramitado y seguido contra **Mutual La Primera** como persona colectiva.

2. DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

2.1. Validez y eficacia de los actos administrativos.

En virtud de los principios de sometimiento pleno a la ley, de legalidad y presunción de legitimidad, reconocidos en los incs. c) y g) del art. 4 y arts. 27 y 32 de la ley 2341 de Procedimiento Administrativo, las actuaciones de la administración se encuentran sometidas a la ley y por tanto se presumen legítimas, de tal manera que los actos del procedimiento administrativo cumplidos de acuerdo a las leyes que lo regulan no son susceptibles de nulidad ni anulabilidad, a lo que se suma que la legalidad y legitimidad de los actos administrativos no sólo aseguran la estabilidad de las actuaciones de la Administración Pública sino que paralelamente constituyen una garantía de los intereses y derechos de los administrados.

Por eso, las causas de nulidad y de anulabilidad de los actos administrativos no han sido libradas a la discrecionalidad de los órganos de la administración pública, lo que importa que ésta se encuentra impedida legalmente de crear y declarar causas de nulidad y de anulabilidad y de imponerlas en cualquier tiempo y en cualquier procedimiento. Esa prohibición deriva precisamente de los principios de legalidad y presunción de legitimidad, que no permiten que el propio órgano administrativo que emitió el acto desconozca de oficio la legalidad y legitimidad de sus propios actos, **razón por lo que la propia ley determina que la declaración de la nulidad y de la anulabilidad, solo procede a petición de parte interesada** ya sea en la vía judicial o mediante la interposición de los Recursos Administrativos. (arts. 4 h), 70, 35 II y 36 IV de la Ley de Procedimiento Administrativo).

2.2. Efectos de la Estabilidad de los actos administrativos.

La presunción de legitimidad de los actos administrativos se encuentra complementada por el principio de estabilidad del acto y de las actuaciones administrativas, y que prohíbe la arbitrariedad administrativa para revocar o anular sus propios actos una vez que estos han sido notificados y, por tanto, cuando han adquirido eficacia conforme lo determina el art. 32 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 21 del D.S. 27175.

La estabilidad del acto administrativo y la consiguiente prohibición de ser revocado o anulado de oficio, reiteramos, en cualquier estado del procedimiento, por cualquier motivo y en virtud de la discrecionalidad del órgano administrativo, no sólo que constituye una garantía de validez de tales actos, sino que además de limitar las competencias de la administración pública encuentra su fundamento en el principio de

seguridad jurídica y en la garantía de certidumbre del ejercicio de los derechos.

En ese contexto y desde la interpretación sistémica de la Ley de Procedimiento Administrativo y de su Decreto Reglamentario No. 27175, el legislador no ha mantenido ni reconoce el sistema de "libre revocabilidad de acto administrativo" conforme al cual la Administración Pública podía anular y revocar sus actos de acuerdo a su arbitrio y discrecionalidad, sino que se adopta el "Sistema de legalidad, presunción de legitimidad y estabilidad de acto administrativo", por el cual se limitan los poderes discrecionales de la administración, sujetándose sus actuaciones a lo establecido por la ley, como expresamente lo disponen los arts. 1 y 2, luego desarrollados en el texto normativo de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Consiguientemente, los órganos de la administración se encuentran prohibidos de "hacer justicia por sí mismos", revocar de oficio sus propios actos, crear y declarar por sí y ante sí causas de nulidades y anulabilidades y, finalmente y con relación a las normas del procedimiento administrativo, efectuar inadmisibles valoraciones subjetivas en contra y al margen de la naturaleza de las disposiciones que regulan el procedimiento.

En la Resolución ASFI/No.523/2012 y en la declaratoria de anulabilidad que contiene, se han desconocido la validez, legalidad y eficacia del informe preliminar que dio lugar al procedimiento sancionador y la notificación de cargos, sin que estos adolecieran de ningún vicio que ameritara su declaratoria de nulidad, resultando de ello que su autoridad contraviniendo los principios de legalidad, legitimidad y estabilidad de los actos administrativos, discrecionalmente ha declarado la nulidad, apartándose de las normas que regulan la segunda instancia o Recurso de Revocatoria y que responden al sistema de legalidad que -como se tiene dicho- es el adoptado en la Ley de Procedimiento Administrativo y el D.S. 27175, cuyas disposiciones han sido desconocidas y violadas, al haberse arrogado su autoridad potestades discrecionales para negar la consideración de un recurso y crear causas de nulidad no previstas en el ordenamiento jurídico administrativo.

3. DE LOS PRINCIPIOS Y MARCO NORMATIVO QUE REGULAN LAS NULIDADES Y ANULABILIDADES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Con relación a la prohibición a la administración pública de declarar de oficio la nulidad de sus propios actos, el Tribunal Constitucional en la **Sentencia 0492/2012** ha establecido:

"En consecuencia cuando se aleguen errores procedimentales cometidos por la administración pública, éstos deberán ser impugnados mediante la interposición de los recursos administrativos contemplados expresamente en la ley; esto es, dentro del proceso principal, aspecto que impide tanto al administrado como a la instancia administrativa, tramitar un incidente de nulidad por cuerda separada o accesoria, al margen de los procedimientos de impugnación previstos (revocatorio oalzada y jerárquico), porque como se señaló, el mismo órgano emisor de la resolución cuestionada, por imperio legal, no está legitimado para anular su propio acto

administrativo, un razonamiento contrario, infringiría el principio de seguridad jurídica en detrimento del administrado.”

El procedimiento administrativo establece normas a las que deben sujetarse tanto la administración pública como los sujetos regulados, no gozando aquella de ninguna prerrogativa para “Anular el procedimiento” por causas que no se encuentre expresamente establecidas por ley, por cualquier motivo y en cualquier momento, ni los sujetos regulados y a su vez sujetos de un procedimiento sancionador, facultados para pedir la nulidad o anulabilidad de actos administrativos cuya validez y eficacia no se encuentran comprendidas en las disposiciones que expresamente determinen las causas y condiciones para amparar la nulidad y la anulabilidad de los actos de la administración y las actuaciones de un procedimiento sancionador.

Así y con excepción de la nulidad de los actos administrativos señalados en el art. 35 de la Ley 2341 que son nulos de pleno derecho, (no aplicable en el presente caso) las nulidades relativas o anulabilidades de las actuaciones administrativas, se encuentran sujetas a los principios de especificidad, trascendencia y convalidación, según los cuales ningún acto emitido por la administración pública ni los actos del procedimiento pueden declararse nulos si la nulidad no se encuentra expresamente establecida por ley, si el acto cuya nulidad se pretende no ha causado perjuicios afectando los derechos del sujeto regulado y sometido al procedimiento sancionador, y si en casos de causarse esos perjuicios se hubiese convalidado o consentido con el acto originalmente afectado de anulabilidad.

A lo anterior, correspóndenos puntualizar que **las actuaciones administrativas de esa ASFI se encuentran sujetas al “principio de sometimiento pleno a la Ley” debiendo adecuar todas sus actuaciones a las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo (arts. 1, 2 y 4 c) y el D.S. 27175, disposiciones que no le otorgan ninguna facultad, potestad ni prerrogativa, para no valorar ni considerar los fundamentos del Recurso de Revocatoria y menos para anular de oficio y por hechos no sancionados con nulidad** todo el procedimiento, pues más allá que esa facultad normada como “reposición de obrados con la anulación del procedimiento” es privativa del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, por disposición expresa del art. 44 del D.S. 27175, la declaratoria de nulidad o de anulabilidad solo proceden si han sido invocadas mediante la interposición de los Recursos administrativos, como expresa y terminantemente lo disponen los arts. 35 II y 36 IV de la citada Ley 2341 de Procedimiento Administrativo y, en su caso en la vía judicial al amparo del art. 4 inc. g) y 70 de dicha Ley

Su autoridad, a tiempo de pronunciar la Resolución ASFI No. 523/2012 lo ha hecho en contravención de las normas citadas y como consecuencia ha desconocido las disposiciones del procedimiento administrativo y las del procedimiento sancionador, arrogándose potestades que no las tiene para crear y declarar sin competencia, en contra y al margen de la ley, la nulidad del procedimiento sancionador, lo que a su vez y como se verá luego conlleva la violación de la garantía del debido proceso, el derecho de defensa de **Mutual La Primera** y sus derechos sustantivos.

4. EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SEGUIDO CONTRA MUTUAL LA PRIMERA SE HAN CUMPLIDO CON LAS NORMAS DEL PROCEDIMIENTO, SIENDO ILEGAL LA DECLARATORIA DE “NULIDAD DE OFICIO”.

4.1. Validez de las actuaciones administrativas por haberse cumplido las normas del procedimiento Administrativo y del procedimiento sancionador.

Como toda norma procesal, el procedimiento administrativo establece las disposiciones que deben cumplirse para que tenga validez formal y eficacia jurídica, resultando de ello que las actuaciones del procedimiento realizadas conforme a las normas que lo regulan, o en su conjunto, el procedimiento realizado sin que hubiese habido apartamiento de las formas procesales, es válido y no anulable.

Ahora bien, en la primera instancia del presente procedimiento administrativo sancionador, desde la etapa de diligencias preparatorias hasta la Resolución sancionadora ASFI/ No. 407/2012 y la interposición del Recurso de Revocatoria, se han cumplido con todas y cada una de las normas aplicables, como resultan ser los arts. 40, 42, 46 al 49, 51, 52, 56, 58, 64, 81 al 84 de la Ley 2341, y arts. 4, 17, 24, 2629, 36 b), 37, 38, 46, 47, 65 al 68 del D.S. 27175.

Tal como queda demostrado por los antecedentes que cursan en el expediente, se han cumplidos con las normas de procedimiento señaladas precedentemente y, siendo así, todas las actuaciones realizadas son plenamente válidas, de lo que resulta ilegal la Resolución No.ASFI/No. 523/2012, la que en vez de buscar vicios inexistentes y crear causas de anulabilidad al margen de la ley, debió circunscribirse en la forma y contenido a la Resolución del Recurso de Revocatoria. Al no haberse pronunciado así, además de la ilegal declaratoria de nulidad se han violado los derechos constituciones de **Mutual La Primera** al debido proceso, a la defensa y el derecho de petición, a la doble instancia y a la seguridad jurídica.

4.2.- Al haberse desarrollado el procedimiento conforme a las normas que lo regulan, no existen causas de nulidad ni de anulabilidad de los actos administrativos cumplidos.

Conforme lo determinan los arts. 80 al 84 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordantes con los arts. 65 al 68 del D.S. 27175, el Procedimiento Sancionador comprende cuatro etapas claramente diferenciadas, cuyo contenido y finalidad también difieren, así se desprende inequívocamente de la lectura de tales artículos, a saber:

1. Diligencias preliminares, a cargo de los funcionarios designados para el efecto por la autoridad administrativa competente. (En el presente caso los funcionarios de la Dirección de Supervisión de Riesgos II).
2. Etapa de iniciación, con la notificación de los cargos imputados. (cargos establecidos por los funcionarios encargados de las diligencias preliminares).
3. Etapa de tramitación, para la presentación de descargos, pruebas y

alegaciones.

4. Etapa de terminación, con la resolución que imponga o desestime la sanción administrativa.

Cada una de esas etapas tienen por objeto organizar y garantizar el desenvolvimiento del procedimiento sancionador, de tal manera y por efectos del principio de preclusión procesal, el procedimiento no puede retrotraerse a etapas cumplidas y, con mayor razón, si cada una de esas etapas ha sido realizada conforme al procedimiento.

Como tenemos señalado las nulidades y anulabilidades de actos administrativos sólo pueden fundarse cuando aquellas se encuentran expresamente señaladas en la ley, pues en virtud de los principios de especificidad, trascendencia y convalidación no es admisible "la anulabilidad por la anulabilidad misma", la nulidad y la anulabilidad no pueden declararse de oficio en Recurso de Revocatoria, peor aún cuando la nulidad no fue invocada.

En el presente procedimiento sancionador, ya se trate de las diligencias preliminares o de las etapas de iniciación y tramitación, no ha existido ninguna infracción a las normas que regulan dichos actos. Consiguientemente al "Anular la notificación de cargos", se lo ha hecho en contravención y violación del art. 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo que expresamente dispone que los actos administrativos sólo serán anulables cuando incurran en infracción del ordenamiento jurídico, infracción que no se ha dado y menos reclamado en el presente procedimiento sancionador.

No existiendo infracciones al ordenamiento jurídico que regula el procedimiento sancionador, no existe causal de anulabilidad y, siendo así, la Resolución ASFI/No. 523/2012 al crear una causa de anulabilidad desde luego no prevista por ley, lo ha hecho en violación del art. 36 de la Ley de procedimiento Administrativo y de los arts. 81 al 84 de la Ley 2341 concordantes con los arts. 65 a 68 del D.S. 27175, disposiciones estas últimas que regulan el procedimiento sancionador y que en el presente procedimiento han sido plenamente cumplidos, lo que prueba una vez más la ilegalidad de la Resolución pronunciada por su autoridad.

En efecto, todos los actos administrativos y todos los actos del procedimiento, han sido realizados conforme a las normas que regulan el procedimiento sancionador, lo que a su vez importa que al declararse la nulidad disponiéndose se emita una nueva notificación de cargos, se lo ha hecho desconociéndose la disposiciones citadas, la validez y eficacia de los actos del procedimiento, **trastocándose las normas y principios que regulan la nulidad y anulabilidad de los actos administrativos, conforme a los cuales es el apartamiento de las formas procesales y no su cumplimiento el que puede dar lugar a la nulidad del procedimiento.**

Admitirse lo contrario, como ha sucedido con la Resolución recurrida, importaría desconocer las garantías que conlleva el debido proceso, genera incertidumbre

jurídica, deroga el principio de legalidad y de sometimiento de las actuaciones administrativas a las disposiciones de la ley, viola el principio de la doble instancia y, finalmente se proclamaría la libertad de las formas procesales y del procedimiento dejándoselos al arbitrio y discrecionalidad de las autoridades administrativas.

Sin embargo y como tales prerrogativas son contrarias a la ley, la supuesta causal de anulabilidad invocada por su autoridad y la consiguiente declaratoria de nulidad del procedimiento, no se encuentra establecida por ley y peor pueden afectar a los actos del procedimiento sancionador: Diligencias preliminares, notificación de cargos, trámite y resolución final que, reiteramos, han sido cumplidos conforme a las disposiciones que los regulan.

En síntesis, no existiendo nulidad de actos procesales que fueron realizados conforme a ley, no existe disposición alguna que sancione con nulidad lo válido ni Resolución Administrativa que cree, como en el presente caso, causas de nulidad y/o anulabilidad, toda vez que éstas -a contrario sensu de lo afirmado en la Resolución- sólo se encuentran dadas por el orden normativo no dependiendo de la discrecionalidad de la Administración Pública.

4.3. Si Mutual La Primera no hubiese interpuesto el Recurso de Revocatoria, de oficio y en cualquier momento su autoridad hubiese sido competente para anular la Resolución Sancionadora y el procedimiento “hasta la notificación de cargos?”

La respuesta, desde luego, es negativa. Y es negativa no porque se funde en argumentos subjetivos, sino porque así se concluye conforme al ordenamiento normativo que señalamos a continuación:

- 1.1.** *En virtud del principio de verdad material (que entendemos debió aplicarse en la Resolución final del procedimiento Sancionador), los principios de legalidad y presunción de legitimidad, por los que las actuaciones administrativas por estar sometidas a la ley se presumen legítimas, salvo declaración judicial en contrario (art. 4 incs. d) y h). de la Ley de Procedimiento Administrativo)*
- 1.2.** *Porque el acto administrativo es obligatorio, exigible, ejecutable, se presume legítimo y válido, produciendo sus efectos desde la fecha de su notificación (arts. 27 y 32 de la LPA).*
- 1.3.** *Porque las nulidades y anulabilidades de los actos administrativos no pueden declararse de oficio y en cualquier momento, sino a solicitud de parte y por medio de los Recursos administrativos.*
- 1.4.** *Después de dictada la Resolución final en el procedimiento sancionador y en caso de no ser recurrida, la autoridad administrativa sólo tiene facultades para efectuar correcciones en los límites del art. 31 de la Ley 2341. (Errores materiales, de hecho o aritméticos, sin alterar sustancialmente la Resolución).*
- 1.5.** *La renuncia o desistimiento al Recurso de Revocatoria, importa conclusión del*

procedimiento (arts. 51, 53 y 84 de la Ley 2341) y una vez concluido el procedimiento se ingresa a la ejecución de la Resolución definitiva.

Lo señalado precedentemente, conlleva las siguientes conclusiones: 1) Las nulidades y anulabilidad necesariamente deben ser reclamadas por el sujeto del procedimiento que se crea afectado; 2) Si no existe ningún reclamo al no haberse hecho uso del recurso de revocatoria, la Resolución adquiere la calidad de definitiva, no siendo susceptible de revocatoria ni de nulidades; 3) Si la resolución es impugnada sólo en el fondo, su autoridad en recurso de revocatoria sólo tiene facultades para resolver el recurso en el fondo y en los límites que fueron planteados, pues la renuncia del sujeto procesal a invocar causas de nulidad, importa que este convalidó o consintió con los reales o imaginarios vicios que determinaría la nulidad. Y esa renuncia surte los mismos efectos que los que produce la no impugnación de la resolución y que no es otra que la imposibilidad legal y la prohibición jurídica, derivada de la sujeción a ley, por la que no puede declarar nulidades no reclamadas y no establecidas en la ley, como ha sucedido en la Resolución ASF (sic) /No. 523/2012, recurrida en el Recurso Jerárquico.

Así lo determinan de manera expresa los arts. 35 II y 36 IV de la Ley 2341 que establece que **“las nulidades y las anulabilidades podrán invocarse únicamente** mediante la interposición de los recursos administrativos”, lo que a su vez significa que **“No existiendo Recurso en el que se invoquen nulidades o anulabilidades la autoridad competente para conocer el recurso no puede crear ni declarar nulidades no reclamadas”**, quedando su competencia subordinada para dictar resolución en una de la forma establecidas por los art. 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 43 del D.S 27175.

5. LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD DE OFICIO NO SE ENCUENTRAN PREVISTAS POR LEY.

Por expresa disposición del art. 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 43 del D.S. 27175, las formas de resolución del Recurso de Revocatoria sólo pueden ser: a) Confirmatorias, b) Revocatorias, c) Desestimatorias y d) Improcedentes.

Conforme se desprende de los fundamentos del Recurso de Revocatoria, **Mutual La Primera** solicitó la revocatoria de la Resolución ASFI/No. 407/2012, impugnando la sanción de multa impuesta y, obviamente, sin hacer ninguna referencia a cuestiones formales, es decir, no solicitó la nulidad ni la anulabilidad de los actos del procedimiento.

Consiguientemente, su autoridad tenía el deber de resolver el recurso considerando los fundamentos expuestos en este, ya sea confirmando o revocando total o parcialmente la Resolución ASFI No. 407/2012. Al no haber enmarcado su Resolución en Recurso de Revocatoria a lo dispuesto por los arts. 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 43 del D.S. 27175, no sólo que ha violado éstas normas, sino también las relativas a la competencia (arts. 5 y 7 III c de la L.P.A.), el derecho de petición consagrado por el art. 24 de la Constitución Política del Estado, 16 a), b), c) y h) de la Ley de Procedimiento Administrativo, respecto a los derechos a formular peticiones, intervenir en el procedimiento y obtener respuesta fundada y motivada a las

peticiones y solicitudes que se formulen (Resolución del Recurso jerárquico, en el presente caso); arts. 17 y 30 a) de dicha Ley que le imponen a su autoridad la obligación de dictar resolución expresa en todos los procedimientos y resolución motivada cuando se interpongan y le corresponda conocer Recursos de Revocatoria. (Normas concordante con lo dispuesto por los arts. 7, 14, 15, 17, 24, 37 del D.S. 27175.

Las normas del procedimiento sancionador, incluyendo aquellas que necesariamente deben ser aplicadas en caso de interponerse Recurso de Revocatoria, constituyen una garantía del ejercicio de los derechos de los sujetos regulados en la medida en que la Administración Pública sujete sus actuaciones a la ley, en el caso que nos ocupa en el presente punto las disposiciones legales no son otras que las que regulan de manera expresa las formas en que debe debió (sic) ser resuelto el Recurso de Revocatoria, reiteramos, ya sea confirmando o revocando total o parcialmente.

Al no haber resuelto el Recurso de Revocatoria “pronunciándose sobre el fondo”, lo ha hecho en violación de los arts. 61 y 63 II de la Ley de Procedimiento Administrativo que, por su orden, establecen las formas de resolución del Recurso de Revocatoria y que **“La Resolución SE REFERIRÁ SIEMPRE A LAS PRETENSIONES FORMULADAS POR EL RECURRENTE,”** así como en violación del art. 42 del D.S. 27175 y demás disposiciones que han sido precedentemente señaladas.

6.- VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO, AL DERECHO DE DEFENSA Y AL DERECHO DE OBTENER UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO SOBRE LAS PRETENSIONES QUE FUNDAMENTAN EL RECURSO DE REVOCATORIA.

En la Resolución ASFI/No. 523/2012 contra la que interponemos el presente recurso jerárquico, luego de transcribirse en varias páginas el Recurso y las alegaciones presentadas por Mutual La Primera, y de transcribirse la Resolución Ministerial Jerárquica a la que nos referimos luego, en el tercer párrafo del último considerando (pág. 14) textualmente se expresa:

“Que, es necesario establecer que la presente Resolución no valorará la contravención al art. 1, sección 2 del Capítulo VIII de la Recopilación de Normas Para Bancos y Entidades Financieras, que es la esencia del proceso sancionatoria (sic); tampoco valorará las consideraciones planteadas por el recurrente...”

Esa declaración, más allá de demostrar que su autoridad ha desconocido su propia competencia y las normas del procedimiento administrativo que le obligaban y le obligan a pronunciar resolución expresa sobre el fondo y sobre los fundamentos del Recurso de Revocatoria, ha vulnerado los derechos de **Mutual La Primera** al debido proceso, la defensa y el derecho a una Resolución sobre el fondo de las pretensiones fundadas en el Recurso de Revocatoria, negándose el derecho a la doble instancia.

Con relación al debido proceso, porque una vez cumplidas las diligencia (sic) preliminares y con la notificación de cargos, conforme a lo dispuesto por los arts. 15 del D.S. 27175 y arts. 11 de la Ley de Procedimiento Administrativo, **Mutual La Primera** quedó plenamente legitimada para intervenir en el procedimiento sancionador

iniciado en su contra y consiguientemente para ejercer los derechos establecidos en el art. 16 de dicha Ley, entre ellos los derechos de petición, de participación en el procedimiento y a recibir respuesta fundada y motivada, como la que correspondió darse al Recurso de Revocatoria interpuesto.

Con relación al derecho de defensa, pues al no valorarse ni considerarse los fundamentos que sustentaron el Recurso de Revocatoria, se ha negado a **Mutual La Primera** el derecho de defensa, al violarse los arts. 56, 61 y 84 de la Ley 2341; 15, 36 inc. a), 37, 43, 46, 47 y 68 II del D.S.27175,

Al respecto el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, ha establecido:

““...las normas constitucionales-principios, establecidos en el texto constitucional tienen validez normativa, prelación jerárquica y son obligatorias respecto a las normas constitucionales-reglas y con mayor con relación respecto a las normas legales-reglas (contenidas en las leyes en sentido general sustantivas o procesales) por el sólo hecho de estar inscritas en la Constitución, una Constitución ideada dentro del modelo de Estado Constitucional, con todo lo que ello implica.

Ahora bien, el ejercicio de la potestad de las entidades públicas de imponer sanciones disciplinarias a sus propios servidores públicos, está subordinado y limitado al respeto de determinadas garantías mínimas, entre ellas, la garantía del debido proceso, por cuanto ello controla y limita el campo de acción de la potestad sancionadora del Estado, a efectos de evitar una actividad arbitraria de la administración pública que se torne en ilícita toda actividad sancionadora del Estado, sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo, debe ser impuesta previa proceso, en el que se respeten todos los derechos inherentes a la garantía del debido proceso, entre los cuales se encuentra el derecho a la defensa, que implica a su vez, entre otros elementos, la notificación legal con el hecho que se le imputa al afectado, y con todas las actuaciones y resoluciones posteriores, la contradicción y presentación de pruebas tendentes a desvirtuar la acusación, la asistencia de un defensor, el derecho pro actione ó a la impugnación; asimismo, el derecho a la defensa, se relaciona directamente con los derechos a la igualdad de las partes ante la ley y ante su juzgador, al juez natural y a la seguridad” (**Sentencia Constitucional Plurinacional 0142/2012**).

Finalmente y con relación a la declaración expresa de no valorar las infracciones “ni considerar los fundamentos expuestos por Mutual La Primera”, tal declaración se traduce en negación expresa de nuestro derecho frente a la ASFI de obtener una Resolución sobre los fundamentos del Recurso de Revocatoria Interpuesto por **Mutual La Primera, resultando de ello que la Resolución ASFI/523/2012**, es absolutamente ilegal, por violatoria y contraria a las normas que han sido anteriormente citadas y a las siguientes disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo:

“De ahí que es posible concluir que el reconocimiento de los típicos medios de impugnación de los actos administrativos, reconocidos en el orden legal (Ley de Procedimiento Administrativo), a través de dos instancias: el recurso de revocatoria y

el recurso jerárquico, son formas procesales de impugnación en sede administrativa, instituidas por el legislador, con base en las cuales debe procederse en la vía de impugnación, es decir, es el procedimiento del ordenamiento interno del Estados (sic) que prevé dos instancias, las que no están dirigidas a cumplir una formalidad procesal en sí misma, sino que tienen valor en la medida que aseguren la eficacia material de los siguientes derechos fundamentales y garantías constitucionales: i) Derecho a la doble instancia o de recurrir ante un tribunal superior en el ámbito disciplinario sancionador y, su nexa con ii) El derecho a la defensa en la fase impugnativa” **(Sentencia Constitucional Plurinacional 0142/2012).**

Al soslayarse la consideración del Recurso de Revocatoria, aún más al negarse de manera expresa su consideración, se han violado los derechos que emergen del Recurso de Revocatoria, el derecho de impugnación y el derecho en segunda instancia de obtener el pronunciamiento sobre los fundamentos que sustentan el Recurso de Revocatoria interpuesto por Mutual La Primera, en violación de las disposiciones que hemos señalados (sic) y cuyo desarrollo interpretativo del Tribunal Constitucional con carácter vinculante y obligatorio para la ASFI, también ha sido ilegalmente desconocido.

7. DEL DERECHO DE PETICION Y DE LA OBLIGACION DE LA ASFI DE RESOLVER.

El derecho de petición en el ámbito administrativo permite que los ciudadanos, personas colectivas y naturales, se relacionen con los poderes público (sic), de los (sic) de lo que derivan distintas clases de facultades y derecho frente a los órganos de la Administración Pública. En el caso de tratarse de una persona colectiva o natural sujeta a un procedimiento sancionador, el derecho de petición se convierte en componente del Debido Proceso.

Sea cual sea la posición del sujeto administrado, regulado o sujeto de un procedimiento sancionador, ya se inicie el procedimiento de oficio o a denuncia, siempre tendrá los derechos expresamente establecidos en el art. 16 de la Ley de Procedimiento Administrativo, entre ellos a) A formular peticiones; c) A participar en el procedimiento iniciado; e) a presentar alegaciones y prueba, **h) A obtener respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen.**

Para garantizar el pleno ejercicio del derecho de petición, garantías y derechos, la ley (sic) de Procedimiento Administrativo determina también de forma expresa la forma en que los órganos de la administración deben proceder, disponiendo de manera expresa que:

Art. 17 “La Administración Pública está obligada a dictar Resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera sea su forma de iniciación”,

Arts. 51 y 52: “El procedimiento administrativo terminará por medio de una resolución... Los procedimientos Administrativos, deberán necesariamente concluir con la emisión de una Resolución administrativa que declare la aceptación o rechazo total o parcial de la pretensión del administrado.

Art. 63 II La Resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas.

Art. 61 (conc. Con (sic) el art 43 del D.S. 27175). **Los recursos administrativos serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada.**

Como se tiene demostrado en el punto precedente, el reconocimiento de la doble instancia de naturaleza constitución (sic), se encuentra expresamente normada en el procedimiento sancionador iniciado por la ASFI, de tal manera que interpuesto un Recurso de Revocatoria, con fundamento de fondos y no de forma, necesaria y imprescindible debió ser resuelto en el fondo y conforme lo determinan las normas precedentemente citadas.

Al no habérselo hecho así, la Resolución ASFI/No. 523/2012, se ha apartado del procedimiento y como consecuencia de la violación de las leyes que regulan la instancia de Recurso de Revocatoria, tal resolución es nula e ineficaz.

En consecuencia cuando se aleguen errores procedimentales cometidos por la administración pública, éstos deberán ser impugnados mediante la interposición de los recursos administrativos contemplados expresamente en la ley; esto es, dentro del proceso principal, aspecto que impide tanto al administrado como a la instancia administrativa, tramitar un incidente de nulidad por cuerda separada o accesoria, al margen de los procedimientos de impugnación previstos (revocatorio oalzada y jerárquico), **porque como se señaló, el mismo órgano emisor de la resolución cuestionada, por Imperio legal, no está legitimado para anular su propio acto administrativo, un razonamiento contrario, infringiría el principio de seguridad jurídica en detrimento del administrado. (Sentencia 0492/2012).**

8.- LOS CARGOS SE ESTABLECEN EN LA ETAPA DE DILIGENCIAS PRELIMINARES Y NO EN LA RESOLUCION QUE RESUELVE UN RECURSO JERÁRQUICO (sic)..

Cada una de las etapas del procedimiento sancionador tiene características, contenido y finalidades propias, de manera tal que las actuaciones correspondientes a cada etapa no pueden ser sustituidas, asumidas ni realizadas en otras etapas, pues lo contrario importa desconocer las disposiciones legales que las regulan y a las que se encuentran sujetas las actuaciones de la administración pública.

En ese sentido, si en la etapa preliminar no es legalmente posible ni admisible dictarse Resolución imponiendo o desestimándose la imposición de sanciones, en la etapa Recursiva del procedimiento tampoco es legalmente posible ni admisible que en vez de resolver el recurso de revocatoria se establezcan nuevos cargos, como se lo ha hecho en la Resolución contra la que interponemos el presente recurso jerárquico.

Ciertamente y más allá que la determinación de nuevos cargos e imputación de éstos en la Resolución No. ASFI/523/2012 importa prejuzgamiento y compromete la imparcialidad de su autoridad, al haberse establecido nuevos cargos y contra persona distinta a los que fueron establecidos en la Etapa de Diligencias Preliminares, su autoridad en la indicada Resolución lo ha hecho en violación de los arts. 81 y 84 de la Ley de Procedimiento Administrativo y arts. 65 y 68 del D.S. 27175 que de manera expresa disponen, por una parte, que quienes **deben organizar las actuaciones**

preliminares, identificando a las personas individuales o colectivas presuntamente responsables, **son los funcionarios determinados expresamente para el efecto por la autoridad administrativa competente**, y por otra, que la Resolución sobre el Recurso de Revocatoria sólo puede recaer sobre la confirmatoria o revocatoria de la sanción administrativa.

Como ha quedado acreditado, la Resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria, no sustituye la etapa de diligencias preliminares, no puede establecer nuevos cargos ni imputar a otras personas supuestas infracciones, pues la competencia de la autoridad administrativa queda sujeta a los límites establecidos por la ley, es decir, confirmar o revocar la imposición de sanciones, no teniendo facultades, prerrogativas ni potestades para pronunciarse sobre otras cuestiones que las relacionadas a las sanciones.

Consiguientemente, la Resolución recurrida ha sido pronunciada violándose las normas que han sido señaladas, resultando ilegal la declaratoria de nulidad y la imputación de cargos establecidas en aquella, ilegalidad que conlleva que tal Resolución carezca de eficacia jurídica.

9.- LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA TRANSCRITA EN LA RESOLUCIÓN NO. ASFI/523/2012, HA SIDO INCORRECTAMENTE INTERPRETADA Y APLICADA EN AUTOS, Y NO PUEDE SER INVOCADA PARA JUSTIFICAR LA ILEGAL DECLARATORIA DE NULIDAD.

Así como sucede con las Sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional, los precedentes administrativos para su aplicación en un caso concreto, deben cumplir con el principio de la analogía, en virtud del cual los antecedentes fácticos del precedente deben ser iguales a los del procedimiento en el cual pretenden aplicarse.

En ese contexto, ninguna de las dos Resoluciones Jerárquicas MEFP/VPSF-URJ No. 030/2010 y SG SIREFI RJ 14/2005 transcritas en la Resolución No. ASFI No. 523/2012, tienen los mismos antecedentes fácticos que los que sustentan la ilegal nulidad del procedimiento sancionador, y menos eximen a su autoridad de la obligación de resolver y pronunciarse sobre el fondo del recurso.

En efecto, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2010, tiene como antecedentes fácticos la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VDSF/URJ-SIREFI 013/2010, por la que se anuló el Procedimiento sancionador hasta la Resolución Administrativa SPVS.IV-No.212/2009 "Debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva Resolución administrativa motivando en derecho...". Al haberse incumplido con lo dispuesto en dicha Resolución Jerárquica, la ASFI rectificó su error y el incumplimiento al no motivar la Resolución jerárquica, emitiendo una nueva Resolución adecuada a la disposición del Ministro de Economía y Finanzas.

Como se desprende del análisis de la Resolución Ministerial MEFP/VDSF (sic) /URJ-SIREFI 013/2010, la nulidad declarada no comprende todo el procedimiento, a lo que se suma que dicha Resolución se funda en la falta de motivación de la Resolución anulada, disponiéndose se dicte nueva resolución, **lo que solo puede ser interpretado**

como negación de la discrecionalidad de la Autoridad recurrida para Resolver el Recurso de Revocatoria y como mandato del cumplimiento imperativo establecido por ley para resolver el recurso, conforme a los principios de motivación y congruencia, y en una de las formas establecidas por los arts 61 de la Ley 2341 y 43 del D.S. 27175., Confirmatoria o Revocatoria total o parcial. Que es lo que precisamente nosotros solicitamos en Recurso de Revocatoria, sin que su autoridad en la Resolución ASFI/523/2012 hubiese cumplido con lo establecido por ley y por la propia Resolución Jerárquico.

Con relación a los fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2010, referido a la Resolución ASFI /No. 345/2010 y la consiguiente declaratoria de nulidad por su similar ASFI/573/2010, se encuentra su contenido en el hecho de que “el órgano de regulación cometió el mismo error por el cual mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 013/2010”, situación de hecho y de derecho que no tiene ninguna relación con la supuesta causa de nulidad invocada por su autoridad en el presente procedimiento.

Pero tanto o más importante resulta la interpretación legal que efectúa el Ministro de Economía y Finanzas Públicas con relación al régimen de nulidades administrativas, al declarar **“La nulidad absoluta o de pleno derecho (no aplicable en el presente procedimiento sancionador) penaliza el acto de ineficaz desde el puntos de vista intrínseco y por ello carece de efectos Jurídicos.... Contrario sensu a lo manifestado, la nulidad relativa, su régimen propio viene delimitado por dos aspectos fundamentales: el primero CORRESPONDE AL LIBRE ALBEDRIO DEL AFECTADO y el segundo a la SEGURIDAD JURIDICA.... DE ACUERDO A ESTOS PRESUPUESTOS LAS PARTES QUE SE CONSIDEREN AFECTADAS POR UN ACTO, solo ellos pueden pedir O ADUCIR LA DECLARACIÓN DE NULIDAD dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual el derecho del peticionante precluye y convalida el defecto...”**

Su autoridad en la Resolución ASFI/No. 523/2012, pese a haberse transcrito la parte referida de la Resolución Ministerial Jerárquica, no ha efectuado -como era su deber- la interpretación y aplicación de la “ratio decidendi” de dicha Resolución, pues de haberlo hecho no hubiese declarado la nulidad del procedimiento, sino que hubiese ingresado a considerar el fondo del Recurso de Revocatoria, toda vez que al no existir causas de nulidad ni haber invocado Mutua La Primera, sujeto procesal, ninguna causal de anulabilidad ni de nulidad, se lo ha hecho al margen de la declaración contenida en la Resolución Ministerial Jerárquica y en violación de las disposiciones que hemos señalado en los puntos precedentes.

10.- INAPLICABILIDAD DEL ART. 55 DEL D.S 27113.

Conforme lo define el art. 2 inc a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, la Administración Pública se encuentra conformada por: “El poder Ejecutivo, y los sistemas de Regulación SIRESE, SIREFI y SINERARI”, ahora autoridades de supervisión, cada uno de los cuales cuenta con un Decreto Supremo reglamentario, que se constituye en la norma especial de cada sector, no aplicables a otros sectores de la Administración Pública.

Demás esta (sic) señalar que el fundamento del desarrollo normativo "especial" para cada uno de los órganos y sistemas de la Administración Pública (sic), radica en el hecho de que los actos administrativos difieren entre los distintos órganos que la integran, por cuya razón los requisitos del acto administrativo y las actuaciones administrativas, la validez, eficacia de estas (Luego del marco establecido en la ley de Procedimiento Administrativo), tienen un régimen normativo propio para cada órgano de la Administración Estatal.

El D.S 27113, cuyo art. 55 ha sido invocado en la Resolución que impugnamos, no es aplicable a la ASFI por expresa disposición del art. 2-11 de dicho Decreto y, siendo así, se ha efectuado una aplicación de una norma inaplicable y cualquier aplicabilidad que se pretenda ya sea por analogía, ya sea por cualquier otro título **ES ILEGAL**.

No obstante que dicho Decreto no es ni puede ser aplicable al Sistema de Regulación Financiera, cabe puntualizar que la invocación parcial de un artículo de un DS inaplicable, no solo que distorsiona sus alcances y efectos, sino que causaría incertidumbre y la discrecionalidad total de los Órganos de la Administración.

La interpretación de las normas debe efectuarse de acuerdo al método sistémico, vale decir, considerando el contexto normativo que se opone a la aplicación de un texto aislado. En ese entendido y para determinarse si un acto es nulo o anulable según los arts. 52 y 53 del DS 27113 argumentados en la resolución, es condición necesaria e imprescindible que se hubiese invocado por los sujetos procesales y en recurso de Revocatoria o Jerárquico que se alegue la nulidad o anulabilidad.

A lo anterior debe complementarse que la nulidad de los procedimientos administrativos, solo procede si se presentan los dos presupuestos establecidos por el art. 56 del Decreto Supremo, indebidamente aplicados en el presente procedimiento; a saber cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione al interés público. Ninguno de esos presupuestos se ha presentado en el caso que nos ocupa. Así, LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS EFECTUADA A MUTUAL LA PRIMERA y cuya nulidad ha sido declarada en la Resolución ASFI NO. 523/2012, LEJOS DE CAUSAR INDEFENSIÓN DE Mutual La Primera, ha permitido que ésta asuma defensa ofreciendo sus descargos, primero, e interponiendo el Recurso de Revocaria (sic) contra la Resolución Final del Procedimiento, después. El desarrollo del Procedimiento sancionador conforme a las normas que lo regulan, tampoco ha lesionado el interés público. Lo que sí lesiona el interés público es la Resolución ASFI/No. 523/2012, toda vez que crea y aplica nulidades inexistentes en contra de las garantías del debido proceso, en la que obviamente se encuentra el interés público

11.- REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN SANCIONADORA

Para el caso de que el Sr. Ministro de Economía y Finanzas Públicas decidiera ingresar al fondo del presente procedimiento, conforme lo dispone el art. 68 de la Ley del Procedimiento Administrativo, pedimos respetuosamente se tengan presentes los siguientes fundamentos:

11.1. ANTECEDENTES

El presente procedimiento administrativo sancionador tuvo su inicio en el cargo establecido según nota ASFI/DSR 11/83896/2012 de 10 de julio de 2012, **cargo que fue establecido contra “la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Para La Vivienda La primera (sic)”** (como persona jurídica y no contra ningún ejecutivo ni funcionario de la Mutual en forma personal), teniendo como antecedente fáctico el **haber reportado 13 cargos de funcionarios con diferencias entre la planilla de sueldos y salarios con el Sistema de Registro** de Directores, Síndicos, Fiscalizadores internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, y como fundamento legal el **supuesto incumplimiento al Reglamento contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 2, Artículo 1, numerales 2 y 3** de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Pese a que el error operativo fue inmediatamente corregido una vez que esa Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero nos hiciera conocer sus observaciones, y no obstante de reconocerse en la Resolución contra la que presentamos el presente Recurso de Revocatoria que esa omisión operativa no tiene carácter de “recurrente”, se ha impuesto a Mutual **La Primera** como persona colectiva o jurídica, la sanción de multa pecuniaria por la suma establecida en el punto primero de la parte Resolutiva de la indicada Resolución Sancionadora ASFI/ No. 407/2007, disponiéndose, asimismo, que “esa sanción deberá ser repetida contra el Gerente General de acuerdo a procedimiento interno”.

11.2. VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD.

De acuerdo al principio de congruencia -como elemento componente del debido proceso- aplicable al procedimiento administrativo sancionador, la validez y eficacia legal de la Resolución Final que se dicte ya imponiendo sanciones o desestimando estas, requiere como condición sine qua non que exista la necesaria e imprescindible correspondencia entre los cargos notificados que determinan la materia alrededor de la cual se inicia, se desenvuelve y concluye el procedimiento sancionador, con los hechos, los fundamentos y las sanciones objeto de la Resolución Final.

Tal como tenemos señalado, en el presente procedimiento administrativo sancionador, el cargo ha sido establecido contra Mutual La Primera como persona jurídica y, siendo así, las sanciones que eventualmente pudiesen aplicarse son precisamente aquellas que recaen sobre las entidades financieras en calidad de personas jurídicas, no pudiendo aplicarse a éstas sanciones personales, pues cada una de ellas tiene naturaleza, causa y objeto completamente distintos, lo que importa que la facultad discrecional de la Administración Pública, en el caso la ASFI, se encuentra, sujeta al orden normativo que regula las sanciones en función del sujeto obligado: personales e institucionales, sin que estén (sic) permitan ni admitan que las unas sean aplicadas a las otras, de tal manera que a las sanciones institucionales no son ni pueden ser aplicables las normas que regulan y establecen sanciones personales, lo contrario importaría desconocer los principios de legalidad y de tipicidad expresamente establecidos y aplicables en todo procedimiento sancionador, por expresa disposición de los arts. 71, 72 y 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Esos principios y disposiciones legales han sido desconocidos y no aplicados en la Resolución ASFI/ No. 407/2012, al imponerse contra Mutual La Primera la sanción de multa **pecuniaria fundada en el Título XIII, capítulo II, sección 2, art. 29 del Reglamento de sanciones, pues dicho artículo regula la imposición de multas personales v no así la aplicación de multas institucionales.** Consiguientemente la sanción de multa pecuniaria impuesta en el punto primero de la Resolución impugnada, al fundarse y aplicar una multa solo aplicable a personas individuales, físicas o naturales, es decir, únicamente a “los Directores y/o funcionarios responsables” como de manera expresa e inequívoca lo establece el citado art. 29 del Reglamento de sanciones (sic) Administrativas, se lo ha hecho desconociendo los principios de legalidad y tipicidad que determinan que **“Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas en norma expresa.... Solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias”** (arts. 72 y 73 de la Ley 2341).

11.3. INAPLICABILIDAD E INCORRECTA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN DE MULTA.

De conformidad a lo dispuesto por los arts. 99 inc 2) y 101 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la sanción de amonestación “recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia de Bancos” La reincidencia en la infracción será sancionada con Multa”. Las multas pecuniarias, conforme a lo establecido por los arts. 99 incs 2) y 5) y 102 de dicha Ley, pueden ser aplicadas a las entidades financieras como personas jurídicas o bien de manera personal a los Directores, Síndicos, Gerentes y empleados, de acuerdo a la gravedad de la falta, es decir que las sanciones de amonestación y de multa se determinan en función del sujeto sancionado, dando lugar a las sanciones personales y a las sanciones institucionales, conforme al art 64 del D.S. No. 27175.

En el contexto de las normas señaladas y que se encuentran desarrolladas en el Reglamento de Sanciones Administrativas aprobados por la ASFI, la aplicación de la sanción de amonestación que puede ser institucional o personal, se aplica cuando se presentan los siguientes presupuestos legales: que se trate de una primera infracción o no tenga carácter recurrente, que se trate de una falta, infracción u omisión leves, que no causen perjuicio económico a la institución ni a sus clientes y que sean enmendadas o regularizadas.

Conforme se acredita por los antecedentes que cursan en el expediente y como bien se reconoce en la Resolución ASFI No. 407/2012, la infracción a los numerales 2 y 3 del art. 1, sección 2, Capítulo VIII, Título X de la Recopilación de Normas para bancos (sic) y Entidades Financieras, no ha causado beneficio ni daño económico a Mutual La primera (sic) ni a terceros, la omisión operativa fue enmendada inmediatamente de conocida la observación efectuada por la ASFI, se trató de una primera infracción a dicha norma reglamentaria y no tiene carácter recurrente, hechos que determinan que se trata de una falta leve y, siendo así, si correspondiera la aplicación de una sanción administrativa, esta no puede ser otra que la sanción de amonestación.

La sanción de amonestación escrita a la entidad es aplicable cuando se trata de sanciones leves, como resulta ser la inobservancia de las formas de presentación de la información, establecidas en el art. 28 del Reglamento de Sanciones Administrativas.

*La Resolución sancionadora contra la que interpusimos el Recurso de Revocatoria, al imponer una multa pecuniaria, lo ha hecho en violación del art. 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras que determina que **“Las multas establecidas en los numerales 2 y 5 del art. 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualquier forma”**, pues demostrado está que la infracción o cargo que dio lugar al presente procedimiento sancionador, no ha generado ningún beneficio a Mutual La Primera, lo que demuestra una vez más el desconocimiento de los principios de legalidad y tipicidad.*

CONCLUSIÓN:

...solicitamos (...) se dignen en pronunciar la respectiva Resolución Ministerial anulando la Resolución recurrida ASFI No. 523/2012 de 09 de octubre de 2012 y en consecuencia, se ordene que la Directora de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, pronuncie resolución resolviendo en el fondo el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Sancionadora ASFI No. 407/2012 (...). En caso de que (...) decidiera ingresar al fondo del presente procedimiento, conforme lo dispone el art. 68 de la Ley del Procedimiento Administrativo, solicitamos se dignen Revocar la sanción impuesta en la Resolución ASFI No. 407/2012 de 15 de agosto de 2012, dejándola sin efecto, o modificándola por la sanción de amonestación...”

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

La **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, mediante nota G.G. 00238/2012, remitió en fecha 19 de enero de 2012 a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sus Anexos Semestrales al 31 de diciembre de 2011, uno de los cuales (el Anexo B-1), referido a la Planilla de Sueldos y Salarios, presentó diferencias en 13 cargos de su personal, con relación al Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios.

Dicha observación dio lugar a la imputación del cargo que consta en la nota ASFI/DSR II/R-83896/2012 de 10 de julio de 2012, como a la consiguiente Resolución Administrativa -sancionatoria- ASFI/Nº 407/2012 de 15 de agosto de 2012, con la siguiente determinación:

*“...Sancionar a la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “LA PRIMERA”**, con una multa pecuniaria equivalente al 1% de su Capital Mínimo, por incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 2, Artículo 1, Numerales 2 y 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber reportado al Sistema de Registros de ASFI a 13 funcionarios con cargos diferentes a los consignados en la planilla de Sueldos y Salarios, sanción que deberá repetirse contra el Gerente General de acuerdo a procedimiento interno...”*

La Resolución Administrativa ASFI/Nº 407/2012 de 15 de agosto de 2012 fue impugnada mediante Recurso de Revocatoria en fecha 12 de septiembre de 2012, por parte de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, resolviéndose dicha impugnación mediante Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012, conforme se transcribe a continuación:

*“...**ANULAR**, el proceso sancionatorio iniciado en contra de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda “La Primera”, por contravención del Título X, Capítulo VIII, Sección 2, Artículo 1, Numerales 2 y 3, establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, hasta la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-83896 de 10 de julio de 2012 inclusive, debiendo emitirse una nueva notificación de cargos, en el marco de lo considerado en la presente Resolución...”*

Resultando la transcrita determinación, conforme sale del memorial de Recurso Jerárquico de 24 de octubre de 2012, el objeto de la controversia presente y que pasa a evaluarse y resolverse a continuación.

2. SOBRE LA ACUSADA VULNERACIÓN NORMATIVA EN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 523/2012.-

De la revisión del Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, se evidencia que, sus alegatos están referidos a dos pretensiones concretas:

- Se anule la Resolución Administrativa recurrida ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012 y en consecuencia, se ordene a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, pronuncie resolución resolviendo en el fondo el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Sancionatoria ASFI No. 407/2012.
- O alternativamente, sea la instancia Jerárquica Administrativa presente, la que revocando la Resolución ASFI No. 407/2012 de 15 de agosto de 2012, deje sin efecto la sanción impuesta o la modifique por la de amonestación, por no encontrarse

fundada en disposición legal alguna.

Con respecto a la primera pretensión, la recurrente refiere que:

“...El procedimiento administrativo establece normas a las que deben sujetarse tanto la administración pública como los sujetos regulados, no gozando aquella de ninguna prerrogativa para “Anular el procedimiento” por causas que no se encuentre expresamente establecidas por ley, por cualquier motivo y en cualquier momento, ni los sujetos regulados y a su vez sujetos de un procedimiento sancionador, facultados para pedir la nulidad o anulabilidad de actos administrativos cuya validez y eficacia no se encuentran comprendidas en las disposiciones que expresamente determinen las causas y condiciones para amparar la nulidad y la anulabilidad de los actos de la administración y las actuaciones de un procedimiento sancionador.

Así y con excepción de la nulidad de los actos administrativos señalados en el art. 35 de la Ley 2341 que son nulos de pleno derecho, (no aplicable en el presente caso) las nulidades relativas o anulabilidades de las actuaciones administrativas, se encuentran sujetas a los principios de especificidad, trascendencia y convalidación, según los cuales ningún acto emitido por la administración pública ni los actos del procedimiento pueden declararse nulos si la nulidad no se encuentra expresamente establecida por ley, si el acto cuya nulidad se pretende no ha causado perjuicios afectando los derechos del sujeto regulado y sometido al procedimiento sancionador, y si en casos de causarse esos perjuicios se hubiese convalidado o consentido con el acto originalmente afectado de anulabilidad.

*A lo anterior, correspóndenos puntualizar que **las actuaciones administrativas de esa ASFI se encuentran sujetas al “principio de sometimiento pleno a la Ley” debiendo adecuar todas sus actuaciones a las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo (arts. 1, 2 y 4 c) y el D.S. 27175, disposiciones que no le otorgan ninguna facultad, potestad ni prerrogativa, para no valorar ni considerar los fundamentos del Recurso de Revocatoria y menos para anular de oficio y por hechos no sancionados con nulidad todo el procedimiento, pues más allá que esa facultad normada como “reposición de obrados con la anulación del procedimiento” es privativa del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, por disposición expresa del art. 44 del D.S. 27175, la declaratoria de nulidad o de anulabilidad solo proceden si han sido invocadas mediante la interposición de los Recursos administrativos, como expresa y terminantemente lo disponen los arts. 35 II y 36 IV de la citada Ley 2341 de Procedimiento Administrativo y, en su caso en la vía judicial al amparo del art. 4 inc. g) y 70 de dicha Ley...**”*

La idea supra transcrita resulta en el eje lineal del recurso que se analiza, toda vez que gran parte de los restantes presupuestos que lo componen (sobre la trascendencia al caso de los principios de estabilidad del acto y de las actuaciones administrativas, de preclusión procesal, de verdad material, de legalidad y presunción de legitimidad, obligatoriedad, exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo y de analogía; sobre los derechos constituciones al debido proceso, a la defensa, a la petición, a intervenir en el procedimiento y obtener respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que se formulen, a la impugnación, a la doble instancia y a la seguridad jurídica; acerca de la validez y eficacia de los actos del procedimiento, el carácter legal de las nulidades y de las anulabilidades; sobre la normativa propia del procedimiento sancionador “incluyendo aquellas que necesariamente deben ser aplicadas en caso de interponerse Recurso de

Revocatoria” y la garantía del ejercicio de los derechos de los sujetos regulados), constituyen la serie de alegatos que la recurrente quiere hacer valer en su intención legítima, de que se anule la Resolución Administrativa recurrida ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012 y en consecuencia, se ordene a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, pronuncie una nueva resolución, resolviendo en el fondo el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa Sancionatoria ASFI No. 407/2012.

No obstante, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012, ha justificado su decisión de **ANULAR** el proceso sancionatorio, bajo los siguientes fundamentos:

“...la Notificación de Cargos, la misma que se realizó a la entidad como persona jurídica, debiendo haber sido dirigida a la persona del Gerente General como personal responsable del envío de información a esta Autoridad de Supervisión, disposición que se encuentra establecida en el artículo 5 del Capítulo VIII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que menciona: “Responsabilidad.- Es responsabilidad del Gerente General efectuar el control y seguimiento de la información registrada en el Sistema de Registro de ASFI, en cuanto a su seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad. El incumplimiento de esta responsabilidad dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas...”

Para ello, la autoridad recurrida explica además que:

“... por disposición del artículo 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), se establece como atribuciones de la Superintendencia de Bancos, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el de imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

Que, concordante con el párrafo anterior, el artículo 99 de la citada norma establece que cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas: “..2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo (...) 5. Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor. (...). Estas sanciones serán aplicadas a la entidad, quien deberá repetir contra la persona sancionada”.

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

Que, el artículo 33 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala que la Administración Pública notificará a los interesados todas las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Que, el tratamiento de las nulidades en materia administrativa se encuentra previsto en el Capítulo V del Libro Segundo de la Ley del Procedimiento Administrativo. En este contexto normativo, se tiene causales para la nulidad de pleno derecho y por otro lado, causales para la anulabilidad señaladas en el artículo 36. En este sentido, la doctrina reconoce la nulidad y anulabilidad como categorías jurídicas que, en derecho administrativo constituyen una especie de sanción para aquellos actos que no puedan integrarse al bloque de legalidad que regula la actividad administrativa, por encontrarse viciados de conformidad a las causales o situaciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Que, el artículo 37 de la citada Ley, señala que los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca, observando los límites y modalidades señalados por disposición legal aplicable, debiendo salvar los derechos subjetivos o intereses legítimos que la convalidación o saneamiento pudiese generar.

Que, el artículo 55 del Decreto Supremo N° 27113, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado de 23 de julio de 2003, dice: "... Será procedente la revocación de un acto anulable por vicios de procedimiento, únicamente cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione el interés público. La autoridad administrativa, para evitar nulidades de actos administrativos definitivos o actos equivalentes, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento dispondrá la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo..."

A este último respecto (sobre la aplicación al caso del artículo 55 del Decreto Supremo N° 27113), la recurrente ha señalado:

"...El D.S 27113, cuyo art. 55 ha sido invocado en la Resolución que impugnamos, no es aplicable a la ASFJ por expresa disposición del art. 2-II de dicho Decreto y, siendo así, se ha efectuado una aplicación de una norma inaplicable y cualquier aplicabilidad que se pretenda ya sea por analogía, ya sea por cualquier otro título **ES ILEGAL** (...)

A lo anterior debe complementarse que la nulidad de los procedimientos administrativos, solo procede si se presentan los dos presupuestos establecidos por el art. 56 (sic, debe referirse al Art. 55°) del Decreto Supremo, indebidamente aplicados en el presente procedimiento; a saber cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione al interés público. Ninguno de esos presupuestos se ha presentado en el caso que nos ocupa..."

Cabe dejar constancia que, si bien el artículo 2º, párrafo II, del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo), establece que "Los sistemas de Regulación:... Financiera – SIREFI..., aplicarán sus reglamentos promulgados para cada uno de estos sistemas, en observancia de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo", no es menos cierto que, contrariamente a lo señalado por la

recurrente, **la Disposición Adicional Segunda del Reglamento a la Ley N° 2341** (aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, aquel cuya aplicación tacha la recurrente de ilegal) determina clara e inequívocamente que: *“el presente Reglamento constituye la norma Jurídica marco para la Administración Pública. Los Sistemas de Regulación, SIRESE, SIREFI y SIRENARE, y otros que se crearen conforme a ley, a falta de disposición expresa, lo aplicarán por vía supletoria.”*

Asimismo, conforme se ha transcrito arriba, la Autoridad recurrida ha resuelto la nulidad (relativa) de obrados, por cuanto la notificación del cargo *“se realizó a la entidad como persona jurídica”*, circunstancia que desde luego y más allá de importar una infracción al elemental criterio de justicia, determina que de la forma que sale de la última parte del artículo primero, de la Resolución Administrativa ASFI/N° 407/2012 de 15 de agosto de 2012, se esté sancionando al Gerente General de la entidad recurrente, sin que con respecto al mismo se hubieran observado los procedimientos previstos por los artículos 65° y 66° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo (aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003), entonces en infracción al debido proceso, justificando plenamente la nulidad relativa dispuesta, por cuanto de esta manera, se ha generado la indefensión al Administrado, en este caso, **el Gerente General de la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** quien, **como persona natural y dada su situación funcional**, también se encuentra incluida dentro del campo de acción de la Autoridad de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Ahora bien; la resolución recurrida ha establecido que:

“...de la revisión del expediente administrativo se puede evidenciar que éste proceso administrativo sancionatorio se inició a raíz de la Notificación de Cargos, la misma que se realizó a la entidad como persona jurídica, debiendo haber sido dirigida a la persona del Gerente General como personal responsable del envío de información a esta Autoridad de Supervisión...”

Declaración que resulta francamente liberatoria de la responsabilidad sancionable que a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** pudo haberse atribuido por la conducta infringida, dado que establece que debió *“haber sido dirigida a la persona del Gerente General como personal responsable”* en lugar de la misma, se constituye en la base de la nulidad relativa dispuesta, por lo que se extraña que, no causando agravio alguno a la entidad recurrente la determinación del Ente Regulador, sea la misma la que resulte impugnarla y no así sobre quien se dirige una eventual notificación de cargos: su Gerente General, entendido como persona natural entonces en inobservancia de los artículos 56°, párrafo I, de la Ley N° 2341 (dice: *“a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio”*) y 37° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (dice: *“afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos o intereses legítimos”*), en ambos quedando sujeto al criterio de la recurrente, agravios de los que no existe evidencia alguna con respecto a la misma en la resolución recurrida (conforme lo señalado), circunstancia que a su vez justifica la determinación que sale en la parte final de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

En definitiva, teniendo en cuenta que era la pretensión de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE**

AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”, dejar sin efecto la sanción impuesta en su contra, conforme sale del memorial de Recurso de Revocatoria de 12 de septiembre de 2012, resulta concluyente el que el estado actual del proceso refleja haberse atendido favorablemente tal solicitud, lo que no importa se esté sujetando el proceso actual a un trámite separado o distinto, o que el mismo no vaya a merecer una resolución definitiva, toda vez que de la forma que ha dispuesto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tales extremo habrán de producirse en función de que se decida imputar cargos, o se decida desestimarlos.

Es pertinente advertir a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que en el estado actual del proceso y en el tratamiento que vaya a imponer al trámite, debe estar sujeto al principio de presunción de inocencia y a la naturaleza investigativa de las diligencias preliminares, lo que obliga a evitar cualquier criterio que pretenda desde ya concluir en responsabilidades no establecidas.

Por su parte, debe tener presente la recurrente, que la Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012, no pudo haber impuesto cargo alguno, por cuanto más bien viene a disponer se emita una nueva notificación de cargos, es decir, se de inicio al procedimiento como corresponda, en el que deberá considerarse la pertinencia o no de tal imputación por parte de la autoridad competente para ello.

Por lo demás y siendo la preocupación principal de la recurrente, el que la Administración Pública no goce “de ninguna prerrogativa para Anular el procedimiento”, resulta pertinente traer a colación el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF-URJ N° 030/2010 de 26 de noviembre de 2010, transcrita, en lo que interesa, a continuación:

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

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

...la jurisprudencia administrativa ha compulsado la posibilidad de que el órgano de regulación pueda anular sus propios actos estableciendo requisitos esenciales para su

procedencia; en este contexto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 30/2005 de 16 de agosto de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del SIREFI señala:

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

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

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

Por consiguiente y en definitiva, el Ente Regulador tiene la facultad de pronunciarse y decidir una nulidad relativa de obrados como lo ha hecho en la Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012.

Entonces, con relación a la segunda pretensión del Recurso Jerárquico (aquella referida a que la instancia Jerárquica Administrativa revoque la Resolución ASFI No. 407/2012 de 15 de agosto de 2012 y deje sin efecto la sanción impuesta o la modifique por la de amonestación), dado todo lo expresado supra, evita de mayor consideración al presente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI No. 523/2012 de 9 de octubre de 2012, que en Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/Nº 407/2012 de 15 de agosto de 2012, anuló el proceso sancionatorio

hasta la notificación de cargos ASFI/DSR/ II/R-83896 de 10 de julio de 2012, todos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DFP/Nº 827-2012 DE 25 DE OCTUBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL
DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°013/2013 DE 01 DE ABRIL DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 013/2013

La Paz, 01 de Abril de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 827-2012 de 25 de octubre de 2012, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°425-2012 de 19 de junio de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 011/2013 de 01 de febrero de 2013 e Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 26/2013 de 14 de febrero de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 16 de noviembre de 2012, **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones**, representada legalmente por su Gerente de Inversiones el Sr. José Antonio Gil, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 563/2001 de fecha 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 827-2012 de 25 de octubre de

2012, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°425-2012 de 19 de junio de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 27 de noviembre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones**, mismo que fue notificado el 4 de diciembre de 2012.

Que, en fecha 14 de diciembre de 2012, a horas 15:00, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones**.

Que, mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 014/2013 de 25 de enero de 2013, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas solicitó documentación e información complementaria, la cual fue atendida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DJ/DFP/5755/2013 de 01 de febrero de 2013, señalando lo siguiente:

*"En atención a su nota de referencia, en la que solicita documentación e información, referida al Asegurado Víctor Hugo Morales Morales con **CUA 27377969**, informamos lo siguiente:*

- 1. Fecha de liquidación de la Pensión por Muerte.** De acuerdo con la información proporcionada por la Administradora de Fondos de Pensiones es el 04 de septiembre de 2009, adjunto se remite Acta, correo electrónico e impresión de pantalla, a través de los cuales se identifica la fecha señalada.
- 2. Documentación que evidencia el anuncio realizado por el Empleador para realizar el pago del Recargo.** Al respecto, si bien este documento no es requerido por la normativa referida a Recargos, Futuro de Bolivia S.A. AFP proporcionó fotocopia de la Hoja de Cálculo del Capital Necesario (adjunto a la presente), en el que se evidencia que la fecha de Cálculo de la Reserva es del 11 de noviembre de 2009, aspecto que también se señala en el Acta, la cual también se adjunta para su conocimiento.
- 3. Notificación con el Recargo al Empleador.** Se adjunta fotocopia de la nota GR.CBBA./4493/2009 de 12 de noviembre de 2009.
- 4. Boleta de Pago del Recargo.** Se adjunta fotocopia de la Boleta de Pago de Deudas por Aportes al Seguro Social Obligatorio N° 01455183 de 18 de noviembre de 2009, correspondiente al Asegurado Víctor Hugo Morales Morales..."

CONSIDERANDO:

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

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante nota APS/DJ/1788/2012 de 12 de marzo de 2012, notificó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con los siguientes cargos, referentes a la fiscalización realizada a trámites de Recargos detectando

posibles incumplimientos al inciso a) del artículo 33 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y normativa emitida para el efecto, como sigue:

- **Cargo N° 1**, por incumplimiento a la última parte del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 6 de abril de 2009.
- **Cargo N° 2**, por incumplimiento a los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006.
- **Cargo N° 3** por incumplimiento a los artículos primero, tercero y cuarto de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006 y a los artículos 4 y 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 6 de abril de 2009.

Mediante nota FUT.APS.CR.1079/2012 de 17 mayo de 2012, Futuro de Bolivia S.A. AFP presentó descargos.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/N° 425-2012 DE 19 DE JUNIO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, resuelve:

“...PRIMERO.- Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N° 1**, con multa en Bolivianos equivalente a \$us5.001 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento a la parte última del artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, en los **NUA 2798529 y 34148668**.

SEGUNDO.- Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N° 2**, con multa en Bolivianos equivalente a \$us5.001 (CINCO MIL UN 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento a los incisos a) y b) del artículo Décimo Octavo de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006, en los **NUA 27377969, 33539674, 34658853 y 26816908**.

TERCERO.- Desestimar sanción por el **Cargo N° 3**.

CUARTO.- La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación CUT N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.

QUINTO.- I. La AFP deberá efectuar el recálculo correspondiente, tomando en cuenta lo siguiente: **a)** En el caso del **Cargo N° 1**, deberá considerar en los **NUA 2798529 y 34148668**, el Coeficiente de Distribución conforme indica la normativa. **b)** En el caso del **Cargo N° 2**, deberá considerar el valor de la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) publicado por el Banco Central de Bolivia, en la fecha que establece la norma, para los **NUA 27377969, 33539674, 34658853 y 26816908**.

II.- Conforme lo establecido en el párrafo anterior, la Administradora deberá devolver al empleador con recursos propios, los saldos adeudados por los **NUA 2798529 y 34148668**, correspondientes al **Cargo N° 1** y reponer con recursos propios los saldos adeudados; así como la rentabilidad perdida, a los **NUA 27377969, 33539674, 34658853 y 26816908**, los cuales corresponden al **Cargo N° 2**.

III.- La Administradora deberá cumplir las instrucciones establecidas en los párrafos I y II, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa. Asimismo, deberá enviar un informe documentado detallando el recálculo y los saldos devueltos o repuestos, a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en el plazo de un (1) día hábil administrativo.

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 9 de agosto de 2012, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, refiriendo lo siguiente:

En cuanto al Cargo N° 1 correspondiente a los NUA's 2798529 y 34148668 (hoy CUA's):

" ...

- El artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, establece en su párrafo segundo la definición de **Recargo RC/RP, como:** "...el veinte por ciento (20%) del Capital Necesario que debe ser pagado por el o los empleadores, **aplicando las formulas (sic) de cálculo establecidas en los numerales 1 o 2 del artículo Décimo Cuarto del Capítulo II de la R.A. 883**".

- La Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006 determina en el numeral 1, de su artículo Décimo Cuarto, que el "...1. Capital Necesario para financiar Pensiones por Invalidez a ser pagado por el (los) Empleadores(es), que el procedimiento para establecer el factor del Coeficiente de Distribución (F_1), debe realizarse dividiendo el N° de meses en mora entre el Periodo Considerado, realizando dos cálculos (F_{11} y F_{12}), para este fin se utilizara (sic) un Periodo Considerado de:

60 meses o si el afiliado tuviera menos, el número de meses transcurridos entre fecha de inicio o primer aporte al SSO y le fecha de siniestro) para el cálculo de F_{11}

36 meses, para el cálculo de F_{12} , aplicable sólo para casos de enfermedad.

Tomándose como factor final F_1 el resultado mayor entre los dos, aspecto que también se muestra en el cuadro de su nota de imputación, al corresponder ambos casos a enfermedad."

- En Tercer lugar, cabe señalar que los criterios utilizados en el cuadro de comparación realizados por la APS (Pág. 4 R.A. 425), demostraría que repercute en

el resultado del monto para efectos de cobro, el uso de "Periodos 'Considerados' diferentes (36 y 60) , que en estos casos, aunque signifique una mínima diferencia numeral y dentro la línea del entendimiento seguida por la APS, implica una aparente infracción de nuestra parte, que muestra la falta, de un razonamiento que involucre el total de factores intervinientes en el proceso de cálculo y determinación del monto a cobrar bajo el Concepto de Recargo. En este sentido, además de considerarse el procedimiento y formulas (sic) establecidas para determinar la Reserva Actuarial para el Recargo, dentro de la concatenación de elementos que son de cumplimiento obligatorio(CN), representado tanto por elementos de orden normativo legal, así como procesos técnicos matemático-actuariales, estos representan un todo, cuyo resultado es precisamente el cálculo del Capital Necesario mencionado, en este sentido cabe explicar que nuestra AFP, fundamenta su posición haciendo referencia al artículo 3 de la R.A. 244/2009 y la Definición de "Recargo RC/RP", ya que dentro de los elementos que encierra, se encuentra como parte constituyente el "Periodo Considerado", por medio del cual se puede establecer el Factor de Distribución así como el Factor de Proporción de Mora (que muestran diferencias en su aplicación si en el Periodo Considerado existiese más de un empleador), por tanto el aparente intento de mostrar ambos elementos, "Recargo RC/RP" - "Periodo Considerado", como aislados y sin vinculo (sic) entre sí en la resolución de sanción ahora impugnada, incide directamente en la interpretación global de la norma, ya que impide observar que dicha interpretación sesgada e incompleta de la norma no muestra que la definición del "Periodo Considerado" se encuentra incluida como elemento constituyente de la definición de "Recargo RC/RP", por tanto debe ser determinada por las formulas existentes en la Resolución Administrativa 883/2006, es un error que obviamente repercute en el resultado del razonamiento legal de parte de la APS, que no observa, por un lado que la misma norma nos señala el uso de formulas (sic) de cálculo de la R.A. 883/2006 y por el otro nos indica reglas para efectos de tomar un "Periodo Considerado", lo que implica que si la AFP da cumplimiento a las formulas (sic) de cálculo de Recargo establecidas en la R.A. 883/2006 incurre en supuesta infracción de la R.A. 244/2009 (tal el caso presente), por otro lado, si la AFP diera cumplimiento al Periodo Considerado de acuerdo a la R.A. 244/2006 significaría el incumplimiento de la R.A. 883/2006, ante esta inusual situación, correspondía que la AFP en cumplimiento de su rol de Buen Padre de Familia, realice la acción que sea más favorable al Fondo de Riesgos involucrada y que administra de acuerdo a normativa, es decir, en cumplimiento de reglamentación normada, calcular el monto mayor destinado al Fondo de Siniestralidad, que significa comprender bajo el concepto de "Periodo Considerado" en el NUA (CUA) 2798529 y en el NUA (CUA) 34148668 treinta y seis (36) meses

De la respuesta realizada de nuestra parte, mediante nota FUT.APS.CR 1194/2012 de 04 de junio de 2012 y, de acuerdo al tenor de la resolución de sanción, se difiere que la APS no realizo (sic) un análisis que comprenda el cumplimiento del parágrafo III del decreto (sic) Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, es decir, no se aplicó una valoración de la prueba en su integridad y de acuerdo con el principio de la Sana Critica definida como las "reglas del correcto entendimiento humano", que supone al menos los siguientes elementos para producir un razonamiento aceptable:

razones lógicas, científicas, técnicas y de experiencia, para este fin correspondía por parte de la APS que dichas razones sean expresadas y ampliadas en el tenor de la resolución dentro su parte considerativa, acto administrativo que adolece de éste aspecto y que limita su fundamentación a una emisión de criterios de orden subjetivo, omitiendo de su parte desarrollar y expresar claramente la motivación de la imposición de una sanción que no puede referirse únicamente a la inexistencia de alegaciones de descargo en el expediente, sino a la apreciación de la realidad de la infracción, de su correcta tipificación y graduación, así como la ausencia de circunstancias atenuantes e incluso eximentes. La necesaria especificación de las circunstancias que individualizan la imposición de las sanciones es requisito ineludible en un procedimiento de este tipo, requisito, cuya necesidad ha de valorarse caso por caso, pero que no puede ser suplido por, la ausencia de alegaciones de descargo como única razón que justifique la imposición de la sanción...”

En cuanto al Cargo Nº 2, correspondiente a los NUA's 27377969, 33539674, 34658853 y 26816908, refiere lo siguiente:

“...NUA(CUA) 27377696(sic).- VÍCTOR HUGO MORALES MORALES.- El cálculo fue realizado en fecha 10/11/2009, el pago del Recargo por parte del empleador consideró dicho calculo (sic), sin embargo, los documentos de notificación expresan una fecha' posterior **a la efectivamente calculada**, hecho que en el fondo no comprende incumplimiento de la normativa, ya que el cálculo con fecha reflejada en nuestro sistema, señala la fecha de cálculo efectivo que coincide con el informado y presentado como descargo, es decir, se realizo (sic) el uso del valor a dicha fecha y publicado por el BCB (ES DECIR 10/11/2009).

La aseveración presentada en el sentido de haberse realizado el cálculo del Recargo en fecha 10 de noviembre de 2009, no cuenta con la debida verificación de parte de la APS, dicho dato de registro se encuentra en nuestra base datos, que en un, proceso realizado in situ, bien pudo ser evidenciado por los personeros de la APS al momento de la revisión de los actuados correspondientes a la fiscalización y cuya captura de pantalla se adjunta al presente recurso, dato que en cumplimiento del principio de verdad material corresponde ser analizado y contar con juicio de orden legal que cuente con la información completa para su emisión, toda vez que este aspecto implicó la determinación de parte, de su Autoridad de pruebas consideradas como insuficientes, generando una sanción pecuniaria así como instrucción de reposición con recursos propios de la diferencia, aspecto que se traduce en una diferencia de Bs.- 1,45 (Un boliviano 45/100), monto que además no guarda relación simétrica con la sanción impuesta.

La cualidad de las actuaciones de parte de la AFP, el monto impuesto de sanción, los perjuicios generados si estos existiesen o la existencia de reincidencia como elementos; que forman parte de una correcta aplicación del Principio de Proporcionalidad, en el presente caso adolece de una evidente arbitrariedad e incumplimiento que genera efecto de nulidad de dicha actuación administrativa.

NUA(CUA) 33539674.- AUGUSTO GERARDO ARIAS SEVILLA.- El cálculo data del 12/01/2010, sin embargo, el mismo para efectos de pago debió comprender un Recálculo previo de acuerdo al inciso f) del artículo 7 y del inciso i. del artículo 12 de la R.A. 244/2009, que en el presente caso efectivamente se realizó, de acuerdo a la norma citada y a efectos de inicio de Proceso Judicial de cobro, es decir, no se concretó dicho cobro con el uso de un valor de UFV diferente, como respaldo de esta afirmación se remitió un último Recálculo efectuado en fecha 01/02/2010; que al igual que en el anterior caso, no se valoró y no cuenta, con el rechazo fundamentado de dicha prueba, dentro del análisis legal de los particulares del caso y, que implica la omisión de la valoración de elementos atenuante y/o eximentes existentes, aspecto que es reflejado en la sanción impuesta, que incluso en cumplimiento de la instrucción de reposición se evidencia que al haberse realizado dicho recalcu no genera ninguna deferencia para reposición ya que el cobro fue efectuado con el monto correcto de acuerdo a normativa.

NUA (CUA) 34558853.- MARCELINO QUISPE ADUVIRI. El cálculo data de 12/01/2010, sin embargo, el mismo para efectos de pago comprende un Recálculo previo de acuerdo al inciso f) del artículo 7 y del inciso i. del artículo 12 de la R.A. 244/2009, que en el presente caso correspondía Recálculo antes del pago a realizarse por parte del empleador (pagado en fecha 10/02/2010), es decir, se realizó (sic) un Recálculo para efectos de pago en fecha 09/02/2010, mismo que sirvió para el pago de la boleta N° 1467192 de 10/02/2010.

Se hace notar que en este caso el cálculo del monto sujeto a reposición es de (Bs.- 1,16) Un boliviano 16/100, monto que no guarda relación con el monto pecuniario de sanción, que representa un monto totalmente diametral.

NUA (CUA) 26816908 ALFONSO NESTOR HIDALGO FLORES.-

Al igual que el anterior caso, y como fue informado a su Autoridad junto al envío de documentación, informando el cumplimiento de la Resolución de la sanción...”

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/N° 827-2012 DE 25 DE OCTUBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 827-2012 de 25 de octubre de 2012 la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve Declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, por los motivos y fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente acto.

Los argumentos de la presente resolución son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que de conformidad al artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo “Los recursos administrativos previstos en la presente Ley serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso desestimando

el recurso si este estuviere interpuesto fuera de término, **no cumplierse las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables**, o si no cumplierse el requisito de legitimación establecido en el Artículo 11 de la presente Ley” (las negrillas son nuestras).

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

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

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

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

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

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

derechos o intereses legítimos la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012.

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

Que con relación al tercer elemento de procedencia se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha cumplido con el pago de la multa, conforme se verifica de la notas FUT-APS.GG-1543/07/12 de 26 de julio de 2012 y COM.INT.DAF/PCT/418/2012 de 23 de octubre de 2012, por el importe de Bs68.613,72 (SESENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS TRECE 72/100 BOLIVIANOS) equivalentes a \$us10.002,00 (DIEZ MIL DOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) impuestos como sanción por la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425 – 2012 de 19 de junio de 2012.

Que en lo que refiere al último de los requisitos de procedencia se constata que, la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425 – 2012 de 19 de junio de 2012 en la disposición QUINTA instruye (obligación) que la AFP en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de notificada la Resolución Administrativa, efectúe el recálculo correspondiente y la devolución de saldos adeudados con recursos propios en dos (2) casos correspondientes al **Cargo N° 1** al Empleador, así como debería efectuar también con recursos propios, la reposición de saldos adeudados y la rentabilidad perdida a la Cuenta Personal Previsional en cuatro (4) casos, correspondientes al **Cargo N° 2**.

Que a mayor referencia conceptual, la misma Resolución Ministerial Jerárquica 012/2011, determinó lo siguiente:

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

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

Que al respecto, se tiene que la AFP ha incumplido con uno de los requisitos para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria, al omitir dar estricto cumplimiento total a lo resuelto en la disposición QUINTA de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425 – 2012 de 19 de junio de 2012, que expresamente fija las obligaciones a ser realizadas en plazo determinado, tal como se expresa a continuación:

“QUINTO.- I. La AFP deberá efectuar el recálculo correspondiente, tomando en cuenta lo siguiente: a) En el caso del Cargo N° 1, deberá considerar en los NUA 2798529 y 34148668, el Coeficiente de Distribución conforme indica la normativa. b) En el caso del Cargo N° 2, deberá considerar el valor de la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) publicado por el Banco Central de Bolivia, en la fecha que establece la norma, para los NUA 27377969, 33539674, 34658853 y 26816908.

II.- Conforme lo establecido en el párrafo anterior, la Administradora deberá devolver al empleador con recursos propios, los saldos adeudados por los NUA 2798529 y 34148668, correspondientes al Cargo N° 1 y reponer con recursos propios los saldos adeudados; así como la rentabilidad perdida, a los NUA 27377969, 33539674, 34658853 y 26816908, los cuales corresponden al Cargo N° 2.

III.- La Administradora deberá cumplir las instrucciones establecidas en los párrafos I y II, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa. Asimismo, deberá enviar un informe documentado detallando el recálculo y los saldos devueltos o repuestos, a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en el plazo de un (1) día hábil administrativo”. (El subrayado es nuestro).

Que es necesario considerar que, Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.APS.CR.1538/2012 de 26 de julio de 2012 recepcionada el 27 de julio de 2012, expresa:

“CARGO 1- FACTOR DE DISTRIBUCIÓN

Se recalculó los Capitales Necesarios en los casos de los asegurados Aida Pedraza Olmos con CUA 34148668 y Adrián Bautista Ortuste con CUA 2798529, de acuerdo a lo instruido por su Autoridad, considerando 60 o si tuviera menos, el N° de meses entre la fecha de inicio y fecha de siniestro, como Periodo Considerado para cálculo del Factor de Distribución:

CUA	Empleador	NIT	Fecha de Cálculo	Cálculo utilizado para pago			Recálculo para devolución al empleador			Diferencia en Bs
				Monto del Recargo UFV	T/C UFV	Monto del Recargo Bs	Monto del Recargo UFV	T/C UFV	Monto del RECARGO Bs	
34148668	Integral Agropecuaria S.A.	1015219027	10/02/2010	456.503.570	153.805	7021.25	310.077.897	15.381	4769.15	2.252.10
2798529	Honorable Alcaldía de Punata	123205020	01/03/2012	10.984.617	173.749	1908.57	65.907.704	17.375	1145.14	763.43
Diferencia a pagar a empleadores										3.015.53

Se adjunta a la presente copia de las órdenes de pago y cheques generados para la devolución de importes a los empleadores.

CARGO 2- TIPO DE CAMBIO UFV

Caso 1

Asegurado(a)	NUA	Empleador	NIT
Victor Hugo Morales Morales	27377969	Empresa Constructora Ayala Tejada	120561025

La fecha de cálculo y tipo de cambio de UFV empleados corresponden al 10/11/2009, pero el cálculo considera una fecha del 11/11/2009, por lo que se recalculó el Recargo al 10/11/2009, generando diferencia a devolver al empleador más intereses.

Recargo calculado al 10/11/2009						Recargo recalculado al 10/11/2009					
Fecha de la Hoja de Cálculo	Monto del Recargo UFV	T/C UFV	Fecha del tipo de cambio	Monto del Recargo en Bs	Estado del Recargo	Fecha de la Hoja de Cálculo	Monto del Recargo UFV	T/C UFV	Fecha del tipo de cambio	Monto del Recargo en Bs	
11/11/2009	2,998.46	1.53622	10/11/2009	4,606.29	Pagado	10/11/2009	2,997.72	1.53622	10/11/2009	4,605.16	
Diferencia a pagar al empleador (Bs)			Diferencia e intereses			Diferencia e intereses			TOTAL A PAGAR AL EMPLEADOR		
1.13			0.32			1.45			1.45		

Caso 2

Asegurado(a)	NUA	Empleador	GOB
Augusto Gerardo Arias Sevilla	33539674	Magisterio La Paz (Prefectura)	352

Se calculó el 12/01/2010 con T/C UFV del 10/01/2010. No obstante el Recargo no fue pagado, existiendo recalculó al 01/02/2010, por lo que no existe monto a reponer ni intereses.

Recargo calculado al 12/01/2010						Recargo recalculado al 01/02/2010 para genera Nota de Débito					
Fecha de la Hoja de Cálculo	Monto del Recargo UFV	T/C UFV	Fecha del tipo de cambio	Monto del Recargo en Bs	Estado del Recargo	Fecha de la Hoja de Cálculo	Monto del Recargo UFV	T/C UFV	Fecha del tipo de cambio	Monto del Recargo en Bs	
12/01/2010	561.61	1.53774	10/01/2010	863.61	Proceso Judicial	01/02/2010	563.45	1.53796	01/02/2010	866.57	
Diferencia a pagar al empleador (Bs)			Diferencia e intereses			Diferencia e intereses			TOTAL A PAGAR AL EMPLEADOR		
0.00			0.00			0.00			0.00		

Caso 3

Asegurado(a)	NUA	Empleador	NIT
Alfonso Néstor Hidalgo Flores	26816908	Silvia Graciela Calderón Herbas	3856168012

Se calculó el 12/01/2010 pero con T/C UFV del 10/01/2010, por lo que se recalculó el Recargo con el tipo de cambio del 12/01/2010, generando diferencia a devolver al empleador más intereses.

Recargo calculado al 12/01/2010						Recargo recalculado al 12/01/2010					
Fecha de la Hoja de Cálculo	Monto del Recargo o UFV	T/C UFV	Fecha del tipo de cambio	Monto del Recargo en Bs	Estado del Recargo	Fecha de la Hoja de Cálculo	Monto del Recargo UFV	T/C UFV	Fecha del tipo de cambio	Monto del Recargo en Bs	
12/01/2010	3,211.52	1.53774	10/01/2010	4,938.49	Pagado	12/01/2010	3,210.92	1.53776	12/01/2010	4,937.63	
Diferencia a pagar al empleador (Bs)			Diferencia e intereses			Diferencia e intereses			TOTAL A PAGAR AL EMPLEADOR		
0.86			0.30			1.16			1.16		

Caso 4

Asegurado(a)	NUA	Empleador	NIT
Marcelino Quispe Aduviri	34658853	International Mining Company	1004659022

Se calculó el 12/01/2010 con T/C UFV del 10/01/2010, no obstante el Recargo fue pagado tras un recálculo el 09/02/2010, con el tipo de cambio UFV a esa fecha, no existiendo monto a reponer ni intereses.

Recargo calculado al 12/01/2010						Recargo recalculado al 09/02/2010 para pago por el empleador				
Fecha de la Hoja de Cálculo	Monto del Recargo UFV	T/C UFV	Fecha del tipo de cambio	Monto del Recargo en Bs	Estado del Recargo	Fecha de la Hoja de Cálculo	Monto del Recargo UFV	T/C UFV	Fecha del tipo de cambio	Monto del Recargo en Bs
12/01/2010	6,909.66	1.53774	10/01/2010	10,625.27	Pagado	09/02/2010	6,928.46	1.53804	09/02/2010	10,656.24

Diferencia e intereses		
Diferencia a pagar al empleador (Bs)	Interés a pagar (Bs)	TOTAL A PAGAR AL EMPLEADOR
0.00	0.00	0.00

Se adjunta a la presente copia de las órdenes de pago y cheques generados para la devolución de importes a cada uno de los empleadores, de similar forma se remite copia de los recálculos realizados en los casos que generaron diferencias”.

Asimismo, el 02 de agosto de 2012, mediante nota FUT.APS.CR.1593/2012, Futuro de Bolivia S.A. AFP afirma que en complemento a su nota FUT.APS.CR.1538/2012, remite documentación que respaldaría las gestiones realizadas para dar cumplimiento a lo establecido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012, señalando: “Por medio de la presente y en complemento a nuestra nota FUT.APS.CR. 1538/2012 del pasado 26/07/2012, tenemos a bien remitir a su Autoridad la documentación sobre las gestiones realizadas por parte de nuestra AFP para que los empleadores Integral Agropecuaria S.A., Honorable Alcaldía Municipal de Punata, Empresa Constructora Ayala Tejada y Silvia Graciela Calderón Herbas, puedan apersonarse por nuestras Oficinas Regionales para la devolución de los saldos de Recargo de acuerdo a la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/425/2012”.

Que mediante Auto de 03 de agosto de 2012 notificado el 09 de agosto del mismo año, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, determina apertura de término de prueba de diez (10) días hábiles administrativos, con el objeto de que Futuro de Bolivia S.A. AFP aclare y remita la siguiente documentación, que permita un mejor análisis sobre el cumplimiento de las instrucciones establecidas mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012:

“Cargo 1. Coeficiente de Distribución.

La AFP en su nota FUT.APS.CR. 1538/2012 de 26 de Julio de 2012, señala: “Se adjunta a la presente copia de las órdenes de pago y cheques generados para la devolución de importes a los empleadores”; sin embargo, considerando que los numerales II y III del artículo quinto, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, instruyen: “II.- Conforme lo establecido en el párrafo anterior, la Administradora deberá devolver al empleador con recursos propios, los saldos adeudados por los NUA 2798529 Y 34148668 correspondientes al Cargo N° 1 (...).

(...) Asimismo, deberá enviar un informe documentado detallando el recálculo y los saldos devueltos o repuestos, a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en el plazo de un (1) día hábil administrativo” (el subrayado es nuestro), la AFP deberá remitir a esta Autoridad los comprobantes contables que respaldan las devoluciones realizadas con recursos propios.

Cargo N° 2. Utilización de tipo de cambio incorrecto – UFV.

En base a lo informado en la nota FUT.APS.CR. 1538/2012 de 26 de Julio de 2012, Futuro de Bolivia S.A. AFP efectuó el recálculo de los casos observados en el presente cargo, habiendo modificado la fecha y el monto del Recargo en UFV; sin embargo, el Cargo está orientado a la aplicación de un tipo de cambio de UFV incorrecto, por lo que la AFP deberá aclarar y remitir los respaldos necesarios para justificar el cambio del monto y fecha de cálculo del Recargo, respecto de los **NUA 27377969 y 34658853**.

Asimismo, del informe presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se advierte la determinación de un “interés” a favor del Empleador por los **NUA 27377969 y 34658853**, por lo que la AFP deberá aclarar la normativa que aplicó para el cálculo del interés, toda vez que el numeral II del artículo quinto, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, instruye “(...) reponer con recursos propios los saldos adeudados; así como la rentabilidad perdida, a los **NUA 27377969, 33539674, 34658853 y 26816908**, los cuales corresponden al **Cargo N° 2**” (el subrayado es nuestro), determinándose mediante esta instrucción que la reposición corresponde al Fondo de Capitalización Individual.

Por otra parte, la AFP, al remitir “(...)órdenes de pago y cheques generados para la devolución de importes a cada uno de los empleadores(...)”, no cumplió lo instruido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, que establece: “reponer con recursos propios los saldos adeudados; así como la rentabilidad perdida, a los NUA 27377969, 33539674, 34658853 y 26816908, los cuales corresponden al **Cargo N° 2**.” (el subrayado es nuestro). Por lo que la Administradora deberá remitir a esta Autoridad los comprobantes contables que respalden las reposiciones realizadas con recursos propios, para los **NUA 27377969 y 34658853**.

Finalmente, con relación al **NUA 33539674**, la AFP remitió la Hoja de Cálculo del Capital Necesario del 09 de febrero de 2010, misma que no consigna firmas de elaboración ni aprobación, debiendo remitir por tanto, dicha documentación con las firmas correspondientes. Asimismo, deberá remitir la Boleta de Pago de Deudas por Aportes al Seguro Social Obligatorio, en la que se pueda evidenciar el pago del Recargo de acuerdo con el respaldo remitido por la AFP”.

Que mediante nota FUT.APS.JR.1761/2012 de 23 de agosto de 2012, Futuro de Bolivia S.A. AFP remite respuesta al Auto de Prueba de 03 de agosto de 2012, señalando:

"Cargo 1 - Coeficiente de Distribución

En atención a la instrucción emitida por su Autoridad, dentro el proceso sancionatorio a nuestra institución, tenemos a bien complementar la documentación remitida mediante notas FUT.APS.CR.1538/2012 y FUT.APS.CR. 1593/2012, y a tiempo de ratificar que las devoluciones a los empleadores Integral Agropecuaria S.A. y Honorable Alcaldía de Punata fueron realizadas con recursos propios, se tiene a bien aclarar que tanto las Órdenes de Pago como los cheques emitidos llevan consignado el N° de Cuenta Corriente **201-4001505374** que pertenece a nuestra Administradora de Fondos de Pensiones.

Se remite además la impresión del movimiento contable realizado por el sistema contable automatizado SAP, que muestra claramente el número de Cheque, el monto, el número de Cuenta Corriente, la fecha de movimiento, que condice con la información reflejada en las respectivas Ordenes de Pago, que fuese remitida anteriormente a su Autoridad.

En este sentido se remite nuevamente la copia de las Órdenes de Pago y los cheques, además del movimiento contable, cuyos datos pertinentes se encuentran resaltados en cuanto a lo señalado.

Cargo 2 - Utilización del Tipo de Cambio incorrecto de la UFV

a) Primer párrafo.-

En el caso de nuestro asegurado Víctor Hugo Morales Morales con CUA 27377969, tal y como se explicó a su Autoridad en nota FUT.APS.CR. 820/2012, el cálculo fue realizado al 10/11/2009, por lo que consideró el tipo de cambio de la UFV de dicha fecha, sin embargo al emitirse el cálculo a fecha 11/11/2009, se generó una variación en el monto del Capital Necesario.

Esta situación fue regularizada mediante un nuevo recálculo del Recargo al 10/11/2009, considerando todas las variables a dicha fecha, habiéndose identificado una diferencia de Bs. 1.13, tal cual fue detallado en el cuadro de nuestra nota FUT.APS.CR. 1538/2012.

En el caso de nuestro asegurado (sic) Marcelino Quispe Aduviri con CUA 34658853, el cambio de monto y tipo de cambio de la UFV se dio en función al recálculo de Recargo realizado en fecha 09/02/2010, día previo al pago de Recargo por parte del empleador, dando cumplimiento al numeral iii del Artículo 12° de la R.A. 244/2009.

b) Segundo párrafo.-

Las reposiciones instruidas en el caso de los CUA 27377969, 33539674, 34658853 y

26816908, corresponden a casos de Recargo **con cobertura**, por lo que aplica para los mismos la R.A. 244/2009, norma que en el párrafo segundo del Artículo 130 (sic) determina que el "... Recargo se acreditará en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales según corresponda..."

En este sentido, las reposiciones correspondían ser efectuadas a los empleadores, para este efecto las mismas fueron realizadas considerando adicionalmente un interés o rendimiento, este extremo fue realizado en base a la tasa utilizada en el cobro de intereses por mora a los empleadores de acuerdo a R.A. 049/2004, que equivale a la tasa mayor entre la rentabilidad promedio de los fondos de pensiones y la tasa bancaria activa comercial promedio.

Este monto de interés aplicado, no significa en ningún momento el incumplimiento de lo instruido por su Autoridad en la Resolución 425-2012 de sanción, al contrario se incluyó (sic) un interés al monto repuesto con recursos propios de nuestra AFP.

c) Tercer párrafo.-

Tal como se informó en nuestra nota FUT.APS.CR. 1538/2012, en los casos de los asegurados Sres. Arias Sevilla (CUA 33539674) y Quispe Aduviri (CUA 34658853), no se generó ninguna diferencia a reponer dado que ambos Recargos fueron recalculados correctamente, sin concretarse daño alguno para el asegurado, los fondos o terceros (empleadores).

En los casos de nuestros asegurados Sres. Morales Morales (CUA 27377969) e Hidalgo flores (sic) (CUA 26816908), la diferencia fue generada a favor de los empleadores, por lo que se procedió a generar la devolución a los mismos.

Por lo señalado, entendemos que la reposición de recursos, - de acuerdo a normativa - corresponde a los empleadores y no así a las Cuentas Personales Previsionales de los, asegurados (sic).

d) Cuarto párrafo.-

Se aclara que el CUA 33539674 mencionado, corresponde a nuestro asegurado (sic) Augusto Gerardo Arias Sevilla, cuyo recálculo fue realizado el 01/02/2010 y no así el 09/02/2010.

Sin embargo en fecha 09/02/2010 se efectuó el recálculo de Recargo por nuestro asegurado (sic) Marcelino Quispe Aduviri con CUA 34658853.

En este sentido y con el fin de cumplir con la instrucción de su Autoridad, se remite la Hoja de Cálculo de Capital Necesario del CUA 33539674, con la firma de los actuales responsables y la Boleta de Pago de Deudas por Aportes al Seguro Social Obligatorio de International Mining Company, empleador de nuestro asegurado (sic) Sr. Quispe Aduviri".

Que posteriormente, Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425 – 2012 de 19 de junio de 2012, en lo que se refiere al cumplimiento de la obligación, menciona lo siguiente:

“Al Cargo N° 1.- Referido al procesamiento de los recargos correspondientes a los NUA's 2798529 de Adrián Bautista Ortuste y 34148668 de la Sra. Aída Pedraza Olmos...

- ...correspondía que la AFP en cumplimiento de su rol de Buen Padre de Familia, realice la acción que sea más favorable al Fondo de Riesgos involucrada y que administra de acuerdo a normativa, es decir, en cumplimiento de reglamentación normada, calcular el monto mayor destinado al Fondo de Siniestralidad, que significa comprender bajo el concepto de "Periodo Considerado" en el NUA (CUA) 2798529 y en el NUA (CUA) 34148668 treinta y seis (36) meses.
- (...)

Al Cargo N° 2.- ...

NUA (CUA) 27377696 (sic).- VICTOR HUGO MORALES MORALES.- El cálculo fue realizado en fecha 10/11/2009, el pago del Recargo por parte del empleador consideró dicho calculo, sin embargo, los documentos de notificación expresan una fecha posterior **a la efectivamente calculada**, hecho que en el fondo no comprende incumplimiento de la normativa, ya que el cálculo con fecha reflejada en nuestro sistema, señala la fecha de cálculo efectivo que coincide con el (sic) informado y presentado como descargo, es decir, se realizo (sic) el uso del valor a dicha fecha y publicado por el BCB (es decir 10/11/2009).

NUA (CUA) 33539674.- AUGUSTO GERARDO ARIAS SEVILLA.- El cálculo data del 12/01/2010, sin embargo, el mismo para efectos de pago debió comprender un Recálculo previo de acuerdo al inciso f) del artículo 7 y del inciso i. del artículo 12 de la R.A. 244/2009, que en el presente caso efectivamente se realizó, de acuerdo a la norma citada y a efectos de inicio de Proceso Judicial de cobro, es decir, no se concretó dicho cobro con el uso de un valor de UFV diferente, como respaldo de esta afirmación se remitió un último Recálculo efectuado en fecha 01/02/2010; que al igual que en el anterior caso, no se valoró y no cuenta con el rechazo fundamentado de dicha prueba, dentro del análisis legal de los particulares del caso y, que implica la omisión de la valoración de elementos atenuante y/o eximentes existentes, aspecto que es reflejado en la sanción impuesta, que incluso en cumplimiento de la instrucción de reposición se evidencia que al haberse realizado dicho recálculo no genera ninguna deferencia para reposición ya que el cobro fue efectuado con el monto correcto de acuerdo a normativa.

NUA (CUA) 34558853.- MARCELINO QUISPE ADUVIRI.- El cálculo data del 12/01/2010, sin embargo, el mismo para efectos de pago comprende un Recálculo previo de acuerdo al inciso f) del artículo 7 y del inciso i. del artículo 12 de la R.A. 244/2009, que en el presente caso correspondía Recálculo antes del pago a realizarse por parte del empleador (pagado en fecha 10/02/2010), es decir, se realizo (sic) un Recálculo para efectos de pago en fecha 09/02/2010, mismo que sirvió para el pago de la boleta N°

1467192 de 10/02/2010.

Se hace notar que en este caso el cálculo del monto sujeto a reposición es de (Bs.- 1,16) Un boliviano 16/100, monto que no guarda relación con el monto pecuniario de sanción, que representa un monto totalmente diametral.

NUA (CUA) 26816908.- ALFONSO NESTOR HIDALGO FLORES.-

Al igual que en el anterior caso, y como fue informado a su Autoridad junto al envío de documentación, informando el cumplimiento de la Resolución de sanción. (...)"

Que el 20 de septiembre de 2012 mediante Auto de 14 de septiembre del mismo año, se notificó a Futuro de Bolivia S.A. AFP para que aclare y justifique los siguientes aspectos:

"(...)

- a) La razón por la cual difieren los datos consignados en los documentos de los casos con **NUA 27377969**, **NUA 26816908**, en fechas, importes y en firmas, considerando que en todos los casos, dichos documentos fueron emitidos por la propia AFP.
- b) La razón por la cual, en los casos de los **NUA 33539674** y **NUA 34658853**, los documentos remitido (sic) por la Administradora carecen de la firma e identificación del funcionario de Futuro de Bolivia S.A. AFP, que realizó el cálculo originalmente, considerando que los documentos fueron emitidos por la propia AFP.

Asimismo y sin perjuicio de lo antes señalado, en base a los documentos proporcionados por la Administradora durante la fiscalización (mayo/2010) y la información consignada en los mismos, los cuales fueron debidamente evaluados en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012 y considerando que el **Cargo N° 2** está orientado a la aplicación de un tipo de cambio de UFV incorrecto, corresponde a la Administradora dar cumplimiento a lo establecido en dicha Resolución Administrativa, la cual instruye para los casos observados, la reposición de los saldos adeudados en la Cuenta Personal Previsional de los Asegurados, así como la rentabilidad perdida con recursos propios".

Que el 27 de septiembre de 2012, mediante nota FUT.APS.JR.2019/2012, Futuro de Bolivia S.A. AFP remite respuesta al Auto de 14 de septiembre de 2012, señalando lo siguiente:

"(...)

Cargo N° 2. Utilización de tipo de cambio incorrecto - UFV

NUA: 27377696 (sic) Víctor Hugo Morales Morales

En el caso del Sr. Morales, tal como se explicó en nuestras notas FUT.APS.CR.1761/2012 de fecha 23/08/2012 y FUT.APS.CR.1538/2012 de fecha 26/07/2012, la variación del

monto del Capital Necesario proporcionada durante la Fiscalización de mayo de 2010 y la remitida en fecha 26/07/2012, se ocasionó debido a que el primer cálculo no consideraba todas las variables a fecha 10/11/2009.

Esta situación fue regularizada con la elaboración de un nuevo recálculo tomando los datos correctos a fecha 10/11/2009, generándose así una diferencia de Bs. 1,13, que con los respectivos intereses, alcanzó a Bs. 1,45. (el subrayado es nuestro)...

NUA: 26816908 Alfonso Néstor Hidalgo Flores

En el caso del Sr. Hidalgo se utilizó el tipo de cambio de la UFV incorrecto, tal cual señalamos en nuestras notas antes descritas. Se calculó en fecha 12/01/2010 pero con tipo de cambio de la UFV del 10/01/2010. Para normalizar esta inconsistencia, se volvió a recalcular el caso con fecha 12/01/2012 y el tipo de cambio de la UFV de la misma fecha, generando así una diferencia de Bs. 0,86; que más los respectivos intereses, hizo un total de Bs. 1,16. (el subrayado es nuestro)

NUA: 33539674 Augusto Gerardo Arias y NUA: 34658853 Marcelino Quispe Aduviri

Respecto a la observación que señalan acerca de las firmas de los responsables que originalmente firmaron los documentos remitidos, cabe aclarar que la persona responsable en la gestión 2010 actualmente ya no pertenece al Área de Recargos, es por dicha razón que firmaron los actuales responsables del área para dar cumplimiento los requerimientos de su Autoridad.

Finalmente, respecto al último párrafo, tal cual señalamos en nuestra nota FUT.APS.CR.1761/2012 de fecha 23/08/2012, para los casos observados del Sr. Morales y el Sr. Hidalgo -ambos recargos con cobertura, se ha subsanado las diferencias, realizando nuevos cálculos, producto de los cuales se identificó la existencia de un cobro en exceso del monto del recargo original a los empleadores.

Asimismo, para la reposición de los saldos adeudados mas (sic) la rentabilidad correspondiente para cada caso, se aplicó la normativa vigente R.A. 244/2009 de fecha 6 de abril de 2009, que en su artículo 13 párrafo segundo señala: "Este recargo se acreditará en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad o en la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales, según corresponda...".

En este sentido, reiteramos que no corresponde la devolución y acreditación en las Cuentas Personales Previsionales de los Asegurados".

Que con relación al **Cargo N° 1**, referido al cumplimiento del procedimiento establecido referente al cálculo del Coeficiente de Distribución, habiéndose considerado los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP y lo instruido en la disposición Quinta de la Resolución Administrativa 425-2012 de 19 de junio de 2012, se concluye que la Administradora, cumplió con lo instruido en dicha disposición, para los casos con **NUA 2798529 y 34148668**.

Que por otro lado, considerando los argumentos presentados por la Administradora con relación al **Cargo N° 2**, se debe señalar que la imputación del Cargo está orientada a la utilización de un valor diferente de la Unidad de Fomento a la Vivienda UFV, pues Futuro de Bolivia S.A. AFP al realizar el cálculo de los casos observados no empleó el Valor de la UFV vigente a la fecha del cálculo para los **NUA 2737769** (sic), **26816908**, **34658853** y **33539674**.

Que como consecuencia de no haber aplicado el Valor de la UFV vigente a la fecha de cálculo para los **NUA 2737769** (sic), **26816908**, **34658853** y **33539674**, mediante la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, sin perjuicio de la sanción, se determinó que en el caso del **Cargo N° 2**, la AFP debería efectuar el recálculo correspondiente con el objeto de considerar el valor de la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) publicado por el Banco Central de Bolivia, en la fecha que establece la norma, para los NUA anteriormente referidos, así como reponer con recursos propios los saldos adeudados y la rentabilidad perdida a la Cuenta Personal Previsional, en cada caso.

Que conforme lo descrito en el párrafo anterior, después de la evaluación y el análisis de los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se concluye que para los casos con **NUA 27377696** (sic) y **26816908**, la AFP no cumplió con la obligación establecida en la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, referente a la **reposición de saldos adeudados así como la rentabilidad perdida a las Cuentas Personales Previsionales**, como consecuencia de haber realizado el Cálculo del Capital Necesario, con un monto menor al tipo de cambio establecido en el Banco Central de Bolivia y en una fecha diferente en la que debería realizarse dicho cálculo, conforme establece la norma.

Que con referencia al **NUA 34658853**, habiendo evaluado el cumplimiento de la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, Futuro de Bolivia S.A. AFP presentó los respaldos del recálculo del Recargo realizado el 09 de febrero de 2010 y pagado por el Empleador el 10 de febrero de 2010; es decir, con posterioridad al cálculo proporcionado a esta Autoridad durante la fiscalización realizada en mayo de 2010; concluyendo que dicho recálculo fue realizado de acuerdo con la normativa vigente y sin generar diferencias, correspondiendo por tanto, levantar la obligación de Futuro de Bolivia S.A. AFP a cumplir con la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012.

Que asimismo, respecto al **NUA 33539674**, considerando que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha presentado los respaldos de un recálculo del Recargo realizado y pagado por el Empleador con posterioridad al cálculo proporcionado a esta Autoridad durante la fiscalización realizada en mayo de 2010, se concluye que el mismo fue realizado de acuerdo con la normativa vigente y sin generar diferencias, correspondiendo por tanto, levantar la obligación de Futuro de Bolivia S.A. AFP a cumplir con la disposición quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012.

Que evaluado lo anterior se concluye que en el presente caso, no existe sustento o respaldo suficiente que demuestre el cumplimiento de la señalada obligación para

los **NUA 27377696** (sic) y **26816908**, afectando de esta manera la procedencia del Recurso.

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a los incisos a) y b) del artículo 168 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, el Organismo de Fiscalización tiene las siguientes funciones y atribuciones:

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

Que en cumplimiento a las normas legales referidas anteriormente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, mediante Resoluciones Administrativas SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006 y SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, estableció el Procedimiento de Trámites sin Cobertura en Riesgo Común por Mora del Empleador así como el Procedimiento para la Aplicación de los Recargos establecidos en el inciso a) del artículo 33 de la Ley de Pensiones, respectivamente.

Que asimismo, en cumplimiento a los Procedimientos referidos anteriormente, mediante el parágrafo III de la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, instruyó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de su notificación, cumpla con las instrucciones establecidas en los parágrafos I y II de dicha disposición, así como en el envío de un informe documentado en el plazo de un día (1) hábil administrativo a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, respecto a los casos que fueron objeto de sanción.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP presentó a través de la nota FUT.APS.CR.1538/2012 el 26 de julio de 2012, el informe sobre las acciones realizadas en cumplimiento a las instrucciones establecidas mediante la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012; sin embargo del análisis y evaluación de dicho informe, ésta Autoridad concluye que la Administradora cumplió con las obligaciones establecidas mediante dicha Resolución Administrativa, sólo en los casos con **NUA 34658853** y **33539674**; sin embargo no cumplió con las obligaciones establecidas para los casos con **NUA 27377696** (sic) y **26816908**.

Que finalmente, la Unidad de Recursos Jerárquicos dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, mediante la Resolución Jerárquica 012/2011 de 30 de marzo de 2011, ha determinado la importancia de hacer hincapié en que el

cumplimiento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, pues la obligación se constituye en un precepto de inexcusable cumplimiento, en lo jurídico, un vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión.

Que bajo ese orden normativo y lo expuesto así como de la revisión del expediente administrativo, esta Autoridad no puede abrir la competencia para conocer y resolver el fondo de la controversia suscitada al no haber la entidad recurrente cumplido con uno de los requisitos exigidos por normas adjetivas contenidas en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el inciso d) del Parágrafo I del artículo 43 y parágrafo I del artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; en consecuencia corresponde declarar la improcedencia..."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 16 de noviembre de 2012, **Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 827-2012 de fecha 25 de octubre de 2012 , con los siguientes argumentos:

"...I. DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN:

Su Autoridad ha sustentado y motivado la improcedencia del recurso presentado por nuestra AFP, en el supuesto incumplimiento de la obligación establecida por la disposición QUINTA de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de fecha 19 de junio de 2012, sin considerar la obligación de aplicar en sus actos el principio de verdad material consagrado en nuestra Constitución Política del Estado, y también contenida en el artículo 4, inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, por el cual se debió investigar el cumplimiento de la obligación en el ámbito de la búsqueda de la verdad material en apego a la normativa vigente para recargos con cobertura, cuya reglamentación fue establecida mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, la misma que señala que los recargos deben ser acreditados en la Cuenta de Siniestralidad y/o de Riesgo Profesional, y no como pretende su Autoridad en la Cuenta Personal Previsional de los Asegurados. Dicho extremo ha sido reiterado en todas las notas remitidas a su Autoridad y que seguramente conformaran parte del expediente.

Los argumentos expresados por nuestra Administradora han referido implícitamente la imposibilidad material de cumplir con la obligación, puesto que los montos de recargo recalculados, han reflejado una diferencia a favor de los empleadores y que corresponde les sea devuelto; y no reiteramos, acreditado en las cuentas personales previsionales de los Asegurados, ya que ello conlleva la infracción de los presupuestos establecidos por Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 06 de abril de 2009, lo que seguramente sería motivo de otro procedimiento administrativo sancionatorio generando así un estado permanente de indefensión.

II. PETITORIO.

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por nuestra AFP y, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado artículos 66 y 79 de

la Ley N° 2341; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2003, solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 827/2012 de fecha 25 de octubre de 2012 que declaro improcedente el recurso de revocatoria interpuesto por nuestra AFP contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, ajustando así el procedimiento administrativo a derecho y permitiendo el pronunciamiento sobre el fondo de nuestra pretensión...”

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, mediante la cual sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa de \$us. 5.001.- por los cargos 1 y 2 imputados conforme se tiene transcrito en los numerales precedentes.

Asimismo en la citada Resolución Administrativa, determinó las siguientes obligaciones:

*“...QUINTO.- I. La AFP deberá efectuar el recálculo correspondiente, tomando en cuenta lo siguiente: **a)** En el caso del **Cargo N° 1**, deberá considerar en los **NUA 2798529** y **34148668**, el Coeficiente de Distribución conforme indica la normativa, **b)** En el caso del **Cargo N° 2**, deberá considerar el valor de la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) publicado por el Banco Central de Bolivia, en la fecha que establece la norma, para los **NUA 27377969, 33539674, 34658853** y **26816908...**”*

*II.- Conforme lo establecido en el párrafo anterior, la Administradora deberá devolver al empleador con recursos propios, los saldos adeudados por los **NUA 2798529** y **34148668**, correspondientes al **Cargo N° 1** y reponer con recursos propios los saldos adeudados; así como la rentabilidad perdida, a los **NUA 27377969, 33539674, 34658853** y **26816908**, los cuales corresponden al **Cargo N° 2**.*

III.- La Administradora deberá cumplir las instrucciones establecidas en los párrafos I y II, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa. Asimismo, deberá enviar un informe documentado detallando el recálculo y los saldos devueltos o repuestos, a la

Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en el plazo de un (1) día hábil administrativo...”

Mediante nota FUT.APS.CR.1538/2012 de 26 de julio de 2012, Futuro de Bolivia S.A. AFP, remite el informe sobre las acciones realizadas en relación a los Cargos N° 1 y N° 2, mismo que es complementado mediante nota FUT.APS.CR.1593/2012 de 1 de agosto de 2012.

En fecha 9 de agosto de 2012, Futuro de Bolivia S.A., Administradora de Fondos de Pensiones, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012.

Finalmente la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 827-2012 de 25 de octubre de 2012, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, en razón a que este no habría cumplido con la obligación dispuesta en el señalado numeral Quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012 transcritos líneas atrás.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Previo al análisis, y conforme sale de los actuados, el presente control de legalidad que realizará esta instancia jerárquica, sólo se circunscribirá a determinar si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha actuado conforme a derecho, al haber declarado improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones.

2.1. Antecedentes normativos.-

A efectos de determinar el cumplimiento o no de la obligación dada en el artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, corresponde revisar la normativa atinente al caso de autos, como sigue:

- El artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 244 de 6 de abril de 2009, señala:

“Capital Necesario: *Es el monto requerido para el financiamiento de las pensiones de Invalidez o Muerte del Afiliado o Derechohabientes, según corresponda, calculado de acuerdo a las fórmulas y fechas de cálculo establecidas en el Capítulo II de la Resolución Administrativa SPVS N° 883 (RA 883), de 21 de agosto de 2006.*

Recargo RC/RP: *Es el veinte por ciento (20%) del Capital Necesario que debe ser pagado por el o los empleadores, aplicando las fórmulas de cálculo establecidas en los numerales 1 o 2 del artículo Décimo Cuarto del Capítulo II de la RA 883...*

(Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

- El Manual de Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen con los requisitos de cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la mora del Empleador, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006, establece:

“DÉCIMO CUARTO. (CÁLCULO DEL CAPITAL NECESARIO A SER PAGADO POR EL EMPLEADOR).- Las fórmulas de cálculo a ser empleadas por las AFP para determinar el monto del Capital Necesario a ser pagado por el Empleador, son las que a continuación se describen:

(...)

T_{cufv} : Tipo de cambio de Bolivianos por **UFV, vigente a la fecha de cálculo del Recargo...**”

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

2.2. Del cumplimiento de la obligación.-

En cuanto a los requisitos para la admisión y posterior resolución del Recurso de Revocatoria, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 012/2011 de 30 de marzo de 2011, emitida por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se determinó lo siguiente:

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

De lo transcrito queda claro que uno de los requisitos esenciales para la interposición del Recurso de Revocatoria, es justamente el cumplimiento ya sea de la obligación o de la sanción administrativa económica, conforme literalmente expresa el citado y transcrito artículo.(...)

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

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

De la revisión del expediente administrativo se tiene que la Autoridad de Fiscalización y

Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 827-2012 de 25 de octubre de 2012, señaló que:

*"...Considerando el cuarto requisito de procedencia se evidenció que, la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012 en la disposición QUINTA instruye (obligación) que la AFP en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de notificada la Resolución Administrativa, efectúe el recálculo correspondiente y la devolución de saldos adeudados al Empleador con recursos propios en los casos con **NUA 2798529** y **34148668** correspondientes al **Cargo N° 1**, así como reponer con recursos propios los saldos adeudados así como la rentabilidad perdida a los **NUA 27377969**, **33539674**, **34658853** y **26816908** correspondientes al **Cargo N° 2**.*

*Con relación al **Cargo N° 1**, habiéndose considerado los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se concluye que la Administradora **cumplió con lo instruido** en el artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012 **para los dos (2) casos imputados**.*

*Por otro lado, considerando los argumentos presentados por la Administradora con relación al **Cargo N° 2**, de acuerdo al análisis de evaluación correspondiente, se concluye que en el caso de los **NUA 33539674** y **34658853** corresponde levantar la obligación de Futuro de Bolivia S.A. AFP a cumplir con la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012. Sin embargo, en el caso de los **NUA 2737769**(sic) y **26816908**, la AFP no cumplió con la obligación establecida en la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, lo cual determina la procedencia del Recurso de Revocatoria.*

Conforme a lo expuesto se concluye que la Entidad Reguladora no puede abrir competencia para conocer y resolver el fondo de la controversia..."
(El subrayado es inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por lo tanto, a efectos de verificar si Futuro de Bolivia S.A. AFP, dio cumplimiento a la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, revisemos las acciones que debió seguir:

- a)** Efectuar el recálculo del Recargo, considerando el valor de la Unidad de Fomento a la Vivienda (UFV) publicado por el Banco Central de Bolivia, en la fecha que establece la norma.
- b)** Devolver al empleador con recursos propios y reponer los saldos adeudados, así como la rentabilidad perdida.
- c)** Cumplir las instrucciones establecidas en los párrafos **I** y **II**, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos y remitir un informe documentado, en el plazo de un (1) día hábil administrativo.

Para dicho efecto, se debe revisar caso por caso, así tenemos:

2.2.1. NUA 27377969 – Víctor Hugo Morales Morales.-

El cálculo del Recargo realizado en fecha 11 de noviembre de 2009, consideró el tipo de cambio de UFV del 10 de noviembre de 2009 (1.53622), sin embargo el tipo de cambio de UFV al 11 de noviembre de 2009 es de 1.53625.

Futuro de Bolivia S.A. AFP en los descargos presentados en todo el proceso, argumenta lo siguiente:

“...Se calculó efectivamente en fecha 10/11/2009, que si bien se notifico (sic) al empleador con fecha 11, este último aspecto realizado con el fin de realizar (sic) la notificación al empleador...”

“...el cálculo fue realizado al 10/11/2009, por lo que consideró el tipo de cambio de la UFV de dicha fecha...considerando todas las variables a dicha fecha...”

“...El cálculo fue realizado en fecha 10/11/2009, el pago del Recargo por parte del empleador consideró dicho calculo (sic), sin embargo, los documentos de notificación expresan una fecha posterior a la efectivamente calculada, hecho que en el fondo no comprende incumplimiento de la normativa, ya que el cálculo con fecha reflejada en nuestro sistema, señala la fecha de cálculo efectivo que coincide con el informado y presentado como descargo, es decir se realizo (sic) el uso del valor a dicha fecha y publicado por el BCB (es decir 10/11/2009)...”

“...la variación del monto del Capital Necesario proporcionada durante la Fiscalización de mayo de 2010 y la remitida en fecha 26/07/2012, se ocasionó debido a que el primer cálculo no consideraba todas las variables a fecha 10/11/2009...”

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

Asimismo, mediante nota FUT.APS.CR. 1538/2012 de 26 de julio de 2012, a fojas 612, la recurrente señaló lo siguiente:

“... La fecha de cálculo y tipo de cambio de UFV empleados corresponden al 10/11/2009, pero el cálculo considera una fecha del 11/11/2009, por lo que se recalculó el Recargo al 10/11/2009, generando diferencia a devolver al empleador más intereses.

Recargo calculado al 10/11/2009 (sic)						Recargo recalculado al 10/11/2009				
Fecha de la Hoja de Cálculo	Monto del Recargo UFV	T/C UFV	Fecha del tipo de cambio	Monto del Recargo en Bs	Estado del Recargo	Fecha de la Hoja de Cálculo	Monto del Recargo UFV	T/C UFV	Fecha del tipo de cambio	Monto del Recargo en Bs
11/11/2009	2,998.46	1.53622	10/11/2009	4,606.29	Pagado	10/11/2009	2,997.72	1.53622	10/11/2009	4,605.16

...

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 425-2012 de 19 de junio de 2012, argumenta que Futuro de Bolivia S.A. AFP emitió la Hoja de Cálculo del Capital Necesario y realizó el cálculo de la reserva el 11 de noviembre de 2009, considerando el tipo de cambio de UFV de 1.53622 del 10 de noviembre de 2009.

De igual manera, mediante Informe Técnico Legal DFP/DJ/TL/040-2012 de 15 de octubre de 2012 la Entidad Reguladora señala que:

*“...en base a la documentación **proporcionada por la AFP, a menos que los controles del sistema de la Administradora sean vulnerables para modificar las Fechas de Cálculo y de Emisión**, mismas que son generadas automáticamente por el sistema al momento de calcular y emitir el Recargo **se entiende que el cálculo y la emisión** (impresión) fueron realizados por la AFP el 11 de noviembre de 2009, lo que implica que el tipo de cambio de la UFV **debió ser de la misma fecha 11** de noviembre de 2009.*

En ese sentido, la explicación que realiza la AFP... carece de valor y confirma lo antes señalado, ya que la Hoja de Cálculo del Capital Necesario proporcionada por Futuro de Bolivia S.A. AFP durante la Fiscalización (mayo de 2010), como se señaló anteriormente reporta otra información...”

(Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Administrativa)

De lo transcrito se tiene que la Autoridad de Fiscalización ha emitido un acto administrativo sin que el mismo contemple la debida fundamentación, o haya agotado la búsqueda de la verdad material, al basar su determinación en una hipótesis que la misma se formula, por lo que tanto para el **parágrafo I**, como para el **parágrafo II** de la disposición Quinta de la Resolución Administrativa, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, debe contar con la certeza de la existencia o no de incumplimiento y a partir de ello formar una firme y serena convicción de los hechos en los que va a basar su determinación.

2.2.2. NUA 26816908 - Alfonso Néstor Hidalgo Flores.-

El cálculo del Recargo realizado en fecha 12 de enero de 2010 por Futuro de Bolivia S.A. AFP, notificado y pagado por el Empleador, consideró el tipo de cambio de UFV del 10 de enero de 2010 (1.53774).

Debido a que el cálculo fue realizado al 12 de enero de 2010, en cumplimiento a lo señalado en normativa vigente, la recurrente debió utilizar el tipo de cambio de UFV de 1.53776.

Futuro de Bolivia S.A. AFP en cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo I de la disposición quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, mediante nota FUT.APS.CR.1538/2012 de 26 de julio de 2012, remitió el recálculo del Recargo al 12 de enero de 2010, considerando el tipo de cambio de UFV vigente a dicha fecha.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se limita a señalar que: “...para los casos con **NUA ... 26816908**, la AFP no cumplió con la obligación establecida en la disposición Quinta...” y que “...no existe sustento o respaldo suficiente que demuestre el cumplimiento de la señalada obligación para los **NUA ... 26816908**, afectando de esta manera la procedencia del recurso...”, sin hacer un análisis respecto al cumplimiento de este punto.

Sin embargo, tal como se señaló es evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP para el NUA 26816908, realizó el recálculo conforme a norma, considerando el tipo de cambio de UFV correcto y vigente a fecha de cálculo.

Por otro lado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determinó que Futuro de Bolivia realice la devolución al empleador con recursos propios y reponga los saldos adeudados así como la rentabilidad perdida.

Al respecto, el cálculo del Recargo erróneo realizado en fecha 12 de enero de 2010 determinó el Capital Necesario a ser pagado por el Empleador por un monto de 3,211.52312 Unidades de Fomento a la Vivienda, por un monto de Bs. 4,938.49, pagado por el Empleador Silvia Graciela Calderón Herbas.

Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.APS.CR. 1538/2012 de 26 de julio de 2012, comunicó que realizó el recálculo del Recargo conforme lo señala la norma, estableciendo un monto de Capital Necesario a ser Pagado por el Empleador de 3,210.92382 Unidades de Fomento a la Vivienda.

Debido a que se generó una diferencia, la recurrente realizó la devolución de la misma al Empleador por Bs. 0.86 más intereses a pagar por Bs. 0.30, estableciendo un total de Bs. 1.16, emitiendo la Orden de Pago y el cheque en fecha 25 de julio de 2012.

De lo señalado es evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP procedió conforme a norma tanto el recálculo del Recargo y la devolución del saldo pagado en demasía y el interés al Empleador con recursos propios, cumpliendo con lo dispuesto en el parágrafo I y parágrafo II, de la disposición Quinta de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012.

2.2.3. Cumplimiento de las instrucciones.-

Finalmente corresponde verificar si Futuro de Bolivia S.A. AFP dio cumplimiento a las instrucciones realizadas por la Entidad Reguladora, en el plazo establecido.

Mediante nota FUT.APS.CR. 1538/2012 de 26 de julio de 2012, recepcionada en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en la misma fecha, la Administradora de Fondos de Pensiones remitió un informe detallado, adjuntando al mismo las hojas de recálculo y las órdenes de pago de fecha 25 de julio de 2012.

La Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, fue notificada a Futuro de Bolivia S.A. AFP el 18 de julio de 2012 y toda vez que las órdenes de pago a favor de los Empleadores fueron emitidas en fecha 25 de julio de 2012 (dentro del plazo de cinco (5) días hábiles administrativos) y la información documentada fue remitida por la recurrente en fecha 26 de julio de 2012 (un (1) día después), es evidente que Futuro de Bolivia S.A. AFP cumplió la obligación establecida en el parágrafo III de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012.

De todo lo expuesto se concluye que respecto al cumplimiento de la disposición Quinta de

la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP:

- Respecto al **NUA 27377969** (Parágrafo I y II) no se tiene el análisis suficiente por parte de la Entidad Reguladora y consecuentemente la debida fundamentación conforme establece el procedimiento administrativo.
- **Cumplió** con el parágrafo I y II respecto al **NUA 26816908** y
- **Cumplió** con el parágrafo III.

Por último y, si bien en la parte considerativa de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 827-2012 de 25 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señaló que: “...la AFP no cumplió con la obligación establecida... referente a la **reposición de saldos adeudados así como la rentabilidad perdida a las Cuentas Personales Previsionales** ...”, es evidente que no corresponde dicho argumento, ya que el Recargo pagado por los empleadores, en ambos casos, fue acreditado en la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, y al determinarse un saldo en demasía a favor de los Empleadores, correspondía que el mismo les sea devuelto, considerando un interés por la pérdida de rentabilidad con recursos propios.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en cuanto al NUA 27377969 no ha demostrado el incumplimiento de la obligación cual hubiera correspondido, en sujeción al principio de verdad material, y consecuentemente ha motivado ni ha fundamentado conforme a derecho, tal cual se evidencia de la fundamentación dada en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, se tiene demostrado el cumplimiento de la obligación respecto al NUA 26816908, tanto del Parágrafo I y II, así como el III de la tantas veces citada Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012.

Que, conforme se determinó en los diversos precedentes dados por este Ministerio, la doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

Que, de acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo la indefensión de los interesados una de ellas, cual ocurrió en el caso de autos.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Anular la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 827-2012 de 25 de octubre de 2012 **inclusive**, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

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



RECURRENTE

SEGUROS ILLIMANI S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 913-2012 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL
DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°014/2013 DE 08 DE ABRIL DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 014/2013

La Paz, 08 de abril de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 913-2012 de 23 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°173/2012 de 21 de marzo de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 012/2013 de 04 de marzo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 034/2013 de 07 de marzo de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 12 de diciembre de 2012, Fernando Arce Grandchant en representación de Seguros Illimani S.A., tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 0488/2010, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 101 del Distrito Judicial La Paz a cargo de la Dra. Mariana Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°913-2012 de 23 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°173/2012 de 21 de marzo de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 19 de diciembre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Seguros Illimani S.A., mismo que fue notificado el 27 de diciembre de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota Cite APS/DJ/DS/1125/2012 de fecha 17 de febrero de 2012, notifica a Seguros Illimani S.A. con la presunta contravención en la que habría incurrido la Entidad Aseguradora, conforme el siguiente texto:

"...Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se ha advertido que su entidad ha incumplido con la instrucción emanada por ésta Autoridad de Fiscalización en los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 de 1° de julio de 2011, debido a que las muestras de Rosetas SOAT remitidas, mediante nota CITE: PE/1701/2011 de 14 de noviembre de 2011, contienen deficiencias insubsanables de acuerdo a las siguientes consideraciones:

1) Las muestras no cumplen con los requerimientos de color determinados mediante PANTONE especificados en el Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011.

2) La visibilidad de los colores en las muestras no guarda relación con el

arte presentado por el proveedor, el cual fue aprobado por la APS mediante nota APS/DS/4655/2011.

3) Las muestras presentan un color plateado genérico y no destacan los colores de la Whipala conforme se estableció en el anexo II de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127.

En consecuencia, **NOTIFICAMOS** a usted, en su condición de representante legal de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** por haber contravenido lo determinado en el artículo 17 del Decreto Supremo 27295 de 20 de diciembre de 2003 que establece que: "el color de la roseta SOAT fijada por Resolución Administrativa debe necesariamente ser impresa en las Rosetas SOAT, por lo que si alguna entidad aseguradora incumple la disposición se hace pasible a las sanciones que para el efecto fije el Órgano de Fiscalización".

Por lo precedentemente expuesto y al no haber observado debidamente las instrucciones emitidas por la APS en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011, en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles

administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa...”

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que en fecha 7 de marzo de 2012, mediante nota CITE/GO N° 539/2012, Seguros Ilimani S.A., presentó descargos refiriendo lo siguiente:

“I. ANTECEDENTES

- 1.1. Mediante Resolución Administrativa **APS/DS/DJ/N° 127/2011**, de fecha 01 de julio de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la Resolución Primera, decidió aprobar el color de la Roseta del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) correspondiente a la Gestión 2012, en los colores y con las especificaciones mínimas detalladas en el Anexo I y en la distribución establecida en el Anexo II de la Resolución Administrativa.
- 1.2. A través de la Resolución Administrativa **APS/DJ/DS/JTS/N° 352/2011**, de fecha 5 de octubre de 2011, en la parte Dispositiva, Artículo 1ro. se autoriza a Seguros Ilimani S.A. comercializar el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) 2012 a Nivel Nacional.
- 1.3. El 13 de octubre de 2011, en Seguros Ilimani S.A. es recibida la **Nota APS/DS/3926/2011**, de 11 de octubre de 2011, la misma que comunica a la Compañía que el arte presentado por Flexo Print, cumple con las características establecidas en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127/2011.
- 1.4. El 11 de noviembre de 2012, Seguros Ilimani S.A., recibe la **CITE: APS/DS/JTS/4655/2011**, de fecha 09 de noviembre de 2011, en la que se solicita a la Compañía, remita a la brevedad posible la muestra enviada por Flexo Print de las Rosetas SOAT, a objeto de verificar si las mismas cumplen con las características establecidas en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/127/2011 de fecha 01 de julio de 2011.
- 1.5. Mediante **Cite PE/1701/2011**, de fecha 14 de noviembre de 2011, Seguros Ilimani S.A. remite a la APS las **pruebas definitivas**, correspondientes a la Roseta Particular y Pública del SOAT Gestión 2012 a ser comercializadas a partir de diciembre de 2011, nota que fue recepcionada por el ente fiscalizador el 14 de noviembre de 2011.
- 1.6. Mediante **Cite: PE/1949/2011**, de fecha 16 de diciembre de 2011, remitida por Seguros Ilimani S.A. a la APS y recepcionada por esta última en la misma fecha, dando cumplimiento a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 352-2011, de fecha 05 de octubre de 2011, Seguros Ilimani S.A. remite la Roseta SOAT N° 1.000.000,00 (Un Millón), para que sea registrada en los registros correspondientes de la APS.
- 1.7. Mediante **CITE: APS/DJ/DS/1125/2012**, de fecha 17 de febrero de 2012, la APS menciona de manera textual: ‘...se ha advertido que su entidad ha incumplido con la instrucción emanada por esta Autoridad de Fiscalización en los Anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 127/2011 de 01 de junio de 2011, debido a que **las muestras de Rosetas SOAT remitidas, mediante nota CITE: PE**

170/2011 de 14 de noviembre de 2011, contienen deficiencias insubsanables de acuerdo a las siguientes consideraciones (...).

2. PROPOSICION DE ALEGATOS Y DESCARGOS

2.1. Alegatos y proposición de prueba Técnica

- 2.1.1. El 01 de marzo de 2011, frente a la Notificación de Cargos realizada por la APS, mediante la CITE: APS/DJ/DS/1125/2011, a Seguros Illimani S.A., se mandó una nota a Industrias Lara Bisch S.A. para que proceda a la evaluación correspondiente de la muestra definitiva enviada a ustedes mediante Nota Cite: **PE/1711/2011** y dos Rosetas SOAT (Una de Transporte Público y otra de Transporte Privado), para que se proceda a evaluar si existen diferencias entre las mismas. Industrias Lara Bisch S.A. remitió el informe correspondiente indicando que no existen diferencias entre las muestras y las Rosetas que actualmente estamos comercializando.
- 2.1.2. El Informe Técnico enviado por Industrias Lara Bisch S.A. establece de manera clara que el proceso de elaboración de las Rosetas SOAT, a través de hologramas, son producidos por interferencia de rayos laser que definen la imagen bi o tridimensional, sobre el film especial y no así por pigmentación, vale decir, no es un proceso de impresión, por lo que no se puede utilizar un Código de PANTONE o cualquier otra norma de colores.
- 2.1.3. **Conclusión.-** Después de tres meses y 22 días, en que Seguros Illimani remitió la Prueba Final mediante **Cite: PE/1701/2011**, y dos meses y 23 días de enviada la Roseta Un Millón, a través de la **Cite: PE/1949/2011**, último plazo que coincide con el período de comercialización de la Roseta SOAT en el mercado Nacional, la APS, manifiesta su disconformidad con el producto final?????. Aquí debemos mencionar que por el principio de oportunidad, esta observación ya no es pertinente, más aún cuando la última impresión se hizo de acuerdo a la aprobación que la APS realizó mediante **APS/DS/3926/2011**, Resolución dentro de la cual se aprueba el arte final de FLEXO PRINT. Asimismo, cabe destacar que desde un inicio el error de realizar la aprobación del arte, estuvo en la APS desde la Resolución Administrativa **N° APS/DS/DJ/N° 127/2011, que aprueba un proceso de elaboración de hologramas que no se aplica a los mismos, por lo que en este caso se debía multar a los asesores técnicos de la APS, respecto a este punto (IMPRESIÓN DE HOLOGRAMAS Y APROBACIÓN DE PANTONES PARA SU IMPRESIÓN) y no a Seguros Illimani.** Estamos ante un sistema que garantiza la presunción de inocencia y no el de culpabilidad, por lo que la aseveración que realiza el ente regulador respecto a que las MUESTRAS de Rosetas no cumplen con lo establecido en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127/2011, NO VA, pues no existe el respectivo informe técnico correspondiente y (como se dice vulgarmente) ustedes realizan una apreciación a ojo de buen cubero y pretenden sancionarnos?????. Sres. Esto no va por lo que su apreciación

debió haber sido sustentada técnicamente y habérsenos hecho conocer la misma, para que procedamos a defendernos de lo contrario nos dejan en completo estado de indefensión, situación que en un 'Estado de Derecho' es reprochable y más aún si se trata de un ente regulador como lo es la APS.

2.1.4. Pruebas Técnicas que Ofrece Seguros Ilimani. Para sustentar lo supra señalado ofrecemos en calidad de pruebas las siguientes:

2.1.4.1. Informe emitido por Industria Lara Bisch S.A. (original).

2.1.4.2. Fotocopia simple de la Carta enviada a Flexo Print S.R.L. (se solicita un informe dentro de esta carta, el mismo que será ofrecido a su autoridad con juramento de reciente obtención, toda vez que es inherente al proceso de elaboración de las Rosetas SOAT-Gestión 2012).

2.1.4.3. Resolución Administrativa N° APS/DS/DJ/N° 127/2011.

2.2. Alegatos y Proposición de pruebas legales

2.2.1. A través de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127/2011, se aprueba el color de la Roseta SOAT del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) correspondiente a la Gestión 2012, de acuerdo a especificaciones mínimas detalladas en los anexos I y II de la mencionada Resolución, donde se aprueba un PANTONE, que no se aplica a la producción holográfica de Rosetas SOAT, la misma se encuentra en sus archivos y solo nos ratificamos en ella, pues con esta Resolución se evidencia que desde el inicio el proceso de producción de las Rosetas SOAT 2012, estuvo mal llevado por la APS.

2.2.2. Mediante nota APS/DS/3926/2011, CITE: APS/DS/JTS/4655/2011 y CITE: PE/1701/2011, 1) Se comunica a Seguros Ilimani que el ARTE para la elaboración de la Rosetas SOAT 2012 cumple con las características establecidas en la Resolución Administrativa supra citada, 2) Se pide (APS) el envío de las muestras de acuerdo al arte aprobado (Flexo Print S.R.L.), Seguros Ilimani S.A. remite las mismas. Después de tres meses y 22 días mediante CITE: APS/DJ/DS/1125/2012, se hacen observaciones a la muestra de las Rosetas SOAT 2012, las mismas, que en producto final se hallan ya, en el mercado nacional comercializándose. Por lo que se debe aplicar el Principio de Oportunidad que menciona que se refiere a que cualquier observación realizada por una entidad o persona particular debe realizarse las observaciones pertinentes a cualquier trámite observado dentro de un tiempo prudencial y que no cause daño al Administrado. Sres. el plazo en el que ustedes realizan la observación a la MUESTRA, es completamente extemporáneo y no cumple con este principio, ofrecemos en calidad de prueba todas las notas citadas en este punto y que se encuentran en sus archivos (...)"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 173-2012 de 21 de marzo de 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 173-2012 de 21 de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

“...PRIMERO.- SANCIONAR A SEGUROS ILLIMANI S.A. con una multa de Cuarenta Mil Unidades de Fomento a la Vivienda (40.001 UFV's), por la contravención a los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 127-2011 de 1° de julio de 2011, debido a que las muestras de las Rosetas SOAT 2012, remitidas mediante nota CITE: PE/1701/2011 de 14 de noviembre de 2011 contienen deficiencias insubsanables de acuerdo a lo desarrollado en la presente Resolución Administrativa.

SEGUNDO.-La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.

TERCERO.- SEGUROS ILLIMANI S.A. deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el resuelve segundo, copia de las boletas de depósito que acrediten el cumplimiento de las sanciones...”.

Los argumentos de la citada Resolución Administrativa, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que de manera previa a ingresar al análisis de los descargos presentados por Seguros Illimani S.A., es necesario realizar algunas consideraciones conceptuales, tales como:

- 1) El sistema de identificación de colores Pantone es el más conocido para especificar colores **de una manera precisa** a través de una tabla que muestra una serie de colores. La ventaja de este sistema es que cada una de las muestras está numerada y una vez seleccionada es posible **recrear el color de manera exacta.**
- 2) El holograma, en cambio es una imagen registrada con el uso de una luz coherente de láser y permite guardar información bi o tridimensional de un tema holografiado. Con una fuente única de luz blanca, la imagen se reproduce y aparece en dos o tres dimensiones exactamente como se registró. La imagen puede proyectarse dentro o formarse fuera del soporte material.

En la placa impresionada, quedan registradas las diferencias de fase entre la luz difractada por cada punto del objeto y el haz luminoso original. Esa placa impresionada es la que se denomina holograma, que al ser iluminado por transmisión con la misma luz de referencia utilizada en su impresión, la luz transmitida es análoga a la reflejada directamente por el objeto y se obtiene así una fiel reproducción de éste. El proceso holográfico dependerá de la capacidad de dos ondas de luz para anularse entre sí (interferencia destructiva) o de añadirse entre sí (interferencia constructiva).

Que hechas la (sic) precisiones anteriores, se pasa a analizar los argumentos esgrimidos por la Entidad Aseguradora en el mismo orden de exposición.

Que el Informe Informe Técnico/APS/DS/JTS/371/2012 que realizó el análisis a los descargos presentados por Seguros Ilimani S.A. establece lo siguiente:

Análisis de los puntos 2.1.1. y 2.1.2.:

“Seguros Ilimani S.A. ha remitido adjunto a su Cite GO N° 539/2012 la nota emitida por Industrias Lara Bisch S.A. en la que luego de hacer mención al proceso de elaboración de los hologramas se establece concretamente lo siguiente en el último párrafo de la mencionada nota:

“Ya que nuestra empresa no produce hologramas y nuestra industria grafica se dedica a la impresión offset, flexográfica y digital no podemos expresar opinión técnica acerca de los colores vistos en los hologramas en relación a los códigos Pantone mencionados en el anexo I, ya que no existen colores impresos en los hologramas.”

En este sentido, la propia empresa (Industrias Lara Bisch S.A.) ha expresado que no puede emitir un criterio técnico por no dedicarse a la impresión de hologramas, por lo tanto tal certificación carece de validez técnica en cuanto a los cargos notificados a Seguros Ilimani S.A.”

Que respecto a la nota de 01 de marzo de 2012 remitida por Seguros Ilimani S.A. a Industrias Lara Bisch S.A. solicitando se proceda a realizar un análisis pericial sobre la composición de las muestras de las Rosetas SOAT con numeración N° 8500000 y N° 8500000 (prueba) y las Rosetas SOAT 2012 N° 1282831 y N° 1011451 (comercializadas actualmente), se tiene que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (vigésima segunda Edición), Perito es el “Entendido, experimentado, hábil, práctico en una ciencia o arte” y Pericia es: “Sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte.”

Que de los conceptos transcritos, se aprecia por la certificación de 02 de marzo de 2012, firmada por Ma. Jenny Peláez Bolívar y Yagui Baptista Antezana, en calidad de Enc. Pre – prensa y Asistente Técnico de la empresa Industrias Lara Bisch S.A., respectivamente, la misma no produce hologramas dedicándose únicamente a la impresión offset, flexográfica y digital, por tanto al no ser peritos en la materia se encuentran incapacitados para efectuar ninguna pericia y menos emitir opinión técnica sobre las Rosetas SOAT 2012.

Que con respecto al punto 2.1.3 el Informe Técnico concluye:

“Seguros Ilimani S.A. alega que ‘después de tres meses y 22 días, este órgano de regulación ha expresado su disconformidad con las rosetas comercializadas actualmente’; sin embargo dicha aseveración omite referirse a lo determinado por el Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 que de manera textual establece: ‘las infracciones prescriben en el término de dos (2) años (...)’, es decir que según dicha norma el derecho de la APS para iniciar proceso sancionatorio no ha caducado, por lo que Seguros Ilimani S.A. no puede acusar la vulneración del principio de oportunidad”

Que por otra parte las funciones y objetivos del Ente de Fiscalización, se centran en dos pilares fundamentales, establecidos en el artículo 41 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 que determinan:

- a) Velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares de seguro.
- c) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros

Que de los dos incisos citados, interesa al tema el segundo, infiriéndose que:

1. El primero está basado en la confianza del consumidor de seguros, comprometida por la fe pública del Estado, de que las entidades reguladas del mercado asegurador en el ejercicio de su actividad comercial especializada, obrarán con solvencia, seguridad y transparencia, de cuya consecuencia surge el deber del Órgano Fiscalizador de velar porque el mercado se desarrolle sano.
2. El segundo hace a la función primordial y relevante de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dirigida de manera especial a la protección de los derechos e intereses de los consumidores de seguros, de aquellos que esperan la efectiva tutela del Estado y que este órgano regulador alienta para dar contenido a uno de los más importantes principios generales de la actividad administrativa incorporado en el inciso a) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, que determina que: “El desempeño de la función pública está destinado **exclusivamente a servir los intereses de la colectividad**”, intereses en los que definitivamente se encuentra inmerso el derecho de los consumidores de seguros de contar de manera continua e ininterrumpida con la roseta y el Contrato del Seguro Obligatorio de Tránsito (SOAT) en los términos y plazos establecidos normativamente y por Resolución Administrativa emanada del Órgano de Fiscalización, para el efecto.

Que en este entendido, las infracciones a las instrucciones emanadas de la Autoridad de Fiscalización pueden ser sancionadas en cualquier momento, dentro del término dispuesto por el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, sin que esto perjudique el plazo de comercialización del SOAT 2012 ni afecte los derechos de los consumidores.

Que otra parte y con referencia a la nota APS/DS/3926/2011, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 11 de octubre de 2011, “comunicando que el arte para la elaboración de las Rosetas SOAT 2012 presentado por Flexo Print S.R.L., cumple con las características establecidas en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N°127-2011 de 01 de julio de 2011”, evidentemente constituye una aceptación del arte que debió contener el holograma, ya que no debe olvidarse que la roseta aprobada esta constituida por dos partes, una representada por la holografía donde se detallan todos los componentes del fondo

holográfico y la otra, el triángulo o imagen central que debió ser elaborada por simple proceso de impresión respetando los códigos de los siete (7) colores elegidos del Sistema Pantone dispuestos por la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011 de 01 de julio de 2011.

Que lo aseverado en el párrafo anterior se confirma de la prueba presentada por Flexo Print y aprobada por la APS, la misma que desde su propio título (HOLOGRAM DESIGN OPTION – VA) determina únicamente el arte holográfico, desagregado en 10 recuadros de imágenes holográficas de fondo, sin hacer mención del arte central de la Roseta 2012, debido a que, como ya se indicó, la misma tenía que haberse elaborado por un simple proceso de impresión.

Que el Informe/UC/35/2011 de 25 de noviembre de 2011, emitido por la Unidad de Comunicación luego de realizar un análisis a las muestras de las Rosetas SOAT 2012, remitidas por Seguros Illimani S.A., concluyó que las mismas no cumplen a cabalidad con los requisitos instruidos y especificados mediante la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N°127-2011 de 01 de julio de 2011.

Que del mismo modo, el Informe APS/DS/JTS/1173/2011 de 07 de diciembre de 2011 concluye que las muestras no cumplen a cabalidad con los requisitos instruidos y especificados mediante la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N°127-2011 de 01 de julio de 2011, siendo evidente que la disconformidad con el producto final remitido por la Entidad Aseguradora no es consecuencia de una apreciación superficial, sino más bien, de la contrastación de lo dispuesto por la Resolución Administrativa y las muestras remitidas por Seguros Illimani S.A.

Que en el punto **2.2.1.** de la nota CITE/GO N° 539/2012 de 07 de marzo de 2012, Seguros Illimani S.A. afirma que el error es imputable a este órgano de regulación desde la emisión de la Resolución Administrativa N° APS/DS/DJ N° 127/2011 que aprobó el proceso de elaboración de los hologramas.

Que al respecto, la entidad aseguradora al ser notificada con la resolución APS/DS/DJ N° 127/2011 y de haber existido algún error, tenía el derecho indisputable de recurrir la misma, sin embargo, no se pronunció al respecto, es mas remitió las rosetas SOAT 2012 para su respectivo registro luego de aprobarse el arte mas no así, el producto final a ser comercializado.

Que es necesario resaltar que Seguros Illimani S.A. es parte de un proceso de Autorización para la Comercialización del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito y que en cada una de las gestiones en las que participó, lo hizo bajo la misma modalidad, cumpliendo lo establecido en las Resoluciones Administrativas que regulan las características de las Rosetas SOAT, por lo que sorprende que la Entidad Aseguradora pretenda atribuir el incumplimiento de las características mínimas de la Roseta SOAT para la gestión 2012 a un pretendido error del órgano de regulación.

Que con referencia al argumento de que se estaría vulnerando el principio de inocencia, debe señalarse que, contrario sensu lo expresado por la Entidad Aseguradora, el presente caso está investido de todas las formalidades que hacen al debido proceso, de ahí que el regulado ha sido notificado con los cargos que se le

imputan y está actuando con el más amplio e irrestricto derecho a la defensa, gozando de todas las garantías establecidas en su beneficio.

Que corresponde en todo caso manifestar que verificada la infracción, la sanción es la consecuencia jurídica de carácter administrativo que tiene como objetivos:

- Regular de manera eficaz la conducta apropiada de los administrados, a fin de que cumplan a cabalidad con las disposiciones que le sean aplicables y, en especial, prevenir conductas contra la calidad de los servicios regulados y actividades supervisadas.
- Prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las disposiciones infringidas o asumir la sanción. La sanción debe tener un efecto disuasivo indispensable para evitar que la conducta antijurídica se repita.

Que el inciso II del artículo 62 del Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, determina que: "II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables".

Que por su parte el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, prevé que: "La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se debe esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares".

Que cumpliendo con la normativa transcrita, para la modulación de la sanción se ha tomado en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, cuidando que la sanción no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad, verificándose que:

a) El incumplimiento se encuentra tipificado:

- En cuanto a la conducta, por lo dispuesto en los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127-2011 de 1° de julio de 2011.
- En cuanto a la sanción, por el inciso a) del numeral II) del artículo 16 que determina: "Se consideran como infracciones leves, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a cuarenta mil uno (40.001) ni mayor a ochenta mil (80.000) Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV's), las siguientes: (...) a) Incumplimiento de instrucciones emanadas de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en cumplimiento de la normativa vigente".

b) La infracción se encuentra plenamente demostrada

c) No se evidenció que la conducta de la Aseguradora sea reiterativa o reincidente, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, por lo que la entidad nunca antes fue sancionada por una infracción similar, correspondiendo se aplique una sanción de multa de gravedad mínima de 40.001 Unidades de Fomento a la Vivienda.

Que la Dirección de Seguros a través del Informe Técnico APS/DS/JTS/371/2012 de 20 de marzo de 2012 y Legal APS/DJ/DS/078 de 19 de marzo de 2012, efectuó la evaluación de los descargos presentados por **SEGUROS ILLIMANI S.A.** concluyendo, conforme al principio de la sana crítica y la debida observancia de las disposiciones legales citadas en la presente Resolución, que los descargos no han sido suficientes para enervar el cargo, correspondiendo se ratifique el incumplimiento.

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 15 de mayo de 2012, Seguros Illimani S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/N°173/2012 de 21 de marzo de 2012, con los siguientes argumentos

“(…)

2. Mediante la Resolución N° APS/DJ/DS/173/201025 (sic), de fecha 21 de marzo 2012, se nos impone una sanción de 40 000, 00 (sic) UFV's, por una supuesta contravención a la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/NH° (sic) 127/2011 de 01 de Julio de 2011, utilizando como fundamentación de la parte Resolutiva el Informe Técnico APS/DS/JTS/371/2012, informe que jamás fue notificado a la entidad que representó, para ofrecer los descargos correspondientes.
3. Por imperio de nuestra norma constitucional y el D.S. 27175 y Ley 2341, toda prueba debe ser notificada a la parte contraria para que ofrezca los descargos pertinentes, lo contrario sería vulnerar su derecho al debido proceso.
4. Asimismo, los documentos que se mencionan que fueron utilizados para la imposición de la sanción dentro del informe supra citado jamás fueron de nuestro conocimiento, es decir, se nos esta (sic) juzgando sin el derecho que nos asiste a un proceso transparente y que nos permita asumir una legítima defensa.

PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo No.27175, establecidos para la presentación del Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, invocando nuestro derecho a la petición ante la Autoridad Administrativa, reconocido por el artículo 16 literal a) de la Ley No.2341 de Procedimiento Administrativo solicitamos:

- i. **Admita el presente Recurso de Revocatoria, al tenor del artículo 52 literal b) del Decreto supremo N° 27113.**
- ii. **Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso de revocatoria disponiendo la REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA..."**

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 913-2012 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 913-2012 de 23 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determinó Confirmar Totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 173/2012 de 21 de marzo de 2012.

Los argumentos presentados, en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que a continuación se pasarán a analizar los agravios expuestos por el recurrente, en el memorial de 15 de mayo de 2012:

- a. **El primer agravio sostiene que se sancionó a la empresa Seguros Illimani S.A., mediante una resolución cuyo fundamento se basa en el Informe Técnico APS/DS/JTS/371/2012, el cual no habría sido notificado para ofrecer descargos.**

Que sobre el particular es necesario remitirse a lo previsto en los parágrafos I y III del artículo 25 del Decreto Supremo No. 27175 de 14 de septiembre de 2003, que aprueba el Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, y que señalan:

“I. Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI deberán notificar a los operadores de sus respectivos mercados financieros, las resoluciones que emitan (...)”

“III. Serán objeto de notificación personal, los siguientes casos:

- a) *Los de alcance particular que concluyan el procedimiento seguido ante una Superintendencia Sectorial y tengan carácter definitivo o los que sin serlo, impidan la prosecución de los trámites.*
- b) *Los que dispongan emplazamientos, citaciones, vistas y traslados.*
- c) *Los que dispongan la realización de inspecciones, de acuerdo al procedimiento seguido por las Superintendencias Sectoriales.*
- d) *Los que determinen la apertura del periodo de prueba o del plazo para la presentación de descargos.*
- e) *La resolución que resuelva un recurso de revocatoria.*
- f) *La resolución que resuelva un recurso jerárquico.*
- g) *Otros actos que de acuerdo a disposiciones legales deban ser notificados personalmente.” (Cursivas agregadas)*

Que como se puede evidenciar la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, no tiene la obligación de notificar los informes, sean estos legales o técnicos, emitidos en un procedimiento sancionatorio.

Que además es necesario considerar, que los informes constituyen una opinión técnica en relación a un tema tratado, siendo facultativo de la autoridad el basar su decisión en él, o por el contrario alejarse de dicha opinión.

Que lo indicado desvirtúa lo expuesto por la empresa recurrente, referente a que no tuvieron la oportunidad de ofrecer descargos por falta de notificación del Informe Técnico APS/DS/JTS/371/2012.

- b. El segundo agravio indica, que por imperio del Decreto Supremo No. 27175 que aprueba el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera y de la Ley No. 2341 del Procedimiento Administrativo, toda prueba deberá ser notificada para que la parte contraria ofrezca los descargos pertinentes, lo contrario se entiende como vulneración del Derecho al Debido Proceso.**

Que en cuanto a este punto, se debe definir lo que se entiende por prueba y para ello el Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, la entiende como:

“Conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas.” (Cursivas agregadas)

Que el Informe Técnico APS/DJ/DS/371/2012, en ningún momento fue solicitado en calidad de prueba, es decir, dentro de un término probatorio destinado demostrar la verdad o falsedad de un hecho aducido por alguna de las partes del procedimiento sancionatorio y que tenga como finalidad defender una pretensión en litigio.

Que no obstante ser evidente que el párrafo I y III del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece la obligación del ente regulador de notificar las pruebas, no es menos cierto que el Informe Técnico APS/DJ/DS/731/2012, no tiene tal calidad y por lo tanto no existe obligación de ser puesto en conocimiento de las partes, descartándose de esta manera cualquier posible vulneración de derechos y garantías constitucionales.

- c) El último agravio señala que los documentos indicados en el Informe Técnico APS/DJ/DS/731/2012, jamás fueron notificados a Seguros Illimani S.A., juzgando de esta manera la APS sin el derecho a un proceso transparente y que permita asumir legítima defensa.**

Que en lo referente y de la revisión de los antecedentes que informan el procedimiento sancionatorio, sustanciado en contra de la empresa Seguros Illimani S.A., se puede evidenciar que en su tramitación se han cumplido con las notificaciones exigidas por los párrafos I y III del artículo 25 del Decreto Supremo No. 27175 de 14 de septiembre de 2003, no siendo cierta la afirmación que sustenta este descargo.

Que finalmente se debe tener en cuenta que mediante Decreto Administrativo de 08 de octubre de 2012, ante la inactividad del recurrente en la producción y presentación de sus pruebas, aplicando criterios de amplitud, flexibilidad e informalismo, se otorgó a la empresa Seguros Ilimani S.A. un plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a fin de que presente y produzca lo requerido; habiendo sido notificados con dicho Decreto Administrativo mediante diligencia de 17 de octubre de 2012, sin que hasta la fecha de emisión de la presente resolución la aseguradora se haya pronunciado, dando a entender su conformidad....”

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 12 de diciembre de 2012, Seguros Ilimani S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 913-2012 de 23 de noviembre de 2012, argumentado lo siguiente:

“...Habiendo sido notificado con la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº913/2012 de fecha 23 de noviembre del año en curso, en tiempo hábil y oportuno amparado en los Arts. 16 Pagf (sic) II, 52, 53 y siguientes del D.S. Nº27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, presento en contra de la citada resolución emitida por la A.P.S., el presente Recurso Jerárquico, bajo los siguientes criterios de orden legal que paso a exponer:

1. Incumplimiento al derecho del juez natural y recurso jerárquico.

Conforme se tiene regulado en el Art.44 del D.S. 27175: "**Artículo 44.- (Formas de Resolución en Recurso Jerárquico). La Superintendencia General del SIREFI, en recurso jerárquico, adicionalmente a las formas señaladas en el artículo anterior podrá resolver disponiendo la reposición de obrados con la anulación del procedimiento hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.**"

En consecuencia y a lo largo del presente recurso, demostraré que el accionar de la APS en el presente caso ha conculcado el debido proceso y el derecho a la defensa que asiste a la entidad que represento: conculcando así mismo y en forma concatenada a los principio antes mencionados: el derecho del juez natural; en consecuencia el tribunal de alzada, obrando en apego a la justicia, deberá aplicar el artículo precedentemente citado a objeto de devolver legalidad al proceso anulando obrados hasta el vicio más antiguo reponiendo el derecho a la defensa que nos asiste.

El termino juez natural, conlleva el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a ser oída y juzgada, con las debidas garantías por un juez competente, **independiente e imparcial** El concepto de juez natural está intrínsecamente relacionado al derecho del debido proceso, garantías que se encuentran plasmadas en los Arts. 120 parágrafo I y 115 parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, que son transcritos a continuación:

- "I.- Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, **independiente e imparcial**, (sic) y no podrá ser juzgada

por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa (las negrillas son nuestras)."

- **"II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, (sic) a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones (las negrillas son nuestras)."**

Los principios constitucionales plasmados en la norma transcrita garantizan a los gobernados y/o administrados la independencia e imparcialidad por parte del juzgador ya sea en un proceso judicial o en proceso administrativo, extremo que en el caso en análisis no se cumple conforme expondré mas adelante.

En efecto el cumplimiento de los derechos antes citados acarrea la protección de los administrados y el cumplimiento de la seguridad jurídica, considerada como garantía para el ejercicio de los derechos; pues sólo en tanto y en cuanto se cumpla con la dimensión objetiva y subjetiva de la seguridad jurídica, estarán dadas las condiciones necesarias para el pleno goce y disfrute de los derechos. De ahí nace también la facultad que tiene la persona natural o jurídica de exigir al Estado el cumplimiento de sus fines y funciones, entre ellas, garantizar la protección de las personas, los derechos, garantías y principios reconocidos por nuestra Carta Magna.

Para el caso concreto, las facultadas (sic) de administración de justicia dadas a la APS fueron empleadas en el proceso administrativo sancionatorio sin imparcialidad **ni** independencia por haber contado con la intervención directa de un ex-funcionario de la empresa, quien tiene procesos judiciales iniciados en contra de Seguros Illimani S.A., anulando toda objetividad por parte del ente de fiscalización, funcionario que no solo falto a la ética sino infringió preceptos y garantías constitucionales que debieron ser respetadas; viciando de nulidad todo lo actuado. Dicho funcionario debió excusarse del proceso sancionatorio referido en el exordio sin embargo actuando en contra de la ética y en un accionar francamente poco ético utilizo a la APS para fines personales.

- 2. Antecedentes específicos que provoco el incumplimiento al derecho del juez natural.-** Mediante Nota de Cargos CITE: APS/DS/N°1125/2012 de fecha 17 de febrero de 2012, la APS notifica a Seguros Illimani S.A. por la supuesta contravención a la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 127/2011, de 01 de Julio de 2011, respondiendo la compañía Seguros Illimani S.A., mediante CITE: GO N° 539/2012, presentando los descargos correspondientes. El 21 de marzo de 2012, la APS, a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°173/2012, impone previa evaluación por la Dirección a Seguros Illimani S.A. una sanción de 40.001,00 UFV's (Cuarenta Mil y Un Unidades de Fomento a la Vivienda), por supuestamente no haber desvirtuado los puntos contenidos en la Nota de Cargos CITE: APS/DS/N°1125/2012, quien previamente a la emisión de su resolución sancionatoria declara que la Dirección de Seguros evaluó los descargos presentados por Seguros Illimani S.A., por medio del Informe Técnico

NºAPS/DS/JTS/371/2012 de fecha 20 de marzo de 2012 y el Informe Legal NºAPS/DJ/DS/078 de 19 de marzo de 2012.

En fecha 28 de noviembre de 2012, se notificó a Seguros Illimani S.A., con Resolución Administrativa **APS/DJ/DS/Nº913-2012** instrumento que confirma totalmente la Resolución Administrativa **APS/DJ/DS/Nº173/2012**.

3. **Vulneración al Debido Proceso.**- Este principio procura tanto el bien de las personas, como de la sociedad en su conjunto; los administrados como es obvio tienen siempre el interés de defender adecuadamente sus pretensiones dentro de cualquier proceso, por su parte, la sociedad tiene el interés de que el proceso sea llevado de la manera más adecuada posible, para satisfacer las pretensiones de justicia que permitan mantener el orden social y que goza de rango constitucional. Dentro de las garantías que conforman el debido proceso se debe destacar en nuestra legislación el derecho a **un juez natural**, no puede existir debido proceso si el juez es tendencioso, imparcial o está cargado en contra o vinculado a una de las partes del proceso, debiendo el juzgador cuando no esté dotado de la debida imparcialidad, por estar relacionado de alguna manera (ex-funcionario que mantiene ilegales procesos judiciales instaurados en contra de quien fue su empleador el Sr. **Javier Gonzalo Zabalaga Pericón** con C.I. Nº 2440708-L.P) con elementos que pueden nublar su objetividad, excusarse.

El debido proceso es identificado por nuestra jurisprudencia nacional, en la **vinculante** Sentencia Constitucional Nº1021/2010-R Sucre de fecha 23 de agosto de 2010 que es transcrita parcialmente a continuación:

"III.5. El debido proceso y su relación con el derecho al juez natural. Ahora bien, conforme a la doctrina, el derecho al juez natural es uno de los elementos que integra la garantía del debido proceso, entendida esta última como: "...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar..." (SC 0418/2000-R de 2 de mayo).

Esta garantía jurisdiccional, encuentra su sustento en el art. 117.1 de la CPE: "Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada", de donde se extrae que la autoridad competente para conocer una causa, es aquella que de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas conforme a criterios de territorio, materia y cuantía, es la llamada para conocer y resolver un conflicto, constituyendo en consecuencia, el juez natural uno de los elementos del debido proceso como garantía jurisdiccional constitucionalmente establecida, y por consiguiente, susceptible de efectivizarla a través de los recursos constitucionales determinados para el efecto.

En ese sentido, la SC 0585/2005-R de 31 de mayo, puntualiza: "...Entre los derechos fundamentales protegidos por el amparo constitucional se tiene el debido proceso, consagrado por la Constitución como una garantía y por las normas internacionales, como el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica o el art. 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagrado como derecho humano.

(...) Conforme a las normas previstas por los arts. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, uno de los elementos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho al juez natural competente, independiente e imparcial. Al respecto, este Tribunal, en su SC 0491/2003-R de 15 de abril, ha señalado que es: 'Juez competente aquel que de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas, conforme criterios de territorio, materia y cuantía, es el llamado para conocer y resolver una controversia judicial; Juez independiente aquel que, como se tiene referido, resuelve la controversia exenta de toda injerencia o intromisión de otras autoridades o poderes del Estado; y Juez imparcial aquel que decida la controversia judicial sometida a su conocimiento exento de todo interés o relación personal con el problema, manteniendo una posición objetiva al momento de adoptar su decisión y emitir la resolución'.

Agrega luego: "Es indudable que, si dentro de un proceso judicial en curso, se lesiona el derecho al debido proceso en su elemento del derecho al juez natural competente, independiente e imparcial, se activa el amparo constitucional para otorgar la protección efectiva e inmediata al referido derecho, claro está que se activará esta vía procesal una vez agotadas las vías procesales previstas en la legislación ordinaria, en las que se podría lograr la reparación de la lesión..."

En consecuencia al haber intervenido directamente el Sr. Javier Gonzalo Zabalaga Pericón, en el proceso sancionatorio y al tener una enemistad o resentimiento en contra de la compañía de Seguros Illimani S.A., no es posible determinando (sic) como un funcionario idóneo o imparcial! vulnerando el derecho al juez natural. Dicho funcionario debió excusarse del conocimiento del proceso sancionatorio por estar afectada su imparcialidad, conforme se plasma en la **vinculante** Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0104/2012 Sucre, 23 de abril de 2012, que es transcrita más adelante.

El ente encargado de administrar justicia (sic) administrativa en el presente caso es la APS ente integrada (sic) por varias personas entre las que destaca el Sr. Javier Gonzalo Zabalaga Pericon, no podemos perder de vista, en consecuencia, que el Juez natural en el presente caso es la APS y que al interior de dicha entidad existe una persona que no puede ser objetiva con respecto a la entidad que represento pues mantiene procesos vigentes en contra de la misma; el ente encargado de administrar justicia a fin de lograr convicción sobre la acusación que nos ha hecho se ha apoyado en un informe elaborado por la citada persona

cuya imparcialidad en el tema y falta de objetividad se halla probada, viciando en consecuencia la integridad del proceso de nulidad.

Así, la SC 0099/2010-R de 10 de mayo, desarrolló el siguiente entendimiento: "**El juez natural, constituye una garantía constitucional con incidencia en el campo tanto jurisdiccional como administrativo, cuyo 'núcleo duro' está compuesto por tres elementos a saber: la competencia, la imparcialidad y la independencia (...).**" De donde se colige que dicho concepto (Juez Natural) es una garantía constitucional inherente al proceso; no recae sobre persona alguna pero sin embargo debe ser respetada en TODO PROCESO SEA ESTE JURISDICCIONAL (sic) O ADMINISTRATIVO y en todas sus instancia (sic); se debe entender que EL PROCESO debe respetar esta garantía, la misma que no se halla reatada al accionar específico de ninguna persona y más bien se refiere a todos los actuados procesales por eso mismo constituye una garantía del proceso y no es atribuible a una persona específica; señalando para finalizar que el proceso en general debe ser tramitado con IMPARCIALIDAD elemento que hace al Juez Natural vinculado a la tramitación de un proceso que en el caso presente no se cumple.

(Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0104/2012 Sucre, 23 de abril de 2012):

"III.2. De las recusaciones y excusas

En materia procesal civil, el régimen de las recusaciones y excusas se encuentra regulado por la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar, cuyo art 2 reforma los Capítulos IV, V y VI del Título I del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil.

En ese orden, la excusa, en general, constituye el medio legal establecido para que una autoridad jurisdiccional por decisión propia se separe en la primera actuación del conocimiento de un proceso debido a distintas causas que pudieran afectar la imparcialidad del juzgador. Al respecto, el art. 3 de la LAPCAF, establece entre las causales de recusación: "5) Tener el juez enemistad, odio o resentimiento con alguna de las partes, que se manifestaren por hechos conocidos" (las negrillas nos corresponde), así como, por su parte, el art. 4 de la citada Ley, establece la obligación de excusa, determinando que el juez o magistrado comprendido en cualquiera de las causas de recusación, deberá excusarse de oficio en su primera actuación, aclarando que la excusa no procede a pedido de parte. Una vez decretada la excusa, el juez o magistrado quedará inhibido definitivamente de conocer la causa y la remitirá de inmediato al llamado por ley, aun cuando desaparecieren las causas que la originaron. Por lo que será nulo todo acto o resolución pronunciada después de la excusa.

En consecuencia, para que el titular del cargo pueda eximirse de los deberes que le son inherentes, deberá concurrir alguna de las causas de excusa legalmente previstas, y según procedimiento previsto al efecto. (Diccionario de Derecho Civil de Miguel Ángel del Arco Torres y Manuel Pons González)."

Para el caso en concreto, la situación en la que se encontraba el Sr. Javier Gonzalo Zabalaga Pericón, no es un tema sui generis, por el contrario se tiene un referente administrativo como el caso correspondiente al proceso administrativo emergente de la (sic) Resolución Administrativa APS N°502/2011 de 20 de diciembre de 2011 la abogada **Ericka Marisol Balderrama Pérez** se excusó de la tramitación del proceso por estar comprometido (sic) su imparcialidad y objetividad, antecedente que es de pleno conocimiento de la autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

En consecuencia se ha establecido que la resolución recurrida a (sic) vulnerado derechos constitucionales como la garantía al debido proceso debiendo en consecuencia procederse con la nulidad de obrados a fin de devolver la legalidad al proceso sancionatorio.

Por todo lo expuesto, tenga su autoridad por recurrida la Resolución que indica y póngase en conocimiento de las autoridades superiores el presente recurso así como todos los antecedentes, sea con las formalidades de Ley.

Otrosí. 1°.- El suscrito abogado, aclara que respecto al pago de honorarios profesionales, se registrarán conforme iguala profesional suscrita con el demandante.

Otrosí. 2°.- Adjunto prueba del proceso que mantiene el Sr. Javier Gonzalo Zabalaga Pericón en contra de la institución que represento así como copia de la excusa de la abogada **Ericka Marisol Balderrama Pérez** en un proceso análogo

Otrosí 3°.- Así mismo solicito se ordene en forma inmediata el inicio de un proceso disciplinario contra el Sr. Javier Gonzalo Zabalaga Pericón y se oficie al Ministerio de Transparencia y Lucha contra la Corrupción y a la Fiscalía sobre este delicado tema. Por nuestra parte accionaremos en forma directa ante dicha entidades, sin embargo la falta de denuncia por este delicado hecho por parte de Vuestras Autoridades merecerá la consideración correspondiente, dentro el proceso que iniciaremos contra dicho funcionario que ha provocado un asedio sin precedentes contra la institución que represento.

Otrosí 4°.- Así mismo y como producto de la imparcialidad y consiguiente incumplimiento a la garantía constitucional relativa al Juez Natural se han soslayado todos los conceptos vertidos por nuestra parte a momento de interponer el recurso de revocatoria que genero la resolución ahora recurrida.

Bajo ese entendido tengo a bien hacer míos y reiterar los conceptos vertidos por mi parte a momento de interponer el recurso de revocatoria pues los mismos fueron soslayados por la APS sumiéndonos en el más absoluto estado de indefensión, se llevo al colmo de que un abogado y no un perito técnico se dio a la tarea de establecer extremos técnicos sobre la impresión de las rosetas SOAT, documento que sirvió de base para el proceso que dio lugar al presente recurso, extremo que sin duda es irregular e ilegal pues es imposible que un abogado (sic) establezca extremos técnicos sobre cualquier impresión por no hallarse dentro el ámbito de su formación académica, amén de representar el hecho un extremo poco serio por parte de la APS.

Se han soslayado todos los argumentos esgrimidos por nuestra parte a momento de interponer el recurso de revocatoria por lo que ahora los reiteramos a fin de que sean considerados por la Autoridad superior, así mismo se ha soslayado toda la prueba técnica aportada por nuestra parte a lo largo del proceso; incluso un informe de la empresa especializada en impresiones Industrias Lara Bisch S.A.

*Lo peor de todo es que la acción omisiva de la APS que soslayo nuestros argumentos y la prueba aportada por nuestra parte fue realizada de manera **inmotivada** vulnerando con ello nuevamente preceptos y garantías constitucionales dignos de tutela, la APS no se ha referido a nuestra prueba ni a nuestros argumentos ni para desvirtuarlos, en ese entendido REITERO LA PRUEBA y argumentos vertidos por nuestra parte a momento de oponer el recurso de revocatoria a fin de hacerlos valer en el presente recurso Jerárquico..."*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 173-2012 de 21 de marzo de 2012, sanciona a Seguros Illimani S.A. con una multa equivalente a Cuarenta Mil Un Unidades de Fomento a la Vivienda (40.001 UFV's), por la contravención a los anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 127-2011 de 1 de julio de 2011, debido a que las muestras de las Rosetas SOAT 2012, remitidas mediante nota CITE: PE/1701/2011 de 14 de noviembre de 2011, contendrían deficiencias insubsanables de acuerdo a lo desarrollado en dicha Resolución Administrativa.

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 913-2012 de 23 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolviendo el Recurso de Revocatoria planteado por Seguros Illimani S.A., determinó confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 173/2012 de 21 de marzo de 2012.

Seguros Illimani, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 913-2012 de 23 de noviembre de 2012, cuyos argumentos principales se centran en la participación del Analista de Seguros Generales, Sr. Javier Gonzalo Zabalaga Pericón, quien debió excusarse ya que tendría una enemistad con Seguros Illimani S.A., y por lo tanto las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N° 913-2012 de 23 de noviembre de 2012, y APS/DJ/DS/N° 173/2012 de 21 de marzo de 2012, han sido emitidas vulnerando el debido proceso, en su connotación al juez natural.

Por otra parte, al no haber hecho, la Autoridad recurrida, una correcta valoración de la prueba y al no haberse pronunciado sobre todas las cuestiones alegadas, vulneró el principio de motivación y fundamentación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto a la supuesta vulneración al juez natural.-

La recurrente refiere que el hecho de que el Analista de Seguros Generales, Sr. Javier Gonzalo Zabalaga Pericón, no se haya excusado del presente proceso, ha hecho que se vulnere el debido proceso en su connotación al juez natural, en razón a que los Informes Técnicos APS/DS/JTS/371/2012, de 20 de marzo de 2012 y APS/DS/JTS/703/2012 de fecha 8 de junio de 2012, que dan origen a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 173-2012 de 21 de marzo de 2012, habrían sido emitidos sin objetividad, debido a que el mencionado funcionario mantiene procesos judiciales y tiene una relación de enemistad con Seguros Ilimani S.A.

Al respecto, importa traer a colación lo determinado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, en cuanto al juez natural, para ello se transcribe los reiterados precedentes sobre el particular:

*“... uno de los elementos esenciales de la garantía del debido proceso es el derecho al **juez natural competente, independiente e imparcial**; debiendo entenderse por Juez competente aquel que, de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas, conforme criterios de territorio, materia y cuantía, es el llamado para conocer y resolver una controversia judicial; **JUEZ INDEPENDIENTE** aquel que, como se tiene referido, resuelve la controversia exenta de toda injerencia o intromisión de otras autoridades o poderes del Estado; y **JUEZ IMPARCIAL** aquel que decida la controversia judicial sometida a su conocimiento exento de todo interés o relación personal con el problema, manteniendo una posición objetiva al momento de adoptar su decisión y emitir la resolución. El cumplimiento de estos requisitos que hacen al juez natural permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas...”*

(Mayúsculas y negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Ahora bien, subsumiendo dicho precedente al caso de autos, tenemos que:

El inicio y consiguiente prosecución del presente proceso sancionador, ha sido instaurado y procesado por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), por lo tanto se ha respetado a cabalidad el primer elemento que hace al Juez natural, cual es la competencia, al estar facultado el Director de la APS a procesar y sancionar a las Entidades Aseguradoras, ello en estricta sujeción al Artículo 1 parágrafo V de la N° 3076 de 20 de junio de 2005 y Artículos 167, 168 y 169 de la Ley No. 065 de Pensiones.

El proceso sancionador de autos, emerge de la infracción que habrían sido cometidas por Seguros Ilimani S.A. y por la Compañía de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., a lo establecido en los Anexos I y II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 127-2011 de 1 de julio de 2011, como entidades aseguradoras únicas que fueron autorizadas

para la comercialización del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito para la gestión 2012 (SOAT 2012).

Este hecho, demostraría que el inicio y consiguiente prosecución del presente proceso se llevó por la detección de una posible infracción y no así por un interés personal y dirigido a una sola institución, es decir fue llevado con independencia, donde la afirmada enemistad que existiría entre el Sr. Javier Gonzalo Zabalaga Pericon, con Seguros Illimani S.A., no hace a la infracción como tal.

Ahora bien, en cuanto a la imparcialidad de la autoridad, bajo los argumentos presentados por la recurrente, se tiene que de ninguna manera los Informes Técnicos APS/DS/JTS/371/2012, de 20 de marzo de 2012 y APS/DS/JTS/703/2012 de fecha 8 de junio de 2012, emitidos por el Analista de Seguros Generales Javier Gonzalo Zabalaga Pericon, pueden ser considerados como una vulneración al Juez Natural, debido a que estos **no fueron emitidos por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la APS.**

Que, en la línea de razonamiento expuesta, cabe a su vez precisar que tanto los informes técnicos y legales, que se emiten en el proceso no tiene carácter vinculante y son facultativos, por lo que no obligan a la Autoridad Administrativa a resolver conforme a ellos (Artículo 48 parágrafo II, Ley del Procedimiento Administrativo), ello en función a que quien asume la responsabilidad por la determinación de sus actos es la Máxima Autoridad Ejecutiva.

Que, sin perjuicio de lo anterior, se evidencia que los Informes Técnicos APS/DS/JTS/371/2012 de 20 de marzo de 2012 y APS/DS/JTS/703/2012 de 8 de junio de 2012, emitidos por el Sr. Javier Gonzalo Zabalaga, son coincidentes con la posición de los informes legales APS/DJ/DS/078/2012 de 19 de marzo de 2012 y APS/DJ/DS/364/2012 de fecha 19 de noviembre de 2012, suscritos por otros funcionarios.

Por lo que, del análisis ut supra, se tiene que, en el caso de autos, no existe ninguna violación al debido proceso en su connotación al juez natural, debido a que las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/Nº 913-2012 de 23 de noviembre de 2012, y APS/DJ/DS/Nº 173/2012 de 21 de marzo de 2012, fueron emitidas por la Máxima Autoridad Ejecutiva de la APS, Lic. Iván Orlando Rojas Yanguas como Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, quien además no ha sido objetado por la entidad recurrente.

Por último, y en cuanto a la ausencia de notificación de los informes a la recurrente, cabe precisar que dicha situación no puede asimilarse como una vulneración al derecho a la defensa y consiguiente indefensión -como señala la recurrente-, toda vez que los informes jurídicos y técnicos, no tienen calidad de actos administrativos impugnables, ya que, conforme prevé la normativa, lo que es sujeto de impugnación es la decisión de la Administración Pública dada por quien ejerce la competencia, en este caso el Director, mismas que en el presente proceso se traducen en la Resoluciones Administrativas que ha emitido y que fundamentalmente han sido debidamente notificadas a la recurrente, quien en base a las mismas ha ejercido su derecho de defensa tanto en instancia de revocatoria como jerárquica.

Por lo que, la recurrente, no puede alegar una vulneración al derecho del debido proceso y al de defensa, bajo los argumentos expuestos.

2.2. En cuanto a la obligación de excusarse de los funcionarios y la prueba presentada.-

Sobre el particular, la recurrente no debe olvidar que el presente recurso versa sobre el control de legalidad a las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N° 173-2012 de 21 de marzo de 2012 y APS/DJ/DS/N° 913-2012 de 23 de noviembre de 2012, y no así sobre el proceso disciplinario a seguirse contra el **Sr. Javier Gonzalo Zabalaga Pericón** (funcionario de la APS), por lo que, en el marco de la competencia que asiste a este Ministerio, no corresponde a esta autoridad pronunciarse sobre el particular en el caso de autos.

Sin embargo de ello, corresponde hacer algunas precisiones:

Que, el artículo 10 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece que:

"I. En observancia del principio de imparcialidad, las excusas y recusaciones serán procesadas conforme a reglamentación especial para cada sistema de organización administrativa, aplicable a los órganos de la administración pública (...)"

Que, concordante con la normativa citada, el artículo 11 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su parágrafo I, establece:

"Precautelando la imparcialidad en los trámites, las autoridades y funcionarios de las Superintendencias del SIREFI que intervengan en un procedimiento administrativo, mediando causal justificada que pueda comprometer su imparcialidad, podrán excusarse de oficio o a instancia de parte en el conocimiento o resolución de determinado caso".

De la norma transcrita, se tiene que, todo funcionario que se encuentre en una relación de parentesco, enemistad u otra que pueda comprometer su imparcialidad dentro de la tramitación de cualquier proceso, **está obligado a presentar excusa a fin de que, justamente, se puedan evitar posibles susceptibilidades por parte del interesado.**

Que, la eventualidad que el servidor público, no de cumplimiento a la normativa, conforme lo establece el artículo 10 parágrafo IV, de la Ley de Procedimiento Administrativo, el mismo puede ser sujeto a responsabilidad.

2.3. De la falta de motivación y búsqueda de la verdad material.-

La recurrente refiere que la Autoridad Fiscalizadora, hubiera omitido pronunciarse sobre todas las cuestiones alegadas, y que no hubiera valorado la prueba presentada, y consiguientemente no existiría la debida motivación de la decisión adoptada.

De la revisión de los antecedentes y de las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N° 913-2012 de 23 de noviembre de 2012 y APS/DJ/DS/N°173/2012 de 21 de marzo de 2012, se tiene en lo conducente lo siguiente:

- En fecha 21 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros apertura un plazo de 5 días hábiles administrativos, para que Seguros Illimani S.A. presente toda la documentación complementaria necesaria.
- En fecha 13 de junio de 2012, Seguros Illimani S.A., ofrece prueba solicitando se señale día y hora para realizar inspección a las instalaciones de la Empresa FLEXO PRINT S.R.L, asimismo solicita se nombre perito, para el caso de autos, y solicita se señale día y hora para una reunión a llevarse a cabo con las siguientes entidades: CREDINFORM S.A., FLEXO PRINT S.R.L., Seguros Illimani S.A. y los funcionarios pertinentes de la APS.
- En fecha 20 de junio de 2012, el Ente Regulador emite providencia señalando que la Aseguradora aclare y establezca puntualmente los aspectos a probar en la inspección a la empresa Flexo Print S.R.L., solicitada por la recurrente.

En relación al nombramiento de perito, la Autoridad refiere que ésta se pronunciará una vez aclarados los extremos indicados;

En referencia a la solicitud de señalamiento de fecha y hora para llevarse la reunión, en dependencias de la APS, la misma es desestimada

- En fecha 5 de julio de 2012, Seguros Illimani S.A. solicita un pronunciamiento expreso en cuanto a que el Sr. Javier Gonzalo Zabalaga Pericón funcionario de la APS tendría enemistad con la recurrente, que el hecho de que este no se haya excusado ha dado lugar a que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 173-2012, de 21 de marzo de 2012, sea nula.

De lo transcrito, se observa que la Entidad Fiscalizadora, apertura término de prueba a tiempo del Recurso de Revocatoria, pero hizo caso omiso a la solicitud de prueba solicitada por Seguros Illimani S.A., asimismo se evidencia que no se ha pronunciado sobre toda la documentación de descargo, ni sobre lo alegado por Seguros Illimani S.A., en sus memoriales de fecha 3 de marzo de 2012, 15 de mayo y 5 de julio, de 2012.

Este actuar de la Autoridad Fiscalizadora, es contrario al debido proceso, que exige a la Administración Pública la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias, tal cual aquella y éstas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas y, en su caso, probadas por las partes, evitando pretender que toda la prueba a considerar sea únicamente la aportada por el recurrente.

Por lo que, la APS, en cumplimiento de este principio, y a objeto de formar una firme y serena convicción de los hechos, debió haber dado lugar a la realización de los actos solicitados como prueba, a efectos del cumplimiento del debido proceso, o en su caso fundamentar en contrario, pero no sucedió ello.

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

Situación similar ha ocurrido en el caso seguido contra la otra entidad aseguradora Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., a quien se le siguió el mismo proceso sancionatorio, que fue resuelto mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2013 de 31 de enero de 2013, determinando la anulación del procedimiento administrativo, y cuyos argumentos principales, respecto al tema en desarrollo fueron los siguientes:

"...Sin embargo, correspondió fundamentarse sobre el medio de prueba en el que se constituyó el informe técnico de Flexo Print S.R.L., ofrecido por la recurrente; dado su carácter técnico, que resultaría no ser uno instrumental, documental o literal, como mal sugiere la providencia de 9 de abril de 2012, sino mas bien uno pericial: "Cuando la deducción se efectúa mediante el aporte de terceros que infieren, a través de su ciencia, los hechos desconocidos de los escasos hechos conocidos" (Couture en su Fundamentos).

En una u otra posibilidad, dicha prueba resultaría en una opinión interesada y por tanto objetable, toda vez que Flexo Print S.R.L. no es propiamente un tercero ajeno a la controversia, sino el proveedor de las Rosetas controvertidas, y por tanto, esa opinión técnica se encuentra influida por el interés particular de que se determine la imposibilidad de la fabricación de las Rosetas en los términos señalados en los anexos aprobados por la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 127-2011 de 1° de julio de 2011...

...Como se comprende, en ningún momento desde que se acumuló en el expediente, hasta su consideración ulterior en resolución, la nota de 27 de julio de 2012 fue puesta en conocimiento de la recurrente, de manera tal que la misma no tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto o hacer sobre lo mismo expresión de agravios alguna, resultando habérsela producido a sus espaldas, sin la garantía que hace al derecho a la probanza en su faceta de objeción a la prueba...

...Resultando de tales extremos haberse infringido el debido proceso administrativo, ocasionado la indefensión a la ahora recurrente, así como también se ha inobservado el principio de verdad material, por cuanto, a la Autoridad recurrida le resultó suficiente la nota de GAF Trading de fecha 30 de julio de 2012 para desvirtuar el contenido del informe técnico de Flexo Print S.R.L., sin que hubiera tomado la medida adecuada para dirimir la falta de claridad y concordancia que existe entre las opiniones que aparentemente ambos documentos importarían...

...Como el presupuesto del Recurso Jerárquico hace alusión a la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 406-2012 y a su disconformidad para con la decisión de la impugnación contra la misma, se trae a colación lo expresado por la misma recurrente, empero a tiempo de su Recurso de Revocatoria de fecha 20 de agosto de 2012, cuando afirmara:

"...sin mayor explicación, ni mucho menos fundamentación clara y precisa, determinan que se incumplido (sic) la norma y corresponde una sanción, reiteramos sin mayor fundamentación, ignorando preceptos y principios legales en materia administrativa (Verdad material)..."

De ello, se infiere que el reclamo sobre la supuesta falta de fundamentación en la resolución sancionatoria, está en concreto referido a la imposibilidad de cumplimiento que pretende hacerse valer al amparo del principio de búsqueda de la verdad material, entonces haciendo

a lo ya supra considerado, haciendo pertinente ratificar todo el análisis anterior para hacer innecesario entrar en mayores consideraciones..."

Asimismo y conforme se procedió en la citada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2013 de 31 de enero de 2013, es pertinente traer a colación lo señalado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, cuando señala:

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

El debido proceso adjetivo se instituye como el vértice de una pirámide en el cual confluyen todos los otros principios adjetivos, comprendiendo varios elementos conforme los ha señalado el mismo Tribunal, ahora en la Sentencia Constitucional 0999/2003-R de 16 de julio:

"...La garantía constitucional del debido proceso,... asegura a las partes el conocimiento de las resoluciones pronunciadas por el órgano judicial o administrativo actuante durante el proceso, a objeto de que pueda comparecer en el juicio y asumir defensa, y en su caso hacer uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. En virtud de ello, los órganos jurisdiccionales que conozcan de un proceso deben observar los principios, derechos y normas que la citada garantía resguarda, infiriéndose de ello que ante la vulneración de los mismos se tiene por conculcada la referida disposición constitucional.

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

Por lo tanto, ha quedado sentado que la Autoridad Reguladora, ha vulnerado el debido proceso y generado indefensión a la recurrente, al no haberse pronunciarse sobre cada uno de los argumentos presentados por la recurrente y valorar todas las pruebas aportadas y aquellas necesarias, en cumplimiento del principio de verdad material.

Que, ya la Resolución Ministerial Jerárquica de MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 19/2011, consecuente con lo dispuesto en el artículo 29 párrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado a través de Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala:

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

Que, respecto a la valoración de la prueba, William Durán Rivera en su libro Principios, Derecho y Garantías Constitucionales, refiere *"...el derecho procesal contemporáneo no otorga al juez la libre apreciación de la prueba sino que está obligado a aplicar, a tiempo de valorar la prueba, las reglas de la sana crítica; de lo que se establece el deber jurídico del juez de valorar la prueba de manera objetiva y racionalmente fundamentada. Conforme a esto el juez tiene la obligación de justificar las razones por las que se asigna tal o cual valor a la prueba. En consecuencia no le está permitido el otorgar a una prueba el valor del que razonablemente carece, ni tampoco negarle el que razonablemente tiene..."*

Que, todos estos aspectos denotan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros ha incumplido lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo, que señala:

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

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

"Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando resuelvan recursos administrativos."

Que, a su vez, en cuanto a la motivación de los actos administrativos la Ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI, en su libro de Jurisprudencia Administrativa, en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, ha señalado:

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

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

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

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

"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser

desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión(...)"

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a la compulsas llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha dado una correcta aplicación a los principios de motivación y verdad material y no ha hecho una correcta valoración de la prueba conforme ya se expuso, aspectos que necesariamente deben ser considerados por la Administración Pública al momento de adoptar toda decisión.

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

Que, por lo tanto, se evidencia que el proceso administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y, en especial, los derechos consagrados de la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

PORTANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°173/2012 de 21 de marzo de 2012, **inclusive**, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 932-2012 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL
DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 015/2013 DE 08 DE ABRIL DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 015/2013

La Paz, 08 de Abril de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 932-2012 de fecha 30 de noviembre de 2012, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012 de fecha 25 de septiembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 013/2013 de 05 de marzo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 035/2013 de 07 de marzo de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 18 de diciembre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, representada legalmente por su Gerente General, Sr. Julio Vargas León, en mérito al Testimonio de Poder N° 563/2001, otorgado en fecha 3 de octubre de 2001 por ante la Notaría de Fe Pública N° 035 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 932-2012 de fecha 30 de noviembre de 2012, que

declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012 de fecha 25 de septiembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/10075/2012, con fecha de recepción 21 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 932-2012 de fecha 30 de noviembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 27 de diciembre de 2012, notificado en fecha 3 de enero de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 932-2012 de fecha 30 de noviembre de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/1951/2012 DE 16 DE MARZO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/1951/2012 de 16 de marzo de 2012, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, con los siguientes cargos:

Cargo N° 1, por infracción a lo establecido en el artículo 22° del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, al advertir que los Procesos Coactivos Sociales, en trescientos cincuenta y nueve (359) casos, fueron iniciados fuera de los ciento veinte (120) días calendario, computables a partir de las fechas en las que los Empleadores incurrieron en mora.

Cargo N° 2, por incumplimiento al artículo 149°, inciso i), de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, y a los artículos 20° y 22° del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, al advertir que, doce (12) casos no cuentan con la constancia de presentación de la demanda (sello de Demandas Nuevas) por ante el órgano judicial, constatándose que no se han iniciado y/o tramitado los Procesos Judiciales Coactivos, omitiendo el deber normativo establecido.

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota FUT.APS.AL. 0958/2012 de fecha 4 de mayo de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta los descargos respectivos, siendo que mediante Auto de 25 de junio de 2012, la Entidad Reguladora a solicitud de la recurrente, amplió el plazo de la investigación, otorgando diez (10) días hábiles administrativos adicionales para la producción de prueba.

Asimismo, por Autos de fechas 18 de mayo de 2012, 19 de julio de 2012 y 21 de agosto de 2012, el Ente Regulador solicitó documentación complementaria, requerimiento que fue atendido por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** mediante

notas FUT.APS.AL.1613/2012, presentada el 7 de agosto de 2012 y FUT. APS.AL. 1895/2012 de 11 de septiembre de 2012.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 759-2012 DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 759-2012 de 25 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve lo siguiente:

“PRIMERO.- Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por el Cargo Nº 1 con una multa en Bolivianos equivalente a \$us 5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el artículo 22 del Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2001, en trescientos cuarenta y un (341) casos de los trescientos cincuenta y nueve (359) imputados, levantándose el cargo para dieciocho (18) casos detallados en el Anexo V.

SEGUNDO.- Desestimar el Cargo Nº 2, imputado de Futuro de Bolivia S.A. AFP, por infracción a lo establecido por el artículo 149 inciso i) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, a los artículos 20 y 22 del Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011.

TERCERO.- I. La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación Nº 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

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

CUARTO.- Se deja establecido, que en caso de evidenciarse que como consecuencia de no haber iniciado la AFP el Proceso Coactivo Social en plazo establecido en norma se hubiera ocasionado daño o perjuicio a algún Asegurado impidiéndole acceder a un beneficio o prestación, para dichos casos individualmente considerados, será la AFP quien asuma responsabilidad y obligación...”

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por el memorial presentado el 16 de noviembre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 759-2012 de 25 de septiembre de 2012, señalando que ésta no ha cumplido con el elemento esencial contenido en el inciso e) del Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que no contiene la debida fundamentación y motivación, y que además ha vulnerado los principios del debido proceso establecidos en el artículo 4, los incisos c) y h) de citado cuerpo legal, solicitando la nulidad del referido acto.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 932-2012 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 932-2012 de 30 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, declara improcedente el

Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 759-2012, con base en los fundamentos siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado el 15 de septiembre de 2003, mediante Decreto Supremo Nº 27175, establece en su artículo 37 que los recursos administrativos, proceden contra toda clase de resolución definitiva, que a criterio del sujeto regulado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Que conforme lo previsto por el artículo 61 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, “Los recursos administrativos en la presente Ley, serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, **desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término**, no cumplierse las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables o si no cumplierse el requisito de legitimación establecido en el Artículo 11 de la presente Ley.” (Las negrillas son nuestras)

Que de conformidad con el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, el recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los 15 días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada.

Que asimismo, el artículo 47 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece requisitos para la procedencia de los recursos de revocatoria, de la siguiente manera:

“ (...)

- I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, **debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil**, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento.” (Las negrillas son nuestras)

Que de acuerdo a lo previsto por el artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, una de las formas de Resolución del Recurso de Revocatoria, es la siguiente:

“d) Improcedente. Cuando el recurso se hubiese interpuesto **fuera del plazo** señalado o el recurrente no cumplierse con los requisitos exigidos.” (Las negrillas son nuestras)

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, como parte de la Administración Pública y en atención a lo dispuesto por el artículo 17, párrafo primero y artículo 16, inciso h) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, está obligada a dictar resolución expresa y motivada dentro de la tramitación y/o sustanciación de los recursos de revocatoria interpuestos.

Que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad que conozca el recurso de revocatoria tendrá un plazo de veinte (20) días hábiles administrativos siguientes a la interposición del recurso, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que en atención al marco normativo, se tiene que para la admisión o la procedencia de un recurso de revocatoria, es imprescindible que su interposición sea realizada en el término previsto por ley, es decir dentro de los 15 días para la impugnación del acto que se pretende recurrir.

Que de la revisión del expediente del proceso que se sustancia y del memorial de interposición del recurso de revocatoria presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se advierte lo siguiente:

1. En fecha 25 de septiembre de 2012, se emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012.
2. Con el objeto de proceder a la notificación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012, en fecha 02 de octubre de 2012 se entregó la nota APS/DJ/7349/2012 de 25 de septiembre de 2012, por la que se citó a la AFP para que se apersona a las oficinas de esta Autoridad; teniendo la AFP cinco (5) días hábiles administrativos para dicho efecto, es decir hasta el día 09 de octubre de 2012.
3. No habiéndose presentado el representante legal de la AFP en el tiempo estipulado, ésta Autoridad emite la segunda citación APS/DJ/7893/2012 de 10 de octubre de 2012, la cual es recibida en la AFP el 17 de octubre de 2012; teniendo la Administradora cinco (5) días hábiles administrativos para acudir a las oficinas de esta Autoridad y notificarse, vale decir, hasta el día 24 de octubre de 2012.
4. En consideración a la no presentación del representante legal de Futuro de Bolivia S.A. AFP, para su notificación con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012, el 24 de octubre de 2012 a horas 18:30 se levantó acta en la que consta tal inasistencia, a partir de lo cual se tiene a la AFP por notificada para los efectos legales correspondientes, conforme lo previsto por el artículo 26 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.
5. De acuerdo a lo anterior, la AFP tenía quince (15) días hábiles administrativos a ser contabilizados desde el día siguiente de haberse sentado el acta de notificación, para impugnar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012, cuyo plazo vencía el 15 de noviembre de 2012.
6. En fecha 16 de noviembre de 2012, la AFP a través de su representante legal, presenta el memorial de recurso de revocatoria contra la Resolución

Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012, a los dieciséis (16) días hábiles administrativos, es decir fuera del término previsto por ley.

Que de la revisión de los actuados, se ha evidenciado el incumplimiento del término para la presentación del recurso de revocatoria dentro de los quince (15) días hábiles administrativos de notificada la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012, por lo que corresponde declarar la improcedencia de la impugnación.

CONSIDERANDO:

Que finalmente el ente regulador llega a la conclusión, que el recurrente ha presentado el memorial de Recurso de Revocatoria fuera del plazo establecido por ley. Consecuentemente, debe disponerse la improcedencia del recurso administrativo presentado, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa de Improcedencia, de acuerdo a lo previsto por el Numeral I inciso d) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. d) Improcedentes. Cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliera con los requisitos exigidos..."

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 932-2012 de 30 de noviembre de 2012, resolvió:

"...**ÚNICO.**- Declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012 de 25 de septiembre de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS..."

6. RECURSO JERÁRQUICO

En fecha 18 de diciembre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 932-2012 de 30 de noviembre de 2012, expresando lo siguiente:

"... I. DEL PLAZO HABIL PARA INTERPONER EL RECURSO:

Su Autoridad ha sustentado y motivado la improcedencia del recurso de revocatoria realizado por nuestra AFP, en el hecho de que el mismo fue presentado a los dieciséis (16) días hábiles administrativos de su legal notificación, señalando para ello en el numeral 4. del cuarto considerando de la Resolución ahora impugnada, lo siguiente: "En consideración a la no presentación del representante legal de Futuro de Bolivia S.A. AFP, para su notificación con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759- 2012, el 24 de octubre de 2012 a horas 18:30 se levantó acta en la que consta tal inasistencia, a partir de lo cual se tiene a la AFP por notificada para los efectos legales correspondientes, conforme lo previsto por el artículo 26 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003". Sin embargo de lo expresado por su Autoridad es importante precisar que dicha acta de inasistencia y notificación, no fue entregada a nuestra Administradora ni expuesta en Secretaría, observándose simplemente en el sello de notificación una enmienda que en el lugar de la glosa "**notifique con**", reza a puño y letra "**se entregó**", pero reiteramos, sin dejar constancia expresa de que la notificación

ya hubiera sido practicada en Secretaría, levantándose al efecto el acta de fecha 24 octubre de 2012, misma que nunca fue de nuestro conocimiento.

Lo precedentemente anotado conlleva la vulneración del principio de buena fe establecido por el artículo 4, inciso e) de la Ley de Procedimiento Administrativo por el cual se prevé que en la relación de los particulares con la Administración debe primar la confianza, la cooperación y **la lealtad** en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos; lo que implica mínimamente la obligación que tenía la APS de entregar una copia del acta de inasistencia y su consecuente notificación; o en su defecto hacer constar la misma en la entrega de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012 a efectos de un correcto computo (sic) de plazos.

II. PETITORIO.

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por nuestra AFP y, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado artículos 66 y 79 de la Ley N° 2341; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2003, solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 932/2012 de fecha 30 de noviembre de 2012 que declaro (sic) improcedente el recurso de revocatoria interpuesto por nuestra AFP contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759- 2012 de 25 de septiembre de 2012, ajustando así el procedimiento administrativo a derecho y permitiendo el pronunciamiento sobre el fondo de nuestra pretensión..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DPC/UO/3581/2011 de 26 de septiembre de 2011, comunicó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** la revisión de cuatrocientos veintitrés (423) expedientes -la totalidad de casos- que se encuentran con Procesos Coactivos Sociales iniciados.

Emergente de ello, en fecha 16 de marzo de 2012, mediante nota APS/DJ/1951/2012, el Ente Regulador notificó a la Administradora de Fondos de Pensiones, con los siguientes cargos:

- **Cargo N° 1**, por infracción a lo establecido en el artículo 22° del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, al advertir que los Procesos Coactivos Sociales, en trescientos cincuenta y nueve (359) casos, fueron iniciados fuera de los ciento veinte

(120) días calendario, computables a partir de las fechas en las que los Empleadores incurrieron en mora.

- **Cargo N° 2**, por incumplimiento al artículo 149°, inciso i), de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, y a los artículos 20° y 22° del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, al advertir que, doce (12) casos no cuentan con la constancia de presentación de la demanda (sello de Demandas Nuevas) por ante el órgano judicial, constatándose que no se han iniciado y/o tramitado los Procesos Judiciales Coactivos, omitiendo el deber normativo establecido.

Sustanciados los cargos, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012 de 25 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros impone sanción por el Cargo N° 1 y desestima el Cargo N° 2.

A efectos de la notificación con la precitada Resolución Administrativa, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la nota APS/DJ/7349/2012, recibida por la ahora recurrente en fecha 2 de octubre de 2012, por la que señala:

“...Referencia: Citación para notificar Resolución Administrativa con relación al incumplimiento a la normativa de Pensiones relativa al inicio de Procesos Coactivos Sociales.

De nuestra consideración:

Mediante la presente, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 26 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, tenemos a bien citar a usted para que en (sic) plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir de su notificación con la presente, se apersona por la Secretaria General de esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, quinto piso de la Torre Este - Torres Gundlach, a fin de notificarse con la Resolución Administrativa de referencia...”

Posteriormente “y debido a la no comparecencia a la citación efectuada mediante nota APS/DJ/7349/2012”, la entidad fiscalizadora emite una segunda citación que consta en la nota APS/DJ/7893/2012, recibida por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** en fecha 17 de octubre de 2012, con las mismas características que la primera, y le otorga adicionalmente “cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir de la citación con la presente”, para que “se apersona por la Secretaria General de esta Autoridad... a fin de notificarse con la Resolución Administrativa de referencia...”

Toda vez que el plazo señalado venció en fecha 24 de octubre de 2012, en la misma, a horas 18:30, el Ente Regulador dio por notificada a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012, conforme al acta adjunta la expediente, con el tenor textual siguiente:

“...ACTA DE NOTIFICACIÓN

En las oficinas de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en la ciudad de La Paz a las 18:30 pm del día 24 de octubre de 2012, se esperó a la

representante legal de Futuro de Bolivia S.A. AFP para notificarlo con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012 de 25 de septiembre de 2012 que Sanciona y Desestima los cargos imputados. Visto que, la segunda Citación se practicó el día 17 de octubre de 2012 y el plazo para notificarse se cumplió el día 24 de octubre de 2012 y que el artículo 26 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 dice: "Las notificaciones que deban ser efectuadas con cargos y sanciones, ya fuere a personas naturales o jurídicas se practicarán mediante comunicación escrita citando al presunto infractor para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, se apersona por la Secretaría General de la Superintendencia respectiva, a fin de tomar conocimiento y notificarse. En caso de no comparecencia a la segunda citación efectuada de la misma forma, se tendrá a éste por notificado". Se tiene a Futuro de Bolivia S.A. AFP por notificado..."

El función a la fecha del acta (fecha de la notificación) **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** tenía **hasta fecha 15 de noviembre de 2012** -los quince días hábiles administrativos determinados en el artículo 48° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175-, a efectos de la interposición del Recurso de Revocatoria; empero lo realiza recién en fecha 16 de noviembre de 2012, dieciséis días hábiles administrativos posteriores a su notificación de hecho con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012, es decir con un día de demora al término legal previsto al efecto.

Lo anterior ha determinado que, interpuesto el Recurso de Revocatoria en fecha 16 de noviembre de 2012, ha merecido la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 932-2012 de 30 de noviembre de 2012, por la que se declara improcedente el Recurso planteado en atención a: "evidenciado el incumplimiento del término para la presentación del recurso de revocatoria dentro de los quince (15) días hábiles administrativos de notificada la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012".

A este respecto, la Resolución Administrativa recurrida (APS/DJ/DPC/N° 932-2012 de fecha 30 de noviembre de 2012), se ha amparado en los artículos 61° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, 43°, inciso d) y 47°, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, normas que a la letra señalan:

Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo:

"...Artículo 61.- (Formas de Resolución). Los recursos administrativos previstos en la presente Ley, serán resueltos... **desestimando el recurso si éste** estuviese interpuesto fuera de término, **no cumplierse las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables** o si no cumplierse el requisito de legitimación establecido..."

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

Decreto Supremo N° 27175, reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera:

"...Artículo 43.- (Formas de Resolución en Recurso de Revocatoria).

I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: (...)

d) **Improcedentes. Cuando el recurso se hubiere interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliera con los requisitos exigidos (...)**

Artículo 47.- (Procedencia).

I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, **demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida,...**

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

Es así que el Recurso Jerárquico de 18 de diciembre de 2012, está limitado al "PLAZO HABIL PARA INTERPONER EL RECURSO" de Revocatoria, por lo que en cumplimiento del artículo 63º, párrafo II ("La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente..."), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, el análisis y decisión que siguen a continuación, se circunscriben a determinar si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha actuado conforme a derecho, al haber declarado improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES.**

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. TRASCENDENCIA DEL ACTA DE NOTIFICACIÓN DE 24 DE OCTUBRE DE 2012.-

La recurrente, respecto al acta de notificación de fecha 24 de octubre de 2012, argumenta que:

*"...no fue entregada a nuestra Administradora ni expuesta en Secretaría, observándose simplemente en el sello de notificación -se refiere a la constancia que sale a Fjs. 795- una enmienda que en el lugar de la glosa "**notifique con**", reza a puño y letra "**se entregó**", pero reiteramos, sin dejar constancia expresa de que la notificación ya hubiera sido practicada en Secretaría, levantándose al efecto el acta de fecha 24 octubre de 2012, misma que nunca fue de nuestro conocimiento".*

Concluyendo al respecto que se habría vulnerado el principio de buena fe, señalado por el artículo 4º, inciso e), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, debido a que el Ente Regulador tenía la obligación -según asevera la recurrente- "de entregar una copia del acta de inasistencia y su consecuente notificación; o en su defecto hacer constar la misma en la entrega de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012 a efectos de un correcto computo (sic) de plazos".

Por consiguiente, la controversia formal que se analiza, tiene que ver si el Ente Regulador estaba en la obligación de entregar o exponer el acta de 24 de octubre de 2012 "y su consecuente notificación", si la glosa "se entregó" que sale en la constancia de Fjs. 795, presenta alguna irregularidad que importe nulidad procesal y si de todo ello existe infracción al principio de buena fe.

2.1.1. Tratamiento normativo del Acta de 24 de octubre de 2012.-

El Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en lo conducente al caso establece que:

*"...Artículo 26°.- (Notificaciones con Cargos y Sanciones). Las notificaciones que deban ser efectuadas con cargos y sanciones, ya fuere a personas naturales o jurídicas, se practicarán mediante comunicación escrita citando al presunto infractor para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, se apersona por la Secretaría General de la Superintendencia respectiva, a fin de tomar conocimiento y notificarse. **En caso de no comparecencia a la segunda citación efectuada de la misma forma, se tendrá a éste por notificado...**" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

De la lectura anterior, se evidencia la inexistencia de fundamento normativo para una actuación como la que pretende la recurrente (que se le hubiera entregado el acta de 24 de octubre de 2012, o se la hubiera exhibido, cual requisitos formales de validez de la diligencia); ya que la norma es clara al limitarse en señalar que, **como consecuencia de la incomparecencia** del citado a notificarse, la misma se la tenga por realizada, entonces en sanción a la inactividad del citado.

En el caso de autos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha cumplido a cabalidad al haber citado, no una sino dos veces, al representante de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** a los fines de que se apersona y tome conocimiento del contenido de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012 de 25 de septiembre de 2012, por lo que, en términos legales, al establecerse plazos concretos para las citaciones y el hecho de que el citado no se apersona, da lugar fundamentalmente a que opere de pleno derecho la notificación directa, por el cumplimiento automático del plazo por el transcurso del tiempo, conforme lo dicta la citada norma, y de lo que hace bien la entidad recurrida, es en dejar constancia expresa en un acta. Procedimiento que además ha sido ampliamente establecido en precedentes administrativos dado por esta instancia jerárquica siendo el último el emitido mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 064/2012 de 9 de noviembre de 2012, correspondiente a la propia AFP hoy recurrente.

De manera que, no es aquí admisible el pretender, como lo hace la recurrente, que se le hubiera entregado *"una copia del acta de inasistencia y su consecuente notificación"* (con la aclaración que el acta da fe, precisamente de la notificación, por lo que la afirmación de la recurrente resulta en una tautología) por cuanto, así como ello no se encuentra previsto en la norma, determinaría legitimar el desconocimiento de la norma que realiza, en los hechos, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, cuando desconoce la trascendencia y efectos del supra transcrito artículo 26° y quiere hacer responsable de ello al Ente Regulador, pasando por alto que, conforme al artículo 18°, párrafo I, de la Ley N° 2341 de 15 de septiembre de 2003, de Procedimiento Administrativo, *"Las personas tiene derecho a acceder a los archivos, registros públicos y a los documentos que obren en poder de la Administración Pública..."*, derecho que la recurrente no ejerció no obstante tener conocimiento pleno de la existencia del proceso

sancionador, de su estado y de la exigencia de su comparecencia a efectos de su notificación.

2.1.2. Trascendencia de la glosa “se entregó”.-

De la revisión de la constancia que sale al pie de foja 795, se conoce que:

*“...En la ciudad de La Paz, a Horas 16:15 del día 25 de octubre de 2012 **se entregó:** Resolución ADMINISTRATIVA N° 759 2012- de fecha 25-SEP-2012 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros a FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP a través de su representante legal...”*

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

Sobre la misma, la recurrente acusa que:

*“...en el sello de notificación una enmienda que en el lugar de la glosa “**notifique con**”, reza a puño y letra “**se entregó**”, pero reiteramos, sin dejar constancia expresa de que la notificación ya hubiera sido practicada en Secretaría, levantándose al efecto el acta de fecha 24 octubre de 2012, misma que nunca fue de nuestro conocimiento...”*

No obstante, resulta que la mención “se entregó” en lugar de “se notificó” no es casual, sino que obedece a la actuación en concreto que se estaba practicando en fecha 25 de octubre de 2012, esta es, la entrega de una copia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012 a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

Si bien por regla general, la notificación opera mediante la entrega de una copia del documento que se notifica (y excepcionalmente sucede que, ante la inactividad negligente de la parte interesada, opera válidamente el artículo 26°, parte final, del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003), lo mismo no importa que la trascendencia de los términos *notificar una Resolución y entregar una Resolución* sea la misma, por cuanto, la notificación en el ámbito procesal, es fundamentalmente una actuación formal de cuya ocurrencia van a surgir efectos jurídicos, mientras que de la entrega de determinada documentación no surge, per se, efecto jurídico alguno.

Entonces, así como consta que no ha sido voluntad del Ente Regulador notificar en fecha 25 de octubre de 2012 a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012 (porque tal notificación ya había acaecido la fecha anterior, el 24 de octubre de 2012), se debe concluir en que la actuación que señala la constancia de foja 795, está referida simple y llanamente, a la entrega de una copia de la Resolución que señala, no de notificación alguna, como quiere hacer creer la recurrente, careciendo el extremo de mayor trascendencia y no cabiendo lugar a la tutela jurídica como la que pretende la recurrente, al existir una notificación de hecho, conforme lo determina el artículo 26° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Ahora, el servidor público responsable de la constancia de Fjs. 795, ha desarrollado su función, como bien ha señalado la recurrente, en base a un sello de tinta, el que seguramente ha sido fabricado con la frase “*notifiqué con*”, al no acomodarse a la

actuación del caso, ha sido enmendado de forma que refleje la verdad de lo sucedido, esta es, que se estaba entregando, -no notificando-, una copia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012, lo que más allá de no resultar estético, no entraña irregularidad alguna como la que sugiere la recurrente.

2.1.3. Del principio de Buena Fe.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES también acusa:

*"...vulneración del principio de buena fe establecido por el artículo 4, inciso e) de la Ley de Procedimiento Administrativo por el cual se prevé que en la relación de los particulares con la Administración debe primar la confianza, la cooperación y **la lealtad** en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos..."*.

No obstante que lo señalado en los numerales 2.1.1. y 2.1.2. supra, determina suficiente fundamento a la decisión final del presente fallo (porque además, la recurrente ha hecho depender su queja presente a la ocurrencia de las restantes impugnaciones de su recurso), es oportuno aclarar que el Ente Regulador actuó correctamente al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria, basado en que *"el recurrente ha presentado el memorial de Recurso de Revocatoria fuera del plazo establecido por ley"*.

Tal posición no importa, de ninguna manera, haber vulnerado el principio de buena fe establecido por el artículo 4, inciso e), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, toda vez que no es una supuesta falta de lealtad procesal por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros lo que ha primado en la decisión, sino la evidente conducta omisiva, y pasiva de la recurrente, cuando no obstante de haber sido citada en dos oportunidades, a efectos de que concurra a notificarse con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012 de fecha 25 de septiembre de 2012, no se apersonó a tal efecto, pese al estado del proceso sancionador en su contra.

Ello importa que en sujeción a tales conclusiones, es inadmisibles el alegato de que *"mínimamente la obligación que tenía la APS de entregar una copia del acta de inasistencia y su consecuente notificación; o en su defecto hacer constar la misma en la entrega de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012 a efectos de un correcto computo de plazos"*, por cuanto, no puede pretender la recurrente transferir su propia diligencia al Ente Regulador, cuando además ha sido insistentemente citada para ello, habiendo hecho caso omiso en el par de oportunidades que ello ha importado, determinando se la dé por notificada en fecha 24 de octubre de 2012, conforme lo dispone el artículo 26° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, extremo que en estricto derecho, era el determinante a efectos del cumplimiento responsable de la carga procesal y el cumplimiento de plazos que hace la interposición del Recurso de Revocatoria.

Antes más bien, cuando **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** hace referencia a la existencia de una enmienda *"en el sello de notificación"* de Fjs. 795, resultaría ser ella quien está actuando en contravención al principio de buena fe, establecido en el inciso e), del artículo 4° de la Ley N° 2341, por cuanto, resulta evidente de la lectura del sello impreso y de sus enmiendas manuales, que en ningún momento la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha sugerido tratarse de una notificación, por tanto, la mención que sale del Recurso Jerárquico fuerza una imaginaria

diligencia de este tipo, por lo que en este sentido, no corresponde sino, el rechazo del argumento vertido por la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma, al haber declarado improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012 de fecha 25 de septiembre de 2012, toda vez que éste no ha cumplido de manera oportuna con lo señalado en el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que, asimismo y no menos importante, es que este Ministerio no puede entrar a un análisis de fondo, toda vez que su competencia para ello no se ha abierto, sino simplemente para conocer de la impugnada improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 932-2012 de 30 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el recurso contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 759-2012 de 25 de septiembre de 2012.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

PREVISION BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 924-2012 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL
DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°016/2013 DE 08 DE ABRIL DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 016/2013

La Paz, 08 de Abril de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 924-2012 de 27 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 716-2012 de 10 de septiembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 014/2013 de 05 de marzo de 2013 e Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 36/2013 de 07 de marzo de 2013, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 19 de diciembre de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, legalmente representada por el señor René Nicolás Nogales Rodríguez, tal como lo acredita el testimonio de poder N° 627/2008 de fecha 24 de noviembre de 2008, otorgado

ante Notaría de Fe Pública N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo del Dra. Juana Mery Ortiz Romero, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 924-2012 de 27 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 716-2012 de 10 de septiembre de 2012.

Que, mediante nota APS/DJ/10151/2012, con fecha de recepción de 24 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 924-2012 de 27 de noviembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 27 de diciembre de 2012, notificado en fecha 2 de enero de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 924-2012 de 27 de noviembre de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/5161/2012 de 10 de julio de 2012, notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, con los siguientes cargos:

"...III. IMPUTACIÓN DE CARGOS:

Cargo N° 1.- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 142 de la Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, al evidenciar que la AFP no tuvo el cuidado exigible al haber iniciado el Proceso Ejecutivo Social contra la empresa Sociedad General de Supervigilancia Bolivia S.A. cuyo representante legal es el señor Yumanz Decid (sic) Andrade Caballero, señalando incorrectamente el RUC: 2476975, en lugar del RUC: 2476967.*

Cargo N° 2.- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y las notas APS/DPC/CO/1865/2011 de 14 de julio de 2011, APS/DPC/UO/3322/2011 de 13 de septiembre de 2011, APS/DPC/UO/3674/2011 de 21 de septiembre de 2011, al haber omitido el envío y en plazo del memorial presentado el 07 de diciembre de 2010 por el Empleador Sociedad General Supervigilancia Bolivia S.A., por el cual devuelve la cédula de notificación y solicita la nulidad de obrados por haberse efectuado a la persona equivocada, evitando que esta Autoridad asumiera conocimiento y tuviera acceso a los datos completos del Proceso..."*

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) mediante nota PREV-COB-282/08/2012 de 22 de agosto de 2012, solicita la ampliación de plazo, la cual es atendida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, mediante auto de 23 de agosto de 2012, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, a efectos de la remisión de los descargos respectivos.

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota PREV-COB-295/08/2012 de fecha 24 de agosto de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, presenta descargos alegando lo siguiente:

“...Cargo N° 1.- (...)

Respuesta.- Conforme manifestamos en nuestras notas Cite PREV-OP-1427/10/2011 y PREV- OP-1178-08-2011, en el caso de RUC: 2476975 se demandó en calidad de representante legal al señor Yumanz Decid (sic) Andrade Caballero, por las siguientes consideraciones:

1. *En el registro de la empresa S.G.S. S.A. SUCURSAL BOLIVIA con RUC: 2476975 y de S.G.S. BOLIVIA S.A. con RUC 2476967, que por disposiciones tributarias se modifica al NIT 1020125022, se evidencia que están firmados por el mismo representante legal, el Sr. Ramiro Montes Saenz y consignan el mismo domicilio.*
2. *Las cartas de gestión de cobro del empleador S.G.S. S.A. SUCURSAL BOLIVIA con RUC 2476975 fueron recibidas por el empleador S.G.S. BOLIVIA S.A. y no presentaron observaciones ni devolvieron las mismas.*
3. *Para refrendar lo expresado, adjuntamos la Sentencia de 03 de enero de 2012 (sic), que sustenta que la demanda ha sido recibida en el domicilio legal de la empresa y que ha permitido que la empresa demandada asuma conocimiento cierto y efectivo de la demanda seguida en su contra.*

Cargo No 2.- (...)

Respuesta.- En lo referido al presente cargo, cabe aclarar que en el caso que el memorial presentado en fecha 07 de diciembre de 2010 no hubiere sido enviado a la APS, se debe a una omisión involuntaria, empero, el mismo si fue considerado en las respuestas dadas por esta Administradora en todas las notas de respuesta a la APS, conforme se aclara a continuación:

- a. *Todas las notas hacen referencia a que la persona demanda, citada y notificada, es el señor “Yumanz Decid (sic) Andrade Caballero”, quien no devolvió ni presento (sic) excepción de “Falta de personería en el Ejecutado” dentro del Proceso Judicial conforme establece la normativa adjetiva.
El memorial al cual hacer referencia la APS es presentado por Virginia del Rosario Alarcón Peredo, persona que no es la demandada.*
- b. *El citado, notificado y demandado, señor “Yumanz (sic) Andrade Caballero”, se apersona al Juzgado recién el 15 de septiembre de 2012, fecha posterior al envío de la información a la APS, conforme se evidencia en el memorial que cursa a fs. 50 de obrados...”*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 716-2012 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 716-2012 de 10 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió sancionar a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** por los siguientes cargos:

“(…)

- a) En relación al **Cargo Nº 1** con una multa en Bolivianos equivalente a \$us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y el artículo 23 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.
- b) En relación al **Cargo Nº 2** con una multa en Bolivianos equivalente a \$us3.000,00 (TRES.MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 y las notas APS/DRC/CO/1865/2011 de 14 de julio de 2011, APS/DPC/UO/3322/2011 de 13 de septiembre de 2011 y APS/DPC/UO/3674/2011 de 21 de septiembre de 2011.

SEGUNDO.- I. La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación Nº 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.

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

TERCERO.- I. En el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de notificada la presente, BBVA Previsión AFP S.A. deberá realizar las gestiones necesarias dentro del Proceso Ejecutivo Social iniciado contra el Empleador S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A., con RUC:2476975, en cuanto a la identificación correcta del representante legal y las diligencias necesarias para el regular procesamiento del PES; a efectos de que el proceso social se lleve sin vicios que puedan retrasar la recuperación de los adeudos a la seguridad social de largo plazo.

II. Copia de las gestiones realizadas deberán ser remitidas a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuadas...”

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“...**CONSIDERANDO:**

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió con el siguiente análisis de los argumentos expuestos por el regulado en sus descargos y aplicando el principio de la valoración razonada de la prueba se procedió al análisis de naturaleza técnica y jurídica.

Que con respecto a cada uno de los cargos, se expresa lo siguiente:

AL CARGO N° 1 (...)

De los descargos presentados por BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV-COB-295/08/2012 de 24 de agosto de 2012, esta Autoridad realiza el siguiente análisis:

La AFP remite mediante nota PREV-COB-295/08/2012 de 24 de agosto de 2012 a esta Autoridad las siguientes actuaciones procesales:

- Nota de Débito N°15000 girado al Empleador S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. con RUC: **2476975**, por mora a los períodos: julio-2002, agosto-2002, septiembre-2002, febrero-2003, mayo-2003, junio-2003 y julio-2003.
- Formulario N°100000000555 - N°15000 al 01 de julio de 2010, tiene los siguientes datos: S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A., RUC: **2476975**, señala como representante legal: **Yumanz Yecid Andrade Caballero**.
- Memorial de 29 de octubre de 2010, mediante el cual la AFP inicia el PES contra la empresa S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. con RUC: **2476975**, y señala como representante legal al señor **Yumanz Yesid Andrade Caballero** con Carnet de Identidad 2068512. Por la mora de los períodos: julio-2002, agosto-2002, septiembre-2002, febrero-2003, abril-2003, mayo-2003, junio-2003 y julio-2003 por la suma de Bs.8.456,73 (ocho mil cuatrocientos cincuenta y seis 73/100 bolivianos); tal como indica la Nota de Débito N°15000 de fecha 01 de Julio de 2010.
- Mediante Resolución N° 85/2010, el Juez dicta Auto Intimatorio de Pago de 22 de noviembre de 2010, por el cual se intima a S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. y al que sería su representante **Yumanz Yesid Andrade Caballero**, para que al tercer día de su legal citación con la demanda y el respectivo Auto Intimatorio, pague a la entidad ejecutante la suma de ocho mil cuatrocientos cincuenta y seis 73/100 bolivianos (Bs.8.456,73) por concepto de aportes al Seguro Social Obligatorio correspondiente a los períodos demandados.
- Aviso Judicial de 25 de noviembre de 2010, emitido por el Oficial de Diligencias dirigido a **Yumanz Yesid Andrade Caballero**.
- La Representación emitida por el Oficial de Diligencias de 26 de noviembre de 2010, en la cual se especifica como demandado al señor **Yumanz Yesid Andrade Caballero**.
- Decreto de 29 de noviembre de 2010, emitido por el Juez Primero de Trabajo y de Seguridad Social, por el cual ordena se cite mediante cédula al señor **Yumanz Yesid Andrade Caballero**.
- El 06 de diciembre de 2010, el Oficial de Diligencias notifica al señor **Yumanz Yesid Andrade Caballero** como representante legal de la S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A., recibida por la señora Virginia Alarcón.

- **Memorial de 07 de diciembre de 2010**, presentado por la señora Virginia del Rosario Alarcon Peredo responsable de Recursos Humanos de la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A., devuelve la notificación mediante cédula y **pide la nulidad de obrados**. Asimismo adjunta la siguiente documentación:
 - Carnet de Identidad de la señora Virginia del Rosario Alarcon N°2607338 La Paz.
 - Carnet de Identidad del señor Yumanz Yecid Andrade Caballero N°2068512 La Paz.
 - Certificado de Inscripción de la Casa Matriz de 07 de mayo de 2004, de la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. No. RUC: 2476967, representante legal Yumanz Yecid Andrade Caballero N°2068512 La Paz.
 - Memorial de 29 de octubre de 2010, por el cual la AFP presenta demanda para el inicio del Proceso Ejecutivo Social.
 - Resolución N°85/2010 de 22 de noviembre de 2010.
 - La Representación de 26 de noviembre de 2010 del Oficial de Diligencias.
 - Decreto de 29 de noviembre de 2010 emitido por el Juez Primero de Trabajo y de Seguridad Social.

- Mediante Decreto de 08 de diciembre de 2010, el Juez ordena que la impetrante de la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. acredite documentalmente la representación alegada en el memorial de 07 de diciembre de 2010.

- Mediante memorial de 30 de diciembre de 2010, la AFP nuevamente solicita citación por cédula a la empresa S.G.S. Sociedad de Supervigilancia S.A.

- Por Decreto de 05 de enero de 2011, el Juez determina se consulten los datos del proceso.

- Mediante memorial presentado el 28 de julio de 2011, la Administradora solicita se dicte sentencia y medidas precautorias contra la S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. con RUC: 2476975.

- El Decreto de 29 de julio de 2011, el Juez establece que con carácter previo a la petición que antecede, se ordena al Oficial de Diligencia del Juzgado cumpla con el Decreto de 08 de diciembre de 2010.

- Mediante memorial presentado el 01 de septiembre de 2011, la AFP reitera solicitud de Sentencia que declare probada la demanda.

- Asimismo mediante Decreto de 02 de septiembre de 2011, el Juez reitera que el Oficial de Diligencias cumpla con el Decreto de 08 de diciembre de 2010.

- Mediante memorial de 07 de diciembre de 2010, la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. acredita que la Lic. Virginia del Rosario Alarcon Peredo es responsable de Recursos Humanos de S.G.S. Bolivia S.A., adjuntando la Certificación JF/SGS/2011 de 06 de septiembre de 2011.
- Por memorial de 07 de septiembre de 2011, la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. cumple lo observado y señala que la señora Virginia del Rosario Alarcon Peredo va a tomar conocimiento del proceso. Adjunta la siguiente documentación:
 - Certificación JF/SGS/2011 de 06 de septiembre de 2011 que certifica que la señora Virginia del Rosario Alarcon Carnet de identidad N°2607338 La Paz es responsable de Recursos Humanos de la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A.
 - **Memorial presentado el 07 de diciembre de 2010**, por la señora Virginia del Rosario Alarcon Peredo responsable de Recursos Humanos de la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A., por la que devuelve la notificación por cédula y pide la nulidad de obrados.
 - Carnet de Identidad de Virginia del Rosario Alarcon N°2607338 LP.
 - La empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. adjunta nota CITE: RRHH N°217/11 de 06 de julio de 2011 dirigida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en la que señala: "...Sus autoridades podrán evidenciar que desde Noviembre/2010 hasta la fecha la BBVA Previsión AFP, no ha podido dar solución a nuestras peticiones, al contrario; se ha dado a la tarea de dilatar el mismo, por lo referido acudimos ante Uds. Con (sic) la finalidad de que en el marco de sus atribuciones legales puedan coadyuvar en la solución definitiva de nuestros reclamos."
- Mediante Decreto de 07 de septiembre de 2011, el Juez ordena a la señora Virginia del Rosario Alarcón Peredo que tiene plazo de 48 horas a partir de su notificación para acreditar su condición de representante legal de la empresa.
- Mediante memorial de 15 de septiembre de 2011, el Empleador Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. interpone incidente de nulidad de citación con la demanda, señalando:
 - " a. La nota de débito Nro 15000 como documento ejecutivo y sobre el cual, el apoderado de la Sociedad denominada "PREVISIÓN BBVA-ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBA PREVISIÓN AFP S.A.) inicia una demanda de proceso ejecutivo social, va dirigida en contra de la Empresa S.G.S. SOCIEDAD GENERAL DE SUPERVIGILANCIA S.A. CON RUC. Nro. 2476975, sin embargo; me cabe hacer notar a su autoridad que el registro único de contribuyente éste no corresponde a la empresa a la cual fue entregada la cédula de citación y notificación con el proceso citado, máxime aún si se toma en cuenta; que nuestro anterior registro nacional único de contribuyentes responde al nro. 2476967 y no así en el referido en el documento ejecutivo y demanda, extremo éste; que acredito por la

fotocopia legalizada del RUC antes referido y que anexo a la presente acción y por el cual se colige y evidencia el incumplimiento e inobservancia por parte del demandante de los previsto en los incs. 3), 4), 5), 6), 8) y 9) todos del art. 327 y art. 486 ambos del Cód. de Pdto. Civil.

b. Asimismo me cabe subrayar que la persona contra quien se demanda responde al nombre de Sr. Yumanz Yesid Andrade Caballero, el cual; no es el representante legal de la Empresa S.G.S. Bolivia S.A., pues el mismo responde al nombre de Yuman Yecid Andrade Caballero, aspecto éste; que provoca la inobservancia por parte del demandante del inc. 4) del art. 327 y art. 486 ambos del Cód. de Pdto. Civil.

c. La supuesta citación mediante cédula con la demanda, nota de débito Nro. 15000 y autointimatorio Nro. 85/2010 y demás actuaciones del proceso al exordio y que cursa en la parte final de la supuesta cédula (debajo del proveído de fecha 29 de noviembre de 2010), incumple y vulnera lo previsto en el parágrafo II del art.-121 del Cód de Pdto. Civil, por haberse efectuado a la persona errada y por no contar con la firma de un testigo de actuación, el cual; tendría que estar debidamente identificado y firmando la diligencia, aspecto éste que no ocurre en el presente caso, por otra parte; la referida cédula vulnera el art.-122 del Cód. de Pdto. Civil..." Al memorial se adjunta lo siguiente:

- Caratula (sic) de Testimonio de Poder N° 55/2008, del directorio de la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. a favor de los señores **Yumanz Yecid Andrade Caballero**, Vilma Filomena Hurtado de Ricaldez y Marcelo José Ramírez Pendibene.
 - Certificado de Inscripción de la Casa Matriz, No. RUC: **2476967** de la Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A., representante Legal: **Andrade Caballero Yumanz Yecid** con Carnet de Identidad N° 2068512.
 - Certificado de Inscripción padrón Nacional de Contribuyentes, que señala: NIT:1020125022, Nombre/Razón Social: SGS Bolivia S.A., representante legal: **Andrade Caballero Yumanz Yecid**.
- Mediante Decreto de 16 de septiembre de 2011, el Juez establece la documentación presentada a los antecedentes.
- Mediante memorial presentado el 21 de diciembre de 2011, la Administradora contesta incidente de nulidad, en la misma señala:

"La Ejecutada indica que el Número de RUC 2476975 no corresponde a la misma, toda vez que el Registro de Contribuyentes con el que cancelaban anteriormente era el 2476967 y no así el arriba nombrado, razón por la cual se mantienen en que no corresponde dicho cobro a éste proceso; por lo que al respecto tengo a bien aclarar a su Autoridad que si bien la Empresa adjunta

como prueba de descargo el Certificado del RUC con el cual cancelaban anteriormente (2476967), deslindando de ésta forma cualquier responsabilidad y obligación que tuvieran con la demanda interpuesta en su contra, sin embargo en nuestros Archivos cursan dos Formularios de Inscripción del Empleador que en su momento se suscribieron a ésta Administradora y en la misma se observan datos idénticos, incluso llegando a contar con el mismo Domicilio y nombre de Representante Legal en ambas..."

"Como podrá observar Señor Juez se puede corroborar datos que ellos mismos como empleadores suscriben al momento de llenar los respectivos documentos para Afiliarse a ésta Administradora de Pensiones, sienta (sic) que en el Decreto Supremo 29537 de fecha 01 de mayo del 1.998 en su Art. 2 establece que:

"El Formulario de inscripción del empleador al Seguro Social Obligatorio de largo plazo tendrá calidad de Declaración Jurada, por tanto los datos consignados en dicho documento se consideraran como válidos y correctos para todos los efectos legales y en especial para el Inicio y Prosecución de los Procesos Ejecutivos Sociales".

- En lo que se refiere al Representante Legal, la Ejecutada indica que nó (sic) corresponde ya que se insertó en el nombre del Personero Legal la letra "s" en vez de la letra "c", motivo que no está sustentado bajo ninguna Normativa o algún parámetro que la Ley hace alusión, ya que se quiere anular dicha citación por haber insertado por error involuntario el cambio de "una letra", sin embargo dicho error nó (sic) altera el contenido de la solicitud que en realidad importa y que es que se cumpla el Pago de las Contribuciones en Mora de los Trabajadores. Sin embargo, de acuerdo al conocimiento de los Datos en Línea de Fundempresa (Fs. 5) se verifica que el Señor Yumanz Yecid Andrade Caballero funge como actual Representante Legal de la Empresa demandada.
- En cuanto a la solicitud de la anulación de la citación por cédula que cursa en Fjs. 18 de Obrados, debo aclarar que la nombrado (sic) citación cuenta con todos los Requisitos exigidos por el Art. 121 y 122 del Código del Procedimiento Civil, cuenta con fecha y hora, dirección, síntesis con qué documentos se cita, firma de Testigo, firma del Oficial de Diligencias, además en base al Informe que elabora el Oficial de Diligencias donde indica que nó (sic) se pudo encontrar al Representante Legal, sin embargo en cumplimiento a la Ley se cita por cédula en la fecha establecida mediante el Aviso Judicial y se asienta la misma a la Encargada de RR.HH. Sra. Virginia Alarcón quien en lo posterior sería la apoderada Legal de la Empresa.

En conclusión Señor Juez, ninguna de las peticiones que hace la Ejecutada no se enmarcan dentro de lo Normado, por lo que solicito la continuación de la prosecución de dicho proceso hasta la conclusión del mismo, así mismo pido a su Autoridad orden (sic) se extiendan Certificaciones a **FUNDEMPRESA** para que

dicha institución sea quien certifique sobre el último domicilio y representante legal de la empresa **"S.G.S. SOCIEDAD GENERAL DE SUPERVIGILANCIA S.A"** con **RUC 2476975**, así como también al **SERVICIO DE IMPUESTOS NACIONALES**, para que nos certifique si el RUC 2476975 de la empresa demandada, se encuentra vigente o si este ha sido dado de baja, precisando fecha de baja del **RUC**". Dicho memorial, adjunta la siguiente documentación:

- Formulario de Inscripción del Empleador, con los siguientes datos: empresa S.G.S. (Bolivia) S.A., RUC: **2476967**, representante legal: **Ramiro Montes Saenz** con Carnet de Identidad: 204951 La Paz.
 - Formulario de Inscripción del Empleador, con los siguientes datos: empresa S.G.S. S.A. Sucursal Bolivia S.A., RUC: **2476975**, representante legal: **Ramiro Montes Saenz** con Carnet de Identidad: 204951 La Paz.
 - Formulario de Pago de Contribuciones de 07 de enero de 2004, con los siguientes datos: empresa S.G.S Bolivia S.A. al RUC: **2476967** y representante legal: **Ramiro Montes Saenz** con Carnet de Identidad: 204951 La Paz.
 - Formulario de Pago de Contribuciones de 07 de enero de 2004, con los siguientes datos: empresa S.G.S. Sucursal Bolivia, RUC: **2476975**, representante legal: **Ramiro Montes Saenz** con Carnet de Identidad: 204951 La Paz.
 - Formulario con los siguientes datos: empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. S.G.S. Bolivia S.A., representante legal: **Yumanz Yecid Andrade Caballero**, dirección: Calle 10 No. 115 Avenida 06 de Marzo (Carretera a Oruro).
- Mediante Decreto de 22 de diciembre de 2011, el Juez ordena que el memorial presentado el 21 de diciembre de 2011 pase a obrados para dictar lo que fuera de ley.
- La Resolución N°02/2012 de 03 de enero de 2012 en su parte considerativa establece: "...la devolución de cedula de fs. 28 de obrados, carece de todo mérito, considerando que en vía jurisdiccional los requisitos indispensables para establecer la legitimación pasiva dentro de un proceso, se encuentra normada en el numeral 4) del art. 327 del C.P.C., referida en cuanto a personas jurídicas colectivas, tanto a su razón social como a la persona que ejerce su representación legal, de tal forma que el dato relativo a la identificación tributaria como es el número de RUC (actualmente NIT), no constituye requisito para establecer la legitimación pasiva del demandado, por lo que no tiene trascendencia jurídica más aún si este número de RUC, inclusive ha sido proporcionado por la empresa ejecutada en el formulario de fs. 55 de obrados, por lo que no amerita la nulidad de la citación por cédula de fs. 18..."
- En ese sentido, la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. presenta el 03 de febrero de 2012 memorial de Apelación contra la Resolución N° 02/2012 de 03 de enero de 2012.

- El Decreto de 07 de febrero de 2012, el Juez dicta se adjunte el memorial de Apelación a los antecedentes.
- El 22 de marzo de 2012, la Administradora contesta Apelación, en la que establece: "...sobre el No. de Ruc, cabe aclarar nuevamente que en nuestros Archivos cursan dos Formularios de Inscripción del Empleador que en su momento se suscribieron a ésta Administradora y en la misma se observan datos idénticos, incluso llegando a contar con el mismo Domicilio y nombre del Representante legal en ambas, como es de conocimiento general los empleadores se registran para Afiliarse a ésta Administradora de Pensiones a través del Formulario de Registro del Empleador...".
- El Decreto de 11 de abril de 2012, el Juez ordena se proceda a la notificación de las partes.

Vistas las actuaciones efectuadas por BBVA Previsión AFP S.A. en el proceso administrativo como en el Proceso Ejecutivo Social (PES), se observa lo siguiente:

La Administradora no actuó con el cuidado debido en la elaboración de la demanda que dio inicio al PES, dirigida contra la Sociedad General de Supervigilancia S.A con RUC:2476975, al enunciar como tal al señor Yumanz Yecid Andrade Caballero, cuando al momento del inicio del proceso era representante de la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A.

La demanda de la AFP dirigida contra el señor Yumanz Yesid Andrade Caballero y la Resolución N° 85/2010 de 22 de noviembre de 2010 (Auto Intimatorio) que da por presente lo expuesto y requerido en demanda, llevaron a que las diligencias de notificación fueran realizadas de manera equivocada a la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. con RUC: 2476967 y no así a la empresa demandada. Debido a que el señor Yumanz Yecid Andrade Caballero es, según documentación presentada como descargos, representante legal de dicha empresa.

Debido a que la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. con RUC: 2476967, advirtió que la demanda de la AFP iba dirigida a la empresa Sociedad General de Supervigilancia S.A., por memorial de 07 de diciembre de 2010, devolvió cedulón y demás actuaciones procesales, pidiendo la **nulidad** de obrados, aclarando que el señor Yumanz Yecid Andrade Caballero es su representante legal, y que la misma es una empresa diferente; pretensión formalizada debidamente y considerada por el Juez.

La AFP enterada del memorial contesta al incidente de nulidad con memorial de diciembre de 2011 y admite que en sus archivos existen dos (2) Formularios de Inscripción de dos (2) Empleadores, adjuntando como documentación la siguiente:

- El Formulario de Inscripción del Empleador Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. RUC: 2476967 tiene como representante legal al señor Ramiro Montes Saenz con Carnet de Identidad: 204951 La Paz.

- El Formulario de Inscripción del Empleador Sociedad General de Supervigilancia S.A. con RUC: 2476975 se evidencian que el representante legal es el señor Ramiro Montes Saenz con Carnet de Identidad: 204951 La Paz.
- FPC del Empleador con RUC: 2476967, tiene como representante legal al señor Ramiro Montes con Carnet de Identidad: 204951 La Paz.
- FPC del Empleador con RUC: 2476975, tiene como representante legal al señor Ramiro Montes con Carnet de Identidad: 204951 La Paz.

En ese sentido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, determina que la AFP al momento de la presentación de la demanda no ha tomado atención en la información que tenía en su poder como administrador y representante del SSO, en lo que hace a considerar al Formulario de Inscripción del Empleador S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. con RUC:2476975, cuyo representante legal figura también el señor Ramiro Montes Saenz y no precisamente el señor Yumanz Yecid Andrade Caballero.

Al no haber precisado en la demanda los datos debidos del Empleador deudor al momento de plantear la demanda, incurrió en falta de cuidado exigible así como en la misma prosecución del PES, considerando que hasta el presente el Empleador deudor aún no ha sido formalmente notificado con la demanda ni el Auto Intimatorio; por el contrario la AFP en soslayo a los defectos advertidos pide en el proceso sentencia. Lo anterior demuestra que la AFP no está obrando como un buen padre de familia, es decir velando que el mismo se lleve sin vicios que puedan retrasar la recuperación de los adeudos a la seguridad social de largo plazo.

Siendo que no se tiene enmendado o aclaradas las inconsistencias advertidas, el proceso continua su curso con las mismas, ocasionando que el PES continúe sin haberse notificado al demandado, Empleador S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. con RUC:2476975.

El perjuicio ocasionado se plasma en el retraso en la recuperación de las Contribuciones adeudadas por el Empleador S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A., vulnerándose los derechos de los Asegurados como principales afectados, tomando en cuenta que los períodos incurridos en mora corresponden a los años 2002 y 2003.

Por otro lado, el hecho de que la AFP haya puesto en su demanda como representante legal a Yumanz Yecid Andrade Caballero de la empresa S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. cuando ya no lo es, ocasiona que éste tenga participación en el PES.

Finalmente, la AFP hace mención que las cartas de cobro administrativo enviadas a la empresa demandada y la ahora involucrada en el PES no tuvieron observaciones. Al respecto, se debe precisar que el hecho de que no se haya observado por el o (los) (sic) Empleadores las notas de cobranza remitidas, no significa que la AFP deje de lado el tener determinada la condición exacta del Empleador y sus periodos adeudados, para continuar enviando la cartas y más aun al momento de iniciar el PES, para lo cual

el Empleador y su representante legal precisan estar debidamente identificados así como sus períodos en mora.

Por lo expuesto, los argumentos presentados por la AFP no son suficientes para desestimar el presente cargo.

AL CARGO N° 2 (...)

De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis:

Es importante aclarar que el presente cargo está dirigido a sancionar el incumplimiento a una instrucción emanada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, por la falta de envío de documentación importante para realizar el análisis del reclamo efectuado por el Empleador.

En ese sentido, el incumplimiento de BBVA Previsión AFP S.A. va expresamente a la falta de remisión de información solicitada en las notas APS/DPC/CO/1865/2011 de 14 de julio de 2011, APS/DPC/UO/3322/2011 de 13 de septiembre de 2011 y APS/DPC/UO/3674/2011 de 21 de septiembre de 2011, lo que ha motivado a que esta Autoridad procese a la AFP.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, es la Entidad que regula y controla a la AFP, para que ésta cumpla con las obligaciones que se le imparten ya sea mediante circulares, instructivos y/o notas. En el presente caso, BBVA Previsión AFP S.A. no cumplió con la instrucción de remitir en la instancia preliminar al sancionatorio, el memorial de 07 de diciembre de 2010, por el cual el Empleador Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. con RUC:2476967 efectúa la devolución de cédula por no corresponderle y pide nulidad de obrados; por lo que esta conducta ha restringido a que esta Autoridad pueda advertir la magnitud del reclamo.

BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV-COB-295/08/2012 de 24 de agosto de 2012, remite las actuaciones procesales presentadas por la AFP en el PES, entre ellas se encuentra la del Empleador Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. con RUC:2476967 y las emitidas por el Juez Primero de Trabajo y Seguridad Social y el Oficial de Diligencias, incluyendo recién el memorial de 07 de diciembre de 2010.

La Administradora señala en descargo que la falta de remisión del memorial de 07 de diciembre de 2010 se debe a una omisión involuntaria, por lo que acepta la infracción imputada.

Con respecto a los otros argumentos que presenta, los mismos están referidos a actuaciones procesales que pudieron haberse realizado en el PES por personas que tuvieran interés. Sin embargo llama la atención que la AFP conociendo sobre una posible falta de personería del demandado, no haya al presente dejado en claro este extremo en el PES.

En virtud a lo expuesto anteriormente, se concluye que los descargos no son suficientes para levantar el cargo.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

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

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

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

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

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

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Al Cargo N° 1

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: **a)** El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; **b)** El hecho se encuentra comprobado porque la Administradora ha incumplido la norma, por no haber actuado como un buen padre de familia en la representación de los Asegurados, al no tener precisos los datos con los cuales debía iniciar el PES; **c)** La ausencia de descargos idóneos y los argumentos presentados por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad.

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso: **a)** La existencia de negligencia por parte de la Administradora, debido a que antes de iniciar el PES no observó los datos correctos y actuales del Empleador a demandar; **b)** El perjuicio ocasionado se plasma en que el PES iniciado no haya sido notificado aún al Empleador que demanda la AFP y por otro lado; que Yumanz Yecid Andrade Caballero tenga participación en el PES contra una empresa de quien ahora no es representante legal. **c)** No se registra el concepto de reiteración en el presente caso.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no tuvo el cuidado ni la atención debida al inicio del PES; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria en los datos debidos para la presentación de la demanda; es decir dicha inobservancia ocasionó que el Empleador Sociedad General de Supervigilancia Bolivia S.A. con RUC:2476975 al presente no tenga conocimiento de la instalación del PES en su contra y sus determinaciones, por tanto se tiene retrasada la recuperación de las Contribuciones adeudadas por el dicho Empleador.

Al Cargo N° 2

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: **a)** El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, el artículo 19 del Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003; **b)** El hecho se encuentra comprobado porque la Administradora ha incumplido las notas: APS/DPC/CO/1865/2011 de 14 de julio de 2011, APS/DPC/UO/3322/2011 de 13 de septiembre de 2011 y APS/DPC/UO/3674/2011 de 21 de septiembre de 2011, por las cuales se solicitó la remisión del memorial presentado el 07 de diciembre de 2010 por el Empleador Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. con RUC:2476967; **c)** La AFP acepta la infracción al señalar que fue por una omisión involuntaria.

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso: **a)** La existencia de negligencia por parte de la Administradora, debido a que no observó la instrucción,

para después de instalado el presente proceso administrativo; **b)** El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado al no haber remitido en plazo la información, imposibilitó a que esta Autoridad pueda contar oportunamente con la información requerida, generando además que el regulado con su conducta exprese negligencia en cuanto a las solicitudes administrativas emitidas por el Ente Regulador. **c)** No se registra el concepto de reiteración en el presente caso.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado imposibilitó a que esta Autoridad pueda contar oportunamente con la información requerida, siendo que la misma se trataba de un memorial presentado por la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. el 07 de diciembre de 2010, mediante el cual realizaba la devolución de cedula y pide la nulidad de obrados.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, ante la insuficiencia de argumentos presentados en los descargos de BBVA Previsión AFP S.A., se llega a establecer los hechos ligados con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde la sanción a los Cargos N°1 y 2.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para la imposición de sanciones.

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

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

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

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

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

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

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

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 30 de octubre de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 716-2012 de 10 septiembre de 2011, con los siguientes argumentos:

“...II.- INTERPOSICIÓN DE REVOCATORIA DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.-

Con la facultad conferida por el artículo 36 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en el plazo establecido por el artículo 48 y con sujeción a las demás normas legales que rigen la materia, interpone **RECURSO DE REVOCATORIA** contra la Resolución Administrativa **APS/DJ/DPC N° 716/2012 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2012.**, notificada el 08 de octubre de 2012, que en el Artículo primero incisos a) y b) resuelve: Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por los Cargos N° 1 y 2 con una multa por infracción a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo 24469 y el Artículo 23 de la Ley 1732, asimismo, por infracción a lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175.

“Cargo N° 1.- Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A a lo establecido en el artículo 142 de la Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y el artículo 23 de la Ley No 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, al evidenciar que la AFP no tuvo el cuidado exigible al haber iniciado el Proceso Ejecutivo Social contra la empresa Sociedad General de Supervigilancia Bolivia S.A. cuyo representante legal es el señor Yumanz Decid (sic) Andrade Caballero, señalando incorrectamente el RUC: 2476975, en lugar del RUC: 2476967.”

Señor Director, revisado el expediente que cursa en el Juzgado de Primero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz, en el consta y se demuestra plenamente que la Nota de Débito N° 15000 de 01 de julio de 2010 está girada al Empleador S.G.S. SOCIEDAD GENERAL DE SUPERVIGILANCIA S.A. con Registro Único de Contribuyentes N° 2476975, la demanda del proceso Ejecutivo Social cumpliendo las formalidades establecidas en el numeral 4) del artículo 327 del código de Procedimiento Civil en el Otrosí tercero señala el nombre, domicilio del Empleador y la indicación de su representante legal.

Siguiendo el procedimiento establecido por el Capítulo VI del Título III del Libro I del Código de Procedimiento Civil, el 06 de diciembre de 2010 se cito (sic) al Empleador con el Auto Intimatorio contenido en la Resolución judicial N° 15/2010 de 22 de noviembre de 2010. En el ejercicio del derecho a la defensa y del debido proceso, el

Empleador luego de la frustrada pero efectiva dilación del proceso, presentó de varios memoriales en los que no acompañó debidamente la acreditación de la representación con la que actuó la Sra. Virginia del Rosario Alarcón Peredo, motivo por el que se apersonó al proceso el Sr. Yuzmanz Decid (sic) Andrade Caballero, quien al amparo del Artículo 149 del Código de Procedimiento Civil presenta el incidente de NULIDAD DE CITACIÓN CON LA DEMANDA, con el sustento expresado en el inciso c) que manifiesta: "... incumple y vulnera lo previsto en el párrafo II del art. 121 del Cod. de Pdto. Civil, por haber efectuado a la persona errada y por no contar con la firma de actuación...".

Corrido en traslado el incidente y previa solicitud de esta Administradora presentada en el Memorial de fs. 59 - 60, solicitando que FUNDEMPRESA y el SERVICIO DE IMPUESTOS NACIONALES certifiquen con referencia al domicilio y representante legal del Empleador y el N° de RUC, la nulidad planteada fue tramitada ante la autoridad jurisdiccional, quien al amparo de las disposiciones legales citadas en la Resolución Judicial N° 02/2012 de 03 de enero de 2012, resuelve RECHAZAR EL INCIDENTE DE NULIDAD DE OBRADOS DE FS. 50 - 51, ASÍ COMO LA DEVOLUCIÓN DE CÉDULA DE CITACIÓN SOLICITADA A FS. 28, bajo el siguiente sustento: "Que los argumentos propuestos para sustentar el incidente de nulidad de fs. 50-51, que ratifica la devolución de cédula de fs. 28 de obrados, carece de todo mérito, considerando que en vía jurisdiccional los requisitos indispensables para establecer la legitimación pasiva dentro de un proceso, se encuentra normada, tanto a su razón social como a la persona que ejerce su representación legal, de tal forma que el dato relativo a la identificación tributaria como es el número de RUC (actualmente el NIT), no constituye requisito para establecer la legitimación pasiva del demandado, por lo que no tiene trascendencia jurídica, más aún si este número de RUC, inclusive ha sido Proporcionado por la empresa ejecutada en el formulario de fs. 55 de obrados, por lo que no amerita la nulidad de la citación por cédula de fs. 18, más aún si se considera que no existe la especificidad que prevé el art. 251 del C.P.C., menos aun (sic) trascendencia y en este mismo sentido, resulta inviable también el fundamento del error respecto a una letra del segundo nombre del representante legal considerando que la demanda no se (sic) ha sido interpuesto contra una persona natural, sino contra una persona jurídica colectiva, que tiene la obligación de acreditar la persona que ejerce su representación legal como prevé 56 y 58 del C.P.C., de tal forma que este error que inclusive es subsanable, no genera ni causa nulidad alguna al acto de citación con la demanda que como se reitera se realizó (sic) a la empresa SGS Bolivia S.A. misma que se verifica ha sido recibida en su domicilio legal, y que ha permitido que la empresa demandada asuma conocimiento cierto y efectivo de la demanda seguida en su contra, verificando que esta comunicación procesal ha cumplido con esta finalidad principal, por lo que surte todo su efecto legal, al haberse sujetado estrictamente a lo dispuesto por los arts. 120 y 121 del C.P.C., como se acredita por el aviso judicial de fs. 16, al pie de cual cursa la constancia de recepción a través de una persona debidamente identificada, la representación de fs. 17 y la citación por cédula de fs. 18, con conformidad dic (sic) recepción y la intervención de un testigo de actuación debidamente identificado, actos que desvirtúan la vulneración o incumplimiento de las disposiciones legales que regula el régimen de comunicación procesal previsto en el adjetivo civil."

Esta Resolución Judicial se sustenta en el principio de Verdad Material establecido en el Código de Procedimiento Civil y concordante con la Ley de Organización Judicial, Como su autoridad podrá advertir, el proceso Ejecutivo Social por el que se sanciona a esta Administradora se encuentra gestionado conforme a las formas y plazos establecidos por el código de Procedimiento Civil y demás normas complementarias y sobre todo que el empleador S.G.S. S.A. SUCURSAL BOLIVIA con RUC: 2476975 y de S.G.S. BOLIVIA S.A. con RUC 2476967, que por disposiciones tributarias se modifica al NIT 1020125022, tiene el mismo representante legal y consignan el mismo domicilio, motivo por el que las cartas de gestión de cobro del empleador S.G.S. S.A. SUCURSAL BOLIVIA con RUC 2476975 fueron recibidas por el empleador S.G.S. BOLIVIA S.A. y no presentaron observaciones ni devolvieron las mismas.

Cargo N° 2.- Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y las notas APS/DRC/CO/1865/2011 de 14 de julio de 2011, APS/DPC/U0/3322/2011 de 13 de septiembre de 2011, APS/DPC/UO/3674/2011 de 21 de septiembre de 2011, al haber omitido el envío y en plazo del memorial presentado el 07 de diciembre de 2010 por el Empleador Sociedad General Supervigilancia Bolivia S.A., por el cual devuelve la cédula de notificación y solicita la nulidad de obrados por haberse efectuado a la persona equivocada, evitando que esta Autoridad asumiera conocimiento y tuviera acceso a los datos completos del Proceso.

En lo referido al presente cargo, se aclaró que el memorial presentado en fecha 07 de diciembre de 2010 no hubiere sido enviado por una omisión involuntaria, empero, el mismo si fue considerado en las respuestas dadas por esta Administradora en todas las notas de respuesta a la APS:

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo **LA REVOCATORIA CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 716/2012 DE 08 DE DICIEMBRE DE 2011.**, tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, bajo el fundamento de los principios de verdad material y el principio de proporcionalidad establecidos en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo..."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 924-2012 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 924-2012 de 27 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 716-2012 de 10 de septiembre de 2012, con los siguientes argumentos:

"...AL CARGO N° 1

BBVA Previsión AFP S.A. hace referencia a la Nota de Débito N°15000 girada al Empleador S.G.S. Sociedad General de **Supervigilancia** S.A. con RUC **2476975**, la misma

que acompañaba la demanda interpuesta contra el citado Empleador y que de acuerdo al recurso interpuesto habría cumplido con las formalidades establecidas en el numeral 4) del artículo 327 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, es importante aclarar que el numeral 4) del citado artículo, señala que la demanda contendrá: "4). El nombre, domicilio y generales de ley del demandado. Si se tratase de una persona jurídica, **la indicación de quién es el representante legal.**". (Las negrillas son nuestras)

Al respecto, se pudo evidenciar que en la demanda presentada por BBVA Previsión AFP S.A. contra la empresa S.G.S. Sociedad General de **Supervigilancia** S.A. con RUC **2476975**, la AFP señala como representante legal al señor **Yumanz Yesid Andrade Caballero** con Carnet de Identidad N°2068512, siendo que el mismo es representante legal de una empresa distinta a la demandada con Razón Social y Número de Identificación distintos, sin tener documentación que sustente que el citado **Yumanz Yesid Andrade Caballero** sea representante legal de S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia.

Asimismo, la AFP señala que "En el ejercicio del derecho a la defensa y del debido proceso, el Empleador luego de la frustrada pero efectiva dilación del proceso, presentó de (sic) varios memoriales en los que no acompañó debidamente la acreditación de la representación con la que actuó la Sra. Virginia del Rosario Alarcón Peredo, motivo por el que se apersonó al proceso el Sr. Yuzmanz Decid (sic) Andrade Caballero, quien al amparo del Artículo 149 del Código de Procedimiento Civil presenta el incidente de NULIDAD DE CITACIÓN CON LA DEMANDA, con el sustento expresado en el inciso c) que manifiesta: "...incumple y vulnera lo previsto en el párrafo II del art. 121 del Cod. de Pcto. Civil, por haber efectuado a la persona errada y por no contar con la firma de actuación...".

Al respecto, es importante aclarar que cuando la AFP habla del "Empleador que presentó varios memoriales" la misma se refiere a la empresa Sociedad General de **Superintendencia** Bolivia S.A. con RUC 2476967, representada legalmente por Yumanz Yecid Andrade Caballero y que los memoriales a los que hace referencia BBVA Previsión AFP S.A. fueron presentados por la señora Virginia del Rosario Alarcon Peredo responsable de Recursos Humanos de la citada empresa (Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A.). Sin embargo, cabe hacer notar que el Proceso Ejecutivo Social es iniciado por la Administradora para la recuperación de aportes que la empresa S.G.S. Sociedad General de **Supervigilancia** S.A. con RUC **2476975** en mora.

En este sentido, el erróneo proceder de la AFP dio lugar a la mal llamada "frustrada pero efectiva dilación del proceso", en el sentido de que se notificó con la demanda a un Empleador que no correspondía y a una persona que representaba legalmente a otra empresa, manteniéndose en total desconocimiento del correcto representante legal de la empresa demandada, dilatando la propia AFP de manera innecesaria el Proceso Ejecutivo Social.

Por otro lado, BBVA Previsión AFP S.A. señala lo siguiente: "...demanda que como se reitera se realizó (sic) a la empresa **SGS Bolivia S.A.** misma que se verifica ha sido

recibida en su domicilio legal, y **ha permitido que la empresa demandada asuma conocimiento cierto y efectivo de la demanda seguida en su contra**". (Las negrillas son nuestras).

Sin embargo, es importante hacer notar que mediante nota PREV-OP-1178-08-2011, remitida a esta Autoridad por BBVA Previsión AFP S.A., la Administradora informa lo siguiente:

"2. (...)

a) En el registro de la empresa S.G.S. S.A. SUCURSAL BOLIVIA CON RUC 2476975 y de S.G.S. BOLIVIA S.A. con RUC 2476967..."

En este sentido, de lo señalado precedentemente, extraído de una nota remitida por BBVA Previsión AFP S.A. a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, se tiene mayor claridad respecto a los siguientes datos:

Razón Social	Número de Identificación	Siglas	Mora
Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A.	RUC 2476967	S.G.S. BOLIVIA S.A.	Sin Mora
S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A.	RUC 2476975	S.G.S. S.A. SUCURSAL BOLIVIA	Con Mora

Por lo tanto, se pudo evidenciar que la misma AFP señala haber dirigido la demanda a S.G.S. Bolivia S.A. incurriendo en un error debido a que la Razón Social bajo la sigla S.G.S. Bolivia S.A. es "Sociedad General de **Superintendencia** Bolivia S.A." con **RUC 2476967** y el memorial de demanda presentado en fecha 29 de octubre de 2010, va dirigido contra la empresa S.G.S. Sociedad General de **Supervigilancia** S.A. con **RUC 2476975**.

Como resultado de lo señalado, se pudo evidenciar que a diferencia de lo manifestado por la AFP dicho proceder **ha impedido que la empresa demandada asuma conocimiento cierto y efectivo de la demanda seguida en su contra**.

Por otro lado, la Resolución Judicial N° 02/2012 de 03 de enero de 2012, emitida por el Juez Primero de Trabajo y de Seguridad Social establece lo siguiente:

"Que en relación al error en una letra del nombre del representante legal de la parte demandada no se (sic) sustentada en norma legal alguna, además que dicho error no altera el contenido de la solicitud que es la de lograr el cumplimiento del pago de contribuciones en mora de los trabajadores, que no obstante lo precedente, de los datos en línea de FUNDEMPRESA se ha verificado que el representante legal de la empresa ejecutada es YUMANZ YECID ANDRADE CABALLERO. Por otra parte niega asimismo vulneración de los arts. 121 y 122 del C.P.C., puesto que al no encontrar de manera personal al representante legal de la empresa ejecutada, se procedido (sic) a la citación por cédula, sentando la diligencia respectiva, en la que firma la Encargada de Recursos Humanos Sra. Virginia Alarcón, quien en lo posterior sería

(sic) la apoderada legal de la empresa, con estos argumentos solicita se desestime la solicitud planteada declarando probada la demanda interpuesta por la entidad coactivante, ordenando el pago de la.." (sic)

CONSIDERANDO: Lo expuesto por las partes y de la revisión de obrados, se establece (sic) las siguientes consideraciones de orden legal:

Que los argumentos propuestos para sustentar el incidente de nulidad de fs. 50 – 51, que ratifica la devolución de cedula (sic) de fs. 28 de obrados, carece de todo mérito, considerando que en **vía jurisdiccional** los requisitos indispensables para establecer la legitimación pasiva dentro de un proceso, se encuentra normada en el numeral 4) del art. 327 del C.P.C., referida en cuanto a personas jurídicas colectivas, tanto a su razón social como a la persona que ejerce su representación legal, de tal forma que el dato relativo a la identificación tributaria como es el número de RUC (actualmente el NIT), **no constituye requisito para establecer la legitimación pasiva del demandado, por lo que no tiene trascendencia jurídica**, más aún si este numero (sic) de RUC, inclusive ha sido proporcionado por la empresa ejecutada en el formulario de fs. 55 de obrados, por lo que no amerita la nulidad de la citación por cédula de fs. 18, más aún si se considera que no existe la especificidad que prevé el art. 251 del C.P.C., menos aun (sic) trascendencia y en este mismo sentido, resulta inviable el fundamento de error respecto a una letra si el segundo nombre del representante legal considerando que **la demanda no se(sic) ha sido interpuesta contra una persona natural, sino contra una persona jurídica colectiva, que tiene la obligación de acreditar la persona** que ejerce su representación legal como prevé 56 y 58 del C.P.C., **de tal forma que este error que inclusive es subsanable, no genera ni causa nulidad** alguna al acto de citación con la demanda que como se reitera a la empresa SGS Bolivia S.A. misma verifica (sic) ha sido recibida en su domicilio legal, y que ha permitido que la empresa demandada asuma conocimiento cierto y efectivo de la demanda seguida en su contra, verificando que esta comunicación procesal ha cumplido con esta finalidad principal, por lo que surte todo su efecto legal, al haberse sujetado estrictamente a lo dispuesto por los arts. 120 y 121 del C.P.C., como se acredita por el aviso judicial de fs. 16, al pie de cual cursa la constancia de recepción a través de una persona debidamente identificada, la representación de fs. 17 y la citación por cédula de fs. 18, con conformidad de recepción y la intervención de un testigo de actuación debidamente identificado, actos que desvirtúan la vulneración o incumplimiento de las disposiciones legales que regula el régimen de comunicación procesal previsto en el adjetivo civil."(Las negrillas con (sic) nuestras).

La Constitución Política del Estado establece que la jurisdicción ordinaria se fundamenta, entre otros, en los principios de eficacia, eficiencia y verdad material.

El Precepto legal de la Verdad Material que se ve reflejado en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 48/2006 de 02 de agosto de 2006, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (**SIREFI**), que con relación al Principio de Verdad Material o Verdad Jurídica Objetiva en el ámbito administrativo, señala lo siguiente:

“La doctrina en Derecho Administrativo ha sostenido de manera uniforme que, en cuanto al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La autoridad administrativa, en consecuencia, no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) y si la decisión administrativa no se ajustara a los hechos materiales, la decisión de la administración pública estaría viciada. Así, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material, de la realidad y circunstancias de los hechos tal cual aquella y estas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas o propuestas y, en su caso, probadas por las partes; por ello el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes.

Entonces, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun (sic) cuando no hayan sido propuestas expresamente por los administrados.”

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, ha efectuado un análisis a la Resolución Judicial N° 02/2012 de 03 de enero de 2012, en base al principio de la verdad material, en ese sentido se hace referencia a lo siguiente:

*La Resolución Judicial N° 02/2012 de 03 de enero de 2012 en su primera parte dispone: “considerando que en **vía jurisdiccional** los requisitos indispensables para establecer la legitimación pasiva dentro de un proceso, se encuentra normada en el numeral 4) del art. 327 del C.P.C., referida en cuanto a personas jurídicas colectivas, tanto a su razón social como a la persona que ejerce su representación legal...”*

Así como lo señala el Juez Primero de Trabajo y de Seguridad en la Resolución Judicial N° 02/2012, es preciso que la demanda interpuesta por el demandante deba cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 327 del Código de Procedimiento Civil, siendo obligatorio precisar los datos del representante legal del demandado.

La Administradora como representante de los Asegurados tienen la obligación de actuar con el cuidado exigible y necesario de un buen padre de familia, al momento de iniciar un Proceso Ejecutivo Social dirigiendo su demanda con el cuidado de dirigirse a quien es el representante legal en función y no limitarse a un registro que precise ser actualizado, como establece el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

En ese entendido, la empresa Sociedad General de Superintendencias Bolivia S.A. vio la necesidad de presentar ante el juez competente, memorial de 7 de diciembre de 2010, por el cual devuelve cedulón y demás actuaciones acompañadas, pidiendo la nulidad de obrados, aclarando que el señor Yumanz Yecid Andrade Caballero es su

representante legal, con Numero (sic) de RUC: 2476967 por lo que se trata de una empresa completamente diferente.

En respuesta la AFP presentó memorial el 14 de diciembre de 2011, por el cual contesta incidente de nulidad, manifestando lo siguiente: "La Ejecutada indica que el Número de Ruc 2476975 no corresponde a la misma, toda vez que el Registro de Contribuyentes con el que se cancelaban anteriormente era el 2476967 y nó (sic) así el arriba nombrado, razón por la cual se mantienen en que nó (sic) corresponde dicho cobro a éste proceso; por lo que al respecto tengo a bien aclarar a su Autoridad que si bien la Empresa adjunta como prueba de descargo al Certificado del RUC con el cual cancelaban anteriormente (2476967), deslindando de ésa forma cualquier responsabilidad y obligación que tuvieran con la demanda interpuesta en su contra, sin embargo en nuestros Archivos cursan dos Formularios de Inscripción del Empleador que en su momento se suscribieron a ésta Administradora y en la misma se observan datos idénticos, incluso llegando a contar con el mismo Domicilio y nombre de Representante Legal en ambas..."

La AFP asegura que la Empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. es el Empleador demandado, sin tomar atención de que la misma dirigió la demanda a la empresa S.G.S. Sociedad de Supervigilancia S.A.

Asimismo al memorial de 14 de diciembre de 2011, adjunta como prueba cinco (5) Formularios de Inscripción del Empleador otorgados por el Empleador S.G.S. Sociedad de Supervigilancia S.A y el Empleador Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A., en los cuales asegura que se observan datos idénticos, en cuanto al número de RUC, el domicilio y el Representante Legal.

Sin embargo de la documentación adjunta al memorial de 14 de diciembre de 2011, esta Autoridad observa en los Formularios de Inscripción del Empleador las siguientes diferencias:

- a) Formulario de Inscripción del Empleador, con los siguientes datos: empresa S.G.S. (Bolivia) S.A., RUC: **2476967**, representante legal: **Ramiro Montes Saenz** con Carnet de Identidad N° 204951 La Paz.
- b) Formulario de Inscripción del Empleador, con los siguientes datos: empresa S.G.S. S.A. Sucursal Bolivia S.A., con RUC: **2476975**, representante legal: **Ramiro Montes Saenz** con Carnet de Identidad: 204951 La Paz.
- c) Formulario de Pago de Contribuciones de 07 de enero de 2004, con los siguientes datos: empresa S.G.S. Bolivia S.A. al RUC: **2476967** y representante legal: **Ramiro Montes Saenz** con Carnet de Identidad: 204951 La Paz.
- d) Formulario de Pago de Contribuciones de 07 de enero de 2004, con los siguientes datos: empresa S.G.S. Sucursal Bolivia, RUC: **2476975**, representante legal: **Ramiro Montes Saenz** con Carnet de Identidad: 204951 La Paz.
- e) Formulario con los siguientes datos: empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. S.G.S. Bolivia S.A., representante legal: **Yumanz Yecid Andrade Caballero**, dirección: Calle 10 No. 115 Avenida 06 de Marzo (Carretera a Oruro).

BBVA Previsión AFP S.A. como representante de los Asegurados, debió identificar y aclarar a la autoridad judicial que el Empleador demandado era S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. y su representante legal actual, sin embargo la AFP no actuó con el cuidado y la diligencia necesaria para identificar al Empleador demandado, lo que ocasionó que el proceso sea dirigido hacia una empresa diferente.

En ese sentido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, determina que la AFP al momento de la presentación de la demanda no ha tomado atención en la información que tenía en su poder como administrador y representante del SSO, es decir los Formularios de Inscripción del Empleador S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. con RUC:2476975, cuyo representante legal figura el señor Ramiro Montes Saenz y no precisamente el señor Yumanz Yecid Andrade Caballero como manifiesta en la demanda presentada inicialmente.

Por otro lado, la Resolución N° 02/2012 de 03 de enero de 2012 dice: “...considerando que la **demanda no se (sic) ha sido interpuesta contra una persona natural, sino contra una persona jurídica colectiva, que tiene la obligación de acreditar la persona** que ejerce su representación legal como prevé 56 y 58 del C.P.C., **de tal forma que este error que inclusive es subsanable, no genera ni causa nulidad** alguna al acto de citación con la demanda que como se reitera a la empresa SGS Bolivia S.A. misma verifica ha sido recibida en su domicilio legal...”. (Las negrillas y subrayado con nuestras).

De lo anterior se tiene que, y en lo que sirve en la competencia administrativa, el Juez Primero de Trabajo y de Seguridad Social conoce del error cometido por la Administradora al no haber señalado los datos correctos del número de RUC y el nombre del representante legal del Empleador de manera precisa y clara.

La Administradora de Fondos de Pensiones no efectuó ninguna aclaración respecto a que el Empleador S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia es el demandado correcto, insistiendo en que el demandado es la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia. Por otro lado tampoco solicitó se realice una nueva citación al Empleador S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. con RUC: 2476975.

Por lo que esta Autoridad establece que la AFP al no haber precisado en la demanda los datos apropiadamente del Empleador deudor, incurrió en una falta de cuidado absoluta, imposibilitando la correcta prosecución del PES, debido a que hasta el presente el Empleador deudor aún no ha sido formalmente notificado con la demanda ni el Auto Intimatorio; por el contrario la AFP en soslayo a los defectos advertidos pidió la ejecución de la sentencia contra la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia.

Lo anterior demuestra que la AFP no ha obrado como un buen padre de familia, es decir velando que el PES se lleve sin vicios que puedan retrasar la recuperación de los adeudos a la seguridad social de largo plazo.

Por último, el perjuicio ocasionado se plasma en el retraso en la recuperación de las Contribuciones adeudadas por el Empleador S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A., vulnerándose los derechos de los Asegurados como principales afectados, tomando en cuenta que los períodos incurridos en mora corresponden a los años 2002 y 2003.

Por lo que el Cargo N° 1 se confirma.

AL CARGO N° 2 (...)

En el referido al presente cargo, se aclaró que el memorial presentado en fecha 07 de diciembre de 2010 no hubiere sido enviado por una omisión involuntaria, empero, el mismo si fue considerado en las respuestas dadas por esta Administradora en todas las notas de respuesta a la APS.

Que en función a los argumentos planteados por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 29 de octubre de 2012 con respecto al Cargo N°2, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Al respecto, es importante aclarar que el cargo sancionado está dirigido a sancionar el incumplimiento a un acto administrativo emanado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, debido a la falta de envío de documentación importante para realizar el análisis del reclamo efectuado por un Empleador.

La sanción está dirigida al incumplimiento a una instrucción emanada por esta Autoridad, a la información solicitada en las notas APS/DPC/CO/1865/2011 de 14 de julio de 2011, APS/DPC/UO/3322/2011 de 13 de septiembre de 2011 y APS/DPC/UO/3674/2011 de 21 de septiembre de 2011 por la falta de envío de documentación importante para realizar el análisis del reclamo efectuado por el Empleador.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, regula y controla a la AFP, para que ésta cumpla con las obligaciones que se le imparten ya sea mediante circulares, instructivos y/o notas. En el presente caso, BBVA Previsión AFP S.A. no cumplió con la instrucción de remitir en la instancia preliminar al sancionatorio, el memorial de 07 de diciembre de 2010, por el cual el Empleador Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. con RUC: 2476967 efectúa la devolución de cédula por no corresponderle y pide nulidad de obrados; por lo que esta conducta ha restringido a que esta Autoridad pueda advertir la magnitud del reclamo.

Asimismo la Administradora señala en el Recurso de Revocatoria, que la falta de remisión del memorial de 07 de diciembre de 2010 se debe a una omisión involuntaria, por lo que acepta la infracción sancionada.

Por lo expuesto, los argumentos presentados por la AFP no son suficientes para desestimar el presente cargo.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan modificar la R.A.716-2012, en consecuencia, se confirma la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando rectifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 19 de diciembre de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 924-2012 de 27 de noviembre de 2012, argumentado lo siguiente:

"...III. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.

Señor Director, revisado el expediente que cursa en el Juzgado de Primero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de La Paz, en el consta y se demuestra plenamente que:

1. La Nota de Débito N° 15000 de 01 de julio de 2010 está girada al Empleador S.G.S. SOCIEDAD GENERAL DE SUPERVIGILANCIA S.A. con Registro Único de Contribuyentes N° 2476975.
2. La demanda del proceso (sic) Ejecutivo Social cumpliendo las formalidades establecidas en el numeral 4) del artículo 327 del Código de Procedimiento Civil en el Otrosí tercero señala el nombre, domicilio del Empleador y la indicación de su representante legal.
3. Conforme a procedimiento establecido por el Capítulo VI del Título III del Libro I del Código de Procedimiento Civil, el 06 de diciembre de 2010 se cito (sic) al Empleador con el Auto Intimatorio contenido en la Resolución Judicial N° 15/2010 de 22 de noviembre de 2010.
4. En el ejercicio del derecho a la defensa y del debido proceso, el Empleador se apersonó al proceso, quien al amparo del Artículo 149 del código (sic) de Procedimiento Civil presenta el incidente de NULIDAD DE CITACIÓN CON LA DEMANDA, con el sustento expresado en el inciso c) que manifiesta: "...incumple y vulnera lo previsto en el párrafo II del art. 121 del Cod. de Pdto. Civil, por haber efectuado a la persona errada y por no contar con la firma de actuación...".
5. La nulidad planteada fue tramitada ante la autoridad jurisdiccional, quien al amparo de las disposiciones legales citadas en la Resolución Judicial N° 02/2012 de 03 de enero de 2012, resuelve RECHAZAR EL INCIDENTE DE NULIDAD DE OBRADOS DE

FS. 50 - 51, ASÍ COMO LA DEVOLUCIÓN DE CÉDULA DE CITACIÓN SOLICITADA A FS. 28.

6. El sustento de la Resolución es el razonamiento y entendimiento que llega la Autoridad Jurisdiccional al manifestar que: "Que los argumentos propuestos para sustentar el incidente de nulidad de fs. 50-51, que ratifica la devolución de cédula de fs. 28 de obrados, carece de todo mérito, considerando que en vía jurisdiccional los requisitos indispensables para establecer la legitimación pasiva dentro de un proceso, se encuentra normada, tanto a su razón social como a la persona que ejerce su representación legal, de tal forma que el dato relativo a la identificación tributaria como es el número de RUC (actualmente el NIT), no constituye requisito para establecer la legitimación pasiva del demandado, por lo que no tiene trascendencia jurídica, más aún si este número (sic) de RUC, inclusive ha sido proporcionado por la empresa ejecutada en el formulario de fs. 55 de obrados, por lo que no amerita la nulidad de la citación por cédula de fs. 18, más aún si se considera que no existe la especificidad que prevé el art. 251 del C.P.C., menos aun (sic) trascendencia y en este mismo sentido, resulta inviable también el fundamento del error respecto a una letra del segundo nombre del representante legal considerando que la demanda no se ha sido interpuesto contra una persona natural, sino contra una persona jurídica colectiva, que tiene la obligación de acreditar la persona que ejerce su representación legal como prevé 56 y 58 del C.P.C., de tal forma que este error que inclusive es subsanable, no genera ni causa nulidad alguna al acto de citación con la demanda que como se reitera se realizó (sic) a la empresa SGS Bolivia SA. misma que se verifica ha sido recibida en su domicilio legal, y que ha permitido que la empresa demandada asuma conocimiento cierto y efectivo de la demanda seguida en su contra, verificando que esta comunicación procesal ha cumplido con esta finalidad principal, por lo que surte todo su efecto legal, al haberse sujetado estrictamente a lo dispuesto por los arts. 120 y 121 del C.P.C., como se acredita por el aviso judicial de fs. 16, al pie de cual cursa la constancia de recepción a través de una persona debidamente identificada, la representación de fs. 17 y la citación por cédula de fs. 18, con conformidad dic (sic) recepción y la intervención de un testigo de actuación debidamente identificado, actos que desvirtúan la vulneración o incumplimiento de las disposiciones legales que regula el régimen de comunicación procesal previsto en el adjetivo civil."
7. La Resolución Judicial se sustenta en el principio de Verdad Material establecido en el Código de Procedimiento Civil y concordante con la Ley de Organización Judicial.
8. Que en el ejercicio de sus derechos la empresa ejecutada presentó el Recurso de Apelación mismo que a la fecha se encuentra pendiente de resolución por el Tribunal Departamental de Justicia de la Paz resuelva el mismo (sic).
9. El empleador el 08 de noviembre de 2012, sin que aún se resuelva el Recurso de Apelación presentado, procede al pago de las contribuciones en mora demandados con la Nota de Débito 1500 en los Formularios de pago de Contribuciones N° 3328176, 3328177, 3328178, 3328179, 3328180, 3328182, 3328183 y

4474954, correspondiente a los periodos de julio/2007(sic), agosto/2007(sic), septiembre/2007(sic), febrero/2003, abril/2003, junio/2003, julio/2003 y mayo 2003.

10. La APS no tiene certeza alguna a través de la cual asevere que el señor Yumanz Decid (sic) Andrade Caballero NO es representante legal de la empresa ejecutada, motivo por el que en la R.A. de Sanción, instruye a la AFP se solicite a la Autoridad Jurisdiccional que conoce la causa se oficie a FUNDEMPRESA para que esta certifique con referencia al representante legal de SGS Sociedad General de Supervigilancia S.A.

Como su autoridad podrá advertir, el Proceso Ejecutivo Social por el que se sanciona y se confirma la Sanción a esta Administradora se encuentra gestionado conforme a las formas y plazos establecidos por el Código de Procedimiento Civil y demás normas complementarias y que el empleador pagó las contribuciones en mora demandadas antes de la Resolución del Recurso de Apelación, hecho por el que se aplica el aforismo jurídico "ante confesión de parte, relevo de prueba".

IV. PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada solicitamos a su Autoridad se sirva resolver el presente Recurso Jerárquico y en su mérito disponer la revocatoria de las sanciones confirmadas por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 924/2012 de 27 de noviembre de 2012 e impuestas por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 716/2012 de 10 de septiembre de 2012..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, por los siguientes Cargos:

- **Cargo N° 1**, por infracción a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar que el Proceso Ejecutivo Social ha sido iniciado contra la empresa Sociedad General de Supervigilancia Bolivia S.A. cuyo

representante legal señalado es el señor Yumanz Decid (sic) Andrade Caballero, y el RUC consignado en dicho proceso es el 2476975, cuando debió ser 2476967.

- **Cargo N° 2**, por infracción a lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y las notas APS/DPC/CO/1865/2011 de 14 de julio de 2011, APS/DPC/UO/3322/2011 de 13 de septiembre de 2011 y APS/DPC/UO/3674/2011 de 21 de septiembre de 2011, *“al haber omitido el envío y en plazo del memorial presentado el 07 de diciembre de 2010 por el Empleador Sociedad General Supervigilancia Bolivia S.A., por el cual devuelve la cédula de notificación y solicita la nulidad de obrados por haberse efectuado a la persona equivocada, evitando que esta Autoridad asumiera conocimiento y tuviera acceso a los datos completos del Proceso....”*

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) señala en su Recurso Jerárquico que, en cuanto al Cargo N° 1, la Entidad Reguladora no hizo una correcta valoración de la prueba y los fundamentos expuestos en el Recurso de Revocatoria, debido a que inició el Proceso Ejecutivo Social de manera diligente contra la Empresa S.G.S Sociedad General de Supervigilancia S.A. con RUC 2476975, la cual en fecha 8 de noviembre de 2012, realizó el pago de las contribuciones en mora demandadas y que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no tiene certeza de que el señor Yumanz Yesid Andrade Caballero no es representante legal de la empresa ejecutada.

Consiguientemente, de la lectura del Recurso Jerárquico se evidencia la inexistencia de impugnación respecto al Cargo N° 2, por lo tanto, el presente control de legalidad se limitará al Cargo N° 1.

1.1. Normativa Imputada.-

A efectos de ingresar al análisis respectivo, corresponde previamente revisar la normativa imputada para el caso de autos, conforme se procede a continuación:

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

“...Procederá la ejecución social cuando se persiga el cobro de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos adeudados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

La sustanciación se realizará ante los Jueces de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

Se considera título ejecutivo la nota de descargo de debito (sic) del empleador elaborada por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

No serán admisibles en este proceso las excepciones de compensación, remisión, novación y conciliación previstas en los numerales 8) y 9) del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil.

Los procesos contra un mismo empleador por adeudos de cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos, podrán ser acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

Las sentencias que se dicten en estos procesos, sólo admitirán recurso de apelación...”

- **El Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, señala:**

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

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Del Cargo N° 1 imputado y sancionado.-

Tal como se señaló en el punto 1.1. precedente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, por incumplimiento al artículo 23 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

La recurrente argumenta que la Nota de Débito está girada al empleador S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. con RUC 2476975, y que la demanda del Proceso Ejecutivo Social hubiera cumplido con las formalidades de ley, conforme lo determina el artículo 327°, numeral 4), del Código de Procedimiento Civil, por lo que no existiría falta de diligencia dentro del presente proceso, toda vez que previamente a que se resuelva el Recurso de Apelación presentado por la empresa ejecutada, en fecha 8 de noviembre de 2012, el empleador realizó el pago de las contribuciones en mora.

Al respecto, de los antecedentes que cursan en el expediente, se pueden evidenciar las siguientes actuaciones procesales:

- Nota de Débito N° 15000 fue girado al Empleador **S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A.** con RUC: **2476975**, por mora al Seguro Social Obligatorio de largo plazo de los períodos: julio/2002, agosto/2002, septiembre/2002, febrero/2003, abril/2003, mayo/2003, junio/2003 y julio/2003.
- El Formulario N° 1000000000555 - N° ND 15000 al 1 de julio de 2010, con el detalle del cálculo de la mora al Seguro Social Obligatorio de largo plazo por el empleador, registra los siguientes datos:
Razón Social: S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A.
RUC: **2476975**
Representante Legal: Yumanz Yecid Andrade Caballero.
- Memorial de 29 de octubre de 2010, mediante el cual, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN**

- AFP S.A.)** inicia el Proceso Ejecutivo Social contra la empresa S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. con RUC: **2476975**, y señala como representante legal al señor **Yumanz Yesid Andrade Caballero** con Carnet de Identidad 2068512.
- Mediante Resolución N° 85/2010 de 22 de noviembre de 2010, la señora Juez dicta auto intimatorio de pago, por el cual se intima a S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. representada legalmente por el señor **Yumanz Yesid Andrade Caballero**, para que pague el monto adeudado al Seguro Social Obligatorio de largo plazo.
 - Aviso Judicial de 25 de noviembre de 2010, dirigido a **Yumanz Yesid Andrade Caballero**.
 - Representación emitida por el Oficial de Diligencias en fecha 26 de noviembre de 2010, ya que no pudo encontrar en forma personal al representante legal.
 - Decreto de 29 de noviembre de 2010, emitido por la señora Juez Primero de Trabajo y de Seguridad Social, por el cual ordena se cite mediante cédula a S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. en la persona de **Yumanz Yesid Andrade Caballero**.
 - Notificación de 6 de diciembre de 2010, mediante la cual el Oficial de Diligencias notifica al señor **Yumanz Yesid Andrade Caballero** como representante legal de S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A., en la Av. 6 de marzo, Calle 10, N° 115 – El Alto (dirección señalada en el memorial de inicio del Proceso Ejecutivo Social), recibida por la señora Virginia Alarcón.
 - **Memorial de 7 de diciembre de 2010**, presentado por la señora Virginia del Rosario Alarcon Peredo responsable de Recursos Humanos de la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A., mediante el cual devuelve la notificación por cédula y **pide la nulidad de obrados**.
 - Decreto de 8 de diciembre de 2010, por el cual la señora Juez ordena que la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. acredite la representación alegada en el memorial de 7 de diciembre de 2010.
 - Vacación judicial del 27 al 30 de diciembre de 2010.
 - Memorial de 30 de diciembre de 2010, presentado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, en el que nuevamente solicita citación por cédula a la empresa S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A.
 - Decreto de 5 de enero de 2011, la señora Juez determina se consulten los datos del proceso.
 - Vacación judicial desde el 24 de junio al 13 de julio de 2011.
 - Memorial presentado el 28 de julio de 2011, por el cual la Administradora de Fondos de Pensiones, solicita se dicte sentencia y medidas precautorias contra la S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. con RUC: 2476975.
 - Por Decreto de 29 de julio de 2011, la señora Juez establece que con carácter previo a la petición que antecede, el Oficial de Diligencias del Juzgado, cumpla con el Decreto de 8 de diciembre de 2010.
 - Mediante memorial presentado el 1 de septiembre de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** reitera solicitud de sentencia que declare probada la demanda.
 - Por Decreto de 2 de septiembre de 2011, la señora Juez reitera que el Oficial de Diligencias cumpla con el Decreto de 8 de diciembre de 2010.

- Memorial de 7 de septiembre de 2011, la empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. acredita que la Sra. Virginia del Rosario Alarcon Peredo es responsable de Recursos Humanos de S.G.S. Bolivia S.A., adjuntando la Certificación JF/SGS/2011 de 6 de septiembre de 2011 y señala que el proceso adolece de varios errores y solicita el pronunciamiento respectivo.
- Decreto de 7 de septiembre de 2011, notificado el 14 de septiembre de 2011, la señora Juez ordena a la señora Virginia del Rosario Alarcón Peredo que tiene plazo de 48 horas a partir de su notificación, para acreditar su condición de personera legal o mandato para actuar a nombre y representación legal de la persona jurídica demandada.
- Mediante memorial de 15 de septiembre de 2011, el señor Yumanz Yecid Andrade Caballero, representante legal de la Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A. interpone incidente de nulidad de citación con la demanda.
- Por Decreto de 16 de septiembre de 2011, la señora Juez determina salvada la observación realizada mediante Decreto de 8 de diciembre de 2010 y dispone la devolución de cédula de notificación e incidente.
- Mediante memorial presentado el 21 de diciembre de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contesta al incidente de nulidad, solicitando la prosecución del proceso hasta su conclusión y pide ordene se extiendan certificaciones a FUNDEMPRESA para que se determine el representante legal y el último domicilio de la empresa demandada y al Servicio de Impuestos Nacionales para que certifique la vigencia o no del RUC 2476975.
- Resolución N° 02/2012 de 3 de enero de 2012, la señora Juez **rechaza el incidente de nulidad, así como la devolución de cédula de citación y ordena la prosecución del proceso.**
- Por memorial de apelación de 3 de febrero de 2012, presentado por el señor Yumanz Yecid Andrade Caballero, solicita revocar la Resolución N° 02/2012 de 3 de enero de 2012.
- Decreto de 7 de febrero de 2012, la señora Juez dicta se adjunte el memorial de apelación a los antecedentes.
- Mediante memorial de 22 de marzo de 2012, presentado el 10 de abril de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** solicita el rechazo del recurso de apelación interpuesto por el demandado.
- Por Decreto de 11 de abril de 2012, la señora Juez dicta se proceda a la notificación a las partes con el auto de enmienda y complementación.
- Mediante memorial de 12 de octubre de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** solicita se oficie a Fundempresa y a Servicio de Impuestos Nacionales.
- En fecha 8 de noviembre de 2012, la empresa Sociedad General de Supervigilancia S.A. realiza el pago de las cotizaciones adeudadas al Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

De la documentación citada anteriormente, se tiene que, efectivamente, la Administradora de Fondos de Pensiones incurrió en error al momento de emitir la Nota de Débito e iniciar el Proceso Ejecutivo Social contra la empresa Sociedad General de Supervigilancia S.A., con

RUC 2476975, toda vez demandó como representante legal al señor Yumanz Yecid Andrade Caballero y consignó un RUC erróneo; por lo tanto, el presente proceso se debe centrar en la existencia o no de falta de diligencia conforme se tiene imputado.

Es así que, tenemos que dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** por ante el Juzgado Primero del Trabajo y Seguridad Social de la ciudad del Alto, se ha presentado un incidente de nulidad por parte de la Empresa Sociedad General de Superintendencia Bolivia S.A., referido a los aspectos siguientes:

- La demanda ejecutiva ha sido iniciada en contra de la Empresa S.G.S. Sociedad General de Supervigilancia S.A. con RUC N° 2476975, cuando su correcto registro - anterior- era el 2476967.
- A quien se dirige la demanda (como representante legal de la empresa demandada), es al señor Yumanz Yecid Andrade Caballero, cuando el nombre correcto es Yumanz Yecid Andrade Caballero.
- La citación cedulaaria con la demanda, Nota de Débito e intimación de pago, se ha efectuado a persona errada, y no cuenta (la diligencia) con firma del testigo de actuación debidamente identificado.

Dentro del trámite que le es inherente a tal incidente, la señora Juez Primero del Trabajo y la Seguridad Social de la ciudad de El Alto, pronunció la Resolución N° 02/2012 de 3 de enero de 2012, que en lo pertinente, refiere:

*“...Que en relación al error en una letra del nombre del representante legal de la parte demandada no se sustenta en norma legal alguna, además que **dicho error no altera el contenido de la solicitud que es la de lograr el cumplimiento del pago de contribuciones en mora de los trabajadores** (...)*

*...considerando que en vía jurisdiccional los requisitos indispensables para establecer la legitimación pasiva dentro de un proceso, se encuentra normada en el numeral 4) del art. 327 del C.P.C., referida en cuanto a personas jurídicas colectivas, tanto a su razón social como a la persona que ejerce su representación legal, de tal forma que el dato relativo a la identificación tributaria como es el número de RUC (actualmente NIT), **no constituye requisito para establecer la legitimación pasiva del demandado, por lo que no tiene trascendencia jurídica, más aún si este número de RUC, inclusive ha sido proporcionado por la empresa ejecutada**(...)*

*...SE RECHAZA el incidente de nulidad... así como la devolución de cedula (sic) de citación... quedando firme y **subsistente (sic) las medidas precautorias adoptadas en el auto intimatorio de pago, por consiguiente se ordena la prosecución de la presente causa**...” (Las negrillas y subrayado son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Siguiendo la línea de razonamiento jurídico planteado, tenemos que la notificación de Cargos APS/DJ/DPC/5161/2012, el Cargo N° 1 está, en concreto, referida a “que la AFP no tuvo el cuidado exigible al haber iniciado el Proceso Ejecutivo Social contra la empresa

Sociedad General de Supervigilancia Bolivia S.A. cuyo representante legal es el señor Yumanz Decid (sic) Andrade Caballero, señalando incorrectamente el RUC: 2476975, en lugar del RUC: 2476967", lo que hace, precisamente, al objeto mismo de la sanción, en cuanto a que por dicho error o falta de cuidado se ha generado dentro del proceso y no así el error como tal, dentro de la tramitación misma, que ya cuenta con pronunciamiento legal.

Entonces, al haber dispuesto la jurisdicción, a través de la señora Juez Primero del Trabajo y la Seguridad Social de la ciudad de El Alto en su Resolución N° 02/2012 de 3 de enero de 2012, el rechazo (y por tanto, su intrascendencia sobre el desarrollo del Proceso Ejecutivo Social), a las cuestiones sobre las diferencias a los números de RUC de la ejecutada y de nombre del representante de la misma, como las referidas a la diligencia de citación, no le corresponde ahora a la Administración realizar una revisión de lo mismo, conforme se ha procedido, ya que la imputación y consiguiente sanción se ha restringido a la falta de diligencia en el inicio del proceso y consiguientemente su repercusión en el mismo, que en caso que nos ocupa, se centra en la demora de la tramitación por el incidente de nulidad presentado que se genera justamente por la falta de cuidado.

Más allá de la contundencia de la conclusión anterior, corresponde recordar a la AFP que la decisión jurisdiccional, alcanza la calidad de cosa juzgada, de verdad jurídica, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos por el artículo 515° del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por imperio del artículo 252° del Código Procesal del Trabajo.

Es así que, para el caso, se conoce que mediante memorial presentado al Juzgado en fecha 3 de febrero de 2012, el señor Yumanz Yecid Andrade Caballero (dice que "*de generales ya descritas*", entonces como representante de la Empresa Sociedad General Superintendencia de Bolivia S.A.), interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 02/2012 de 3 de enero de 2012 emitida por la Juez 1° de Trabajo y Seguridad Social del Alto, de manera tal que esta última no ha alcanzado la calidad de cosa juzgada, lo que de ninguna manera puede importar se hubiera extinguido la decisión judicial, ni que la misma es definitiva.

Congruentemente con lo desarrollado, se evidencia la existencia de falta de cuidado exigible por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones dentro del Proceso Ejecutivo Social, toda vez que ha pasado más de un año, generado justamente por la dilación al que dio lugar el incidente de nulidad presentado.

Por consiguiente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha fundado el Cargo N° 1 y su consiguiente sanción, únicamente en los datos que salen del expediente judicial, y lo que ha significado el error –reconocido por las partes y la propia autoridad jurisdiccional- en la tramitación del proceso, y en la demora del fin que busca el mismo, cual es la recuperación de las contribuciones en mora.

Finalmente, la recurrente aplica el aforismo "*ante confesión de parte, relevo de prueba*", toda vez que, al haber el empleador realizado el pago de las contribuciones en mora demandadas, no obstante haber interpuesto su incidente, estaría reconociendo la legitimidad de la demanda y desvirtuando sus propios argumentos.

Al respecto, de la documentación adjunta en el Recurso Jerárquico se puede evidenciar que en fecha 8 de noviembre de 2012, el empleador Sociedad General de Supervigilancia

S.A., realizó el pago de las cotizaciones en mora por los periodos de julio/2002, agosto/2002, septiembre/2002, febrero/2003, abril/2003, mayo/2003, junio/2003 y julio/2003, resultando haberse cumplido el objetivo que persigue el Proceso Ejecutivo Social, al haberse logrado la recuperación de las contribuciones en mora adeudadas por el empleador.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, así como de la valoración de la prueba, ha llegado a la conclusión que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis de la norma, y ha sometido su actuar a lo establecido por norma.

En cuanto al Cargo N° 2, el mismo debe ser confirmado al no haber sido objeto de impugnación por parte de la recurrente, entendiéndose de ello, no irrogarle ningún perjuicio que sea susceptible de la tutela jurídica presente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 924-2012 de 27 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 716-2012 de 10 septiembre de 2012, conforme a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y
PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 576/2012 DE 05 DE NOVIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI N°017/2013 DE 08 DE ABRIL DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2013

La Paz, 08 de Abril de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 576/2012 de fecha 5 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 015/2013 de fecha 05 de marzo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 037/2013 de fecha 07 de marzo de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 23 de noviembre de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, representada por su Gerente General, Sr. Carlos Jacques de Grandchant Suarez, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 576/2012 de fecha 5 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N°

477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-155490/2012, con fecha de recepción 28 de noviembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 576/2012 de fecha 5 de noviembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 3 de diciembre de 2012, notificado en fecha 6 de diciembre de 2012, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 576/2012 de fecha 5 de noviembre de 2012.

Que, mediante notas ASFI/DAJ/R-16136/2013 de 31 de enero de 2013, y ASFI/DAJ/R-22537/2013 de 15 de febrero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presentó la documentación complementaria que le fuera solicitada en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 013/2103 de 23 de enero de 2013, y en la conminatoria de la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2103 de 13 de febrero de 2013.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Mediante nota ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, se notificó a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, con los cargos que se transcriben a continuación:

- “... 1. *Incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005, al haber reportado fuera de plazo la baja del señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira, en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios.*
2. *Incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005, al no haber remitido la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira.*

Sus descargos o explicaciones pertinentes, debidamente documentados, deberán ser presentados en el plazo de siete (7) días hábiles administrativos computables a partir de la fecha de recepción de la presente notificación..."

2. PRESENTACIÓN DE DESCARGOS.-

Mediante memorial presentado en fecha 7 de septiembre de 2012 con la suma "...PLANTEA PRESCRIPCIÓN Y PRESENTA DESCARGOS...", la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"** respondió a los cargos de la nota ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, expresando los siguientes alegatos:

"...1. PRESCRIPCIÓN.

No obstante que luego de producida la desvinculación laboral del ex empleado Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira, se dio pleno cumplimiento al "Reglamento Para el Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y Funcionarios de las Entidades de Intermediación Financiera y Empresas de Servicios Auxiliares Financieros", en ejercicio de nuestro derecho de defensa, la seguridad jurídica, el debido proceso y los derechos y garantías que de él se derivan, conforme a las disposiciones legales y los principios establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo, **planteamos y pedimos se declare la prescripción de las presuntas infracciones** establecidas en su indicada carta de Notificación de Cargos, a cuyo fin pedimos tener presente los fundamentos que pasamos a exponer:

Es de conocimiento de su autoridad, que la **prescripción** tiene como base y se funda en garantizar la seguridad jurídica, de manera que ninguna infracción administrativa (real o presunta) pueda ser perseguible por siempre. Así lo dispone expresamente la Ley de procedimiento (sic) Administrativo, cuyo art. 79 determina: "(Prescripción de infracciones y sanciones). **Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años**", **cuyo cómputo** -demás está señalar- **corre a partir de la fecha de la comisión u omisión del acto o actos** que configuran las (supuestas) infracciones, prescripción que se ha producido con relación a los cargos establecidos en su Carta ASFI/DSR II/R-98745/12.

En efecto, conforme queda acreditado por los documentos que fueron presentados a su autoridad a través de nuestra Carta G.G. 2143/2012/2012 A.L. 979/2012 de 19 de junio de 2012, como consecuencia de los actos y omisiones en que incurrió el ex empleado de Mutual La Primera, Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira, comprendidos en los ins. **C) (sic) y e) de los arts. 16 y 9 de la Ley General del Trabajo** y su Decreto Supremo Reglamentario, respectivamente, **en fecha 12 de enero del año 2010 se prescindieron de sus servicios**, operándose así la ruptura de la relación laboral y luego su consiguiente codificación como "retiro forzoso por contravenciones graves a normas internas o disposiciones legales, por imprudencia o negligencia culposa, sin daño económico", de acuerdo al código No. 06, del art. 2, Sección 3, Capítulo VIII del indicado Reglamento contenido en el Título X de la Recopilación de Normas para bancos (sic) y Entidades Financieras.

Teniendo presente que el único acto que interrumpe la prescripción es aquel por el cual se da inicio al procedimiento sancionador y sólo cuando ha sido emitido con anterioridad al cumplimiento del término de la prescripción, es decir, la fecha de notificación con la carta de Notificación de Cargos, **queda inequívocamente establecido que desde la fecha del retiro del empleado Rubén Gómez Pereira.** y (sic) aun sumándose el mes para incorporarse la información correspondiente a “otros funcionarios” según el numeral 3 del art. 1, sección 2 del indicado Reglamento, **han transcurrido más de dos años y, siendo así, las presuntas infracciones consignadas en la carta de notificación de cargos ASFI/DSR11/R-98745 de 13 de agosto de 2012, SE ENCUENTRAN PRESCRITAS.**

Toda vez que **la prescripción de las presuntas infracciones conlleva también la pérdida de las potestades sancionadoras de la ASFI,** ya para seguir con el procedimiento sancionador, efectuar análisis y valoraciones de infracciones prescritas, ya para imponer o desestimar sanciones administrativas, pedimos a su autoridad **declarar la prescripción de las presuntas infracciones o incumplimientos que dieron lugar a los cargos y, consiguientemente, dar por concluido el procedimiento sancionador,** iniciado según carta ASFI/DSR11/R-98745/2012

2.- DESCARGOS.

Bien podíamos limitarnos al planteamiento efectuado en el punto anterior, para el cual no se requiere otra documentación que aquella que permita establecer el cómputo de la prescripción. Sin embargo y a los fines de demostrar que nuestros actos se enmarcaron en el contexto normativo y reglamentario, presentamos para su consideración los descargos que demuestran que no incurrimos en ninguno de los presuntos incumplimientos establecidos en su carta de notificación de cargos y que los presentamos no solo con la finalidad de acreditar la correcta y legal actuación de Mutual La Primera, sino también y para el caso de no darse por concluido el procedimiento sancionador por efectos de la prescripción de las supuestas infracciones, sean considerados y en virtud a su valoración se desestime la imposición de cualquier sanción administrativa.

2.1. Con Relación al Primer Cargo: Incumplimiento al Reglamento contenido en el Título X, Capítulo VIII, sección 3, artículo 1, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras “al haber reportado fuera de plazo la baja”

2.1.1. Sin perjuicio de los fundamentos que se expondrán en los siguientes puntos, solicitamos a Ud. tener presente que conforme a los documentos enviados con nuestra carta GG 2143/2012 AL 979/2012 de fecha 19 de junio de 2012 y que nuevamente presentamos, esta vez en calidad de descargos, la codificación asignada al empleado retirado fue efectuada en el plazo y conforme a las disposiciones contenidas en el “Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia y demás Funcionarios” aprobado por Resolución No. SB No. 200/2005 de 30 de diciembre de 2005, vigente en la fecha del retiro del ex empleado Rubén Antonio M. Gómez Pereira.

2.1.2. El artículo 1, Sección 3, del indicado Reglamento, **no establece ningún plazo en el cual debía efectuarse el reporte de la baja** del ex empleado, comprendido en la categoría de “Otros funcionarios” o “resto de personal de la entidad”, establecida en el numeral 3, del art. 1 de la sección 2 de tal Reglamento, pues la norma señalada en la carta de notificación de cargos, únicamente establece la obligatoriedad de remitir las inhabilitaciones, suspensiones y bajas a través de la página de captura del Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás funcionarios. Consiguientemente, al no establecer plazo alguno la norma que supuestamente fue incumplida, según se indica en el primer cargo con el que se nos ha notificado, se concluye que dicha norma (Art. 1, Sección Tercera del Reglamento aplicable al caso) no fue ni pudo ser infringida -reiteramos- porque no establece ningún plazo para el reporte de bajas, a lo que se suma que cumplimos con la obligación a través de la (sic) página de captura del Sistema implementado para los fines determinados en el indicado Reglamento.

2.1.3. Ni el Reglamento contenido en el Título X, Capítulo VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, ni el Reglamento de Multas y Sanciones Administrativas, aprobados por la ASFI, establecen sanciones “por reportar fuera de plazo la baja de los funcionarios”, de tal manera que en el supuesto señalado, es decir, aún sea evidente el retraso de la comunicación de baja de un empleado (que no se dio en el presente caso) esa supuesta infracción no lleva por sí misma ninguna sanción, **aún se remita al Reglamento de sanciones, pues en éste tampoco existe sanción alguna “para el caso de efectuarse el reporte de baja fuera del plazo”**, resultando de ello que cualquier cargo establecido en contrario a lo señalado, así como las sanciones que eventualmente quisiese imponerse, son y serían violatorios de los principios de Legalidad y Tipicidad establecidos en los artículos 71, 72, 73 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley N° 2341, sumados a la violación de las garantías constitucionales referidas a la seguridad jurídica, el debido proceso y, particularmente, aquella que determina que “Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible” (art. 116 II de la CPE), conocida y reconocida universalmente en el principio Nulla pena sine lex.

2.1.4. Complementando lo expuesto en el punto precedente, debemos también puntualizar que **“No toda infracción administrativa conlleva una sanción”**, ya sea por voluntad expresa del órgano competente autor de la norma o bien por omisión normativa, a lo que se suma que **“no puede aplicarse sanción administrativa alguna si previamente no se encuentra establecida en las normas administrativas en que se desarrolla el derecho sancionador”**, en el presente caso en los Reglamentos señalados y emitidos por esa Autoridad de Supervisión Financiera, en los que no existe ninguna sanción por el cargo por “el supuesto reporte fuera de plazo de la baja del señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira” y, siendo así, el cargo establecido no se encuentra amparado en el orden administrativo aplicable, carece de validez legal y eficacia jurídica, **pues al no existir tipicidad que conlleva imprescindible co-existencia de dos presupuestos inseparables: norma infringida y norma que sancione la infracción**, el procedimiento no podría concluir con una resolución que imponga sanciones sobre supuestos fácticos que no tienen sanción expresa, peor aún cuando en el procedimiento administrativo sancionador no puede crearse e imponerse

sanciones inexistentes en los Reglamentos que deben aplicarse, y tampoco es posible aplicar la **analogía** que, además de ser contrario a los principios de **legalidad** y **tipicidad**, es inaplicable en el procedimiento administrativo sancionador.

Por los fundamentos expuestos, solicitamos a su autoridad que en mérito a los descargos documentales, los antecedentes fácticos y los justificativos fundados en la aplicación e interpretación de las normas que han sido señaladas y que, por error u omisión, no fueron consideradas antes de emitirse la carta de notificación de cargos, pedimos levantar o dejar sin efecto el referido cargo.

2.2. Con Relación al segundo Cargo: Incumplimiento al Reglamento contenido en el Título X, Capítulo VIII, sección 3, artículo 3, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras “Al no haber remitido la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira”.

2.2.1. Del análisis integral del conjunto de las normas contenidas en el “Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia y demás Funcionarios” , y no sólo de una de sus normas considerada aisladamente, con relación al registro de información, comprende disposiciones generales y disposiciones específicas para el registro y comunicación de la información, entre las últimas **unas son de carácter obligatorio y otras sujetas al cumplimiento de los requisitos y condiciones expresamente establecidos.**

2.2.2. Así se tiene que el primer grupo se encuentra conformado por aquellos artículos comprendidos en la Sección 1 de dicho Reglamento, referidos a la obligación que tienen los sujetos regulados de establecer la forma de registro de información de las incorporaciones, desvinculaciones y cambios del personal; la Sección 2 comprende sólo Altas y Modificaciones, **y no bajas, en tanto que la Sección 3, por una parte norma con carácter obligatorio la remisión de información a través de la página de Captura del sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y Funcionarios y la codificación que debe asignarse en función de los motivos que originen el retiro del personal, que deben cumplirse sin estar sujeta a otros requisitos o condiciones, (arts. 1 y 2); por otra parte regula los casos en que debe remitirse el informe del auditor interno, únicamente cuando se presenten los presupuestos y/o condiciones expresamente establecidos en el artículo 3.**

2.2.3. Sintetizando: **el registro, la codificación y la información por bajas** de funcionarios debe cumplirse y comunicarse a través de la página de captura habilitada por la ASFI, por el solo hecho de haberse procedido a la desvinculación, retiro o ruptura de la relación laboral, previsión normativa que **en el caso del retiro de Rubén Antonio M. Gómez Pereira, fue cumplida por nuestra entidad.** En el plazo establecido según nuestros registros, y fuera de plazo según la carta de notificación de cargos. En todo caso y ahora con relación al segundo cargo, no existe duda alguna que la información del retiro, la baja y su codificación fueron reportados, conforme a las normas y procedimientos contenidos en los arts (sic) 1 y 2 de la Sección 3, del Reglamento. **Esa era la única obligación que teníamos que cumplir, y cumplimos, una vez retirado el ex empleado Gómez Pereira.**

2.2.4. Ciertamente, los motivos que dieron origen al retiro de Rubén Antonio Gómez Pereira cuyos respaldos documentales cursan en el expediente y los ratificamos como descargos,, determinaron que sea codificado en el numeral **06** de la clasificación contenida en el art.2, Sección 3 del reglamento: **“retiro forzoso, sin daño económico”**. Es decir que los actos y omisiones en que incurrió el empleado, si bien de manera inobjetable constituyen causas que dan lugar al retiro forzoso y definitivo, no causaron daño económico, pues de haber sido así otro hubiese sido la codificación que se le hubiese asignado.

2.2.5. En ese contexto, al no existir daño económico emergente de los actos y omisiones que dieron lugar al retiro del ex empleado, que pusieron en riesgo la seguridad de la Mutual, importando contravenciones muy graves a normas laborales e internas, no se enviaron a la ASFI “Otros Requerimientos” concretamente el Informe del Auditor Interno, **pues éste sólo corresponde ser emitido en caso de que las causas y hechos que dieron lugar al retiro o desvinculación laboral, hubiesen generado responsabilidades y daños económicos.**

2.2.6. En efecto, el art. 3, sección Tercera del “Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia y demás Funcionarios” , no es aplicable a todos los casos de retiro y consiguiente baja de un funcionario, sino única y exclusivamente cuando los actos, conductas y omisiones que dieron origen al despido, hubiesen provocado o sean productoras a su vez de responsabilidades (civiles, administrativas y penales) y la cuantificación del daño económico, **si correspondiese**, en cuyos únicos casos el Auditor tiene las facultades y el deber de emitir el informe incluyendo los requerimientos establecidos en el indicado art. 3 de la sección 3 del Reglamento.

2.2.7. Prima facie, una primera lectura no sujeta métodos de interpretación legal y dada la deficiente redacción de la norma en cuestión, ciertamente que podría inducir a afirmar que dicha norma se debe cumplir sí o sí y en todos los casos de retiros que se encuentre en la clasificación establecida en el artículo objeto de análisis, criterio adoptado a tiempo de establecerse el segundo cargo.

2.2.8. Sin embargo, tal criterio no es correcto, considera tan solo la primera parte del texto del articulado, pero prescinde del texto normativo que le sigue y que aclara y define los casos, hechos y causas, o sea las condiciones que deben presentarse para que el auditor emita un informe, pues como ya lo demostramos esta disposición administrativa, a diferencia de las que regulan el registro, codificación e información que sin condicionamiento alguno siempre deben cumplirse, sólo es aplicable y solo puede y debe cumplirse cuando se dan las condiciones o presupuestos establecidos en dicha norma: Responsabilidades y daño económico.

2.2.9. Esas condiciones para que sea obligatoria la elaboración y remisión del informe del auditor interno, se encuentran comprendidas expresamente en el texto del art. 3 de la sección 3 del Reglamento, conforme al cual el informe del auditor solo corresponde ser emitido únicamente cuando se presentan uno o los dos presupuestos

allí establecidos; a saber: 1) establecimiento de responsabilidades y 2) cuantificación del daño económico; presupuestos que se constituyen en el objeto del trabajo de auditor interno, cuya existencia (condición) o inexistencia determinan la obligación de que se emita un informe en el primer caso y ninguno en el segundo, pues en este no existiría causa ni objeto como consecuencia precisamente de la inexistencia de responsabilidades o daños económicos calificables.

2.2.10. El análisis y la interpretación de todo el texto de la norma y en el contexto de otras que han sido relacionadas, nos llevan a la conclusión que las causas o motivos que dieron lugar al retiro del empleado, no generaron ni originaron responsabilidades ni daños económicos, y por tanto, **lógica, material y legalmente es imposible exigirse que se emita un informe por el auditor interno que “contenga decisiones adoptadas, y las conclusiones y recomendaciones sobre inexistentes responsabilidades y daños económicos”** y peor aún “las medidas a ser adoptadas para corregir dicha situación, y su contabilización”, **cuando no hay nada que corregir y operación contable que deba realizarse.**

2.2.11. Para corroborar lo afirmado, téngase presente que la condición para que se emita el reclamado informe de auditoría, se encuentra dada no sólo cuando corresponda establecerse responsabilidades y calificarse daño, sino que es aclarada con la frase **“SI CORRESPONDIERE”**, cuya significación no es otra que sólo corresponde emitirse informe **SI SE DAN Y ÚNICAMENTE CUANDO SE DAN LOS PRESUPUESTOS QUE A SU VEZ SON CAUSA Y OBJETO DEL INFORME DEL AUDITOR.** No existiendo causa ni objeto que permitan establecer responsabilidades y calificar daños inexistentes, tampoco nace la obligación del auditor de informar, pues en tal caso, como es relativo al retiro de Rubén Gómez Pereira, no corresponde que se exija la emisión de dicho informe, cuya forma y contenido no podrían adecuarse y menos incluir decisiones, conclusiones y recomendaciones respecto al establecimiento de responsabilidades (que no existieron) y a la cuantificación del daño (que tampoco existió) así como medidas a ser adoptadas para corregir dicha situación (cuando no existe ni existió ninguna situación que sea objeto de corrección) y su contabilización (cuando no hay nada que contabilizar).

Por eso, la norma dispone que se envié una caria firmada por el Gerente General, adjuntando informe de auditoría, únicamente si correspondiese por presentarse los supuestos, presupuestos, requisitos y condiciones establecidos en la norma, lo que excluye la emisión de tal informe y su envío a la ASFI, cuando las causas del retiro no generaron responsabilidades ni daños económicos.

2.2.12.- Finalmente pedimos tener presente con relación al segundo cargo que el supuesto incumplimiento por “no haber remitido la información que respalda la notificación impuesta al Sr. Rubén A. Gómez”, no se encuentra tipificado como infracción cuya omisión traería aparejada alguna sanción, toda vez que tal supuesto, reitero, no se encuentra establecido en ninguna de las disposiciones del Reglamento de Multas y Sanciones Administrativas aprobado por la ASFI, siendo aplicables al presente cargo, mutatis mutandis, los fundamentos expuestos en los numerales 2.2.3 y 2.2.4.

CONCLUSIÓN. Por los fundamentos expuestos y los descargos presentados, pedimos se **DECLARE LA PRESCRIPCIÓN** de las supuestas infracciones o incumplimientos legales, **CONFORME AL PRECEDENTE ESTABLECIDO POR LA ASFI EN LA RESOLUCIÓN ASFI/240/2012, que adjuntamos.**

Para el eventual caso de no dictarse resolución conforme a lo solicitado en el acápite anterior, pedimos **SE DESESTIMEN Y DEJN** (sic) **SIN EFECTO los cargos establecidos en su carta ASFI/SDR-II/R-98745/2012...**

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 477/2012 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presenta los fundamentos siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, como efecto de su giro, la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “LA PRIMERA”**, se encuentra expuesta a distintos riesgos al momento de la realización de sus actividades, que pueden derivar en inobservancias de las disposiciones legales y normativas que rigen la intermediación financiera, que no han merecido la gestión oportuna de parte de sus administradores.

Que, de la revisión de la normativa pertinente, se evidencia que en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 4 del Reglamento para el Registro de Directores, Ejecutivos y Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, conforme la Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005 y la Resolución SB N° 200/2005 de 30 de diciembre de 2005, determina que el Gerente General es el responsable del control de la información registrada en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios.

Que, en concordancia con el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, artículo 29, del Reglamento de Sanciones Administrativas, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, impone multas personales a los funcionarios responsables en la inconsistencia o inexactitud en la información y reportes presentados a esta Autoridad de Supervisión, aspecto que conlleva la necesidad de notificar cargos al Gerente General de la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “LA PRIMERA”** por los incumplimientos antes señalados, en el entendido que son sanciones administrativas que deben ser notificadas, para que tenga derecho a la legítima defensa, en conformidad con la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, artículo 33 que señala: “La Administración Pública **notificará a los interesados todas las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.**” y en consideración a lo dispuesto por la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), que señala en el artículo 109 que: “El Superintendente, antes de la aplicación de una sanción, deberá notificar el cargo correspondiente a la institución **o presunto infractor** otorgándole un plazo no menor de dos (2) ni mayor de siete (7) días para efectuar su descargo o explicación pertinente.”.

Que, conforme al análisis normativo expresado en el párrafo que antecede, y conforme la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, se evidencia que los cargos fueron notificados a la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA"** y no al Gerente General de la entidad como persona natural afectada, quien es presunto responsable por el cumplimiento de la normativa antes señalada y consecuentemente previo proceso la correspondencia o no de la sanción personal evidenciándose defectos de forma en la mencionada Notificación de Cargos.

Que, conforme al análisis antes señalado, no corresponde a esta Autoridad de Supervisión el pronunciamiento sobre la prescripción planteada ni los descargos presentados por la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA"**, considerando que el responsable de los presuntos incumplimientos al Reglamento para el Registro de Directores, Ejecutivos y Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, es el Gerente General de la entidad.

Que, en conformidad a los criterios señalados en los párrafos que anteceden y de acuerdo a la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, en su artículo 36, párrafo II, que señala: "No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.", corresponde a esta Autoridad de Supervisión anular la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012.

Que, según el artículo 37 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en sus párrafos I y II determina que: "I. Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca. II. La autoridad administrativa deberá observar los límites y modalidades señalados por disposición legal aplicable, debiendo salvar los derechos subjetivos o intereses legítimos que la convalidación o saneamiento pudiese generar.", siendo pertinente emitir nueva Notificación de Cargos al Gerente General de la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA"**.

Que, en conformidad de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, en su artículo 38 relativo a los efectos de la anulabilidad, corresponde determinar que la anulación de la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012 notificada a la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA"** no implica la anulabilidad de los sucesivos en el procedimiento, siempre que sean independientes del primero y que la anulabilidad no implicará la de las demás partes del mismo acto que sean independientes de aquélla, correspondiendo notificar cargos al Gerente General por los incumplimientos al Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículos 1 y 3, del Reglamento para el Registro de Directores, Ejecutivos y Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, conforme la Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005 y la Resolución SB N° 200/2005 de 30 de diciembre de 2005.

Que, en concordancia con los Principios Generales de la Actividad Administrativa, dispuestos en la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, artículo 4, rigiendo para

el presente caso los principios de verdad material y de eficacia, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debe investigar la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil, buscando con el procedimiento administrativo lograr su finalidad..."

Con base a tales fundamentos, la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, resuelve:

"...PRIMERO.- Anular la Notificación de Cargos ASFI/DSR II-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, considerando que la notificación se realizó a la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA" conforme a los criterios vertidos en la presente Resolución..."**

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 12 de octubre de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de 21 de septiembre de 2012, bajo los siguientes argumentos:

"...1.- LA RESOLUCIÓN FINAL DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR NO ESTABLECE COMO FORMA DE RESOLUCIÓN LA ANULABILIDAD DE LAS ETAPAS ANTERIORES DEL PROCEDIMIENTO.

*Los fundamentos en que se sustenta la Resolución objeto del presente Recurso de Revocatoria y la consiguiente declaratoria de nulidad de la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012, además de prejuzgar sobre hechos, actos y omisiones, imputándose supuestas infracciones a quien no se le notificó con ningún cargo, ha desconocido las normas esenciales que regulan el procedimiento administrativo general y el procedimiento sancionador, conforme pasamos a demostrar:**1.1. La anulabilidad de los actos administrativos sólo procede en caso de haberse violado las formas esenciales del procedimiento.***

Las normas procesales en general y consiguientemente las que regulan el procedimiento administrativo, su cumplimiento y observancia, constituyen una garantía para el ejercicio del derecho de defensa de los administrados y de los sujetos regulados, a cuyo fin la Administración Pública debe adecuar sus actuaciones a las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo (arts. 1, y 2) y del D.S. No. 27175 (art.1), sujeción a la ley que tiene por finalidad evitar la arbitrariedad de la actividad de los órganos administrativos.

Ahora bien, con relación al régimen de las nulidades absolutas o relativas (anulabilidad), es principio del derecho procesal aplicable al procedimiento administrativo, que no existe nulidad si no se encuentra expresamente establecida por ley (Principio de especificidad), y tratándose de de las nulidades relativas o anulabilidad de los actos del procedimiento solo procede en caso de causarse indefensión (principio de trascendencia) y que el acto anulable no hubiese sido consentido (principio de convalidación).

En la Resolución No ASFI/No.477/2012 se han desconocido esos principios que se encuentran expresamente reconocidos en los arts. 35, 36 y 37 de la Ley 2341, entre los cuales no se encuentra como causal de anulabilidad de la notificación de cargos y, por tanto del procedimiento sancionador, los motivos señalados en dicha Resolución y, siendo así, su autoridad además de crear una causa de anulabilidad no prevista por la ley, lo ha hecho al margen de las normas que regulan el procedimiento administrativo sancionador, violando además y como se verá luego la garantía al debido proceso, en su vertiente del derecho a obtener una resolución sobre las defensas de fondo, o sea sobre la excepción de prescripción y descargos que Mutual La Primera presentó para obtener una Resolución en el fondo y no para que se las considere, por no corresponder procesalmente, como causa y fundamento de inexistentes anulabilidades de los actos del procedimiento.

No existiendo causas que determinen la anulabilidad de los actos del procedimiento realizados en el presente caso, y no siendo causa de anulabilidad el hecho de haberse notificado a **Mutual La Primera** con los cargos establecidos en la carta ASFI/DSR II/R- 98745, se concluye que la Resolución recurrida ha sido dictada en contra de las normas que regulan el procedimiento administrativo sancionador.

1.2. Al haberse desarrollado el procedimiento conforme a las normas que lo regulan, no existen causas de anulabilidad de los actos administrativos cumplidos.

Conforme lo determinan los arts. 80 al 84 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordantes con los arts. 65 al 68 del D.S. 27175, el Procedimiento Sancionador comprende cuatro etapas claramente diferenciadas, cuyo contenido y finalidad también difieren, así se desprende inequívocamente de la lectura de tales artículos, a saber:

1. Diligencias preliminares, a cargo de los funcionarios designados para el efecto por la autoridad administrativa competente. (En el presente caso el área de supervisión de riesgos II).
2. Etapa de iniciación, con la notificación de los cargos imputados, (cargos establecidos por los funcionarios encargados de las diligencias preliminares).
3. Etapa de tramitación, para la presentación de descargos, pruebas y alegaciones.
4. Etapa de terminación, con la resolución que imponga o desestime la sanción administrativa.

Cada una de esas etapas tienen por objeto organizar y garantizar el desenvolvimiento del procedimiento sancionador, de tal manera y por efectos del principio de preclusión procesal, el procedimiento no puede retrotraerse a etapas cumplidas y, con mayor razón, si cada una de esas etapas ha sido realizada conforme al procedimiento.

Como tenemos señalado las nulidades y anulabilidades de actos administrativos sólo

pueden fundarse en cuestiones que hacen a la forma del procedimiento y a la forma de los actos que se han producido en su realización. En el presente procedimiento sancionador, ya se trate de las diligencias preliminares o de las etapas de iniciación y tramitación, no ha existido ninguna infracción a las normas que regulan dichos actos. Consiguientemente al "Anular la notificación de cargos", se lo ha hecho en contravención y violación del art. 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo que expresamente dispone que los actos administrativos solo serán anulables cuando incurran en infracciones del ordenamiento jurídico.

No existiendo infracciones al ordenamiento jurídico que regula el procedimiento sancionador, no existe causal de anulabilidad y, siendo así, la Resolución ASFI/No. 477/2012 al crear una causa de anulabilidad, lo ha hecho en violación del art. 36 de la Ley de procedimiento Administrativo, lo que determina la ilegalidad de dicha Resolución.

1.3.- Los cargos se establecen en la Etapa de Diligencias Preliminares y no en la Resolución Final.

Cada una de las etapas del procedimiento sancionador tiene características, contenido y finalidades propias, de manera tal que las actuaciones correspondientes a cada etapa no pueden ser sustituidas, asumidas ni realizadas en otras etapas, pues lo contrario importa desconocer las disposiciones legales que las regulan y a las que se encuentran sujetas las actuaciones de la administración pública.

En ese sentido, si en la etapa preliminar no es legalmente posible ni admisible dictarse Resolución imponiendo o desestimándose la imposición de sanciones, en la etapa de terminación del procedimiento tampoco es legalmente posible ni admisible que en la Resolución Final se establezcan nuevos cargos, como se lo ha hecho en la Resolución contra la que interponemos el presente recurso de revocatoria.

Ciertamente y más allá que la determinación de nuevos cargos e imputación de éstos en la Resolución No. ASFI/477/2012 importa prejuzgamiento y compromete la imparcialidad de su autoridad, al haberse establecido nuevos cargos y contra persona distinta a los que fueron establecidos en la Etapa de Diligencias Preliminares, su autoridad en la indicada Resolución lo ha hecho en violación de los arts. 81 y 84 de la Ley de Procedimiento Administrativo y arts. 65 y 68 del D.S. 27175 que de manera expresa disponen, por una parte, que quienes **deben organizar las actuaciones preliminares**, identificando a las personas individuales o colectivas presuntamente responsables, **son los funcionarios determinados expresamente para el efecto por la autoridad administrativa competente**, y por otra, que la Resolución final sólo puede recaer sobre la imposición o la desestimación de la sanción administrativa.

Como ha quedado acreditado, la Resolución final del procedimiento sancionador no sustituye la etapa de diligencias preliminares, no puede establecer nuevos cargos ni imputar a otras personas supuestas infracciones, pues la competencia de la autoridad administrativa queda sujeta a los límites establecidos por la ley, es decir, imponer o desestimar la imposición de sanciones, no teniendo facultades,

prerrogativas ni potestades para pronunciarse sobre otras cuestiones que las relacionadas a las sanciones.

Consiguientemente, la Resolución recurrida ha sido pronunciada violándose las normas que han sido señaladas, resultando ilegal la declaratoria de nulidad y la imputación de cargos establecidas en aquella, ilegalidad que conlleva que tal Resolución carezca de eficacia jurídica.

1.4.- De los efectos de la notificación de cargos: Derecho del sujeto notificado para que se dicte Resolución sobre sus defensas y descargos, y el correlativo deber de la Administración Pública de pronunciar Resolución Final sobre las defensas presentadas.

Como es de conocimiento de su autoridad, la defensa en cualquier tipo de proceso o procedimiento, no sólo que se encuentra reconocida como un derecho inviolable, sino que además el Estado garantiza su ejercicio, conforme lo establecen los arts. 115 y 119 de la Constitución Política del Estado. El derecho de defensa, no solo comprende el ejercicio de los actos que correspondan realizarse en cada proceso, ya se trate de la proposición y producción de prueba, presentación de alegatos, descargos y justificativos, sino que comprende además y principalmente el derecho para que la autoridad competente pronuncie Resolución Final, considerando en ésta las defensas presentadas.

Derecho a la sentencia en los procesos de la jurisdicción ordinaria, y derecho a la emisión de un acto administrativo o Resolución Final tratándose de un procedimiento administrativo. Ese derecho no se extingue sino cuando se pronuncia la Resolución Final y cuando esta es dictada conforme al ordenamiento jurídico, de lo que se desprende que la Resolución Final en cualquier tipo de proceso y procedimiento, necesariamente debe recaer sobre el fondo de las pretensiones deducidas en el proceso. Se trata, pues, de un derecho que hace parte imprescindible del Debido Proceso y es consecuencia inmediata del Derecho de Petición consagrado en el art. 24 de la Constitución Política del Estado y expresamente establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Así tenemos que conforme al art. 16 de la Ley de Procedimiento Administrativo, las personas colectivas y naturales tienen los siguientes derechos: **“a) A formular peticiones ante la Administración Pública.... h) A OBTENER UNA RESPUESTA FUNDADA Y MOTIVADA A LAS PETICIONES Y SOLICITUDES QUE FORMULEN”**, disposiciones concordantes con el art. 14 del D.S.No. 27175 que dispone: **Además de los sujetos regulados**, toda persona Individual o colectiva podrá solicitar la realización de un procedimiento **para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legitimados se vean afectados por una resolución administrativa....”**.

En el caso del procedimiento sancionador, el derecho a obtener una Resolución Final sobre los descargos, prueba, alegaciones y defensas presentadas, nace con la sola notificación de cargos, y ese derecho a una Resolución sobre el fondo, no queda satisfecho y, por el contrario, resulta desconocido y violado cuando, como ha

sucedido con la Resolución ASFI/477/2012, Resolución Final del procedimiento sancionador, en la que lejos de pronunciarse sobre las defensas presentadas se lo ha hecho, como tenemos demostrado en puntos anteriores, sobre inexistentes causas de anulabilidad y creando nuevos cargos, cuando sólo era competente para pronunciarse sobre los descargos presentados por Mutual La Primera.

Frente al derecho (desconocido y violado) de Mutual La Primera a obtener una Resolución sobre las defensas y descargos presentados, se encuentra también el deber incumplido y violado en la resolución impugnada, por el cual la ASFI tenía que haber pronunciado una Resolución cuyos fundamentos y contenido debieron necesariamente recaer sobre los descargos y defensas presentadas. Al no haberse circunscrito la Resolución ASFI/477/2012 a la consideración de aspectos de fondo, se lo ha hecho en violación de las disposiciones que debieron observarse a tiempo de dictarse dicha Resolución.

En efecto, de acuerdo al art. 17 de la Ley de Procedimiento Administrativo **“La Administración Pública está obligada a dictar Resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera sea su forma de iniciación”**, y conforme a los arts. 51 y 52 de dicha Ley **“El procedimiento administrativo terminará por medio de una resolución.... Los procedimientos Administrativos, deberán necesariamente concluir con la emisión de una Resolución administrativa que declare la aceptación o rechazo total o parcial de la pretensión del administrado.** Demás está señalar que las normas transcritas concuerdan inequívocamente con el art. 84 de la Ley 2341 y 68 del D.S. 27175, que como tenemos demostrado, han sido violadas en la Resolución impugnada, al no haberse valorado los descargos y defensas, en virtud de los cuales su autoridad sólo tenía competencia para imponer o desestimar la imposición de sanciones.

Por lo expuesto en el presente punto, demostrado está que se ha negado el derecho de Mutual La Primera a obtener una Resolución Administrativa en la que debió aceptarse o rechazarse la excepción de prescripción y, en su caso, los descargos presentados, negación del derecho a una Resolución sobre el fondo que a su vez importa violación de las normas que debieron cumplirse a tiempo de dictarse la Resolución objeto del presente Recurso.

1.5 Cumplidas las etapas del procedimiento sancionador, la Resolución Final no puede declarar la nulidad ni la anulabilidad del procedimiento.

Conforme se desprende de los fundamentos señalados en los puntos precedentes, la Resolución Final en el procedimiento administrativo, es equiparable, mutatis mutandis, con las sentencias pronunciadas en los procesos de la jurisdicción ordinaria. En ese sentido, ni las sentencias ni las Resoluciones Administrativas que se pronuncian como acto administrativo final del procedimiento, tienen por contenido ni objeto pronunciarse sobre aspectos formales del procedimiento y menos declararse la nulidad de éste.

La Resolución ASFI No. 477/2012, ha sido pronunciada desconociendo el principio

señalado precedentemente y que se encuentra comprendido en las normas que hemos venido citando a lo largo del presente escrito, de lo que resulta también demostrada la ilegalidad de dicha Resolución, pues, reiteramos, debió encuadrarse a lo dispuesto por los arts. 84 de la Ley 2341, 67 II y 68 del D.S. 27175, evaluando los descargos y defensas e imponiendo o desestimando la imposición de sanciones.

A lo anterior, debemos agregar que la convalidación, saneamiento y rectificación de actos administrativos, además de no ser aplicables en la Resolución final, tampoco pueden ser invocados para justificar la Imputación de cargos en dicha Resolución y peor aún para declarar anulabilidades no previstas por ley. Los descargos presentados por la persona imputada de las infracciones, en el caso Mutual La Primera, sólo dan lugar a que sean aceptados o desestimados y no constituyen fuente legal para que se establezcan otros cargos; constituyen defensa sobre el fondo y no sobre aspectos formales del procedimiento, lo que demuestra que se han aplicado indebidamente los principios de convalidación, saneamiento o rectificación, toda vez que estos no son aplicables ni deducibles de los descargos y defensas que se presentan, como se ha establecido ilegalmente en la citada Resolución.

2. DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN.

Como tenemos ampliamente demostrado, con la notificación de cargos a Mutual La Primera, nació el derecho de obtener una Resolución sobre las defensas y descargos presentados, a la par de la consolidación del deber de la ASFI de pronunciar Resolución resolviendo esas defensas y descargos.

Al declararse que "no corresponde a esta Autoridad de Supervisión el pronunciamiento de la excepción planteada ni los descargos presentados por la MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO "LA PRIMERA", se han desconocido los derechos de Mutual La Primera al debido proceso, a la defensa y el derecho de petición, y, consiguientemente, se ha negado ilegalmente la consideración de los descargos y de la excepción de prescripción.

Ese ilegal rechazo es completamente contrario al criterio sostenido por esa ASFI en casos anteriores. Concretamente nos referimos al Procedimiento Administrativo Sancionador que se inició, como en el presente caso, con la notificación de cargos a Mutual La Primera y en el cual se pronunció la Resolución ASFI/240/2011, por la que se declaró la prescripción de las infracciones administrativas que dieron lugar a dicho procedimiento.

El presente procedimiento tiene los mismos presupuestos y, por tanto, debió considerarse y pronunciarse sobre la prescripción planteada, aún más si no se efectuó motivación alguna que sustente la separación del criterio seguido por esa ASFI en actuaciones precedentes. Al no haberse considerado la excepción de prescripción, se ha negado una vez más nuestro derecho de defensa.

CONCLUSIÓN Y PETICION (sic)

En mérito a los fundamentos expuestos, solicitamos a su autoridad se digne REVOCAR

totalmente la Resolución ASFI/No. 477/2012 de 21 de septiembre de 2012, y, en consecuencia declarar la prescripción de las infracciones administrativas contenidas en la notificación de cargos. Para el caso de no declararse la prescripción, pedimos a Ud. considerar los descargos presentados y desestimar la imposición de cualquier sanción...”

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 576/2012 DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 576/2012 de 5 de noviembre de 2012 y en Recurso de Revocatoria interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, se confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de 21 de septiembre de 2012, con los siguientes fundamentos:

“...CONSIDERANDO:

Que, el Principio de Sometimiento Pleno a la Ley y el Alcance Jurídico de la Notificación de Cargos fueron expuestos por la instancia jerárquica a través de la Resolución SG SIREFI RJ 04/2005 de 13 de enero de 2005, el cual señala:

“La Ley de Procedimiento Administrativo, en su Artículo 4º, literal c) señala que: “la actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso”. Es decir, que la Ley otorga facultades a los órganos de la Administración Pública para velar por la correcta aplicación de los procedimientos administrativos establecidos con la finalidad de evitar actos que, a futuro, puedan derivar en lesiones a los derechos de los administrados.

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

Por otra parte, en cuando a la notificación de cargos, propiamente dicha, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 017/2004 de 11 de octubre de 2004, manifiesta:

“La notificación de cargos es el acto jurídico – administrativo por medio del cual se pone en conocimiento de una persona natural o jurídica las imputaciones o infracciones presuntamente cometidas por ésta...”.

*“En ese entendido, la formulación o notificación de cargos, al derivar en una Resolución Administrativa, debe encontrarse acorde al **principio de congruencia** que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo, en este caso, guardar estrecha*

relación los hechos imputados y la resolución final" (el subrayado es nuestro).

Que, los Principios Fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen normas rectoras en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios del Derecho Administrativo.

Que, se evidencia, en el presente proceso sancionatorio, que la notificación de cargos se la realizó a la Mutual La Primera, como persona jurídica y no como debió ser, a la persona del Gerente General, como responsable del envío de información.

Que, uno de los deberes fundamentales de la administración pública, radica en cuidar que todo procedimiento administrativo se ajuste al marco de la Ley, velando por que el mismo se desarrolle sin vicios que invaliden el acto administrativo, situación que ASFI advirtió al momento de considerar el Recurso de Revocatoria ya que la notificación de cargos estaba dirigida a la entidad financiera como persona jurídica, cuando debía ser dirigida al responsable directo del control de la información, que en este caso correspondía al Gerente General, de acuerdo al Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 4 del Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, conforme a la Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005 y la Resolución SB N° 200/2005 de 30 de diciembre de 2005, que dice: "El control de la información registrada en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás funcionarios, en cuanto a su seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad, es responsabilidad del **Gerente General**. El incumplimiento de esta responsabilidad, dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras".

Que, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 14/2005 de 08 de abril de 2005, referida al Principio de Trascendencia, establece que la procedencia de la declaración de anulabilidad dará lugar, cuando exista un defecto de forma o cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin. En este sentido, en resguardo al debido proceso y velando por un acto jurídico sin vicios de procedimiento, la Autoridad de Supervisión, de oficio, anuló la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, instruyendo, en sus considerandos, emitir nueva notificación de cargos al Gerente General de la Mutual La Primera, en aplicación del artículo 55 del Decreto Supremo N° 27113, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado de 23 de julio de 2003, que dice: "...La autoridad administrativa, para evitar nulidades de actos administrativos definitivos o actos equivalentes, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento, dispondrá la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo o adoptará las medidas más convenientes para corregir los defectos u omisiones observadas".

CONSIDERANDO:

Que, dentro memorial de Recurso de Revocatoria de fecha 12 de octubre de 2012, presentado por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La

Primera", ésta entidad financiera pide dejar sin efecto la ejecución de la Resolución ASFI N° 477/2012, de 21 de septiembre de 2012, conforme a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo. Dicha disposición a la letra dice: "La Administración no iniciará ninguna ejecución que limite los derechos de los particulares sin que previamente haya concluido el correspondiente procedimiento legal mediante resolución con el debido fundamento jurídico".

Que, la Dirección de Supervisión de Riesgos II, en cumplimiento de la Resolución ASFI N° 477/2012 de 21 de septiembre de 2012, inicio un nuevo procedimiento sancionatorio, esta vez a la persona del Gerente General de la Mutual La Primera, notificando la nueva Nota de Cargos ASFI/DSR II/R-126460/2012 de 4 de octubre de 2012, otorgándole un plazo de siete (7) días hábiles administrativos, en cumplimiento al Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Que, en fecha 24 de octubre, la Mutual La Primera mediante memorial, presenta los descargos correspondientes al procedimiento sancionador, manifestándose sobre el incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios y pidiendo se declare la prescripción de las presuntas infracciones. Asimismo, se desestime la imposición de cualquier sanción administrativa, así como dejen sin efectos los cargos establecidos en la carta ASFI/DSR II/R-126460/2012 de 4 de octubre de 2012.

Que, el artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, dispone que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada, mucho menos deje sin efecto algún acto administrativo. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio, ésta Autoridad de Supervisión podrá, a pedido de parte o de oficio suspender la ejecución del acto, mientras se agote la vía administrativa.

Que, considerando la normativa señalada up supra y la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004, esta autoridad considera que el respeto al Debido Proceso, instituido en el artículo 115, parágrafo II de la Constitución Política del Estado Plurinacional y el inciso c) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo es un principio fundamental. En este sentido, ésta Autoridad considera prudente, suspender la ejecución de la Resolución ASFI N° 477/2012 de 21 de septiembre de 2012, hasta que se agote la vía administrativa, a fin de brindar al recurrente un debido proceso, que en materia administrativa implica la potestad inviolable de todo individuo a ser parte en un procedimiento administrativo y ejercite el derecho pleno a su defensa, suspendiendo en consecuencia el proceso sancionatorio iniciado en la Nota de Cargo ASFI/DSR II/R-126460/2012 de 4 de octubre de 2012 (...)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades

Financieras" dispone en el párrafo I que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva. Asimismo, el artículo 49 del citado Decreto Supremo N° 27175, dispone que en el plazo veinte días hábiles administrativos el Órgano de Supervisión deberá sustanciar el recurso y dictar resolución.

Que, la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), regula las actividades de intermediación financiera con el propósito de precautelar el orden financiero y promover un sistema financiero sólido, confiable y competitivo.

Que, por disposición del artículo 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), se establece como atribuciones de la Superintendencia de Bancos, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el de imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

Que, concordante con el párrafo anterior, el artículo 99 de la citada norma establece que cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas: "...2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo (...) 5. Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor. (...). Estas sanciones serán aplicadas a la entidad, quien deberá repetir contra la persona sancionada".

Que, el artículo 102 de la referida Ley, establece: "Las multas establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La Sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse" (El subrayado es nuestro).

Que, el tratamiento de las nulidades en materia administrativa se encuentra previsto en el Capítulo V del Libro Segundo de la Ley del Procedimiento Administrativo. En este contexto normativo, se tiene causales para la nulidad de pleno derecho y por otro lado, causales para la anulabilidad señaladas en el artículo 36. En este sentido, la doctrina reconoce la nulidad y anulabilidad como categorías jurídicas que, en derecho administrativo constituyen una especie de sanción para aquellos actos que no puedan integrarse al bloque de legalidad que regula la actividad administrativa, por encontrarse viciados de conformidad a las causales o situaciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Que, el artículo 37 de la citada Ley, señala que los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca, observando los límites y

modalidades señalados por disposición legal aplicable, debiendo salvar los derechos subjetivos o intereses legítimos que la convalidación o saneamiento pudiese generar.

Que, el artículo 55 del Decreto Supremo N° 27113, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado de 23 de julio de 2003, dice: "... Será procedente la revocación de un acto anulable por vicios de procedimiento, únicamente cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione el interés público. La autoridad administrativa, para evitar nulidades de actos administrativos definitivos o actos equivalentes, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento dispondrá la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo...". (El subrayado es nuestro).

Que el Decreto Supremo N° 22203, Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, en su artículo 3, dentro de las funciones establecidas para este Órgano de Supervisión establece: "Interpretar en el ámbito administrativo, los alcances de las disposiciones legales y administrativas que rigen a las entidades a su cargo".

CONSIDERANDO:

Que, es necesario establecer que la presente Resolución no esta (sic) valorando los temas de fondo, que corresponden al presunto incumplimiento por parte de la Mutual La Primera al "Reglamento para el Registro de Directores (...) y demás funcionarios", contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, ni tampoco la prescripción alegada por Institución Financiera, en razón a que los mismos serán analizados y resueltos en el proceso sancionatorio correspondiente.

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R-140428/2012 de 30 de octubre de 2012, ha concluido señalando que de la revisión del expediente administrativo, se puede advertir que en la Resolución ASFI No. 477/2012 de 21 de septiembre de 2012 al anular la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, rectifica y subsana procedimiento con el objeto de que el mismo se desarrolle en un marco de legalidad sin vicios de procedimiento, por lo que recomienda confirmar totalmente la citada Resolución. Por otra parte, recomienda suspender la ejecución del procedimiento sancionatorio iniciado por la Dirección de Supervisión de Riesgos II, en atención al Principio del Debido Proceso, a fin de que el recurrente ejercite el derecho pleno a su defensa, hasta agotar la vía administrativa..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 23 de noviembre de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 576/2012 de 5 de noviembre de 2012, expresando los agravios siguientes:

"...2.- VIOLACIÓN DE LAS NORMAS QUE DETERMINAN QUE LA ADMINISTRACIÓN

PÚBLICA DEBE AJUSTAR TODAS SU ACTUACIONES Y SUS RESOLUCIONES DEFINITIVAS A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SU DECRETO REGLAMENTARIO.

Las normas procesales en general y consiguientemente las que regulan el procedimiento administrativo, su cumplimiento y observancia, constituyen una garantía para el ejercicio del derecho de defensa de los administrados y de los sujetos regulados, a cuyo **fin la Administración Pública debe adecuar sus actuaciones a las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo (arts. 1, y 2 de (sic) la ley 2341 y 2 del D.S. No. 27175) y regir sus actos con pleno sometimiento a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso**, en virtud del principio de sometimiento a la ley establecido en el art. 4 inc. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo, sujeción a la ley que tiene por finalidad evitar la arbitrariedad de la actividad de los órganos administrativos y que, desde luego, excluye su discrecionalidad desde el inicio hasta la conclusión del procedimiento.

Las normas señaladas encuentran su desarrollo en la Ley de Procedimiento Administrativo y en el D.S. 27175, normas que de manera expresa regulan cada una de las etapas del procedimiento administrativo sancionador, y las formas, contenido y objeto de la Resolución Final a las que debe adecuar su actuación la Administración Pública, en el caso la ASFI, pues conforme lo dispone el art. 52 de la Ley No. 2341 "Los procedimientos administrativos **deberá necesariamente** concluir con la emisión de una resolución administrativa **que declare la aceptación o rechazo total o parcial de la pretensión**", disposición concordante con los arts. 84 de dicha Ley y 68 del D.S. 27175 que disponen que Vencido el término de prueba, el Director de la ASFI, dictará **resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción administrativa**".

Las normas transcritas no permiten ni autorizan que el desarrollo del procedimiento administrativo y su conclusión dependan de la discrecionalidad administrativa, sino que para su valides imprescindiblemente deben adecuarse a las formas y contenido previstos por ley. Y esas formas y contenido, tratándose de la Resolución Sancionadora, final o conclusiva del procedimiento sancionador, debe circunscribirse a "la aceptación o rechazo total o parcial de la pretensión (defensas y descargos) imponiendo o desestimando la imposición de la sanción", Cualquier otra forma conclusiva del procedimiento, como la nulidad declarada por su autoridad, por ser contraria y violatoria de las disposiciones señaladas, carecen de validez y eficacia jurídica y se encuentran sancionadas con nulidad absoluta.

En efecto, la Resolución ASFI No. 576/2012 Confirmatoria de la Resolución ASFI/No. 477/2012, lejos de valorar la prueba y fundamentos contra los cargos establecidos, imponiendo o desestimando la imposición de la sanción, su autoridad motu proprio y al margen de las normas citadas decidió anular el procedimiento, negando expresamente la consideración de las defensas y descargos presentados por **Mutual La Primera** y, lo ha hecho sin sujetarse a las normas citadas, desconociendo que sus actuaciones se encuentran sujetas a la ley "ha creado" una nueva forma de Resolución final o definitiva no establecida por la ley, y siendo así, la Resolución recurrida es ilegal, carente de valides y nula por contraria a las leyes a las que su autoridad debió adecuar su actuación.

3.- LAS CAUSAS DE NULIDAD SÓLO SON LAS ESTABLECIDAS EN LA LEY Y LA RESOLUCION RECURRIDA, VIOLA LA GARANTIA Y EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

En virtud del principio de sometimiento pleno a la ley, las autoridades administrativas encuentran precisamente en la ley los límites de sus competencias, de tal manera que no tienen facultades ni potestades para realizar actuaciones administrativas por encima ni al margen de la ley, menos para crear y declarar causales nulidad y anulabilidad, creando además nuevas formas de Resolución del procedimiento

Ahora bien, con relación al régimen de las nulidades absolutas o relativas (anulabilidad), es principio del derecho procesal aplicable al procedimiento administrativo, que no existe nulidad si no se encuentra expresamente establecida por ley (Principio de especificidad), y tratándose de las nulidades relativas o anulabilidad de los actos del procedimiento solo procede en caso de causarse indefensión (principio de trascendencia) y que el acto anulable no hubiese sido consentido (principio de convalidación). Ninguno de esos principios se dio en el presente procedimiento sancionador.

Así tenemos, con relación al principio de especificidad, el o los hechos invocados en las Resoluciones pronunciadas por su Autoridad, no constituyen causales de nulidad ni de anulabilidad del procedimiento. Con relación al principio de trascendencia, no se nos causó indefensión (Lo que si causan indefensión son las Resoluciones ASFI 477 y 576/2012). Finalmente, no existiendo en el procedimiento causas de anulabilidades no corresponden invocarse el principio de convalidación.

Consiguientemente en la Resolución ASFI No. 576/2012 se han desconocido esos principios que se encuentran expresamente reconocidos en los arts. 35, 36 y 37 de la Ley 2341, entre los cuales **no se encuentra como causal de anulabilidad de la notificación de cargos y por tanto del procedimiento sancionador los motivos señalados en dicha Resolución** y, siendo así, su autoridad además de crear una causa de anulabilidad no prevista por la ley, lo ha hecho al margen de las normas que regulan el procedimiento administrativo sancionador, violando por otra parte y como se verá luego las garantías al debido proceso, entre ellas el derecho de petición, de defensa y a obtener una resolución sobre las defensas de fondo, o sea sobre la prescripción y descargos que **Mutual La Primera** presentó.

La notificación de cargos da lugar al nacimiento del derecho a la defensa, operativiza el derecho de petición da vigencia al derecho de obtener una resolución final sobre el fondo de las pretensiones, es decir, la presentación de defensas, descargos, alegaciones y prueba tienen por objeto obtener una Resolución en el fondo y no para que se las considere, por no corresponder procesalmente, como causa y fundamento de inexistentes anulabilidades de los actos del procedimiento.

No existiendo causas que determinen la nulidad ni la anulabilidad de los actos del procedimiento realizados en el presente caso, y no siendo causa de anulabilidad las defensas y descargos que se presentaron y peor aún el hecho de haberse notificado a **Mutual La Primera** con los cargos establecidos en la carta ASFI/DSR II/R-98745/2012

se concluye que **la resolución recurrida ha sido dictada en contra y al margen de las normas que regulan el procedimiento sancionador**, no sólo por no por no sujetarse a la legalidad al haberse apartado de las normas que regulan el trámite y conclusión del procedimiento sancionador, sino también al crear sin competencia "Nuevas Causas de nulidad y/o anulabilidad", desconociéndose el derecho al debido proceso en sus vertientes correspondientes a los Derechos de Defensa, Petición y a obtener una Resolución Final sobre el fondo.

4.- AL HABERSE DESARROLLADO EL PROCEDIMIENTO CONFORME A LAS NORMAS QUE LO REGULAN, NO EXISTEN CAUSAS DE ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CUMPLIDOS.

4.1. No existiendo infracciones a las normas de procedimiento la nulidad declarada es ilegal.

Conforme lo determinan los arts. 80 al 84 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordantes con los arts. 65 al 68 del D.S. 27175, el Procedimiento Sancionador comprende cuatro etapas claramente diferenciadas, cuyo contenido y finalidad también difieren, así se desprende inequívocamente de la lectura de tales artículos, a saber:

1. *Diligencias preliminares, a cargo de los funcionarios designados para el efecto por la autoridad administrativa competente. (En el presente caso el área de Supervisión de Riesgos II de la ASFI)*
2. *Etapas de iniciación, con la notificación de los cargos imputados, (cargos establecidos por los funcionarios encargados de las diligencias preliminares).*
3. *Etapas de tramitación, para la presentación de descargos, pruebas y alegaciones.*
4. *Etapas de terminación, con la resolución que imponga o desestime la sanción administrativa.*

Cada una de esas etapas tienen por objeto organizar y garantizar el desenvolvimiento del procedimiento sancionador, de tal manera y por efectos del principio de preclusión procesal, el procedimiento no puede retrotraerse a etapas cumplidas y, con mayor razón, si cada una de esas etapas ha sido realizada conforme al procedimiento.

En el presente procedimiento sancionador, ya se trate de las diligencias preliminares o de las etapas de iniciación y tramitación, no ha existido ninguna infracción a las normas que regulan dichos actos. Consiguientemente al "Anular la notificación de cargos y consiguientemente todo el procedimiento sancionador", se lo ha hecho en contravención y violación del art. 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo que expresamente dispone que los actos administrativos serán anulables cuando incurran en infracción del ordenamiento jurídico, previsión normativa que no se presenta en el presente procedimiento.

No existiendo infracciones al ordenamiento jurídico que regula el procedimiento sancionador, no existe causal de anulabilidad y, siendo así, la Resolución ASFI/No. 576/2012 al crear una causa de anulabilidad, lo ha hecho en violación del art. 36 de la Ley de procedimiento Administrativo, lo que determina la ilegalidad de dicha Resolución

4.2. Violación de las normas aplicables a la etapa de conclusión del procedimiento y la Resolución final.

Por otra parte y en virtud del principio de legalidad y del debido proceso, el procedimiento administrativo se desarrolla con sujeción a las normas que lo regulan y, ese desarrollo o desenvolvimiento de cada una de sus etapas es posible en virtud de la preclusión procesal, cuya proyección eminentemente procesal surte sus efectos con relación a todos los sujetos del procedimiento: órgano de la administración y administrados. A la clausura de una etapa procesal que impide que se retrotraiga el procedimiento a las etapas cumplidas, simultáneamente se abre la siguiente etapa a cuya regulación normativa quedan sometidos la autoridad y las partes.

En el presente procedimiento, como señalan, se cumplieron las etapas de diligencias preliminares, notificación de cargos y el trámite de presentación de defensas, pruebas y descargos, (Etapas precluidas), por lo que habiéndose abierto la etapa conclusiva su autoridad tenía el deber de pronunciar Resolución en una de las formas establecidas en los arts. 84 de la Ley 2341 y 68 del D.S. 27175, valorando la prueba e imponiendo o desestimando la imposición de la sanción administrativa. Al no haberse pronunciado la Resolución Sancionadora o final del procedimiento en una de las formas indicadas, disponiéndose la ilegal nulidad denunciada, se lo ha hecho en violación de los principios y disposiciones legales señaladas.

5.- LOS CARGOS SE ESTABLECEN EN LA ETAPA DE DILIGENCIAS PRELIMINARES Y NO EN LA RESOLUCIÓN FINAL.

Cada una de las etapas del procedimiento sancionador tiene características, contenido y finalidades propias, de manera tal que las actuaciones correspondientes a cada etapa no pueden ser sustituidas, asumidas ni realizadas en otras etapas, pues lo contrario importaría desconocer, como se ha desconocido en las Resoluciones dictadas por su autoridad, las disposiciones legales que las regulan y a las que se encuentran sujetas las actuaciones de la administración pública.

En ese sentido, si en la etapa preliminar no es legalmente posible ni admisible dictarse Resolución imponiendo sanciones, en la etapa de terminación del procedimiento, osea (sic) en la Resolución final, tampoco es legalmente posible ni admisible que se establezcan nuevos cargos, como se lo ha hecho en la Resolución contra la que interponemos el presente recurso de revocatoria.

Ciertamente y más allá que la determinación de nuevos cargos e imputación de éstos en la Resolución No. ASFI/477/2012 y la Resolución Confirmatoria ASFI No. 576/2012, importa prejuizgamiento y compromete la imparcialidad de su autoridad, se

lo ha hecho en violación de los arts. 81 y 84 de la Ley de Procedimiento Administrativo y arts. 65 y 68 del D.S. 27175 que de manera expresa disponen, por una parte, que quienes **deben organizar las actuaciones preliminares**, identificando a las personas individuales o colectivas presuntamente responsables, **son los funcionarios determinados expresamente para el efecto por la autoridad administrativa competente**, y por otra, que la Resolución final sólo puede recaer sobre la imposición o la desestimación de la sanción administrativa.

Como ha quedado acreditado, la Resolución final del procedimiento sancionador no sustituye la etapa de diligencias preliminares, no puede establecer nuevos cargos ni imputar a otras personas supuestas infracciones, pues la competencia de la autoridad administrativa queda sujeta a los límites establecidos por la ley, es decir, pronunciando Resolución cuyo contenido y objeto es de imponer o desestimar la imposición de sanciones, no teniendo facultades, prerrogativas ni potestades para pronunciarse sobre otras cuestiones que las relacionadas a las sanciones.

Consiguientemente, la Resolución recurrida ha sido pronunciada violándose también las normas que han sido señaladas, resultando ilegal la declaratoria de nulidad fundada en los motivos invocados en la Resolución recurrida.

6.- DE LOS EFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS: DERECHO DEL SUJETO NOTIFICADO PARA QUE SE DICTE RESOLUCIÓN SOBRE SUS DEFENSAS Y DESCARGOS Y EL CORRELATIVO DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE PRONUNCIAR RESOLUCIÓN FINAL SOBRE LAS DEFENSAS PRESENTADAS.

Como es de conocimiento de su autoridad, la defensa en cualquier tipo de proceso o procedimiento no sólo que se encuentra reconocida como un derecho inviolable, sino que además el Estado Garantiza su ejercicio, conforme lo establecen los arts. 115 y 119 de la Constitución Política del Estado. El derecho de defensa, no solo comprende el ejercicio de los actos que correspondan realizarse en cada proceso, ya se trate de la proposición y producción de prueba, presentación de alegatos, descargos y justificativos, sino que comprende además y principalmente el derecho para que la autoridad competente pronuncie Resolución Final, considerando en ésta las defensas presentadas.

Derecho a la sentencia en los procesos de la jurisdicción ordinaria, y derecho a la emisión de un acto administrativo o Resolución Final tratándose de un procedimiento administrativo.

Ese derecho no se extingue sino cuando se pronuncia la Resolución Final y cuando esta es dictada conforme al ordenamiento jurídico, de lo que se desprende que la Resolución Final en cualquier tipo de proceso y procedimiento, necesariamente debe recaer sobre el fondo de las pretensiones deducidas en el proceso (Arts. 52 y 84 de la Ley 2341) Se trata, pues, de una garantía que se hace efectiva cuando la administración pública sujeta sus actuaciones a la ley, y de un derecho que hace parte imprescindible del Debido Proceso y es consecuencia inmediata del Derecho de Petición consagrado en el art. 24 de la Constitución Política del Estado y

expresamente establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo, (incs. a), c) e) y h) del art. 16 y 84 de la Ley 2341; 15, 29, 67 y 68 del D.S. 27175)

Así tenemos que conforme al art. 16 de la Ley de Procedimiento Administrativo, las personas colectivas y naturales tienen los siguientes derechos: **“a) A formular peticiones ante la Administración Pública... H) OBTENER UNA RESPUESTA FUNDADA Y MOTIVADA A LAS PETICIONES Y SOLICITUDES QUE FORMULEN”**, disposiciones concordantes con el art. 14 del D.S. No. 27175 que dispone: **Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá solicitar la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legitimados se vean afectados por una resolución administrativa...”**.

En el caso del procedimiento sancionador, el derecho a obtener una Resolución Final sobre los descargos, prueba, alegaciones y defensas presentadas, nace con la sola notificación de cargos, y ese derecho a una Resolución sobre el fondo, no queda satisfecho y, por el contrario, resulta desconocido y violado cuando, como ha sucedido con la Resolución ASFI/576/2012, confirmatoria de Resolución Final del procedimiento sancionador ASFI No. 477/2012, en la que lejos de pronunciarse sobre las defensas presentadas se lo ha hecho, sobre inexistentes causas de nulidad y anulabilidad.

Frente al derecho (desconocido y violado) de Mutual La Primera a obtener una Resolución sobre las defensas y descargos presentados, se encuentra también el deber incumplido y violado en la resolución impugnada, por el cual la ASFI tenía que haber pronunciado una Resolución cuyos fundamentos y contenido debieron necesariamente recaer sobre los descargos y defensas presentadas. Al no haberse circunscrito la Resolución ASFI/477/2012 a la consideración de aspectos de fondo, se lo ha hecho en violación de las disposiciones que debieron observarse a tiempo de dictarse dicha Resolución.

En efecto, de acuerdo al art. 17 de la Ley de Procedimiento Administrativo **“La Administración Pública está obligada a dictar Resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera sea su forma de iniciación”**, y conforme a los arts. 51 y 52 de dicha Ley **“El procedimiento administrativo terminará por medio de una resolución.... Los procedimientos Administrativos, deberán necesariamente concluir con la emisión de una Resolución administrativa que declare la aceptación o rechazo total o parcial de la pretensión del administrado. Demás está señalar que las normas transcritas concuerdan inequívocamente con el art. 84 de la Ley 2341 y 68 del D.S. 27175, que como tenemos demostrado, han sido violadas en la Resolución impugnada, al no haberse valorado los descargos y defensas, en virtud de los cuales su autoridad sólo tenía competencia para imponer o desestimar la imposición de sanciones.**

Por lo expuesto en el presente punto, demostrado está que se han violado las disposiciones constitucionales que integran el debido proceso, como resultan ser las relacionadas a la legalidad, el derecho de defensa, el derecho de petición y el

derecho a obtener una resolución fundada y pronunciada en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo y el D.S. 27175, lo que determinan que la inexistencia de los requisitos de valides de la Resoluciones ASFI 477 Y (sic) 576/2012.

7.- SOBRE LA LOGICA (sic) ARGUMENTATIVA DE LA RESOLUCION (sic) RECURRIDA.

La lógica que sustenta la motivación de la Resolución ASFI No. 576/2012, al igual que la Resolución ASFI No. 477/2012, se resume en el hecho que “corresponde la nulidad del procedimiento sancionador, si luego de su tramitación y en vista de los descargos presentados por el notificado, se determina que los cargos debieron ser notificados a otra persona”.

Como se advertirá, con esa lógica (desde luego contraria a la ley) los procesos administrativos sancionadores no concluirían a través de la Resolución Final, estimativa o desestimativa de la sanción, pues en los casos en que no corresponda la sanción se declararía la nulidad “porque los cargos debería haberse establecido y notificado a otra u otras personas”.

Así, reiteramos en la lógica argumentativa asumida por su autoridad, los procedimientos sancionadores nunca llegarían a su fin, serían procedimientos nuevos e ilegales, destinados no ha resolver los derechos y pretensiones de los administrados, sino que su objeto sería “establecer su nulidad en mérito a defensas de fondo y establecer nuevos cargos e imputarlos a nuevas personas”, y cuando éstas presenten sus defensas que prueben que no corresponde la imposición de sanciones, nuevamente se anularía el procedimiento, estableciéndose otros presuntos infractores y cuando estos presente sus defensas.... seguramente se volvería a anular el procedimiento, hasta que finalmente “se sancione a alguna persona de la cadena de notificados”.

El criterio adoptado por su autoridad, es contrario a la ley, porque esa forma de Resolución, no sólo en lo que se refiere a la nulidad o anulación es contraria al contenido que debe contener las Resolución final del procedimiento sancionador, sino también porque en esa Resolución no está permitido que se establezcan cargos o infracciones y se impute a presuntos responsables

A lo anterior, se suma que la forma de Resolución contra la que interponen el presente recurso y la motivación que la sustenta, además de violar otros derechos que hemos señalado inherentes al debido proceso, sólo generaría incertidumbre e inseguridad jurídica, pues no resuelve el fondo, los derechos ni la pretensión debatidas en el proceso y, siendo así, en la cadena de nulidades e imputaciones de cargos en una Resolución final del procedimiento, los sujetos que fueron notificados con cargos (primero, segundo, tercero, etc.) por efectos de la nulidad no se encuentra exentos de poder nuevamente ser notificados por las misma presuntas infracciones, pues la nulidad ni la anulabilidad del procedimiento y de la notificación de cargos pueden adquirir la calidad de resolución definitiva con los efectos de la cosa juzgada.

Para evitar ese caos previsible y la inseguridad jurídica, toda actuación administrativa

se encuentra sujeta a la Constitución Política y a las leyes, las que reiteramos no le facultan a su autoridad establecer normas del procedimiento, causas de nulidad ni apartarse de la forma y contenido que deben cumplir los actos administrativos para tener valides y eficacia, en el caso, del contenido de la Resolución final del procedimiento sancionador.

La motivación de la Resolución que recurrimos, es contraria y violatoria de las normas constitucionales y legales que hemos señalado, resultando de ello su falta de valides y su nulidad absoluta.

8.- OTROS FUNDAMENTOS SOBRE LA MOTIVACIÓN ILEGAL DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA.

8.1. Incorrecta interpretación y aplicación de las Resoluciones del SIREFI.

Las Resoluciones del SIREFI citadas en la Resolución ASFI/No. 576/2012, tienen antecedentes de hecho y de derecho completamente distintos a los que se resolvieron en el presente procedimiento, y por tanto han sido aplicados incorrectamente o bien no han sido aplicadas conforme a sus fundamentos.

Sobre la Resolución SG SIREFI RJ 04/2005.

El primer párrafo transcrito, referido al principio de sometimiento pleno a la ley, no ha sido observado por su autoridad, pues de haber sido así debió declarar la Revocatoria de la Resolución ASFI/477/2012, conforme tenemos demostrado en los fundamentos precedentes.

Sobre la Resolución SIREFI RJ 017/2004.

El principio de **congruencia** al que se refiere dicha Resolución, ha sido precisamente desconocido en las Resoluciones ASFI/ No. 477/2012 y ASFI/ No. 576/201, y pese a que en la Resolución objeto del presente recurso se resalta la frase “debiendo en este caso, guardar estrecha relación los hechos imputados v la resolución final”, no se interpreta correctamente ni se aplica el razonamiento contenido en el precedente administrativo citado, pues resulta obvio que “el hecho imputado no fue la nulidad”, lo que por sí demuestra la inexistencia de congruencia, a lo que se suma que el hecho imputado estuvo dado por los cargos (Infracciones) notificados por lo que la Resolución final del procedimiento debió pronunciarse sobre los descargos y no por la ilegal nulidad, que no guarda ninguna correspondencia con los hechos imputados.

Demás está agregar que las Resoluciones citadas del SIREFI, no se refieren ni prevén que la Resolución Final del Procedimiento Sancionador, cuyo contenido y objeto se encuentran establecidos en los arts (sic) 84 de la Ley 2341 y 68 del D.S. 27175 (a los que nos hemos referido reiteradamente), pueda recaer sobre nulidades (inexistentes legalmente), lo que no sólo sería contrario a dichas disposiciones, sino a principios universales del proceso, pues la Resolución final de todo proceso no tiene por finalidad declarar nulidades sino resolver las pretensiones que dieron lugar a su inicio y

desenvolvimiento.

8.2. Incorrecta aplicación del art. 55 del D.S. 27113.

El Decreto Supremo de referencia, conforme lo disponen sus arts. 1 y 2 únicamente se aplica al Poder Ejecutivo, en tanto que los Sistemas de Regulación Sectorial (entre ellos la ASFI) deben aplicar los reglamentos promulgados para cada uno de estos sistemas, en el caso el D.S. 27175. Ninguno de los Decretos Supremos se remite al otro para su aplicación supletoria ni por analogía, por lo que el D.S. No. 27113 Reglamenta las actuaciones administrativas del Poder Ejecutivo, en tanto que la ASFI debe someter sus actos a la Reglamentación contenida en el D.S. 27175.

Sin embargo la nulidad declarada y confirmada por su autoridad en las Resoluciones dictadas en el presente procedimiento sancionador, no pueden ni se encuentran en el contexto del inaplicable art. 55 del D.S. 27113 porque:

Primero.- El requisito establecido por dicha norma no es otro que la existencia de vicios del procedimiento" El hecho y los motivos invocados por su autoridad en la resolución contra que interponemos el presente recurso, no constituyen "vicios del procedimiento". Segundo. La condición de la anulabilidad se encuentra dada porque el vicio ocasione indefensión o lesione el interés público. En el presente procedimiento se no se causó indefensión a Mutual La Primera (hasta antes de pronunciarse la Resolución No. 477/2012) y los argumentos de la declaratoria de nulidad no son ni lesionan el interés público.

Consiguientemente, la cita de la indicada disposición resulta incorrecta por inaplicable en autos y por cuanto que los presupuestos previstos en ella no se han dado en el presente procedimiento administrativo.

9.- DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN Y CONTRADICCIÓN (sic) A PRECEDENTES DE LA ASFI.

Como tenemos ampliamente demostrado, con la notificación de cargos a Mutual La Primera, nació el derecho de obtener una Resolución sobre las defensas y descargos presentados, a la par de la consolidación del deber de la ASFI de pronunciar Resolución resolviendo esas defensas y descargos.

Al negarse la consideración y resolución de la solicitud de prescripción, se han desconocido también los derechos de Mutual La Primera al debido proceso, a la defensa, el derecho de petición, y el derecho de obtener una resolución fundada y, consiguientemente.

Ese ilegal rechazo es completamente contrario al criterio sostenido por esa ASFI en casos anteriores. Concretamente nos referimos al Procedimiento Administrativo Sancionador que se inició, como en el presente caso, con la notificación de cargos a Mutual La Primera y en el cual se pronunció la Resolución ASFI /No. 240/2011 (sic, debió decir 240/2012) por la que se declaró la prescripción de las infracciones

administrativas que dieron lugar a dicho procedimiento.

El presente procedimiento tiene los mismos presupuestos y, por tanto, debió considerarse y pronunciarse sobre la prescripción planteada, aún más si no se efectuó motivación alguna que sustente la separación del criterio seguido por esa ASFI en actuaciones precedentes, en contravención de lo dispuesto por el art. 30 inc. c) de la Ley 2341. Al no haberse considerado la prescripción planteada, se ha negado una vez más el derecho de defensa de Mutual La Primera.

CONCLUSIÓN Y PETICIÓN.

En mérito a los fundamentos expuesto y encontrándose el presente Recurso Jerárquico interpuesto en el plazo de ley, pedimos a Ud. remitir todos los antecedentes ante el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a quien solicitamos respetuosamente se digne dictar Resolución disponiendo la reposición de obrados con la anulación del procedimiento hasta la Resolución ASFI/No. 477/2012, conforme al art. 44 del DS. No. 27175..."

7. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Por nota ASFI/DAJ/R-16136/2013 de 31 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presentó la documentación complementaria que le fuera solicitada en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 013/2103 de 23 de enero de 2013, consistente en el memorial de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, sobre prescripción y presentación de descargos, de 7 de septiembre de 2012 (conforme ha sido relacionado en el numeral 2 supra).

Asimismo, mediante nota ASFI/DAJ/R-22537/2013 de 15 de febrero de 2013, el Ente Regulador, conforme le fuera conminado por la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2103 de 13 de febrero de 2013, presentó la nota de 16 de abril de 2012, por la que el señor Rubén Gómez Pereira eleva, por ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, "**Denuncia por incumplimiento a codificación**", y por la que solicita:

"...disponga un proceso de investigación exhaustivo e imparcial en Oficinas de Mutual La Primera, donde la mencionada Institución exhiba la documentación que respalde la codificación asignada tal como indica la norma, y se aplique la normativa referente al título X, capítulo VIII, sección 3, artículo 4° (Responsabilidad), en caso de ser demostrada mi denuncia de incumplimiento a procedimiento de codificación, ya que en el artículo 3° de la sección 3 indica claramente "La entidad llevara (sic) el control y registro de la siguiente documentación que sustente la codificación asignada, la cual deberá estar a disposición de la ASFI, para efectos de control y supervisión".

Por último, solicito se me informe formalmente sobre lo solicitado, ya que mi persona se vio afectada por la codificación (sic) asignada, no pudiendo trabajar en ninguna Institución Financiera hasta fecha (sic), contando con 20 años de experiencia de trabajo en el Sistema Financiero..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota de fecha 16 de abril de 2012, el señor Rubén Gómez Pereira presenta denuncia ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, respecto a los siguientes extremos:

*“...1° Según nota **ASFI/R-127544/2011**, de fecha 28/11/2012 se me informa que mi persona se encuentra codificada en el Sistema de Registro de Funcionarios con el código 106 que corresponde a “Renuncia o retiro forzoso por contravenciones graves a normas internas o disposiciones legales, por imprudencia o negligencia culposa, sin daño económico”, (fotocopia adjunta).*

*2° De acuerdo a nota **ASFI/R-32073/2012** de fecha 16 de marzo de 2012, en la cual me informan que el reclamo efectuado en contra de Mutual La Primera respecto a incumplimiento a orden judicial fue respondido con nota **G.G 719/2012 A.L. 315/2012** de fecha 07 de marzo de 2012. (Fotocopias adjuntas).*

*Al respecto los puntos 1 y 2 Mutual La Primera hace mención a que todos los antecedentes relacionados con mi retiro y **codificación** como prueba a favor de la misma se encuentra radicando en el Juzgado Segundo de Trabajo y Seguridad Social debido a que en la actualidad se mantiene un proceso laboral en contra de la misma por reincorporación; vale decir que lo que se indica en el capítulo VIII, sección 3, artículo 3° “carta firmada por el Gerente General, adjuntando un informe que contenga las decisiones adoptadas y las conclusiones y recomendaciones del auditor interno, respecto al establecimiento de responsabilidades, cuantificación del daño económico, si correspondiese, así como las medidas a ser adoptadas para corregir dicha situación, y su contabilización”, es lo que aseguran haber presentado al Juzgado Segundo de Trabajo y Seguridad Social, lo cual es falso, ya que nada de lo que indica específicamente la norma respecto a lo citado anteriormente existe en el expediente.*

En fecha 27/02/2012 Mutual La Primera me hace entrega de tres fotocopias legalizadas según ellos en cumplimiento a orden judicial a través de nota ASFI/DAJ/R-133315/2011 de fecha 27/12/2011 (fotocopia adjunta). Dos de las tres fotocopias referentes a informes de dos funcionarios de Mutual dirigidas, una a Gerencia General

y la otra de un funcionario a otro, sobre supuestos hechos ocurridos; y la tercera fotocopia el memorándum de despido. Lo que lejano y remotamente se asemeja a un proceso interno y mucho menos al sustento de codificación como indica la norma.

3° De acuerdo a nota **ASFI/DAJ/R-40657/2012**, punto 5, se me informa que el cumplimiento o incumplimiento de una entidad de intermediación financiera referente al Título X, capítulo VIII, Sección 3, artículo 3, se determina en un proceso de diligencias preliminares, iniciadas después de una supervisión a la entidad o **denuncia de la persona afectada por la contravención**. (Fotocopia adjunta).

En el punto 6, se me informa que Mutual La Primera de acuerdo al historial de bajas de ex funcionarios en el Sistema de Registro que **ASFI** administra, me codifico (sic) en fecha **17/05/2010**, incumpliendo la normativa referente al título X, capítulo VIII, sección 1 (Aspectos Generales), artículos 2° y sección 3 (Inhabilitaciones - Suspensiones y reportes de Baja), artículo 1°, donde indica que "las inhabilitaciones, suspensiones y bajas deberán ser remitidas al momento de producirse el hecho", siendo mi destitución en fecha 12/01/2010, es decir 4 meses después.

En el mismo punto me indican que no existen antecedentes en el archivo central de la ASFI, sobre la documentación de respaldo que sustente mi codificación, lo que equivale a decir que Mutual La Primera nunca mando (sic) a esa Autoridad absolutamente ningún documento que acredite lo mencionado..."

Dicha denuncia dio lugar, a la imputación del cargo que consta en la nota ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012; sin embargo, en la sustanciación del proceso sancionatorio y a tiempo de su resolución (Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012), la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó "Anular la Notificación de Cargos ASFI/DSR II-98745/2012 de 13 de agosto de 2012", por cuanto:

"...los cargos fueron notificados a la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA"** y no al Gerente General de la entidad como persona natural afectada, quien es presunto responsable por el cumplimiento de la normativa antes señalada y consecuentemente previo proceso la correspondencia o no de la sanción personal evidenciándose defectos de forma en la mencionada Notificación de Cargos..."

Tal decisión trasciende a la actualidad, por cuanto hace a la controversia presente.

La Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012 fue impugnada en principio, mediante Recurso de Revocatoria en fecha 12 de octubre de 2012, por parte de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, resolviéndose dicha impugnación mediante Resolución Administrativa ASFI No. 576/2012 de 5 de noviembre de 2012 (que confirma a la anterior), y al presente mediante Recurso Jerárquico de 23 de noviembre de 2012, que pasa a evaluarse y resolverse a continuación.

2. SOBRE LA ACUSADA ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 477/2012.-

De la revisión del Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, se evidencia que sus alegatos, están referidos a dos pretensiones concretas: la primera, que se disponga "la reposición de obrados con la anulación del procedimiento hasta la Resolución ASFI/No. 477/2012, conforme al art. 44 del DS. No. 27175", y la otra, la consideración y resolución de la solicitud de prescripción de la infracción (que se considera en el numeral 3 infra).

Respecto a la primera, la recurrente fundamenta que:

"...Las normas transcritas no permiten ni autorizan que el desarrollo del procedimiento administrativo y su conclusión dependan de la discrecionalidad administrativa, sino que para su validez imprescindiblemente deben adecuarse a las formas y contenido previstos por ley. Y esas formas y contenido, tratándose de la Resolución Sancionadora, final o conclusiva del procedimiento sancionador, debe circunscribirse a "la aceptación o rechazo total o parcial de la pretensión (defensas y descargos) imponiendo o desestimando la imposición de la sanción", Cualquier otra forma conclusiva del procedimiento, como la nulidad declarada por su autoridad, por ser contraria y violatoria de las disposiciones señaladas, carecen de validez y eficacia jurídica y se encuentran sancionadas con nulidad absoluta.

*En efecto, la Resolución ASFI No. 576/2012 Confirmatoria de la Resolución ASFI/No. 477/2012, lejos de valorar la prueba y fundamentos contra los cargos establecidos, imponiendo o desestimando la imposición de la sanción, su autoridad motu proprio y al margen de las normas citadas decidió anular el procedimiento, negando expresamente la consideración de las defensas y descargos presentados por **Mutual La Primera** y, lo ha hecho sin sujetarse a las normas citadas, desconociendo que sus actuaciones se encuentran sujetas a la ley "ha creado" una nueva forma de Resolución final o definitiva no establecida por la ley, y siendo así, la Resolución recurrida es ilegal, carente de valides y nula por contraria a las leyes a las que su autoridad debió adecuar su actuación..."*

El argumento supra transcrito resulta en el eje lineal del recurso que se analiza, toda vez que la mayor parte de los restantes fundamentos que lo componen (referente a que la Administración debe ajustar todas su actuaciones a la norma y que la resolución recurrida viola el debido proceso, al no existir causas para la aplicación de la anulabilidad, y por lo tanto la nulidad declarada es ilegal, existiendo violación de las normas aplicables a la conclusión y resolución final; que los cargos no se establecen en la resolución final, y final ente referente al derecho del sujeto para que se resuelvan sus pretensiones y descargos y el deber de la Administración de pronunciar resolución), constituyen la serie de alegatos que la recurrente quiere hacer valer en su intención legítima, de que se repongan los obrados, con la anulación del procedimiento hasta la Resolución ASFI/No. 477/2012.

No obstante, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, ha justificado su decisión de "Anular la Notificación de Cargos ASFI/DSR II-98745/2012 de 13 de agosto de 2012", bajo los siguientes fundamentos:

“...Que, de la revisión de la normativa pertinente, se evidencia que en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 4 del Reglamento para el Registro de Directores, Ejecutivos y Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, conforme la Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005 y la Resolución SB N° 200/2005 de 30 de diciembre de 2005, determina que el Gerente General es el responsable del control de la información registrada en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios.

Que, en concordancia con el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, artículo 29, del Reglamento de Sanciones Administrativas, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, impone multas personales a los funcionarios responsables en la inconsistencia o inexactitud en la información y reportes presentados a esta Autoridad de Supervisión, aspecto que conlleva la necesidad de notificar cargos al Gerente General de la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “LA PRIMERA”** por los incumplimientos antes señalados, en el entendido que son sanciones administrativas que deben ser notificadas, para que tenga derecho a la legítima defensa, en conformidad con la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, artículo 33 que señala: “La Administración Pública **notificará a los interesados todas las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.**” y en consideración a lo dispuesto por la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), que señala en el artículo 109 que: “El Superintendente, antes de la aplicación de una sanción, deberá notificar el cargo correspondiente a la institución **o presunto infractor** otorgándole un plazo no menor de dos (2) ni mayor de siete (7) días para efectuar su descargo o explicación pertinente...”

Sobre el particular, y en concreto, referente a la aplicación al caso del artículo 55° del Decreto Supremo N° 27113, la recurrente ha señalado:

“...El Decreto Supremo de referencia, conforme lo disponen sus arts. 1 y 2 únicamente se aplica al Poder Ejecutivo, en tanto que los Sistemas de Regulación Sectorial (entre ellos la ASFI) deben aplicar los reglamentos promulgados para cada uno de estos sistemas, en el caso el D.S. 27175. Ninguno de los Decretos Supremos se remite al otro para su aplicación supletoria ni por analogía, por lo que el D.S. No. 27113 Reglamenta las actuaciones administrativas del Poder Ejecutivo, en tanto que la ASFI debe someter sus actos a la Reglamentación contenida en el D.S. 27175.

Sin embargo la nulidad declarada y confirmada por su autoridad en las Resoluciones dictadas en el presente procedimiento sancionador, no pueden ni se encuentran en el contexto del inaplicable art. 55 del D.S. 27113 porque:

Primero.- El requisito establecido por dicha norma no es otro que la existencia de vicios del procedimiento” El hecho y los motivos invocados por su autoridad en la resolución contra que interponemos el presente recurso, no constituyen “vicios del procedimiento”. Segundo. La condición de la anulabilidad se encuentra dada porque el vicio ocasione indefensión o lesione el interés público. En el presente procedimiento se no se causó indefensión a Mutual La Primera (hasta antes de pronunciarse la Resolución No. 477/2012) y los argumentos de la declaratoria de

nulidad no son ni lesionan el interés público..."

Por lo que, y conforme ya sentó precedente, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 012/2013 de 7 de marzo de 2013, debe dejarse constancia que, si bien el artículo 2º, párrafo II, del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo), establece que "Los sistemas de Regulación:... Financiera – SIREFI..., aplicarán sus reglamentos promulgados para cada uno de estos sistemas, en observancia de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo", no es menos cierto que, contrariamente a lo señalado por la recurrente, **la Disposición Adicional Segunda del Reglamento a la Ley N° 2341** (aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, aquel cuya aplicación tacha la recurrente de ilegal) determina clara e inequívocamente que: "el presente Reglamento constituye la norma Jurídica marco para la Administración Pública. Los Sistemas de Regulación, SIRESE, SIREFI y SIRENARE, **y otros que se crearen conforme a ley, a falta de disposición expresa, lo aplicarán por vía supletoria**".

Asimismo, conforme se ha transcrito arriba, la Autoridad recurrida ha resuelto anular la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012, por cuanto "los cargos fueron notificados a la MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA" y no al Gerente General de la entidad como persona natural afectada, quien es presunto responsable por el cumplimiento de la normativa antes señalada" (Resolución Administrativa ASFI/N° 477/2012), circunstancia que desde luego y más allá de importar una infracción al elemental criterio de justicia, evita un proceso a seguir contra el Gerente General de la entidad recurrente, sin que con respecto al mismo se hubieran observado los procedimientos previstos por los artículos 65º y 66º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo (aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003), entonces en infracción al debido proceso, justificando plenamente la anulación dispuesta, por cuanto de la manera establecida por la Nota de Cargos, se ha generado la indefensión al Administrado, en este caso, **el Gerente General** de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"** quien, **como persona natural y dada su situación funcional**, también se encuentra incluida dentro del campo de acción de la Autoridad de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Asimismo, la cita última señalada de la Resolución Administrativa ASFI/N° 477/2012, resulta en una declaración liberatoria de la responsabilidad sancionable que a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"** pudo haberse atribuido por la conducta infringida, dado que al señalar no haberse dirigido "al Gerente General de la entidad como persona natural afectada, quien es presunto responsable por el cumplimiento de la normativa antes señalada" en lugar de a la misma, se constituye en la base de la anulación dispuesta, por lo que se extraña que, no causando agravio alguno a la entidad recurrente la determinación del Ente Regulador, sea la misma la que resulte impugnarla y no así sobre quien se dirige una eventual notificación de cargos: su Gerente General, entendido como persona natural entonces en inobservancia de los artículos 56º, párrafo I, de la Ley N° 2341 (dice: "a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio") y 37º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (dice: "afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos o intereses legítimos"), en ambos quedando sujeto al criterio de la recurrente,

agravios de los que no existe evidencia alguna con respecto a la misma en la resolución recurrida (conforme lo señalado).

En definitiva, teniendo en cuenta que era la pretensión de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, “se desestimen y dejen sin efecto los cargos establecidos”, conforme sale del memorial de descargos de 7 de septiembre de 2012, resulta concluyente el que el estado actual del proceso refleja haberse atendido favorablemente tal solicitud, lo que no importa se esté sujetando el proceso actual a un trámite separado o distinto, o que el mismo no vaya a merecer una resolución definitiva, toda vez que de la forma que ha dispuesto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tales extremos habrán de producirse en función de que se decida imputar cargos, o se decida desestimarlos.

Es pertinente advertir a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que en el estado actual del proceso y en el tratamiento que vaya a imponer al trámite, debe estar sujeto al principio de presunción de inocencia y a la naturaleza investigativa de las diligencias preliminares, lo que obliga a evitar cualquier criterio que pretenda desde ya concluir en responsabilidades no establecidas.

Por su parte, debe tener presente la recurrente, que ni la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, ni la Resolución Administrativa ASFI N° 576/2012 de fecha 5 de noviembre de 2012, han impuesto cargo alguno, por cuanto más bien, la primera viene a disponer se emita una nueva notificación de cargos, es decir, se dé inicio al procedimiento como corresponda, en el que deberá considerarse la pertinencia o no de tal imputación por parte de la autoridad competente para ello.

Siendo preocupación de la recurrente, que:

“...En virtud del principio de sometimiento pleno a la ley, las autoridades administrativas encuentran precisamente en la ley los límites de sus competencias, de tal manera que no tienen facultades ni potestades para realizar actuaciones administrativas por encima ni al margen de la ley, menos para crear y declarar causales nulidad y anulabilidad, creando además nuevas formas de Resolución del procedimiento...”

Resulta pertinente traer a colación el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF-URJ N° 030/2010 de 26 de noviembre de 2010, transcrita, en lo que interesa, a continuación:

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

fundamentales de los sujetos procesales.

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

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

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

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

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

En este sentido, además, es pertinente traer a colación el precedente dado sobre el tema en la ya citada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 012/2013 de 7 de marzo de 2013, que ha establecido que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero cuenta con la facultad de determinar la anulación de obrados.

Por consiguiente y en definitiva, el Ente Regulador tiene la facultad de pronunciarse y decidir una nulidad relativa de obrados como lo ha hecho en la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, que ha determinado:

“...la Autoridad recurrida ha resuelto la nulidad (relativa) de obrados, por cuanto la notificación del cargo “se realizó a la entidad como persona jurídica”, circunstancia que desde luego y más allá de importar una infracción al elemental criterio de justicia, determina que de la forma que sale (...) se esté sancionando al Gerente General de la entidad recurrente, sin que con respecto al mismo se hubieran observado los procedimientos previstos por los artículos 65° y 66° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo (aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175

de 15 de septiembre de 2003), entonces en infracción al debido proceso, justificando plenamente la nulidad relativa dispuesta, por cuanto de esta manera, se ha generado la indefensión al Administrado, (...)

Por consiguiente y en definitiva, el Ente Regulador tiene la facultad de pronunciarse y decidir una nulidad relativa de..."

3. ACERCA DE LA PRESCRIPCIÓN.-

El Recurso Jerárquico señala también:

"...Al negarse la consideración y resolución de la solicitud de prescripción, se han desconocido también los derechos de Mutual La Primera al debido proceso, a la defensa, el derecho de petición, y el derecho de obtener una resolución fundada y, consiguientemente.

Ese ilegal rechazo es completamente contrario al criterio sostenido por esa ASFI en casos anteriores. Concretamente nos referimos al Procedimiento Administrativo Sancionador que se inició, como en el presente caso, con la notificación de cargos a Mutual La Primera y en el cual se pronunció la Resolución ASFI /No. 240/2011 por la que se declaró la prescripción de las infracciones administrativas que dieron lugar a dicho procedimiento..."

Ello tiene que ver con lo señalado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012:

*"... no corresponde a esta Autoridad de Supervisión el pronunciamiento sobre la prescripción planteada ni los descargos presentados por la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA"**, considerando que el responsable de los presuntos incumplimientos al Reglamento para el Registro de Directores, Ejecutivos y Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, es el Gerente General de la entidad..."*

Y ello a su vez, constituye la respuesta a lo señalado en el memorial de presentación de descargos de 7 de septiembre de 2012, por el que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"** ha expresado:

*"...desde la fecha del retiro del empleado Rubén Gómez Pereira. y (sic) aun sumándose el mes para incorporarse la información correspondiente a "otros funcionarios" según el numeral 3 del art. 1, sección 2 del indicado Reglamento, **han transcurrido más de dos años y, siendo así, las presuntas infracciones consignadas en la carta de notificación de cargos ASFI/DSRII/R-98745 de 13 de agosto de 2012, SE ENCUENTRAN PRESCRITAS.***

Toda vez que **la prescripción de las presuntas infracciones conlleva también la pérdida de las potestades sancionadoras de la ASFI**, ya para seguir con el procedimiento sancionador, efectuar análisis y valoraciones de infracciones

*prescritas, ya para imponer o desestimar sanciones administrativas, pedimos a su autoridad **declarar la prescripción de las presuntas infracciones o incumplimientos que dieron lugar a los cargos y, consiguientemente, dar por concluido el procedimiento sancionador**, iniciado según carta ASFI/DSR11/R-98745/2012...*"

Es pertinente dejar sentado que, la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 576/2012 de fecha 5 de noviembre de 2012, ha expresado que no ingresa a valorar ni a resolver la prescripción alegada, restringiendo como único elemento susceptible de consideración el del "responsable de los presuntos incumplimientos al Reglamento para el Registro de Directores, Ejecutivos y Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, es el Gerente General de la entidad" (Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012).

Es decir, el Ente Regulador se inhibe de considerar y resolver la prescripción opuesta, por cuanto a su criterio, quien la interpone (la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**) no es quien eventualmente podría formar parte del proceso sancionador correspondiente, entonces, carecería de legitimidad para oponerla.

Por pertinente, se rescata lo que señala Rafael Martínez Morales (en *Diccionarios Jurídicos Temáticos*) sobre la prescripción, para quien:

"...Esta figura tiene aplicación en el derecho administrativo a propósito del acto cuya extinción se da por medios excepcionales; por ejemplo en materia fiscal.

Consideramos que la imprescriptibilidad no es atributo del acto administrativo: debe fijarla expresamente la ley. En caso de que el texto legal sea omiso respecto a la prescripción, se estará a la supletoriedad del derecho común."

En este último sentido, dado que en la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) la referencia hacia tal figura en cuanto a las infracciones, resulta lacónica al encontrarse instituida en un sólo artículo, el que a la letra dice:

"...Artículo 79.- (Prescripción de Infracciones y Sanciones). Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años..."

Entonces, bien como concepción del derecho general, se puede decir que:

"...Artículo 1499.- (Quienes pueden valerse de la prescripción). La prescripción puede oponerse o invocarse por... cualesquiera otros interesados en ella, cuando la parte a quien favorece no la hace valer o ha renunciado a ella..." (Código Civil).

Ahora, si la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"** es o no interesada en la ocurrencia de la prescripción por ella alegada, es un tema que debe, precisamente, ser decidido a tiempo de su sustanciación.

Trayendo a colación para el caso de autos, tenemos que de la revisión del expediente, se cuentan con los siguientes antecedentes:

- Mediante nota ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero imputó con cargos **a la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, con referencia a los extremos que allí se señalan (y que han sido oportunamente relacionados supra).
- Mediante memorial presentado en fecha 7 de septiembre de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA” (no pudo ser otra persona, natural o jurídica, por cuanto a esa fecha, la imputación se encontraba firme y subsistente contra ella)**, a tiempo de acreditar sus descargos, plantea la prescripción de las infracciones que importan los cargos.
- La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012 -también supra relacionada- y toda vez que por la misma anulaba la nota de cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 (por cuanto “los cargos fueron notificados a la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “LA PRIMERA”** y no al Gerente General de la entidad como persona natural afectada”), determina al tiempo que, por lo mismo, “no corresponde a esta Autoridad de Supervisión el pronunciamiento sobre la prescripción planteada ni los descargos presentados por la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “LA PRIMERA”**”.

De ello se conoce que, si bien al presente ha quedado establecido que el proceso sancionador a instancia de la nota ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, no debió ser dirigido contra la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, determinando no sea la misma parte del eventual proceso, empero ello se determinó recién en fecha 21 de septiembre de 2012, en oportunidad de la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012, cuando la prescripción alegada había sido interpuesta en data anterior, el 7 de septiembre de 2012, cuando al no existir por ese entonces, nulidad alguna de obrados y, por tanto, al resultar que era la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** la que se encontraba imputada con los cargos, determina que **la prescripción se encontraba oportunamente interpuesta y por quien, en ese momento, era legítimamente parte del proceso.**

Por tanto, correspondía su sustanciación y resolución conforme a derecho, por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; lo contrario importa infracción al derecho de petición, dispuesto por los artículos 24° (“*Toda persona tiene derecho... a la obtención de respuesta formal y pronta...*”) de la Constitución Política del Estado, y 16°, inciso ‘h’ (“*...las personas tienen los siguientes derechos:... h) A obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen;...*”), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

Empero además, el extremo adquiere trascendencia, dado que, el efecto primordial de la prescripción es el de extinguir la persecución emergente de la de la comisión de una infracción, entonces en posibilidad jurídica, su existencia determinaría resultar innecesaria la promoción del eventual procedimiento sancionador al que se refieren las Resoluciones Administrativas ASFI N° 576/2012 de fecha 5 de noviembre de 2012 y ASFI N° 477/2012 de

fecha 21 de septiembre de 2012, esto, por aplicación del principio de economía al que se refiere el artículo 4º, inciso k), de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Por lo precedentemente desarrollado, respecto a la segunda pretensión del Recurso Jerárquico interpuesto sobre "*la consideración y resolución de la solicitud de prescripción*", corresponde que la misma sea pertinentemente atendida y resuelta por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

SINCHI WAYRA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 590/2012 DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°018/2013 DE 16 DE ABRIL DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 018/2013

La Paz, 16 de Abril de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 590/2012 de 9 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 483/2012 de 24 de septiembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 016/2013 de fecha 15 de marzo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 046/2013 de fecha 01 de abril de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 3 de diciembre de 2012, **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada por los señores María de las Mercedes Carranza Aguayo y Luis Felipe Hartmann Luzio, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI

Nº 590/2012 de 9 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI Nº 483/2012 de 24 de septiembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-159462/2012 con fecha de recepción 6 de diciembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 590/2012 de 9 de noviembre de 2012.

Que, por providencia de 6 de diciembre de 2012, se intima a la recurrente a acreditar "su personería como la de sus representantes legales".

Que, en cumplimiento a ello, mediante memorial de fecha 14 de diciembre de 2012, **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** acredita su personería como la de sus representantes (testimonio de poder Nº 491/2012, otorgado en fecha 12 de junio de 2012 por ante la Notaría de Fe Pública Nº 048 de Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. María Renée Paz Córdova).

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 17 de diciembre de 2012, notificado en fecha 18 de diciembre de 2012, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 590/2012 de 9 de noviembre de 2012.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-2676/2013, recibida en fecha 8 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presentó la documentación complementaria que le fuera solicitada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 092/2012 de 27 de diciembre de 2012; asimismo, mediante nota ASFI/DAJ/R-17029/2013 de fecha 1º de febrero de 2013, presentó la información complementaria que le fuera requerida por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 012/2013 de 23 de enero de 2013.

Que, en fecha 26 de febrero de 2013, se desarrolló la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme fuera solicitada por **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 7 de febrero de 2013.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA SW.262/2012 DE 1º DE MARZO DE 2012.-

Mediante nota SW.262/2012, con fecha de recepción 1º de marzo de 2012, la empresa **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó reclamo en contra del Banco Unión S.A. ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, conforme la transcripción siguiente:

"...Por intermedio de la presente, informamos a usted que se han realizado débitos ilegales de nuestra cuenta corriente que, para fines impositivos, tenemos abierta en el Banco Unión S.A. en atención a la Resolución Ministerial 196 de 19 de julio de 2010; informamos además que hemos realizado el reclamo correspondiente ante el Banco

Unión S.A., habiendo obtenido una respuesta poco oportuna y que no es satisfactoria ni resarcitoria a los daños que se han ocasionado a la empresa. Por este motivo, de la manera más atenta solicitamos sus buenos oficios y decisiva intervención para reexaminar y aclarar los hechos, reparar el daño y evitar futuros actos similares en relación a débitos ilegales.

En este sentido, a continuación se expone y pide respetuosamente:

En fecha 20 de enero de 2012, se presentó un reclamo por débitos indebidos, presentado a través del PR (Punto de Reclamo), en cumplimiento del procedimiento establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras emitido por ASFI. Dichos débitos, fueron realizados en una cuenta corriente que Sinchi Wayra S.A., mantiene a su nombre, en el Banco Unión S.A. (BUN) en cumplimiento de la Resolución Ministerial 196 de 19 de julio de 2010, para realizar el pago de sus obligaciones fiscales.

Posteriormente, en fecha 7 de febrero de 2012, se realizó un nuevo reclamo por la no atención del reclamo señalado precedentemente, en el plazo establecido en el Reglamento de PR.

En fecha 17 de febrero, luego de insistentes reclamos escritos y verbales, se recibió en Sinchi Wayra S.A., la respuesta al Reclamo citado, en la que de manera tardía, el BUN informa superficialmente, sobre aspectos generales de las operaciones fraudulentas observadas, sin entrar a mayores detalles, lo que denota que a pesar de la demora en la contestación citada, el caso, no se ha abordado con la precisión y seriedad que demanda.

La respuesta emitida, no satisface el reclamo formulado, ya que, a pesar de haberse solicitado un informe preciso respecto al origen y modus operandi para obtener los débitos ilegales mencionados y la devolución inmediata de los recursos debitados indebidamente por extraños a esta empresa y (sic), el BUN se limitó a señalar que estas operaciones ilegales podrían haber sido realizadas a través de un "Phishing", desde diferentes IPS que no son de propiedad de esta empresa, usando la clave de un funcionario de la misma, pero sin entrar a explicar en qué consistió tal figura, con lo que está aceptando su responsabilidad, en sentido que su sistema informático, padece de gran vulnerabilidad y por tanto, tiene grandes fallas de seguridad y que los débitos fraudulentos no fueron realizados desde Sinchi Wayra S.A. Sin embargo, no ha procedido a devolver los recursos a las cuentas de Sinchi Wayra S.A. causándole perjuicios económicos a la fecha.

Por todo lo anterior, en uso del legítimo derecho de petición que asiste a Sinchi Wayra S.A., acudimos a usted, para solicitar de manera muy respetuosa, que en cumplimiento de la Sección 5 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras reexamine el reclamo mencionado y la respuesta emitida por el Banco Unión S.A., mediante una auditoría completa al sistema informático de UNINET del BUN, sea con todas las formalidades legales y en cumplimiento de procedimientos establecidos.

Asimismo solicitamos pueda instruir realizar el seguimiento a los recurso transferidos ilícitamente a cuentas mantenidas por terceros en otras entidades reguladas, conforme a lo informado oficialmente por el Banco Unión S.A.

De igual manera y, siendo que se estableció claramente que se han cometido actos delictivos, debido a la inseguridad del sistema informático del ente regulado (BUN) y que este, además ha respondido incumpliendo plazos legales establecidos, infringiendo normativa aplicable al efecto, solicitamos que se pueda proceder con la imposición de sanciones por la falta de diligencia con que el Banco Unión SA. ha atendido el presente caso..."

2. NOTA ASFI/DDC/R-106722/2012 DE 28 DE AGOSTO DE 2012.-

Mediante nota ASFI/DDC/R-106722/2012 de 28 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió respuesta al reclamo presentado por **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** en su nota SW 262/2012 1° de marzo de 2012, conforme a la transcripción que sigue a continuación:

"...la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) solicitó la remisión de informes de auditoría interna al Banco Unión S.A., con la finalidad de realizar una valoración objetiva del reclamo de referencia cuyos resultados se exponen a continuación:

- *Se determinó que se realizaron nueve (9) transacciones por el monto de Bs69.600,00 (Sesenta y Nueve Mil Seiscientos 00/100 Bolivianos) cada una, que suman un total de Bs626.400,00.- (Seiscientos Veintiséis Mil Cuatrocientos 00/100 Bolivianos) y las mismas habrían sido realizadas a través del servicio de Banca por Internet (UNINET) utilizando el usuario del Sr. Arturo Antonio Zalles Balanza, quien pertenecería al personal ejecutivo de la empresa Sinchy (sic) Wayra S.A.*
- *Las Direcciones IP desde las que se iniciaron las mencionadas transacciones tuvieron su origen en las ciudades de La Paz-Bolivia, Juárez, Monterrey y Distrito Federal de México.*
- *Las transacciones se realizaron entre el 10 y 19 de enero de 2012, con destino a cuentas del Banco Ganadero S.A. y Banco Mercantil Santa Cruz S.A. a nombre de los señores: Hugo Yvis Miranda Encinas, Omar Gustavo Apaza Mamani, Jesús Diego Salazar Cruz, Mayck Romel Quilca Cruz, Jhon Alcides González Mercado y Felipe Richard Tola Mamani.*
- *El Banco Unión S.A. procedió en fecha 28 de octubre de 2011 a publicar una advertencia al ingresar al servicio UNINET que señala que: **"Nuestra entidad nunca solicita contraseñas, números de tarjeta de crédito o de cualquier información personal por correo electrónico, por teléfono o mensaje de texto"**. Asimismo reforzó esta medida, a través de una publicación en el periódico de circulación nacional "El Deber" comunicando a sus clientes y público en general lo siguiente: **"Recordamos a nuestros clientes y público en general, que a través de correos electrónicos y otros medios de internet, ciertos delincuentes están intentando obtener información confidencial de algunos clientes, utilizando la identidad del Banco Unión S.A. con fines fraudulentos."***

- En fecha 23 de febrero de 2011 a través de la carta FIN-027-2011, recibida por el Banco Unión el 01 de marzo de 2011, Sinchy (sic) Wayra S.A. solicitó la habilitación a UNINET para los servicios de consulta de saldos, pago de impuestos, traspasos entre cuentas y transferencias a otros Bancos, para las cuentas corrientes en moneda nacional, dentro los usuarios solicitados se encontraba el señor Arturo Antonio Zalles Balanza.
- Cabe señalar que es responsabilidad de los clientes el manejo y reserva del PIN o clave secreta, una vez proporcionado por la Entidad Financiera.
- El límite (sic) diario establecido en el formulario de solicitud de servicio "UNINET" para Arturo Antonio Zalles Balanza de fecha 16 de marzo de 2011 era de \$us. 10.000,00 (Diez Mil 00/100 Dólares Americanos), posteriormente Sinchy (sic) Wayra S.A. mediante carta FIN-19709-2011 **recepcionada por el Banco Unión en fecha 27 de septiembre de 2011 solicitó que se amplie por \$us. 2.000,00 (Dos Mil 00/100 Dólares Americanos).** Las nueve (9) transacciones realizadas cada una de la cuenta N° 1-0000005423524 de Sinchy (sic) Wayra S.A. fue de Bs69.600,00 (Sesenta y Nueve Mil Seiscientos 00/100 Bolivianos) no excediendo por lo tanto el límite diario de transacción que se tenía autorizado.
- La Empresa Sinchy (sic) Wayra S.A. habría sido víctima de "Phishing", término informático que denomina un tipo de delito encuadrado dentro del ámbito de las estafas cibernéticas, y que se comete mediante el uso de un tipo de ingeniería social caracterizado por intentar adquirir información confidencial de forma fraudulenta por parte de terceras personas.

Por lo anteriormente expuesto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) dentro de las atribuciones administrativas conferidas por Ley, ante las evidencias materiales existentes, establece que las transferencias de fondos realizadas entre el 10 y 19 de enero de 2012 a través de la Banca por Internet, se habrían realizado correctamente utilizando el código de usuario, clave de acceso operacional, requisitos indispensables para la realización de este tipo de operaciones, siendo el titular el único responsable para el manejo y custodia de las mismas.

Finalmente, le informamos que el Órgano de Supervisión iniciará un proceso sancionatorio contra el Banco Unión S.A. por posibles contravenciones al Capítulo I del Reglamento de Atención a Reclamos de Usuarios y Clientes, contenidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 483/2012 DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Toda vez que por nota SW 1147/2012 de fecha 10 de septiembre de 2012, **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** solicitó se eleve a Resolución Administrativa la nota ASFI/DDC/R-106722 de 28 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 483/2012 de 24 de septiembre de 2012, mediante la cual resolvió:

"...ÚNICO.- Elevar a rango de Resolución Administrativa la carta ASFI/DDC/R-106722/2012 de 28 de agosto de 2012..."

Los argumentos expuestos en dicha Resolución Administrativa, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, el Informe Técnico Legal ASFI/DDC/R-117210/2012 de 18 de septiembre de 2012, emitido por la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero, concluye señalando que:

a) Las transferencias de fondos efectuadas entre el 10 y 19 de enero de 2012 a través de la Banca por Internet, se habrían realizado utilizando el código de usuario, clave de acceso operacional, del Sr. Arturo Antonio Zalles Balanza, quien pertenecería al personal ejecutivo de la empresa Sinchy (sic) Wayra S.A., requisitos indispensables para la realización de este tipo de operaciones, **siendo el titular el único responsable para el manejo y custodia de las mismas.**

b) Las transacciones realizadas entre el 10 y 19 de enero de 2012, tienen como beneficiarios a diversas personas naturales con cuentas en Bancos locales, datos que se exponen en el siguiente cuadro:

Nº	Fecha	Banco	Nº de Cuenta	Nombre
1	10/01/2012	Banco Mercantil Santa Cruz S.A.	4027716756	Hugo Yvis Miranda Encinas
2	11/01/2012	Banco Mercantil Santa Cruz S.A.	4017733289	Omar Gustavo Apaza Mamani
3	12/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051308166	Jesús Diego Salazar
4	13/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051308166	Jesús Diego Salazar
5	16/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051308166	Jesús Diego Salazar
6	17/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051307198	Mayck Romel Quilca Cruz
7	18/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051308178	John Alcides Gonzales Mercado
8	18/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2052308266	Felipe Richard Tola Mamani
9	18/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051307198	Mayck Romel Quilca Cruz

c) Las Direcciones IP desde las que se iniciaron las mencionadas transacciones tuvieron su origen en las ciudades de La Paz-Bolivia, Juárez, Monterrey y Distrito Federal de México, datos que se exponen en el siguiente cuadro:

Nº	Fecha	Banco	Nº de Cuenta	Nombre
1	10/01/2012	Banco Mercantil Santa Cruz S.A.	4027716756	Hugo Yvis Miranda Encinas
2	11/01/2012	Banco Mercantil Santa Cruz S.A.	4017733289	Omar Gustavo Apaza Mamani
3	12/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051308166	Jesús Diego Salazar
4	13/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051308166	Jesús Diego Salazar
5	16/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051308166	Jesús Diego Salazar
6	17/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051307198	Mayck Romel Quilca Cruz
7	18/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051308178	John Alcides Gonzales Mercado
8	18/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2052308266	Felipe Richard Tola Mamani
9	18/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051307198	Mayck Romel Quilca Cruz

c) Es procedente consignar el acto administrativo contenido en la carta ASFI/DDC/R-106722/ 2012 de 28 de agosto de 2012 en una Resolución Administrativa, conforme a lo establecido en el Parágrafo II, artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 que reglamenta la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 – Ley de Procedimiento Administrativo...”

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 11 de octubre de 2012, **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 483/2012 de 24 de septiembre de 2012, bajo los siguientes argumentos:

“...2.3. Fundamentos de la impugnación en Revocatoria.

La ASFI, señala que la responsabilidad emergente del Phishing realizado contra la empresa que representamos, es absoluta responsabilidad de la empresa Sinchi Wayra, debido a que según dan a entender, hubiera existido cierto nivel de falta de diligencia en el manejo y custodia de las claves, sin demostrar este extremo.

Este razonamiento resulta incongruente con la razón del presente Reclamo, debido a que el mismo fue formulado por la falta de satisfacción respecto a la ligera y poco fundamentada respuesta emitida por el Banco Unión S.A., por ello es que se recurrió ante el órgano supervisor, en cumplimiento de la normativa reglamentaria aplicable, con el fin de lograr que se realice una investigación seria y consistente respecto del tema.

Lamentablemente el análisis de dicho estudio es confuso, porque conforme refiere la misma Resolución en la página 2, cuando menciona el Informe/ASFI/DDC/R-99158/2012, primero establece una responsabilidad para Sinchi Wayra S.A. y en especial adjudica la misma a uno de sus ejecutivos, pero por otra parte refiere que se recomienda la iniciación de un proceso sancionatorio contra el Banco Unión, por contravenciones a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y a la normativa interna propia de la entidad, sin referir precisamente cual es la causa de dicha sanción.

Posteriormente conforme refiere el Informe/ASFI/DDC/R-117210/2012, citado en la misma Resolución, concluye de igual manera sosteniendo que el manejo y custodia de claves es absoluta responsabilidad del ejecutivo de la empresa, y que las transferencias tuvieron como destino cuentas personales en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en dos casos y el Banco Ganadero S.A., para otros siete casos. Señala asimismo que las direcciones IP desde las que se realizaron las transacciones una de ellas está en la ciudad de La Paz - Bolivia y las restantes fueron desde las ciudades de Juárez, Monterrey y Distrito Federal de México respectivamente.

Una vez más se tiene que el estudio realizado por la ASFI no refleja la verdad material con la realidad de los hechos. En síntesis, en todas sus actuaciones, se limita simplemente a realizar una defensa acérrima del Banco Unión, siendo que en esencia el reclamo fue formulado, debido a que las transacciones fueron indebidas y en las mismas no participó nuestro ejecutivo, conforme se detalló en las sendas notas remitidas tanto al Banco como a la ASFI. Es así como, se manifestó de manera reiterada, que las transferencias fueron irregulares, debido a que en el sistema de la empresa no existía la creación de las partidas de pago correspondientes a esas transferencias y los beneficiarios del dinero no son proveedores de la empresa conforme se puede evidenciar en nuestro sistema, más aún si se toma en consideración que la referida cuenta fue abierta solo para la realización de transacciones con el Estado Boliviano, como ser pago de impuestos de todo tipo, regalías mineras y pago por provisión de combustibles a YPFB.

Con base en esos antecedentes y por todo lo referido, se pidió a la ASFI, realizar una auditoría de fiabilidad del sistema del Banco Unión S.A., con el fin de establecer las escasas normas de seguridad que este tenía en ese momento, debido a que en Sinchi Wayra, se tiene certeza plena que no existió posibilidad de un error o dolo humano de nuestro ejecutivo, porque los filtros, controles y tamices, son precisos para evitar este tipo de hechos, muy al margen que en un estricto ámbito de confianza, el manejo de la cuenta siempre fue pulcro y diáfano; pero a mayor abundamiento, se debe precisar que el Lic. Arturo Antonio Zalles Balanza, en gran parte de los días en que ocurrieron los hechos, se encontraba de viaje en operaciones mineras y con acceso a internet únicamente a partir del IP de Sinchi Wayra.

Es preciso mencionar que en fecha 27 de septiembre de 2011, luego de una serie de reclamos telefónicos, vía email y reuniones sostenidas con personeros del Banco Unión, la empresa formaliza la queja que el manejo de la cuenta necesariamente debe darse mediante dos personas autorizadas conforme a los poderes para el manejo de cuentas; su Autoridad puede evidenciar que la cuenta está abierta para manejo conjunto, pero el sistema UNINET, permitió el manejo de manera individual a pesar de ser esta situación de conocimiento del Banco. No es permisible que el Banco Unión a sabiendas de esta situación, mantenga el criterio que su sistema es invulnerable, cuando resulta obvio que no es así. (Para fines de conocimiento y mayor abundamiento en el proceso se remite la referida nota en fotocopia simple).

La Resolución Administrativa emitida por su Autoridad, no contiene un estudio detallado de los resultados de la auditoría solicitada al Banco Unión, tampoco da a conocer estos, lo que nos provoca indefensión.

La ASFI tampoco señala cuál fue la investigación realizada respecto al destino de los fondos indebidamente debitados de la cuenta bancaria de la empresa y remitidos al Banco Mercantil Santa Cruz y Banco Ganadero y si dichas cuentas receptoras de dineros mal obtenidos, fueron investigadas con el fin de realizar la devolución de los mismos, siempre en resguardo de los intereses de los usuarios de servicios financieros.

No es admisible que pese a que se ha demostrado que las transacciones fueron indebidas, la ASFI refiera que es responsabilidad de la empresa y endilgue la realización indebida de las mismas a uno de nuestros ejecutivos, siendo que en primera instancia esta entidad supervisora verificó que en realidad el sistema del Banco Unión era deficiente en lo que se refiere a sus medios de seguridad, (conforme podemos entender de lo que se refiere respecto del primer informe elaborado por la entidad pública) máxime cuando se aceptó que se trataba de un Phishing y por la falta de profundización de la investigación y clara parcialización con la entidad supervisada, se asume como válido el liberar de culpa a quien no pudo ni tan siquiera emitir una respuesta al Punto de Reclamo en los plazos establecidos por norma.

Además se tiene conocimiento informal que no se trata de un solo caso aislado, sino de varios usuarios del mismo Banco que hubieran sido víctimas de este delito informático. Consideramos que es un exceso de la ASFI el no tratar este tema

delicado conforme corresponde y simplemente desentenderse de los hechos con su silencio que genera incertidumbre.

2.4. Conclusiones.

En base a lo referido precedentemente en todo el cuerpo del presente memorial, se pueden establecer los siguiente (sic):

- a) Que el sistema informático del Banco Unión es inseguro y que fue el medio ideal para la apropiación indebida practicada por medio de los débitos indebidos realizados.*
- b) Lo anterior, considerando que los IP de los que se realizaron las transacciones no son de Sinchi Wayra y que por consiguiente no puede responsabilizarse a la empresa por el Phishing, más aún si la ASFI no realizó el trabajo de investigación con la profundidad necesaria.*
- c) Que la investigación de la ASFI, no reflejó de manera coherente la verdad material que deberla ser establecida, conforme señala el Procedimiento Administrativo, por la falta de difusión de los informes tanto de auditoría interna del Banco Unión como los informes técnicos de ASFI.. (sic)*
- d) Que es necesario profundizar la investigación de los hechos, con el fin de evitar que posteriormente exista mayor cantidad de usuarios en esta situación por la falta de diligencia en la investigación.*
- e) Que el propio Banco Unión reconoce la existencia de un Phishing lo que fue corroborado por la ASFI y que en dicha circunstancia, es obligación del Banco Unión S.A., reparar el daño causado, como emergencia de la negligencia en el establecimiento de seguridades y controles.*

PETITORIO.

Por los argumentos de hecho y de Derecho expuestos en el punto 2 de este memorial, en estricta observancia de lo dispuesto en los Arts. 46, 47 y 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI (D.S. N° 27175) dentro de término hábil, interponemos recurso de revocatoria en contra de la Resolución ASFI N° 483/2012 de 24 de septiembre de 2012, solicitando a Su Autoridad que una vez advertidas las imprecisiones legales cometidas y las nulidades incurridas, revoque la citada resolución, otorgando la razón a la empresa y ordenando al Banco Unión a asumir responsabilidad por los actos generados como emergencia de su negligencia..."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 590/2012 DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 590/2012 de 9 de noviembre de 2012, notificada a **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** el 16 de noviembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió "**CONFIRMAR** la Resolución ASFI N° 483/2012 de 24 de septiembre de 2012", en base a los argumentos siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que, los Principios Fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen normas rectoras en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y

hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002.

Que, el señalado artículo en el inciso a) reconoce el Principio Fundamental, por el cual el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad.

Que, en ese contexto la legalidad de un acto administrativo debe circunscribirse a valorar todos y cada uno de los actos procesales llevados a cabo dentro un proceso administrativo, en ese orden, los fundamentos presentados por el recurrente representan un acto procesal válido y legítimo.

Que, en este sentido y en aplicación del Principio de Verdad Material, en virtud del cual la Administración Pública tiene la obligación de investigar la verdad material en oposición a la verdad formal que rige en materia civil, corresponde a este Órgano de Supervisión explicar las observaciones de la Empresa Sinchi Wayra S.A., descritas en su Recurso de Revocatoria de fecha 11 de octubre, de acuerdo a lo siguiente:

Observación N° 1

Que el Sistema informático del Banco Unión es inseguro y que fue el medio ideal para la apropiación indebida practicada por medio de los débitos indebidos realizados.

Análisis de la observación.

Con referencia a la inseguridad del sistema informático del Banco Unión S.A., esta Autoridad de Supervisión, a través de la Dirección de Supervisión de Riesgos I, ha analizado los casos de transferencias no autorizadas, reportadas por la misma institución financiera en cumplimiento al artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, cuyas conclusiones y recomendaciones están plasmadas en el informe ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012, de las cuales se infiere que el tipo de fraude cometido al Cliente es el "Phishing". El mismo informe refiere que la Entidad Financiera ha identificado la vulnerabilidad a cuentas de clientes del Banco a través del Sistema UNINET, utilizando para tal efecto las contraseñas otorgadas a los clientes.

Sobre el particular, dentro del proceso de la investigación, esta Autoridad de Supervisión, mediante carta ASFI/DSR I / R-15657 / 2012 de 9 de febrero de 2012, instruye al Banco Unión S.A. remitir un Informe de Auditoría Interna, relativo a los controles a ser implementados para incrementar las medidas de seguridad actuales del proceso de autenticación de los usuarios del Portal UNINET. Como respuesta el Banco Unión S.A. ratifica que ante el incremento de fraudes de las cuentas de sus clientes a través de UNINET, se ha tomado acciones inmediatas de seguridad.

Por otra parte, es importante precisar que el mencionado informe técnico no establece la vulneración del sistema del Banco Unión S.A.

Observación N° 2

Lo anterior, considerando que los IP de los que se realizaron las transacciones no son de Sinchi Wayra y que por consiguiente no puede responsabilizarse a la empresa por el Phishing, más aún si la ASFI no realizó el trabajo de investigación con la profundidad necesaria.

Análisis de la observación.

El Informe ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012, realizado por el Ing. Giovanni Ustariz N., Supervisor de Riesgo Tecnológico de la Dirección de Supervisión de Riesgos I de este Órgano de Supervisión, realiza una investigación de los casos suscitados por situaciones similares, entre los cuales se encuentra la empresa Sinchi Wayra, explicando que ésta habría sido víctima del fraude cibernético "Phishing" logrando realizarse transferencias a través del sistema ACH, a los Bancos Ganadero S.A. y Mercantil Santa Cruz S.A.

Es importante señalar que las transferencias (ACH), de la cuenta de la empresa Sinchi Wayra, no necesariamente podrían ser realizadas desde los IP de la empresa mencionada, por lo que se pudo acceder a través de Internet, desde cualquier parte del mundo, con el solo requisito de ingresar la contraseña confidencial otorgada por el Banco de manera confidencial al cliente.

Por otra parte, los montos retirados en las fechas indicadas (10 y 19 de enero de 2012) se encontraban autorizadas mediante solicitud expresa de Sinchi Wayra a través de la carta FIN-027-2011 en fecha 23 de febrero de 2011, las mismas que no sobrepasaron el límite de transacción establecido por la propia empresa que correspondía a \$us.10.000.- (DIEZ MIL DÓLARES AMERICANOS), siendo ampliados hasta \$us12.000.- (DOCE MIL DÓLARES AMERICANOS) en cumplimiento al requerimiento de la empresa efectuado mediante carta FIN-197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011.

En este sentido, se concluye que las transferencias realizadas por la empresa a otros bancos, (que para el presente caso corresponden a los Bancos Ganadero y Mercantil Santa Cruz), se encontraban autorizadas anteladamente por Sinchi Wayra a solicitud expresa de ellos mismos.

Observación N° 3

Que la investigación de la ASFI, no reflejó de manera coherente la verdad material que debería ser establecida, conforme señala el Procedimiento Administrativo, por falta de difusión de los informes tanto de auditoría interna del Banco Unión como los informes técnicos de ASFI.

Análisis de la observación.

Con referencia al principio de verdad material, alegada (sic) por la Empresa Sinchi Wayra, esta Autoridad de Supervisión investigó los casos denunciados, concluyendo que dichas personas y empresas fueron víctimas de fraude informático, las mismas

que se habrían cometido a través de la obtención de las contraseñas otorgadas a los clientes.

Por otra parte, es importante señalar que la empresa Sinchi Wayra en ningún momento solicitó a esta Autoridad de Supervisión, se remitan los informes de Auditoría u otro documento que se encuentra en el expediente, por lo que no puede alegar limitación a su derecho de petición.

Observación N° 4

Que es necesario profundizar la investigación de los hechos, con el fin de evitar que posteriormente exista mayor cantidad de usuarios en esta situación por la falta de diligencias en la investigación.

Análisis de la observación.

La Autoridad de Supervisión, investigó todos los casos reportados por la Entidad Financiera, dentro de las competencias atribuida por la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), las cuales se plasman en el Informe Técnico antes citado, teniendo las personas particulares y empresas, la vía judicial expedita para que se investigue con mucho más detenimiento este tipo de casos.

Asimismo, y en atención a las recomendaciones del Informe Técnico, el Banco Unión S.A. comunica a esta Autoridad de Supervisión que están en vigencia desde el pasado año las siguientes prevenciones:

- Circulares N° 228/2011REF. ALERTA-Prevención contra Fraude o Sustracción de Claves de Clientes en UNINET de 27 de octubre de 2011
- Circular N° 268/2011-REF: Controles Adicionales de Seguridad para ingreso a nuestra Banca por Internet UNINET de 1 de diciembre de 2011
- Circular N° 087/2012-REF: Implementación Clave Virtual para Uso de Página Transaccional del Banco de 16 de mayo de 2012
- Circular N° 169/2012 de 21 de agosto de 2012, esta última referida a la determinación obligatoria para todas aquellas transacciones habilitadas por UniNet, que representen movimientos de efectivo desde las cuentas de sus clientes hacia terceros. Con esta medida de seguridad, la entidad estaría contrarrestando los actos delictivos denominados "Phishers" hacia los clientes.

Asimismo, señala que la Circular N° 169/2012 de 21 de agosto de 2012, instruye que la clave virtual deberá ser solicitada al Servicio de Plataforma o a través de una carta de solicitud a la que se adjunte fotocopia de los documentos de identificación del o los titulares o firmantes autorizados de la cuenta, procediéndose a una nueva suscripción de contrato, solicitando a su personal atiendan al público y brinden la información necesaria con respecto a este punto.

Observación N° 5

Que el propio Banco Unión reconoce la existencia de un Phishing lo que fue corroborado con la ASFI y que en dicha circunstancia, es obligación del Banco Unión

S.A. reparar el daño causado, como emergencia de la negligencia en el establecimiento de seguridades y controles.

Análisis de la observación.

El Banco Unión S.A, en su carta Cite: BUN.VIP. 53/2012 de 14 de febrero de 2012 responde a la empresa reconociendo la evidencia de un posible caso de phishing y/o el uso inapropiado de juego de claves. Pero se debe aclarar que la mencionada institución financiera en ningún momento estableció que el Phishing fue a su sistema, lo cual fue corroborado en las investigaciones de esta Autoridad de Supervisión, dentro de su competencia, a través del Informe Técnico.

Que, a fin de considerar la reparación del daño causado, mencionado por Sinchi Wayra, esta empresa tiene la vía judicial correspondiente para que dentro del debido proceso se establezca el daño económico o perjuicio ocasionado a ésta, elemento ausente en el presente caso, al no existir pronunciamiento de autoridad competente.

CONSIDERANDO:

Que, en atención al Principio de Verdad Material y a las investigaciones realizadas dentro del marco de competencia de esta Autoridad de Supervisión, y en procura de resguardar el debido proceso, se determina la existencia de "Phishing", en la cuenta de la Empresa Sinchi Wayra.

Que, la Resolución ASFI N° 483/2012 de 24 de septiembre de 2012, la cual eleva a rango de Resolución Administrativa la carta ASFI/DDC/R-106722/2012 de 28 de agosto de 2012, hace un análisis fáctico de los hechos, tomando en consideración el reclamo oficial de la empresa Sinchi Wayra y la documentación proporcionada por el Banco Unión S.A. ..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 3 de diciembre de 2012, **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°590/2012 de 9 de noviembre de 2012, exponiendo los argumentos siguientes:

"...2.4. Elementos Fácticos y fundamentos legales que sirven de base para recurrir en Jerárquico.

Una vez establecidos todos los elementos esgrimidos de manera absolutamente desordenada e incongruente, ASFI ha viciado sus actos de parcialización y subjetividad, conforme pasamos a detallar:

2.4.1.- El punto 2.3.1 establece una defensa directa de los intereses del Banco Unión, por ello corresponde realizar las siguientes puntualizaciones respecto del accionar de la ASFI en este sentido:

- De manera paralela se ha tramitado un proceso sancionatorio a la entidad

bancaria, cuyo resultado es la Resolución ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, notificada (sic) a Sinchi Wayra como tercero interesado en su página 11 dispone:

"...se establece que los descargos presentados por el Banco Unión S.A. no respaldan que entre el periodo comprendido del 10 al 19 de enero de 2012 su sistema haya sido robusto con un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio y recién como se observa el 16 de mayo de 2012 mediante circular N° 087/2012-REF hace conocer a su persona la implementación de clave virtual para uso en página transaccional del Banco, ratificándose la vulneración a la normativa como se indica en el informe ASFI/DSR I/R-58922, razones por las cuales **no se desvirtúa el cargo notificado**". (cita textual)

La parte Resolutiva Primera sanciona al Banco Unión con multa, y en su segundo acápite dispone:

"...por no implementar en el sistema de Banca por internet "UNINET", en el periodo comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio." (cita textual)

Como se puede evidenciar la ASFI maneja una doble posición al respecto, debido a que por un lado la Resolución ahora impugnada plantea que en el fraude electrónico incurrido se utilizaron las claves del cliente (pero existiendo dudas razonables que no pueden demostrarse que fueron usadas por el propio cliente), por ello no sería un tema de inseguridad del Banco, pero por otro lado, conforme se ha transcrito precedentemente, en un proceso conexo emergente del primero, establece la vulnerabilidad del sistema UNINET en el periodo en que se produjeron los débitos no autorizados; por ello existe incongruencia en los criterios de la ASFI, debido a que por un lado evade la responsabilidad de ingresar a la consideración del fondo y por otro lado en un proceso distinto, multa al Banco Unión, por no implementar un perfil de seguridad en el periodo denunciado.

Por ello, la conclusión irrefutable es que el sistema UNINET en el momento de los débitos indebidos era vulnerable por tanto, inseguro y no otorgaba garantías a los usuarios, conforme establece la propia ASFI, según lo exigido por la normativa para que una entidad opere, máxime si se trata de cuentas no abiertas por el particular por su propio albedrío sino que fue a instancia del Estado. Ad efectum vivendi se adjunta en copia legalizada de la Resolución Sancionatoria de referencia emitida contra el Banco Unión, para que en grado jerárquico se pueda analizar la discrecionalidad con la que ASFI actuó en el presente proceso. A mayor abundamiento se tiene que de manera clara y en franca posición de reconocimiento de culpa y por consiguiente de consentimiento de lo aseverado,

el Banco Unión S.A., asume medidas inmediatas de seguridad, pero posteriormente a la consumación de los débitos indebidos y no autorizados por Sinchi Wayra.

2.4.2.- Respecto a que los IP desde los que se realizaron las transferencias indebidas no corresponden a Sinchi Wayra, ASFI realiza una pormenorización que no es atinente al caso, debido a que no existe congruencia entre lo planteado por la empresa y lo resuelto, por ello es que se entiende que no investigó lo suficiente y este aspecto le ocasiona incurrir en graves falencias de carácter técnico, porque en la resolución no explica técnicamente la forma en la que se podría ingresar a una cuenta desde internet, sin que el sistema del Banco Unión pueda alertar sobre lo que estaba aconteciendo.

Para mayor abundamiento, los datos que maneja ASFI, con relación al límite de los montos que la empresa podía transferir, de acuerdo a la nota FIN-027-2011, era hasta la suma de \$us. 2.000.000.- (DOS MILLONES 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA), no el monto de \$us. 12.000.- conforme refiere la Resolución, esta falta de diligencia permite evidenciar el poco cuidado, poca seguridad y absoluta irrealidad de los datos y aseveraciones que ASFI realiza en la Resolución ahora impugnada, la misma no refleja los hechos, sino más bien inventa datos y circunstancias a su antojo.

2.4.3.- En uso y aplicación de los legítimos derecho que asisten a Sinchi Wayra, se pidió que se den a conocer de manera directa los informes que sirvieron de base, para que ASFI emita los criterios técnicos y en base al principio de transparencia y el principio fundamental, ambos definidos y establecidos por la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, asuma un resultado con carácter particular para el caso específico.

Por otra parte lo solicitado por Sinchi Wayra fue que los referidos informes sean evaluados por la Autoridad Administrativa, significando que sean analizados críticamente y como simples elementos más a tomar en cuenta, no que sean considerados como total y absolutamente válidos en su contenido, debido a que especialmente el informe de Auditoría Interna del Banco Unión es esencialmente fabricado groseramente a la medida de las necesidades de su defensa es parcializado y nada ecuánime y por otro lado los informes técnicos emitidos por ASFI, debían necesariamente ser validados y contrastados con un componente jurídico, que debe existir en el momento en el que se están creando, modificando o extinguiendo derechos y obligaciones.

La absoluta parcialidad de los informes y al servir los mismos de base para la Resolución, vician la misma y solo condicen con un deseo manifiesto de defensa y justificación de los actos del Banco Unión por parte de ASFI. No se entiende la razón por la que se maneja el tema de manera tan oscura, siendo que en esencia ASFI es una entidad conocida como especialmente estricta y rigurosa para que las demás entidades supervisadas cumplan con su labor de proteger los recursos del público depositados en ellas.

2.4.4.- Sinchi Wayra en base las consideraciones citadas precedentemente y en todo el curso del Recurso de Revocatoria presentado, refiere que es necesario realizar una investigación más profunda, pero ASFI, simplemente refiere que el Banco Unión aplicó a su sistema todas las medidas de seguridad “supuestamente” necesarias, mediante Circulares que prevenían sobre el fraude o sustracción de claves de clientes a través de UNINET y de establecimiento de controles adicionales de seguridad para el ingreso al sistema, todos estos absolutamente ineficaces, porque no con papeles se pueden suplir falencias de hecho en las que incurrió el sistema.

La investigación pura y simple de convalidación, realizada por ASFI se limita a pedir informes y dar por bien hechos los actos del Banco Unión, pero estos no solucionaron el problema de fondo.

No se ingresó a considerar que un sistema bancario seguro, es aquel que minimiza el riesgo de sus clientes a través del establecimiento de medios seguros como son los que se tienen en otras entidades financieras como ser:

- Clave Token, que cambia constantemente, cada 30 segundos, además del password.
- Clave y Password en teclado digital con mouse para evitar ingresar la clave mediante teclado, que es más fácilmente grabable.
- Clave y Password además de ingresar los datos contenidos en una tarjeta entregada al usuario.

“Como se puede ver, ASFI en ningún momento explica cuáles eran las seguridades del sistema del Banco Unión, para que se pueda analizar de manera efectiva cuáles son las garantías que se tienen con relación a ese dinero depositado.

ASFI tampoco analiza cuáles eran las responsabilidades del depositario en este caso el Banco, no analiza lo dispuesto por el Código Civil en sus Artículo 838 y 862 en concordancia con el Artículo 1346 y siguientes del Código de Comercio, que comparten el principio que el depositario tiene como obligación principal y básica la custodia de los bienes entregados en esta calidad (en este caso dinero), con la obligación correspondiente de la restitución de los mismos en los términos del contrato.

Por lo visto, al establecer la “supuesta” falta de diligencia del depositante, en base a supuestos no comprobados y a sofismas poco estructurados, se deslinda la responsabilidad del depositario, aspecto que no es atinente a la esencia misma del contrato como es la custodia. Al tratarse de una entidad de supervisión del sistema financiero, es su función esencial la responsabilidad con la que estos actúan frente a los usuarios de sus servicios, hecho que en la especie no ha acontecido.

Por ello de manera expresa y contundente se desplegó todo este procedimiento, para que a través del ente competente se pueda realizar un trabajo exhaustivo y cuidadoso, con relación al manejo de los dineros de los depositantes, aplicando para el efecto el procedimiento creado y diseñado por el ente regulador, como es el Punto de Reclamo, demostrando ASFI que el mismo es simplemente un cúmulo de premisas que no son aplicadas y menos cumplidas.

2.4.5.- Cuando se refiere que el Phishing fue reconocido por el Banco Unión, ASFI de manera por demás obvia y en defensa del regulado, refiere que si bien el Banco reconoce la evidencia de un posible caso de phishing y/o uso inapropiado de juego de claves, en ningún momento estableció que el mismo fue realizado a su sistema, aspecto que habría sido corroborado por la Autoridad de Supervisión.

De lo referido precedentemente, se puede establecer de manera clara que la defensa al regulado fue tan obvia como esta afirmación. Como podrían haberse realizado débitos irregulares, sino fue vulnerando el sistema del Banco, no pudo en ningún caso haber sido realizado este fraude a través de la vulneración al sistema de Sinchi Wayra, porque los débitos son necesariamente realizados a través del Portal de la entidad bancaria.

La citada afirmación se reitera, deja en evidencia que ASFI defiende al Banco Unión; para fines de entendimiento de la poca consistencia de los fundamentos de ASFI transcribo un párrafo de la página 11 de la Resolución que menciona:

"...a fin de considerar la reparación del daño causado, mencionado por Sinchi Wayra, esta empresa tiene la vía judicial correspondiente para que dentro del debido proceso se establezca el daño económico o perjuicio ocasionado a ésta, elemento ausente en el presente caso, al no existir pronunciamiento de autoridad competente." (cita textual)

Dada la redacción confusa, con una absoluta falta de diligencia en lo referido a las reglas de puntuación, no se puede identificar a qué se refiere, si el elemento ausente es el debido proceso, la vía judicial o el daño económico o perjuicio.

En resumen y luego de realizar repetidamente, el análisis de todos los temas involucrados, se puede establecer que la Resolución de Recurso de Revocatoria, al haber obrado de la forma que lo hizo y con los fundamentos tan poco consistentes como se ha referido, no ingresa a la consideración del fondo del asunto y se limita a asumir el tema de manera muy simple.

La congruencia como principio básico dentro del derecho procesal y en este caso en el derecho administrativo, debe ser observado (sic) y cumplido (sic) a ultranza, debido a que el resultado de la impugnación, debe ser el resultado del análisis de los aportado por las partes, lo probado y los resultados arribados, en base a la sana crítica que debe ser la esencia del accionar del juez o autoridad que administre un procedimiento que cree, modifique o extinga derechos.

El principio fundamental del Derecho Administrativo, tampoco ha sido cumplido, debido a que ASFI no ha actuado en beneficio de toda la colectividad, sino en beneficio y en defensa de los intereses de la entidad bancaria.

El principio de verdad material, a pesar que se realiza de manera eminentemente retórica y discursiva, en la Resolución, no ha sido tomado en cuenta, debido a que el resultado es una "pseudo verdad" total y absolutamente formal, no es materialmente correcta.

Así como los principios referidos precedentemente se han vulnerado otros tantos principios y derechos constitucionales, como el de seguridad jurídica, debido proceso, juez natural, propiedad privada y tantos otros que en definitiva son los que deben ser tomados en cuenta y con total validez, para que los fallos resulten objetivos y adecuados a derecho.

PETITORIO.

Por los argumentos de hecho y de Derecho expuestos en todo el cuerpo de este memorial, en estricta observancia de lo dispuesto en los Arts. 52 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI (D.S. N° 27175) dentro de término hábil, interponemos Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 590/2012 de 9 de noviembre de 2012, solicitando a Su Autoridad que tome en cuenta los extremos planteados en el cuerpo del presente memorial, que acreditan una situación jurídica irregular, y que en definitiva REVOQUE TOTALMENTE la citada resolución, otorgando la razón a la empresa y estableciendo la responsabilidad del Banco Unión S.A. por la inseguridad de su sistema y en definitiva a asumir responsabilidad por los actos generados como emergencia de su negligencia en el manejo de los depósitos de la empresa Sinchi Wayra S.A. ..."

7. DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota ASFI/DAJ/R-2676/2013, presentada en fecha 8 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, atiende parcialmente el requerimiento de información que consta en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 092/2012 de 27 de diciembre de 2012 (en relación a lo solicitado por la recurrente en su memorial de 21 de diciembre de 2011), de manera tal que adjunta:

- El informe AIN 0122/2012 de 9 de febrero de 2012, con la referencia "CASO SINCHI WAYRA S.A. – RETIROS POR UNINET", presentado por el Auditor Nacional Interno del Banco Unión S.A., a los miembros del Directorio de la misma entidad financiera, el que concluye de la siguiente manera:

"...En base a los aspectos analizados y evidenciados podemos concluir los siguientes aspectos:

1. *Se ha determinado que las nueve transferencias de fondos suman un total de Bs626.400, y las mismas fueron realizadas a través del servicio de Banca por internet*

(UNINET) utilizando el usuario del Sr. Arturo Zalles Balanza, quien pertenece al personal ejecutivo de Sinchi Wayra S.A.

2. Asimismo se ha identificado que las direcciones IP desde las que se iniciaron las mencionadas transacciones tuvieron su origen en las ciudades de La Paz en Bolivia, así como en Juárez, Monterrey y Distrito Federal en México:

Transacción	Monto	Usuario	Nombre usuario	Dirección IP identificada	Proveedor	Origen geográfico
1	Bs.69.600,00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	200.105.155.130	AES COMMUNICATION S BOLIVIA S.A.	La Paz, Bolivia
2	Bs.69.600,00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	189.171.165.47	UNINET S.A. de C.V.	Juárez, México
3	Bs.69.600,00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	189.176.39.23	UNINET S.A. de C.V.	Juárez, México
4	Bs.69.600,00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	189.182.253.54	UNINET S.A. de C.V.	Juárez, México
5	Bs.69.600,00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	201.116.140.246	UNINET S.A. de C.V.	Monterrey, México
6	Bs.69.600,00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	201.144.130.21	UNINET S.A. de C.V.	Monterrey, México
7	Bs.69.600,00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	189.203.217.238	PCS de México S.A. de C.V.	Distrito Federal, México
8	Bs.69.600,00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	189.203.217.238	PCS de México S.A. de C.V.	Distrito Federal, México
9	Bs.69.600,00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	189.203.217.76	PCS de México S.A. de C.V.	Distrito Federal, México

3. Las transferencias se realizaron con destino a cuentas del Banco Ganadero y Banco Mercantil Santa Cruz, de acuerdo al siguiente cuadro:

TRANSACCIÓN	FECHA	BANCO	NRO. DE CUENTA	NOMBRE
1	10/01/2012	Banco Mercantil Santa Cruz S.A.	4027716756	Hugo Yvis Miranda Encinas
2	11/01/2012	Banco Mercantil Santa Cruz S.A.	4017733289	Omar Gustavo Apaza Mamani
3	12/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051308166	Jesús Diego Salazar
4	13/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051308166	Jesús Diego Salazar
5	16/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051308166	Jesús Diego Salazar
6	17/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051307198	Mayck Romel Quilca Cruz
7	18/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051308178	John Alcides Gonzales Mercado
8	18/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2052308266	Felipe Richard Tola Mamani
9	18/01/2012	Banco Ganadero S.A.	2051307198	Mayck Romel Quilca Cruz

4. Por otro lado, se debe hacer notar que el Banco en cuanto tuvo conocimiento de que circulaban correos solicitando información a los clientes del sistema financiero a estado sacando constantemente publicaciones por prensa a nivel nacional, advirtiendo que el Banco no solicita a sus clientes contraseñas, números de tarjetas o información personal, la primera publicación salió el 30/10/2011.

También se ha insertado en el sitio web corporativo un comunicado haciendo recomendaciones de seguridad para los clientes que utilizan el servicio UNINET.

5. Adicionalmente se ha determinado incumplimientos en a (sic) la norma, de acuerdo al siguiente cuadro:

FUNCIONARIO	ACCIÓN	INCUMPLE NORMATIVA INTERNA
<ul style="list-style-type: none"> Cindy Peña Machicado (ex funcionaria): Jefe de Atención al Cliente Shirley Dennise Duarte Abdala (ex 	<ul style="list-style-type: none"> Hacer firmar el (sic) cliente el Contrato UNINET Habilitar el servicio UNINET, previa verificación del contrato 	<ul style="list-style-type: none"> NOP-123: Norma para el Servicio UNINET, Inciso III, Punto 3.3

funcionaria): Ejecutiva de firmado	
Atención al Cliente	

Por todos los aspectos mencionados y en base al comentario del área legal, se concluye que el Banco ha cumplido con las instrucciones del cliente relacionadas a la otorgación de accesos al servicio UNINET, con las precauciones y responsabilidades que conlleva la administración de claves y PIN.

De esta manera se descarta toda posibilidad de que los sistemas de seguridad del Banco para el uso de UNINET hayan sido vulnerados..."

- La circular interna del Banco Unión S.A. N° 169/2012 de 21 de agosto de 2012, dirigida a "Todo Banco Unión", y que determina que "a partir del 3 de septiembre, el uso de la Clave Virtual de UniNet sea obligatorio para todas aquellas transacciones habilitadas por dicho canal que representen movimientos de efectivo desde las cuentas de nuestros Clientes hacia terceros..."
- La circular interna del Banco Unión S.A. N° 087/2012 de 16 de mayo de 2012, dirigida a "Todo Banco Unión", que determina que:

"...Para brindar un mayor nivel de seguridad a las transacciones bancarias efectuadas desde UniNet, el Banco ha implementado el Servicio de **Clave Virtual**, que consiste en la generación y envío de una clave transaccional dinámica a través de SMS a un número de teléfono celular o a un buzón de correo electrónico previamente definido y registrado por el Cliente en la base de datos del Banco..."

- La circular interna del Banco Unión S.A. N° 228/2011 de 27 de octubre de 2011, dirigida a "Todo Banco Unión", que determina que:

"...se solicita a todo el personal, estar (sic) atentos a las consultas y/o reclamos de nuestros Clientes emitiéndoles las siguientes recomendaciones:

1. Bajo ninguna circunstancia deben responder a solicitudes de información personal a través de correos electrónicos, mensajes de texto SMS, llamadas telefónicas u otros. Aclarar que el Banco NUNCA le solicitará sus contraseñas o números PIN.
2. Para ingresar a nuestro sitio Web deben teclear directamente la dirección URL en la barra de direcciones: <http://www.bancounion.com.bo>. NUNCA deben ingresar por enlaces de otros sitios o proporcionados a través de correos electrónicos que solicitan actualización de información..."

- La circular interna del Banco Unión S.A. N° 268/2011 de 15 de diciembre de 2011, dirigida a "Todo Banco Unión", referido a la "Venta Directa de Bonos del BCB a personas Naturales" (y a la puesta en vigencia de "los procedimientos y el documento normativo que regula y define los lineamientos para la colocación, pago

y transferencia de Bonos del BCB”).

Con respecto a la última nombrada (circular N° 268/2011), toda vez la misma tiene por referencia: “Venta Directa de Bonos del BCB a personas Naturales”, mediante nota ASFI/DAJ/R-17029/2013 de 1° de febrero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presenta la información complementaria siguiente:

“...Revisados los antecedentes de la documentación enviada por el Banco Unión S.A., específicamente la nota de descargos Cite: CA/BUSA GG N°866/2012 (fotocopia adjunta), la cual se mencionó en la Resolución ASFI N° 590/2012 de 9 de noviembre de 2012, ésta refiere en su inciso c) la Difusión de Políticas de Seguridad, estableciéndose: “**01/12/2011** (CIRCULAR N°268/2011 – REF: Controles Adicionales de Seguridad para el ingreso a nuestra Banca por Internet UNINET);...”, explicación de descargo que se consideró y se insertó en la Resolución ASFI N° 590/2012 de 9 de noviembre de 2012.

Cuando su autoridad solicita a través de la Nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 092/2012 el envío de la Circular N°268/2011, esta Autoridad de Supervisión cumple con la solicitud percibiendo sólo la fecha que no correspondía y aclarando que esta Circular tenía la fecha de 15 de diciembre de 2011.

En este entendido, es el Banco Unión S.A. el que suscita la confusión, razón por la cual, solicitamos a su autoridad remitir la solicitud a esa institución financiera, a fin de lograr la aclaración correspondiente...”

Asimismo y en la misma oportunidad, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hace presente la nota CA/BUSA GG N°866/2012, que le fuera presentada por el Banco Unión S.A. en fecha 19 de octubre de 2012, y que en su apartado ‘c’ sobre “Difusión de Políticas de Seguridad”, señala:

“...El Banco ha difundido internamente las políticas de seguridad respecto al phishing, como referencia citamos las siguientes Comunicaciones Internas dirigidas a todo el personal de nuestra Institución: (...)

- 01/12/2011 (CIRCULAR N° 268/2011 – REF: Controles Adicionales de Seguridad para el Ingreso a nuestra Banca por Internet UNINET);...”

8. MEMORIAL PRESENTADO EL 18 DE ENERO DE 2013.-

Por memorial presentado en fecha 18 de enero de 2013, **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** hizo constar los extremos siguientes (con referencia a la impertinencia de la circular N° 268/2011):

“...Mediante Nota Cite MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 005/2013 de fecha 15 de enero de 2013, su Autoridad pone en conocimiento de Sinchi Wayra S.A., en calidad de recurrente en grado jerárquico, que ASFI ha remitido a su despacho, la documentación que se había solicitado ser incluida al proceso, con fines de mayor

entendimiento del objeto de litigio.

En el entendido que ASFI en ningún momento puso en conocimiento nuestro las circulares de referencia con el fin de poder observar y en definitiva ejercer defensa en el presente proceso; se verifica que existe esta situación, debido a que la Circular referida, conforme su Autoridad podrá evidenciar en la página 11 referida al análisis de la observación 4 de la Resolución Administrativa N° 590/2012, sirve de base para determinar que el Banco Unión, habría cumplido con establecer controles adicionales de seguridad para ingreso a Banca por Internet UNINET, misma que conforme ASFI refiere la misma no existe al menos con la fecha referida, sino que la circular corresponde a otro tema.

Este extremo extraña de sobremanera a Sinchi Wayra, debido a que la Resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria habría manejado una base "falsa", por consiguiente el decisorio al que arriba estaría considerado como nulo de pleno derecho y debería ser ratificada la responsabilidad absoluta del Banco Unión en los débitos indebidos realizados a la cuenta de nuestra empresa.

La verdad material de los hechos impugnados nos otorgan la razón, por lo cual pedimos que su Autoridad como encargada de la tramitación del Recurso Jerárquico, sepa valorar esta situación y revocar totalmente la Resolución impugnada, otorgando la razón a la (sic) Sinchi Wayra S.A. y estableciendo la responsabilidad del Banco Unión S.A. por la inseguridad de su sistema además que en definitiva ordene asumir responsabilidad por los débitos indebidos, como emergencia de su negligencia en el manejo de los depósitos de la empresa Sinchi Wayra S.A. ..."

9. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 26 de febrero de 2013, se llevó adelante la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme fuera solicitada por **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** en su memorial presentado en fecha 7 de febrero de 2013 y señalada en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 18 de febrero de 2013.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 20 de enero de 2012, **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó reclamo ante el Banco Unión S.A., por nueve (9) operaciones de retiro, cada una de Bs.69,600.00.-

(SESENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS), haciendo un total de Bs 626,400.00.- (SEISCIENTOS VEINTISÉIS MIL CUATROCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS), que habrían sido realizadas entre fechas 10 y 19 de enero de 2012, contra la cuenta N° 1-0000005423524 de la que es titular en la mencionada sociedad.

Según el reclamo presentado, estas transferencias, realizadas mediante el servicio de "Banca por Internet" (denominado indistintamente "UniNet" o "UNINET"), son indebidas, por cuanto no fueron generadas, procesadas, ni autorizadas por personeros de **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme expone la entidad.

El reclamo -según la nota SW.262/2012 de 29 de febrero de 2012-, fue respondido en fecha 17 de febrero de 2012, a decir de la ahora recurrente, "*superficialmente, sobre aspectos generales de las operaciones fraudulentas observadas, sin entrar a mayores detalles, lo que denota que a pesar de la demora en la contestación citada, el caso, no se ha abordado con la precisión y seriedad que demanda*".

SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA elevó reclamo en fecha 1° de marzo de 2012 ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de manera tal que, por nota ASFI/DDC/R-106722/2012 de 28 de agosto de 2012, el Ente Regulador le contestó de la siguiente manera:

"...ante las evidencias materiales existentes, establece que las transferencias de fondos realizadas entre el 10 y 19 de enero de 2012 a través de la Banca por Internet, se habrían realizado correctamente utilizando el código de usuario, clave de acceso operacional, requisitos indispensables para la realización de este tipo de operaciones, siendo el titular el único responsable para el manejo y custodia de las mismas..."

Lo anterior determinó la solicitud de **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** para que se consigne el contenido de la nota ASFI/DDC/R-106722/2012, en una Resolución Administrativa (nota SW.1147/2012 de 10 de septiembre de 2012), dando lugar en consecuencia, a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emita la Resolución Administrativa ASFI N° 483/2012 de 24 de septiembre de 2012, mediante la cual resolvió elevar a rango de Resolución Administrativa la referida carta, misma que fue recurrida de revocatoria mediante memorial presentado el 11 de octubre de 2012, y posteriormente, al haberse pronunciado la Resolución Administrativa ASFI N° 590/2012 de 9 de noviembre de 2012, la sociedad presentó Recurso Jerárquico en fecha 3 de diciembre de 2012, el mismo que pasa a evaluarse y resolverse a continuación.

2. INSEGURIDAD DEL SERVICIO DE "BANCA POR INTERNET".-

La controversia, conforme se desprende del petitorio del Recurso Jerárquico, consiste en que se establezca la responsabilidad del Banco Unión S.A. por la inseguridad de su servicio de "Banca por Internet", emergente de las nueve (9) operaciones de retiro realizadas contra la cuenta N° 1-0000005423524, que no fueron generadas, procesadas, ni autorizadas por su titular, **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**.

2.1. Consistencia de los fundamentos de la Resolución recurrida.-

Conforme señala **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** en su Recurso Jerárquico:

“...luego de realizar (...) el análisis de todos los temas involucrados, se puede establecer que la Resolución de Recurso de Revocatoria, al haber obrado de la forma que lo hizo y con los fundamentos tan poco consistentes como se ha referido, no ingresa a la consideración del fondo del asunto y se limita a asumir el tema de manera muy simple...”

Al tenor del mismo Recurso, los “temas involucrados” a los que se refiere, son los siguientes:

2.1.1. Incongruencia de los actos del Ente Regulador.-

2.1.1.1. Incongruencia entre actos administrativos diversos.-

Fundamenta el Recurso Jerárquico, que:

“...la ASFI maneja una doble posición (...) por un lado la Resolución ahora impugnada plantea que en el fraude electrónico incurrido se utilizaron las claves del cliente (pero existiendo dudas razonables que no pueden demostrarse que fueron usadas por el propio cliente), por ello no sería un tema de inseguridad del Banco, pero por otro lado, conforme se ha transcrito precedentemente, en un proceso conexo emergente del primero, establece la vulnerabilidad del sistema UNINET en el periodo en que se produjeron los débitos no autorizados; por ello existe incongruencia en los criterios de la ASFI, debido a que por un lado evade la responsabilidad de ingresar a la consideración del fondo y por otro lado en un proceso distinto, multa al Banco Unión, por no implementar un perfil de seguridad en el periodo denunciado...”

Tal alegato está referido a la existencia de un otro proceso administrativo, llevado por el Ente Regulador, conforme se evidencia en su preámbulo -parte de “Vistos”- en **el mismo reclamo que hace al de autos** (el contenido en la nota SW.262/2012, supra relacionada), empero de naturaleza sancionatoria, que fuera instaurado y procesado contra el Banco Unión S.A., dentro del cual ha sido pronunciada la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, la que dispone sancionar a la entidad financiera, entre otros, por el siguiente incumplimiento:

“...Al artículo 1, Sección 4, Capítulo (sic) XII, Título (sic) X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, **por no implementar en el sistema de Banca por Internet “UNINET”, en el periodo comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio...**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Dicha decisión está fundada en los extremos siguientes:

“...La Entidad Financiera señala que su Sistema UNINET está diseñado de forma que cada cliente recibe un Código de Usuario y una Clave de Acceso única, mediante un sobre cerrado inviolable, garantizando de esta forma que sólo el cliente que hubiese recibido dicho código, con su respectiva clave podrá ingresar al sistema y afectar

única y exclusivamente la cuenta y recursos de los cuales es titular; asimismo, el Banco indica que la página web que a continuación se detalla ([https \(sic\) :// servicios.bancounion.com.bo/uninet/vadiduser.spx?redirect=true](https://servicios.bancounion.com.bo/uninet/vadiduser.spx?redirect=true)), a través de la cual se ingresa al Sistema Uninet, utiliza el protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado "SSL/TLS", este último se refleja en la barra de direcciones de todos los navegadores al incluir el prefijo "HTTPS". De esta forma se asegura la autenticidad, la confidencialidad y la integridad de las transacciones, efectuadas mediante el Sistema UNINET.

Por otro lado, la Entidad Financiera señala que la seguridad e integridad del Sistema Uninet y las transacciones realizadas por este medio, se encuentran respaldadas con el cumplimiento de los otros requisitos previstos al efecto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y además, el Banco Unión S.A. procedió en fecha 28 de octubre de 2011, a publicar una advertencia al ingresar al servicio UNINET que señala que **"Nuestra entidad nunca solicita contraseñas, números de tarjeta de crédito o de cualquier información personal por correo electrónico, por teléfono o mensaje de texto"**, reforzando esta medida, a través de una publicación en el periódico de circulación nacional "El Deber" comunicando a sus clientes y público en general lo siguiente: **"Recordamos a nuestros clientes y público en general, que a través de correos electrónicos y otros medios de internet, ciertos delincuentes están intentando obtener información confidencial de algunos clientes, utilizando la identidad del Banco Unión S.A. con fines fraudulentos."**

El informe ASFI/DSR I/R-58922/2012 de 15 de mayo de 2012 establece claramente en el punto 3.4 que de acuerdo a los informes de auditoría interna del Banco, los clientes citados en el punto 3.1 entre ellos la empresa Sinchy (sic) Wayra fueron víctimas de fraude informático de tipo "Phishing". Asimismo, indica que el Banco Unión S.A. ha establecido la existencia de vulneraciones a cuentas de clientes del Banco a Través (sic) del Sistema UNINET, utilizándose para tal efecto las contraseñas otorgadas a los clientes.

En ese contexto, se establece que los descargos presentados por el Banco Unión S.A. no respaldan que entre el período comprendido del 10 al 19 de enero de 2012 su sistema haya sido seguro y robusto con un perfil que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio y recién como se observa el 16 de mayo de 2012 mediante la circular N° 087/2012-REF hace conocer a su personal la implementación de clave virtual para uso en página transaccional del Banco, ratificándose la vulneración a la normativa como se indica en el informe ASFI/DSR I/R-58922, razones por las cuales **no se desvirtúa el cargo notificado...**

Sin embargo se tiene presente que, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha resuelto **"REVOCAR PARCIALMENTE** el resuelve primero de la Resolución ASFI No. 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, dejando sin efecto el cargo y sanción respecto al incumplimiento del Artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y

Entidades Financieras (cargo N° 2)", cuyo fundamento determina:

"...el sustento para determinar la sanción al referido cargo no consta en ninguno de los informes de auditoría presentados como descargos por la entidad financiera, los cuales concluyen de la siguiente forma:

- ✓ Informe AIN 012/2012 CASO: SINCHI WAYRA S.A. – RETIROS POR UNINET de 9/2/2012, establecen que: "se descarta toda posibilidad de que los sistemas de seguridad del Banco para el uso de UNINET hayan sido vulnerados".
- ✓ Informe AIN 023/2012 CASOS REPORTADOS DE TRANSACCIONES NO AUTORIZADAS A TRAVÉS DEL PORTAL UNINET DEL 01/13/2012, que manifiesta: "Es importante mencionar que todos los incidentes identificados correspondían casos de "Phishing" sobre los clientes, por lo que los controles de seguridad perimetral de los sistemas del Banco no fueron vulnerados".
- ✓ Informe AIN 036 2012 trámite N° T-540590 – RECLAMO SINCHI WAYRA S.A. DEL 29/03/2012, que manifiesta: "... Por tanto, con relación a transacciones reclamadas por el cliente, se concluye que el Banco ha cumplido con las instrucciones del cliente relacionadas a la otorgación de acceso al servicio UNINET, (...) descartando toda posibilidad de que los sistemas de seguridad del Banco para el uso de UNINET fueron vulnerados".

Por otra parte, esta Autoridad de Supervisión al investigar los precedentes del cargo 2, recomendó a través del Informe ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012 que la entidad financiera provea un perfil de seguridad que garantice que las operaciones, sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas para ello, asimismo, resguarde la privacidad o confidencialidad de la información transmitida o ser procesada por ese medio, en cumplimiento a la instrucción prescrita en el Título X, Capítulo XII, Sección 4, Artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

En ese sentido y en cumplimiento a las recomendaciones impartidas, el Banco Unión S.A. hizo conocer la vigencia de las Circulares N° 228/2011-REF. ALERTA-Prevención contra Fraude o Sustracción de Claves de Clientes en UNINET de 27 de octubre de 2011; Circular N° 268/2011-REF: Controles Adicionales de Seguridad para ingreso a nuestra Banca por Internet UNINET de 1 de diciembre de 2011, Circular N° 087/2012-REF: Implementación Clave Virtual para Uso de Página Transaccional del Banco de 16 de mayo de 2012. Adicionalmente, refuerza esta recomendación con la Circular N° 169/2012 de 21 de agosto de 2012, referida a la determinación obligatoria para todas aquellas transacciones habilitadas por UniNet, que representen movimientos de efectivo desde las cuentas de sus clientes hacia terceros. Con esta medida de seguridad, la entidad estaría contrarrestando los actos delictivos denominados "Phishers" hacia los clientes y usuarios de UniNet.

Por todos estos antecedentes y luego de contrastarse los hechos y las circunstancias de la contravención, se puede colegir que el Banco Unión S.A. cumplió la determinación establecida en el artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, habilitando para tal

efecto una serie de recomendaciones para el servicio de transferencia y transacción electrónicas de fondos desde su plataforma tecnológica UniNet.

2.3 VERDAD MATERIAL

El Banco Unión S.A., manifiesta en sus descargos que su Sistema UniNet está diseñado de forma que cada cliente recibe un código de usuario y una clave de acceso única. La mencionada clave se encuentra asociada al referido código de usuario y es entregada exclusivamente al cliente o a su representante legal acreditado, contando con medidas de seguridad que garantizan que sólo el cliente o representante tiene acceso al sistema con su clave y solo éste puede afectar única y exclusivamente la cuenta y sus recursos.

Para tal efecto, la entidad en fecha 17 de marzo de 2011 procedió a la entrega de las referidas claves al señor Arturo Antonio Zalles Balanza en representación de la empresa Sinchi Wayra, conforme lo acredita el documento correspondiente. Adicionalmente, menciona que la página WEB del Banco, brinda de forma segura un servicio de transacciones a través del Sistema UniNet utilizando un protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado "SSL/TLS". De esta manera, garantiza la autenticidad, confidencialidad e integridad a sus usuarios.

El inciso a) del Título X, Capítulo XII, Sección 4, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que el sistema debe proveer un perfil de seguridad que garantice que las operaciones sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas para ello. En este sentido, no habiéndose evidenciado prueba fehaciente que respalden que entre el período comprendido del 10 y 19 de enero de 2012 su sistema UniNet del Banco Unión S.A. hubiera sido vulnerado, esta Autoridad de Supervisión revoca el presente cargo..."

Consiguientemente y contrariando lo señalado por la recurrente, el criterio de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es coherente en sus dos pronunciamientos, por cuanto, así como en el otro proceso recursivo (el sancionatorio), ha dispuesto **en definitiva** no sancionar al Banco Unión S.A. por efecto del reclamo de 20 de enero de 2012 (en lo que toca a los sistemas de seguridad de su servicio de Banca por Internet - UNINET), también ha determinado por el mismo reclamo empero ahora dentro del presente proceso recursivo que:

"...las transferencias de fondos realizadas entre el 10 y 19 de enero de 2012 a través de la Banca por Internet, se habrían realizado correctamente utilizando el código de usuario, clave de acceso operacional, requisitos indispensables para la realización de este tipo de operaciones, siendo el titular el único responsable para el manejo y custodia de las mismas..." (nota ASFI/DDC/R-106722 de 28 de agosto de 2012).

Amén de ello, la pretendida contradicción e incoherencia (no incongruencia, como mal señala la recurrente, conforme se explica más adelante) en el actuar del Ente Regulador, referidas a la también aparente "doble posición" en cuanto a la inseguridad del sistema de Banca Electrónica UNINET, no resulta mayormente trascendente al caso de autos, por

cuanto, el reclamo en concreto está referido, según la nota SW.262/2012 de 1º de marzo de 2012, a que:

“...el BUN se limitó a señalar que estas operaciones ilegales podrían haber sido realizadas a través de un “Phishing”, desde diferentes IPS que no son de propiedad de esta empresa, usando la clave de un funcionario de la misma, pero sin entrar a explicar en qué consistió tal figura, con lo que está aceptando su responsabilidad, en sentido que su sistema informático, padece de gran vulnerabilidad y por tanto, tiene grandes fallas de seguridad y que los débitos fraudulentos no fueron realizados desde Sinchi Wayra S.A. ...”

Quedando de ello claro, que la investigación principal dentro del caso de autos, no consistía en determinar si las controvertidas nueve transferencias operadas contra la cuenta N° 1-0000005423524, *“se habrían realizado correctamente utilizando el código de usuario”*, sino en establecer la responsabilidad del Banco Unión S.A. por la aparente inseguridad de su servicio de “Banca por Internet”.

Por consiguiente y en Recurso Jerárquico, hace a la controversia el determinar si, con respecto a lo anterior, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido con el deber que le impone el artículo 4º, inciso d), de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo): *“La Administración Pública investigará la verdad material...”*, con respecto al reclamo concreto de **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**.

En todo caso, lo que debe tomarse en cuenta -conforme a lo recurrido- es la posición expresada por el Ente Regulador en su Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, en función de la controversia presente, debiéndose tener presente que contra tal Resolución Administrativa, se ha presentado recurso de revocatoria, misma que ha sido resuelta por la Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, al presente también en instancia jerárquica por cuerda separada, entonces, no habiendo adquirido aún firmeza administrativa.

2.1.1.2. De la alegada vulneración al Principio de congruencia.-

El Recurso Jerárquico señala también:

“...no existe congruencia entre lo planteado por la empresa y lo resuelto, por ello es que se entiende que no investigó lo suficiente y este aspecto le ocasiona incurrir en graves falencias de carácter técnico, porque en la resolución no explica técnicamente la forma en la que se podría ingresar a una cuenta desde internet, sin que el sistema del Banco Unión pueda alertar sobre lo que estaba aconteciendo...”

Asimismo **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**, en el memorial de recurso de revocatoria presentado contra la Resolución Administrativa ASFI No. 590/2012 de 9 de noviembre de 2012, ha expresado:

“(...

- a) Que el sistema informático del Banco Unión es inseguro y que fue el medio ideal para la apropiación indebida practicada por medio de los débitos indebidos realizados.*

- b) *Lo anterior, considerando que los IP de los que se realizaron las transacciones no son de Sinchi Wayra y que por consiguiente no puede responsabilizarse a la empresa por el Phishing, más aún si la ASFI no realizó el trabajo de investigación con la profundidad necesaria.*
- c) *Que la investigación de la ASFI, no reflejó de manera coherente la verdad material que deberla ser establecida, conforme señala el Procedimiento Administrativo, por la falta de difusión de los informes tanto de auditoría interna del Banco Unión como los informes técnicos de ASFI.. (sic)*
- d) *Que es necesario profundizar la investigación de los hechos, con el fin de evitar que posteriormente exista mayor cantidad de usuarios en esta situación por la falta de diligencia en la investigación.*
- e) *Que el propio Banco Unión reconoce la existencia de un Phishing lo que fue corroborado por la ASFI y que en dicha circunstancia, es obligación del Banco Unión S.A., reparar el daño causado, como emergencia de la negligencia en el establecimiento de seguridades y controles..."*

Por su parte, la Resolución Administrativa ASFI No. 590/2012 de 9 de noviembre de 2012, ha dado contestación a tales presupuestos, uno por uno, de la siguiente manera:

Al presupuesto del inciso a):

"...la Dirección de Supervisión de Riesgos I, ha analizado los casos de transferencias no autorizadas, (...) se infiere que el tipo de fraude cometido al Cliente es el "Phishing". El mismo informe refiere que la Entidad Financiera ha identificado la vulnerabilidad a cuentas de clientes del Banco a través del Sistema UNINET, utilizando para tal efecto las contraseñas otorgadas a los clientes.

(...) el Banco Unión S.A. ratifica que ante el incremento de fraudes de las cuentas de sus clientes a través de UNINET, se ha tomado acciones inmediatas de seguridad.

Por otra parte, es importante precisar que el mencionado informe técnico no establece la vulneración del sistema del Banco Unión S.A. ..."

Al presupuesto del inciso b):

"...las transferencias (ACH), de la cuenta de la empresa Sinchi Wayra, no necesariamente podrían ser realizadas desde los IP de la empresa mencionada, por lo que se pudo acceder a través de Internet, desde cualquier parte del mundo, con el solo requisito de ingresar la contraseña confidencial otorgada por el Banco de manera confidencial al cliente.

(...) las transferencias realizadas por la empresa a otros bancos, (que para el presente caso corresponden a los Bancos Ganadero y Mercantil Santa Cruz), se encontraban autorizadas anteladamente por Sinchi Wayra a solicitud expresa de ellos mismos..."

Al presupuesto del inciso c):

“...esta Autoridad de Supervisión investigó los casos denunciados, concluyendo que dichas personas y empresas fueron víctimas de fraude informático, las mismas que se habrían cometido a través de la obtención de las contraseñas otorgadas a los clientes.

(...) la empresa Sinchi Wayra en ningún momento solicitó a esta Autoridad de Supervisión, se remitan los informes de Auditoría u otro documento que se encuentra en el expediente, por lo que no puede alegar limitación a su derecho de petición.

Al presupuesto del inciso d):

“...La Autoridad de Supervisión, investigó todos los casos reportados por la Entidad Financiera, dentro de las competencias atribuida por la Ley N° 1488 (...), teniendo las personas particulares y empresas, la vía judicial expedita para que se investigue con mucho más detenimiento este tipo de casos.

(...) en atención a las recomendaciones del Informe Técnico, el Banco Unión S.A. comunica a esta Autoridad de Supervisión que están en vigencia desde el pasado año las siguientes prevenciones:...”

Al presupuesto del inciso e):

“...la mencionada institución financiera en ningún momento estableció que el Phishing fue a su sistema, lo cual fue corroborado en las investigaciones de esta Autoridad de Supervisión, dentro de su competencia, a través del Informe Técnico.

(...) a fin de considerar la reparación del daño causado, mencionado por Sinchi Wayra, esta empresa tiene la vía judicial correspondiente para que dentro del debido proceso se establezca el daño económico o perjuicio ocasionado a ésta, elemento ausente en el presente caso, al no existir pronunciamiento de autoridad competente...”

Es pertinente aquí rescatar lo determinado por Cabanellas, quien precisa que: “Las sentencias deben ser congruentes con las súplicas de las demandas”, es decir bajo la correcta aplicación del Principio de Congruencia, debe existir una adecuación entre lo pedido y la decisión contenida en la Resolución de la Administración Pública, por lo tanto la misma “se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente” (artículo 63º, parágrafo II, Ley N° 2341).

Es así que dado el carácter puntual con el que se expresa la Resolución Administrativa ASFI No. 590/2012 de 9 de noviembre de 2012, con relación a cada una de las pretensiones señaladas en el Recurso de Revocatoria de 11 de octubre de 2012, no cabe sino concluir en la inexistencia de infracción al principio de congruencia.

Tal posición subsiste, incluso, ante la conclusión que sale en el numeral 2.3 infra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, por cuanto, el extremo que allí se trata (el reclamo sobre el manejo conjunto de la cuenta) corresponde a lo alegado a tiempo del Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 483/2012 de 24 de septiembre de 2012), y no al actual Recurso Jerárquico.

2.1.2. Inexistencia o insuficiencia de fundamentación.-

2.1.2.1. Informes técnicos base de la decisión.-

Expresa también el Recurso Jerárquico:

“...lo solicitado por Sinchi Wayra fue que los referidos informes sean evaluados por la Autoridad Administrativa, significando que sean analizados críticamente y como simples elementos más a tomar en cuenta, no que sean considerados como total y absolutamente válidos en su contenido, debido a que especialmente el informe de Auditoría Interna del Banco Unión es esencialmente fabricado groseramente a la medida de las necesidades de su defensa es parcializado y nada ecuánime y por otro lado los informes técnicos emitidos por ASFI, debían necesariamente ser validados y contrastados con un componente jurídico, que debe existir en el momento en el que se están creando, modificando o extinguiendo derechos y obligaciones...”

En tal sentido, de los antecedentes acumulados en el expediente, se tiene que con relación a *“los referidos informes... especialmente el informe de Auditoría Interna”*, **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** en concreto ha señalado (no precisamente *“solicitado”*), en su memorial de Recurso de Revocatoria, que:

“...la misma Resolución -en alusión a la Resolución Administrativa ASFI N° 483/2012 de 24 de septiembre de 2012..., cuando menciona el Informe/ASFI/DDC/R-99158/2012, primero establece una responsabilidad para Sinchi Wayra S.A. y en especial adjudica la misma a uno de sus ejecutivos, pero por otra parte refiere que se recomienda la iniciación de un proceso sancionatorio contra el Banco Unión, por contravenciones a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y a la normativa interna propia de la entidad, sin referir precisamente cual es la causa de dicha sanción.

Posteriormente conforme refiere el Informe/ASFI/DDC/R-117210/2012, citado en la misma Resolución, concluye de igual manera sosteniendo que el manejo y custodia de claves es absoluta responsabilidad del ejecutivo de la empresa, y que las transferencias tuvieron como destino cuentas personales en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en dos casos y el Banco Ganadero S.A., para otros siete casos. Señala asimismo que las direcciones IP desde las que se realizaron las transacciones una de ellas está en la ciudad de La Paz - Bolivia y las restantes fueron desde las ciudades de Juárez, Monterrey y Distrito Federal de México respectivamente (...)

...se pidió a la ASFI, realizar una auditoría de fiabilidad del sistema del Banco Unión

S.A., con el fin de establecer las escasas normas de seguridad que este tenía en ese momento, debido a que en Sinchi Wayra, se tiene certeza plena que no existió posibilidad de un error o dolo humano de nuestro ejecutivo, porque los filtros, controles y tamices, son precisos para evitar este tipo de hechos, (...)

...La Resolución Administrativa emitida por su Autoridad, no contiene un estudio detallado de los resultados de la auditoría solicitada al Banco Unión, tampoco da a conocer estos, lo que nos provoca indefensión..."

La trascendencia de tales expresiones es unívoca: así sea que no resulten en la idea principal de lo pretendido y por sencilla aplicación del *in dubio pro administrado*, hacen a lo alegado por **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 483/2012 de 24 de septiembre de 2012; por lo tanto, en observancia de los artículos 24° (derecho a la petición y a la obtención de respuesta) y 120°, parágrafo I (derecho a ser oída por autoridad jurisdiccional competente) de la Constitución Política del Estado, y 16°, inciso 'a' (derecho a formular peticiones por ante la Administración Pública) de la Ley N° 2341 -de Procedimiento Administrativo- de 23 de abril de 2002, ameritaban su evaluación, análisis y pronunciamiento a tiempo de la Resolución Administrativa ASFI N° 590/2012 de 9 de noviembre de 2012 que le sigue en la necesaria secuencia que importa el proceso administrativo.

Entonces, de la revisión de la última nombrada, se tiene la mención siguiente:

"...es importante señalar que la empresa Sinchi Wayra en ningún momento solicitó a esta Autoridad de Supervisión, se remitan los informes de Auditoría u otro documento que se encuentra en el expediente, por lo que no puede alegar limitación a su derecho de petición..."

Tal argumento resulta en exceso lacónico, empero fundamentalmente insuficiente, toda vez que no atiende lo alegado en el Recurso de Revocatoria, en sentido de que los informes "que sirvieron de base, para que ASFI emita los criterios técnicos... **sean analizados críticamente** y como simples elementos más a tomar en cuenta..., especialmente el informe de Auditoría Interna del Banco Unión (AIN 012/12 de 9 de febrero de 2012; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)", determinando que no sea por lo sucinto que la Resolución Administrativa ASFI N° 590/2012 resulte insuficientemente fundamentada, sino por no contener una exposición concisa y razonable a la pretensión de la recurrente: no existe un análisis de los informes (el de auditoría incluido) que sirvieron de base al pronunciamiento de la Resolución sancionatoria, o, al menos, el justificativo fundamentado para negar tal solicitud.

2.1.2.2. Seguridad del sistema.-

Señala también el Recurso Jerárquico:

"...ASFI en ningún momento explica cuáles eran las seguridades del sistema del Banco Unión, para que se pueda analizar de manera efectiva cuáles son las garantías que se tienen con relación a ese dinero depositado..."

Sobre si la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tenía el deber de pronunciarse sobre tales extremos, conforme lo hace notar ahora la recurrente, la respuesta es afirmativa, dado que el Recurso de Revocatoria tiene precisamente, como uno de sus argumentos conclusivos:

“...a) Que el sistema informático del Banco Unión es inseguro y que fue el medio ideal para la apropiación indebida practicada por medio de los débitos indebidos realizados...”

Y acerca de si el Ente Regulador cumplió con su deber de pronunciarse, ahora es pertinente retomar lo señalado supra, en el numeral 2.1.1.1 (*Incongruencia entre actos administrativos diversos*) de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, en sentido que, de las actuaciones que salen de la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 y de la nota ASFI/DDC/R-106722/2012), se infiere que, en el período comprendido entre el 10 al 19 de enero de 2012 - cuando se produjeron las irregularidades reclamadas por **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**-, el sistema del Banco Unión S.A., en general, era inseguro y no garantizaba la realización de las operaciones por las personas autorizadas para ello, sin embargo de lo cual y en lo que en concreto hace a las nueve operaciones que hacen al reclamo, las transferencias de fondos se habrían realizado correctamente, siendo el titular el único responsable de las mismas; entonces, en esa lógica, las irregularidades denunciadas no eran imputables a la inseguridad del sistema del Banco Unión S.A., sino a la responsabilidad de quien estaba autorizado, y por ello conocía el código de usuario correspondiente, por parte de **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**.

No obstante, lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dentro del caso de autos ha pasado por alto, conforme ya se expuso, es que el reclamo en concreto está referido, según la nota SW.262/2012 de 1° de marzo de 2012, a que:

“...el BUN se limitó a señalar que estas operaciones ilegales podrían haber sido realizadas a través de un “Phishing”, desde diferentes IPS que no son de propiedad de esta empresa, usando la clave de un funcionario de la misma, pero sin entrar a explicar en qué consistió tal figura, con lo que está aceptando su responsabilidad, en sentido que su sistema informático, padece de gran vulnerabilidad y por tanto, tiene grandes fallas de seguridad y que los débitos fraudulentos no fueron realizados desde Sinchi Wayra S.A. ...”

Quedando de ello claro, que la investigación principal requerida por **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**, dentro del caso de autos, no consistía en determinar si las controvertidas nueve transferencias operadas contra la cuenta N° 1-0000005423524, “se habrían realizado correctamente utilizando el código de usuario”, sino en establecer la existencia o no de inseguridad del servicio de “Banca por Internet” otorgado por el Banco Unión.

Por consiguiente, resulta evidente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, incumplió su deber de pronunciarse, acerca de si el sistema informático del Banco Unión S.A., al ser inseguro (en el período comprendido entre el 10 al 19 de enero de 2012, cuando se produjeron las irregularidades aquejadas por **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**), fue el

medio para la apropiación indebida practicada por medio de las transferencias producidas contra la cuenta N° 1-0000005423524, con respecto a lo cual, inclusive, se ha pronunciado en la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012 (dentro el proceso sancionatorio al que se ha hecho referencia en el numeral 2.1.1.1 supra).

2.1.2.3. Responsabilidad del depositario.-

El Recurso Jerárquico de **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**, continúa:

“...ASFI tampoco analiza cuáles eran las responsabilidades del depositario en este caso el Banco, no analiza lo dispuesto por el Código Civil en sus Artículo 838 y 862 en concordancia con el Artículo 1346 y siguientes del Código de Comercio, que comparten el principio que el depositario tiene como obligación principal y básica la custodia de los bienes entregados en esta calidad (en este caso dinero), con la obligación correspondiente de la restitución de los mismos en los términos del contrato...”

Al respecto, conviene apartar los criterios legales propios de la norma civil sustantiva, de los inherentes al contrato de cuenta corriente bancaria, no porque este último no corresponda a la naturaleza jurídica del depósito en general -que sí lo hace-, sino, porque por especialidad, al encontrarse regulado en la Sección I (Cuenta corriente bancaria), Capítulo III (Depósitos en bancos), Título VII (Operaciones y contratos bancarios), Libro Tercero (De los contratos y operaciones comerciales), del Código de Comercio, goza de suficiente autonomía científica.

En tal sentido, el artículo 1346° del Código de Comercio, en lo que interesa, señala:

*“...Art. 1346.- (CONCEPTO) Por el contrato de cuenta corriente el cuentacorrentista entrega, por sí o por medio de un tercero, a un Banco autorizado al efecto, cantidades sucesivas de dinero, cheques u otros valores pagaderos a su presentación, **quedando éste obligado a su devolución total o parcial cuando se la solicite...**”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, la responsabilidad allí señalada, que ahora reclama la recurrente, aparentemente no habría sido debidamente analizada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a tiempo del pronunciamiento de la resolución recurrida, como también debió merecer ser evaluado al mismo efecto, el contrato de prestación de servicio UNINET suscrito por **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** con el Banco Unión S.A.

No obstante, cabe el cuestionamiento del porqué la entidad recurrida debería de haber considerado los alcances de tal responsabilidad -como lo pretende ahora la recurrente-, por cuanto, el artículo 63°, párrafo II, de la Ley N° 2341, establece que *“La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente...”*, y de la revisión del Recurso de Revocatoria de 11 de octubre de 2011, resulta que en momento alguno sacó a relucir *“las responsabilidades del depositario en este caso el Banco, ... obligación principal y básica la custodia de los bienes entregados en esta calidad (en este caso dinero), con la obligación correspondiente de la restitución de los mismos en los términos del contrato...”*

De hecho, el Recurso de Revocatoria, en esencia, está limitado únicamente a la responsabilidad emergente del phishing (que el Ente Regulador señala haber ocurrido), y si en su petitorio termina solicitando se ordene “*al Banco Unión a asumir responsabilidad por los actos generados como emergencia de su negligencia*”, lo hace siempre en función de lo mismo, y no por otro tipo de responsabilidad como la señalada por el artículo 1346° del Código de Comercio.

Ello determina que, la responsabilidad que se dilucida por el presente proceso administrativo, no tiene que ver con la obligación de devolver el dinero a la que se refiere el artículo 1346° del Código de Comercio, sino la emergente de haber ocurrido el phishing: si por deficiencia de los sistemas del Banco Unión S.A., entonces atribuible al mismo, o si por el contrario, por descuido de la ahora recurrente, dado que “*es responsabilidad de los clientes el manejo y reserva del PIN o clave secreta*” (nota ASFI/DDC/R-106722/2012 de 28 de agosto de 2012).

En todo caso, **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** no puede extrañar en la resolución recurrida, un análisis sobre “*las responsabilidades del depositario*”, por cuanto tal situación, no formaba parte del objeto de conocimiento del Recurso de Revocatoria, y ello, porque sencillamente, no fue alegado por ella misma, en aquella oportunidad.

Esta conclusión, desde luego, no desvirtúa la falta de fundamentación determinada en la presente Resolución Ministerial Jerárquica que hace a la determinación final.

2.1.3. Trascendencia del “phishing”.-

En principio, toda vez que la palabra phishing no se encuentra (aún) reconocida en la lengua española, a efectos de no descontextualizar el uso técnico que de la misma se ha realizado en el presente proceso, es pertinente rescatar la definición para la misma señalada por la Resolución Administrativa ASFI No. 590/2012 de 9 de noviembre de 2012 (nota de pie de página 1):

“Phishing: Tipo de delito o estafa que se comete mediante el uso de ingeniería social caracterizada por intentar adquirir información confidencial de forma fraudulenta (como puede (sic) ser una contraseña o información detallada sobre tarjetas de crédito u otra información), haciéndose pasar por una persona o empresa de confianza en una aparente comunicación oficial.”

2.1.3.1. Responsabilidad por la ocurrencia del “phishing”.-

Establecido lo anterior, corresponde referirse a la fundamentación presentada por el recurrente respecto a la responsabilidad por la ocurrencia del “phishing”:

“...Cuando se refiere que el Phishing fue reconocido por el Banco Unión, ASFI de manera por demás obvia y en defensa del regulado, refiere que si bien el Banco reconoce la evidencia de un posible caso de phishing y/o uso inapropiado de juego de claves, en ningún momento estableció que el mismo fue realizado a su sistema, aspecto que habría sido corroborado por la Autoridad de Supervisión.

De lo referido precedentemente, se puede establecer de manera clara que la defensa al regulado fue tan obvia como esta afirmación. Como podrían haberse realizado débitos irregulares, sino fue vulnerando el sistema del Banco, no pudo en ningún caso haber sido realizado este fraude a través de la vulneración al sistema de Sinchi Wayra, porque los débitos son necesariamente realizados a través del Portal de la entidad bancaria..."

Entonces, en la posición de **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**, resulta que no se habría establecido que el -"posible"- caso de phishing, sea atribuible a su entidad, como señala el Banco Unión S.A. y la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Conviene aquí relacionar el proceso por el cual se ha determinado la existencia de phishing dentro del caso; así:

- El informe de auditoría interna AIN 0122/2012 de 9 de febrero de 2012, ha concluido que:

"...Se ha determinado que las nueve transferencias de fondos suman un total de Bs626.400, y las mismas fueron realizadas a través del servicio de Banca por internet (UNINET) utilizando el usuario del Sr. Arturo Zalles Balanza, quien pertenece al personal ejecutivo de Sinchi Wayra S.A. (...)

...Por otro lado, se debe hacer notar que el Banco en cuanto tuvo conocimiento de que circulaban correos solicitando información a los clientes del sistema financiero a estado sacando constantemente publicaciones por prensa a nivel nacional, advirtiendo que el Banco no solicita a sus clientes contraseñas, números de tarjetas o información personal, la primera publicación salió el 30/10/2011.

También se ha insertado en el sitio web corporativo un comunicado haciendo recomendaciones de seguridad para los clientes que utilizan el servicio UNINET (...)

Por todos los aspectos mencionados y en base al comentario del área legal, se concluye que el Banco ha cumplido con las instrucciones del cliente relacionadas a la otorgación de accesos al servicio UNINET, con las precauciones y responsabilidades que conlleva la administración de claves y PIN.

De esta manera se descarta toda posibilidad de que los sistemas de seguridad del Banco para el uso de UNITE hayan sido vulnerados..."

- El informe -técnico- ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012, refiere que:

"...el Banco Unión S.A. ha reportado una serie de hechos similares que sugieren el uso de Phishing (...)

Mediante carta BUSA GG N°50/2012 de 25 de enero de 2012, el Banco informó a esta Autoridad de Supervisión que la empresa Sinchi Wayra S.A. ha denunciado nueve

transferencias irregulares desde su cuenta a través del sistema ACH por un monto de Bs626,000 a cuentas de personas naturales en diferentes bancos. Asimismo, se afirma que las transacciones por Internet tuvieron su origen en países extranjeros (...)

3.1 En función a la documentación revisada, para cada caso se infiere el tipo de fraude cometido para la obtención de la clave y se referencia al Informe de Auditoría Interna que contiene el detalle correspondiente: (...)

Caso	Forma de Cobro	Conclusión Informe Auditoría Interna del Banco	Referencia
(...)			
SINCHI WAYRA S.A.	No aclara si fue cobrado	Phishing	Denuncia a ser ampliada por Informe de Auditoría Interna
(...)"			

- La nota ASFI/DDC/R-106722/2012 de 28 de agosto de 2012, amén de referir haber solicitado "la remisión de informes de auditoría interna al Banco Unión S.A., con la finalidad de realizar una valoración objetiva", señala que:

"...La Empresa Sinchy (sic) Wayra S.A. habría sido víctima de "Phishing", término informático que denomina un tipo de delito encuadrado dentro del ámbito de las estafas cibernéticas, y que se comete mediante el uso de un tipo de ingeniería social caracterizado por intentar adquirir información confidencial de forma fraudulenta por parte de terceras personas..."

- La Resolución Administrativa ASFI N° 483/2012 de 24 de septiembre de 2012, establece que:

"...Las transferencias de fondos efectuadas entre el 10 y 19 de enero de 2012 a través de la Banca por Internet, se habrían realizado utilizando el código de usuario, clave de acceso operacional, del Sr. Arturo Antonio Zalles Balanza, quien pertenecería al personal ejecutivo de la empresa Sinchy (sic) Wayra S.A., requisitos indispensables para la realización de este tipo de operaciones, **siendo el titular el único responsable para el manejo y custodia de las mismas...**"

- La Resolución Administrativa ASFI N° 590/2012 de 9 de noviembre de 2012, refiere:

"...El Banco Unión S.A, en su carta Cite: BUN.VIP. 53/2012 de 14 de febrero de 2012 responde a la empresa reconociendo la evidencia de un posible caso de phishing y/o el uso inapropiado de juego de claves. Pero se debe aclarar que la mencionada institución financiera en ningún momento estableció que el Phishing fue a su sistema, lo cual fue corroborado en las investigaciones de esta Autoridad de Supervisión, dentro de su competencia, a través del Informe Técnico (...)

Que, en atención al Principio de Verdad Material y a las investigaciones realizadas

dentro del marco de competencia de esta Autoridad de Supervisión, y en procura de resguardar el debido proceso, **se determina la existencia de “Phishing”, en la cuenta de la Empresa Sinchi Wayra...**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo anterior, resulta que la Autoridad ahora recurrida, atribuye la responsabilidad sobre el phishing a **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**, en razón a que el Banco Unión S.A., “en ningún momento estableció que el Phishing fue a su sistema, lo cual fue corroborado... a través del Informe Técnico”, refiriéndose al supra mencionado ASFI/DSR I/R-58992/2012, el que a su vez, señalando textualmente “**Conclusión Informe Auditoría Interna del Banco... Phishing**”, se remite al “Informe de Auditoría Interna que contiene el detalle correspondiente”, y este debe ser, en razón cronológica, el informe de auditoría interna AIN 0122/2012 de 9 de febrero de 2012, el que tiene una única referencia acerca del phishing (en su numeral 4, página 9), empero en referencia a que:

“...Se ha podido verificar que a raíz de algunas denuncias de **intento de “phishing”**, la Subgerencia de Marketing procedió a la publicación de una Ventana de Advertencia al ingresar al servicio de UNINET, esto en fecha 28/10/2011, días previos a que se efectúen los traspasos del presente caso...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, saliéndose del contexto referido al caso de **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**, se anticipa en un descargo impertinente, en tanto es general y abstracto, en una mención que de ninguna manera corresponde al caso precisado por el recurrente; fuera de ello, el informe de auditoría interna AIN 0122/2012, que se supone, al tenor del informe -técnico- ASFI/DSR I/R-58992/2012, debiera evidenciar la responsabilidad de la ahora recurrente en el phishing producido, no tiene absolutamente ningún detalle acerca del mismo.

Ello permite concluir que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha fundamentado debidamente, cual hubiera correspondido, su determinación, y menos aplicado el principio de verdad material, pese a que fue requerido por la parte recurrente.

Por consiguiente, de la compulsa del expediente de autos, dado ser razonable, se puede señalar que en el caso de autos evidentemente ha existido un phishing, en cambio no se puede concluir que el mismo sea atribuible a la falta de cuidado y reserva de SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA, o a la negligencia del Banco Unión “en el establecimiento de seguridades y controles”, conforme pretende la recurrente.

En definitiva, no existe prueba concluyente analizada, que permita imputar la responsabilidad, de la ocurrencia del phishing, sea a **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** o al Banco Unión S.A., lo que denota que el Ente Regulador, no ha cumplido cabalmente con el deber que le señala el artículo 4º, inciso ‘d’ (“investigará la verdad material”), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, y por ello, tampoco ha analizado y alternativamente, aplicado, la norma jurídica que le corresponde al caso.

2.2. Acerca de los principios del Derecho Administrativo.-

SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA, en su Recurso Jerárquico, reclama también infracción

a principios varios que hacen al Derecho Administrativo, entre ellos, a los principios de congruencia y de verdad material, ambos ya supra considerados; “de seguridad jurídica, debido proceso, juez natural, propiedad privada y tantos otros que en definitiva son los que deben ser tomados en cuenta”, así expuestos sin mayor fundamento, en un alegato improcedente al presente, por cuanto, importa no se encuentren fundados como lo exige el artículo 58° de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo.

El agravio que sí tiene el fundamento por Ley exigido, es “El principio fundamental del Derecho Administrativo, tampoco ha sido cumplido, debido a que ASFI no ha actuado en beneficio de toda la colectividad, sino en beneficio y en defensa de los intereses de la entidad bancaria”, esto en relación a lo señalado por el artículo 4°, inciso ‘a’, de la Ley N° 2341: “El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad”; no obstante, en un alegato también inatendible, por cuanto, así como los intereses del Banco Unión S.A. resultan en unos privados y particulares, enfrentados a los de la colectividad, no son ni menos ni mas los intereses de **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**. Dentro de la relación procesal que se configura, quien actúa en servicio de la colectividad, es la Administración, sea mediante el Órgano Regulador en las instancias pasadas, sea mediante la suscrita Autoridad Jerárquica en la oportunidad presente.

2.3. Acerca del reclamo sobre el manejo conjunto de la cuenta.-

A tiempo del Recurso de Revocatoria de fecha 11 de octubre de 2012, **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** dejó constancia de:

“...que en fecha 27 de septiembre de 2011, luego de una serie de reclamos telefónicos, vía email y reuniones sostenidas con personeros del Banco Unión, la empresa formaliza la queja que el manejo de la cuenta necesariamente debe darse mediante dos personas autorizadas conforme a los poderes para el manejo de cuentas; su Autoridad puede evidenciar que la cuenta está abierta para manejo conjunto, pero el sistema UNINET, permitió el manejo de manera individual a pesar de ser esta situación de conocimiento del Banco. No es permisible que el Banco Unión a sabiendas de esta situación, mantenga el criterio que su sistema es invulnerable, cuando resulta obvio que no es así...”

Sin embargo, de la revisión de la Resolución Administrativa que le corresponde a tal Recurso de Revocatoria (la ahora recurrida ASFI N° 590/2012 de 9 de noviembre de 2012), se tiene que la misma prescinde pronunciarse sobre el extremo señalado, dejándolo en la incertidumbre jurídica.

De ello se concluye que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero incumplió con su deber de pronunciarse, en infracción a lo dispuesto por los artículos 24° (derecho a la petición y a la obtención de respuesta) y 120°, parágrafo I (derecho a ser oída por autoridad jurisdiccional competente) de la Constitución Política del Estado, 16°, inciso ‘a’ (derecho a formular peticiones por ante la Administración Pública) y 17°, parágrafo I (obligación de dictar resolución expresa), de la Ley N° 2341 -de Procedimiento Administrativo- de 23 de abril de 2002, extremo que amerita ser subsanado, fundamentalmente por la trascendencia que

tal determinación pudiera tener sobre la controversia conocida al presente.

2.4. Imprecisión en la información proporcionada por el Banco Unión S.A.-

De la revisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 590/2012 de 9 de noviembre de 2012, resulta que la misma señala que:

“...en atención a las recomendaciones del Informe Técnico, el Banco Unión S.A. comunica a esta Autoridad de Supervisión que están en vigencia desde el pasado año, las siguientes prevenciones: (...)

- *Circular N° 268/2011-REF: Controles Adicionales de Seguridad para ingreso a nuestra Banca por Internet UNINET de 1 de diciembre de 2011...”*

No obstante, cuando **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA** solicitó se complemente el expediente con la circular precitada (memorial de 21 de diciembre de 2012), fue respondido con que “no contamos con la Circular de esa fecha, sólo con la Circular 268/2011 de 15 de diciembre de 2011”, la que resulta estar referida a la “Venta Directa de Bonos del BCB a Personas Naturales”, entonces totalmente impertinente al caso de autos.

Sobre el extremo, el Ente Regulador, en su nota ASFI/DAJ/R-17029/2013 de 1° de febrero de 2013, ha explicado que:

“...Revisados los antecedentes de la documentación enviada por el Banco Unión S.A., específicamente la nota de descargos Cite: CA/BUSA GG N°866/2012..., la cual se mencionó en la Resolución ASFI N° 590/2012 de 9 de noviembre de 2012, ésta refiere en su inciso c) la Difusión de Políticas de Seguridad, estableciéndose: “01/12/2011 (CIRCULAR N°268/2011 – REF: Controles Adicionales de Seguridad para el ingreso a nuestra Banca por Internet UNINET);...”, explicación de descargo que se consideró y se insertó en la Resolución ASFI N° 590/2012 de 9 de noviembre de 2012.

Cuando su autoridad solicita a través de la Nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 092/2012 el envío de la Circular N°268/2011, esta Autoridad cumple con la solicitud percibiendo sólo la fecha que no correspondía y aclarando que esta Circular tenía la fecha de 15 de diciembre de 2011.

En este entendido, es el Banco Unión S.A. el que suscita la confusión,...”

Explicación que no la libera de su responsabilidad de revisar la información que procesa en sus actos administrativos, por cuanto, el hecho de haber acreditado sin mayor inconveniente otras literales, mencionadas y requeridas en idénticas circunstancias que la anterior, confirma el hecho de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sí tiene acceso pertinente y oportuno, a la documentación mencionada en la nota de descargos, por tanto, y en aras de lograr la eficacia y calidad, a las que se refiere el artículo 232° de la Constitución Política del Estado, le corresponde verificar la información que procesa para con ello evitar ser inducida a error, como ha sucedido en el caso de autos.

De todas maneras, la importancia de la requerida Circular interna del Banco Unión S.A., N° 268/2011 de 1° de diciembre de 2011, que debió estar referida a los "Controles Adicionales de Seguridad para el ingreso a nuestra Banca por Internet UNINET" no trasciende sobre el fondo de las decisiones adoptadas por el Órgano Regulador y ahora por el Órgano Jerárquico, por cuanto, no resulta en la única literal que demuestra el ejercicio de determinada política del Banco Unión S.A., referida a la seguridad de su sistema de Banca por Internet (para concluir de esa manera, basta con revisar los documentos aparejados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante la nota ASFI/DAJ/R-2676/2013 de 7 de enero de 2013).

Por lo mismo, resultan injustificados los argumentos que ha hecho constar **SINCHI WAYRA SOCIEDAD ANÓNIMA**, en su memorial presentado en fecha 18 de enero de 2013, en sentido que:

"...la Resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria habría manejado una base "falsa", por consiguiente el decisum al que arriba estaría considerado como nulo de pleno derecho y debería ser ratificada la responsabilidad absoluta del Banco Unión en los débitos indebidos realizados a la cuenta de nuestras empresa..."

Debe imponerse más bien, el hecho de haber actuado el Ente Regulador, de la forma que le indica el artículo 4°, inciso 'e', de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, a saber:

"...En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo;..."

Norma que habría sido infringida en función a la información imprecisa presentada, extremo que deberá ser valorado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a los fines de determinar lo que en derecho correspondiere.

Por otra parte, si bien la presumida actuación de buena fe por parte del Ente Regulador, hace excusable su responsabilidad supra detallada (de revisar la información que procesa en sus actos administrativos), lo que no resulta admisible es la propuesta de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que sale de la nota ASFI/DAJ/R-17029/2013 de 1° de febrero de 2013, en sentido que:

"...es el Banco Unión S.A. el que suscita la confusión, razón por la cual, solicitamos a su autoridad remitir la solicitud a esa institución financiera, a fin de lograr la aclaración correspondiente..."

Esto, por cuanto, al tenor del artículo 57°, párrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, en la tramitación de la documentación complementaria, el Ente Jerárquico entiende sus requerimientos con el Ente Supervisor y no así con los administrados, aquellos sobre los que el último nombrado ejerce tuición.

CONSIDERANDO:

Que, en la sustanciación del presente proceso administrativo, se ha evidenciado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no se ha pronunciado sobre la trascendencia del manejo conjunto de la cuenta involucrada, conforme al reclamo hecho presente a tiempo del Recurso de Revocatoria, así como no ha fundamentado correctamente su decisión a las impugnaciones referidas a los Informes técnicos base de la decisión, y sobre la seguridad del sistema de Banca por Internet del Banco Unión S.A., y tampoco ha realizado una correcta averiguación de la verdad material que permita imputar la responsabilidad de la ocurrencia del phishing, a quien corresponda, con inobservancia al procedimiento administrativo previsto en la normativa aplicable y con infracción a las garantías de la recurrente y que hacen al debido proceso administrativo.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 590/2012 de 9 de noviembre de 2012 **inclusive**, debiendo en consecuencia pronunciarse una nueva Resolución Administrativa, con observancia a los fundamentos señalados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 599/2012 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°019/2013 DE 17 DE ABRIL DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 019/2013

La Paz, 17 de Abril de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SAN ANTONIO LTDA.**, representada legalmente por el Sr. Pedro Nava García contra la Resolución Administrativa ASFI N° 599/2012 de 13 de noviembre de 2012 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 485/2012 de 25 de septiembre de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 017/2013 de fecha 18 de marzo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 047/2013 de fecha 01 de abril de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 4 de diciembre de 2012, la **Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda.**, representada legalmente por el Sr. Pedro Nava García tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 461/2012, de 6 de noviembre de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 58 del Distrito Judicial de Cochabamba, a cargo de la Dra. Karen Álvarez Royo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución

Administrativa ASFI N° 599/2012 de 13 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 485/2012 de 25 de septiembre de 2012.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-160683/2012, con fecha de recepción 7 de diciembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 599/2012 de fecha 13 de noviembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 11 de diciembre de 2012, notificado en fecha 14 de diciembre de 2012, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 599/2012 de fecha 13 de noviembre de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR II/R-104961/2012 de fecha 24 de agosto de 2012, notificó a la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda., con los siguientes cargos:

“...Incumplimiento a lo establecido en el artículo 79 inciso d), en relación al límite señalado en el artículo 54, numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), aplicable a las entidades no bancarlas por disposición del artículo 69 de la señalada Ley, al determinarse en base a la información reportada a la CIRC al 31 de mayo de 2012, que el señor Isaac Álvarez Rocha en su calidad de Funcionario (Cajero), mantenía operaciones con la entidad, que en su conjunto sobrepasaban el límite establecido por ley, de acuerdo al detalle siguiente:

DETALLE	MONTO (*)
PATRIMONIO NETO VIGENTE A PARTIR DEL 19/05/2012	44,272,687.00
(A) TOTAL ENDEUDAMIENTO AL 31/05/2012	164,677.34
(B) LIMITE S/G ARTÍCULO 54, NUM. 4 LBEF 0,15%	66,409.03
C= (B-A) DIFERENCIA	98,268.31

* Expresado en bolivianos

En consecuencia, se le otorga un plazo de siete (7) días hábiles computables a partir de la fecha de recepción de la presente notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 supra citado, para que remita los descargos o explicaciones correspondientes debidamente documentados.”

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante Nota Cite CACSA 107/2012 de 10 de septiembre de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda., presenta descargos alegando lo siguiente:

“...HECHOS FÁCTICOS REFERENTES AL PRESENTE CASO:

1.1.- En fecha 4 de enero de 2011 se procedió al desembolso del crédito por un monto de Bs.- 173.750.- (ciento setenta y tres mil setecientos cincuenta 00/100 bolivianos) y en fecha 31 de octubre de 2011 se otorgó un préstamo por Bs.- 8.700.- (ocho mil setecientos 00/100) a favor del Sr. ISAAC ALVAREZ ROCHA.

1.2.- Al 31 de mayo de 2012, como deudas directas tenía un saldo a capital de Bs.- 158.218,58.- correspondiente el (sic) préstamo 10013789 y Bs.- 7.612,10.- del préstamo 10014791, ascendiendo a un monto total Bs.- 165.830,68.-

1.3.- En fecha 9 de mayo de 2012 se contrata los servicios del Sr. ISAAC ALVAREZ ROCHA, en calidad de Cajero de la Entidad según memorándum No. 117/2012.

1.4.- Según instructivo de fecha 16 de mayo de 2012, la Entidad solicita la cancelación de las operaciones pendientes con la institución, así como el cierre de su cuenta de ahorro, otorgándole un plazo hasta fecha 22 de mayo de 2012.

1.5.- En fecha 8 de junio de 2012 se cursa el memorándum No. 141/2012 al Sr. ISAAC ALVAREZ y se le comunica la rescisión del contrato dentro del periodo de prueba que se halla vigente en la legislación laboral, en consecuencia la desvinculación del prenombrado, ante su imposibilidad de la cancelación de las deudas que tiene con la Cooperativa.

1.6.- En fecha 25 de junio de 2012 la Entidad remite los descargos referidos a memorándums cursados al funcionario y se infiere el saldo a capital con corte a junio 2012, que asciende a un monto total de Bs.- 164.678,02.-

1.7.- El patrimonio neto de la Entidad vigente a partir del 16 de mayo de 2012 es de Bs.- 44.272.687,00.- (cuarenta y cuatro millones doscientos setenta y dos mil seiscientos ochenta y siete 00/100 bolivianos).

1.8.- En la notificación de cargos emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se infiere el límite de endeudamiento que a decir de este trámite asciende al **0.15% y se establece un monto de Bs.- 66.409,03.-.**

II.- NORMAS PRESUNTAMENTE INOBSERVADAS:

Al respecto y en lo referente a las supuestas omisiones normativas que se colige como inobservadas, se cita taxativamente la parte pertinente de las mismas:

ARTICULO 54º. Las entidades financieras bancarias no podrán:

"...4. Realizar operaciones de crédito con sus administradores y/o con prestatarios o grupos prestatarios, vinculados a ellos; excepto a sus empleados no ejecutivos, en cuyo caso el total de dichas operaciones no podrá exceder el uno y medio por ciento (1.5%) del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria, ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite.

ARTICULO 79º. Las entidades de intermediación financiera no bancaria no podrán

realizar las siguientes operaciones:

"...d) Conceder o mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de prestatarios vinculados a ellos, dentro de los alcances del artículo 50° de esta Ley. Para efectos de la presente Ley, se entenderán por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, ya sean apoderados o no, o que presten servicios a la entidad bajo cualquier denominación, que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma. Los créditos que mantengan tales personas deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones...". SIC.

III.- CONCLUSIONES:

Conforme a los artículos precedentemente mencionados y objeto de la presente petición, se infiere lo siguiente:

a) Que, el patrimonio de la Entidad vigente a partir del 16 de mayo de 2012 es de Bs.- 44.272,687,00.-, siendo el límite de 1.5% de la norma precitada un monto equivalente a Bs.- 664.090,30.- y el saldo actual a capital de los préstamos otorgados a favor del Sr. ISAAC ALVAREZ ROCHA es de Bs.- 165.830,68.- es decir un monto inferior al contenido en la disposición que regula el límite, no siendo pertinente el porcentaje indicado en la carta ASFI/DSR II/R-104961/2012, consiguientemente la observación sobre un supuesto incumplimiento no corresponde.

b) Que, habiendo verificado las deudas del Sr. ISAAC ALVAREZ ROCHA, siendo estas anteriores a su contratación como funcionario de la Cooperativa, se le exhorto e impetru proceder a su cancelación y ante la inobservancia se tomó la decisión de no continuar con sus servicios en calidad de cajero, misma que fue asumida dentro del periodo de prueba prevista en la legislación laboral, como medida unilateral asumida por la institución.

IV.- PETITORIO:

En mérito a los argumentos esgrimidos precedentemente se colige que no corresponde la observación realizada, por tanto solicito dejar sin efecto la notificación de cargos contenida en la carta ASFI/DSR II/R-104961/2012 de fecha 24 de agosto de 2012, trámite No. T – 548582..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 485/2012 DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 485/2012 de 25 de septiembre de 2012 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resuelve:

PRIMERO.- Sancionar a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.** con una multa de 3,000.00 DEG (Tres mil Derechos Especiales de Giro) equivalente al 3% del Capital Mínimo de la Cooperativa, al haber incumplido con lo establecido en el artículo 79 inciso d), en relación al límite señalado en el

artículo 54, numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

SEGUNDO.-La multa impuesta deberá depositarse en la Cuenta Fiscal N° 1-4678352 (Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas) del Banco Unión S.A., en moneda nacional y al tipo de cambio vigente en la fecha de pago, dentro los siguientes 15 días hábiles posteriores a la notificación con la presente Resolución, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir las papeletas de depósito correspondientes en el transcurso de dicho plazo.

TERCERO.-Disponer que la presente Resolución sea puesta en conocimiento de la Asamblea de Socios y los Consejos de Administración y Vigilancia de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.**, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), debiendo remitirse a este Órgano de Supervisión copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas, dentro de las 72 horas de efectuado el acto correspondiente."

Los argumentos, de la mencionada resolución, son los siguientes

"CONSIDERANDO:

El inciso d) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) determina que las Entidades de Intermediación Financiera no Bancaria no podrán: "Conceder o mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de prestatarios vinculadas a ellos, dentro de los alcances del artículo 50 de esta Ley. Para efectos de la presente Ley, se entenderán por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, ya sean apoderados o no, o que presten servicios a la entidad bajo cualquier denominación, que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma. Los créditos que mantengan tales personas deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones":

Que, el numeral 4, artículo 54 de la citada norma, indica que las Entidades financieras bancarias no podrán: Realizar operaciones de crédito con sus administradores y/o con prestatarios o grupos prestatarios, vinculados a ellos; excepto a sus empleados no ejecutivos, en cuyo caso el total de dichas operaciones no podrá exceder el uno y medio por ciento (1.5%) del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria, ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite":

Que, el segundo párrafo del artículo 69 del mismo cuerpo normativo señala que en "En todas las materias que no estén expresamente previstas en este título, se aplicará en lo conducente, las disposiciones contenidas en esta Ley para las entidades de intermediación financiera bancaria y otras normas conexas":

Que, el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) determina que: "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta ley o las normas

reglamentadas se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas: (...) 2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo (...)"

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

Que, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) se establece que: "Son atribuciones de la Superintendencia: (...) 10. Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales".

CONSIDERANDO:

Que, como parte de la administración de las entidades, conforme lo tiene previsto el artículo 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), es obligación de sus administradores, velar por el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes, tal el caso de la previsión del artículo 79, inciso d) del mismo cuerpo normativo, en relación al límite establecido en el numeral 4) del artículo 54, aplicable por disposición del artículo 69 de la señalada ley, que en el presente caso se refiere, a que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.** no pueda mantener operaciones con sus empleados no ejecutivos, que individualmente sobrepasen el 0.15% del Patrimonio Neto de la entidad.

Que, del examen de los descargos efectuados por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.**, se establecen los aspectos siguientes:

- En relación al primer argumento, la Cooperativa no realizó una correcta interpretación de lo establecido en el artículo 79 inciso d), en relación al límite señalado en el artículo 54, numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), aplicable a las entidades no bancarias por disposición del artículo 69 de la señalada Ley, que señala que el total de las operaciones que la entidad mantenga con sus empleados no ejecutivos, no podrá exceder el 1.5 % del Patrimonio Neto de la entidad, "ni individualmente" el 10 % de dicho límite, es decir 0.15%, por lo que el argumento de la Cooperativa que señala que no se habría excedido el límite del 1.5 %, es erróneo.
- Con referencia al segundo argumento presentado, tampoco desvirtuó el cargo notificado, ya que posterior a la contratación del señor Isaac Álvarez, se le habría solicitado que cancele los créditos otorgados, y que por la imposibilidad

de este funcionario tuvieron que tomar la decisión de no continuar con sus servicios, la misma que fue asumida dentro del periodo de prueba, argumento que no desvirtúa el incumplimiento al haberse mantenido el exceso en el límite permitido durante el tiempo que el señor Álvarez estuvo trabajando en la entidad.

Que, mediante INFORME /ASFI/ DSR 111 R-1 18064/2012.de 19 de septiembre de 2012, la Dirección de Supervisión de Riesgos II de esta Autoridad de Supervisión, establece que los descargos presentados por el Gerente General de la Cooperativa no desvirtúan el cargo notificado, consiguientemente, se ratifica el cargo por el incumplimiento de lo dispuesto en el inciso d) del artículo 79, en relación al límite fijado en el artículo 54 numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), aplicable a las entidades no bancarias por disposición del artículo 69 de la señalada Ley.

CONSIDERANDO:

Que, para la gradación de la sanción a ser impuesta a la entidad, se ha considerado la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, para lo cual, conforme lo dispone la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, se establecen los siguientes elementos concurrentes: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas e infracciones a la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Que, para los efectos de la gradación entre el hecho que genera el proceso sancionatorio y la sanción a ser impuesta se consideran los elementos siguientes:

Tipificación. Se evidencia el incumplimiento a las disposiciones del inciso d) del artículo 79, en relación al límite señalado en el artículo 54, numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), aplicable a las entidades no bancarias por disposición del artículo 69 de la señalada Ley, al haberse evidenciado en base a la información reportada a la CIRC al 31 de mayo de 2012, que el señor Isaac Álvarez Rocha en su calidad de Funcionario (Cajero), mantenía operaciones con la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.**, que en su conjunto superan el 0.15% del Patrimonio Neto-de la entidad.

El Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título XIII, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, específicamente en la Sección 2, artículo 18, numeral 4, determina un criterio reglado para la imposición de la sanción pecuniaria, estableciendo que: "La entidad financiera que incurra en cualquiera de las siguientes acciones: (...) 4. Conceda créditos a sus empleados no ejecutivos, en exceso del uno y medio por ciento del patrimonio neto de la entidad

financiera, ni individualmente el diez por ciento de dicho límite. (...) acarrearán a la entidad infractora, una multa no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del monto de la respectiva operación prohibida que hubiere efectuado, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo. La sanción señalada será aplicada independientemente de la conminatoria a la entidad para regularizar la situación en la forma y plazo que determine el o la Director (a) Ejecutivo (a).

Calificación. Bajo el análisis precedente, conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la inobservancia a las disposiciones legales así como a las normas reglamentarias, circunscriben la conducta de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.**, en el ámbito de Infracciones establecidas en el artículo 102 del antes mencionado cuerpo legal.

Gradación. Al considerarse que la inobservancia que promueve el proceso sancionatorio bien pudo evitarse de haberse considerado las disposiciones legales vigentes, por cuanto estas operaciones redundaron en la generación de beneficios económicos para la Cooperativa, ya que durante el tiempo de exceso al mencionado límite en el cual el señor Isaac Álvarez Rocha ingresó a la Cooperativa a ocupar el cargo de Cajero, la entidad se benefició de los intereses generados por los créditos mantenidos con dicho funcionario no ejecutivo. Asimismo, se configura una acción por negligencia por parte de los administradores de la Cooperativa al no haber regularizado el exceso de forma previa a la contratación del señor Isaac Álvarez, incumpliendo lo señalado en el inciso d) del artículo 79, en relación al límite establecido en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), aplicable a las entidades no bancarias por disposición del artículo 69 del mismo cuerpo normativo.

Modulación. A los efectos de modular la multa aplicable a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.**, se debe considerar la existencia del criterio reglado según lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título XIII, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, específicamente en la Sección 2, artículo 18, numeral 4 que establece: una sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del monto de la respectiva operación prohibida, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo.

Que, en el presente caso a efecto de aplicar la discrecionalidad reglada otorgada por la normativa regulatoria antes citada, se ha considerado que la infracción motivo del presente proceso sancionatorio no tiene el carácter de recurrente. Asimismo, se ha tomado en cuenta la inexistencia de daños en contra de terceros, así como las medidas de regularización adoptadas por la entidad al haber desvinculado al funcionario.

El detalle desglosado de la sanción a imponerse es el siguiente:

Detalle	Bolivianos
Patrimonio Neto de la Cooperativa vigente a partir del 16/05/2012	44,272,687.00
Límite s/g artículo 54, numeral 4 LBEF de 1.5% del Patrimonio Neto para el 100% de las operaciones con los funcionarios no ejecutivos.	666,090.30
Límite s/g artículo 54, numeral 4 LBEF de 0.15% del Patrimonio Neto para operaciones con cada funcionario (individualmente)	66,409.03
Total endeudamiento al 31/05/2012	164,677.34
Exceso al límite	98,268.31

Multa a imponerse	Bolivianos
Multa equivalente al 50% de la Operación Prohibida	82,338.67
Multa equivalente al 40% de la Operación Prohibida	65,870.94
Multa equivalente al 30% de la Operación Prohibida	49,403.20
Multa equivalente al 20% de la Operación Prohibida	32,935.47

Cooperativa "San Antonio"	Porcentaje	Monto en DEG	Expresado en Bs.(*)
El Capital Mínimo equivale a 100,000 Derechos Especiales de Giro (DEG)	3%	3,000.00	31,835.82

* Tipo de cambio de Bs10.61194 por unidad de DEG de acuerdo a información del B.C.B. de fecha 19/09/2012

Que, de acuerdo a la valoración efectuada, la sanción mínima a imponerse equivalente al 20% del total de la operación prohibida supera el 3% del Capital Mínimo de la entidad, por lo que aplicando el criterio de que la sanción no puede sobrepasar el límite reglado establecido en la normativa regulatoria, y en cumplimiento al artículo 99, numeral 2 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) se aplica el máximo porcentual establecido, es decir una multa de hasta el 3% del Capital Mínimo de la Cooperativa.

CONSIDERANDO:

Que, la Dirección de Supervisión de Riesgos II, mediante INFORME / ASFI/ DSR 111 R118064 /2012 de 19 de septiembre de 2012, ha analizado los antecedentes, descargos y explicaciones presentadas por parte de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "SAN ANTONIO" LTDA.**, en el marco de lo dispuesto en el artículo 99, numeral 2 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, artículo 18 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por la inobservancia de lo establecido en el inciso d) del artículo 79, en relación al límite del artículo 54 numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), aplicable a las entidades no bancarias por disposición del artículo 69 del mismo cuerpo normativo, recomendando la imposición de una sanción mínima equivalente, al 3% del Capital Mínimo.

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 29 de octubre de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio

Ltda., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 485/2012 de 25 de septiembre de 2012, argumentando lo siguiente:

"...1) La Institución que represento cuenta con Licencia de Funcionamiento SB/034/1994 de 17 de mayo de 1994, desde esta fecha y por más de 15 años en los que ha desempeñado sus actividades de ahorro y crédito, no tuvo multas o sanciones de esta envergadura, por un incumplimiento a una norma positiva, siendo esta omisión la primera en el transcurso de este tiempo, al haber contratado los servicios en calidad de cajero del Sr. ISAAC ALVAREZ ROCHA, quien mantiene operaciones vigentes con la Cooperativa. Es más se ha buscado obedecer de forma diligente las reglas que nos rigen como Entidad de intermediación Financiera.

Al respecto, percatándose de los préstamos que tenía el aludido cajero, es la misma Entidad la que tomó la acción correctiva y prescindió de los servicios del cajero.

....Es menester aclarar que en el afán de subsanar las observaciones de la inspección ordinaria con corte al 31 de octubre de 2011 realizada por la ASFI, donde se observó la excesiva acumulación de vacación de los funcionarios, la falta segregación de funciones de los Encargados y Auxiliares de agencia; como acción correctiva se vio por conveniente la contratación de más personal a fin de satisfacer el crecimiento de la Entidad, así como superar las observaciones realizadas para dar vacaciones a los funcionarios que cuenten con acumulación de este beneficio y establecer funciones más específicas con el personal de agencia. Motivos que conllevaron a la contratación con premura de nuevos cajeros. Es así que se contrataron los servicios del Sr. ALVAREZ, para satisfacer esta necesidad con celeridad.

....Siendo que esta infracción no es recurrente dentro de la institución, es que me permito transcribir la norma que conlleva un grado de permisibilidad infiriendo de forma taxativa la recopilación de normas para Bancos y Entidades Financieras, título XIII, Capítulo II, sección 4, Art 1: "... Para los efectos de calificar la reincidencia o habitualidad, el o la Director (a) Ejecutivo (a), tomará en cuenta la conducta anterior de la entidad financiera o de los infractores, atendiendo a las sanciones que les hubieren sido impuestas durante los últimos tres (3) años.

Este plazo se extenderá a cinco (5) años, cuando se haya actuado con dolo y éste se presumirá cuando se hayan hecho declaraciones falsas a ASFI, relacionadas con los hechos o infracciones cometidas" SIC.

....Por lo expuesto, me he permitido deducir la inexistencia de infracciones de esta índole en contra de la Cooperativa, siendo la primera vez en la cual incurrimos en esta omisión solicitamos que se mute la sanción.

2) Otro punto que propugna nuestro recurso es lo indicado de forma textual en el inciso d) del art. 79 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras, establece: "...Las entidades de intermediación financiera no bancaria no podrán realizar las siguientes operaciones:

d) Conceder o mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de

prestatarios vinculados a ellos, dentro de los alcances del artículo 50° de esta Ley. Para efectos de la presente Ley, se entenderán por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, ya sean apoderados o no, o que presten servicios a la entidad bajo cualquier denominación, que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma. Los créditos que mantengan tales personas deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones" SIC.

....La parte pertinente del Art. 54 de la referida norma, en su inc. 4. menciona que las entidades financieras bancarias **no podrán realizar operaciones** de crédito con sus administradores y/o con prestatarios o grupos prestatarios, vinculados a ellos; excepto a sus empleados no ejecutivos, en cuyo caso el total de dichas operaciones no podrá exceder el uno y medio por ciento (1.5%) del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria, ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite.

....Estas normas que sirven de base de la RESOLUCIÓN SANCIONATORIA en contra de la Entidad, son explicadas para buscar la infracción, empero deben interpretarse semánticamente, es decir la Entidad no concedió préstamo al Sr. ALVAREZ cuando este era funcionario, sino fue con anterioridad a su contratación.

....Asimismo, no fue su intención mantener las operaciones crediticias con este señor, pues se le pidió su cancelación y en vista que no realizó dicho acto, se prescindió inmediatamente de sus servicios, lo cual demuestra que la Institución no pretende en ningún momento vulnerar las normas que nos regulan.

....Por lo expuesto al amparo de la ley de procedimiento administrativo y sus respectivas reglamentaciones solicito se sirva aceptar el recurso y en consecuencia REVOCAR la resolución sancionatoria, dejando sin efecto sus alcances y multas respectivas..."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 599/2012 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 599/2012 de 13 de noviembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resuelve confirmar totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 485/2012 de 25 de septiembre de 2012, que sanciona a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta San Antonio Ltda., con multa de 3.000 DEG, de conformidad a las consideraciones expuestas a continuación:

“...CONSIDERANDO:

Que, el artículo 331° de la Constitución Política del Estado, establece que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, prescribe en el artículo 332°, parágrafo I. que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de Bancos y entidades financieras, de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, señala que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y además de las funciones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, de conformidad a lo dispuesto por el inciso e) del artículo 12 del Decreto Supremo N° 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir Resoluciones Administrativas que competen a esta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, el artículo 153° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es el Órgano Rector del sistema de control de toda la captación de recursos del público y de intermediación financiera del País, la misma que tiene como uno de sus objetivos, mantener un sistema financiero sano y eficiente.

Que, la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por disposición de la Ley citada precedentemente, es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y valores. Tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias a todas las entidades.

Que, el artículo 49 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobando mediante Decreto Supremo de No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que la Autoridad Sectorial que conozca el recurso de revocatoria tendrá un plazo de veinte (20) días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución

Que, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente Constitucional del Estado, designó a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista, como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el inciso d) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) determina que las Entidades de Intermediación Financiera no Bancaria no podrán: "Conceder o mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de prestatarios vinculados a ellos, dentro de los alcances del artículo 50 de esta

Ley. Para efectos de la presente Ley, se entenderán por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, ya sean apoderados o no, o que presten servicios a la entidad bajo cualquier denominación, que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma. Los créditos que mantengan tales personas, deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones."

Que, el numeral 4, artículo 54 de la citada norma, indica que las entidades financieras bancarias no podrán: "Realizar operaciones de crédito con sus administradores y/o con prestatarios o grupos prestatarios, vinculados a ellos; excepto a sus empleados no ejecutivos, en cuyo caso el total de dichas operaciones no podrá exceder el uno y medio por ciento (1.5%) del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria, ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite. (sic)

Que, el segundo párrafo del artículo 69 del mismo cuerpo normativo, señala que: "En todas las materias que no estén expresamente previstas en este título, (sic) se aplicará en lo conducente, las disposiciones contenidas en esta Ley para las entidades de intermediación financiera bancaria y otras normas conexas."

Que, el numeral 2 del artículo (sic) 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) determina que: "Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas: (...) 2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo."

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

Que, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo (sic) 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) se establece que son atribuciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero "Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales."

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a los fundamentos contenidos en la Carta ASFI/DAJ/R-133066/2012 de 17 de octubre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiera (sic) conminó a la Cooperativa San Antonio Ltda., a acreditar en cinco días el pago de la multa impuesta mediante Resolución ASFI N° 485/2012, habiendo cumplido la entidad

con dicha acreditación dentro del plazo establecido, viabilizando así la atención a la Carta CACSA 119/012, presentada el 9 de octubre de 2012.

Que, habiéndose notificado la Resolución Sancionatoria ASFI N° 485/2012 de 25 de septiembre de 2012 en fecha 1 de octubre de 2012, de acuerdo al artículo 48 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la entidad contó con diez días hábiles administrativos para presentar el correspondiente recurso de revocatoria, plazo que venció el fecha 22 de octubre de 2012, considerando además el término de la distancia previsto en el artículo 34 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI; sin embargo, en fecha 29 de octubre presenta la Carta CACSA 123/012 complementando la Carta CACSA 119/012 remitida el 9 de octubre de 2012.

Que, la Carta CACSA 123/012, además de acreditar el depósito(sic) de la multa impuesta, abunda en argumentaciones y fundamentos referidos a la impugnación a la Resolución ASFI N° 485/2012 de 25 de septiembre de 2012, sin embargo estas argumentaciones y fundamentos se exponen luego de cinco días hábiles administrativos de vencido el plazo para la impugnación.

Que, pese a lo extemporáneo de la presentación de la Carta CACSA 123/012 exponiendo argumentos de impugnación contra la Resolución ASFI N° 485/2012 de 25 de septiembre de 2012, este Órgano Administrativo no pudo apartarse del Principio de Verdad Material establecido en el artículo 4, inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2012, que induce a la investigación de la verdad material antes que la verdad formal.

Que, por encima de la oportunidad en la presentación de la Carta CACSA 123/012 que contiene los fundamentos precisos de la Cooperativa respecto a la impugnación, en aplicación del Principio de Verdad Materia, (sic) esta Autoridad de Supervisión considera necesario conocer dichos argumentos a fin de lograr un criterio coherente e imparcial a tiempo de emitir pronunciamiento sobre el recurso interpuesto, por lo que procede al análisis de lo expuesto en la Carta CACSA 123/012 presentada en 29 de octubre de 2012.

CONSIDERANDO:

Que, ya en el análisis a los argumentos expuestos por la Cooperativa San Antonio Ltda., en sus cartas CACSA 119/012 y CACSA 123/012, se establece lo siguiente:

1. En la carta CACSA 119/012, presentada el 9 de octubre de 2012, solicita disponer la reconsideración de la multa impuesta, tomando en cuenta que en los últimos quince años no se ha impuesto multa alguna a la Cooperativa por transgredir o incumplir las disposiciones legales y financieras, teniéndose en cuenta también que la Cooperativa no ha generado perjuicio económico en desmedro de los intereses ni derechos de terceras personas, ni mucho menos existió un beneficio o favorecimiento económico cuantioso a favor de la

Cooperativa a momento de la contratación del funcionario y que en todo momento actuó de buena fe, sin pretender afectar derechos de terceros.

Las sanciones administrativas que impone este Órgano Fiscalizador, en el marco de las atribuciones conferidas en el artículo 154, numeral 10 de la Ley N° 1488, obedecen a la aplicación del artículo 99 de la misma Ley, que dispone en forma imperativa que ante la constatación de la comisión de una infracción a dicha ley o normas reglamentarias, se impondrán las sanciones administrativas allí previstas.

En la determinación de las infracciones, el regulador debe considerar la conducta del regulado a tiempo de cometer la infracción, la que dependiendo del dolo o la culpa, determinará la sanción a imponerse. En este aspecto, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 07/2004 de 19 de abril de 2004 manifiesta:

“El dolo, siguiendo la definición que nos proporciona Guillermo Cabanellas, consiste ‘En su acepción genérica, engaño, fraude, simulación’. Es decir, que el dolo se configura a partir de la existencia de una conducta que es realizada con conocimiento y voluntad, destinada a perseguir u obtener un resultado o una finalidad antijurídica. El dolo, en consecuencia, será la actitud subjetiva de decidirse por la ejecución de una acción lesiva al ordenamiento jurídico.

La culpa, siguiendo a Guillermo Cabanellas, será ‘en sentido amplio, toda falta voluntaria o no, que causa mal o daño’. Entre los elementos de la culpa se encuentra la negligencia, la imprudencia y la impericia, además de la falta de observación del deber de cuidado.”

Por otra parte, a los efectos de ejercer su facultad sancionadora, el Supervisor está sometido a la discrecionalidad reglada con la que debe modular la sanción a imponer, respecto a lo cual se tiene la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, que señala:

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

En consecuencia, los criterios exhortados por la entidad recurrente para considerar las circunstancias que condujeron a la comisión de la infracción, han sido tomados en cuenta a tiempo de modular la sanción y no para determinar la existencia o no de la infracción administrativa.

2. Manifiesta que la Institución ha contratando (sic) personal para los cargos acéfalos, entre los cuales se encuentra aquella que ha derivado en la

infracción observada por ASFI; sin embargo esta situación se ha dado por cumplir con el propósito de mantener un organigrama acorde a la cobertura que la institución y en función a su crecimiento y tamaño, situación que no ha sido de forma negligente, por lo cual, al percatándose (sic) de los préstamos que tenía el aludido cajero, es la misma Entidad la que tomó la acción correctiva y prescindió de sus servicios.

La comisión de una infracción para evitar otra no es un argumento válido ni atendible para revocar un acto administrativo de carácter sancionatorio, tampoco constituye fundamento válido que una acción correctiva posterior haya diluido la infracción cometida.

En todo caso, como parte de la administración de las entidades conforme se tiene previsto el artículo (sic) 28 de la Ley N° 1488, es obligación de sus administradores velar por el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes, tal el caso de la previsión al límite (sic) establecido en el numeral 4) del artículo 54, aplicable a lo previsto en el artículo 79, inciso d) del mismo cuerpo normativo por disposición del artículo 69 de la señalada Ley. El incumplimiento a lo previsto en el artículo 28 de la Ley N° 1488, ocasionando infracciones de tipo administrativo, importa necesariamente una conducta cuando menos culpable de los administradores de la entidad sancionada, aspecto que ha sido establecida en el presente proceso y espontáneamente reconocido por la entidad recurrente, al sostener que la misma no ha sido producida por el propósito de mantener un organigrama acorde a la entidad y no por una conducta negligente.

3. *La entidad no concedió préstamo al Sr. Álvarez cuando este era funcionario, el mismo fue otorgado con anterioridad a su contratación.*

El artículo 79, inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto ordenado), establece expresamente la prohibición para las entidades de intermediación financiera no bancarias de conceder o mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos prestatarios vinculados a ellos, dentro los alcances del artículo 50 de la misma Ley. A continuación, este artículo modula para efectos de su aplicación y alcances a quienes se entenderá por ejecutivos y funcionarios, incluyendo dentro este grupo a aquellos que ejercen funciones de decisión u operación y que puedan comprometer a la entidad con o sin limitaciones a sola firma.

En el contexto anterior, el crédito que la Cooperativa mantuvo con el señor Isaac Álvarez Rocha luego de vincularlo a la entidad, ingresa dentro los alcances de la prohibición anteriormente descrita por cuanto él no es ejecutivo pero mantuvo operaciones de crédito con la entidad por encima del límite fijado por el artículo 54 numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), límite que como se dijo, es aplicable a las entidades de intermediación financiera no bancarias por disposición del artículo 69 de la señalada Ley N° 1488.

4. En razón a la inexistencia de comisión de infracciones anteriores de esta índole y siendo la primera vez en la cual se incurre en esta omisión, solicitamos que se mute la sanción.

El artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) imperativamente determina:

“Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán posibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas: (...) 2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo.”

De la norma precedentemente citada, queda claro que las sanciones impuestas por este Órgano Fiscalizador no obedecen a un criterio puramente discrecional, sino que sus decisiones se encuentran enmarcadas en las disposiciones normativas que las rigen, guardando coherencia entre el hecho sancionado y la sanción impuesta.

En este contexto, la solicitud de mutación de la sanción impetrada por la entidad recurrente no se encuentra dentro de los alcances de esta Autoridad de Supervisión, considerando la discrecionalidad reglada a la que debe someterse a tiempo de imponerla.

CONSIDERANDO:

Que, los argumentos y fundamentos expuestos por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta San Antonio Ltda. en las cartas CACSA 119/012 recibida el 9 de octubre de 2012 y CACSA 123/012 presentada el 29 octubre de 2012, no constituyen elementos que justifiquen la revocatoria de la Resolución Administrativa ASFI N° 485/2012 de 25 de septiembre de 2012 que sanciona a la entidad con multa de 3.000 DEG por infracción al artículo 79 inciso d) en relación al límite señalado en el artículo 54 numeral 4) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), aplicable a las entidades no bancarias por disposición del artículo 69 de la señalada Ley.

Que, el artículo 43 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, manifiesta que las resoluciones sobre recursos de revocatoria serán “Confirmatorias”, cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos...”

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 4 de diciembre de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 599/2012 de 13 de noviembre de 2012, argumentando lo siguiente:

“...III.INTERÉS LEGÍTIMO y DERECHO SUBJETIVO.- a) El poder mencionado el exordio acredita mi calidad de representante legal de la Entidad por delegación del Consejo de Administración conforme a las facultades establecidas en el Estatuto Orgánico de CACSA, siendo elegidos los Directores por votación realizada por los Socios de la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio y posesionados en acto posterior (no obstante del principio de verdad formal).

b) Dentro del alcance del mencionado poder se acreditan las facultades para la interposición del presente recurso, como medio de impugnación de la resolución administrativa No. 485/2012 de fecha 25 de septiembre de 2012, siendo esta gravosa a los intereses de la Cooperativa.

c) Por otra parte, debido a que con este acto administrativo se sanciona a la Entidad a cancelar una cantidad importante de dinero y se fundamenta en disposiciones positivas contenidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, que no se amoldan propiamente a los hechos suscitados para la aplicación de multas.

d) El monto con el que se sanciona a la Entidad es desmesurado, por no haberse sufrido ningún daño con el supuesto daño.

IV HECHOS FÁCTICOS SUSCITADOS:

1) Se ha expuesto en el tenor de la carta CITE CACSA 119/2012 recibida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 9 de octubre de 2012 donde se ha mencionado el parecer de la Entidad y nuestro interés en cambiar la resolución sancionatoria, bajo el principio de informalidad y de verdad material que rigen en materia de procedimientos administrativos, se colige que es nuestro recurso de revocatoria establecido por la ley de procedimiento administrativo con sus reglamentos respectivos y conforme a elementos que se hallan insertos dentro de nuestra carta, solicito se sirva considerar lo que detallo a continuación, a fin de ser valorados como parte integrante de dicha nota, misma que ha sido presentado dentro de plazo.

La Institución que represento cuenta con Licencia de Funcionamiento SB/034/1994 de 17 de mayo de 1994, desde esta fecha y por más de 15 años en los que ha desempeñado sus actividades de ahorro y crédito, no tuvo multas o sanciones de esta envergadura, por un incumplimiento a una norma positiva, siendo esta omisión la primera en el transcurso de este tiempo, al haber contratado los servicios en calidad de cajero del Sr. ISAAC ALVAREZ ROCHA, quien mantiene operaciones vigentes con la Cooperativa. Es más se ha buscado obedecer de forma diligente las reglas que nos rigen como Entidad de intermediación Financiera.

Al respecto, percatándose de los préstamos que tenía el aludido cajero, es la misma Entidad la que tomó la acción correctiva y prescindió de los servicios del cajero. Sin observación anterior realizada por ustedes.

Es menester aclarar que en el afán de subsanar las observaciones de la inspección ordinaria con corte al 31 de octubre de 2011 realizada por la ASFI, donde se observó la excesiva vacación de los funcionarios, la falta segregación de funciones de los Encargados y Auxiliares de agencia; como acción correctiva se vio por conveniente

la contratación de más personal a fin de satisfacer el crecimiento de la Entidad, así como superar las observaciones realizadas para dar vacaciones a los funcionarios que cuenten con acumulación de este beneficio y establecer funciones más específicas con el personal de agencia. Motivos que conllevaron a la contratación con premura de nuevos cajeros. Es así que se contrataron los servicios del Sr. ALVAREZ, para satisfacer esta necesidad con celeridad.

Siendo que esta infracción no es recurrente dentro de la institución, es que me permito transcribir la norma que conlleva un grado de permisibilidad infringiendo de forma taxativa la recopilación de normas para Bancos y Entidades Financieras, título XIII, Capítulo II, sección 4, Art 1: "...Para los efectos de calificar la reincidencia o habitualidad, el o la Director (a) Ejecutivo (a), tomará en cuenta la conducta anterior de la entidad financiera o de los infractores, atendiendo a las sanciones que les hubieren sido impuestas durante los últimos tres (3) años. Este plazo se extenderá a cinco (5) años, cuando se haya actuado con dolo y éste se presumirá cuando se hayan hecho declaraciones falsas a ASFI, relacionadas con los hechos o infracciones cometidas" SIC.

Por lo expuesto, me he permitido deducir la inexistencia de infracciones de esta índole en contra de la Cooperativa, siendo la primera vez en la cual incurrimos en esta omisión solicitamos que se mute la sanción.

2.- Otro punto que propugna nuestro recurso es lo indicado de forma textual en el inciso d) del art. 79 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras, establece:

"...Las entidades de intermediación financiera no bancaria no podrán realizar las siguientes operaciones:

d) Conceder o mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de prestatarios vinculados a ellos, dentro de los alcances del artículo 50° de esta Ley. Para efectos de la presente Ley, se entenderán por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, ya sean apoderados o no, o que presten servicios a la entidad bajo cualquier denominación, que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma. Los créditos que mantengan tales personas deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones" SIC.

La parte pertinente del Art. 54 de la referida norma, en su inc. 4. menciona que las entidades financieras bancarias **no podrán realizar operaciones de crédito con sus administradores y/o con prestatarios o grupos prestatarios, vinculados a ellos; excepto a sus empleados no ejecutivos**, en cuyo caso el total de dichas operaciones no podrá exceder el uno y medio por ciento (1.5%) del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria, ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite.

El Sr. ISAAC ALVAREZ ROCHA, fue contratado como personal no ejecutivo, siendo vinculado a la Entidad para fungir las funciones de cajero.

Estas normas que sirven de base de la RESOLUCIÓN SANCIONATORIA en contra de la Entidad, son explicadas para buscar la infracción, empero deben interpretarse semánticamente, es decir la Entidad no concedió préstamo al Sr. ALVAREZ cuando este era funcionario, sino fue con anterioridad a su contratación.

Asimismo, no fue su intención mantener las operaciones crediticias con este señor, pues se le pidió su cancelación y en vista que no realizó dicho acto, se prescindió inmediatamente de sus servicios, lo cual demuestra que la Institución no pretende en ningún momento vulnerar las normas que nos regulan.

V. PETITORIO:

Por lo expuesto al amparo de la ley de procedimiento administrativo y sus respectivas reglamentaciones solicito al superior jerárquico se sirva aceptar el presente recurso y en consecuencia REVOCAR TOTALMENTE la resolución sancionatoria emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dejando sin efecto sus alcances y multas respectivas..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 485/2012 de 25 de septiembre de 2012, sanciona a la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda. con una multa de 3,000.00 DEG (Tres mil Derechos Especiales de Giro) equivalente al 3% del Capital Mínimo de la Cooperativa, al haber incumplido con lo establecido en el artículo 79 inciso d), en relación al límite señalado en el artículo 54, numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, en el presente caso, se habría sancionado a la Cooperativa por haber realizado y mantenido operaciones de crédito con el Sr. Isaac Álvarez Rocha en su calidad de funcionario de dicha entidad (Cajero) y que el importe de estas operaciones hubiera superado el límite establecido en el Art. 54 inc. 4), de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

1.1. Normativa Imputada.-

Previo al análisis de fondo, nos remitiremos a la norma que ha sido imputada y que se transcribe a continuación:

- **Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras**

“Artículo 79°. Las entidades de intermediación financiera no bancaria no podrán realizar las siguientes operaciones:

*“...d) **Conceder o mantener créditos** con sus ejecutivos, **funcionarios** o grupos de prestatarios **vinculados a ellos, dentro de los alcances del artículo 50° de esta Ley.** Para efectos de la presente Ley, se entenderán por ejecutivos y **funcionarios**, aquellos que **ejercen funciones de decisión u operación**, ya sean apoderados o no, o que presten servicios a la entidad **bajo cualquier denominación**, que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma. Los créditos que mantengan tales personas deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones...”.* (Las negrillas han sido insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte el Artículo 54, numeral 4, de la misma Ley de Bancos y Entidades Financieras, determina:

“Las Entidades Financieras bancarias no podrán:

*“...4) Realizar operaciones de crédito con sus administradores y/o con prestatarios o grupos prestatarios, vinculados a ellos; **excepto a sus empleados no ejecutivos**, en cuyo caso el total de dichas operaciones no podrá exceder el **uno y medio por ciento (1.5%) del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria, ni individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite.**”*

La aplicación de lo dispuesto en el inciso transcrito precedentemente – conforme anota la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - es aplicable según lo establece el Artículo 69 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

1.2. Del cumplimiento del Principio de Tipicidad.-

Para entrar al control de legalidad del acto administrativo impugnado, verificando el cumplimiento del Principio de Tipicidad alegado por la recurrente, corresponde en primera instancia revisar el mismo, conforme se procede a continuación:

El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante el precedente dado mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 02/2012 de 19 de enero de 2012, sobre el Principio de Tipicidad, ha determinado:

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

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

“...Para Trayter (sic) y Aguado el principio de tipicidad exige dentro del Derecho Administrativo Sancionatorio un doble mandato:

La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración: **1. Como mandato al legislador se es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma. 2. La sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.**

Congruentemente con lo anterior, tenemos que el **principio de tipicidad**, se encuentra íntimamente ligado al **principio de legalidad**, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.

El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.

Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: “Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la –Ley–, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una “lex previa”, el requisito de una “lex certa”.

Que a su vez Alejandro Nieto García en (“Derecho Administrativo Sancionador”, 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) señala:

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

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

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

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

las normas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptibles de ser impuestas (...)

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

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

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

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Incumplimiento al Artículo 79 inc. d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.-

Respecto al incumplimiento del artículo 79 inc. d), de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, es necesario citar algunos antecedentes del caso, mismos que se obtienen del expediente administrativo, así tenemos:

- La Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda., ha realizado dos operaciones de crédito con el Sr Isaac Álvarez Rocha: la primera, en fecha 4 de enero de 2011, por el monto Bs173.750.- y la segunda, en fecha 11 de octubre de 2011, por el monto de Bs 8.700.-.
- En fecha 9 de mayo de 2012, mediante memorándum N° 117/2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda., contrata al Sr. Isaac Álvarez Rocha como Cajero de la Entidad.
- El 8 de junio de 2012, mediante memorándum N° 141/2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda., le comunica al Sr. Isaac Álvarez Rocha la rescisión de su contrato como Cajero.

Ahora bien, el Artículo 79 inc. d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras transcrito *ut supra*, es claro al señalar que los créditos que mantengan las **Entidades de Intermediación Financiera no bancarias con sus ejecutivos, funcionarios, deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones**, dado que lo que se está prohibiendo es que, las entidades de intermediación financiera no bancarias, concedan o mantengan un crédito vinculado con sus funcionarios.

Que, en el caso de Autos, al haber mantenido créditos con el Sr. Isaac Álvarez Rocha, hace que la Cooperativa haya incumplido con lo establecido en el artículo 79 inc. d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por lo que la conducta, atribuida a la Cooperativa, se enmarca dentro del tipo imputado.

2.2. Incumplimiento al artículo 54 numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.-

Previo al desarrollo de este punto, se debe traer a colación lo ya determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 082/2012 de 28 de diciembre de 2012, en cuanto a la aplicación del artículo 54 numeral 4 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

“... el Ente Regulador, hace una incorrecta interpretación de la norma, primero, señalando que las entidades no bancarias pueden realizar y mantener préstamos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos prestatarios, siempre y cuando éstos se encuentren dentro de los parámetros establecidos en el artículo 54, numeral 4. Sin embargo y del análisis ut supra, tenemos que es el propio artículo 79 inc. d), el que señala la prohibición para las entidades de intermediación financiera no bancarias, de mantener o conceder créditos con sus empleados.

Por lo que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no puede modificar la ley y hacer interpretaciones extensivas y contrarias a la norma y referir que sí se pueden otorgar préstamos o mantener préstamos con sus funcionarios, siempre y cuando se respeten los parámetros establecidos en el artículo 54 numeral 4.

Debido a que el artículo 54 numeral 4 aplica sólo para las entidades de Intermediación financiera bancarias, no así para otras entidades financieras no bancarias como ser el caso de las Cooperativas, y si bien el Ente Regulador sustenta la aplicación de este artículo en el último párrafo del artículo 69, se tiene que, el mismo refiere que “en todas las materias que no estén expresamente previstas de este título, se aplicara en lo conducente, las disposiciones contenidas en esta Ley para las entidades de intermediación financiera bancaria y otras normas conexas...”

De lo transcrito, se tiene que, el citado artículo, claramente señala que en todas las materias que no están expresamente previstas se aplicará lo conducente a las disposiciones contenidas en la presente ley para las entidades de intermediación financiera bancaria; sin embargo de ello, no corresponde aplicar una norma para entidades financieras bancarias a una entidad no bancaria, más aún cuando es la misma ley en su artículo 79 inc. d), la que determina claramente que las entidades de

intermediación financiera no bancarias no podrán conceder o mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios...

Por lo que, en el presente caso, la segunda parte del artículo 79 inc. d), no puede ser aplicada conforme lo señala la Autoridad de Fiscalización, es decir, dentro de los parámetros establecidos en el artículo 54 numeral 4...

Del precedente anteriormente citado, se tiene que, en el caso de autos, no corresponde sancionar a la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda. por el incumplimiento a lo determinado en el artículo 54 numeral 4), ya que este sólo es aplicable para Entidades Financieras Bancarias, y en el evento que éstas **hayan concedido créditos a sus empleados y que los mismos** excedan el uno y medio por ciento (1.5%) del patrimonio neto de la entidad financiera bancaria o individualmente el diez por ciento (10%) de dicho límite, hecho que hace que la conducta, atribuida a la Cooperativa, no se enmarque dentro del presente tipo imputado.

Por lo tanto la imputación dada por este artículo debió ser desestimada, conforme manda el procedimiento administrativo sancionatorio.

2.3. De la sanción.-

La recurrente señala que al momento de imponer la sanción, el Ente Regulador, no habría considerado que, en el caso de autos, la Cooperativa de Ahorro y Crédito San Antonio Ltda. nunca antes hubiera sido sancionada, que no existió dolo ni reincidencia, que fue la misma Cooperativa quién tomó la medida correctiva y prescindió de los servicios del Sr. Isaac Álvarez Rocha, por lo que solicita se tomen en cuenta todos estos aspectos a fin de cambiar la sanción de multa a amonestación.

Que, si bien, lo referido por la recurrente, no puede ser considerado como eximente de responsabilidad para el incumplimiento del artículo 79 inciso d), de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, sin embargo tomando como base el análisis de los numerales anteriores, se puede constatar que el proceso debió haberse seguido sólo por el incumplimiento al citado artículo, situación que obliga a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero considere el principio de proporcionalidad, así como los parámetros que forman parte inmanente de éste y hacer el correspondiente análisis de las atenuantes referidas por la recurrente y contrastarlas con la norma, y determinando la sanción que en derecho corresponda, misma que debe responder a la idea de justicia y verdad material.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y de la revisión de la documentación cursante en el expediente, se llega a la conclusión que, si bien, en el presente caso, ésta Instancia Jerárquica ha determinado que existiría incumplimiento al artículo 79 inciso d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por parte de la Cooperativa, corresponde anular el presente proceso ya que se ha evidenciado que la Autoridad de Fiscalización ha vulnerado el principio de tipificación y legalidad, imponiendo sanciones sin que las mismas se adecúen a las conductas imputadas, debiendo en consecuencia emitir un nuevo acto administrativo considerando lo ya expresado por esta autoridad.

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 485/2012 de 25 de septiembre de 2012 **inclusive**, que fuera confirmada por la Resolución Administrativa ASFI N° 599/2012 de 13 de noviembre de 2012, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

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



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO
“JERUSALEN” LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 614/2012 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI N°020/2013 DE 17 DE ABRIL DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 020/2013

La Paz, 17 de Abril de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO JERUSALÉN LTDA.**, representada legalmente por el Sr. Guillermo Salazar Silva contra la Resolución Administrativa ASFI N° 614/2012 de 16 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el Recurso contra la Nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 018/2013 de fecha 20 de marzo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 048/2013 de fecha 02 de abril de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 4 de diciembre de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda., representada legalmente por el Sr. Guillermo Salazar Silva tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 98/2011 de 15 de febrero de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública del Distrito Judicial de Santa Cruz N°111 a cargo del Dr. Lorenzo Sandoval

Estenssoro, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 614/2012 de 16 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el Recurso contra la Nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 14 de diciembre de 2012, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda., mismo que fue notificado el 18 de diciembre de 2012.

Que, el 18 de enero de 2013, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda.,

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA ASFI/DDC/R-113256/2012 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Mediante Nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se pronunció respecto al reclamo presentado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda., referido a tres transacciones realizadas en fechas 27, 29 de febrero y 1 de marzo de 2012, no autorizadas por dicha Cooperativa desde la caja de ahorro N° 10000002405757 (Banco Unión) a la cuenta N° 1052-100915 del Banco Ganadero S.A., cuyo titular sería el señor Fernando Castro Alvarez, señalando lo siguiente:

“Nos referimos al reclamo presentado en fecha 5 de abril de 2012 contra el Banco Unión S.A. por tres (3) transacciones realizadas en fechas 27, 29 de febrero y 01 de marzo de 2012 respectivamente, no autorizadas por la Cooperativa Jerusalén Ltda. desde la cuenta de caja de ahorro N° 10000002405757 aperturada en el Banco Unión S.A. a la cuenta N° 1052-100915 del Banco Ganadero S.A. cuyo titular sería el Sr. Fernando Castro Álvarez con C.I. N° 2375135 L.P.

Al respecto, a requerimiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) el Banco Unión S.A. remitió la carta BUSA GG N° 435/2012 de 14 de mayo de 2012, el informe de auditoría interna AIN 052/2012 de 7 de mayo de 2012 y la carta Cite BUSA GG N° 570/2012 de 27 de junio de 2012. De la valoración de todos los antecedentes del reclamo de referencia se exponen a continuación los siguientes resultados:

- *Se ha determinado que las transacciones observadas y no reconocidas por su Entidad Financiera suman un total de Bs150.000 (Ciento Cincuenta Mil 00/100 Bolivianos), las cuales habrían sido realizadas a través del Servicio de Banca por internet (UNINET) utilizando el usuario del señor Zabala Oliva Carlos, quien contaba con firma autorizada de la cuenta N° 10000002405757.*
- *Se identificó que las Direcciones IP desde las que se iniciaron las transacciones observadas tuvieron su origen en las ciudades de Santa Cruz – Bolivia y Toronto – Canadá de acuerdo al siguiente detalle:*

Traspaso a otras cuentas de otros Bancos	23873	Zabala Oliva Carlos	10000002405757	50,00	201.222.83.118	Santa Cruz Bolivia	27/02/2012 11:09
Traspaso a otras cuentas de otros Bancos	23873	Zabala Oliva Carlos	10000002405757	50,00	190.186.29.229	Santa Cruz Bolivia	28/02/2012 20:29
Traspaso a otras cuentas de otros Bancos	23873	Zabala Oliva Carlos	10000002405757	50,00	209.44.123.133	Toronto Canada	01/03/2012 10:20

- Las transferencias se realizaron con destino a una cuenta del Banco Ganadero S.A., correspondiente al señor Fernando Castro, de acuerdo al siguiente detalle:

1	Mar/01/2012	Banco Ganadero S.A.	1052100915	Fernando Castro
2	Feb/29/2012	Banco Ganadero S.A.	1052100915	Fernando Castro
3	Feb/27/2012	Banco Ganadero S.A.	1052100915	Fernando Castro

Como parte del proceso de "Traspaso a Cuentas de Otros bancos", UNINET solicita se ingrese una cuenta de correo electrónico para el envío de una confirmación de realización de la transacción, en los tres (3) traspasos la cuenta ingresada fue: fcastro22@hotmail.com.

- La cláusula Tercera del contrato de prestación de servicios de UNINET suscrito y firmado por representantes del Banco Unión S.A. y la Cooperativa Jerusalén Ltda. en fecha 26 de abril de 2006, con relación al número de identificación personal "Clave secreta", establece que: **"...el uso o manejo inapropiado del número de identificación personal (PIN) asignado al cliente y o sus representantes y sus consecuencias y emergencias, son de exclusiva responsabilidad del Cliente."**

Complementariamente, el artículo 9 del citado contrato determina que: **"Para los casos de extravío, hurto, robo y apropiación indebida de la clave secreta, el cliente, será responsable por las transacciones realizadas con la clave secreta o de las claves secretas adicionales, extraviadas, hurtadas, robadas o apropiadas indebidamente, hasta que el cliente cambie su clave o claves secretas directamente en el sistema, lo que podrá realizar también apersonandose por el Banco."**

"La omisión del cambio de claves o del aviso correspondiente, constituye al cliente en responsable exclusivo de la totalidad de las transacciones realizadas o con las claves secretas que hayan sido robadas o indebidamente apropiadas, hasta su vencimiento o anulación por el Banco, ninguna limitación, restricción, ni excepción", por tanto, es responsabilidad de los clientes el manejo o reserva del PIN o clave secreta, una vez proporcionado por la Entidad Financiera.

- El límite diario establecido en el formulario de solicitud de servicio UNINET de 26 de abril de 2006, otorgado para el usuario Carlos Zabala Oliva era de \$us10.000 (Diez Mil

00/100 Dólares Americanos), las tres (3) transacciones realizadas de la cuenta N° 10000002405757, cada una fue de Bs50.000 (Cincuenta Mil 00/100 Bolivianos) por día no excediendo por lo tanto el límite diario de transacción que se tenía autorizado.

- El Banco Unión S.A. procedió en fecha 28 de octubre de 2011 a publicar una advertencia al ingresar al servicio UNINET que señala que: **“Nuestra entidad nunca solicita contraseñas, números de tarjeta de crédito o de cualquier información personal por correo electrónico, por teléfono o mensaje de texto”**. Asimismo en fecha 15 de enero de 2012, reforzó esta medida a través de una publicación en el periódico de circulación nacional “El Deber” comunicado a sus clientes y público en general lo siguiente: **“Recordamos a nuestros clientes y público en general, que a través de correos electrónicos y otros medios de internet, ciertos delincuentes están intentando obtener información confidencial de algunos clientes, utilizando la identidad del Banco Unión S.A. con fines fraudulentos”**.
- La Cooperativa Jerusalén Ltda., habría sido víctima de “Phishing”, término informático que denomina un tipo de delito encuadrado dentro del ámbito de las estafas cibernéticas y que se comete mediante el uso de un tipo de injerencia social caracterizado por intentar adquirir información confidencial de forma fraudulenta por parte de terceras personas.

Por lo anteriormente expuesto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) dentro de las atribuciones administrativas conferidas por Ley, ante las evidencias materiales existentes, establece que las transferencias de fondos realizadas entre el 27, 29 de febrero y 1 de marzo de 2012, a través de la Banca por internet, se habrían realizado correctamente utilizando el código de usuario, clave de acceso operacional, requisitos indispensables para la realización de este tipo de operaciones, siendo el titular el único responsable para el manejo y custodia de las mismas.

Finalmente, informa que el Órgano de Supervisión iniciará un proceso sancionatorio contra el Banco Unión S.A. por posibles contravenciones a su normativa interna”.

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 18 de octubre de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda., presentó Recurso de Revocatoria contra la Nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, argumentando que la carta de respuesta emitida por el Órgano Regulador no expresa los fundamentos en los que se basa, aspecto que vulneraría los artículos 28 y 30 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, hecho que daría lugar a la nulidad conforme lo establece el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debe profundizar la investigación de los hechos, con el fin de evitar que existan mayores usuarios afectados.

Que, el propio Banco Unión reconoce la existencia de un Phishing, lo que fue corroborado por la ASFI y que en dicha circunstancia el Banco Unión S.A., está en la obligación de reparar los daños causados como emergencia de su negligencia.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 614/2012 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 614/2012 de 16 de noviembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda., contra la nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, al no haber solicitado que se consigne la misma en Resolución Administrativa, en virtud del parágrafo I del artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Los argumentos de la referida resolución son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, con relación a la tramitación del presente Recurso de Revocatoria, interpuesto contra la Nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, es necesario realizar algunas precisiones.

Que, el artículo 19 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que: “los actos Administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación”.

Que, el parágrafo I del artículo 20 del señalado Decreto Supremo, determina que para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.

Que, siguiendo ese contexto, los artículos 46 y 47 del citado Reglamento, disponen lo siguiente:

- *El artículo 46: “Las Resoluciones Administrativas de las Superintendencias Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió”.*
- *El parágrafo I del artículo 47 “Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de las Superintendencias Sectoriales que cause perjuicio a los hechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento”.*

Que, de acuerdo a las disposiciones legales citadas precedentemente, el procedimiento especial en materia de regulación financiera establece que solo se

puede resolver Recursos de Revocatoria contra Resoluciones y no así contra actos de "menor jerarquía" o actos preparatorios administrativos, como son las (Cartas, Circulares, Comunicaciones).

Que, aplicando la interpretación teleológica de los artículos 29 y 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se tiene que la finalidad de solicitar la conversión de actos de menor jerarquía en Resoluciones Administrativas es precisamente porque dichos actos al mantener una simplicidad en cuanto a su emisión, para poder ser impugnados deben ser convertidos en actos administrativos propiamente dichos guardando las formalidades contenidas en el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, permitiéndosele al recurrente conocer los fundamentos jurídicos y técnicos correspondientes que dan respuesta a su petición.

Que, en tal sentido la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda., omitió activar el procedimiento legal previsto por el párrafo I del artículo 20 Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, consiguientemente, el recurrente al no haber solicitado que se consigne la carta ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, en Resolución Administrativa definitiva, la misma no es susceptible de impugnación mediante Recurso de Revocatoria considerando que no representa un acto administrativo definitivo, conforme establece el citado párrafo I, artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175. En consecuencia, no corresponde a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero considerar y pronunciarse respecto al planteamiento que efectúa la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda., en su Recurso de Revocatoria, debiendo ser declarado improcedente en virtud del inciso a) del párrafo I, artículo 43 del referido Reglamento.

CONSIDERANDO:

Que, sin embargo de lo citado precedentemente, es menester considerar los argumentos expuestos por el recurrente, en el marco del debido proceso y el derecho a la defensa.

Que, mediante carta BUSA GG N° 229/2012 de fecha 16 de marzo de 2012, el Banco Unión comunica a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que "En aplicación del Art. 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, pongo en conocimiento de su autoridad el hecho delictivo cometido en la Regional Santa Cruz, referente a varios traspasos de fondos, haciendo un total de Bs150.000 (CIENTO CINCUENTA MIL 00/100 BOLIVIANOS) efectuados vía UNINET de nuestro cliente COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALEN LTDA.", a la cuenta 1-2405757 M/N a la cuenta 1052-100915 M/E del Banco Ganadero a nombre del Sr. Fernando Castro Alvarez.

Al respecto, es necesario recalcar que el Banco Unión S.A. ha realizado publicaciones de advertencia en el sitio corporativo por amenazas de Phishing y publicaciones en medios de prensa, recordando a los clientes y público en general que a través de

correos electrónicos u otros medios el banco no solicita información confidencial; por lo expuesto, si bien se trata de un hecho delictivo, es necesario aclarar que ningún funcionario dependiente del Banco tuvo participación alguna, por tanto, el Banco Unión S.A. no tiene responsabilidad alguna respecto a lo acontecido".

Que, como resultado del reclamo presentado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén S.R.L., la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante nota ASFI/DDC/R-50253/2012 de 25 de abril de 2012, solicitó informe de Auditoría Interna con opinión Legal sobre la denuncia de referencia.

Que, en ese sentido el Banco Unión S.A. mediante carta BUSA GG N°435/2012 presentado el 14 de mayo de 2012, remite el Informe de Auditoría el cual concluye lo siguiente:

1. "Se ha determinado que las tres transferencias de fondos suman un total de Bs150.000, y las mismas fueron realizadas a través del servicio de Banca por internet (UNINET) utilizando el usuario del Sr. Zabala Oliva Carlos, quien es Firma Autorizada de la cuenta analizada.

Asimismo se ha identificado que las direcciones IP desde las que se iniciaron las mencionadas transacciones tuvieron su origen en las ciudades de Santa Cruz en Bolivia, así como en Toronto, en Canadá:

Traspaso a Cuentas de Otros Bancos	23873	Zabala Oliva Carlos	10000002405757	50,000	201.222.83.118	Santa Cruz, Bolivia	27/02/2012 11:09
Traspaso a Cuentas de Otros Bancos	23873	Zabala Oliva Carlos	10000002405757	50,000	190.186.29.229	Santa Cruz Bolivia	28/02/2012 20:29
Traspaso a Cuentas de Otros Bancos	23873	Zabala Oliva Carlos	10000002405757	50,000	209.44.123.133	Toronto, Canadá	01/03/2012 10:20

2. Las transferencias se realizaron con destino a una cuenta del Banco Ganadero, correspondiente al señor Fernando Castro, de acuerdo al siguiente detalle:

1	Mar/01/2012	Banco Ganadero	1052100915	FERNANDO CASTRO
2	Feb/29/2012	Banco Ganadero	1052100915	FERNANDO CASTRO
3	Feb/27/2012	Banco Ganadero	1052100915	FERNANDO CASTRO

Asimismo, como parte del proceso de "Traspaso a Cuentas de Otros Bancos", UNINET solicita se ingrese una cuenta de correo electrónico para el envío de una confirmación de realización de la transacción, en los tres traspasos la cuenta ingresada fue: FCASTRO22@HOTMAIL.COM.

3. Se ha identificado incumplimientos a la normativa del Banco, tal como se aprecia a continuación:

Subgerente Regional de Servicios al Cliente Oficina Santa Cruz. - Maria Isabel Oyola	• Dar acceso sin contar con respaldo documental de la solicitud de Adición de servicios UNINET por parte del cliente (Traspasos Directo a Cuentas de Otros Bancos)	• PSE-UNI-007: Procedimiento para la Habilitación de Nuevas Opciones de UNINET
--	--	--

4. Por otro lado, se debe hacer notar que el Banco en cuanto tuvo conocimiento de

que circulaban correos solicitando información a los clientes del sistema financiero a estado sacando constantemente publicaciones por prensa a nivel nacional, advirtiendo que el Banco no solicita a sus clientes contraseñas, números de tarjetas o información personal, la primera publicación salió el 30/10/2011. También se ha insertado en el sitio web corporativo un comunicado haciendo recomendaciones de seguridad para los clientes que utilizan el servicio UNINET.

Por tanto, en base a la revisión efectuada, se descarta toda posibilidad de que los sistemas de seguridad del Banco para el uso de UNINET hayan sido vulnerados y conforme a lo que establece el artículo 9 del contrato de prestación de servicios de Uninet el cual fue firmado por el cliente, establece que el uso o manejo inapropiado del número de identificación persona (PIN) asignado al CLIENTE y o sus representantes y sus consecuencias y emergencias, son de exclusiva responsabilidad del CLIENTE, así como cualquier divulgación o utilización de la clave secreta a personas ajenas es de exclusiva responsabilidad del CLIENTE y o sus representantes".

Que, en estricta aplicación del "Principio de Verdad Material", previsto en el inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió el Informe Técnico ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012, a través del cual en el punto 3.4., página 11, señala "De acuerdo a los informes de Auditoría Interna del Banco, remitidos a esta Autoridad de Supervisión, los clientes citados en el punto 3.1 fueron víctimas de fraude informático de tipo "Phishing¹". El Banco ha establecido la existencia de vulneraciones a cuentas de clientes del Banco a través del Sistema UNINET, utilizando para tal efecto las contraseñas otorgadas a los clientes".

¹ Phishing: Tipo de delito o estafa que se comete mediante el uso de ingeniería social caracterizada por intentar adquirir información confidencial de forma fraudulenta (como puede ser una contraseña o información detallada sobre tarjetas de crédito u otra información), haciéndose pasar por una persona o empresa de confianza en una aparente comunicación oficial.

Que, en ese marco en la página 8, punto 3.1 del citado Informe Técnico ASFI/DSR I/R-58992/2012, dispone "En función a la documentación revisada, para cada caso se infiere el tipo de fraude cometido para la obtención de la clave y se referencia al informe de Auditoría Interna que contiene el detalle correspondiente:

Caso	Forma de Cobro	Conclusión Informe Auditoría Interna del Banco	Referencia
COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALEN" LTDA.	No aclara si fue cobrado	Phishing	Denuncia a ser ampliada por Informe de Auditoría Interna".

Que, en ese sentido resultado del análisis sobre el reclamo presentado por el recurrente se emitió la carta de respuesta al recurrente ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012.

Que, por los antecedentes señalados, se puede colegir que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda., habría sido objeto de un posible "Phishing"

informático, así se desprende del Informe Técnico ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012, página 8 y 11, citado precedentemente, por cuanto mediante carta BUSA GG N° 229/2012, presentado el 19 de marzo de 2012, se advierte que el Banco Unión S.A., en el marco del artículo 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), comunica al Órgano Regulador sobre el hecho delictivo del cual fue objeto la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Jerusalén Ltda., relativo a varios traspasos de fondos (Bs150.000 Ciento Cincuenta Mil 00/100 Bolivianos), efectuados vía UNINET.

Que, en ese sentido, se advierte que la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA JERUSALEN LTDA.**, fue objeto de un posible hecho delictivo, aspecto reconocido por el Banco Unión S.A., por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero iniciará proceso sancionatorio contra el Banco Unión S.A., por posibles contravenciones a su normativa interna, así se desprende de la Resolución Jerárquica SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, la cual señala que (...) “donde el objeto sea el perjuicio que sufre el cliente o usuario por la conducta, error o incumplimiento a sus deberes por parte de la entidad de intermediación financiera, la competencia de la SBEF es más amplia y clara, puesto que en todos aquellos casos en los cuales una entidad de intermediación financiera incumpla sus propios manuales o reglamentos internos, o las condiciones convenidas con sus clientes o usuarios, por errores operativos de sus funcionarios o simplemente por una mala aplicación de las normas de control y seguridad que le corresponden, estas entidades de intermediación financiera pueden hacerse pasibles a sanciones administrativas y, en su caso, a que el órgano regulador disponga que la entidad responsable ejecutó acciones tendientes a reponer cualquier menoscabo que sufra el cliente o usuario”.

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, prescribe en el artículo 332, que las entidades financieras estén reguladas y supervisadas por una institución de regulación de Bancos y entidades financieras, de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia ha designado a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, señala que los recursos administrativos previstos en la presente ley, serán

resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término.

El artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señala que los recursos administrativos en la presente ley, podrán ser confirmadas, revocadas, desestimadas o declaradas improcedentes.

Que, el artículo 49 de la citada disposición legal dispone que la Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria tendrá un plazo de veinte días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 37 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala: "Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, que tengan alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado o interesado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. La resolución definitiva es aquella que define la cuestión sometida a un trámite dentro del SIREFI".

Que, el artículo 38 de citado Reglamento, dispone que "Los recursos se presentarán, dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio."

Que, finalmente el artículo 43, del señalado Reglamento expresa que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes...".

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 4 de diciembre de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 614/2012 de 16 de noviembre de 2012, argumentando lo siguiente:

"ANTECEDENTES

Mediante memorial de 05 de abril de 2012 la Cooperativa de Ahorro y Crédito "JERUSALEN LTDA", interpone reclamo en contra del Banco Unión, por tres traspasos NO AUTORIZADOS POR LA COOPERATIVA desde la cuenta de caja de Ahorro N° 1-2405757 MN del Banco Unión S.A. a la cuenta N° 1052-100915 del Banco Ganadero S.A. cuyo titular es Fernando Castro Álvarez con CI N° 2375135 LP persona que no pertenece a nuestra entidad y que no tiene relación alguna de dependencia laboral, contractual ni personal con la Cooperativa. Posteriormente en fecha 27 de septiembre de 2012, mediante Carta **ASFI/DDC/R-113256/2012 de fecha 10/09/2012** (Trámite N° T-543466) ASFI realiza las siguientes conclusiones:

- "La cooperativa JERUSALEN Ltda. **habría sido víctima de "Phishing"**, término informático que denomina un tipo de delito encuadrado dentro del ámbito de las estafas cibernéticas y que se comete mediante el uso de un tipo de ingeniería social caracterizado por intentar adquirir información confidencial de forma fraudulenta por parte de terceras personas.
- Por lo anteriormente expuesto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) dentro de las atribuciones administraciones conferidas por Ley, ante las evidencia (sic) materiales existentes, establece que las transferencias de fondos realizadas entre el 27 y 29 de febrero y 01 de marzo de 2012 a través de banca por Internet, **se habrían realizado correctamente utilizando el código de usuario, clave de acceso operacional** requisitos indispensables para la realización de este tipo de operaciones, siendo el titular el único responsable para el manejo y custodia de las mismas".

Mediante memorial de 18 de octubre de 2012, la cooperativa presenta memorial de Recurso de Revocatoria en contra de la CARTA **ASFI/DDC/R-113256/2012 de fecha 10/09/2012** (Tramite N° T-543466), solicitando que una vez advertidas las imprecisiones legales cometidas, revoque la citada carta, otorgando la razón a la cooperativa y ordenando al Banco Unión a asumir responsabilidad por los actos generados como emergencia de su negligencia. Finalmente la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI, mediante **Resolución ASFI N° 614/2012** de 16 de noviembre de 2012 notificada el 19 de noviembre de 2012, resuelve Declarar Improcedente el Recurso de Revocatoria presentado.

Al respecto en plazo oportuno (Hacemos notar que el 21 de noviembre de 2012 fue declarado feriado nacional por el CENSO) interponemos Recurso Jerárquico en contra de la Resolución ASFI N° 614/2012 de 16 de noviembre de 2012 notificada el 19 de noviembre de 2012, en base a los siguientes argumentos de orden legal:

RESOLUCIÓN JERÁRQUICA

La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera - SG SIREFI RJ 24/2005 del 19 de julio de 2005:

"Según la configuración legal del artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175, se tipifican como actos administrativos de menor jerarquía las circulares, órdenes, instructivos y directivas. Efectuando una interpretación literal del citado artículo, cualquier otro acto que no enajara dentro de estas prescripciones no podría ser considerado como acto administrativo de menor jerarquía. Empero, si se realiza una interpretación teleológica de la norma aludida, entonces se podrá entender que la finalidad de dicho artículo no ha sido restringir a una sola serie de categorías los llamados actos administrativos de menor jerarquía sino guardando concordancia con lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo, también **podrán ser parte de la categoría a la que hace referencia el Artículo 19 del citado Decreto Supremo, aquellos actos que tengan una naturaleza que pueda producir efectos jurídicos contra el administrado que eventualmente pudiera afectar sus derechos subjetivos o**

intereses legítimos y que además revista el carácter de definitivo, precisamente velando por el derecho constitucional a la defensa, es decir, la posibilidad de impugnar en la vía administrativa las decisiones de la administración que pudieran ocasionar perjuicios a los administrados" (Las negrillas son nuestras).

Del precedente administrativo citado, se puede evidenciar claramente que existe una posición emitida por el Superior Jerárquico en la cual se admite recursos en contra de cartas o notas emitidas por el regulador que tengan una posición definitiva que vulneren los derechos de los regulados, en el presente caso la carta impugnada en Recurso de Revocatoria tiene el contenido de definitivo, toda vez que inicialmente hace alusión a las atribuciones contenidas en la Ley, refiriéndose a la competencia atribuida por la norma, cual si fuere una misma Resolución y señala: "Las transferencias de fondos realizadas entre el 27 y 29 de febrero y 01 de marzo de 2012 a través de banca por Internet, **se habrían realizado correctamente utilizando el código de usuario, clave de acceso operacional** requisitos indispensables para la realización de este tipo de operaciones, siendo el titular el único responsable para el manejo y custodia de las mismas", esta es una afirmación absolutamente definitiva que está contenido en un acto administrativo, cumpliendo todos los requisitos que la ley establece. Asimismo, es importante destacar la vulneración a los derechos del Debido Proceso y Derecho a la Defensa vulnerados flagrantemente por ASFI; en vista de que inicialmente puesta la denuncia en la Autoridad tuvieron que transcurrir más de cinco meses para que nuestro reclamo sea atendido, (Del 5 de abril al 10 de septiembre de 2012) tiempo en el que nuestra cooperativa viene intentando recuperar un dinero debitado de manera indebida y que afecta directamente a las arcas de los socios cooperativistas, en ese transcurso de tiempo se enviaron cartas reiterativas, las mismas que tuvieron el mismo tratamiento de la primera misiva, por lo que acudimos a su autoridad para que conocedora de este tipo de irregularidades manifieste criterio para que los derechos del Consumidor Financiero sean atendidos oportunamente y en el marco de los derechos y garantías otorgados por la Constitución Política del Estado.

Finalmente es importante mencionar que la Resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria señale: "Es menester considerar los argumentos expuestos por el recurrente en el marco del debido proceso y derecho a la defensa" (Página 5) haciendo alusión posteriormente a los argumentos presentados por la cooperativa sin que los mismos sean analizados y considerados para la emisión de la Resolución ahora impugnada.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Asimismo corresponde hacer referencia a la doctrina en materia administrativa de acuerdo a lo siguiente:

El maestro español DIEZ-PICASSO señala que "El precedente administrativo es, aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares, el precedente administrativo es aquel acto administrativo firme que dictado para un caso concreto, pero que, por su contenido, tiene aptitud para condicionar las

resoluciones futuras de las mismas entidades, exigiéndoles seguir su contenido similar para casos similares".

Siguiendo al tratadista DIEZ - PICASO, "Son tres principios los que sustentan el carácter vinculante de los precedentes: El principio de igualdad ante la Ley, que se traduce en un mismo trato a los administrados, que vincula a todos los poderes públicos, especialmente a la administración en la aplicación del derecho; el Principio de seguridad jurídica y buena fe, por el cual los administrados saben a qué atenerse en el futuro y mantiene a la administración en el ejercicio de sus funciones en una posición de lealtad, eliminando cualquier viso de desviación de poder o de actos de corrupción, y el Principio de interdicción de la arbitrariedad y de buena administración, que rescata dos caracteres básicos de los precedentes administrativos, como son la similitud que debe existir entre el caso presente y el pasado para su aplicación, al cual podemos denominar un carácter objetivo, y que estas resoluciones provengan de la misma institución que ha decidido los casos en el pasado, es decir, un carácter subjetivo en función de la entidad".

"Finalmente, es importante señalar que la inobservancia del precedente, tanto en doctrina como en la legislación nacional, producirá no sólo la nulidad del acto administrativo, sino además genera responsabilidad en el funcionario responsable de dicha omisión". De la doctrina expuesta se tiene con meridiana claridad que los precedentes administrativos deben ser aplicados de manera obligatoria, y en el caso presente está generando un daño a la cooperativa ya que la misma se encuentra en proceso de adecuación y el dinero debitado de la cuenta de la cooperativa afecta seriamente al patrimonio de la entidad, por lo que recurrimos a su autoridad a fin de reconocer la vulneración del Derecho a la Defensa y Derecho al Debido Proceso.

PETITORIO.

*Por los argumentos expuestos en este memorial, dentro de término hábil, interponemos Recurso Jerárquico en contra de la **Resolución ASFI N° 614/2012** de 16 de noviembre de 2012 notificada el 19 de noviembre de 2012, solicitando a Su Autoridad que una vez advertidas las imprecisiones legales cometidas, revoque la citada Resolución e instruya a ASFI ingresar al fondo de la impugnación contra la Carta **ASFI/DDC/R-113256/2012 de fecha 10/09/2012.**"*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Que, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda., presenta reclamo a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero contra el Banco Unión S.A., relativo a tres transferencias de fondos realizadas en fechas 27, 29 de febrero y 1 de marzo de 2012, no autorizadas por dicha Cooperativa, de la cuenta de ahorro N° 10000002405757 del Banco Unión S.A. a la cuenta N° 1052-100915 del Banco Ganadero S.A., cuyo titular sería el señor Fernando Castro Alvarez.

Que, mediante Nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se pronunció respecto al reclamo presentado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda., señalando que las transferencias de fondos realizadas entre el 27, 29 de febrero y 1 de marzo de 2012, a través de Banca por internet (UNINET), se habrían realizado correctamente utilizando el código de usuario y la clave de acceso operacional, siendo el titular el único responsable para el manejo y custodia de las mismas, informando además que iniciaría un proceso sancionatorio contra el Banco Unión S.A. por posibles contravenciones a su normativa interna.

Que, en fecha 18 de octubre de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda., presentó Recurso de Revocatoria contra la Nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, argumentando que dicha nota no expresa los fundamentos en los que se basa la Autoridad Reguladora, aspecto que vulneraría los artículos 28 y 30 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, hecho que daría lugar a la nulidad, conforme lo establece el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 614/2012 de 16 de noviembre de 2012, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

De los antecedentes referidos, tenemos que, el presente recurso versa sobre si la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero actuó conforme a derecho, al declarar improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por La Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda., restringiendo el control de legalidad a realizarse sobre dicha determinación.

2.1. Del procedimiento administrativo en caso de impugnación contra actos administrativos de menor jerarquía.-

En materia administrativa, todo proceso administrativo debe regirse bajo el principio de legalidad, que implica que las actuaciones de la Administración Pública deben estar sometidas al cumplimiento de la normativa, por lo que, corresponderá revisar cual es la norma aplicable al caso de autos, debiendo para ello centrarnos en la normativa administrativa especial, es decir, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, para el Sistema de Regulación Financiera, que en su parte pertinente señala:

"Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos). Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas,

obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación.

Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).

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

Conforme se tiene determinado, la norma administrativa delega la responsabilidad al recurrente de solicitar al órgano regulador que consigne el acto administrativo emitido que es considerado de menor jerarquía en un acto recurrible, es decir, y subsumiendo al caso de autos, la obligación de requerir la consignación en Resolución Administrativa de la Nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, a efectos de que pueda interponerse el Recurso de Revocatoria correspondiente, **sin embargo**, y no menos trascendental, la propia normativa administrativa, prevé que ante esta omisión por parte del interesado, la Autoridad regulatoria está en la obligación de reencauzar el procedimiento, cual mandan los artículos 42 y 43 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Para el presente caso, analizamos el referido artículo 42 que establece:

“Artículo 42.- (Calificación del Procedimiento) El órgano administrativo *calificará y determinará el procedimiento que corresponda* a la naturaleza de la cuestión planteada, si las partes incurrieran en error de su aplicación o designación.” (Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por tanto, en el presente caso, el Ente Regulador se encontraba en la obligación de reencauzar el procedimiento administrativo, **que de origen contaba con la omisión procesal administrativa, es decir** no había merecido un pronunciamiento formal, (Resolución Administrativa) expresa, al amparo del citado artículo 42 y el Artículo 56 de la Ley N° 2341, al que se encontraba obligada la Autoridad de Supervisión, a tiempo de emitir su pronunciamiento.

Por lo que queda claro que, el Ente Regulador, no siguió el procedimiento administrativo establecido para el efecto, conforme se tiene anotado en líneas precedentes.

2.2. De la obligación de Pronunciarse de la ASFI.-

El Ente Regulador no debe olvidar que ya el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 17, define al **acto administrativo** como aquel **“...que expresa la decisión de la autoridad reguladora, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados”**

Por su parte, la economía jurídica boliviana determina que cualquier persona que se sintiera agraviada puede presentar recursos administrativos (recursos de revocatoria y jerárquico) tal como establece el Artículo 56 de la Ley del Procedimiento Administrativo “...*contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente siempre que dichos actos administrativos a **criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.*** II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa...”

En este contexto, tenemos que, al tratarse de un acto definitivo, la ASFI estaba en la obligación de pronunciarse de manera fundamentada y motivada sobre el mismo, a través de una Resolución Administrativa y no así a través de un acto administrativo de menor jerarquía.

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

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

Finalmente, corresponde traer a colación el precedente administrativo ya sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 021/2010 de 27 de agosto de 2010, mismo que determinó, en un caso de características análogas, lo siguiente:

“...Asimismo, y no menos trascendental es la obligación de la Administración Pública de otorgar una Resolución motivada de la pretensión que presente, en el uso de protección que debe otorgar la administración al administrado en el marco del debido proceso, situación que no sucedió en el caso de autos, ya que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria por medio una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010), cuando lo que correspondía era encaminar el proceso, y emitir Resolución Administrativa fundamentada respecto a la pretensión planteada que originó el Recurso de Revocatoria....”

En este contexto corresponde a esta instancia jerárquica reencauzar el procedimiento para que en instancia inferior se corrijan los vicios procesales aludidos

y se tramite el proceso sin mayores dilaciones que conlleven a futuras nulidades procesales debiendo motivarse adecuadamente mediante resolución motivada la solicitud hecha por el recurrente..."

Siguiendo la línea de razonamiento legal planteado, se debe traer a colación lo ya determinado por el Artículo 17, parágrafo I, de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, que señala:

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

Por lo que, ante la solicitud de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda., la Entidad Fiscalizadora debió emitir Resolución Administrativa y no así una simple nota, más aún, si consideramos que el acto a emitir ha producido efectos jurídicos que hoy han sido objeto de impugnación a través de los recursos de Revocatoria y Jerárquico.

2.3. De las conclusiones.-

Del análisis de los numerales anteriores, se tiene que el Ente Regulador ha vulnerado el derecho a la defensa, debido proceso y derecho a la petición de la recurrente, al no haberse pronunciado mediante Resolución Administrativa al inicio del procedimiento administrativo.

Al haber declarado improcedente el Recurso de Revocatoria, ha dado lugar a la indefensión de la recurrente y, consecuentemente, ha generado que el procedimiento administrativo se encuentre viciado con las causales de anulabilidad.

Por lo que, corresponde traer a colación lo ya determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido proceso, que señala:

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

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

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en

movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes"

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

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

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que

es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)....”

Que, en el presente caso, al haberse violado el derecho al debido proceso y derecho a la defensa de la recurrente, corresponde anular el presente proceso debiendo, en consecuencia, el Ente Regulador pronunciarse de manera fundamentada y motivada, a través de una Resolución Administrativa, sobre la solicitud de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jerusalén Ltda.

2.4. De la Documentación Presentada.-

Por último y en cuanto a que se incorpore como prueba al expediente las denuncias realizadas ante la FELCC contra el Banco Unión, se tiene que la misma no hace al objeto del presente proceso que versa sobre la improcedencia determinada por la Autoridad recurrida y no así sobre los temas de fondo, por lo que impide a este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas pueda emitir pronunciamiento sobre dicha pretensión.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Entidad Fiscalizadora no ha cumplido con el principio del debido proceso ni con el principio de legalidad.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

PORTANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Nota ASFI/DDC/R-113256/2012 de 10 de septiembre de 2012, **inclusive**, debiendo en consecuencia emitirse

Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

MÓNICA ZAPATA ARAMAYO

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 669/2012 DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI N°021/2013 DE 17 DE ABRIL DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 021/2013

La Paz, 17 de Abril de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012 de 29 de noviembre de 2012 que, en Recurso de Revocatoria, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 019/2013 de fecha 21 de marzo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 049/2013 de fecha 02 de abril de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 5 de diciembre de 2012, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012 de 29 de noviembre de 2012, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-160462/2012, con fecha de recepción 10 de diciembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012 de 29 de noviembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 13 de diciembre de 2012, notificado en fecha 17 de diciembre de 2012, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012 de 29 de noviembre de 2012.

Que, mediante memorial de 20 de diciembre de 2012, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** adjunta documentación complementaria y solicita audiencia para la exposición oral de sus fundamentos, la que se efectiviza en fecha 11 de enero de 2013, habiendo asistido la recurrente conjuntamente el señor Mauricio Ostria.

CONSIDERANDO:

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

1. MEMORIAL DE FECHA 8 DE FEBRERO DE 2011.-

Mediante memorial presentado en fecha 8 de febrero de 2011, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** hace de conocimiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero los extremos siguientes:

*“...Que, tal como consta de los comprobantes de DEPOSITO EN MI CUENTA de ahorros en dólares emitidos por el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.**, (en lo sucesivo el BANCO) el día 23 de noviembre de 2010, fueron depositados en mi cuenta SUS.- 27.794 (veintisiete mil setecientos noventa y cuatro 00/100 dólares americanos) los mismos que el citado Banco no ha registrado en mi cuenta de ahorros, aduciendo que el mismo día se hizo otro depósito más, por el monto de SUS.- 3.925,71 que también corresponden al mismo guarismo numeral de Bs.- 27.794, monto último que es el único que el Banco, en su agencia del MEGACENTER ha querido registrar ARBITRARIAMENTE en mi cuenta de ahorros y en forma intencionada OMITE REGISTRAR el monto total depositado habido en cuenta de ahorros el día 23 de noviembre de 2010 de SUS.- 31.719,71 que no figuran en mi libreta de ahorros, tal como consta del extracto que he obtenido en un cajero automático el día siguiente 24 de noviembre de 2010.*

Una vez que fui informada de los DOS DEPOSITOS EN DOLARES AMERICANOS efectuados a mi favor, hice la reclamación correspondiente al funcionario CAJERO del citado Banco, que responde al nombre de Alain Altamirano, quien me remitió a su Supervisora de nombre Ángela Zamora Jefe Operativa de la misma agencia del Banco en el MEGACENTER y ambos empleados bancarios en lugar de registrar en la caja registradora de su ventanilla correspondiente, procedieron a ALTERAR, FALSIFICAR Y OMITIR EL REGISTRO de esos dos depósitos a mi favor e insistían en que me apersona a sus oficinas a firmar los papeles para revertir a favor del Banco, nada menos los dineros que una tercera persona había realizado a mi favor.

En atención a que ellos aducían que esta situación se debía a un error en la caja registradora de la ventanilla a cargo de Alain Altamirano, no pudieron obligarme a revertir esos dineros que EFECTIVAMENTE FUERON DEPOSITADOS A MI FAVOR!!! Y por consiguiente, falsificando los datos que deberían ser registrados en mi CUENTA DE AHORROS como corresponde, más bien sin autorización de mi persona y vulnerando los derechos constitucionales que me asisten de conformidad con la Ley No 1488 de Bancos y Entidades Financieras, que protegen mi garantía financiera de depositar y retirar dineros de mi cuenta de ahorros **A LA VISTA**, ocultan esos registros y falsifican los datos que corresponden a mi CUENTA DE AHORROS EN DOLARES No 4020586395, haciendo constar solamente el monto de SUS.- 3.925,71.

El Gerente de la agencia del citado Banco en el MEGACENTER, me remitió la carta de disculpas que adjunto, pensando que con esa nota iba a dejar de reclamar los derechos que me asisten como PROPIETARIA UNICA DE LA CUENTA DE AHORROS NO (sic) 4020586395 y que **solamente mi persona puede RETIRAR DINEROS DE LA MISMA y/o revertir o cobrar TODOS LOS DEPOSITOS QUE SE HAGAN EN ELLA!!!**

Siendo el caso que, deberían constar REGISTRADOS EN CUENTA los **DOS DEPOSITOS** efectivamente realizados tal como consta de DOCUMENTOS EMITIDOS POR EL BANCO, **que también adjunto** hasta un monto de \$US.- 31.719,71 (setecientos diecinueve dólares americanos 71/100 (sic)) para fines de mi registro, historial bancario, extractos de cuentas y los intereses devengados correspondientes, he cursado la nota de reclamo que corresponde al Banco, para que a través de sus representantes legales el Presidente Emilio Unzueta y el Secretario del Directorio Gonzalo Pérez Arenas, den una adecuada solución al caso. Hasta ahora, no ha sido respondida por los citados responsables y representantes legales titulares del Banco en Bolivia.

En este entendido y antes de acudir a la vía judicial para el reclamo que corresponde al caso e iniciar las acciones legales por los delitos de orden público que están cometiendo inescrupulosamente los propietarios y gerentes del Banco citado DENUNCIO ante el máximo ente fiscalizador del sistema financiero nacional, esta arbitrariedad solicitando muy respetuosamente a su autoridad, disponga que **EN EL DIA** el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., **registre** ambos depósitos en mi cuenta de ahorros, tal como consta de los **DOS COMPROBANTES DE REGISTRO EN CUENTA a mi favor y regularizando las sumas de dinero en mi libreta de ahorros en dólares, consignen también los montos que corresponden a intereses devengados e impuestos ITF, desde el día 23 de noviembre de 2010 en que fueron efectuados los dos depósitos por las sumas de \$US.- 27.719 y \$US.- 3.925.71, hasta la fecha.**

En virtud de todo lo expuesto y sobre la base de prueba documental preconstituida, inicio el proceso administrativo que corresponde de conformidad con los artículos 99 y siguientes de la Ley General de Bancos, dirigiendo la acción en contra del Presidente del Directorio del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. y de su Secretario del Directorio Gonzalo Pérez Arenas, ...”

2. NOTA ASFI/DDC/R-24694/2011 DE FECHA 2 DE MARZO DE 2011.-

Mediante nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero responde al reclamo de la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, en los siguientes términos:

“(…)

- *En fecha 23 de noviembre de 2010, el señor Juan Carlos Silvestre Ostría Zapata, efectuó un depósito de Bs27.974 equivalente a \$us3.925,71 a la cuenta en moneda extranjera N° 4020586395 de propiedad de la señora Mónica Zapata Aramayo.*
- *El cajero que recepcionó el mencionado depósito, erróneamente abonó en su cuenta el monto de \$us27.974 extendiendo un comprobante de depósito por dicho importe.*
- *Advertido este error se procedió a efectuar los trámites correspondientes para la regularización respectiva, solicitando al depositante la firma de un nuevo comprobante por el monto correcto y la firma del formulario de reversión, mismo que habría sido comunicado a usted mediante carta notariada.*
- *La reversión ha sido efectuada en conformidad del Contrato Único de Cuentas Corrientes, Cuentas de Ahorro, Depósitos a Plazo Fijo y Servicios Automatizados, suscrito por usted con la entidad bancaria, que en el numeral 5.15 establece: “En caso que el Banco, por intermedio de cualquiera de sus empleados o funcionarios, acreditara erróneamente algún monto en cualquiera de las cuentas del Cliente, este autoriza expresamente al Banco a revertir ese concepto en cualquier momento sin otro requisito que comunicar al Cliente respecto al débito efectuado y la razón que motiva el mismo.”*

Revisada la información remitida por el Banco, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), no ha determinado incumplimiento a procesos administrativos internos por parte del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. con relación a su reclamo, salvando su derecho de acudir a la (sic) instancias correspondientes para hacer valer los derechos que le asisten...”

3. NOTA ASFI/DDC/R-120977/2012 DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2012.-

Habiendo solicitado la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, mediante memorial presentado en fecha 6 de septiembre de 2012, que se “convierta la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de fecha 2 de marzo de 2011 en RESOLUCIÓN con objeto de que pueda hacer uso del RECURSO REVOCATORIO”, mediante nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero le responde en los términos siguientes:

“...Nos referimos a su memorial recibido en fecha 6 de septiembre de 2012, a través del cual impugna la carta ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, mediante la cual se dió respuesta al reclamo interpuesto en fecha 3 de febrero de 2011, contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por un supuesto depósito de \$us.27.925,77 (Veintisiete Mil Novecientos Veinticinco 77/100 Dólares Americanos) que no habría sido abonado en su cuenta de ahorro.

Al respecto, señalamos que el artículo 20 del D.S. N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que reglamenta la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, establece que para interponer los recursos administrativos contra actos de menor jerarquía los regulados o personas interesadas, deben solicitar la consignación de dicho acto en una Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la notificación.

En el presente caso debemos señalar que la carta ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, fue legalmente notificada a su persona en fecha 9 de marzo de 2011, existiendo constancia de la entrega.

En consecuencia, al haber prescrito hace más de un (1) año el plazo para poder iniciar la vía impugnatoria administrativa, no corresponde dar curso a su solicitud de conversión en Resolución Administrativa la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, planteada en su memorial de fecha 5 de septiembre de 2012...”

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 31 de octubre de 2012, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** interpone Recurso de Revocatoria contra la nota ASFI/DDC/R-120977/2012, de 25 de septiembre de 2012, bajo los siguientes argumentos:

“...Que, planteo recurso revocatorio en contra de la carta de 25 de septiembre de 2012 cite ASFI/DDC/R-120977/2012, por la que su autoridad hace una interpretación ERRONEA de los procedimientos a ser aplicados en el presente caso.

Al mencionar un supuesto "vencimiento de plazo de un año" su autoridad equivoca procedimientos constitucionales e INFRINGE mi garantía constitucional del derecho al debido proceso, de acuerdo con la normativa **CONSTITUCIONAL prevista en la Ley N° 254**, toda vez que para los procedimientos constitucionales tal como consta del Auto Constitucional N° 0290/2011-RCA de 28 de octubre de 2011, en el segundo párrafo de la sección II.5. Análisis del caso elevado en revisión, resulta que la carta ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, firmada por el Lic. Jorge Quispe R. Director de Derechos del Consumidor Financiero a.i. y Lic. Reynaldo Yujra Segales Director Ejecutivo a.i. ambos de la ASFI, debieron haber dictado RESOLUCIÓN respecto del reclamo especificado en el exordio, con objeto de dar lugar a la impetrante, de acudir a la vía administrativa para impugnar los actos del ente fiscalizador de la Banca Privada que le perjudican.(sic.)

Este AUTO CONSTITUCIONAL Señora Directora Ejecutiva de la ASFI, **determina que su autoridad convierta su carta en RESOLUCION como una orden!!!**, porque el Tribunal Constitucional no somete sus decisiones al procedimiento administrativo regulatorio que usted maneja!!!

Para el accionar, petitorio, solicitud, cumplimiento y ejecución de este **AUTO CONSTITUCIONAL**, la suscrita impetrante tiene el plazo de SEIS MESES!! (sic), por lo que mal puede su autoridad invocar procedimientos que no se rigen por el Procedimiento Administrativo que usted invoca.

PETITORIO.-

En aplicación de la Ley N° 254 del Código Procesal Constitucional, planteo REVOCATORIA de su equivocada carta precedentemente citada y cumpliendo con el Auto Constitucional cuya copia he presentado para su conocimiento, cumpla con lo ordenado y CONVIERTA su carta de 2 de marzo de 2011 en RESOLUCION tal como ordena el Tribunal Constitucional, toda vez que no estamos tramitando un "proceso administrativo..." sino la ejecución y cumplimiento de un AUTO CONSTITUCIONAL que ha determinado que la ASFI debió haber dictado una RESOLUCION frente a mi reclamo, en lugar de pretender resolver la controversia con una simple carta a favor de un ente financiero PRIVADO como es el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

De otro modo, su autoridad mantiene a la impetrante en completo estado de indefensión, para el reclamo de su derecho al SECRETO BANCARIO y disposición de una cuenta de ahorros arbitrariamente, delitos cometidos por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., que aduciendo errores de su personal y fallas en su caja registradora, no ha REGISTRADO un comprobante de depósito de SUS.- 27.000 y arbitrariamente ha retirado ese depósito, sin mi firma ni autorización como propietaria de la CUENTA CAJA DE AHORROS, en ese Banco.

Todas las fallas, errores, confusiones, personal ineficiente, máquinas registradoras con fallas técnicas y en fin NO SE SOLUCIONAN DISPONIENDO ARBITRARIAMENTE DE UNA CUENTA BANCARIA PERSONAL CON TITULAR IDENTIFICADO Y FIRMA AUTORIZADA UNICA!!!

Existe la Ley General de Bancos para protección a los usuarios del sistema financiero nacional que, la ASFI debe proteger dictando las resoluciones que correspondan a los reclamos y no ignorar procedimientos sustituyendo resoluciones con cartas que IMPIDEN a la impetrante hacer uso de los recursos de impugnación que la ley le acuerda, violentando de este modo sus GARANTIAS CONSTITUCIONALES!!!, tal como el Auto Constitucional N° 0290/2011-RCA de 28 de octubre de 2011 dispone.

En virtud de lo expuesto, **PIDO** que se revoque y se deje sin efecto la equivocada carta de 25 de septiembre de 2012 precitada y dando cumplimiento al Auto Constitucional precedentemente invocado DICTE RESOLUCION tal como corresponde..."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 669/2012 DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012 de 29 de noviembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

“...ÚNICO: Declarar **IMPROCEDENTE** el Recurso de Revocatoria interpuesto por la señora **MONICA ZAPATA ARAMAYO**, contra la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, al no haber solicitado que dicha nota sea consignada en Resolución Administrativa, en virtud del párrafo I del artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera “SIREFI” aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003...”

Tal determinación se fundamenta en los argumentos siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, con relación a la tramitación del presente Recurso de Revocatoria, interpuesto contra la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, es necesario realizar algunas precisiones.

Que, el artículo 19 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que: “los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligaran a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación”.

Que, el párrafo I del artículo 20 del señalado Decreto Supremo, determina que para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.

Que, siguiendo ese contexto, los artículos 46 y 47 del citado Reglamento, disponen lo siguiente:

- *El artículo 46: “Las Resoluciones Administrativas de las Superintendencias Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió”.*
- *El párrafo I del artículo 47 “Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de las Superintendencias Sectoriales que cause perjuicio a los hechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento”.*

Que, de acuerdo a las disposiciones legales citadas precedentemente, el procedimiento especial en materia de regulación financiera establece que solo se puede resolver Recursos de Revocatoria contra Resoluciones y no así contra actos de “menor jerarquía” o actos preparatorios administrativos, como son las (Cartas, Circulares, Comunicaciones).

Que, aplicando la interpretación teleológica de los artículos 29 y 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se tiene que la finalidad de solicitar la conversión de actos de menor jerarquía en Resoluciones Administrativas es precisamente porque dichos actos al mantener una simplicidad en cuanto a su emisión, para poder ser impugnados deben ser convertidos en actos administrativos definitivos propiamente dichos guardando las formalidades contenidas en el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, permitiéndosele al recurrente conocer los fundamentos jurídicos y técnicos correspondientes que dan respuesta a su petición.

Que, en tal sentido la señora **MONICA ZAPATA ARAMAYO**, omitió activar el procedimiento legal previsto por el párrafo I del artículo 20 Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, consiguientemente, la recurrente al no haber solicitado que se consigne la carta ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, en Resolución Administrativa definitiva, la misma no es susceptible de impugnación mediante Recurso de Revocatoria considerando que no representa un acto administrativo definitivo, conforme establece el citado párrafo I, artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175. En consecuencia, no corresponde a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero considerar y pronunciarse respecto al planteamiento que efectúa la recurrente en su Recurso de Revocatoria, debiendo ser declarado improcedente en virtud del inciso a) del párrafo I, artículo 43 del referido Reglamento.

CONSIDERANDO:

Que, sin embargo de lo citado precedentemente, es menester considerar los argumentos expuestos por la recurrente, en el marco del debido proceso y el derecho a la defensa.

Que, de acuerdo al Auto Constitucional 0290/2011-RCA de 28 de octubre de 2011, en el punto II.5, segundo párrafo señala "De la revisión de antecedentes se puede evidenciar conforme al fundamento jurídico II.4 del presente Auto Constitucional, que la respuesta dirigida a la accionante por parte de la ASFI, si bien es una nota que no cuenta con las características de una resolución, sin embargo, al ser un acto administrativo la accionante debió pedir a dicha entidad que la respuesta a su reclamo se convierta en resolución y ante la misma proceda la interposición de los recursos de revocatoria y jerárquico tal como establece el art. 20 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Sectorial Financiera, aprobado mediante DS 27175 de 15 de septiembre de 2003, "I. Para interponer los recursos administrativos señalados en el art. 19 de dicho Reglamento (otros actos administrativos), los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada; II. El Superintendente Sectorial deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud. En caso de negativa del Superintendente Sectorial o de no haberse pronunciado dentro de dicho plazo, el interesado podrá interponer el recurso de

revocatoria contra el acto administrativo que motivo su solicitud; y III. En el caso del párrafo anterior el plazo para interponer el recurso de revocatoria comenzará a correr desde el momento de la negativa del Superintendente o, si no se pronuncia desde el día siguiente al vencimiento del plazo para la emisión de la resolución”, en consecuencia, al no activar las vías administrativas correspondientes acudió en forma directa ante la jurisdicción constitucional; por tanto, la presente acción no ha observado el carácter subsidiario desarrollada y enmarcada en los fundamentos jurídicos II.2 y 3 de la presente Resolución, puesto que el procedimiento aplicado en el caso en estudio no se pueden considerar recursos de revocatoria ni jerárquicos, para determinarse que se han agotado las vías administrativas, es así que la accionante debe tomar en cuenta previamente los procedimientos administrativos y si considera que se le han vulnerado sus derechos constitucionales, recién podría solicitar la tutela de los mismos por la vía constitucional”.

Que, en tal sentido el Auto Constitucional 0290/2011-RCA, no establece que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero deberá elevar la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, a Resolución Administrativa por el contrario señala que “la accionante debió pedir a dicha entidad que la respuesta a su reclamo se convierta en resolución”, en este marco la recurrente en el plazo de cinco días de haber recibido dicha nota, **debió solicitar al Órgano Regulador en tiempo oportuno que consigne dicho acto administrativo en Resolución en virtud del parágrafo I artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.**

Que, después de más de un año de haberse emitido y notificado la nota ASFI/DDC/R-24694/2011, la recurrente mediante memorial presentado en forma extemporánea (8 de septiembre de 2012), solicita se consigne dicha nota en Resolución Administrativa, aspecto contrario a lo señalado en el parágrafo I, artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, por cuanto dicho artículo señala de manera clara y específica que para interponer los recursos administrativos, los sujetos regulados o personas interesadas solicitaran a la Autoridad que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.

Que, Consiguientemente, la recurrente al no haber solicitado que se consigne la carta ASFI/DDC/R-24694/2011, en Resolución Administrativa definitiva, la indicada nota no es susceptible de impugnación por la vía del Recurso de Revocatoria considerando que no representa un acto administrativo definitivo debidamente motivado y fundamentado...”

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 5 de diciembre de 2012, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012, de fecha 29 de noviembre de 2012, expresando lo siguiente:

“(…)

1) Mediante Resolución ASFI N° 669/2012 ahora impugnada, finalmente la Directora

Ejecutiva a.i. de la ASFI, ha convertido en RESOLUCION su carta de respuesta ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, respecto de mi reclamo en contra de las arbitrariedades cometidas por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. en mi CUENTA DE AHORROS EN DOLARES, dando así cumplimiento al Auto Constitucional N° 0290/2011-RCA de 28 de octubre de 2011.

- 2) En la Resolución ASFI N° 669/2012 ahora impugnada, la Autoridad Ejecutiva a.i., incurre en una serie de contradicciones, con una interpretación antojadiza del articulado de la normativa del PROCESO ADMINISTRATIVO REGULATORIO, cuando por una parte, transcribe in extenso los artículos 46 y 47 del Reglamento D.S. N° 27175. que determinan el planteamiento de los recursos regulatorios en contra de toda resolución definitiva de las Superintendencias Sectoriales que cause perjuicio (SIC.) y por otra parte afirma con senda pretendida interpretación arbitraria de la norma, que su misma carta ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, es un simple acto de menor jerarquía o de orden operativo.. (sic) obligarán a los regulados.... (sic)
- 3) **Para comenzar**, la carta de RECLAMO con la que se inició el presente trámite ante la ASFI, no tiene por qué ser considerada de "menor jerarquía" por parte de la autoridad a quien se le pide PROTECCION COMO USUARIA DEL SISTEMA FINANCIERO, toda vez que en ninguna parte de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo ni de su Reglamento procesal D.S. N° 27175, se le dan atribuciones a la Sra. Directora Ejecutiva de la ASFI, para categorizar, calificar, describir, validar ni mucho menos clasificar el tipo de RECLAMO que le es planteado por los particulares reclamantes y **para terminar**, esos "actos administrativos de menor cuantía (sic, quiso decir jerarquía)..." a los que la citada autoridad acude para fundamentar su RECHAZO al recurso revocatorio, no corresponde a mi reclamo, por cuanto mi persona NO ES REGULADO del sistema financiero nacional (se refiere a los empleados de Bancos y entidades financieras), porque yo soy USUARIA según carta de 25 de septiembre de 2012 cite ASFI/DDC/R-120977/2012. En este entendido, su autoridad hace una interpretación ERRONEA de los procedimientos a ser aplicados en el presente caso.
- 4) Existe por tanto, grave infracción al debido proceso toda vez que, al rechazar el recurso revocatorio **sin determinar con precisión la legitimación activa de la reclamante**, A QUIEN SE LE CONFUNDE por empleada bancaria con actos administrativos de menor jerarquía, cuando en realidad se trata de una USUARIA DEL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL, el recurso revocatorio **no esta resuelto en el fondo del asunto como es su deber, función y finalidad como Autoridad de SUPERVISION del Sistema Financiero.**
- 5) Existe también, grave violación de las garantías constitucionales de la suscrita reclamante, cuando la ASFI en lugar de resolver el FONDO DE LA CONTROVERSIA, ya que ha convertido efectivamente su simple "carta de menor jerarquía" en RESOLUCION N° 669/2012 ahora impugnada, se limita a hacer sendas explicaciones procesales e interpretaciones teleológicas de un Auto Constitucional, nada menos, cuando dice por una parte que los

"regulados se obligan" y por otra parte pretende darle un plazo de impugnación a una carta "de menor jerarquía" que no merecía resolución... Contradicción.

- 6) Si para la ASFI, resulta mi reclamo una "carta de menor jerarquía", que no merece RESOLUCION, efectivamente no procedía otra vía que la constitucional para plantear mi reclamo y gracias al mismo, el Tribunal Constitucional, en AUTO CONSTITUCIONAL N° 290/2011I-RCA precisamente, ha determinado que la ASFI "debió haber dictado Resolución" como que así lo ha hecho **recién AHORA cumpliendo lo dispuesto en Auto Constitucional.**

Por lógica jurídica, una carta que es "de menor jerarquía y no merece Resolución", **pues no abre ningún plazo ni término para ser computado de acuerdo al PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SUS REGLAMENTOS PROCESALES, precisamente porque NO ES RESOLUCIÓN!, sino como la misma ASFI la califica, es solo un acto administrativo de menor jerarquía y el recurso revocatorio, solo procede contra RESOLUCIONES.** No contra las cartas que salvan derechos de los reclamantes... y reiteran compromisos... de propaganda televisiva, como rezan los últimos párrafos de la carta, ahora convertida en RESOLUCION.

- 7) Al final de toda la gran explicación "teleológica" e interpretación del articulado del Procedimiento Administrativo previsto en la Ley N° 2341 y su D.S. Reglamentario N° 27175 que realiza la Directora Ejecutiva de la ASFI en su Resolución N° 669/2012 aquí impugnada, infringiendo la normativa constitucional referida a la actividad PRIVATIVA DE INTERPRETACION DE LA LEY QUE TIENE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, lo único que queda, es una USUARIA DEL SISTEMA FINANCIERO como es la suscrita ciudadana reclamante, **en completo estado de indefensión toda vez que hasta ahora NO SE CONSIDERA EL FONDO DEL ASUNTO DE MI RECLAMO** y el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.. quien cometió la arbitrariedad de disponer de los dineros depositados en mi cuenta **infringiendo, violentando y falsificando registros en mi cuenta de ahorros en dólares,** QUEDA IMPUNE. No es lo correcto.

PETITORIO

En virtud de todo lo expuesto, en término hábil planteo RECURSOS (sic) JERARQUICO en contra de la Resolución N° 669/2012 de 29 de noviembre de 2012 y muy respetuosamente **PIDO** que se regularicen procedimientos y se **ANULE todo lo obrado y actuado hasta el presente** dentro del trámite signado con el N° T-513210, en mérito de mi denuncia y reclamo en contra del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., y en base de la respuesta de la entidad financiera fiscalizada por la ASFI, que precisamente en su carta BMSC/GAL/312/2011, textualmente dice "el cajero que recepcionó el mencionado depósito... abonó en su cuenta el monto de \$UAS (sic).- 27.974 extendiendo un comprobante de depósito por dicho importe." (sic.), se le ordene a REGISTRAR EN MI CUENTA DICHO MOVIMIENTO BANCARIO, porque esa cuenta es de mi propiedad, es PRIVADA y los funcionarios no tienen ninguna facultad, ni atribución, ni autorización para

realizar ellos los movimientos bancarios que estimen convenientes SIN MI AUTORIZACION, de acuerdo a la normativa referida a la propiedad privada de las cuentas bancadas y el SECRETO BANCARIO.

Que ese abono en cuenta sea realizado "erróneamente" o "correctamente" NO ES EL PUNTO! En ambos casos, sea erróneamente o correctamente, cuando consta un COMPROBANTE DE CAJA DEBIDAMENTE FIRMADO, solamente el propietario de la cuenta bancaria puede retirar, depositar, modificar los movimientos en su propia cuenta de ahorros. No existe otra opción ni justificación.

Por tanto, en cumplimiento de sus funciones y atribuciones, la ASFI ahora debe dictar Resolución declarando procedente el presente Recurso Jerárquico ORDENANDO al Banco Mercantil Santa Cruz S.A., registre en la cuenta de ahorros N° 4020586395 de propiedad de la impetrante, los DOS DEPOSITOS en comprobantes de caja debidamente firmados por el Dr. Juan Carlos Silvestre Ostría Zapata, de \$US.- 27.974 y \$US.-3.925,71.

Previo DEBIDO PROCESO y trámite judicial que corresponda, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., deberá probar y demostrar los errores de sus propios funcionarios, si es que los hubieran. En tanto no exista una ORDEN JUDICIAL para modificar, retirar dineros, acreditar en cuenta montos diferentes que no vayan con la firma de la propietaria de la cuenta de ahorros, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., no puede ni debe disponer en cuentas bancarias AJENAS!!!

El hecho de que la ASFI a través de resoluciones como la aquí impugnada, pretenda proteger a un Banco para que en forma arbitraria mueva todas las cuentas de los usuarios a gusto y sabor aduciendo "errores" cuando se le dé la regalada gana, pone en serio RIESGO la seguridad jurídico financiero del sistema bancario nacional.

Se dicte RESOLUCION tal como se pide."

7. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

A tiempo de su memorial presentado en fecha 20 de diciembre de 2012, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, ha presente en calidad de prueba, las literales siguientes:

- Boleta de depósito en cuenta, comprobante N° 133756; datos relevantes: "A favor de: ZAPATA ARAMAYO, MONICA (cuenta) 4020586395 (monto) USD 27,794.00... (fecha) 2010/11/23 (hora) 13:40:08..."
- Boleta de depósito en cuenta, comprobante N° 174418; datos relevantes: "A favor de: ZAPATA ARAMAYO, MONICA (cuenta) 4020586395 (monto) USD 3,925.71... (fecha) 2010/11/23 (hora) 17:44:43..."
- Extracto de movimientos -secuencia 1035- emitido por cajero automático ("AG

ACHUMANI C 16 LA PAZ") en fecha 24 de noviembre de 2010, correspondiente a la tarjeta "589359XXXXX2663 CTA. ORIGEN: CAJA DE AHORROS", correspondiente al periodo comprendido entre el 15 de noviembre de 2010 y 23 de noviembre de 2010, y que en cuanto al concepto "DEPOSITOS-EF" registra una sola operación de fecha 23 de noviembre de 2010, por "3,925.71".

Por el mismo memorial, además, se ofrece en la misma calidad "el certificado de supuesta "reversión de fondos" firmada (sic) por el mismo depositante, horas después de haber efectuado el depósito".

8. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 11 de enero de 2013, se lleva adelante la audiencia para la exposición oral de fundamentos, que fuera solicitada en el memorial de 20 de diciembre de 2012, a la que asisten los señores **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** y Mauricio Ostria, y que se desarrolla conforme al correspondiente registro digital.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

En atención al reclamo presentado en fecha 8 de febrero de 2011, por la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, en sentido de no habersele abonado en su cuenta de ahorro N° 4020586395, del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., un depósito por el monto de \$us.27.794.- (VEINTISIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO 00/100 DÓLARES AMERICANOS) realizado en fecha 23 de noviembre de 2010, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, se pronuncia determinando la inexistencia de incumplimiento a los "procesos administrativos internos por parte del Banco Mercantil Santa Cruz S.A.", que puedan generar la atención del reclamo presentado.

Más de un año después (un año, seis meses y cuatro días, con mayor precisión), por memorial presentado en fecha 6 de septiembre de 2012, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** solicita se "convierta la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de fecha 2 de marzo de 2011 en RESOLUCIÓN con objeto de que pueda hacer uso del RECURSO REVOCATORIO", a lo que el Ente Regulador, mediante nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, responde en sentido que:

"...al haber prescrito hace más de un (1) año el plazo para poder iniciar la vía impugnatoria administrativa, no corresponde dar curso a su solicitud de conversión en Resolución Administrativa la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, planteada en su memorial de fecha 5 de septiembre de 2012..."

Luego, mediante memorial presentado el 31 de octubre de 2012, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** interpone Recurso de Revocatoria contra la nota ASFI/DDC/R-120977/2012, de 25 de septiembre de 2012, a lo que se atiende negativamente (declaratoria de improcedencia), en la Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012 de 29 de noviembre de 2012, *"al no haber solicitado que dicha nota sea consignada en Resolución Administrativa, en virtud del párrafo I del artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera"*; a su vez, tal extremo determinó la interposición del Recurso Jerárquico.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Antes de proceder con el análisis mismo, conviene diferenciar las controversias que hacen a los Recursos de Revocatoria el 31 de octubre de 2012 y al Jerárquico de 5 de diciembre de 2012.

Así, la primera tiene que ver con *"haber prescrito hace más de un (1) año el plazo para poder iniciar la vía impugnatoria administrativa, no corresponde dar curso a su solicitud de conversión en Resolución Administrativa la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011"* (nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012).

La otra, en cambio, está referida a la declaratoria de improcedencia del Recurso de Revocatoria planteado contra la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, acto de menor jerarquía, no así contra una Resolución Administrativa (en los términos de los artículos 17° y 19° de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo).

Como se aprecia, ambas controversias resultan de contenido adjetivo y como tales, han inhibido el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo planteada por la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, y referida a que *"deberían constar REGISTRADOS EN CUENTA los DOS DEPOSITOS efectivamente realizados... hasta un monto de \$US.- 31.719,71 (setecientos diecinueve dólares americanos 71/100 (sic)) para fines de mi registro, historial bancario, extractos de cuentas y los intereses devengados correspondientes"* (memorial de fecha 8 de febrero de 2011).

Toda vez que, por disposición del artículo 63°, párrafo II, de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, *"La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente..."*, la presente Resolución Ministerial Jerárquica está referida, fundamentalmente al carácter adjetivo que, como se ha dicho, caracteriza a las controversias conocidas.

2.1. Imprecisiones del Recurso Jerárquico.-

La ahora recurrente interpuso en fecha 15 de abril de 2011, una acción de Amparo Constitucional por considerar vulnerados su derecho a la petición y a la garantía del debido

proceso, acción dirigida contra el Director Ejecutivo de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y contra el Director de Derechos del Consumidor Financiero, y que mereciera la declaratoria de improcedencia *in límine* por parte del Tribunal de Garantías Constitucionales (Resolución de 25 de abril de 2011, después aprobada por el Auto Constitucional 0290/2011-RCA de 28 de octubre de 2011).

Teniendo presente ello, resulta que el Recurso Jerárquico interpuesto por la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, contiene varias imprecisiones, de necesaria aclaración, toda vez que la presente resolución debe referirse “a las pretensiones formuladas por el recurrente” (Art. 63º, Par. II, Ley N° 2341).

Así:

- El Auto Constitucional 0290/2011-RCA de 28 de octubre de 2011, pronunciado por el entonces Tribunal Constitucional (ahora Tribunal Constitucional Plurinacional), dentro de la acción de amparo constitucional interpuesta por la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, contra el Director Ejecutivo de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, refiere que la tutela que por esa vía la accionante ha reclamado, consiste en que se ordene al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. a efectos de:

“...registrar el movimiento bancario en forma de depósito, a su cuenta de ahorros en dólares 1020585395, la suma de \$us27 794.- (sic), al 23 de noviembre de 2010, debiendo constar su registro en el soporte digital de su libreta de ahorros un total de \$us31 719,71. (sic) (treinta y un mil setecientos diecinueve 71/100 dólares estadounidenses), con los respectivos intereses devengados a su favor hasta el presente y disponiendo que la ASFI, levante la arbitraria incautación de ese dinero, en aéreas del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., hasta que exista un debido proceso, con sentencia ejecutoriada a favor de dicho Banco, si lo hubiere...”

En tal sentido, el Tribunal de Garantías -Sala Social Administrativa Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz-, mediante Resolución de 25 de abril de 2011, declaró la improcedencia *in límine* (entonces sin considerar el fondo) de la acción precitada, por haber la accionante interpuesto otra similar con los mismos fundamentos, por no haberse observado la regla de subsidiariedad, y por no haberse agotado “*ni se acudió al recurso de revocatoria y jerárquico para el restablecimiento de los depósitos que señala*”.

En definitiva, el Auto Constitucional 0290/2011-RCA aprueba la Resolución de 25 de abril de 2011 y declara la improcedencia de la acción intentada por la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**.

Entonces, debe quedar como hecho evidente e irrefutable, que la impugnada Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012, no resulta en incumplimiento del Auto Constitucional N° 0290/2011-RCA.

- Tampoco es evidente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012, hubiera “convertido en RESOLUCION” la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, puesto que lo que la primera ha hecho, es:

*“Declarar **IMPROCEDENTE** el Recurso de Revocatoria interpuesto por la señora **MONICA ZAPATA ARAMAYO**, contra la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, al no haber solicitado que dicha nota sea consignada en Resolución Administrativa, en virtud del parágrafo 1 del artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera “SIREFI” aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003...”*

- La Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012 de 29 de noviembre de 2012, corresponde a la dinámica propia del proceso recursivo (aún para el caso particular, de resultar irregular por la actuación de la recurrente, lo que ha dado lugar a la improcedencia del Recurso de Revocatoria de fecha 31 de octubre de 2012).

Entonces, no existe aquí un reencauzamiento del trámite, como mal sugiere la recurrente al usar las expresiones adverbiales “finalmente” o “recién AHORA”: la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha consignado el contenido de la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, en una Resolución Administrativa; la Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012, lo que ha hecho es, pronunciarse al Recurso de Revocatoria de 31 de octubre de 2012 como se lo ordena el artículo 49° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175.

- La recurrente no ha realizado una lectura correcta de la Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012 de 29 de noviembre de 2012, por cuanto, la transcripción que ésta hace del artículo 19° (*Los actos administrativos de menor jerarquía...*) resulta de la diferenciación jurídica con respecto a los actos señalados por los artículos 17° y 18° de la misma norma: las Resoluciones Administrativas, entonces -por defecto y antonomasia- actos administrativos de -mayor- jerarquía.

Con ello queda claro que, la jerarquización de los actos administrativos no sólo que tiene origen normativo (no así discrecional de la Administración, como sugiere la recurrente), sino que además, lo mismo está referido a la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012 -por constituir ello el pronunciamiento de la Administración- y de ninguna manera a la nota de reclamo de la ahora recurrente.

Por tanto, no se ha categorizado la nota de reclamo de la recurrente, entonces tampoco se le ha atribuido, en momento alguno, la calidad de regulada o de “empleada bancaria”.

- La categoría administrativa de *actos de menor jerarquía*, tiene por objetivo diferenciarlos de las Resoluciones Administrativas; ese carácter es jurídico, lo que importa que su régimen se halle previsto en los artículos 19º y 20º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, no obedeciendo, entonces, a ningún capricho del Ente Regulador, o a alguna actuación arbitraria y discrecional por parte del mismo, como mal sugiere la recurrente.

2.2. De la obligación de pronunciarse.-

Aclarados esos extremos, corresponde señalar que el artículo 17º, parágrafo I, de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, de 23 de abril de 2002, señala:

*“...La Administración Pública está **obligada a dictar resolución expresa** en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, en una primera aproximación al tema, el Ente Regulador debió considerar emitir la Resolución Administrativa que le corresponda al recurso interpuesto en fecha 31 de octubre de 2012, más aún si se considera que el acto a emitir produce efectos jurídicos, los que eventualmente pueden ser objeto de impugnación.

Ello, porque en materia administrativa, el proceso se rige por el principio de legalidad, que refiere que las actuaciones de la Administración Pública deben estar sometidas al cumplimiento de la normativa, por lo que corresponde determinar cuál es la norma aplicable al caso de autos; en tal sentido, se tiene presente lo establecido por el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, a saber:

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

Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).

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

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

Entonces, la norma administrativa delega, al o a la recurrente, la responsabilidad de solicitar se consigne el acto administrativo de menor jerarquía, en un acto recurrible.

Subsumiendo lo anterior al caso de autos, era obligación de la recurrente, requerir la consignación en Resolución Administrativa de la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, a efectos de hacerla recurrible de Revocatoria; sin embargo, la

propia normativa administrativa, prevé que, ante la omisión del interesado, sea la Autoridad reguladora la que quede obligada a reencauzar el procedimiento, conforme lo señala el artículo 42° de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que establece:

*“...Artículo 42°. (Calificación del Procedimiento). El órgano administrativo **calificará y determinará el procedimiento que corresponda** a la naturaleza de la cuestión planteada, **si las partes incurrieran en error de su aplicación o designación...**”*

Por tanto, es una carga procesal impuesta al Ente Regulador, reencauzar el procedimiento administrativo en lo sustancial, superando el vicio adjetivo originado por la recurrente, debiendo pronunciarse directamente mediante Resolución Administrativa expresa, al amparo del citado artículo 42° y del artículo 56°, ambos de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En este sentido, el Ente Regulador ha pasado por alto, que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 17°, define al **acto administrativo** como aquel *“...que **expresa la decisión de la autoridad reguladora**, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados”*.

En la economía jurídica boliviana (Art. 56°, Ley N° 2341), cualquier persona que se sienta agraviada, puede presentar los recursos administrativos (de Revocatoria y Jerárquico), *“contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente siempre que dichos actos administrativos a **criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos**. II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa...”*

En este contexto, al contener la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012 una decisión definitiva, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero estaba en la obligación de pronunciarse de manera fundamentada y motivada sobre el fondo del mismo, a través de una Resolución Administrativa.

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

Así, debe prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, **por encima de formalísimos cuya realización no incida en su validez**, no determinen aspectos importantes en la decisión final, y no disminuyan las garantías del procedimiento ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales, deberá ajustarse al marco normativo

aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que busca satisfacer con la aplicación de este principio.

Corresponde traer a colación el precedente administrativo ya sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 021/2010 de 27 de agosto de 2010, misma que determinó, en un caso de características análogas, lo siguiente:

“...Asimismo, y no menos trascendental es la obligación de la Administración Pública de otorgar una Resolución motivada de la pretensión que presente, en el uso de protección que debe otorgar la administración al administrado en el marco del debido proceso, situación que no sucedió en el caso de autos, ya que la Autoridad de de Supervisión del Sistema Financiero, al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria por medio una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010), cuando lo que correspondía era encaminar el proceso, y emitir Resolución Administrativa fundamentada respecto a la pretensión planteada que originó el Recurso de Revocatoria....”

En este contexto corresponde a esta instancia jerárquica reencauzar el procedimiento para que en instancia inferior se corrijan los vicios procesales aludidos y se tramite el proceso sin mayores dilaciones que conlleven a futuras nulidades procesales debiendo motivarse adecuadamente mediante resolución motivada la solicitud hecha por el recurrente...”

En el mismo sentido, lo determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido proceso, que se remite a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, estableciendo lo siguiente:

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

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

en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes”.

Ese mismo Tribunal se ha pronunciado en sus sentencias 0086/2010-R y 0223/2010-R, señalando que:

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

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

2.3. Caducidad para la solicitud de consignación de un acto de menor jerarquía.-

No obstante ello, se debe tener presente la particularidad del caso, expresada en lo señalado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, en sentido de rechazar la consignación de la

nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011 en una resolución por “haber prescrito hace más de un (1) año el plazo para poder iniciar la vía impugnatoria administrativa”, extremo que obliga a su necesaria compulsión con los restantes actuados.

De ello se conoce que en fecha 2 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DDC/R-24694, hizo presente a la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, que no determinó “incumplimiento a procesos administrativos internos por parte del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. con relación a su reclamo”, y que, efectivamente, un año, seis meses y cuatro días, después, por memorial presentado en fecha 6 de septiembre de 2012, la ahora recurrente solicitó la conversión de tal nota “en RESOLUCIÓN con objeto de que pueda hacer uso del RECURSO REVOCATORIO”, justificado tal extremo en:

“...tal como consta del Auto Constitucional N° 0290/2011-RCA de 28 de octubre de 2011, en el segundo párrafo de la sección II.5. Análisis del caso elevado en revisión, resulta que la carta ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, firmada por el Lic. Jorge Quispe R. Director de Derechos del Consumidor Financiero a.i. y Lic. Reynaldo Yujra Segales Director Ejecutivo a.i. ambos de la ASFI, debieron haber dictado RESOLUCION respecto del reclamo especificado en el exordio, con objeto de dar lugar a la impetrante, de acudir a la vía administrativa para impugnar los actos del ente fiscalizador de la Banca Privada que le perjudican...”

La redacción precisa del Auto Constitucional 0290/2011-RCA de 28 de octubre de 2011 (parte pertinente), es la siguiente:

“...II.5. Análisis del caso elevado en revisión (...)

...la respuesta dirigida a la accionante por parte de la ASFI, si bien es una nota que no cuenta con las características de una resolución; sin embargo, al ser un acto administrativo la accionante debió pedir a dicha entidad que la respuesta a su reclamo se convierta en resolución y ante la misma proceda la interposición de los recursos de revocatoria y jerárquico, tal como establece el art. 20 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Sectorial Financiera, aprobado mediante DS 27175 de 15 de septiembre de 2003, “ I. Para interponer los recursos administrativos señalados en el art. 19 de dicho Reglamento (otros actos administrativos), los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada; II. El Superintendente Sectorial deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud (...) la accionante debe tomar en cuenta previamente los procedimientos administrativos y si considera que se le han vulnerado sus derechos constitucionales, recién podría solicitar la tutela de los mismos por la vía constitucional...”

Entonces, a diferencia de lo señalado en el numeral 2.2 supra y que hace específicamente a la controversia del Recurso Jerárquico (referida a la obligación de pronunciarse del Regulador, aún se trate de un recurso contra un acto de menor jerarquía), el hecho

controvertido a tiempo del Recurso de Revocatoria que le ha precedido, **consiste en haberse solicitado la consignación en resolución, del contenido de la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, fuera del plazo señalado** por el artículo 20º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, este es, 5 (cinco) días y peor aún fuera del plazo de 15 días para la interposición del recurso que le asistía.

A este extremo, la actividad de promoción recursiva, es inherente únicamente a las partes dentro del proceso, por cuanto, sólo ellas pueden aquejar un recurso, en los términos del artículo 56º de la ley N° 2341: "*siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos*", y obviamente, al ser la Administración la que dicta los actos susceptibles de afectación, lesión o perjuicio a derechos subjetivos o intereses legítimos, no va a ir contra los propios intereses de la colectividad a la que representa, sino contra los intereses del administrado particular.

Entonces, es el administrado que se considera agraviado (en este caso, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**) quien tiene, dentro de los límites que la ley le confiere, el poder de impugnación destinado a promover la revisión del acto administrativo y su eventual modificación.

Ello requiere del mismo, como resulta obvio, una conducta activa: debe constituirse en recurrente, debe ser quien interponga el recurso que la ley le franquee, a efectos de lograr la modificación del acto administrativo que crea le afecte, lesione o perjudique a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, la Administración no puede hacerlo por él.

Para el caso de autos, toda vez que la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011 se constituye, en los términos del artículo 19º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, en un acto de menor jerarquía (al no constituir Resolución Administrativa), como tal, no es impugnable, sino mediando la consignación a la que se refiere el artículo 20º, parágrafo I, del mismo Reglamento, actividad que únicamente le era inherente a la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** (si es que estaba interesada en ello) y que de acuerdo con la última norma precitada, debió acaecer "*en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos*", lo que en definitiva no sucedió sino más de un año después, entonces en infracción al artículo 21º, parágrafo I ("*Los términos y plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las autoridades administrativas, servidores públicos y los interesados*"), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, y dando razón a lo señalado en la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, en sentido que:

"...al haber prescrito hace más de un (1) año el plazo para poder iniciar la vía impugnatoria administrativa, no corresponde dar curso a su solicitud de conversión en Resolución Administrativa la nota ASFI/DDC/R-24694/2011 de 2 de marzo de 2011, planteada en su memorial de fecha 5 de septiembre de 2012..."

Lo mismo guarda plena conformidad con lo señalado por el Tribunal de Garantías Constitucionales (Sala Social y Administrativa Primera de la entonces Corte Superior de

Justicia del Distrito Judicial de La Paz) en su Resolución de 25 de abril de 2011 -después aprobada por el tantas veces mencionado Auto Constitucional 0290/2011-RCA de 28 de octubre de 2011-, cuando señala que:

*“...la “falta de utilización” -se refiere a los recursos administrativos que franquea la norma- de éstos, anula toda la posibilidad de ingresar al fondo de la problemática y también la posibilidad de otorgar la tutela; toda vez que no se ha agotado **ni se acudió** al recurso de revocatoria y jerárquico para el restablecimiento de los depósitos que señala...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es decir, que la interesada debió acudir a los recursos que determina la norma, empero obviamente, dentro de los márgenes que señala la misma, no pudiéndose pretender que al estar referido a un acto de menor jerarquía, no exista para ello “ningún plazo ni término” como mal señala el Recurso Jerárquico, sino que a tal criterio se opone el del artículo 20° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175:

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

Así, tampoco la recurrente ejerció su derecho de impugnación (Recurso de Revocatoria) dentro de los quince (15) días hábiles administrativos, como se lo garantiza el artículo 48° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, y pese a que el Ente recurrido, no se pronunció al memorial de 8 de febrero de 2012 mediante una Resolución Administrativa -como le correspondía-, conforme al precedente de regulación financiera, establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 006/2013 de 13 de febrero de 2013.

Sobre tales extremos, no puede alegar la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO**, infracción al debido proceso administrativo o a la garantía de la seguridad jurídica, o indefensión.

No obstante ello y al tratarse la controversia ahora resuelta de aspectos meramente formales, en el ejercicio que le corresponde a la Administración, de la protección a la recurrente, cual usuaria de los servicios financieros, se aclara que, al no haber existido proceso administrativo referido al fondo de la pretensión, por la inexistencia de Resoluciones administrativas que se refieran a ello, la señora **MÓNICA ZAPATA ARAMAYO** podrá considerar plantear nuevamente su reclamo, de considerar contar con los suficientes elementos para ello y si la norma le permite lo mismo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el

artículo 2º del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 669/2012 de 29 de noviembre de 2012 que, en Recurso de Revocatoria, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la nota ASFI/DDC/R-120977/2012 de 25 de septiembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 672/2012 DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 022/2013 DE 03 DE MAYO DE 2 013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 022/2013

La Paz, 03 de Mayo de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 672/2012 de 29 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho Órgano de Fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 021/2013 de 25 de marzo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 051/2013 de 04 de abril de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 28 de diciembre de 2012, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 672/2012 de 29 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-839/2013 de fecha 3 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios

Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI N° 672/2012 de 29 de noviembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 8 de enero de 2013, notificado en fecha 14 de enero de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 672/2012 de 29 de noviembre de 2012.

Que, mediante notas ASFI/DAJ/R-13607/2013 de 28 de enero de 2013 y ASFI/DAJ/R-19723/2013 de 7 de febrero de 2013, puestas después en conocimiento de la recurrente mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 027/2013, de 18 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros adjunta la documentación complementaria que le fuera requerida mediante notas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 007/2013 de 18 de enero de 2013 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 018/2013 de 31 de enero de 2013.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 062/2012 DE 23 DE OCTUBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 062/2012, de 23 de octubre de 2012, se resolvió lo siguiente:

*"...**ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 189/2012 de 18 de mayo de 2012 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, debiendo valorarse de manera fundamentada toda la prueba presentada..."*

2. ANTECEDENTES.-

Que mediante Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

*"...**ÚNICO.- Sancionar** al señor **YURI RODRIGUEZ URQUIDI** en su calidad de Gerente de la Regional Cochabamba de la ex **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO GUAPAY**, con suspensión temporal de sus funciones por el lapso de dos años..."*

Por memorial de fecha 6 de octubre de 2011, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, y que ha de merecer la Resolución Administrativa ASFI N° 189/2012 de 18 de mayo de 2012, por la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirma totalmente la primera.

Corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 062/2012 de 23 de octubre de 2012, por la que anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 189/2012 de 18 de mayo de 2012, con los siguientes fundamentos:

“...2.1. Sobre la falta de fundamentación y deficiencias en el tratamiento de la prueba, en la Resolución Administrativa ASFI N° 189/2012 de 18 de mayo de 2012.-

El recurrente refiere falta de fundamentación y auto contradicción, en la recurrida Resolución Administrativa ASFI No. 189/2012 de 18 de mayo de 2012, extremos que, como se concluye infra, tiene que ver con la inexistencia de término de prueba, falta de notificación con la admisión de la prueba, valoración indebida de los medios probatorios, violación de derechos y garantías constitucionales, concretamente al debido proceso, que también se acusan en el Recurso Jerárquico.

En principio y en cuanto a la alegada fundamentación, el recurrente, al utilizar la conjunción copulativa ‘y’ en la expresión “Y es qué (sic) la resolución ASFI No. 189/2012, vuelve a incurrir en INFRACCIONES de normas expresas del reglamento aprobado por DS No. 27175”, acusa la infracción de los artículos 29°, parágrafo III, 30° y 50° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Conviene transcribir los artículos señalados:

*“...Artículo 29.- **(Prueba)** (...)*

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

*Artículo 30.- **(Prueba en Recurso de Revocatoria)***

En los recursos de revocatoria, la producción de prueba se registrará de acuerdo al Artículo 50 del presente Reglamento (...)

*Artículo 50.- **(Prueba)***

I. El Superintendente Sectorial podrá disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte, cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso. Esta apertura deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles administrativos de interpuesto el recurso y el periodo de prueba no deberá exceder los cinco (5) días hábiles administrativos desde su apertura.

- II. Producida la prueba dentro de los cinco días, el Superintendente Sectorial resolverá el recurso en el plazo señalado a partir del vencimiento del plazo para la presentación de pruebas.
- III. En caso de que existiesen dos o más recurrentes, se pondrá a la vista de los mismos por cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir de su notificación, para que se conozca la prueba aportada y se presenten los alegatos dentro de dicho plazo. En este caso el plazo para resolver el recurso de revocatoria empieza a computarse a partir de la presentación de alegatos o al vencimiento del plazo para ello...”

Los artículos precitados, entonces, se refieren al trámite probatorio del proceso administrativo recursivo, en concreto al trámite en Recurso de Revocatoria, fundamentalmente el artículo 50°, aunque en su alcance principista le es también aplicable el párrafo III del artículo 29°, también supra transcrito.

Ahora bien; el Recurso Jerárquico está referido a la sustanciación del Recurso de Revocatoria, en el que entonces y a decir de su presentante, no se habrían observado ni el criterio de valoración dispuesto por el artículo 29°, párrafo III, ni las formalidades exigidas por el artículo 50°, ambos del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Corresponde entonces una primera conclusión: el alegato sobre “falta de fundamentación y auto contradicción de la resolución ASFI No. 189/2012 de 18 de mayo de 2012”, es por esencia, incongruente con su -único- justificativo referido al supuesto incumplimiento del procedimiento probatorio, por cuanto tales figuras (falta de fundamentación y auto contradicción en compulsa con procedimiento probatorio) son divergentes, infiriéndose que lo que se quería decir era que, por efecto de alguna inobservancia al procedimiento probatorio previsto por el artículo 50° del Reglamento, se produjo las acusadas falta de fundamentación y auto contradicción de la Resolución Administrativa ASFI No. 189/2012 de 18 de mayo de 2012.

2.1.1. De la producción de prueba.-

Conforme lo supra transcrito, el artículo 50° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, concretamente su párrafo inicial (I), refiere que:

“...I. El Superintendente Sectorial podrá disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte, cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso...”

De tal declaración se deben extraer los elementos que se requieren para la procedencia de la producción de prueba:

- A quien **privativa y exclusivamente** le corresponde disponer la producción de pruebas, es a la autoridad reguladora, sea de oficio o a petición de parte.

- Para que tal disposición se produzca de oficio, **para la autoridad reguladora deben resultar insuficientes** -a efectos de resolver el recurso- **los elementos de juicio hasta entonces acumulados**.
- La disposición sobre la producción de pruebas **puede** -entonces **facultativamente**- también originarse en una solicitud de parte interesada.
- La disposición sobre la producción de pruebas, no constituye una etapa procesal por cuanto es alternativa: se produce sólo si la autoridad reguladora considera insuficientes los elementos de juicio hasta entonces acumulados; contrario sensu, si la autoridad reguladora no considera insuficientes los elementos de juicio, no hay lugar a disposición alguna, claro salvo la petición de oficio.

Ahora, si la disposición sobre la producción de prueba no constituye una etapa procesal, no está obligada la autoridad a disponerla, empero sí a atender favorablemente una solicitud en ese sentido, presentada por parte interesada (su rechazo la obliga a justificar fundadamente tal posición en observancia del artículo 16º, inciso h) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo).

Aplicados tales criterios al caso de autos, se evidencia que el ahora recurrente, señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, en oportunidad de su Recurso de Revocatoria de 6 de octubre de 2011, en concreto en la parte de su petitorio, ha solicitado en concreto que:

“...Bajo el amparo de los fundamentos antes expuestos y de acuerdo a las previsiones de los Arts. 19, 20, 36, 37, 38, 46, 47 y 48 del reglamento aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, y la Ley del Procedimiento Administrativo, se tenga por formalizado mi RECURSO DE REVOCATORIA, contra vuestro acto administrativo signado como RESOLUCION ASFI No. 657/2011, notificada al 15 de septiembre del año corriente y en consecuencia pido a vuestra autoridad: (...)

3.- **Vencido el término probatorio**, se sirva pasar la causa, más las pruebas producidas, a conocimiento de las partes interesadas para la presentación de alegatos;...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De tal declaración, no puede entenderse una solicitud de disposición sobre producción de prueba, que pueda atenderse implícitamente, sea favorable o negativamente, por parte del Ente Regulador, en los términos del artículo 16º, inciso h), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, ya que la petición debió ser clara y en su caso reiterada.

En definitiva, al no existir una solicitud de la parte sobre la apertura de término de prueba, sino una mención del procedimiento que el recurrente consideraba se aplicaba, no se encuentra violación directa por parte del Ente Regulador por dicha supuesta petición.

2.1.2. Evaluación incompleta de los alegatos del Recurso de Revocatoria.-

El señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, alegando agravios no sólo específicos, referidos a los cargos A, B, B.2 y C.2 de la nota de cargos SB/ISR II/D-9921/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, sino **también agravios generales, concernientes a una sugerida violación de los principios “de responsabilidad personalísima” y “de los... que hacen al proceso sancionador”**.

En función a tal información, se establece que la resolución ahora recurrida, ASFI N° 189/2012, contiene en su texto los fundamentos siguientes:

- Con relación a la impugnación contra el Cargo A:

“...EVALUACIÓN CON RELACIÓN AL CARGO A: (...)

...la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido cabalmente con lo dispuesto en la Resolución Jerárquica, por lo que no corresponde, ni es comprensible que el señor Yuri Rodríguez Urquidi, Recorra en agravios de Cargos no impuestos, en la Resolución ASFI N° 657/2011 ...”

- Con relación a la impugnación contra el Cargo B:

“...EVALUACIÓN CON RELACIÓN AL CARGO B: (...)

...no es acorde ni corresponde al cargo efectuado en su contra, toda vez que el concepto del Cargo “B” es enunciativo de los cargos que se incluyen en el mismo, tratándose de las restricciones impuestas a la entidad, y emergente de ello, no corresponde que realice descargo a este párrafo más aún mencionar los agravios sufridos por su persona, cuando no existen, siendo en realidad el cargo “B.2” contra el señor Yuri Rodríguez Urquidi, el que le fue notificado específicamente...”

- Con relación a la impugnación contra el Cargo B.2:

“...NUEVA VALORACIÓN DE LA PRUEBAS (sic) CON RELACIÓN AL CARGO B.2:

(...) En general los respaldos presentados son inatinentes al cargo notificado por cuanto la notificación no tiene el objeto de verificar respaldos o papeletas contables en relación a los gastos efectuados; consiguientemente no se trata de justificar o demostrar la forma en la que se instrumentó el gasto **sino el gasto**

mismo cuando existía una restricción vigente resultante de la deficiente administración de la entidad.

...Bajo la misma lógica que precede el descargo refleja la forma y el registro del gasto aspecto que no forma parte de la notificación, centrándose ésta en el gasto mismo y no en la forma de su registro como pretende reflejar el descargo presentado.

...Como en el resto de descargos presentados, la documentación consistente en el Estado de la Cuenta en la que se registraron los gastos, no constituyen parte de la nota de cargos consiguientemente no constituyen respaldo que se enfoque en justificar el gasto mismo cuando regía una prohibición expresa dada a (sic) frágil situación financiera de la entidad.

...La relación de créditos aprobados a los que se refiere el recurrente tampoco pueden ser tomados en cuenta como descargos, ya que como se dijo no se trata de justificar la forma de registro del gasto o su destino como en el presente, sino el gasto per sé, aspecto sobre el cual el recurrente no brinda explicación o justificativo.

...La nota que refiere el recurrente no guarda relación con el cargo notificado por cuanto este no se encontraba dirigido a la acreditación de aspectos técnicos para viabilizar obras civiles sino al incumplimiento de depositar en el BCB cualquier captación proveniente de operaciones activas o pasivas.

...Las Actas que se citan como descargo no contienen ningún elemento que tienda a deslindar o atenuar la responsabilidad de la entidad y sus administradores en el incumplimiento de la restricción impuesta por la SBEF. Estas se refieren a las determinaciones de sus Órganos de Gobierno con relación a la incursión de la entidad en el PVS y otros aspectos que precisamente son motivo del proceso sancionador iniciado contra ejecutivos de la entidad. Cabe destacar que el descargo no refiere a la existencia o inexistencia de actas sino a la acción misma de la entidad de desviar los recursos que debían ser depositados en el BCB.

...Como ya se dijo el cargo no tiene que ver con justificar el gasto o la existencia real del destino del gasto, sino con el gasto en si mismo; consiguientemente el presentar una lista de beneficiarios del PVS (Plan de Vivienda (sic) Social y Solidaria), no justifica ni releva la responsabilidad de la entidad y sus ejecutivos en la omisión de depositar en el BCB los ingresos provenientes de depósitos o recuperación de cartera.

...La carta que acredita como descargo el recurrente no constituye ni representa descargo alguno en el marco del cargo notificado ya que se refiere a la habilitación que comunica el FONDESIF a la entidad para prestar servicios de colocación y recuperación de cartera, situación que tampoco aporta elemento o causa de fuerza mayor o fortuita que exima a la entidad o la haya

obligado a omitir el depósito de sus ingresos en el BCB y por el contrario destinarlos a otros rubros.

...La documental se refiere a una citación que efectúa el Viceministro de Vivienda y Urbanismo para la capacitación técnica del Programa de Vivienda Social y Solidaria, aspecto que no guarda relación con el cargo notificado y que por el contrario se encuentra focalizado en pretender justificar los gastos efectuados por la entidad cuando regía una instructiva de depositar dichos fondos en el BCB.

...Como en el anterior caso las publicaciones no tienen relación con el cargo notificado, es decir no se refieren ni contienen ningún (sic) elemento que tienda a justificar el incumplimiento de la entidad en relación a la restricción vigente..."

- Con relación a la impugnación contra el Cargo C.2:

"...NUEVA VALORACIÓN DE LA PRUEBAS (sic) CON RELACIÓN AL CARGO C.2: (...)

... Mediante la carta citada, y como respuesta a la Carta GOF-003/SG-003, la Superintendencia de Bancos acepta otorgar un plazo para la presentación del Plan de acción propuesto, adicionalmente se refiere al convenio de Negociación de inversiones con el señor Neufel Klassen a las cuales se refiere la normativa a cumplir previamente, finalizando que la SBEF no avala negociaciones o gestiones realizadas con personas privadas pues los alcances o incumplimientos se encuentran subordinados a la libertad contractual y los límites establecidos por ley. Estos aspecto (sic) no tienen ninguna relación con el descargo, no justifica de ninguna manera la utilización de recursos de la entidad para un proyecto de vivienda social, es completamente inatinerante para desestimar el cargo.

...En respuesta a la Carta SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, se refiere al proyecto Akualand, y a la contratación como medida de control, al Arq. Rubén Darío Gutierrez, decano de la facultad de ciencias del habitat, diseño y arte de la Universidad Gabriel René Moreno, Máster de la Universidad de Cataluña - España para actualizar las hipotecas y mostrar las mejoras introducidas por las empresas constructoras, al respecto, se instruyó a los fiscales de obra, preparar información actualizada sobre los avances de obra. Se instruyó a las Gerencias de Operaciones y Créditos hacer seguimiento de acuerdos plasmados, también de la constructora y del propietario de la solución. Indicando que se procedió con esta instructiva a los créditos desembolsados en marzo y abril de la gestión 2004, solicitando finalmente y como corolario a esta comunicación dejar sin efecto la restricción temporal, para regularizar o normalizar su funcionamiento. La carta en cuestión no constituye descargo, muestra reticencia a la instrucción de restricción.

...La carta se refiere a una adenda al Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización del año 2005, haciendo referencia al control de suficiencia patrimonial, en la que hacen referencia a la carta GG-028/SG/180, con relación a las medidas ofrecidas de mayor control en la recuperación de cartera, aspecto que no representa descargo alguno por las acciones de disponer fondos de la Mutual para otros proyectos, no corresponde al proyecto FVS.

...El documento citado, corresponde a la respuesta a carta SB/ISR II/D-37765 de 5 de julio de 2005, mediante la cual se remite un Informe Complementario al Plan de Acción de la Inspección al 30 de septiembre de 2004, en el que se indica haber efectuado el organigrama y nuevas políticas de créditos, se manifiesta la capacitación a los funcionarios encargados de realizar operaciones de crédito, se presentó descargo de la nueva política de créditos, indica que actualmente existen reglamentos para normar funciones de los integrantes de comités constituidos, incorporación de un profesional en la Unidad de Auditoría Interna, de la misma manera en la Unidad de Sistemas, concluyendo que se ha subsanado las observaciones del Plan de Acción, sin embargo, ninguno de estos puntos puede ser considerado como descargo con relación a la utilización de recursos para el proyecto de vivienda, no siendo atinente el descargo.

...Se refiere a las medidas asumidas destinadas a cubrir los límites legales excedidos del Patrimonio Neto, al haber obtenido un crédito subordinado con Jack Neufeld, compromisos con las constructoras de Akualand, informa que no ha desembolsado créditos, aspectos que no tienen ninguna relación con el cargo, menos considerarse como descargo al no tratarse de la operación realizada para otro proyecto.

...La entidad presenta un plan de acción para regularizar las observaciones de un informe de inspección, el que se refiere a un Plan de Capitalización, del que se ha observado la falta de un cronograma de acuerdo con el compromiso asumido por el Directorio, establecido en el Plan de Fortalecimiento para acceder al PROFOP. El descargo hace referencia a los avalúos del valor de los inmuebles del proyecto, sin hacer referencia a la capacidad de pago de las empresas ni la amortización de los préstamos, incumpliendo la rentabilidad. Aspectos que no se refieren por ningún motivo al cargo, ya que son de diferentes épocas y otro proyecto. No es atinente pues se refiere a temas diferentes.

...En el registro de correspondencia no existe una carta con el indicado número, es posible que se haya equivocado al hacer la cita o confundir con la 444/05.

...Mediante la citada nota se remite el plan de acción sobre la visita de inspección al 28.02.2006, aprobado por directorio, en el que se atiende los aspectos de Riesgo de Crédito, Operativo y Legal. En el aspecto crediticio se

refiere a operaciones provenientes de lo que es la Urbanización Akualand, con relación a Operativo, se refiere a las observaciones sobre el manejo de los DPFs y su control, así como el control de carpetas de créditos. Se observa gastos administrativos corrientes por diferentes conceptos, seguimiento de otros gastos, pero que ninguna de estas observaciones tiene relación con los gastos efectuados para la implementación de carpetas del proyecto FVS al que se refiere el cargo, no tienen relación, por lo que menos puede ser presentada como descargo, documento que no puede ser considerado como descargo.

...La citada carta se refiere a los excesos al 3% del patrimonio al haber otorgado créditos a empresas constructoras, instruyéndosele adoptar medidas correctivas con relación a los citados excesos. Instrucción que no se cumplió, por lo que mediante la carta SB/ISR II/ D-29535/2005 se instruye que "...a partir de la fecha la entidad deposite en el BCB o invierta en valores emitidos por el Estado todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos, en tanto se materialicen y/o cumplan las medidas correctivas tendientes a superar las observaciones emergentes...". De lo citado se advierte que la carta es una ratificación e instrucción de las obligaciones que debería realizar la misma, aspecto que no fue cumplido y es más, se utilizaron recursos de la entidad en el Proyecto de Vivienda Social que no se llevaba a cabo todavía y dadas las condiciones de la entidad, no contaba con recursos para desarrollar proyectos habitacionales en tres ciudades, La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, incumpliendo lo instruido y utilizando los recursos destinados a ser depositados en el BCB en actividades que no correspondían.

...El Dictamen de Auditoría 2005, Muestra claramente un déficit acumulado por pérdidas en gestiones anteriores, se refiere a un posible convenio con una fundación, y procesos sancionatorios que ha sufrido la entidad, este documento no representa en ningún momento prueba de descargo para la utilización de recursos en la elaboración de carpeta para el proyecto de vivienda social, con el cual no tiene ninguna relación, por lo que no puede considerarse descargo.

...Carta mediante la cual se hacen observaciones al informe de inspección sobre plan de acción, en el cual se indica que no ha dado cumplimiento a los compromisos asumidos, documento que no contempla descargo alguno sobre el cargo referido a gastos en planes de vivienda del FONDESIF, que no corresponde con el proyecto AKUALAND.

...Las políticas que hubiera adoptado la Mutual en la gestión 2006 enviadas al FONDESIF, corresponden a las medidas con relación al cumplimiento de su contrato de Subordinado, aspecto que no tiene relación con el descargo, pues se trata de una actividad no relacionada con el convenio, el que no emergió de manera concreta, siendo que los gastos contabilizados en el Proyecto de

Vivienda Social se refieren a una actividad diferente, ambos sin relación alguna, por lo que no es posible considerar como descargo.

...La elaboración de las carpetas de los solicitantes no se llegó a plasmar como una actividad del proyecto, ya que la Mutual no llegó a ejecutar el mismo en ninguna instancia, sin embargo con cargo al supuesto proyecto se efectuaron gastos, los mismos que no estaban autorizados debido a la Restricción Temporal aplicada. este (sic) no es un elemento de descargo para la utilización de los recursos de la Mutual.

...El contrato de suscripción del Proyecto del Plan de Vivienda Social, si bien ha sido suscrito con el Fondesif, no ha llegado a concretarse con la Mutual, aspecto que no se ha desarrollado por haber sido su intervención anterior a la ejecución del programa, sin embargo, la entidad, en franco incumplimiento de la Restricción, llevó adelante el preparar un proyecto en el cual no podía realizar ningún preparativo, menos efectuar gastos, al no contar con recursos para ello, debido a las obligaciones pendientes y por la Restricción impuesta, aspecto que no le permitía disponer para otros usos salvo depositar en el Banco Central, hasta que se analice su situación..."

- Con relación a la impugnación contra el Cargo D.3:

"...Al Cargo D.3:

No se manifestó ningún agravio en el Recurso de Revocatoria, con relación al cargo establecido (Cargo D3), por lo que se puede inferir que no cuestiona lo dispuesto en la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011..."

Empero, nada señala con relación a los sugeridos agravios generales, concernientes a una sugerida violación de los principios "de responsabilidad personalísima" y "de los... que hacen al proceso sancionador".

Recuérdese que el Recurso de Revocatoria de 6 de octubre de 2011, en su acápite II, ha señalado:

"...II.- AGRAVIOS GENERALES.

II.1.- Violación del principio de responsabilidad o culpabilidad personalísima.

En todo proceso sancionador, en el que se propalen sanciones personales, es deber del que funja de juzgador, expresar los fundamentos de hecho y derecho, por cada uno de los partícipes, en particular:

1.- Entratándose (sic) de órganos colegiados (Directorio), si bien la responsabilidad puede tomarse solidaria, salvándose las manifestaciones disidentes, no es menos cierto, que la valoración debe ponderarse en razón a la actuación de cada uno

de los partícipes (sic); en la especie, no corre valorización individual de las acciones u omisiones, que se penalizan.

2.- Del mismo modo observo, que todavía no se ha efectuado ponderación individual con relación al cargo de Encargado de Recaudaciones de la regional Cochabamba, por la que resulto sancionado, en verbi gratia, POR:

“el incumplimiento a la implantación de medidas para la regularización de las causas que dieron origen a la emisión de la Resolución SB/113/2004, recae íntegramente en el Directorio...”

El mismo regulador asigna “responsabilidad” al órgano Directivo, sin embargo, “también sanciona por aquella causa a los ejecutivos”.

Luego, se informan parafraseados, como: “...constituye responsabilidad íntegra del Directorio y del Gerente General de la entidad, así como de aquellos funcionarios ejecutivos que omitieron el cumplimiento de sus deberes en lo que corresponde a las acciones de recuperación de cuentas por cobrar, la documentación de desembolsos y gastos, señores..... y Yuri Rodríguez Urquidí...”.

Obsérvese que de ningún modo, se endilga acción u omisión “personal” punible y por el contrario, se instituye una mare magna conjunción, cual se tratase de órgano colegiado, sin discernir cuales eran las funciones que competían a uno u otro, o cuales eran las que se incumplieron, o en qué forma se incumplieron, y todo ello, en completa abstracción de la delimitada competencia de cada uno de los personeros, que por sus mismas aéreas encargadas, son totalmente diferentes.

El agravio descrito, importa una grave infracción al Art. 78 de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002, al Art. 68-1 del DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 y al Art. 99-6 de la Ley 1488 (Texto ordenado), con arreglo a los Arts. 6, 7-a, 16-II-IV de la CPE, dado que aquello demuestra que la resolución sancionatoria “no es debidamente fundada” y en ese sentido, “torna el proceso sancionatorio en indebido” y vicia de nulidad absoluta el procedimiento.

II.2.- Violación de los principios que hacen al proceso sancionador.

Conforme con los Arts. 71, 72, 73, 74 y siguientes, rigen en el procedimiento sancionador, los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia y responsabilidad; en la especie:

a) No se ha respetado los principios de legalidad y tipicidad, al momento en que se ha efectuado apreciaciones “subjetivas” de infracciones, que específicamente “no se encuentran tipificadas como tal”.

b) No se ha respetado los principios de presunción de inocencia y responsabilidad, desde que no se pune acciones u omisiones “personales”, como que se invierte la carga de la prueba, obviando el regulador, su condición de

“acusador”, con el deber de sustentar “objetivamente”, no solo su posición imputadora, sino aquella que beneficie al encausado, que en la especie, ha sido completamente inexistente.

c).- La resolución ASFI No. 657/2011 en su artículo resolutivo, RESUELVE “Sancionar al señor YURI RODRÍGUEZ URQUIDI en su calidad de Gerente de la Regional Cochabamba de la Ex MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO GUAPAY, con suspensión temporal de sus funciones por el lapso de dos años.”

Con todo el respeto que merece su Autoridad, pero nuevamente este punto resolutivo es contradictorio:

a).- La sanción se la efectúa a un supuesto Gerente actual y vigente de una entidad que ya no existe.

b).- Se determina que la suspensión es temporal por el lapso de dos años; sin indicar desde cuando corre y cuando termina esta suspensión.

c).- La resolución en su punto resolutivo no toma en cuenta que ya he sido perjudicado y suspendido desde el año 2007 y nuevamente me vuelve a suspender por dos años en el 2.011.

Los vicios denunciados, de los que adolece la resolución sancionatoria en cuestión, la anulan y restringen sus efectos, en tanto y cuanto, sale del marco que hace al proceso debido...”

Entonces, la recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 189/2012 ha omitido pronunciarse sobre los extremos del acápite II del Recurso de Revocatoria, limitándose únicamente a los del acápite I, en una nueva **infracción al derecho al debido proceso y a obtener una respuesta fundada**, siendo pertinente ratificar y remitirse a los fundamentos jurídicos expuestos en el numeral 2.1.1 supra.

En este sentido, la Resolución Administrativa recurrida, ASFI N° 189/2012, en su último considerando, señala que:

“...en cumplimiento a lo dispuesto por la **Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2012 de 09 de abril de 2012**, han concluido señalando -sus Direcciones internas- que resultado de la nueva valoración de las pruebas ofrecidas por el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, en su Recurso de Revocatoria en lo concerniente a los **Cargos B.2 y C.2** no enervaron ni desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011...”

Extremo del que se infiere que, el Ente Regulador se limitó a considerar únicamente las razones de la nulidad dispuesta por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2012, conforme correspondían al numeral I del Recurso de Revocatoria, y omitió considerar los argumentos del numeral II del mismo, cuando

la resolución que sobre ello pudo haber existido, consta en la Resolución Administrativa ASFI N° 762/2011 de 4 de noviembre de 2011, **anulada** por imperio de la Resolución Ministerial Jerárquica señalada, y por tanto, sin valor legal alguno al presente, amén que la mención señalada en el párrafo precedente, determina el que evidentemente al presente y por parte de la entidad recurrida, no se han considerado otros aspectos del Recurso de Revocatoria que no sean los que han tenido que ver con los cargos B.2 y C.2, con total prescindencia de los otros fundamentos del Recurso de Revocatoria, determinando el tener que darse ha lugar a su impugnación en cuanto a este extremo.

2.1.3. Inexistencia de fundamento a la alegada auto contradicción.-

En cuanto a la auto contradicción de la Resolución Administrativa ASFI N° 189/2012, alegada por el recurrente, su Recurso Jerárquico no aclara ni explica en qué consistiría la misma, en contravención al artículo 58° de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo) que señala que “Los recursos se presentarán de manera fundada”, extremo que la hace inatendible al presente al no detectarse, conforme se tiene del análisis *ut supra*, violación o transgresión que implique auto contradicción alguna.

2.2. Infracción al principio de verdad material.-

A tiempo de su Recurso Jerárquico, el recurrente **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** ha ofrecido y producido determinada prueba documental.

Excepción hecha del Reporte de Estados Financieros de las Mutuales de Ahorro y Préstamo, desagregados al 31 de diciembre de 2006 (que no se considera, de la forma que pretende el recurrente, por cuanto, resulta en un reporte nacional y no sirve para establecer los ingresos con respecto al rubro de recaudación tributaria, que corresponda a la **Asociación Mutua de Ahorro y Préstamo Guapay** únicamente en la ciudad o departamento de Cochabamba, donde el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** desempeñaba funciones), la restante documental no puede dejar llamar a la atención de la suscrita Autoridad Jerárquica.

Así, el memorando RR.HH. O&M 032/2006 de 22 de agosto de 2006, por el que la **Asociación Mutua de Ahorro y Préstamo Guapay** comunica al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** que:

“...Como parte del proceso de remodelación estructural, comunicamos a usted que a partir de la fecha, su cargo pasará a nominarse **Gerente Regional Of. Cochabamba, desempeñando las mismas funciones que le han sido asignadas y bajo la misma dependencia...**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Declaración esta tan atípica, que en los actos administrativos del proceso que se conoce, han determinado la sanción del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** en mérito a considerársele el ejecutivo gerencial de la **Asociación Mutua de Ahorro y**

Préstamo Guapay en la ciudad de Cochabamba, donde la misma ha desarrollado algunas de las actividades que después han determinado imputaciones en la Nota de Cargos, por cuanto y consecuentemente, han dado lugar a la presunción de que, si nada menos que Gerente Regional de la Oficina Cochabamba, entonces automáticamente el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** resulta responsable de las infracciones de los cargos.

Sin embargo, tal designación resultaría en algo nominal, sin que en el curso del expediente se hubiera determinado cuáles los reales alcances de ello, dado que, y allí radica lo atípico, al mismo tiempo de la designación, el memorando no asigna sino las mismas funciones anteriores, y hasta determina la vigencia de una dependencia existente, sin que se establezca cuál ella, empero evidentemente en duda sobre si existía conformada una Oficina Regional en Cochabamba.

Tal declaración, en interés del recurrente, se halla reforzada en otra ("nuevo poder especial para **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, Supervisor Regional de Tributos") que sale del inserto acta N° 18 de la Reunión de Directorio de 16 de octubre de 2006, en el testimonio de poder N° 742/2006, notaria Dra. Teresa Jenny Flores de Baez, otorgado el 17 de noviembre de 2006 por la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay** a favor del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**.

Con respecto a este último, el suscrito Ministro no puede sino, aplicar el artículo 4°, inciso e) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, y presumir que el recurrente ha venido actuando de buena fe, no obstante llamar la atención que, en más de cinco años de trámites que han sucedido a la notificación de cargos SB/ISR II/D-9921/2007 y sopesando incluso dos anteriores nulidades de obrados (Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 37/2011 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 17/2012), no sea sino recién al presente que venga acreditarse, a manera de prueba, tal testimonio de poder, determinando que no se hubieran puesto a disposición del Ente Regulador, los elementos de prueba precisos y suficientes, con los que el mismo pueda determinar en justicia lo que de tal prueba saliere.

No puede decirse lo mismo con respecto al memorando RR.HH. O&M 032/2006 de 22 de agosto de 2006, el mismo que, conforme a la nota ASFI/DAJ/R-97870/2012 de 10 de agosto de 2012, sí era conocido por el Ente Regulador con la suficiente anterioridad, habiéndoselo registrado en fecha 10 de octubre de 2006. Además, dado su atípico contenido, debió en su momento ameritar algún pronunciamiento por parte del mismo regulador, con las implicaciones que tendría en el presente proceso.

De la trascendencia procesal de estos documentos, no es posible expresar mayor criterio, por cuanto, en las actuaciones del Ente Regulador que se conocen dentro del presente proceso, no consta que la información contenida en las literales precitadas, hubiera sido objeto de una investigación como la que refiere el artículo 4°, inciso 'd' (Principio de verdad material), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo; así lo que queda claro es que la verdad formal, aquella que desecha la norma administrativa, refiere que el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** ha sido designado Gerente Regional de la Oficina Cochabamba de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay**, empero

se desconoce lo que en la verdad material de los hechos importaba tal designación dado no habérselo investigado.

Con ello, en concreto con el memorando RR.HH. O&M 032/2006 de 22 de agosto de 2006, queda establecida la necesidad de determinar los alcances de la designación precitada, a los fines de establecer las responsabilidades emergentes de la misma, fundamentalmente en lo que atañe a la aprobación y manejo de los gastos sancionados.

2.3. Acerca de la sanción de suspensión de funciones en relación a una entidad desaparecida.-

Finalmente, el recurrente también señala:

“...Nótese que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo GUAPAY, no se encuentra en funcionamiento, su licencia ha sido cancelada, Etc., entonces, como es posible que la resolución ASFI No. 189/2012, **confirme totalmente la resolución ASFI No 657/2011** por la que me castiga con una sanción, SUSPENDIENDOME DOS (2) AÑOS de mis FUNCIONES en ESA ENTIDAD, es decir, EN UNA QUE NO EXISTE, NI FUNCIONA? ESTO NO SOLO ES IMPOSIBLE, SINO QUE ES ILÓGICO, Y, POR ENDE CARECE ABSOLUTAMENTE DE VALIDEZ, ES DECIR, ADOLECE DE NULIDAD ABSOLUTA...”

Nuevamente es menester traer a colación lo dispuesto por el artículo 37° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, cuando señala:

“...Artículo 37.- (**Procedencia**).

Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, que tengan alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado o interesado, **afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos...**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En tal sentido, no se observa en lo expresado por el recurrente, alegato o justificativo alguno que importe que la aparente disposición de una sanción de suspensión con respecto a una entidad desaparecida, le vaya a ocasionar afectación, lesión o perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

No obstante ello y toda vez que el párrafo II del artículo 35° de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo) establece que “las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley”, lo que compele al suscrito Ministro al expreso pronunciamiento de la nulidad acusada, se debe remitir al inciso ‘b’ , párrafo I del mismo artículo 35°, el que a la letra señala:

“...ARTÍCULO 35°. (Nulidad del Acto).

I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:

b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;...”

De ello resulta que en apariencia, el objeto de la sanción impuesta al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** por el Ente Regulador en la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, esta es la “suspensión temporal de sus funciones por el lapso de dos años”, es nulo por su imposibilidad actual de ser cumplida, disposición que en su momento fue cumplida.

No obstante, la misma Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011, a fojas 126, ha señalado:

“...la Dirección de Supervisión de Riesgos II mediante Informe Técnico-Legal ASFI/DSR II/R-93663/2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, recomienda la aplicación de sanciones al señor Yuri Rodríguez Urquidi por las infracciones evidenciadas considerando el principio general de derecho Non Bis In Idem en atención a que como emergencia de la Resolución Sancionatoria SB N° 017/2007 y **por el carácter devolutivo** de los recursos interpuestos contra este Acto Administrativo, el señor Yuri Rodríguez comenzó a cumplir la sanción impuesta mediante dicha Resolución...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Extremo por el que se hace innecesario entrar en mayores consideraciones para concluir en el carácter injustificado de la nulidad invocada...”

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 672/2012 DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 672/2012 de 29 de noviembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve “**CONFIRMAR TOTALMENTE**, la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema financiero (sic)”, en base a los fundamentos siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, de conformidad al lineamiento dispuesto mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 062/2012 de 23 de octubre de 2012, emitida por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (sic), dispone que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero valore nuevamente los argumentos que formula el recurrente Ronald Yuri Rodríguez Urquidi a través de su memorial de Recurso de Revocatoria presentado el 06 de octubre de 2011, contra la Resolución ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, por lo que solicita revocar en su totalidad la referida Resolución, formulando para el efecto los siguientes agravios los

cuales nuevamente son expuestos y valorados en cada caso de acuerdo al siguiente orden:

"I.- AGRAVIOS ESPECÍFICOS"

AL CARGO A:

"...Por no regularizar o representar la falta de regularización de las operaciones que dieron lugar a la imposición de la Resolución Sancionatoria SB N° 113/2004 del 12 de noviembre de 2004..."

La resolución SB No 017/2007 (Anulada por Resolución Ministerial), cuyo contenido se ha repetido en la Resolución ASFI No 657/2011, para edilgar la OMISIÓN de regularización de incumplimientos que dieron lugar a la imposición de la Resolución Sancionatoria SB No 113/2004 de 12 de noviembre de 2004, textualmente señala:

"...La carta GOF-124/SG-121 del 22 de marzo de 2007, no hace referencia a ningún aspecto que permita deslindar la responsabilidad de los Directores suscribientes de la referida carta con relación al incumplimiento notificado en esta literal, consiguientemente el incumplimiento a la implantación de medidas para la regularización de las cusas que dieron origen a la emisión de la Resolución SB/113/2004, recae íntegramente en el Directorio.....".

Agravios que manifiesta el recurrente:

1.- Infracción al Art 68-I del DS 27175 y el art. 99-6 de la Ley 1488 (Texto Ordenado), manifestando carencia de motivación y valoración de actos institucionalmente reconocidos.

2.- Infracción al Art 68-I del DS 27175 y el art. 99-6 de la Ley 1488 (Texto Ordenado), manifestando desproporcionalidad de la sanción."

EVALUACIÓN CON RELACIÓN AL CARGO A:

Con relación a los agravios mencionados contra el cargo "A", el señor Yuri Rodríguez Urquidi, reitera los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria contra la Resolución SB N° 017/2007 la que fue anulada por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2011 de 15 de agosto de 2011, sin considerar que en la Resolución ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, pronunciada con la finalidad de ajustarla a derecho, como instruyó la Resolución Jerárquica mencionada anteriormente, se ha individualizado por cada imputación impuesta al recurrente y también se ha valorado de manera fundamentada la prueba presentada. Consiguientemente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha cumplido cabalmente con lo dispuesto en la Resolución Jerárquica, por lo que no corresponde, ni es comprensible que el señor Yuri Rodríguez Urquidi, Recorra en agravios de Cargos no impuestos, en la Resolución ASFI N° 657/2011.

Es por este motivo y con la finalidad de no entorpecer la labor de la instancia superior en grado, no se emite ninguna apreciación al respecto, al no corresponder el cargo mencionado.

AL CARGO B

“Incumplimiento reiterado a las restricciones impuestas por este Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005 a través de la cual se instruyó a esa Mutual depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos. Esta inobservancia se refleja en las siguientes acciones:

HECHOS:

El regulador, para edilgar (sic) la “...omisión de depositar en cuentas del Banco Central, el total de las recuperaciones de cartera de créditos más del incremento de las captaciones del público...”, textualmente señala:

“.....La carta GOF-124/SG-121 del 22 de marzo de 2007, no hace referencia a ningún justificativo que permita deslindar la responsabilidad para no haber depositado en cuentas del Banco Central de Bolivia y aunque hacen referencia al pago de gastos financieros administrativos y operativos incurridos en el periodo analizado, mismos que no son desconocidos por parte del Órgano Supervisor como ser sueldos y salarios y otros necesarios para el funcionamiento de la entidad, se enfatiza en la existencia de gastos no permitidos de acuerdo a la Ley de bancos y Entidades Financieras erogados en el mismo.....”

“.....Consiguientemente, se ratifica el cargo notificado, denotándose la inexistencia de argumentos para justificar el incumplimiento de las restricciones impuestos por este Órgano de Fiscalización dada la situación deficitaria de la entidad y en pos de precautelar el interés público representado por los depósitos del público, los cuales se veían comprometidos dadas las debilidades de gestión crediticia y los excesivos gastos administrativos en los que incurría la entidad....”

“....Por otro parte.....la emisión en la presentación del presupuesto de la gestión 2007....impiden conocer los montos a ser deducidos generando la discrecionalidad en el manejo de recursos financieros....”

Agravios que manifiesta el recurrente:

Infracción al art. 68-I del DS.27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley 1488 (Texto Ordenado), carencia de motivación y valoración de actos institucionalmente reconocidos.”

(...) Adjunté con mi recurso de revocatoria contra la resolución SB No. 017/2007 copias, del presupuesto de la gestión 2007 y de las actas de asambleas efectuadas con aquel objeto, enervando el que se hubiere manejado “... discrecionalmente los recursos...

Discriminada la prueba: imputo "carencia de motivación", en cuanto se me atribuye omisión de depositar en cuentas del Banco Central de Bolivia el total de las recuperaciones de cartera de créditos más del incremento de las captaciones del público...", en atención a las siguientes razones:

a) Autocontradicción.

Si acaso debía entenderse "gramaticalmente" la restricción instruida por el regulador: "depositar en cuentas del Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado boliviano TODO INCREMENTO DE CAPTACION, ASÍ COMO LOS RECURSOS PROVENIENTES DE LA RECUPERACION DE CREDITOS, TANTO POR CONCEPTO DE CAPITAL, DE INTERESES Y LA RECUPERACION DE OTROS ACTIVOS...."; es lógico que aquello importaba la restricción de. "...gastos financieros, administrativos y operativos incurridos en el periodo analizado... "(Textualmente en la resolución. (sic) sancionatoria); no obstante en cuanto a éstos últimos, el mismo regulador expresa: "...mismos que no son desconocidos por parte del Órgano Supervisor como ser sueldos y salarios y otros necesarios para el funcionamiento de la entidad...".

Las premisas que anteceden, resultan completamente antagónicas, en cuanto:

- Se admite que los gastos financieros, administrativos, Etc., resultaban de posible erogación, es decir: "...sueldos Y OTROS NECESARIOS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA ENTIDAD... ", sin embargo, se castiga la "OMISION DE DEPOSITO DEL TOTAL", esto es: ¿Se debía depositar el total? ,O se debía depositar el resultante de las deducciones de gastos administrativos, operativos, sueldos salarios y otros para el funcionamiento de la entidad?

Las interrogantes son válidas, en atención a que el regulador no ha discriminado en su computo, las deducciones por gastos financieros, sueldos "...y otros para el funcionamiento de la entidad... ", amén de la gama interpretativa que sobre ésta última frase se puede espetar, dado, que la instrucción de avalúos sobre bienes adjudicados de la entidad, o la atención a sus bienes de uso, o la conservación o adecuación de sus bienes patrimoniales (como los que le fueron donados), pueden entenderse como "... necesarios para el funcionamiento de la institución... "; en este sentido, se acusan en la resolución sancionatoria, "...conceptos opuestos entre si y dos conceptos con estas características, se anulan o se enervan y así no existe resolución..." (L.3 1996. A.S. No. 112, página 392).

b) Indefensión y violación del derecho al proceso debido.

La resolución sancionatoria, me atribuye omisión de depósito en el BCB: "..."; sin embargo, ni el mentado informe de inspección, "...ni en la misma resolución...", corre cuadro alguno, por el que me pueda enterar de cuáles son los conceptos, montos INDIVIDUALES, o "...incrementos de captación o recuperación de cartera y otros activos...", que se acusan de omitidos, menos se refiere, si se efectuó o no, las deducciones "...por sueldos y otros para el funcionamiento de la entidad...", tampoco se ha expresado cual es el criterio con el que el regulador define cuales son gastos necesarios "para el funcionamiento de la entidad" y cuáles no gozan de las bondades de esa categoría, porque razones o bajo que justificativos, normas, objeto, Etc.

De aquello resulta, que se me ésta imputando "omisión de depósito de cantidad", empero, sin lugar a darme a conocer los conceptos, partidas, Etc., lo que me deja en absoluta indefensión, en completa vulneración a los derechos constitucionales que me asisten, a la irrestricta defensa y al proceso debido, tutelados por el Art. 115 de is CPE, dado, que para gozar de la oportunidad de enervar cargo alguno, en cualesquier Estado de Derecho, previamente debo conocer específicamente de .que se me acusa y en la especie, si bien se dice los totales, en aquello no se informa si se efectuaron las deducciones admitidas por el regulador "...gastos para el funcionamiento de la entidad...", o no, con certeza, de efectuarse aquellas discriminaciones, el regulador, se percataría que la omisión endilgada no es tal.

EVALUACIÓN CON RELACIÓN AL CARGO B:

El señor Yuri Rodríguez Urquidi, al mencionar el cargo B incorpora el análisis efectuado por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras con relación a la carta GOF-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007, presentada en oportunidad de la Notificación de Cargos previa a la Resolución SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007, en calidad de descargo, aspecto que no es acorde ni corresponde al cargo efectuado en su contra, toda vez que el concepto del Cargo "B" es enunciativo de los cargos que se incluyen en el mismo, tratándose de las restricciones impuestas a la entidad, y emergente de ello, no corresponde que realice descargo a este párrafo más aún mencionar los agravios sufridos por su persona, cuando no existen, siendo en realidad el cargo "B.2" contra el señor Yuri Rodríguez Urquidi, el que le fue notificado específicamente.

AL CARGO B.2

"B.2 La existencia de gastos por importes de Bs132.862,04 y Bs20.280,36 en la subcuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro cuyas glosas señalan "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros", respectivamente."

HECHOS:

En conocimiento de la "notificación de cargo" que se me efectuó; mediante "impugnación" de 22 de marzo de 2007, con relación a que se me endilga "Incumplimiento a la restricción temporal instruida por la SBEF", en atención a la "existencia de gastos por importes de Bs. 132.862.04.- y Bs. 20.280.36.- en la sub. Cuenta: "Otras Partidas Pendientes de Cobro" cuyas glosas señalan "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros", respectivamente; TUVE A BIEN REFERIR QUE EN LA INSPECCION, no se había requerido aquel respaldo documental.

Por su parte, la resolución sancionatoria, omitiendo considerar aquella falta de requerimiento: documental, se avoca a. expresar: ...los argumentos expuestos. en relación en la página 10 inciso. i).de la carta GOF-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007, en el sentido de extrañar que la Comisión de inspección NO HUBIERA REQUERIDO EXPRESAMENTE LA DOCUMENTACION DE RESPALDO de las partidas especificadas en los cargos B.2, B.3 y B.5, SON INATINENTES AL CARGO NOTIFICADO, el cual se refiere a la realización de gastos, desembolsos e inversiones en rubros AJENOS al giro de la Ex Mutual

PROYECTO DE VIVIENDA SOCIAL...”, luego expresa: “... .en condiciones en los que la entidad debía mantener una política austera de gastos dada su frágil situación financiera. CONSECUENTEMENTE NINGUNO DE LOS GASTOS. INVERSIONES EN BIENES DE USO Y DESEMBOLSOS REALIZADOS POR LA EX MUTUAL GUAPAY, guardaban relación con un manejo prudente de gastos e inversiones, alejándose por el contrario de las instrucciones contenidas en la carta SB/ISR/II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005...” (...)

Agravios que manifiesta el recurrente:

El señor Yuri Rodríguez, al referirse a este cargo menciona que existe una Infracción al art. 68-I del DS 27175 de 15 de septiembre de 2003 y 99-6 de la Ley N° 1488 (Texto Ordenado).

Sobre la carencia de motivación:

- Se refiere a que presentó copias de respaldos documentales de las partidas observadas (resaltando que el regulador jamás pidió examinarlas). Tratándose de créditos instrumentados antes de las tantas veces citada restricción no se pudieron cargar a las respectivas operaciones: Avalúos, Gastos Notariales, etc.
- Se refiere a que la contingencia que creó la mentada restricción, al no haber formulado salvedad con relación a operaciones que se habían instrumentado antes de conocerse la orden de “in statu quo”, es decir, se dejó a la institución con créditos aprobados, otorgados y contratados, que en muchos casos implicaba ya, hasta traslación de propiedad, constitución de hipotecas, empero sin que se hubieran efectuado los desembolsos.
- Se refiere a la presentación de pruebas como ser Estado de la Cuenta Contable 143.99.1.06 “Trámites Judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda por Bs.132,862.04, con sus respectivos respaldos. Estado de cuenta Contable 143.99.1.07 “Partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros” por Bs. 20,280.36 con sus respectivos respaldos.
- Acepta que la Superintendencia de Bancos mediante Resolución SB/13/96 prohibió la incursión de las ex Mutuales en Proyectos Habitacionales y pide se considere que los términos vivienda o proyectos habitacionales inicialmente requieren de proyectos arquitectónicos, cálculos estructurales etc. Al respecto formula una serie de aseveraciones relacionadas a la actividad de las entidades financieras y la venta de los inmuebles adjudicados, así como las extensiones de terrenos que se recuperaron y se venden en fracciones, haciendo conjeturas respecto a los bienes recibidos en donación.
- Manifiesta que el debido proceso como garantía constitucional goza de recibir una resolución debidamente fundada, por cuanto solo así el ciudadano conoce de los hechos y derechos, criterios, razones que motivaron la decisión para asumir la acción o abstención, manifestando que en una resolución fundada no debe existir valoraciones subjetivas, debiendo el juzgador efectuar consideraciones objetivas, sustentadas en pruebas válidas, aseverando finalmente que el regulador con criterio subjetivo manifestó que se trataría de actividades especulativas de comercio.

- Adjunta en calidad de prueba copias de Carta del Colegio de Ingenieros Civiles, Acta de Directorio N° 026 de fecha 22 de diciembre de 2006, Acta de la Asamblea Extraordinaria de 29 de enero de 2007, Acta de la Asamblea Ordinaria de 31 de marzo de 2007, Listado de Adjudicatarios del Programa de Vivienda Social.
- Solicita que se aprecie el cuestionamiento de la documentación o instrumentación del gasto. Asimismo, que este cuestionamiento en atención a dos razones: La restricción temporal ordenada por el mismo regulador, mediante nota SB/ISR II/D-29535/2005 del 18 de abril del 2005 y una débil gestión de riesgo crediticio.
- Se pide considerar que la colocación de créditos es la principal fuente de subsistencia de cualquier Mutual, dado que estas sólo incrementan su capital primario mediante excedentes de percepción (utilidades) o mediante recepción de donaciones de libre disponibilidad.
- Estos aspectos llevaron a que la entidad pueda idear proyectos que le permitan incrementar sus ingresos por servicios no financieros (recaudación de tributos, de pagos de servicios de energía eléctrica, agua potable etc.) para garantizar su funcionamiento.
- De esta lógica se justifica la decisión de que la entidad se adecúe para intentar su inclusión en el programa de vivienda solidaria (PVS) del Supremo Gobierno, sin generar riesgo patrimonial para la Mutual. Habiendo sido habilitada por el FONDESIF para dicha prestación de servicios, habiendo suscrito un contrato para el efecto.
- Manifiesta que la resolución sancionatoria no es fundada, alejándose del debido proceso dado que no se puede entender cómo debido proceso a aquel en que se sanciona sin especificar cuál es la acción u omisión específica o personal por la que se decide así, siendo que sin admitir haber lugar a sanción alguna, se le ha aplicado una pena incongruente, si se considera el art 102 de la Ley 1488 (Texto Ordenado).

VALORACIÓN DE LA PRUEBAS (sic) CON RELACIÓN AL CARGO B.2:

Nº	PRUEBA OFRECIDA EN RELACIÓN AL CARGO NOTIFICADO	ACCIÓN ESPECÍFICA	EVALUACIÓN DE LAS PRUEBAS
1	Copias de respaldos documentales de las partidas observadas	B.2 La existencia de gastos por importes de Bs132.862,04 y Bs20.280,36 en la sub cuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro cuyas glosas señalan "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros", respectivamente.	En general los respaldos presentados son inatinentes al cargo notificado por cuanto la notificación no tiene el objeto de verificar respaldos o papeletas contables en relación a los gastos efectuados; consiguientemente no se trata de justificar o demostrar la forma en la que se instrumentó el gasto <u>sino el gasto mismo cuando existía una restricción vigente</u> resultante de la deficiente administración de la entidad.
2	El Estado de la Cuenta Contable 143.99.1.06 "Trámites Judiciales de Futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda	Idem.	Bajo la misma lógica que precede el descargo refleja la forma y el registro del gasto aspecto que no forma parte de la notificación, centrándose ésta en el gasto mismo y no en la forma de su

	por Bs 132,862.04 con sus respectivos respaldos.		registro como pretende reflejar el descargo presentado.
3	El Estado de la Cuenta Contable 143.99.1.06 "Partidas Pendientes varios Proyectos por avalúos y otros por Bs 20,280.36, con sus respectivos respaldos.	Idem.	Como en el resto de descargos presentados, la documentación consistente en el Estado de la Cuenta en la que se registraron los gastos, no constituyen parte de la nota de cargos consiguientemente no constituyen respaldo que se enfoque en justificar el gasto mismo cuando regía una prohibición expresa dada a frágil situación financiera de la entidad.
4	El detalle de Créditos Probados y que no fueron desembolsados.	Idem.	La relación de créditos aprobados a los que se refiere el recurrente tampoco pueden ser tomados en cuenta como descargos, ya que como se dijo no se trata de justificar la forma de registro del gasto o su destino como en el presente, sino el gasto per sé, aspecto sobre el cual el recurrente no brinda explicación o justificativo.
5	La carta del Colegio de Ingenieros Civiles.	Idem.	La nota que refiere el recurrente no guarda relación con el cargo notificado por cuanto este no se encontraba dirigido a la acreditación de aspectos técnicos para viabilizar obras civiles sino al incumplimiento de depositar en el BCB cualquier captación proveniente de operaciones activas o pasivas.
6	El Acta de Directorio N° 026 de fecha 22 de diciembre de 2006.	Idem.	Las Actas que se citan como descargo no contienen ningún elemento que tienda a deslindar o atenuar la responsabilidad de la entidad y sus administradores en el incumplimiento de la restricción impuesta por la SBEF. Estas se refieren a las determinaciones de sus Órganos de Gobierno con relación a la incursión de la entidad en el PVS y otros aspectos que precisamente son motivo del proceso sancionador iniciado contra ejecutivos de la entidad. Cabe destacar que el descargo no refiere a la existencia o inexistencia de actas sino a la acción misma de la entidad de desviar los recursos que debían ser depositados en el BCB.
7	El Acta de la Asamblea Extraordinaria de fecha 29 de enero de 2007.	Idem.	Idem.
8	El Acta de la Asamblea Ordinaria de 31 de marzo de 2007. Se adjuntan copias de actas.	Idem.	Idem.
9	Un listado de los adjudicatarios para el Programa de Vivienda	Idem.	Como ya se dijo el cargo no tiene que ver con justificar el gasto o la existencia real del destino del gasto, sino con el

	Social.		gasto en si mismo; consiguientemente el presentar una lista de beneficiarios del PVS (Plan de Vivienda Social y Solidaria), no justifica ni releva la responsabilidad de la entidad y sus ejecutivos en la omisión de depositar en el BCB los ingresos provenientes de depósitos o recuperación de cartera.
10	La Nota FSF-DFFIE-3815/06 de 20 de diciembre de 2006.	Idem.	La carta que acredita como descargo el recurrente no constituye ni representa descargo alguno en el marco del cargo notificado ya que se refiere a la habilitación que comunica el FONDESIF a la entidad para prestar servicios de colocación y recuperación de cartera, situación que tampoco aporta elemento o causa de fuerza mayor o fortuita que exima a la entidad o la haya obligado a omitir el depósito de sus ingresos en el BCB y por el contrario destinarlos a otros rubros.
11	La Nota Cite: MOPSV-VMVU-054/2007 de 23 de febrero de 2007	Idem.	La documental se refiere a una citación que efectúa el Viceministro de Vivienda y Urbanismo para la capacitación técnica del Programa de Vivienda Social y Solidaria, aspecto que no guarda relación con el cargo notificado y que por el contrario se encuentra focalizado en pretender justificar los gastos efectuados por la entidad cuando regía una instructiva de depositar dichos fondos en el BCB.
12	Las notas de prensa que acreditan la firma de la ex Mutual con el FONDESIF, el contrato del Programa de Vivienda Solidaria.	Idem.	Como en el anterior caso las publicaciones no tienen relación con el cargo notificado, es decir no se refieren ni contienen ningún elemento que tienda a justificar el incumplimiento de la entidad en relación a la restricción vigente.

SOBRE LOS SUGERIDOS AGRAVIOS GENERALES QUE MANIFIESTA EL RECURRENTE RELATIVO A LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS “DE RESPONSABILIDAD PERSONALISIMA” Y “DE LOS ...QUE HACEN AL PROCESO SANCIONADOR”, LA QUE SUPUESTAMENTE ASFI NO HABRÍA VALORADO DENTRO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO INSTAURADO CONTRA RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI.

Adicionalmente, a la evaluación efectuada a los descargos señalados en el cuadro anterior, corresponde precisar sobre respecto a la participación y responsabilidad que se atribuye al señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, el cual se refiere concretamente a que no justificó debidamente en el transcurso del presente proceso administrativo la disposición de recursos o gastos por importes de Bs 132.862,04.- y Bs 20.280,36.- registrados en la sub cuenta “Otras Partidas Pendientes Cobro”, cuyas glosas señalan “trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda y partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros”. En este sentido, los descargos presentados por el recurrente se refieren a gastos, desembolsos e inversiones en rubros

ajenos al giro de la ex Mutual Guapay, que como reiteradamente manifiesta dichos recurso fueron erogados sobre el Proyecto de Vivienda Social, aspecto que denota una total inobservancia y desconocimiento por parte del sancionado, a instrucciones impartidas por el Órgano de Supervisión, por cuanto la citada entidad debía mantener una política austera de gastos debido justamente a su delicada situación financiera y en razón a que los gastos incurridos no guardan relación con el cargo que ejercía dicho ex funcionario así como el giro de la entidad.

Consecuentemente, ninguno de los gastos realizados como inversiones en bienes de uso y desembolsos realizados por señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, en su calidad de ex Gerente Regional de la Oficina Cochabamba de la ex Mutual Guapay, justifican la disposición arbitraria de fondos, en el marco de la funciones inherentes a su cargo, aspecto que confirma y ratifica la sanción impuesta por este Órgano de Supervisión.

Lo expuesto anteriormente queda corroborado por los criterios y el análisis acertado que efectuó la instancia jerárquica, con relación a la responsabilidad personalísima que se le atribuye al señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, la que se encuentra consignada como precedente administrativo en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2012 de 9 de abril de 2012, (páginas 92 al 94) que debido a su relación e importancia es transcrito para los fines consiguientes:

“Los antecedentes citados demuestran que para las ciudades de Cochabamba y Quillacollo, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay tenía una Oficina Regional que era manejada por un Gerente (cargo definido por Cabanellas en su Diccionario, como “Quien dirige, con arreglo a los estatutos o poderes otorgados, los negocios de una sociedad o empresa mercantil y lleva la firma de la entidad o establecimiento”), y que el señor RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI ocupó tal cargo, el que en definitiva era distinto que de Encargado o Responsable de las tres ventanillas de recaudación allí existentes, por cuanto no existen antecedentes de que al recurrente le hubiera correspondido el Último cargo mencionado, sino al señor Water (sic) Padilla Perez, según reporte del mes de enero de 2008 hecho presente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Asimismo, consta que si bien la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay funcionaba, a momento del cese de sus funciones, únicamente con ventanillas de recaudación de tributos en las ciudades de Cochabamba y Quillacollo, preparaba la ampliación de sus servicios en aquellas ciudades, conforme consta de las declaraciones siguientes:

“...si la Ex Mutual contaba, con la Logística adecuada para la prestación de servicios dentro del Programa de Vivienda Solidaria...”, estrictamente se debe:.... A que **las oficinas (pequeñas ventanillas de recaudación)**, en La Paz **Cochabamba**; y en Montero, **fueron acondicionados, para recibir cantidades de solicitantes de créditos en el marco del PVS...**“ (Fojas 139; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

“...Bajo el espectro descrito, aquellos gastos se destinaron a preparar carpetas de solicitantes de créditos y proyectos... en pos de que suscrito el contrato con el FONDESIF

dentro del PVS, se pueda generar, en forma inmediata cartera para aquel programa (Fojas 138; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consiguientemente, tales proyectos superaban a las actividades propias de las ventanillas recaudación tributaria, y justificaban la existencia de la Gerencia Regional en el sentido jurídico que importa tal figura, cargo que en definitiva sí existió como que en su momento fue ejercido por el ahora recurrente.

2.4.2. Responsabilidad del recurrente en la aprobación y manejo de los gastos sancionados.

Señala también el Recurso Jerárquico, que:

“...los gastos que se me observan, FUERON instruidos por PERSONEROS SUPERIORES, amen (sic), tampoco se VALORA DE NINGÚ (sic) MODO MIS DESCARGOS AL RESPECTOS (sic), limitándose, con su escueta cita, SIN QUE ESTO SUPLA LA OBLIGACION QUE ASISTIA, DE EXPRESAR EL FUNDAMENTO DEL PORQUE SE ASUME SU PERTINENCIA O NO, O EL VALOR QUE SE LES OTORGA, (...)

...Nótese que las autoridades de la actual ASFI, ni siquiera se han tomado la molestia de percatarse, de que JAMAS fui responsable de la aprobación de gastos, ni de su contabilización, es decir, jamás trabajé en la GERENCIA DE OPERACIONES, NI FUI GERENTE GENERAL NI DIRECTOR, para que se me sanciones (sic) por “la existencia de gastos... en la sub cuenta... trámites judiciales de futuros propietarios del Proyecto de Vivienda...”

Es menester hacer notar, que los Cargos B.2 y C.2 tiene su origen en Las restricciones impuestas a la Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay mediante nota SB/ISR II/D - 29535/2005 de 18 de abril de 2005, por la que se le instruyó depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano “todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos”

Consiguientemente, las sanciones emergentes que se conocen en el proceso, no están referidas únicamente a la conducta de quien o quienes autorizaron gastos al margen de la restricción anotada, sino a quienes como en el caso del señor **RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI**, actuaron en inobservancia sancionable a la disposición de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sin que necesariamente ello importe la autorización referida.

Para el caso y conforme consta en la resolución recurrida, a fojas 183, el ente regulador ha señalado:

“...El argumento ya expresado (pag 17 inc. I) en la citada carta GOF-124/SG-121 referida a los gastos para el estudio y desarrollo de Proyectos Urbanísticos, con la participación del Director Jorge Antonio Núñez del Prado, en la autorización de valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de “El Paso” de la ciudad de Cochabamba, mediante nota de 24 de noviembre de 2006, dirigida al Gerente Regional de Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi, no enerva ni destruye el cargo notificado por

que el registro de los pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social", comprometen y agravan la responsabilidad del citado ex Gerente Regional de la Oficina Cochabamba, al haber actuado en contra de la restricción determinada.

Asimismo, la afirmación realizada por el ex Gerente Yuri Rodríguez Urquidi, conforme al cargo notificado, al decir: **"Bajo el espectro descrito, aquellos gastos se destinaron a preparar carpetas de solicitantes de créditos y proyectos... en pos de que suscrito el contrato con el FONDESIF dentro del PVS, se pueda generar en forma inmediata cartera para aquel programa..."**

Esta aseveración confirma que el señor Yuri Rodríguez Urquidi, ex Gerente de la Regional de la Mutual Guapay en la ciudad de Cochabamba, destinó a gastos los recursos que deberían ser remitidos al Banco Central de Bolivia, sin embargo, se utilizaron en preparar carpetas, esto quiere decir que utilizaron los recursos de la ex Mutual para un proyecto que no era propio de la entidad..."

Consiguientemente, queda claro que el recurrente ha imitado (sic) erradamente los efectos de la responsabilidad sancionada, cual si sólo fueran imposables a quienes dispusieron gastos al margen de la restricción impuestas, cuando las mismas, conforme lo sancionado, han recaído también al señor **RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI** por haber actuado en inobservancia a la misma, para lo que no necesariamente era necesaria la disposición de tales dineros.

Por consiguiente, el alegato del recurrente es inatendible y justifica la subsistencia de los Cargos en su contra. (las negrillas y el subrayado es nuestro)

En este sentido, el recurrente nuevamente reitera los argumentos vertidos ante la notificación de cargos expuestos en la primera instancia, con la intención buscar la revocatoria de la Resolución Sancionatoria, reclamando que no se realizó la evaluación individual por parte de la Autoridad de Supervisión, aspecto subsanado completamente en la Resolución señalada ASFI N° 657/2011.

Asimismo, nuevamente se refiere al Directorio, como a órgano colegiado, manifestando que la responsabilidad puede ser solidaria, salvo manifestaciones disidentes etc., debiéndose ponderar la valoración en razón de la actuación de cada uno de los participantes. Al respecto, debe considerarse que el cargo que ocupó Ronald Yuri Rodríguez U., ha sido claramente individualizado en la Resolución referida en el párrafo precedente.

Por tanto, las infracciones a la normativa que indica no son evidentes, al haberse dado cumplimiento estricto a lo previsto **en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 062/2012 de 23 de octubre de 2012**, por lo que no existe el proceso indebido, menos vicios que puedan llevar a su nulidad.

AL CARGO C:

C.- Incumplimientos al Art. 74 de la Ley N° 1488 e inobservancia a las restricciones impuestas por el Órgano de Supervisión mediante carta SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005.

C.2.- El registro de pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social" por un importe de Bs295.353 cuya partida contempla gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.

Agravios que manifiesta el recurrente:

Señala de los agravios que preceden, se colige que la disyuntiva con el regulador, nunca se centró en las bondades de recibir donaciones de terrenos, sino en la forma o valor de su contabilización según se describe:

- a) Las valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de El Paso de la ciudad de Cochabamba, instruidas mediante nota de 24 de noviembre de 2006, dirigida al Gerente Regional de Cochabamba, señor Yury Rodriguez, se generaron ante probables suscitaciones de donaciones.
 - b) Los gastos contabilizados como proyecto de Vivienda Social, no se dirigieron, ni se motivaron en intencionalidad alguna de la ex Mutual, en proyectos habitacionales, por el contrario se objetivaron en el levantamiento de solicitudes de créditos en el marco del PVS, en la adecuación de la logística institucional para satisfacer sus requerimientos y la pretensión de enajenación sin riesgo patrimonial, de los terrenos recibidos en donación.
- La resolución sancionatoria, en este punto en particular, confunde la glosa de la partida observada "Proyecto de Vivienda Social", cual si la entidad previere ingresar en actividades inherentes a la construcción de viviendas o proyectos habitacionales, dado que desconoce las particularidades del Programa de Vivienda Social (PVS), para el que, las entidades calificadas y habilitadas (LA EX MUTUAL ENTRE ELLAS), prestaban el servicio de colocación y recuperación de cartera, SIN INCURRIR EN RIESGO PATRIMONIAL ALGUNO, dado que: los créditos eran aprobados por el Comité de Administración del Programa; se otorgaban por el FONDESIF, en cuyo beneficio se instrumentaban las garantías (hipotecarias, personales, Etc.); y en ese sentido, la entidad sólo se constituía en preparador de la carpeta del solicitante y luego el recaudador de sus amortizaciones, en estricta prestación de un servido, por el que recibiría en contraprestación una comisión.
 - Bajo tal espectro descrito, aquellos gastos se destinaron a preparar carpetas de solicitantes de créditos y proyectos, en pos de que, suscrito el contrato con el FONDESIF dentro del PVS, se pueda generar en forma inmediata cartera para aquel programa, con los beneficios expuestos, más aún, al comprender la restricción temporal que había congelado la fuente primaria de ingresos de esta entidad: "la colocación de créditos"....(...)
 - Asimismo, al referirse a carencia de motivación, menciona que la triple función del regulador (acusador, juez y legislador) le obliga a fundar sus posiciones y no haber criticado la ausencia de políticas para mitigar la restricción temporal, absteniéndose de las contantes medidas tomadas por personeros de la ex Mutual y que eran de conocimiento institucional, argumentando que la resolución no es fundada ni

objetiva, dado que se ha limitado a ejercer el ius puniendi sin lugar a valorar los elementos que pudo haber valorado en su favor.

VALORACIÓN DE LA PRUEBAS (sic) CON RELACIÓN AL CARGO C.2.

N°	PRUEBA OFRECIDA EN RELACIÓN AL CARGO NOTIFICADO	ACCIÓN ESPECÍFICA	EVALUACIÓN DE LAS PRUEBAS
1	La Nota SB/ISNB/D-16410/2005 de 18 de enero de 2005	C.2 El registro de pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social" por un importe de Bs295.353, cuya partida contempla gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.	Mediante la carta citada, y como respuesta a la Carta GOF-003/SG-003, la Superintendencia de Bancos acepta otorgar un plazo para la presentación del Plan de acción propuesto, adicionalmente se refiere al convenio de Negociación de inversiones con el señor Neufel Klassen a las cuales se refiere la normativa a cumplir previamente, finalizando que la SBEF no avala negociaciones o gestiones realizadas con personas privadas pues los alcances o incumplimientos se encuentran subordinados a la libertad contractual y los límites establecidos por ley. Estos aspecto no tienen ninguna relación con el descargo, no justifica de ninguna manera la utilización de recursos de la entidad para un proyecto de vivienda social, es completamente inatinerente para desestimar el cargo.
2	La Nota GG-028/SG-180 del 14 de mayo de 2005	Idem.	En respuesta a la Carta SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, se refiere al proyecto Akualand, y a la contratación como medida de control, al Arq. Rubén Darío Gutierrez, decano de la facultad de ciencias del habitat, diseño y arte de la Universidad Gabriel René Moreno, Máster de la Universidad de Cataluña - España. para actualizar las hipotecas y mostrar las mejoras introducidas por las empresas constructoras, al respecto, se instruyó a los fiscales de obra, preparar información actualizada sobre los avances de obra. Se instruyó a las Gerencias de Operaciones y Créditos hacer seguimiento de acuerdos plasmados, también de la constructora y del propietario de la solución. Indicando que se procedió con esta instructiva a los créditos desembolsados en marzo y abril de la gestión 2004, solicitando finalmente y como corolario a esta comunicación dejar sin efecto la restricción temporal, para regularizar o normalizar su funcionamiento. La carta en cuestión no constituye descargo, muestra reticencia a la instrucción de restricción.

3	La Nota GG-029/SG-239/2006 de 4 de julio de 2005	Idem.	La carta se refiere a una adenda al Contrato de Crédito Subordinado de Capitalización del año 2005, haciendo referencia al control de suficiencia patrimonial, en la que hacen referencia a la carta GG-028/SG/180, con relación a las medidas ofrecidas de mayor control en la recuperación de cartera, aspecto que no representa descargo alguno por las acciones de disponer fondos de la Mutual para otros proyectos, no corresponde al proyecto FVS.
4	La Nota GOF-286/SG-310 del 31 de agosto de 2005	Idem.	El documento citado, corresponde a la respuesta a carta SB/ISR II/D-37765 de 5 de julio de 2005, mediante la cual se remite un Informe Complementario al Plan de Acción de la Inspección al 30 de septiembre de 2004, en el que se indica haber efectuado el organigrama y nuevas políticas de créditos, se manifiesta la capacitación a los funcionarios encargados de realizar operaciones de crédito, se presentó descargo de la nueva política de créditos, indica que actualmente existen reglamentos para normar funciones de los integrantes de comités constituidos, incorporación de un profesional en la Unidad de Auditoría Interna, de la misma manera en la Unidad de Sistemas, concluyendo que se ha subsanado las observaciones del Plan de Acción, sin embargo, ninguno de estos puntos puede ser considerado como descargo con relación a la utilización de recursos para el proyecto de vivienda, no siendo atinente el descargo.
5	La Nota GOF-358/SG-388 del 10 de noviembre de 2005	Idem.	Se refiere a las medidas asumidas destinadas a cubrir los límites legales excedidos del Patrimonio Neto, al haber obtenido un crédito subordinado con Jack Neufeld, compromisos con las constructoras de Akualand, informa que no ha desembolsado créditos, aspectos que no tienen ninguna relación con el cargo, menos considerarse como descargo al no tratarse de la operación realizada para otro proyecto.
6	La Nota GG-444/05 del 28 de diciembre de 2005	Idem.	La entidad presenta un plan de acción para regularizar las observaciones de un informe de inspección, el que se refiere a un Plan de Capitalización, del que se ha observado la falta de un cronograma de acuerdo con el compromiso asumido por el Directorio, establecido en el Plan de Fortalecimiento para acceder al PROFOP. El descargo hace referencia a los avalúos del valor de los inmuebles del proyecto, sin hacer referencia a la capacidad de pago de las empresas ni la amortización de los préstamos, incumpliendo la rentabilidad. Aspectos que no se refieren por ningún motivo al cargo, ya que son de diferentes épocas y otro proyecto. No es atinente pues se refiere a temas diferentes.

7	La Nota GG-446/05 del 28 de diciembre de 2005	Idem.	En el registro de correspondencia no existe una carta con el indicado número, es posible que se haya equivocado al hacer la cita o confundir con la 444/05.
8	La Nota GOF-192/SG-197 de 12 de junio de 2006	Idem.	Mediante la citada nota se remite el plan de acción sobre la visita de inspección al 28.02.2006, aprobado por directorio, en el que se atiende los aspectos de Riesgo de Crédito, Operativo y Legal. En el aspecto crediticio se refiere a operaciones provenientes de lo que es la Urbanización Akualand, con relación a Operativo, se refiere a las observaciones sobre el manejo de los DPFs y su control, así como el control de carpetas de créditos. Se observa gastos administrativos corrientes por diferentes conceptos, seguimiento de otros gastos, pero que ninguna de estas observaciones tiene relación con los gastos efectuados para la implementación de carpetas del proyecto FVS al que se refiere el cargo, no tienen relación, por lo que menos puede ser presentada como descargo, documento que no puede ser considerado como descargo.
9	La Nota SB/ISNB/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005	Idem.	La citada carta se refiere a los excesos al 3% del patrimonio al haber otorgado créditos a empresas constructoras, instruyéndosele adoptar medidas correctivas con relación a los citados excesos. Instrucción que no se cumplió, por lo que mediante la carta SB/ISR II/ D-29535/2005 se instruye que "...a partir de la fecha la entidad deposite en el BCB o invierta en valores emitidos por el Estado todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos, en tanto se materialicen y/o cumplan las medidas correctivas tendientes a superar las observaciones emergentes ... ". De lo citado se advierte que la carta es una ratificación e instrucción de las obligaciones que debería realizar la misma, aspecto que no fue cumplido y es más, se utilizaron recursos de la entidad en el Proyecto de Vivienda Social que no se llevaba a cabo todavía y dadas las condiciones de la entidad, no contaba con recursos para desarrollar proyectos habitacionales en tres ciudades, La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, incumpliendo lo instruido y utilizando los recursos destinados a ser depositados en el BCB en actividades que no correspondían.
10	El dictamen de Auditoría Interna 2005.	Idem.	El Dictamen de Auditoría 2005, Muestra claramente un déficit acumulado por pérdidas en gestiones anteriores, se refiere a un posible convenio con una fundación, y procesos sancionatorios que ha sufrido la entidad, este documento no representa en ningún momento prueba de descargo para la utilización de recursos en la elaboración de

			carpeta para el proyecto de vivienda social, con el cual no tiene ninguna relación, por lo que no puede considerarse descargo.
11	La Carta SB/ISR II/D-34/2005 de fecha 29 de diciembre de 2005.	Idem.	Carta mediante la cual se hacen observaciones al informe de inspección sobre plan de acción, en el cual se indica que no ha dado cumplimiento a los compromisos asumidos, documento que no contempla descargo alguno sobre el cargo referido a gastos en planes de vivienda del FONDESIF, que no corresponde con el proyecto AKUALAND.
12	Las Políticas adoptadas en la gestión 2006, enviada al FONDESIF.	Idem.	Las políticas que hubiera adoptado la Mutua en la gestión 2006 enviadas al FONDESIF, corresponden a las medidas con relación al cumplimiento de su contrato de Subordinado, aspecto que no tiene relación con el descargo, pues se trata de una actividad no relacionada con el convenio, el que no emergió de manera concreta, siendo que los gastos contabilizados en el Proyecto de Vivienda Social se refieren a una actividad diferente, ambos sin relación alguna, por lo que no es posible considerar como descargo.
13	Las Carpetas de Solicitantes de créditos y proyectos.	Idem.	La elaboración de las carpetas de los solicitantes no se llegó a plasmar como una actividad del proyecto, ya que la Mutua no llegó a ejecutar el mismo en ninguna instancia, sin embargo con cargo al supuesto proyecto se efectuaron gastos, los mismos que no estaban autorizados debido a la Restricción Temporal aplicada, este no es un elemento de descargo para la utilización de los recursos de la Mutua.
14	El Contrato suscrito con el FONDESIF dentro del PVS.	Idem.	El contrato de suscripción del Proyecto del Plan de Vivienda Social, si bien ha sido suscrito con el Fondesif, no ha llegado a concretarse con la Mutua, aspecto que no se ha desarrollado por haber sido su intervención anterior a la ejecución del programa, sin embargo, la entidad, en franco incumplimiento de la Restricción, llevó adelante el preparar un proyecto en el cual no podía realizar ningún preparativo, menos efectuar gastos, al no contar con recursos para ello, debido a las obligaciones pendientes y por la Restricción impuesta, aspecto que no le permitía disponer para otros usos salvo depositar en el Banco Central, hasta que se analice su situación.

Al Cargo D.3

No se manifestó ningún agravio en el Recurso de Revocatoria, con relación al cargo establecido (Cargo D3), por lo que se puede inferir que no cuestiona lo dispuesto en la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011.

II.2 Violación de los Principios que hacen al proceso sancionador.

Para este efecto cabe recordar al recurrente que en marco del debido proceso consagrado constitucionalmente, correspondió a este Órgano de Supervisión tramitar el presente procedimiento administrativo en sujeción a los principios rectores del procedimiento sancionador establecido en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que señala en el inciso c) "Principio de sometimiento pleno a la Ley", La administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso.

Asimismo, el mismo artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala en el inciso f) respecto al "Principio de Imparcialidad", Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados.

En ese marco legal, todas las actuaciones desarrolladas por la ASFI se circunscriben a los preceptos legales señalados, rechazando enfáticamente este Órgano de Supervisión la supuesta violación al proceso sancionador a que hace referencia el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidí, en ese orden, desde un inicio se consideró y evaluó los argumentos que en su defensa alega el recurrente, partiendo desde su memorial de 24 de abril de 2007, al cual adjunto en dicha oportunidad documentación cursante en archivo de ASFI, así como las Actas de Directorio, Dictamen de Auditoría externa 2005 y Política adoptadas en la gestión 2006, las cuales una vez valorados por este Órgano de Supervisión no aportaron elementos tendientes a eximir o liberar de la responsabilidad del principal ejecutivo de la oficina Cochabamba que fungía el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidí, más al contrario dichos antecedentes demuestran fehacientemente su participación en la disposición arbitraria e injustificada de recursos de la ex Mutual Guapay.

Que, de lo señalado anteriormente el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidí a lo largo de estos años pretende a toda costa deslindar responsabilidad respecto al manejo y disposición arbitraria de recursos de la ex Mutual Guapay, ya que dicha entidad financiera presentaba en su momento serios problemas financieros, que en definitiva concluyó con la intervención por parte de este Órgano de Supervisión, en cumplimiento al mandato constitucional y la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) por cuanto ASFI ejerce sus atribuciones **en resguardo del interés público** que representa los depósitos que mantienen las personas naturales y jurídicas en las entidades de intermediación financiera del país.

En ese marco, corresponde manifestar respecto a la supuesta violación de los principios que hacen al proceso sancionador, se puede advertir que el recurrente, de manera equívoca aplica principios inherentes a materia laboral y penal, expresa argumentos dirigidos a cuestionar el procedimiento administrativo aplicado por este Órgano de Supervisión, sin aportar ningún elemento o justificativo para enervar o descargar las infracciones notificadas, al haberse pronunciado de manera clara y objetiva los cargos por los cuales se le ha sancionado.

Al referirse a los principios de presunción de inocencia, no se puede apreciar a cabalidad el concepto mencionado ni el lineamiento que pretende dar a su

argumento. Sin embargo, cabe destacar que en materia administrativa no existe la figura de la inversión de la carga de la prueba para beneficiar al "encausado" aspecto completamente oscuro en la materia que nos corresponde.

Así también, no es evidente que se haya sancionado a un supuesto Gerente actual, como expresa en sus agravios. La Resolución ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, expresa claramente que la imposición de la sanción de suspensión es personal, en contra del señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, en su condición de Gerente Regional Cochabamba de la ex Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay. Al respecto, corresponde se aclare en la Resolución a emitirse por la Dirección de Asuntos Jurídicos, que en el penúltimo considerando de la Resolución 657/2011 se tomó en cuenta que el señor Ronald Yuri Rodríguez comenzó a cumplir su sanción desde el pronunciamiento de la Resolución Sancionatoria N° 017/2007.

En relación al inciso 2.1.3. de la Resolución Ministerial Jerárquica, inexistencia de fundamento a la alegada auto contradicción, manifestada por el recurrente, es observada en la Resolución Jerárquica, expresando que "no aclara ni explica en que (sic) consistiría la misma, en contravención al artículo 58 de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo) que señala que los recursos se presentarán de manera fundada, extremo que hace inatendible al presente al no detectarse, conforme se tiene del análisis ut supra, violación o transgresión (sic) que implique auto contradicción alguna". En este sentido, en la Resolución Jerárquica se deja establecido que este argumento no es atendible, por lo que no forma parte de lo observado.

Respecto al inciso 2.2 de la referida Resolución Ministerial Jerárquica, que refiere a (sic) infracción al principio de verdad material, se manifiesta que el recurrente ha ofrecido prueba documental, la que no ha surtido efecto debido a que se trata de prueba sobre recaudación nacional lo cual sirve para establecer los ingresos con respecto al rubro de recaudación tributaria de la Mutual en la ciudad de Cochabamba.

De esta manera, en la Resolución Jerárquica se considera que el memorándum de designación del señor Rodríguez (RR.HH 032/2006 de 22 de agosto de 2006) resulta ser tan nominal, sin que en el curso del expediente se hubiera determinado los alcances del mismo. También hace referencia a la presentación del Poder 742/2006 a su favor como supervisor regional de tributos, aspectos que llevan a la instancia Jerárquica a presumir conforme el artículo 4° inciso e) del Procedimiento Administrativo, que el recurrente ha actuado de buena fe, no obstante, llama la atención que en cinco años anteriores a la notificación de cargos y las Resoluciones Jerárquicas que estos elementos de prueba no hayan sido de conocimiento del ente regulador. Es así que la verdad formal sobre el nombramiento del señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi como Gerente Regional de la Oficina Cochabamba ha quedado establecida.

Siendo necesario considerar los alcances de la designación para tener en cuenta el marco de la designación precitada, fundamentalmente en lo que atañe a la aprobación y manejo de los gastos sancionados, con ello establecer la verdad material que es lo que interesa al Derecho Administrativo, en este sentido, es necesario demostrar ante la Unidad de Recursos Jerárquicos que las funciones del señor Ronald Yuri Rodríguez en su calidad de Gerente Regional, no solo estaban relacionadas a la recaudación de recursos tributarios, sino que desempeñó funciones como Gerente

Regional, en directa relación con las actividades de la oficina regional y a cargo de los Proyectos de Vivienda, motivo por el cual dispuso la erogación de gastos para el citado proyecto, lo que vendría a ser considerado como un elemento para desvirtuar los descargos presentados y dejar completamente establecido como verdad material que el señor Ronald Yuri Rodríguez, desempeño funciones como Gerente Regional, al encontrarse desarrollando otras funciones que no eran propiamente solo recaudación tributaria, sino que sus actividades se involucraron en el incumplimiento a la restricción dispuesta por la ASFI, de depositar todos los ingresos financieros en cuentas del Banco Central de Bolivia, aspecto al que no dio cumplimiento.

Con relación al inciso 2.3 de la Resolución Ministerial Jerárquica, acerca de la sanción de suspensión de funciones en relación a una entidad desaparecida, la Resolución Jerárquica, en su página 70 menciona que el recurrente señala que la Mutual Guapay no se encuentra en funcionamiento y su licencia ha sido cancelada, entonces pregunta cómo es posible que la Resolución ASFI 189/2012 confirme totalmente la Resolución ASFI N° 657/2011 mediante la cual le aplica una sanción suspendiéndolo 2 años en esa entidad que no existe ni funciona, lo que es imposible y además ilógico, por ende carece de validez, adolece de nulidad absoluta, correspondiendo destacar que la misma Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 (se refiere a fojas 126) que el señor Ronald Yuri Rodríguez U., comenzó a cumplir la sanción impuesta mediante dicha Resolución, concluyendo que por dicho extremo, se hace innecesario entrar en mayores consideraciones para concluir con el carácter injustificado de la nulidad invocada. Teniéndose por establecido que al presente la sanción ha sido efectivizada.

Que, para reflejar el carácter y la conducta demostrada por el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, es pertinente hacer mención al proceso penal instaurado en su contra en la ciudad de Cochabamba por el Interventor de la ex Mutual Guapay -En Liquidación-, precisamente por las responsabilidades que le corresponden en ese ámbito jurisdiccional en su condición de ex Gerente Regional de Mutual Guapay Oficina Cochabamba, proceso dentro del cual ya existe una acusación formal por parte del Ministerio Público, así como el señalamiento de fecha de audiencia para el juicio oral.

CONSIDERANDO:

Que, en el marco de lo previsto por el artículo 153 del de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es el Órgano Rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del País y tiene los objetivos de mantener un sistema financiero sano y eficiente, así como velar por su solvencia.

Que, la jurisdicción administrativa de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) es de carácter nacional y su competencia en lo concerniente a la aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras es privativa e indelegable, competencia que se reitera por el inc. b) del Art. 7 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en la regulación y supervisión de actividades y entidades de intermediación financiera, en el marco de las leyes y reglamentos.

Que, el procedimiento sancionatorio constituye una de las atribuciones conferidas por la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) a la ex

Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su condición de órgano regulador y supervisor de las entidades de intermediación financiera, cuya aplicación se encuentra reglamentada en el Reglamento de Sanciones Administrativas contenida en el Título XIII, Capítulo II, Sección I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, reglamentación que se ajusta a los lineamientos establecidos en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que se encuentra firme y vigente.

CONSIDERANDO:

Que, las entidades de intermediación financiera así como sus funcionarios se encuentran obligadas a someter su administración a la inexcusable observancia de las disposiciones legales contenidas en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras modificada por la Ley N° 2297 de Fortalecimiento de la Normativa y Supervisión Financiera de 20 de diciembre de 2001, y las regulaciones prudenciales emitidas por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras actualmente ASFI, **en resguardo de la solvencia y del interés público representado por los depósitos del público.**

Que, este Órgano de Supervisión estableció en sus labores de supervisión a la entonces **ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO GUAPAY**, incumplimientos a la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, a la normativa regulatoria, así como a instrucciones emanadas de este Órgano de Supervisión, y particularmente sobre las presuntas irregularidades en las que incurrió el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, como Gerente de la Oficina Regional Cochabamba, a quién dispuso recursos económicos de la citada entidad de forma arbitraria, aspecto que derivó en la instauración del presente procedimiento administrativo, por lo que resulta responsable de los cargos notificados concluyendo con la sanción impuesta a través de la Resolución Sancionatoria ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011.

CONSIDERANDO:

Que, finalmente los argumentos expuestos por el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi en su Recurso de Revocatoria no desvirtuaron ni enervaron los fundamentos contenidos en la Resolución Sancionatoria ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, habiéndose establecido fehacientemente la responsabilidad personal que este Órgano de Supervisión le atribuyó al Gerente de la Oficina Regional Cochabamba de la ex Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay Ltda., mediante la disposición injustificada de recursos de la citada entidad.

Que, de acuerdo a lo señalado esta Autoridad de Supervisión a tiempo de emitir la Resolución Sancionatoria ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, evaluó el grado de participación del señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi en los hechos sancionados y las responsabilidades que le fueron atribuidas cuando ejercía las funciones de Gerente Regional Cochabamba de la ex Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay Ltda.

Que, para resolver el presente Recurso de Revocatoria consideró como precedente administrativo los lineamientos contenidos en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2012 de 09 de abril de 2012, y principalmente la Resolución

Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 062/2012 de 23 de octubre de 2012, emitida por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, por lo que resultado de la valoración de las pruebas aportadas por el recurrente, los cargos correspondiente a la sanción impuesta no fueron desvirtuados por el Sr. Ronald Yuri Rodríguez Urquidi.

CONSIDERANDO: (...)

Que, en orden mediante Informe ASFI/DSR II/R-156417/2012 de 28 de noviembre de 2012, emitido por la Dirección de Supervisión de Riesgos II, e Informe Legal ASFI/DAJ/R-156420/2012 de 28 de noviembre de 2012, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos concluyen que en función a la valoración de las pruebas aportadas por el recurrente, así como la participación y responsabilidad personal en que incurrió dicho ex Gerente de la Oficina Regional Cochabamba de la ex Mutual Guapay, no enervaron ni desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, por lo que corresponde confirmar en todas sus partes la referida resolución.”

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 28 de diciembre de 2012, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 672/2012 de 29 de noviembre de 2012, expresando lo siguiente:

“...FUNDAMENTOS

De los “antecedentes procesales” expuestos en capítulo que antecede, como del imperio del 156 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado), como los Arts. 34, 49, 50-III y 51-II del Reglamento de Procedimientos del SIREFI aprobado por D.S. No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, denunció que la resolución administrativa objeto de este recurso, **continúa (sic) y sigue, adoleciendo de los mismos defectos contenidos por sus ANULADAS resoluciones precedentes,** conforme denunciaré a continuación.

OMISIÓN DE TRÁMITE DEBIDO Y PRONUNCIAMIENTO DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA FUNDADA.

La Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, había instituido línea jurisprudencial, por la que declara la “obligación del Superintendente Sectorial de Bancos y Entidades Financieras, hoy Director Ejecutivo de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, de pronunciar debidas y FUNDAMENTADAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS, en atención a los recursos (cual el de revocatoria); así la resolución SG SIREFI RJ 52/2005 de 13 de diciembre de 2005, que en sus FUNDAMENTOS JURÍDICOS, textualmente señaló en sus partes pertinentes:

“...En la doctrina del Derecho Administrativo se han esbozado numerosas definiciones acerca de lo que implica el acto administrativo. Por ello, siguiendo la mayoría de la doctrina generalmente aceptada en la materia, podemos concluir que el acto

administrativo es un acto jurídico, una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria que emana de un sujeto, la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la satisfacción del interés general o particular, sin importar que sea creador de situaciones generales sean ellas abstractas, impersonales, individuales, subjetiva o concretas, dentro de cualquier órgano del poder público...”

“...En nuestra legislación, el Artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo indica que: Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la administración pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo...”.

“...Por otra parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde sus inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas. OBTENER DECISIONES FUNDADAS O MOTIVADAS, EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN SOBRE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, CUESTIONAR LOS ELEMENTOS PROBATORIOS ANTES DE LA DECISIÓN, TENER LA POSIBILIDAD DE INTENTAR MECANISMOS IMPUGNATORIOS CONTRA LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS, es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse...”.

“...Cabe precisar que uno de los elementos ESENCIALES del acto administrativo se encuentra en SU MOTIVACIÓN O FUNDAMENTACION que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadores que le permitan emitir actos administrativos, DEBIENDO OBSERVARSE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO Y DE DERECHO QUE CORRESPONDAN AL CASO...”

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

“...El Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo, al respecto, señala que entre los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra LA CAUSA, POR MEDIO DE LA CUAL SE DEBERÁ SUSTENTAR EL ACTO EN LOS HECHOS Y ANTECEDENTES EXISTENTES Y EL DERECHO APLICABLE. Asimismo, el acto administrativo

deberá contener un fundamento, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto. Concordante con la anterior, el Artículo 30, literal a), de la Ley Adjetiva Procedimental, en cuanto a la motivación, **indica que todo acto administrativo deberá ser motivado con referencia a hechos...**".

La falta de fundamentación y auto contradicción de la resolución ASFI No. 189/2012 de 18 de mayo de 2012, no sólo constituye una grave infracción a los Arts. 29-III, 43-1 y 50-III del reglamento de procedimientos para el SIREFI aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, y a los Arts. 17-1, 28, 52 y 65 de la Ley del Procedimiento Administrativo, sino que constituye una flagrante violación a mis derechos constitucionales, a la defensa y al proceso debido, tutelados por el Art. 115 de la CPE.

Y es qué (sic) la resolución ASFI No. 672/2012 insiste y vuelve a incurrir en INFRACCIONES de normas expresas del reglamento aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003:

1.- Cuando los Arts. 30 y 50 del Reglamento aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, señalan, que procede la apertura de término de PRUEBA en el trámite del RECURSO DE REVOCATORIA, solo nos queda confrontar mi RECURSO DE REVOCATORIA, para percatarnos de su expreso OFRECIMIENTO DE PRUEBA, **sin que JAMÁS se me hubiera hecho conocer, si mi prueba fue admitida o NO, o, SI SE ABRIO TERMINO PARA PROBAR o NO, sic, sic, DEJANDO SOLO LA POSIBILIDAD DE ARRIBAR A LA CONCLUSIÓN, DE QUE, SE ME DEJÓ EN ABSOLUTA INDEFENSIÓN, ES DECIR, SIN LA POSIBILIDAD DE PROBAR, DE ACREDITAR MIS DESCARGOS NO DOCUMENTALES o DE DIFERENTE MEDIO PROBATORIO.**

2.- Cuando el Art. 29-III del reglamento de formas del SIREFI, dispone: "...Las pruebas SERÁN VALORADAS EN SU INTEGRIDAD, con racionalidad y de acuerdo a la sana crítica...", no genera norma POTESTATIVA o DISCRECIONAL, genera IMPERATIVO PROCESAL.....impone obligación al Administrador Público, que no puede ser omitida; omisión que en la especie se colige de la sola lectura de la resolución recurrida, en la medida en que NO VALORA DEBIDAMENTE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS DE MI PARTE y **MENOS SE ACOMODA A MI REALIDAD PERSONAL, ES DECIR, A MI CONDUCTA EN PARTICULAR Y A LOS ACTOS O SUPUESTAS OMISIONES, QUE SE ME PRETENDA ATRIBUIR, OLVIDANDO, QUE QUIEN SE SUSCRIBE FUNGIA TAN SOLO DE SUPERVISOR DE VENTANAS DE RECAUDACION, ES DECIR, NO DE UNA SUCURSAL. Etc., amén de que JAMAS ostenté la calidad de DIRECTOR, ni DE GERENTE GENERAL. NI DE GERENTE DE OPERACIONES, sic. sic.**

Violación de derechos y garantías constitucionales.

Con los actos y omisiones que se denuncian en apartado que antecede, no sólo se ha quebrantado el reglamento de procedimientos administrativos del SIREFI y la Ley del procedimiento Administrativo, en los artículos individualmente apuntados, sino que se ha violado mis derechos y garantías fundamentales, a la defensa y al proceso debido, tutelados por el Art, 115 de la CPE, como se funda a continuación:

Del imperio del Art. 115 de la CPE, emerge mí derecho a la seguridad jurídica en proceso; derecho que en contenido: "...implica el derecho a la certeza y la certidumbre

que tiene la persona frente a las decisiones de las autoridades públicas, las que deberán ser adoptadas en el marco de la aplicación objetiva de la Ley y la consiguiente motivación de la resolución..." (SC 0753/2003-R de 4 de junio).

Las SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 1748/2003-R, entre otras, entendieron al debido proceso como: "el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos".

Las declaraciones e interpretaciones de su Excelencia el Tribunal Constitucional, SON DE APLICACIÓN OBLIGATORIA, PARA TODAS LAS AUTORIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

En la especie: mí RECURSO interpuesto, no ha sido tutelado con RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA FUNDADA, por ende, me encuentro ante la incertidumbre del valor que se ha otorgado a mis pruebas o a mis motivos esgrimidos al recurrir, con flagrante violación de imperativos procesales, denotando la clara "inseguridad jurídica e indefensión", que se me está propalando. Luego: procedimiento como el denunciado, de modo alguno puede entenderse como DEBIDO.

Es menester agregar que, es el mismo reglamento de formas del SIREFI, debidamente aprobado por el D.S. No. 27175, de 15 de septiembre de 2003, el que en su Art. 62, textualmente reza: "...I.- El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos. II.- La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, DE RESPETO AL DEBIDO PROCESO y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley NO. (sic) 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables.

En la especie, desde que se dicta una resolución CONFIRMATORIA de las resoluciones recurridas, empero, olvidando que si bien SE ACUMULO varios pseudo sumarios administrativos en UNA sola resolución Sancionatoria, la SB No. 017/2.007, esto NO implica que se trate de un SOLO proceso administrativo. MENOS DE QUE SE ME PUEDA ENDILGAR ASUNTOS QUE NO ERAN DE MI RESPONSABILIDAD O SOBRE LOS CUALES NO TUVE. NI DEBÍA TENER NINGUNA INJERENCIA. Recuérdese que el suscrito tan solo fungía de SUPERVISOR de una Ventana de Recaudación y por su parte la resolución ASFI No. 672/2.012, continúa haciendo subjetivas, **tales como que hubiese realizado disposición arbitraria de fondos....**, que en la agencia de Cochabamba, de la ex Mutual Guapay **habían Proyectos de Vivienda** y que por estas supuestas actividades, se involucraron en el incumplimiento a la restricción dispuesta por la ASFI, de depositar todos los ingresos financieros en cuentas del Banco Central de Bolivia, sic, sic.

Sobre estas afirmaciones subjetivas, reitero, **JAMÁS se me otorgó la competencia para aprobar, otorgar créditos, cobrar créditos, hacer captaciones de depósitos, aprobar GASTOS, menos para decidir en que invertir los incrementos de captaciones o recuperación de cartera; estas tareas como correspondía, de acuerdo al Manual de**

Funciones de la Entidad, y a los Estatutos de la ex Mutual Guapay, siempre fueron APROBADOS, realizados y contabilizados, por los órganos pertinentes (ASAMBLEA, DIRECTORIO, GERENCIA GENERAL y GERENCIA DE OPERACIONES), en este sentido, NO es lógico que se me sancione por conductas que NO me son atribuibles. Cualquier transacción generada en oficina Cochabamba, era contabilizada en la oficina Santa Cruz en el departamento de contabilidad de la ex Mutual Guapay.

Nunca existieron proyectos de vivienda, en la oficina de Cochabamba de la Ex Mutual Guapay, contrariamente a lo que indica la resolución ASFI 672/2012. Lo que se trato, fue dar un servicio de cobranza, para el Programa de Vivienda Social: para lo cual se preparó y adecuó las instalaciones de la oficina de cobranzas de la ex Mutual Guapay, en Cochabamba, POR INSTRUCCIONES DE LA GERENCIA GENERAL Y LA GERENCIA DE OPERACIONES.

No tengo conocimiento que la ASFI, haya dispuesto una restricción, y determinado depositar los ingresos financieros en cuentas del Banco Central de Bolivia, y, MENOS que YO la hubiere incumplido, conforme EQUÍVOCAMENTE señala la resolución ASFI 672/2012.

Lo que realmente existió fue, la carta SB/ISR II/D - 29535/2005 de 18 de abril del 2005, a través de la cual la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, instruyo, a la Ex Mutual Guapay, depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de Créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos. Por lo expuesto, demuestro **que NO incurrí en ningún cumplimiento a determinación alguna de la ASFI**, más aún, cuando la carta SB/ISR II/D - 29535/2005 de 18 de abril del 2005 de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, **NO determinó depositar los ingresos financieros de la Ex Mutual Guapay, en cuentas del Banco Central de Bolivia.** También es necesario resaltar, que aparte de que NO tenía ninguna responsabilidad respecto a efectuar depósitos en cuentas de Banco Central de Bolivia, en la ciudad de Cochabamba, **NO HABIAN OFICINAS DEL BANCO CENTRAL DE BOLIVIA.** Todo depósito al Banco Central de Bolivia, lo ordenaba la Oficina de Santa Cruz, Mediante traspaso vía Bancos, o depósitos en efectivo realizados por la oficina La Paz, razón, por la que además de no tener responsabilidad alguna sobre estos depósitos, humanamente y técnicamente, NO tenía posibilidad de hacer depósitos al Banco Central de Bolivia de ningún monto. Estos actos que DE MODO ALGUNO eran, ni debían ser de mi competencia, Etc., lo que demuestra que la resolución que ahora recorro, es INFUNDADA y AJENA AL ESPIRITU DE MI RECURSO, por ello, en realidad NO LO HA RESUELTO.

Para dar fe de mi afirmación precedente, basta que se considere los aspectos que resalto a continuación:

Al cargo "B2".- No se percata la autoridad reguladora, que de acuerdo a lo que expresan los estatutos de la ex Mutual Guapay, (ya desaparecida), no tenía una sucursal en la Ciudad de Cochabamba; no tenía un Balance de una sucursal, no manejaba la contabilidad, lo que en realidad tenía era solamente ventanillas de recaudación de

impuestos, que generaban transacciones que eran contabilizadas en Santa Cruz; por lo tanto en esas oficinas no se otorgaba ni cobraba créditos, no se recibía captaciones del público, no se autorizaba gastos, no se realizaba registros contables, Etc. y que a mi persona en mi condición de Supervisor de las VENTANAS DE RECAUDACIÓN COCHABAMBA, así se hubiera en el último año denominado a mi cargo "Gerencia Regional, tal como se puede evidenciar en el memorándum RR.HH O&M 032/2006 del 22 de agosto de 2006, que indica que ...Como parte del proceso de remodelación estructural, comunicamos a usted que a partir de la fecha, su cargo pasara a nominarse "Gerente Regional De Cochabamba, desempeñando las mismas funciones que le han sido asignadas y bajo la misma dependencia... como se puede apreciar solamente se trata de cambio de nombre del cargo; esta situación se también (sic) se puede evidenciar en el poder especial No. 742/2006, que se otorgó a mi favor, en fecha 17 de noviembre de 2006,que en su punto 5.2 dice:... otorgar nuevo poder especial para Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, Supervisor Regional de Tributos.... ", **JAMÁS se me otorgó la competencia para aprobar, otorgar créditos, cobrar créditos, hacer captaciones de depósitos, aprobar GASTOS, menos para decidir en que invertir los incrementos de captaciones o recuperación de cartera; estas tareas como correspondía, de acuerdo al Manual de Funciones de la Entidad y a los Estatutos de la Ex Mutual Guapay, siempre fueron APROBADOS, realizados y contabilizados, por los órganos pertinentes (ASAMBLEA, DIRECTORIO, GERENCIA GENERAL y GERENCIA DE OPERACIONES), en este sentido, NO es lógico que se me sancione por conductas que NO me son atribuibles.**

Al cargo "C".- No se percata, que los gastos que se me observan, FUERON instruidos por PERSONEROS SUPERIORES, y que no corresponden a disponer de incremento de captaciones ni recuperación de cartera, sino al uso de un mínimo porcentaje insignificante de las comisiones ganadas por los servicios realizados en las ventanillas de recaudación, en diferentes apertura das (sic) en diferentes partes, entre las que encontraban las ventanillas de recaudación de Cochabamba; **que en la gestión 2006, la ex Mutual registro ingreso por comisiones más de ocho millones de bolivianos**, tal como se puede ver en los estados financieros, (Estado de Resultados, cuenta 541.06 Comisiones por recaudaciones tributarias), y que la (sic) que son de conocimiento y están en poder de la ASFI, y que fueron publicados en la página correspondiente de la ex Superintendencia de Bancos ahora ASFI.. amen (sic), tampoco se VALORA que la carta SB/ISR IID-29535/2005 de 18 de abril de 2005, instruye a la Ex Mutual Guapay depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado boliviano, todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos... **Y QUE EN NINGUN MOMENTO EN ESA CARTA NI EN OTRA. INSTRUYE QUE HACER CON LAS COMISIONES POR SERVICIOS U OBSERVA EL INCREMENTO DE COMISIONES POR SERVICIOS QUE LA EX MUTUAL PERCIBIA, POR SERVICIOS QUE PRESTABA EN LAS VENTANILLAS DE RECAUDACION.** Tampoco VALORA DE NINGUN MODO MIS DESCARGOS AL RESPECTO, limitándose, con su escueta cita, SIN QUE ESTO SUPLA LA OBLIGACIÓN QUE ASISTÍA, DE EXPRESAR EL FUNDAMENTO DEL PORQUE SE ASUME SU PERTINENCIA O NO, O EL VALOR QUE SE LES OTORGA, Etc.

Además:

a) Nótese que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo GUAPAY, no se encuentra en funcionamiento, su licencia ha sido cancelada, Etc., entonces, como es posible que la resolución ASFI No. 672/2012, confirme totalmente la **resolución ASFI No 657/2011** por la que me siga castigando con una sanción, SUSPENDIENDOME DOS (2) AÑOS de mis FUNCIONES en ESA ENTIDAD, es decir, EN UNA QUE NO EXISTE, NI FUNCIONA? ESTO NO SOLO ES IMPOSIBLE, SINO QUE ES ILÓGICO, Y, POR ENDE CARECE ABSOLUTAMENTE DE VALIDEZ, ES DECIR, ADOLECE DE NULIDAD ABSOLUTA.

b) Nótese que las autoridades de la actual ASFI, ni siquiera se han tomado la molestia de percatarse, de que JAMÁS fui responsable de la aprobación de gastos, ni de su contabilización, es decir, jamás trabajé en la GERENCIA DE OPERACIONES, NI FUI GERENTE GENERAL, NI DIRECTOR, además de haber considerado superficialmente los dispuesto por la RESOLUCION MINNISTERIAL (sic) JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 062/2012, del 23 de octubre del 2012, se anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI No 189/2012 de 18 de mayo de 2012 inclusive.

Finalmente, es hasta de OBSERVAR la MALA FE apreciable en la Resolución ASFI No. 672/2012 de 29 de noviembre de 2.012, cuando en su página 24 se hace referencia a un proceso penal que me sigue el Interventor de la Mutual Guapay en Liquidación, pero NO se señala sobre qué versa, ni cuáles son sus antecedentes, ni su estado, sic, sic, porque NO se dice que mediante Requerimiento Fiscal de 21 de julio de 2.008, fui SOBRESEIDO de la ilícita acción penal seguida en mi contra por los supuestos delitos de Estafa y Uso de Instrumento Falsificado, que, si bien se REVOCÓ por Resolución del Fiscal de Distrito de 26 de noviembre de 2.008, dando lugar a que se me ACUSE formalmente por el supuesto delito de "extorsión", al presente y por Resolución del Juzgado 1º de Sentencia de Cochabamba 13 de diciembre de 2.012, se ha declarado la PRESCRIPCIÓN de tal indebida e injusta acción penal, con el consiguiente archivo de obrados y sin perjuicio de la Apelación Incidental opuesta por mis gratuitos detractores de tumo, ÚNICAMENTE MOTIVADOS por el simple hecho de que sigo DEFENDIENDOME de cargos que se me levantaron INJUSTAMENTE.

PETITORIO

En mérito a lo antes expuesto, pido que previo el trámite de rigor y la APERTURA de TÉRMINO DE PRUEBA, la autoridad competente se sirva pronunciar resolución a este Recurso Jerárquico, por el que se disponga la NULIDAD de la resolución recurrida, es decir, de la resolución ASFI No. 672/2.012 de 29 de noviembre de 2.012, que confirma totalmente la resolución Administrativa ASFI No 657/2011 del 08 de septiembre de 2011, con expresa instrucción de que se pronuncie una nueva conforme a derecho y siguiendo el procedimiento administrativo que corresponde en derecho..."

5. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota ASFI/DAJ/R-13607/2013 de fecha 28 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hace presente la documentación siguiente:

- Memorando RR.HH. O&M 032/2006 de 22 de agosto de 2006, por el que la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay", comunica al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, que:

*"...Como parte del proceso de remodelación estructural, comunicamos a usted que a partir de la fecha, su cargo pasará a nominarse **Gerente Regional Of. Cochabamba**, desempeñando las mismas funciones que le han sido asignadas y bajo la misma dependencia..."*

- Estatuto (adecuado) de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay", aprobado mediante Resolución Administrativa SB N° 121/95 de 20 de julio de 1995.
- Manual de evaluación y otorgación de créditos de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay", actualizado al mes de agosto de 2000.
- Balance general al 31 de diciembre de 2006, de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay".

Asimismo, mediante nota ASFI/DAJ/R-19723/2013 de fecha 7 de febrero de 2013, la Autoridad recurrida refiere que:

"...se ha procedido a la búsqueda del Testimonio de la Escritura Pública N° 742/2006 otorgada el 17 de noviembre de 2006 en favor del señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, el mismo que no cursa en los archivos de la ex Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay", como lo certifica la nota MGY/II/003/2013 de la Apoderada, Dra. Carolina Carrasco, así como la certificación del Ing. Miguel A. Ramírez C., Jefe de Archivo y Correspondencia de esta Autoridad de Supervisión..."

En fe de lo anterior, adjunta la nota MGY/II/003/2013 de 25 de enero de 2013, y la comunicación ASFI/JAC/R-19428/2013 de 6 de febrero de 2013.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Conforme consta del informe ISR II/D-12057/2007 de fecha 29 de marzo de 2007, emitido a consecuencia de una inspección especial efectuada por la entonces Superintendencia de

Bancos y Entidades Financieras a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay", se detectaron incumplimientos a la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, y a la normativa regulatoria emitida por el Ente Regulador.

Efecto de lo anterior, mediante nota SB/ISR II/D-9921/2007 de fecha 14 de marzo de 2007, se notificó con cargos a varios de sus directores y ejecutivos: en el caso del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, en su condición de Gerente Regional Cochabamba, se le imputaron las siguientes infracciones:

Cargo B.2:

Incumplimiento reiterado a las restricciones impuestas mediante nota SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, a través de la cual se instruyó a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay" depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano, todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos, inobservancia reflejada en la existencia de gastos por importes de Bs 132.862,04.- (CIENTO TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS 04/100 BOLIVIANOS) y Bs 20.280,36.- (VEINTE MIL DOSCIENTOS OCHENTA 36/100 BOLIVIANOS) en la sub cuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro, cuyas glosas señalan "*trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda*" y "*partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros*", respectivamente.

Cargo C.2:

Incumplimiento al artículo 74° de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, los que a su vez importan la inobservancia a las restricciones impuestas por el órgano de supervisión mediante nota SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, infracción reflejada en el registro de pagos contabilizados como "*Proyecto de Vivienda Social*" por un importe de Bs 295.353.- (DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES 00/100 BOLIVIANOS) cuya partida contempla gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.

Cargo D.3:

Incumplimiento a las obligaciones determinadas en el primer párrafo del artículo 28° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, aplicable a las Mutuales por disposición del artículo 69° de la misma Ley, al haberse detectado ausencia de documentación y antecedentes del producto final, que justifiquen y/o sustenten los desembolsos realizados con destino a "*trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda*" por un importe de Bs 132.862,04.- (CIENTO TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS 04/100 BOLIVIANOS), y a "*partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros*" por un importe de Bs 20.280,36.- (VEINTE MIL DOSCIENTOS OCHENTA 36/100 BOLIVIANOS).

A partir de allí y dentro de la lógica del proceso recursivo, se han sucedido los actos a continuación relacionados:

Primer proceso recursivo:

- **Notificación de Cargos:** nota SB/ISR II/D-9921/2007 de 14 de marzo de 2007, supra mencionada.
- **Notas de Descargos :**
 - **GOB-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007, presentada por directores, ejecutivos y empleados de la ex Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo “Guapay”, el señor RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI incluido.**
 - **Sin número de 23 de marzo de 2007, presentada por el señor RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI.**
- Resolución Administrativa -sancionatoria- SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007.
- Recurso de Revocatoria de 24 de abril de 2007, interpuesto por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI.**
- Resolución Administrativa -confirmatoria- ASFI No. 260/2011 de 4 de marzo de 2011.
- Recurso Jerárquico de 5 de abril de 2011, interpuesto por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI.**
- **Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2011 de 15 de agosto de 2011, que anula obrados hasta la Resolución Administrativa -sancionatoria- SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007.**

Segundo proceso recursivo:

- **Resolución Administrativa -sancionatoria- ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011.**
- **Recurso de Revocatoria de 6 de octubre de 2011, interpuesto por el señor RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI.**
- Resolución Administrativa -confirmatoria- ASFI N° 762/2011 de 4 de noviembre de 2011.
- Recurso Jerárquico de 25 de noviembre de 2011, interpuesto por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI.**
- **Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2012 de 9 de abril de 2012, que anula obrados hasta la Resolución Administrativa -confirmatoria- ASFI N° 762/2011 de 4 de noviembre de 2011.**

Tercer proceso recursivo:

- Resolución Administrativa -confirmatoria- ASFI N° 189/2012 de 18 de mayo de 2012.
- Recurso Jerárquico de 15 de junio de 2012, interpuesto por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI.**
- **Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 062/2012 de 23 de octubre de 2012, que anula obrados hasta la Resolución Administrativa -confirmatoria- ASFI N° 189/2012 de 18 de mayo de 2012.**

Cuarto proceso recursivo (actual): **Resolución Administrativa -confirmatoria- ASFI N° 672/2012 de 29 de noviembre de 2012, a la que corresponde el Recurso Jerárquico que por el presente se analiza.**

(Las negrillas corresponden a los actos y actuaciones que subsisten al presente, por efecto de las sucesivas nulidades).

En tal sentido, es pertinente dejar constancia que el Recurso Jerárquico, conforme se tiene transcrito, está referido a alegaciones de carácter general (*Omisión de trámite debido y*

pronunciamiento de Resolución Administrativa fundada, violación de derechos y garantías constitucionales, y mala fe apreciable en la resolución recurrida) opuestas contra la Resolución Administrativa ASFI N° 672/2012 de 29 de noviembre de 2012, contra los Cargos B.2 y C.2 en concreto, y contra determinado efecto de la sanción (*suspensión de dos años*).

El recurrente no ha manifestado ningún agravio contra el Cargo D.3 en concreto, por lo que ésta instancia jerárquica considera que no le irroga ningún perjuicio, sea en el fondo o sea en la sanción impuesta, postura que por sí sola basta, en lo que respecta a tal Cargo, para ahorrarse mayores consideraciones de orden jurídico.

Por consiguiente, no existiendo pretensión de la recurrente referida al Cargo D.3 (dando lugar a la inexistencia de fundamento concreto para la impugnación sobre el mismo, conforme consta en el Recurso Jerárquico), en observancia del artículo 58° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, que establece que los recursos deban presentarse de manera **fundada**, determina que, conforme al tenor del Recurso Jerárquico, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limite a la consideración de la impugnación de la Resolución Administrativa ASFI N° 672/2012 en su carácter general, y en particular a los Cargos B.2 y C.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. El debido proceso y el deber de pronunciar resolución fundamentada.-

Señala el Recurso jerárquico:

“...La falta de fundamentación y auto contradicción de la resolución ASFI No. 189/2012 (sic) de 18 de mayo de 2012, no sólo constituye una grave infracción a los Arts. 29-III, 43-1 y 50-III del reglamento de procedimientos para el SIREFI aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, y a los Arts. 17-1, 28, 52 y 65 de la Ley del Procedimiento Administrativo, sino que constituye una flagrante violación a mis derechos constitucionales, a la defensa y al proceso debido, tutelados por el Art. 115 de la CPE”.

En principio, en lo que hace a la “*auto contradicción*”, toda vez que es reiterativa con respecto a idéntico alegato del Recurso Jerárquico que fuera interpuesto contra la -anterior- Resolución Administrativa (confirmatoria) ASFI N° 189/2012 de 18 de mayo de 2012, determina que la suscrita Autoridad Jerárquica se ha pronunciado ya sobre la misma, conforme consta de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 062/2012 de 23 de octubre de 2012 (supra mencionada), siendo pertinente reproducir y -por tanto- ratificar, el fundamento respectivo, conforme sale a continuación:

“...la auto contradicción de la Resolución Administrativa ASFI N° 189/2012, alegada por el recurrente, su Recurso Jerárquico no aclara ni explica en qué consistiría la misma, en contravención al artículo 58° de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo) que señala que “Los recursos se presentarán de manera fundada”, extremo que la hace inatendible al presente al no detectarse, conforme se tiene del análisis ut supra, violación o transgresión que implique auto contradicción alguna...”

No ameritando por ello, mayor comentario al presente.

Por otra parte, se aclara que se consideran los restantes alegatos del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, en cuanto su Recurso los introduce en dos numerales:

- “1.- (...) su expreso OFRECIMIENTO DE PRUEBA...”, que la presente Resolución Ministerial Jerárquica analiza en el inmediato acápite 2.1.1 (*El derecho a la prueba*).
- “2.- (...) la resolución recurrida, en la medida en que NO VALORA DEBIDAMENTE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS DE MI PARTE...”, que la presente Resolución Ministerial Jerárquica analiza en el numeral 2.2 (*Derechos y garantías constitucionales*) infra, toda vez que la infracción al Derecho Constitucional que alega el recurrente, en su entender, habría operado precisamente, al habersele endilgado “asuntos que no eran” de su responsabilidad funcionaria, interrelacionando entre sí estos aspectos.

2.1.1. El derecho a la prueba como componente de la garantía del debido proceso.-

Señala el recurrente:

“...la resolución ASFI No. 672/2012, insiste y vuelve a incurrir en INFRACCIONES de normas expresas del reglamento aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003:

1.- Cuando los Arts. 30 y 50 del Reglamento aprobado por DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, señalan, que procede la apertura de término de PRUEBA en el trámite del RECURSO DE REVOCATORIA, solo nos queda confrontar mi RECURSO DE REVOCATORIA, para percatarnos de su expreso OFRECIMIENTO DE PRUEBA, **sin que JAMÁS se me hubiera hecho conocer, si mi prueba fue admitida o NO, o, SI SE ABRIO TERMINO PARA PROBAR o NO, sic, sic, DEJANDO SOLO LA POSIBILIDAD DE ARRIBAR A LA CONCLUSIÓN, DE QUE,SE ME DEJÓ EN ABSOLUTA INDEFENSIÓN, ES DECIR, SIN LA POSIBILIDAD DE PROBAR, DE ACREDITAR MIS DESCARGOS NO DOCUMENTALES o DE DIFERENTE MEDIO PROBATORIO...**”

En lo que hace al derecho a la prueba como componente de la garantía del debido proceso y toda vez que la suscrita Autoridad Jerárquica ha pronunciado sus fundamentos a lo mismo, conforme consta de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 062/2012 de 23 de octubre de 2012, amerita también reproducir lo señalado en la misma, en cuanto a:

“...2.1. Sobre la falta de fundamentación y deficiencias en el tratamiento de la prueba, (...)

...acusa la infracción de los artículos 29º, párrafo III, 30º y 50º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Conviene transcribir los artículos señalados:

“...Artículo 29.- **(Prueba)** (...)

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

Artículo 30.- **(Prueba en Recurso de Revocatoria)**

En los recursos de revocatoria, la producción de prueba se regirá de acuerdo al Artículo 50 del presente Reglamento (...)

Artículo 50.- **(Prueba)**

- I. El Superintendente Sectorial podrá disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte, cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso. Esta apertura deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles administrativos de interpuesto el recurso y el periodo de prueba no deberá exceder los cinco (5) días hábiles administrativos desde su apertura.
- II. Producida la prueba dentro de los cinco días, el Superintendente Sectorial resolverá el recurso en el plazo señalado a partir del vencimiento del plazo para la presentación de pruebas.
- III. En caso de que existiesen dos o más recurrentes, se pondrá a la vista de los mismos por cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir de su notificación, para que se conozca la prueba aportada y se presenten los alegatos dentro de dicho plazo. En este caso el plazo para resolver el recurso de revocatoria empieza a computarse a partir de la presentación de alegatos o al vencimiento del plazo para ello...”

Los artículos precitados, entonces, se refieren al trámite probatorio del proceso administrativo recursivo, en concreto al trámite en Recurso de Revocatoria, fundamentalmente el artículo 50º, aunque en su alcance principista le es también aplicable el parágrafo III del artículo 29º, también supra transcrito.

Ahora bien; el Recurso Jerárquico está referido a la sustanciación del Recurso de Revocatoria, en el que entonces y a decir de su presentante, no se habrían observado ni el criterio de valoración dispuesto por el artículo 29º, parágrafo III, ni las formalidades exigidas por el artículo 50º, ambos del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Corresponde entonces una primera conclusión: el alegato sobre “falta de fundamentación y auto contradicción (...)”, es por esencia, incongruente con su - único- justificativo referido al supuesto incumplimiento del procedimiento probatorio, por cuanto tales figuras (falta de fundamentación y auto contradicción en compulsa

con procedimiento probatorio) son divergentes, infiriéndose que lo que se quería decir era que, por efecto de alguna inobservancia al procedimiento probatorio previsto por el artículo 50° del Reglamento, se produjo las acusadas falta de fundamentación y auto contradicción (...)

2.1.1. De la producción de prueba.-

Conforme lo supra transcrito, el artículo 50° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, concretamente su parágrafo inicial (I), refiere que:

“...I. El Superintendente Sectorial podrá disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte, cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso...”

De tal declaración se deben extraer los elementos que se requieren para la procedencia de la producción de prueba:

- A quien **privativa y exclusivamente** le corresponde disponer la producción de pruebas, es a la autoridad reguladora, sea de oficio o a petición de parte.
- Para que tal disposición se produzca de oficio, **para la autoridad reguladora deben resultar insuficientes** -a efectos de resolver el recurso- **los elementos de juicio hasta entonces acumulados**.
- La disposición sobre la producción de pruebas **puede** -entonces **facultativamente**- también originarse en una solicitud de parte interesada.
- La disposición sobre la producción de pruebas, no constituye una etapa procesal por cuanto es alternativa: se produce sólo si la autoridad reguladora considera insuficientes los elementos de juicio hasta entonces acumulados; contrario sensu, si la autoridad reguladora no considera insuficientes los elementos de juicio, no hay lugar a disposición alguna, claro salvo la petición de oficio.

Ahora, si la disposición sobre la producción de prueba no constituye una etapa procesal, no está obligada la autoridad a disponerla, empero sí a atender favorablemente una solicitud en ese sentido, presentada por parte interesada (su rechazo la obliga a justificar fundadamente tal posición en observancia del artículo 16°, inciso h) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo).

Aplicados tales criterios al caso de autos, se evidencia que el ahora recurrente, señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, en oportunidad de su Recurso de Revocatoria de 6 de octubre de 2011, en concreto en la parte de su petitorio, ha solicitado en concreto que:

“...Bajo el amparo de los fundamentos antes expuestos y de acuerdo a las previsiones de los Arts. 19, 20, 36, 37, 38, 46, 47 y 48 del reglamento aprobado por

DS No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, y la Ley del Procedimiento Administrativo, se tenga por formalizado mi RECURSO DE REVOCATORIA, contra vuestro acto administrativo signado como RESOLUCION ASFI No. 657/2011, notificada al 15 de septiembre del año corriente y en consecuencia pido a vuestra autoridad: (...)

3.- **Vencido el término probatorio**, se sirva pasar la causa, más las pruebas producidas, a conocimiento de las partes interesadas para la presentación de alegatos;...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De tal declaración, no puede entenderse una solicitud de disposición sobre producción de prueba, que pueda atenderse implícitamente, sea favorable o negativamente, por parte del Ente Regulador, en los términos del artículo 16º, inciso h), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, ya que la petición debió ser clara y en su caso reiterada.

En definitiva, al no existir una solicitud de la parte sobre la apertura de término de prueba, sino una mención del procedimiento que el recurrente consideraba se aplicaba, no se encuentra violación directa por parte del Ente Regulador por dicha supuesta petición...”

Al presente además, debe tenerse en cuenta que, al haber sido la precitada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 062/2012 (en la que se encuentra consignado el fundamento anterior) de pleno conocimiento del recurrente -parte interesada-, así como la nulidad dispuesta “hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 189/2012 de 18 de mayo de 2012”, importó retrotraer los trámites hasta antes del pronunciamiento de la Resolución Administrativa que corresponde al Recurso de Revocatoria, entonces en plena sustanciación del mismo, por lo que le era oportuno al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, dar cumplimiento al artículo 50º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, sin que exista constancia alguna de que, pese a todo lo anterior, el recurrente hubiera hecho ejercicio de la facultad de pedir la apertura de un periodo de prueba, que a su decir era de su interés, y con ello subsanar de su parte, la falencia mencionada, por lo que el reclamo actual en ese sentido, resulta en infracción de la buena fe a la que se refiere el artículo 4º, inciso e), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo.

2.2. Derechos y garantías constitucionales.-

El recurrente acusa infracción a “mis derechos y garantías fundamentales, a la defensa y al proceso debido...”, acusando el que se le esté endilgando “ASUNTOS QUE NO ERAN DE MI RESPONSABILIDAD O SOBRE LOS CUALES NO TUVE, NI DEBÍA TENER NINGUNA INJERENCIA”.

Al respecto, no cabe duda del carácter fundamental que inviste los derechos y garantías mencionadas por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, conforme lo prescriben los siguientes artículos de la Constitución Política del Estado:

“...Artículo 115.

I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

II. El estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones (...)

Artículo 117.

I. Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada (...)

Artículo 119. (...)

II. Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa...”

Siendo pertinente hacer notar que, los artículos precitados corresponden al Capítulo de “Garantías jurisdiccionales”, es decir, aquellas que están referidas a “La potestad de conocer y fallar...” (Cabanellas en su *Diccionario*).

Así, se entiende por derecho de defensa, la “Facultad otorgada... en las actuaciones judiciales, para ejercitar, dentro de las mismas, las acciones y excepciones que, respectivamente, puedan corresponderles como actores o demandados...” (idem).

Por su parte, el debido proceso es la “Garantía constitucional que le asiste al administrado, de ser procesado ejerciendo sus derechos a la defensa, a ser oído, a producir prueba, a conseguir resoluciones fundamentadas y en sí a un proceso conforme a las leyes” (Principios de Derecho Administrativo, publicación de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros de este Ministerio).

Resulta entonces que, tanto la garantía del debido proceso administrativo como el derecho a la defensa, **hacen a figuras adjetivas, referidas a la acción, al derecho al procesamiento de los conflictos de relevancia, de las controversias sustanciales.**

Contrario sensu, aquello de estarse endilgando “asuntos que no eran de mi responsabilidad o sobre los cuales no tuve, ni debía tener ninguna injerencia”, **no hace a un derecho a la acción que pudiera alegarse de infringido, sino a las cuestiones sustanciales sobre las que deben recaer las adjetivas;** entonces, la controversia referida a la atribución ilegítima (endilgado) de responsabilidades, no hacen per se, ni a la garantía del debido proceso administrativo, ni al derecho a la defensa, determinando que no sea por ello que se pueda señalar la infracción a tales figuras, toda vez que estos agravios acusados, no tienen naturaleza procesal, extremo que queda ratificado cuando del Recurso Jerárquico se extraen los que resultan ser los fundamentos al objeto de la controversia:

- **Sobre las funciones del ahora recurrente:** “...solo fungía de SUPERVISOR de una Ventana de Recaudación...”
- **Sobre las transacciones que realizaba la oficina Cochabamba:** “...**NO es lógico que se me sancione por conductas** (aprobar, otorgar y cobrar créditos, captar depósitos, aprobar gastos, decidir el destino de los incrementos en las captaciones o de la recuperación de cartera) **que NO me son atribuibles. Cualquier transacción generada en oficina Cochabamba, era contabilizada en la oficina Santa Cruz...**”
- **Sobre los proyectos de vivienda:** “...Nunca existieron proyectos de vivienda, en la oficina de Cochabamba (...) se trato, fue dar un servicio de cobranza, para el Programa de Vivienda Social: (...) POR INSTRUCCIONES DE LA GERENCIA GENERAL Y LA GERENCIA DE OPERACIONES...”
- **Sobre la obligación de depositar las utilidades en el Banco Central de Bolivia:**

“...No tengo conocimiento que la ASFI, haya dispuesto una restricción, y determinado depositar los ingresos financieros en cuentas del Banco Central de Bolivia, y, MENOS que YO la hubiere incumplido (...)

*...la carta SB/ISR II/D - 29535/2005 de 18 de abril del 2005 de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, **NO determinó depositar los ingresos financieros de la Ex Mutual Guapay, en cuentas del Banco Central de Bolivia(...)***

*...en la ciudad de Cochabamba, **NO HABIAN OFICINAS DEL BANCO CENTRAL DE BOLIVIA**. Todo depósito al Banco Central de Bolivia, lo ordenaba la Oficina de Santa Cruz, Mediante traspaso vía Bancos, o depósitos en efectivo realizados por la oficina La Paz, razón, por la que además de no tener responsabilidad alguna sobre estos depósitos, humanamente y técnicamente, NO tenía posibilidad de hacer depósitos al Banco Central de Bolivia de ningún monto...”*

Como bien se establece de tales expresiones, **se corrobora el carácter sustantivo del conflicto que se conoce, determinando que con respecto a los alegatos adjetivos sobre “derechos y garantías fundamentales, a la defensa y al proceso debido”, acerca de “asuntos que no eran de mi responsabilidad o sobre los cuales no tuve, ni debía tener ninguna injerencia”, el Recurso resulte infundado.**

2.2.1. Los alegatos particulares a los Cargos.-

Antes de continuar, es pertinente aclarar que, el Recurso Jerárquico analizado no se rige por la lógica de acusar agravios que, en concreto, le estén causando al recurrente determinados Cargos (B-2 y C), sino que, al mencionar que “Para dar fe de mi afirmación precedente -se refiere a los argumentos supra citados-, basta que se considere los aspectos que resalto a continuación...”, pasando luego a desarrollar sus argumentos contra los Cargos B-2 y C, los refiere entonces, cual accesorios de los presupuestos generales ya señalados, se diría, en calidad de muestra.

Asimismo, en el entendido que los Cargos B-2 y C (en concreto, el C-2) tienen por común origen, el que pese a haberse ordenado, mediante nota SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, dirigida a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay", que la misma proceda a "depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano, todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos", se han registrado actos dispositivos de fondos incrementales, en el caso del Cargo B-2, "gastos (...) en la sub cuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro, cuyas glosas señalan "trámites judiciales de futuros prestatarios del Proyecto de Vivienda" y "partidas pendientes varios proyectos por avalúos y otros", y en cuanto al Cargo C-2, gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz.

Ambos extremos justifican el análisis y tratamiento conjunto de los alegatos, en específico referidos a tales cargos, en tanto los criterios utilizados en el Recurso Jerárquico, son por lo general, comunes a los dos.

2.2.1.1. La responsabilidad en cuanto al sujeto al que se le atribuye.-

Así, señala el recurrente:

*"...de acuerdo a lo que expresan los estatutos de la ex Mutual Guapay, (...), no tenía una sucursal en la Ciudad de Cochabamba; (...) lo que en realidad tenía era solamente ventanillas de recaudación de impuestos, que generaban transacciones que eran contabilizadas en Santa Cruz; por lo tanto en esas oficinas no se otorgaba ni cobraba créditos, no se recibía captaciones del público, no se autorizaba gastos, no se realizaba registros contables, Etc. y que a mi persona en mi condición de Supervisor de las VENTANAS DE RECAUDACIÓN COCHABAMBA, así se hubiera en el último año denominado a mi cargo "Gerencia Regional, tal como se puede evidenciar en el memorándum RR.HH O&M 032/2006 del 22 de agosto de 2006, (...) se trata de cambio de nombre del cargo; esta situación se también (sic) se puede evidenciar en el poder especial No. 742/2006, que se otorgó a mi favor, en fecha 17 de noviembre de 2006,... que en su punto 5.2 dice:... otorgar nuevo poder especial para Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, Supervisor Regional de Tributos...", (...) **NO es lógico que se me sancione por conductas que NO me son atribuibles...**"*

Contrariamente a ello, en cuanto al carácter objetivo de la infracción, en la lógica de la Entidad ahora recurrida, habiéndose demostrado la existencia de gastos en la sub cuenta Otras Partidas Pendientes de Cobro, quedaría demostrado el incumplimiento a las restricciones impuestas mediante la nota SB/ISR II/D-29535/2005.

Para ello, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero actúa en función de lo alegado en el Recurso de Revocatoria de 6 de octubre de 2011 y de las pruebas de descargo, concluyendo así, en líneas generales, en que "no se refieren ni contienen ningún elemento que tienda a justificar el incumplimiento de la entidad en relación a la restricción vigente".

Y en lo que se refiere al carácter subjetivo, "con relación a la responsabilidad personalísima que se le atribuye al señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi", la recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 672/2012 se remite a la Resolución Ministerial Jerárquica

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2012 de 9 de abril de 2012 (correspondiente al segundo proceso recursivo precitado), para transcribirla en lo pertinente, de la siguiente manera:

*"...Los antecedentes citados demuestran que para las ciudades de Cochabamba y Quillacollo, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay tenía una Oficina Regional que era manejada por un Gerente (cargo definido por Cabanellas en su Diccionario, como "Quien dirige, con arreglo a los estatutos o poderes otorgados, los negocios de una sociedad o empresa mercantil y lleva la firma de la entidad o establecimiento"), y que el señor **RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI** ocupó tal cargo, el que en definitiva era distinto que de Encargado o Responsable de las tres ventanillas de recaudación allí existentes, (...)*

Asimismo, consta que si bien la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay funcionaba, a momento del cese de sus funciones, únicamente con ventanillas de recaudación de tributos en las ciudades de Cochabamba y Quillacollo, preparaba la ampliación de sus servicios en aquellas ciudades, conforme consta de las declaraciones siguientes:

*"...si la Ex Mutual contaba, con la Logística adecuada para la prestación de servicios dentro del Programa de Vivienda Solidaria...", estrictamente se debe:.... A que **las oficinas (pequeñas ventanillas de recaudación)**, en La Paz **Cochabamba**; y en Montero, **fueron acondicionados, para recibir cantidades de solicitantes de créditos en el marco del PVS...**" (Fojas 139; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

"...Bajo el espectro descrito, aquellos gastos se destinaron a preparar carpetas de solicitantes de créditos y proyectos... en pos de que suscrito el contrato con el FONDESIF dentro del PVS, se pueda generar, en forma inmediata cartera para aquel programa (Fojas 138; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consiguientemente, tales proyectos superaban a las actividades propias de las ventanillas recaudación tributaria, y justificaban la existencia de la Gerencia Regional en el sentido jurídico que importa tal figura, cargo que en definitiva sí existió como que en su momento fue ejercido por el ahora recurrente (...)

Es menester hacer notar, que los Cargos B.2 y C.2 tiene su origen en Las restricciones impuestas a la Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay mediante nota SB/ISR II/D - 29535/2005 de 18 de abril de 2005, por la que se le instruyó depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano "todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos"

*Consiguientemente, las sanciones emergentes que se conocen en el proceso, no están referidas únicamente a la conducta de quien o quienes autorizaron gastos al margen de la restricción anotada, sino a quienes como en el caso del señor **RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI**, actuaron en inobservancia sancionable a la disposición de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, sin que necesariamente ello importe la autorización referida.*

Para el caso y conforme consta en la resolución recurrida, a fojas 183, el ente regulador ha señalado:

“...El argumento ya expresado (pag 17 inc. I) en la citada carta GOF-124/SG-121 referida a los gastos para el estudio y desarrollo de Proyectos Urbanísticos, con la participación del Director Jorge Antonio Núñez del Prado, en la autorización de valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de “El Paso” de la ciudad de Cochabamba, mediante nota de 24 de noviembre de 2006, dirigida al Gerente Regional de Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi, no enerva ni destruye el cargo notificado por que el registro de los pagos contabilizados como “Proyecto de Vivienda Social”, comprometen y agravan la responsabilidad del citado ex Gerente Regional de la Oficina Cochabamba, al haber actuado en contra de la restricción determinada.

Asimismo, la afirmación realizada por el ex Gerente Yuri Rodríguez Urquidi, conforme al cargo notificado, al decir: **“Bajo el espectro descrito, aquellos gastos se destinaron a preparar carpetas de solicitantes de créditos y proyectos... en pos de que suscrito el contrato con el FONDESIF dentro del PVS, se pueda generar en forma inmediata cartera para aquel programa....”**

Esta aseveración confirma que el señor Yuri Rodríguez Urquidi, ex Gerente de la Regional de la Mutual Guapay en la ciudad de Cochabamba, destinó a gastos los recursos que deberían ser remitidos al Banco Central de Bolivia, sin embargo, se utilizaron en preparar carpetas, esto quiere decir que utilizaron los recursos de la ex Mutual para un proyecto que no era propio de la entidad...”

Consiguientemente, queda claro que el recurrente ha imitado (sic) erradamente los efectos de la responsabilidad sancionada, cual si sólo fueran imposables a quienes dispusieron gastos al margen de la restricción impuestas, cuando las mismas, conforme lo sancionado, han recaído también al señor **RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI** por haber actuado en inobservancia a la misma, para lo que no necesariamente era necesaria la disposición de tales dineros.

Por consiguiente, el alegato del recurrente es inatendible y justifica la subsistencia de los Cargos en su contra (las negrillas y el subrayado es nuestro)...”

Después, la Resolución recurrida hace mención también a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 062/2012 de 23 de octubre de 2012 (correspondiente al tercer proceso recursivo precitado), señalando sobre ésta, lo siguiente:

“...en la Resolución Jerárquica se considera que el memorándum de designación del señor Rodríguez (RR.HH 032/2006 de 22 de agosto de 2006) resulta ser tan nominal, sin que en el curso del expediente se hubiera determinado los alcances del mismo. También hace referencia a la presentación del Poder 742/2006 a su favor como supervisor regional de tributos, aspectos que llevan a la instancia Jerárquica a presumir conforme el artículo 4º inciso e) del Procedimiento Administrativo, que el recurrente ha actuado de buena fe, no obstante, llama la atención que en cinco años anteriores a la notificación de cargos y las Resoluciones Jerárquicas que estos elementos de prueba no hayan sido de conocimiento del ente regulador. Es así que

la verdad formal sobre el nombramiento del señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi como Gerente Regional de la Oficina Cochabamba ha quedado establecida...”

Corresponde a su vez reproducir, con fines aclaratorios, lo que la Resolución Ministerial Jerárquica MPSF/VPSF/URJ-SIREFI 062/2012 de 23 de octubre de 2012, en concreto, ha dicho:

“...A tiempo de su Recurso Jerárquico, el recurrente **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** ha ofrecido y producido determinada prueba documental (...)

Así, el memorando RR.HH. O&M 032/2006 de 22 de agosto de 2006, por el que la **Asociación Mutua de Ahorro y Préstamo Guapay** comunica al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** que:

“...Como parte del proceso de remodelación estructural, comunicamos a usted que a partir de la fecha, su cargo pasará a nominarse **Gerente Regional Of. Cochabamba, desempeñando las mismas funciones que le han sido asignadas y bajo la misma dependencia...**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Declaración esta tan atípica, que en los actos administrativos del proceso que se conoce, han determinado la sanción del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** en mérito a considerársele el ejecutivo gerencial de la **Asociación Mutua de Ahorro y Préstamo Guapay** en la ciudad de Cochabamba, donde la misma ha desarrollado algunas de las actividades que después han determinado imputaciones en la Nota de Cargos, por cuanto y consecuentemente, han dado lugar a la presunción de que, si nada menos que Gerente Regional de la Oficina Cochabamba, entonces automáticamente el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** resulta responsable de las infracciones de los cargos.

Sin embargo, tal designación resultaría en algo nominal, sin que en el curso del expediente se hubiera determinado cuáles los reales alcances de ello, dado que, y allí radica lo atípico, al mismo tiempo de la designación, el memorando no asigna sino las mismas funciones anteriores, y hasta determina la vigencia de una dependencia existente, sin que se establezca cuál ella, empero evidentemente en duda sobre si existía conformada una Oficina Regional en Cochabamba.

Tal declaración, en interés del recurrente, se halla reforzada en otra (“nuevo poder especial para **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, Supervisor Regional de Tributos”) que sale del inserto acta N° 18 de la Reunión de Directorio de 16 de octubre de 2006, en el testimonio de poder N° 742/2006, notaria Dra. Teresa Jenny Flores de Baez, otorgado el 17 de noviembre de 2006 por la **Asociación Mutua de Ahorro y Préstamo Guapay** a favor del señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**.

Con respecto a este último, el suscrito Ministro no puede sino, aplicar el artículo 4º, inciso e) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, y presumir que el recurrente ha venido actuando de buena fe, no obstante llamar la atención que, en más de cinco años de trámites que han sucedido a la notificación de cargos SB/ISR II/D-9921/2007 y sopesando incluso dos anteriores nulidades de obrados

(Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 37/2011 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 17/2012), no sea sino recién al presente que venga acreditarse, a manera de prueba, tal testimonio de poder, determinando que no se hubieran puesto a disposición del Ente Regulador, los elementos de prueba precisos y suficientes, con los que el mismo pueda determinar en justicia lo que de tal prueba saliere.

No puede decirse lo mismo con respecto al memorando RR.HH. O&M 032/2006 de 22 de agosto de 2006, el mismo que, conforme a la nota ASFI/DAJ/R-97870/2012 de 10 de agosto de 2012, sí era conocido por el Ente Regulador con la suficiente anterioridad, habiéndoselo registrado en fecha 10 de octubre de 2006. Además, dado su atípico contenido, debió en su momento ameritar algún pronunciamiento por parte del mismo regulador, con las implicaciones que tendría en el presente proceso.

*De la trascendencia procesal de estos documentos, no es posible expresar mayor criterio, por cuanto, en las actuaciones del Ente Regulador que se conocen dentro del presente proceso, no consta que la información contenida en las literales precitadas, hubiera sido objeto de una investigación como la que refiere el artículo 4º, inciso 'd' (Principio de verdad material), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo; así lo que queda claro es que la verdad formal, aquella que desecha la norma administrativa, refiere que el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** ha sido designado Gerente Regional de la Oficina Cochabamba de la **Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Guapay**, empero se desconoce lo que en la verdad material de los hechos importaba tal designación dado no habérselo investigado.*

Con ello, en concreto con el memorando RR.HH. O&M 032/2006 de 22 de agosto de 2006, queda establecida la necesidad de determinar los alcances de la designación precitada, a los fines de establecer las responsabilidades emergentes de la misma, fundamentalmente en lo que atañe a la aprobación y manejo de los gastos sancionados..."

Entonces, no ha afirmado la suscrita Autoridad Jerárquica, que el memorándum RR.HH 032/2006 de 22 de agosto de 2006 resulte en algo "tan nominal", sino que la designación de "Gerente Regional Of. Cochabamba" que sale del mismo, "resultaría en algo nominal", dado lo atípico de que al tiempo, se disponga el desempeño de "las mismas funciones que le han sido asignadas y bajo la misma dependencia", por lo que la conclusión inequívoca determina que:

"...queda establecida la necesidad de determinar los alcances de la designación precitada, a los fines de establecer las responsabilidades emergentes de la misma, fundamentalmente en lo que atañe a la aprobación y manejo de los gastos sancionados..." (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 062/2012 de 23 de octubre de 2012).

En apariencia, resultaría inadmisibles que, habiendo establecido la suscrita Autoridad jerárquica en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 062/2012 de 23 de octubre de 2012, la necesidad de establecer los alcances de la designación, la Autoridad recurrida se esté remitiendo más bien, en la Resolución Administrativa ahora recurrida, simple

y llanamente a lo señalado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2012 de 9 de abril de 2012, dada la anterioridad de ésta última con respecto a la primera.

No obstante, las menciones que salen de la Resolución Administrativa ASFI N° 672/2012 de 29 de noviembre de 2012, resultan plenamente trascendentes, dado que la literal mencionada, también ha sido ofrecida y producida en esa misma calidad, por el mismo recurrente y **para los mismos fines**, dentro del Recurso Jerárquico que al presente se resuelve, por tanto, dándose aplicación ahora y de ésta manera, al artículo 29°, parágrafo III, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, rescatándose para ello lo señalado por el Ente recurrido, a tiempo de la misma Resolución Administrativa:

“...el recurrente nuevamente reitera los argumentos vertidos ante la notificación de cargos expuestos en la primera instancia, con la intención buscar la revocatoria de la Resolución Sancionatoria, reclamando que no se realizó la evaluación individual por parte de la Autoridad de Supervisión, aspecto subsanado completamente en la Resolución señalada ASFI N° 657/2011.

Asimismo, nuevamente se refiere al Directorio, como a órgano colegiado, manifestando que la responsabilidad puede ser solidaria, salvo manifestaciones disidentes etc., debiéndose ponderar la valoración en razón de la actuación de cada uno de los participantes. Al respecto, debe considerarse que el cargo que ocupó Ronald Yuri Rodríguez U., ha sido claramente individualizado en la Resolución referida en el párrafo precedente...”

Por consiguiente, sustanciado el Recurso de Revocatoria de 6 de octubre de 2011 por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, conforme lo han dispuesto las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2012 de 9 de abril de 2012, y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 062/2012 de 23 de octubre de 2012, corresponde ratificar las conclusiones de la primera de ellas, ahora por los fundamentos que siguen a continuación.

2.2.1.2. Existencia de la Gerencia de la Oficina Cochabamba y su ejercicio por parte del ahora recurrente.-

La Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo “Guapay” tuvo una Oficina Regional en el departamento de Cochabamba (ciudades de Cochabamba y Quillacollo) manejada por un Gerente, habiendo ocupado dicho cargo, el señor **RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI**; la evidencia de ello sale de:

- La nota GOB-124/SG-121 de 22 de marzo de 2007 (literal producida en la sustanciación del primer proceso recursivo), presentada por todos aquellos que, ejerciendo funciones en la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo “Guapay”, resultan involucrados en los incumplimientos que establece la notificación de cargos SB/ISR II/D-9921/2007 de 14 de marzo de 2007, el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** incluido entre ellos, quien al efecto firma como **“Gerente Regional Of. Cochabamba”**.

- La nota de fecha **23 de marzo de 2007** (literal producida en la sustanciación del primer proceso recursivo), presentada por el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, quien señala apersonarse como **“Gerente Regional de Cochabamba Mutual Guapay”**.
- El acta de la reunión extraordinaria del Directorio de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo “Guapay” de fecha 2 de abril de 2007 (literal producida en la sustanciación del segundo proceso recursivo), que refiere haberse convocado, en razón de haberse dispuesto la suspensión de sus funciones -entre otros-, **“del señor Gerente Regional Cochabamba, Sr. Yury Rodríguez”**, entonces como efecto de la sanción impuesta por la Resolución Administrativa SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007.
- La nota GOF-171/SG-09 de 4 de abril de 2007 (literal producida en la sustanciación del segundo proceso recursivo), mediante la cual, la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo “Guapay” envía al Ente Supervisor, su **“NUEVA NOMINA DE EJECUTIVOS Y DIRECTORIO”**, **“los cuales entraron en vigencia a partir del día 3 de abril de 2007”**, entonces como efecto de la sanción impuesta por la Resolución Administrativa SB N° 017/2007 de 30 de marzo de 2007, y que en lo que interesa, refiere:

“...Juan Carlos Cardona Torrico **Gerente Regional Cochabamba a.i. ...**”

- El certificado expedido por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo “Guapay” en fecha 18 de abril de 2007 (literal producida en la sustanciación del segundo proceso recursivo), y que señala:

“...Que, el Sr. **Ronald Yuri Rodriguez Urqui** (sic), con C.I. 2895555 CB, prestó sus servicios en nuestra Institución desde el 1 de octubre de 2002 hasta el 3 de Abril de 2007, desempeñando el cargo de **Gerente Regional Of. Cochabamba** a la fecha de retiro...”

- El reporte de *Historial completo del funcionario* (literal producida en la sustanciación del tercer proceso recursivo), expedido por el Ente Regulador según **lo registrado por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo “Guapay”**, y que en concretos señala:

“...Identificación Nombre		2895555CB RODRIGUEZ URQUIDI RONALD YURI (...)				Fecha Efectiva ABM
Tipo	Cargo	Fecha Reg.	Baja	Estado Baja	Observación	
Empleado	SUPERVISOR	1-Apr-2006	0		ALTA	1-Oct-2002
Empleado	SUPERVISOR	7-Apr-2006	0		MODIFICACION	7-Apr-2006
Ejecutivo	GERENTE REGIONAL	10-Oct-2006	0		MODIFICACION	10-Oct-2006
Ejecutivo		3-May-2007	111	Def.	BAJA: Suspensión según resolución SB 017/2007 del 30-03-2007, en consecuencia se procedió al retiro	2-Apr-2007

...”

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

En tal sentido, las actividades ejecutivas -sobre cuya evidente existencia se concluye en los acápites siguientes- y no meramente administrativas, que se realizaban al interior de la Oficina Cochabamba de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay", justifican la existencia de una Gerencia Regional en el sentido jurídico que importa tal figura ("*Quien dirige, con arreglo a los estatutos o poderes otorgados, los negocios de una sociedad o empresa mercantil y lleva la firma de la entidad o establecimiento*"), **cargo que en definitiva sí existió, como que en su momento fue ejercido por el recurrente.**

2.2.1.3. Ejercicio de funciones ejecutivas desde la Gerencia de la Oficina Cochabamba.-

Si bien la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay" operaba, a tiempo del cese de sus funciones, únicamente con ventanillas de recaudación de tributos en las ciudades de Cochabamba y Quillacollo, preparaba la ampliación de sus servicios en aquellas ciudades, conforme consta de la siguiente declaración que sale del memorial de Recurso de Revocatoria de fecha 6 de octubre de 2011 (correspondiente al segundo proceso recursivo):

"...si la Ex Mutual contaba, con la Logística adecuada para la prestación de servicios dentro del Programa de Vivienda Solidaria...", estrictamente se debe:.... A que **las oficinas (pequeñas ventanillas de recaudación)**, en La Paz **Cochabamba**; y en Montero, **fueron acondicionados, para recibir cantidades de solicitantes de créditos en el marco del PVS (...)**

...Bajo el espectro descrito, aquellos gastos se destinaron a preparar carpetas de solicitantes de créditos y proyectos... en pos de que suscrito el contrato con el FONDESIF dentro del PVS, se pueda generar, en forma inmediata cartera para aquel programa..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el mismo sentido y con la advertencia de tratarse de un actuado anulado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2011 de 9 de abril de 2012, se rescata la base objetiva de la Resolución Administrativa ASFI N° 762/2011 de 4 de noviembre de 2011 (correspondiente al segundo proceso recursivo), que señala la existencia de:

*"...la autorización de valuaciones de las propiedades ubicadas en la localidad de "El Paso" de la ciudad de Cochabamba, mediante **nota de 24 de noviembre de 2006, dirigida al Gerente Regional de Cochabamba señor Yuri Rodríguez Urquidi, (...)** el registro de los pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social", **comprometen y agravan la responsabilidad del citado ex Gerente Regional de la Oficina Cochabamba, al haber actuado en contra de la restricción determinada..."*** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Estas aseveraciones y la documental producida, demuestran que el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, en el ejercicio del cargo de Gerente Regional de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay" en su Oficina Cochabamba, dispuso recursos que, de acuerdo a la restricción, debieron ser remitidos al Banco Central de Bolivia, cuando en lugar de ello, los utilizó en la preparación de carpetas del Proyecto de Vivienda Social, lo que

además de importar haber usado recursos para un proyecto que no era propio de la entidad, **supera las actividades propias de unas ventanillas de recaudación tributaria.**

2.2.1.4. Responsabilidad por los gastos dispuestos.-

Conforme consta del expediente el recurrente **RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI** es responsable de haber dispuesto gastos al margen de la restricción impuesta, lo cual se evidencia de la inspección especial llevada a cabo a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "Guapay" entre fechas 22 de enero al 2 de febrero de 2007, cuyos resultados salen en el informe SB/ISR II/D-7137/2007 de 28 de febrero de 2007 (literal producida en la sustanciación del primer proceso recursivo), y que señala haberse realizado:

"...sobre la base de la documentación e información proporcionada, las declaraciones que se requirieron de los funcionarios de la Mutual y la documentación revisada existente en los archivos de esta Superintendencia,..."

El acápite 3.8 del precitado informe, señala que:

"...Se registran pagos contabilizados como "Proyecto de Vivienda Social por un importe de Bs295.353, cuyo reconocimiento como gastos está siendo diferido en 48 meses, quedando un saldo por amortizar al 31.12.2006 de Bs287.326 equivalentes a \$us. 36.233. Dicha partida, de acuerdo con los comprobantes contables, contempla diversos gastos para el desarrollo de proyectos habitacionales en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, según se detalla en Anexo RO-4 adjunto al presente informe.

La apropiación contable de estos desembolsos no corresponde por tratarse de operaciones no permitidas a entidades de intermediación financiera, incumpliendo el Art. 74 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras y la Resolución SB 13/96 del 5 de febrero de 1997, además de la restricción operativa dispuesta mediante carta SB/ISNB D-29535/2005 del 18 de abril de 2005.

Los desembolsos fueron autorizados, en la Oficina de Santa Cruz por el Gerente General Ing. Alberto Alarcon Pessoa, la Gerente de Operaciones y Finanzas Lic. Shirley Garron Arias y el Gerente de Créditos Alberto Bacherer Soliz; en la ciudad de La Paz, por el Gerente Nacional de Recaudaciones y Servicios Lic. Julio Marín Durán y **en la ciudad de Cochabamba por el Gerente Regional Lic. Yuri Rodríguez Urquidi...**" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, de la revisión de su precitado anexo RO-4, se establecen los extremos siguientes:

"...CARGOS DIFERIDOS PROYECTO DE VIVIENDA SOCIAL (...)

FECHA	DETALLE	CONCEPTO SEGÚN COMPROBANTE Y MAYOR	RESPONSABLE DE LA AUTORIZACIÓN	(...)
(...)				
28-Dic-06	PVS Cbba.	Anteproyecto urbanización Achumani en El Paso	Yuri Rodríguez, Jorge Nuñez del Prado, Julio Marín	(...)
(...)				

29-Dic-06	PVS	Presentación plan de vivienda social, refrigerio a participantes	Yuri Rodriguez	(...)
-----------	-----	---	-----------------------	-------

(...)"

(Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2.2.1.5. Responsabilidad por inobservancia a la restricción.-

Sin perjuicio de lo anterior, y toda vez que el recurrente limita los efectos de las responsabilidades sancionadas, cual si **sólo fueran imponibles a quienes dispusieron** el gasto al margen de la restricción impuesta, es pertinente ahora establecer si los efectos de tales responsabilidades recaen, más bien, por simple inobservancia a la restricción.

En tal sentido, el Recurso Jerárquico, cuando se refiere al cargo C, señala que:

"...los gastos que se me observan, FUERON instruidos por PERSONEROS SUPERIORES - con la misma intención, el alegato que sale en el inciso 'b' de la parte final del Recurso Jerárquico-, y que no corresponden a disponer de incremento de captaciones ni recuperación de cartera, sino al uso de un mínimo porcentaje insignificante de las comisiones ganadas por los servicios realizados en las ventanillas de recaudación, en diferentes apertura das (sic)..."

*(...) la carta SB/ISR IID-29535/2005 de 18 de abril de 2005, instruye a la Ex Mutual Guapay depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado boliviano, todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y la recuperación de otros activos... **Y QUE EN NINGUN MOMENTO EN ESA CARTA NI EN OTRA, INSTRUYE QUE HACER CON LAS COMISIONES POR SERVICIOS U OBSERVA EL INCREMENTO DE COMISIONES POR SERVICIOS QUE LA EX MUTUAL PERCIBIA, POR SERVICIOS QUE PRESTABA EN LAS VENTANILLAS DE RECAUDACION...**"*

Tal expresión sugeriría que, la comisión de la infracción no es atribuible al señor **RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI**, al no resultar él un "personero superior"; no obstante, la prueba supra relacionada, determina la calidad de ejecutivo, dentro de la entidad en la que prestaba sus servicios, que el ahora recurrente tenía.

Asimismo, se debe tener en cuenta que las infracciones en concreto, si bien manifiestas en "la existencia de gastos" (Cargo B-2), y en "el registro de pagos" (Cargo C-2), en ambos casos corresponden a la inobservancia a las restricciones impuestas por el Órgano de Supervisión mediante nota SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005, sentido en el cual han sido imputados los Cargos e impuestas las sanciones.

De lo anterior, corresponde concluir que, a efectos de las responsabilidades por las cuales se ha sancionado, no hacen a la subsunción de la infracción la disposición de dineros, sino, el haber actuado en inobservancia a la restricción, implicando que dicha responsabilidad

recaiga también en la persona del señor **RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI**, conforme consta de la prueba supra mencionada.

Para ello, se deja constancia que, originándose los Cargo B-2 y C-2 en las restricciones impuestas mediante la nota SB/ISR II/D -29535/2005, entonces, las sanciones emergentes que se conocen en el proceso, no están referidas únicamente a la conducta de quien o quienes autorizaron gastos al margen de la restricción anotada, **sino también, a quienes como en el caso del señor RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI, actuaron en inobservancia sancionable a la disposición de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.**

2.2.1.6. La comisión por percepción de tributos y la recuperación de otros activos.-

Por otra parte y toda vez que el incumplimiento a las restricciones impuestas, tiene que ver con:

*“...depositar en el Banco Central de Bolivia o invertir en valores emitidos por el Estado Boliviano, todo incremento de captación, así como de los recursos provenientes de la recuperación de créditos, tanto por concepto de capital, de intereses y **la recuperación de otros activos**”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, la referencia del Recurso en sentido que los gastos realizados, *“no corresponden a disponer de incremento de captaciones ni recuperación de cartera, sino al uso de un mínimo porcentaje insignificante de las comisiones ganadas por los servicios realizados en las ventanillas de recaudación”*, conlleva la sugerente omisión a la *“recuperación de otros activos”* a la que corresponde la comisión por los servicios de cobro de impuestos (ventanillas de recaudación).

Para concluir en ello, resulta pertinente rescatar la definición de *comisión* que realiza el diccionario: *“Porcentaje que percibe un agente sobre el producto de una venta o negocio”*, importando entonces dos momentos temporalmente distintos: primero, el negocio, de cuyas resultas surge un producto, y posteriormente la percepción del porcentaje sobre tal producto.

En particular, en materia de recaudación tributaria por parte de terceros, tal orden no puede ser invertido, por cuanto, la cuantía de tal recaudación (producto) no puede ser conocida con anticipación, de manera tal que, la cuantificación del porcentaje resulta necesariamente posterior al negocio (la recaudación).

Toda vez que el concepto *activo* importa el conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario, que son propiedad de la entidad y que se reflejan en su contabilidad; profundizando en su carácter activo, se tiene que:

*“...Los estados financieros elaborados sobre la base de acumulación o del devengo contable, informan a los usuarios no sólo de las transacciones pasadas que suponen cobros o pagos de dinero, sino también de **las obligaciones de pago en el futuro y de los recursos que representan efectivo a cobrar en el futuro...**”* (Base de acumulación (o devengo), en Marco conceptual para la presentación y preparación de los

Estados Financieros, Colegio de Auditores de Bolivia; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, el cobro de la comisión por el servicio de percepción de tributos, sea que se los entienda en su integridad o en un "porcentaje insignificante", constituye una recuperación de -otros- activos, y que como tales, se encuentran comprendidos, en cuanto a su disposición, en las restricciones impuestas por el Órgano de Supervisión, mediante nota SB/ISR II/D-29535/2005 de 18 de abril de 2005.

En tal sentido, la mención en el Recurso, de que "en la gestión 2006, la ex Mutual registró ingreso por comisiones más de ocho millones de bolivianos, tal como se puede ver en los estados financieros, (Estado de Resultados, cuenta 541.06 Comisiones por recaudaciones tributarias), y que la (sic) que son de conocimiento y están en poder de la ASFI, y que fueron publicados en la página correspondiente de la ex Superintendencia de Bancos ahora ASFI", y la prueba ofrecida y producida a este respecto ("Estatuto de la ASOCIACION MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO GUAPAY (MUTUAL GUAPAY), de sus Manuales de Evaluación y Otorgación de Créditos y de sus Estados Financieros correspondientes a la gestión 2.006, en especial el Estado de Resultados, cuenta 541.06, Comisiones por recaudaciones Tributarias"), no desvirtúan la ocurrencia del Cargo y más bien, lo justifican y dan razón a la sanción.

2.2.1.7. Valoración de la prueba.-

Alega también el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, que la Resolución Administrativa recurrida:

"...Tampoco VALORA DE NINGUN MODO MIS DESCARGOS AL RESPECTO, limitándose, con su escueta cita, SIN QUE ESTO SUPLA LA OBLIGACIÓN QUE ASISTÍA, DE EXPRESAR EL FUNDAMENTO DEL PORQUE SE ASUME SU PERTINENCIA O NO, O EL VALOR QUE SE LES OTORGA..."

No obstante, de la revisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 672/2012 de 29 de noviembre de 2012 (supra relacionada y transcrita, fundamentalmente en lo que atañe a este punto en concreto), se tiene que la misma ha reservado dos apartados íntegros, en los cuales y conforme a sus rótulos, ha desarrollado su "**VALORACIÓN DE LA PRUEBAS (sic) CON RELACIÓN AL CARGO C.2**" y "**VALORACIÓN DE LA PRUEBAS (sic) CON RELACIÓN AL CARGO B.2**", presentados, en ambos casos, bajo la forma de cuadros ejecutivos, en cuatro columnas, a las que corresponden las referencias:

"(...)

Nº	PRUEBA OFRECIDA EN RELACIÓN AL CARGO NOTIFICADO	ACCIÓN ESPECÍFICA	<u>EVALUACIÓN DE LAS PRUEBAS</u>
1	(...)"

(El subrayado es inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces y contrariamente a lo señalado por el recurrente, la Resolución Administrativa ASFI N° 672/2012 ha valorado sus descargos, sin que sea verdad aquello que se hubiera limitado a una "escueta cita", por cuanto esa cita en concreto, se halla distribuida en las columnas "**PRUEBA OFRECIDA EN RELACIÓN AL CARGO NOTIFICADO**" y "**ACCIÓN ESPECÍFICA**", mientras que la valoración mal extrañada, se encuentra justamente, en la columna "**EVALUACIÓN DE LAS PRUEBAS**".

Se infiere que la forma general que ha adoptado en Ente Regulador para presentar éstas valoraciones, responde a evitar nulidades, que en su momento fueron señaladas por la suscrita Autoridad Jerárquica.

En todo caso, señalar que el contenido de tales cuadros resulta escueto, corresponde a una posición subjetiva que, aún resultara objetivamente evidente, debe tener en cuenta lo señalado en la Sentencia Constitucional 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010, que establece que la fundamentación de una resolución no necesariamente tiene que ser extensa, sino contener una exposición concisa y razonable y que permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron a tomar la decisión, determinando que la supra mencionada Resolución Administrativa ASFI N° 672/2012 de 29 de noviembre de 2012, se encuentra debidamente fundamentada en cuanto a la valoración de la prueba aportada por el recurrente.

2.3. Acerca de la sanción de suspensión de funciones en relación a una entidad desaparecida.-

Señala también el señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI**, en su Recurso, que:

*"...la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo GUAPAY, no se encuentra en funcionamiento, su licencia ha sido cancelada, Etc., entonces, como es posible que la resolución ASFI No. 672/2012, confirme totalmente la **resolución ASFI No 657/2011** por la que me siga castigando con una sanción, SUSPENDIENDOME DOS (2) AÑOS de mis FUNCIONES en ESA ENTIDAD, es decir, EN UNA QUE NO EXISTE, NI FUNCIONA? ESTO NO SOLO ES IMPOSIBLE, SINO QUE ES ILÓGICO, Y, POR ENDE CARECE ABSOLUTAMENTE DE VALIDEZ, ES DECIR, ADOLECE DE NULIDAD ABSOLUTA..."*

Es menester traer a colación lo dispuesto por el artículo 37° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, cuando señala:

*"...Artículo 37.- (**Procedencia**).*

*Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, que tengan alcance general o particular que, a criterio del sujeto regulado o interesado, **afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos...**"* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En tal sentido, no se observa en lo expresado por el recurrente, alegato o justificativo alguno que importe que la aparente disposición de una sanción de suspensión con respecto a una entidad desaparecida, le vaya a ocasionar afectación, lesión o perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

No obstante ello y toda vez que el párrafo II del artículo 35° de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo) establece que *“las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley”*, lo que compele al suscrito Ministro a la expresa resolución de la nulidad acusada, se debe remitir al inciso ‘b’ , párrafo I del mismo artículo 35°, el que a la letra señala:

“...ARTÍCULO 35°. (Nulidad del Acto).

II. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:

b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;...”

De ello resulta que en apariencia, el objeto de la sanción impuesta al señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** por el Ente Regulador en la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, esta es la *“suspensión temporal de sus funciones por el lapso de dos años”*, es nulo por su imposibilidad actual de ser cumplida, disposición que en su momento fue cumplida.

No obstante, la misma Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011, a fojas 126, ha señalado:

*“...la Dirección de Supervisión de Riesgos II mediante Informe Técnico-Legal ASFI/DSR II/R-93663/2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, recomienda la aplicación de sanciones al señor Yuri Rodríguez Urquidí por las infracciones evidenciadas considerando el principio general de derecho Non Bis In Idem en atención a que como emergencia de la Resolución Sancionatoria SB N° 017/2007 y **por el carácter devolutivo** de los recursos interpuestos contra este Acto Administrativo, el señor Yuri Rodríguez comenzó a cumplir la sanción impuesta mediante dicha Resolución...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Extremo por el que se hace innecesario entrar en mayores consideraciones para concluir en el carácter injustificado de la nulidad invocada.

2.4. Mención a la existencia de un proceso de naturaleza penal.-

El señor **RONALD YURI RODRÍGUEZ URQUIDI** hace notar también:

“...la MALA FE apreciable en la Resolución ASFI No. 672/2012 de 29 de noviembre de 2.012, cuando en su página 24 se hace referencia a un proceso penal que me sigue el Interventor de la Mutual Guapay en Liquidación, pero NO se señala sobre qué versa, ni cuáles son sus antecedentes, ni su estado, sic, sic, porque NO se dice que mediante Requerimiento Fiscal de 21 de julio de 2.008, fui SOBRESEIDO de la ilícita acción penal seguida en mi contra por los supuestos delitos de Estafa y Uso de

Instrumento Falsificado, que, si bien se REVOCÓ por Resolución del Fiscal de Distrito de 26 de noviembre de 2.008, dando lugar a que se me ACUSE formalmente por el supuesto delito de “extorsión”, al presente y por Resolución del Juzgado 1º de Sentencia de Cochabamba 13 de diciembre de 2.012, se ha declarado la PRESCRIPCIÓN de tal indebida e injusta acción penal, con el consiguiente archivo de obrados y sin perjuicio de la Apelación Incidental opuesta por mis gratuitos detractores de turno, ÚNICAMENTE MOTIVADOS por el simple hecho de que sigo DEFENDIENDOME de cargos que se me levantaron INJUSTAMENTE...”

Tal expresión tiene que ver con lo mencionado en la recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 672/2012 de 29 de noviembre de 2012, en sentido que:

“...para reflejar el carácter y la conducta demostrada por el señor Ronald Yuri Rodríguez Urquidi, es pertinente hacer mención al proceso penal instaurado en su contra en la ciudad de Cochabamba por el Interventor de la ex Mutual Guapay -En Liquidación-, precisamente por las responsabilidades que le corresponden en ese ámbito jurisdiccional en su condición de ex Gerente Regional de Mutual Guapay Oficina Cochabamba, proceso dentro del cual ya existe una acusación formal por parte del Ministerio Público, así como el señalamiento de fecha de audiencia para el juicio oral...”

Ahora, en los términos señalados por el recurrente, lo expresado por la Autoridad recurrida resultaría inadmisibles, no obstante que en el expediente no cursa elemento de prueba alguna, ni a la fundamentación de la recurrida, que sirva para establecer una posición concreta al respecto, para determinar lo que corresponda en cuanto a la conducta de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

En todo caso, corresponde establecer que el extremo mencionado en el Recurso, al no estar referido a la efectiva ocurrencia de los Cargos impuestos o a la procedencia de los descargos, sino a una cuestión circunstancial propia de una materia (la penal) que no debe influir en la decisión administrativa dada su naturaleza distinta, no trasciende ni influye en la determinación del suscrito que a continuación sigue.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, párrafo I, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la Resolución impugnada en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 672/2012 de 29 de noviembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 657/2011 de 8 de septiembre de 2011, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO
“EL PROGRESO”

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 675/2012 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 023/2013 DE 03 DE MAYO DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 023/2013

La Paz, 03 de Mayo de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 530/2011 de 12 de octubre de 2012 (subsanada a N° 530/2012 por la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012), ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho Órgano de Fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 022/2013 de 27 de marzo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 052/2013 de 05 de abril de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, mediante memorial de fecha 20 de diciembre de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, representada al efecto por el abogado Armando Herrera Huarachi, en mérito al Testimonio de Poder N° 890/2012, otorgado en fecha 25 de octubre de 2012 por ante Notaría de Fe Pública N° 5 del Distrito Judicial de Oruro, a cargo

del Dr. Max Rolando Terceros Balladares, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 530/2011 de 12 de octubre de 2012 (subsanaada a N° 530/2012).

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-171015/2012, con fecha de recepción 26 de diciembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 31 de diciembre de 2012, notificado en fecha 3 de enero de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-11935/2013 de 24 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero adjuntó la documentación complementaria que le fuera requerida por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 009/2013 de 21 de enero de 2013.

Que, por auto de fecha 27 de febrero de 2013, se acepta la excusa presentada por el licenciado Nelson Alfredo Hochkofler Patty para el conocimiento del Recurso interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, y se designa a la licenciada Wendy Gonzales Vera para que asuma las responsabilidades del primero nombrado.

Que, en fecha 5 de marzo de 2013, se llevó a efecto la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme fuera solicitada por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** en su memorial de 14 de febrero de 2013.

Que, por memorial presentado en fecha 8 de marzo de 2013, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** adjuntó mayor literal complementaria.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 035/2012 DE 11 DE JUNIO DE 2012.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 035/2012 de 11 de junio de 2012, se resolvió lo siguiente:

*"...**ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia y en su lugar, expedirse la nota de cargos extrañada, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica..."*

2. ANTECEDENTES.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve “Rechazar la solicitud de la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO EL PROGRESO**” de fecha 8 de noviembre de 2011, referida a “emitir resolución motivada y fundamentada referida a la multa impuesta por presunto incumplimiento de encaje legal”, Resolución Administrativa contra la que el 13 de diciembre de 2011, tal entidad financiera, interpusiera Recurso de Revocatoria, misma que fue confirmada totalmente por la Resolución Administrativa ASFI N° 006/2012 de 12 de enero de 2012, procediendo la entidad recurrente a la interposición del Recurso Jerárquico en fecha 27 de enero de 2012.

Corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, pronunció la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 035/2012 de 11 de junio de 2012, por la que anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011, con los siguientes fundamentos:

“...2. INFRACCIÓN A LA NORMATIVA REFERIDA A LA CONSTITUCIÓN DEL ENCAJE LEGAL REQUERIDO.-

La **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** argumenta en su recurso, que tanto la Resolución Administrativa ASFI N° 456/2011 como la nota Circular ASFI 071/2011, en lo referido a que el importe promedio de Encaje Legal requerido en efectivo para moneda extranjera en Fondos en Custodia, debe ser constituido “en montos proporcionales a todas las monedas extranjeras que mantenga la entidad financiera” determinando la deficiencia en la constitución del 40% de encaje en efectivo en moneda extranjera en fondos de custodia, ha adquirido vigencia a partir de la fecha de tal Resolución, entonces recién **desde el 30 de mayo de 2011**.

Consiguientemente y a su entender, no puede existir multa por el presunto incumplimiento anterior a la vigencia de esa normativa, en razón a que los periodos sancionados son los comprendidos entre el **4 de abril de 2011 al 25 de abril de 2011**, y **del 18 de abril de 2011 al 9 de mayo de 2011**.

No obstante, si bien la norma señalada por la recurrente (Resolución Administrativa ASFI N° 456/2011) fue emitida con posterioridad a los periodos observados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no es aquella en cuya virtud se impuso la multa a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, sino por la Resolución Administrativa ASFI N° 039/2011 de **25 de enero de 2011**, circularizada mediante la nota ASFI/063/2011 de la misma fecha.

Efectivamente, conforme a las disposiciones de la Resolución Administrativa ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, notificada a las diversas entidades financieras bancarias y no bancarias mediante la nota CIRCULAR/ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011, la redacción del Reglamento de Control de Encaje Legal (Capítulo II, Título IX

de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) ha sido modificado a la siguiente:

"...SECCIÓN 3: CÓMPUTO DEL ENCAJE LEGAL

Artículo 1º - Encaje legal en efectivo y en títulos.- Las entidades de intermediación financiera depositarán en las cuentas habilitadas en el Instituto Emisor o en bancos autorizados para este fin por el Banco Central de Bolivia, los montos de encaje requerido a efectos de integrar el encaje legal constituido (...)

Las entidades financieras no bancarias deberán contabilizar dichos depósitos en la siguiente subcuenta:

112.05 Cuenta encaje – Entidades no Bancarias...

Esta disposición es aplicable únicamente en las monedas nacional y extranjera (...)

Artículo 2º - Fondos en Custodia.- (...)

...Asimismo, las entidades financieras deberán mantener el 40% de los saldos de su requerimiento de encaje legal requerido en efectivo en moneda extranjera, en su cuenta caja, contabilizados en la subcuenta 111.01 "Billetes y monedas". El excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje. La deficiencia global en Fondos de Custodia en moneda extranjera no podrá ser compensada con excedentes de encaje en cuentas del BCB o encaje en títulos..."

Por otra parte, la documentación aparejada al expediente permite inferir que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, si bien realizó un depósito en el Banco Central de Bolivia por concepto de encaje legal, el monto del mismo resultaba deficitario en relación a lo establecido por el artículo 2º, Sección 3º, Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, determinando el incumplimiento al haber entrado en vigencia a partir de fecha **4 de abril de 2011** para entidades no bancarias

A este respecto, el ente regulador mediante nota ASFI/DSR II/R-52430/2011 de 23 de mayo de 2011 -parte pertinente transcrita en el acápite de antecedentes supra-, hizo presente a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** la existencia de la deficiencia respecto al encaje requerido, disponiendo la remisión de un "informe sobre las causas que generaron dichas deficiencias, además de señalar las medidas adoptadas... para subsanar la deficiencia recurrente..."

En atención a ello, la ahora recurrente en su nota E.P. 52/2011 de 28 de mayo de 2011, reconoce y admite el incumplimiento al señalar que:

"...Las deficiencias en los periodos citados se deben a que la Circular ASFI/063/2011 no fue interpretada completamente porque parecía que más se refería al incremento del porcentaje de encaje requerido en efectivo y señala que elimina el texto anterior, por lo que no se advirtió el punto 4 referente a tener

el 40% en bóveda propia. Por esta razón y teniendo La Mutual en esas fechas, suficiente cantidad de liquidez el Encaje Legal en el BCB y que ese mismo periodo se envió aún más Encaje, no se pensó en tener el dinero físicamente en bóveda propia de la Mutual, con riesgo de disminuir rentabilidad y pérdida por robo...”

Consiguientemente, existe evidencia de haberse infringido la normativa por parte de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, en cuanto a la constitución del encaje legal requerido, lo que bien justifica se procese tal infracción conforme a la normativa administrativa sancionadora que rige la materia.

3. INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN LAS IMPRECISIONES DEL ENTE REGULADOR.-

No obstante, existen imprecisiones en los actos del ente regulador, con referencia a la normativa utilizada a los fines de justificar la imposición de multa.

Así y conforme lo arriba señalado, cuando debió hacerse referencia a la norma que determina el monto a ser aplicado (esta es el artículo 2° -**Fondos en Custodia** Sección 3°, Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por ser el que establece la forma de determinación del encaje requerido), el ente regulador alude al artículo 1° (**Encaje legal en efectivo y en títulos**), que trata del encaje en cuanto al deber de depósito de los montos correspondientes y la subcuenta dispuesta para ello, entonces de una manera general , no determinando per se una infracción en concreto.

Asimismo, cuando la Resolución Administrativa ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011 viene a disponer la modificación de la Recopilación de Normas para Bancos en su Capítulo II, Título IX, Sección 6, Artículo 3°, Numeral 1.1 -conforme se menciona en al nota circular ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011-, establece la redacción siguiente:

“...**1.1.**El importe promedio de encaje legal requerido, en efectivo y en títulos, para los pasivos sujetos a encaje legal establecidos en el Artículo 1° de la Sección 2 del presente Capítulo, surgirá de aplicar las tasas previstas en el Artículo 4° de la Sección 1, a los saldos contables de dichos pasivos. En moneda nacional y MNUFV se deducirá el incremento de cartera correspondiente a cada moneda según lo establecido en el artículo 7°, Sección 2. Por su parte, el monto promedio requerido del encaje adicional en títulos para depósitos en moneda extranjera y MVDOL, se obtendrá mediante la diferencia entre el monto resultante de aplicar las tasas establecidas en el Artículo 5°, Sección 1, a los saldos de la base de encaje adicional (BEA) a que se refiere el Artículo 7° de la Sección 2. y el monto resultante de aplicar las mismas tasas del Artículo 5°, Sección 1, a los saldos de la base de compensación descrita en el Artículo 8° de la Sección 2.

El importe de encaje legal requerido en efectivo en Fondos de Custodia surgirá de aplicar los porcentajes previstos en el Artículo 2° de la Sección 2 del

presente Capítulo...” (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo anterior se desprende que el Artículo 2º de la Sección 2 del mismo Capítulo, **no hace referencia a porcentaje alguno** como mal refiere el numeral 1.1 precitado, sino a un clasificador de subcuentas bajo el denominativo común “Otras obligaciones con el público y con empresas con participación estatal” y en referencia a 15 códigos correspondientes a otras tantas subcuentas.

El extremo adquiere trascendencia por cuanto, el Recurso Jerárquico ha señalado que al referirse la norma al Artículo 2º de la sección 2, las cuentas “Otras obligaciones con el público y con empresas de participación estatal”, no son cuentas con las que opere la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, por lo que en consecuencia no correspondería sanción alguna.

Al respecto, la entidad reguladora mediante nota ASFI/DEP/R-69248/2011 de 8 de julio de 2011 señala que:

“...se identificó que en el numeral 1.1. del artículo 3º, Sección 6, Capítulo II, del Reglamento de Control de Encaje Legal, se cita a la Sección 2 en lugar de la **Sección 3**, aspecto que fue subsanado con la CIRCULAR/ASFI/074/2011 (sic, se infiere tratarse más bien de la nota Circular/ASFI/071/2011 **de 30 de mayo de 2011**) lo cual no altera lo determinado sobre la constitución del 40% del Encaje Legal requerido en efectivo (Fondos de Custodia) para todas las obligaciones sujetas a Encaje Legal en moneda extranjera...” (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De todo ello, resulta que la incongruencia identificada y reconocida por el propio ente regulador en la nota ASFI/DEP/R-69248/2011, pudo haber inducido a error a la recurrida, por cuanto la fecha de subsanación mediante la nota Circular/ASFI/071/2011 de 30 de mayo de 2011, hace aplicables recién de esta fecha, determinadas modificaciones dispuestas el 25 de enero de 2011 mediante la nota Circular/ASFI/063/2011, con respecto a las cuales se impuso la multa a quejada.

Bien puede que tal incongruencia, como ha señalado el ente regulador, no altere “lo determinado sobre la constitución del 40% del Encaje Legal requerido en efectivo”, empero ello no guarda la debida observancia del principio de tipicidad establecido en el artículo 73º de la Ley N° 3241 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), cuando señala:

“...I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.
II. Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias...”

Así establecido, el principio de tipicidad exige la descripción completa, clara e inequívoca, cuanto del praeceptum legis (la orden de observar un determinado

comportamiento) como -en caso de su infracción- de la consiguiente *sanctio legis* (la sanción) en aplicación del principio general de derecho *nullum crimen, nulla poena sine lege*, buscando que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan de la protección jurídica de sus actos legítimos.

Consiguientemente y en el caso que se analiza, las actuaciones y actos del regulador han prescindido del carácter normativo que debió corresponder al procedimiento, en infracción a su esencial carácter típico, tanto porque el precepto sustantivo incurrió en la incongruencia señalada, como porque la sanción emergente de ello resulta en una multa impertinente; la descripción que han efectuado la nota ASFI/DSR II/R-52430/2011 y la Resolución Administrativa ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, adolecen de la claridad necesaria que hubiera permitido a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, conozca exactamente las conductas reprochables, dando lugar a una inaceptable indeterminación del origen de la multa impuesta.

Al respecto además, el artículo 17º, párrafo II, inciso e), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 (a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera) establece que:

“...Artículo 17.- (Concepto). (...)

II. La Resolución Administrativa debe contener en su texto: (...)

e) **La decisión clara y expresa** del Superintendente que la expide...” (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En definitiva, ha existido un acto administrativo carente de claridad por parte del ente regulador, que por ello bien pudo inducir a error al recurrente.

4. INFRACCIÓN AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO.-

De la revisión íntegra del expediente, se establece que si bien han abundado las notas entre las ahora recurrente y recurrida, anteriores o simultáneas a la imposición de las multas, las mismas no han integrado un procedimiento administrativo propiamente dicho, por cuanto se constituyen en un confuso intercambio de correspondencia, informal en tanto no corresponde al procedimiento normativo que debe hacer al tratamiento de una infracción y su consiguiente sanción (como lo es una multa), reforzando el señalado carácter confuso que ha caracterizado al trámite.

No obstante ello, es posible identificar las actuaciones administrativas que en concreto y trascendentalmente, han determinado la imposición de las multas señaladas en las notas ASFI/JFI/R-49087/2011 de 11 de mayo de 2011 y ASFI/JFI/R-51149/2011 de 18 de mayo de 2011, conforme a la relación cronológica presentada a continuación:

- **11 de mayo de 2011:** mediante la nota ASFI/JFI/R-49087/2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero solicita al Banco Central de Bolivia, efectúe el débito de Bs 66.143,83.- de las cuentas de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y**

PRÉSTAMO “EL PROGRESO” -entre otras entidades- “por concepto de multa por DEFICIENCIAS DE ENCAJE LEGAL”.

- **18 de mayo de 2011:** mediante la nota ASFI/JFI/R-51149/2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero solicita al Banco Central de Bolivia, efectúe el débito de Bs 131.857,81.- de las cuentas de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** -entre otras entidades- “por concepto de multa por DEFICIENCIAS DE ENCAJE LEGAL”.
- **23 de mayo de 2011:** mediante nota ASFI/DSR II/R-52430/2011, el ente regulador dispone que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** le remita:

“...un informe sobre las causas que generaron dichas deficiencias, además de señalar las medidas adoptadas por su gerencia para subsanar la deficiencia recurrente, adjuntando la documentación sustentatoria, si corresponde, así como la identificación de los responsables operativos y de control interno...”
- **28 de mayo de 2011:** por nota E.P. 52/2011, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** informa a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sobre las “Causas que generaron deficiencia de Encaje físico en bóveda” y las “Medidas Adoptadas para subsanar esa deficiencia”.

Consiguientemente, en cuanto a lo determinado por el ente regulador, nos encontramos frente a un procedimiento que no ha sido iniciado conforme a las exigencias de los artículos 65° al 68° de del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, por cuanto:

- **Primero** (en fechas 11 y 18 de mayo de 2011) se ejecuta la sanción de multa, sin que se fundamente el motivo y el procedimiento para ello.
- **Una semana después** (23 de mayo de 2011), **recién** el ente regulador dispone que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** le remita “un informe sobre las causas que generaron dichas deficiencias”.
- **Posteriormente**, en fecha 28 de mayo de 2011, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** expide el informe requerido.

Entonces, no han existido diligencias preliminares, notificación de cargos, la consiguiente tramitación y en definitiva, la Resolución Administrativa sancionadora que imponga la multa, determinando que en el caso de autos, conforme lo ha presentado el ente regulador, se ha invertido el procedimiento establecido en la normativa administrativa, por cuanto, a la ejecución expresada en el débito del monto de la multa y que por ello debiera resultar en una actuación posterior, le sucede la solicitud de informe que debió servir para previamente determinar la

existencia de la infracción, por tanto una actuación que debió ser la inicial, toda vez que es en base a la misma que pudo desarrollarse el procedimiento sancionatorio ulterior en los términos del artículo 62° del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 (resultando por ello pretensioso, relacionar la secuencia de las actuaciones iniciales, con las formales del presente proceso recursivo, toda vez que las primeras no siguen una lógica procesal administrativa).

Al tenor del artículo 69° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, la ejecución de una resolución sancionatoria (como lo es el débito de cuentas por emergencia de la multa), debe consistir en cumplir “la resolución sancionadora”, resolución que para el caso de autos **no existe**, así como inaudita altera pars, tampoco existe proceso legal previo en la definitiva determinación e imposición de las multas.

No obstante que la recurrida señala, en la nota ASFI/DNP/R-112738/2011, que “las multas efectuadas a Mutual el (sic) Progreso se efectuaron en cumplimiento de la Ley del Banco Central de Bolivia, la Ley de Bancos y Entidades Financieras, el Reglamento del Encaje legal, el Reglamento de Control de Encaje Legal y demás normativa vigente”, no existe en las normas señaladas permisión para un procedimiento especial como el que ha adoptado el ente regulador en este caso, resultando en la ejecución anticipada de la multa y en la imposición no sustanciada de la misma.

Antes más bien, el artículo 109° de la Ley N° 1488 de 14 de abril de 1993 (de Bancos y Entidades Financieras) establece que;

“...El Superintendente, antes de la aplicación de una sanción, deberá **notificar el cargo** correspondiente a la institución o presunto infractor...” (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal extremo es plenamente concordante con lo señalado por los artículos 66° (Notificación de Cargos) y 67° (Tramitación) del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175; entonces no es ajeno al debido proceso que importa el proceso administrativo sancionador y que es plenamente aplicable para el caso de autos.

Al respecto, la entidad recurrida ha tenido expresiones como las siguientes:

“...si no se encontraba de acuerdo con la Resolución de Directorio N° 007/2011 emitida por el Banco Central o con la Resolución ASFI N° 039/2011 o las mismas le parecían confusas, podía haber interpuesto recurso de revocatoria contra cualquiera de dichas Resoluciones dentro del plazo establecido en el artículo 48 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera “SIREFI” aprobado por el D.S. N° 27175 de 15 de septiembre de 2003...” (nota ASFI/DNP/R-112738/2011 de fecha 24 de octubre de 2011).

“...la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió varias notas de respuesta debidamente fundamentadas, las cuales no fueron objeto de ningún recurso ulterior (Recurso de Revocatoria) y considerando que de acuerdo al artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el

Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Mutual de Ahorro y Préstamo El Progreso no presentó dentro del plazo de cinco días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva respuesta, que se consigne dicho acto administrativo en una Resolución, por lo que en virtud del artículo 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, corresponde rechazar la pretensión de la entidad regulada..." (Resolución Administrativa ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011).

Sin embargo, ello no justifica la falta de procedimiento previo para la imposición de la multa, además de que como se ha dicho, el curioso carteo entre la reguladora y la regulada, no importan un procedimiento administrativo válido, fundamentalmente por responsabilidad de la primera, por cuanto era ella la compelida a regir "sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso" (Art. 4°, Inc. c), a presumir buena fe (ídem, inciso e), a "impulsar el procedimiento" (ibídem, inciso n), y "a dar una respuesta oportuna y pertinente" (Art. 4°, Reglamento aprobado por D.S. No. 27113 de 23 de julio de 2003).

Asimismo, ni la Resolución de Directorio N° 007/2011 emitida por el Banco Central, ni la Resolución Administrativa ASFI N° 039/2011, aludidas por la recurrida, hacen referencia concreta de la imposición de la multa como parte de un procedimiento adjetivo necesario para ello, sino que constituyen el marco sustantivo, de alcance general a todas las entidades financieras y de contenido abstracto, que de ninguna manera hacen a las etapas propias de un procedimiento sancionador concreto, entonces en inobservancia de los principios de legalidad (Art. 72° de la Ley N° 2341, en el mismo sentido, Art. 62° del Reglamento aprobado por el D.S. 27175), de presunción de inocencia (Ley N° 2341, Art. 74) y de procedimiento punitivo (ídem, Art. 76).

Es pertinente tener en cuenta lo establecido por la Constitución Política del Estado en sus artículos 115°, parágrafo II (El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa), 116°, parágrafo I (Se garantiza la presunción de inocencia), 117°, parágrafo I (Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada), 119° (I. Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan... II. Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa) y 120°, parágrafo I (Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente), así como vale remitirse a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 52/2005 de 13 de diciembre de 2005, la que ha establecido que:

"...el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde sus inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones

administrativas, es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse...”

Por su parte, el anterior Tribunal Constitucional, en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, ha establecido que:

“...a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); (...)

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

Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso...”

3. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Mediante nota ASFI/DAJ/R-116124/2012 de 14 de septiembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó con el cargo a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, conforme a la transcripción siguiente:

“...De acuerdo al Informe ASFI/DEP/R-96690/2012 de 8 de agosto de 2012 y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 109° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), el Artículo 66° Inciso I. del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y el Título XIII, Capítulo II, Sección 3, Artículo 1° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, a través de la presente se NOTIFICA CARGOS a su persona en su condición de Gerente General de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda “El Progreso”, por las siguientes presuntas infracciones:

- Conforme a la información reportada por la entidad en el Sistema de Información Financiera (SIF), se observan deficiencias en la constitución de Encaje Legal en moneda extranjera en efectivo en Fondos en Custodia, registradas durante los períodos del 4 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril al 9 de mayo de 2011 en un promedio de Bs3.307.191.56 y Bs3.296.432.74 respectivamente, infringiendo así el artículo 2° de la Sección 3, Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, concordante con el artículo 17° (Fondos en Custodia) del Reglamento de Encaje Legal, aprobado por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución de Directorio N° 070/2009 de 23 de junio de 2009 y modificado por Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero de 2011.

En consecuencia, se otorga un plazo de siete días hábiles, computables a partir del día siguiente hábil de la notificación con la presente nota, para que remita a esta Autoridad de Supervisión los descargos o explicaciones correspondientes debidamente documentados...”

4. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota E.P. 83/2012, presentada en fecha 28 de septiembre de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** acredita sus descargos a la notificación ASFI/DAJ/R-116124/2012 de 14 de septiembre de 2012, adjuntando al efecto, mediante literal separada, el “Informe sobre descargos documentados y explicaciones sobre la notificación... ASFI/DAJ/R-116124/2012”, con el tenor siguiente:

“...1.- Las supuestas “deficiencias en la Constitución de Encaje Legal en M/E en efectivo en fondos en custodia registradas durante los periodos del 4 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril al 9 de mayo de 2011”, en los promedios señalados por la ASFI en su carta ASFI/DAJ/R-116124/2012, no infringieron el Artículo 2 de la Sección 3, Capítulo II, Título IX de la RNBEF, por cuanto Mutual El Progreso a dichas fechas, ni en forma posterior mantenía Cuentas Fiscales.

2.- Al existir un error en el punto 5 de la Circular ASFI/063/2011 de fecha 25-01-2011, que dice: “5. En la Sección 6, Artículo (sic) 3, Numeral 1.1, se incorpora el siguiente texto: “El importe de Encaje Legal requerido en efectivo en fondos de custodia surgirá de aplicar los porcentajes previstos en el Artículo (sic) 2° de la Sección 2 del presente Capítulo”.

Nosotros afirmamos que, hubo error al citar el Artículo 2 de la Sección 2, **en vez de decir Artículo 2 de la Sección 3**, porque el Artículo 2 de la Sección 2 se refiere a "Otras Obligaciones con el Público y con Empresas con participación Estatal".

3.- Con el error señalado en el punto anterior, la ASFI ordenó al BCB descontar del Fondo de Encaje Legal de esta Mutual la suma de Bs198. 001.14 como multa.

4.- Posteriormente la ASFI con su Circular 071/2011 de fecha 30-5-11, rectificó la Circular 063/2011 de fecha 25-1-2011 tratando de consolidar incorrectamente la multa impuesta por anticipado, aduciendo infracción a la RNBEF, incorporando en el punto 6. el siguiente texto "En la Sección 6 Artículo 3, Numeral 1.1, se reemplaza el texto del último párrafo por: "El importe promedio de Encaje Legal requerido, en efectivo para Moneda Extranjera, en fondos en custodia, surgirá de aplicar el porcentaje previsto **en el Artículo 2 de la Sección 3 del presente Capítulo**"

5.- Posteriormente, con el análisis cuidadoso y orientación de expertos, Mutual El Progreso ha demostrado la incorrecta aplicación de multas sobre supuestas infracciones y ha obtenido su devolución por Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2012 de fecha 11-6-12.

6.- Toda la justificación documentada de nuestra afirmación, se encuentra contenida en el volumen adjunto.

CONCLUSION.- Por la demostración anterior, se concluye que Mutual El Progreso no infringió disposición de la RNBEF, ya que la doctrina Jurídica dice que no hay pena ni culpa si no hay Ley clara y, la Ley en ningún caso tiene aplicación retroactiva, visto que, la ASFI recién después de sus instrucciones, rectificó su error con la Circ. 071/2011 de fecha 30 de mayo de 2011. Inclusive la norma de Notificación de Cargos fue puesta en vigencia recién en fecha 14 de septiembre de 2012 con la Circular ASFI/DAJ/R-116124/2012..."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 530/2012 DE 12 DE OCTUBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 530/2011 de 12 de octubre de 2012, subsanada a N° 530/2012 por la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero expone los fundamentos siguientes:

"...Que, de acuerdo al análisis contenido en el Informe ASFI/DNP/R-125944/2012 de 3 de octubre de 2012, se tiene que en ejercicio de la facultad establecida en los artículos 7 y 54 numeral i) de la Ley N° 1670 del Banco Central de Bolivia, de normar el encaje legal y determinar su composición, cuantía, forma de cálculo características y remuneración, de obligatorio cumplimiento por los bancos y entidades de intermediación financiera, el Banco Central de Bolivia ha regulado el encaje legal al que deben sujetarse las entidades de intermediación supervisadas por ASFI, mediante la emisión del Reglamento de Encaje Legal y sus modificaciones, aprobadas por Resoluciones del Directorio.

Que, desde la emisión del Reglamento de Encaje Legal, aprobado por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución de Directorio N° 180/1997 de 23 de diciembre de 1997, que fue varias veces modificado, estableció en el artículo 17 la obligatoriedad de las entidades financieras de mantener hasta el 5% de su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda nacional y moneda extranjera en Fondos en Custodia en cualquier plaza.

Que, con el fin de controlar que las Entidades de Intermediación Financiera cumplan con las normas de encaje legal dispuestas por el Banco Central de Bolivia, conforme dispone el numeral 9 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), mediante Resolución SB N° 027/99 de 8 de marzo de 1999, aprobó y puso en vigencia el Reglamento de Control de Encaje Legal contenido en el Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, estableciendo en la Sección 3 de dicho Reglamento, la obligatoriedad de las entidades financieras de mantener hasta el 5% de su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda nacional y moneda extranjera en Fondos en Custodia.

Que, el Banco Central de Bolivia, mediante Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero de 2011, aprobó la modificación parcial al artículo 17 (Fondos en Custodia) del Reglamento de Encaje Legal, incrementando del 5% al 40 % la obligatoriedad de las entidades de intermediación financiera de mantener de su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda extranjera en fondos en custodia.

Que, en atención a dicha modificación, mediante Resolución ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, se modificó el artículo 2, Sección 3, del Reglamento de Control de Encaje Legal, referido a Fondos en Custodia, incorporando el incremento del porcentaje de encaje requerido de 5% al 40% en moneda extranjera que deben cumplir las entidades de intermediación financiera, establecido por el Banco Central de Bolivia, modificación que fue puesta en conocimiento del Sistema Financiero y de la Mutual "El Progreso" mediante Circular ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011, en el numeral 4, sin que la misma haya sido objeto de observación de Mutual "El Progreso" y siendo que la misma contiene la obligatoriedad establecida por el Banco Central de Bolivia.

Que, la obligación de las entidades de intermediación financiera de mantener su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda nacional y extranjera en fondos en custodia data desde el año 1997, conforme lo establece el Reglamento de Encaje Legal del Banco Central de Bolivia y desde 1999 el Reglamento de Control de Encaje Legal de ASFI, habiendo cambiado únicamente el porcentaje de dicho encaje cuando es en moneda extranjera.

Que, la Mutual "El Progreso" manifiesta que incurrió en deficiencia de encaje legal por error en la referida Circular ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011 numeral 5, relativa a una mala referenciación al Reglamento de Control de Encaje Legal; al

respecto, corresponde señalar en primera instancia que la Circular es un medio de notificación conforme señala el Artículo 25 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 que reglamenta la Ley del Procedimiento Administrativo, por lo que el acto administrativo que aprueba la modificación normativa es la Resolución Sectorial, motivo por el cual es este el instrumento jurídico administrativo que debe ser objeto de impugnación y no la referida Circular a la que hace referencia la citada entidad.

Que, en la carta E.P. 52/2011 de 28 de mayo de 2011, la Mutual "El Progreso" admite haber incurrido en deficiencia de encaje legal, atribuyendo la misma a un descuido y a una falta de interpretación completa de la normativa de encaje legal.

Que, la Mutual "El Progreso" señala como descargo la existencia del error en el numeral 5 de la Carta Circular 063/2011 que señala que en la Sección 6, Artículo 3, Numeral 1.1 se incorpora un párrafo que dispone: " el importe de encaje legal requerido en efectivo en Fondos en Custodia surgirá de aplicar los porcentajes previstos en el Artículo 2, Sección 2 del Presente Reglamento", debiendo ser la Sección 3, argumento que no corresponde sea considerado como elemento de descargo, debido a que la modificación establecida en la mencionada Sección 6 es simplemente referencial, ya que la obligatoriedad de las entidades financieras de mantener el 40% de los saldos de su requerimiento de encaje legal requerido en efectivo en moneda extranjera en fondos en custodia, disposición que ha sido incorporada en el artículo 2, Sección 3 del Reglamento de Control de Encaje Legal y comunicada al sistema financiero en el numeral 4 de la Circular ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011, por lo que dicha modificación ha sido de conocimiento de la Mutual "El Progreso" y no ha sido objeto de impugnación, motivo por el cual no puede alegar desconocimiento.

Que, de la misma forma, el referido artículo 3, Sección 6 del Reglamento de Control de Encaje Legal contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, referido al Cálculo de Deficiencia de Encaje Legal, establece con claridad en el párrafo segundo que las deficiencias de encaje legal para efectos de aplicación de multas conforme al artículo 84 de la Ley N° 1488, se calcularán en forma independiente por tipo de encaje legal, tomando en cuenta el calendario preestablecido en el Anexo 5 para la obtención de los montos promedios de encaje, por lo que la falta de compatibilidad en la referenciación de sección no afecta ni desvirtúa la obligación de incumplimiento de la Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso".

Que, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2012 de 11 de junio de 2012, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, resuelve e instruye a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero expedir la nota de cargo extrañada, a la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo "El Progreso" y cumplir con el procedimiento administrativo sancionatorio., no cuestiona ni emite criterio respecto a si es correcta o no la aplicación de la multa, por lo que es incorrecto el argumento efectuado por la Mutual "El Progreso" en relación a que el Ministerio de Economía y

Finanzas Públicas, a través de dicha Resolución ha demostrado la incorrecta aplicación de las multas.

Que, mediante Resolución ASFI N° 423/2012 de 27 de agosto de 2012, se ha incorporado en el Reglamento de Control de Encaje Legal el proceso sancionatorio cuando se determine la deficiencia de encaje legal, sobre la cual se ha notificado el cargo, sin embargo, debe considerarse que dicha disposición normativa, en el Artículo 8 de la Sección 6, establece que únicamente se podrá dejar sin efecto el cargo cuando ASFI verifique la existencia de fuerza mayor en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 84 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, aspecto que no ocurre con la Mutual "El Progreso".

Que, del análisis y evaluación de los descargos presentados por la Mutual "El Progreso", considerando los aspectos contenidos en la normativa regulatoria vigente, se concluye que la obligatoriedad de las entidades financieras de mantener el 40% de los saldos de su requerimiento de encaje legal en moneda extranjera en fondos en custodia, está claramente determinada en el Reglamento de Encaje Legal del Banco Central de Bolivia y en el Reglamento de Control de Encaje Legal de ASFI.

CONSIDERANDO:

Que, el análisis técnico contenido en el Informe ASFI/DEP/R-127590/2012 de 5 de octubre de 2012, manifiesta que con la finalidad de analizar los descargos presentados por la Mutual "El Progreso", es importante señalar algunos aspectos normativos relacionados con el cómputo del encaje legal requerido, que es la base para la determinación del monto que las entidades financieras deben constituir como encaje en efectivo en fondos en custodia; en este sentido, se tiene que el encaje legal requerido en efectivo, es el monto que toda entidad de intermediación financiera debe depositar en el Banco Central de Bolivia o en entidades autorizadas para el efecto, que surge de aplicar las tasas de encaje legal a los pasivos con el público y financiamientos externos de las entidades de intermediación financiera.

Que, los cambios introducidos a través de la Resolución ASFI/N° 039/2011, comunicada a las entidades financieras mediante Circular 063/2011, ambas de fecha 25 de enero de 2011, consisten en el aumento del porcentaje de 5% a 40% del encaje legal requerido en efectivo moneda extranjera, mismo que debería ser mantenido en caja y contabilizado en la subcuenta 111.01 "Billetes y monedas".

Que, un comparativo de las modificaciones al Reglamento de Control de Encaje Legal realizados a través de la Resolución ASFI N° 039/2011, destaca fundamentalmente que no cambiaron los términos que sustentan al concepto de encaje legal requerido en efectivo en moneda extranjera contabilizado en la subcuenta 111.01 "Billetes y monedas".

Que, antes de la modificación al Reglamento de Control de Encaje Legal, mediante Resolución ASFI/N° 039/2011, comunicada a las entidades de intermediación financiera con Circular ASFI/063/2011, estaba claramente establecido el porcentaje

que las entidades deberían mantener en la cuenta Caja, contabilizados en la subcuenta 111.01 "Billetes y monedas", habiendo cambiado solamente los porcentajes para el encaje legal requerido en efectivo en moneda extranjera.

Que, la Resolución ASFI/N° 039/2011, comunicada al Sistema Financiero mediante Circular ASFI/063/2011, mantiene el porcentaje de encaje legal requerido en efectivo en moneda nacional que las entidades de intermediación financiera deben mantener en la subcuenta 111.01 "Billetes y monedas" y se aumenta el porcentaje del 5% al 40% para moneda extranjera, consiguientemente, tampoco varían las cuentas contables que forman parte de las obligaciones sujetas a encaje legal, a las cuales se debe aplicar el porcentaje de encaje legal para obtener el monto del encaje legal requerido.

Que, los conceptos de "encaje legal requerido en efectivo", y "encaje legal constituido en efectivo", contabilizado en la subcuenta 111.01 "Billetes y monedas", han sido siempre parte del Reglamento de Control de Encaje Legal y, al aducir la Mutual "El Progreso" que consideró como obligaciones sujetas a encaje legal solamente a las cuentas fiscales, representa desconocimiento de conceptos básicos del Reglamento de Control de Encaje Legal.

Que, debe considerarse que en los cambios normativos realizados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la Circular es tan sólo un medio de comunicación, que no constituye el instrumento legal que aprueba las incorporaciones o modificaciones de tipo normativo, mismo que recae en la Resolución Administrativa que los aprueba. Para el caso que nos ocupa, la Resolución N° 039/2011 en el penúltimo párrafo del tercer Considerando es explícita y precisa en cuanto al objetivo de las modificaciones introducidas en el Reglamento de Control de Encaje Legal; es decir, están claramente identificados los cambios introducidos a la norma.

Que, en el entendido que los conceptos básicos para la constitución de encaje legal están plenamente asentados en el Reglamento de Control de Encaje Legal y en particular el concepto de encaje requerido en efectivo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero aclaró la forma de cálculo de los fondos en custodia a través de la Carta Circular ASFI/DNP/1485/2011 de 30 de marzo de 2011, fecha anterior a la vigencia del cumplimiento de la Resolución ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, por parte de las entidades no bancarias (incluyendo la Mutual "El Progreso"). En el inciso ii) de esta disposición se aclara que de acuerdo con la nota del Banco Central de Bolivia BCB-GEF-SANO-DIF-CE-2011-34 de 23 de marzo de 2011, referida a la forma de control del porcentaje de encaje legal que las entidades de intermediación financiera deben mantener en fondos en custodia en moneda extranjera, el Reporte de Multas por Deficiencia de Encaje, se aplica según lo siguiente:

$$\text{Encaje requerido efectivo en bóveda [EREB]} = \frac{\sum \text{Encaje requerido diario } i}{14} \star 0.40$$

$$\text{Si } \text{EREB} \leq \frac{\sum (\text{Saldo } 111.01)j}{14} \rightarrow \text{Sin multa}$$

$$\text{Si EREB} > \frac{\Sigma(\text{Saldo } 111.01)j}{14} \rightarrow \text{Multa}$$

i: número de días requerido

j: número de días constituido

En este sentido, se aclaró sobre la forma de aplicación del 40% del encaje legal requerido en efectivo moneda extranjera que las entidades de intermediación financiera deberían mantener en bóveda, considerando que el concepto de encaje requerido no registró ninguna modificación.

Que, los conceptos y forma de cálculo de encaje legal están plenamente definidos en el Reglamento de Encaje Legal, emitido por el Banco Central de Bolivia como Órgano competente, la referencia errónea insertada involuntariamente en la Circular 063/2011 no implica modificación a los conceptos generales implícitos en este Reglamento, por cuanto los mismos se constituyen en los preceptos normativos que rigen para la constitución de encaje legal por parte de las entidades financieras. Más aún que el concepto y la forma de determinar el encaje requerido en efectivo no cambió con la emisión de la Resolución ASFI N° 039/2011, por cuanto solamente se modificó el porcentaje que se aplica al encaje requerido en efectivo moneda extranjera, para mantenerlo en Fondos en Custodia.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero solicitó al Banco Central de Bolivia el cobro de multas a la Mutual "El Progreso" por deficiencias en la constitución de encaje legal, debido a que, conforme a la información reportada por la entidad al Sistema de Información Financiera (SIF), se observaron deficiencias en la constitución de Encaje Legal en moneda extranjera en efectivo en fondos en custodia, registradas durante los períodos del 4 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril al 9 de mayo de 2011 en un promedio de Bs3.307.191.56 y Bs3.296.432.74 respectivamente, infringiendo así el Artículo 2° de la Sección 3, Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, concordante con el artículo 17° (Fondos en Custodia) del Reglamento de Encaje Legal, aprobado por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución de Directorio N° 070/2009 de 23 de junio de 2009 y modificado por Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero de 2011.

Que, del análisis realizado, se determina que los descargos presentados por la Mutual "El Progreso" en su nota E.P. 083/2012 recibida el 28 de septiembre de 2012, no desvirtúan el cargo efectuado mediante nota ASFI/DAJ / R-116124 / 2012, habiendo incumplido lo establecido en el segundo párrafo del Artículo 2, Sección 3, Capítulo II del Título IX del Reglamento para Bancos y Entidades Financieras, concordante con el artículo 17° (Fondos en Custodia) del Reglamento de Encaje Legal, aprobado por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución de Directorio N° 070/2009 de 23 de junio de 2009 y modificado por Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero de 2011, que señala: "Asimismo, las entidades financieras deben mantener, bajo su custodia, el 40% de los saldos de su requerimiento de encaje legal en efectivo para moneda extranjera, contabilizado en dicha moneda en la subcuenta 111.01 "Billetes y monedas.....", al constituir en la cuenta 111.01 "Billetes y Monedas", saldos menores

al requerido en los períodos del 4 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril al 9 de mayo de 2011.

CONSIDERANDO:

Que, establecida la infracción cometida por la Mutual "El Progreso", corresponde modular la sanción a imponerse, conforme a la normativa legal vigente.

Que, el artículo 73, parágrafo II. de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo, de fecha 23 de abril de 2002, señala "Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias."

Que, el artículo 84 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, manifiesta: "Si alguna entidad de intermediación financiera deja de constituir el encaje legal requerido, el Superintendente impondrá una multa del dos por ciento (2%) de la deficiencia promedio, incurrida en el período de dos semanas, o un porcentaje equivalente al doble del promedio de su tasa activa de los treinta (30) días precedentes al inicio de la deficiencia, dividida entre veintiséis (26); la que sea mayor. Si la deficiencia continúa, se impondrá el doble de la multa establecida anteriormente, por cada período sucesivo de dos semanas."

Que, determinada la deficiencia de la Mutual "El Progreso" en la constitución de encaje legal durante los períodos del 4 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril al 9 de mayo de 2011 en un promedio de Bs3.307.191.56 y Bs3.296.432.74 respectivamente, corresponde establecer la aplicación de la sanción de acuerdo a lo determinado en el artículo 84 de la Ley N° 1488 y el artículo 3, Sección 6, Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Que, el señalado artículo 84 de la Ley N° 1488, establece que la sanción aplicable a la deficiencia en el encaje legal requerido es el monto mayor que resulte de: **a)** dos por ciento (2%) de la deficiencia promedio, incurrida en el período de dos semanas o **b)** el porcentaje equivalente al doble del promedio de su tasa activa de los treinta (30) días precedentes al inicio de la deficiencia, dividida entre veintiséis.

Que el cálculo de la multa según la variable a) anterior, representa la suma de Bs.66,143.83 para el periodo del 4 al 25 de abril de 2011 y, para el periodo comprendido entre el 18 de abril al 9 de mayo de 2011 representa la suma de Bs131,857.31

Que, en razón a que la Mutual "El Progreso" no registra tasas activas en moneda extranjera en los reportes oficiales del Banco Central de Bolivia para los treinta días precedentes a ambos períodos, no es determinable el monto de la variable b), por tanto esta no es considerada a los efectos de la multa, siendo aplicable el cálculo de la variable a)..."

Con base a tales fundamentos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

“...PRIMERO: Sancionar a la Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda “El Progreso”, con **MULTA** de **Bs198.001.14 (Ciento noventa y ocho mil uno 14/100 bolivianos)**, por deficiencias en la constitución de Encaje Legal en moneda extranjera en efectivo en Fondos en Custodia, registradas durante los períodos del 4 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril al 9 de mayo de 2011 en un promedio de Bs3.307.191.56 (Tres millones trescientos siete mil ciento noventa y uno 56/100 bolivianos) y Bs3.296.432.74 (Tres millones doscientos noventa y seis mil cuatrocientos treinta y dos 74/100 bolivianos) respectivamente.

SEGUNDO: La multa impuesta deberá ser depositada en la Cuenta N° 1-4678352 del Banco Unión S.A., a nombre de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) – Multas, en el plazo de quince días hábiles administrativos, computables a partir de la notificación con la presente Resolución, debiendo remitir dentro de los siguientes cinco días hábiles, una copia de la papeleta de depósito de la multa impuesta.

TERCERO: En cumplimiento con el artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de la Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda “El Progreso”, debiendo entregarse al Órgano Regulador, una copia del acta respectiva, con las determinaciones adoptadas dentro las 72 horas de llevado a cabo dicho acto...”

6. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 1° de noviembre de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 530/2011 de 12 de octubre de 2012, conforme a los alegatos transcritos a continuación:

“...La Mutual fue notificada con cargos sobre presunta falta de encaje legal, conforme a información reportada por la entidad en el Sistema de Información Financiera (SIF), que se habrían observado deficiencias en la constitución de Encaje Legal en moneda extranjera en efectivo en Fondos en Custodia, registradas durante los periodos del 4 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril al 9 de mayo de 2011, en un promedio de Bs. 3.307.191.56 y Bs. 3.296.432.74 respectivamente presuntamente infringiendo el artículo 2 de la sección 3 capítulo 3, capítulo II Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, concordante con el artículo 17 (Fondos en Custodia) del Reglamento de Encaje Legal, aprobado por el Banco Central de Bolivia, mediante Resolución de Directorio N° 070/2009 de 23 de junio de 2009 y modificado por Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero de 2011.

Contra ese cargo se presentó descargos debidamente fundamentados y documentados, sin que la misma haya sido considerada.

Por el contrario mediante resolución **ASFI N° 530/2011** de fecha 12 de octubre de 2012, se decide sancionar a la Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda El Progreso con multa de Bs. 198.001.14 (Ciento noventa y ocho mil uno 14/100 bolivianos), por presunta deficiencia en la constitución de Encaje Legal en moneda extranjera en efectivo en Fondos en Custodia, bajo argumentos que no son legales e idóneos para el presente caso, porque existe incongruencia en la resolución y no respeta el debido proceso.

Fundamentos de orden normativo.-

Constitución Política del Estado Art. 116 II “cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”

Constitución Política del Estado, art. 123 señala: “La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine a favor de los trabajadores...”

Ley N° 1488 Art. 154.- “son atribuciones de la Superintendencia: (...) 9. controlar el cumplimiento de las normas sobre encaje legal y liquidez en el sistema financiero (...) Para el cumplimiento de las atribuciones, conferidas en la presente ley, la Superintendencia deberá determinar los criterios de clasificación y evaluación de activos y sus provisiones. Asimismo, deberá operar la Central de Información de Riesgos, definir los requerimientos mínimos de información institución y **reglamentar la aplicación de sanciones, dentro del marco de la presente ley.**

Resolución de Directorio N° 007/2011 artículo 2.- Aprobar la modificación parcial al artículo 17 (fondos en custodia) del Reglamento de Encaje Legal de la siguiente manera: “... Las entidades financieras deberán mantener el 40% de su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda extranjera en Fondos en Custodia en cualquier plaza. Cualquier excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje”.

Circular ASFI/063/2011 y RESOLUCION ASFI N° 039/2011 de fecha **25 de enero del año 2011**, parte resolutive señala: “RESUELVE: PRIMERO.- Aprobar las modificaciones al REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL, incorporadas en el Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), **de acuerdo al texto contenido en Anexo que forma parte de la presente Resolución**”, En la circular refiere que el encaje legal surge como aplicación de porcentajes previstos **en el artículo 2 de la sección 2 del presente capítulo:**

Artículo 2º- (**otras obligaciones con el público y con empresas con participación estatal**).

CIRCULAR ASFI 071/2011 **de fecha 30 de mayo de 2011**, y la RESOLUCION ASFI N° 456/2011, donde refieren que “el importe promedio de encaje legal requerido, en efectivo para moneda extranjera, en Fondos en Custodia, **surgirá de aplicar el porcentaje previsto en el artículo 2 de la sección 3 del presente capítulo**” además que dicha resolución en la parte resolutive señala: “RESUELVE: PRIMERO.- Aprobar las modificaciones al REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL, incorporadas en el

Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), de acuerdo al texto contenido en Anexo que forma parte de la presente Resolución”.

Ahora bien el artículo 2 de la sección 3, hace referencia que el encaje legal requerido en Fondos en Custodia para moneda extranjera, debe ser constituido en montos proporcionales a todas las monedas extranjeras que mantenga la entidad financiera, por lo que esta resolución alcanza a Mutual El Progreso, siendo su aplicación según reglamentación por Resolución de la ASFI, a partir del 30 de mayo de 2011 en adelante.

De donde podemos deducir, que toda sanción debe ser con una ley anterior al presunto hecho punible, en el caso presente la Resolución de Directorio N° 007/2011 emitida por el Banco Central, no hace referencia a sanción alguna, y las Resoluciones de la ASFI N° 039/2011, N° 459/2011 transcritas precedentemente solo ingresan en incongruencias y contradicciones, cuanto la mismas incumplen lo establecido por el art. 17 II del D.S. N° 27175, que claramente señala II. La Resolución Administrativa debe contener en su texto: (...) e) la decisión clara y expresa del superintendente que la expide..., aspecto que cumplen dichas resoluciones referidas que ocasionan diferentes interpretaciones, por lo mismo su interpretación y aplicación debe ser la más favorable.

No puede existir multa de presunto incumplimiento a normativa regulatoria o reglamentaria antes de su emisión, lo que contraviene el art. 115, 116 y 117 de la Constitución Política del Estado.

Señala la resolución 530/2011 (fs. 8 párrafo tercero de la resolución) que mediante Resolución ASFI N° 423/2012 de 27 de agosto de 2012, se habría incorporado en el Reglamento de Control de Encaje Legal el proceso sancionatorio cuando se determine la deficiencia de encaje legal, sobre la cual se nos habría notificado el cargo, clara confesión de su autoridad de aplicación de norma posterior a la presunta infracción de Mutual El Progreso, porque no olvidemos que el presunto hecho de encaje legal data de fechas 4 al 25 de abril de 2011 y 18 de abril al 9 de mayo de 2011, y la resolución a la que su autoridad hace alusión con el que se hubo iniciado el presente caso data de fecha 27 de agosto de 2012, es decir que su autoridad está aplicando una resolución vigente posterior a 15 meses del presunta infracción, lo cual contraviene el ordenamiento legal vigente, está aplicando una resolución posterior al presunto hecho, vulneración del art. 116 II y art. 123 de la Constitución Política del Estado, lo que atenta al debido proceso administrativo.

Finalmente debo señalar que existen errores en la resolución motivo del presente recurso, lo que ingresa a la incongruencia, por ejemplo refiere RESOLUCION ASF1 N° 530/**2011**, cuanto (sic) estamos en el año 2012, asimismo refiere que mediante carta EP. 83/2012 presentada en fecha **28/12/2012**, por Mutual de Ahorro y Crédito para la Vivienda El Progreso, cuando recién estamos en el mes de octubre del año 2012.

Existe también vulneración al art. 117 II de la Constitución Política del Estado, porque nuevamente la Mutual está siendo procesado y condenado (sic) por el mismo hecho, a mayor abundamiento, en anterior proceso erróneo incongruente y lejos del debido proceso, su autoridad mediante carta ASFI/DNP/R-93903/2011 de fecha 8 de septiembre de 2011 señaló lo siguiente: "Al respecto cabe aclarar que la imposición de la multa ha sido realizada en aplicación a las modificaciones del Reglamento de Control de Encaje Legal, aprobadas mediante Resolución ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011 ", al presente señala que la presunta infracción sería el incumplimiento a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 2 sección 3, capítulo II del título IX del Reglamento para Bancos y Entidades Financieras (OLVIDANDO QUE ESTA MODIFICACION FUE APROBADO MEDIANTE RESOLUCION ASFI N° 456/2011 DE FECHA 30 DE MAYO DE 2011), por cuanto la Resolución ASFI N°039/2011, no era de alcance para Mutual El Progreso, porque no maneja las cuentas señaladas en dichos anexos que forman parte de dicha Resolución.

Por lo que al presente se tiene que existe nueva condena por el mismo hecho.

PETITORIO

Por lo precedentemente expuesto, la conducta de Mutual El Progreso, no se encuentra calificado como falta ni infracción, ni mucho menos el incumplimiento a lo dispuesto por normativa de la ASFI, por lo que en previsión al inciso b) del art. 121 del D.S. 27113 concordante con el apartado I inc. b) del art. 43 del D.S. N° 27175, solicito **REVOCAR DE MANERA TOTAL LA RESOLUCION ASFI N° 530/2011, DE FECHA 12 DE OCTUBRE DE 2012, en su lugar se disponga el archivo de obrados, por no existir falta ni mucho menos infracción, debiendo dejar sin efecto la multa impuesta...**

7. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 675/2012 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resuelve confirmar totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 530/2011 de 12 de octubre de 2012 (artículo primero), además de "Subsanar... correspondiendo el número ASFI N° 530/2012 para todos sus efectos legales" (artículo segundo).

Tal decisión está fundada en los extremos siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que, en el acto impugnatorio, la Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda El Progreso manifiesta que toda sanción debe ser con una ley anterior al presunto hecho punible; en el caso presente, la Resolución de Directorio N° 007/2011, emitida por el Banco Central de Bolivia, no hace referencia a sanción alguna, por lo que las Resoluciones ASFI N° 039/2011 y ASFI N° 459/2011 sólo ingresan en incongruencias y contradicciones, cuanto la mismas incumplen lo establecido por el Art. 17 II del D.S. N° 27175.

Que, en un segundo argumento de impugnación, la entidad sostiene que según la Resolución 530/2011, mediante Resolución ASFI N° 423/2012 de 27 de agosto de 2012, se habría incorporado en el Reglamento de Control de Encaje Legal el proceso sancionatorio sobre la cual habría sido sancionada, lo que implica una confesión sobre la aplicación de una norma posterior a la presunta infracción sancionada, considerando que la deficiencia de encaje legal se habría producido en los períodos del 4 al 25 de abril de 2011 y 18 de abril al 9 de mayo de 2011, siendo que la Resolución ASFI N° 423/2012 data de fecha 27 de agosto de 2012, es decir que se está aplicando una Resolución puesta en vigencia luego de 15 meses de la infracción, lo cual contraviene el ordenamiento legal vigente, vulnerando los artículos 116 - II y 123 de la Constitución Política del Estado, lo que atenta al debido proceso administrativo.

Que, también sostienen como argumentos para la procedencia de su recurso de revocatoria, el hecho que el número de la Resolución Administrativa impugnada este signado como ASFI N° 530/2011 cuando el año en curso es 2012, que se refiere a la carta EP 83/2012 presentada en fecha 28/12/2012, cuando recién estamos cursando el mes de octubre de 2012.

Que, abunda con fundamentos de impugnación al sostener que existe también vulneración al artículo 117, inciso II de la Constitución Política del Estado, porque la Mutual está siendo procesada y condenada por el mismo hecho, puesto que en un anterior proceso erróneo, incongruente y lejos del debido proceso, mediante carta ASFI/DNP/R-93903/2011 de fecha 8 de septiembre de 2011 se impuso una multa en aplicación a las modificaciones del Reglamento de Control de Encaje Legal, aprobadas mediante Resolución ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, al presente señala que la presunta infracción sería en relación al incumplimiento a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 2 sección 3, capítulo II del título IX del Reglamento para Bancos y Entidades Financieras, olvidando que esta modificación fue aprobada mediante resolución ASFI N° 456/2011 de fecha 30 de mayo de 2011, por cuanto la Resolución ASFI N° 039/2011 no era de alcance para Mutual El Progreso porque no maneja las cuentas señaladas en dichos anexos que forman parte de dicha Resolución, lo que implica una nueva condena por el mismo hecho.

Que, respecto a los argumentos vertidos por la Mutual El Progreso como sustento al recurso de revocatoria, se tiene el siguiente análisis:

Al primer argumento.-

El Banco Central de Bolivia, mediante Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero de 2011, aprobó la modificación parcial al artículo 17 (Fondos en Custodia) del Reglamento de Encaje Legal, incrementando del 5% al 40 % la obligatoriedad de las entidades de intermediación financiera de mantener de su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda extranjera en fondos en custodia.

Como consecuencia de dicha modificación, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, se modificó el artículo 2, Sección 3, del Reglamento de Control de Encaje Legal, referido a Fondos en Custodia, incorporando

el incremento del porcentaje de encaje requerido establecido por el Banco Central de Bolivia, de 5% al 40% en moneda extranjera, modificación que fue puesta en conocimiento del Sistema Financiero Nacional y de Mutual El Progreso mediante Circular ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011, sin que la misma haya sido objeto de observación de Mutual El Progreso.

A su vez, la Resolución ASFI N° 456/2011 de 30 de mayo de 2011, notifica al Sistema Financiero mediante Circular ASFI 071/2011 de 30 de mayo de 2011, modificó el Reglamento de Control de Encaje Legal a ser incorporadas en el Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, entre las cuales, en la Sección 3, Artículo 2, se sustituye el texto del segundo párrafo por el siguiente:

“Asimismo, las entidades financieras deberán mantener, bajo su custodia, el 40% de los saldos de su requerimiento de encaje legal en efectivo para moneda extranjera, contabilizando en dicha moneda, en la sub cuenta 111.01 “Billetes y Monedas Extranjeras”. El excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje. La deficiencia global en Fondos en Custodia en moneda extranjera no podrá ser compensada con excedentes de encaje en cuentas del BCB o encaje en títulos.”

Manifiesta la entidad recurrente que toda sanción debe ser con una ley anterior al presunto hecho punible; en el caso presente, la Resolución de Directorio N° 007/2011 emitida por el Banco Central de Bolivia, no hace referencia a sanción alguna y las Resoluciones de la ASFI Nos. 039/2011 y N° 459/2011 sólo ingresaron en incongruencias y contradicciones, cuanto la mismas incumplen lo establecido por el artículo 17, párrafo II. del Decreto Supremo N° 27175 que claramente señala que las resoluciones administrativas deben contener en su texto: “... e) la decisión clara y expresa del superintendente que la expide...”, aspecto que incumplen dichas resoluciones referidas que ocasionan diferentes interpretaciones, por lo mismo su interpretación y aplicación debe ser la más favorable; por tanto, no puede existir multa de presunto incumplimiento a normativa regulatoria o reglamentaria antes de su emisión, por ser contraria a los artículos 115, 116 y 117 de la Constitución Política del Estado.

Es pertinente señalar que los cambios introducidos a través de la Resolución ASFI/N° 39/2011, comunicada a las entidades financieras mediante Circular 063/2011, ambas de fecha 25 de enero de 2011, consisten en el aumento del porcentaje de 5% a 40% del encaje legal requerido en efectivo moneda extranjera, mismo que debería ser mantenido en caja y contabilizado en la subcuenta 111.01 “Billetes y monedas”.

Por otra parte, un comparativo de las modificaciones al Reglamento de Control de Encaje Legal realizados a través de la Resolución ASFI/N° 39/2011, destaca fundamentalmente que no cambiaron los términos que sustentan al concepto de encaje legal requerido en efectivo en moneda extranjera contabilizado en la subcuenta 111.01 “Billetes y monedas”.

Es así que, anterior a la modificación del Reglamento de Control de Encaje Legal, aprobado con Resolución ASFI/N° 39/2011 y comunicada a las entidades de intermediación financiera con Circular ASFI/063/2011, estaba claramente establecido el porcentaje que las entidades deberían mantener en la cuenta caja, contabilizados en la subcuenta 111.01 "Billetes y monedas" y cambió solamente los porcentajes para el encaje legal requerido en efectivo en moneda extranjera.

En ejercicio de la facultad establecida en los artículos 7 y 54 numeral i) de la Ley del Banco Central de Bolivia, de normar el encaje legal y determinar su composición, cuantía, forma de cálculo características y remuneración, de obligatorio cumplimiento por los bancos y entidades de intermediación financiera, el Banco Central de Bolivia ha regulado el encaje legal al que deben sujetarse las entidades de intermediación supervisadas por ASFI, mediante la emisión del Reglamento de Encaje Legal y sus modificaciones, aprobadas por Resoluciones del Directorio.

En ese sentido, el Banco Central de Bolivia desde la emisión del Reglamento de Encaje Legal, aprobado mediante Resolución de Directorio N° 180/1997 de 23 de diciembre de 1997 y posteriores modificaciones, estableció en el artículo 17, la obligatoriedad de las entidades financieras de mantener hasta el 5% de su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda nacional y moneda extranjera en Fondos en Custodia en cualquier plaza.

Con el fin de controlar que las entidades de intermediación financiera - EIF cumplan con las normas de encaje legal dispuestas por el Banco Central de Bolivia, conforme dispone el numeral 9 del Artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (SBEF) actualmente denominada Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), mediante Resolución SB N° 027/99 de 8 de marzo de 1999, aprobó y puso en vigencia el Reglamento de Control de Encaje Legal contenido en el Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, estableciendo en dicho Reglamento y posteriores modificaciones (Sección 3), la obligatoriedad de las entidades de financieras de mantener hasta el 5% de su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda nacional y moneda extranjera en Fondos en Custodia.

El BCB, con Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero de 2011, aprobó la modificación parcial al Artículo 17 (Fondos en Custodia) de su Reglamento de Encaje legal, incrementando del 5% al 40 % la obligatoriedad de las EIF de mantener de su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda extranjera en fondos en custodia.

En atención a la modificación realizada por el Ente Emisor, mediante Resolución ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011 se modificó el Artículo 2 Sección 3 del Reglamento de Control de Encaje Legal, referido a Fondos en Custodia, donde se incorpora el incremento del porcentaje de encaje requerido de 5% al 40% en moneda extranjera que deben cumplir las EIF establecido por el BCB, modificación que fue puesta en conocimiento del Sistema Financiero y de la Mutual el Progreso mediante Carta Circular ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011, en el numeral 4. Sin

que la misma haya sido objeto de observación de Mutual el Progreso y siendo que la misma contiene la obligatoriedad establecida por el BCB.

De lo expuesto precedentemente, se advierte que la obligación de las EIF de mantener su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda nacional y extranjera en fondos en custodia data desde 1997 conforme lo establece el Reglamento de Encaje legal del BCB y desde 1999 en el Reglamento de Control de Encaje Legal de ASFI, **habiendo cambiado únicamente el porcentaje para dicho encaje cuando es en moneda extranjera.**

Por su parte, Mutual El Progreso, manifiesta que "...en la circular (ASFI 063/2011) refiere que el encaje legal surge como aplicación de porcentajes írevistos en el artículo 2 de la sección 2 del presente capítulo." Continúa señalando que La Circular ASFI 071/2011 de 30 de mayo de 2011 y la Resolución ASFI N° 456/2011, refieren que: "el importe promedio de encaje legal requerido, en efectivo para moneda extranjera, en Fondos en Custodia, surgirá de aplicar el porcentaje previsto en el artículo 2 de la sección 3 del presente capítulo". Concluye la entidad que: "el artículo 2 de la sección 3, hace referencia que el encaje legal requerido en Fondos en Custodia para moneda extranjera, debe ser constituido en montos proporcionales a todas las monedas extranjeras que mantenga la entidad financiera, por lo que esta resolución alcanza a Mutual El Progreso, siendo su aplicación según reglamentación por Resolución de la ASFI, a partir del 30 de mayo de 2011 en adelante."

Se hace notar que la Mutual El Progreso, mediante carta E.P. 52/2011 de 28 de mayo de 2011, admitió haber incurrido en deficiencia de encaje legal, atribuyendo la misma a un descuido y a una falta de interpretación completa de la normativa de encaje legal al decir:

"...Las deficiencias en los perlados (sic) citadas (sic) se deben a que la Circular ASFI/063/2011 no fue interpretada completamente porque parecía que más se refería al incremento del porcentaje de encaje requerido en efectivo y señala que elimina el texto anterior, por lo que no se advirtió el punto 4 referente a tener el 40% en bóveda propia. Por esta razón y teniendo La Mutual en esas fechas, suficiente cantidad de liquidez el Encaje Legal en el BCB y que ese mismo periodo se envió aun más Encaje, no se pensó en tener el dinero físicamente en bóveda propia de la Mutual, con riesgo de disminuir rentabilidad y pérdida por robo..."

Extrañamente Mutual El Progreso señala como argumento de impugnación la existencia de un error en la referenciación del numeral 5 de la Carta Circular 063/2011 que señala que en la Sección 6, Artículo 3, Numeral 1.1. se incorpora un párrafo que dispone: "el importe de encaje legal requerido en efectivo en Fondos en Custodia surgirá de aplicar los porcentajes previstos en el Artículo 2, Sección 2 del Presente Reglamento", debiendo ser la Sección 3, referenciación que fuera corregida mediante Resolución ASFI N° 456/2011 de 30 de mayo de 2011, momento desde el cual el encaje legal requerido del 40% en moneda extranjera dispuesto por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución de Directorio N°007/2011 de 18 de enero de 2011.

El argumento de la entidad financiera no puede ser considerado válido para la revocatoria impetrada, debido a que la modificación establecida en la mencionada Sección 6 es simplemente referencial, ya que la obligatoriedad de las entidades financieras de mantener el 40% de los saldos de su requerimiento de encaje legal requerido en efectivo en moneda extranjera en Fondos en Custodia, ha sido incorporada en el Artículo 2 Sección 3 del Reglamento de Control de Encaje Legal y comunicada al sistema financiero en el numeral 4 de la Circular ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011, por lo que dicha modificación ha sido de conocimiento de la Mutual el Progreso y no ha sido objeto de impugnación, motivo por el cual no puede alegar desconocimiento. Al estar claramente expuesta dicha disposición, ninguna otra entidad financiera alegó confusión ni incumplió la misma, como pretende hacer la Mutual el Progreso.

De la misma forma, el referido Artículo 3, Sección 6 del Reglamento de Control de Encaje Legal contenido en la RNBEF, referido al Cálculo de Deficiencia de Encaje Legal, establece con claridad en el párrafo segundo que las deficiencias de encaje legal para efectos de aplicación de multas conforme al Artículo 84 de la Ley N° 1488, se calcularán en forma independiente por tipo de encaje legal, tomando en cuenta el calendario pre establecido en el Anexo 5 para la obtención de los montos promedios de encaje, por lo que la falta de compatibilidad en la referenciación de Sección no afecta ni desvirtúa el incumplimiento de la obligatoriedad de la Mutual de Ahorro y Préstamo El Progreso.

Consiguientemente, en aplicación del Principio de Verdad Material, existe pleno convencimiento de haberse infringido la normativa por parte de la Mutual de Ahorro y Préstamo El Progreso, en cuanto a la constitución del encaje legal requerido, lo que bien justifica se procese tal infracción conforme a la normativa administrativa sancionadora que rige la materia.

Al segundo argumento

Sostiene la entidad recurrente que en la Resolución 530/2011, a Fs.8, se expresa que mediante Resolución ASFI N° 423/2012 de 27 de agosto de 2012, se habría incorporado en el Reglamento de Control de Encaje Legal el proceso sancionatorio cuando se determine la deficiencia de encaje legal, sobre la cual se les notificó el cargo, lo que representa una clara confesión sobre la aplicación de una norma posterior a la infracción sancionada, considerando que el hecho de deficiencia de encaje legal, data de fechas 4 al 25 de abril de 2011 y 18 de abril al 9 de mayo de 2011 y, la Resolución ASFI N° 423/2012 es de fecha 27 de agosto de 2012, es decir que está aplicándose una resolución que entró en vigencia luego de quince meses de producirse la infracción, lo cual contraviene el ordenamiento legal vigente y vulnera los artículos 116, párrafo II y 123 de la Constitución Política del Estado, lo que atenta al debido proceso administrativo.

Al respecto, debe manifestarse que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF /URJ-SIREFI 035/2012 de 11 de junio de 2012, en las páginas 49 y 50, señala lo siguiente:

“Consiguientemente, en cuanto a lo determinado por el ente regulador, nos encontramos frente a un procedimiento que no ha sido iniciado conforme a las exigencias de los artículos 65° al 68° de del Reglamento a lo Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera...

Entonces, no han existido diligencias preliminares, notificación de cargos, la consiguiente tramitación y en definitiva, la Resolución Administrativa sancionadora que imponga la multa, determinando que en el caso de autos, conforme lo ha presentado el ente regulador, se ha invertido el procedimiento establecido en la normativa administrativa, por cuanto, a la ejecución expresada en el débito del monto de la multa y que por ello debiera resultar en una actuación posterior, le sucede la solicitud de informe que debió servir para previamente determinar la existencia de la infracción, por tanto una actuación que debió ser la inicial, toda vez que es en base a la misma que pudo desarrollarse el procedimiento sancionatorio ulterior en los términos del artículo 62° del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 (resultando por ello pretensioso, relacionar la secuencia de las actuaciones iniciales, con las formales del presente proceso recursivo, toda vez que las primeras no siguen una lógica procesal administrativa).”

Por otra parte, en la página 54 señala:

“Que, en la sustanciación del presente proceso administrativo, se ha evidenciado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha obrado con inobservancia al procedimiento administrativo previsto en la normativa aplicable, con infracción a las garantías de la recurrente y que hacen al debido proceso administrativo, entre ellas, el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia.”

Por tanto, en cumplimiento del precepto constitucional previsto en el artículo 117, párrafo I., que establece que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso y del principio de sometimiento pleno a la ley establecido en el precedente administrativo contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2012 de 11 de junio de 2012, ha sido necesario incorporar en el Reglamento de Control de Encaje Legal el procedimiento administrativo sancionatorio para la aplicación de multas por deficiencia de encaje legal, remplazando la imposición de la multa directa que estuvo vigente hasta la aprobación del citado Reglamento.

El referido procedimiento administrativo sancionatorio para la aplicación de multas por deficiencia de encaje legal, incorporado al Reglamento de Control de Encaje Legal mediante Resolución ASFI N° 423/2012 de 27 de agosto de 2012, no es otro que aquel establecido en el artículo 65 y siguientes del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; precisamente por ello es que para los descargos, la Carta de Notificación de Cargos ASFI/DAJ/R-116124/2012 de 14 de septiembre de 2012, consideró el plazo establecido en el artículo 67, párrafo I. del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI y no el abreviado del Reglamento de Control de Encaje Legal.

Por tanto, no es cierto que el procedimiento sancionatorio aplicado contravenga el ordenamiento legal vigente y vulnere los artículos 116, parágrafo II y 123 de la Constitución Política del Estado, atentando el debido proceso administrativo, como equivocadamente sostiene Mutual El Progreso.

Al tercer argumento

Señala la entidad que existen errores en la resolución motivo del presente recurso, lo que ingresa a la incongruencia, por ejemplo refiere RESOLUCIÓN ASFI N° 530/2011, cuanto (sic) estamos en el año 2012, asimismo refiere que mediante carta EP. 83/2012 presentada en fecha 28/12/2012, por Mutual de Ahorro y Crédito para la Vivienda El Progreso, cuando recién estamos en el mes de octubre del año 2012.

El artículo 31 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 15 de abril de 2002, prevé que las entidades públicas puedan subsanar de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos que existan en sus actos, con la única condición que los elementos subsanados no alteren sustancialmente la Resolución.

A su vez, el artículo 56, inciso c) del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, señala que la rectificación consistirá en la corrección de errores materiales y/o aritméticos.

En conclusión, considerando que las observaciones de la entidad recurrente, constituyen errores materiales que no alteran la sustancia de la Resolución impugnada ni lesionan los intereses o la defensa del administrado, corresponde se subsanen los mismos en el presente acto, siendo irrelevante y estéril su observación como argumento de impugnación.

Al cuarto argumento

Sostiene que existe también vulneración al artículo 117, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, porque nuevamente la Mutual está siendo procesada y condenada por el mismo hecho, puesto que en anterior proceso, mediante carta ASFI/DNP/R-93903/2011 de 8 de septiembre de 2011 se manifestó que la multa ha sido impuesta en aplicación a las modificaciones del Reglamento de Control de Encaje Legal, aprobadas mediante Resolución ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011. En el presente proceso, se señala que la infracción sería por el incumplimiento a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 2 sección 3, capítulo II del título IX del Reglamento para Bancos y Entidades Financieras, olvidando que esta modificación fue aprobada mediante Resolución ASFI N° 456/2011 de fecha 30 de mayo de 2011, por cuanto la Resolución ASFI N° 039/2011, no era de alcance para Mutual El Progreso, porque no maneja las cuentas señaladas en dichos anexos que forman parte de dicha Resolución, por lo que al presente se tiene que existe nueva condena por el mismo hecho.

Respecto al argumento de la entidad sancionada, corresponde recordar que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2012 de 11 de junio de 2012, en la parte resolutive dispuso: "ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011 inclusive, debiendo en consecuencia y en su lugar, expedirse la nota de cargos extrañada, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica". Esto implica que todas las actuaciones realizadas dentro del presente proceso administrativo desde la Resolución Administrativa ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011, hasta la anterior a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2012, han sido eliminadas de la vida jurídica, es decir que carecen absolutamente de todo valor para cualquier efecto jurídico.

Para la aplicación del principio del non bis in ídem, se requiere de la concurrencia de tres condiciones: a) identidad de la persona perseguida; b) identidad del objeto de la persecución; y c) identidad de la causa de la persecución, pero además debe existir pronunciamiento con firmeza administrativa respecto a la primitiva acción sobre la cual se invoca en non bis in ídem (sic). En el presente caso, ocurre que el proceso anterior no concluyó en una resolución sancionatoria o absolutoria, sino la decisión de anular todo el proceso administrativo debido a que el administrado no habría sido sancionado en dentro del debido proceso, debiendo la Administración Pública ajustar sus actos a derecho conforme a los fundamentos establecidos en dicha resolución.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia Constitucional 506/05, de 10 de mayo de 2005, en el punto III.2.1. "De los fundamentos jurídicos", establece que:

"El principio non bis in ídem (sic) implica en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos.....

En el principio se debe distinguir el aspecto sustantivo (nadie puede ser sancionado doblemente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado) y el aspecto procesal o adjetivo (nadie puede ser juzgado nuevamente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado).

En este sentido, existirá vulneración al non bis in ídem (sic), no sólo cuando se sanciona sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por un mismo hecho.... Este principio no es aplicable exclusivamente al ámbito penal, sino que también lo es al ámbito administrativo..."

En ese contexto legal y jurisprudencial, se tiene que el principio non bis in ídem (sic) se aplica tanto en derecho sustantivo como en el derecho procesal adjetivo en el que se constituye en una garantía al debido proceso.

En el caso que nos ocupa, resulta inaplicable el principio y garantía non bis in ídem, puesto que la anulación del proceso administrativo dispuesto en el la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2012, importa en el efecto práctico la inexistencia de un proceso anterior, con identidad de persona, objeto y causa, sobre

el cual estaría procesándose nuevamente a Mutual El Progreso, menos aún un acto administrativo que haya sustanciado el hecho controversial en el fondo y haya emitido pronunciamiento ratificando una sanción con identidad de sujeto, objeto y causa.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis a los argumentos expuestos en recurso de revocatoria interpuesto por la Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda El Progreso, en fecha 1 de noviembre de 2012, no existe fundamento alguno que amerite la revocatoria total o parcial de la Resolución ASFI N° 530/2011 de 12 de octubre de 2012 tal como lo solicita la Mutual..."

8. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado en fecha 20 de diciembre de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012, conforme a los alegatos que se transcriben a continuación:

"...La Mutual fue notificada con cargos sobre presunta falta de encaje legal, conforme a información reportada por la entidad en el Sistema de Información Financiera (SIF), que se habrían observado deficiencias en la constitución de Encaje Legal en moneda extranjera en efectivo en Fondos en Custodia, registradas durante los periodos del 4 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril al 9 de mayo de 2011, en un promedio de Bs. 3.307.191.56 y Bs. 3.296.432.74 respectivamente presuntamente infringiendo el artículo 2 de la sección 3 capítulo 3, capítulo II Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, concordante con el artículo 17 (Fondos en Custodia) del Reglamento de Encaje Legal, aprobado por el Banco Central de Bolivia, mediante Resolución de Directorio N° 070/2009 de 23 de junio de 2009 y modificado por Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero de 2011.

Contra ese cargo se presentó descargos debidamente fundamentados y documentados, sin que la misma (sic) haya sido considerada.

Mediante resolución **ASFI N° 530/2011** de fecha 12 de octubre de 2012, se decide sancionar a la Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda El Progreso con multa de Bs. 198.001.14 (Ciento noventa y ocho mil uno 14/100 bolivianos), por presunta deficiencia en la constitución de Encaje Legal en moneda extranjera en efectivo en Fondos en Custodia.

Finalmente Mediante Resolución **ASFI N° 675/2012** de fecha 30 de noviembre de 2012, se decide confirmar la resolución inicial sancionatoria, manteniendo y ampliando vulneraciones al debido proceso, queriendo justificar lo injustificable de vulneraciones al ordenamiento jurídico administrativo por funcionarios que cometieron errores materiales y formales, como si nada hubiera pasado dentro del presente caso.

Base legal

Constitución Política del Estado Art. 116 II “cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”

Constitución Política del Estado, art. 123 señala: “La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine a favor de los trabajadores...”

Ley N° 1488 Art. 154.- “son atribuciones de la Superintendencia: (...) 9. Controlar el cumplimiento de las normas sobre encaje legal y liquidez en el sistema financiero (...) Para el cumplimiento de las atribuciones, conferidas en la presente ley, la Superintendencia deberá determinar los criterios de clasificación y evaluación de activos y sus provisiones. Asimismo, deberá operar la Central de Información de Riesgos, definir los requerimientos mínimos de información institución y **reglamentar la aplicación de sanciones, dentro del marco de la presente ley.**”

Resolución de Directorio N° 007/2011 artículo 2.- Aprobar la modificación parcial al artículo 17 (fondos en custodia) del Reglamento de Encaje Legal de la siguiente manera: “ Las entidades financieras deberán mantener el 40% de su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda extranjera en Fondos en Custodia en cualquier plaza. Cualquier excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje”.

Circular ASFI/063/2011 y RESOLUCION ASFI N° 039/2011 de fecha **25 de enero del año 2011**, parte resolutive señala: “RESUELVE: PRIMERO.- Aprobar las modificaciones al REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL, incorporadas en el Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), **de acuerdo al texto contenido en Anexo que forma parte de la presente Resolución**”, En la circular refiere que el encaje legal surge como aplicación de porcentajes previstos **en el artículo 2 de la sección 2 del presente capítulo:**

“artículo 2º- (**otras obligaciones con el público y con empresas con participación estatal**).

CIRCULAR ASFI 071/2011 **de fecha 30 de mayo de 2011**, y la RESOLUCION ASFI N° 456/2011, donde refieren que “el importe promedio de encaje legal requerido, en efectivo para moneda extranjera, en Fondos en Custodia, **surgirá de aplicar el porcentaje previsto en el artículo 2 de la sección 3 del presente capítulo**” además que dicha resolución en la parte resolutive señala: “RESUELVE: PRIMERO.- Aprobar las modificaciones al REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL, incorporadas en el Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), de acuerdo al texto contenido en Anexo que forma parte de la presente Resolución”.

Ahora bien el artículo 2 de la sección 3, hace referencia que el encaje legal requerido en Fondos en Custodia para moneda extranjera, debe ser constituido en

montos proporcionales a todas las monedas extranjeras que mantenga la entidad financiera, por lo que esta resolución es de alcance para Mutual El Progreso, siendo su aplicación según reglamentación por Resolución de la ASFI, a partir del 30 de mayo de 2011 en adelante, es decir que a partir de esta fecha si no se tiene encaje legal requerido la ASFI puede sancionar a Mutual El Progreso.

RESOLUCION ASFI N° 423/2012 de fecha 27 de agosto de 2012, Procedimiento Administrativo Sancionatorio para la Aplicación de multas por deficiencia de encaje legal, incorporado al Reglamento de Control de Encaje Legal.

Fundamentos de orden normativo.-

En el caso presente la Resolución de Directorio N° 007/2011 emitida por el Banco Central, **no hace referencia a sanción alguna**, siendo que la única Resolución (sic) que aplica para sancionar a mutual (sic) el Progreso serían la RESOLUCION ASFI N° 423/2012 de fecha 23 de agosto de 2012, la RESOLUCION ASFI N° 456/2011, de fecha 30 de mayo de 2011, por cuanto la RESOLUCION ASFI N° 039/2011, de fecha 25 de enero de 2011, solo ingresa en incongruencia y contradicción, cuanto (sic) la misma incumplen (sic) lo establecido por el art. 17 II del D.S. N° 27175, que claramente señala II. La Resolución Administrativa debe contener en su texto: (...) e) la decisión clara y expresa del superintendente que la expide..., aspecto que no cumple dicha resolución que ocasiona diferente interpretación, por lo mismo su interpretación y aplicación debe ser la más favorable.

No puede existir multa de presunto incumplimiento a normativa regulatoria o reglamentaria antes de su emisión, lo que contraviene el art. 115, 116 y 117 de la Constitución Política del Estado.

La Resolución ASFI 675/2012 al confirmar la Resolución ASFI 530/2011, con el argumento de que a través de la Resolución ASFI N° 39/2011 comunicada a las entidades financieras mediante circular 063/2011 ambas de fecha 25 de enero de 2011, consistirían en el aumento del porcentaje del 5% a 40% del encaje legal requerido en efectivo moneda extranjera mismo que debería ser mantenido en caja, olvidando que dicha Resolución en la parte resolutive de manera clara establece: "RESUELVE: PRIMERO.- Aprobar las modificaciones al REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL, incorporadas en el Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), **de acuerdo al texto contenido en Anexo que forma parte de la presente Resolución**", En la circular refiere que el encaje legal surge como aplicación de porcentajes previstos **en el artículo 2 de la sección 2 del presente capítulo:**

"artículo 2º- **(otras obligaciones con el público y con empresas con participación estatal)**. De donde se tiene que la Mutual no maneja dichas cuentas, por lo mismo no era obligación de mutual dicha aplicación del reglamento por la citada Resolución.

Esa redacción de la resolución y las modificaciones de anexo, no eran de alcance para mutual el progreso (sic), por lo mismo no puede ser merecedor de sanción si no existía para la misma resolución previa.

No está en discusión la emisión de la resolución del Banco Central de Bolivia, mediante Resolución de Directorio N° 007/2011 de fecha 18 de enero de 2011, que aprobó la modificación parcial de incremento de encaje legal, sin embargo dicha resolución emitida por el Banco Central de Bolivia, no contiene sanción alguna en caso de incumplimiento.

*Lo que sí está en discusión es que dicha Resolución del Banco Central de Bolivia, generó que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante RESOLUCIÓN ASFI N° 039/2011 de fecha 25 de enero de 2011, modificó el artículo 2 sección 2 del Reglamento de Control de Encaje Legal, referido a fondos en custodia, dicha resolución precisamente no tiene alcance para mutual (sic) El Progreso, porque no maneja cuentas con empresas con participación estatal. Así también se puede deducir de la Resolución de la ASFI N° 675/2012 que señala: "El BCB, con Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero de 2011, aprobó la modificación parcial al artículo 17 (Fondos en Custodia) de su Reglamento de Encaje legal, incrementando del 5% al 40% la obligatoriedad de las EIF de mantener de su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda extranjera en fondos en custodia. En atención a la modificación realizada por el Ente Emisor, mediante Resolución ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011 **se modificó el Artículo 2 Sección 3 del Reglamento de Control de Encaje Legal..**" SIN EMBARGO LO SUBRAYADO EN LAS NEGRILLAS, ES ALGO INACEPTABLE, PARA UNA AUTORIDAD COMO LA ASFI, PORQUE ES UNA RELACIÓN SUBJETIVA, ES HASTA MENTIROSO, LO QUE SEÑALA LA RESOLUCIÓN DE LA ASFI AQUÍ, lo cierto es que la Resolución ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, modificó el artículo 2 de la sección 2. Es por eso que existe la RESOLUCION ASFI N° 456/2011 de 30 de mayo de 2011, que establece la modificación del artículo 2 sección 3 del Reglamento de Control de Encaje Legal, de lo contrario cual la razón para la emisión de la resolución de la ASFI de 30 de mayo de 2011, no tendría razón de su pronunciamiento.*

No se puede argüir error en la referenciación de sección para la imposición de una sanción.

Es decir que para los emisores de la resolución ASFI N° 675/2012, es lo mismo el 6 con el 9, para ellos no afecta nada, eso es algo que raya solo en lo absurdo de la imaginación, el querer argüir error en referenciación para la imposición de una sanción, de una condena, es premiar a quienes cometen errores de manera constante, por el contrario debieran de haber reconocido de la manera más hidalga que cometieron un error pero que lo corrigieron mediante resolución de fecha 30 de mayo de 2011, pero no puede la Mutual El Progreso sufrir sanción por errores de la propia ASFI, es decir pagar multas ocasionadas por mala modificación de reglamentación al control de encaje legal.

En consecuencia como verdad material se tiene que la ASFI incumplió la función de reglamentar la sanción y elaboró la Resolución ASFI N° 456/2011 de fecha 30 de mayo de 2011, momento desde el cual rige su aplicación obligatoria para Mutual El Progreso. Por lo mismo no puede existir sanción sin que haya existido dicha resolución antes de dicha fecha.

Otro aspecto es que mediante Resolución ASFI N° 423/2012 de fecha 27 de agosto de 2012, se incorporó en el Reglamento de Control de Encaje Legal, el proceso sancionatorio de determinación de deficiencia de encaje legal, clara muestra de aplicación de norma posterior a la presunta infracción de Mutual El Progreso, porque no olvidemos que la presunta deficiencia de encaje legal data de fechas 4 al 25 de abril de 2011 y 18 de abril al 9 de mayo de 2011, siendo que la resolución con el que se inició el cargo del presente caso data de fecha 27 de agosto de 2012, es decir que la ASFI aplicó una resolución vigente posterior a 15 meses del presunta infracción, lo cual contraviene el ordenamiento legal vigente, está aplicando una resolución posterior al presunto hecho, vulneración del art. 116 II y art. 123 de la Constitución Política del Estado, lo que atenta al debido proceso administrativo. Al presente al señalar que en cumplimiento al precepto constitucional previsto en el art. 117 párrafo I de la Constitución Política del Estado, habrían incorporado en el Reglamento de Control de Encaje Legal el procedimiento administrativo sancionatorio, para las multas por deficiencias de encaje legal, es inaceptable jurídicamente que la ASFI esté aplicando una Resolución ASFI N° 423/2012 de fecha 27 de agosto de 2012, de manera retroactiva, a una presunta infracción de fechas 4 al 25 de abril de 2011 y 18 al 9 de mayo de 2011, clara muestra de la vulneración denunciada, porque no puede existir sanción sin ley previa.

Las incongruencias y errores denunciados en recurso de revocatoria, se mantienen, por ejemplo se refirió la RESOLUCION ASFI N° 530/2011, cuanto (sic) estamos en el año 2012, asimismo refiere que mediante carta EP. 83/2012 presentada en fecha **28/12/2012**, por Mutual de Ahorro y Crédito para la Vivienda El Progreso, cuando estamos a los veinte días del mes de diciembre de 2012, al respecto se hace alusión al art. 31 de la Ley de Procedimiento Administrativo para efectuar la corrección, solo se la efectúa en el número de la resolución más no en lo de la carta presentada por la Mutual de Ahorro y Crédito para la Vivienda El Progreso, esos errores son constantes, que conllevan equivocaciones y deben merecer sanción y no ser premiados, porque no se dice en la resolución de revocatoria qué fue lo que se hizo con relación a los funcionarios suscribientes, además que al señalar en la parte resolutive primera CONFIRMAR TOTALMENTE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA ASFI N° 530/2011 DE 12 DE OCTUBRE DE 2012, se mantiene dicho error.

Persiste en la Resolución ASFI N° 675/2012 la vulneración al art. 117 II de la Constitución Política del Estado, porque nuevamente la Mutual está siendo procesado y condenado (sic) por el mismo hecho, a mayor abundamiento, en anterior proceso erróneo incongruente y lejos del debido proceso, mediante carta ASFI/DNP/R-93903/2011 de fecha 8 de septiembre de 2011 señalo lo siguiente: "Al respecto cabe aclarar que la imposición de la multa ha sido realizada en aplicación a las modificaciones del Reglamento de Control de Encaje Legal, aprobadas mediante

Resolución ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011", al presente señala que la presunta infracción sería el incumplimiento a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 2 sección 3, capítulo II del título IX del Reglamento para Bancos y Entidades Financieras (OLVIDANDO QUE ESTA MODIFICACION FUE APROBADO MEDIANTE RESOLUCION ASFI N° 456/2011 DE FECHA 30 DE MAYO DE 2011), por cuanto la Resolución ASFI N° 039/2011, no era de alcance para Mutual El Progreso, porque no maneja las cuentas señaladas en dichos anexos que forman parte de dicha Resolución. Mucho más aún cuando en la presente resolución de revocatoria se señala lo siguiente: "...Ha sido necesario incorporar en el Reglamento de Control de Encaje Legal el procedimiento administrativo sancionatorio para la aplicación de multas por deficiencia de encaje legal, remplazando la imposición de la multa directa que estuvo vigente hasta la aprobación del citado reglamento (Resolución ASFI N° 423/2012 de 27 de agosto de 2012" (pg. 13 de la Resolución ASFI N° 675/2012), es decir el reconocimiento de la ASFI de habernos sancionados de manera directa, y como no tenían procedimiento tuvieron que efectuar uno nuevo en fecha 27 de agosto del presente año 2012, con el que se nos somete a proceso nuevamente sobre los mismos hechos efectuados de manera antelada y que mereció en su momento el recurso jerárquico.

Por lo que al presente se tiene que existe nueva condena por el mismo hecho, presuntas deficiencias de encaje legal, partes ASFI y MUTUAL EL PROGRESO (sic).

El hecho de señalar a la Resolución Jerárquica 035/2012, que hace referencia la Resolución ASFI N° 675/2012, no quiere decir que por efecto de dicha Resolución Jerárquica, se tenga que elaborar nueva normativa para el procesamiento, cuando en el momento del presunto hecho no existía ley previa o normativa para su procesamiento, que establezca sanción, por lo que lo efectuado por la ASFI es vulneración a preceptos constitucionales, que son agraviantes para Mutual El Progreso, porque no puede existir multa de presunto incumplimiento a normativa regulatoria o reglamentaria antes de su emisión, lo que contraviene el art. 115 I.II., 116 I.II. y 117 de la Constitución Política del Estado, porque nadie puede ser condenado sin haber sido oído y juzgado previamente en un debido proceso, "CUALQUIER SANCION DEBE FUNDARSE EN UNA LEY ANTERIOR AL HECHO" a más vulnerar el art. 123 de la Constitución Política del Estado, que señala: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine a favor de los trabajadores...", por lo que no se puede aplicar un procedimiento administrativo sancionatorio Resolución ASFI N° 423/2012 de fecha 27 de agosto de 2012, a una presunta infracción del 4 al 25 de abril y del 18 de abril al 9 de mayo del año 2011, para la aplicación de multas por presunta deficiencia de encaje legal, asimismo no se puede aplicar sanción antes de la puesta en vigencia de la circular ASFI 071/2011 y RESOLUCION ASFI N° 456/2011 de fechas 30 de mayo de 2011, lo cual es agravante para Mutual El Progreso que administra dineros de todos los mutualistas en la ciudad de Oruro, no pueden los dineros que con tanto esfuerzo son depositados en la Mutual de la noche a la mañana tengan que convertirse en multa por errores de la ASFI y la mala aplicación de la normativa.

Finalmente clara muestra de no efectuar la revisión minuciosa de documentos y resoluciones se tiene, que el recurso de revocatoria interpuesto en el presente caso, en un otrosí se señala el domicilio especial a los efectos del art. 46 del D.S. 27113, pero la notificación con la Resolución N° 675/2012 que resuelve el recurso de revocatoria, se la efectúa en la ciudad de Oruro en oficinas de Mutual El Progreso, lo que genera mayor gasto para la Mutual porque tiene que enviar la resolución hasta la ciudad de La Paz, lo que amerita un costo aparte.

PETITORIO

Por lo precedentemente expuesto, la conducta de Mutual El Progreso, no se encuentra calificado como falta ni infracción, ni mucho menos merece sanción, por lo que en previsión al inciso b) del art. 124 del D.S. 27113 solicito emitir resolución **REVOcando DE MANERA TOTAL LA RESOLUCION ASFI N° 675/2012 DE FECHA 30 DE NOVIEMBRE DE 2012 Y RESOLUCION ASFI N° 530/2011, DE FECHA 12 DE OCTUBRE DE 2012, en su lugar dejar sin efecto la multa impuesta disponiendo su devolución...**

9. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

9.1. Documentación presentada por la Autoridad recurrida.-

Mediante nota ASFI/DAJ/R-11935/2013 de 24 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero adjuntó la literal que le fuera solicitada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 009/2013 de 21 de enero de 2013, conforme a la relación siguiente:

- La Resolución Administrativa ASFI N° 423/2012 de 27 de agosto de 2012, por la que se resuelve:

“...ÚNICO.- Aprobar las modificaciones al **REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL**, incorporadas en el Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, de acuerdo al texto contenido en Anexo que forma parte de la presente Resolución...”

- Conforme a lo anterior, el Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras: Control de Encaje Legal.
- La Resolución Administrativa ASFI N° 456/2011 de 30 de mayo de 2011, por la que se resuelve:

“...PRIMERO.- Aprobar las modificaciones al **REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL**, incorporadas en el Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, de acuerdo al texto contenido en Anexo que forma parte de la presente Resolución...”

- Conforme a lo anterior, el Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras: Control de Encaje Legal.

- La circular/ASFI/071/2011 de 30 de mayo de 2011, sobre “Modificaciones del Reglamento de Control de Encaje Legal”, y que refiere que:

“...Las modificaciones realizadas, se detallan a continuación:

1. En la Sección 1, Artículo 2º, se modifica la definición de moneda extranjera.
2. En la Sección 3, Artículo 2º, se sustituye el texto del primer párrafo por el siguiente:

“Se considerará como parte del encaje constituido, en efectivo para moneda nacional, los saldos que las entidades de intermediación financiera puedan mantener, bajo su custodia, contabilizado en dicha moneda en la subcuenta 111.01 “Billetes y monedas”, hasta el equivalente al 5% del monto total de encaje requerido en efectivo en moneda nacional. El excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje”

En el mismo artículo, se sustituye el texto del segundo párrafo por el siguiente:

“Asimismo, las entidades financieras deberán mantener, bajo su custodia, el 40% de los saldos de su requerimiento de encaje legal en efectivo para moneda extranjera, contabilizado en dicha moneda, en la subcuenta 111.01 “Billetes y monedas”. El excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje. La deficiencia global en Fondos en Custodia en moneda extranjera no podrá ser compensada con excedentes de encaje en cuentas del BCB o encaje en títulos”.

Finalmente, se introduce el párrafo:

“El encaje legal requerido en Fondos en Custodia para moneda extranjera, debe ser constituido en montos proporcionales a todas las monedas extranjeras que mantenga la entidad financiera.”

3. En la Sección 3, Artículo 4º, primer párrafo, se reemplaza la referencia al Artículo 2º por el Artículo 3º
4. En la Sección 3, Artículo 5º, segundo párrafo, se reemplaza la referencia a los Artículos 1º, 2º y 3º por los Artículos 1º, 3º y 4º.
5. En la Sección 5, Artículo 1º, se modifican los aspectos relacionados al reporte de información de cuentas de encaje legal.
6. En la Sección 6, Artículo 3º, numeral 1.1, se reemplaza el texto del último párrafo por:

“El importe promedio de encaje legal requerido, en efectivo para moneda extranjera, en Fondos en Custodia, surgirá de aplicar el porcentaje previsto en el Artículo 2º de la Sección 3 del presente Capítulo”

7. En la Sección 6, Artículo 3º, numeral 1.2, se introduce el párrafo:

“El monto promedio de encaje legal constituido para cubrir los requerimientos de encaje legal requerido en efectivo para moneda extranjera, en Fondos de Custodia, con desfase de ocho (8) días, se obtendrá mediante la sumatoria de los saldos contabilizados en dicha moneda, en la subcuenta 111.01 “Billetes y Monedas”.

8. *En la Sección 6, Artículo 3º, numeral 4, se modifica el número de cuenta y el nombre de la Entidad Financiera en la que se debe realizar el abono de la multa correspondiente a deficiencias de encaje legal...”*

- Conforme a lo anterior, la Sección 6, del Reglamento de Control de Encaje Legal, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.
- La Resolución Administrativa ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, por la que se resuelve:

*“...**PRIMERO.-** Aprobar las modificaciones al **REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL**, incorporadas en el Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), de acuerdo al texto contenido en Anexo que forma parte de la presente Resolución.*

Las modificaciones entrarán en vigencia a partir del 7 de febrero de 2011 para los bancos y para las entidades financieras no bancarias a partir del 4 de abril de 2011, de acuerdo a lo establecido por el Banco Central de Bolivia mediante Reunión de Directorio No. 007/2011 de 18 de enero de 2011...”

- Conforme a lo anterior, el Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras: Control de Encaje Legal.
- La circular/ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011, sobre “Modificación del Reglamento de Control de Encaje Legal”, y que refiere que:

“...El detalle de las modificaciones efectuadas se las señala a continuación:

- 1.** *En la Sección 1, Artículo 4º, se modifica a 13.5% el porcentaje de encaje requerido en efectivo para depósitos del público a la vista, ahorro y plazo fijo en moneda extranjera y MVDOL.*
- 2.** *En la Sección 1, Artículo 4º, se modifica a 8% el porcentaje de encaje requerido en títulos para depósitos del público a la vista, ahorro y plazo fijo en moneda extranjera y MVDOL*
- 3.** *En la Sección 3, Artículo 1º, se elimina el siguiente texto:*

“Adicionalmente, se considerará como parte del encaje constituido en efectivo, los saldos que las entidades de intermediación financiera mantengan en su cuenta caja, contabilizados en la subcuenta 111.01

“Billetes y monedas”, hasta el equivalente al 5% del monto de encaje requerido en efectivo”.

4. *En la Sección 3, se incorpora el Artículo 2º referido a los “Fondos en Custodia”, donde se establece que las entidades financieras deberán mantener el 40% de los saldos de su requerimiento de encaje legal requerido en efectivo en moneda extranjera.*

5. *En la Sección 6, Artículo 3º, Numeral 1., se incorpora el siguiente texto:*

“El importe de encaje legal requerido en efectivo en Fondos de Custodia surgirá de aplicar los porcentajes previstos en el Artículo 2º de la Sección 2 del presente Capítulo...”

- Conforme a lo anterior, la Sección 6, del Reglamento de Control de Encaje Legal, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.
- El memorial presentado por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** en fecha 26 de noviembre de 2012, referido a la presentación de la boleta de depósito bancario (comprobante Banco Unión S.A. N° 393585330 de 20 de noviembre de 2011) adjunta, que acredita el cumplimiento de la multa impuesta por el Ente Regulador.
- La nota E.P. 83/2012, presentada en fecha 28 de septiembre de 2012, por la que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** acredita sus descargos a la notificación ASFI/DAJ/R-116124/2012 de 14 de septiembre de 2012, adjuntando al efecto, mediante literal separada, el *“Informe sobre descargos documentados y explicaciones sobre la notificación... ASFI/DAJ/R-116124/2012”*, ambas supra relacionadas.
- La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2012 de 11 de junio de 2012, también supra relacionada.

9.2. Documentación presentada por la entidad recurrente.-

Por memorial de fecha 8 de marzo de 2013, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** adjuntó:

- Reporte de Estado de Situación Patrimonial Departamento, de fecha 31 de marzo de 2011.
- Reporte de Estado de Situación Patrimonial Consolidado, de fecha 31 de marzo de 2011.
- Nota ASFI/DEP/R-69248/2011 de 8 de julio de 2011, remitido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, con la referencia *“Deficiencias en la Constitución de Encaje Legal”*, y que entre otros aspectos, señala:

“...En una posterior revisión del mencionado Reglamento se identificó que en el numeral 1.1 del artículo 3º, Sección 6, Capítulo II, del Reglamento de Control de Encaje Legal, se cita a la Sección 2 en lugar de la Sección 3, aspecto que fue subsanado con la CIRCULAR/ASFI/074/2011, lo cual no altera lo determinado sobre la constitución del 40% del Encaje Legal requerido en efectivo (Fondos en Custodia) para todas las obligaciones sujetas a Encaje Legal en moneda extranjera.

Por todo lo anteriormente expuesto y considerando que el Reglamento de Control de Encaje Legal, en lo referente a su cómputo es claro y explícito en cuanto a las cuentas contables que la conforman como a su forma de constitución, se comunica que no es procedente la solicitud de revisión y suspensión de las multas por deficiencia de Encaje Legal presentado por su entidad...”

A tiempo de producir la literal señalada, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** ha fundamentado, sobre la misma, los aspectos siguientes:

“...Para que su autoridad pueda evidenciar que las cuentas que refiere el artículo 2 de la sección 2, de la Circular ASFI 063/2011 de fecha 25 de enero de 2011 y la resolución ASFI N° 039/2011 de fecha 25 de enero de 2011, no son aplicables a las cuentas con que cuenta MUTUAL EL PROGRESO, (ARTÍCULO 2º.- OTRAS OBLIGACIONES CON EL PÚBLICO Y CON EMPRESAS CON PARTICIPACIÓN (sic) ESTATAL.- Los pasivos con el público y con empresas con participación estatal correspondientes a otros depósitos se registran en las siguientes subcuentas: 211.09, 211.10, 211.11, 211.12, 211.99, 214.01, 214.05, 214.06, 214.99, 241.07, 281.99, 284.01, 284.05, 284.06, 284.99).

Adjunto al presente prueba de reporte de Estado de Situación Patrimonial Departamento, de Mutual El Progreso, por el que se puede constatar que dichas cuentas referidas en el artículo 2, (Reglamento de Control de Encaje Legal) no son manejadas por Mutual El Progreso, por lo mismo dicho artículo no aplica a la Mutual, por lo que no puede existir sanción sin ley previa, aspecto que es de conocimiento de dicha institución conforme se tiene de los reportes de los meses de marzo abril (sic) y mayo del año 2011, así como de enero del año 2013 y finalmente el último reporte de febrero del año 2013.

Asimismo como clara muestra de que el error, la falta o infracción parte de la ASFI, y está en la resolución y circular del 25 de enero del año 2011, me permito adjuntar la carta ASFI/DEP/R-69248/2011 de fecha 8 de julio de 2011, que en el párrafo quinto señala: “En una posterior revisión del mencionado Reglamento se identificó que el numeral 1.1 del artículo 3º, Sección 6, capítulo II, del Reglamento de Control de Encaje Legal, **se cita a la Sección 2 en lugar de la Sección 3, aspecto que fue subsanado con la CIRCULAR/ASFI/074/2011,...**”, siendo que dicha subsanación como la ASFI lo refiere es de fecha 30 de mayo de 2011.

Por lo mismo se tiene el reconocimiento expreso, de la existencia de error, en el Reglamento de Control de Encaje Legal, eso es responsabilidad exclusiva de la (sic) los funcionarios de la ASFI, aspectos que pido tener muy presente a momento de emitir la resolución jerárquica..."

10. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 5 de marzo de 2013, se llevó a efecto la audiencia de exposición oral de fundamentos que fuera solicitada por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** en su memorial de 14 de febrero de 2013, audiencia que se desarrolló conforme al registro digital que cursa en el expediente

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Conforme se desprende del Informe ASFI/DEP/R-96690/2012 de 8 de agosto de 2012, emitido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"** contaría con deficiencias en la constitución de Encaje Legal en moneda extranjera en efectivo en Fondos de Custodia.

Las deficiencias sancionadas se produjeron de acuerdo al siguiente detalle:

- Durante el periodo comprendido entre el 4 de abril de 2011 al 25 de abril de 2011, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "EL PROGRESO"**, debió mantener Bs. 3,708,527.7 (40% de su requerimiento de Encaje Legal en moneda extranjera en Fondos de Custodia), sin embargo, constituyó sólo por Bs. 401,336.1, registrando una deficiencia promedio en la constitución del Encaje Legal de Bs. 3,307,191.56 (monto menor al 40% establecido en norma).
- Durante el periodo comprendido entre el 18 de abril de 2011 y el 9 de mayo de 2011, la recurrente debió mantener Bs. 3,694,488.3 (40% de su requerimiento de Encaje Legal en moneda extranjera en Fondos de Custodia), sin embargo, constituyó por Bs. 398,055.5, registrando una deficiencia promedio en la constitución del Encaje Legal de Bs. 3,296,432.7 (menor al 40% establecido en norma).
(Información obtenida de la nota ASFI/DSR II/R-52430/2011 de 23 de mayo de 2011 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero).

En ese entendido, mediante nota ASFI/DAJ/R-116124/2012 de 14 de septiembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** con la imputación por la supuesta infracción del artículo 2º, Sección 3, Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, concordante con el artículo 17º (Fondos en Custodia) del Reglamento de Encaje Legal, aprobado por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución de Directorio N° 070/2009 de 23 de junio de 2009, modificado por Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero de 2011.

Una vez conocidos los descargos presentados mediante nota E.P. 83/2012 de fecha 28 de septiembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronuncia la -sancionatoria- Resolución Administrativa ASFI N° 530/2011 de 12 de octubre de 2012 (subsana a N° 530/2012 por la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012), que fue recurrida en fecha 1º de noviembre de 2012, dando lugar a la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012, misma que fue recurrida en instancia jerárquica por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** en fecha 20 de diciembre de 2012, recurso que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1 Normativa aplicable.-

A efectos de proceder con la compulsa correspondiente, debe previamente revisarse la normativa aplicable al caso de autos, cual se procederá a continuación:

Mediante el artículo 17 de la Resolución de Directorio N° 70/2009 de 23 de junio de 2009, emitida por el Directorio del Banco Central de Bolivia, se estableció que las entidades financieras podrán mantener hasta el **5%** de su requerimiento de encaje legal en efectivo en **moneda nacional y moneda extranjera** en Fondos de Custodia.

Tal disposición fue modificada parcialmente, mediante el artículo 2 de la Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero de 2011, de la siguiente manera:

*“Las entidades financieras podrán mantener hasta el **5%** de su requerimiento de encaje legal en efectivo en **moneda nacional** en Fondos de Custodia en cualquier plaza. Cualquier excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje.*

*Las entidades financieras deberán mantener el **40%** de su requerimiento de encaje legal en efectivo en **moneda extranjera** en Fondos de Custodia en cualquier plaza. Cualquier excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje. La deficiencia global en Fondos de Custodia en moneda extranjera no podrá ser compensada con excedentes de encaje en cuentas del BCB o encaje en títulos...”*

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

Asimismo, la Sección 3, Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras establece:

“Artículo 2º: (...)

“...Asimismo, las entidades financieras deben mantener, bajo su custodia, el 40% de los saldos de su requerimiento de encaje legal en efectivo para moneda extranjera, contabilizado en dicha moneda en la subcuenta 111.01 “Billetes y monedas”...”

2.2. Evaluación de los descargos.-

La **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, en el Recurso Jerárquico presentado, alega que mediante nota E.P. 83/2012 de 28 de septiembre de 2012, “se presentó descargos debidamente fundamentados y documentados, sin que la misma (sic) haya sido considerada”.

Tal extremo, compele a la compulsa entre la precitada nota E.P. 83/2012 de 28 de septiembre de 2012, y la consiguiente Resolución Administrativa ASFI N° 530/2011 de 12 de octubre de 2012, para establecer las conclusiones siguientes:

- Si bien la nota E.P. 83/2012 de 28 de septiembre de 2012 contiene un punteado en seis numerales, los mismos no importan seis descargos distintos, sino sólo uno, referido a que:

“Mutual El Progreso no infringió disposición de la RNBEF, ya que la doctrina Jurídica dice que no hay pena ni culpa si no hay Ley clara y, la Ley en ningún caso tiene aplicación retroactiva, visto que, la ASFI recién después de sus instrucciones, rectificó su error con la Circ. 071/2011 de fecha 30 de mayo de 2011. Inclusive la norma de Notificación de Cargos fue puesta en vigencia recién en fecha 14 de septiembre de 2012 con la Circular ASFI/DAJ/R-116124/2012...”

En ese entendido, cabe aclarar, que los seis numerales hacen al justificativo detallado de la razón a la conducta de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, después sancionada, para con ello concluir de la forma supra transcrita.

Entonces, la Resolución Administrativa ASFI N° 530/2011 de 12 de octubre de 2012 (subsanada a N° 530/2012 por la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012), debió de pronunciarse, sobre el (único) descargo presentado (supra referido).

- De la lectura de la Resolución Administrativa ASFI N° 530/2011 de 12 de octubre de 2012 (subsanada a N° 530/2012 por la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012), se establece que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a tiempo de imponer la sanción a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, estableció extremos como el siguiente:

“...la Mutual “El Progreso” señala como descargo la existencia del error en el numeral 5 de la Carta Circular 063/2011 que señala que en la Sección 6, Artículo 3, Numeral 1.1 se incorpora un párrafo que dispone: “ el importe de encaje legal requerido en efectivo en Fondos en Custodia surgirá de aplicar los porcentajes previstos en el Artículo 2, Sección 2 del Presente Reglamento”, debiendo ser la Sección 3, argumento que no corresponde sea considerado como elemento de descargo, debido a que la modificación establecida en la mencionada Sección 6 es simplemente referencial, ya que la obligatoriedad de las entidades financieras de mantener el 40% de los saldos de su requerimiento de encaje legal requerido en efectivo en moneda extranjera en fondos en custodia, disposición que ha sido incorporada en el artículo 2, Sección 3 del Reglamento de Control de Encaje Legal y comunicada al sistema financiero en el numeral 4 de la Circular ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011, por lo que dicha modificación ha sido de conocimiento de la Mutual “El Progreso” y no ha sido objeto de impugnación, motivo por el cual no puede alegar desconocimiento...”

Por consiguiente y contrariamente a lo señalado por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, sus descargos sí fueron considerados a tiempo de la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI N° 530/2011 de 12 de octubre de 2012 (subsanaada a N° 530/2012 por la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012).

2.3. Irretroactividad de la norma.-

El agravio -principal- que expresa el Recurso Jerárquico, es el siguiente:

*“... la Resolución de Directorio N° 007/2011 emitida por el Banco Central, **no hace referencia a sanción alguna**, siendo que la única Resolución (sic) que aplica para sancionar a mutual (sic) el Progreso serían la RESOLUCION ASFI N° 423/2012 de fecha 23 de agosto de 2012, la RESOLUCION ASFI N° 456/2011, de fecha 30 de mayo de 2011, por cuanto la RESOLUCION ASFI N° 039/2011, de fecha 25 de enero de 2011, solo ingresa en incongruencia y contradicción, cuanto (sic) la misma incumplen (sic) lo establecido por el art. 17 II del D.S. N° 27175, (...)*

...mediante Resolución de Directorio N° 007/2011 de fecha 18 de enero de 2011, que aprobó la modificación parcial de incremento de encaje legal, sin embargo dicha resolución emitida por el Banco Central de Bolivia, no contiene sanción alguna en caso de incumplimiento.

Lo que sí está en discusión es que dicha Resolución del Banco Central de Bolivia, generó que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante RESOLUCIÓN ASFI N° 039/2011 de fecha 25 de enero de 2011, modificó el artículo 2 sección 2 del Reglamento de Control de Encaje Legal, referido a fondos en custodia, dicha resolución precisamente no tiene alcance para mutual (sic) El Progreso, porque no maneja cuentas con empresas con participación estatal (...)

... la Resolución de la ASFI N° 675/2012 que señala: "El BCB, con Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero de 2011, aprobó la modificación parcial al artículo 17 (Fondos en Custodia) de su Reglamento de Encaje legal, incrementando del 5% al 40% la obligatoriedad de las EIF de mantener de su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda extranjera en fondos en custodia. En atención a la modificación realizada por el Ente Emisor, mediante Resolución ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011 **se modificó el Artículo 2 Sección 3 del Reglamento de Control de Encaje Legal.**" SIN EMBARGO LO SUBRAYADO EN LAS NEGRILLAS, ES ALGO INACEPTABLE, PARA UNA AUTORIDAD COMO LA ASFI, PORQUE ES UNA RELACIÓN SUBJETIVA, ES HASTA MENTIROSO, LO QUE SEÑALA LA RESOLUCIÓN DE LA ASFI AQUÍ, lo cierto es que la Resolución ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, modificó el artículo 2 de la sección 2 (...)

...En consecuencia como verdad material se tiene que la ASFI incumplió la función de reglamentar la sanción y elaboró la Resolución ASFI N° 456/2011 de fecha 30 de mayo de 2011, momento desde el cual rige su aplicación obligatoria para Mutual El Progreso. Por lo mismo no puede existir sanción sin que haya existido dicha resolución antes de dicha fecha..."

No obstante, toda vez que similares alegatos ya fueron hechos presentes a tiempo del Recurso de Revocatoria de 1° de noviembre de 2012, es pertinente rescatar la fundamentación dada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que, por ello, consta en la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012, de la que es posible obtener los elementos siguientes:

"...mediante Resolución Administrativa ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, se modificó el artículo 2, Sección 3, del Reglamento de Control de Encaje Legal, referido a Fondos en Custodia,... modificación que fue puesta en conocimiento del Sistema Financiero Nacional y de Mutual El Progreso mediante Circular ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011, (...).

...la Resolución ASFI N° 456/2011 de 30 de mayo de 2011, notifica al Sistema Financiero mediante Circular ASFI 071/2011 de 30 de mayo de 2011, modificó el Reglamento de Control de Encaje Legal... en la Sección 3, Artículo 2, (...)

...los cambios introducidos a través de la Resolución ASFI/N° 39/2011, comunicada a las entidades financieras mediante Circular 063/2011, ambas de fecha 25 de enero de 2011, **consisten en el aumento del porcentaje de 5% a 40% del encaje legal requerido en efectivo moneda extranjera, mismo que debería ser mantenido en caja y contabilizado en la subcuenta 111.01 "Billetes y monedas"** (...)

...De lo expuesto precedentemente, se advierte que la obligación de las EIF de mantener su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda nacional y extranjera en fondos en custodia data desde 1997 conforme lo establece el Reglamento de Encaje legal del BCB y desde 1999 en el Reglamento de Control de Encaje Legal de ASFI, **habiendo cambiado únicamente el porcentaje para dicho encaje cuando es en moneda extranjera.** (...)

...Mutual El Progreso, mediante carta E.P. 52/2011 de 28 de mayo de 2011, admitió haber incurrido en deficiencia de encaje legal, atribuyendo la misma a un descuido y a una falta de interpretación completa de la normativa de encaje legal (...)

...Extrañamente Mutual El Progreso señala como argumento de impugnación la existencia de un error en la referenciación del numeral 5 de la Carta Circular 063/2011 que señala que en la Sección 6, Artículo 3, Numeral 1.1. se incorpora un párrafo que dispone: "el importe de encaje legal requerido en efectivo en Fondos en Custodia surgirá de aplicar los porcentajes previstos en el Artículo 2, Sección 2 del Presente Reglamento", debiendo ser la Sección 3 (...)

...la modificación establecida en la mencionada Sección 6 **es simplemente referencial, ya que la obligatoriedad de las entidades financieras de mantener el 40% de los saldos de su requerimiento de encaje legal requerido en efectivo en moneda extranjera en Fondos en Custodia**, ha sido incorporada en el Artículo 2 Sección 3 del Reglamento de Control de Encaje Legal y comunicada al sistema financiero en el numeral 4 de la Circular ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011..."

(El subrayado y negrillas insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Compulsada la generalidad de información precedente -conforme fuera proporcionada tanto por la recurrente como por la autoridad Recurrída- con los datos que salen del expediente, es posible extraer los elementos siguientes:

2.3.1. Resolución Administrativa ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011:

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero aprueba las modificaciones al Reglamento de Control de Encaje Legal de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por cuyo mérito, entre otras, se incorpora a la Sección 3 (Título IX, Capítulo II), un artículo 2° con el tenor siguiente:

"...Artículo 2° - Fondos en Custodia.- Se considerará como parte del encaje constituido en efectivo, los saldos que las entidades de intermediación financiera puedan mantener en su cuenta caja, contabilizados en la subcuenta 111.01 "Billetes y monedas", hasta el equivalente al 5% del monto total de encaje requerido en efectivo en moneda nacional. El excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje.

Asimismo, las entidades financieras deberán mantener el 40% de los saldos de su requerimiento de encaje legal requerido en efectivo en moneda extranjera, en su cuenta caja, contabilizados en la subcuenta 111.01 "Billetes y monedas". El excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje. La deficiencia global en Fondos en Custodia en moneda extranjera no podrá ser compensada con excedentes de encaje en cuentas del BCB o encajes en títulos..."

Asimismo, al artículo 3º, Sección 6, Numeral 1.1, se incorpora el texto siguiente (Título IX, Capítulo II), un artículo 2º, con el tenor siguiente:

“...El importe de encaje legal requerido en efectivo en Fondos de Custodia surgirá de aplicar los porcentajes previstos en el Artículo 2º de la Sección 2 de presente Capítulo...”

Tales modificaciones son comunicadas (con relación detallada) a las entidades reguladas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero -la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** incluida-, mediante Circular/ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011, de donde resulta que, en cuanto a los extremos que interesan, las redacciones entre la Resolución Administrativa ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011 y la Circular que le corresponde (ASFI/063/2011) son coincidentes, no encontrándose, por tanto, razón a lo expresado por el Ente recurrido, ya que las redacciones de la Resolución Administrativa y de la Circular, guardan plena conformidad y no existe entre ellas el error al que hace referencia.

Ahora bien, en cuanto a lo señalado por la recurrente respecto a que existe **“un error en la referenciación del numeral 5 de la Carta Circular 063/2011...”** (Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), se tiene que:

*“...5. En la Sección 6, Artículo 3º, Numeral 1.1., se incorpora el siguiente texto:
“El importe de encaje legal requerido en efectivo en Fondos de Custodia surgirá de aplicar los porcentajes previstos en el Artículo 2º de la Sección 2 del presente Capítulo”.*

Siendo que el Artículo 2, de la Sección 2, del Capítulo II, Título IX, determina:

“Artículo 2º - Otras obligaciones con el público y con empresas con participación estatal.-

Los pasivos con el público y con empresas con participación estatal correspondientes a otros depósitos se registran en las siguientes subcuentas:...”

Al respecto, toda vez que la misma Autoridad, en su Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012, reconoce la existencia de un “error de diferenciación”, por cuyo mérito debió de haberse mencionado que:

“...El importe de encaje legal requerido en efectivo en Fondos de Custodia surgirá de aplicar los porcentajes previstos en el Artículo 2º de la Sección 3 de presente Capítulo...”

Entonces, tal “error de diferenciación” no se presenta únicamente en la Circular/ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011, sino que necesariamente deviene de la propia Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012, donde, conforme lo señalado, se menciona primero aquello de la “Sección 2 del Presente Reglamento”, cuando conforme lo afirmado ahora, se debió mencionar en su lugar la Sección 3.

2.3.2. Resolución Administrativa ASFI N° 456/2011 de 30 de mayo de 2011:

Por Resolución Administrativa ASFI N° 456/2011 de 30 de mayo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero **aprueba las modificaciones** al Reglamento de Control de

Encaje Legal de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por cuyo mérito, entre otros, el artículo 2° de la Sección 3 (Título IX, Capítulo II), queda con el tenor siguiente:

“...Artículo 2° - Fondos en Custodia.- Se considerará como parte del encaje constituido, en efectivo para moneda nacional, los saldos que las entidades de intermediación financiera puedan mantener, bajo su custodia, contabilizado en dicha moneda en la subcuenta 111.01 “Billetes y monedas”, hasta el equivalente al 5% del monto total de encaje requerido en efectivo en moneda nacional. El excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje.

Asimismo, las entidades financieras deberán mantener, bajo su custodia, el 40% de los saldos de su requerimiento de encaje legal en efectivo para moneda extranjera, contabilizado en dicha moneda en la subcuenta 111.01 “Billetes y monedas”. El excedente que mantengan las entidades financieras por encima de este porcentaje no será reconocido para fines de encaje. La deficiencia global en Fondos en Custodia en moneda extranjera no podrá ser compensada con excedentes de encaje en cuentas del BCB o encajes en títulos.

El encaje legal requerido en Fondos en Custodia para moneda extranjera, debe ser constituido en montos proporcionales a todas las monedas extranjeras que mantenga la entidad financiera...”

Tal modificación es comunicada a las entidades reguladas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero -la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** incluida-, mediante Circular/ASFI/071/2011 de 30 de mayo de 2011.

Resulta fundamental aquí -porque eso hace a lo recurrido-, establecer que la Resolución Administrativa ASFI N° 456/2011 de 30 de mayo de 2011, no consiste, como lo sugiere el Ente Regulador, en haber cambiado “únicamente el porcentaje para dicho encaje cuando es en moneda extranjera” previsto inicialmente por la Resolución Administrativa ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, sino que, de la comparación de las redacciones de ambos artículos 2° (supra transcritos), resulta que como bien señala la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, se aprobaron las modificaciones allí expresadas, mismas que superan el simple cambio del porcentaje para el encaje en moneda extranjera, sino que, conforme lo señala la Circular/ASFI/071/2011 de 30 de mayo de 2011, se sustituyen -totalmente, sea mediante por redacciones similares o no- los dos párrafos hasta ese entonces existentes, por otros nuevos, y se introduce uno, haciendo ahora en total tres.

2.3.3. Trascendencia de los extremos supra determinados.-

La nota de cargos ASFI/DAJ/R-116124/2012 de 14 de septiembre de 2012, imputa con el cargo a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, por haberse observado las deficiencias siguientes:

“...en la constitución de Encaje Legal en moneda extranjera en efectivo en Fondos en Custodia, registradas durante los períodos del 4 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril

al 9 de mayo de 2011 en un promedio de Bs3.307.191.56 y Bs3.296.432.74 respectivamente, infringiendo así el artículo 2° de la Sección 3, Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, concordante con el artículo 17° (Fondos en Custodia) del Reglamento de Encaje Legal, aprobado por el Banco Central de Bolivia mediante Resolución de Directorio N° 070/2009 de 23 de junio de 2009 y modificado por Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero de 2011...”

Ahora bien, de lo supra relacionado se conoce que, en las fechas correspondientes a “los períodos del 4 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril al 9 de mayo de 2011”, cuando se cometieron las acusadas infracciones, no se encontraba vigente la Resolución Administrativa ASFI N° 456/2011 de 30 de mayo de 2011, por lo que en principio, toda vez que “Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible” (Art. 116°, Par. II, Constitución Pol. del Estado), la infracción a la que hace referencia la nota de cargos ASFI/DAJ/R-116124/2012 de 14 de septiembre de 2012, cuando señala como norma infringida, “el artículo 2° de la Sección 3, Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras”, necesariamente se está refiriendo a la Resolución Administrativa ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, por cuanto aquella fue publicitada a las entidades reguladas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero -la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, entre ellas-, mediante Circular/ASFI/063/2011 de 25 de enero de 2011.

A este respecto, la recurrente alega:

“...a través de la Resolución ASFI N° 39/2011 comunicada a las entidades financieras mediante circular 063/2011 ambas de fecha 25 de enero de 2011, consistirían en el aumento del porcentaje del 5% a 40% del encaje legal requerido en efectivo moneda extranjera mismo que debería ser mantenido en caja, olvidando que dicha Resolución en la parte resolutive de manera clara establece: “RESUELVE: PRIMERO.- Aprobar las modificaciones al REGLAMENTO DE CONTROL DE ENCAJE LEGAL, incorporadas en el Título IX, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), **de acuerdo al texto contenido en Anexo que forma parte de la presente Resolución**”, En la circular refiere que el encaje legal surge como aplicación de porcentajes previstos **en el artículo 2 de la sección 2 del presente capítulo: (...)**

...Lo que sí está en discusión es que dicha Resolución del Banco Central de Bolivia, generó que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante RESOLUCIÓN ASFI N° 039/2011 de fecha 25 de enero de 2011, modificó el artículo 2 sección 2 del Reglamento de Control de Encaje Legal, referido a fondos en custodia, dicha resolución precisamente no tiene alcance para mutual (sic) El Progreso, porque no maneja cuentas con empresas con participación estatal. Así también se puede deducir de la Resolución de la ASFI N° 675/2012 que señala: “El BCB, con Resolución de Directorio N° 007/2011 de 18 de enero de 2011, aprobó la modificación parcial al artículo 17 (Fondos en Custodia) de su Reglamento de Encaje legal, incrementando del 5% al 40% la obligatoriedad de las EIF de mantener de su requerimiento de encaje legal en efectivo en moneda extranjera en fondos en custodia. En atención a la modificación realizada por el Ente Emisor, mediante Resolución ASFI N° 039/2011 de 25

de enero de 2011 **se modificó el Artículo 2 Sección 3 del Reglamento de Control de Encaje Legal.** ” SIN EMBARGO LO SUBRAYADO EN LAS NEGRILLAS, ES ALGO INACEPTABLE, PARA UNA AUTORIDAD COMO LA ASFI, PORQUE ES UNA RELACIÓN SUBJETIVA, ES HASTA MENTIROSO, LO QUE SEÑALA LA RESOLUCIÓN DE LA ASFI AQUÍ, lo cierto es que la Resolución ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, modificó el artículo 2 de la sección 2. Es por eso que existe la RESOLUCION ASFI N° 456/2011 de 30 de mayo de 2011, que establece la modificación del artículo 2 sección 3 del Reglamento de Control de Encaje Legal, de lo contrario cual la razón para la emisión de la resolución de la ASFI de 30 de mayo de 2011, no tendría razón de su pronunciamiento...”

Es decir que, en el entender de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, no le es aplicable la disposición del artículo 2º, Sección 3 (Título IX, Capítulo II), de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por cuanto, el artículo 3º, Sección 6, Numeral 1.1 (Título IX, Capítulo II), de la misma Recopilación, establece que “*El importe de encaje legal requerido en efectivo en Fondos de Custodia surgirá de aplicar los porcentajes previstos en el Artículo 2º de la Sección 2 de presente Capítulo*”, no correspondiéndole entonces la norma, “*porque no maneja cuentas con empresas con participación estatal*”.

No obstante, tal lógica importa que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, ha confundido la causa de la sanción, esta es, de acuerdo a la nota de cargos ASFI/DAJ/R-116124/2012 de 14 de septiembre de 2012, haber presentado deficiencias “*en la constitución de Encaje Legal en moneda extranjera en efectivo en Fondos en Custodia, registradas durante los períodos del 4 al 25 de abril de 2011 y del 18 de abril al 9 de mayo de 2011 en un promedio de Bs3.307.191.56 y Bs3.296.432.74 respectivamente*”.

Ahora, de la atenta lectura de los párrafos -supra transcritos- correspondientes a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en la redacción resultante de la Resolución Administrativa ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, se tiene que la determinación de la Sección 3 (Título IX, Capítulo II), artículo 2º, al hacer referencia a que “*las entidades financieras deberán mantener el 40% de los saldos de su requerimiento de encaje legal requerido en efectivo en moneda extranjera, en su cuenta caja, contabilizados en la subcuenta 111.01*”, es suficientemente claro acerca de la forma de proceder para el caso señalado, constituyendo una orden taxativa a ser cumplida y que no resulte dependiente de cualquier otro factor.

En tal sentido, el **artículo 3º, Sección 6, Numeral 1.1**, también de la Recopilación, como también referido por la Resolución Administrativa ASFI N° 039/2011 de 25 de enero de 2011, al señalar que “*El importe de encaje legal requerido en efectivo en Fondos de Custodia surgirá de aplicar los porcentajes previstos en el Artículo 2º de la Sección 2 de presente Capítulo*”, entonces determina un efecto de la aplicación del procedimiento del artículo 2º, Sección 3 (Título IX, Capítulo II), por tanto, que no hace al mismo como que por ello, no le afecta, desvirtúa, deja sin efecto o anula.

Consiguientemente, tampoco irrita al cargo imputado y después sancionado, determinando sea inatendible lo alegado y pretendido por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, en lo que hace a este extremo.

2.4. Errores formales de la Resolución sancionatoria.-

El Recurso Jerárquico identifica dos errores a tiempo del pronunciamiento de la Resolución Administrativa ASFI N° 530/2011 de 12 de octubre de 2012 (subsana a N° 530/2012 por la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012).

En concreto, señala:

- "...se refirió la RESOLUCION ASFI N° 530/2011, cuanto (sic) estamos en el año 2012,..."
- "...asimismo refiere que mediante carta EP. 83/2012 presentada en fecha **28/12/2012**, por Mutual de Ahorro y Crédito para la Vivienda El Progreso, cuando estamos a los veinte días del mes de diciembre de 2012,..."

Al respecto, queda claro que tales errores han sido admitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuando en la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012, ha señalado:

"...El artículo 31 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 15 de abril de 2002, prevé que las entidades públicas puedan subsanar de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos que existan en sus actos, con la única condición que los elementos subsanados no alteren sustancialmente la Resolución.

A su vez, el artículo 56, inciso c) del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, señala que la rectificación consistirá en la corrección de errores materiales y/o aritméticos.

*En conclusión, considerando que **las observaciones de la entidad recurrente, constituyen errores materiales que no alteran la sustancia de la Resolución impugnada ni lesionan los intereses o la defensa del administrado, corresponde se subsanen los mismos en el presente acto, siendo irrelevante y estéril su observación como argumento de impugnación...*** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Luego, en la parte dispositiva, artículo segundo, de la precitada Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012, resuelve:

*"...**SEGUNDO:** Subsana el error material consignado en la numeración de la Resolución impugnada, **correspondiendo el número ASFI N° 530/2012** para todos sus efectos legales, en aplicación del artículo 31 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, quedando firme y subsistente el contenido de la referida Resolución..."* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El precitado artículo 31° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), establece que:

“...ARTÍCULO 31°. (Correcciones de Errores). Las entidades públicas corregirán en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos que existan en sus actos, sin alterar sustancialmente la Resolución...”

Entonces, en lo que hace al primer error acusado (“se refirió la RESOLUCION ASFI N° 530/2011, cuanto (sic) estamos en el año 2012”), el mismo fue debidamente subsanado por la propia autoridad que lo cometió, de manera tal que, al presente, debe tenerse como la que resuelve el cargo y los descargos, y sanciona la infracción, a la Resolución Administrativa ASFI N° 530/2012 de 12 de octubre de 2012.

En cuanto al segundo error (“refiere que mediante carta EP. 83/2012 presentada en fecha **28/12/2012**,... cuando estamos a los veinte días del mes de diciembre de 2012,...”), si bien la consideración del Ente Regulador -supra citada- le es también inherente, no obstante, a diferencia del primero, no termina por pronunciarse sobre ello, dejándolo en la incertidumbre.

Sin embargo, resulta que le es aplicable al caso lo señalado por el artículo 36° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo):

“...ARTÍCULO 36°. (...)

II. (...) el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados...”

No acomodándose el presente, al presupuesto señalado por la norma última mencionada.

Asimismo, debe quedar claro que, de conformidad con el artículo 56°, también de la Ley N° 2341:

“...ARTÍCULO 56°. (Procedencia).

*I. Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados **afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos...**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Y en el caso de autos, en concreto, en los memoriales de los recursos de fechas 1° de noviembre de 2012 (de Revocatoria) y 20 de diciembre de 2012 (Jerárquico), no se concluye, de manera alguna, que los extremos referidos a “la RESOLUCION ASFI N° 530/2011, cuanto (sic) estamos en el año 2012, asimismo refiere que mediante carta EP. 83/2012 presentada en fecha **28/12/2012**,... cuando estamos a los veinte días del mes de diciembre de 2012”, le ocasionen a la recurrente, afectación, lesión o perjuicio “a sus derechos subjetivos o intereses legítimos”, quedando tal alegato en la calidad que la propia **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** señala, es decir, como ejemplo de haberse producido errores.

En todo caso, cual agravio, está claro que no ameritan mayor consideración al resultar infundados.

2.5. El principio non bis in ídem.-

Señala el Recurso Jerárquico también, que:

“...Persiste en la Resolución ASFI N° 675/2012 la vulneración al art. 117 II de la Constitución Política del Estado, porque nuevamente la Mutual está siendo procesado y condenado (sic) por el mismo hecho, a mayor abundamiento, en anterior proceso erróneo incongruente y lejos del debido proceso, mediante carta ASFI/DNP/R- 93903/2011 de fecha 8 de septiembre de 2011 (...)

Por lo que al presente se tiene que existe nueva condena por el mismo hecho, presuntas deficiencias de encaje legal, partes ASFI y MUTUAL EL PROGRESO (sic)...”

El precitado artículo 117°, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, señala:

“...Artículo 117. (...)

II. Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho...”

Así expuesto, importa la positivización del principio de la *non bis in ídem* (“no dos veces por la misma causa”).

Asimismo, la mencionada nota ASFI/DNP/R-93903-2011 de fecha 8 de septiembre de 2011, dirigida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, está referida a la “imposición de la multa ha sido realizada en aplicación a las modificaciones del Reglamento de Control de Encaje Legal”, como acto administrativo de menor jerarquía, conformó un proceso administrativo anterior, que concluyera con la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 035/2012 de 11 de junio de 2012 (dentro del Recurso Jerárquico interpuesto por la misma recurrente, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 006/2012 de 12 de enero de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011), y que resolvió:

*“...ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 801/2011 de 22 de noviembre de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia y en su lugar, expedirse la nota de cargos extrañada, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica...”*

Amén lo palmario de tal disposición, es aún pertinente traer a colación lo señalado por el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, cuando en su artículo 44° señala:

“...Artículo 44.- (Formas de Resolución en Recurso Jerárquico). La Superintendencia General del SIREFI (aquí léase “el Ministro de Economía y Finanzas Públicas”, por disposición del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009), en recurso jerárquico,... podrá resolver disponiendo la reposición de obrados con la anulación del procedimiento hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente...”

Se tiene ahora presente que, *reposición* es, en los términos Cabanellas (en su *Diccionario*), “el acto por el cual el juez vuelve a poner el pleito en el estado en que se encontraba antes...”, y ello es necesariamente, a efectos de la nueva sustanciación del trámite sin vicios y sin infracción al derecho de defensa del imputado o procesado, porque de lo contrario, importaría inobservancia de los artículos 24° (derecho a la petición y a la obtención de respuesta) y 120°, parágrafo I (derecho a ser oída por autoridad jurisdiccional competente) de la Constitución Política del Estado, y 16°, inciso ‘a’ (derecho a formular peticiones por ante la Administración Pública) de la Ley N° 2341 -de Procedimiento Administrativo- de 23 de abril de 2002.

En todo caso, queda claro que no sólo en el caso de autos, y con relación al proceso administrativo anterior, no “*Persiste... la vulneración al art. 117 II de la Constitución Política del Estado*”, ni “*nuevamente la Mutual está siendo procesado y condenado (sic) por el mismo hecho*”, sino que, la nota ASFI/DAJ/R-116124/2012 de 14 de septiembre de 2012, sobre cuya base se han desarrollado los procesos sancionatorio y recursivo que por el presente se conocen, importan el cumplimiento a lo expresamente determinado por el artículo único de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 035/2012 de 11 de junio de 2012, determinando a su vez, resulte inatendible lo ahora alegado por la recurrente.

2.6. Validez del señalamiento del domicilio.-

Por último, la recurrente la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**, ha reclamado también que:

“...el recurso de revocatoria interpuesto en el presente caso, en un otrosí se señala el domicilio especial a los efectos del art. 46 del DS. 27113, pero la notificación con la Resolución N° 675/2012 que resuelve el recurso de revocatoria, se la efectúa en la ciudad de Oruro en oficinas de Mutual El Progreso, lo que genera mayor gasto para la Mutual porque tiene que enviar la resolución hasta la ciudad de La Paz, lo que amerita un costo aparte...”

De la revisión de obrados, se evidencia que efectivamente, a tiempo de la interposición del Recurso de Revocatoria de 1° de noviembre de 2012 (que señala haberse firmado en esta ciudad de La Paz), en el otrosí 3° del memorial correspondiente, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** ha señalado:

“...Otrosí 3°.- Domicilio especial a los efectos del art. 46 del D.S. 27113, Edificio San Francisco N° 202 Piso 1 Oficina N° 10...”

El mencionado artículo 46° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo (Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003), señala que:

*“...ARTÍCULO 46.- (**SEÑALAMIENTO DE DOMICILIO**). Los administrados que intervengan en un procedimiento fijarán domicilio en su primera actuación, dentro del radio urbano asiento de la sede del respectivo órgano o entidad administrativa. Si no constituyen domicilio especial, se estará a lo dispuesto en la parte final del Artículo 43 (“Notificación en secretaría”) de este Reglamento...”*

No obstante lo anterior y de su aplicabilidad al caso por imperio de la disposición adicional segunda, se debe tener en cuenta que, con la fuerza del artículo 2°, parágrafo II, ambos del mismo Reglamento, es más bien aplicable al caso, lo establecido por el artículo 25°, parágrafo III, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, mismo que, en lo que interesa, señala:

*“...Artículo 25.- (**Notificación**) (...)*

*III. Serán objeto de **notificación personal**, los siguientes actos: (...)*

e) La resolución que resuelva un recurso de revocatoria...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Presupuesto que hace al caso mencionado por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** en su recurso actual.

Resulta evidente que el artículo 25°, numeral III, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, axiológicamente busca ofrecer las mayores garantías al administrado, para que sean de su conocimiento las determinaciones administrativas que allí se señalan, por su mayor trascendencia teórico - jurídica, con relación a otras; empero en su brevedad, no ha conceptualizado con precisión, el carácter personal al que hace referencia, fundamentalmente cuando el administrado no resulta en una persona de existencia física, sino en una de existencia jurídica (colectiva), como lo es, por ejemplo, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”**.

No obstante todo ello, y no existiendo razón para presumir infracción a lo que al efecto señala el artículo 4°, inciso ‘e’ (principio de buena fe) de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se debe rescatar que en la práctica habitual, no suelen presentarse conflictos en la actuación de la Administración, por mera observancia del criterio jurídico que ha señalado el Tribunal Constitucional Plurinacional:

“...los emplazamientos, citaciones y notificaciones (notificaciones en sentido genérico), que son las modalidades más usuales que se utilizan para hacer conocer a las partes o terceros interesados las providencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales o administrativos, para tener validez, deben ser realizados de tal forma

que se asegure su recepción por parte del destinatario; pues la notificación, no está dirigida a cumplir una formalidad procesal en sí misma, sino a asegurar que la determinación judicial objeto de la misma, sea conocida efectivamente por el destinatario (así SC 0757/2003-R de 4 de junio); dado que solo el conocimiento real y efectivo de la comunicación asegura que no se provoque indefensión en la tramitación y resolución en toda clase de procesos; pues no se llenan las exigencias constitucionales del debido proceso, cuando en la tramitación de la causa se provocó indefensión (art.16.II y IV de la CPE); sin embargo, en coherencia con este entendimiento, toda notificación por defectuosa que sea en su forma, que cumpla, con su finalidad (hacer conocer la comunicación en cuestión), es válida...” (Sentencia Constitucional 0266/2010-R de 7 de junio de 2010).

Constando para el caso de autos, que la notificación a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “EL PROGRESO”** con la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012, ha cumplido con su objetivo de que la recurrente conozca el contenido de la misma -la interposición del Recurso Jerárquico da plena fe de ello-, el alegato en este sentido resulta infundado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 530/2011 de 12 de octubre de 2012 (subsanaada a N° 530/2012 por la Resolución Administrativa ASFI N° 675/2012 de 30 de noviembre de 2012), ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 941-2012 DE 05 DE DICIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 024/2013 DE 10 DE MAYO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 024/2013

La Paz, 10 de Mayo de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SA. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 941-2012 de 5 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de 16 de octubre de 2012.

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 941-2012 de 5 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de 16 de octubre de 2012.

Los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 023/2013 de 29 de marzo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 053/2013 de 8 de abril de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 24 de diciembre de 2012, Futuro de Bolivia S. A. Administradora de Fondos de Pensiones (Futuro de Bolivia S.A. AFP), legalmente

representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 941-2012 de 5 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de 16 de octubre de 2012.

Que, por memorial presentado el 26 de diciembre de 2012, Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.), legalmente representada por su Jefe de Control y Finanzas la Sra. Luly Callejas Banegas, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 513/2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 941-2012 de 5 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de 16 de octubre de 2012.

Que, mediante nota APS/10247/2012, con fecha de recepción 28 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 941-2012 de fecha 5 de diciembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 2 de enero de 2013, notificado en fecha 3 de enero de 2013, se admite ambos Recursos Jerárquicos contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 941-2012 de fecha 5 de diciembre de 2012.

Que, en fecha 22 de febrero de 2013, a horas 10:45 y en fecha 14 de marzo de 2013, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de **Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones y Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A.**, respectivamente.

CONSIDERANDO:

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

1. ANTECEDENTES.-

Que, Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.), mediante nota PREV.CONT FDS. 01333/05/2011 de 31 de mayo de 2011, efectuó la consulta a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, referente a que si corresponde el pago de la Comisión del 0,85% del Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, de acuerdo a lo establecido mediante Resolución Administrativa/SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007.

Que, a través de la nota APS/DJ/549/2012 de 24 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, realizó la consulta del cobro de la Comisión del 0.85%, al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros.

Que, el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros mediante nota MEFP/VPSF/DGP/USIP/No.0097/2012 de 17 de abril de 2012 comunica a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que deberá velar por el estricto cumplimiento de la normativa vigente en relación a la consulta efectuada mediante nota APS/DJ/549/2012.

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012, mediante la cual señala lo siguiente:

"...Nos dirigimos a usted en atención a la nota cite PREV.CONT.FDS.01333/05/2011 y a las consultas efectuadas por BBVA Previsión AFP S.A. con respecto a si la Administradora puede proceder a efectuar el cobro de Comisión del 0.85% por la administración de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.

Al respecto, tengo a bien comunicar a usted que esta Autoridad ha efectuado la consulta al Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, entidad que mediante nota Cite: MEFP/VPSF/DGP/USIP/Nº 0097/2012, se ha pronunciado señalando que: "...la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en el marco de sus atribuciones y competencias definidas por la Ley Nº 65 de Pensiones y la normativa vigente, deberá velar por el estricto cumplimiento de las mismas..."

En este sentido, de acuerdo al análisis efectuado por esta Autoridad, en virtud al párrafo VIII del artículo 177 de la Ley Nº 065 de Pensiones y considerando que el 01 de febrero de 2011, se inicia la recaudación de Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones, no corresponde el cobro de la comisión del 0.85% por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, señalada en la nota PREV.CONT.FDS.01333/05/2011, a partir de la fecha antes mencionada..."

Que, BBVA Previsión AFP S.A. mediante memorial de 1 de octubre de 2012 y Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.APS.AL.2064/2012 de 3 de octubre de 2012, solicitan que la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012 sea consignada en Resolución Administrativa.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/Nº 809-2012 DE 16 DE OCTUBRE DE 2012.-

Que mediante Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 809-2012 de 16 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió lo siguiente:

“ÚNICO.- I. *Pronunciarse con referencia a las solicitudes de BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP, para lo cual se consigna en Resolución Administrativa la nota APS/DPC/7287/2012, de 21 de septiembre de 2012, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175, de 15 de septiembre de 2003.*

II. *La nota APS/DPC/7287/2012, de 21 de septiembre de 2012, forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa..."*

Los argumentos expuestos en la resolución son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que como antecedentes del presente caso se tiene que, mediante nota PREV.CONT FDS. 01333/05/2011 de 31 de mayo de 2011, BBVA Previsión AFP S.A. efectúa la consulta referente al pago de la comisión del 0,85% por Administración de Prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral de acuerdo a lo establecido mediante Resolución Administrativa/SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007.

Que a través de la nota APS/DJ/549/2012 de 24 de enero de 2012, la APS consulta al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros sobre la aplicación del cobro de la comisión del 0,85% por Administración de Prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, realizada por parte de la AFP.

Que el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros con nota MEFP/VPSF/DGP/USIP/No.0097/2012 de 17 de abril de 2012 comunica a la APS que deberá velar por el estricto cumplimiento de la normativa vigente en relación a la consulta efectuada mediante nota APS/DJ/549/2012.

Que la APS con nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012, en su parte pertinente señala lo siguiente:

“En este sentido, de acuerdo al análisis efectuado por esta Autoridad, en virtud al párrafo VIII del artículo 177 de la Ley No.065 de Pensiones y considerando que el 01 de febrero de 2011, se inicia la recaudación de Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones, no corresponde el cobro de la comisión del (sic) 0,85% por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, señalada en la nota PREV.CONT FDS. 01333/05/2011, a partir de la fecha antes mencionada.”

Que BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP en fechas 02 y 03 de octubre de 2012 respectivamente, solicitan que la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012 sea consignada en Resolución Administrativa.

Que con carácter previo al análisis de la controversia corresponde señalar que, el artículo 177 de la Ley de Pensiones establece que durante el período de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No.1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria; así como lo dispuesto en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el período de transición.

Que a su vez el punto VIII del artículo 177 de la Ley de Pensiones, en lo pertinente señala lo siguiente:

“VIII. Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran autorizadas a cobrar las Comisiones o Comisión, conforme lo siguiente:

- a) La Comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones.”*

Que en virtud a lo expuesto, cabe señalar que las Administradoras de Fondos de Pensiones durante el período de transición deben continuar cumpliendo todas las obligaciones determinadas por los Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria.

Que el artículo 2 del Decreto Supremo N° 0778, de 26 de enero de 2011, establece como inicio de la recaudación de las Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios en el Sistema Integral de Pensiones a los períodos de cotización enero 2011 (en el caso de Asegurados Dependientes) y febrero 2011 (en el caso de Asegurados Independientes), siendo que para ambos casos se entiende que el pago de Contribuciones inicia a partir del primer día hábil del mes de febrero 2011.

Que asimismo, la Circular AP/DPC/CO/01-2011, de 07 de enero de 2011, establece que a partir del primer día hábil del mes de febrero de 2011 se inicia la recaudación del Sistema Integral de Pensiones, disponiendo y estableciendo para este fin los Formularios de Pago de Contribuciones así como los medios de comunicación a empleadores y público en general.

Que por lo expuesto, corresponde atender la solicitud de BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP....”

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 8 de noviembre de 2012, Futuro de Bolivia S. A. Administradora de Fondos de Pensiones, (Futuro de Bolivia S.A. AFP) presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/N°809-2012 de 16 de octubre de 2012, señalando lo siguiente:

“...II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

1) NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE IMPUGNA.-

*Conforme con lo establecido por el artículo 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento administrativo, todo acto administrativo debe contener como elemento esencial, entre otros, el referido en el inciso e) que a la letra dice: **“Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo”.***

El referido inciso b) determina que el acto administrativo "debe sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable".

Como su Autoridad podrá advertir la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012 consignada posteriormente en la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 809-2012 de fecha 16 de Octubre de 2012 objeto de impugnación, se limita a señalar que por el análisis que se habría efectuado de la Ley No. 065, en su Artículo 177, parágrafo VII (sic), no corresponde el cobro de la comisión del 0,85%.

El acto administrativo contenido en dicha Nota dispone la modificación de la regulación normativa que se había aplicado en materia del cobro de la comisión señalada, hasta esa fecha. No obstante los efectos que esta modificación conlleva, se advierte la omisión del regulador de cumplir con la fundamentación y motivación que debe anteceder a dicho acto administrativo para al menos, justificar esta modificación. Máxime si éste cambio unilateral comprende incuestionablemente la afectación de los derechos subjetivos e intereses legítimos de Futuro de Bolivia que percibe esta comisión del 0.85% por concepto de los servicios que efectivamente prestó y presta hasta el presente.

La ausencia de motivación y fundamentación también se advierte en la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 809-2012 de 16 de octubre de 2012 que se limita a referir como precedente normativo la aplicación del Artículo 177 de la Ley de Pensiones No. 065, cuando la motivación de dicho acto implica la valoración normativa, la adecuación del hecho a la hipótesis legal, con el consiguiente análisis lógico del alcance y el objeto de las disposiciones que merecen ser modificadas.

Su Autoridad evidenciará la ausencia de motivación y de enlace lógico entre la normativa aplicable y la regulación que ahora se pretende imponer, restringiendo el derecho legítimo a percibir la comisión del 0.85% por riesgo común, riesgo profesional y riesgo laboral, servicios que FUTURO DE BOLIVIA continúa prestando hasta la fecha, al amparo del Contrato de Prestación de Servicios suscrito con el Estado Boliviano. Cabe precisar que la doctrina administrativa pregona ampliamente la importancia de la motivación del acto administrativo, así por ejemplo citamos a Gordillo cuando señala "el acto debe estar razonablemente fundado, o sea, debe explicar en sus propios considerandos, los motivos y los razonamientos por los cuales arriba a la decisión que adopta. Esa explicación debe serlo tanto de los hechos y antecedentes del caso, como del derecho en virtud del cual se considera ajustada a derecho la decisión y no pueden desconocerse las pruebas existentes ni los hechos objetivamente ciertos". (Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo II - 36 Y 37 T. IV).

En esta línea doctrinal, el artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175 establece expresamente la obligación para el regulador de emitir una Resolución Administrativa "**DEBIDAMENTE FUNDADA Y MOTIVADA**". Dicho mandato legal en la Resolución Administrativa que impugnamos, no se ha cumplido.

Finalmente, es pertinente señalar las consideraciones de la jurisprudencia constitucional contenida en el SC 0752/2002 - R de 25 de junio que recogiendo lo señalado en la SC 1369/2001 - R de 19 de diciembre, estableció que el derecho al debido proceso "... exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no solo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es el fallo decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión". En esta línea de la jurisprudencia constitucional se ha manifestado el Tribunal Constitucional Plurinacional en varias Resoluciones SC 1365/2005-R, SC 2227/2010-R que su Autoridad se servirá considerarlas como precedentes jurisprudenciales que deben orientar su actuación administrativa.

En mérito a los argumentos jurídicos expuestos, su Autoridad advertirá que la Resolución Administrativa no ha cumplido con el elemento esencial contenido en el inciso e) del Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que no contiene la debida fundamentación y motivación de lo dispuesto en la parte dispositiva, con la consiguiente **NULIDAD**, del referido acto al amparo del artículo 35 inciso e) y artículo 30 inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo, al haberse transgredido el mandato contenido en el artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175. Por lo anterior, solicitamos que sin mas (sic) trámite disponga la **REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/Nº 809-2012 de fecha 16 de Octubre de 2012 con la consiguiente NULIDAD DE OBRADOS Y ARCHIVO DE TRAMITE.**

2) DERECHO LEGÍTIMO DE FUTURO DE BOLIVIA A PERCIBIR LA COMISIÓN DEL 0,85%.-

En el inadmitido y menos consentido supuesto que su Autoridad rechazare la NULIDAD invocada en el numeral 1) anterior, sin perjuicio de reservarnos el ejercicio de nuestros derechos que por ese rechazo nos correspondiera, impugnamos igualmente la Resolución Administrativa No. APS/DPC/Nº 809-2012 de fecha 16 de Octubre de 2012 por ser este acto administrativo atentatorio a nuestros derechos e intereses legítimos que a continuación exponemos y que su Autoridad se servirá valorarlos bajo la sana crítica y la razonabilidad que debe imperar en sus actuaciones:

2.1 Antecedentes normativos para el cobro de la comisión del 0.85 %.

El Decreto Supremo No. 29826 de fecha 15 de noviembre de 2006 estableció la obligación de las AFP de administrar totalmente las prestaciones de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral, siendo la fecha de inicio de cobertura determinada para el efecto, el 1º de noviembre de 2006.

El artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007, determinó "**Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral** del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, en el periodo establecido por el Decreto Supremo No. 28926 de 16 de noviembre de 2006, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas" (el subrayado es nuestro).

El artículo (sic) 5° de la Resolución citada, estableció que "La vigencia de la comisión, quedará automáticamente resuelta, **a tiempo del vencimiento del período transitorio de administración total...**".

Como es de conocimiento de su Autoridad, no se licitó la administración de los seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, por lo que dicho período transitorio se prolongó en principio hasta la promulgación de la nueva Ley de Pensiones No. 065, pero además con los efectos de continuidad que la propia Ley 065 dispuso. De tal modo que FUTURO DE BOLIVIA ha continuado y continúa con la administración de dichos seguros en el Sistema Integral de Pensiones. FUTURO DE BOLIVIA ha asumido por mandato legal las funciones de la aun (sic) inexistente Entidad Pública de Seguros.

2.2 De la legitimidad del cobro de la comisión del 0.85%.

El artículo 32 (Servicios y Comisiones), inciso c) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, estableció como derecho irrenunciable de FUTURO DE BOLIVIA a percibir una remuneración por los servicios prestados, al señalar que "El servicio de pago de Pensiones del seguro social obligatorio de largo plazo..., serán remunerados mediante comisiones correspondientes a cada uno de dichos pagos".

En el marco de lo establecido por el Art. 32, inciso c) de la Ley N° 1732 y conforme los antecedentes normativos detallados en el párrafo I., la CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA del Contrato de Prestación de Servicios suscrito por Futuro de Bolivia y la entonces Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros en sus numerales 15.2 y 15.4, otorga la facultad de FUTURO DE BOLIVIA para el **cobro de Comisiones Competitivas**, así como el, numeral 15.8 del predicho contrato de prestación de servicios que señala lo siguiente: "**15.8 Cobro de Comisiones con posterioridad al Período de Exclusividad**. Con posterioridad al vencimiento del Período de Exclusividad, la AFP podrá cobrar comisiones de acuerdo a las condiciones de mercado o a las que se determinen en forma específica por la Superintendencia mediante los mecanismos permitidos por la Ley de Pensiones y sus Normas Reglamentarias".

En ese contexto la ex SPVS mediante la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007, determinó **Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común**, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas".

Por su parte el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, en su disposición Final Primera estableció como comisión máxima por los servicios prestados en el marco del Decreto Supremo No. 28926, el cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre las primas recaudadas y acreditadas, enmarcando así dicha comisión al ámbito de los numerales 15.2, 15.4 y 15.8 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito con FUTURO DE BOLIVIA.

El artículo 177 de la Ley N° 065 establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante el Contrato de prestación de servicios suscrito con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición.

Al presente, el Contrato de Prestación de Servicios y sus adendas se encuentran plenamente vigentes y, conforme a lo establecido por el Art. 192 de la Ley N° 065, recién quedarán resueltos una vez concluido el periodo de administración transitorio.

De acuerdo con este marco contractual, FUTURO DE BOLIVIA se encuentra plenamente legitimada para percibir por concepto de REMUNERACIÓN la comisión del 0.85%, en contraprestación a los servicios de pago de prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral que efectivamente se encuentra prestando en tanto la Entidad Pública de Seguros no se haga cargo de dichos servicios.

2.3 Inobservancia al Art. 177, parágrafo VIII de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.

La Ley N° 065 en su Artículo 177, parágrafo VIII señala que: "Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran autorizadas a cobrar las Comisiones o Comisión, conforme a lo siguiente:

- a) **La Comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones.**
- b) **Las Comisiones por servicio de administración de portafolio, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.**

El porcentaje de las comisiones será el mismo que las Administradoras de Fondos de Pensiones percibían hasta antes de la fecha de promulgación de la presente Ley. La Comisión del Sistema Integral de Pensiones será la determinada en la presente Ley.

Las Administradoras durante el periodo de transición podrán deducir los costos de transacciones y de la custodia de los Fondos de Pensiones administrados."

La comisión señalada en el inciso a) es aplicable solo a los aportes por periodos que corresponden al SSO con corte al periodo cotizable diciembre/2010; y que en la actualidad se sigue cobrando por el pago de aportes en mora.

Las comisiones a las que se hace referencia en el inciso b) engloban todas las comisiones que actualmente cobran las AFP, comisiones que además están facultadas a seguir cobrando en los montos determinados antes de la promulgación de la Ley N° 065, hasta que termine el periodo de transición, cuya relación es la siguiente:

- Comisiones por administración de portafolio.
- Comisiones por pago de pensiones de jubilación: Uno, punto treinta y uno por ciento (1.31%) sobre el monto total de las Prestaciones de Vejez y CC Mensual.
- Comisión por pago de Pensiones de Riesgos Común, Profesional y/o Laboral: Cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre primas recaudadas y acreditadas, esta comisión fue aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007.
- La comisión del SIP, que aplica a la recaudación de aportes a partir del período cotizable enero/2011 y que en el caso de las AFP, reemplaza a la comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones.

La Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de fecha 16 de Octubre de 2012 desconoce implícitamente los alcances del Artículo 177 antes transcrito. Esta disposición condiciona el pago de las comisiones, entre éstas las que corresponden por el pago de Pensiones de Riesgos Común, Profesional y/o Laboral (0.85%), hasta la fecha de inicio de las actividades de la Gestora Pública, en el entendido que ésta entidad deberá asumir efectivamente las coberturas que establece el artículo 51 de la Ley No. 065 en tanto no se cree la Entidad Pública de Seguros. Esta circunstancia a la fecha no se ha cumplido toda vez que FUTURO DE BOLIVIA continúa prestando estas prestaciones y por tanto, se mantiene pendiente la condición dispuesta por el artículo 177 de la Ley No. 065 referida a la finalización del periodo de transición.

2.4 De la Responsabilidad de pago de las prestaciones de riesgos común, profesional y laboral dentro del SIP.-

El artículo 51 de la Ley 065, establece que "**La Entidad Pública de Seguros queda obligada a otorgar las coberturas de las Prestaciones de Invalidez, Pensiones por Muerte por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y Gastos Funerarios, al cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en la presente Ley y disposiciones reglamentarias, asumiendo la responsabilidad plena del pago de la totalidad de las Prestaciones, Pensiones y Gastos Funerarios, constituyendo para el efecto las reservas requeridas**".

La obligación de otorgar las coberturas que señala el artículo 51, a la fecha continua siendo asumida por FUTURO DE BOLIVIA, por lo que el derecho a

percibir una remuneración por este concepto, debe ser retribuida en tanto su administración se mantenga bajo la responsabilidad de FUTURO DE BOLIVIA, en estricta sujeción al Contrato de Prestación de Servicios suscrito con el Estado Boliviano.

No obstante que de acuerdo con la Ley N° 065, el pago de las prestaciones de riesgo común, profesional y/o laboral, son responsabilidad de la Entidad Pública de Seguros aun (sic) por crearse, la administración de estas prestaciones se mantiene legalmente confiada a FUTURO DE BOLIVIA. En este contexto, el marco legal y contractual que legitima a FUTURO DE BOLIVIA al derecho a percibir el pago de la comisión del 0.85%, se encuentra plenamente vigente hasta la culminación del periodo transitorio conforme establece el artículo 177 de la Ley No. 065...”

Por memorial presentado el 9 de noviembre de 2012, Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A. (BBVA Previsión AFP S.A.), presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/N°809-2012 de 16 de octubre de 2012, señalando lo siguiente:

“... II FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-

- 1) Todo acto administrativo debe contener ciertos elementos exigidos en la normativa administrativa, mismos que no se cumplen en conjunto en la Nota APS/DPC/7287/2012 y en la R.A. 809/2012.
- a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente;
- b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;
- c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible.
- d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;
- e) **Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo;** y,
- f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

Como se podrá apreciar uno se los requisitos principales a efectos de que los regulados puedan ejercer su derecho a la defensa, es que los actos administrativos sean claros y debidamente fundamentados, haciendo mención a los antecedentes, hechos y fundamentos jurídicos en los que basan su fallo o determinación; tanto la nota APS/DPC/7287/2012 como así también la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809- 2012 de 16 de octubre de 2012, simplemente se limitan a manifestar que de acuerdo al análisis jurídico que se hubiera efectuado de la Ley 065, en su artículo 177, par. VII, sin establecer cual el análisis por el que no se debiera cobrar la comisión del 0,85%, quebrantando lo establecido en el art. 28, inciso e) de la Ley N° 2341, lo que conlleva una vulneración franca al derecho de esta Administradora de Pensiones de cobrar una retribución por servicios que no forman parte de sus obligaciones, que de

modo alguno pueden pasar desapercibidos por el Regulador, quien debe velar por el cumplimiento de la Ley y sobretodo la Constitución Política del Estado, que no permite el trabajo gratuito peor aún tratándose de una empresa privada a la que se la deja en estado de indefensión por no saber cuales los argumentos del Regulador para asumir esa posición.

III ANTECEDENTES SOBRE EL DERECHO DE LAS AFP AL COBRO DE UNA COMISIÓN DEL 0.85% POR LA ADMINISTRACIÓN DE LOS SEGUROS DE RIESGO COMÚN Y PROFESIONAL/LABORAL.

El Decreto Supremo 29826 de fecha 15 de noviembre de 2006 estableció la obligación de las AFP de administrar totalmente las prestaciones de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral, cuya fecha de inicio de cobertura fue el 1° de noviembre de 2006.

El artículo 1° de Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007, determina "Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, en el periodo establecido por el Decreto Supremo No. 28926 de 16 de noviembre de 2006, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas".

El Decreto Supremo 29400 en su Disposición Final Primera dispuso: "... La comisión máxima que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que presta dentro de los alcances del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de septiembre de 2006 y durante el periodo establecido en el mismo, será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de las primas recaudadas y acreditadas"

El Decreto Supremo N° 28926 en cuanto a la vigencia del periodo de administración de los Seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional/Laboral por parte de las AFP, estableció la administración transitoria de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional/Laboral por las AFP hasta la SPVS emita una licitación pública en al (sic) que se convoque a las Entidades Aseguradoras, quienes por Ley eran las encargadas de administrar los riesgos, obligaciones que nunca fueron contempladas para que las realicen las AFPs, y es por ello que el Estado Plurinacional de Bolivia determinó mediante Decreto Supremo en su momento la comisión del 0.85% por esos servicios. En el ejercicio de sus funciones y facultades legales también la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros emitió de la R.A. SPVS 820/2007 que en el artículo articulo (sic) 5° estableció: "La vigencia de la comisión, quedará automáticamente resuelta, a tiempo del vencimiento del período transitorio de administración total...", es importante recordar que este periodo transitorio NO finalizó hasta la fecha, pues no existe la convocatoria o licitación pública para la administración de los Riesgos, y sea adjudicada a una Entidad Especializada como lo exigía la Ley 1732 en su momento y ahora también lo determina la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 tampoco a la fecha existe una entidad especializada en seguros que se este (sic) haciendo cargo de estos servicios.

IV. SUSTENTO LEGAL DE LA COMISIÓN DEL 0.85%.-

Ambos ordenamientos jurídicos tanto la 1732 como la 065 de Pensiones establecen claramente que no son las AFPs las obligadas a administrar los Riesgos, es más ni siquiera la Gestora Pública esta (sic) obligada a hacerlo, sino que prevé que ésta responsabilidad la lleve una entidad especializada en seguros. Resulta entonces lógico que si la AFP realiza un trabajo no contemplado dentro las responsabilidades legales y contractuales se proceda al pago por el servicio recibido como se ha venido ocurriendo desde muchos años atrás; hecho que la APS no puede desconocer tan fácilmente, peor aún cuando tiene conocimiento de toda la historia que giro alrededor de la administración de los riesgos por parte de las AFPs, las que empezamos cobrando una comisión del 11% respaldadas por resoluciones administrativas emitidas por la SPVS y que luego se bajo arbitrariamente (sic) por Decreto Supremo 29400 al 0.85% y ratificada por la RA 820 de 10 de octubre de 2010; y que ahora la APS en base a un análisis jurídico que desconocemos pretende convertirlo en un servicio gratuito, contrario a la normativa y la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

V. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

Promulgada y publicada la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2012, el Órgano Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones constitucionales promulgó el Decreto Supremo 778 de 26 de enero de 2011, disponiendo:

“Hasta que la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo asuma la disposición del SIP, las obligaciones establecidas en la Ley N° 065 y sus reglamentos serán asumidas por las AFP”.

Es decir, que las AFP tienen el deber legal de asumir las obligaciones establecidas en la normativa que regla el Sistema Integral de Pensiones a partir del 10 de diciembre de 2012 hasta que la Gestora Pública se haga cargo de su administración.

La Ley de Pensiones define las funciones y atribuciones de la Gestora Pública de Seguridad Social en el artículo 149, en las que destaca el inciso n) que a la letra manifiesta:

“Representar a los Asegurados ante la Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras, instituciones y autoridades competentes, con relación a las prestaciones, pensiones, beneficios y pagos que otorga el Sistema Integral de Pensiones, así como los Fondos que Administra”.

En concordancia con el citado inciso, el artículo 50 de la Ley N° 065 manda y ordena que: las coberturas de las Prestaciones de Invalidez, Pensiones por Muerte por Riesgo Común, Riesgo Profesional, Riesgo Laboral y Gastos Funerarios deben ser cubiertas por una Entidad Pública de Seguros, quien asume la responsabilidad plena del pago de esas prestaciones.

De la disposición legal citada, se colige que las coberturas de las Prestaciones de Invalidez, Pensiones por Muerte por Riesgo Común, Riesgo Profesional, Riesgo Laboral y Gastos Funerarios no son una OBLIGACIÓN propia de la Gestora Pública de Seguridad Social y en su caso si las AFPs las estamos cumpliendo a pesar que ni la propia Ley las considera para la Gestora Pública; las AFP en tanto dure el periodo transitorio tienen total derecho al cobro de la comisión.

De manera implícita, la responsabilidad y administración de las prestaciones de pago de prestaciones de los Seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral ha sido transferida a las AFP por mandato del Decreto Supremo 778, este servicio prestado por las AFP deben ser legalmente retribuidos mediante el cobro de una comisión por demás justa.

El derecho de las AFP al cobro de una retribución por los servicios prestados esta (sic) reconocido por el Contrato de Prestación de Servicios, decretos supremos y la Ley de Pensiones que en el numeral VIII) del Artículo 177 dispone:

"Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran autorizadas a cobrar las Comisiones o Comisión, conforme a lo siguiente:

- a) La Comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones.*
- b) Las Comisiones por servicio de administración de portafolio, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.*

El porcentaje de las comisiones será el mismo que las Administradoras de Fondos de Pensiones percibían hasta antes de la fecha de promulgación de la presente Ley. La Comisión del Sistema Integral de Pensiones será la determinada en la presente Ley.

Las Administradoras durante el periodo de transición podrán deducir los costos de transacciones y de la custodia de los Fondos de Pensiones administrados."

Las comisiones establecidas en el inciso b) son las comisiones que cobran las AFP, es decir: (i) Comisiones por administración de portafolio, (ii) Comisiones por pago de pensiones, esta última comprende el cobro del: 1.31% por el pago de las Pensiones de Vejez, Compensación de Cotización Mensual; y el 0.85% por pago de Pensiones de Riesgos Común, Profesional, Riesgo Laboral, está última que tiene su antecedente normativo en la R.A. SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007, disposición que por mandato del párrafo primero del artículo 177 de la Ley N° 065 se encuentra vigente.

VI FACULTAD REGLAMENTARIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS.

La Ley N° 065 establece las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización del Sistema Integral de Pensiones, disponiendo en sus incisos a) y b):

“a) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.”

Asimismo, la Ley en su Artículo 197 dispone:

El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentarán y regularán la presente Ley en el marco de su competencia.”

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al amparo de los incisos citados y el artículo 197 tiene el deber legal de emitir una Resolución Administrativa de interpretación extensiva e integradora del artículo 177 de la Ley y demás disposiciones complementarias que rigen la seguridad social de largo plazo, porque éstas forman parte del ordenamiento jurídico del Estado y que a la vez se constituyen en los parámetros jurídicos en los que debe ser resuelta la R.A. APS/DPC/N° 809/2012.

Establecidos los antecedentes jurídicos del derecho al cobro de la Comisión del 0.85% por la administración de los Seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional, Riesgo Laboral y Gastos Funerarios por las AFP, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no tiene la facultad legal alguna para restringir el derecho de percibir una retribución justa por un servicio prestado ajeno a las tareas propias de la Gestora Pública de Seguridad Social de largo Plazo, tareas que fueron encomendadas transitoriamente a las AFP por el Decreto Supremo 778, más aún cuando la Constitución Política del Estado establece que toda persona ha (sic) recibir una retribución justa por servicios prestados.

Por todo lo expuesto y de acuerdo a la Ley N° 065 se desprende que las comisiones del SIP establecidas en el artículo 151, no comprenden la administración del pago de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional, Riesgo Laboral y Gastos Funerarios, y siendo evidente que los servicios están siendo prestados a favor de los Fondos de Siniestralidad y de los afiliados, se pagan las prestaciones, en consecuencia, en tanto no se conforme la Entidad Pública de Seguros las AFP y/o la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, la AFP tiene el derecho de cobrar una comisión que cubra los gastos operativos de la administración de los seguros citados; en conformidad a los antecedentes normativos establecidos por la R.A. SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007; y D.S. N° 29400 de 29 de diciembre de 2007...”

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 941-2012 DE 5 DE DICIEMBRE DE 2012.-

Que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 941-2012 de 5 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió confirmar la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 809-2012 de 16 de octubre de 2012.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que en función a los argumentos planteados por las AFP, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

En cuanto a la Nulidad del Acto Administrativo.

Que el artículo 4 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo establece los Principios que rigen la actividad administrativa, entre los que se halla el de Sometimiento Pleno a la Ley, el cual dice: “La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso.”

*Que el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera establece que, el **Objeto** del Reglamento es **establecer** las normas aplicables a los procedimientos administrativos en el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, así como el **Procedimiento Administrativo para la interposición de recursos administrativos**.*

*Que a su vez el artículo 2 del señalado Decreto Supremo indica que, las Superintendencias del SIREFI (ahora Autoridades del Sistema de Regulación Financiera), **aplicarán** los procedimientos y recursos administrativos establecidos en el presente Reglamento en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo y de acuerdo a la normativa sectorial aplicable.*

Que el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 hace referencia a los actos administrativos de menor jerarquía, los cuales deben ser de atención por los regulados por su carácter obligatorio una vez notificados éstos. A su vez el artículo 20 expresa que para recurrir los actos de menor jerarquía (Circulares, Instructivos, Directivas, etc.), los regulados deben solicitar al Ente Regulador que los emitió que sea consignado dicho acto en Resolución Administrativa; para que el interesado recién pueda interponer el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo haciendo conocer la vulneración a sus derechos.

Que es imprescindible que las actuaciones se enmarquen dentro del Principio de Legalidad Procesal, para lo cual las peticiones para su pronunciamiento deben ajustarse a procedimiento y plazos preestablecidos, en el presente caso el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

Que en el presente proceso, las solicitudes de consignar la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012 en Resolución Administrativa, fueron de forma concreta y expresa, sin señalar mayor argumento de fondo sobre el respecto, a lo cual esta Autoridad ha dado curso con la emisión de la R.A.809-2012, la cual no se limita a la sola consignación, sino que expresa en la parte considerativa los fundamentos facticos como técnico-legales que respaldaron la nota señalada precedentemente, explicando por qué durante el período de transición las AFP deberían seguir cumpliendo todas las obligaciones determinadas por norma vigente. Asimismo, se da a entender hasta cuando las AFP podían cobrar la comisión del 0,85% por Riesgo Común, Riesgo profesional y Riesgo Laboral, señalando que debían considerar el inicio de recaudación de Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones.

Que por otro lado, no es menos cierto que el hecho de consignar un acto de menor jerarquía en Resolución Administrativa, ha generado que los regulados en esta instancia hayan planteado sus observaciones y pretensiones, las cuales son atendidas en el presente acto.

Que en ese comprendido, resulta inconsistente la solicitud de nulidad de la R.A.809-2012 por motivos de falta de fundamentación, considerando que en la misma se ha atendido la solicitud de consignación y respaldado los motivos de la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012.

Que en virtud a los aspectos señalados anteriormente, se establece que el argumento de nulidad planteado no corresponde en razón a que el acto administrativo impugnado contaba con la fundamentación correspondiente, la cual es complementada con la presente.

De las connotaciones de la nota APS/DPC/7287/2012.

Que las justificaciones de lo expresado en la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012, son suficientes al estar dentro del marco legal previsto por del artículo 177 de la Ley N° 065 que, en su parágrafo VIII **inciso a.** dicen que, las AFP se encuentran autorizadas a cobrar la Comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones **hasta el inicio de la recaudación** de las Contribuciones del Sistema Integral de Pensiones, que según el artículo 2 del Decreto Supremo N° 0778, de 26 de enero de 2011, la recaudación de las Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios en el Sistema Integral de Pensiones a los períodos de cotización enero 2011 (en el caso de Asegurados Dependientes) y febrero 2011 (en el caso de Asegurados Independientes).

Que en lo referente al **inciso b.**, el mismo no correspondería, considerando que la norma textualmente expresa que **las Comisiones** por servicio de administración, por pago de pensiones y la Comisión **del Sistema Integral de Pensiones**, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo. Es decir que, este inciso aplica sólo para comisiones a cobrar en el SIP, las cuales ya se hallan determinadas expresamente por norma vigente. En ese entendido, considerando que la comisión del 0,85 fue creada para la administración de pago de

pensiones del SSO, no corresponde que se continúe aplicando por ser del anterior sistema, y en razón a que las comisiones para el SIP, como se dijo ya, se hallan ahora establecidas expresamente.

Que por otro lado, el Ente Regulador en ningún momento ha modificado la norma, sino que ha dejado en claro que considerando el inicio de recaudación de Contribuciones al SIP, no corresponde el cobro de la comisión del 0,85 por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.

Que por tanto, no hay restricción ni menoscabo alguno a algún derecho, cuando lo único que se ha hecho es recordar a las AFP lo que se tiene establecido en Ley.

De la Comisión del 0,85%.

Que del análisis de los recursos presentados por las AFP, es necesario señalar que la normativa para la administración del pago pensiones por riesgos en el SSO y su comisión, es la que señalan los regulados como antecedentes en ambas impugnaciones, toda vez que se constituía en el marco normativo y propio del señalado sistema y sus características.

Que al presente, el punto VIII del artículo 177 de la actual Ley de Pensiones, en lo pertinente señala lo siguiente:

“VIII. Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran autorizadas a cobrar las Comisiones o Comisión, conforme lo siguiente:

- a) La Comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones.
- b) Las Comisiones por servicios de administración de portafolio, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de pensiones, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.”

Que del inciso b) anterior se entiende que, las AFP cobrarán la comisión por servicio de administración de portafolio, **por pago de pensiones** y la Comisión **del SIP** (y no las generados en el SSO); y que para las comisiones del inciso a) según corresponda podían ser cobradas hasta el inicio de la recaudación de las Contribuciones al nuevo sistema de pensiones.

Que es importante recordar que, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, establece como inicio de la recaudación de las Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios en el Sistema Integral de Pensiones a los períodos de cotización enero 2011 (en el caso de Asegurados Dependientes) y febrero 2011 (en el caso de Asegurados Independientes), siendo que para ambos casos se entiende que el pago de Contribuciones inicia a partir del primer día hábil del mes de febrero 2011.

Que por otro lado, Futuro de Bolivia S.A. AFP expresa que: "..., por lo que dicho periodo transitorio se prolongó en principio hasta la promulgación de la nueva Ley de Pensiones No. 065, pero además con los efectos de continuidad que la propia Ley 065 dispuso.". Al respecto, la señalada Ley no determina en lo específico la prolongación del periodo transitorio para administración de prestaciones de Riesgo Común, Riesgo profesional (sic) y Riesgo Laboral, por lo que corresponde aplicar lo que determina la actual Ley de Pensiones.

Que por otro lado, evidentemente hasta antes de la promulgación de la actual Ley de Pensiones, el periodo transitorio de administración de prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del SSO tenía comisión específica, prevista por el Decreto Supremo No.29826 de 15 de noviembre de 2006 y la Resolución Administrativa SPVS/IP No.820 de 10 de octubre de 2007, el que no habría finalizado por la falta de la adjudicación a una Entidad de Seguros. En ese sentido, si bien no son las AFP las obligadas a administrar estos Riesgos, sin embargo se comprende que por el contexto dado por la actual Ley de Pensiones y, hasta el inicio de actividades de la Gestora, se tiene establecido que las AFP continúen realizando **todas** las obligaciones anteriores a la actual Ley de Pensiones, entendiendo también aquella de administración de Riesgos.

Que en cuanto al Contrato suscrito por las AFP con la ex SPVS, en su Cláusula OCTAVA (SERVICIOS), se señala que una vez que la Licencia sea otorgada a la AFP y hasta que ésta no sea revocada, prestará los Servicios cumpliendo con la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato. Asimismo la Cláusula DÉCIMO SEXTA (VIGENCIA DEL CONTRATO) establece que el Contrato mantendrá su vigencia hasta el debido cumplimiento de las obligaciones de la AFP especificadas en el mismo.

Que al presente se tiene que, el Contrato con las AFP se halla vigente así como la Licencia por la cual operan ambas; en ese entendido quedan incólumes las obligaciones de cumplir la Ley de Pensiones, sus reglamentos y disposiciones legales conexas.

Que por otro lado, resulta ser cierto que conforme al artículo 192 de la Ley de Pensiones (RESOLUCIÓN DE CONTRATOS CON LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES), finalizado el periodo de transición, los Contratos y Adendas quedarán resueltos. Sin embargo y como se indicó párrafos anteriores, durante el periodo de transición a la Gestora, las AFP continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley de Pensiones, Decretos Supremos y normativa reglamentaria.

Que finalmente, con respecto al argumento del deber que tendría esta Autoridad de emitir normativa para la interpretación extensiva e integradora del artículo 177 de la Ley de Pensiones; al respecto corresponde señalar que acorde a las atribuciones con las que se cuenta sólo se tiene facultades regulatorias, y no así reglamentarias ni de interpretación, correspondiendo estas a otras instancias.

Que por todo lo expuesto, esta Autoridad observa que las entidades recurrentes no han presentado fundamentos suficientes que posibiliten la consideración de la Revocatoria a la R.A.809-2012.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión de que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento suficientes que permitan modificar la R.A.361-2012, en consecuencia, se debe confirmar la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 24 de diciembre de 2012, Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones (Futuro de Bolivia S.A. AFP), interpuso el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 941-2012 de 5 de diciembre de 2012, con los siguientes argumentos:

"...I. CONSIDERACIONES PREVIAS.-

- 1.1 En fecha 11 de diciembre de 2012, fuimos notificados con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/No. 941 - 2012 por la que se confirma la Resolución Administrativa APS/DPC/No. 809 - 2012 de 16 de octubre de 2012, sobre la base de las siguientes consideraciones:
 - a) Se rechaza la nulidad denunciada en el recurso de revocatoria, referida a la ausencia de motivación del acto administrativo contenido en la Resolución Administrativa APS/DPC/No. 809 - 2012 de 16 de octubre de 2012. La APS justifica este rechazo, señalando que se habrían considerado los fundamentos fácticos como técnico - legales que respaldaron la nota APS/DPC/1287/2012, explicando el por qué - según sostiene - durante el periodo de transición las AFP deberían seguir cumpliendo con las obligaciones determinadas por norma vigente. Precisa que se da a entender hasta cuándo las AFP podían cobrar la comisión del 0.85% por riesgo común y finalmente que el hecho de haber consignado un acto de menor jerarquía en una Resolución Administrativa habría generado las observaciones y pretensiones de los regulados, siendo éstas atendidas **recién** en el acto administrativo objeto de la presente impugnación.
 - b) Refiere que las justificaciones contenidas en la nota CITE: APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012 serían suficientes y se enmarcarían en el artículo

177 de la Ley No. 065 en su párrafo VIII, inciso a y b.

- c) *Sostiene que las comisiones referidas en el inciso b del artículo 177, comprenden solamente las comisiones por cobrar en el SIP y que la comisión del 0.85% fue creada para la administración de pago de pensiones del SSO y no corresponde que se siga aplicando. Por lo tanto, que considerando el inicio de recaudación de Contribuciones al SIP, no corresponde el cobro de la comisión del 0.85% por administración de prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.*
- d) *Que la Ley no determina en lo específico **la prolongación del periodo transitorio** para administración de prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, por lo que corresponde aplicar lo que determina la actual Ley de Pensiones. Señala textualmente que "si bien no son las AFP las obligadas a administrar estos Riesgos, sin embargo se comprende que por el contexto dado por la actual Ley de Pensiones y hasta el inicio de actividades de la Gestora, se tiene establecido que las AFP continúen realizando **todas** las obligaciones anteriores a la actual Ley de Pensiones entendiéndolo también aquella de administración de Riesgos".*
- e) *Finalmente reitera asimismo que las "AFP **continuarán realizando** todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de Prestación de Servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley de Pensiones, Decretos Supremos y normativa reglamentaria"*

Sobre la base de los incisos antes referidos, la APS ratifica mediante el acto administrativo ahora impugnado que no corresponde el cobro de la comisión del 0,85% por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.

- 1.2 *Ninguno de los argumentos sostenidos por nosotros en el Recurso de Revocatoria son considerados en la Resolución que ahora impugnamos. De la lectura de la parte considerativa de dicho acto, su Autoridad advertirá que los fundamentos legales y elementos materiales que demuestran la ilegalidad del desconocimiento del derecho al cobro de la comisión, no son mencionados y menos valorados.*

Los supuestos fundamentos técnico - legales que la APS sostiene haber desarrollado o analizado para la Nota, en los hechos no fueron plasmados, tampoco en la Resolución Administrativa APS/DPC/No. 809 - 2012 de 16 de octubre de 2012.

*Por eso, resulta legalmente no admisible que en esta etapa de impugnación, sea la propia Autoridad la que reconozca que recién se estaría atendiendo las observaciones y pretensiones de los regulados, cuando un acto administrativo como el que se pretende aplicar, debiera mínimamente garantizar que se encuentra debidamente fundamentado y motivado, máxime si conlleva la restricción del derecho de percibir una **REMUNERACIÓN**, derecho legal y*

legítimamente reconocido conforme se ha expuesto en el recurso de revocatoria, teniendo en cuenta, de manera especial, el Contrato de Servicios suscrito con el Estado Boliviano y la normativa consiguientemente aplicable..

- 1.3 Como hemos sostenido en el Recurso de Revocatoria, conforme a lo establecido por el artículo 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento administrativo(sic), todo acto administrativo debe contener como elemento esencial, entre otros, el referido en el inciso e) que a la letra dice: "**Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo**"

El referido inciso b) determina que el acto administrativo "debe sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable".

Como se podrá apreciar el regulador no FUNDAMENTÓ ni MOTIVÓ el acto administrativo contenido en la RA. APS/DPC/No. 809/2012 y ello se confirma cuando la APS al resolver el Recurso de Revocatoria, mediante la Resolución Administrativa No. 941 - 2012 RECONOCE EXPRESAMENTE QUE ES EN ESTA ETAPA QUE RECIEN ATIENDE LAS OBSERVACIONES DE LOS REGULADOS.

Por lo tanto, es recién en esta etapa que la Autoridad presenta su justificación y fundamento de la decisión, por otra parte unilateral, para desconocer el derecho al pago de la comisión del 0.85%. Es por el análisis contenido en la Resolución que ahora se impugna que recién los regulados tienen acceso a la justificación, lo cual hace evidente e incuestionable que la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de 16 de octubre de 2012, ha incurrido en la nulidad establecida en el artículo 28 de la Ley N° 2341 inciso e).

La ausencia de motivación del acto administrativo confirmado por la Resolución Administrativa No. 941 - 2012 confirma la indefensión del administrado quien desconoce la base legal sobre la que dicho acto se ha fundamentado, transgrediendo el artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175. Por lo anterior, solicitamos la **REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 941-2012 y en su mérito la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/N° 809-2012 de fecha 16 de Octubre de 2012 con la consiguiente NULIDAD DE OBRADOS Y ARCHIVO DE TRAMITE.**

- II DESCONOCIMIENTO ILEGAL AL DERECHO DE PAGO DE LA COMISIÓN DEL 85%.** Para el inadmitido y menos consentido supuesto que su Autoridad rechazare la NULIDAD invocada en el parágrafo I anterior, sin perjuicio de reservarnos el ejercicio de nuestros derechos que por ese rechazo nos correspondiera, impugnamos igualmente la Resolución Administrativa No. APS/DJ/DPC/N° 941-2012 de 5 de diciembre de 2012 por ser este acto administrativo atentatorio a nuestros derechos e intereses legítimos que a continuación exponemos y que su Autoridad se servirá valorarlos bajo la sana crítica y la razonabilidad que debe imperar en sus actuaciones:

2.1 Errónea aplicación del Art. 177, parágrafo VIII de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.

La Ley N° 065 en su Artículo 177, parágrafo VIII señala que: "Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran autorizadas a cobrar las Comisiones o Comisión, conforme a lo siguiente:

- a) La Comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones.**
- b) Las Comisiones por servicio de administración de portafolio, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.**

El porcentaje de las comisiones será el mismo que las Administradoras de Fondos de Pensiones percibían hasta antes de la fecha de promulgación de la presente Ley. La Comisión del Sistema Integral de Pensiones será la determinada en la presente Ley.

Las Administradoras durante el periodo de transición podrán deducir los costos de transacciones y de la custodia de los Fondos de Pensiones administrados."

La APS sostiene que las comisiones referidas en el inciso b) se aplican solamente para comisiones por cobrar en el SIP, Añade que la comisión del 0,85% fue creada para la administración de pago de pensiones del SSO y no corresponde que se siga aplicando.

Sobre este particular, cabe precisar que la norma contenida en el artículo 177 parágrafo VIII establece a continuación del inciso b), expresamente que el porcentaje de las comisiones será el mismo que las AFPs PERCIBIAN hasta antes de la fecha de promulgación. Si las comisiones reguladas en el inciso b) refirieran únicamente a comisiones para cobrar en el SIP, no tendría ningún sentido jurídico que se regule expresamente a continuación el tratamiento de las comisiones que perciben las AFP's con anterioridad a la Ley No. 065.

La APS pretende DESCONOCER el alcance del inciso b), interpretando sin competencia y de manera inadecuada la regulación del pago de todas las comisiones que actualmente cobran las AFP, comisiones que además están facultadas a seguir cobrando en los montos determinados antes de la promulgación de la Ley N° 065, hasta "**la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo**", es decir hasta que termine el periodo de transición.

Estas comisiones refieren a:

- Comisiones por administración de portafolio.
- Comisiones por pago de pensiones de jubilación: Uno, punto treinta y uno por ciento (1.31%) sobre el monto total de las Prestaciones de Vejez y CC Mensual.
- Comisión por pago de Pensiones de Riesgos Común, Profesional y/o Laboral: Cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre primas recaudadas y acreditadas, esta comisión fue aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007.
- La comisión del SIP, que aplica a la recaudación de aportes a partir del período cotizable enero/2011 y que en el caso de las AFP, reemplaza a la comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones.

La Resolución Administrativa que se impugna, sin base legal, confirma el condicionamiento dispuesto por la APS sobre la base de una nota emitida por Viceministerio de Pensiones, de cuyo contenido se advierte que en ninguna parte se establece que el pago de las comisiones, entre éstas las que corresponden por pago de Pensiones de Riesgos Común, Profesional y/o Laboral (85%), deban realizarse hasta el 1ro de febrero de 2011, fecha del inicio de recaudación de Contribuciones al SIP, máxime si la Entidad Pública de Seguros todavía no ha asumido efectivamente las coberturas que establece el artículo 51 de la Ley No. 065.

Es un hecho incontrovertible que la Gestora Pública aún no ha iniciado sus actividades y FUTURO DE BOLIVIA continúa prestando las prestaciones reconocidas en el artículo 177 parágrafo III, inciso b) segundo párrafo. Por tanto, corresponde que se de estricto cumplimiento con la normativa vigente. Dichas retribuciones constituyen derechos expresamente reconocidos y por tanto adquiridos hasta antes de la promulgación de la Ley No. 065. En tanto continúe el proceso de transición y las Administradoras de Pensiones continúen prestando estos servicios, no existe base legal alguna que legitime el no pago de la comisión del 0.85%.

2.2 Derecho legítimo a percibir la comisión del 0,85%.

Como es de conocimiento de su Autoridad, el Decreto Supremo No. 29826 de fecha 15 de noviembre de 2006 estableció la obligación de las AFP de administrar totalmente las prestaciones de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral, siendo la fecha de inicio de cobertura determinada, el 1 de noviembre de 2006.

El artículo 1º de la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007, **determinó "Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, en el periodo establecido por el Decreto Supremo No. 28926 de 16 de noviembre de 2006, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y**

acreditadas" (el subrayado es nuestro).

El Artículo 5° de la Resolución citada, estableció que "La vigencia de la comisión, quedará automáticamente resuelta, **a tiempo del vencimiento del período transitorio de administración total...**".

Como es de conocimiento de su Autoridad, **no se licitó** la administración de los seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, por lo que dicho periodo transitorio se prolongó en principio hasta la promulgación de la nueva Ley de Pensiones No. 065, pero además con los efectos de continuidad que esta Ley dispuso en el artículo 177. De tal modo FUTURO DE BOLIVIA ha continuado y continúa con la administración de dichos seguros en el Sistema Integral de Pensiones y ha asumido transitoriamente por mandato legal las funciones de la aun (sic) inexistente Entidad Pública de Seguros que, en su momento, será la obligada a otorgar las respectivas conforme establece el artículo 51 de la Ley No. 065. Estas prestaciones las cubre por ahora FUTURO DE BOLIVIA.

El desconocimiento por la APS de nuestro derecho a remuneración por las prestaciones efectivamente cumplidas por FUTURO DE BOLIVIA, en tanto la Entidad Pública de Seguros no exista, transgrede por lo tanto el Artículo 51 cuando debemos dar continuidad a la cobertura de las prestaciones, lo cual debe ser garantizado conforme el artículo 177 que a la letra establece como un mandato legal inexcusable para FUTURO DE BOLIVIA el asumir **las obligaciones, atribuciones y facultades** conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición.

La APS señala equivocadamente que la Ley No. 65 no determina en lo específico "prolongación del periodo transitorio para la administración de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral". Sin embargo señala mas (sic) bien a continuación que las AFP continúan realizando todas las obligaciones anteriores a la actual Ley de Pensiones, lo cual incluye la administración de dichos Riesgos como servicios que son reconocidos expresamente como efectivamente prestados por FUTURO DE BOLIVIA.

2.3 Incumplimiento a la normativa y al Contrato de Servicios.-

El artículo 32 (Servicios y Comisiones), inciso c) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, estableció como derecho irrenunciable de FUTURO DE BOLIVIA a percibir **una remuneración** por los servicios prestados, al señalar que "El servicio de pago de Pensiones del seguro social obligatorio de largo plazo..., serán remunerados mediante comisiones correspondientes a cada uno de dichos pagos".

En el marco de lo establecido por el Art. 32, inciso c) de la Ley N° 1732 y conforme los antecedentes normativos detallados en el parágrafo I, la CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA del Contrato de Prestación de Servicios suscrito por

Futuro de Bolivia y la entonces Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros en sus numerales 15.2 y 15.4, otorga la facultad de FUTURO DE BOLIVIA para el **cobro de Comisiones Competitivas**, así como el, numeral 15.8 del predicho contrato de prestación de servicios que señala lo siguiente: "**15.8 Cobro de Comisiones con posterioridad al Periodo de Exclusividad**. Con posterioridad al vencimiento del Período de Exclusividad, la AFP podrá cobrar comisiones de acuerdo a las condiciones de mercado o a las que se determinen en forma específica por la Superintendencia mediante los mecanismos permitidos por la Ley de Pensiones y sus Normas Reglamentarias".

En ese contexto la ex SPVS mediante la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007, determinó **Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común**, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas".

Por su parte el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, en su disposición Final Primera estableció como comisión máxima por los servicios prestados en el marco del Decreto Supremo No. 28926, el cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre las primas recaudadas y acreditadas, enmarcando así dicha comisión al ámbito de los numerales 15.2, 15.4 y 15.8 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito con FUTURO DE BOLIVIA.

El artículo 177 de la Ley N- 065 establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones **continuarán** realizando todas las obligaciones determinadas mediante el Contrato de Prestación de Servicios suscrito con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición.

Al presente el Contrato de Prestación de Servicios y sus adendas se encuentran plenamente vigentes y, conforme a lo establecido por el Art. 192 de la Ley N° 065, recién quedarán resueltos una vez concluido el periodo de administración transitorio.

De acuerdo con este marco contractual, FUTURO DE BOLIVIA se encuentra plenamente legitimada para percibir por concepto de REMUNERACIÓN la comisión del 0.85%, en contraprestación a los servicios de seguro que efectivamente se encuentra prestando en tanto la Entidad Pública de Seguros no se haga cargo de dichos servicios.

2.4 Desconocimiento a la responsabilidad de pago de las prestaciones de riesgos común, profesional y laboral dentro del SIP.-

El artículo 51 de la Ley N° 065, establece que "**La Entidad Pública de Seguros**

queda obligada a otorgar las coberturas de las Prestaciones de Invalidez, Pensiones por Muerte por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y Gastos Funerarios, al cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en la presente Ley y disposiciones reglamentarias, asumiendo la responsabilidad plena del pago de la totalidad de las Prestaciones, Pensiones y Gastos Funerarios, constituyendo para el efecto las reservas requeridas".

La obligación de otorgar las coberturas que señala el artículo 51, a la fecha continua siendo asumida por FUTURO DE BOLIVIA, por lo que el derecho a percibir una remuneración por este concepto, debe ser retribuida en tanto su administración se mantenga bajo la responsabilidad de FUTURO DE BOLIVIA, en estricta sujeción al Contrato de Prestación de Servicios suscrito con el Estado Boliviano. El desconocimiento de este derecho constituiría incumplimiento de contrato por parte de la APS.

Como se ha expuesto, no obstante que de acuerdo con la Ley N° 065, el pago de las prestaciones de riesgo común, profesional y/o laboral (sic), son responsabilidad de la Entidad Pública de Seguros aun (sic) por crearse, la administración de estas prestaciones se mantiene legalmente confiada a FUTURO DE BOLIVIA, en lo que le corresponde como una de las AFPs. No es tampoco concebible en Derecho que una prestación efectiva de un servicio, no sea remunerada.

En conclusión, el marco legal y contractual legitima a FUTURO DE BOLIVIA al derecho a percibir el pago de la comisión del 85%, derecho que se encuentra plenamente vigente hasta la culminación del periodo transitorio conforme establece el artículo 177 de la Ley No. 065.

III. PETITORIO.-

Con base en los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso y el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, reitero y solicito a su Autoridad **Revocar Totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 941 - 2012** de fecha 5 de diciembre de 2012, y en su mérito la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DPC/No. 809-2012, ratificándose en consecuencia el derecho de las AFP a percibir la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre primas recaudadas y acreditadas por el servicio de pago de las pensiones (prestaciones) de riesgos común, profesional y/o laboral..."

Por memorial presentado el 26 de diciembre de 2012, Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.), interpuso el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 941-2012 de 5 de diciembre de 2012, con los siguientes argumentos:

"...II. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

"Que en ese comprendido, resulta inconsistente la solicitud de nulidad de la R.A.809-2012 por motivos de falta de fundamentación, considerando que en la

misma se ha atendido la solicitud de consignación y respaldado los motivos de la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012."

"Que en virtud a los aspectos señalados anteriormente, se establece que el argumento de nulidad planteado no corresponde en razón a que el acto administrativo impugnado contaba con la fundamentación correspondiente, la cual es complementada con la presente."

"Que las justificaciones de lo expresado en la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012, son suficientes al estar dentro del marco legal previsto por el artículo (sic) 177 de la Ley N° 065..."

"...si bien no son las AFP las obligadas a administrar estos Riesgos, sin embargo se comprende que por el contexto dado por la actual Ley de Pensiones y, hasta el inicio de actividades de la Gestora, se tiene establecido que las AFP continúen realizando todas las obligaciones anteriores a la actual Ley de Pensiones, entendiendo también aquella de administración de Riesgos."

"Que, finalmente, con respecto al argumento del deber que tendría esta Autoridad del emitir normativa para la interpretación extensiva e integradora del artículo 177 de la Ley de Pensiones; al respecto corresponde señalar que acorde a las atribuciones con la que se cuenta sólo se tiene facultades regulatorias (sic), y no así de interpretación, correspondiendo éstas a otras instancias.

A este razonamiento jurídico es importante transcribir los fundamentos de la APS en la Resolución Administrativa APS/DPC 809/2012, que dicen:

"Que con carácter previo al análisis de la controversia corresponde señalar que, el artículo(sic) 177 de la Ley de Pensiones establece que durante el período de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria; así como lo dispuesto en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el período de transición.

Que a su vez el punto VIII del artículo 177 de la Ley de Pensiones, en lo pertinente señala lo siguiente:

"VIII Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran autorizadas a cobrar las Comisiones o Comisión, conforme lo siguiente:

a) La Comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones."

Que en virtud a lo expuesto, cabe señalar que las Administradoras de Fondos de Pensiones durante el período de transición deben continuar cumpliendo todas las obligaciones determinadas por los Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria.

Que el artículo 2 del Decreto Supremo N° 0778, de 26 de enero de 2011, establece como inicio de la recaudación de las Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios en el Sistema Integral de Pensiones a los períodos de cotización enero 2011 (en el caso de Asegurados Dependientes) y febrero 2011 (en el caso de Asegurados Independientes), siendo que para ambos casos se entiende que el pago de Contribuciones inicia a partir del primer día hábil del mes de febrero 2011.

Que asimismo, la Circular AP/DPC/CO/01-2011, de 07 de enero de 2011, establece que a partir del primer día hábil del mes de febrero de 2011 se inicia la recaudación del Sistema Integral de Pensiones, disponiendo y estableciendo para este fin los Formularios de Pago de Contribuciones así como los medios, de comunicación a empleadores y público en general.

Que por lo expuesto, corresponde atender la solicitud de BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP.

De la lectura de las partes transcritas, su autoridad podrá advertir que la Resolución Administrativa confirmada no tiene mayor sustento o fundamento por parte de la APS, tampoco explica porque las AFP no tienen derecho a cobrar (sic) una comisión por el (sic) servicios prestados en la administración de los Seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesionales y Riesgo Laboral, contraviniendo lo establecido en el Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 "Electos Esenciales del Acto Administrativo" y que se constituyen en los presupuestos legales que todo acto administrativo debe contener, elementos que la Nota APS/DPC/7287/2012 y la R.A. 809/2012 no los tienen.

La APS únicamente hace mención a los antecedentes y hechos en los que basan su fallo o determinación; tanto la nota APS/DPC/7287/2012 como la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de 16 de octubre de 2012, simplemente se limitan a manifestar que de acuerdo al análisis jurídico que se hubiera efectuado de la Ley 065, en su artículo 177, par. VII, sin establecer cual el análisis por el que no se debiera cobrar la comisión del 0,85%, contraviniendo lo establecido en el art. 28, inciso e) de la Ley N° 2341, lo que conlleva una vulneración franca al derecho de esta Administradora de Pensiones de cobrar una retribución por servicios que no forman parte de sus obligaciones, que de modo alguno pueden pasar desapercibidos por el Regulador, quien debe velar por el cumplimiento de la Ley y sobretodo la Constitución Política del Estado, que no permite el trabajo gratuito peor aún tratándose de una empresa privada a la que se la deja en estado de indefensión por no saber cuales los argumentos del Regulador para asumir esa posición.

La Ley N° 065 establece las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización del Sistema Integral de Pensiones, disponiendo en sus incisos a) y b):

"a) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas v objetivos.

b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar v sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes. "

Asimismo, la Ley en su Artículo 197 dispone:

"El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentarán y regularán la presente Ley en el marco de su competencia."

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al amparo de los incisos citados y el artículo 197 tiene el deber legal de emitir una Resolución Administrativa de interpretación extensiva e integradora del artículo 177 de la Ley y demás disposiciones complementarias que rigen la seguridad social de largo plazo, porque éstas forman parte del ordenamiento jurídico del Estado y que a la vez se constituyen en los parámetros jurídicos en los que debe ser resuelta la R.A. APS/DPC/Nº 809/2012.

Establecidos los antecedentes jurídicos del derecho al cobro de la Comisión del 0.85% por la administración de los Seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional, Riesgo Laboral y Gastos Funerarios por las AFP, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no tiene la facultad legal alguna para restringir el derecho de percibir una retribución justa por un servicio prestado ajeno a las tareas propias de la Gestora Pública de Seguridad Social de largo Plazo, tareas que fueron encomendadas transitoriamente a las AFP por el Decreto Supremo 778, más aún cuando la Constitución Política del Estado establece que toda persona ha (sic) recibir una retribución justa por servicios prestados.

Por todo lo expuesto y de acuerdo a la Ley Nº 065 se desprende que las comisiones del SIP establecidas en el artículo 151, no comprenden la administración del pago de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional, Riesgo Laboral y Gastos Funerarios, y siendo evidente que los servicios están siendo prestados a favor de los Fondos de Siniestralidad y de los afiliados, se pagan las prestaciones, en consecuencia, en tanto no se conforme la Entidad Pública de Seguros las AFP y/o la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, la AFP tiene el derecho de cobrar una comisión que cubra los gastos operativos de la administración de los seguros citados; en conformidad a los antecedentes normativos establecidos por la R.A. SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007; y D.S. Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007.

III. SUSTENTO LEGAL DE LA COMISIÓN DEL 0.85%.-

Las Leyes 1732 y 065 establecen claramente que no son las AFP las obligadas a administrar los Riesgos, es más ni siquiera la Gestora Pública esta (sic) obligada a

hacerlo, sino que prevé que ésta responsabilidad la lleve una entidad especializada en seguros. Resulta entonces lógico que si la AFP realiza un trabajo no contemplado dentro las responsabilidades legales y contractuales se proceda al pago por el servicio recibido como se ha venido ocurriendo desde muchos años atrás; hecho que la APS no puede desconocer tan fácilmente, peor aún cuando tiene conocimiento de toda la historia que gira alrededor de la administración de los riesgos por parte de las AFPs, las que empezamos cobrando una comisión del 11% respaldadas por resoluciones administrativas emitidas por la SPVS y que luego se bajo arbitrariamente (sic) por Decreto Supremo 29400 al 0.85% y ratificada por la RA 820 de 10 de octubre de 2010; y que ahora la APS en base a un análisis jurídico que desconocemos pretende convertirlo en un servicio gratuito, contrario a la normativa y la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

IV. PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada solicitamos a su Autoridad se sirva resolver el presente Recurso Jerárquico y en su mérito disponer la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 941/2012 de 05 de diciembre de 2012 que confirma la Resolución Administrativa APS//DPC N° 809/2012 de 05 de octubre de 2012 y reconozca el derecho de las AFP de cobrar una comisión por la administración transitoria de los Seguros de Riesgo común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota PREV.CONT FDS. 01333/05/2011 de **31 de mayo de 2011**, BBVA Previsión AFP S.A., presentó ante la Autoridad Fiscalizadora, consulta referente al pago de la Comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0,85%) por la administración de prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, en sujeción a la Resolución Administrativa/SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/549/2012 de **24 de enero de 2012**, realizó la consulta al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, sobre el cobro de la Comisión del 0.85% señalado, es decir siete (7) meses y veinticuatro (24) días después de recibida la consulta.

El Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros mediante nota MEFP/VPSF/DGP/USIP/Nº 0097/2012 de **17 de abril de 2012**, comunicó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que en el marco de sus atribuciones y competencias definidas en la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y la normativa vigente, la consultante debe velar por el estricto cumplimiento de las mismas.

A más de un año de realizada la consulta, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DPC/7287/2012 de **21 de septiembre de 2012**, recién responde la consulta planteada, señalando que de acuerdo al análisis efectuado, y considerando que el 01 de febrero de 2011 se inicia la recaudación de Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones, no corresponde el cobro de la comisión del 0.85% por la administración temporal de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.

BBVA Previsión AFP S.A. mediante memorial de 1 de octubre de 2012 y Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.APS.AL.2064/2012 de 3 de octubre de 2012, solicitan que la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012 sea consignada en Resolución Administrativa.

Que mediante Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 809-2012 de 16 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, elevó la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012, a rango de Resolución Administrativa conforme prevé el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

En fechas 8 y 9 de noviembre de 2012, las Administradora de Fondos de Pensiones Interponen Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 809-2012 de 16 de octubre de 2012.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 941-2012 de 5 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió confirmar la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 809-2012 de 16 de octubre de 2012.

En fecha 24 de diciembre de 2012, ambas AFP interponen recurso jerárquico contra la citada Resolución confirmatoria, donde presentan como principal argumento que, en sujeción a la normativa de la materia, éstas tendrían el derecho a percibir la Comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0,85%), sobre primas recaudadas y acreditadas por el servicio de pago de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, por lo que solicitan la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 941-2012 de 5 de diciembre de 2012.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Antecedentes normativos.-

A efectos de ingresar en la compulsa necesaria, importa previamente revisar la normativa referida al caso de autos, como sigue:

La Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, estableció:

“ARTÍCULO 27° ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP). La administración y el otorgamiento de las prestaciones de jubilación, invalidez, muerte, gastos funerarios y riesgos profesionales del seguro social obligatorio de largo plazo... son responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)...”
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

“ARTÍCULO 32° SERVICIOS Y COMISIONES. Los servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) serán remunerados por las siguientes comisiones o primas, según corresponda:

- a) El servicio de administración de portafolio será remunerado mediante una comisión descontable de los fondos de pensiones administrados.
- b) El servicio de afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones será remunerado mediante una comisión, descontable del Total Ganado o del Ingreso Cotizable del Afiliado a tiempo de efectuar la cotización.
- c) El servicio de pago de Pensiones al seguro social obligatorio de largo plazo y el servicio de administración y pago de los beneficios de la capitalización, serán remunerados mediante comisiones correspondientes a cada uno de dichos pagos...”

Mediante Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, se determinó lo siguiente:

“ARTÍCULO 1. (OBJETO)

- I. El presente Decreto Supremo, tiene por objeto disponer que las Administradoras de Fondos de Pensiones – AFP’s, **administren totalmente las prestaciones por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral**, conforme establece la Ley N° 11732 (sic)- Ley de Pensiones, a partir de la publicación del presente Decreto Supremo **en forma transitoria hasta la fecha a ser determinada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS.** Se determina como fecha de **inicio de cobertura del período administrado por las AFP’s**, el 1 de noviembre de 2006.
- II. Durante el período citado precedentemente, **las Administradoras de Fondos de Pensiones administrarán las prestaciones de invalidez y muerte por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral**, mediante las cuentas colectivas denominadas, respectivamente, “Cuenta de Siniestralidad” y “Cuenta de Riesgos Profesionales”, que a la fecha son administradas por las AFP’s, así como el pago de las rentas por Riesgo Profesional del Sistema de Reparto.
- III. A la finalización del periodo transitorio, la administración de las prestaciones por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral, quedará a cargo de las Entidades Aseguradoras, previa Licitación conforme a normativa vigente...”
(Las negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, la ex

Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, determinó:

“...ARTÍCULO 1º.- Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, en el período establecido por el Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas.

“...ARTÍCULO 5º.- La vigencia de la comisión, quedará automáticamente resuelta, a tiempo del vencimiento del período transitorio de administración total y una vez que el Contrato con las Entidades Aseguradoras entre en vigencia...”
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Mediante Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, se estableció:

“DISPOSICIÓN PRIMERA (COMISIÓN DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES) La comisión máxima que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que presta dentro de los alcances del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006 y durante el periodo establecido en el mismo, será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas...”

La Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, señala:

“ARTÍCULO 177. (CONTINUIDAD DE SERVICIOS). Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando **todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley N° 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria,** así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición, debiendo tomar en cuenta lo siguiente:

(...)

VIII. Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran autorizadas a cobrar las Comisiones o Comisión, conforme lo siguiente:

- a. La Comisión por **servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones** del Sistema Integral de Pensiones.
- b. Las Comisiones por **servicio de administración de portafolio, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones**, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

El porcentaje de las comisiones será el mismo que las Administradoras de Fondos de Pensiones percibían hasta antes de la fecha de promulgación de la presente Ley. La Comisión del Sistema Integral de Pensiones será la determinada en la presente Ley...”
(Las negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

2.2. De la administración de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.-

De acuerdo a lo establecido en la Ley de Pensiones No. 1732 de 29 de noviembre de 1996, transcrita en el numeral anterior, la **administración y otorgamiento de las prestaciones** de jubilación, invalidez, muerte, gastos funerarios y riesgos profesionales del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, se constituyen en responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Sin embargo, el mismo cuerpo legal determina en su artículo 31 inciso ñ), que las Administradora de Fondos de Pensiones, deben contratar Entidades Aseguradoras, para la cobertura de las prestaciones de invalidez y muerte causadas por Riesgo Común y Riesgo Profesional, las cuales, a partir de su contratación y en virtud al artículo 37 de la señalada Ley, **asumen la responsabilidad plena** para el pago de la totalidad de las prestaciones por Riesgos.

Ahora bien, conforme se evidencia del expediente, se tiene que en la última licitación realizada para la contratación de Entidades Aseguradoras, fue declarada desierta, generando que el Poder Ejecutivo emita el Decreto Supremo N° 28926 el 15 de noviembre de 2006, por el cual les otorga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, la administración total las prestaciones por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral (Prestaciones por Riesgos), conforme establece la Ley N° 1732 - Ley de Pensiones, con inicio de cobertura el 1 de noviembre de 2006.

El citado Decreto Supremo determina, que dicha administración será transitoria, y la fecha de su finalización, será aquella determinada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, misma que deberá coincidir con la contratación de Entidades Aseguradoras, (previa licitación).

Emitida y promulgada la nueva Ley de Pensiones, (Ley N° 065) de Pensiones, ésta sigue el mismo lineamiento legal en cuanto a la administración de las prestaciones por Riesgos, es decir que la misma no estaría a cargo de las AFP, sino de una Entidad Aseguradora, claro que con la especificación que ésta debe ser pública, conforme se evidencia de la transcripción de los artículos pertinentes de la citada Ley, que se realiza a continuación:

“Artículo 51.-

...La Entidad Pública de Seguros queda obligada a otorgar las coberturas de las Prestaciones de Invalidez, Pensiones por Muerte por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y Gastos Funerarios, al cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en la presente Ley y disposiciones reglamentarias, asumiendo la responsabilidad plena del pago de la totalidad de las Prestaciones, Pensiones y Gastos Funerarios, constituyendo para el efecto las reservas requeridas...”

“Artículo 182.-

*...Transitoriamente y mientras se constituya la Entidad Pública de Seguros y adquiera la capacidad de otorgar las prestaciones de riesgos, **el Organismo de Fiscalización realizará un proceso de licitación de Entidades Aseguradoras para la cobertura** de*

Prestaciones, Pensiones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y Gastos Funerarios.

En el periodo que dure este proceso la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo seguirá administrando el Fondo Colectivo de Riesgos...

En virtud a ello y específicamente en sujeción a la determinación del artículo 177 de la Ley N° 065 de Pensiones (transcrito *supra*), las AFP deben cumplir mientras dure el período transitorio (es decir hasta el inicio de actividades de la Gestora) con las obligaciones determinadas en el Contrato, la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones **y demás normativa reglamentaria**, asumiendo de esta manera las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo, siendo por lo tanto las responsables de la administración total de las prestaciones por Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral hasta el inicio de las actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social, o la determinación expresa de la Autoridad Regulatoria.

2.3. De la Comisión por la administración de prestaciones.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso Jerárquico señala que la Entidad Reguladora, pretende desconocer el alcance del artículo 177, interpretando de manera inadecuada la determinación dada sobre el pago de todas las comisiones que actualmente cobran las Administradoras de Fondos de Pensiones, las cuales –según asevera- están facultadas a percibir hasta que termine el periodo transitorio o en tanto la Gestora Pública no haya iniciado sus actividades, por lo que las Administradoras de Fondos de Pensiones, reclaman su derecho a percibir una remuneración por las prestaciones efectivamente cumplidas,

Por su parte BBVA Previsión AFP S.A. argumenta que la Resolución Administrativa confirmatoria, no tiene mayor sustento o fundamento por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ya que no explica porque las Administradoras de Fondos de Pensiones no tendrían derecho a cobrar la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) por los servicios prestados, asimismo no considera que la Constitución Política del Estado no permite el trabajo gratuito, por lo tanto, -a decir de la recurrente- la Entidad Reguladora no tiene la facultad legal de restringir el derecho de percibir una retribución justa por un servicio prestado a favor de los Fondos de Siniestralidad y de los Afiliados, pretendiendo convertirlo en un servicio gratuito.

Por su parte la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012, señala que considerando que el 01 de febrero de 2011 se inicia la recaudación de Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones, no corresponde el cobro de la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y es un poco más explícita en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 941-2012 de 5 de diciembre de 2012, donde fundamenta:

*“...Que del inciso b) anterior (refiriéndose al artículo 177 de Ley No. 065) se entiende que, las AFP cobrarán la comisión por servicio de administración de portafolio, **por***

pago de pensiones y la Comisión **del SIP (y no las generados en el SSO)**; y que para las comisiones del inciso a) según corresponda podían ser cobradas **hasta el inicio de la recaudación de las Contribuciones** al nuevo sistema de pensiones.

Que es importante recordar que, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, establece como inicio de la recaudación de las Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios en el Sistema Integral de Pensiones a los períodos de cotización enero 2011 (en el caso de Asegurados Dependientes) y febrero 2011 (en el caso de Asegurados Independientes), siendo que para ambos casos se entiende que el pago de Contribuciones inicia a partir del primer día hábil del mes de febrero 2011.

Que por otro lado, Futuro de Bolivia S.A. AFP expresa que: "..., por lo que dicho periodo transitorio se prolongó en principio hasta la promulgación de la nueva Ley de Pensiones No. 065, pero además con los efectos de continuidad que la propia Ley 065 dispuso.". Al respecto, la señalada Ley no determina en lo específico la prolongación del periodo transitorio para administración de prestaciones de Riesgo Común, Riesgo profesional (sic) y Riesgo Laboral, por lo que corresponde aplicar lo que determina la actual Ley de Pensiones.

Que por otro lado, evidentemente hasta antes de la promulgación de la actual Ley de Pensiones, el periodo transitorio de administración de prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del SSO tenía comisión específica, prevista por el Decreto Supremo No.29826 de 15 de noviembre de 2006 y la Resolución Administrativa SPVS/IP No.820 de 10 de octubre de 2007, el que no habría finalizado por la falta de la adjudicación a una Entidad de Seguros. En ese sentido, si bien no son las AFP las obligadas a administrar estos Riesgos, sin embargo se comprende que por el contexto dado por la actual Ley de Pensiones y, hasta el inicio de actividades de la Gestora, se tiene establecido que las AFP continúen realizando **todas** las obligaciones anteriores a la actual Ley de Pensiones, entendiendo también aquella de administración de Riesgos.

Que en cuanto al Contrato suscrito por las AFP con la ex SPVS, en su Cláusula OCTAVA (SERVICIOS), se señala que una vez que la Licencia sea otorgada a la AFP y hasta que ésta no sea revocada, prestará los Servicios cumpliendo con la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato. Asimismo la Cláusula DÉCIMO SEXTA (VIGENCIA DEL CONTRATO) establece que el Contrato mantendrá su vigencia hasta el debido cumplimiento de las obligaciones de la AFP especificadas en el mismo.

Que al presente se tiene que, el Contrato con las AFP se halla vigente así como la Licencia por la cual operan ambas; en ese entendido quedan incólumes las obligaciones de cumplir la Ley de Pensiones, sus reglamentos y disposiciones legales conexas.

Que por otro lado, resulta ser cierto que conforme al artículo 192 de la Ley de Pensiones (RESOLUCIÓN DE CONTRATOS CON LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES), finalizado el periodo de transición, los Contratos y Adendas quedarán

resueltos. Sin embargo y como se indicó párrafos anteriores, durante el periodo de transición a la Gestora, las AFP continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley de Pensiones, Decretos Supremos y normativa reglamentaria.

Que finalmente, con respecto al argumento del deber que tendría esta Autoridad de emitir normativa para la interpretación extensiva e integradora del artículo 177 de la Ley de Pensiones; al respecto corresponde señalar que acorde a las atribuciones con las que se cuenta sólo se tiene facultades regulatorias, y no así reglamentarias ni de interpretación, correspondiendo estas a otras instancias."

Del análisis ut supra realizado por la Entidad Reguladora, se tiene que si bien la misma afirmaría que en el caso de autos, no correspondería el cobro de comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%), por el servicio que conlleva la administración total de las prestaciones, la misma no ha hecho el menor análisis en cuanto a si la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007 y el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, se encontrarían abrogados o derogados, toda vez que estas normas, establecen una comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas.

Que, a su vez la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, omite pronunciarse respecto a lo previsto en el Artículo 177 (transcrito supra) de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, que señala, que las AFP están autorizadas al cobro de comisiones para:

- El servicio de administración de portafolio.
- El servicio de afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, descontable del Total Ganado o del Ingreso Cotizable del Afiliado a tiempo de efectuar la cotización.
- El servicio de pago de pensiones.

Debiendo considerar que el penúltimo párrafo del señalado artículo, establece que el porcentaje de las comisiones, será el mismo que las Administradoras de Fondos de Pensiones percibían antes de la promulgación de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.

De lo expuesto se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha cumplido con los principios de motivación y debida fundamentación, por lo que en el presente caso de autos, el acto no cumple con el inciso e) del artículo 28 y artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por lo que el Ente Regulador deberá realizar un nuevo **análisis integral de la norma**, y deberá determinar si corresponde o no el cobro de comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) por el servicio de administración y pago, toda vez que a la fecha las Administradoras de Fondos de Pensiones, se encuentran a cargo de la administración total de las prestaciones por Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral, mientras dure el periodo transitorio.

Finalmente, corresponde traer a colación el pronunciamiento emitido por esta instancia jerárquica, mediante Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, sentando el siguiente precedente:

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

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

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

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

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

Congruente con lo desarrollado, se concluye que el presente caso, ha sido llevado con vicios de anulabilidad, ya que el mismo no goza de la debida fundamentación y motivación, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, realizar un nuevo análisis y establecer de manera fundamentada a la definición que arribe, en estricta sujeción al procedimiento administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concluye que la Entidad Fiscalizadora no ha cumplido con el principio de motivación y fundamentación.

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

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al no haberse fundamentado y motivado el acto impugnado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 941-2012 de 5 de diciembre de 2012, **inclusive** debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 697/2012 DE 05 DE DICIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2013 DE 10 DE MAYO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 025/2013

La Paz, 10 de Mayo de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 9 de octubre de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el **Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 24/2013 de 03 de abril de 2013** y el **Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 54/2013 de 12 de abril de 2013**, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 27 de diciembre de 2012, la Compañía Minera Orlandini Ltda., representada legalmente por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 491/2012 de fecha 27 de abril de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 66 del Distrito Judicial de Cochabamba, a cargo de la Dra. Mónica Andrea Pérez Orruel, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 9 de octubre de 2012.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-358/2013, con fecha de recepción 2 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 7 de enero de 2013, notificado en fecha 11 de enero de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012.

Que, mediante Auto de 10 de enero de 2013, se hizo un llamamiento al tercer interesado Banco Nacional de Bolivia S.A., para que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presente alegatos.

Que, el 31 de enero de 2013, a horas 15:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la Compañía Minera Orlandini Ltda.

CONSIDERANDO:

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

1. ANTECEDENTES.

En fecha 15 de mayo de 2012, la Compañía Minera Orlandini Ltda., presenta a la Unidad de Investigaciones Financieras un memorial de denuncia contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., por la irregular apertura de una cuenta corriente particular a nombre de una Juez en materia laboral, habiendo supuestamente adoptado, la mencionada entidad bancaria, una actitud pasiva frente a la mencionada irregular apertura y la disposición de recursos provenientes del proceso judicial en el que la referida Juez, impuso una sentencia condenatoria contra la Compañía Minera Orlandini Ltda. dentro el proceso laboral por el cobro de beneficios sociales planteado por Carlos Martínez y otros.

Que, resultado de la irregular apertura y manejo de la señalada cuenta corriente, por parte del Banco Nacional de Bolivia S.A., el denunciante petitiona la sanción de los miembros del Directorio de la misma, con la inhabilitación de funciones en el Sistema Financiero, toda vez que se habría procurado un posible daño económico al Estado Boliviano y al demandado, como usuario del Sistema Financiero Nacional.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Nota ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012, se pronuncia en sentido de que conforme el Informe UIF/LEG/10876/2012 de 14 de junio de 2012, emitido por la Unidad de Investigaciones Financieras, ésta no tendría competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, debido a que, principalmente, las presuntas infracciones en las que incurrió el Banco, se produjeron con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011.

Que, en fecha 25 de septiembre de 2012, la Compañía Minera Orlandini Ltda., a través de su apoderado, señor Víctor Vargas Bravo, solicitó se eleve a rango de Resolución Administrativa la nota ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/Nº 525-2012 DE 9 DE OCTUBRE DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI/Nº 525-2012 de 9 de octubre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resolvió elevar a rango de Resolución Administrativa la carta ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012, cursada al señor Víctor Eddy Vargas Bravo.

Los argumentos de la mencionada resolución, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, mediante memorial presentado en fecha 5 de junio de 2012, a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo, pone en conocimiento de este Órgano de Supervisión el memorial de reiteración de denuncia de fecha 31 de mayo de 2012, presentado a la Unidad de Investigaciones Financieras contra el Banco Nacional de Bolivia S.A.

Que, mediante carta ASFI/DAJ/R-73926/2012 de 18 de junio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, transmitió a conocimiento de la Unidad de Investigaciones Financieras, el memorial presentado en fecha 5 de junio de 2012, por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo, solicitando que dicha Unidad emita un informe donde se encuentren considerados los extremos señalados por el denunciante.

Que, mediante nota UIF/LEG/11203/2012 de 20 de junio de 2012, la Unidad de Investigaciones Financieras, dentro de la denuncia interpuesta por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo, contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. remite a conocimiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el INFORME UIF/LEG/10876 de 14 de junio de 2012 – INFORME INTERNO DE EVALUACIÓN No. 002, el mismo que en su parte conclusiva determina que la Unidad de Investigaciones Financieras no tiene competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva a sucesos que se habrían producido antes de la promulgación del Decreto Supremo No. 910 de 15 de junio de 2011, razón por la cual, no correspondió a UIF realizar y remitir el informe de Substanciación de Determinación de Responsabilidad.

Que, en este sentido mediante Comunicación ASFI/DAJ/R-84052/2012 de 10 de julio de 2012, la Dirección de Asuntos Jurídicos de ASFI, remitió a conocimiento y evaluación de la Dirección de Supervisión de Riesgos I, la nota UIF/LEG/11203/2012 de 20 de junio de 2012, enviada por la Unidad de Investigaciones Financieras, incluyendo el INFORME UIF/LEG/10876 de 14 de junio de 2012 – INFORME INTERNO DE EVALUACIÓN No. 002, incluyendo los antecedentes de la denuncia interpuesta por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., solicitando analizar si la presente denuncia amerita un proceso sancionatorio sobre la supuesta

irregularidad en la apertura de una cuenta bancaria de naturaleza privada a nombre de una Juez en Materia Laboral, adoptando presumiblemente la citada entidad bancaria una posición activa de contenido irregular.

Que, mediante memorial presentado en fecha 31 de julio de 2012, por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo, comunica nuevas infracciones de la Unidad de Investigaciones Financieras, dentro de la denuncia interpuesta contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., por supuestos hechos de corrupción pública, manifestando el interesado que luego de apersonarse a las oficinas de la UIF no pudo acceder al expediente, ni a los antecedentes, ni a documentación alguna que son parte del proceso que debió tramitarse en el marco de las previsiones legales establecidos por los Decretos Supremos No. 910, 24771 y 28168, respectivamente.

Que, mediante memorial presentado en fecha 16 de agosto de 2012, por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo, solicita certificación sobre la existencia del Informe Técnico Legal remitido por la Unidad de Investigaciones Financieras, el expediente de la denuncia y el estado del procedimiento administrativo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, estaría tramitando contra el Banco Nacional de Bolivia S.A.

Que, adicionalmente el impetrante peticiona en su memorial de fecha 16 de agosto de 2012, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, proceda a anular de oficio todo el procedimiento irregular llevado a cabo considerando que el mismo se habría llevado a cabo sin cumplir con el requisito fundamental de notificar con todos los actuados procesales emergentes de la presente denuncia interpuesta contra el Banco Nacional de Bolivia S.A.

Que, mediante Comunicación ASFI/DSR I/R-110986/2012 de 5 de septiembre de 2012, la Dirección de Supervisión de Riesgos I se pronuncia con relación al requerimiento efectuado por la Dirección de Asuntos Jurídicos, a través de la Comunicación ASFI/DAJ/R-84052/2012 de 10 de julio de 2012, con relación a la nota UIF/LEG/11203/2012 de 20 de junio de 2012, enviada por la Unidad de Investigaciones Financieras, incluyendo el INFORME UIF/LEG/10876 de 14 de junio de 2012 – INFORME INTERNO DE EVALUACIÓN No. 002, dentro de la denuncia interpuesta por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., señalando para el efecto dicha Dirección los siguientes extremos:

“Al respecto, se determina que la documentación que se adjunta a la nota citada no es suficiente para iniciar un proceso sancionatorio al mencionado Banco, siendo necesario efectuar una inspección especial que considere como alcance el cumplimiento del Capítulo I, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, relativo a Cuentas Corrientes, considerando que bajo los principios de legalidad e irretroactividad de las normas jurídicas, no es posible aplicar el Decreto Supremo Nro. 910 aprobado el 15 de junio de 2011.

En este sentido, esta Dirección programará dicha inspección, en el marco del cumplimiento del cronograma de inspecciones dispuesto para la presente gestión”.

Que, en mérito a lo expuesto precedentemente esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante carta ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012, responde al señor Víctor Eddy Vargas Bravo, sobre las gestiones realizadas respecto a la denuncia planteada por su persona a la Unidad de Investigaciones Financieras, y posteriormente a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., señalando textualmente los siguientes aspectos:

“Dr. Vargas:

En atención a sus memoriales presentados en fechas 15 de mayo y 31 de julio de 2012 a la Unidad de Investigaciones Financieras, mediante la cuales en su calidad de apoderado a través del Testimonio de Poder N° 490/2.012 otorgado por la Sra. Gabriela Jimena Taboada Paz, como apoderada suplente de la Compañía Minera Orlandini Ltda., efectúa denuncia contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., por la irregular apertura de una cuenta corriente a nombre de la Juez en materia laboral que impuso una sentencia condenatoria contra la Compañía Minera Orlandini Ltda., dentro del proceso laboral por cobro de beneficios sociales planteado por Carlos Martínez y otros, habiendo supuestamente dicha entidad bancaria adoptado una actitud pasiva frente a la irregular (sic) apertura y disposición de recursos provenientes del referido proceso judicial y adicionalmente sobre el requerimiento de información y certificación solicitados a través de sus memoriales de fechas 31 de julio, 16 y 24 de agosto de 2012, presentados a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por lo que solicita información sobre la tramitación de la denuncia planteada contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., corresponde hacerle conocer los siguientes aspectos inherentes al caso:

1. Mediante nota UIF/LEG/11203/2012 de 20 de junio de 2012, remitida por la Unidad de Investigaciones Financieras, adjunta a la misma hace conocer a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el contenido del Informe UIF/LEG/10876/2012 de 14 de junio de 2012, relativo al análisis interno efectuado por los técnicos de la UIF con relación a la denuncia efectuada por su persona contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., cuya copia legalizada adjunto para su conocimiento y fines consiguientes.
2. El citado Informe UIF/LEG/10876/2012 de 14 de junio de 2012, establece que sobre la base de toda la información y documentación analizada por la Unidad de Investigaciones Financieras, dicha Unidad concluye que no tiene competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, debido principalmente a que las presuntas infracciones en que incurrió la citada entidad bancaria, se produjeron con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011.
3. En ese orden, mediante Comunicación Interna ASFI/DAJ/R-84052/2012 de 10 de julio de 2012, la Dirección de Asuntos Jurídicos de ASFI, en consideración a las conclusiones arribadas en el Informe UIF/LEG/10876/2012 de 14 de junio de 2012, remitió los antecedentes de la presente denuncia a la Dirección de Supervisión de

Riesgos I, a fin de que dicha Dirección en el marco de su competencia analice los antecedentes de la denuncia planteada contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. y establezca en definitiva la pertinencia de instaurar el procedimiento sancionatorio contra la citada entidad.

4. Mediante Comunicación Interna ASFI/DSR I/R-110986/2012 de 5 de septiembre de 2012, la Dirección de Supervisión de Riesgos I, se pronunció señalando que del análisis preliminar efectuado a la documentación presentada, la misma no es suficiente para determinar el inicio del procedimiento sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., siendo necesario efectuar una inspección especial que considere como alcance el cumplimiento del Capítulo I, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, relativo al manejo de Cuentas Corrientes, considerando que bajo los principios de legalidad e irretroactividad de las normas jurídicas, no es posible aplicar el Decreto Supremo Nro. 910 aprobado el 15 de junio de 2011. Consecuentemente, dicha Dirección programará una inspección, en el marco del cumplimiento del cronograma de inspecciones dispuesto para la presente gestión.

En ese entendido, la presente respuesta refleja las principales acciones realizadas por la Unidad de Investigaciones Financieras y la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con relación a la denuncia efectuada por usted en representación de la Compañía Minera Orlandini Ltda. contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., la misma que conforme el pronunciamiento emitido por la Dirección de Supervisión de Riesgos I de ASFI, originará una inspección especial en la referida entidad a fin de establecer la veracidad de las denuncias planteadas, cuyos resultados serán puestos a su conocimiento oportunamente, en el marco de la transparencia y el debido proceso que consagra la Constitución Política del Estado Plurinacional y la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo”.

Que, finalmente mediante nota presentada en fecha 25 de septiembre de 2012, por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo, solicita que al amparo de lo previsto por el parágrafo I del artículo 20 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la conversión de la carta ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012, en Resolución Administrativa.

CONSIDERANDO:

Que, la doctrina generalmente aceptada considera al acto administrativo como un acto jurídico, una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto. La administración pública, en el ejercicio de la potestad administrativa que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva con la finalidad de satisfacer el interés general o particular, sin importar que sea creador de situaciones generales sean ellas abstractas, impersonales, individuales, subjetivas o concretas dentro de cualquier órgano del poder público.

Que, el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala que se considera acto administrativo, a toda declaración, disposición o decisión de la administración pública de alcance general o particular emitida en el ejercicio de la potestad administrativa, normada, discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrativo; consiguientemente es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo.

Que, la interpretación teleológica efectuada por el ex Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) respecto al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que también podrán considerarse como actos administrativos aquellos actos que tengan naturaleza que pueda producir efectos jurídicos contra el administrado que eventualmente pudieran afectar sus derechos subjetivos o intereses legítimos y que además revista el carácter de definitivo.

Que, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 dispone que: "Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la administración pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso."

Que, el párrafo II del artículo 20 de la citada Ley de Procedimiento Administrativo señala que el Superintendente Sectorial deberá emitir Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud.

Que, el artículo 21 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que los términos y plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las autoridades administrativas, servidores públicos y los interesados.

Que, por su parte el artículo 32 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, determina que los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las Superintendencias Sectoriales, así como los sujetos regulados y personas interesadas.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, señala que toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral y escrita y a la obtención de respuesta formal. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario.

Que, el artículo 11 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo refiere en su párrafo I que toda persona individual, colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa, podrá

apersonarse ante la Autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda.

Que, el artículo 16 de la citada Ley determina que la relación con la Administración Pública, las personas tienen derecho a formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente y a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen.

Que, es necesario tomar en cuenta que el derecho de petición, reside no sólo en la posibilidad de obtener lo solicitado, sino en la posibilidad de obtener una respuesta según los términos señalados por Ley, hecho que no implica que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero esté comprometida a dar una respuesta positiva y pronunciarse según los intereses del peticionante (sic), pero si tiene la obligación de emitir criterio sobre todas y cada una de las cuestiones alegadas por cualquier recurrente de manera motivada y fundamentada.

Que, en ese orden respecto al derecho a la petición es importante mencionar las consideraciones expuestas en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 06/2005 que señala: "El derecho a la petición es aquella facultad, que tiene toda persona, para acudir ante cualquier autoridad para elevar solicitudes, las cuales deben tener pronta y fundamentada resolución."

"El derecho de petición, se ha constituido en fundamento de protección y de garantía para los administrados quienes, a través de dicho mecanismo, pueden exigir el cumplimiento de garantías, principios, derechos y deberes consagrados en la constitución así como asegurar que las autoridades cumplan con los deberes del Estado, solicitar protección para sus derechos, bien sea por motivos de intereses general o particular; pero hay que tener en cuenta que si bien la Constitución garantiza el derecho de petición, **no debe confundirse con el contenido de lo que se pide, ni con la respuesta de la administración**, que son dos cosas completamente diferentes, ni tampoco el derecho de petición **es una prerrogativa que implique una decisión favorable de la Administración**, razón por la cual no debe entenderse lesionado este derecho cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa."

"Este derecho, al igual que los demás que se encuentran enunciados por el artículo 7 constitucional está enmarcado en el principio de reserva legal que, en materia de derecho constitucional, implica que los mismos no son absolutos y encuentran siempre sus limitaciones en las leyes que se dicten para reglamentar su ejercicio. Es decir, que la limitación de derechos sólo podrá darse por aspectos establecidos por Ley con el propósito de promover el bienestar general de una sociedad democrática y sin afectar el núcleo central de derecho."

"Es así que la Ley N° 2341 de 23 de abril, Ley de Procedimiento Administrativo; en su artículo 1, literal b), señala como uno de los objetivos de la citada Ley: "Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública" reconociendo dicho instrumento normativo, en su artículo 16 literales a) y h), que

entre los derechos de las personas en cuanto a su relación con la Administración Pública, se encuentran los de: “formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente” y “obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen”.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 232 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, determina que la administración pública se rige por los principios de legitimidad, legalidad, imparcialidad, publicidad, compromiso e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados.

Que, el parágrafo I del artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009 determina que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una Institución de Regulación de Bancos y Entidades Financieras, de derecho público con jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, dicho reconocimiento de rango constitucional ha sido reglamentado en la Estructura Organizativa del Órgano Ejecutivo a través del artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, al instituir que: “...La actual Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará **Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero**, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores”.

Que, en virtud a las citadas disposiciones legales mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, designó a la ciudadana Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, en el presente caso cabe puntualizar que inicialmente el denunciante Víctor Eddy Vargas Bravo, en su calidad de apoderado otorgado a través del Testimonio de Poder N° 490/2.012 otorgado por la señora Gabriela Jimena Taboada Paz, como apoderada suplente de la Compañía Minera Orlandini Ltda., presentó en fecha 15 de mayo de 2012 a la Unidad de Investigaciones Financieras, el memorial de denuncia contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., por la irregular apertura de una cuenta corriente particular a nombre de la Juez en materia laboral que impuso una sentencia condenatoria contra la Compañía Minera Orlandini Ltda., dentro del proceso laboral por cobro de beneficios sociales planteado por Carlos Martínez y otros, habiendo supuestamente dicha entidad bancaria adoptado una actitud pasiva frente a la apertura de dicha cuenta corriente y la disposición irregular y arbitraria de millones de bolivianos, configurándose de esta forma el delito de legitimación de ganancias ilícitas, causando adicionalmente daño no solo al denunciante sino al Estado por ser un delito de corrupción.

Que, en este sentido, la Unidad de Investigaciones Financieras mediante nota UIF/LEG/11203/2012 de 20 de junio de 2012, remitió a conocimiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el INFORME UIF/LEG/10876 de 14 de junio de 2012 – INFORME INTERNO DE EVALUACIÓN No. 002, el mismo que en su parte conclusiva textualmente señala lo siguiente:

“En este Marco (sic), sobre la base de toda la información y documentación, en virtud a los principios de legalidad e irretroactividad de las normas jurídicas, se infiere que la Unidad de Investigaciones Financiera, en el presente caso, no tiene la competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, debido principalmente a que se constató que las presuntas infracciones enunciadas se habrían producido con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo No. 910 de 15 de junio de 2011.

Adicionalmente, el citado INFORME UIF/LEG/10876 de 14 de junio de 2012 – INFORME INTERNO DE EVALUACIÓN No. 002, recomienda:

“Tomando en cuenta las conclusiones vertidas, se recomienda que la Dirección de la Unidad de Investigaciones Financieras remita una nota a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, indicando de que en base al análisis de la documentación proporcionada tanto por la parte denunciante como denunciada se constató que las supuestas infracciones se habrían producido antes de la promulgación del Decreto Supremo 910, por lo que no corresponde realizar el respectivo Informe de Substanciación de Determinación de Responsabilidad”.

Que, no obstante lo anterior, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero una vez recepcionado el INFORME UIF/LEG/10876 de 14 de junio de 2012 – INFORME INTERNO DE EVALUACIÓN No. 002, procedió a la remisión del mismo incluido los antecedentes a la Dirección de Supervisión de Riesgos I de ASFI, con la finalidad de establecer las presuntas infracciones operativas en que el Banco Nacional de Bolivia S.A., habría incurrido en el presente caso.

Que, finalmente mediante Comunicación ASFI/DSR I/R-110986/2012 de 5 de septiembre de 2012, emitida por la Dirección de Supervisión de Riesgos I, se pronunció con relación al presente caso, señalando que resultado del análisis de los antecedentes con que se cuenta, los mismo (sic) no son suficientes para instaurar un procedimiento sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. consecuentemente, se tiene programado realizar una inspección en la presente gestión.

CONSIDERANDO:

Que, en mérito al pronunciamiento emitido por la Unidad de Investigaciones Financieras sobre la presente denuncia a través del INFORME UIF/LEG/10876 de 14 de junio de 2012 – INFORME INTERNO DE EVALUACIÓN No. 002, queda claro que dicha Unidad carece de competencia para instaurar y aplicar sanciones contra el Banco

Nacional de Bolivia S.A., en aplicación del principio de irretroactividad de las normas jurídicas sobre las supuestas infracciones denunciadas, considerando fundamentalmente que los hechos sucedidos son anteriores a la promulgación del Decreto Supremo 910 de 15 de junio de 2011, criterio que se enmarca a lo previsto por el artículo 123 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, el cual textualmente señala: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; "precepto concordante con el artículo 77 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que en lo referente al "Principio de Irretroactividad" contenido en el procedimiento sancionador establece que: **"Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa"**.

Que, sin embargo de lo anterior, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en ejercicio de su competencia que emana de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), en su calidad de órgano rector del sistema de intermediación financiera sobre las entidades y personas sometidas a su supervisión, puede investigar y pronunciarse sobre los aspectos de índole administrativa sometidos a su conocimiento en ejercicio de sus labores de control y fiscalización y en caso de detectar infracciones a la normativa administrativa corresponderá como en el presente caso, iniciar el correspondiente procedimiento sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. e imponer las sanciones y responsabilidades respectivas, respetando las reglas del debido proceso, para ese propósito deberá basar y sustentar la determinación en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en marco del derecho aplicable, así como en el fundamento correcto que induzca a esta autoridad administrativa a tomar una decisión correcta y justa.

Que, adicionalmente cabe hacer notar al impetrante que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco de su competencia administrativa sólo cuenta con facultades para pronunciarse sobre aspectos que se encuentren dentro ese ámbito y no sobre asuntos o denuncias planteadas como en el presente caso, según infieren los antecedentes, evidencian una querrela ante la vía jurisdiccional, por lo que en el marco de la Ley y Procedimiento Penal aplicable, corresponde a dicha instancia investigar y dilucidar en definitiva dichos ilícitos, teniendo al respecto, como precedente administrativo la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera RJ 84/2006 de fecha 19 de diciembre de 2006.

Que, por todo lo expuesto con la finalidad de atender el requerimiento planteado por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo, el Informe legal ASFI/DAJ/R-128417/2012 de 8 de octubre de 2012, establece que es procedente consignar el contenido de la carta ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012, en Resolución Administrativa, conforme a lo establecido en el parágrafo II, artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 que reglamenta la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, para el Sistema de Regulación Financiera – SIREFI...."

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 6 de noviembre de 2012, la Compañía Minera Orlandini Ltda., interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 9 de

octubre de 2012, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 697/2012 DE 5 DE DICIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 09 de octubre de 2012, en razón a la inaplicabilidad del Decreto Supremo No. 910 de 15 de junio de 2011, de manera retroactiva.

Los argumentos de la mencionada resolución, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, el artículo 232 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, determina que la administración pública se rige por los principios de legitimidad, legalidad, imparcialidad, publicidad, compromiso e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados.

Que, el párrafo I del artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009 determina que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una Institución de Regulación de Bancos y Entidades Financieras, de derecho público con jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, dicho reconocimiento de rango constitucional ha sido reglamentado en la Estructura Organizativa del Órgano Ejecutivo a través del artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, al instituir que: “...La actual Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores”.

Que, en virtud a las citadas disposiciones legales mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, designó a la ciudadana Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, la doctrina generalmente aceptada considera al acto administrativo como un acto jurídico, una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto. La administración pública, en el ejercicio de la potestad administrativa que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva con la finalidad de satisfacer el interés general o particular, sin importar que sea creador de situaciones generales sean ellas abstractas, impersonales, individuales, subjetivas o concretas dentro de cualquier órgano del poder público.

Que, el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala que se considera acto administrativo, a toda declaración, disposición o decisión de la administración pública de alcance general o particular emitida en el ejercicio de la potestad administrativa, normada, discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado; consiguientemente es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo.

Que, la interpretación teleológica efectuada por el ex Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) respecto al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que también podrán considerarse como actos administrativos aquellos actos que tengan naturaleza que pueda producir efectos jurídicos contra el administrado que eventualmente pudieran afectar sus derechos subjetivos o intereses legítimos y que además revista el carácter de definitivo.

Que, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 dispone que: "Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la administración pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso."

Que, conforme dispone el artículo 43, parágrafo I, inciso d) del Reglamento del SIREFI expresa con absoluta claridad: "Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias, b) Revocatorias, c) Desestimatorias y d) Improcedentes.

Que, el artículo 46 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 señala: "Las Resoluciones Administrativas de las Superintendencias Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió"

Que, respecto a la procedencia del recurso de revocatoria, el parágrafo I del artículo 47 de la mencionada norma sustantiva determina: "Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento".

Que, el artículo 48 del mismo compilado normativo señala al respecto que: "El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada".

Que, por disposición del artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175

de 15 de septiembre de 2003, establece lo siguiente: “Los recursos administrativos previstos en la presente Ley, serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término, no cumpliéndose las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables o si no cumpliéndose el requisito de legitimación establecido en el artículo 11° de la presente Ley”.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, señala que toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral y escrita y a la obtención de respuesta formal. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación de peticionario.

Que, el artículo 11 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo refiere en su párrafo I que toda persona individual, colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la Autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda.

Que, el artículo 16 de la citada Ley determina que la relación con la Administración Pública, las personas tienen derecho a formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente y a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen.

Que, es necesario tomar en cuenta que el derecho de petición, reside no sólo en la posibilidad de obtener lo solicitado, sino en la posibilidad de obtener una respuesta según los términos señalados por Ley, hecho que no implica que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero esté comprometida a dar una respuesta positiva y pronunciarse según los intereses del peticionante, pero si tiene la obligación de emitir criterio sobre todas y cada una de las cuestiones alegadas por cualquier recurrente de manera motivada y fundamentada.

Que, en ese orden respecto al **derecho a la petición** es importante mencionar las consideraciones expuestas en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 06/2005 que señala: “El derecho a la petición es aquella facultad, que tiene toda persona, para acudir ante cualquier autoridad para elevar solicitudes, las cuales deben tener pronta y fundamentada resolución.”

“El derecho de petición, se ha constituido en fundamento de protección y de garantía para los administrados quienes, a través de dicho mecanismo, pueden exigir el cumplimiento de garantías, principios, derechos y deberes consagrados en la constitución así como asegurar que las autoridades cumplan con los deberes del Estado, solicitar protección para sus derechos, bien sea por motivos de intereses general o particular; pero hay que tener en cuenta que si bien la Constitución garantiza el derecho de petición, **no debe confundirse con el contenido de lo que se pide, ni con la respuesta de la administración**, que son dos cosas completamente

diferentes, ni tampoco el derecho de petición **es una prerrogativa que implique una decisión favorable de la Administración**, razón por la cual no debe entenderse lesionado este derecho cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa.”

“Este derecho, al igual que los demás que se encuentran enunciados por el artículo 7 constitucional está enmarcado en el principio de reserva legal que, en materia de derecho constitucional, implica que los mismos no son absolutos y encuentran siempre sus limitaciones en las leyes que se dicten para reglamentar su ejercicio. Es decir, que la limitación de derechos sólo podrá darse por aspectos establecidos por Ley con el propósito de promover el bienestar general de una sociedad democrática y sin afectar el núcleo central de derecho.”

“Es así que la Ley N° 2341 de 23 de abril, Ley de Procedimiento Administrativo; en su artículo 1, literal b), señala como uno de los objetivos de la citada Ley: “Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública” reconociendo dicho instrumento normativo, en su artículo 16 literales a) y h), que entre los derechos de las personas en cuanto a su relación con la Administración Pública, se encuentran los de: “formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente” y “obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen”.

CONSIDERANDO:

Que, en relación al contenido del memorial de Recurso de Revocatoria interpuesto por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 9 de octubre de 2012, señala los siguientes extremos en relación a la denuncia planteada contra el Directorio, Gerente General y otros responsables del Banco Nacional de Bolivia S.A., por la presunta participación irregular de la citada entidad, solicitando en consecuencia la inhabilitación de funciones en el sistema financiero, por posible daño económico al Estado y a la persona del denunciante, en el supuesto caso de que la entidad financiera, mediante memorial habría recomendado la apertura de una cuenta bancaria de naturaleza privada a nombre de la Jueza de materia laboral, que ordenaba las restricciones y que por tal motivo se habría procedido a realizar disposiciones arbitrarias de los dineros retenidos.

Que, según asevera el recurrente desde la vigencia de la Ley No. 004 de 31 de marzo de 2010, en su artículo 24 detalla las modificaciones a los tipos penales del artículo 185 del CP, donde establece que los delitos precedentes son autónomos, los cuales además son posibles de ser investigados en forma retroactiva y sujetos a las precisiones legales de la DISPOSICION FINAL PRIMERA de la Ley No. 004 del 31 de marzo de 2010. En tal sentido manifiesta que la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, ha determinado la investigación retroactiva por la comisión de delitos de corrupción permanentes. Asimismo, señala que los delitos de corrupción son delitos precedentes y deben estar acompañados de las actividades de control y sanción por parte de la Unidad de Investigaciones Financieras.

Que, asimismo el recurrente señala que al Banco Nacional de Bolivia S.A. a través de sus diversas áreas y funcionarios, habría facilitado la comisión de delitos de corrupción pública, lo cual, sin perjuicio de la investigación criminal, debe ser investigado en el plano de la Regulación Financiera y sancionado por la norma administrativa conforme las directrices de la Lucha contra la corrupción que en la actualidad esta descrita por la Política de Lucha contra la Corrupción, aprobada por el Decreto Supremo No. 214 del 27 de julio de 2009, donde la Unidad de Investigaciones Financieras, es parte fundamental, tal como lo dispone el acápite No. 11.1.8 Coordinación de los organismos que manejan información sobre el uso de los recursos públicos.

Que, los argumentos que formula el recurrente en el presente Recurso de Revocatoria, el mismo es transcrito para su correspondiente evaluación en el marco del debido proceso y principio de legalidad aplicables al caso, señalando lo siguiente:

- Luego de dos procesos laborales tramitados contra Julio Miguel Orlandini, como persona natural y en desconocimiento de la persona jurídica Compañía Minera Orlandini Ltda., de manera totalmente irregular e ilegal se solicitó la retención financiera y transferencia de más de dos millones de dólares del proceso Martínez c/ CMO Ltda.. tramitado en la ciudad de La Paz, para el pago de las obligaciones dispuestas en las sentencias de los procesos de Oruro.
- Cabe anotar que estos procesos ilícitos e ilegales se obtuvieron sentencias en la que se reconocieron beneficios sociales hasta el año 2007 cuando la CMO Ltda., cesó en sus funciones el año 1995, es decir, más de 10 años antes. Asimismo, se falsificaron planillas para obtener el pago de sueldos devengados por gestiones no trabajadas. Asimismo, este proceso fue dirigido contra una persona natural y no contra la CMO Ltda., pese a ello, se obtuvo ilícitamente la transferencia del dinero desde el proceso "Martínez" sin que exista identidad del sujeto demandado en Oruro y el demandado en La Paz.
- Una vez realizada la transferencia del Depósito Judicial al Distrito de Oruro conforme a lo previsto en el Reglamento de Depósitos Judiciales del Consejo de la Judicatura, se dieron inicio a las ilicitudes en la forma en que dichos fondos fueron dispuestos, conforme se detalla a continuación:
- Los dineros que fueron objeto de la comisión de delitos, provienen de la ilegal instrucción realizada por una Juez de materia laboral, los cuales quedaron bajo custodia de la entidad pública como el Concejo de la Judicatura que recauda y retiene estos fondos, situándose a las previsiones legales del 27 inciso c) de la Ley Nro. 1178 de Administración y Control Gubernamentales.
- De esta forma cuando debió iniciarse un proceso de pago individual a cada uno de los trabajadores mediante la presentación de las papeletas individuales de restitución judicial conforme a lo previsto en las Sentencias Laborales y el Reglamento de Depósitos Judiciales, en forma totalmente inexplicable la entidad financiera recomienda la apertura de una cuenta bancaria de naturaleza privada a nombre de la Juez, que ordenaba las retenciones.
- De manera completamente irregular e inexplicable, el Banco Nacional de Bolivia asumió una postura activa en el caso presentado un memorial suscrito por el

Gerente y el Asesor Legal de Oruro, en el que representó la orden Judicial por existir prohibición para la apertura de cuentas fiscales, pero SUGIRIÓ que se apertura (sic) una cuenta privada a nombre de la juez insinuando que este procedimiento YA LO HABIAN REALIZADO ANTES. EN ESTOS CASOS. En esta parte la entidad financiera sujeta a regulación prudencial, omitió considerar que los montos de dinero estaban bajo custodia del Consejo de la Judicatura, la cual como entidad pública, tenía la obligación de cumplir con todos los procedimientos para que estos montos de dinero sean administrados (sic) en forma segura, toda vez que están sujetos (sic) a rendición de cuentas conforme lo establecía el artículo 27 inciso c) de la Ley Nro. 1178 de Administración y Control Gubernamentales.

- Ante la acción premeditada del Banco Nacional de Bolivia, se procedió a aperturar (sic) una cuenta corriente a nombre de la Juez Laboral quien fuera la persona que ordeno (sic) la retención ilegal de los montos de dinero de la CMO, de igual forma a nombre del Sr. Trifón Mendoza y de la Abogada de éste último, quienes tenían la titularidad de administrar recursos que estaban retenidos y que por efecto del Reglamento de Depósitos Judiciales del Consejo de la Judicatura, no pueden ser administrados en forma discrecional por parte de personas privadas, conjuntamente con una servidora pública del Poder Judicial, como una Juez Laboral.
- Ante la existencia de control administrativo y de fiscalización por parte del Consejo de la Judicatura, se dio inicio a una escandalosa disposición arbitraria de los fondos bajo custodia pública habiéndose detectando la suscripción de cheques por sumas exorbitantes que no correspondían a los montos señalados en las diferentes sentencias. Es más, ninguno de los montos pagados a los trabajadores y fantasmas, corresponden a las sumas de dinero liquidadas en las sentencias respectivas, de donde se infiere que existieron retenciones indebidas destinadas a fines ilícitos como el pago de coimas y otros actos de corrupción pública, lavado de dinero y legitimación de ganancias ilícitas.
- En el ínterin, CMO Ltda., a través de sus socios, representantes y asesores se apersonó al Banco Nacional de Bolivia a fin de solicitar el rechazo de las solicitudes de apertura de cuentas y denunció la existencia de irregularidades en dichos depósitos. Estas peticiones merecieron respuestas evasivas del BNB, amparadas en el secreto bancario, aspecto que es totalmente irregular y que coadyuvó con las actividades de corrupción y legitimación de ganancias ilícitas, en total contravención de toda la normatividad orientada al fraude en el Sistema Financiero.
- El Banco Nacional de Bolivia pese a conocer las denuncias y, lo que es peor, luego de sugerir se cometa la irregularidad de apertura de cuenta privada, sobre dineros bajo custodia pública omitió cumplir con el deber de permitir el caso o la denuncia ante Unidad de Investigaciones Financieras, a través de ROS o F1's (sic) encubriendo de esta forma las acciones criminales cometidas por la Juez Laboral y los miembros del sindicato demandante, tales como lavado de dinero, prevaricato y otros actos de corrupción que son precedentes, para la investigación de la legitimación de ganancias ilícitas.
- El monto aproximado de disposiciones de fondos para el pago de sobornos y otros alcanza la suma de varios millones de bolivianos, los cuales fueron

defraudados gracias a las instrucciones emitidas por los personeros del Banco Nacional de Bolivia.

- A raíz de estos hechos y luego de pronunciada una sentencia por parte del Concejo de la Judicatura de suspensión de un año y sugerencia de investigación penal, la Juez de la causa, ésta renunció a sus funciones.
- En la fecha se ha tramitado mediante órdenes judiciales una relación detallada de todos los movimientos vinculados al manejo de la cuenta, cheques girados, beneficiarios de los mismos y montos. Con esta relación quedo (sic) acreditado el indebido manejo de la millonaria suma de dinero depositada en esa cuenta.
- La suma de ilegalidad y la prueba de los actos de corrupción ligados a este depósito bancario, quedan aún más acreditadas con la carta remitida por el Sr. Trifón Mendoza a la Ministra de Transparencia Sra. Nardy Suxo, en la que confesó que se dispusieron parte de esos dineros para sobornar a jueces de nuestro país todo fue realizado debido a la facilitación de disposición de estos recursos por parte del Banco Nacional de Bolivia, donde no se descarta que hayan funcionarios de dicha entidad que estén comprometidos en este circuito de corrupción.
- Actualmente, el Sr. Trifón Mendoza, luego de haber realizado la confesión directa ante la Ministra de Transparencia y Lucha contra la Corrupción, se encuentra prófugo y con un mandamiento de apremio emitido en su contra.

Como Ud., podrá apreciar todos los hechos anteriormente descritos y la disposición de los montos de dinero que son parte del circuito de corrupción, han sido propiciados por el Banco Nacional de Bolivia, que no tomó ni un sólo recaudo orientado a la verificación del origen de los fondos, el destino de los mismos, la identidad de los beneficiarios, la identificación de posibles personas PEP, etc. En definitiva no se realizó ninguna actuación de prevención de legitimación de ganancias ilícitas, con lo cual limitó el deber de cumplir con las previsiones legales que a continuación se detallan.

Delimitación de tiempo solicitada por la Unidad de Investigaciones Financieras mediante la Nota UIF/DIR/09727/2012 del 26 de mayo de 2012

Como se solicitó en la inusual nota UIF/DIR/09727/2012 del 26 de mayo de 2012 emitida por la Directora de la Unidad de Investigaciones Financieras, se pone en conocimiento los siguientes hechos que deducen el periodo cronológico básico que debe existir en la investigación:

1. En fecha 22 de noviembre de 2007 el Sr. Trifón Mendoza Villalobos depositó en la cuenta corriente Nro. 500-0050719 mediante cheque de otro banco la suma de Bs. 6.673.744.75. el cheque de otro banco fue el Nro. 0002766-4 de fecha 22 de noviembre de 2007 girado por la Dirección Distrital del Consejo de la Judicatura por la suma de Bs. 6,673.744.75 contra la cuenta Nro. 401-0370181-3-86 del Banco de Crédito de Bolivia S.A. cheque cruzado emitido a la orden del Banco Nacional de Bolivia para abono en la cuenta 500-0050719.
2. En fecha 10 de enero de 2008, la Sra. Mariela Zueleta (sic) Mendoza depositó la cuenta corriente Nro. 500-0050719. mediante cheque de otro banco la suma

de Bs. 2.821.601.98. El cheque de otro Banco fue el Nro. 0002916-5 del 10 de enero de 2008 girado por la Dirección Distrital del Consejo de la Judicatura por la suma de Bs. 2.821.601.98.

3. El 19 de febrero de 2008 el Banco Nacional! (sic) de Bolivia, remite al Juzgado 2do. de Partido de Trabajo y Seguridad Social, un memorial, por el cual orienta a la no apertura de cuentas fiscales y procede a recomendar que se abran cuentas a nombre de personas particulares, como en casos anteriores, no obstante que los recursos que nutrirían estas cuentas, son recursos que se halla en custodia del Consejo de la Judicatura, y que en todo caso están a merced del artículo 27 inciso c) de la Ley Nro. 1178 de Administración y Control Gubernamentales y debido a esa naturaleza esos recursos no podían ser tratados como recursos de privados.
4. El 22 de febrero de 2008 el Sr. Trifón Mendoza Villalobos depositó en la cuenta corriente Nro. 500.0051057 mediante cheque de otro banco la suma de Bs. 6.513.550.12.
5. El 10 de febrero de 2010 el Sr. Trifón Mendoza remite una carta al Ministerio de Transparencia y Lucha contra la Corrupción en la cual manifiesta específicamente las personas que habrían participado en actos de cohecho activo y pasivo, cuya acusación recayó en la Dra. Milagros Nemer.

Identificación de Posibles Incumplimientos Normativo Regulatorios

Siendo que la Unidad de Investigaciones Financieras mediante Nota UIF/DIR/09727/2012 del 26 de mayo de 2012, suscrita por la Dra. Mariela Sánchez Salas, en forma totalmente ilegal, nos solicita en calidad de usuarios el que realicemos su trabajo identificando las posibles contravenciones que se han generado, ponemos en su atención los siguientes elementos sujetos a investigación que son enunciativos y no limitativos:

1. Artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, que dispone: La responsabilidad de quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, es absoluta en términos jurídicos, es obligación de los síndicos, inspectores de vigilancia y fiscalizadores internos, advertir a los accionistas, socios y asociados, por escrito sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales, por parte de los directores, y administradores de la entidad de intermediación financieras y de servicios auxiliares, con comunicación a la Superintendencia. Los auditores internos advertirán al Directorio u Órgano equivalente de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros sobre el incumplimiento de normas y disposiciones legales. Asimismo, quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, no solo deben realizar funciones relacionadas con la fiscalización de los aspectos contables, sino también vigilar por el cumplimiento, aplicación y difusión de la presente ley, sus normas reglamentarias y de las disposiciones de la Superintendencia, en todos los niveles de decisiones y gobierno de la entidad.

2. Incumplimiento a las previsiones legales descritas en la Resolución UIF/001/2008 del 28 de febrero de 2008, relativa al seguimiento de personas PEP en la entidad a su cargo.
3. Incumplimiento al Reglamento de Cuentas Corrientes de la Recopilación de Normas de la ASFI en su Capítulo I. Sección 2. Para Personas Jurídicas inciso e) del artículo 3. relativo a que las Cuentas Fiscales deben cumplir con los requisitos dispuestos por el Viceministerio de Tesoro y Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.
4. Incumplimiento al Reglamento de Cuentas Corrientes de la Recopilación de Normas de la ASFI en su Capítulo I, Sección 2, artículo 3 última parte relativo a que toda la información detallada en la Sección 2 del Capítulo I, donde se establece la obligatoriedad de que toda la información debe ser complementada además con los documentos que correspondan a las políticas de la entidad referidos a "conozca a su cliente", mismas que deben estar aprobadas por los Directorios de cada entidad.
5. Artículo 4 de la Sección 2 del Capítulo I del Reglamento de Cuentas Corrientes de la Recopilación de Normas de la ASFI, que establece que el Banco tiene la obligación de identificar debidamente al solicitante de apertura de cuenta corriente.
6. El artículo 26 del Reglamento de la Unidad de investigaciones Financieras, aprobado por Decreto Supremo Nro. 24771.
7. El artículo 27 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por Decreto Supremo Nro. 24771.
8. El artículo 36 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por Decreto Supremo Nro. 24771.
9. Concurrencia de agravantes del artículo 4 párrafo II del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 910.
10. Posible infracción del artículo 9 del reglamento aprobado por D.S. 910, en lo relativo a: Aplicar los Procedimientos de Debida Diligencia, establecidos por la UIF, Aplicar la Política de Conozca a su Cliente, establecida por la UIF y elaboración de listas PEP.

En todo caso corresponde poner en su atención que estas posibles contravenciones son enunciativas y no limitativas, correspondiendo al Regulador el tipificar aquellas que igualmente considere aplicables.

Violación al Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras del 31 de julio de 1997.

ARTICULO 26.- (CONOCIMIENTO DEL CLIENTE). Al iniciar una relación comercial el sujeto obligado deberá registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, actividad y el domicilio de sus clientes

· Cuando se advierta que el cliente no actúa por cuenta propia, el sujeto obligado deberá procurar establecer la identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleve a cabo una transacción, especialmente en el caso de personas

jurídicas que no llevan a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el lugar donde tengan su sede o domicilio legal.

Las instrucciones al respecto serán impartidas por la Unidad, según se trate de clientes ocasionales o habituales.

ARTÍCULO 27.- (VIGILANCIA PARTICULAR DE CIERTAS OPERACIONES). Cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene justificación económica u objeto lícito, el sujeto obligado deberá pedir información al cliente sobre el origen y el destino de los fondos así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario.

ARTÍCULO 28.- (REGISTRO). Los sujetos obligados deberán dejar constancia en sus archivos de aquellos datos que remitan a la Unidad de Investigaciones Financieras de acuerdo a sus instrucciones.

ARTÍCULO 30.- (REPORTE DE TRANSACCIONES SOSPECHOSAS). Los sujetos obligados deberán reportar a la Unidad de Investigaciones Financieras la información relativa a transacciones que, de acuerdo a los parámetros establecidos por la misma, se consideren sospechosas.

Los sujetos obligados tienen el derecho de consultar y pedir asesoramiento a la Unidad de Investigaciones Financieras en caso de operaciones inusuales.

ARTÍCULO 32.- (OBLIGACION DE INFORMAR). Los sujetos obligados deberán proveer, dentro del plazo señalado por la Unidad de Investigaciones Financieras, toda la información requerida sin poder ampararse en el secreto bancario, la reserva en materia de valores o el secreto profesional.

ARTÍCULO 42.- (RESPONSABILIDADES). El incumplimiento a las obligaciones señaladas en el capítulo I del Título V generará responsabilidad a la entidad, sus directores, gerentes, administradores o funcionarios responsables, quienes serán sancionados de acuerdo a las normas legales sectoriales. En el caso del Banco Central de Bolivia se sujetará a lo dispuesto por la ley 1670.

CONSIDERANDO:

Que, en este sentido los argumentos formulados precedentemente por el recurrente fueron debidamente valorados por la Unidad de Investigaciones Financieras a través del Informe UIF/LEG/32528/2012 de 28 de noviembre de 2012, cuyo análisis refleja las siguientes observaciones con relación a la presunta omisión de funciones de la UIF, señalando para el efecto los siguientes fundamentos, en el marco del principio de legalidad e irretroactividad de la ley aplicables al presente caso:

- En el Estado Constitucional de Derecho, se reconocen derechos fundamentales, que son a su vez protegidos por garantías aplicables en el proceso, es a través de estos derechos fundamentales que se regulan las actuaciones del poder punitivo del Estado. En tal sentido, estos principios se

encuentran concatenados para proteger a la persona, que es el fin Ultimo (sic) del Estado.

- En la actualidad se reconoce que el poder represor o punitivo del Estado puede ser aplicado a través del Derecho Administrativo Sancionador y del Derecho Penal común, tutelando ambos ya sea el mismo bien jurídico en alguno casos y en otros, objetos jurídicos distintos.
- Estas sanciones pueden ser aplicadas a determinado grupo de personas o a los servidores públicos, quienes deben observar en el ejercicio de su cargo o función, deberes u obligaciones y respetar además las prohibiciones contenidas en la normativa. Cuando las conductas infrinjan la normativa administrativa impuesta, surge la responsabilidad administrativa o disciplinaria y se pone en marcha la potestad sancionatoria del Estado, a través del procedimiento legal previsto.
- La doctrina señala que al Derecho Administrativo Sancionador deben aplicarse los principios del Derecho Penal que se hallan expresamente previstos en los arts. 115, 116, 117, 119, 120, 121 de Constitución Política del Estado Plurinacional.
- Al respecto el Tribunal Constitucional de España, consideró aplicables, sin perjuicio de las oportunas modulaciones, los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador (art. 24 pto. 1 CE): "los principios vigentes en materia penal no son de ineludible aplicación al derecho administrativo disciplinario en atención a las diferencias de naturaleza, finalidad y substancia existentes entre ambas ramas del derecho, expresando al respecto que el ejercicio de la potestad sancionadora es administración y el de la potestad criminal es justicia... debiendo puntualizarse que aquella no tiene el rigor ni la inflexibilidad de las normas del derecho penal sustantivo".
- La doctrina también señala que los principios inspiradores del derecho penal, son aplicables con ciertas matizaciones al derecho administrativo sancionador... de esta forma, son de común aplicación los principios de la ciencia penal: legalidad, tipicidad, imputabilidad y culpabilidad, proporcionalidad, non bis in idem, etc. A los que deben añadirse las garantías adjetivas: no indefensión, carga de la prueba, interdicción de la reformatio in peius, etc.

A continuación se desarrollan los principios rectores aplicables al Derecho Administrativo Sancionador:

El Principio de Legalidad

- El principio de Legalidad es uno de los principios que rigen el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, este garantiza por un lado, el estricto sometimiento a la ley, evitando arbitrariedades, y por otro, la seguridad jurídica del ciudadano, determinando de antemano aquellas conductas o comportamientos pasibles de sancionar.

- La Constitución Política del Estado Plurinacional consagra este principio básico en el Artículo 116 II. que a la letra indica: “Cualquier sanción debe fundarse en una Ley anterior al hecho punible”.
- Asimismo, este principio se halla inmerso en el artículo 70 del Código Penal que expresa: “Nadie será condena (sic) a sanción alguna, sin haber sido oído y juzgado conforme al Código de Procedimiento Penal. No podrá ejecutarse ninguna sanción sino en virtud de sentencia emanada de autoridad judicial competente y en cumplimiento de una ley, ni ejecutarse de distinta manera que la establecida en aquella”
- Fernando Villamor Lucía, señala que el principio de legalidad se constituye en un elemento sustancial de todo aquel Estado que pueda identificarse como un Estado de Derecho; resulta coincidente en las doctrina, identificar a este principio como el límite penal para que nadie pueda ser condenado por la perpetración de un hecho, si este no se encuentra descrito como figura jurídica delictiva con el establecimiento de su correspondiente consecuencia jurídica por una Ley anterior a su comisión. Así el principio de legalidad tiene dos partes, “nullum crimen sine lege” y “nulla poena sine lege” (sic), vale decir que el delito y la pena deben estar determinados expresamente por una ley previa.
- Según la Ex Corte Suprema de Justicia, reconoció que: “El principio de legalidad se constituye en una garantía constitucional del individuo, que limita la actuación punitiva del Estado...”. Además dejó en claro que este principio no se agota en la clásica formulación elaborada por Feuerbach: “Nullum crimen, nulla poena sine previa lege” sino que actualmente se presentan otros requisitos que completan la formulación del principio, dotándoles de mayor exigencia y contenido, como son los principios de taxatividad, tipicidad, lex scripta y especificidad.
- Conforme lo señalado, el principio de legalidad se encuentra conformado a la vez por varios sub principios, entre ellos, el de **taxatividad** que implica la suficiente predeterminación normativa de los ilícitos y sus consecuencias jurídicas; por otra parte se encuentra el **principio de tipicidad** que es la obligación de que los jueces y tribunales apliquen la ley sustantiva debidamente, subsumiendo la conducta del imputado exactamente en el marco establecido por la ley penal a efectos de no incurrir en calificación errónea que afecte el debido proceso y devenga en defecto absoluto insubsanable; otro principio es el de **favorabilidad** que denota la aplicación de la norma más favorable al imputado o procesado en caso de duda y cuyo techo constitucional se encuentra consagrado en el artículo 116 I de la CPE; finalmente, otro de los principios es el **principio de irretroactividad**, que debido a su importancia en el presente caso se desarrolla in extenso.
- El Tribunal Constitucional, a momento de precautelar el respeto a la vigencia del principio de legalidad ha desarrollado la siguiente línea jurisprudencial la que se encuentra contenida en la SC 0062/2002 de 31 de julio de 2002, que

señala al respecto: "... el principio general de legalidad, como elemento esencial del Estado de Derecho, representa la materialización de los valores fundamentales que este encarna; consiguientemente, se constituye en un presupuesto básico insoslayable de la administración (realización) de la justicia, de que, siendo la ley expresión de la voluntad de sus destinatarios en materia sancionatoria, se legitima sólo cuando la misma ha sido aprobada con las exigencias formales establecidas por el ordenamiento superior: Su constitución. (...) el principio de legalidad en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional), tiende a garantizar que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, en el que se respeten las garantías establecidas por ley. (...) el principio de legalidad en su vertiente penal (sustantiva), prohíbe que una conducta, por reprochable que parezca y por mucha que lesione un derecho, pueda conceptuarse como falta o delito, si la ley no la describe de manera taxativa como tal. (...) "La realización material del principio de legalidad también viene condicionada por la forma como se encare el proceso de subsunción de la conducta en el tipo descrito por la norma sancionadora; pues, todo adamiaje (sic) que importan las garantías formales, quedaran reducidas a la nada, si fuera conforme a derecho, aplicar un precepto distinto, al de la conducta atribuida o imputada".

- En consecuencia señala que el Estado no puede castigar una conducta que no está descrita ni penada por Ley, cimentándose una doble garantía: Por una parte, todas las personas conocen el ámbito de lo permitido y prohibido y, por la otra, el acusado no puede ser castigado más que por las acciones legalmente descritas y sólo con la pena correspondiente.
- En ese orden, la jurisprudencia del Máximo Tribunal de España señala: "El derecho fundamental enunciado en el art. 25 apart. 1 C.E. extiende la regla 'nullum crimen (sic), nulla poena sine lege', **al ámbito del ordenamiento administrativo sancionador**".
- En síntesis, el principio de legalidad es un principio fundamental del Derecho público conforme al cual todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción. Por esta razón se dice que el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de la sociedad en su conjunto.

Falta Disciplinaria

- En este punto, es necesario conceptualizar lo que la doctrina entiende por "falta disciplinaria", siendo "el acto ejecutado culpablemente por el agente público o el grupo de personas reguladas por la norma que importa el incumplimiento o inobservancia de deberes u obligaciones emergentes de la relación de empleo público o de la norma, susceptible de perturbar el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública y sancionado con una medida disciplinaria".

- La infracción o falta, posee en su estructura los requisitos de la acción: incumplimiento del deber, adecuación de la conducta con el modelo descrito por la ley previa y actuar culpable. La adecuación de la conducta ejercida por el agente con la falta prevista en el ordenamiento jurídico, constituye el requisito de tipicidad, exigido por el principio de legalidad.
- Si bien los preceptos legales pueden ser en algunos casos genéricos, ya que no podrían describirse con minuciosa precisión todas las conductas a observar o seguir, (a diferencia del Derecho Penal), algunos autores como García Pullés, entienden que aún con alguna necesaria vaguedad, el núcleo de la conducta debe estar caracterizado en la norma. Generando de este modo, una necesaria hetero vinculación del poder administrador, con la ley, ya que las sanciones tienen su origen en esa fuente. De otra forma se violentaría el principio que sostiene el régimen disciplinario, afectando la seguridad jurídica y la confianza legítima.
- La inexistencia de norma previa que establezca una sanción disciplinaria específica, resultaría violatoria del principio de legalidad de las penas. En concordancia con lo expuesto, se infiere que el principio íntimamente vinculado y que se desprende del de legalidad, "nulla poena sine previa lege", alcanza al Derecho Administrativo, siendo de plena aplicación en el ámbito disciplinario.
- El principio de legalidad admite una descripción esquemática elemental, tal como aparece en repetidas sentencias del Tribunal Constitucional, por cuanto implica al menos, la existencia de una ley (lex scripta), que le (sic) ley sea anterior (lex previa) y que la ley describa un supuesto hecho determinado (lex certa). Caracteres atribuidos inicialmente a la legalidad penal, pero que son extensibles sin duda, a la legalidad sancionadora en general.
- En el mismo sentido y constituyéndose como otro arista de la legalidad, encontramos, el alcance de la "reserva legal", que no tiene otro sentido que el de asegurar que la regulación de las conductas humanas, no dependa exclusivamente de la voluntad de los ocasionales representantes.

Principio de Irretroactividad

- Como se señaló precedentemente el Principio de Legalidad contiene subprincipios, entre ellos el de Irretroactividad, mismo que para el presente caso es desarrollado a continuación:
- La Constitución Política del Estado Plurinacional en su artículo 123, dentro del capítulo destinado a garantías jurisdiccionales, establece que: "La Ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o

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

- Esta disposición legal consagrada en el Texto Constitucional establece que la ley no tiene efecto retroactivo en el tiempo; sus efectos solo rigen y se aplican a partir de la fecha de su publicación, exceptuando los casos que la propia norma señala.
- La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad radica en la preservación del orden público con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídica, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común, de manera concurrente.
- La Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, recoge en el artículo 4 los principios constitucionales antes desarrollados, cuando señala que la actividad administrativa se rige por los Principios Generales de la Actividad Administrativa.
- Concordante con lo señalado, el mismo cuerpo legal en su artículo 71 (Principios Sancionadores) señala que: **“Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento e irretroactividad”**. (las negrillas son nuestras)
- En ese marco, con referencia al **Principio de Legalidad**, el mismo se encuentra desarrollado en el artículo 72 señalando que: “Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables”.
- El artículo 73 del mismo cuerpo normativo referente al **Principio de Tipicidad**, dispone que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias; solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias; las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, no podrán implicar en ningún caso ni directa ni indirectamente la privación de libertad. (las negrillas son nuestras)
- Finalmente, el artículo 77 **Principio de Irretroactividad** dispone que: **“Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa”**. (las negrillas y subrayado son nuestros).

En mérito a los fundamentos legales precedentemente expuestos la Unidad de Investigaciones Financieras concluye en su Informe UIF/LEG/32528/2012 de 28 de noviembre de 2012, que de acuerdo a la información y documentación evaluada sobre el presente Recurso de Revocatoria presentado por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo contra la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 09 de octubre de 2012, respecto a las presuntas infracciones denunciadas contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., los actos denunciados se habrían producido con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo No. 910 de 15 de junio de 2011, por lo que en virtud a los principios de legalidad y principalmente al principio de irretroactividad de la ley, la Unidad de Investigaciones Financieras ratifica su posición para no considerar de forma retroactiva el inicio de proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., emergente de la denuncia planteada por el señor Víctor Eddy Vargas Bravo.

La determinación asumida tiene su fundamento por cuanto si bien no se cuenta con los extractos de cuenta, documentos de apertura de cuentas, copias de cheques, etc, (los cuales serán verificados a través de la inspección especial que ASFI efectuó al BNB), en base a la copia de la nota "Certificación Informe y Remisión de Fotocopias" del Banco Nacional de Bolivia S.A. de fecha 25 de febrero de 2011, dirigida a la Juez Dra. Victoria Cecilia Bernal Aguilar, se puede concluir que las transacciones fueron efectuadas entre el 19 de octubre de 2007 y el 22 de febrero de 2008, como se muestra en el siguiente cuadro:

Fecha	Descripción
19/10/2007	Apertura de Cuenta Corriente N° 500-0050719
22/11/2007	Depósitos en la Cuenta Corriente N° 500-0050719
10/01/2008	Depósitos en la Cuenta Corriente N° 500-0050719
18/02/2008	Apertura de Cuenta Corriente N° 500-0051057
22/02/2008	Depósito en Cuenta Corriente N° 500-0051057

CONSIDERANDO:

Que, en mérito a los fundamentos precedentemente emitidos por la Unidad de Investigaciones Financieras a través del Informe UIF/LEG/32528/2012 de 28 de noviembre de 2012, con relación al Recurso de Revocatoria presentado por el recurrente Víctor Eddy Vargas Bravo, por el que solicita REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 09 de octubre de 2012, en lo que concierne a rol de la Unidad de Investigaciones Financieras, corresponde que el mismo sea declarado improcedente por cuanto dicho Informe ratifica el análisis y valoración efectuados por la UIF a través del INFORME UIF/LEG/10876 de 14 de junio de 2012 – INFORME INTERNO DE EVALUACIÓN No. 002, que inicialmente sustentó la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 09 de octubre de 2012. Consecuentemente, la Unidad de Investigaciones Financieras carece de competencia para instaurar y aplicar sanciones administrativas contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., en aplicación del **principio de irretroactividad** de las normas jurídicas sobre las supuestas infracciones denunciadas, considerando fundamentalmente que los hechos sucedidos son anteriores a la promulgación del Decreto Supremo 910 de 15 de junio de 2011, aspecto que el recurrente cuestiona e

insiste. No obstante, que dicho principio se encuentra consagrado por el artículo 123 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, el cual textualmente señala: **"La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores;**", precepto concordante con el artículo 77 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que en lo referente al "Principio de Irretroactividad" contenido en el procedimiento sancionador establece que: **"Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa"**.

Que, adicionalmente a lo señalado cabe puntualizar que la Unidad de Investigaciones Financieras, es un Órgano Desconcentrado que forma parte de la estructura de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, conforme señala el Decreto Supremo N° 24771 de 30 de julio de 1999, que reglamenta la estructura y funcionamiento de la UIF, por lo que en el marco de dicha disposición legal no establece atribución alguna para que dicha Unidad, instaure procedimiento sancionatorio alguno, este aspecto desvirtúa las afirmaciones que realiza el recurrente en su Recurso de Revocatoria, y que ante ese vacío legal mediante la promulgación del Decreto Supremo No. 910 de 15 de junio de 2011, se reglamenta el régimen de infracciones y los procedimientos para la determinación y aplicación de sanciones administrativas en lo concerniente a la Legitimación de Ganancias Ilícitas por parte de la Unidad de Investigaciones Financieras, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a las personas naturales y jurídicas que se encuentran bajo el ámbito de las leyes que regulan el sistema financiero y sus correspondientes reglamentos.

Que, en ese contexto legal la petición formulada por el recurrente Víctor Eddy Vargas Bravo para que la Unidad de Investigaciones Financieras – UIF, en alusión a la aplicación del Decreto Supremo 910 de 15 de junio de 2011, que reglamenta el régimen de infracciones y los procedimientos para la determinación y aplicación de sanciones administrativas en lo concerniente a la Legitimación de Ganancias Ilícitas por parte de la Unidad de Investigaciones Financieras, no corresponde por cuanto la UIF carece de competencia para instaurar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. por hechos sucedidos con anterioridad a la promulgación de la referida disposición legal, y en estricta aplicación del principio de irretroactividad de la ley vigente, debiendo en consecuencia declararse improcedente la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 09 de octubre de 2012, en lo que concierne a este punto.

Que, la determinación asumida es congruente en virtud de las disposiciones legales citadas, puntualizando al recurrente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero desarrolla sus actividades en estricto cumplimiento al mandato constitucional establecido por el artículo 332, la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y sus Decretos Reglamentarios.

Que, en ese propósito la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con relación al presunto incumplimiento del Reglamento que rige la apertura y manejo de cuentas corrientes, así como otras irregularidades en que supuestamente el Banco Nacional de Bolivia S.A. habría incurrido, este Órgano de Supervisión en ejercicio de su competencia que emana de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), en su calidad de órgano rector del sistema de intermediación financiera sobre las entidades y personas sometidas a su supervisión, en el marco del debido proceso administrativo y la verdad material prevista en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, efectuará a partir del lunes 17 de diciembre de 2012, una inspección especial en el Banco Nacional de Bolivia S.A., con el objeto de determinar las supuestas irregularidades formuladas por el denunciante en cuanto a la apertura y manejo de la Cuenta Corriente en cuestión, cuyos resultados establecerán las acciones a seguir, en el marco del principio de imparcialidad y transparencia que caracteriza el accionar de este Órgano de Supervisión.

Que, no obstante lo anterior es pertinente recordar al impetrante que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ejerce su competencia administrativa en el marco de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), lo cual faculta a este Órgano de Supervisión pronunciarse sobre aspectos que se encuentren dentro el ámbito de su competencia, en ese marco no corresponde a ASFI involucrarse en aspectos o denuncias que son de conocimiento y competencia de la autoridad jurisdiccional, conforme infieren los antecedentes del presente caso, correspondiendo a dicha instancia investigar y determinar los responsables de estos ilícitos, este criterio se encuentra señalado en el precedente administrativo contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera RJ 84/2006 de fecha 19 de diciembre de 2006.

CONSIDERANDO:

Que, el presente recurso ha sido presentado dentro del plazo hábil y tramitado de acuerdo a los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y toda la normativa conexas.

Que, en mérito al análisis y los fundamentos contenidos en el Informe UIF/LEG/32528/2012 de 28 de noviembre de 2012, emitido por la Unidad de Investigaciones Financieras y el Informe Legal ASFI/DAJ/R-157849/2012 de 30 de noviembre de 2012, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos, han concluido señalando la improcedencia de revocar parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 09 de octubre de 2012, en consideración al principio de irretroactividad de la ley prevista en la normativa vigente, no corresponde a la Unidad de Investigaciones Financieras instaurar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., no obstante que de acuerdo al cronograma señalado para el día lunes 17 de diciembre de 2012, la Dirección de Supervisión de Riesgos I de ASFI dará inicio a la inspección especial a la mencionada entidad con el objeto de establecer los supuestos incumplimientos al Capítulo I, Título VIII de la Recopilación de

Normas para Bancos y Entidades Financieras, relativo a la apertura irregular de la mencionada Cuenta Corriente....”

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 27 de diciembre de 2012, la Compañía Minera Orlandini Ltda., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, argumentando lo siguiente:

“...7. Fundamentación

A todos los efectos legales que en Derecho nos corresponden, se invoca pleno cumplimiento de lo previsto en el artículo 38 del Reglamento de la Ley. Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, aprobado por Decreto Supremo Nro. 27175, de aplicación exclusiva para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI.

Falta de Fundamentación

*Por otra parte en esta instancia recursiva, se debe tomar en cuenta que la resolución que es objeto de impugnación, incumplió con los requisitos de la **MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN** de la decisión final de Sede Administrativa.*

Al respecto se debe tomar en cuenta que la motivación de las decisiones es una obligación indispensable, lo que importa que las autoridades judiciales o administrativas, deben fundar en derecho sus decisiones a objeto de que los administrados o procesados puedan impugnar o propugnar la decisión, al no cumplir con esta exigencia de Ley, los colocan es (sic) una situación de indefensión, por lo cual la falta de motivación de un fallo importa no sólo el desconocimiento de las normas que rigen todo proceso, sino también a (sic) falta de cuidado, negligencia y dejadez, lo cual resulta intolerable en el marco de un Estado de Derecho.

*Lo anteriormente expuesto, sus probidades podrán verificar que se halla explícitamente establecido en las **Sentencias Constitucionales Nro. 12/02-R, de enero de 2002, 1523-/04-R 28 de Septiembre de 2004 y la 682/04-R del 6 de mayo de 2004**, las cuales refieren y sostienen que ninguna decisión administrativa puede subsistir en el tráfico legal positivo, en la medida en que no se halle debidamente fundamentada.*

Todo lo anteriormente expuesto halla sentido, en el contenido del presente recurso jerárquico, a cuyo efecto a continuación presento ante Uds. los incumplimientos motivacionales y de fundamentación en los que ha incurrido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI)

- 1. La Resolución Impugnada, manifiesta que los argumentos presentados fueron debidamente valorados por la UIF, a través del Informe UIF/LEG/32528/2012, el cual no obstante la multiplicidad de solicitudes, nunca nos fue notificado, aspecto que desde todo punto de vista genera indefensión o omisión del*

debido proceso, los cuales e (sic) evidencian en los memoriales del 24 de agosto de 2012.

2. Ud. podrá verificar que se limita a realizar la copia de algunos libros y doctrina, los cuales desde ningún punto de vista pueden remplazar la sana crítica y el prudente arbitro que rige el Derecho Administrativo, más aún bajo la previsión legal del artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, relativo al Principio de Verdad Material.
3. No se pronuncia sobre el argumento de que las sanciones cometidas por la entidad financiera, no datan del D.S. 910, sino que por el contrario la política CONOZCA A SU CLIENTE, proviene del **Decreto Supremo Nro. 24771 del 31 de julio de 1997**, por lo cual no ingresa en el marco de la IRRETROACTIVIDAD pretendida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, más aún tratándose de hechos que tienen relación con CORRUPCIÓN, lo cual también contraviene el Decreto Supremo Nro. 214.

En ese sentido, se observa que la resolución 697/2012 del 5 de diciembre de 2012, ha negado una lógica jurídica de conocimiento general, lo cual corresponde que sea reparado por dicha instancia en el marco del control jerárquico.

A mayor abundamiento se debe tomar en cuenta que en algunos procesos sancionatorios defiende la tesis de que el Derecho Administrativo boliviano, acoge cómodamente los principios procesales del Derecho Penal, lo cual se halla plenamente respaldado en la Sentencia Constitucional Nro. 0802/2007-R, que dispone:

En coherencia con la indicada normativa, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que las **reglas del debido proceso no son sólo aplicables en materia penal, sino también a toda la esfera sancionadora, dentro de ella la materia administrativa disciplinaria** (SC 0787/2000-R). En ese entendido, en su profusa jurisprudencia ha desarrollado entendimientos sobre el alcance, contenido y significado del respeto a las garantías del debido proceso, su reconocimiento como derecho fundamental y humano en un Estado de Derecho, así como su inexcusable observancia y exigibilidad en toda actividad sancionadora sea en el ámbito judicial o administrativo. Así en la SC 0119/2003-R señala que "el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales; en materia penal comprende un conjunto de garantías mínimas que han sido consagrados como los derechos del procesado en los arts. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Otro ejemplo jurisprudencial lo encontramos en el Principio del Non Bis in ídem, que el mismo es propio del Derecho Penal, pero los antecedentes constitucionales, nos permiten verificar la aplicación en Sede Judicial Penal y Sede Administrativa regulatoria, a partir de la Sentencia Constitucional Nro. 833/05-R del 29 de julio de

2005 y la 506/05-R del 10 de mayo de 2005, que a la letra disponen:

(...) En este sentido, existiría vulneración al non bis in ídem, no sólo cuando se sanciona, sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por el mismo hecho, Este principio no es aplicable exclusivamente al ámbito penal, sino que también lo es al ámbito administrativo, cuando se impone a un mismo sujeto una doble sanción administrativa ...".

Asimismo se debe recordar que la jurisprudencia del Estado Plurinacional de Bolivia establece:

La "Limitación de la Discrecionalidad", que debe ser entendida como la situación en la cual el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la Ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad, o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminedar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas, según los intereses públicos.

En esta discrecionalidad debe existir siempre una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó conformándose así los Principios de Racionalidad, Justicia, Equidad, Igualdad, Proporcionalidad y Finalidad.

La Ley de Procedimiento Administrativo en el artículo 4 inciso p) establece en forma expresa el Principio de Proporcionalidad, que señala que: la administración pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento".

Lo dicho anteriormente, se halla nítidamente establecido en las siguientes Sentencias Constitucionales:

<i>SSCC. Nrs. 1464/04-r del 13 de septiembre de 2004, 908/05-r del 8 de agosto de 2005 y 95/01 del 21 de diciembre de 2001.</i>

Identificación de Delito Precedente e Identificación de la cronología de los hechos conforme solicitud de la UIF en la Nota UIF/DIR/09727/2012 del 26 de mayo de 2012

Señor Viceministro, como su Autoridad podrá apreciar desde la vigencia de la Ley Nro. 004 del 31 de marzo de 2010, y específicamente en su artículo 24 que detalla las modificaciones a los tipos penales del artículo 185 del CP se ha establecido que los delitos precedentes son autónomos, los cuales además son posibles de ser investigados en forma retroactiva y sujetos a las previsiones legales de la DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA de la Ley Nro. 004 del 31 de marzo de 2010 que dispone:

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Las acciones de investigación y juzgamiento de delitos permanentes de corrupción y vinculados a ésta, establecidos en el Artículo 25 numerales 2) y 3) de la presente Ley, deben ser aplicados por las autoridades competentes en el marco del Artículo 123 de la Constitución Política del Estado.

En ese sentido, esta por demás explicarle que la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, ha determinado la investigación retroactiva por la comisión de delitos de corrupción permanentes.

A mayor abundamiento se debe tomar en cuenta que los delitos de corrupción son delitos precedentes y deben estar acompañados de las actividades de control y sanción por parte de la Unidad de Investigaciones Financieras.

*En el caso en particular, que se describe en el siguiente punto, su autoridad podrá apreciar con absoluta nitidez que el Banco Nacional de Bolivia, a través de sus diversas áreas y funcionarios financieros, ha facilitado la comisión de delitos de corrupción pública, lo cual, sin perjuicio de la investigación criminal, debe ser investigado en el plano de la Regulación Financiera y la sanción administrativa conforme las directrices de la Lucha contra la Corrupción que en la actualidad están descrita (sic) por la Política de Lucha contra la Corrupción, aprobada por Decreto Supremo Nro. 214 del 27 de julio de 2009, donde la Unidad de Investigaciones Financieras, es parte fundamental, tal como lo dispone el acápite **Nro. 11.1.8 Coordinación de los organismos que manejan información sobre el uso de los recursos públicos.***

Relación de hechos

Luego de dos procesos laborales tramitados contra Julio Miguel Orlandini, como persona natural y en desconocimiento de la persona jurídica Compañía Minera Orlandini Ltda., de manera totalmente irregular e ilegal se solicitó la retención financiera y transferencia de más de dos millones de dólares del proceso Martínez c/ CMO Ltda., tramitado en la ciudad de La Paz, para el pago de las obligaciones dispuestas en las sentencias de los procesos de Oruro.

Cabe anotar que estos procesos ilícitos e ilegales se obtuvieron sentencias en la que se reconocieron beneficios sociales hasta el año 2007 cuando la CMO Ltda., cesó en sus funciones el año 1995, es decir, más de 10 años antes. Asimismo, se falsificaron planillas para obtener el pago de sueldos devengados por gestiones no trabajadas. Asimismo, este proceso fue dirigido contra una persona natural y no contra la CMO Ltda., pese a ello, se obtuvo ilícitamente la transferencia del dinero desde el proceso "Martínez" sin que exista identidad del sujeto demandado en Oruro y el demandado en La Paz.

Una vez realizada la transferencia del Depósito Judicial al Distrito de Oruro conforme a lo previsto en el Reglamento de Depósitos Judiciales del Consejo de la Judicatura, se

dieron inicio a las ilicitudes en la forma en que dichos fondos fueron dispuestos, conforme se detalla a continuación:

1. Los dineros que fueron objeto de la comisión de delitos, provienen de la ilegal instrucción realizada por una Juez de materia laboral, los cuales quedaron bajo custodia de la entidad pública como el Concejo de la Judicatura que recauda y retiene estos fondos, situándose a las previsiones legales del 27 inciso c) de la Ley Nro. 1178 de Administración y Control Gubernamentales.
2. De esta forma cuando debió iniciarse un proceso de pago individual a cada uno de los trabajadores mediante la presentación de las papeletas individuales de restitución judicial conforme a lo previsto en las Sentencias Laborales y el Reglamento de Depósitos Judiciales, en forma totalmente inexplicable la entidad financiera recomienda la apertura de una cuenta bancaria de naturaleza privada a nombre de la Juez, que ordenaba las retenciones.
3. De manera completamente irregular e inexplicable, el Banco Nacional de Bolivia asumió una postura activa en el caso presentado un memorial suscrito por el Gerente y el Asesor Legal de Oruro, en el que representó la Orden Judicial por existir prohibición para la apertura de cuentas fiscales, pero SUGIRIÓ que se apertura una cuenta privada a nombre de la juez insinuando que este procedimiento YA LO HABÍAN REALIZADO ANTES, EN ESTOS CASOS. En esta parte la entidad financiera sujeta a regulación prudencial, omitió considerar que los montos de dinero estaban bajo custodia del Consejo de la Judicatura, la cual como entidad pública, tenía la obligación de cumplir con todos los procedimientos para que estos montos de dinero sean administrador (sic) en forma segura, toda vez que están sujetos a rendición de cuentas conforme lo establecía el artículo 27 inciso c) de la Ley Nro. 1178 de Administración y Control Gubernamentales.
4. Ante la acción premeditada del Banco Nacional de Bolivia, se procedió a aperturar una cuenta corriente a nombre de la Juez Laboral quien fuera la persona que ordenó la retención ilegal de los montos de dinero de la CMO, de igual forma a nombre del Sr. Trifón Mendoza y de la Abogada de éste último, quienes tenían la titularidad de administrar recursos que estaban retenidos y que por efecto del Reglamento de Depósitos Judiciales del Consejo de la Judicatura, no pueden ser administrados en forma discrecional por parte de las personas privadas, conjuntamente con una servidora pública del Poder Judicial, como un Juez Laboral.
5. Ante la existencia de control administrativo y de fiscalización por parte del Concejo de la Judicatura, se dio inicio a una escandalosa disposición arbitraria de los fondos bajo custodia pública habiéndose detectando (sic) la suscripción de cheques por sumas exorbitantes que no correspondían a los montos señalados en las diferentes sentencias. Es más, ninguno de los montos pagados a los trabajadores y fantasmas, corresponden a las sumas de dinero liquidadas en las sentencias respectivas, de donde se infiere que existieron retenciones

indebidas destinadas a fines ilícitos como el pago de coimas y otros actos de corrupción pública, lavado de dinero y legitimación de ganancias ilícitas.

- 6. En el ínterin, CMO Ltda., a través de sus socios, representantes y asesores se apersonó al Banco Nacional de Bolivia a fin de solicitar el rechazo de las solicitudes de apertura de cuentas y denunció la existencia de irregularidades en dichos depósitos. Estas peticiones merecieron respuestas evasivas del BNB, amparadas en el secreto bancario, aspecto que es totalmente irregular y que coadyuvó con las actividades de corrupción y legitimación de ganancias ilícitas, en total contravención de toda la normatividad orientada al fraude en el Sistema Financiero.*
- 7. El Banco Nacional de Bolivia pese a conocer las denuncias y, lo que es peor, luego de sugerir se cometa la irregularidad de apertura de cuenta privada, sobre dineros bajo custodia pública omitió cumplir con el deber de remitir el caso o la denuncia ante Unidad de Investigaciones Financieras, a través de ROS o FI's encubriendo de esta forma las acciones criminales cometidas por la Juez Laboral y los miembros del sindicato demandante, tales como lavado de dinero, prevaricato y otros actos de corrupción que son precedentes, para la investigación de la legitimación de ganancias ilícitas.*
- 8. El monto aproximado de disposiciones de fondos para el pago de sobornos y otros alcanza la suma de varios millones de bolivianos, los cuales fueron defraudados gracias a las instrucciones emitidas por los personeros del Banco Nacional de Bolivia.*
- 9. A raíz de estos hechos y luego de pronunciada una sentencia por parte del Concejo de la Judicatura de suspensión de un año y sugerencia de investigación penal, la Juez de la causa, ésta renunció a sus funciones.*
- 10. En la fecha se ha tramitado mediante órdenes judiciales una relación detallada de todos los movimientos vinculados al manejo de la cuenta, cheques girados, beneficiarios de los mismos y montos. Con esta relación quedó acreditado el indebido manejo de la millonaria suma de dinero depositada en esa cuenta.*
- 11. La suma de ilegalidad y la prueba de los actos de corrupción ligados a este depósito bancario quedan aún más acreditadas con la carta remitida por el Sr. Trifón Mendoza a la Ministra de Transparencia Sra. Nardy Suxo, en la que confesó que se dispusieron parte de esos dineros para sobornar a jueces de nuestro país y todo fue realizado debido a la facilitación de disposición de estos recursos por parte del Banco Nacional de Bolivia, donde no se descarta que hayan funcionarios de dicha entidad que estén comprometidos en este circuito de corrupción.*
- 12. Actualmente, el Sr. Trifón Mendoza, luego de haber realizado la confesión directa ante la Ministra de Transparencia y Lucha contra la Corrupción, se encuentra prófugo y con un mandamiento de apremio emitido en su contra.*

Como Ud., podrá apreciar todos lo (sic) hechos anteriormente descritos y la disposición de montos de dinero que son parte del circuito de corrupción, han sido propiciados por el Banco Nacional de Bolivia, que no tomó ni un sólo recaudo orientado a la verificación del origen de fondos, el destino de los mismos, la identidad de los beneficiarios, la identificación de posibles personas PEP, etc. En definitiva no realizó ninguna actuación de prevención de legitimación ganancias ilícitas, con lo cual limitó el deber de cumplir con las previsiones legales que continuación se detallan.

Delimitación de tiempo solicitada por la Unidad de Investigaciones Financieras mediante la Nota UIF/DIR/09727/2012 del 26 de mayo de 2012

Como se solicitó en la inusual nota UIF/DIR/09727/2012 del 26 de mayo de 2012 emitida por la Directora de la Unidad de Investigaciones Financieras, se pone en conocimiento los siguientes hechos que deducen el periodo cronológico básico, que debe existir en la investigación:

1. En fecha 22 de noviembre de 2007 el Sr. Trifón Mendoza Villalobos depositó en la cuenta corriente Nro. 500-0050719 mediante cheque de otro banco la suma de Bs. 6.673.744.75. el cheque de otro banco fue el Nro. 0002766-4 de fecha 22 de noviembre de 2007 girado por la Dirección Distrital del Consejo de la Judicatura por la suma de Bs. 6.673.744.75 contra la cuenta Nro. 401-0370181-3-86 del Banco de Crédito de Bolivia S.A. cheque cruzado emitido a la orden del Banco Nacional de Bolivia para abono en la cuenta 500-0050719.
2. En fecha 10 de enero de 2008, la Sra. Mariela Zueleta Mendoza depositó la cuenta corriente Nro. 500-00507.19, mediante cheque de otro banco la suma de Bs. 2.821.601.98. El cheque de otro Banco fue el Nro. 0002916-5 del 10 de enero de 2008 girado por la Dirección Distrital del Consejo de la Judicatura por la suma de Bs. 2821.601.98.
3. **El 19 de febrero de 2008 el Banco Nacional de Bolivia, remite al Juzgado 2do. De Partido de Trabajo y Seguridad Social, un memorial, por el cual orienta a la no apertura de cuentas fiscales y procede a recomendar que se aperturen cuentas a nombre de personas particulares,** como en casos anteriores, no obstante que los recursos que nutrirían estas cuentas, son recursos que se halla en custodia del Consejo de la Judicatura, y que en todo caso están a merced del artículo 27 inciso c) de la Ley Neo 1178 de Administración y Control Gubernamentales y debido a esa naturaleza esos recursos no podían ser tratados como recursos privados.
4. El 22 de febrero de 2008 el Sr. Trifón Mendoza Villalobos depositó en la cuenta corriente Nro. 500.0051057 mediante cheque de otro banco la suma de Bs. 6.513.550.12.

5. El 10 de febrero de 2010 el Sr. Trifón Mendoza remite una carta al Ministerio de Transparencia y Lucha contra la Corrupción en la cual manifiesta específicamente las personas que habrían participado en actos de cohecho activo y pasivo, cuya acusación recayó en la Dra. Milagros Nemer.

Identificación de Posibles Incumplimientos Normativo Regulatorios

Siendo que la Unidad de Investigaciones Financieras mediante Nota UIF/DIR/09727/2012 del 26 de mayo de 2012, suscrita por la Dra. Mariela Sánchez Salas, en forma totalmente ilegal, nos solicita en calidad de usuarios el que realicemos su trabajo identificando las posibles contravenciones que se han generado, ponemos en su atención los siguientes elementos sujetos a investigación que son enunciativos y no limitativos:

1. Artículo 98 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, que dispone: La responsabilidad de quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, es absoluta en términos jurídicos, es obligación de los síndicos, inspectores de vigilancia y fiscalizadores internos, advertir a los accionistas, socios y asociados, por escrito sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales, por parte de los directores, y administradores de la entidad de intermediación financieras y de servicios auxiliares, con comunicación a la Superintendencia. Los auditores internos advertirán al Directorio u órgano equivalente de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros sobre el incumplimiento de normas y disposiciones legales. Asimismo, quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, no sólo deben realizar funciones relacionadas con la fiscalización de los aspectos contables, sino también vigilar por el cumplimiento, aplicación y difusión de la presente ley, sus normas reglamentarias y de las disposiciones de la Superintendencia, en todos los niveles de decisiones y gobierno de la entidad.
2. Incumplimiento a las previsiones legales descritas en la Resolución UIF/001/2008 del 28 de febrero de 2008, relativa al seguimiento de personas PEP en la entidad a su cargo.
3. Incumplimiento al Reglamento de Cuentas Corrientes de la Recopilación de Normas de la ASFI en su Capítulo I, Sección 2, Para Personas Jurídicas inciso e) del artículo 3, relativo a que las Cuentas Fiscales deben cumplir con los requisitos dispuestos por el Viceministerio de Tesoro y Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.
4. Incumplimiento al Reglamento de Cuentas Corrientes de la Recopilación de Normas de la ASFI en su Capítulo I, Sección 2, artículo 3 última parte relativo a que toda la información detallada en la Sección 2 del Capítulo I, donde se establece la obligatoriedad de que toda la información debe ser complementada además con los documentos que correspondan a las políticas de la entidad referidos a "conozca a su cliente", mismas que deben estar aprobadas por los Directorios de cada entidad.

5. Artículo 4 de la Sección 2 del Capítulo I del Reglamento de Cuentas Corrientes de la Recopilación de Normas de la ASFI, que establece que el Banco tiene la obligación de identificar debidamente al solicitante de apertura de cuenta corriente.
6. El artículo 26 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por Decreto Supremo Nro. 24771.
7. El artículo 27 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por Decreto Supremo Nro. 24771.
8. El artículo 36 del Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras, aprobado por Decreto Supremo Nro. 24771.
9. Concurrencia de agravantes del artículo 4 párrafo II del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 910.
10. Posible infracción del artículo 9 del reglamento aprobado por D.S. 910, en lo relativo a: Aplicar los Procedimientos de Debida Diligencia, establecidos por la UIF, Aplicar la Política de Conozca a su Cliente, establecida por la UIF y elaboración de listas PEP.

En todo caso corresponde poner en su atención que estas posibles contravenciones son enunciativas y no limitativas correspondiendo al Regulador el tipificar aquellas que igualmente considere aplicables.

Violación al Reglamento de la Unidad de Investigaciones Financieras del 31 de julio de 1997.

ARTÍCULO 26.- (CONOCIMIENTO DEL CLIENTE). Al iniciar una relación comercial el sujeto obligado deberá registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, actividad y el domicilio de sus clientes.

Cuando se advierta que el cliente no actúa por cuenta propia, el sujeto obligado deberá procurar establecer la identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleve a cabo una transacción, especialmente en el caso de personas jurídicas que no llevan a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el lugar donde tengan su sede o domicilio legal.

Las instrucciones al respecto serán impartidas por la Unidad, según se trate de clientes ocasionales o habituales.

ARTÍCULO 27.- (VIGILANCIA PARTICULAR DE CIERTAS OPERACIONES).

Cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene justificación económica u objeto lícito, el sujeto obligado deberá pedir información al cliente sobre el origen y el destino de los fondos así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario.

ARTÍCULO 28.- (REGISTRO). Los sujetos obligados deberán dejar constancia en sus archivos de aquellos datos que remitan a la Unidad de Investigaciones Financieras de acuerdo a sus instrucciones.

ARTÍCULO 30.- (REPORTE DE TRANSACCIONES SOSPECHOSAS). Los sujetos obligados deberán reportar a la Unidad de Investigaciones Financieras la información relativa a transacciones que, de acuerdo a los parámetros establecidos por la misma, se consideren sospechosas.

Los sujetos obligados tienen el derecho de consultar y pedir asesoramiento a la Unidad de Investigaciones Financieras en caso de operaciones inusuales.

ARTÍCULO 32.- (OBLIGACIÓN DE INFORMAR). Los sujetos obligados deberán proveer, dentro del plazo señalado por la Unidad de Investigaciones Financieras, toda la información requerida sin poder ampararse en el secreto bancario, la reserva en materia de valores o el secreto profesional.

ARTÍCULO 42.- (RESPONSABILIDADES). El incumplimiento a las obligaciones señaladas en el capítulo I del Título V generará responsabilidad a la entidad, sus directores, gerentes, administradores o funcionarios responsables, quienes serán sancionados de acuerdo a las normas legales sectoriales. En el caso del Banco Central de Bolivia se sujetará a lo dispuesto por la ley 1670.

5. Datos de los Denunciados

La presente denuncia esta (sic) dirigida al Directorio, Gerente General y demás funcionarios que resultes (sic) responsables del Banco Nacional de Bolivia, toda vez que conforme lo dispuesto por el Decreto Supremo Nro. 24771, es esta (sic) instancia, era la encargada de dar cumplimiento a lo previsto en la normatividad prudencial, sobre la prevención del fraude y legitimación de ganancias ilícitas dentro de entidades reguladas por la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, Decreto Supremo Nro. 24771, Resolución UIF/DIR/001/08 y Decreto Supremo Nro. 910 del 25 de junio de 2011.

Señora Directora, en mérito a los datos y relación de hechos expuestos anteriormente, y con el objetivo de coadyuvar con las investigaciones, en lo relativo a la falta de cumplimiento del artículo 26 del Decreto Supremo Nro. 24771, solicito adicionalmente el análisis de las siguientes directrices:

Régimen de Infracciones:

4. Registrar al cliente, usuario y beneficiario económico según las condiciones establecidas por instrucción o recomendación de la UIF.
5. Registrar y remitir los formularios previstos en la normativa de la UIF.

6. *Establecer el perfil de la actividad económica del cliente, de las personas naturales y/o jurídicas establecidas por instrucciones o recomendaciones emitidas por la UIF.*
7. *Verificar por medios fehacientes respecto del cliente registrado, su identidad o personería jurídica, domicilio, identidad del representante legal; ocupación, actividad u objeto social según se trate de una persona natural o jurídica, nivel de ingreso percibido, así como cualquier otra información o documentación que fuere requerida por la UIF mediante instrucciones o recomendaciones.*
8. *Actualizar periódicamente los datos del cliente, conforme instrucciones o recomendaciones emitidas por la UIF.*
9. *Comunicar a la UIF acerca de todas las operaciones, sin límite de monto, de personas naturales o jurídicas que rehúsen proporcionar información o documentación requerida, así como las operaciones que hagan imposible la verificación de la procedencia de sus recursos financieros y de la información proporcionada.*
10. *Desarrollar y ejecutar políticas, normas y procedimientos de control interno para prevenir y detectar la legitimación de ganancias ilícitas, en las que deben incluir como mínimo las condiciones establecidas en las instrucciones y recomendaciones emitidas por la UIF.*
16. *Aplicar los Procedimientos de Debida Diligencia, establecidos por la UIF.*
17. *Aplicar la Política de Conozca a su Cliente, establecida por la UIF.*
18. *Reportar a la UIF operaciones y transacciones consideradas como sospechosas.*
22. *Cumplir con las normas, instructivos, manuales o instrucciones emitidas por la UIF.*
23. *Elaborar y remitir listas actualizadas de Personas Expuestas Políticamente - PEP, nacionales, extranjeras y de personas que hayan alcanzado fama o notoriedad, de acuerdo a los parámetros establecidos por la UIF.*
27. *Obtener información del cliente sobre el origen y el destino de los fondos, así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario, cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene objeto lícito, conforme lo establecido por la UIF.*

13. Petitorio.

Por lo expuesto, por corresponder en derecho, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, buscando restituir nuestros derechos y aplicación de la ley, siendo evidente que la ASFI ha incurrido en error al confirmar la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 09 de octubre de 2012 mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 697/2012 de 05 de diciembre de

2012, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 52 al 60 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. *Revocar Totalmente la Resolución ASFI No. 697/2012 de 05 de diciembre de 2012 que determina confirmar la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 09 de octubre de 2012, en razón a la inaplicabilidad del Decreto Supremo No. 910 de 15 de junio de 2011, de manera retroactiva, toda vez que al referirse únicamente al D.S. 910, omitió pronunciarse sobre la fecha, de inicio de Inspecciones Especiales a la entidad financiera, a objeto de verificar la validez de las infracciones regulatorias, que han sido denunciadas.*
2. *Se proceda al (sic) instruir el determinar la fecha culminación (sic) de las inspecciones al cumplimiento de lo señalado en el análisis preliminar referente al caso, el cual determina efectuar una Inspección Especial dentro de la entidad financiera denunciada, en el marco de lo previsto por el Capítulo I, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, relativo al manejo de Cuentas Corrientes.*
3. *Que en virtud a la resolución impugnada, Pág. 24 (tercer párrafo), la ASFI incurre en falsedad, toda vez que apoya toda su argumentación en el artículo 332 de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, cuando la referida Ley, sólo tiene 169 artículos...."*

6. FORMULACIÓN DE CRITERIOS DE TERCEROS INTERESADOS.-

En fecha 28 de enero de 2013, el Banco Nacional de Bolivia S.A., representado legalmente por los señores Edgar Antonio Valda Careaga y Walter Gonzalo Abastoflor Sauma, presentaron alegatos respecto al Recurso Jerárquico presentado por la Compañía Minera Orlandini Ltda., contra la Resolución Administrativa ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, argumentando lo siguiente:

***“...I.DEFENSA** Tenemos conocimiento de la denuncia presentada por la Empresa Minera Orlandini Ltda. contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. por irregular apertura de cuenta corriente particular a nombre de la Juez en materia laboral y otros que impuso una sentencia condenatoria contra la Empresa Minera Orlandini Ltda. dentro del proceso laboral por cobro de beneficios sociales planteado por Carlos Martínez y otros, y que según la Empresa Minera Orlandini Ltda. dio lugar a la disposición arbitraria de los fondos de forma no coincidente con las sumas de dinero liquidadas en las sentencias respectivas y por lo que dicha empresa infiere que existieron retenciones indebidas destinadas a fines ilícitos como el pago de coimas y otros actos de corrupción pública, lavado de dinero y legitimación de ganancias ilícitas.*

Su autoridad ha dispuesto la notificación al Banco Nacional de Bolivia S.A. como tercer interesado, del Recurso Jerárquico interpuesto por la Compañía Minera Orlandini Ltda. contra la Resolución Administrativa ASFI No. 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución

Administrativa ASFI No. 525/2012 de 9 de octubre de 2012, que dispuso la conversión de la nota ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012 en Resolución Administrativa, y que en su parte concluyente entre otros, señala que la Unidad de Investigaciones Financieras no tiene competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, debido principalmente a que las presuntas infracciones en que incurrió (supuestamente) nuestra Institución se produjeron con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo No. 910 de 15 de junio de 2011 y que del análisis preliminar efectuado de la documentación presentada, la misma no es suficiente para determinar el inicio de un procedimiento sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. ha sido considerada por el recurrente como ilegal.

Habiendo tomado conocimiento del Recurso Jerárquico interpuesto por el recurrente y en consideración a que la decisión final del presente proceso administrativo puede afectar nuestros derechos o intereses legítimos y conforme al artículo 12 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en representación de nuestros mandantes manifestamos ante su Autoridad respecto al referido Recurso Jerárquico, lo siguiente:

1. En el Recurso Jerárquico interpuesto por el recurrente, no se señala claramente los aspectos de la Resolución ASFI N° 697/2012 de 05 de diciembre de 2012 que según el recurrente incumplió con los requisitos de la motivación y fundamentación sin señalar en qué norma están previstos tales requisitos y sobre qué aspectos la Resolución impugnada omitió la fundamentación y motivación ya que no está eximido de exponer los fundamentos de hecho y de derecho que motivan y respaldan sus peticiones y se limita a reproducir los extremos expuestos en su reiteración de demanda y en su recurso de revocatoria.

De la lectura de la Resolución ASFI N° 697/2012 de 05 de diciembre de 2012 objeto del Recurso Jerárquico se puede evidenciar que la misma contiene la fundamentación o motivación del acto, contenida dentro de sus considerandos, constituyéndose en una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a (sic) recurrente, invoca y desarrolla los principios de legalidad, irretroactividad y falta disciplinaria que constituyen el desarrollo de las razones por las cuales la ASFI tomó la decisión de no aplicar el Decreto Supremo No. 910 de 15 de junio de 2011 y consiguientemente no abrir un proceso administrativo sancionatorio en contra del Banco Nacional de Bolivia S.A, es decir que la fundamentación guarda relación con la decisión asumida en la Resolución impugnada haciendo que sea factible conocer las razones que indujeron a emitir el acto administrativo.

2. Como se puede evidenciar en el petitorio del memorial de denuncia y memorial de reiteración de la denuncia presentada por el recurrente, que cursan en obrados, éste pide la aplicación de la tipología del Decreto Supremo No. 910 del 25 de junio de 2011 es decir que aunque el término "tipología" es erróneamente empleado se infiere que pide a la Autoridad de Supervisión del

Sistema Financiero (ASFI) que el incumplimiento de las obligaciones establecidas para el Sujeto Obligado (Infracciones) en dicha norma legal sean sancionadas conforme a lo previsto en el régimen sancionatorio establecido en la misma, olvidando el recurrente que desde la ocurrencia de los hechos por él denunciados (periodo comprendido entre el 19/10/2007 al 22/02/2008) hasta la presentación de su denuncia (15/05/2012) transcurrió más de dos años que conforma al Artículo 6º del mencionado Decreto Supremo dispone (sic) que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años.

3. En cuanto a la aplicación del Decreto Supremo No. 910, ASFI acertadamente, y considerando que los hechos señalados por el recurrente se produjeron dentro de un periodo de tiempo comprendido entre el 19/10/2007 al 22/02/2008 con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Supremo No. 910, y en observancia al principio de irretroactividad de las normas jurídicas, declara la imposibilidad de aplicar la mencionada norma legal y consiguientemente de iniciar un procedimiento administrativo sancionador al Banco Nacional de Bolivia S.A.

Al respecto, el recurrente al sentirse agraviado ante el pronunciamiento de ASFI que se limitó correctamente a valorar el petitorio mismo del recurrente, impugna insólitamente la Resolución ASFI 697/2012 de 05 de diciembre de 2012 cambiando su petitorio y fundamentación legal señalando que la política Conozca a su Cliente proviene del Decreto Supremo No. 24771 de 31 de julio de 1997 cuando en su demanda invoca el Decreto Supremo No. 910 para que se aplique el nuevo régimen de sanciones. De igual manera, el recurrente olvida que al pedir solamente la aplicación del Decreto Supremo No. 24771 de 31 de julio de 1997, operaría lo dispuesto en el Artículo 79 de la Ley N° 2341 de 25 de abril de 2002 - Procedimiento Administrativo, que establece que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años, que en el presente caso, ocurrieron en el período comprendido entre el 19/10/2007 al 22/02/2008 como se evidencia en obrados.

4. Asimismo, el recurrente como refutación al respeto al principio de irretroactividad de la norma que invoca ASFI en la Resolución impugnada por el recurrente, señala que "... desde la vigencia de la Ley No. 004 de 31 de marzo de 2010, y específicamente en su artículo 24 que detalla las modificaciones a los tipos penales del artículo 185 del CP se ha establecido que los delitos precedentes son autónomos, los cuales además son posibles de ser investigados en forma retroactiva y sujetos a las previsiones legales de la DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA de la Ley Nro. 004 del 31 de marzo de 2010, que dispone:

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Las acciones de investigación y juzgamiento de delitos permanentes de corrupción y vinculados a ésta, establecidos en el Artículo 25 numerales 2)

y 3) de la presente Ley, deben ser aplicados por las autoridades competentes en el marco del Artículo 123 de la Constitución Política del Estado."

Al respecto, hacemos notar que el artículo 185 del Código Penal que señala el recurrente en su recurso jerárquico corresponde al delito de "RECEPCIÓN Y ENTREGA INDEBIDA", tipo penal que no coincide con el contexto de la denuncia efectuada por el recurrente.

Por otro lado, el recurrente, al invocar la Ley No. 004 de 31 de marzo de 2010, pretende nuevamente la aplicación de una norma legal posterior a los hechos que denuncia, olvidando que la SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0770/2012 de 13 de agosto de 2012, establece

"(...)

Por lo desarrollado líneas supra, la jurisprudencia constitucional nacional y la de los tribunales internacionales en la materia se tiene:

Se aplica la norma penal sustantiva vigente al momento de cometer el acto presuntamente delictivo.

Por el principio de seguridad jurídica se encuentra vedada la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa de forma retroactiva en cuyo caso debe aplicarse la ley penal sustantiva vigente a momento de cometer el ilícito de forma ultractiva.

Es posible la aplicación retroactiva de la ley penal sustantiva más favorable."

"(...) Bajo los argumentos expuestos y de una interpretación "de la Constitución" del art. 123 de la CPE y "desde la Constitución" de la Disposición Final Primera de la Ley 004, corresponde declarar su constitucionalidad únicamente respecto al cargo de inconstitucionalidad referido a que permite la aplicación retroactiva del derecho penal sustantivo contenido en la Ley 004, siempre y cuando su aplicación por los jueces o tribunales sea en el marco del principio de favorabilidad y conforme a lo expuesto ut supra.

(...)"

En suma, en virtud a lo establecido en la Sentencia Constitucional anteriormente señalada, la retroactividad de la ley penal es solamente admisible si es más favorable y no como pretende el recurrente en su Recurso Jerárquico.

Por lo anteriormente señalado, la petición del recurrente de aplicar la normativa legal ya citada en forma retroactiva así como los argumentos y fundamentos manifestados por el recurrente en su Recurso Jerárquico no coinciden con la línea jurisprudencial que marca la Sentencia Constitucional Plurinacional 0770/2012 de 13 de agosto de 2012, que es vinculante y de cumplimiento obligatorio conforme a lo dispuesto en el Artículo 8 de la Ley No. 027 de 06 de julio de 2010 - Ley Del Tribunal Constitucional Plurinacional.

5. Asimismo, el recurrente no ha presentado ningún elemento que pruebe las temerarias denuncias que hace en forma engorrosa durante todo el proceso, por el contrario no se ha encontrado incumplimientos del Banco Nacional de Bolivia S.A. en la inspección realizada por ASFI como se evidencia en la nota de la ASFI R-17353/12 Trámite N° T-28732 Resultados Inspección Especial sobre Denuncia c/ Banco Nacional de Bolivia, que cursa en obrados y que refleja toda la documentación relacionada a los hechos denunciados por el recurrente que fue objeto de la inspección, y que en su parte concluyente señala textualmente lo siguiente: "Por lo anotado y en el marco de verdad Material prevista por el inciso d) del Artículo 4 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, conforme a las conclusiones arribadas en el Informe ASFI/DSR I/R-167477/2012 de 19 de diciembre de 2012, establece que al no haberse identificado aspectos relevantes que demuestren la inobservancia a los requisitos mínimos para la apertura de las Cuentas Corrientes N° 500-0050719 y N° 500-0051057, no corresponde iniciar proceso sancionatorio contra el Banco Nacional de Bolivia S.A. atribuible a posibles incumplimientos de lo dispuesto en la Sección 2, Capítulo I, Título VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras".
6. Finalmente, es pertinente hacer notar que los dineros respecto a los cuales la Compañía Minera Orlandini Ltda. denuncia una serie de hechos, se originan en virtud a sentencias judiciales pronunciadas dentro de dos procesos laborales sustanciados ante la autoridad judicial competente y que provienen de retenciones de fondos del propio recurrente, como afirma y reconoce la Compañía Minera Orlandini Ltda. en obrados, es decir que el recurrente perdió los referidos dineros al haberse declarado probadas las demandas laborales de sus trabajadores en su contra y ahora pretende responsabilizar a nuestra Institución por los incumplimientos incurridos por el propio recurrente a la legislación laboral de nuestro país, denunciando una serie de hechos y actuaciones de parte de nuestra Institución y afirmando que nuestra Institución no tomó ni un solo recaudo orientado a la verificación **del origen de los fondos**, cuando el propio recurrente afirma que los mismos provienen de procesos judiciales laborales. El recurrente no ha demostrado ninguna sentencia que haya dejado sin efecto la decisión judicial del juez laboral que conoció los referido procesos por lo que los dineros a los que el recurrente se refiere ya no son suyos porque en virtud a las sentencias laborales, los mismos pertenecen a los trabajadores que han ganado dichos procesos y no ya al recurrente como alega en la vía administrativa, que en todo caso, serían los trabajadores señalados en las sentencias a los que se les declararon probadas sus demandas laborales en contra del recurrente quienes tendrían legitimación para denunciar los extremos señalados por el recurrente.

II.PETITORIO:

En virtud a los argumentos anteriormente expuestos, y en consideración a que la Resolución Administrativa ASFI No. 525/2012 de 09 de Octubre de 2012 confirmada por la Resolución ASFI N° 697/2012 de 05 de Diciembre de 2012, han sido

pronunciadas haciendo una valoración correcta de la documentación hechos, fundamentación legal del recurrente y de las disposiciones legales en vigencia solicitamos se pronuncie Resolución CONFIRMATORIA TOTAL ratificando en todas sus partes la Resolución ASFI N° 069/2012 de 05 de diciembre de 2012 en cumplimiento del Art 43 literal a) del Decreto Supremo N° 276175 de 13 de septiembre de 2003, y sea todo conforme a ley.”

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 15 de mayo de 2012, la Compañía Minera Orlandini Ltda., presentó ante la Unidad de Investigaciones Financieras, denuncia contra el Banco Nacional de Bolivia S.A., debido a que éste habría facilitado la comisión del delito de legitimación de ganancias ilícitas, al haber realizado la transferencia de Depósitos Judiciales a una cuenta privada a nombre de una Juez en materia laboral, hecho que a su vez -según afirma la recurrente- habría dado lugar a que se incumpla el Decreto Supremo N° 24771, de 31 de julio de 1997, específicamente sus siguientes artículos:

*“...**ARTICULO 26.- (CONOCIMIENTO DEL CLIENTE).** Al iniciar una relación comercial el sujeto obligado deberá registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, actividad y el domicilio de sus clientes.*

Cuando se advierta que el cliente no actúa por cuenta propia, el sujeto obligado deberá procurar establecer la identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleve a cabo una transacción, especialmente en el caso de personas jurídicas que no llevan a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el lugar donde tengan su sede o domicilio legal.

Las instrucciones al respecto serán impartidas por la Unidad, según se trate de clientes ocasionales o habituales.

***ARTÍCULO 27.- (VIGILANCIA PARTICULAR DE CIERTAS OPERACIONES).** Cuando una operación presente condiciones de complejidad inusitada o injustificada, o parezca que no tiene justificación económica u objeto lícito, el sujeto obligado deberá pedir información al cliente sobre el origen y el destino de los fondos así como sobre el objeto de la operación y la identidad del beneficiario.*

ARTÍCULO 28.- (REGISTRO). *Los sujetos obligados deberán dejar constancia en sus archivos de aquellos datos que remitan a la Unidad de Investigaciones Financieras de acuerdo a sus instrucciones...*"

ARTÍCULO 30.- (REPORTE DE TRANSACCIONES SOSPECHOSAS). *Los sujetos obligados deberán reportar a la Unidad de Investigaciones Financieras la información relativa a transacciones que, de acuerdo a los parámetros establecidos por la misma, se consideren sospechosas.*

Los sujetos obligados tienen el derecho de consultar y pedir asesoramiento a la Unidad de Investigaciones Financieras en caso de operaciones inusuales.

ARTÍCULO 31.- (PROHIBICIÓN). *Los sujetos obligados no podrán poner en conocimiento del cliente ni de persona alguna el reporte de la operación sospechosa.*

ARTÍCULO 32.- (OBLIGACIÓN DE INFORMAR). *Los sujetos obligados deberán proveer, dentro del plazo señalado por la Unidad de Investigaciones Financieras, toda la información requerida sin poder ampararse en el secreto bancario, la reserva de materia de valores o el secreto profesional...*"

La recurrente señala también, que existiría incumplimiento al Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011 (Reglamento al Régimen de Infracciones y los procedimientos para la determinación y aplicación de sanciones administrativas, en lo concerniente a la Legitimación de Ganancias lícitas).

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Nota ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012, responde a la Compañía Minera Orlandini Ltda., en sentido de que dicha Autoridad no tendría competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, debido a que, principalmente, las presuntas irregularidades en las que incurrió el Banco, se produjeron con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011, por lo que carece de competencia, no pudiendo aplicar retroactivamente la norma.

En fecha 25 de septiembre de 2012, la Compañía Minera Orlandini Ltda., a través de su apoderado, señor Víctor Vargas Bravo, solicitó se eleve a rango de Resolución Administrativa la nota ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI/N° 525-2012 de 9 de octubre de 2012, eleva a rango de Resolución Administrativa, la nota ASFI/DAJ/R-116260/2012 de 14 de septiembre de 2012.

En fecha 6 de noviembre de 2012, la Compañía Minera Orlandini Ltda. interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 9 de octubre de 2012.

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 09 de octubre de 2012, manteniendo su pronunciamiento respecto a la falta de competencia.

Mediante memorial de fecha 27 de diciembre de 2012, la Compañía Minera Orlandini Ltda. presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, señalando que la Resolución objeto de impugnación, se limita a realizar una copia de algunos libros y doctrina, que desde ningún punto de vista pueden reemplazar la sana crítica de la Autoridad.

De igual manera, alega que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no se habría pronunciado sobre el argumento de que las sanciones cometidas por la entidad financiera, no corresponderían al Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011, sino al Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, por lo cual no se ingresaría en el marco de la irretroactividad; sin embargo de ello y conforme lo establece el artículo 123 de la Constitución Política del Estado, los delitos de corrupción pueden ser investigados de manera retroactiva.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En primer término importa precisar, que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco de sus funciones, atribuciones y competencias, no tiene la facultad de investigar delitos, mismos que deben ser investigados en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, esto en sujeción al principio de separación de órganos, conforme lo establece el artículo 12 de la Constitución Política del Estado.

Por lo que, ésta instancia Jerárquica sólo se pronunciará, en cuanto al ámbito Administrativo y al control de legalidad que hace el Superior Jerárquico, sobre los actos emitidos por la Autoridad inferior, para constatar la compatibilidad de éstos con la Constitución Política del Estado, las leyes que la sustentan y el límite del accionar de la instancia inferior y no así sobre la supuesta comisión de delitos u otros hechos que, conciernen ser dilucidados en la vía jurisdiccional.

2.1. En cuanto a la notificación del Informe UIF/LEG/32528/2012 de 14 de junio de 2012.-

La recurrente señala que el Informe UIF/LEG/32528/2012, de 14 de junio de 2012, emitido por la Unidad de Investigaciones Financieras, no habría sido de su conocimiento, hecho que habría dado lugar a que se vulnera el debido proceso y habría dado lugar a su indefensión.

Respecto al informe UIF/LEG/32528/2012 de 14 de junio de 2012, se tiene que, ni la Ley del Procedimiento Administrativo, ni sus Decretos Supremos Reglamentarios, establecen que los informes jurídicos y técnicos, deban ser notificados, en razón a que éstos no son actos administrativos, ni pueden ser objeto de impugnación, toda vez que lo impugnado es la decisión de la Administración Pública, decisión que, para el caso de autos, se encuentra plasmada en la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 9 de octubre de 2012, misma que sí fue de conocimiento del recurrente y fue objeto de impugnación, por lo que no existe ninguna vulneración al derecho del debido proceso, del recurrente.

2.2. En cuanto a la irretroactividad de la norma.-

La recurrente señala que, al tratarse de delitos de corrupción y conforme el artículo 123 de la Constitución Política del Estado y la Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010 (Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz), el Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011 podría ser aplicado retroactivamente.

Al respecto, si bien el artículo 123 de la Constitución Política del Estado señala que:

*“La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, **excepto** en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado, **en materia de corrupción, para investigar procesar y sancionar delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado**; y en el resto de los casos señalados en la Constitución”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Se tiene que, lo dispuesto en el artículo precedente faculta a la Autoridad a aplicar retroactivamente la norma, sólo en materia de delitos de corrupción, y no así en cuanto a infracciones administrativas.

Por lo que, lo señalado por la recurrente, no aplica al caso de autos, debido a que el presente proceso no se trata sobre la investigación de delitos, mismos que, en caso de existir, deben ser investigados por autoridades jurisdiccionales conforme se expuso en el punto 2 supra, y no así por la Autoridad Administrativa, toda vez que el presente proceso se limita a sustanciar la controversia referida a la competencia que tendría el Ente Regulador, para pronunciarse e investigar supuestos incumplimientos a la normativa administrativa (Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997), por parte del Banco Nacional de Bolivia S.A.

En cuanto a lo referido por el tercer interesado, Banco Nacional de Bolivia S.A., respecto a la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0770/2012 de 13 de agosto de 2012, misma que habría establecido en la ratio decidendi, que la Ley N° 004 debe ser interpretada en el marco de los tratados internacionales, es decir, que las disposiciones de la Ley N° 004, no pueden ser aplicadas de forma retroactiva cuando la sanción sea más grave o cuando el hecho por el cual se está juzgando, no hubiera constituido delito en el momento en el que se ejecutó, y solamente puede ser admisible la retroactividad de la norma, cuando ésta es más favorable al imputado; no se debe olvidar también que la misma Sentencia Constitucional hace referencia a la posibilidad de que se pueda investigar y sancionar retroactivamente, cuando existan delitos de acción permanente o continua, o sea, cuando no han terminado de surtir los efectos por la comisión del delito.

Sin embargo de ello y como bien ya se dijo, no corresponde aplicar la misma Sentencia al caso de Autos, en razón a que trata sobre la aplicación retroactiva de la norma en delitos de corrupción y la aplicación de la norma más favorable en el ámbito penal, y no así en el ámbito administrativo, por lo que no corresponde hacer más precisiones al respecto.

2.3. En cuanto a la falta de pronunciamiento.-

La recurrente señala que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no se habría pronunciado en cuanto a que las supuestas infracciones cometidas por el Banco Nacional de Bolivia S.A., corresponden a vulneraciones al Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997 y no así al Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011, por lo cual no se ingresaría en el marco de la irretroactividad de la norma, hecho que a su vez, habría dado lugar a que se vulnerara el principio de fundamentación y motivación.

Al respecto, si bien en el caso de autos, las supuestas infracciones se encontrarían tipificadas en el Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997, se debe considerar que es preciso que exista una norma que establezca la sanción a imponerse, y que en el caso de autos, la norma para sancionar, corresponde al Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011 (Reglamento al régimen de infracciones y los procedimientos para la aplicación de sanciones administrativas en lo concerniente a la Legitimación de Ganancias Ilícitas), del cual, la Autoridad de Supervisión Financiera, se pronunció en relación a que ésta no tendría competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, basada en lo que establece la Ley del Procedimiento Administrativo en su artículo 77 cuando hace referencia a que **“Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa”**, debido a que, principalmente, las presuntas infracciones administrativas en las que habría incurrido la entidad bancaria, se habrían producido con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011.

Asimismo, se debe precisar que, para que el Ente Regulador haya arribado a esta conclusión, previamente debió haberse determinado si existió incumplimiento a los artículos 26, 27, 28, 30 y 32 del Decreto Supremo 24771 de 31 de julio de 1997 por parte del Banco Nacional S.A., si las infracciones se encontrarían prescritas, y si las mismas corresponden a infracciones permanentes o instantáneas.

El hecho de que la Autoridad Fiscalizadora no haya fundamentado su decisión, ha dado lugar a que se vulnere, así, uno de los elementos esenciales del acto administrativo que se encuentra justamente en su motivación o fundamentación.

Por lo que, la Autoridad Reguladora, en cumplimiento de este principio así como en cumplimiento del principio de verdad material, a objeto de formar una firme y serena convicción de los hechos, debe hacer el correspondiente análisis de cada una de las infracciones denunciadas al Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997 y deberá establecer si las mismas fueron cumplidas o incumplidas por el Banco Nacional de Bolivia S.A., si se encontrarían prescritas o, finalmente, si corresponderían a infracciones permanentes o instantáneas.

2.4 En cuanto a la prescripción.-

El Banco Nacional de Bolivia S.A. señala que, independientemente de que hayan existido las infracciones (hecho no consentido por el mismo), las mismas, a la fecha, se encontrarían prescritas, en razón a que el hecho hubiera ocurrido en las gestiones 2007 y 2008.

Si bien el artículo 79 de la Ley del Procedimiento Administrativo señala que *“Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años...”*, es preciso señalar que el régimen de la prescripción tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese entendido, se debe enmarcar las diferencias existentes entre las **infracciones instantáneas y las infracciones permanentes**, cuales son:

*“...En las **infracciones instantáneas**, la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.*

En las **infracciones permanentes**, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.

En consecuencia, cuando se trata de **infracciones permanentes**, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto..."

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

Entonces, al relacionar los acontecimientos, se tiene que una consecuencia de hecho, producida por la naturaleza, y que interrumpe el plazo de la prescripción, es precisamente el efecto continuado o "tracto sucesivo" de un determinado acontecimiento, que como consecuencia, el acto o hecho jurídico se viene renovando en el tiempo (teoría bipartita que encamina al Derecho Administrativo)...", criterio que ya ha sido expuesto por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 052/2012 de 2 de octubre de 2012.

En este sentido, si bien el Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011 (Reglamento al régimen de infracciones y los procedimientos para la aplicación de sanciones administrativas en lo concerniente a la Legitimación de Ganancias Ilícitas), sería posterior al momento del hecho.

No se debe olvidar que, en caso de que el Ente Regulador, en su análisis, determine que ha existido infracción a los artículos 27, 28, 30, 31 y 32 del Decreto Supremo N° 24771 de 31 de junio de 1997 y que las infracciones han sido de carácter permanente, las mismas no se encontrarían prescritas, correspondiendo sancionar al Banco Nacional S.A. con la norma vigente, (Decreto Supremo N° 910 de 15 de junio de 2011), determinando por ende, en este caso, ninguna inobservancia al principio de irretroactividad, ni la prescripción alegada por el tercer interesado.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha dado una correcta aplicación a los principios de motivación, fundamentación y verdad material, conforme se expuso, aspectos que necesariamente deben ser considerados a momento que la Administración adopte una nueva decisión.

Que, en el presente caso, al no haberse motivado y fundamentado la resolución

impugnada, corresponde anular el proceso.

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

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

Que, en cuanto a las otras infracciones, supuestamente cometidas por el Banco Nacional de Bolivia S.A. y denunciadas, en Recurso Jerárquico y en Recurso de Revocatoria (como ser, el posible incumplimiento al Reglamento de Cuentas Corrientes de la Recopilación de Normas de la ASFI), se tiene que las mismas no son objeto de este proceso, toda vez que, a través de la Resolución ASFI N° 697/2012 de 5 de diciembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se pronunció en sentido de que las mismas serían objeto de una inspección especial al Banco Nacional de Bolivia S.A., con objeto de determinar las supuestas irregularidades, actuación que corresponde a otro proceso, siendo que el presente proceso versa sólo sobre el incumplimiento al Decreto Supremo N° 24771 de 31 de julio de 1997 y no así a otro tipo de infracciones.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 525/2012 de 9 de octubre de 2012, **inclusive**, debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 965-2012 DE 11 DE DICIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 DE 13 DE MAYO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013

La Paz, 13 de Mayo de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de fecha 11 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 880-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 025/2013 de 3 de abril de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 057/2013 de 18 de abril de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 27 de diciembre de 2012, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada legalmente por su Gerente General, Lic. Alvaro Toledo Peñaranda, según el testimonio de poder N° 251/2009, suscrito por ante la Notaría de Fe Pública N° 100 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo del Dra. Margarita Suarez Arana Ribera, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de fecha 11 de diciembre de 2012, que en Recurso de

Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/DS/20028/2012 con fecha de recepción 2 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de fecha 11 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 7 de enero de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, mismo que fue notificado el 11 de enero de 2013.

Que, por nota APS/DJ/DS/946/2013 de fecha 18 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió la documentación complementaria que le fuera solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2013 de 15 de enero de 2013.

Que, en fecha 13 de febrero de 2013, se llevó adelante la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme fuera solicitada por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** en su memorial de 25 de enero de 2013, misma a la que asistieron los señores Luis Fernando Álvarez Arce, Luis Antonio Toledo Peñaranda y Miguel Ángel Jemio.

Que, mediante memorial presentado en fecha 15 de febrero de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, a tiempo de solicitar se tengan presentes los extremos que allí constan, adjunta documentación complementaria.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/DS/7749/2012 DE 5 DE OCTUBRE DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2012, notificó a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** con los siguientes cargos:

*“... 1. En fecha 6 de marzo de 2012, la señora María Elena Durán Ramos presenta su carta de 1 de marzo de 2012 hace conocer a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** su sentimiento de haber sido estafada por el cambio de Plan de Vida Entera a Plan de Vida Flexible ya que dicho cambio le importa mayor esfuerzo económico, fuera de sus posibilidades.*

2. En conocimiento de esta situación, la APS solicita información y documentación a dicha compañía en relación a los extremos anotados por la citada ciudadana.

3. Como consecuencia de sucesivas comunicaciones intercambiadas entre la autoridad reguladora y la compañía, se llega a la conclusión presuntiva de que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** no ha demostrado que en el proceso de cambio del Plan de Vida Entera a Vida Flexible, hubiera cumplido a la normativa pertinente. Esto es, el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: **“PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS:... a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...”**.

La anterior imputación se basa en los siguientes hechos:

a) La aseguradora no ha presentado a esta APS documentos que demuestren haber prestado a María Elena Durán Ramos, el asesoramiento exacto, suficiente, diligente y que no le induzca a error, para el cambio de plan que opera con la Póliza de Vida Entera y el slip de Cotización del Seguro de Vida Flexible.

b) Asimismo, se pre determina que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, en este caso concreto y como consecuencia de haber afirmado que la Póliza de Vida Entera 206-934101-2000 03 002, no reconoce el beneficio de Retiro Parcial, ha desconocido la vigencia del numeral 1.15 del artículo 1 de la Póliza de Vida Entera que establece que el **“Retiro Parcial es el pago del Valor de Rescate efectuado por la compañía a favor del asegurado”**.

Este desconocimiento de parte de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, se relaciona con lo dispuesto por el artículo 18 de la Póliza de Vida Entera que dispone que **“queda convenido y/o específicamente acordado en el presente contrato, que el préstamo a que tenga opción el asegurado según sus valores garantizados se aplicará automática y prioritariamente a pago de las primas devengadas a sus respectivos vencimientos, antes de recurrir a la alternativa de saldar el seguro por un capital reducido y siempre que su Valor de Rescate sea igual o mayor al monto de la prima devengada.”** (las negritas son de la APS).

Este párrafo tiene que ver y desmiente la afirmación de la compañía de que el seguro de vida entera caduca a los 30 días posteriores al incumplimiento en el pago de la cuota de la prima acordada.

c) En adición, se concluye que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** ha desconocido la segunda parte de lo dispuesto por el numeral 13.1 del artículo 13 de la Póliza de Vida Entera: **“Cualquier cambio que el Contratante o Asegurado desee efectuar en capital asegurado, en el plan de seguro o su duración, será solicitado por escrito a la Compañía, la cual le dará a conocer las condiciones en que el cambio puede efectuarse”** (las negritas son de la APS); esto es, no prestó los elementos de análisis, como ventajas y desventajas, diferencias o similitudes de ambos planes para tomar una decisión correcta.

d) El desconocimiento de estas normas inscritas en la propia Póliza de Vida Entera 206-934101-2000 03 002, demuestra que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** ha proporcionado a María Elena Durán Ramos un asesoramiento inexacto, deficiente y negligente en el proceso de cambio de Plan de Vida Entera a Vida Flexible, incurriendo en la prohibición contemplada en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: "PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS: ... **a)** Publicitar y entregar información **inexacta** o falsa que **induzca a error** sobre la situación de la entidad y **de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...**"

En consecuencia **NOTIFICAMOS** a usted en su condición de representante legal de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, (sic) con los cargos anotados en los párrafos precedentes, al no haber observado y cumplido debidamente la normativa señalada, por lo que en aplicación del artículo 67 del Decreto Supremo No. 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercer su legítimo derecho a la defensa.

Vencido el término de prueba y dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos, la APS emitirá la resolución que corresponda en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo No. 27175..."

2. NOTA DE DESCARGOS.-

Mediante nota NAVI-GR-657-2012 de fecha 25 de octubre de 2012, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta los siguientes descargos:

"... a. En relación al punto primero, efectivamente, en fecha 02 de marzo de 2012 nuestra compañía recibió la nota de nuestra estimable asegurada, la Sra. María Elena Durán Ramos, en la cual nos expresa su insatisfacción por el cambio de plan del llamado "Plan de Vida entera" correspondiente a la póliza NAVI-VI-002262/LP/2003, emitida en fecha 5 de Mayo de 2003 al llamado "Plan de Vida Flexible". Una copia de dicha nota puede encontrarse en el "Anexo A" de la presente.

En base a la nota de la Sra. María Elena Durán Ramos, y atendiendo al hecho de que nuestra asegurada luego de la comprensión de las características del nuevo plan con la información que le fue proporcionada por nuestra sociedad, consideraba que el nuevo plan no se ajustaba a sus intereses, nuestra entidad aceptó dicho pedido sobre tablas. En ese sentido, en fecha 3 de mayo de 2012 procedimos a retornarla al plan original de "Vida Entera", sin modificación de ninguna naturaleza y sin costo ni perjuicio para nuestra asegurada de esto adjuntamos en "ANEXO B" para su autoridad, carta enviada a la cliente en la cual dimos curso a su solicitud.

Para el conocimiento completo de esa respetable autoridad, que servirá para verificar la existencia de la relación actual con la Sra. María Elena Durán Ramos, adjuntamos a la presente copias de los siguientes documentos en el "Anexo C"

- *Póliza de Seguro en actual vigencia.*
 - *Plan de Pagos de Primas Actualizado la fecha que certifica que la asegurada continúa de manera normal.*
- b. *En relación a los incisos a) y b) del punto B de los cargos formulados a nuestra sociedad, reiteramos que el pedido de nuestra asegurada fue atendido sin reparos, ni dilaciones que pudieran significar un perjuicio para nuestra usuaria. Quisiéramos remarcar que nuestro asesoramiento y atención se concentró en atender con inmediatez el pedido de nuestra usuaria de retornarle al plan anterior.*

En cualquier caso, adjuntamos a la presente, en el "Anexo D", una copia de los documentos que fueron entregados a nuestra usuaria con el objeto de que la misma tome conocimiento de las diferencia (sic) entre las dos modalidades de seguro, documentos en los cuales se insertan textos que sistematizan las diferencias.

Conviene reiterar, de manera muy respetuosa, que el mismo hecho de que nuestra usuaria, en forma inmediata al cambio de plan, hubiera expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses, es una muestra de que dicha usuaria recibió una explicación completa y suficiente, que le sirvió para tomar una decisión con base en su propio interés.

Consideramos igualmente pertinente resaltar que la atención inmediata y sin condiciones o limitaciones de la preocupación de nuestra asegurada, no estuvo precedida del conocimiento por nuestra parte de queja o denuncia alguna ante esa respetable autoridad, lo cual es posible apreciar por una simple correlación de las fechas.

No podemos expresar un juicio de valor sobre las motivaciones de la continuación de la tramitación de la queja de nuestra asegurada, pero si podemos sustentar documentalmente la atención del pedido de nuestra asegurada en forma expeditiva, basada en la preocupación por las diferencias entre los dos planes que le fueron expresadas a nuestra sociedad.

- c. *En relación a los incisos c) y d) del punto 3, nos remitimos a los documentos del "Anexo E", que grafican las diferencias entre los planes y que sirvieron para que en conocimiento de las mismas, nuestra asegurada pudiera tomar la decisión de retornar al plan del que originalmente formaba parte.*
- d. *Finalmente, adjuntamos a la presente para sus antecedentes del dossier de éste caso, una copia de los documentos de aprobación expresada por su respetable autoridad de las características y publicidad de cada uno de los planes, así como de las resoluciones de aprobación de cada uno de los formatos de pólizas..."*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 880-2012 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta los siguientes argumentos:

“...CONSIDERANDO:

*Que, los cargos consisten, en pocas palabras, en que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, no brindó a María Elena Durán Ramos, información completa, veraz y oportuna, y suficiente para promover el cambio del “Plan de Vida Entera” al “Plan de Vida Flexible”, violando las disposiciones legales que rigen esta situación, tal cual se anotó en la notificación de cargos.*

CONSIDERANDO:

*Que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, mediante nota CITE: NAVI-GR/657-2012 de 25 de octubre de 2012, expone sus argumentos de descargos incurriendo en una confusión de momentos en que sucedieron los hechos, deduciendo de manera errada, que habría otorgado información veráz, oportuna y suficiente a la señora María Elena Durán Ramos.*

*Que la confusión más relevante de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** consiste en interpretar las quejas de la señora María Elena Durán Ramos, como muestra inequívoca de haber recibido información exacta y comprensiva en su momento.*

Que como demostración de haberse proporcionado información exacta y oportuna, adjunta la póliza de seguro actual, el plan de pagos de primas actualizado, copia de documentos que habría entregado a la usuaria en el anexo “D” y, la afirmación taxativa de que “atendieron las quejas de la usuaria de manera inmediata y sin mayores dilaciones”.

Que respecto de esta afirmación conviene discernir respecto de lo que se entiende por “oportuna” y por el término “exacto o exacta”. En cuanto al significado de la voz “oportuna”, tal alude a un hecho o circunstancia que se da en un momento adecuado para hacerlo, de manera que implique conveniencia de tiempo y lugar. En otras y pocas palabras: momento propicio para hacer y/o decir algo. Ergo, si hacemos o decimos algo en momento inadecuado con inconveniencia de tiempo y lugar, lo hecho y dicho será “inoportuno”, no surtiendo los efectos que se pretende, ocurran.

Que en cuanto al término “exacto o exacta”, entenderemos como aquello que se “adecúa o se ajusta completamente a algo”, o para matizar con un rasgo subjetivo, diremos que es algo con lo que se está completamente de acuerdo. También este término es sinónimo de “verdad” cuando se utiliza la palabra para decir que algo es exactamente cierto o que lo que otra persona dijo es exacto pues respeta la verdad.

Que en el ámbito de la aplicación de las normas legales positivas, los términos “oportunidad” y “exacto o exacta” adquieren capital importancia, ya que las normas se las cumplen en un determinado momento y lugar y no antes o después. Este uso racional de los hechos o los dichos corresponden congruentemente con lo entendido por “exacto” ya que si lo dicho o hecho es oportuno, será entonces verdadero porque corresponde en momento, lugar y a la veracidad del fenómeno.

Que esta disquisición es imprescindible para valorar el argumento de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** en sentido de que: “las quejas de su usuaria, María Elena Durán Ramos, es prueba de que sí orientó, proporcionó información exacta y oportuna a propósito del cambio de plan de seguro”. Cuando la Ley prescribe supuestos hipotéticos como futuros encuadramientos a la misma, es que está señalando que ciertos hechos deben ser efectuados o llevados a cabo **antes de** y no **después de**. En el caso que nos ocupa, no es de recibo (sic) pretender justificar que María Elena Durán Ramos fue informada verazmente para el cambio de plan de seguro de Vida Entera a Vida Flexible argumentando que las quejas y el sentimiento de “estafa” demuestran que efectivamente se cumplieron las normas atinentes. Aceptar tal argumento sería tanto como (mutatis mutandis) (sic) si aceptáramos, como eximente de responsabilidad alguna, que un sujeto manifestara, luego de robar, que no robó porque devolvió lo robado.

Que como se puede deducir, el hecho de devolver lo robado no borra ni elimina que en un momento dado, se robó por mucho que luego se hubiera devuelto el producto del robo.

Que en el caso de María Elena Durán Ramos, las normas que rigen el cambio de plan de seguro son de ineludible cumplimiento antes de que la persona adopte o tome una decisión, y no aplicar las normas después de haberse tomado la decisión. Justificar que las quejas (luego de haberse firmado los cambios de plan de seguro) son prueba de haberse cumplido con las normas imputadas de incumplidas, simplemente no resiste el menor análisis.

Que en efecto, las prohibiciones contenidas en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 son para evitar incurrir en las mismas **antes de** y no **después de**, como ingenuamente, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** interpreta.

Que por otro lado, debe dejarse claramente establecido que los cargos imputados se refieren al incumplimiento de normas atinentes a las prohibiciones en ocasión de cambios de plan de seguro, contenidas en la Ley de Seguros y disposiciones inscritas en las propias pólizas, pero de ninguna manera se refieren los cargos a la velocidad y rapidez con que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** hubiera procedido a retornar a María Elena Durán Ramos al plan original de “Vida Entera”.

Que en adición y revisando la documentación adjunta a la carta de descargos se evidencia que la misma es repetitiva de correspondencia unilateral de esta compañía, pero ninguna de ellas acredita hechos materiales que evidencien una asesoría

completa, exacta y veraz para proceder al cambio; v.gr. una explicación pormenorizada del incremento del monto de las primas correspondientes.

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a lo transcrito, en lo que a las alegaciones de descargo se refiere, su contenido no hace más que confirmar los cargos imputados, como podrá verificarse en el análisis que desarrolla la presente resolución administrativa.

CONSIDERANDO:

Que en cuanto a la sanción, se tiene lo dispuesto por el inciso d), numeral 1) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como **infracciones leves**, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: d) Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia, al estado o al público.

Que en la anterior descripción de la cuantificación de la multa, la norma pertinente establece un rango de un mínimo a un máximo, dejando al prudente arbitrio de la Administración, la modulación y determinación del monto, de manera que aunque existan atenuantes, la sanción impuesta tampoco constituya escarnio a la justicia, considerando asimismo, el carácter insubsanable o subsanable de la falta cometida..."

En mérito a los fundamentos expuestos, la Autoridad de Supervisión de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve lo siguiente:

"...PRIMERO.- SANCIONAR A NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (2.000 UFV's), por haber incurrido en la prohibición señalada en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

SEGUNDO.- La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria

TERCERO.- NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el artículo precedente, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción..."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por el memorial presentado el 4 de diciembre de 2012, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso de revocatoria contra la Resolución

Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, con los siguientes argumentos:

“... III.- ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACION”

El Art. 117 de la Constitución Política del Estado, al establecer uno de los principios esenciales de nuestro estado de derecho dice lo siguiente:

“... Artículo 117 I. **Se garantiza la presunción de inocencia.** Durante el proceso, **en caso de duda** sobre la norma aplicable, regirá **la más favorable** al imputado o **procesado**”

Nótese que la norma establece una premisa que legalmente se denomina “presunción de hecho” por la cual se debe entender y asumir (la norma no admite otra posibilidad “in limine”) que toda persona es inocente, en tanto no se presenten pruebas que sustenten la posibilidad de afirmar lo contrario.

Es decir que de conformidad con la norma constitucional de máxima jerarquía, nuestro sistema legal no reconoce, en ninguna materia de la regulación local, la posibilidad de que ninguna autoridad presuma, sin prueba alguna, que una persona es culpable o que no es inocente de algún hecho que se le pretendiera imputar, cuando dicha afirmación carece de pruebas.

Siguiendo ésta línea normativa, el Art. 71 de la Ley del Procedimiento Administrativo Nº 2341 de fecha 23 de abril de 2002 (“LPA”), dice lo siguiente:

“... ARTICULO 71º.- (Principios Sancionadores).- **Las sanciones administrativas** que las autoridades competentes deban imponer a las personas, **estarán inspiradas** en los principios de legalidad, tipicidad, **presunción de** inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad....”

“... ARTICULO 74º.- (Principio de presunción de Inocencia).- En concordancia con la prescripción constitucional, **se presume la inocencia** de las personas mientras **no se demuestre lo contrario** en idóneo procedimiento administrativo...”

Nótese que la norma enfatiza la necesidad de poder demostrar que una persona no es inocente, es decir que es culpable como una condición necesaria y obligatoria a la imposición de una sanción.

De acuerdo y siempre en protección del principio de Inocencia, el Art. 18 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de la ex Intendencia de seguros de fecha 24 de octubre de 2003 dice lo siguiente:

“...Artículo 18.- ((Determinación de la gravedad de la infracción)...” “...La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos,

todo representante legal, empleado o contratado de una persona o **entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia**, salvo **prueba en contrario**, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso **y en todos los similares...**"

Con arreglo a lo expuesto notará su autoridad que para que se pueda imponer una sanción, es necesario que se pueda probar en forma incontrastable lo contrario a la inocencia (que se presume con base en la ley) que es la culpabilidad..

En nuestro sistema legal, la demostración de la veracidad de un hecho se realiza mediante la presentación de "pruebas" o medios de representación (histórica) de la realidad que permitan sustentar la veracidad de hecho imputado al procesado en el cual se pretenderá fundar una premisa y una eventual sanción.

Este procedimiento es clara y expresamente una de las garantías del "debido proceso" o del "Due Process of Law" que garantiza que una persona no sea juzgada en desconocimiento de sus garantías constitucionales, que (reitero) en esencia presumen su inocencia mientras no se pruebe lo contrario.

Este principio, está igualmente regulado por los Artículos 47,49 y 83 de la misma LPA que dice:

"... ARTICULO 47º.- ((Prueba).- I. Los **hechos relevantes** para la **decisión** de un **procedimiento** podrán acreditarse por cualquier medio de **prueba admisible** en derecho "...II. El **plazo y la forma de producción** de la prueba será la determinada.." "...III. La autoridad administrativa, mediante providencias empuestas, determinará el procedimiento para la **producción de las pruebas** admitidas..." "

"... ARTICULO 49º.- (Alegatos).-**(Producida la prueba** o vencido el plazo para su producción, la administración decretará la clausura del periodo probatorio y si lo considera necesario por la complejidad de los hechos y las **pruebas producidas**, otorgará un plazo de cinco (5) días al interesado para que tome vista del expediente y alegue **sobre la prueba producida...**"

"... ARTICULO 83º.- (Etapa de Tramitación).- I. Los presuntos infractores en el plazo de quince (15) días a partir de su notificación podrán presentar **todas las pruebas**, alegaciones, documentos e informaciones que crean convenientes a sus intereses...". II. Serán **legalmente aceptados todos los medios de prueba establecidos...**"

De estas porciones de la norma, es posible extraer los siguientes principios básicos adicionales:

- a. Los hechos que fueran relevantes para una decisión sancionatoria se sustentan en las pruebas

- b. Es posible presentar todos los medios de prueba admisibles en derecho.
- c. Existen reglas y plazos para la producción de la prueba.
- d. La prueba que servirá de base es la prueba “producida”.

Es importante remarcar que uno de los aspectos reiterados en numerosas porciones de la norma es la “producción”, que no es más que la presentación del medio probatorio respectivo bajo rígidas regulaciones de “forma” y solemnidad que exigen que el medio probatorio presentado sea de conocimiento de todas las partes involucradas y bajo ciertas fórmulas de “producción”. Algunos sistemas llaman a éstas fórmulas de solemnidad el procedimiento ó “discovery” (sistema anglosajón) ya que precisamente buscan que la forma de producción de las mismas sea “transparente”

Los medios de prueba “legamente aceptados” a que se refiere el texto transcrito precedentemente, se encuentran regulados por el Art. 374 del Código de Procedimiento Civil que dice:

“... ARTICULO 374.- (MEDIOS LEGALES DE PRUEBA). Son **medios legales de prueba:**
1) Los documentos. 2) La confesión. 3) La inspección judicial. 4) El peritaje. 5) La testificación. 6) Las presunciones...”

Es importante notar por su relevancia, que en ninguno de los incisos se hace cita de un medio de prueba como “la opinión del juzgador”, ó “las definiciones o criterio personal del juzgador” ó la opinión y conclusiones personales del juzgador” ó a “lo que diga el diccionario”. En todos los casos dichas opiniones del juzgador o los criterios u opiniones personales, no pueden basarse en nada que no sea uno de los medios de prueba establecidos por la ley o en la misma ley.

En cuanto a las “presunciones”, la autoridad, en apego a la norma constitucional, está obligada a presumir la inocencia del procesado o la diligencia del mismo, mientras no pueda probar su culpabilidad, no siendo suficiente el criterio unilateral del juzgador por muy bien intencionado que esté.

El Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003 que contiene las normas especiales para el desarrollo de los procedimientos administrativos en el ámbito de la regulación financiera dice en su Art. 29 lo siguiente:

“...Artículo 29.- ((Prueba). I. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer **la producción de pruebas** admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean **conducentes para la toma de sus decisiones;**...” “...II. La providencia que ordene **la producción de las pruebas será expresa;**...” “...III. **Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad;**...”

Se verá que ésta norma, reitera una vez más y en forma muy consistente con las normas superiores el principio de “producción” y la necesidad de que las pruebas sean las “admisibles en derecho”. Remarca además la necesidad de que la producción de las pruebas sea expresa y asienta el principio de que la valoración solo puede recaer sobre

las pruebas y no sobre los criterios unilaterales de la autoridad reguladora o sobre sus propias opiniones personales y subjetivas.

Dentro del procedimiento sancionador, uno de los pilares esenciales es la aplicación de principios enumerados en el Art. 71 de la LPA que dice lo siguiente:

"... ARTICULO 71º.- (**Principios Sancionadores**). Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, **presunción de inocencia**, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad..."

Es claro que el procedimiento sancionador no puede hacer abstracción de la presunción de inocencia asumiendo que una imputación de cargos, es decir una atribución de conductas sancionables, realmente debe entender como una presunción de culpabilidad. Tampoco puede pretender, con ésta base en la "imputación de cargos", que la carga de la prueba sea trasladada completamente y exclusivamente al procesado quien deba "probar su inocencia".

El hecho es que en nuestro sistema legal la inocencia se presume y lo que debe probarse es la culpabilidad, lo que significa que carga de la prueba está distribuida entre ambas partes en forma equivalente.

Este principio legal ha dado lugar al principio constitucional sentado en el Art. 116 de la Constitución Política del Estado que dice lo siguiente:

"...**ARTICULO 116. I.** Toda persona **será protegida** oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en e ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia pura, pronta, oportuna, gratuita, **transparente** y sin dilaciones..."

Por último el propio Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas en el sector de Seguros contenido en la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS N° 602, de 24 octubre de 2003, dice en sus Arts. 2 y 8 lo siguiente:

"... **ARTICULO 2.- (Principios)** A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptan los siguientes principios: a) **Debido Proceso:** Es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer **y producir pruebas** pertinentes, presentar alegatos, **obtener resoluciones fundamentadas** e interponer recursos..."

"... **ARTÍCULO 8.- (Alcance de la Sanción)** La imposición de una sanción tiene como finalidad sancionar la conducta que genera el incumplimiento de una normativa legal y vigente, ésta será **impuesta previo proceso** administrativo sancionatorio, que se desarrolle en sujeción al **principio del debido proceso...** "

Verá su autoridad que la fundamentación de las decisiones del juzgador solo puede provenir de un procedimiento de sustanciación llevado a cabo bajo un proceso que esencialmente hubiera sido desarrollado en presunción de la inocencia del procesado.

En todo el texto de la resolución impugnada su autoridad no solo deja de lado la presunción legal de inocencia y diligencia de la que nuestra sociedad es titular por mérito de la norma. Su autoridad también viola todos los principios del debido sustento de su afirmación de culpabilidad en pruebas admisibles en derecho, limitándose a basar su sanción en su propia opinión y en nuestras propias declaraciones.

En otras palabras, su autoridad se basa nada menos que en su propia definición y entendimiento de lo dispuesto por la norma, para imponer una sanción sobre nuestra sociedad, sin presentar ni compulsar en lo absoluto prueba alguna basada; en derecho positivo que sustente sus afirmaciones, como lo exige nuestro sistema legal que no presume la culpabilidad sino la inocencia de las personas objeto de juzgamiento.

IV - PETITORIO

En base a lo anterior, y en apego al Art. 65 de la LPA y del Art. 46 y siguientes del D.S. 27175, pedimos a Ud. tenga a bien dictar la respectiva Resolución, revocando totalmente la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012**, por haber violado las presunciones constitucionales y por haber violado el debido proceso, reservándonos el derecho, conforme a ley, de interponer el Recurso Jerárquico correspondiente, ante el superior en grado..."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 965-2012 DE 11 DE DICIEMBRE DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012 de 13 de noviembre de 2012.

Los fundamentos presentados en la parte considerativa, son los siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que es necesario ir por partes para resolver el presente recurso. Para ello servirán algunas digresiones en torno a precisiones conceptuales a fin de no confundir categorías administrativas íntimamente relacionadas con la actuación de la Administración Pública.

Que por "debido proceso" se entiende al conjunto de procedimientos, normas y condiciones que una determinada jurisdicción ha establecido para que sus órganos de decisión juzguen en consecuencia. De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del debido proceso "no sólo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional".

Que en cuanto a la presunción de inocencia y el “**onus probandi**” consecuente, tal es una expresión latina que señala quién está obligado a producir la prueba en un determinado caso controvertido. Por las particularidades del Derecho Administrativo, la administración (sic), aunque sea la que emitió la disposición o instrumento que se impugna ex post, no es parte **strictu sensu**, ya que por mandato legal, es la propia administración (sic) que emitió el acto que se impugna la que conoce también pretensiones de revocación de los afectados. En efecto, el artículo 5 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 legitima y atribuye a ciertos órganos administrativos, la competencia para conocer y resolver un asunto administrativo, de acuerdo a mandato constitucional u otro género de normas inferiores.

Que siendo así, la carga probatoria de la parte que pretende la revocación de una resolución administrativa (como la que nos ocupa) corresponde a quien se considera afectada. Esto se encuentra consagrado en el artículo 50 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, donde se dispone que a **discreción** de la Administración, puede solicitarse la producción de prueba que ella considere atinente, o a petición de parte. Este requisito se objetiva en el momento de notificarse con cargos a la persona en particular, a quien se intima producir todas las probanzas que creyere oportuno y pertinente.

En otras palabras, no hay preceptiva legal en la jurisdicción (sic) nacional que obligue a la Administración a producir prueba por ella misma dentro de procesos como el que nos ocupa; en todo caso, tal extremo es potestativo como señala el citado artículo 50 del Decreto Supremo N° 27715 de 15 de septiembre de 2003.

Que la realidad social sobre la que se erige el Derecho y su práctica jurídica consecuente, contempla también los **Actos Discrecionales Reglados**. El Acto Discrecional Reglado es el acto administrativo que encontrándose en límites determinados, goza al mismo tiempo de cierta libertad y no se encuentra constreñido totalmente por el marco normativo correspondiente. La única limitación en los casos de los actos discrecionales es la “satisfacción del interés público”, aspecto teleológico-jurídico, cuya valoración es efectuada por la Administración con sentido de oportunidad y conveniencia.

Que el Acto Discrecional se caracteriza porque la Administración tiene la facultad de llevarla a cabo o no; es un acto que revela valoración de los hechos en el marco de beneficio del interés público; es un acto en el que se realiza un juicio de oportunidad en relación a normas o criterios de diversa naturaleza; es un acto en el que se da una libertad de acción por parte de la autoridad, que aunque parte de la norma y se ampara en ella, no se encuentra constreñida por ésta.

Que en otras palabras y en la lectura del maestro Marienhoff: “**las facultades discrecionales de una autoridad surgen cuando la legislación se limita a señalar los fines prescindiendo de la mención específica de los medios para lograr aquellos**”. Añade este autor que la existencia de normas y procedimientos para la emanación de un acto no es impedimento para excluir la posibilidad de que el acto sea discrecional; por ello es

que la redacción literal que nos señala la posibilidad de un acto discrecional puede decir: “facúltese”, “autorízase”, “podrá”, etc.

Que la anterior digresión es el fundamento doctrinal de las facultades institucionales de la APS para que en función de ellas, module su accionar sobre la base de la sana crítica y la experiencia adquirida en casos semejantes o similares.

CONSIDERANDO:

Que visto y revisado lo anterior, corresponde ahora analizar las alegaciones de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**

Que en cuanto al **argumento 2.1.** de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** resumidos en el cuarto Considerando de la presente Resolución, se deja claramente establecido que la competencia, el procedimiento, así como las facultades de desarrollo del procedimiento sancionador administrativo se encuentran en el artículo 46 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, así como en el artículo 65 y siguientes de dicho decreto, precisamente en resguardo de las garantías del debido proceso, de legalidad y de presunción de inocencia.

Que en efecto, mientras el artículo 46 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2002 están referidos a la competencia para el conocimiento de los recursos de revocatoria, su procedencia y lo más relevante, lo concerniente a la prueba se encuentra previsto en el artículo 50 de dicho decreto supremo, cuyo contenido expresa la potestad unilateral de la Administración para disponer la producción de toda prueba, y de prueba adicional si considera necesario, no constituyendo por tanto preceptivo que sea la Administración la obligada a producir prueba **per se**.

Que en lo que hace al respeto del debido proceso y presunción de inocencia, se tiene los artículos 65 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175, de 15 de septiembre de 2002, que disponen las etapas del procedimiento sancionador, mismas que fueron cumplidas estrictamente por la Autoridad de Control y Fiscalización (sic) de Pensiones y Seguros; según puede apreciarse a continuación:

a) La APS, con anterioridad a la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012, de 13 de noviembre de 2012, ha llevado a cabo actos investigativos a instancias de la señora María Elena Durán Ramos, para verificar presuntas irregularidades en el proceso de cambio de “Plan de Vida Entera” a “Plan de Vida Flexible”, llegando a identificar a los involucrados y hechos en este caso, en conformidad con el artículo 65 de dicho decreto luego de haberse elaborado informes técnicos, legales, producido correspondencia entre la señora María Elena Durán Ramos, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, y la propia APS.

b) Habiéndose establecido presuntivamente irregularidades en el caso de la señora María Elena Durán Ramos, la APS procedió a notificar con cargos, en cabal aplicación del artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175, a fin de que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** pueda asumir defensa, como demuestra la nota CITE:

APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2012 notificada el 12 de octubre de 2012 a la compañía de seguros.

c) A tal fin y en la misma notificación con cargos, se concedió el plazo legalmente establecido en el artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175, de 23 de abril de 2002, para la producción de descargos, pruebas, alegaciones, explicaciones, informaciones y justificativos para ejercitar su derecho a la defensa.

d) Cumplidas estas preceptivas diligencias, la APS dictó la resolución, ahora impugnada, debidamente fundamentada y motivada.

De lo expuesto, se puede inferir inevitablemente que **sí** se garantizó el debido proceso, así como no se emitió ningún juicio de valor definitivo hasta luego de haberse recibido los descargos de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, por lo que el pretendido desconocimiento de tales garantías constitucionales invocados por la recurrente, carecen de asidero factual y legal.

Que en cuanto al **argumento 2.2.** de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, resumidos en el cuarto Considerando de la presente Resolución, cabe simplemente señalar que la cita del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, es impertinente ya que sus disposiciones se aplican estrictamente "a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, independientemente de su naturaleza o de la norma que las hubiere creado, que se encuentren operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros y especialmente, aunque no solamente, a: ...". En otras palabras, tal norma se aplica solamente a los regulados y no a los entes reguladores como insinúa la recurrente.

Que en relación a la segunda parte de esta alegación relacionada con la prueba, recalcar que durante la sustanciación del procedimiento sancionatorio y conforme establece el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** tuvo la oportunidad de producir sus probanzas y lo que estimó conveniente, cuando respondió a la Nota de Notificación de Cargos por intermedio de la carta CITE: NAVI-GR/657/2012 de 25 de octubre de 2012.

Que en cuanto a los **argumentos 2.3.** y **2.6.** de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, resumidos en el cuarto Considerando de la presente Resolución, en ninguna parte de la resolución que se impugna consta actuación de la APS que se interprete como negatoria, implícita o explícita, de la proposición de prueba de aquella aseguradora, o que se hubiera desconocido la categoría de pruebas que nuestra legislación acepta en conformidad con el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

Que en aplicación de lo señalado en el artículo 48 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, esta APS y como se anota en la parte "VISTOS" de la resolución (sic) Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, ha generado informes técnicos y legales, además de haber solicitado los descargos pertinentes a la aseguradora. A

continuación y siempre de acuerdo al artículo 49 de la ley administrativa adjetiva, se otorgó un plazo determinado a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** para la producción de sus pruebas, a cuyo término, se cierra el periodo probatorio ya que es potestad de la Administración, ampliar o no estos plazos.

Que por lo demás, estas actuaciones de la APS, guardan fiel concordancia con lo prescrito en el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y caracterizadas como “Etapas del Procedimiento Sancionador”.

Que en cuanto al **argumento 2.4.** de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, resumidos en el cuarto Considerando de la presente Resolución, este ente regulador concuerda plenamente con el criterio de la recurrente en sentido de que toda decisión jurisdiccional se basa en pruebas admisibles en Derecho, y que las pruebas practicadas (producidas) son el elemento objetivo que sustenta la decisión ulterior. Este razonamiento correcto de la recurrente se encuentra antecedido por el procedimiento administrativo sancionador, examinado en párrafos anteriores, lo que es muestra palmaria de que en el proceso de emisión de la resolución impugnada, esta APS, cumplió las normas atinentes.

Que en cuanto a los **argumentos 2.5. y 2.7.** de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, resumidos en el cuarto Considerando de la presente Resolución, es menester señalar que la recurrente en oportunidad de presentar sus descargos, a través de la nota CITE: NAVI-GR/657/2012 de 25 de octubre de 2012, expuso argumentos adjuntando un dossier de documentación que fue valorada su día (sic) y que, a la luz de la sana crítica, no desvirtuaron los cargos imputados; es decir, que la aseguradora hubiera asesorado correctamente, con diligencia y a plenitud a la señora María Elena Durán Ramos para que ella cambie de plan de seguro.

Que debe tenerse presente que, el principal argumento de descargo de la recurrente fue que se había asesorado correctamente a la señora María Elena Durán Ramos para el cambio de plan de seguro, el mismo que consistía en que ella pudo darse cuenta de que el nuevo plan no le convenía; o que las quejas de la usuaria eran acreditativas de que sí se había orientado y proporcionado información exacta a propósito del cambio de plan.

Que no hay referencia, implícita o explícita, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012 en sentido de que una de las pruebas para sancionar a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** sea la aclaración del significado de términos que hacían al buen entendimiento del caso. En efecto, acudir al significado de “oportunidad”, “exacto o exacta”, o “inoportuno” tenía (y tiene) el objetivo de fundar y contextualizar el uso de términos apropiadamente, y no, como hizo la ahora recurrente, pretender confundir al ente regulador a momento de presentar sus descargos.

Que en este contexto, argumentar como lo hizo **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, “que prueba de haberse cumplido con la norma que regula el cambio de plan de seguro era la queja de María Elena Durán Ramos así como la prontitud con que la

aseguradora había retornado al plan original de seguro (Plan de Vida Entera) a favor de la usuaria”, hacía menester que el ente regulador sustente la posición de que las normas se las cumple en los momentos que ellas indican y no antes o después. Esta explicación deja en evidencia que la ahora recurrente, deliberadamente o no, pretende descontextualizar el uso y los propósitos de aclaración de términos que constan en la resolución impugnada.

Que en cuanto a los **argumentos 2.8. y 2.9. de NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, resumidos en el cuarto Considerando de la presente Resolución, es didáctico reiterar que la APS, antes de emitir sus resoluciones, notifica a los involucrados circunstanciales con los cargos presuntos. Así se ha procedido en este caso concreto, como bien se ha explicado en todo lo expuesto precedentemente; se ha notificado con cargos, se ha recibido y analizado los descargos y en ningún momento se ha negado derecho alguno a la aseguradora durante la sustanciación del proceso

Que de igual manera la Compañía bien pudo solicitar documentación o información conveniente a sus intereses, como las contenidas en el artículo 16 de la Ley de Procedimiento Administrativo o, la contemplada en el artículo 67.III del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003. **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** pudo acudir a estas facultades, lo cierto es que no lo hizo.

Que respecto del “**onus probandi**”, ya nos referimos en partes anteriores de esta resolución. Es fácilmente verificable que la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros no emitió ningún juicio de valor definitivo antes de recibir y valorar los descargos y probanzas de la aseguradora, en respeto y aplicación del principio de legalidad y de presunción de inocencia precisamente.

CONSIDERANDO:

Que por lo analizado, se concluye que no existe mérito para la revocación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, correspondiendo confirmar la misma en todas sus partes...”

6. RECURSO JERÁRQUICO

En fecha 27 de diciembre de 2012, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, expresando lo siguiente:

“...I- ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACION

Su respetable autoridad, en el tercer párrafo del sexto Considerando de la resolución que hoy impugnamos, sostiene lo siguiente:

“... Que en cuanto a la presunción de inocencia y el “**onus probandi**” consecuente, tal es una expresión latina que señala **quién está obligado a producir la prueba** en un determinado caso controvertido. Por las **particularidades**

de Derecho Administrativo, la administración (sic), aunque sea la que emitió la disposición o instrumento que se impugna ex post, **no es parte strictu sensu...**"

Su autoridad parecería afirmar en éste párrafo que dentro de un procedimiento sancionatorio por las "Particularidades" de la esfera administrativa, el Estado estaría eximido "per se" de presentar el sustento legal y táctico en base al cual éste impondrá una pena sobre una persona (en el caso que nos ocupa una pena expresada en una sanción pecuniaria), sobre la base del hecho de que el Estado "no sería parte".

Su autoridad continúa al decir:

"...Que siendo así, **la carga probatoria** de la parte que pretende la revocación de una resolución administrativa (como la que nos ocupa) **corresponde a quien se considera afectada...**" "...Este requisito se objetiva en el momento de notificarse con cargos a la persona en particular, a quien se intima producir todas las probanzas que creyere oportuno y pertinente...."

Una vez más su autoridad devela su posición al tratar de elaborar una teoría por la que quien debería probar su inocencia es el sancionado por una Resolución Administrativa, luego de impuesta la pena y reitera que la carga de la prueba recae sobre el sancionado, quien de acuerdo a su respetable autoridad debía probar su inocencia en relación a cargos que se le imputan con base en el solo criterio de la autoridad, la que en criterio suyo estaría al margen de toda obligación de presentación de medios probatorios idóneos en base a los cuales impondrá una pena a una persona.

Pero seguidamente su autoridad continúa sosteniendo su criterio sin base alguna en el Derecho Positivo Boliviano, sino en opiniones situadas en otro contexto y no relacionadas al meollo de la cuestión que nos ocupa al decir:

"... Que la realidad social sobre la que se erige el Derecho y su **práctica jurídica** consecuente, contempla también los **Actos Discrecionales Reglados**. El Acto Discrecional Reglado es el acto administrativo que encontrándose en límites determinados, **goza** al mismo tiempo **de cierta libertad y no se encuentra constreñido totalmente por el marco normativo correspondiente**. La única limitación en los casos de los actos discrecionales es la "satisfacción del interés público, aspecto teleológico-jurídico, cuya valoración es efectuada por la Administración con sentido de oportunidad y conveniencia..."

Su autoridad pretende afirmar que la imposición de una pena que realiza el estado (sic) sobre una persona, podría basarse en la discreción (arbitrariedad) de la autoridad con base en la satisfacción del interés público, caso en el cual pareciera usted afirmar que la autoridad del estado carece de limitaciones(jj??).

Conviene remarcar que nuestro sistema legal no reconoce a la "práctica jurídica" como una fuente del derecho, de modo tal que alguna persona natural o jurídica o el estado (sic) pueda escudarse en la misma para sustentar sus actos. Tampoco en nuestro derecho positivo existen excepciones o limitaciones de aplicación de la norma respecto

de “ciertos actos” de ciertas autoridades, cuando los mismos cumplan el requisito de la “Discrecionalidad Reglada” citada por usted, a un extremo tal que le permitan o le den libertad para imponer una pena sobre cualquier persona regulada o no regulada, pasando totalmente por alto el principio y Derecho de Presunción de Inocencia, previsto nada menos que por la Constitución Política del Estado, y basándose solo en su propio criterio.

La “Discrecionalidad Reglada”, en ningún caso podría servir de sustento al acto de imposición de una pena sobre una persona sin que para la imposición de dicha pena no se hubiera destruido previa y palmariamente la Presunción de Inocencia de que la conducta del sancionado está rodeada “ex lege” (por disposición expresa de la Ley).

La esencia de la pena impuesta sobre nuestra sociedad, se basa en la inexistencia de conceptos como los de “oportunidad”, “exactitud”, “inoportunidad”, “precisión” definidos por su propia autoridad, constituyendo dichas definiciones las pruebas en base a las cuales nos impuso una sanción.

El tercer párrafo del séptimo considerando de la RA 965 que impugnamos, resume el criterio adoptado por su autoridad en este caso cuando dice:

“...NO constituyendo por tanto preceptivo que sea la Administración la obligada a producir prueba per se...”

Su autoridad una vez más se aferra a la teoría de que el Estado no tiene obligación alguna a probar la culpabilidad de una persona y con arreglo a lo precedente pareciera remitirse para dicha afirmación a su criterio de aplicación de la “discrecionalidad reglada”(ἡ ἔξ) que legitimaría el actuar de una Autoridad del Estado en total Omisión del Principio de presunción de inocencia para imponerle una pena.

Como corolario de la posición de su respetable autoridad, usted afirma en su décimo párrafo de su séptimo considerando lo siguiente:

“... la cita del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, **es impertinente** ya que **sus disposiciones se aplican estrictamente** “a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, **independientemente de su naturaleza** o de la norma que las hubiere creado, que se encuentren operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros y especialmente, **aunque no solamente,** a:

...”En otras palabras, tal norma **se aplica solamente a los regulados** y no a los entes reguladores como insinúa la recurrente...”

Su digno despacho pretende afirmar que una autoridad del estado (sic) como esa distinguida autoridad reguladora, está al margen, exenta, eximida, libre, no limitada, no condicionada o alcanzada, ni obligada a presumir la inocencia de una persona al imponerle una pena. La premisa planteada por su autoridad pretende realizar un vuelco

trascendental al sentido del Art. 18 del Reglamento de sanciones aplicado para imponer una pena sobre una persona natural o jurídica y a nuestro propio sistema legal.

Del texto de su premisa pareciera que usted pretende atribuir la obligación de presunción de inocencia "solamente a los regulados y no a los entes reguladores", de donde se podría conducir a la conclusión de que el regulado debe presumir en todo momento la inocencia de la Autoridad del Estado (¿¿??).

El hecho final y textual, es que su autoridad hace omisión del texto expreso de la norma positiva que dice, en el precitado artículo del Reglamento de Sanciones, lo siguiente:

"... La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y **de acuerdo a criterios de conducta media** o de especial diligencia, según sea el caso. **A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario,** de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares.-... "

Señor Director, el Derecho positivo boliviano establece en el Art. 117 de la Constitución Política del Estado, uno de los principios y pilares esenciales de nuestro Estado de Derecho y dice lo siguiente:

"...Artículo 117 I. Se garantiza la presunción de inocencia. Durante proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado...."

Nótese que la norma establece una premisa que legalmente se denomina "presunción de hecho" por la cual se debe entender y asumir (la norma no admite otra posibilidad "in limine") que toda persona es inocente, en tanto no se presenten pruebas que sustenten la posibilidad de afirmar lo contrario, para solo luego poder ampararse en alguna norma que permita (sic) imponerle una pena.

De conformidad con la norma constitucional escrita de máxima jerarquía, nuestro sistema legal no reconoce, en ninguna materia de la regulación local, la posibilidad de que ninguna autoridad, sea esta administrativa ó judicial, presuma, sin prueba alguna (sin prueba alguna) (sic) que sustente su posición, que una persona es culpable o que no es inocente de algún hecho que se le pretendiera imputar, cuando dicha afirmación carece de pruebas.

Tampoco le está permitido a una autoridad elegir cual será la norma que aplicará cuando existe una norma superior que ha trazado los fundamentos a los cuales debe sujetarse nuestro sistema legal.

En el caso de nuestro sistema legal, el caso reviste mucha mayor particularidad debido a que nuestra Constitución Política del Estado ha sentado nuevos principios vigentes

desde el año 2007, los que obviamente prevalecerán y se aplicaran con preferencia a normas inferiores y anteriores no solamente con base en las normas de resolución de conflictos de leyes en el tiempo, sino también con base en normas de resolución de conflicto de leyes en el espacio.

Es decir, que ninguna Autoridad del Estado puede pretender escudar o justificar sus actos de violación de los más elementales principios y derecho de inocencia de una persona, en el mero cumplimiento de una norma inferior que prevé un procedimiento que claramente viola dicho derecho de presunción de inocencia.

En todo caso, la autoridad está en la obligación de aplicar con preferencia la norma superior respecto de la inferior, al ser ésta inferior violatoria de los nuevos principios establecidos por aquella (la superior)

En éste sentido, el Art. 71 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de fecha 23 de abril de 2002 d (sic) ("**LPA**"), dice lo siguiente:

"...ARTICULO 71°.- (Principios Sancionadores)- **Las sanciones administrativas** que las autoridades competentes **deban imponer** a las personas, **estarán inspiradas** en los principios de legalidad, tipicidad, **presunción de inocencia**, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad...."

"...Artículo 74°.- (Principio de Presunción de Inocencia).- En concordancia con la prescripción constitucional, **se presume la inocencia** de las personas mientras **no se demuestre lo contrario** en idóneo procedimiento administrativo..."

Nótese que siempre la norma positiva boliviana enfatiza la necesidad de poder demostrar que una persona no es inocente, es decir que es culpable como una condición necesaria y obligatoria a la imposición de una pena que podrá estar traducida en una sanción pecuniaria.

Una vez mas, reiteramos el texto del Art. 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 que a pesar de ser una norma del más bajo nivel de la jerarquía normativa, sostiene como corolario y como "norma especial" el mismo principio que rige en todo estado de derecho al decir:

"...Artículo 18.- (Determinación de la gravedad de la infracción)..." "... La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los Hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o **entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario**, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso **y en todos los similares...**"

Con arreglo a lo expuesto notará su autoridad que para que se pueda imponer una sanción, es necesario que se pueda probar en forma incontrastable lo contrario a la inocencia (que se presume con base en la ley) que es la culpabilidad..

En nuestro sistema legal, la demostración de la veracidad de un hecho se realiza mediante la presentación de “pruebas” o medios de representación (histórica) de la realidad que permitan sustentar la veracidad de hecho imputado al procesado en el cual se pretenderá fundar una premisa y una eventual sanción.

Este procedimiento es clara y expresamente una de las garantías del “debido proceso” o del “Due Process of Law” que garantiza que una persona no sea juzgada en desconocimiento de sus garantías constitucionales, que (reitero) en esencia presumen su inocencia mientras no se pruebe lo contrario.

Todo procedimiento que pudiera ser establecido por una norma inferior, sea de carácter operativo o regulatorio, y todo procedimiento que pretendiera otorgar a una autoridad del estado (sic) “atribuciones” para “apartarse” o “autoexcluirse” de la regla establecida por la constitución, permitiéndole imponer una pena a una persona haciendo omisión del derecho de presunción de inocencia, claramente es un procedimiento anticonstitucional y viola el procedimiento “legalmente establecido” reconocido por el Art. 35 de la propia LPA que dice:

“... ARTICULO 35.- (Nulidad del Acto).-

I. Son **nulos de pleno derecho** los actos administrativos en los casos siguientes:...””... Los que hubiesen sido dictados **prescindiendo** total y absolutamente del **procedimiento legalmente establecido...** “...Los que sean **contrarios a la Constitución Política del Estado;** y, e) Cualquier otro establecido expresamente por ley....”

Al respecto, conviene hacer cita de un precedente administrativo muy relevante que ha resuelto el tema de si realmente éstos principios constitucionales se aplican a la esfera Administrativa que goza de un estatus especial, que está contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 072/2012 de fecha 6 de diciembre de 2012, que en su parte más saliente dice lo siguiente:

“... En el mismo sentido, el Tribunal ha pronunciado la reciente **jurisprudencia mediante SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R,** entre otras, señalando que:...” “...‘En consonancia con los **tratados internacionales** citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; **garantía de presunción de inocencia;** derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la

garantía del non bis in ídem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (**SSCC 0082/200 L-R 0157/200 IR. 0798/2001-R. 0925/2001-R. 1028/2001-R. 1009/2003-R. 1797/2003-R. 0101/2004-R. 0663/2004-R. 022/2006-R, entre otras**); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad **no es limitativa, sino más bien enunciativa**, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones **de igualdad procesal** con otros justiciables. En efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (...) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional" ...Así configurado, es preciso recordar que el **derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente**, sino que es **extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R, entre otras)**..." "...por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010- Sucre, 10 de agosto de 2010, Ha determinado sobre el derecho al debido proceso, lo siguiente: "Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos **se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar** (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente **ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos**" (SSCC: 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R entre otras). La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. **No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo**, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., **derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna**, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas

procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y **jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad,** como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes..."

Note usted que el concepto de "Debido Proceso", que en el caso de los procesos sancionatorios desencadenará en la imposición de una sanción en contra de una persona, tiene como efecto esencial a imposibilidad de que alguna autoridad del estado (sic) pueda prescindir o pasar por alto la presunción de inocencia de que goza el eventual sancionado. Esta regla alcanza (sic) no excluye sino que alcanza en forma expresa, y con arreglo a los pronunciamientos citados, a los actos de su respetable autoridad en la esfera administrativa.

En plena concordancia con lo anterior, este principio, está igualmente regulado por el Art. 47 de la misma LPA que dice:

"... ARTICULO 47°.- (Prueba).-1. Los **hechos relevantes** para (a **decisión** de un **procedimiento** podrán acreditarse por cualquier medio de **prueba admisible** en derecho....""... II. El **plazo y la forma de producción** de la prueba será la determinada..." "...III. La autoridad administrativa, mediante providencias egresas, determinará el procedimiento para la **producción de las pruebas** admitidas..."

"... ARTICULO 49°.- (Alegatos).- **Producida la prueba** o vencido el plazo para su producción, la administración decretará la clausura del periodo probatorio y si lo considera necesario por la complejidad de los hechos y las **pruebas producidas,** otorgará un plazo de cinco (5) días al interesado para que tome vista del expediente y alegue **sobre la prueba producida...**"

"... ARTICULO 83°.- (Etapa de Tramitación).- I. Los presuntos infractores en el plazo de quince (15) días a partir de su notificación podrán presentar **todas las pruebas,** alegaciones, documentos e informaciones que crean convenientes a sus intereses..." "...II. Serán **legalmente aceptados todos los medios de prueba establecidos...**"

De estas porciones de la norma, es posible extraer los siguientes principios esenciales y básicos adicionales:

- a. Los hechos que fueran relevantes para una decisión sancionatoria se sustentan, como no podría ser de otra forma, en pruebas.
- b. Para sustentar la culpabilidad de un potencial sancionado, solo es posible por medio de la presentación de todos los medios de prueba admisibles en derecho.
- c. Existen reglas y plazos para la producción de la prueba que están establecidos en la Ley.
- d. La única prueba que servirá de base es la prueba "producida".

Es importante remarcar que uno de los aspectos reiterados en numerosas porciones de la norma es la "producción", que no es más que la presentación del medio probatorio

respectivo bajo rígidas regulaciones de “forma” y solemnidad que exigen que el medio probatorio presentado sea de conocimiento de todas las partes involucradas y bajo ciertas fórmulas de “producción”.

Algunos sistemas llaman a éstas fórmulas de solemnidad el procedimiento ó “discovery” (sistema anglosajón) ya que precisamente buscan que la forma de producción de las mismas sea “transparente”.

Los medios de prueba “legalmente aceptados” a que se refiere el texto transcrito precedentemente, es decir el “procedimiento legalmente establecido” para el conocimiento de las mismas, se encuentra regulado por el Art. 374 del Código de Procedimiento Civil que dice:

“... Art. 374.- (MEDIOS LEGALES DE PRUEBA). Son **medios legales de prueba**: 1) Los documentos. 2) La confesión. 3) La inspección judicial. 4) peritaje. 5) La testificación. 6) La presunciones....”

Es importante notar por su relevancia, que en ninguno de los incisos se hace cita de un medio de prueba como “la opinión del juzgador”, ó “las definiciones o criterio personal del juzgador” ó la opinión y conclusiones personales del juzgador” ó a “lo que diga el diccionario”. En todos los casos dichas opiniones del juzgador o los criterios u opiniones personales, no pueden basarse en nada que no sea uno de los medios de prueba establecidos por la ley o en la misma ley.

En cuanto a las “**presunciones**, la autoridad, en apego a la norma constitucional, está obligada a presumir la inocencia del procesado o la diligencia del mismo, mientras no pueda probar su culpabilidad, no siendo suficiente el criterio unilateral del juzgador por muy bien intencionado que esté.

El Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003 que contiene las normas especiales para el desarrollo de los procedimientos administrativos en el ámbito de la regulación financiera dice en su Art. 29 lo siguiente:

“... Artículo 29.- (Prueba). I. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer **la producción de pruebas** admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean **conducentes para la toma de sus decisiones...**”...II. La providencia que ordene **la producción de las pruebas será expresa...**”... III. **Las pruebas** serán valoradas en su integridad, con racionalidad...”

Se verá que ésta norma, reitera una vez más y en forma muy consistente con las normas superiores el principio de “producción” y la necesidad de que las pruebas sean las “admisibles en derecho”.

Remarca además la necesidad de que la producción de las pruebas sea expresa y asienta el principio de que la valoración solo puede recaer sobre las pruebas y no sobre los criterios unilaterales de la autoridad reguladora o sobre sus propias opiniones personales y subjetivas.

Dentro del procedimiento sancionador, uno de los pilares esenciales es la aplicación de principios enumerados en el Art. 71 de la LPA que dice lo siguiente:

“... ARTICULO 71º.- **(Principios Sancionadores).**-

Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, **presunción de inocencia**, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad....”

Es claro que el procedimiento sancionador no puede hacer abstracción de la presunción de inocencia asumiendo que una imputación de cargos, es decir una atribución de conductas sancionables, realmente debe entender como una presunción de culpabilidad. Tampoco puede pretender, con ésta base en la “imputación de cargos”, que la carga de la prueba sea trasladada completamente y exclusivamente al procesado quien deba “probar su inocencia”.

Este principio legal ha dado lugar al principio constitucional sentado en el Art. 116 de la Constitución Política del Estado que dice lo siguiente:

“... Artículo 116. I. Toda persona **será protegida** oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, **transparente y sin dilaciones...**”

Por último el propio Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas en el sector de Seguros contenido en la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS Nª 602, de 24 octubre de 2003, dice en sus Arts. 2 y 8 lo siguiente:

“... Artículo 2.- (Principios) A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptan [os siguientes principios: a) **Debido Proceso**: Es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer **y producir pruebas** pertinentes, presentar alegatos, **obtener resoluciones fundamentadas** e interponer recursos....”

“... Artículo 8.- (Alcance de la Sanción) La imposición de una sanción tiene como finalidad sancionar la conducta que genera el incumplimiento de una normativa legal y vigente, ésta será **impuesta previo proceso** administrativo sancionatorio, que se desarrolle en sujeción al **principio del debido proceso...** ”

El hecho es, señor director, que en nuestro sistema legal la inocencia se presume y lo que debe probarse es la culpabilidad, lo que significa que carga de la prueba no está invertida como reiteradamente lo sostiene su autoridad, de modo que el potencial sancionado deba probar que nada menos que no es culpable.

La norma especial precitada, contenida en el tantas veces citado Art. 18 del Reglamento de Sanciones establece la presunción legal por la cual se debe considerar

que el regulado actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario.

En violación de ésta máxima, su digna autoridad en la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012**, dice lo siguiente:

“... Como consecuencia de sucesivas comunicaciones intercambiadas entre la autoridad reguladora y la compañía, **se** llega a la conclusión presuntiva de que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S. A.** no ha demostrado que en el proceso de cambio del Plan de Vida Entera a Vida Flexible, hubiera cumplido con la normativa pertinente. Esto es, el artículo 14.a) de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: **“PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS: ... a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...”**”

Su autoridad con ésta afirmación no toma en cuenta que quien debe demostrar la culpabilidad o la ausencia de inocencia, es su respetable autoridad y no a la inversa, como pretende su autoridad.

Las afirmaciones de su autoridad en al (sic) citado acto administrativo, continúan con la misma lógica de presunción de culpabilidad al decir:

“...La aseguradora no ha presentado a esta APS documentos que demuestren haber prestado a María Elena Duran Ramos, el asesoramiento exacto, suficiente, diligente y que no le induzca a error...”

Vea usted que una vez más, su autoridad actuó en violación frontal del principio de presunción de inocencia y presunción de actuación con especial diligencia en todo momento que cubre a los regulados, salvo prueba en contrario, como lo establece expresamente la norma.

No existe norma e nuestro sistema legal positivo, al menos de rango superior al constitucional, que permita a su autoridad asumir aunque fuera “presuntivamente” que una persona es culpable sin que existe pruebas para dicha afirmación, mucho menos si dichas meras presunciones de culpabilidad serán la base de una futura imposición de una pena traducida en una sanción pecuniaria.

Luego de tejidos éstos intrincados silogismos carentes de sustento claro y textual en la norma positiva, su autoridad emite su juicio de valor al decir:

“... **ha proporcionado** ...” “... a María Elena Durán Ramos un **asesoramiento inexacto, deficiente y negligente** en el proceso de cambio de Plan de Vida Entera a Vida Flexible, **incurriendo en la prohibición** contemplada en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: **“PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS:... a) Publicitar y información inexacta o falsa que**

induzca a error sobre la situación la entidad **y** de sus productos, **o** de las condiciones de comercialización de los mismos... “

Surgen una batería de interrogantes inevitables en éste punto del análisis que entre muchas son, cuál es el “benckmark” que usa su autoridad para realizar una afirmación tan categórica? ¿Cuáles son las pruebas en las que se apoyó la autoridad para desechar la presunción de inocencia, que no fueran su propia opinión? que se considera inexacto o si se debe presumir que la información fue inexacta salvo que se presume que se otorgó la información exacta? Cuando se habla de “exacto” se refiere acaso la norma al concepto matemático de exacto que no admite debate? No se refiere acaso a un concepto mas integral que debe merecer de una probanza idónea? Cuando se considera “deficiente” una información o igualmente se la debe presumir “inexacta” esperando que el potencial sancionado pruebe su inocencia, es decir que no es inexacta? Como se pudo probar la negligencia o acaso también es posible presumir la misma? Como se indujo a error? Acaso la falsedad de presume en nuestro sistema legal? Acaso la inducción o maquinaciones y artificios no son una conducta positiva que debe probarse? No es acaso muy importante el análisis casuístico y exhaustivo cuando el resultado pueda ser nada menos que la penalización o sanción de una persona luego de haber destruido la pared de presunción de inocencia que le protege? Es lo mismo otorgar un mismo paquete de “información” a dos personas con niveles educativos distintos? No será para una de ellas dicha información es muy completa en tanto que para la otra podrá ser totalmente incompleta? Es acaso el nivel de educación de las personas el idéntico? Acaso el nivel de comprensión de las ideas de todas las personas el mismo? Es la curva de procesamiento de información igual en todas las personas?

Se verá que pretender sostener “a priori” e “in limine” que algo es o fue impreciso, incompleto, inexacto, falso o inoportuno, hace necesaria la consideración de varios hechos que solamente luego de probados generaran efectos en el ámbito del derecho. Estos hechos obviamente no son opiniones personales o premisas de fuente unilateral de la autoridad por muy respetable que sea. Se debe tratar de afirmaciones positivas y verdades históricas sólidas obtenidas y extraídas de hechos probados durante el proceso que desencadenará la sanción.

En contra de todo lo anterior, su autoridad, en la propia norma que fue inicialmente impugnada (hablamos de la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012**) sustenta su posición solamente en su propio respetable criterio y en su propia opinión (cual si fuera una fuente de Derecho), sin base alguna en ninguna fuente de Derecho Positivo Boliviano, y en una cita que a pesar de los grave (sic) de sus afirmaciones carece en lo absoluto de referencia alguna, al decir:

“... Que respecto de esta afirmación conviene discernir respecto de lo que se entiende por “**oportunidad**” y por el término “exacto o exacto”. En cuanto al significado de la voz “**oportunidad**” tal alude a un hecho o circunstancia que se da en un momento adecuado para hacerlo, de manera que implique conveniencia de tiempo y lugar. En otras y pocas palabras: momento propicio para hacer y/o decir algo. Ergo, si hacemos o decimos algo en momento

inadecuado con inconveniencia de tiempo y lugar, lo dicho y hecho será **"inoportuno"** no surtiendo los efectos que se pretende, ocurran.

Que en cuanto al término **"exacto o exacta"** entenderemos como aquello que se "adecúa o se ajusta completamente a algo", o para matizar con un rasgo subjetivo, diremos que es algo con lo que se está completamente de acuerdo. También este término es sinónimo de "verdad" cuando se utiliza la palabra para decir que algo es exactamente cierto o que lo que otra persona dijo es exacto pues respeta la verdad...."

No existe fuente normativa en nuestro sistema legal positivo que haga que su siempre respetable opinión pueda servir de base, en algo tan grave como la eventual imposición de una pena o sanción pecuniaria sobre una persona, pasando por alto la regla por la cual dicha presunción solo puede desecharse con el apoyo en pruebas producidas de acuerdo a lo dispuesto en nuestro sistema legal.

En síntesis, nuestra sociedad si presentó pruebas documentales de haber asesorado con precisión, exactitud y oportunidad en pleno cumplimiento de la norma. Su digna autoridad no presentó prueba alguna que demuestre que nuestro actuar no fue especialmente diligente en todo momento, como lo dispone la norma positiva (la escrita).

El hecho final y definitivo es que su autoridad aplicó a nuestra sociedad un procedimiento sancionatorio sin tomar en cuenta el hecho de que su autoridad estaba en la obligación de aplicar la norma superior antes que cualquier norma inferior presumiendo la inocencia de un proceso y no su culpabilidad.

Su autoridad no pudo haber actuado en el procedimiento que nos ocupa presumiendo nuestra culpabilidad trasladando la carga de la prueba en una suerte de "inversión de la prueba".

No existe atribución alguna, en nuestro derecho positivo, como la citada "Discrecionalidad Reglada" esgrimida por su autoridad, que le permita pasar por alto principios constitucionales de la presunción de inocencia y Debido Proceso para imponer una sanción a una persona.

La fundamentación de las decisiones de la autoridad con poder para imponer una pena como es una sanción pecuniaria, solo puede provenir de un procedimiento de sustanciación llevado a cabo bajo un proceso que esencialmente hubiera sido desarrollado en presunción de la inocencia del procesado.

En todo el texto de la resolución impugnada su autoridad no solo deja de lado la presunción legal de inocencia y diligencia de la que nuestra sociedad es titular por mérito de la norma. Su autoridad también viola todos los principios del debido sustento de su afirmación de culpabilidad en pruebas admisibles en derecho, limitándose a basar su sanción en su propia opinión y en nuestras propias declaraciones, lo que está en contra de todo estado de derecho como el nuestro.

En otras palabras, su autoridad se basa nada menos que en su propia definición y entendimiento de lo dispuesto por la norma y sin prueba alguna, para imponer una sanción sobre nuestra sociedad, sin presentar ni compulsar en lo absoluto prueba alguna basada en derecho positivo que sustente sus afirmaciones, como lo exige nuestro sistema legal que no presume la culpabilidad sino la inocencia de las personas objeto de juzgamiento.

El agravante de todo éste actuar ilegal, está en la negativa expresa de su autoridad para que nuestra compañía entregue información adicional a nuestros usuarios que deciden en cambio de plan, como expresamente lo habíamos pedido, agravando el alto grado de subjetividad y relatividad de los conceptos de “imprecisión” “inoportunidad” e “inexactitud” que su autoridad presume en nuestro actuar, sin pruebas para dichas afirmaciones con base en el derecho positivo boliviano.

II- PETITORIO

*En base a lo anterior, y en apego al Art. 66 de la LPA, interponemos recurso Jerárquico en contra de la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 965-2012 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012** (sic) (“**RA 965**”), invocando la nulidad de todo lo actuado por no haberse sujetado al procedimiento legalmente establecido en el derecho positivo boliviano.*

En ese sentido, pedimos se sirva remitir el expediente del exordio a consideración del superior en grado, quien con seguridad anulara todo lo obrado hasta el inicio mismo del legal procedimiento sancionador del exordio la RA 965 y lo dispuesto por su autoridad...”

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 13 de febrero de 2013, se llevó adelante la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme fuera solicitada por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** en su memorial de 25 de enero de 2013, misma a la que asistieron los señores Luis Fernando Álvarez Arce, Luis Antonio Toledo Peñaranda y Miguel Ángel Jemio.

8. ALEGATOS DE LA RECURRENTE.-

Por memorial presentado en fecha 15 de febrero de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** solicita se tengan presentes los alegatos siguientes:

“...Habiéndose llevado a cabo la audiencia de recepción de la Sustentación Oral presentada por nuestra sociedad en día de hoy por la mañana para la consideración de su digna autoridad, respetuosamente pedimos a usted pueda considerar en forma especial los siguientes elementos esenciales a tiempo de dictarse la resolución respectiva.

Su autoridad habrá notado que nuestra impugnación se basa en el análisis de principios constitucionales medulares de nuestro sistema legal, que fueron

conculcados en la dictación del acto administrativo impugnado y no hace énfasis en las cuestiones de hecho que rodean al caso en cuestión que hemos considerado menos relevantes dada la gravedad de las violaciones constitucionales contenidas en el acto recurrido.

Esencialmente, la autoridad impugnada en la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 965-2012 de 11 de diciembre de 2012**, no solamente paso (sic) por alto en forma expresa reglas que rigen nuestro sistema legal, relacionadas a la presunción de inocencia y al debido proceso asumiendo que en materia administrativa rige una especie de derecho que puede hacer omisión total de los principios constitucionales que rigen en nuestro país.

Fundamentalmente, la autoridad impugnada se basó, para la sanción de nuestra sociedad, en definiciones de categorías centrales respecto de que es lo que se deberá entender en nuestro sistema legal por "Exacto", "inexacto", "oportuno" o "inoportuno", las mismas que se encuentran contenidas en la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880/102 de fecha 13 de noviembre re (sic) de 2012**, que de manera totalmente inaudita es la misma resolución con la que nos impone la Multa, con base en las mismas definiciones.

En otras palabras, la autoridad introdujo a nuestro sistema legal, en fecha 13 de noviembre de 2012 (sic), definiciones que aclaran la aplicación de la Ley Seguros (sic) relativas a lo que se entenderá por "oportuno" exactitud" (sic) e "inexactitud", pero de manera claramente anticonstitucional, aplicó las definiciones citadas para la evaluación y compulsas de los actos y conductas que en suma fueron los que motivaron el proceso sancionatorio, los cuales tuvieron lugar nada menos que en el año 2011, es decir años antes de que la norma fuera dictada, pasando completamente por alto el principio de irretroactividad de la norma.

Con tan importante asunto de violación de la norma constitucional que configura los actos de la autoridad impugnada, la consideración de las circunstancias de hecho que fueron analizadas por la autoridad aplicando una norma en forma retroactiva, realmente pasa a segundo plano y carece de la misma gravedad que tiene el calibre de las violaciones constitucionales.

Decimos que carecen de relevancia central, debido a que independientemente de la naturaleza de los hechos o de sus características, la sola aplicación de una norma a hechos localizados en un momento del tiempo situado en el pasado, sin ser realmente importante cuáles son esos hechos, ha viciado de nulidad los actos de la autoridad, mucho más si dicha aplicación ha motivado luego la imposición de una pena o sanción administrativa pecuniaria, traducida en una multa impuesta a nuestra sociedad.

En cualquier caso, y para fines ilustrativos podemos resumir muy brevemente dichas circunstancias de hecho que motivaron la sanción que hoy impugnamos, de la siguiente manera:

1. En fecha 9 de junio de 2011, la Sra. María Elena Durán Ramos Duran (sic) nos solicitó su cambio del plan de Seguro de Vida Entera N° 2262/LP/2003 al plan de Seguro de Vida Flexible POL-VF-LP-00201851-2011-00, como se acredita por la copia adjunta, luego de que nuestra compañía le prestara la información que la Sra. Durán consideró suficiente y oportuna.
2. En dicha ocasión se entregó a la Sra. Durán los documentos de cambio de plan y de promoción del nuevo plan que se adjuntan, los cuales fueron , por cierto, debidamente autorizados por la autoridad impugnada mediante resolución ASFI N° 422/2010 del 28 de mayo de 2010.

Cabe anotar que estos documentos nunca fueron cuestionados por la autoridad que hoy nos sanciona, como insuficientes o incompletos o inexactos, como lo afirma hoy basándose solo en su propia nueva opinión y sin que medie prueba alguna que demuestra esos hechos.

3. En fecha 2 de marzo de 2011, la Sra. María Elena Durán Ramos, con copia a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, nos envió una nota comunicándonos su voluntad de volver al plan de Vida entera.
4. Pese a que los plazos establecidos legalmente ya habían transcurrido, en fecha 26 de marzo de 2012, nuestra compañía acepta la solicitud de la Sra. María Elena Durán Ramos en forma incondicional, como se acredita por la copia adjunta.
5. A pesar de no haber recibido presión alguna de la Sra. María Elena Durán Ramos, en fecha 17 de abril se emitieron los cheques correspondientes a la póliza de seguro flexible, y los mismos fueron entregados a la Sra. María Elena Durán Ramos para su endoso e instrumentar así el cambio de plan. Adjuntamos copias de los cheques citados.
6. Hasta el día 3 de mayo, la Sra. Durán estuvo de viaje, como ella nos lo manifestó, y tan pronto como pudimos localizarla y obtener su aceptación, en la misma fecha se produjo la reversión de la migración volviendo todo al estado inicial, como se acredita por el plan de pagos adjunto.

PETITORIO

En base a lo anterior, y en apego al Art. 66 de la LPA, reiteramos nuestro pedido a objeto de que su autoridad pueda anular todo lo actuado en el procedimiento sancionatorio que derivó en la dictación de la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880/102 de fecha 13 de noviembre de 2012** y luego en la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 965-2012 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012** (sic), por no haberse sujetado al procedimiento constitucional legalmente establecido en el derecho positivo boliviano..."

9. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

9.1. Literal presentada por la recurrida.-

Por nota APS/DJ/DS/496/2013 de fecha 18 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió la nota APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de

2012 (que le fuera solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2013 de 15 de enero de 2013), por la que se notificó con los cargos a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme lo supra relacionado en el numeral 1.

9.2. Literal presentada por la recurrente.-

Mediante el memorial presentado en fecha 15 de febrero de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, además de solicitar se tengan presentes los extremos que allí constan (supra relacionados en el numeral 8), adjunta la siguiente documentación complementaria:

- Nota presentada en fecha 2 de marzo de 2012 por la señora María Elena Durán Ramos a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** (con sello de recepción de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros de 6 de marzo de 2012), por la que deja constancia de los extremos siguientes:

"...En mi condición de cliente de La Nacional Vida, en la cual dispongo de un seguro de vida cuyas primas mensuales he estado cancelando puntualmente por más de 8 años consecutivos, lo cual puede ser corroborado por el señor Eddy Paz del Departamento de Cobranzas, hago conocer a ustedes que por un mal asesoramiento por parte de un agente de seguros de su Institución, accedí a cambiar mi plan de Seguro de Vida Entera por el plan Seguro de Vida Flexible.

Una vez revisada la nueva póliza, no comprendí lo establecido en la misma, por lo que traté de comunicarme nuevamente con la agente señorita Gabriela Calderón, pero lamentablemente me indicaron que dejó de trabajar en su institución, razón por la cual me apersoné a sus oficinas y fui recibida por dos funcionarios del área Comercial a quienes hice conocer mi preocupación y descontento con el nuevo plan de seguro flexible, en especial en lo que se refiere a la vigencia del mismo (hasta los 60 años).

En fecha 09 de enero del presente, envié una carta a su institución solicitando la ampliación de cobertura hasta los 80 años, esto a sugerencia de los funcionarios antes mencionados. Días después, recibí una respuesta vía telefónica indicando que la ampliación era posible solamente si incrementaba el monto de las primas mensuales, lo cual no es factible con mi presupuesto actual.

*Deseo poner en conocimiento que el motivo por el que suscribí el contrato del **seguro de vida** con su institución fue pensando en mis beneficiarios (hijos) para que, al momento de mi fallecimiento (muy lejano a los 60 años), pudiera dejarles una indemnización y no solamente ahorrar para mi persona, en cuyo caso hubiera acudido a una entidad financiera y no a una aseguradora, razón por la cual siento que fui estafada y atentada en mi buena fe.*

En este sentido, si es necesario acudiré hasta las últimas instancias para dar solución al problema ocasionado por la información incorrecta que me brindaron inicialmente, anteponiendo el Interés de la institución a la (sic) del cliente.

Por lo expuesto y considerando que en La Nacional Vida siempre están dispuestos a solucionar las necesidades y preocupaciones que tengan sus clientes, solicito a ustedes anular la póliza del Seguro de Vida Flexible para retornar al Seguro de Vida Entera...”

- Nota NAVI-LP-OP-0307/2012 de 26 de marzo de 2012, por la que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** comunica a la señora María Elena Durán Ramos, que *“luego del análisis pormenorizado de su caso de parte de nuestra Compañía confirmamos dar la aceptación a su solicitud de volver a su anterior plan Vida Entera Pagos Limitados...”*.
- Copias de dos reportes contables (transacciones Nros. 120402635 y 120402655, ambos de 17 de abril de 2012), ambos con firma de la señora María Elena Durán Ramos, el primero además con copia del cheque N° 0089505, girado en fecha 17 de abril de 2012 contra el Banco Nacional de Bolivia, por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, a favor de la señora María Elena Durán Ramos y por el monto de \$us. 1,237.48.-.
- Reporte de fecha 13 de febrero de 2013, del estado de cuenta al documento NAVI-VI-002262/LP/2003, correspondiente a la asegurada María Elena Durán Ramos, tipo Vida Entera Pagos Limitados.
- Póliza de seguro de vida individual NAVI-VI-002262/LP/2003 de 5 de mayo de 2003, cuyas condiciones particulares establecen -entre otras- que la aseguradora es **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, que la asegurada es la señora María Elena Durán Ramos, y que el plan de seguros es *“Vida Entera Pagos Limitados”*.
- Nota presentada en fecha 9 de junio de 2011 por la señora María Elena Durán Ramos a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, por la que solicita *“...la anulación de la póliza N.- 2262/LP/03 para pasar al SEGURO DE VIDA FLEXIBLE que me ofrece más beneficios y a la vez autorizo que todo dinero que exista a favor mío por concepto de Valores de Rescate y/o Ahorro sea ingresado como prima Inicial...”*
- Copias de dos reportes contables (transacciones Nros. 110603778 y 110603772, ambos de 22 de junio de 2012), ambos con firma de la señora María Elena Durán Ramos, cada uno con copia, según le corresponda, del cheque N° 0087857 por el monto de \$us. 82.47.-, y del cheque N° 0087856 por el monto de \$us. 1,237.48.-, ambos girados en fecha 22 de junio de 2011 contra el Banco Nacional de Bolivia, por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, a favor de la señora María Elena Durán Ramos.
- Póliza de seguro de Vida Flexible POL-VF-LP-00201851-2011-00 de 15 de julio de 2011, cuyas condiciones particulares establecen -entre otras- que la aseguradora es **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, que la asegurada es la señora María Elena Durán Ramos, y que el plan de seguros es *“Flexible PREMIUM”*.

- Formato de la póliza de seguro Vida Flexible, con constancia de encontrarse registrado “por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante Resolución Administrativa No 563 del 4 de Julio del año 2008”.
- Folleto publicitario de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, referido a su seguro de Vida Flexible.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Conforme consta de la nota de fecha 2 de marzo de 2012, dirigida a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, la señora María Elena Durán Ramos, cliente y asegurada de la misma, presentó el reclamo referido a que: “por un mal asesoramiento por parte de un agente de seguros de su Institución, accedí a cambiar mi plan de Seguro de Vida Entera por el plan Seguro de Vida Flexible”.

Amén que la nota de referencia, termina solicitando “anular la póliza del Seguro de Vida Flexible para retornar al Seguro de Vida Entera” (lo que habría sido atendido favorablemente, conforme sale de la nota NAVI-LP-OP-0307/2012 de 26 de marzo de 2012), cuya copia fue remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ésta ha determinado el inicio de las investigaciones a las que se refiere el informe APS/DS/JTS/1418/2012 de 30 de octubre de 2012.

En tal sentido, por emergencia del reclamo presentado por la señora María Elena Durán Ramos, la Autoridad Fiscalizadora, inició proceso sancionatorio contra la Entidad Aseguradora, mediante nota APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2012, donde refiere a “cargos anotados” -entonces cual si fueran varios, imprecisión repetitiva en la sustanciación del proceso-, sin embargo el cargo impuesto a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** es uno sólo, conforme se transcribe a continuación:

“...no ha demostrado que en el proceso de cambio del Plan de Vida Entera a Vida Flexible, hubiera cumplido a la normativa pertinente. Esto es, el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: “**PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS:...** a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...”.

Presentados los descargos, la Entidad Reguladora, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, determinó sanción contra **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, dando lugar sucesivamente, al Recurso de Revocatoria en contra de la misma, a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, que confirmó la anterior, y consiguientemente la presentación del Recurso Jerárquico que se pasa a analizar a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Es pertinente traer a colación, lo señalado por la recurrente en su memorial presentado en fecha 15 de febrero de 2013, en sentido que:

*“...Su autoridad habrá notado que nuestra impugnación se basa en el análisis de principios constitucionales medulares de nuestro sistema legal, que fueron conculcados en la dictación del acto administrativo impugnado y **no hace énfasis en las cuestiones de hecho que rodean al caso en cuestión que hemos considerado menos relevantes** dada la gravedad de las violaciones constitucionales contenidas en el acto recurrido...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es así que, se concluye en que efectivamente, los alegatos de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** -que corresponden al presente analizarse y resolverse-, están referidos en concreto, al carácter principista que hace al instituto de la prueba, como componente del debido proceso administrativo, y visto desde el contexto concreto que allí se señala: presunción de inocencia, presunción de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, y discrecionalidad reglada, entonces en la aplicación que de todo ello hace la recurrente al caso.

2.1. Comprobación de la ocurrencia de la infracción imputada y sancionada.-

No obstante la generalidad de los términos que hacen a la imputación con la que se expresa el cargo en la nota APS/DJ/DS/7749/2012 (extremo sobre el que, al no existir observación o impugnación alguna, ha ganado en efectividad por su convalidación, al igual que en la mención errónea que la misma nota hace de “Seguros Illimani S.A.”), es posible saber que la imputación consiste en que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, ha incumplido el artículo 14º, inciso 'a' de la Ley N° 1833 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), el que establece que:

“ARTICULO 14. - PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS. Las Entidades Aseguradoras quedan prohibidas de:

a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...”

Ahora, en función a ello, la revisión del Recurso Jerárquico permite concluir de inicio que, así como presentado en un único capítulo ("**I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN**"), el agravio que el mismo expresa es básicamente uno: el que no se hubiera comprobado el cargo impuesto contra la recurrente, no obstante lo cual y en lugar de aplicarse las presunciones de inocencia y de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, se la hubiera sancionado aplicando indebidamente un criterio discrecional.

Por lo que corresponde realizar la compulsa que el caso amerita, tomando en cuenta las expresiones señaladas por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** que se detallan a continuación, sin perjuicio de la transcripción realizada en la presente Resolución Ministerial:

"...Su digno despacho pretende afirmar que una autoridad del estado (sic) como esa distinguida autoridad reguladora (sic), está al margen, exenta, eximida, libre, no limitada, no condicionada o alcanzada, ni obligada a presumir la inocencia de una persona al imponerle una pena. La premisa planteada por su autoridad (sic) pretende realizar un vuelco trascendental al sentido del Art. 18 del Reglamento de sanciones aplicado para imponer una pena sobre una persona natural o jurídica y a nuestro propio sistema legal (...)

...la norma establece una premisa que legalmente se denomina "presunción de hecho" por la cual se debe entender y asumir (la norma no admite otra posibilidad "in limine") que toda persona es inocente, en tanto no se presenten pruebas que sustenten la posibilidad de afirmar lo contrario, para solo luego poder ampararse en alguna norma que permita (sic) imponerle una pena (...)

...nuestra sociedad sí presentó pruebas documentales de haber asesorado con precisión, exactitud y oportunidad en pleno cumplimiento de la norma. Su digna autoridad no presentó prueba alguna que demuestre que nuestro actuar no fue especialmente diligente en todo momento, como lo dispone la norma positiva (la escrita)..."

2.1.1. Trascendencia de la cuestión de fondo sobre los extremos recurridos.-

Corresponde aquí una nueva aclaración: el Recurso Jerárquico -como se tiene dicho-, está referido en concreto, a que no se hubiera comprobado el cargo impuesto, después sancionado (de allí que se alegue, infracción a las presunciones de inocencia y de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, e indebida aplicación del principio de discrecionalidad reglada).

Toda vez que la impugnación de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** "se basa en el análisis de principios constitucionales medulares... y no hace énfasis en las cuestiones de hecho que rodean al caso en cuestión que hemos considerado menos relevantes" (memorial de fecha 15 de febrero de 2013), corresponde rescatar lo señalado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012 de 13 de noviembre de 2012:

“...Que en adición y **revisando la documentación adjunta a la carta de descargos** se evidencia que la misma es repetitiva de correspondencia unilateral de esta compañía, pero **ninguna de ellas acredita hechos materiales que evidencien una asesoría completa, exacta y veraz para proceder al cambio**; v.gr. una explicación pormenorizada del incremento del monto de las primas correspondientes...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Argumento que, en los términos de la Sentencia Constitucional 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010 (que establece que la fundamentación de una resolución no necesariamente tiene que ser extensa, sino contener una exposición concisa y razonable y que permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron a tomar la decisión), determina que **la supra mencionada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012, se encuentra debidamente fundamentada en cuanto a su decisión de sancionar a la ahora recurrente, tanto en lo fáctico -apreciación de la prueba producida incluida- como en lo jurídico.**

Independientemente de ello, se tiene presente que la misma ha incorporado en su tenor, los informes APS/DS/JTS/1418/2012 de 30 de octubre de 2012, y (legal) APS/DJ/DS/344/2012 de 7 de noviembre de 2012, conforme se evidencia de su preámbulo (parte de “Vistos”), determinando ello que al tenor del artículo 52º, parágrafo III, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, hagan parte de tal Resolución, siendo pertinente rescatar, en lo trascendental, lo señalado por ambos informes:

- Informe APS/DS/JTS/1418/2012 (mencionado en la Resolución sancionatoria como “APS/DS/JCF/1418/2012”) de 30 de octubre de 2012:

“...es importante aclarar que los incumplimientos surgen a raíz del cambio de plan de Vida Entera a Vida Flexible, donde < (sic) **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** no ha presentado descargos suficientes para levantar los cargos por incumplimientos.

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. se limita a señalar que en el Anexo D se entregó documentación a la asegurada para que pueda evaluar las diferencias entre las dos modalidades de Seguro.

Evaluada la documentación se observa que entregó a su cliente los siguientes documentos:

- Carta a María Elena Duran (sic) Ramos de fecha 27 de junio de 2011, enviada por la aseguradora, en la que le hacen conocer a la asegurada que: “Debido al cambio de plan de seguro, de vida entera póliza Nº NAVI-VI-004281/2007, al plan PREMIUM de vida flexible póliza Nº POL-VF-LP-00200720-2010-00, sin interrumpir la cobertura del seguro de vida, Nacional Vida Seguros de Personas S.A. reconoce la antigüedad para la aplicación de los siguientes artículos del condicionado general de la presente póliza:
Artículo 5: Impugnabilidad (De acuerdo al Art. 1138 del Código de Comercio)
Artículo 7: Riesgos no cubiertos, inciso a) Suicidio (De acuerdo al Art. 1139

del Código de Comercio)

- Condicionado Particular de la Póliza de Seguro de Vida Flexible.
- Solicitud de Seguro de la Póliza de Seguro de Vida Flexible.

Los documentos antes señalados, no demuestran asesoría alguna por parte de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** para el cambio del Plan de Vida entera a Vida Flexible.

Por último, señala que en relación a los incisos c) y d) de la notificación de cargos, que señala: “En relación a los incisos c) y d) del punto 3, nos remitimos a los documentos del “Anexo E”, que grafican las diferencias entre los planes y **que sirvieron para que en conocimiento de las mismas, nuestra asegurada pudiera tomar la decisión de retornar al plan de que originalmente formaba parte**”.

Al respecto, no existe evidencia de recepción por parte de la Señora María Elena Duran (sic) Ramos sobre las mencionadas diferencias. Asimismo, la aseguradora ratifica que el Seguro de Vida **Entera caduca a los 30 días y que no existen Retiros Parciales**, lo cual se reitera y va en contra de lo que establece el condicionado general, ratificando por consiguiente la falta de asesoría por parte de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**

En este sentido, no son suficientes los descargos de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** para levantar los cargos imputados a través de la nota **CITE: APS/DJ/DS/7749/2012** de fecha 05 de octubre de 2012...”

- Informe legal APS/DJ/DS/344/2012 de 7 de noviembre de 2012:

“...**3.2.** La compañía **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, mediante nota CITE: NAVI-GR/657-2012 de 25 de octubre de 2012, expone sus argumentos de descargos incurriendo en una confusión de momentos en que sucedieron los hechos, deduciendo falsamente, que habría otorgado información veráz (sic), oportuna y suficiente a la señora María Elena Durán Ramos.

3.3. La confusión más relevante de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** consiste en interpretar las quejas de la señora María Elena Durán Ramos, como muestra inequívoca de haber recibido información exacta y comprensiva en su momento.

3.4. Como demostración de haberse proporcionado información exacta y oportuna, adjunta la póliza de seguro actual, el plan de pagos de primas actualizado, copia de documentos que habría entregado a la usuaria en el anexo “D”, y la afirmación taxativa de que “atendieron las quejas de la usuaria de manera inmediata y sin mayores dilaciones”.

3.5. Respecto de esta afirmación conviene discernir respecto de lo que se entiende por “oportuna” y por el término “exacto o exacta”. Vayamos por partes; en cuanto al significado de la voz “oportuna”, tal alude a un hecho o circunstancia que se da

en un momento adecuado para hacerlo, de manera que implique conveniencia de tiempo y lugar. En otras y pocas palabras: momento propicio para hacer y/o decir algo. Ergo, si hacemos o decimos algo en momento inadecuado con inconveniencia de tiempo y lugar, lo hecho y dicho será **"inoportuno"**, no surtiendo los efectos que se pretende, ocurran.

3.6. En cuanto al termino **"exacto o exacta"**, entenderemos como aquello que se "adecúa o se ajusta completamente a algo", o para matizar con un rasgo subjetivo, diremos que es algo con lo que se está completamente de acuerdo. También este término es sinónimo de "verdad" cuando se utiliza la palabra para decir que algo es exactamente cierto o que lo que otra persona dijo es exacto pues respeta la verdad.

3.7. En el ámbito de la aplicación de las normas legales positivas, los términos "oportunidad" y "exacto o exacta" adquieren capital importancia, ya que las normas se las cumplen en un determinado momento y lugar y no antes o después. Este uso racional de los hechos o los dichos corresponden congruentemente con lo entendido por "exacto" ya que si lo dicho o hecho es oportuno, será entonces verdadero porque corresponde en momento, lugar y a la veracidad del fenómeno.

3.8. Esta disquisición es imprescindible para valorar el argumento de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** en sentido de que las quejas de su usuaria María Elena Durán Ramos es prueba de que sí orientó, proporcionó información exacta y oportuna a propósito del cambio de plan de seguro. Cuando la Ley prescribe supuestos hipotéticos como futuros encuadramientos a la misma, es que está señalando que ciertos hechos deben ser efectuados o llevados a cabo **antes de** y no **después de**. En el caso que nos ocupa, no es de recibo (sic) pretender justificar que María Elena Durán Ramos fue informada verazmente para el cambio de plan de seguro de Vida Entera a Vida Flexible argumentando que las quejas y el sentimiento de "estafa" demuestran que efectivamente se cumplieron las normas atinentes. Aceptar tal argumento sería tanto como (mutatis mutandis) si aceptáramos como eximente de responsabilidad alguna que un sujeto manifestara, luego de robar, que no robó porque devolvió lo robado.

3.9. Como se puede deducir, el hecho de devolver lo robado no borra ni elimina que en un momento dado, se robó por mucho que luego se hubiera devuelto el producto del robo.

3.10. En el caso de María Elena Durán Ramos, las normas que rigen fenómenos de cambio de plan de seguro son de ineludible cumplimiento antes de que la persona adopte o tome una decisión, y no aplicar las normas después de haberse tornado la decisión. Justificar que las quejas (luego de haberse firmado los cambios de plan de seguro) son prueba de que haberse cumplido con las normas imputadas de incumplidas, simplemente no resiste el menor análisis.

3.11. En efecto, las prohibiciones contenidas en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 son para evitar incurrir en las mismas **antes de** y no **después de**, como ingenuamente, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** interpreta.

3.12. *Por otro lado, se debe claramente establecido que los cargos imputados se refieren al incumplimiento de normas atinentes a las prohibiciones en ocasión de cambios de plan de seguro contenidas en la Ley de Seguros y disposiciones inscritas en las propias pólizas, pero de ninguna manera se refieren los cargos a la velocidad y rapidez con que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** hubiera procedido a retornar a María Elena Duran Ramos a su plan original de "Vida Entera".*

3.13. *En adición y revisando las documentación adjuntada en la carta de descargos de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, la misma es repetitiva de correspondencia unilateral de ésta compañía, pero ninguna de ellas acreditan hechos materiales que evidencien una asesoría completa, exacta y veraz para proceder al cambio; v.gr. una explicación pormenorizada del incremento del monto de las primas correspondientes.*

3.14. *De acuerdo a lo transcrito en lo que a las alegaciones de descargo se refiere, su contenido no hace más que confirmar los cargos imputados, como podrá verificarse en el análisis que desarrolla la presente resolución administrativa (sic)..."*

Consiguientemente y al contrario de la consideración de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** (en sentido que las cuestiones de fondo -"de hecho" dice la recurrente- que hacen al de autos, son "menos relevantes"), lo trascendental, fundamental y principal del caso, es que para la toma de la decisión que consta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 880-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012, el Ente Regulador ha hecho una correcta evaluación de las evidencias acumuladas al proceso sancionador hasta ese momento, pruebas documentales producidas por la sancionada, por una parte, y las resultantes de la investigación por la otra.

Entonces, tampoco es cierto lo sugerido por el Recurso Jerárquico, en sentido que la decisión sancionatoria carezca de sustento legal y fáctico, que para la imposición de la sanción se hubiera recurrido a una discrecionalidad reglada, que estuviere fundada en una "práctica jurídica" cual si fuera fuente del Derecho, y que la esencia de la pena impuesta esté basada "en la inexistencia de conceptos... de "oportunidad", "exactitud", "inoportunidad", "precisión", "la opinión del juzgador" o en "las definiciones y criterio personal del juzgador", entre otros alegatos.

En síntesis, no es evidente lo señalado por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, en sentido que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 880-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012, no se encuentre motivada en cuanto a la prueba existente a tal data, extremo que determinó los agravios que salen en el Recurso Jerárquico (referidos específicamente a las presunciones de inocencia y de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, y a la aplicación indebida de un criterio discrecional, entonces, en el entender de la recurrente, **como emergentes de ello**).

Lo que en el caso consta -por el expediente- que ha sucedido, es que pasando por alto lo señalado en el párrafo precedente, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, a tiempo de su Recurso de Revocatoria de 4 de diciembre de 2012 (y con

similares argumentos que después hará valer en oportunidad del Recurso Jerárquico), se ha esforzado en desarrollar *in abstracto*, la trascendencia e importancia jurídica de la producción de prueba, para luego recién concretizarla al caso, al señalar que:

“...En todo el texto de la resolución impugnada su autoridad no solo (sic) deja de lado la presunción legal de inocencia y diligencia de la que nuestra sociedad es titular por mérito de la norma. Su autoridad también viola todos los principios del debido sustento de su afirmación de culpabilidad en pruebas admisibles en derecho, limitándose a basar su sanción en su propia opinión y en nuestras propias declaraciones.

En otras palabras, su autoridad se basa nada menos que en su propia definición y entendimiento de lo dispuesto por la norma, para imponer una sanción sobre nuestra sociedad, sin presentar ni compulsar en lo absoluto prueba alguna basada; en derecho positivo que sustente sus afirmaciones, como lo exige nuestro sistema legal que no presume la culpabilidad sino la inocencia de las personas objeto de juzgamiento...”

Empero, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, en ninguna parte de su Recurso de Revocatoria señala, cómo es que la Resolución Administrativa en esa coyuntura recurrida (APS/DJ/DS/N° 880-2012), habría dejado de lado las presunciones de inocencia y de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, o, en infracción de los principios del “*debido sustento*”, no se hubiera sustentado la culpabilidad allí decidida, resultando que aquello de haberse sancionado “*limitándose*” a la propia opinión del Ente Regulador o a sus propias declaraciones, no es sino, una posición particular de la recurrente, que no encuentra mayor asidero jurídico.

En ese contexto, ha hecho bien el Ente recurrido (porque es su deber, al tenor de los artículos 24° y 120° de la Constitución Política del Estado, y 63° de la Ley N° 2341) en pronunciarse, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, sobre los extremos precisos de lo recurrido por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme consta en la misma; empero además, la Resolución Administrativa última nombrada -ahora recurrida- pone énfasis, entre otros, en los fundamentos siguientes:

- El proceso se ha desarrollado con observancia de las fases que le son inherentes, entonces con verificación y establecimiento de las irregularidades, los involucrados y los hechos, notificándose el cargo emergente de ello a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, a efectos pueda asumir defensa, concediéndosele el plazo para la producción de descargos y pruebas, con cuyo cumplimiento, se dictó la resolución sancionatoria debidamente fundamentada y motivada.
- Durante la sustanciación del procedimiento sancionatorio, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** tuvo la oportunidad de producir sus pruebas, sin que de ninguna parte de la resolución sancionatoria, se pueda

interpretar negación de la proposición de prueba de la recurrente, o que se hubiera desconocido la categoría de las pruebas producidas.

- Los descargos presentados por la recurrente, a través de la nota NAVI-GR/657/2012 de 25 de octubre de 2012, no desvirtuaron el cargo imputado: no demostraron que la aseguradora hubiera asesorado correctamente a la señora María Elena Durán Ramos en el cambio de plan de seguro.
- En la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012, no existe referencia alguna de que se hubiera prescindido de la evidencia producida para en su lugar (cual si fuera prueba), se hubiera utilizado la aclaración del significado de términos que hacían al buen entendimiento del caso (“oportunidad”, “exacto o exacta”, o “inoportuno”).
- La Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros no emitió ningún juicio de valor definitivo, antes de recibir y valorar los descargos y probanzas de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, “en respeto y aplicación del principio de legalidad y de presunción de inocencia”.

De ello, se concluye que en la oportunidad de resolver el Recurso de Revocatoria, además de atender con pertinencia los extremos en concreto recurridos, señaló el Ente Regulador que la determinación de la infracción sancionable, obedeció al resultado de la evaluación del procedimiento probatorio que le es inherente y que fue efectivamente realizado, de manera tal que, la comisión de la falta sancionada, se encuentra debidamente comprobada.

Por tanto, contrariamente a lo sugerido por la recurrente, no sólo que el conocimiento actual acerca de la sustanciación del fondo de la sanción impuesta, es trascendental y determinante en la resolución de la controversia presente, sino que además, en lo que hace a las acusadas inobservancias a los principios por ella señalados, al estar planteadas en el Recurso cual realidades independientes, cuando en realidad son accesorias del tema, y toda vez que **las resoluciones impugnadas se encuentran fundamentadas en aspectos fácticos (sobre la probanza) como jurídicos, y no habiendo existido la inobservancia al procedimiento probatorio**, entonces, *accessorium sequitur principale* (no a la inversa, como mal parece entender la recurrente), **tampoco hay inobservancia a las presunciones de inocencia y de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, o una indebida aplicación del principio de discrecionalidad reglada que sea emergente de lo mismo.**

En definitiva, los alegatos señalados en el Recurso Jerárquico son infundados.

No obstante y ante determinadas cuestiones específicas sobre las que la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 965-2012 pone incidencia (en su considerando sobre “*precisiones conceptuales*”), es pertinente esclarecer las mismas -conforme sigue a continuación-, lo que sin embargo, no trasciende ni influye en la conclusión supra señalada, empero sobre las que suscrita Autoridad Jerárquica no puede dejar de hacer referencia.

2.1.2. La Administración como integrante de la relación procesal administrativa.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros señala que:

*“...Por las particularidades del Derecho Administrativo, la administración (sic), aunque sea la que emitió la disposición o instrumento que se impugna ex post, no es parte **strictu sensu**, ya que por mandato legal, es la propia administración (sic) que emitió el acto que se impugna la que conoce también pretensiones de revocación de los afectados...”*

En principio, al compulsar el concepto *lato sensu* de jurisdicción, con el que *strictu sensu* corresponde al Derecho Administrativo, podría inferirse que el último deviene del primero (algo así como la especialidad forzada en haberse ramificado la Ciencia Administrativa de la Ciencia del Derecho).

En efecto, mientras que en el caso primero se define a la jurisdicción como a la *“función pública, ... en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica”* (Couture en los Fundamentos), para el otro, se dice que es *“la potestad que reside en la Administración pública..., para decidir sobre las reclamaciones a que dan lugar los propios actos administrativos”* (Cabanellas, al definir la *Jurisdicción administrativa* en su *Diccionario*).

En la comparación simplista de ambas, la jurisdicción (sea la ordinaria o sea la administrativa), importa objetivamente, un acto de juicio sobre una contención de relevancia jurídica, que como tal, amerita ser resuelta; la diferencia entre ellas sencillamente radicaría, en que en un caso la ejerce el juez, mientras que en el otro la Administración, lógica que hace entendible lo afirmado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en sentido que la Administración *“no es parte strictu sensu”*, o sea, que siendo la Administración quien va a decidir la controversia administrativa suscitada, entonces en lo adjetivo, viene a integrar la relación jurídica cual juzgador imparcial, y no así como parte interesada, no correspondiéndole las cargas que son inherentes a las partes, el *onus probandi* entre ellas.

Sin embargo, ese enunciado objetivo, pasa por alto la naturaleza propia de la Administración Pública, que en definitiva, no es la de administrar justicia -como en el caso de la jurisdicción ordinaria-, sino mas bien *“la provisión de bienes, obras y servicios a los administrados, procurando alcanzar su finalidad”* (Celín Saavedra en *Administración Pública - Fundamentos, gestión y responsabilidades*), entendiéndose por administrado, a *“Toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa”* (Art. 11º, Par. I, Ley Nº 2341).

Lo cierto es que, cuando las decisiones administrativas, *“a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos”* (Art. 56º, Par. I, Ley Nº 2341), hacen procedente la instauración del proceso recursivo (Cap. V, Tít. Tercero, Ley Nº 2341) y determinando ello una relación jurídica adjetiva especial, donde la controversia será resuelta por la propia Administración pública (a diferencia de la jurisdicción ordinaria, donde la administración de justicia se da por un tercero imparcial).

Es decir que, en purismo jurídico, la Administración que toma una decisión y ante la reclamación contra la misma, la resuelve con plena potestad legal, superando la simple especialización objetiva que importa la materia, y no obstante que al estar su desempeño "destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad" (Art. 4º, Inc. 'a', Ley N° 2341), la mera existencia de tal reclamación determina que tales intereses se encuentren enfrentados y contrapuestos a los de los particulares y privados.

Entonces, subjetivamente, en el caso del proceso sancionador y en el del consiguiente recursivo (entonces en lo adjetivo), no es evidente aquello de que "*la administración (sic)...* no es parte *strictu sensu*" del proceso, por cuanto se contrapone al administrado, es su parte contraria, es su contraparte.

Asimismo y toda vez que, como se ha dicho, la jurisdicción administrativa tiene la potestad para decidir sobre las reclamaciones a que dan lugar sus propios actos, su comportamiento dentro del proceso es especial, empero no exento de las cargas procesales que le son inherentes; así, en cuanto a la prueba, al corresponderle investigar *la verdad material* (ídem, Inc. 'd'), y dado su deber de fundamentar su decisión (Arts. 28º, Inc. 'e', Ley N° 2341, y 17º, Par. II, Inc. 'd', Reglamento aprobado por D.S. N° 27175), los hechos sólo pueden ser relevantes si son comprobados o comprobables, tocándole a la Administración, entonces, probar su imputación, lo que además es la base fáctica para ulteriormente comprobar la comisión de la infracción.

Entonces, la carga de la prueba de los cargos imputados -con ello, de la comisión de la sanción- le corresponde a la Administración, mientras que al administrado le corresponde la carga de la prueba de sus descargos; de ello hablan los artículos 4º, inciso 'd', de la Ley N° 2341, 29º, 50º, 65º, 66º, 67º y 68º, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 (dentro del caso de autos, el procedimiento probatorio de precedente referencia, ha sido cumplido, conforme consta de la relación que sale en el numeral 2.1.1 supra).

Eso mismo ha expresado la recurrida en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012, cuando unívocamente ha señalado: "*la carga probatoria de la parte que pretende la revocación de una resolución administrativa... corresponde a quien se considera afectada*"; no obstante, es obvio que el Recurso de Revocatoria al que corresponde, no se limita al *onus probandi* que le corresponde al imputado, sino también, al que evidentemente le corresponde al Ente Regulador.

Por ello, la posición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros es contradictoria, cuando en la misma Resolución Administrativa, señala que: "*no hay preceptiva legal en la jurisdicción (sic) nacional que obligue a la Administración a producir prueba por ella misma dentro de procesos como el que nos ocupa*", extremo que, conforme lo visto y conforme lo señalan los artículos 4º, inciso d) de la Ley N° 2341, y 89º, inciso 'a', de su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, no es evidente.

2.1.3. Discrecionalidad y facultad potestativa en la producción de la prueba.-

La Resolución recurrida, continúa:

“...se encuentra consagrado en el artículo 50 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, donde se dispone que a **discreción** de la Administración, puede solicitarse la producción de prueba que ella considere atinente, o a petición de parte (...)

...la realidad social sobre la que se erige el Derecho y su práctica jurídica consecuente, contempla también los **Actos Discrecionales Reglados...**”

Y prosigue con una exposición acerca de la teoría de los Actos Discrecionales Reglados.

Conviene recordar que, el artículo señalado por la recurrida y que establece el procedimiento probatorio en la sustanciación del Recurso de Revocatoria, comienza señalando que: “El Superintendente Sectorial -léase el Ente Regulador- **podrá** disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Conforme puede concluirse del cotejo del diccionario, la potestad a la que hace referencia la norma, importa una facultativa, en tanto **la Autoridad puede hacerla u omitirla** (“Facultativo... Potestativo; aplícase al acto que libremente **se puede hacer u omitir...**”), mientras que lo discrecional (“Que **se hace** libre y prudentemente”) determina algo que sí va a efectuarse, empero con un grado de prudencia exigible a su ejecutor, y es allí cuando el Derecho ha instituido el principio administrativo de discrecionalidad, que el Administrador configura en la teoría de los Actos Discrecionales Reglados.

Para entender ello, es pertinente remitirse a lo señalado por Comadira, citado en *Principios de Derecho Administrativo* (publicación de este Ministerio):

“...la discrecionalidad debe ser entendida como un margen de apreciación conferido normativamente a la actuación administrativa, como una posibilidad de elección doblemente juridizada: primero, en tanto toda **potestad, incluso la discrecional, presupone la existencia de la norma atributiva y, segundo en cuanto el propio despliegue de la potestad discrecional debe sujetarse a los límites jurídicos impuestos por el ordenamiento...**”

El mismo libro señala pertinentemente, que:

“...La potestad reglada es aquella que se halla determinada en una norma o ley, y establece cómo una autoridad debe actuar, sin que ésta pueda hacer apreciaciones subjetivas en cuanto al procedimiento a utilizar.

La facultad discrecional otorga, en cambio, un margen de libertad a la Administración en su actuar, otorgándole diferentes opciones igual de justas, para tomar una determinación administrativa. Se debe precisar que esta facultad discrecional no es extra legal, como bien lo anota el tratadista García de Enterría, que la discrecionalidad: “**no puede darse al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto**”,...

Entonces, la discrecionalidad (a la que se refiere la recurrida), es posible sólo si previamente existe una potestad normativa para ello (como la señalada por el artículo 50º), por lo que el carácter discrecional no debe confundirse con la facultad potestativa, como mal lo ha hecho el Ente Regulador.

A este respecto, además, se menciona lo señalado en la Sentencia Constitucional 1464/2004-R de 13 de septiembre de 2004:

*“...Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminedar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminedar cuál es la situación del hecho. **Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.***

Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que “La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento”...”

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

Queda claro que la Resolución Administrativa recurrida, no ha reparado en la diferencia aludida y, en lugar de ello, ha confundido ambas figuras.

En todo caso, y conforme se ha señalado en el numeral 2.1.1 supra, tal fundamento no influye en el fondo de lo que al presente se decide, empero por lo mismo, cabe establecer que la mención que de ello hace la resolución recurrida es impertinente, por cuanto sólo busca una justificación innecesaria.

2.1.4. Trascendencia fundamental del instituto de la prueba.-

No obstante lo anterior, hay que mencionar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha tenido en cuenta la trascendencia del instituto jurídico *prueba*, por cuanto y conforme se ha dicho, si bien en el artículo 50º, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, el uso del verbo *podrá* hace referencia a la producción de prueba cual si fuera una facultad potestativa o librada a la voluntad del Ente Regulador, no debe perderse de vista que para el caso, es aplicable lo referido en el mismo Reglamento, ahora en su artículo 29º, que establece que:

“...Artículo 29.- (Prueba).

I. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos

procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de sus decisiones...”

La inobservancia a lo anterior importa, a su vez, exista inobservancia al principio aquel que señala, que *“la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil”* (Art. 4º, Inc. d), Ley Nº 2341).

El derecho a la prueba como tal, constituye una de las garantías del debido proceso al que se refieren los artículos 115º de la Constitución Política del Estado, 4º de la Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 2º, inciso ‘a’, del Reglamento de sanciones del sector seguros (aprobado por la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003), conforme se transcriben a continuación:

Constitución Política del Estado:

“Artículo 115. (...)

II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones...”

Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002:

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

a) *Principio de sometimiento pleno a la Ley: la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, **asegurando a los administrados el debido proceso;...”***

Reglamento de sanciones del sector seguros:

“Artículo 2.- (Principios)

A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptarán los siguientes principios:

a) **Debido proceso: Es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos...”** (En los tres casos, las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

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

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

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

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

En ese sentido, debe entenderse que, anteponer el criterio de discrecionalidad reglada al derecho a la prueba, importa violación al derecho de petición y de obtención de respuesta, conforme está previsto por el artículo 24º de la Constitución Política del Estado, el que señala:

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

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

“...la Constitución Política del Estado (...) consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio a la defensa. En materia administrativa, este principio

implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, **puediendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo**, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos (...)

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

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

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

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

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

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

De la trascendencia emergente de ello y conforme a la primacía dispuesta por el artículo 410º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, resulta que no puede el Ente Regulador anteponer el criterio de discrecionalidad reglada al derecho a la prueba, como tampoco pretender “la potestad unilateral de la Administración, para disponer la producción de la prueba”, sin que ello importe inobservancia a los principios de sometimiento pleno a la ley -en cuanto al debido proceso administrativo- y de verdad material (Art. 4º, Incs. ‘c’ y ‘d’ de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002).

2.2. Determinación de la gravedad de la infracción.-

2.2.1. Presunción de actuación con especial diligencia del sector seguros.-

La recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, establece también que:

“...la cita del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, es impertinente ya que sus disposiciones se aplican estrictamente “a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, independientemente de su naturaleza o de la norma que las hubiere creado, que se encuentren operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros y especialmente, aunque no solamente, a: ...”. En otras palabras, tal norma se aplica solamente a los regulados y no a los entes reguladores (sic) como insinúa la recurrente...”

Con la aclaración previa, que el artículo señalado por la recurrida está contenido en el Reglamento de sanciones del sector seguros, aprobado por la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, el extremo resulta trascendente, a los fines de determinar la gravedad de la infracción (y consiguientemente, imponer la sanción que a ella corresponda), conforme al mencionado artículo 18º, que en lo conducente, señala que:

“...La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros -léase, el Ente Regulador- estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad,...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De su parte, la mención acerca de que las disposiciones de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, “se aplica solamente a los regulados y no a los entes reguladores como insinúa la recurrente”, deviene de lo que en lo pertinente y a la letra, señala el artículo 1º del mismo Reglamento:

“...Las regulaciones contenidas en la presente norma se aplican a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, independientemente de su naturaleza o de la norma que las hubiera creado, que se encuentren operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros...”

En el entender de la Reguladora, las normas señaladas por el Reglamento de sanciones del sector seguros, no le son aplicables a la misma (“a los entes reguladores”, dice la Resolución), sin aclarar el fundamento de tal posición, aunque remitiéndose para ello al ámbito de aplicación de tal norma, donde efectivamente, no se contempla sino, a los diversos operadores de las actividades reguladas por la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros).

Entonces, resultando que las sanciones establecidas por el Reglamento son aplicables a los operadores de seguros, porque sólo ellos pueden cometer infracciones en el desarrollo de sus actividades comerciales, obviamente no es sancionable, dentro de ese plano, el Ente Regulador.

Empero, el hecho de que no le sea aplicable el régimen sancionador (como por defecto se interpreta del artículo 1° del Reglamento), no quiere decir que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no deba observar el mismo, más aún, cuando tal entidad, como Órgano Sancionador, es también aquel que va a imputar los cargos, e imponer las sanciones correspondientes, dentro del marco que importa ese régimen.

Por otro lado, la presente Resolución Ministerial Jerárquica ha señalado supra, que el Ente Regulador no ha aclarado el fundamento de su decisión en cuanto a este aspecto, por cuanto no ha explicado la trascendencia de lo señalado en el artículo 1°, con el artículo 18°, ambos del Reglamento, teniendo en cuenta para ello, que el artículo último señalado, establece, clara, palmaria e inequívocamente, cuál la responsabilidad que le corresponde al Ente Sancionador, esta es, **estimar la gravedad de la infracción**.

Por tanto, así el artículo 1° del Reglamento señalara una incompetencia absoluta del Regulador, para participar del proceso sancionador (estipulación que obviamente no existe), por aplicación del principio de especialidad, tendría que observarse con primacía, el artículo 18° en la tarea de estimar la gravedad de la infracción, de manera tal que, de no existir prueba en sentido de que no se deba esperar una conducta diligente en el administrado, debió presumirse que el mismo “*actúa en todo momento con especial diligencia*”.

Ahora bien; al haber rechazado la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sin fundamento legal, el análisis acerca de si le favorecía y le era aplicable (o no) a la sancionada, la Presunción de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, prevista por el artículo 18° del Reglamento correspondiente, ha viciado el proceso, por cuanto, conforme al artículo 62° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003):

“...Artículo 62.- (Legalidad)

1. El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos...”

2.2.2. Estimación y modulación de la sanción.-

Luego de haber determinado la existencia de la infracción, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, presenta el siguiente fundamento, a los fines de su justificativo a la consiguiente imposición de la sanción:

“...CONSIDERANDO:

*Que en cuanto a la sanción, se tiene lo dispuesto por el inciso d), numeral 1) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: “Se considerarán como **infracciones leves**, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: d) Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia, al estado o al público.*

Que en la anterior descripción de la cuantificación de la multa, la norma pertinente establece un rango de un mínimo a un máximo, dejando al prudente arbitrio de la Administración, la modulación y determinación del monto, de manera que aunque existan atenuantes, la sanción impuesta tampoco constituya escarnio a la justicia, considerando asimismo, el carácter insubsanable o subsanable de la falta cometida...”

Entonces, amén de no haber considerado la circunstancia acerca de la -presumida- actuación con especial diligencia (a la que se ha hecho referencia supra en el numeral 2.3.1), no consta en el tenor de la Resolución Administrativa sancionatoria, el criterio utilizado para la imposición específica de la sanción de multa en “Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (2.000 UFV's)” (artículo primero).

Es más, la referida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012, ha prescindido de considerar, sea para su aplicación o su rechazo, la posibilidad de imponer la sanción de amonestación en lugar de la de multa, extremo evidenciable en la llamativa -por lo defectuosa- transcripción que ha hecho del artículo 16° (“Infracciones Leves”), parágrafo I, del Reglamento de Sanciones del sector seguros, aprobado por la Resolución Administrativa N° 602 de 24 de octubre de 2003, cuya redacción correcta es la siguiente:

*“...I. Se consideran como infracciones leves, sujetas a la imposición de sanciones **de amonestación** o multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes conductas:...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Estos extremos permiten concluir, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, así como a tiempo de modular e imponer la sanción que consta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 880-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012, en infracción a la norma, no ha considerado el agravante o atenuante de la responsabilidad que importa la presunción de actuación con especial diligencia del sector seguros, tampoco ha hecho una correcta modulación de la sanción imponible, al haber considerado parcialmente los elementos que hacen a tal procedimiento, prescindiendo injustificadamente del criterio de amonestación como sanción de posible aplicación.

2.3. Sobre la irretroactividad del acto administrativo.-

Siendo pertinente recordar que, el artículo 63º, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) establece que “La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente...”, se deja constancia que, a diferencia de lo expresado en oportunidad de la audiencia de exposición oral de fundamentos de 13 de febrero de 2013 y de lo expresado en el memorial de fecha 15 siguiente, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** no ha alegado, en oportunidad de su Recurso Jerárquico, infracción alguna al principio de irretroactividad de la norma, y que, según el memorial de 15 de febrero de 2013, tenga que ver con que:

*“...la autoridad impugnada se basó, para la sanción de nuestra sociedad, en definiciones de categorías... que se encuentran contenidas en la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880/102** (sic) **de fecha 13 de noviembre re** (sic) **de 2012**, que de manera totalmente inaudita es la misma resolución con la que nos impone la Multa, con base en las mismas definiciones.*

(...) definiciones citadas para la evaluación y compulsión de los actos y conductas que en suma fueron los que motivaron el proceso sancionatorio, los cuales tuvieron lugar nada menos que en el año 2011, es decir años antes de que la norma fuera dictada, pasando completamente por alto el principio de irretroactividad de la norma...”

Esto tiene que ver con lo señalado en la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, en lo pertinente, a continuación transcrita:

*“...Que como demostración de haberse proporcionado información exacta y oportuna **-NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA-**, adjunta... la afirmación taxativa de que “atendieron las quejas de la usuaria de manera inmediata y sin mayores dilaciones”.*

Que en el ámbito de la aplicación de las normas legales positivas, los términos “oportuna” y “exacto o exacta” adquieren capital importancia, ya que las normas se las cumplen en un determinado momento y lugar y no antes o después. (...)

Que en el caso de María Elena Durán Ramos, las normas que rigen el cambio de plan de seguro son de ineludible cumplimiento antes de que la persona adopte o tome una decisión, y no aplicar las normas después de haberse tomado la decisión. Justificar que las quejas (luego de haberse firmado los cambios de plan de seguro) son prueba de haberse cumplido con las normas imputadas de incumplidas, simplemente no resiste el menor análisis.

*Que en efecto, las prohibiciones contenidas en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 son para evitar incurrir en las mismas **antes de** y no **después de**,...”*

En el entender de la recurrente, la exposición supra transcrita de la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, viene a importar una

nueva regulación de lo que debe entenderse por “oportunidad” y “exacto o exacta”, por tanto, por simple aplicación del principio de irretroactividad -Art. 123º (“La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo”), Const. Pol. del Estado- sus efectos no pueden retrotraerse a hechos anteriores a esa data, como los que hacen a la nota de cargos APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2012.

Entonces, lo que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** aqueja, es que al haberse implementado recién, por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012, las definiciones de “oportunidad” y “exacto o exacta”, no puede esa misma Resolución Administrativa sancionarla por incumplimiento a las mismas, conforme ha sucedido.

No obstante, se debe recordar que es deber del Ente Regulador, en la fase posterior a la notificación de cargos, proceder “al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicando el principio de sana crítica y valoración razonada de la prueba” (Art. 67º, Par. II, Reglamento aprobado por D.S. Nº 27175), para con ello pronunciar la Resolución respectiva (ídem, Art. 68º, Par. I).

En tal sentido, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, lejos de imponer una norma regulatoria referida al extremo, lo que ha hecho es dejar constancia del análisis de los descargos presentados por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, y referidos en concreto a que:

*“...el mismo hecho de que nuestra usuaria, en forma inmediata al cambio de plan, hubiera expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses, **es una muestra** de que dicha usuaria recibió una explicación completa y suficiente, que le sirvió para tomar una decisión con base en su propio interés...”* (Nota NAVI-GR-657-2012 de fecha 25 de octubre de 2012; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Con respecto a lo mismo y en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012, previo a desarrollar su análisis al agravio expresado, la Autoridad recurrida ha dicho que “conviene discernir respecto de lo que se entiende por “**oportunidad**” y por el término “**exacto o exacta**”...”, es decir, ha señalado los alcances conceptuales sobre los que va a desarrollar sus argumentos, sin que lo mismo importe, de manera alguna, estar implementando una nueva regulación sobre tales extremos.

Asimismo, en la ulterior Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, y ante el alegato que establece la recurrente, la Autoridad recurrida ha señalado que:

*“...argumentar como lo hizo **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, “que prueba de haberse cumplido con la norma que regula el cambio de plan de seguro era la queja de María Elena Durán Ramos así como la prontitud con que la aseguradora había retornado al plan original de seguro (Plan de Vida Entera) a favor de la usuaria”, **hacía menester que el ente regulador sustente la posición de que las normas se las cumple en los momentos que ellas indican y no antes o después.** Esta*

explicación deja en evidencia que la ahora recurrente, deliberadamente o no, pretende descontextualizar el uso y los propósitos de aclaración de términos que constan en la resolución impugnada...”

Queda de ello claro, que no existe en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012, intención de implementar regulación alguna, y que en la actividad que le ha correspondido al Ente Regulador, la sanción impuesta corresponde a *la infracción del artículo 14º, inciso ‘a’, de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros)*, como lo ha señalado la nota de cargos APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2012, determinando sea infundado el agravio expresado en este sentido.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a tiempo de determinar la imputación primero, y la comisión de la infracción después, ha hecho un correcto análisis de la norma, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, la motivación y la fundamentación del mismo.

Que, no ha sucedido lo mismo en cuanto a la modulación de la gravedad, y a la imposición de la sanción, por cuanto, no ha considerado, cual agravante o atenuante de la responsabilidad, la presunción de actuación con especial diligencia del sector seguros, como tampoco ha hecho una correcta modulación de la sanción imponible, al haber considerado parcialmente los elementos que hacen a tal procedimiento, prescindiendo injustificadamente del criterio de amonestación como sanción de posible aplicación.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR la Resolución impugnada, disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 880-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012 **inclusive**, que fuera confirmada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de fecha 11 de diciembre de 2012, debiendo en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa

ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

SINCHI WAYRA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 778/2012 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 027/2013 DE 03 DE JUNIO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 027/2013

La Paz, 03 de Junio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SINCHI WAYRA S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó y revocó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 026/2013 de 19 de abril de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 058/2013 de 22 de abril de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 18 de enero de 2013, Sinchi Wayra S.A., representada legalmente por los Sres. María de las Mercedes Carranza Aguayo y Luis Felipe Hartmann Luzio, tal como acredita el Testimonio Poder N° 491/2012 de 10 de octubre de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 48 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. María Renée Paz Córdova, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa

ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó y revocó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 6 de febrero de 2013, notificado en fecha 8 de febrero de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012.

Que, mediante Auto de 8 de febrero de 2013, se hizo un llamamiento al tercer interesado Banco Unión S.A, para que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presente alegatos.

Que, en fecha 26 de febrero de 2013, el Banco Unión S.A. presentó alegatos ante el Recurso Jerárquico Interpuesto por la empresa Sinchi Wayra S.A., contra la Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS ASFI/DDC/ R-124139/2012 DE 1 DE OCTUBRE DE 2012.-

Mediante Nota ASFI/DDC/R-124139/2012 de 1 de octubre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó al Banco Unión S.A., respecto a posibles incumplimientos a lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y artículo 1, Sección 3, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones Administrativas para el Sistema de Regulación Financiera contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, con relación al reclamo presentado por Sinchi Wayra S.A., con los siguientes cargos:

" (...)

- *Al inciso III, punto 3.3. de la normativa interna NOP-23 para el Servicio UNINET, en razón a que no se hizo firmar el contrato UNINET a su cliente Sinchy (sic) Wayra S.A. y por habilitar el servicio UNINET sin verificar que el contrato estuviera firmado.*
- *Al artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por no implementar en el sistema de Banca por Internet "UNINET", en el periodo comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio.*
- *Al numeral 6, artículo 2, sección 4, Capítulo I del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en el Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por no informar en la respuesta del reclamo de su cliente Sinchy (sic) Wayra S.A., que en caso de estar en desacuerdo*

con la respuesta emitida por la entidad supervisada, podía acudir a la Central de Reclamos de ASFI.

- Al artículo 3, Sección 4, Capítulo I del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en el Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que la respuesta otorgada por el Banco Unión S.A al reclamo de Sinchy (sic) Wayra S.A. fue posterior a los cinco (5) días hábiles.”

Otorgándole un plazo de siete (7) días hábiles, computables a partir del día siguiente hábil de su legal notificación, para que remita los descargos o explicaciones correspondientes, debidamente documentados.

2. PRESENTACIÓN DE DESCARGOS.-

Mediante nota Cite: CA/BUSA GG N° 866/2012 de fecha 19 de octubre de 2012, el Banco Unión S.A., presentó los siguientes descargos:

“...Al respecto, comunicamos a usted que el Banco ha cumplido con cada uno de los puntos del mencionado artículo, basados en la información que a continuación se presenta:

a) Seguridad del Sistema:

El Sistema Uninet está diseñado de forma que cada cliente recibe un Código de Usuario y una Clave de Acceso Única.

La mencionada Clave de Acceso Única se encuentra asociada al referido Código de Usuario y en cumplimiento a nuestros procedimientos es entregada exclusivamente al cliente o en su defecto, a su representante legal acreditado, de tratarse de una persona jurídica, mediante un sobre cerrado inviolable, garantizando de esta forma que solo el cliente que hubiese recibido dicho código, con su respectiva Clave podrá ingresar al Sistema y afectar única y exclusivamente la cuenta y recursos de los cuales es titular. Adicionalmente, la página (<https://servicios.bancounion.com.bo/uninet/validuser.aspx?redirect=true>), a través de la cual se ingresa al Sistema Uninet, utiliza el protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado "SSL/TLS". Esto último se refleja en la Barra de Direcciones de todos los navegadores al incluir el prefijo "HTTPS:". De esta forma se asegura la autenticidad, la confidencialidad y la integridad de las transacciones, efectuadas mediante el Sistema Uninet.

En este sentido cumple recalcar que la única manera para que un cliente pueda realizar transacciones a través del sistema Uninet, y afectando únicamente sus cuentas bancarias, es utilizando la Clave de Acceso Única asociada a un Código de Usuario, proporcionada de forma segura, confidencial y exclusivamente al cliente, como se describe en el párrafo precedente. Por lo expuesto, el cliente es el único responsable de su uso o en su defecto de su transmisión a terceros, circunstancia que de ninguna

manera puede ser atribuida al Sistema Uninet.

Adicionalmente, la seguridad e integridad del Sistema Uninet y de las transacciones realizadas por este medio, se encuentra respaldada con el cumplimiento de los otros requisitos, previsto al efecto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, conforme se describe en los siguientes puntos.

b) Canal de comunicación:

El Banco mantiene siempre abierta la línea del Cali Center mediante el cual se pueden realizar consultas y solicitar el bloqueo del acceso a servicios. Asimismo, Uninet permite efectuar consultas de saldos y movimientos en tiempo real de las cuentas del cliente, en cualquier momento.

c) Difusión de Políticas de Seguridad:

El Banco ha difundido internamente las políticas de seguridad respecto al phishing, como referencia citamos las siguientes Comunicaciones Internas dirigidas a todo el personal de nuestra Institución:

- 27/10/2011 (CIRCULAR N° 228/2011 - REF: ALERTA - Prevención contra Fraude o Sustracción de Claves de Clientes en UniNet);
- 01/12/2011
1 (CIRCULAR N° 268/2011 - REF: Controles Adicionales de Seguridad para el Ingreso a nuestra Banca por Internet UNINET);
- 16/05/2012
2 (CIRCULAR N° 087/2012 - REF: Implementación Clave Virtual para Uso en Página Transaccional del Banco)

d) Certificación:

La página web de Uninet cuenta con un certificado digital vigente de CertiSur (entidad certificadora internacional). Se adjunta el certificado actualmente publicado en nuestro sitio en el Internet correspondiente al sistema Uninet. El propósito de este certificado es verificar la identidad de la página web para la cual se lo ha adquirido.

e) Continuidad Operativa:

A la fecha del caso en cuestión (Enero 2012), el Banco contaba con servidores redundantes y conexiones redundantes a internet en su centro de cómputo en la ciudad de Santa Cruz, para asegurar la continuidad operativa del servicio Uninet. Actualmente el Banco posee un Plan de Continuidad del Negocio (diciembre/2011) y un Plan de Contingencias tecnológicas (junio/2011), documentos en los cuales se describen medidas pertinentes para asegurar la continuidad operativa de la infraestructura tecnológica central con que cuenta Banco Unión.

f) Disponibilidad de la Información (Informes):

El sistema Uninet permite realizar consultas en tiempo real de saldos y movimientos de las cuentas asociadas, de forma visual y también descargando archivos en formatos

predefinidos.

Adicionalmente, mediante Uninet los clientes pueden definir y programar el envío automático de reportes de movimientos a una cuenta de correo electrónico definida por ellos.

g) Registro de pistas de control:

El sistema Uninet posee registros internos de las transacciones que incluyen la dirección de red o "IP" identificada al momento de realizar las transacciones, además de las cuentas, montos, etc., involucrados en la transacción.

h) Acuerdos privados:

Existe el contrato específico para Uninet, en el cual se menciona aspectos relacionados a transferencias a cuentas propias, de terceros y a otros bancos, estableciendo en forma clara la responsabilidad del uso del servicio.

Por otro lado, con relación específica a las transacciones por Uninet, efectuadas por Sinchi Wayra S.A., en el marco de lo establecido en los Informes de Auditoría AIN 012/2012 y AIN 036/2012 de 9 de febrero y 29 de marzo respectivamente, ambos del presente año, y en virtud a los documentos que sustentan sus respectivas conclusiones, cumple resaltar lo siguiente:

- Se determinó que el cliente (Sinchi Wayra) solicitó la habilitación del servicio de Traspaso Directo a Otros Bancos en fecha 23/02/2011, tal como se puede ver en la imagen del documento a continuación exhibido, habilitándose como usuario al señor Arturo Zalles Balanza.

(Adjunta carta de Sinchi Wayra S.A. FIN: 027 02-2011 de fecha 23 de febrero de 2011, mediante la cual solicitan la habilitación a UNINET de varias personas, entre ellas el señor Arturo Antonio Zalles Balanza)

- Se ha determinado que el Banco ha cumplido con las instrucciones del cliente relacionadas a la otorgación de accesos al servicio UNINET, con las precauciones y responsabilidades que conlleva la administración de códigos de usuario claves de acceso.
- Se ha determinado que las nueve transferencias de fondos observadas por Sinchi Wayra S.A., fueron realizadas a través del servicio de Banca por internet (UNINET) utilizando el usuario del Sr. Arturo Zalles Balanza, operaciones que solo pueden ser realizadas mediante la Clave de Acceso Única asignada.

Producto de lo señalado, en los Informes de Auditoría se ha manifestado que "se descarta toda posibilidad de que los sistemas de seguridad del Banco para el uso de UNINET hayan sido vulnerados", consecuentemente no existe razón o fundamento alguno para afirmar que el Sistema Uninet no cuenta o no tiene implementado un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o

procesada por dicho Sistema o que de otra forma no cumple con los requisitos, previsto al efecto en la RECOPIACIÓN DE NORMAS PARA BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS.

Por último y con relación a los otros tres cargos contenidos en la nota ASFI/DDC/R-124139/2012 esta entidad bancaria se sujeta a lo referido sobre el particular en los informes de de (sic) Auditoría AIN 012/2012 y AIN 036/2012, aclarándose que el extravío o ausencia del contrato suscrito con el cliente o deficiencias coyunturales en la forma y oportunidad de respuesta al reclamo del cliente, acontecidas estrictamente en el caso concreto de Sinchi Wayra, no constituyen elementos que afecten a la integridad y seguridad del Sistema Uninet o sus procedimientos."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 575/2012 DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2012

Mediante Resolución Administrativa ASFI N°575/2012 de 5 de noviembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió:

"PRIMERO.- Sancionar al **BANCO UNIÓN S.A.** con **MULTA** de **DEG2.000,00 (Dos Mil 00/100 Derechos Especiales de Giro)**, por los siguientes incumplimientos:

- Al inciso III, punto 3.3. de la normativa interna del Banco NOP-23 para el Servicio UNINET, en razón a que no se hizo firmar el contrato UNINET a su cliente Sinchi Wayra S.A. y por habilitar el servicio UNINET sin verificar que el contrato estuviera firmado.
- Al artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por no implementar en el sistema de Banca por Internet "UNINET", en el período comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio.
- Al numeral 6, artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título XI del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por no informar en la respuesta del reclamo de su cliente Sinchi Wayra S.A., que en caso de estar en desacuerdo con la respuesta emitida por la entidad supervisada, podía acudir a la Central de Reclamos de ASFI.
- Al artículo 3, Sección 4, Capítulo I, Título XI del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que la respuesta otorgada por el Banco Unión S.A al reclamo de Sinchi Wayra S.A. fue posterior a los cinco (5) días hábiles.

SEGUNDO.- La multa impuesta deberá ser depositada en la Cuenta N°1- 4678352 del Banco Unión S.A., a nombre de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI)-Multas, en el plazo de quince días hábiles administrativos computables a partir de su notificación con la presente Resolución, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir dentro los siguientes cinco (5) días hábiles, una copia de la papeleta de depósito de la multa impuesta.

TERCERO.- En cumplimiento con el artículo 110 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio de **BANCO UNIÓN S.A.**, debiendo entregarse al Órgano Regulador, copia del acta respectiva, con las determinaciones adoptadas dentro las 72 horas de llevado a cabo dicho acto.”

Los argumentos expuestos en la mencionada Resolución Administrativa, son los siguientes:

“CONSIDERANDO:

Que, el inciso III, punto 3.3. de la normativa interna del Banco NOP-23 para el Servicio UNINET, establece que:

“La afiliación al servicio de Uninet se formalizará a través de la suscripción de los siguientes documentos cuya firma en ambos es imprescindible por parte de los Titulares o representantes Legales en caso de Empresas, a) Contrato de Prestación de Servicio Uninet, c) Formulario de Solicitud de Servicios Uninet.”

El artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, señala que: “Para habilitar un sistema de transferencia electrónica de información o transacción electrónica de fondos del tipo Banca Electrónica, las entidades financieras o empresas de servicios auxiliares financieros, deben adquirir e implementar elementos de hardware y software necesarios para la protección y control de su plataforma tecnológica, adicionalmente y en forma complementaria, deberán considerar el cumplimiento de los siguientes requisitos mínimos:

a) Seguridad del Sistema, el sistema debe proveer un perfil de seguridad que garantice que las operaciones, sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas para ello, debiendo resguardar, además, la privacidad o confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio.

Los procedimientos deberán asegurarse que tanto el originador como el destinatario, en su caso, conozcan la autoría de las transacciones o mensajes y la conformidad de su recepción, debiendo utilizarse las políticas, normas y procedimientos indicados en la Sección 2 y en el artículo 3 de la presente Sección, que permitan asegurar su autenticidad e integridad.

b) Canal de Comunicación, la entidad financiera o empresa de servicios auxiliares financieros, debe mantener permanentemente abierto y disponible un canal de comunicación que permita al usuario realizar consultas y solicitar el bloqueo de cualquier operación que intente efectuarse utilizando sus medios de acceso o claves de autenticación. Cada sistema que opere en línea y en tiempo real, debe permitir dicho bloqueo también en tiempo real.

c) Difusión de Políticas de Seguridad, la entidad financiera o empresa de servicios auxiliares financieros, deberá difundir sus políticas de seguridad, relativas al tema de transferencias electrónicas al interior de la entidad.

d) Certificación, la existencia de las páginas Web utilizadas por las entidades financieras o empresas de servicios auxiliares financieros, deberá estar avalada por una certificadora nacional o internacional. En el caso de la certificadora nacional deberán estar respaldada por una certificadora internacional.

e) Continuidad Operativa, se refiere a procesos alternativos que puedan asegurar la continuidad de todos los procesos definidos como críticos relacionados con los servicios de transferencia electrónica de fondos. Es decir, las instalaciones y configuraciones de los equipos, sistemas y de las redes deben garantizar la continuidad de las operaciones frente a eventos fortuitos o deliberados, debiendo considerarse lo previsto en la Sección 2, artículos 4 y 5.

f) Disponibilidad de la Información (Informes), los sistemas de transacción electrónica de fondos deberán generar la información necesaria para que el cliente pueda conciliar los movimientos de dinero efectuados, tanto por terminales como por usuario habilitado, incluyendo, cuando corresponda, totales de las operaciones realizadas en un determinado período.

g) Registro de pistas de control, los sistemas utilizados, además de permitir el registro y seguimiento íntegro de las operaciones realizadas, deberán generar archivos que permitan respaldar los antecedentes de cada operación electrónica, necesarios para efectuar cualquier seguimiento, examen o certificación posterior, tales como, fechas y horas en que se realizaron, contenido de los mensajes, identificación de los operadores, emisores y receptores, cuentas y montos involucrados, terminales desde los cuales realizó sus operaciones.

h) Acuerdos privados, en las transferencias electrónicas de información y transacciones electrónicas de fondos entre entidades de intermediación financiera, empresas de servicios auxiliares financieros, BCB, SBEF, usuarios y todas las relacionadas con la actividad de intermediación financiera, pueden celebrarse acuerdos privados que estén debidamente firmados y protocolizados entre las partes interesadas y que consideren las medidas de seguridad que se indican en la Sección 2."

El numeral 6, artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, textualmente establece que es obligación de la Entidad Supervisada: "Informar al cliente o usuario que, en caso de estar en desacuerdo con la respuesta emitida por la entidad supervisada, podrá acudir a la Central de Reclamos de ASFI."

Que, por otra parte, el artículo 3, Sección 4, Capítulo I, Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que la respuesta a cada reclamo debe ser emitida en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, a partir de la fecha de la recepción del mismo. En caso de requerir un plazo mayor, la entidad supervisada debe comunicar, dentro de los cinco (5) días establecidos, al cliente o usuario la fecha en la que emitirá la respuesta, justificando los motivos del retraso. Asimismo indica que cada reclamo debe tener las siguientes características:

Oportuna: Se refiere al cumplimiento con el plazo fijado para emitir la respuesta de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento.

Integra: Se refiere a que la respuesta debe corresponder a la verdad de los hechos, ser completa, exacta, imparcial y verificable, respecto a todos los aspectos planteados en el reclamo.

Comprensible: Se refiere a que la respuesta debe contener toda la información que facilite el entendimiento de la misma por parte del cliente o usuario.

CONSIDERANDO:

Que, efectuada la evaluación de los descargos presentados por el **BANCO UNIÓN S.A.** mediante Informe Técnico Legal ASFI/DDC/R-134960/2012 de 22 de octubre de 2012, se han establecido los siguientes aspectos:

Al cargo 1

Incumplimiento al inciso III, punto 3.3. de la normativa interna del Banco NOP-23 para el Servicio UNINET, en razón a que no se hizo firmar el contrato UNINET a su cliente Sinchi Wayra S.A. y por habilitar el servicio UNINET sin verificar que el contrato estuviera firmado.

La Entidad Financiera como descargo señala los siguientes aspectos:

“Por último y con relación a los otros tres cargos contenidos en la nota ASFI/DDC/R-124139/2012 esta entidad bancaria se sujeta a lo referido sobre el particular en los informes de Auditoría AIN 012/2012 y AIN 036/2012, aclarándose que el extravío o ausencia del contrato suscrito con el cliente o deficiencias coyunturales en la forma y oportunidad de respuesta al reclamo del cliente, acontecidas estrictamente en el caso concreto de Sinchi Wayra, no constituyen elementos que afecten a la integridad y seguridad del sistema Uninet o sus procedimientos.”

Análisis de Descargos

Al cargo 1

Sobre el presente cargo, el Banco Unión S.A. simplemente ratifica lo establecido en los Informes de Auditoría AIN 012/2012 y AIN 036/2012 de 9 de febrero y 29 de marzo de 2012 respectivamente, es decir, reconocen que hubo incumplimiento a su propia normativa interna del Banco, al no existir un contrato suscrito con el cliente sobre el servicio de UNINET, debido a que en el Informe de Auditoría AIN 012/2012 de 09 de febrero de 2012, en el punto V, numeral 5 referido a sus conclusiones y recomendaciones establece que, se ha determinado incumplimiento al inciso III, punto 3.3 de la norma interna del Banco NOP-123 para el Servicio UNINET, porque la ex funcionaria, Cindy Peña Machicado, (Jefe de Atención a Cliente) y la ex funcionaria, Shirley Dennise Duarte Abdala, Ejecutiva de Atención al Cliente) no hicieron firmar el contrato UNINET al cliente (Sinchi Wayra S.A.) y habilitaron el servicio UNINET, **sin previa verificación del contrato firmado, por lo que corresponde ratificar este cargo.**

Al cargo 2

Incumplimiento al artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por no implementar en el sistema de Banca por Internet "UNINET", en el período comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio...

...Análisis de Descargos

Cargo 2

Sobre este cargo, es conveniente hacer las siguientes puntualizaciones:

La Entidad Financiera señala que su Sistema UNINET está diseñado de forma que cada cliente recibe un Código de Usuario y una Clave de Acceso Única, mediante un sobre cerrado inviolable, garantizando de esta forma que sólo el cliente que hubiese recibido dicho código, con su respectiva clave podrá ingresar al sistema y afectar única y exclusivamente la cuenta y recursos de los cuales es titular; asimismo, el Banco indica que la página web que a continuación se detalla (<https://servicios.bancounion.com.bo/uninet/vadiduser.spx?redirect=true>), a través de la cual se ingresa al Sistema Uninet, utiliza el protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado "SSL/TLS", este último se refleja en la barra de direcciones de todos los navegadores al incluir el prefijo "HTTPS". De esta forma se asegura la autenticidad, la confidencialidad y la integridad de las transacciones, efectuadas mediante el Sistema UNINET.

Por otro lado, la Entidad Financiera señala que la seguridad e integridad del Sistema Uninet y las transacciones realizadas por este medio, se encuentran respaldadas con el cumplimiento de los otros requisitos previstos al efecto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y además, el Banco Unión S.A. procedió en fecha 28 de octubre de 2011, a publicar una advertencia al ingresar al servicio UNINET que señala que: **"Nuestra entidad nunca solicita contraseñas, números de tarjeta de crédito o de cualquier información personal por correo electrónico, por teléfono o mensaje de texto"**, reforzando esta medida, a través de una publicación en el periódico de circulación nacional "El Deber" comunicando a sus clientes y público en general lo siguiente: **"Recordamos a nuestros clientes y público en general, que a través de correos electrónicos y otros medios de internet, ciertos delincuentes están intentando obtener información confidencial de algunos clientes, utilizando la identidad del Banco Unión S.A. con fines fraudulentos."**

El informe ASFI/DSR I/R-58922/2012 de 15 de mayo de 2012 establece claramente en el punto 3.4 que de acuerdo a los informes de auditoría interna del Banco, los clientes citados en el punto 3.1 entre ellos la empresa Sinchy (sic) Wayra S.A. fueron víctimas de fraude informático de tipo "Phishing". Asimismo, indica que el Banco Unión S.A. ha establecido la existencia de vulneraciones a cuentas de clientes del Banco a Través del Sistema UNINET, utilizándose para tal efecto las contraseñas otorgadas a los clientes.

En ese contexto, se establece que los descargos presentados por el Banco Unión S.A. no respaldan que entre el período comprendido del 10 al 19 de enero de 2012 su sistema haya sido seguro y robusto con un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio y recién como se observa el 16 de mayo de 2012 mediante la circular N° 087/2012-REF hace conocer a su personal la implementación de clave virtual para uso en página transaccional del Banco, ratificándose la vulneración a la normativa como se indica en el informe ASFI/DSR I/R-58922, razones por las cuales **no se desvirtúa el cargo notificado.**

Al cargo 3

Incumplimiento al numeral 6, artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título XI del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por no informar en la respuesta del reclamo de su cliente Sinchi Wayra S.A., que en caso de estar en desacuerdo con la respuesta emitida por la entidad supervisada, podía acudir a la Central de Reclamos de ASFI.

Sobre el particular, el Banco Unión S.A. mencionó lo siguiente:

"Por último y con relación a los otros tres cargos contenidos en la nota ASFI/DDC/R-124139/2012 esta entidad bancaria se sujeta a lo referido sobre el particular en los informes de Auditoría AIN 012/2012 y AIN 036/2012, aclarándose que el extravío o ausencia del contrato suscrito con el cliente o deficiencias coyunturales en la forma y oportunidad de respuesta al reclamo del cliente, acontecidas estrictamente en el caso concreto de Sinchi Wayra, no constituyen elementos que afecten a la integridad y seguridad del sistema Uninet o sus procedimientos."

Análisis de Descargos

Cargo 3

Al respecto, se realizan las siguientes consideraciones:

La Entidad Financiera no presenta ningún descargo referente al presente cargo, simplemente ratifica lo establecido en los Informes de Auditoría AIN 012/2012 y AIN 036/2012 de 9 de febrero y 29 de marzo de 2012 respectivamente, **por lo que no se levanta el incumplimiento notificado**, debido a que el mismo Banco en su Informe de Auditoría 036/2012 de 29 de marzo de 2012, en el punto V, numeral 2, reconoce que ha incumplido el numeral 6, artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al no incluir en el texto de la respuesta, la leyenda de que en caso de estar en desacuerdo con la respuesta emitida por la entidad supervisada, podrá acudir a la Central de Reclamos de ASFI.

CARGO 4

Incumplimiento al artículo 3, Sección 4, Capítulo I, Título XI del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en la Recopilación de Normas

para Bancos y Entidades Financieras, debido a que la respuesta otorgada por el Banco Unión S..A al reclamo de Sinchi Wayra S.A. fue posterior a los cinco (5) días hábiles.

El Banco Unión S.A. realizó la siguiente explicación:

“Por último y con relación a los otros tres cargos contenidos en la nota ASFI/DDC/R-124139/2012 esta entidad bancaria se sujeta a lo referido sobre el particular en los informes de Auditoría AIN 012/2012 y AIN 036/2012, aclarándose que el extravío o ausencia del contrato suscrito con el cliente o deficiencias coyunturales en la forma y oportunidad de respuesta al reclamo del cliente, acontecidas estrictamente en el caso concreto de Sinchi Wayra, no constituyen elementos que afecten a la integridad y seguridad del sistema Uninet o sus procedimientos.”

Análisis de Descargos

Cargo 4

La Entidad Financiera no presenta ningún descargo referente al presente cargo, simplemente ratifica lo establecido en los Informes de Auditoría AIN 012/2012 y AIN 036/2012 de 9 de febrero y 29 de marzo de 2012 respectivamente, **por lo que no se levanta el incumplimiento notificado**, debido a que el mismo Banco en su Informe de Auditoría 036/2012 de 29 de marzo de 2012, en el punto V, numeral 2, reconoce que ha incumplido el numeral 6, artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al no incluir en el texto de la respuesta, la leyenda de que en caso de estar en desacuerdo con la respuesta emitida por la entidad supervisada, podrá acudir a la Central de Reclamos de ASFI.

CONSIDERANDO:

Que, el Órgano de Supervisión, a tiempo de imponer sanciones contra los infractores de las disposiciones legales y normativas que regulan la actividad de intermediación financiera, debe aplicar el principio de proporcionalidad, es decir la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. En ese sentido, se ha tomado en cuenta las consideraciones para la modulación de la sanción debiendo considerarse la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que señala que: “El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: **a)** que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; **b)** que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; **c)** que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de

intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión”.

Que, en consecuencia, en el presente caso se debe tomar en cuenta que: **a)** Los incumplimientos se encuentran debidamente tipificados y previstos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y en el inciso III, punto 3.3 de la normativa interna NOP-23 para el Servicio UNINET, **b)** Por los argumentos expuestos, las infracciones ratificadas se encuentran plenamente demostradas y, **c)** En los registros de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) cursan las Resoluciones ASFI N° 191/2012 de 21 de mayo de 2012; N° 250/2012 de 25 de junio de 2012; N° 371/2012 de 31 de julio de 2012, que resolvieron sancionar al **BANCO UNIÓN S.A.** por incumplimiento al artículo 3, sección 4, capítulo I, Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras; del numeral 6 del artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras respectivamente, por lo que se evidencia la existencia de reincidencia sobre estos aspectos, debido a que también en este caso se identificó las mismas contravenciones por parte de la Entidad Financiera.

Que, como establece Alejandro Nieto García (“Derecho Administrativo Sancionador”, 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, página. 347) “La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase.”

Que, estas fases citadas por la lege ferenda y aplicadas al derecho positivo de Bancos y Entidades Financieras son: la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación, elementos que a continuación se analizarán a efectos de revisión, control y fiscalización de las sanciones impuestas por el órgano regulatorio sectorial, quien ostenta la facultad sancionatoria:

Tipificación.- En el caso del presente examen se encuentra configurada por el incumplimiento de:

- El inciso III, punto 3.3. de la normativa interna del Banco NOP-23 para el Servicio UNINET, en razón a que no se hizo firmar el contrato UNINET a su cliente Sinchi Wayra S.A. y por habilitar el servicio UNINET sin verificar que el contrato estuviera firmado.
- Al artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por no implementar en el sistema de Banca por Internet "UNINET", en el período comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio.

- El numeral 6, artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título XI del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por no informar en la respuesta del reclamo de su cliente Sinchi Wayra S.A., que en caso de estar en desacuerdo con la respuesta emitida por la entidad supervisada, podía acudir a la Central de Reclamos de ASFI.
- Al artículo 3, Sección 4, Capítulo I, Título XI del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que la respuesta otorgada por el Banco Unión S.A. al reclamo de Sinchi Wayra S.A. fue posterior a los cinco (5) días hábiles.

Sobre este punto debe quedar claro que en la tipificación el Órgano Regulador no tiene una actividad discrecional sino una actividad jurídica objetiva de aplicación de las normas, que exige como objetivo el encuadramiento o subsunción de la falta en el tipo predeterminado legalmente y que en todo momento debe fundarse en situaciones y reglamentos vigentes al momento de cometerse la infracción que encuadre en la tipificación señalada.

Calificación.- Constituye una actividad complementaria e inseparable de la tipificación que consiste en el encuadramiento de las infracciones a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordantes con los artículos 101 y 102 del mismo cuerpo normativo.

Con la calificación se establece un parámetro que constituye una primera delimitación de la cuantía sancionatoria a imponerse.

Graduación.- Calificadas las infracciones surge este otro parámetro delimitador de la discrecionalidad sancionadora, mediante la cual y siguiendo las pautas legales de los artículos 101 y 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), se debe clasificar la infracción y la consiguiente sanción en atención a los elementos configurativos como la negligencia, imprudencia, daño económico o perjuicio producido por la conducta infractora del regulado.

El artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) determina que las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse.

Al considerarse que la inobservancia que promueve el proceso sancionatorio bien pudo evitarse de haberse observado el cumplimiento de las disposiciones legales, se configuran acciones negligentes e imprudentes atribuibles a los funcionarios responsables de su verificación y ejecución.

El artículo 1, Sección 4, Capítulo II del Reglamento de Multas y Sanciones, contenido en el Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que para los efectos de calificar la reincidencia o habitualidad, el o la

Director (a) Ejecutivo (a), tomará en cuenta la conducta anterior de la entidad financiera o de los infractores, atendiendo a las sanciones que les hubieren sido impuestas durante los últimos tres (3) años. Este plazo se extenderá a cinco (5) años, cuando se haya actuado con dolo y éste se presumirá cuando se hayan hecho declaraciones falsas a ASFI, relacionadas con los hechos o infracciones cometidas.

Modulación. Conforme lo establece el numeral 2 del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), es atribución del Ente Fiscalizador sancionar a las Entidades de Intermediación Financiera bajo su supervisión considerando hasta del tres (3%) del capital mínimo para la constitución, según el tipo de Entidad Financiera.

Complementariamente, el artículo 7, Sección 1, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas establece que: "Cada multa que imponga la Superintendencia en aplicación del presente documento, no podrá exceder el tres (3%) por ciento del capital mínimo de acuerdo a Ley. Dicho importe se aplicará en función del capital mínimo establecido para cada tipo de entidad financiera..."

Que, el artículo 61, Sección 2, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras señala claramente que: "Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por la Superintendencia y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los Bancos y Entidades Financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el Superintendente, dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse".

La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 02/2007 de 3 de enero de 2007 dispone que: "(...) En aquellos casos en los cuales una Entidad de Intermediación Financiera incumpla sus propios Manuales o Reglamentos Internos o las condiciones convenidas con sus clientes o usuarios por errores operativos de sus funcionarios o simplemente por una mala aplicación de las normas de control y seguridad que corresponden, estas entidades pueden hacerse pasibles a sanciones administrativas y en su caso a que el Órgano Regulador disponga que la entidad responsable ejecute acciones tendientes a responder a cualquier menoscabo que sufra el cliente".

Que, en ese sentido queda demostrado claramente, que el **BANCO UNIÓN S.A.** incurrió en infracciones a la normativa descrita anteriormente, cometida por negligencia o imprudencia, observándose adicionalmente la existencia de **reincidencia** por incumplimientos al artículo 3, sección 4, capítulo I, Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y del numeral 6 del artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Por consiguiente, corresponde la imposición de una sanción administrativa de multa de acuerdo con lo previsto en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

CONSIDERANDO:

Que, por lo anteriormente expuesto, el Informe ASFI/DDC/134960/2012 de 22 de octubre de 2012, en el marco de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 99 y 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y artículo 61, Sección 2, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, artículo 1, Sección 4, Capítulo II del Reglamento de Multas y Sanciones, contenido en el Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, recomendó la imposición de una sanción administrativa de multa, por las inobservancias antes señaladas.”

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 28 de noviembre de 2012, el Banco Unión S.A. interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, en el cual señala lo siguiente:

“(…)

- *La Resolución ASFI No. 575/2012 carece de sustento y fundamentación para determinar el incumplimiento del artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*
- *El Informe ASFI/DSR I/R-56922/2012 de 15 de mayo de 2012 establece en el punto 3.4 los clientes, entre los que se encuentra Sinchi Wayra S.A. fueron víctimas de fraude informático de tipo “Phishing”. Asimismo, el informe indica que el Banco Unión S.A. ha establecido la existencia de vulneraciones a cuentas de clientes del Banco a través del sistema UNINET, utilizando para tal efecto las contraseñas otorgadas a los clientes.*

Al respecto, el Banco manifiesta que en ninguno de los informes se ha afirmado la existencia de “vulneraciones a cuentas de clientes del Banco a través del sistema UniNet”, texto puede dar lugar a interpretaciones erróneas.

- *La ocurrencia de un “Phishing” no tiene relación con la seguridad de un sistema o su vulnerabilidad, sino más bien, con la posibilidad de que un usuario autorizado, por negligencia, falta de cuidado o de una u otra manera, involuntariamente o de otra forma, otorgue sus claves o códigos de acceso a un tercero que, posteriormente, los utiliza para efectuar transferencias de fondos y de esta manera sustraer los fondos de su víctima. En este sentido, es conceptualmente equivocado señalar que la ocurrencia del “Phishing” a la Empresa Sinchi Wayra S.A. sea producto de la vulneración del Sistema UniNet y, mucho menos, tomando en cuenta que el manejo de claves o códigos de seguridad es responsabilidad exclusiva de dicha empresa, quienes tenían acceso exclusivo a tal información.*
- *En fecha 17 de marzo de 2011, el Banco procedió a la entrega de las Claves de Acceso al señor Arturo Antonio Zalles Balanza en representación de la empresa Sinchi Wayra, conforme se acredita en el formulario adjunto. Adicionalmente la*

página <https://servicios.bancounion.com.bo/uninet/validuser.aspx?redirect=true>), a través de la cual se ingresa al Sistema Uninet, utiliza el protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado "SSL/TLS". Esto último se refleja en la Barra de Direcciones de todos los navegadores al incluir el prefijo "HTTPS.". De esta forma se asegura la autenticidad, la confidencialidad y la integridad de las transacciones, efectuadas mediante el Sistema UniNet.

En este sentido, se concluye que la única manera para que un cliente pueda realizar transacciones a través del sistema UniNet es utilizando la Clave de Acceso única asociada a un Código de Usuario, proporcionada en forma segura, confidencial y exclusivamente al cliente. Por lo tanto, el cliente es el único responsable de su uso o en su defecto de su transmisión a terceros, circunstancia que de ninguna manera puede ser atribuida al Sistema Uninet.

- Asimismo, para precautelar el PIN en caso de software malicioso de captura de teclado (key loggers) estuviese instalado en la computadora del cliente, la página web de ingreso a UNINET cuenta con un teclado virtual.

"Petitorio.- En consideración a lo expuesto y con el sustento de los informes de Auditoría del Banco Unión S.A., cuyas copias se adjuntan, se observa que a tiempo de emitir la Resolución ASFI No. 575/2012, no se habría considerado los antecedentes y descargos presentados relativos al Cargo No. 2 que alude al presunto incumplimiento al artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por cuanto en ningún momento se ha podido comprobar la vulneración a la disposición señalada, en el periodo comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, ni la carencia de un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones solo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por este medio", por cuanto es claro que los débitos no identificados por la empresa Sinchi Wayra de su Cuenta Corriente No. 10000005423524, en el periodo referido, constituye un fraude informático de tipo "Phishing", aspecto que no tiene relación con la conceptualización de que existió una vulneración al sistema UniNet.

Consecuentemente, se solicita revocar parcialmente la Resolución ASFI No. 575/2012 levantándose o desestimándose el Cargo No. 2 de dicha Resolución, desvirtuado en virtud a los argumentos anteriormente expuestos y en consecuencia, en virtud al principio de proporcionalidad disminuir la multa de DEG 2.000.-, establecida en la parte Resolutiva de la señalada Resolución ASFI No. 575/2012".

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 778/2012 DE 24 DE DICIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

“PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE el resuelve primero, referente a los cargos 1,3 y 4 de la Resolución ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, manteniéndose los mismos firmes y subsistentes.

SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE el resuelve primero de la Resolución ASFI No. 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, dejando sin efecto el cargo y sanción respecto al incumplimiento del Artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (cargo N° 2), emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

TERCERO.- REVOCAR la sanción impuesta en el resuelve primero de la Resolución ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, estableciendo una nueva cuantificación sancionatoria de DEG\$1.100.- (UN MIL CIEN DERECHOS ESPECIALES DE GIRO), por incumplimiento a los cargos 1, 3 y 4 de la Resolución ASFI No. 575/2012 de 5 de noviembre de 2012....”

Los argumentos de la referida resolución son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente administrativo, así como los argumentos expuestos por el Banco Unión S.A. en el presente Recurso de Revocatoria, corresponde a esta Autoridad de Supervisión efectuar el análisis respecto a los argumentos planteados que motivan el acto:

RECURSO DE REVOCATORIA – CARGO N° 2

2.2 RESPECTO A LA RESOLUCIÓN ASFI N° 575/2012 QUE CARECE DE SUSTENTO Y FUNDAMENTACIÓN.

El Banco Unión S.A., manifiesta que la determinación para la sanción impuesta al cargo N° 2 carece de fundamentación, ya que el sustento para determinar la sanción al referido cargo no consta en ninguno de los informes de auditoría presentados como descargos por la entidad financiera, los cuales concluyen de la siguiente forma:

- ✓ Informe AIN 012/2012 CASO: SINCHI WAYRA S.A. – RETIROS POR UNINET de 9/2/2012, establecen que: “se descarta toda posibilidad de que los sistemas de seguridad del Banco para el uso de UNINET hayan sido vulnerados”.
- ✓ Informe AIN 023/2012 CASOS REPORTADOS DE TRANSACCIONES NO AUTORIZADAS A TRAVÉS DEL PORTAL UNINET DEL 01/13/2012, que manifiesta: “Es importante mencionar que todos los incidentes identificados correspondían casos de “Phishing” sobre los clientes, por lo que los controles de seguridad perimetral de los sistemas del Banco no fueron vulnerados”.
- ✓ Informe AIN 036 2012 trámite N° T-540590 – RECLAMO SINCHI WAYRA S.A. DEL 29/03/2012, que manifiesta: “... Por tanto, con relación a transacciones

reclamadas por el cliente, se concluye que el Banco ha cumplido con las instrucciones del cliente relacionadas a la otorgación de acceso al servicio UNINET, (...) descartando toda posibilidad de que los sistemas de seguridad del Banco para el uso de UNINET fueron vulnerados”.

Por otra parte, esta Autoridad de Supervisión al investigar los precedentes del cargo 2, recomendó a través del Informe ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012 que la entidad financiera provea un perfil de seguridad que garantice que las operaciones, sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas para ello, asimismo, resguarde la privacidad o confidencialidad de la información transmitida o ser procesada por ese medio, en cumplimiento a la instrucción prescrita en el Título X, Capítulo XII, Sección 4, Artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

En ese sentido y en cumplimiento a las recomendaciones impartidas, el Banco Unión S.A. hizo conocer la vigencia de las Circulares N° 228/2011 REF. ALERTA-Prevención contra Fraude o Sustracción de Claves de Clientes en UNINET de 27 de octubre de 2011; Circular N° 268/2011-REF: Controles Adicionales de Seguridad para ingreso a nuestra Banca por Internet UNINET de 1 de diciembre de 2011, Circular N° 087/2012-REF: Implementación Clave Virtual para Uso de Página Transaccional del Banco de 16 de mayo de 2012. Adicionalmente, refuerza esta recomendación con la Circular N° 169/2012 de 21 de agosto de 2012, referida a la determinación obligatoria para todas aquellas transacciones habilitadas por UniNet, que representen movimientos de efectivo desde las cuentas de sus clientes hacia terceros. Con esta medida de seguridad, la entidad estaría contrarrestando los actos delictivos denominados “Phishers” hacia los clientes y usuarios de UniNet.

Por todos estos antecedentes y luego de contrastarse los hechos y las circunstancias de la contravención, se puede colegir que el Banco Unión S.A. cumplió la determinación establecida en el artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, habilitando para tal efecto una serie de recomendaciones para el servicio de transferencia y transacción electrónicas de fondos desde su plataforma tecnológica UniNet.

2.3 VERDAD MATERIAL

El Banco Unión S.A., manifiesta en sus descargos que su Sistema UniNet está diseñado de forma que cada cliente recibe un código de usuario y una clave de acceso única. La mencionada clave se encuentra asociada al referido código de usuario y es entregada exclusivamente al cliente o a su representante legal acreditado, contando con medidas de seguridad que garantizan que sólo el cliente o representante tiene acceso al sistema con su clave y solo éste puede afectar única y exclusivamente la cuenta y sus recursos.

Para tal efecto, la entidad en fecha 17 de marzo de 2011 procedió a la entrega de las referidas claves al señor Arturo Antonio Zalles Balanza en representación de la empresa Sinchi Wayra, conforme lo acredita el documento correspondiente. Adicionalmente, menciona que la página WEB del Banco, brinda de forma segura un servicio de transacciones a través del Sistema UniNet utilizando un protocolo de

autenticación y cifrado (encriptación) denominado "SSL/TLS". De esta manera, garantiza la autenticidad, confidencialidad e integridad a sus usuarios.

El inciso a) del Título X, Capítulo XII, Sección 4, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que el sistema debe proveer un perfil de seguridad que garantice que las operaciones sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas para ello. En este sentido, no habiéndose evidenciado prueba fehaciente que respalden que entre el período comprendido del 10 y 19 de enero de 2012 su sistema UniNet del Banco Unión S.A. hubiera sido vulnerado, esta Autoridad de Supervisión revoca el presente cargo."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 18 de enero de 2013, Sinchi Wayra S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, argumentando lo siguiente:

"(...)

2.2. "Fundamentos de la Resolución de Revocatoria.

La ASFI en la equivocada Resolución Administrativa que resuelve el Recurso de Revocatoria planteado por el Banco Unión S.A., de manera implícita reconoce haber realizado un mal trabajo en la valoración de la documentación e información cursante en el expediente administrativo y en virtud a este hecho comete una peor contravención al disminuir la multa inicialmente establecida con menor fundamentación que la Resolución Administrativa que originó la impugnación.

La Resolución recurrida asume la contundencia del informe de Auditoría Interna del Banco Unión respecto a que se hubieran tomado todos los recaudos necesarios para evitar se realicen manipulaciones informáticas de sus sistema y de su información y transacciones y por consiguiente que la responsabilidad de las transacciones indebidas fueran de exclusiva responsabilidad del usuario, en este caso de uno de los personeros de Sinchi Wayra S.A.

2.3. Elementos Fácticos y fundamentos legales que sirven de base para recurrir en Jerárquico.

Corresponde dejar de manifiesto que ASFI ha viciado sus actos de parcialización y subjetividad, conforme pasamos a detallar;

2.3.1. La Resolución recurrida realiza una defensa directa de los intereses del Banco Unión, por ello corresponde realizar las siguientes puntualizaciones respecto del accionar de la ASFI con el fin de desvirtuar los elementos que sirvieron de base para dejar sin efecto la multa impuesta y más aún para dejar sin efecto los argumentos que le sirvieron de base, por ello en este sentido corresponde establecer los siguientes elementos que sirven de base a la impugnación:

- El informe de Auditoría Interna 036/2012 emitido por el Banco Unión SA., ha sido asumido como el válido por parte de ASFI, en sentido que se hubieran tomado todas las medidas de precaución necesarias para evitar se consumen delitos informáticos contra los clientes y usuarios de su sistema de Banca por Internet

UNINET.

- Señala asimismo que el sistema UNINET, utiliza un protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado SSL/TLS que garantiza la autenticidad, confidencialidad e integridad a sus usuarios y que en el periodo comprendido entre el 10 y 19 de enero de 2012 no se ha evidenciado prueba fehaciente que respalde la existencia de una vulneración al sistema del Banco Unión.

2.3.2. No es cierto que el Banco Unión hubiera asumido todas las medidas necesarias para evitar se consumen las transacciones indebidas realizadas, debido a que se tiene como resultado real la realización de nueve transferencias de dinero desde cuentas de esta empresa a cuentas de terceros ajenos a la relación contractual que se mantiene con el Banco Unión. Además, se tiene conocimiento que existen asimismo, otras transacciones indebidas de otros clientes del Banco, que sufrieron los mismos débitos indebidos que los sufridos por Sinchi Wayra S.A., que son de conocimiento de ASFI y que están siendo tramitados por cuerda separada ante la misma instancia.

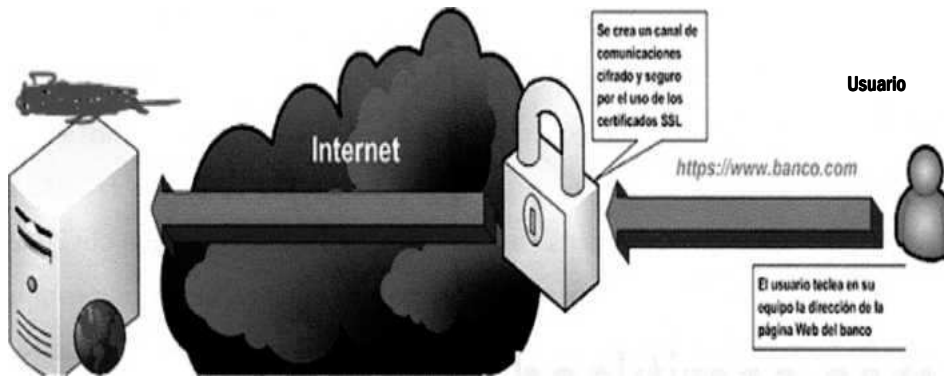
Simplemente que ASFI de manera separada y sin asumir su responsabilidad de Autoridad de Supervisión y Regulación de Bancos, las mantiene separadas, sin unificar el procedimiento de averiguación y con este hecho deja de ser una autoridad imparcial e incondicional de sus regulados, coadyuvando a tratar de despejar el escenario oscuro en el que Banco Unión se encontraba. No puede sino entenderse esto, debido a que la defensa acérrima que se ejercita del Banco Unión es notoria y este hecho no tiene una explicación causal explicativa coherente, sino que evidencia ese afán de defensa demostrado de manera incontrastable en la presente denuncia.

2.3.3. ASFI ha demostrado a través de la Resolución ahora impugnada, que su investigación no fue prolija y que no tenía argumentos sólidos para asumir una posición y menos aún para retroceder en lo que había ya resuelto, debido a que reconoce una falta de fundamentación coherente a momento de realizar la sanción y con menor fundamentación la revoca. Este hecho otorga la razón a Sinchi Wayra en cuanto a lo que ha venido planteando desde el inicio de este trámite que es la falta de coherencia en la investigación. Pese a no haberse probado los hechos referidos por el Banco Unión, se le otorga la razón en base a un informe interno propio del banco, que equivale a una pericia de parte, que en la práctica es eminentemente parcial y no puede servir de base para formar convicción en el juzgador en sede administrativa, porque esto ocasiona una parcialización absoluta de ASFI a favor del Banco Unión, con la consecuente nulidad de sus actos por encontrarse viciados.

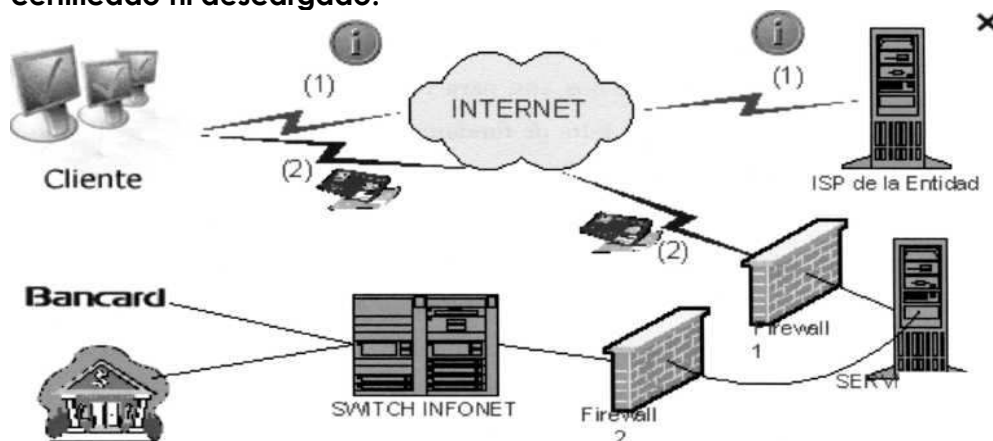
Precisamente estos hechos generan la necesidad de poner en conocimiento de un superior jerárquico que sea el que tenga que restaurar la seguridad jurídica que el Estado debe otorgar a sus estantes y habitantes, debido a que el inicialmente encargado, actuó de manera parcial e incoherente, violando derechos y garantías constitucionalmente reconocidos.

2.3.4. ASFI ratifica lo planteado por el Banco Unión, en sentido que el sistema UNINET, utiliza un protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado SSL/TLS que garantiza la autenticidad, confidencialidad e integridad a sus usuarios; extremo que debe ser analizado además bajo los siguientes argumentos:

Servidor Web Bancario de



El siguiente es un diagrama de un e-banking, la parte que está en círculo BANCARD es donde la certificación que menciona el Banco Unión, no tiene efecto. Ya que es un proceso interno del Banco la forma como asegure esa información y el mismo no está certificado ni descargado.



- Por referencias de otros Bancos, se conoce que se les ha obligado a que la parte que está en círculo en el gráfico anterior, que es la parte donde la entidad bancaria administra los códigos de usuario y los respectivos passwords, deberían manejar algún protocolo de seguridad como el IPSEG, que es un protocolo de control que proporciona seguridad a nivel de IP, debido a que lo que se maneja son redes de internet.
- Aclarando el concepto de seguridad al que nos referimos es que debe existir un control que de igual manera debería estar implementado y certificado a nivel del manejo de la información remitida por el usuario al Banco, es decir, cuando se registra el password para acceder al sistema, el mismo se transfiere del usuario al

Banco en un modo encriptado, mismo que posteriormente puede ser convertido a su modo regular, de alguna manera al interior del Banco, este proceso de descifrado y manejo de claves y password al interior del Banco, no ha sido siquiera mencionado por el Banco, menos aún requerido ni evaluado por ASFI. Como entendemos que el Banco Unión no tiene un adecuado manejo de sus códigos de usuario y password y estos no están con IPSEC, el riesgo que alguien de la entidad pueda entrar y obtener esta información obviamente es mayor.

2.3.5.- ASFI menciona que no se ha probado que en el periodo comprendido entre el 10 y 19 de enero de 2012, se haya vulnerado el sistema del Banco. Cabe mencionar de nuestra parte que tampoco se ha probado el hecho que hubiera sido el usuario de Sinchi Wayra, quien proveyó los datos suficientes para que un tercero ajeno a la empresa ingrese para realizar débitos no autorizados, en este contexto ASFI no puede de manera tan ligera referir que es responsabilidad del usuario el haber supuestamente otorgado el password a para que opere un **PHISHING**.

En realidad queda claro que de todas formas existe un responsable del resultado originado del mal manejo informático, que en definitiva y sin admitir prueba en contrario es el Banco Unión, pese a que ha sido defendido de manera tan intransigente por ASFI, debido a que no se ha podido desvirtuar la responsabilidad que tiene en el presente caso.

La empresa ha visto mermado su patrimonio en Bs626.400.- y que en el entender de ASFI el Banco no es responsable del correcto cumplimiento de un contrato de depósito, sino que los débitos indebidos ahora resultan ser de responsabilidad del damnificado; esta situación realmente cae en el ridículo.

2.3.6.- No se ingresó a considerar que un sistema bancario seguro, es aquel que minimiza el riesgo de sus clientes a través del establecimiento de medios seguros como son los que se tienen en otras entidades financieras como ser:

- Clave Token, que cambia constantemente, cada 30 segundos, además del password.
- Clave y Password en teclado digital con mouse para evitar ingresar la clave mediante teclado, que es más fácilmente grabable.
- Clave y Password además de ingresar los datos contenidos en una tarjeta entregada al usuario.

ASFI tampoco analiza cuáles eran las responsabilidades del depositario en este caso el Banco, no analiza lo dispuesto por el Código Civil en sus Artículos **838** y **862** en concordancia con el Artículo **1346** y siguientes del Código de Comercio, que comparten el principio que el depositario tiene como obligación principal y básica la custodia de los bienes entregados en esta calidad (en este caso dinero), con la obligación correspondiente de la restitución de los mismos en los términos del contrato.

Por lo visto, al establecer la “supuesta” falta de diligencia del depositante, en base a supuestos no comprobados y a sofismas poco estructurados, se deslinda la

responsabilidad del depositario, aspecto que no es atinente a la esencia misma del contrato como es la custodia. Al tratarse de una entidad de supervisión del sistema financiero, es su función esencial la responsabilidad con la que estos actúan frente a los usuarios de sus servicios, hecho que en la especie no ha acontecido.

CONCLUSIONES.

En el curso del presente memorial, se han demostrado de manera fehaciente los siguientes extremos:

1. Que ASFI ha basado su decisión en lo expuesto por Banco Unión sin tomar en cuenta elementos realmente contundentes que hacían al establecimiento de su responsabilidad en los débitos indebidos realizados a cuentas de Sinchi Wayra S.A., sin referir una investigación propia que debía necesariamente haberse realizado, con carácter previo a asumir una posición.
2. El Banco Unión intentó sin lograr probar de manera fehaciente en términos de pertinencia y oportunidad, la seguridad de su sistema y tan solo en una parte del tramo de aprobación de los servicios de UNINET, pero el más importante y que sucede al interior de su entidad no lo ha hecho y ni siquiera lo ha mencionado.
3. ASFI libera de responsabilidad al Banco Unión sin fundamentar de ninguna manera su cambio de posición y con este accionar simplemente ha vulnerado principios y garantías constitucionales, como ser el de Seguridad Jurídica, el Stare Decisis y el de Juez Natural.

PETITORIO.

Por los argumentos de hecho y de Derecho expuestos en todo el cuerpo de este memorial, en estricta observancia de lo dispuesto en los Arts. 52 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI (D.S. N° 27175) dentro de término hábil, interponemos Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, solicitando a Su Autoridad que tome en cuenta los extremos planteados en el cuerpo del presente memorial, que acreditan una situación jurídica irregular, y que en definitiva REVOQUE TOTALMENTE la citada resolución, otorgando la razón a la empresa y estableciendo la responsabilidad del Banco Unión S.A. por la inseguridad de su sistema y en definitiva se multe de manera coherente tomando en cuenta el monto del daño generado, Revocando la parte resolutive Segunda de la Resolución impugnada y restableciendo la multa que originalmente se dispuso.”

7. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-

Que, mediante nota Cite: CA/BUSAGG/200/2013, presentada en fecha 26 de febrero de 2013, el Banco Unión S.A. presentó alegatos refiriendo lo siguiente:

“Al respecto, se solicita tomar en consideración los fundamentos jurídicos y de hecho siguientes:

1. Fundamentación de la Resolución ASFI No. 778/2012.

La Resolución ASFI No. 778/2012, se encuentra contenida en 13 páginas, que contienen 7 "considerandos" que constituyen el fundamento de la mencionada Resolución, que entre otros aspectos, refieren a:

- i) La notificación de cargos al Banco Unión S.A., producto del reclamo efectuado por Sinchi Wayra, efectuada por la ASFI con nota SW 262/2012 de 29 de febrero de 2012; los descargos del Banco consiguamos en la nota cite: CA/BUSA GG No. 866/2012 de 19 de octubre de 2012 y la Resolución ASFI No. 575/2012 de 5 de noviembre de 2012 impone sanciones contra el Banco Unión S.A.;
- ii) El Recurso de Revocatoria de fecha 29 de noviembre de 2012 del Banco Unión S.A. que abunda en argumentos respecto al sustento de lo pretendido por el Banco;
- iii) Las consideraciones respecto de los anteriores antecedentes, en particular con relación a lo manifestado en la nota que contiene el Recurso de Revocatoria, en las cuales se manifiesta expresamente lo siguiente:
 - "... la entidad (refiriéndose al Banco Unión S.A.) estaría contrarrestando los actos delictivos denominados "Phishers" hacia los clientes y usuarios de Uninet (página 9 de 13)...".
 - "... Se puede colegir que el Banco Unión S.A. cumple la determinación establecida en el artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, habilitando para tal efecto una serie de recomendaciones para el servicio de transferencia y transacciones electrónicas de fondos desde su plataforma tecnológica UniNet (página 9 de 13)...".
 - "... no habiéndose evidenciado prueba fehaciente que respalden que entre el periodo comprendido del 10 al 19 de enero de 2012 su Sistema UniNet del Banco Unión S.A. hubiera sido vulnerado, esta Autoridad de Supervisión (refiriéndose a la ASFI) revoca el presente cargo (refiriéndose al Cargo 2 de la Resolución No. 575/2012)...". (Página 10 de 13).
- iv) las atribuciones y competencia de la ASFI y otros aspectos normativos que sustentan jurídicamente el conocimiento y resolución de recursos de revocatoria.
- v) las conclusiones de los diferentes antecedentes y de los argumentos que cada uno de ellos contiene, señalándose que la Resolución ASFI No. 575/2012 "... carece de una correcta valoración de pruebas..." por lo que la Dirección de Asuntos Jurídicos de la ASFI recomienda revocar el Cargo 2 de dicha Resolución, dejando sin efecto el cargo y sanción respecto al incumplimiento del Artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras

En dicho marco, es evidente que la Resolución ASFI No. 778/2012, contiene el suficiente fundamento a objeto de revocar el Cargo 2 de la Resolución No. 575/2012 y referir lo contrario, implica necesariamente desconocer e ignorar todos y cada una (sic) de los antecedentes y argumento (sic) que contienen los diferentes actuados del proceso,

desde el reclamo de la empresa Sinchi Wayra, hasta lo referido en la nota que contiene el Recurso de Revocatoria y sus respectiva Resolución Administrativa.

2. Pertinencia y legalidad de la Resolución ASFI No. 778/2012, respecto del infundado Recurso Jerárquico.

2.1. En el Recurso Jerárquico la empresa Sinchi Wayra, expresa, sin razón ni respaldo, que la Resolución ASFI No. 778/2012 hace defensa del Banco Unión S.A., teniendo por validos (sic) sus argumentos. Al respecto, corresponde tomar en cuenta que la referida Resolución, encuentra sustento en los hechos y circunstancias siguientes:

- La integridad de su Sistema UniNet, diseñado de forma que la única manera para que un diente pueda realizar transacciones a través del sistema UniNet, y afectando únicamente sus cuentas bancarias, es utilizando la Clave de Acceso Única asociada a un Código de Usuario, proporcionada de forma segura, confidencial y exclusivamente al cliente. Aspecto, que al margen de haber sido objeto de revisión y comprobación por parte de la Auditoría Interna del Banco, instancia independiente, no ha sido en ningún momento desvirtuado.
- La habilitación del servicio de Traspaso Directo a Otros Bancos en fecha 23/02/2011, a favor de la empresa Sinchi Wayra, en la persona del señor Arturo Zalles Balanza, como usuario.
- La determinación de que las nueve transferencias de fondos observadas por Sinchi Wayra S.A., fueron realizadas utilizando el usuario del Sr. Arturo Zalles Balanza.

Frente a la verdad de los hechos evidentes descritos, no existe fundamento alguno para tachar de parcial o infundada a la Resolución ASFI No. 778/1012, y mucho menos, si no se aporta con prueba que desvirtué el alcance de tales acontecimientos.

2.2. En el Recurso Jerárquico la empresa Sinchi Wayra, se señala que el Banco Unión S.A. no ha asumido toda las medidas para evitar se consumen transacciones indebidas, teniéndose conocimiento de la existencia de otros clientes del Banco que sufrieron débitos indebidos, los cuales fueron tramitados de forma separada por la ASFI. Sobre el particular cumple considerar lo siguiente:

- El Sistema UniNet que tiene implementado el Banco, conforme se manifestó y es de conocimiento de la ASFI, está diseñado de forma que cada cliente recibe un Código de Usuario y una Clave de Acceso Única. La mencionada Clave de Acceso Única se encuentra asociada al referido Código de Usuario y en cumplimiento a nuestros procedimientos es entregada exclusivamente al cliente o en su defecto, a su representante legal acreditado, de tratarse de una persona jurídica, mediante un sobre cerrado inviolable, garantizando de esta forma que solo el cliente que hubiese recibido dicho código, con su respectiva Clave podrá ingresar al Sistema y afectar única y exclusivamente la cuenta y recursos de los cuales es titular.

Debe subrayarse que la ocurrencia de un "phishing", no tiene relación con la seguridad de un sistema o su vulnerabilidad, sino mas bien con la posibilidad de

que un usuario autorizado, por negligencia, falta de cuidado o de una u otra manera, de forma involuntaria otorgue sus claves o códigos de acceso a un tercero, que posteriormente los utilice para efectuar transferencias de fondos, sustrayendo recursos de su víctima.

- Adicionalmente debemos señalar los siguientes aspectos relacionados a la administración del PIN ingresado por el cliente, y las medidas de seguridad al interior de la red del Banco para el mencionado PIN:
 - Como se mencionó anteriormente en los informes del Banco, los datos del cliente son protegidos al momento de su ingreso a UNINET por el protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado "SSL/TLS".
 - Cuando los datos del cliente ingresan a la red del Banco, el PIN del cliente es transformado a través de un algoritmo de encriptación unívoco (HASH), de manera tal que no sea posible su visualización a través de la red interna por ningún funcionario del Banco. Este "hash" generado, es comparado contra el "hash" almacenado en la Base de Datos del Banco, para validar cada transacción.
- Consecuentemente, el Sistema UniNet, cuenta con las medidas suficientes, sin embargo, las medidas y procedimientos descritos y aquellos que el Banco ha implementado (como es el caso de la Clave Virtual, mediante la cual se envía un código alfanumérico al celular del cliente, a objeto de que sea digitado en el Sistema UniNet para cada transacción) o las medidas que implemente en el futuro, puede resultar inútiles, si el cliente o usuario difunde o de cualquier manera revela a terceros todas las claves de habilitación, acceso o transacción que le hayan confiado.
- Por otro lado y considerar lo manifestado anteriormente, la ocurrencia de otros casos de phishing respecto de otros clientes, no constituye justificación suficiente para siquiera dudar de la vulnerabilidad del Sistema UniNet, mucho menos, si se toma en cuenta que la empresa Sinchi Wayra en ningún momento ha podido aportar prueba ni argumentos que acrediten que lo ocurrido es consecuencia de un mal funcionamiento o vulneración del Sistema UniNet; mas por el contrario, de conformidad a los registros del Banco, se ha determinado que las nueve transferencias de fondos observadas por Sinchi Wayra S.A., fueron realizadas a través del servicio de Banca por internet utilizando el usuario del Sr. Arturo Zalles Balanza, operaciones que solo pueden ser realizadas mediante la Clave de Acceso Única asignada.
- Por último, preocupa que la empresa Sinchi Wayra cuestiona el proceder de la ASFI, en sentido de no acumular el tratamiento de casos de phishing, cuestionando su imparcialidad e incondicionalidad (la cual está establecida por Ley) e incluso argumentando que dicha Institución de Supervisión no coadyuva en despejar "escenarios oscuros en el Banco Unión S.A.", expresiones que entendemos son producto de la desesperación de sus ejecutivos generada por la pérdida económica, consecuencia de una inadecuada gestión de sus claves asignadas a su usuario acreditado; sin embargo, es propio solicitar a la ASFI aclare los aspectos relativos a una acumulación de procesos

administrativos de corresponder dicha figura en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

2.3. En el Recurso Jerárquico la empresa Sinchi Wayra, alude a que la investigación de la ASFI no fue prolija, que pese a no haberse probado los hechos referidos por el Banco se le otorga la razón en base a un informe de auditoría propia del banco, a que no se ha probado que la clave de acceso al sistema UniNet, no ha sido objeto de manipulación por parte del Banco y, para colmo, que no se ha probado que el usuario de la empresa ha sido quien proveyó datos para que terceros efectúen las transferencias de fondos cuestionadas.

Al respecto, corresponde ser categórico a tiempo de aclarar y precisar lo siguiente:

- El Banco Unión S.A. ha acreditado ante la ASFI los extremos siguientes:
 - En fecha 17 de marzo de 2011, el Banco procedió a la entrega de las referidas claves al Sr. Arturo Antonio Zalles Balanza en representación de la empresa Sinchi Wayra, conforme se acredita en el formulario respectivo adjunto.
 - La página WEB (<https://servicios.bancounion.com.bo/uninet/validuser.aspx?redirect=true>), a través de la cual se ingresa al Sistema Uninet, utiliza el protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado "SSL/TLS". Esto último se refleja en la Barra de Direcciones de todos los navegadores al incluir el prefijo "HTTPS:". De esta forma se asegura la autenticidad, la confidencialidad y la integridad de las transacciones, efectuadas mediante el Sistema Uninet. Asimismo, para precautelar el PIN en caso que software malicioso de captura de teclado (key loggers) estuviese instalado en la computadora del cliente, la página web de ingreso a UNINET cuenta con un Teclado Virtual.
 - Las nueve transferencias de fondos suman un total de Bs626.400, y las mismas fueron realizadas a través del servicio de Banca por internet (UNINET) utilizando el usuario del Sr. Arturo Zalles Balanza, quien pertenece al personal ejecutivo de Sinchi Wayra S.A., usuario habilitado, de acuerdo a solicitud efectuada por la empresa mediante carta FIN-027 02-2011 del 23 de febrero de 2011.
 - Las direcciones IP desde las que se iniciaron las mencionadas transacciones tuvieron su origen en las ciudades de La Paz en Bolivia, así como en Juárez, Monterrey y Distrito Federal en México:

TRAN SAC CIÓN	MONTO Bs	USUARIO	NOMBRE USUARIO	DIRECCIÓN IP IDENTIFICADA	PROVEEDOR	ORIGEN GEOGRÁFICO
1	69.600,00	73783	ZALLES BALANZA ARTURO ANTONIO	200.105.155.130	AES COMMUNICATIO NS BOLIVIA S.A.	LA PAZ, BOLIVIA
2	69.600,00	73783	ZALLES BALANZA ARTURO ANTONIO	189.171.165.47	UNINET S.A. DE C.V.	JUÁREZ, MÉXICO

3	69.600,00	73783	ZALLES BALANZA ARTURO ANTONIO	189.176.39.23	UNINET S.A. DE C. V.	JUÁREZ, MÉXICO
4	69.600,00	73783	ZALLES BALANZA ARTURO ANTONIO	189.182.253.54	UNINET S.A. DE C. V.	JUÁREZ, MÉXICO
5	69.600,00	73783	ZALLES BALANZA ARTURO ANTONIO	201.116.140.246	UNINET S.A. DE C. V.	MONTERREY, MÉXICO
6	69.600,00	73783	ZALLES BALANZA ARTURO ANTONIO	201.144.130.21	UNINET S.A. DE C. V.	MONTERREY, MÉXICO
7	69.600,00	73783	ZALLES BALANZA ARTURO ANTONIO	189.203.217.238	PCS DE MÉXICO S.A. DE C. V.	DISTRITO FEDERAL, MÉXICO
8	69.600,00	73783	ZALLES BALANZA ARTURO ANTONIO	189.203.217.238	PCS DE MÉXICO S.A. DE C. V.	DISTRITO FEDERAL, MÉXICO
9	69.600,00	73783	ZALLES BALANZA ARTURO ANTONIO	189.203.217.76	PCS DE MÉXICO, S.A. DE C. V.	DISTRITO FEDERAL, MÉXICO

- Los controles de seguridad tecnológica que protegen los servicios de Banca por Internet, no fueron vulnerados y que los débitos no identificados por la empresa Sinchi Wayra de su Cuenta Corriente No. 10000005423524, constituyen un fraude informático de tipo "Phishing".
- Por su parte, la empresa Sinchi Wayra, se ha limitado a esgrimir diferentes acusaciones, sin otorgar una sola prueba o acreditar la veracidad de sus afirmación, que van desde cuestionar sin fundamento el actuar de la ASFI e incluso, la necesidad de que Banco deba probar que no se ha manipulado la clave otorgada al representante o usuario de la empresa, e incluso, requerir se pruebe que dicho funcionario ha sido quien habría otorgado la clave a un tercero, desconociendo la evidencia proporcionada por el Banco sobre los hechos.

En otros términos, es impertinente por parte de la empresa Sinchi Wayra desconocer los hechos que el Banco y la ASFI han expuesto y evidenciado, no aportar ningún tipo de prueba para cuestionarlos los referidos hechos y además, solicitar que alguien más, que no sea la empresa, sea quien tenga que comprobar lo infundado de sus propias aseveraciones, incluso de aquellas que involucran a sus representantes o usuarios acreditados.

3. El Banco Unión S.A. no tiene responsabilidad, por las transacciones efectuadas por la empresa Sinchi Wayra S.A.

En virtud a lo señalado, se concluye que el Banco Unión S.A. no tiene ninguna responsabilidad por las transacciones efectuadas por Sinchi Wayra S.A. por medio del Sistema UniNet, que dicha Empresa, reputa como transacciones indebidas, por cuanto:

- 3.1. El Sistema UniNet del Banco, constituye un Sistema seguro, por los aspectos técnicos acreditados ante la ASFI y por cuanto no existe ningún tipo de evidencia o prueba

que determine que el mismo ha podido ser vulnerado. La red informática del Banco está debidamente protegida por equipos de seguridad y control de acceso denominados "firewalls" y por procedimientos establecidos para la asignación de privilegios de acceso físico y lógico a los sistemas de parte de los usuarios internos.

- 3.2. Las transferencias de fondos que en su momento cuestiono la empresa Sinchi Wayra S.A. fueron realizadas a través del servicio de Banca por internet utilizando el usuario del Sr. Arturo Zalles Balanza, quien pertenece al personal ejecutivo de Sinchi Wayra S.A. usuario habilitado, de acuerdo a solicitud efectuada por la empresa mediante carta FIN-027 02-2011 del 23 de febrero de 2011.
- 3.3. El manejo y uso de las claves proporcionadas por el Banco a la empresa Sinchi Wayra S.A., para que sus usuarios operen realizando transferencias de sus cuentas bancarias, constituyen responsabilidad exclusiva de dichas personas y de la empresa a la cual representan. Debiéndose subrayar que la obligación de guardarla y custodia de un depósito, en el marco de lo previsto en el artículo 862 del Código Civil, relativo al depósito irregular, no puede limitar la potestad del titular de disponer de la suma depositada, es decir no puede limitar su restitución, aspecto que en el marco de una cuenta bancaria, en el marco del Sistema Uninet, se efectúa por el usuario mediante el uso de las claves exclusivamente proporcionadas al mismo.

4. Petitorio.

En consideración a lo expuesto, se solicita se desestime el Recursos Jerárquico interpuesto de forma infundada por la empresa Sinchi Wayra S.A. y en consecuencia se confirme la Resolución ASFI No. 778/2012 de 24 de diciembre de 2012..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI N°575/2012 de 5 de noviembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resolvió sancionar al Banco Unión S.A. con multa de DEG2.000,00 (Dos mil 00/100 Derechos Especiales de Giro), correspondiente a la imputación de cuatro cargos emergentes de la denuncia presentada por Sinchi Wayra S.A. por incumplimiento al inciso iii, punto 3.3. de la normativa interna del Banco NOP-23 para el Servicio UNINET; al artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF); al numeral 6, artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título XI del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en la

RNBEF y al artículo 3, Sección 4, Capítulo I, Título XI del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en la RNBEF.

Que, en fecha 28 de noviembre de 2012, el Banco Unión S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, solicitando se revoque parcialmente la mencionada Resolución, levantándose o desestimándose el cargo N° 2 y consiguientemente se disminuya el importe de la sanción, considerando para ello el principio de proporcionalidad.

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, confirmó parcialmente el resuelve primero, referente a los cargos 1, 3 y 4 de la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, "Revocó Parcialmente" el resuelve primero de la Resolución ASFI No. 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, dejando sin efecto el cargo 2 y finalmente Revocó la sanción impuesta en el resuelve primero de la misma Resolución, estableciendo un nuevo monto de sanción de DEG1.100,00 (Un mil cien 00/100 Derechos Especiales de Giro).

Que, el 18 de enero de 2013, Sinchi Wayra S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2013, solicitando que en definitiva Revoque Totalmente la citada resolución, y se establezca la responsabilidad del Banco Unión S.A. por la inseguridad de su sistema, manteniéndose de esta manera la multa original.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

De los antecedentes cursantes en el expediente administrativo, transcritos *ut supra*, importa precisar que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se pronunciará sólo respecto al procedimiento administrativo que ha sido iniciado mediante nota de cargos ASFI/DDC/R-124139/2012 de 1 de octubre de 2012 y consiguientemente realizará el control de legalidad sobre el mismo, constatando la compatibilidad de éstos con la Constitución Política del Estado, las leyes que la sustentan y el límite del accionar de la instancia inferior.

Es así que, éste Ministerio no se pronunciará sobre otro tipo de infracciones que hayan sido alegadas, y que no fueron objeto de notificación de cargos a los infractores y consiguientemente no hacen al presente proceso, como son los presuntos incumplimientos a los artículos 838 y 862 del Código Civil, Artículo 1346 y siguientes del Código de Comercio.

En este sentido, se tiene que, la controversia que se encuentra en el marco de la competencia de éste Ministerio, se restringe a la alegada inseguridad en el sistema de banca por internet, a la sanción impuesta por el órgano de regulación, por dicha situación y su levantamiento –revocatoria- a tiempo de la emisión de la Resolución que resolvió el Recurso de Revocatoria.

Por lo que a continuación se procederá con la compulsa respectiva.

2.1. Cargo N° 2, Supuesta inseguridad en el sistema denominado "UniNet".-

La recurrente señala que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se hubiera

pronunciado de manera parcial en cuanto a la seguridad del sistema "UniNet" que hace al Cargo N° 2, pese a que, en su criterio, el Banco Unión S.A. no hubiera asumido las medidas necesarias para evitar que se realicen las transacciones indebidas en el referido sistema, por lo que, -asevera la recurrente- en el presente caso, no correspondía levantar y desestimar la sanción, cual ocurrió.

Es así que corresponde, verificar cual ha sido el pronunciamiento de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sobre lo alegado por el recurrente, es así que mediante Resolución Administrativa (sancionatoria) ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, fundamenta lo siguiente:

*"...En ese contexto, se establece que los descargos presentados por el Banco Unión S.A. no respaldan que entre el período comprendido del 10 al 19 de enero de 2012 su sistema haya sido seguro y robusto con un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio y recién como se observa el 16 de mayo de 2012 mediante la circular N° 087/2012-REF hace conocer a su personal la implementación de clave virtual para uso en página transaccional del Banco, ratificándose la vulneración a la normativa como se indica en el informe ASFI/DSR I/R-58922, razones por las cuales **no se desvirtúa el cargo notificado....**" (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Nótese de la transcripción precedente que la Autoridad Fiscalizadora, en su Resolución Administrativa sancionatoria, se pronuncia en sentido de que el Banco no ha desvirtuado el cargo notificado, considerando que los respaldos presentados por el Banco Unión S.A., (Circular N° 087/2012-REF: Implementación Clave Virtual para Uso de Página Transaccional del Banco de 16 de mayo de 2012, reforzada con la Circular N° 169/2012 de 21 de agosto de 2012) no corresponderían al período sancionado, es decir, del 10 al 19 de enero de 2012.

Sin embargo y siguiendo con la revisión del pronunciamiento de la Autoridad, tenemos que mediante Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, que resuelve el Recurso de Revocatoria, y referente al tema de autos, la Autoridad ha expresado lo siguiente:

"...En ese sentido y en cumplimiento a las recomendaciones impartidas, el Banco Unión S.A. hizo conocer la vigencia de las Circulares N° 228/2011 REF. ALERTA-Prevención contra Fraude o Sustracción de Claves de Clientes en UNINET do 27 de octubre de 2011; Circular N° 268/2011-REF: Controles Adicionales de Seguridad para ingreso a nuestra Banca por Internet UNINET de 1 de diciembre de 2011. Circular N° 087/2012-REF: Implementación Clave Virtual para Uso de Página Transaccional del Banco de 16 de mayo de 2012. Adicionalmente, refuerza esta recomendación con la Circular N° 169/2012 de 21 de agosto de 2012; referida a la determinación obligatoria para todas aquellas transacciones habilitadas por UniNet, que representen movimientos de efectivo desde las cuentas de sus clientes hacia terceros. Con esta medida de seguridad, la entidad estaría contrarrestando los actos delictivos denominados "Phishers" hacia los clientes y usuarios de UniNet.

Por todos estos antecedentes y luego de contrastarse los hechos y las circunstancias de la contravención, se puede colegir que el Banco Unión S.A. cumplió la determinación establecida en el artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, habilitando para tal efecto una serie de recomendaciones para el servicio de transferencia y transacción electrónicas de fondos desde su plataforma tecnológica UniNet”

2.3 VERDAD MATERIAL

El Banco Unión S.A., manifiesta en sus descargos que su Sistema UniNet está diseñado de forma que cada cliente recibe un código de usuario y una clave de acceso única. La mencionada clave se encuentra asociada al referido código de usuario y es entregada exclusivamente al cliente o a su representante legal acreditado, contando con medidas de seguridad que garantizan que sólo el cliente o representante tiene acceso al sistema con su clave y solo éste puede afectar única y exclusivamente la cuenta y sus recursos.

Para tal efecto, la entidad en fecha 17 de marzo de 2011 procedió a la entrega de las referidas claves al señor Arturo Antonio Zalles Balanza en representación de la empresa Sinchi Wayra, conforme lo acredita el documento correspondiente. Adicionalmente, menciona que la página WEB del Banco, brinda de forma segura un servicio de transacciones a través del Sistema UniNet utilizando un protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado “SSL/TLS”. **De esta manera, garantiza la autenticidad, confidencialidad e integridad a sus usuarios.**

El inciso a) del Título X, Capítulo XII, Sección 4, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que el sistema debe proveer un perfil de seguridad que garantice que las operaciones sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas para ello. En este sentido, no habiéndose evidenciado prueba fehaciente que respalden que entre el período comprendido del 10 y 19 de enero de 2012 su sistema UniNet del Banco Unión S.A. hubiera sido vulnerado, esta Autoridad de Supervisión revoca el presente cargo.”

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

Obsérvese que ya la citada Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, la ASFI, determina levantar la sanción en cuanto al Cargo N° 2, con el fundamento de que el Banco Unión S.A. habría cumplido con las recomendaciones efectuadas, al emitir cuatro Circulares “...N° 228/2011-REF. ALERTA-Prevención contra Fraude o Sustracción de Claves de Clientes en UNINET de 27 de octubre de 2011; Circular N° 268/2011-REF: Controles Adicionales de Seguridad para ingreso a nuestra Banca por Internet UNINET de 1 de diciembre de 2011, Circular N° 087/2012-REF: Implementación Clave Virtual para Uso de Página Transaccional del Banco de 16 de mayo de 2012. Adicionalmente, refuerza esta recomendación con la Circular N° 169/2012 de 21 de agosto de 2012...” y “Adicionalmente, menciona que la página WEB del Banco, brinda de forma segura un servicio de transacciones a través del Sistema UniNet utilizando un protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado “SSL/TLS”. **De esta manera, garantiza la autenticidad, confidencialidad e integridad a sus usuarios.**”

De la transcripción de los pronunciamientos de la Autoridad de Fiscalización, se constata una aparente incongruencia referente a la valoración de la pruebas, ya que, como vimos antes, en la Resolución Administrativa sancionatoria ASFI N° 575/2012, la ASFI se pronuncia en sentido de que no existirían descargos para el Cargo N° 2, en cuanto al período comprendido entre el 10 y el 19 de enero de 2012, y luego ya en la Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012, de 24 de diciembre de 2012, que resuelve el Recurso de Revocatoria, ésta considera la implementación de las cuatro Circulares como descargos válidos para el mismo período.

Por lo que, la falta de fundamentación y pronunciamiento técnico sobre su nueva determinación (levantamiento de la sanción), ha permitido que la entidad hoy recurrente, encuentra vicios de procedimiento y alegue incongruencia entre ambas resoluciones.

El Ente Regulador estaba en la obligación de establecer bajo la debida fundamentación, las razones del levantamiento de la sanción impuesta, así como si la implementación de advertencias como son el caso de las Circulares N° 228/2011 y 268/2011, antes mencionadas e implementadas dentro el periodo del 10 al 19 de enero de 2012, son instrumentos suficientes para brindar seguridad y evitar riesgos de "Phising" a los clientes del Banco Unión S.A., o si, en el presente caso, corresponde valorar todas las circulares, emitidas y detalladas en el párrafo precedente.

Bajo la misma línea de razonamiento, la ASFI, en la primera Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012 (sancionatoria), considera que el informe de auditoría N° AIN 036/2012 de fecha 29/03/2012, era insuficiente para desvirtuar el Cargo N° 2, sin embargo, el mismo informe ya en la Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012, de 24 de diciembre de 2012, es considerado como uno de los elementos para levantar el mismo Cargo N° 2 y disminuir el importe de la sanción, sin existir para ello la fundamentación que desvirtúe su posición anterior.

Finalmente, y en cuanto a que el protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado "SSL/TLS", garantizaría la autenticidad, confidencialidad e integridad a los usuarios del sistema UniNet del Banco Unión S.A., se tiene que si bien la Autoridad Reguladora afirmaría que el mismo seguro, no se tiene constancia de cómo la misma habría llegado a esta conclusión, es decir se ha emitido tal criterio pero sin la debida y extrañada fundamentación.

No debe olvidarse que se constituye como una obligación de la Administración Pública, emitir sus actos administrativos respetando el debido proceso, donde los principios de congruencia y debida fundamentación -entre otros- permitirán asegurar el normal desarrollo del proceso, al amparo de los derechos de los regulados y de los terceros directos interesados.

Siguiendo dicha aseveración, merece, traer a colación el pronunciamiento emitido por esta instancia jerárquica mediante Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, sentando el siguiente precedente:

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

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

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

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

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

Es así que, por todo el análisis realizado, se concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha emitido actos administrativos, sin la debida fundamentación y por lo tanto en violación al principio de congruencia y motivación, obligando a esta instancia a la anulación de obrados, a efectos de que se regularice el procedimiento.

2.2. En cuanto a la sanción.-

La recurrente argumenta que el Banco Unión S.A. debe ser sancionado, por la inseguridad de su sistema, mismo que ha originado el denominado “*phishing*”. Asimismo expresa que para la aplicación de la sanción debe tomarse de manera coherente el monto del daño que le habría generado.

Al respecto, importa en primer lugar traer a colación la aplicación del Principio de Proporcionalidad, para ello, nos remitiremos al precedente expuesto mediante Resolución Ministerial Jerárquica, MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 019/2009 de 4 de diciembre de 2009, así como en el libro La Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (pág. 226), que a la letra determinan:

“...el principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en

primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustadas a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responden a la idea de la justicia o verdad material (....)

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

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

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

Siguiendo esta línea, se tiene que, si bien la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se pronunció, en su Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, en cuanto a la graduación de la multa, ya en la Resolución Administrativa N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, la misma modifica el importe de la sanción al Banco Unión S.A. de DEG2.000,00 (Dos mil 00/100 Derechos Especiales de Giro) a DEG1.100,00 (Un mil cien 00/100 Derechos Especiales de Giro), sin establecer cuáles habrían sido los elementos utilizados para la determinación de una nueva multa de DEG1.100,00 (Un mil cien 00/100 Derechos Especiales de Giro).

Sin perjuicio de ello y no menos trascendente, es que siguiendo la línea doctrinaria y precedentes anotados, tenemos que la valoración de la prueba, se constituye en uno de los pilares fundamentales, que harán que la Administración Pública pueda contar con los elementos necesarios para determinar la imposición de una sanción o su desestimación, la ausencia de la misma, impedirá a la Administración pueda llegar a una determinación y claro ello en violación al debido proceso.

Dicho esto, al ser vital dentro del examen de legalidad la verificación del cumplimiento del principio de motivación en el acto impugnado, conforme a la conclusión que se arribó en el numeral anterior y que hace a la determinación de la presente Resolución, la proporcionalidad estará íntimamente ligada a la argumentación que vaya a emitir la Autoridad Reguladora, misma que deberá fundamentarla, y no proceder como ocurrió en el caso de autos, donde inclusive la imposición de la sanción careció de la misma.

No debe dejarse a un lado, que es el propio artículo 29 parágrafo III del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través de Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 que taxativamente determina: “Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de sana crítica”

William Duran Rivera en su libro: “Principios, Derecho y Garantías Constitucionales” refiere “... el derecho procesal contemporáneo no otorga al juez la libre apreciación de la prueba sino que está obligado a aplicar, a tiempo de valorar la prueba, las reglas de la sana crítica: de lo que se establece **el deber jurídico del juez de valorar la prueba de manera objetiva y racionalmente fundamentada**. Conforme a esto **el juez tiene la obligación de justificar las razones por las que se asigna tal o cual valor a la prueba**. En consecuencia no le está permitido el otorgar a una prueba el valor del que razonablemente carece, ni tampoco negarle el que razonablemente tiene...”.

Es así que la debida fundamentación a tiempo de la valoración de la pruebas, no sólo sale de la doctrina, sino que la encontramos en la propia Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341, que en su Artículo 28 literales b) y e) determinan que la Resolución Administrativa que se emita: “... deberá **sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa** y en el derecho aplicable (...)...**Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto**, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo.

Congruente con lo desarrollado, nos lleva a la única conclusión que el presente caso, ha sido llevado con vicios de anulabilidad, debido a que el mismo no goza de la debida fundamentación y motivación, generando la determinación de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero -en consecuencia-, realizar una nueva valoración de toda la prueba, incluso la extrañada por la parte recurrente, así como establecer de manera fundamentada a la definición que arriba, sea la confirmación de la imposición de la multa o en su caso la confirmatoria parcial, determinado la desestimación de sanción para el segundo cargo, todo ello en el marco del debido proceso y en estricta sujeción al procedimiento administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concluye que la Entidad Fiscalizadora no ha cumplido con el principio del debido proceso ni con el principio de motivación y fundamentación.

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

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al no haberse fundamentado y motivado el acto impugnado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, **inclusive**, que en Recurso de Revocatoria confirmó y revocó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

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



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BANCO ECONÓMICO S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 810/2012 DE 31 DE DICIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°028/2013 DE 04 DE JUNIO DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 028/2013

La Paz, 04 de Junio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO ECONÓMICO S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 810/2012 de 31 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 027/2013 de 19 de abril de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 059/2013 de 23 de abril de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 21 de enero de 2013, el **Banco Económico S.A.**, legalmente representada por su Gerente General Sergio Mauricio Asbun Saba, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 18/2013 de 11 de enero de 2013, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 21 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra, a cargo de la Dra. Clara Ivonne Phillips de Saucedo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 810/2012 de 31 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 29 de enero de 2013, notificado en fecha 5 de febrero de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 810/2012 de 31 de diciembre de 2012.

Que, mediante Auto de 1 de febrero de 2013, se hizo un llamamiento a los terceros interesado Servicios de Pretensado y Construcción LTDA. "SERPREC LTDA." y Jaime Enrique Quiroga Angulo, para que en el término de diez (10) días administrativos presenten alegatos.

Que, mediante memorial presentado el 21 de febrero de 2013, Servicios de Pretensado y Construcción LTDA. "SERPREC LTDA." presenta alegatos.

Que, el 21 de marzo de 2012, a horas 15:00, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud del Banco Económico S.A.

CONSIDERANDO:

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

1. ANTECEDENTES.-

Que, antes de ingresar al análisis de fondo, es importante hacer referencia a los antecedentes que dieron lugar al presente Recurso Jerárquico.

Que, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en fecha 23 de febrero de 2010, emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 08/2010, misma que determinó, en su parte resolutive, lo siguiente:

*"...**ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria revocó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 74/2009 de 30 de julio de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, confirmándose y anulando en parte la resolución recurrida, conforme lo siguiente y en base a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica:*

- I. Se MODIFICA el numeral 1 con el siguiente texto:
"Desestimar sanción para los cargos 1, 2, 3 y 5 imputados mediante nota ASFI/DDC/R-14164/2009 de fecha 30 de junio de 2009, al haberse operado la prescripción en aplicación de lo establecido en el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.*
- II. Se ANULA los numerales 2 y 4, debiendo emitirse nueva Resolución Administrativa y tramitarla por cuerda separada, conforme los argumentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.*
- III. Se CONFIRMA los numerales 3, 5, 6 y 7 en todos sus términos*
ARTÍCULO SEGUNDO.- La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberá iniciar Diligencias Preliminares la denuncia presentada por SERPREC LTDA. y seguir según corresponda el proceso administrativo determinado para el efecto. "

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por emergencia de la Resolución Ministerial Jerárquica, emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 890/2010 de 20 de octubre de 2010, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N°786 /2010 de 3 de septiembre de 2010.

Que Servicios de Pretensado y Construcción Ltda., mediante memorial de 10 de noviembre de 2010, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 890/2010 de 20 de octubre de 2010.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 009/2011 de 18 de marzo de 2011, resolvió:

*“...**ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 786/2010 de 3 de septiembre de 2010 inclusive, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva resolución administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica...”*

Que, en observancia de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 009/2011 de 18 de marzo de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 777/2011 de 11 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria anuló la Resolución Administrativa ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011, en razón a que este hubiera prescindido totalmente del procedimiento establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 y de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011.

Que, el Banco Económico S.A., mediante memorial presentado en fecha 2 de diciembre de 2011, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 777/2011 de 11 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria anuló la Resolución Administrativa ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2012 de 16 de abril de 2012, en cuanto a la nulidad determinada por la ASFI dispuso lo siguiente:

*“**ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE** la Resolución Administrativa ASFI N° 777/2011 de 11 de noviembre de 2011, que en Recurso de Revocatoria anuló la Resolución Administrativa ASFI N° 680/2011 de 21 de septiembre de 2011...”*

Que, en observancia a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°021/2012 de 16 de abril de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, misma que es confirmada a través de la Resolución Administrativa ASFI N° 269/2012 de 27 de junio de 2012.

Mediante memorial presentado el 17 de julio de 2012, el Banco Económico S.A. interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 269/2012 de 27 de junio de 2012.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 067/2012 de 23 de noviembre de 2012, resolvió:

“...ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 269/2012 de 27 de junio de 2012, inclusive, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica...”

Que emitida la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 067/2012 de 23 de noviembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero continuo con la prosecución del trámite correspondiendo al proceso de autos.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 168/2012 DE 7 DE MAYO DE 2012.-

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, determinando:

“PRIMERO.- Instruir al **Banco Económico S.A.** la previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de Cochabamba, dentro de la demanda interpuesta por el representante legal de la empresa SERPREC Ltda. Magno Guillermo Mayori Machicao contra el Banco Económico S.A., en el plazo de (7) siete días hábiles administrativos, debiendo remitir a ASFI copia del comprobante contable que evidencie su cumplimiento.

SEGUNDO.- En cumplimiento del artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento del Directorio del Banco Económico S.A., debiendo remitir a este Órgano de Supervisión, copia de las Actas respectivas, con las determinaciones adoptadas dentro las 72 horas de llevado a cabo dicho acto.”

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, en virtud del análisis y evaluación de los fundamentos expuestos en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, así como de todos los antecedentes que cursan dentro del presente caso, corresponde a ASFI pronunciarse únicamente con relación a la previsión que debe constituir el Banco Económico S.A. valorando el riesgo legal correspondiente.

Que, para este propósito es necesario considerar los antecedentes que precedieron el pronunciamiento efectuado por la Instancia Jerárquica mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010, estableciendo como una de las causales para declarar la nulidad del procedimiento administrativo, la previsión gradual o escalonada que ASFI habría instruido erróneamente al Banco Económico S.A. en contraposición a lo señalado en el Manual de Cuentas, ya que esta de manera clara establece que cuando exista un riesgo legal debe constituirse una

previsión y esta debe ser del importe estimado en función al riesgo legal que represente para la entidad el proceso judicial instaurado por el representante legal de SERPREC Ltda., Magno Guillermo Mayori Machicao contra el Banco Económico S.A., no debiendo dar lugar a la errónea interpretación manifestada por la instancia jerárquica alegando arbitrio o discrecionalidad hacia la citada entidad bancaria.

Que, para el caso concreto es menester señalar y analizar lo que establece el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras con relación a la previsión (por riesgo legal) a fin de determinar y graduar correctamente en el presente caso.

“Manual de Cuentas

CÓDIGO 250.00

GRUPO PREVISIONES

DESCRIPCIÓN Representa el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, por los juicios contra la entidad, provisiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situaciones contingentes.

Las provisiones que representan correcciones de valor de inversiones temporarias, Cartera, Otras cuentas por cobrar, Bienes realizables e inversiones permanentes se incluyen en los respectivos grupos del Activo.

Pasivos

250.00 Provisiones

CÓDIGO 257.00

GRUPO PREVISIONES

CUENTA OTRAS PREVISIONES

DESCRIPCIÓN En esta cuenta se registra el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas que no corresponda informar en las otras cuentas de este grupo, tales como juicios laborales, contingencias impositivas, etc.

DINÁMICA DÉBITOS 1. Por el valor contabilizado cuando se resuelve la incertidumbre.

CRÉDITOS 1. Por el valor estimado de otras provisiones.

SUBCUENTAS

257.01 OTRAS PREVISIONES”

Que, conforme lo descrito anteriormente se tiene anotado en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, de manera clara y expresa, señala que para el caso de que un Banco presente un riesgo legal debe constituir una previsión y registrar el importe estimado del cien por cien (100%) del valor para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios contra la entidad.

Que, en ese contexto de acuerdo a los antecedentes que cursan en este Órgano de

Supervisión, la previsión gradual dispuesta anteriormente por ASFI, al amparo del artículo 1, Sección 3, Capítulo I, Título V del Reglamento de Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos, no corresponde, debido a que no puede aplicarse una previsión específica para "riesgo de cartera" a una previsión específica para "riesgo legal", arguyendo referencia normativa, cuando existe definición para el caso concreto y más aún, al corresponder a dos previsiones distintas y de aplicación específica, siendo la primera aplicada a cubrir el riesgo de crédito, por la probabilidad de que un deudor incumpla, en cualquier grado con el repago de sus obligaciones con la entidad de intermediación financiera, existiendo diferentes grados por categoría y tipo de moneda y siendo la segunda para cubrir posibles pérdidas originadas para contingentes legales.

Que, al evidenciarse la existencia de riesgo legal, a raíz de la controversia judicial entre el Banco Económico S.A. y SERPREC Ltda., con relación al cheque N° 05079-9, este riesgo debe ser cubierto por el Banco, mediante la adopción de una medida preventiva de previsión u otra que tenga el mismo efecto y resultado que permita el cumplimiento de dicho fin y que no puede confundirse esta determinación como una sanción, ya que esta tiene elementos constitutivos diferentes.

Que, la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, establece de manera insoslayable que los actos administrativos a tiempo de pronunciarse deben tener un fundamento, y expresar de manera concreta las razones que inducen a emitir el acto, además de sustentarse en los hechos y antecedentes que sirvan a la causa y al derecho aplicable, en suma deben estar revestidos de una congruencia específica, debiendo ASFI, aplicar el principio de congruencia y fundamentalmente el principio de legalidad, al emitir el criterio que en ley corresponda, sin dar lugar a la discrecionalidad que las partes pudieran alegar.

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

Entonces, según manifiesta el Autor- (sic) la discrecionalidad, no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal, sólo cuando la norma legal la permite. En consecuencia, la discrecionalidad debe observar y respetar determinados elementos que la Ley señala.

Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principia parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere coma tal, dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada

extensión; la competencia de un órgano determinado; y, el fin, caracterizado porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas.

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

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia Constitucional No. 0258/2007 de fecha 10 de abril de 2007, lo siguiente:

“(...) Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad a conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminedar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más (sic) una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminedar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada (...).

Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos a causa que las originó, conformándose así los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que ‘La Administración Pública actuara con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento (...)’. (criterios extraídos del precedente administrativo Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2012).

Que, en el marco de lo expuesto anteriormente es la propia norma, cual es el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, la que determina de manera imperativa y categórica, que cuando exista un Riesgo Legal, debe constituirse una previsión y está debe ser del importe estimado del valor para cubrir dicho riesgo, aspecto por el cual la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debe circunscribir su decisión, desechando valoraciones de carácter subjetivo de la citada norma contable.

CONSIDERANDO:

Que, las funciones de regulación y supervisión que ejerce la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) dentro del ámbito de su competencia, se circunscriben al mandato establecido por el párrafo I del artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, el Código de Comercio, la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y Reglamentos conexos, los cuales rigen y determinan su accionar en estricta observancia de los derechos y garantías consagrados por la Constitución hacia los administrados.

Que, el artículo 153 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), dispone que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) es el Órgano Rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del País teniendo como objeto institucional mantener el sistema financiero nacional sano y eficiente.

Que, el numeral 3 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), señala entre las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras actualmente ASFI, el vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera, ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas que realicen en el territorio del país intermediación de recursos financieros.

Que, el numeral 14 del artículo 154 de la citada Ley,, (sic) concretamente establece que dentro de las atribuciones que ASFI ejerce, se encuentra la de **“Instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultantes de su labor de inspección y control”**.

Que, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras es el compendio de normas que reglamentan los procedimientos de contabilización que deben aplicar las entidades financieras y la información contable que deben producir sobre las operaciones que realicen, este Manual es de uso obligatorio por todas las entidades financieras en Bolivia y el mismo está sujeto a una actualización y adecuación periódica por las operaciones financieras que se desarrollan en el sistema y por las normas legales y reglamentarias que emiten organismos del Estado. Las normas establecidas en el Manual de Cuentas concuerdan sustancialmente con normas profesionales de contabilidad generalmente aceptadas.

Que, el Código 250, Grupo Provisiones del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, establece en su descripción que, representa el importe estimado para cubrir riesgo de posibles pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, por juicios contra la entidad, provisiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situación contingentes y las provisiones que representan correcciones de valor de inversiones temporarias, cartera y otras cuentas por cobrar.

Que, el Código "257.00, Cuenta "OTRAS PREVISIONES", dentro del Grupo Previsiones, dispone que en la misma se debe registrar el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas, que no corresponda informar en las otras cuentas de este grupo, tales como juicios laborales, contingencias impositivas, etc.

CONSIDERANDO:

Que, para el presente caso es importante considerar el precedente administrativo contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, dejó claramente establecido sobre la competencia de ASFI que; **"Por ello la Superintendencia General del SIREFI dejó claramente establecido que la SBEF tiene competencia plena, respecto a la supervisión y control sobre la actividad que realiza una entidad de intermediación financiera, pudiendo efectuar la verificación del cumplimiento de la normativa externa (leyes, decretos supremos y resoluciones administrativas aplicables a las actividades de intermediación financiera, como interna de control (manuales de funciones, resoluciones de Directorio etc.) emitida por las propias entidades que realizan actividades de intermediación financiera, independientemente si estos actos son también objeto de controversias judiciales en forma simultánea.**

Por otra parte, dentro de esta concepción objetiva de las funciones que cumple la autoridad regulatoria, es posible apreciar que no solo tiene competencia para aplicar sanciones, sino también para adoptar medidas correctivas o rectificadoras, en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió un menoscabo por un hecho en el cual no participo, no le es imputable y no se encuentra provista contractualmente o en una norma expresa. Estas decisiones correctivas o rectificadoras que adopte la SBEF en estos casos no implican una dirimición o resolución de controversias de naturaleza privada, que deben ser sujetas a un proceso de conocimiento en las vías jurisdiccionales ordinarias, ni constituye una determinación de daños y perjuicios a favor de una u otra parte, sino tan solo se ejercita una facultad regulatoria de restablecer la situación jurídica del administrado, cliente o usuario, injustamente modificada y que no le corresponde accionar los mecanismos jurisdiccionales.

Por ello, los efectos de una decisión de esta naturaleza, que adopte el órgano regulador, solamente pueden estar destinados a restituir la situación jurídica del administrado y solo pueden darse cuando los hechos son meridianamente claros en cuanto a mostrar la existencia de responsabilidad objetiva de la institución, que con su incumplimiento o inobservancia a un deber de cuidado que le impone la normativa administrativa, en razón de su naturaleza jurídica de ser una entidad privada que presta un servicio de carácter público a la colectividad, ocasiona un perjuicio a un usuario o cliente de los servicios financieros, sin que éste haya participado o hubiera propiciado ese perjuicio."

CONSIDERANDO:

Que, los Principios Fundamentales del ordenamiento jurídico constituyen la base en la

que se asienta todo marco legal, en ese orden la actividad administrativa se rige por los principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 22 de abril de 2002.

Que, la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 literal c) señala que: "La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: c) Principio de sometimiento pleno a la Ley: La administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a ley, asegurando a los administrados el debido proceso".

Que, la Ley determina que los órganos de la Administración Pública deben velar por la correcta aplicación de los procedimientos administrativos establecidos con la finalidad de evitar actos que, a futuro puedan derivar en lesiones a los derechos de los administrados.

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

Que, de conformidad a los antecedentes que cursan en este Órgano de Supervisión, se establece la existencia de un proceso ordinario civil radicado en el juzgado Primero de Partido en lo Civil de la ciudad de Cochabamba, interpuesto por el señor Magno Guillermo Mayorí (sic) Machicao en representación legal de la empresa SERPREC Ltda., contra el Banco Económico S.A., demandando responsabilidad emergente del pago del importe del cheque N° 05079-9 más daños y perjuicios.

Que, mediante nota GG.273/2011 de 05 de agosto de 2011, el Banco Económico S.A. informó a esta Autoridad de Supervisión sobre la situación actual del referido proceso judicial instaurado por SERPREC Ltda., por lo que mediante Auto de fecha 24 de junio de 2011, emitido por la Autoridad Judicial Dra. Gisela Valda Clavijo, Juez Primero de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba, habría clausurado el término probatorio, para formular alegatos en conclusiones para dictar sentencia.

Que, en este sentido cabe considerar que uno de los principios que rige el procedimiento administrativo, es el principio de verdad material, que sin embargo, ASFI en búsqueda de la citada verdad material, no puede pronunciarse y dilucidar aspectos que van más allá a su competencia y que el mismo como en el presente caso el proceso judicial se encuentra sometido una Autoridad judicial competente.

CONSIDERANDO:

Que, mérito a los fundamentos expuestos en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2010 de 18 de marzo de 2011, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, establece de manera expresa que en el **Código 250.00**

“Grupo Previsiones”, corresponde la constitución de una **previsión** por el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas, obligaciones que en caso de **juicios**, se contabilizan en la **subcuenta 257.00 “Otras Previsiones”**, aspecto que merece ser considerado en el presente caso.

Que, en ese sentido el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, establece la obligación de que las entidades financieras supervisadas de manejar su contabilidad bajo la normativa establecida en dicho Manual.

Que, el Código “257.00, Cuenta OTRAS PREVISIONES”, dentro del Grupo Previsiones, dispone que en la misma se debe registrar “el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas, que no corresponda informar en las otras cuentas de este grupo, tales como juicios laborales, contingencias impositivas, etc.

Que, las condiciones establecidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras para que el Banco Económico S.A constituya una previsión, se han dado, fundamentalmente porque existe un riesgo legal de una posible pérdida, que debe asumir el Banco por el juicio civil instaurado contra dicha entidad por la empresa SERPREC LTDA., en atención a la probabilidad de que la entidad tenga que erogar recursos para cancelar el monto que determine la autoridad judicial en el proceso judicial en curso, en cuyo caso el fallo dispondrá el pago del cheque objeto del litigio.

Que, para este efecto las Normas Internacionales de Contabilidad 37 (NIC 37), dispone que se debe reconocer una medida preventiva, similar a las provisiones establecidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, cuando se den las siguientes circunstancias:

- a) La entidad tiene una obligación presente (de carácter legal o implícita por la entidad), como resultado de un suceso pasado.
- b) Es probable (es decir, existe mayor posibilidad de que se presente que de lo contrario) que la entidad tenga que desprenderse de recursos que comporten beneficios económicos, para cancelar la obligación.
- c) Además, puede estimarse de manera fiable el importe de la deuda correspondiente.

Que, las tres condiciones establecidas en las Normas Internacionales de Contabilidad, se cumplen en el presente caso, consecuentemente la contingencia judicial que debe asumir el Banco Económico S.A., en atención a que tiene la obligación presente de constituir una previsión en cumplimiento del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, al cumplirse los requisitos exigidos al efecto para constituir la misma y como resultado de un juicio instaurado en el pasado: contra el Banco, es probable que la Entidad tenga que desprenderse de recursos económicos si la autoridad judicial resultado del fallo dispone el pago del cheque en el proceso civil en curso, adicionalmente puede estimarse el importe de la deuda correspondiente, en atención a que el monto del cheque objeto del proceso judicial está cuantificado.

Que, la instrucción de previsión que efectuará esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al Banco Económico S.A., adicionalmente de encontrarse sustentada en lo dispuesto por el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, se halla al

amparo del numeral 14) del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, que faculta a ASFI a instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultante de la labor de supervisión y control, como sucede en el presente caso, al haber determinado dentro del presente proceso dicha contingencia, independientemente de que en la vía administrativa hubiera operado la prescripción de las infracciones y en cumplimiento a lo dispuesto por el precedente administrativo contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, que dejó claramente establecido sobre la competencia de ASFI señalando que esta Autoridad de Supervisión puede adoptar medidas correctivas o rectificadoras, que no implican una dirimición o resolución de controversias de naturaleza privada, que deben ser sujetas a un proceso de conocimiento en las vías jurisdiccionales ordinarias, tan solo se ejercita una facultad regulatoria de restablecer la situación jurídica del administrado, cliente o usuario, injustamente modificada.

Que, considerando la existencia de una contingencia legal (demanda civil interpuesta por el representante legal de SERPREC), la cual surge a consecuencia de la mala aplicación de los procesos internos del Banco en el pago del cheque N° 05079-9, de acuerdo con la facultad establecida en el numeral 14) del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), los criterios jurisprudenciales del SIREFI, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, los criterios expuestos por las Normas internacionales de Contabilidad y Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, bajo un criterio de "Prudencia", corresponde al Banco Económico S.A. la constitución de la previsión del 100% de la posible contingencia legal que resulte del fallo judicial.

Que, para precisar y no dejar al Banco Económico S.A., a su arbitrio la apropiación contable correspondiente, se establece que el registro contable donde debe registrar el Banco la previsión, debe ser en la cuenta 257.00 "Otras Previsiones", en las que se registra en general, el riesgo de posibles pérdidas por diferentes conceptos, como en el presente caso, emergente de un proceso judicial contra la entidad.

Que, en definitiva el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras en la cuenta (Previsiones), Código 250.00, establece la obligación de los Bancos y Entidades de Intermediación Financieras de registrar el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios contra la entidad, aspecto por el cual el Banco Económico S.A. debe aplicar mediante la previsión del 100% de la posible contingencia legal..."

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 28 de mayo de 2012, el Banco Económico S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 168/2011 de 7 de mayo de 2012 alegando lo siguiente:

la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, hubiera determinado en forma equivocada e imprecisa el monto de la previsión al instruir, al mismo, que la realice por el cien por ciento (100%) de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil,

radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de Cochabamba y que, este hecho, ha dado lugar a que el presente acto carezca de objeto cierto, por lo que, en el presente caso, la resolución sería nula de pleno derecho al no haber establecido en moneda nacional la cuantía de la previsión.

La ASFI incurre en un incorrecto análisis en cuanto a lo determinado en el Manual de Cuentas y la (Nic 37) ya que en el caso de autos no existe una obligación presente ya que la misma se encuentra prescrita por lo que no existiría un riesgo legal ni una posible pérdida para el Banco.

Por lo que solicita anular la presente Resolución y la ASFI se pronuncie sobre los catorce puntos o hechos a probar en el Auto de Relación Procesal pronunciado por el Juez Primero de Partido Civil y Comercial del Distrito de Cochabamba y deje sin efecto la instrucción de previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil

Que, en fecha 16 de mayo de 2012, Jaime Enrique Quiroga Angulo, convocado como tercero interesado, presentó alegatos refiriendo lo siguiente:

Que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al momento de determinar una previsión deberá considerar que el importe del cheque a ingresado al estado de cuentas de SERPREC, que el cobro del cheque fue realizado por persona autorizada que el Ing. Mayori estaría obrando de mala fe, ya que su intención sería de cobrar dos veces el importe del cheque N° 05079-9, y que esta conducta constituye una pretensión de enriquecimiento ilícito.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 810/2012 DE 31 DE DICIEMBRE DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 819/2012 de 31 de diciembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Resuelve:

“...PRIMERO CONFIRMAR, la Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

SEGUNDO.- *Establecer que la previsión del 100% que deberá constituir el Banco Económico S.A., corresponde al importe consignado en el cheque N° 05079-9 por la suma de Bs7,478,092.24, objeto del litigio judicial.*

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, en este sentido de acuerdo a los antecedentes que cursan en el expediente administrativo de ASFI, así como los argumentos expuestos por el Banco Económico S.A. en el presente Recurso de Revocatoria, corresponde a este Órgano de Supervisión efectuar el análisis correspondiente de acuerdo al siguiente orden:

RESPECTO A LOS VICIOS DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 168/2012 DE 7 DE MAYO DE 2012:

La Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, en su Capítulo V refiere, a la Nulidad y la Anulabilidad, institutos jurídicos que para el caso concreto fueron debidamente expuestos por la instancia jerárquica a través de la Resolución Ministerial jerárquica MEFP/VPSF-URJ SIREFI N° 030/2010, cuyo fundamento es pertinente señalar:

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

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

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

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

En este contexto, si bien es cierto que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre

de 2003, no establece con certeza los actos nulos y anulables y que de manera expresa establece las formas en que las resoluciones en Recurso de Revocatoria deben ser emitidas, no debemos olvidar que en la aplicación del derecho existen aspectos supra legales que deben ser considerados con preferencia a momento de tomar una decisión, tales como el resguardo de las garantías y derechos fundamentales que otorga el Estado a todos sus soberanos”.

En este sentido, es pertinente aclarar al recurrente que la determinación adoptada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través de la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, para que el Banco Económico S.A. constituya la previsión del 100% emergente de la contingencia legal derivada del proceso civil instaurado por el señor Magno Guillermo Mayorí Machicao como representante legal de SERPREC Ltda., dicha determinación obedece al cumplimiento de los lineamientos expuestos por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 18 de marzo de 2011, (pág. 95) el cual concretamente señala:

(...)

“Conforme se tiene anotado en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, de manera clara y expresa, señala que para el caso de que un Banco presente un riesgo legal debe constituir una previsión y registrar el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios contra la entidad”.

“Ahora bien ingresando en el análisis de fondo planteado tenemos que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, refirió en su Resolución Administrativa ASFI N° 890/2010 a Fs. 287 lo siguiente:

“Que, sin embargo debe considerarse que el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras no define de manera específica la constitución del 100% de la previsión en un solo momento para este tipo de contingencias dejando más bien cierta discrecionalidad al regulador para imponerla siempre y cuando esté debidamente fundamentada”.

“De lo transcrito se tiene que la ASFI ha aplicado erróneamente la norma en contraposición a lo referido en el Manual de Cuentas, ya que esta de manera clara establece que cuando exista un riesgo legal debe constituirse una previsión y esta debe ser del importe estimado es decir del cien por ciento (100%) del valor para cubrir dicho riesgo, sin dar lugar a la discrecionalidad alegada”.

Por lo anterior, no corresponden las aseveraciones vertidas por el Banco Económico S.A. en sentido de que la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, se encuentra viciada de nulidad absoluta en consideración al inc. b) del artículo 35 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, cuando señala que un acto será nulo cuando carezca de objeto o el mismo sea ilícito o imposible, lo que en el presente caso la previsión determinada en la indicada Resolución, se encuentra plenamente identificada emergente del proceso ordinario civil radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de Cochabamba, dentro de la demanda planteada por el representante legal de la empresa SERPREC LTDA., Magno Guillermo Mayorí Machicao contra el Banco Económico S.A.

Asimismo, con relación al argumento de que la previsión dispuesta por ASFI sea ilícita, es pertinente recordar al recurrente que la previsión se encuentra expresamente determinada por el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades, aspecto por el cual no corresponde dicho extremo.

Finalmente, sobre este punto cabe manifestar este Órgano de Supervisión enmarcó su determinación en cumplimiento de los lineamientos dispuestos por las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 28 de marzo de 2011, relativo a que ante la existencia de un riesgo legal por efecto de un proceso judicial el Banco Económico S.A. debe constituir una previsión y esta debe ser por el importe estimado, es decir del cien por ciento del valor del cheque objeto de la litis.

RESPECTO A LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS PUNTOS a), b) y c) RELATIVO A LA PREVISIÓN DEL 100% DE LA CONTINGENCIA LEGAL DERIVADA DEL PROCESO ORDINARIO PLANTEADO POR SERPREC LTDA.

Sobre este aspecto, considerando que el mismo representa el tema central y de fondo en el que radica el presente procedimiento administrativo, cabe considerar los criterios expresados por la instancia jerárquica a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 067/2012 de 23 de noviembre de 2012, emitida por la Unidad de Recursos Jerárquicos dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, resolvió **"ANULAR** el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 269/2012 de 27 de junio de 2012, en alusión a la falta de motivación y fundamentación del monto de la previsión del 100% impuesto al Banco Económico S.A.

Para tal efecto, a fin de subsanar las observaciones señaladas en la citada Resolución Ministerial Jerárquica, es menester tomar en cuenta en la presente fundamentación los criterios expresados en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2010 de 18 de marzo de 2011 (pág. 93 al 100), por cuanto la constitución de previsión se encuentra expresamente establecido por el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, constituyendo dicho documento el compendio de normas que reglamentan los procedimientos de contabilización que deben aplicar las entidades financieras y la información contable que deben producir sobre las operaciones que realicen. Este Manual es de uso obligatorio por todas las entidades financieras en Bolivia y el mismo está sujeto a una actualización y adecuación periódica por las operaciones financieras que se desarrollan en el sistema y por las normas legales y reglamentarias que emiten organismos del Estado. Las normas establecidas en el Manual de Cuentas concuerdan sustancialmente con normas profesionales de contabilidad generalmente aceptadas.

Para el caso concreto es menester señalar y analizar lo que establece el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras con relación a la previsión (por riesgo legal) cuyo resultado fundamenta la determinación adoptada por este Órgano de Supervisión a través de la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, que en lo pertinente señala en el **Código 250.00 "Grupo Previsiones"**, establece la constitución de una **previsión** por el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas, obligaciones que en caso de **juicios**, se contabilizan en la **subcuenta 257.00 "Otras Previsiones"**, cuyos aspectos

a continuación son desarrollados conforme los lineamientos que señala la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 067/2012 de 23 de noviembre de 2012:

**“Manual de Cuentas
CÓDIGO 250.00
GRUPO PREVISIONES**

DESCRIPCIÓN Representa el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por lo activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, por los juicios contra la entidad, provisiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situaciones contingentes.

Las provisiones que representan correcciones de valor de inversiones temporarias, Cartera, Otras cuentas por cobrar, Bienes realizables e inversiones permanentes se incluyen en los respectivos grupos del Activo.

**Pasivos
250.00 Provisiones**

**CÓDIGO 257.00
GRUPO PREVISIONES
CUENTA OTRAS PREVISIONES**

DESCRIPCIÓN en esta cuenta se registra el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas que no corresponda informar en las otras cuentas de este grupo, tales como juicios laborales, contingencias impositivas, etc.

DINÁMICA DÉBITOS 1. Por el valor contabilizado cuando se resuelve la incertidumbre.

CRÉDITOS 1. Por el valor estimado de otras provisiones.

**SUBCUENTAS
257.01 OTRAS PREVISIONES”**

Por lo descrito anteriormente, se establece que el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, de manera clara y expresa, señala que para el caso de que un Banco presente un riesgo legal debe constituir una previsión y registrar el importe estimado del cien por cien (100%) del valor para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios planteados contra la entidad.

En este sentido, al evidenciarse (verdad material) la existencia de riesgo legal, a raíz de la controversia judicial entre el Banco Económico S.A. y SERPREC Ltda., con relación al cheque N° 05079-9, este riesgo debe ser cubierto por el Banco, mediante la adopción de una medida preventiva de previsión u otra que tenga el mismo efecto y resultado que permita el cumplimiento de dicho fin y que no puede confundirse esta determinación como una sanción, ya que esta tiene elementos constitutivos diferentes.

La Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 establece de manera insoslayable que los actos administrativos a tiempo de pronunciarse deben tener un fundamento, y expresar

de manera concreta las razones que inducen a emitir el acto, además de sustentarse en los hechos y antecedentes que sirvan a la causa y al derecho aplicable, en suma deben estar revestidos de una congruencia específica, debiendo ASFI, aplicar el principio de congruencia y fundamentalmente el principio de legalidad, al emitir el criterio que en ley corresponda, sin dar lugar a la discrecionalidad que las partes pudieran alegar.

En ese sentido, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, (normativa contable) establece la obligación de las entidades financieras supervisadas de manejar su contabilidad bajo la normativa establecida en dicho Manual.

El Código "257.00, Cuenta OTRAS PREVISIONES", dentro del Grupo Provisiones, dispone que en la misma se debe registrar "el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas, que no corresponda informar en las otras cuentas de este grupo, tales como juicios laborales, contingencias impositivas, etc..

Las condiciones establecidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras para que el Banco Económico S.A constituya una previsión correspondiente al monto del cheque objeto del presente litigio, se ha dado, **fundamentalmente porque existe un riesgo legal de una posible pérdida, que debe asumir el Banco por el juicio civil instaurado contra dicha entidad por la empresa SERPREC LTDA.**, en atención a la probabilidad de que la entidad tenga que erogar recursos para cancelar el monto que determine la autoridad judicial en el proceso judicial en curso, en cuyo caso el fallo dispondrá el pago del cheque objeto del litigio.

En este sentido, quedando aclarada la previsión por riesgo legal que establece el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, cabe fundamentar seguidamente en la estimación del monto de dicha previsión emergente del proceso judicial en curso.

Al respecto sobre los derechos litigiosos, la doctrina enseña que una "obligación litigiosa corresponde a aquella que no ha sido determinada en cuanto a su existencia y exigibilidad, razón por la cual puede afectar, eventualmente, el patrimonio de la sociedad. Contablemente la previsión (o reserva) a que se refieren las normas aludidas, se hace cuando la obligación es contingente (aún no es un derecho cierto, existe la posibilidad de que pueda serlo) por cuanto de ser exigible, desaparece la previsión y nace un pasivo real."

Para Henri Fayol la previsión es "Calcular el porvenir y prepararlo" de lo que puede inferirse que **previsión** es **pre-ver**, ver anticipadamente las contingencias que puedan presentarse y estar preparados.

La subcuenta Código 257 de la cuenta Pasivos 250.00 del Manual de Cuentas para Bancos, textualmente menciona: "En esta cuenta se registra el importe "**ESTIMADO**" para cubrir el riesgo de posibles pérdidas (...) tales como juicios (...)"(El subrayado, mayúsculas y resaltado son nuestros).

Según el Diccionario de Contabilidad y Finanzas (José Manuel Fernández Nuñez, "Valoración de Intangibles") **valor estimado**: "Es un valor subjetivo, apreciativo expresado numéricamente".

De acuerdo al Consejo Técnico Nacional de Auditoría y Contabilidad, los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados (PCGA), se constituyen en reglas generales y normas que sirven de guía para la formulación de criterios referidos a la medición del patrimonio y la información de los elementos patrimoniales y económicos de una entidad.

Entre los 14 principios del PCGA se encuentra el principio de prudencia, que se funda en la máxima que indica: "Contabilizar todas las pérdidas **cuando se conocen** y las ganancias solamente cuando se hayan percibido".

Para el caso en examen, con la finalidad de estimar el valor de la previsión debe necesariamente considerarse el valor literal del cheque y no sólo la cuota parte de participación de SERPREC LTDA. en la Asociación Accidental, como bien lo expresa el artículo 491 del Código de Comercio: "Titulo Valor (entre los que se encuentra el cheque) es el documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo consignado en mismo" , lo que significa que consigna una orden de pago a favor del beneficiario del cheque (en este caso SERPREC LTDA.) **por un monto determinado que debe ser pagado en su totalidad.**

En ese marco, si bien el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras no define de manera específica la constitución del 100% de la previsión en un solo momento para este tipo de contingencias, deja más bien cierta discrecionalidad al Órgano Regulador para imponerla siempre y cuando esté debidamente fundamentada.

En este sentido, la instrucción de previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil instaurado por Magno Guillermo Mayorí Machicao por SERPREC Ltda. Con el Banco Económico S.A., dispuesta mediante Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, **se encuentra sustentada en el marco de lo previsto por el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, que al amparo del numeral 14) del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, faculta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) a instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera,** resultante de la labor de supervisión y control, como sucede en el presente caso, al haber determinado dentro del presente proceso dicha contingencia, independientemente de que en la vía administrativa hubiera operado la prescripción de las infracciones y en cumplimiento a lo dispuesto por el precedente administrativo contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, que dejó claramente establecido sobre la competencia de ASFI señalando que esta Autoridad de Supervisión puede adoptar medidas correctivas o rectificadoras, que no implican una dirimición o resolución de controversias de naturaleza privada, que deben ser sujetas a un proceso de conocimiento en las vías jurisdiccionales ordinarias, tan solo se ejercita una facultad regulatoria de restablecer la situación jurídica del administrado, cliente o usuario, injustamente modificada.

En el presente caso, la existencia de una contingencia legal (demanda civil interpuesta por el representante legal de SERPREC Ltda.), surge a consecuencia de la mala aplicación de los procesos internos del Banco en el pago del cheque N° 05079-9 cuyo valor asciende a la suma de Bs7.478.092.24.-, de acuerdo con la facultad establecida en el numeral 14) del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), los

criterios jurisprudenciales del SIREFI, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, los criterios expuestos por las Normas internacionales de Contabilidad y Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, bajo un criterio de "Prudencia", corresponde al Banco Económico S.A. la constitución de la previsión del 100% de la posible contingencia legal que resulte del fallo judicial.

Complementariamente a (sic) citado marco legal y técnico, la determinación asumida por este Órgano de Supervisión mediante Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, para que el Banco Económico S.A., constituya la previsión por riesgo legal del 100% del importe del cheque objeto del litigio judicial, encuentra su fundamento en los lineamientos dispuestos por la instancia jerárquica que en contraposición a la previsión gradual y porcentual dispuesta por este Órgano de Supervisión en anteriores Resoluciones Administrativas, dichas determinaciones fue (sic) objeto de **ANULACIÓN**, considerando justamente que la previsión por riesgo legal que debía constituir el Banco Económico S.A. era del 100% del monto consignado en el cheque N° 05079-9 cuyo valor asciende a la suma de Bs7.478.092.24.-

Estos aspectos se encuentran debidamente expresados en **la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010**, (páginas 91 al 93) cuyos criterios corresponde enunciar como precedente administrativo para la estimación del monto de la previsión en el presente caso, los mismos que son transcritos a continuación:

1.2 Previsión por riesgo legal

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

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

Si bien la previsión y la provisión tienen los mismos efectos, porque ambas afectan a la cuenta patrimonio, sin embargo su aplicación es distinta. La provisión se utiliza para

hechos ya conocidos que deben ser cubiertos con seguridad a futuro, por tanto el gasto debe ser reconocido según establece el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras en actual vigencia, por tanto dicha provisión no puede ser revertida; mientras que la provisión se aplica a hechos estimatorios futuros, a posibles contingencias que puedan representar un gasto o no en función al resultado principal con la posibilidad de reversión en caso de no ocurrencia de la contingencia.

Es así que, conforme establece la normativa establecida, la provisión no correspondía ser instruida por la ASFI, al no ser conocido el resultado, ni tener la seguridad a futuro, ajustándose la figura de provisión, al caso de autos.

Sin embargo, respecto a la provisión gradual instruida por la ASFI, y bajo los fundamentos anotados, está no corresponde pues no puede aplicarse una "provisión específica" para "riesgo de cartera" a una "provisión específica" para "riesgo legal", arguyendo "referencia normativa", cuando existe definición para el caso concreto, y más aun al corresponder a dos tipos de provisiones distintas y de aplicación específica, siendo la primera aplicada a cubrir el Riesgo de Crédito, por la probabilidad de que un deudor incumpla, en cualquier grado con el repago de sus obligaciones con la entidad de intermediación Financiera. Existiendo diferentes grados por categoría y tipo de moneda, (Reglamento de Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos — Régimen de Provisiones). El Segundo tipo de provisión, referido al caso de autos se da para cubrir posibles pérdidas originadas por casos contingentes legales.

Debe asimismo considerarse que el Código 250.00 Grupo Provisiones del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras está relacionado con varias cuentas, habiéndose observado que la disposición de provisión ordenada por la ASFI sólo hace referencia al Código 250.00 sin relacionarlo con la cuenta 257.00 (Otras Provisiones) dejando al arbitrio de la Entidad Financiera la apropiación correspondiente.

Es así que, al evidenciarse la existencia de un riesgo legal (a raíz de las controversias surgidas entre el Banco Económico S.A. y SERPREC LTDA. con relación al cheque 05079-9 y al incumplimiento de la normativa), éste riesgo debe ser cubierto, y la determinación de la provisión por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, permite el cumplimiento de dicho fin.

Esta instrucción de provisión es una atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y constituye una medida preventiva, que no debe confundirse con la imposición de una sanción, ya que tiene elementos constitutivos diferentes.

Sin embargo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco del uso de las atribuciones conferidas por Ley, debe asegurar que el riesgo legal sea satisfecho, pudiendo adoptar la medida preventiva de Provisión u otra que tenga el mismo efecto y resultado."

En ese entendido, la instrucción dispuesta por ASFI al Banco Económico S.A. mediante Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, consideró en su fundamento los lineamientos dispuestos por la instancia jerárquica, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y fundamentalmente el numeral 14, artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, es atribución de ASFI instruir ajustes y

regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, para lo cual citando al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, en el capítulo 250.00 Previsiones (subcuenta 257.01), dispone que se registre el importe estimado para cubrir “el riesgo de posibles pérdidas, por juicios contra la entidad”, siendo facultad del Órgano Regulador determinar el monto y oportunidad para la constitución de dichas provisiones, conforme lo estipulado en el artículo ya citado.

Adicionalmente, a lo señalado es pertinente considerar el precedente administrativo contenido en la Resolución Jerárquica SIREFI - DRJ-002/2007 - EXP. 02 de 3 de enero de 2007, dejó claramente establecido que: **“...dentro de esta concepción objetiva de las funciones que cumple la autoridad regulatoria, es posible apreciar que no solo tiene competencia para aplicar sanciones, sino también para adoptar medidas correctivas o rectificadoras, en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió un menoscabo por un hecho en el cual no participo, no le es imputable y no se encuentra provista contractualmente o en una norma expresa. Estas decisiones correctivas o rectificadoras que adoptó la SBEF en estos casos no implican una dirimición o resolución de controversias de naturaleza privada, que deben ser sujetas a un proceso de conocimiento en las vías jurisdiccionales ordinarias, ni constituye una determinación de daños y perjuicios a favor de una u otra parte, sino tan solo se ejercita una facultad regulatoria de restablecer la situación jurídica del administrado, cliente o usuario, injustamente modificada.”** (Las negrillas son nuestras).

CONSIDERANDO:

Que, adicionalmente a lo manifestado el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, respecto a las Normas Contables aplicables menciona que: “Los estados financieros se prepararán de acuerdo con las disposiciones establecidas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (Actualmente Autoridad de Supervisión). En caso de existir situaciones no previstas por dichas disposiciones, se aplicaran los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados emitidas por el Colegio de Auditores y las Normas Internacionales de Contabilidad (NIIF/NIC) emitidas por el International Accounting Standards Board, optando por la alternativa más conservadora”.

En este sentido, cabe mencionar a las normas contables que se aplican en tercer orden referido a las Normas Internacionales de Contabilidad 37 (NIC 37), dispone que se debe reconocer una medida preventiva, similar a las provisiones establecidas en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, cuando se den las siguientes circunstancias:

- a) La entidad tiene una obligación presente (de carácter legal o implícita por la entidad), como resultado de un suceso pasado.
- b) Es probable (es decir, existe mayor posibilidad de que se presente que de lo contrario) que la entidad tenga que desprenderse de recursos que comporten beneficios económicos, para cancelar la obligación.
- c) Además, puede estimarse de manera fiable el importe de la deuda correspondiente.

En ese orden, si bien la previsión por riesgo legal se encuentra debidamente considerada en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, la facultad legal de ASFI

para disponer dicha previsión, a efecto de establecer el importe de la previsión corresponde analizar las tres condiciones establecidas en las Normas Internacionales de Contabilidad 37 (NIC 37), que aplicados al presente caso cabe fundamentar los siguientes criterios:

- a) Conforme manifiesta el Banco Económico S.A. en su Recurso de Revocatoria que no existiría una obligación presente con la empresa SERPREC Ltda., cabe recordar a la entidad recurrente que la obligación NACE justamente de las supuestas infracciones cometidas por el Banco Económico S.A. en el pago del cheque N° 05079-9 cuyo importe de Bs7.478.092.24.-, está siendo dilucidado dentro del proceso ordinario civil radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de Cochabamba, por lo que la materialización (pago) de dicha previsión se encuentra sujeta al fallo que emita la autoridad judicial.
- b) Como resultado del juicio ordinario y civil instaurado por SERPREC Ltda., contra el Banco Económico S.A., es probable que la entidad tenga que desprenderse de recursos económicos si la autoridad judicial falla a favor de la empresa SERPREC Ltda. el importe del cheque objeto del presente proceso civil en curso.
- c) De acuerdo a lo señalado en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, en la descripción de la cuenta 257.00 Otras provisiones, establece de forma clara y suficiente los instructivos para efectuar previsión, al mencionar "En esta cuenta se registra el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas" de lo que se desprende que el importe de la previsión debe ser suficiente para cubrir el riesgos de posibles pérdidas, en este caso emergente del litigio en el que se encuentra el Banco Económico S.A. interpuesto por la empresa SERPREC Ltda.

En este sentido, la constitución de previsión del 100% del riesgo legal del proceso judicial en curso, dispuesta mediante Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, si bien el monto de dicha previsión no se encontraba considerada en la misma, corresponde cuantificar el importe considerando básicamente el importe registrado en el cheque N° 05079-9 cuyo valor es de Bs7.478.092.24.

Otro aspecto a considerar se refiere que para estimar el valor de la previsión debe necesariamente considerarse el valor literal del cheque y no sólo la cuota parte de participación de SERPREC LTDA. en la Asociación Accidental, como bien lo expresa el artículo 491 del Código de Comercio: "Titulo Valor (entre los que se encuentra el cheque) es el documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo consignado en mismo", lo que significa que se consigna una orden de pago a favor del beneficiario del cheque (en este caso SERPREC LTDA.) **por un monto determinado que debe ser pagado en su totalidad.** Por esta razón es cuantificable el importe de la deuda correspondiente, ya que el monto del cheque N° 05079-9 objeto del presente proceso judicial se encuentra consignado la suma de Bs7.478.092.24.

Por lo expuesto en los incisos anteriores, se puede resumir que debido a la contingencia judicial que debe asumir el Banco Económico S.A., la obligación presente de constituir una previsión en cumplimiento del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, al

cumplirse los requisitos exigidos al efecto para constituir la misma y como resultado de un juicio instaurado en el pasado contra el Banco, da la probabilidad de que la Entidad tenga que desprenderse de recursos económicos si la autoridad judicial resultado del fallo dispone el pago del cheque en el proceso civil en curso.

Asimismo, puede estimarse el importe de la deuda correspondiente, en atención a que el monto del cheque objeto del proceso judicial está cuantificado en la suma de Bs.7.478.092.24, la instrucción de previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil instaurado por Magno Guillermo Mayorí Machicao por SERPREC Ltda., dispuesta mediante Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, se encuentra sustentada en el marco de lo previsto por el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, que al amparo del numeral 14) del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, faculta a ASFI a instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultante de la labor de supervisión y control, como sucede en el presente caso, al haber determinado dentro del presente proceso dicha contingencia, independientemente de que en la vía administrativa hubiera operado la prescripción de las infracciones y en cumplimiento a lo dispuesto por el precedente administrativo contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, que dejó claramente establecido sobre la competencia de ASFI señalando que esta Autoridad de Supervisión puede adoptar medidas correctivas o rectificadoras, que no implican una dirimición o resolución de controversias de naturaleza privada, que deben ser sujetas a un proceso de conocimiento en las vías jurisdiccionales ordinarias, tan solo se ejercita una facultad regulatoria de restablecer la situación jurídica del administrado, cliente o usuario, injustamente modificada.

En el presente caso, la existencia de una contingencia legal (demanda civil interpuesta por el representante legal de SERPREC Ltda.), surge a consecuencia de la mala aplicación de los procesos internos del Banco en el pago del cheque N° 05079-9, de acuerdo con la facultad establecida en el numeral 14) del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), los criterios jurisprudenciales del SIREFI, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, los criterios expuestos por las Normas internacionales de Contabilidad y Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, bajo un criterio de "Prudencia", corresponde al Banco Económico S.A. la constitución de la previsión del 100% del importe consignado en el cheque N° 05079-9 por Bs7.478.092.24.

CONSIDERANDO:

Que, los aspectos observados por la instancia jerárquica respecto a la cuantificación del monto de la previsión dispuesta por ASFI al Banco Económico S.A., se encuentran debidamente fundamentados en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2012 de 16 de abril de 2012, (pág. 33) que señala: **"No debe olvidarse que en el presente caso, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011, expresó los fundamentos generales en los que debía regirse la autoridad inferior al momento de emitir nuevo pronunciamiento, ello emergente de la anulación determinada por los vicios procedimentales en los que incurrió la Autoridad Fiscalizadora.**

Por lo que, en el presente caso el recurrente debe tener claro que las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas, sí son vinculantes y no sólo revisten un carácter enunciativo para la autoridad inferior, más por el contrario, la Autoridad recurrida tiene la obligación de cumplirlas inmediatamente, tal cual versa el parágrafo II artículo 60 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175.

Que, conforme a lo compulsado se ha podido establecer que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dispuso la anulación de la Resolución Administrativa, al evidenciar un defecto procesal que definitivamente hubiera conllevado nuevamente a una anulación del procedimiento en instancia a quem, cuando se hubiera realizado el control de legalidad del acto, al existir nuevamente violaciones al debido proceso". (las negrillas son nuestros)

En definitiva, y considerando los elementos precedentemente expuestos fundaron y motivaron la determinación asumida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, para que el Banco Económico S.A. constituya la previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil, rechazándose enfáticamente los argumentos expresados por el recurrente en su memorial de Recurso de Revocatoria contra mencionada Resolución Administrativa.

RESPECTO A LA LESIÓN DEL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL Y DE PROPORCIONALIDAD ALEGADOS POR EL BANCO ECONÓMICO S.A.

Sobre este particular, cabe puntualizar que uno de los principios que rige el procedimiento administrativo, es el principio de verdad material, que sin embargo, en el presente caso la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no puede pronunciarse o dilucidar aspectos que van más allá del mandato legal establecido por el parágrafo I del artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, las atribuciones conferidas por la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y disposiciones reglamentarias, preceptos que circunscriben su competencia a la naturaleza de Órgano Administrativo sin ninguna injerencia en el ámbito jurisdiccional como es el proceso ordinario civil instaurado por Magno Guillermo Mayori Machicao por SERPREC Ltda. contra el Banco Económico S.A., en cual se encuentra radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de Cochabamba.

Corroborando lo expuesto, es importante considerar en esta oportunidad el precedente administrativo contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI - RJ-002/2007 de 3 de enero de 2007, que dejó claramente establecido sobre la competencia de ASFI señalando; **"Por ello la Superintendencia General del SIREFI dejó claramente establecido que la SBEF tiene competencia plena, respecto a la supervisión y control sobre la actividad que realiza una entidad de intermediación financiera, pudiendo efectuar la verificación del cumplimiento de la normativa externa (leyes, decretos supremos y resoluciones administrativas aplicables a las actividades de intermediación financiera, como interna de control (manuales de funciones, resoluciones de Directorio etc.) emitida por las propias entidades que realizan actividades de intermediación financiera, independientemente si estos actos son también objeto de controversias judiciales en forma simultánea.**

Por otra parte, dentro de esta concepción objetiva de las funciones que cumple la autoridad regulatoria, es posible apreciar que no solo tiene competencia para aplicar sanciones, sino también para adoptar medidas correctivas o rectificadoras, en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la reposición o restitución de la situación jurídica de un administrado, cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió un menoscabo por un hecho en el cual no participo, no le es imputable y no se encuentra provista contractualmente o en una norma expresa. Estas decisiones correctivas o rectificadoras que adopte la SBEF en estos casos no implican una dirimición o resolución de controversias de naturaleza privada, que deben ser sujetas a un proceso de conocimiento en las vías jurisdiccionales ordinarias, ni constituye una determinación de daños y perjuicios a favor de una u otra parte, sino tan solo se ejercita una facultad regulatoria de restablecer la situación jurídica del administrado, cliente o usuario, injustamente modificada y que no le corresponde accionar los mecanismos jurisdiccionales.

Por ello, los efectos de una decisión de esta naturaleza, que adopte el órgano regulador, solamente pueden estar destinados a restituir la situación jurídica del administrado y solo pueden darse cuando los hechos son meridianamente claros en cuanto a mostrar la existencia de responsabilidad objetiva de la institución, que con su incumplimiento o inobservancia a un deber de cuidado que le impone la normativa administrativa, en razón de su naturaleza jurídica de ser una entidad privada que presta un servicio de carácter público a la colectividad, ocasiona un perjuicio a un usuario o cliente de los servicios financieros, sin que éste haya participado o hubiera propiciado ese perjuicio.”

Finalmente, respecto a la lesión o vulneración del principio de proporcionalidad reclamado por el Banco Económico S.A., corresponde aclarar al recurrente que los criterios de proporcionalidad, sólo son aplicables en los procesos sancionadores, donde se impone una sanción y no así cuando la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, adopte una medida preventiva, como en el presente caso, consiguientemente, la determinación adoptada por ASFI de que el Banco Económico S.A., deba realizar una previsión no se debe a la imposición de una sanción, sino como expresamente señala la Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 08/2010 de 23 de febrero de 2010, (pág.226) cuando refiere:

“(…) Esta instrucción de previsión es una atribución de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y constituye una medida preventiva, que no debe confundirse con la imposición de una sanción, ya que tiene elementos constitutivos diferentes (...).

Congruente con lo anterior, se concluye que ASFI al haber adoptado una medida preventiva, en ningún caso implica la imposición de una sanción y menos que se pueda aplicar los criterios de proporcionalidad reclamados por el Banco Económico S.A.

CONSIDERANDO:

Que, mediante carta ASFI/DAJ/R-64823/2012 de 29 de mayo de 2012, se corrió traslado del memorial de Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Económico S.A., al señor

Magno Guillermo Mayori Machicao como representante de la Empresa SERPREC Ltda., habiendo merecido respuesta mediante memorial presentado en fecha 27 de junio de 2012, formulando para el efecto los siguientes alegatos:

“Improcedencia del Recurso de Revocatoria”

- Al respecto, el señor Mayori expone que; el Banco Económico S.A. al momento de presentar el memorial de Recurso de Revocatoria no habría acreditado el cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, por consiguiente corresponde que ASFI mediante Resolución Administrativa declare improcedente el recurso en estricta sujeción a lo establecido en los artículos 43 inc. d) y 47 del Decreto Supremo N° 27175.
- Asimismo, en lo concerniente a la previsión del 100% de la contingencia legal, establecida en la resolución recurrida, el Banco Económico S.A. cuestiona la falta de expresión en forma cierta y determinada del monto o cuantía de la previsión, indicando que es lo que se ha estado discutiendo durante tres años, es decir el monto exacto de la previsión, sin embargo el monto de la previsión es el monto del cheque N° 05079-9 sobre la base de lo dispuesto por el Código de Comercio, toda vez que el Banco Económico S.A. incumplió los Artículos 603 y 626 del Código de Comercio lo cual genera la responsabilidad determinada por el Artículo 628 del Código de Comercio por el mal pago del cheque, en tal sentido el recurrente debió haber provisionado el monto del cheque y de no haberlo hecho, quedaría totalmente demostrado que no cumplió con lo dispuesto por la Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, razón por la cual el recurso debería declararse improcedente en sujeción a lo señalado precedentemente.
- ❖ Sobre este particular cabe puntualizar al señor Magno Guillermo Mayori Machicao, que el presente Recurso de Revocatoria fue admitido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, considerando lo dispuesto por el parágrafo I) del artículo 47 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, por cuanto el señor Justo Yopez Kakuda en representación legal del Banco Económico S.A., mediante carta GNFO – 406/2012 de 22 de mayo de 2012, presenta en adjunto la transacción contable N° 10986 de fecha 22 de mayo de 2012, que evidencia la constitución de previsión del 100% correspondiente a la contingencia legal del proceso ordinario civil relativo al caso SERPREC Ltda, habiendo de esta forma y dentro el plazo previsto por la Resolución ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, dado cumplimiento a lo dispuesto por este Órgano de Supervisión.

CONSIDERANDO:

Que, mediante carta ASFI/DAJ/R-64861/2012 de 29 de mayo de 2012, se corrió traslado del memorial de Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Económico S.A., al señor Jaime Enrique Quiroga Angulo como socio y tercer interesado de la Empresa SERPREC Ltda., habiendo merecido respuesta mediante memorial presentado en fecha 16 de mayo de 2012, formulando para el efecto los siguientes alegatos:

- Manifiesta en su memorial la recepción de la notificación efectuada por este Órgano de Supervisión con la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, por el que ASFI dispone que el Banco Económico S.A. previsione el 100% del monto reclamado por SERPREC Ltda., dentro del procedimiento administrativo instaurado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero contra el mencionado Banco ante denuncia planteada por SERPREC Ltda.,
- Al respecto, del contenido del referido memorial el señor Quiroga manifiesta dejar en constancia la violación al procedimiento aplicado en el presente caso por cuanto considera que, en la tramitación de este caso se configuran delitos que ameritan la intervención del Ministerio Público, debido a las denuncias penales planteadas contra el señor Magno Guillermo Mayori Machicao, quién estaría actuando con poderes expedidos ilegalmente, motivo por el cual solicita el pronunciamiento expreso así como la remisión de antecedentes al Ministerio Público.

Que, en este sentido, la solicitud y cuestionamientos formulados por el señor Jaime Enrique Quiroga Angulo fueron atendidas y aclaradas por este Órgano de Supervisión mediante carta ASFI/DAJ/R-69875/2012 de 11 de junio de 2012, el mismo que en su contenido responde cada una de sus inquietudes planteadas, para el efecto, se transcribe en su integridad la respuesta cursada, la misma que tiene relación con los alegatos formulados en el presente Recurso de Revocatoria.

“En atención a su memorial presentado en fecha 16 de mayo de 2012, a través del cual hace conocer la recepción de la notificación efectuada por este Órgano de Supervisión con la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, emitido dentro del procedimiento administrativo instaurado por ASFI contra el Banco Económico S.A., ante denuncia planteada por SERPREC LTDA., y solicita la remisión de antecedentes al Ministerio Público en razón a que el señor Magno Guillermo Mayori Machicao estaría actuando con poderes expedidos ilegalmente.

Al respecto, cabe aclarar que esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco de su competencia administrativa establecida por la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y Disposiciones Reglamentarias, tramitó el procedimiento administrativo instaurado contra el Banco Económico S.A. ante denuncia planteada por el Ing. Magno Guillermo Mayori Machicao, en representación de la empresa Servicios de Pretensado y Construcción “SERPREC Ltda”, en tal sentido, en el marco de las citadas disposiciones legales y considerando fundamentalmente lo dispuesto por las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010, MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 28 de marzo de 2011 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2012 de 16 de abril de 2012, este Órgano de Supervisión emitió la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, encontrándose a la fecha dicho Acto Administrativo en Recurso de Revocatoria planteado por el Banco Económico S.A.

Asimismo, aclaro a usted que en razón a la competencia administrativa que ejerce este Órgano de Supervisión no corresponde a ASFI establecer la legalidad o ilegalidad de los poderes con que actúa el señor Magno Guillermo Mayori Machicao, correspondiendo que plantee su denuncia directamente a la autoridad llamada por Ley para que investigue estos supuestos ilícitos.

Finalmente, hago conocer que en respuesta a los requerimientos efectuados por el Dr. Marco Antonio Vargas, Fiscal de Materia de la Fiscalía del Distrito de La Paz, mediante requerimientos de fechas 23 de febrero y 26 de marzo de 2012, dentro del caso LPZ1108825 esta Autoridad de Supervisión a través de las cartas ASFI/DAJ/R-23323/2012 de 29 de febrero de 2012, ASFI/DAJ/R-40376/2012 de 3 de abril de 2012 y ASFI/DAJ/R-46888/2012 de 17 de abril de 2012, cuyas copias simples adjunto para su conocimiento, remitió a conocimiento de la referida Autoridad Fiscal los antecedentes del presente procedimiento administrativo, consecuentemente, corresponde a dicha Autoridad pronunciarse en el marco de su competencia establecida por Ley”.

CONSIDERANDO:

Que, las funciones de regulación y supervisión que ejerce la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) dentro del ámbito de su competencia, se circunscriben al mandato establecido por el parágrafo I del artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, el Código de Comercio, la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y Reglamentos conexos, los cuales rigen y determinan su accionar en estricta observancia de los derechos y garantías consagrados por la Constitución hacia los administrados.

Que, el artículo 153 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993 (Texto Ordenado), dispone que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) es el Órgano Rector del sistema de control de toda captación de recursos del público y de intermediación financiera del País teniendo como objeto institucional mantener el sistema financiero nacional sano y eficiente.

Que, el numeral 3 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), señala entre las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras actualmente ASFI, el vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera, ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas que realicen en el territorio del país intermediación de recursos financieros.

Que, el numeral 14 del artículo 154 de la citada Ley, concretamente establece que dentro de las atribuciones que ASFI ejerce, se encuentra la de “Instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultantes de su labor de inspección y control”.

Que, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras es el compendio de normas que reglamentan los procedimientos de contabilización que deben aplicar las entidades financieras y la información contable que deben producir sobre las operaciones que realicen, este Manual es de uso obligatorio por todas las entidades financieras en Bolivia y el mismo está sujeto a una actualización y adecuación periódica por las operaciones financieras que se desarrollan en el sistema y por las normas legales y reglamentarias que emiten organismos del Estado. Las normas establecidas en el Manual de Cuentas concuerdan sustancialmente con normas profesionales de contabilidad generalmente aceptadas.

Que, el Código 250, Grupo Provisiones del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, establece en su descripción que, representa el importe estimado para cubrir riesgo de posibles pérdidas originadas por los activos contingentes, por el beneficio de desahucio del personal, por juicios contra la entidad, provisiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas, previsión genérica cíclica y otras situación contingentes y las provisiones que representan correcciones de valor de inversiones temporarias, cartera y otras cuentas por cobrar.

Que, el Código "257.00, Cuenta "OTRAS PREVISIONES", dentro del Grupo Provisiones, dispone que en la misma se debe registrar el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas, que no corresponda informar en las otras cuentas de este grupo, tales como juicios laborales, contingencias impositivas, etc.

Que, en definitiva es la propia norma, cual es el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, **la que determina de manera imperativa y categórica**, que cuando exista un Riesgo Legal, debe constituirse una previsión y está debe ser del importe estimado del valor para cubrir dicho riesgo, aspecto por el cual la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero circunscribió su determinación, desechando valoraciones de carácter subjetivo de la citada norma contable.

CONSIDERANDO:

Que, los Principios Fundamentales del ordenamiento jurídico constituyen la base en la que se asienta todo marco legal, en ese orden la actividad administrativa se rige por los principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 22 de abril de 2002.

Que, la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 4 literal c) señala que: **"La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: c) Principio de sometimiento pleno a la Ley: La administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a ley, asegurando a los administrados el debido proceso"**.

Que, la Ley determina que los órganos de la Administración Pública deben velar por la correcta aplicación de los procedimientos administrativos establecidos con la

finalidad de evitar actos que, a futuro puedan derivar en lesiones a los derechos de los administrados.

Que, el presente recurso ha sido tramitado de acuerdo a los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y toda la normativa conexas.

Que, finalmente considerando la existencia de una contingencia legal (demanda civil interpuesta por el representante legal de SERPREC Ltda.), la cual surge a consecuencia de la mala aplicación de los procesos internos del Banco en el pago del cheque N° 05079-9, de acuerdo con la facultad establecida en el numeral 14) del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), los criterios jurisprudenciales del SIREFI, el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, los criterios expuestos por las Normas Internacionales de Contabilidad y Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, bajo un criterio de "Prudencia", corresponde al Banco Económico S.A. la constitución de la previsión del 100% (Bs7,478,092.24) del importe consignado en el cheque N° 05079-9 del Banco de Crédito S.A.

CONSIDERANDO:

Que, en mérito al análisis efectuado al memorial de Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Económico S.A. contra la Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, los alegatos presentados por los señores Magno Guillermo Mayori Machicao y Jaime Enrique Quiroga Angulo y considerando fundamentalmente los lineamientos dispuestos por la instancia jerárquica mediante Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010, MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2011 de 28 de marzo de 2011, MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2012 de 16 de abril de 2012 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 067/2012 de 23 de noviembre de 2012, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal ASFI/DAJ/R-173348/2012 de 28 de diciembre de 2012, concluye señalando que los argumentos presentados por el Banco Económico S.A. en su Recurso de Revocatoria no enervaron ni desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012. Sin embargo, en cumplimiento a la recomendación efectuada por la instancia jerárquica a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 067/2012 de 23 de noviembre de 2012, sobre el **QUANTUM** de la previsión, en estricta sujeción a la competencia administrativa que ejerce la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se establece el monto de la previsión del 100% (Bs7, 478,092.24) correspondiente al importe consignado en el cheque N° 05079-9...."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 21 de enero de 2013, el Banco Económico S.A. interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 810/2012 de 31 de diciembre de 2012, argumentado lo siguiente:

“...II.1) RESOLUCION ASFI No. 810/2012.-

Esta última Resolución ASFI No. 810/2012 resuelve lo siguiente:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución Administrativa No. 168/2012 de 7 de mayo de 2012 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

SEGUNDO.- Establecer que la previsión del 100% que deberá constituir el Banco Económico S.A., corresponde al importe consignado en el cheque No. 05079-9 por la suma de Bs. 7.478.092,24, objeto del litigio judicial.

II.2) RESOLUCION MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 067/2012 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

La última Resolución ASFI N° 810/2012 antes transcrita, en su parte resolutive no ha dado cumplimiento a lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 067/2012 de 23 de noviembre de 2012, toda vez que la autoridad superior jerárquica en grado, resolvió lo siguiente:

“ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI No. 269/2012 de 21 de junio de 2012, inclusive que en recurso de Revocatoria confirmó la Resolución ASFI No. 168/2012 de 7 de mayo de 2012, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica”.

Es decir que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas HA ANULADO LA RESOLUCION ASFI N°269/2012 que CONFIRMA la Resolución ASFI No. 168/2012 y ahora su autoridad dicta la Resolución ASFI 810/2012 que vuelve -simplemente- a CONFIRMAR la Resolución ASFI No. 168/2012.

Reiteramos que, su autoridad apartándose de lo instruido por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, dictó nueva resolución CONFIRMATORIA de la Resolución Administrativa No. 168/2012, con la AGRAVANTE de no determinar si su CONFIRMATORIA ES TOTAL o PARCIAL, conforme manda el Art. 43 del Decreto Supremo No. 27175 que Reglamenta la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, que a la letra dice:

“Art. 43.- (Formas de Resolución en Recurso de Revocatoria) I. Las Resoluciones sobre los Recursos de Revocatoria en el SIREFI serán:

a) Confirmatorias -Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la Resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la Resolución recurrida.

b) Revocatorias - Cuyo alcance podrá ser total cuando pronunciándose sobre el fondo dejen sin efecto la Resolución recurrida o, parcial cuando pronunciándose sobre el fondo, dejan sin efecto parte de la Resolución recurrida.

La incongruencia anotada, es más grave y genera mayor confusión, ya que reiteramos esta nueva Resolución ASFI N° 810/2012 en el resuelve PRIMERO, CONFIRMA la Resolución Administrativa No. 168/2012 de 7 de mayo de 2012 emitida

por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y en el resuelve SEGUNDO, la MODIFICA al incorporar nuevos elementos que no estaban en la Resolución ASFI No. 168/2012, y este nuevo elemento incorporado a la letra dice:

"Establecer que la previsión del 100% que deberá constituir el Banco Económico S.A., corresponde al importe consignado en el cheque No. 050789-9 por la suma de Bs. 7.487.092,24 objeto del litigio judicial."

En síntesis, no es lógico resolver por la CONFIRMACION, cuando en realidad la Resolución ASFI 810/2012 incorpora una MODIFICACION PARCIAL referida al quantum.

Este error palmario y ostensible, se debe a que su autoridad en base al sesgado, desafortunado y errado informe legal ASFI/DAJ/R-173348/2012 de 28 de diciembre de 2012, ha entendido que los argumentos presentados por el Banco Económico S.A., en su recurso de Revocatoria no habrían enervado ni desvirtuado las consideraciones expuestas en la Resolución Administrativa ASFI No. 168/2012 de 1 de mayo de 2012, y que la Resolución Ministerial Jerárquica No. 067/2012 de 23 de noviembre de 2012 sería una simple recomendación efectuada por la instancia jerárquica sobre el CUANTUM DE LA PREVISION.

Nada más errado Sra. Directora, ya que el CUANTUM de la previsión precisamente ha sido el -tema decidendum- de una ardua discusión desde el año 2009 hasta la fecha.

En efecto, la Resolución ASFI No. 074/2009 dictada por el Lic. Ernesto Rivera que inicialmente instruyó al Banco Económico SA, previsionar el monto correspondiente al pago del cheque No. 05079-9, luego sin embargo -en un análisis más detenido- a través de la Resolución ASFI No. 266/2009, -en la vía revocatoria- el mismo Lic. Ernesto Rivera instruyó una previsión porcentual que lógicamente aminoraba el quantum de la previsión.

Después cuando al Lic. Reynaldo Yujra le correspondió determinar la previsión, mediante Resolución ASFI No. 786/2010 instruyó la previsión del monto del cheque en un 100% pero, siguiendo la secuencia de un análisis más detenido, también en grado de recurso de Revocatoria, a través de la Resolución ASFI No. 890/2010 se instruyo la previsión porcentual, que lógica, matemática y jurídicamente disminuía el quantum de la previsión.

Adviértase que los ex - Directores Ejecutivos de la ASFI, determinaron una previsión porcentual y de un CUANTUM MENOR al 100% y luego su autoridad con un criterio - que hasta ahora lo consideramos acertado-, dispuso mediante Resolución ASFI N° 680/2011 que sea el propio Banco el que estime y cuantifique el monto de la previsión, sin embargo su autoridad luego mediante Resolución ASFI No. 168/2012 instruyo al Banco Económico S.A., la "previsión del 100% de la contingencia legal derivada del proceso ordinario civil" (sin indicar el quantum o importe de la previsión) para finalmente, mediante Resolución ASFI No. 810/2012 usted resuelva confirmar totalmente la Resolución ASFI No. 168/2012 y, no obstante de que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, ha anulado esta última Resolución signada con el No.

269/2012 inclusive, su autoridad generando mayor confusión declara que CONFIRMA la resolución ASFI 168/2010 pero al mismo tiempo incorpora cambios sustanciales y trascendentales como es la cuantificación del monto de previsión, apartándose arbitrariamente de lo dispuesto por el superior jerárquico y de lo dispuesto por el procedimiento administrativo en el Art. 43 del Decreto Supremo No. 27175 que Reglamenta la Ley No. 2341, como tenemos expuesto con cita expresa de la norma violada que es el Art. 43 del Decreto Supremo No. 27175 causando de esta manera más agravios que pasamos a exponer.

III. EXPRESION DE AGRAVIOS.-

Como se tiene expresado, la autoridad Jerárquica, dispuso claramente, se dicte nueva **Resolución Administrativa efectuando una debida fundamentación v motivación respecto al importe de la previsión del 100% de la contingencia legal emergente del proceso ordinario civil** planteado por el representante legal de la empresa SERPREC Ltda., Magno Guillermo Mayori Machicao contra el Banco Económico S.A, radicado en el juzgado Primero de Partido en lo Civil de Cochabamba.

La nueva fundamentación contenida en la última Resolución ASFI No. 810/2012 no tiene asidero legal ni lógico y, lamentablemente advertirá el superior jerárquico que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha incurrido en mas criterios erróneos sobre obligación presente, sin base de sustentación y fundamentación legal, que se advierten en la página 31 de la Resolución ASFI No. 810/2012 que señala:

"A efecto de establecer el importe de la previsión corresponde analizar las 3 condiciones establecidas en las Normas Internacionales de Contabilidad 37 (NIC 37) que aplicados al presente caso cabe fundamentar los siguientes criterios:

- a) Conforme manifiesta el Banco económico SA en su Recurso de Revocatoria que no existiría una **obligación presente** con la empresa SERPREC Ltda., cabe recordar a la entidad recurrente que la obligación NACE justamente de las supuestas infracciones cometidas por el Banco Económico SA, en el pago del Cheque No. 05079-9 cuyo importe de Bs.-7.478.092,24, está siendo dilucidado dentro del proceso ordinario civil..."

Se sigue deformando el concepto jurídico de obligación presente porque objetivamente está demostrado que todavía existe un juicio que está siendo dilucidado, lo que significa que el Juez de la causa todavía no ha determinado si existe o no la obligación.-

Cabe recordar a la ASFI sus propias decisiones en el sentido que el suceso pasado (reclamo por pago de cheque) **SE ENCUENTRA PRESCRITO** y, por lo tanto, no es lógico partir de la premisa de que la obligación nace de supuestas infracciones.

No se puede alegar la existencia de una cosa de supuestos, de ahí que la pretensión judicial de SERPREC, en plena discusión, NO TIENE la calidad ni el estatus jurídico de una obligación presente.

En cuanto a los argumentos de **probabilidad** vertidos en el inc. b) de la pág. 32 de la misma Resolución ASFI No. 810/2012, también, su digna Autoridad ha incurrido en errado pronóstico sobre si existe mayor posibilidad que se presente que de lo contrario, que la entidad tenga que desprenderse de recursos que comporten beneficios económicos, para cancelar la obligación, puesto que, como se tiene señalado hasta la saciedad, existe gran posibilidad de la desestimación de la pretensión de SERPREC, no solo por la PRESCRIPCIÓN TRIENAL deducida por el Banco, sino por la excepción de PAGO DOCUMENTADO del cheque 05079-9 efectuada en la persona del Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo en su calidad de representante de SERPREC Ltda.

Con relación a la estimación del importe, el inc. c) de la pág. 32 de la Resolución ASFI No. 810/2012, se sigue afirmando de que la estimación del valor de la previsión debe necesariamente considerarse el valor literal del cheque, como si este título valor fuera lo único que se encontraría en discusión judicial, cuando en realidad existen 14 puntos de hecho a probar, y donde el Banco también ha demandado a SERPREC por daños y perjuicios, no siendo estas consideraciones (incisos a, b y c) de la ASFI fruto de un análisis que refleja la verdad material y objetiva que reporta el expediente.

Con relación a que el indicado cheque es un título valor literal autónomo, no es menos cierto que el indicado cheque a favor de una persona jurídica ha sido pagado en persona del representante de SERPREC Ltda., que cobro el cheque Ing. Jaime E. Quiroga Angulo y esta es una verdad DOCUMENTAL, MATERIAL, JURIDICA Y OBJETIVA que no puede DESESTIMARSE al momento de cuantificar el riesgo legal, que se encuentra aminorado por ese aspecto y que debe reflejarse en el quantum de la previsión, ya que también está demostrado que el indicado cheque esta COLIGADO a una Asociación Accidental como lo ha señalado el Juez 1º de Partido en lo Civil de Cochabamba mediante Auto de 13 de febrero de 2009, que además señala: "Que Jaime E. Quiroga ha recibido un 82.5% de participación y por supuesto de responsabilidades, sumados a todo ello los poderes conferidos por Magno G. Mayori, hacen imprescindible su participación en el proceso en trámite, máxime si la demanda interpuesta por SERPREC LTDA., contra el BANCO ECONOMICO tiene su génesis precisamente en la intervención de Jaime E. Quiroga en el cobro de la suma demandada y por supuesto en el manejo de las cuentas bancarias en representación de la sociedad. Los hechos precedentemente anotados lo convierten a Quiroga en el sujeto central del conflicto, todo lo expuesto avala la necesidad de integrarlo a la Litis''

Entonces Sra. Directora, no solo hay que tener en cuenta la literalidad del cheque No. 05079-9 como título valor, sino que también hay que tener en cuenta al sujeto central del conflicto que es el Sr. Jaime E. Quiroga Angulo, que ha intervenido en el COBRO DEL CHEQUE y considerar que el reclamo de SERPREC también se encuentra prescrito en la vía administrativa.

IV. PETITORIO.-

En mérito a los fundamentos expuestos, con cita de expresión de agravios, normas quebrantadas y especificación de nuevos errores en el análisis de las pruebas materiales aportadas, el Banco Económico S.A., interpone nuevamente RECURSO JERARQUICO dentro el plazo legal que señala el Art. 66 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, impugnando la Resolución ASFI N° 810/2012 emitida el 31 de diciembre de 2012 por su autoridad, pidiendo que el Superior Jerárquico dicte Resolución ANULANDO la Resolución ASFI N° 810/2012, dado que la parte resolutive no determina si su CONFIRMATORIA ES TOTAL o PARCIAL, conforme manda el Art. 43 del Decreto Supremo No. 27175 que Reglamenta la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y por los errores en cuanto a la apreciación de los conceptos jurídicos sobre obligación presente, probabilidad y determinación del quantum del riesgo legal emergente del juicio ordinario doble conforme se tiene expuesto y fundamentado..."

6. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-

Mediante memorial presentado el 21 de febrero de 2013, **Servicios de Pretensado y Construcción LTDA. "SERPREC LTDA."** presenta alegatos, argumentando lo siguiente:

"...II. CONSIDERACIONES JURIDICO LEGALES

Resulta de nunca acabar tenernos que dirigir a su autoridad por este proceso que entre que va y vuelve de la ASFI ya lleva casi cuatro años, tiempo en el cual el Banco Económico ha agotado todos sus supuestos argumentos, que ya a estas alturas son repetitivos, insistiendo en aquellos que ya han sido por demás desvirtuados acertadamente por su autoridad, lamentablemente los mismos no hacen más que confirmar el interés meramente dilatorio del Banco.

El Banco observo a través de su recurso anterior que la Resolución recurrida de la ASFI no establecía el monto sobre el cual se debía aplicar la previsión, y ahora cuando la Resolución precisa el monto de la previsión, el Banco interpone un recurso indicando que está incorporando una modificación parcial a la resolución recurrida en revocatoria, cuando no es así, pues el monto de la previsión siempre estuvo determinado por el monto del cheque intransferible N° 05079-9 que es Bs.7.478.092,24 que es el monto que el Banco pago en infracción plena y categórica de los Artículos 603° y 626° del Código de Comercio, y los Artículos 29° y 36° del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central, por lo que es responsable de ese mal pago conforme lo dispuesto por el Art. 628 del Código de Comercio. Además el mismo Banco constituyo la previsión de dicho monto para interponer el recurso de revocatoria incurriendo en una clara contradicción entre lo que hace y lo que dice en sus recursos. De no haber previsionado el monto del cheque señalado, la ASFI hubiera declarado improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por el Banco Económico S.A. todo esto en sujeción a las siguientes disposiciones:

El Artículo 47 (Procedencia) del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece lo siguiente:

"I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, **debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida**, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento,"

Por su parte el Artículo 40 (Efecto Devolutivo) del mismo Decreto Supremo, establece:

"I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada..."

Como puede observarse en su momento el propio Banco cumplió con lo dispuesto por la Resolución ASFI N° 168/2012 y ahora pretende cuestionar con fines dilatorios, la precisión hecha por la Resolución ASFI N° 810/2012 de 31 de diciembre de 2012, del monto de la previsión.

Es muy importante tener presente que la Resolución emitida por la ASFI ha sido emitida conforme a ley y más bien en plena sujeción a lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 067/2012 de 23 de noviembre de 2012 y por lo tanto no se encuentra viciada de nulidad alguna, puesto que ha cumplido todos los requisitos para su emisión.

En lo concerniente a su expresión de agravios, es hasta vergonzoso observar como insisten con sus viejos argumentos que fueron desvirtuados desde un principio por el mismo Ministerio de Economía de manera muy categórica y contundente. Su Autoridad ya ha conocido los argumentos del Banco a través de los recursos jerárquicos que se ha interpuesto a lo largo de estos casi cuatro años sobre este tema de la previsión, y todos los que fueron planteados han sido contundentemente desvirtuados mediante las Resoluciones Jerárquicas que el Ministerio de Economía Finanzas Públicas ha emitido sobre este tema, no obstante de ello el Banco sigue insistiendo en el hecho de que no se han cumplido las condiciones de las normas NIC 37.

Lamentablemente, aunque también resulte ocioso que repitamos los sustentos jurídicos y legales que desvirtúan la interpretación antojadiza del Banco de manera contundente y categórica, no nos queda otra opción que hacerlo una vez más mediante estos alegatos:

El recurrente indica que se han deformado los tres incisos de las NIC 37 e insiste con lo siguiente:

El recurrente señala respecto del inciso a) de las normas NIC 37 "a) La entidad tiene una obligación presente (de carácter legal o implícita por la entidad), como resultado de un proceso pasado"; que el suceso pasado se encuentra prescrito y no existe ninguna obligación presente, y lo que existe es simplemente una pretensión judicial, la que no puede equipararse a una obligación presente, debido a que el Banco opuso excepción de prescripción y pago documentado.

Este argumento es por demás inconsistente, toda vez que de ninguna manera existe prescripción y menos aun pago documentado, puesto que la prescripción no se supone, sino que debe ser determinada mediante resolución expedida por el Juez competente y el pago documentado deber ser acreditado, lo cual nunca sucedió, como pretenden documentar un pago que no se hizo al titular de un cheque intransferible?; la única manera en que pudiera acreditarse un pago documentado sería el comprobante del pago del cheque intransferible N° 05079-9 a la cuenta del titular de dicho cheque, es decir a la cuenta de SERPREC LTDA.. Asimismo corresponde señalar de manera categórica que **de ninguna manera el Banco acreditó la inexistencia de la obligación por parte de este de pagar en favor de SERPREC LTDA, el monto del cheque intransferible.** Más aun la obligación se encuentra por demás acreditada en el sentido que tanto la ASFI como el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas ha establecido de manera expresa que el Banco Económico S.A. **incumplió los Artículos 603° y 626° del Código de Comercio, y los Artículos 29° y 36° del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia** y por lo tanto en virtud al Art. 628 el Banco es responsable del pago del cheque intransferible N° 05079-9, por lo cual resulta totalmente contradictorio e inclusive ocioso utilizar como argumento el hecho de que la obligación no existe, por consiguiente debe realizarse la previsión a efectos de atender dicha obligación.

En lo concerniente al inc. b) señalado de las normas NIC 37 "b) Es probable (es decir, existe mayor posibilidad de que se presente que de lo contrario) que la entidad tenga que desprenderse de recursos que comporten beneficios económicos, para cancelar la obligación," el recurrente señala que no existe la probabilidad señalada en el citado inciso puesto que debido a las excepciones opuestas de prescripción y pago documentado, existe mayor probabilidad de desestimación de la pretensión de SERPREC LTDA, sin embargo; el recurrente pretende desconocer que existen elementos suficientes para que el Juez emita sentencia a favor de SERPREC LTDA, toda vez que el mal pago del cheque intransferible N° 05079-9 ha quedado por demás demostrado, existiendo inclusive pronunciamiento por parte tanto de la ASFI como del propio Ministerio de Economía y Finanzas Publicas en el sentido de haber establecido de manera expresa que el Banco Económico S.A. **ha incumplido los Artículos 603° y 626° del Código de Comercio, y los Artículos 29° y 36° del Reglamento del Cheque emitido por el Banco Central de Bolivia.** En consecuencia, siendo que de ninguna manera existe prescripción, la misma que tampoco puede presumirse por instancias administrativas a efectos de instruir una previsión y además existiendo prueba preconstituida que NO EXISTE PAGO DOCUMENTADO y que tal prueba no ha sido desvirtuada por el Banco, la probabilidad de una sentencia en favor de SERPREC LTDA. es mayor, por lo que los argumentos del recurrente vuelven a caer por su propio peso siendo su argumento totalmente inconsistente^ a los efectos de pretender desvirtuar el sustento de la previsión establecida por la ASFI.

Luego, en lo concerniente al inc. c) señalado de las normas NIC 37, respecto a estimarse de manera fiable el monto de la deuda, el recurrente de manera totalmente burda sigue recurriendo testarudamente al argumento de la participación de Jaime Enrique Quiroga en la Asociación Accidental y a que los fondos provenientes del cheque habrían beneficiado a SERPREC Ltda., pretendiendo que la

previsión se sustente en un porcentaje de participación en una Asociación Accidental, cuando el cheque intransferible N° 05079-9 fue girado a SERPREC LTDA y el monto del mismo fue dispuesto por el Banco en favor de Jaime Enrique Quiroga en plena violación a las disposiciones del Código de Comercio y del Reglamento del Cheque, tal como lo ha señalado expresamente no solo la ASFI sino el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Debido a que estas mismas entidades han desestimado contundentemente tales argumentos en sus diferentes Resoluciones que fueron emitidas con motivo de las Recursos interpuestos por el Banco y por SERPREC Ltda., resulta ocioso abordar en mayores consideraciones sobre este argumento totalmente ilegal e incongruente, mas aun si el monto base de la deuda es el del cheque.

III. PETITORIO

En virtud de todo lo mencionado precedentemente, siendo que todos los argumentos expuestos por el Banco Económico S.A. en su recurso jerárquico son inconsistentes, contradictorios y sobre todo ociosos y que tienen pretensiones simplemente dilatorias y que además fueron debidamente desvirtuados ya inclusive con anterioridad mediante las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, solicito que en el marco del principio de seguridad jurídica y a efectos de concluir la instancia administrativa sobre el asunto de la previsión teniendo en cuenta que se han agotado todos los argumentos sobre este tema a través de las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se resuelva el Recurso Jerárquico disponiendo la Confirmación de la Resolución ASFI N° 810/2012 de 31 de diciembre de 2012..."

Que, mediante Auto de fecha 1 de febrero de 2013, se notificó al tercero interesado, Sr. Jaime Enrique Quiroga Angulo, a objeto de que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presente alegatos; mismo que no se apersonó y consiguientemente no presentó criterio o alegación alguna, y al no constituir un elemento impeditivo para dictar Resolución, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas se pronuncia.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

El procedimiento administrativo correspondiente al caso de autos, ha merecido, a lo largo de los años, anulaciones por parte de esta instancia jerárquica, conforme se evidencia de la relación de antecedentes detallados en el primer considerando de la presente Resolución

Ministerial Jerárquica, sin embargo, nos remitiremos a la última determinación de ésta instancia, a saber:

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 067/2012 de 23 de noviembre de 2012, se resolvió lo siguiente:

*“...**ANULAR** el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 269/2012 de 27 de julio de 2012, **inclusive**, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica...”*

La precitada Resolución Ministerial Jerárquica, determinó, en su parte considerativa, que el Ente Regulador estaba en la obligación de emitir una nueva Resolución Administrativa con la debida fundamentación y motivación sobre la contingencia legal que generaba una previsión del cien por ciento (100%), emergente del proceso ordinario civil seguido por la Empresa Serprec Ltda., ello en virtud de la competencia que le asistía.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en función a la Resolución Ministerial Jerárquica citada, emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 810/2012, de 31 de diciembre de 2012, mediante la cual confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, estableciendo que la previsión que debe constituir el Banco Económico S.A., corresponde al cien por ciento (100%) del importe consignado en el cheque N° 05079-9, vale decir por la suma de Bs7.478.092,24.

Que, el 21 de enero de 2013, el Banco Económico S.A. interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 810/2012 de 31 de diciembre de 2012, señalando que el Ente Regulador habría dictado nueva Resolución, sin establecer si la misma sería confirmatoria total o parcial, que, además, la Resolución objeto de impugnación, modificaría sustancialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012, y finalmente señala que el Ente Regulador habría incurrido en error en cuanto a lo que se entiende por obligación presente y prescripción, al haber determinado una previsión del cien por ciento (100%) sobre el monto total del cheque.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto a las formas de Resolución.-

La recurrente, señala que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), habría dictado la nueva Resolución con el agravante de no determinar si su confirmatoria es total o parcial, conforme manda el artículo 43 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175; al determinar la confirmatoria de la Resolución Administrativa N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012 en su resuelve primero y modificando, en el resuelve segundo, toda vez que se han incorporado nuevos elementos.

Para dilucidar y resolver la controversia generada, debemos traer a colación lo determinado por la normativa, es así que el Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado Mediante Decreto Supremo No. 27175, en su

artículo 43 determina lo siguiente:

“Artículo 43 (Formas de Resolución en Recurso de Revocatoria)

I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán:

a) Confirmatorias. *Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...”*

De lo transcrito, tenemos que, la norma es clara al señalar que las Resoluciones serán confirmatorias cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida, siendo total si no existe ninguna modificación y parcial si se modifica en parte.

Que, en el caso de Autos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI N° 810/2012 de 31 de diciembre de 2012, determinó confirmar la Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, entendiéndose por ésta como confirmatoria total de la Resolución impugnada, si leemos sólo el artículo primero, sin embargo ya el segundo artículo, nos muestra una confirmatoria parcial, debido a que existe una modificación al texto, que determina clara e inequívocamente el monto de la previsión omitida en la primera Resolución. Esta forma de resolución del Recurso de Revocatoria planteado, nos muestra el incumplimiento al procedimiento (forma) por parte del Ente Regulador.

Sin embargo, se tiene que, si bien la Autoridad de Supervisión debió ser clara al momento de emitir su determinación, es decir consignar el término “Confirmatoria Parcial”, no se debe olvidar que dicha omisión **no puede considerarse como una “cuestión de fondo”, sino de forma** y por tanto no puede ser considerada como causal de anulabilidad, conforme lo prevé el artículo 36 de la Ley del Procedimiento Administrativo.

Asimismo, siguiendo el referido artículo, el defecto de forma sólo acarrea la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados, situación que no se da en el presente caso ya que la omisión del término **parcial** no ocasionó indefensión ni evitó alcanzar el fin, más al contrario, la modificación realizada, sobre el monto de la previsión del cien por ciento (100%) (Importe del cheque N° 05079-9), responde a la solicitud hecha en el Recurso de Revocatoria presentado por el Banco Económico S.A., quien alegaba que la ASFI no habría determinado el monto exacto de la previsión y que **éste hecho** le hubiera causado confusión.

Por lo que, mal ahora puede alegar que, por el hecho de que el Ente Regulador haya establecido en el segundo resuelve “...Establecer que la previsión del 100% que deberá constituir el Banco Económico S.A. corresponde al importe consignado en el cheque N° 05079-9 por la suma de Bs 7,478,092.24...” la Resolución se encontraría viciada de nulidad.

2.2. En cuanto a la obligación presente.-

La recurrente señala que la ASFI, nuevamente, en la fundamentación dada mediante Resolución Administrativa ASFI N° 810/2012, habría incurrido en error en cuanto a lo que se entiende por obligación presente, respecto de la previsión del cien por ciento (100%) del

importe del cheque N° 05079-9.

Es así que, debe dejarse en claro que para hablar de obligación presente en el caso de autos, la misma debe constituirse en una exigencia que tiene que ser identificada en el momento actual y que debe cumplirse en el futuro, pero condicionada, a la ocurrencia de un evento determinado, tomando en cuenta para ello la probabilidad de su existencia

Ahora bien, impera remitirnos a los fundamentos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sobre el particular, conforme se transcribe a continuación:

“...En ese orden, si bien la previsión por riesgo legal se encuentra debidamente considerada en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, la facultad legal de la ASFI para disponer dicha previsión, a efecto de establecer el importe de la previsión corresponde analizar las tres condiciones establecidas en las Normas Internacionales de Contabilidad 37 (NIC 37), que aplicados al presente caso cabe fundamentar lo siguientes criterios:

- a) Conforme manifiesta el Banco Económico S.A. en su Recurso de Revocatoria que no existiría una obligación presente con la empresa SERPREC Ltda., cabe recordar a la entidad recurrente que la obligación NACE justamente de las supuestas infracciones cometidas por el Banco Económico S.A. en el pago del cheque N° 05079-9 cuyo importe de Bs7.478.092.24.-, está siendo dilucidado dentro del proceso ordinario civil radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de Cochabamba, por lo que la materialización (pago) de dicha previsión se encuentra sujeta al fallo que emita la autoridad judicial.*
- b) Como resultado del juicio ordinario y civil instaurado por SERPREC Ltda., contra el Banco Económico S.A., es probable que la entidad tenga que desprenderse de recursos económicos si la autoridad judicial falla a favor de la empresa SERPREC Ltda. el importe del cheque objeto del presente proceso civil en curso.*
- c) De acuerdo a lo señalado en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, en la descripción de la cuenta 257.00 Otras provisiones, establece de forma clara y suficiente los instructivas para efectuar previsión, al mencionar “En esta cuenta se registra el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas” de lo que se desprende que el importe de la previsión debe ser suficiente para cubrir el riesgos de posibles pérdidas, en este caso emergente del litigio en el que se encuentra el Banco Económico S.A. interpuesto por la empresa SERPREC Ltda....”*

De lo expuesto por la ASFI, se tiene que en el presente caso, la obligación presente se encontraría en el hecho de que existe un suceso ocurrido en el pasado, mismo que **ha dado origen a que hoy** exista un proceso **ordinario civil radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de Cochabamba**, entre el Banco Económico S.A y SERPREC Ltda., por el pago del cheque N° 05079-9, por el cual se tiene la probabilidad de que el Banco Económico S.A. incurra en la obligación de cubrir el importe del mismo.

Por lo que la ASFI no puede dejar de lado que existe la posibilidad de que el Banco Económico S.A. tenga que desprenderse de recursos económicos dentro del proceso ordinario civil, al constituir una obligación de la Autoridad Reguladora el precautelar y promover un sistema financiero sólido, confiable y competitivo.

Del análisis desarrollado *supra*, se tiene que, no existe ningún error en cuanto a lo que se entendería por obligación presente, ya que, como vimos, existe una contingencia judicial vigente en la cual existe una probabilidad de que la Entidad tenga que desprenderse de recursos económicos si la autoridad judicial, resultado del fallo, dispone el pago del cheque en el proceso civil.

Ahora bien y en caso de que exista una resolución o sentencia dentro del proceso ordinario entre el Banco Económico S.A. y Serprec Ltda., donde se demuestra la prescripción o la excepción de pago documentado, la medida de previsión deberá ser levantada.

2.3. En cuanto a que el monto de la previsión no debió ser por el importe del cheque.-

La recurrente, señala que el Ente Regulador debió valorar los porcentajes del 17.50% (Diez y siete punto cincuenta por ciento) para Serprec LTDA. y el 82.50% (Ochenta y dos punto cincuenta por ciento) para Jaime Enrique Quiroga, del cheque N° 5079-9, y que la previsión debió haberse dado sólo por el porcentaje del 17.50% (Diez y siete punto cincuenta por ciento) y no así del 100% (cien por ciento).

Al respecto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su Resolución Administrativa ASFI N° 810/2012, se ha pronunciado:

*"...Otro aspecto a considerar se refiere que para estimar el valor de la previsión debe necesariamente considerarse el valor literal del cheque y no sólo la cuota parte de participación de SERPREC LTDA. en la Asociación Accidental, como bien lo expresa el artículo 491 del Código de Comercio: "Titulo Valor (entre los que se encuentra el cheque) es el documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo consignado en mismo" , lo que significa que se consigna una orden de pago a favor del beneficiario del cheque (en este caso SERPREC LTDA.) **por un monto determinado que debe ser pagado en su totalidad.** Por esta razón es **cuantificable** el importe de la deuda correspondiente, ya que el monto del cheque N° 05079-9 objeto del presente proceso judicial se encuentra consignado la suma de Bs7.478.092.24.*

En este sentido, la constitución de previsión del 100% del riesgo legal del proceso judicial en curso, dispuesta mediante Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 07 de mayo de 2012, si bien el monto de dicha previsión no se encontraba considerada en la misma, corresponde cuantificar el importe considerando básicamente el importe registrado en el cheque N° 05079-9 cuyo valor es de Bs7.478.092.24...."

Conforme lo expuso la Autoridad Fiscalizadora, así como de la documentación adjunta al expediente, se tiene que el proceso Civil Ordinario seguido por Serprec LTDA. contra el Banco Económico S.A., (por el mal pago del cheque intransferible N° 05079-9) se ha

instaurado **por el importe del valor nominal del cheque, Bs7.478.092,24**, por lo que el Ente Regulador ha actuado en el marco de su competencia y conforme a normativa, al haber determinado una previsión del cien por ciento (100%) del referido importe, habiendo llegado a dicha conclusión previa evaluación de los hechos y antecedentes del caso, conforme se tiene anotado.

Que, importa, a su vez, traer a colación lo determinado por esta instancia jerárquica mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010, para el caso de autos, que señala:

*“Es así que, al evidenciarse la existencia de un riesgo legal (a raíz de las controversias surgidas entre el Banco Económico S.A. y SERPREC LTDA. con relación al cheque 05079-9 y al incumplimiento de la normativa), **éste riesgo debe ser cubierto, y la determinación de la previsión por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, permite el cumplimiento de dicho fin.**”*

***Esta instrucción de previsión es una ATRIBUCIÓN de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, y constituye una medida preventiva,** que no debe confundirse con la imposición de una sanción, ya que tiene elementos constitutivos diferentes.*

Sin embargo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco del uso de las atribuciones conferidas por Ley, debe asegurar que el riesgo legal sea satisfecho, pudiendo adoptar la medida preventiva de Previsión u otra que tenga el mismo efecto y resultado...”

(Mayúsculas, negrilla y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, la Resolución Administrativa ASFI N° 810/2012 de 31 de diciembre de 2012, se encuentra debidamente motivada en cuanto a la determinación adoptada, ya que el fundamento legal usado por la ASFI, para determinar una previsión, se encuentra claramente identificado en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, así como en los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptadas en Bolivia y en la Norma Internacional de Contabilidad 37 (NIC 37), mismos que señalan que para la situación en que, en este caso, un Banco presente un riesgo legal, debe constituir una previsión del cien por ciento (100%) del importe estimado, para cubrir las posibles pérdidas originadas por juicios, claro ello, previa evaluación por parte de la Entidad llamada por Ley que en el caso de autos es la Entidad Reguladora, la misma que ha determinado que la previsión es por el cien por ciento (100%) del valor del cheque.

Es así que la ASFI, al haber evidenciado un posible riesgo legal para el Banco Económico S.A., dentro del proceso ordinario civil seguido por Serprec LTDA., ha determinado instruir con carácter preventivo y prudencial, una previsión del 100% (cien por ciento) del referido riesgo legal, para que, en caso de que la resolución judicial beneficie en su fallo a SERPREC LTDA., el Banco Económico S.A. tenga el suficiente respaldo financiero para hacer frente al mismo. Tal atribución se encuentra señalada en el numeral 14 del artículo 154 de la Ley N°1488, que textualmente dice: *“Instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultantes de su labor de supervisión y control.”*

Por todo lo anteriormente expresado, en ningún caso puede ser entendida como ilegal y arbitraria la medida preventiva de adoptar una previsión del cien por ciento (100%) en este caso, del cheque N° 05079-9, por la suma de Bs7.478.092,24, en razón a que la misma se encuentra enmarcada dentro de la normativa, conforme se tiene señalado.

2.4. En cuanto a los diferentes criterios utilizados por la ASFI.-

La recurrente señala que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría determinado, a lo largo de este tiempo, diferentes criterios respecto a la previsión que debía realizarse, los cuales se detallan a continuación:

- 1.- Previsión del 100% (cien por ciento), correspondiente al pago del cheque N° 05079-9.
- 2.- Previsión gradual o porcentual.
- 3.- El propio Banco debía estimar y cuantificar el monto de la previsión.
- 4.- Previsión del 100% (cien por ciento), correspondiente al pago del cheque N° 05079-9.

No existiendo por ello –anota el recurrente– un criterio uniforme en cuanto a la determinación de la previsión.

Al respecto, si bien a lo largo de este proceso, existieron varias determinaciones adoptadas por el Órgano Regulador sobre cuál debería ser el monto de la previsión, se tiene que, las mismas fueron anuladas a través de las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 08/2010 de fecha 23 de febrero de 2010, MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 009/2011 de 18 de marzo de 2011, MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 021/2012 de 16 de abril de 2012 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 067/2012 de 23 de noviembre de 2012.

Este hecho hace que no existan criterios contrarios o distintos al momento de establecer el porcentaje de la previsión, ya que no debe olvidar el recurrente que una de las consecuencias y efectos de la anulabilidad, es precisamente que la tramitación del proceso se retrotrae hasta el vicio más antiguo, no existiendo por lo tanto efecto alguno futuro, en el caso de autos, para las Resoluciones Administrativas ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012 y ASFI N° 810/2012 de 31 de diciembre de 2012.

Por último y en cuanto a que la recurrente solicita la valoración de lo manifestado por el Ing. Jaime Enrique Quiroga Angulo, dentro de los procesos que viene llevando a cabo con Serprec Ltda., se tiene que, ya la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 067/2012 de 23 de noviembre de 2012, determinó que estos aspectos no corresponden sean dilucidados en la vía administrativa, sino en la vía jurisdiccional y se enfatizó que el presente proceso versa sobre la competencia que tendría la ASFI para determinar una previsión como medida preventiva, del cien por ciento (100%) del monto del cheque N° 05079-9, por la suma de Bs7.478.092,24.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente por este Ministerio de Economía y Finanzas

Públicas, y en estricto cumplimiento de la normativa del sector, se ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha hecho un correcto análisis de la norma al haber determinado una previsión correspondiente al cien por ciento (100%) del importe consignado en el cheque N° 05079-9, es decir por la suma de Bs7.478.092,24, y ha cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, a la motivación y a la fundamentación del mismo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar totalmente la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 810/2012 de 31 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 168/2012 de 7 de mayo de 2012.

Regístrese, notifíquese y archívese

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



RECURRENTE

LILIA AVILÉS DE CARVAJAL

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPNC/Nº 1008-2012 DE 31 DE DICIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°029/2013 DE 04 DE JUNIO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 029/2013

La Paz, 04 de Junio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 1008-2012 de 31 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/N° 863-2012 de 12 de noviembre de 2012 ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 028/2013 de 19 de abril de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 060/2013 de 23 de abril de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, mediante nota presentada en fecha 21 de enero de 2013, la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 1008-2012 de 31 de diciembre de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/N° 863-2012 de 12 de noviembre de 2012.

Que, mediante nota APS/DJ/619/2013, con fecha de recepción 25 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 1008-2012 de 31 de diciembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 30 de enero de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL**, mismo que fue notificado el 5 de febrero de 2013.

Que, mediante nota recibida en fecha 13 de febrero de 2013, la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** presentó documentación complementaria.

Que, asimismo, por nota APS/DJ/4011/2013, recepcionada en fecha 22 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros adjuntó la documentación complementaria, que le fuera solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 029/2012 de 18 de febrero de 2013.

Que, en fecha 27 de febrero de 2013, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL**.

CONSIDERANDO:

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

1. RECLAMOS PRESENTADOS POR LA SEÑORA LILIA AVILÉS DE CARVAJAL.-

1.1. Nota de fecha 16 de febrero de 2009.-

Mediante nota de 16 de febrero de 2009, presentada a la Asociación Accidental La Vitalicia BISA SAFI, la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** solicitó lo siguiente:

*"...instruyan ustedes a quien corresponda **EL DESBLOQUEO DE RENTA DIGNIDAD** a nombre de **LILIA AVILES de CARVAJAL con CI. 188545 LP.** de las gestiones 2008 y 2009, ya que no pude realizar el cobro de mis tramites (sic) personales, debido a que en el Bonosol sufrí un bloqueo el cual me impidió realizar mis cobros. Hago notar que la diferencia de años en las cédulas emitidas fue un error administrativo de las oficinas de identificación personal..."*

1.2. Nota de fecha 27 de agosto de 2012.-

Mediante nota recepcionada en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 27 de agosto de 2012, la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** comunicó lo siguiente:

"...Por la presente me dirijo a Ud. muy respetuosamente, para solicitarle que por la oficina correspondiente, se me haga efectiva la devolución del "Bono Sol" (sic) de las

gestiones 2006, 2007, 2008 y 2009 que hasta la fecha se me retiene aún a pesar de haber aclarado mi situación hace mucho tiempo...”

1.3. Nota APS/JPO/AC/6682/2012 de 5 de septiembre de 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/JPO/AC/6682/2012 de 5 de septiembre de 2012, comunicó a la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** lo siguiente:

“...Nos dirigimos a usted con relación a su nota presentada a esta Autoridad en fecha 27 de agosto de 2012, mediante la cual reclama el pago de Bonosol de las gestiones 2006, 2007, 2008 y 2009.

Al respecto, comunicamos a usted que revisado su caso se ha verificado lo siguiente:

*En fecha 07 de diciembre de 2006, cuando solicitó la Actualización de Datos, su registro como Beneficiaria del Bonosol fue bloqueado con estado “**IBS**” (Inactivo Bloqueado por cobro en Exceso), debido a que presentó documentos con fecha de nacimiento **21 de noviembre de 1996.***

*En fecha 30 de mayo de 2008, su registro como Beneficiaria fue bloqueado con estado “**IBA**” (Bloqueo Administrativo) por haber cobrado el beneficio del Bolívica, antes de cumplir los 65 años de edad.*

Cabe mencionar que la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 833 de 16 de octubre de 2007 referido al Bloqueo del Derecho de Pago de Bonosol, establece lo siguiente:

*“...**ARTICULO 3°.-** La SPVS, recibido el informe técnico legal de la AFP, si así correspondiera, deberá aceptar y levantar el bloqueo administrativo mediante Resolución Administrativa expresa o en su caso emitirá el Auto de Rechazo...”*

En este sentido, el informe Técnico-Legal remitido por la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante nota AA.GG.0152/2010, de fecha 08 de enero de 2010, menciona que:

“...En fecha 16 de febrero de 2009 la Beneficiaria Sra. Lilia Aviles de Carvajal con Cédula de Identidad 188545, presentó el Formulario de Reclamo No. 2417, donde adjuntó documentación que acredita su año de nacimiento 1932...”

En consecuencia, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones emitió la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 53-2010 de fecha 15 de marzo de 2010, referida al DESBLOQUEO ADMINISTRATIVO de su registro como Beneficiaria.

Importante señalar que la Resolución Administrativa SPVS/IP No.º2010, de 29 de febrero de 2008 referida al Procedimiento Transitorio para el Pago de Bonosol y Gastos Funerarios establece:

“...ARTÍCULO 10. (PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD). Conforme al D.S. 29400, la prescripción y caducidad del derecho al cobro de BONOSOL se aplicará según lo siguiente:

- a) (...)
- b) *Caducará el derecho al cobro de BONOSOL de los pagos comprendidos entre el 01 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2008, es decir los beneficiarios de BONOSOL habilitados en la BDBB podrán cobrar el beneficio hasta el 31 de diciembre de 2008...”*Por lo señalado, debido a que usted presentó su reclamo en febrero de 2009 y la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 210/2008 estableció el plazo para el cobro de los beneficiarios habilitados en la BDBB hasta el 31 de diciembre de 2008, no le corresponde el cobro del Bonosol por las gestiones 2006 y 2007.

Asimismo, le informamos a usted que los periodos vigentes de pago del beneficio del Bonosol fueron de 2003 al 2007. Posteriormente a través de la promulgación de la Ley 3791 el Fondo de Renta Universal de Vejez, se pone en vigencia la Renta Dignidad, para la cual, verificada la Base de Datos de Beneficiarios de Renta Dignidad de las gestiones 2008 y 2009, se evidencia que su persona habría cobrado en un solo pago el monto de Bs. 3.750 en fecha 19 de marzo de 2010 en la Mutual La Primera...”

1.4. Nota de fecha 22 de octubre de 2012.-

Mediante nota de fecha 22 de octubre de 2012, presentada en fecha 24 siguiente, la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** presenta su reclamo a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señalando lo siguiente:

“...una vez más me encuentro con la negativa a mi solicitud de poder cobrar el BONOSOL de las gestiones 2006 y 2007, las cuales legalmente me corresponden; habiendo transcurrido tanto tiempo de reclamos y respuestas injustas hacia mi persona me encuentro indignada e impotente ante esta situación.

Ya que es de su conocimiento que hace mucho tiempo ya pude aclarar la situación respecto a mi fecha de nacimiento, no entiendo porque su persona aún me responde con negativas, sabiendo que mi reclamo es totalmente justo y a pesar de haber estado durante tanto tiempo recibiendo injustas trabas que me impiden cobrar el pago correspondiente, nuevamente solicito a su persona me hagan efectiva la devolución del BONOSOL de las gestiones 2006 y 2007.

También pongo en su conocimiento que en su momento yo presente (sic) una carta al Sr. Guillermo Mendoza Avilés, Presidente de Comisión Política Social de la Honorable Cámara de Diputados, adjuntándole la documentación correspondiente, él entendió mi situación y en el momento en que se empezaba a aclarar todo este contexto, Ud. Señor Lic. Iván Rojas es el único que sigue poniendo trabas e injusticias a mi petición.

Puesto que me veo muy afecta en esta situación, seguiré insistiendo con el pago respectivo ya que considero que todas las dilaciones y observaciones presentadas fueron totalmente injustas; y habiendo realizado múltiples reclamos por escrito

durante todo este tiempo, mi salud física y psicológica se ha deteriorado visiblemente; nuevamente le solicito SE HAGA EFECTIVO EL PAGO DE MI BONOSOL DE LAS GESTIONES 2006 Y 2007..."

1.5. Nota de fecha 26 de octubre de 2012.-

Mediante nota de fecha 26 de octubre de 2012, la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL**, señala lo siguiente:

"...Por la presente, me dirijo a Ud. muy respetuosamente con el objeto de informar a su persona que anulo la nota que mandé el día 22 de octubre, pues insisto en que se me adeuda el pago del "Bono Sol" (sic) de cuatro gestiones: 2006, 2007, 2008 y 2009.

*Al hacer una revisión exhaustiva de todo mi expediente, el pago que mi persona habría cobrado corresponde a la **renta Dignidad**, mas no el "Bono Sol" (sic) que por derecho me corresponde.*

Esperando que este beneficio me sea devuelto, solicito comprensión de su parte como autoridad competente que es, pues reitero que mi petición es totalmente justa..."

1.6. Nota COM.INT. DPNC/232/2012 de 31 de octubre de 2012.-

Mediante Comunicación Interna DPNC/232/2012 de 31 de octubre de 2012, la Dirección de Prestaciones No Contributivas comunica a la Dirección Jurídica, ambas de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que no corresponde la solicitud efectuada por la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL**, solicitando la emisión de Resolución Administrativa que disponga la improcedencia del reclamo presentado por la Beneficiaria.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPNC/DJ/Nº 863-2012 DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/Nº 863-2012 de 12 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta los argumentos siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que se han evaluado los antecedentes e información relacionada a la solicitud planteada por la Beneficiaria Lilia Avilés de Carvajal.

Que a fin de poder precisar los antecedentes del caso, es necesario efectuar la cronología de hechos acontecidos, mismos que se resumen de la siguiente manera:

- a) *Conforme a los registros que cursan en la Autoridad de Fiscalización y Control Social del Pensiones y Seguros – APS, la señora Lilia Avilés de Carvajal efectuó los cobros del beneficio del Bolivida correspondiente a las gestiones 1998, 1999, 2000 y 2001 (Cuadro 1). Asimismo, efectuó los cobros del beneficio del BONOSOL correspondiente a las gestiones 2003, 2004 y 2005 (Cuadro 2).*

- Cuadro 1

CÓDIGO DE CIUDADANO	Nº DOC ID	APELLIDO PATERNO	APELLIDO MATERNO	APELLIDO ESPOSO	NOMBRES	FECHA DE NACIMIENTO	GESTIÓN DE PAGO	FECHA DE PAGO	MONTO
220282938	188545	AVILES		CARVAJAL	LILIA	21/11/1933	1998,1999 2000, 2001	21/03/2001 17/06/2002	790 840

- Cuadro 2

NUB	Nº DOC ID	APELLIDO PATERNO	APELLIDO MATERNO	APELLIDO ESPOSO	NOMBRES	FECHA DE NACIMIENTO	GESTIÓN DE PAGO	FECHA DE PAGO	MONTO
220282938	188545	AVILES		CARVAJAL	LILIA	21/11/1933	2003 2004 2005	21/11/2003 22/11/2004 21/11/2005	1800 1800 1800

- b) En fecha 30 de noviembre de 2006, la señora Lilia Avilés de Carvajal inició el Trámite de Solicitud de Actualización N° 000180420, a través del cual la Beneficiaria solicita el cambio de fecha de nacimiento de 21 de noviembre de 1933 a **21 de noviembre de 1936** conforme la Cédula de Identidad con N° 188545 LP. de Valorada 0206243, información corroborada por la ex Dirección Nacional de Identificación Personal.
- c) Con la fecha de nacimiento resaltada en el inciso anterior, la señora Lilia Avilés de Carvajal habría incurrido en cobros indebidos del beneficio del Bolívida, procediendo la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros - SPVS a bloquear su registro con estado IBX (Inactivo por Cobro en Exceso) en fecha 07 de diciembre de 2006.
- d) Posteriormente se bloqueó el registro con estado IBA (Inactivo Bloqueo Administrativo) en fecha 30 de mayo de 2008 mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 457 de 26 de mayo de 2008, al identificar que el cobro efectuado por la señora Lilia Avilés de Carvajal no se trataba de un cobro en exceso sino de un cobro antes de cumplir 65 años, edad requerida por ley.
- e) En fecha **16 de febrero de 2009**, la señora Lilia Avilés de Carvajal presenta su reclamo con número correlativo N° 2417 a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, solicitando el desbloqueo de su registro y adjuntando la siguiente documentación: fotocopia de la Sentencia Judicial de fecha 05 de mayo de 2008 que modifica el año de nacimiento de la Beneficiaria de 21 de noviembre de 1936 a 21 de noviembre de 1932, fotocopia de Cédula de Identidad N° 188545, Certificado de Cédula de Identidad y Certificado de Nacimiento; que acreditan su fecha de nacimiento actual como **21 de noviembre de 1932**, fecha que es distinta a aquella con la que efectuó los cobros de Bolívida de las gestiones 1998, 1999, 2000 y 2001 y Bonosol de las gestiones 2003, 2004 y 2005, sin embargo demuestra que la Beneficiaria cumplía con la edad exigida por Ley.
- f) En fecha 18 de marzo de 2010 se procedió a desbloquear el registro de la Beneficiaria Lilia Avilés de Carvajal, en virtud a lo dispuesto por la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 53/2010 de 15 de marzo de 2010, habilitándose el pago de la Renta Dignidad desde el periodo enero 2008, a partir del cual se comenzó a pagar el beneficio de la Renta Dignidad conforme establece el artículo 4 de la Ley N° 3791 de 28 de noviembre de 2007 y el artículo 14 del Decreto Supremo N° 29400 del 29 de diciembre de 2007.

Que la señora Lilia Avilés de Carvajal, mediante notas de fechas 28 de agosto de 2012 y 22-26 de octubre de 2012, efectúa reclamo y solicita poder cobrar el Bonosol de las gestiones 2006, 2007, 2008 y 2009, no habiendo otra solicitud que no fue considerada al presente por el Ente Regulador.

Que con referencia a la solicitud de pago del **Bonosol** por las gestiones **2008 y 2009**, el artículo 12 de la Ley N° 3791 de 28 de noviembre de 2007 (Ley de la Renta Universal de Vejez) deroga los artículos 1 al 21 de la Ley N° 2427 de 28 de noviembre de 2002 (Ley del BONOSOL), estableciéndose desde la promulgación de esta Ley el beneficio de la Renta Universal de Vejez y **dejando sin vigencia el beneficio del Bonosol a partir de la gestión 2008**, no existiendo de esta manera el beneficio del Bonosol por las gestiones 2008 y 2009. Por lo tanto, la solicitud de pago por estas gestiones, efectuada por la señora Lilia Avilés de Carvajal no corresponde.

Que con relación a la solicitud de pago del beneficio del **Bonosol** por las gestiones **2006 y 2007**, efectuado el análisis técnico correspondiente de la documentación y normativa concerniente al caso, se tiene el siguiente resultado:

El Decreto Supremo N° 29400 del 29 de diciembre de 2007, norma reglamentaria a la Ley N° 3791 de 28 de noviembre de 2007; en su artículo 36, parágrafo IV, inciso b), establece lo siguiente: "...b) Caducará el derecho al cobro del Bonosol de los pagos comprendidos entre el primero de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2007, en un plazo de doce (12) meses computados a partir del 31 de diciembre de 2007"

Que de la lectura de lo anterior, queda claro que la norma dispone expresamente que **el derecho al cobro del Bonosol** por las gestiones 2006 y 2007 (pagos reclamados por la señora Lilia Avilés de Carvajal), **caducó el 31 de diciembre del 2008**.

Que adicionalmente, con el objeto de concluir con los pagos pendientes del beneficio del Bonosol, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS, emitió normativa reglamentaria al proceso de transición establecido en el Decreto Supremo N° 29400 del 29 de diciembre de 2007, entre dicha normativa se encuentra la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 210 de 29 de febrero de 2008 que en su artículo 5, establece:

"ARTÍCULO 5. (MODIFICACIÓN Y HABILITACIÓN DE REGISTROS)

...

Los trámites de Bloqueos/Desbloques de las AFP y SPVS, serán recibidos por las AFP hasta el **30 de junio de 2008 inclusive...** " (Las negrillas son nuestras)

Que de lo expuesto se puede advertir que, la señora Lilia Avilés de Carvajal tenía como plazo máximo para presentar su reclamo ante las Administradoras de Fondos de Pensiones, solicitando el desbloqueo de su registro con toda la documentación que la norma exige para el pago del Bonosol que le faltaba cobrar, hasta el 30 de junio de 2008.

Que sin embargo, la señora Lilia Avilés de Carvajal presentó su reclamo para el desbloqueo de su registro el **16 de febrero de 2009**, es decir siete meses y 16 días fuera del plazo establecido por norma, para la presentación de reclamos y además cuando el plazo para el pago del beneficio del Bonosol ya había prescrito según el inciso b), parágrafo IV del artículo 36 del Decreto Supremo N° 29400 del 29 de diciembre de 2007, anteriormente citado.

Que asimismo, es importante resaltar que la fecha de nacimiento de la Beneficiaria se tiene dilucidada por Autoridad Competente, la cual previo proceso judicial ha determinado este extremo. En ese comprendido, de acuerdo al pronunciamiento jurisdiccional firme y conforme a los registros oficiales de filiación del Estado, la señora Lilia Avilés de Carvajal tiene como fecha de nacimiento el **21 de noviembre de 1932**, para todos los efectos.

Que además es importante señalar que la Beneficiaria está cobrando regularmente la Renta Dignidad al estar su registro desbloqueado, con la edad establecida en los registros oficiales del Estado.

Que en virtud al análisis integral del caso, se concluye que la solicitud de la señora Lilia Avilés de Carvajal de pago del extinto beneficio del Bonosol por las gestiones: 2006, 2007, 2008 y 2009, no corresponde por las razones expuestas..."

En definitiva y con tal fundamento, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

"...ÚNICO.- I. Se rechaza la solicitud de la señora Lilia Avilés de Carvajal de pago del extinto beneficio del Bonosol por las gestiones: 2006, 2007, 2008 y 2009, por las razones expuestas en el presente acto administrativo.

II. Una vez notificada la señora Lilia Avilés de Carvajal con la presente Resolución Administrativa y, en caso de considerar que con la misma le ocasiona perjuicio a sus derechos o intereses, impugne por la vía recursiva conforme establece los artículos 46 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003..."

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante nota presentada el 30 de noviembre de 2012, la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/N° 863-2012 de 12 de noviembre de 2012, con los siguientes argumentos:

"...He sido notificada en fecha 16 de noviembre del presente año con la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/N° 863 - 2012 por la cual se me niega una vez más el cobro del BONO SOL (sic) de las gestiones 2006 y 2007 que por derecho me corresponden, en ese sentido PRESENTO RECURSO DE REVOCATORIA en base a los siguientes argumentos:

- Mi persona ha seguido minuciosamente y sin descuido todo el trámite que se me exigía para poder regularizar mi situación en cuanto al año de mi nacimiento se

refiere, hecho que solucioné siguiendo todo el procedimiento legalmente establecido.

- Mi registro fue bloqueado con estado IBX (Inactivo por Cobro en Exceso) en diciembre de 2006 por haber cobrado supuestamente el beneficio antes de cumplir los 65 años de edad. Sin embargo es en virtud de UNA SENTENCIA JUDICIAL que cursa dentro de los archivos de la unidad pertinente, que mi situación se regularizó, no habiendo entonces ningún impedimento para que yo pudiera cobrar el beneficio del BONO SOL (sic) de las gestiones 2006 y 2007.
- A pesar de ello se insiste en aplicar LA LETRA MUERTA DE LA LEY aseverando que mi derecho ha fenecido. NO ESTOY DE ACUERDO CON ELLO.

Por todo lo expuesto, solicito que mediante la unidad correspondiente se ME HAGA EFECTIVO EL PAGO DEL BONO SOL (sic) DE LAS GESTIONES 2006 Y 2007 que por DERECHO ME CORRESPONDE..."

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/N° 1008-2012 DE 31 DE DICIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 1008-2012 de 31 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/N° 863-2012 de 12 de noviembre de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por los argumentos siguientes:

*"...Que la señora Lilia Avilés de Carvajal plantea como argumento, el haber regularizado su situación en cuanto a su año de nacimiento se refiere; sin embargo conforme a la documentación presentada, queda plenamente probado que dicha regularización fue de conocimiento de la Entidad Gestora en fecha 16 de febrero de 2009, tal como se refleja en el Formulario de Reclamo con número correlativo N° 2417, mediante el cual solicita el desbloqueo de su registro y tiene adjunta la documentación siguiente: fotocopia de la Sentencia Judicial de fecha 05 de mayo de 2008 que modifica el año de nacimiento de la Beneficiaria de 21 de noviembre de 1936 a 21 de noviembre de 1932, fotocopia de Cédula de Identidad N° 188545, Certificado de Cédula de Identidad y Certificado de Nacimiento; que acreditan su fecha de nacimiento actual como **21 de noviembre de 1932**, fecha que es distinta a aquella con la que efectuó los cobros de Bolivida de las gestiones 1998, 1999, 2000 y 2001 y Bonosol de las gestiones 2003, 2004 y 2005, sin embargo demuestra que la Beneficiaria cumplía con la edad exigida por Ley.*

Que a fin de dar cumplimiento al Decreto Supremo N° 29400 del 29 de diciembre de 2007 en su artículo 36, parágrafo IV, inciso b), el cual establece que caducará el derecho al cobro del Bonosol de los pagos comprendidos entre el primero de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2007, en un plazo de doce (12) meses computados a partir del 31 de diciembre de 2007, se emitió la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 210 de 29 de febrero de 2008 que en su artículo 5, establece:

"ARTÍCULO 5. (MODIFICACIÓN Y HABILITACIÓN DE REGISTROS)

...Los trámites de Bloqueos/Desbloques de las AFP y SPVS, serán recibidos por las AFP hasta el 30 de junio de 2008 inclusive..."

Que por consiguiente, el trámite iniciado por la señora Lilia Avilés de Carvajal en la Entidad Gestora el 16 de febrero de 2009, con la documentación de regularización consistente en Certificado de Cédula de Identidad (original), Cédula de Identidad (fotocopia), Certificado de Nacimiento (original), fue presentado en forma extemporánea.

Que el bloqueo del registro de la señora Lilia Avilés de Carvajal, con estado IBX (Inactivo por Cobro en Exceso) se realizó en fecha 07 de diciembre de 2006, en virtud a que la señora Lilia Avilés de Carvajal solicitó actualización de su registro, modificando su fecha de nacimiento a 21 de noviembre de 1936, fecha con la cual se evidencia que cobró el Bolivida antes de la edad requerida de 65 años, tal como se aprecia en el cuadro siguiente:

DATOS CON LOS QUE LA SEÑORA LILIA AVILÉS DE CARVAJAL SOLICITÓ ACTUALIZACIÓN DE SU REGISTRO, MISMO QUE ESTUVIERON CONSIGNADOS EN SU DOCUMENTO DE IDENTIDAD						DATOS DEL COBRO DEL BENEFICIO DEL BOLIVIDA		
DOC. IDENT.	APELLIDO PATERNO	APELLIDO MATERNO	APELLIDO ESPOSO	NOMBRES	FECHA NACIMIENTO	GESTIONES	FECHA DE COBRO SEGÚN BASE DE DATOS	AÑOS CUMPLIDOS
188545	AVILES		CARVAJAL	LILIA	21/11/1936	1998, 1999	21/03/2001	64,328

Que es importante aclarar que se procedió a efectuar el cálculo de la edad al momento del cobro, de acuerdo a la fecha de nacimiento 21 de noviembre de 1936 consignada en la Cédula de Identidad N° 188545 a nombre de Lilia Avilés de Carvajal, información que fue confirmada por la Dirección Nacional de Identificación Personal en respuesta a la solicitud de actualización de datos iniciada por la señora Avilés en fecha 30 de noviembre de 2006.

Que la señora Lilia Avilés de Carvajal expone que aplicando la Letra muerta de la Ley se determinó que su derecho ha fenecido. Al respecto, esta Autoridad está obligada a dar cumplimiento y hacer cumplir las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, no pudiendo contravenir los mandatos emanados por autoridades competentes.

Que con relación al pedido final de la señora Avilés de hacerle efectivo el pago del Bonosol por las gestiones 2006 y 2007, corresponde a esta Autoridad sobrecartarse a lo que ya fue expresado en la R.A.863-2012 en la que se indica que conforme a norma, el derecho al cobro del Bonosol por las gestiones 2006 y 2007, caducó el 31 de diciembre del 2008. En ese comprendido, se concluye que la señora Lilia Avilés de Carvajal tenía como plazo máximo para presentar su reclamo hasta el 30 de junio de 2008 inclusive; sin embargo, la señora Lilia Avilés de Carvajal presentó su reclamo extemporáneamente (16 de febrero de 2009).

Que del análisis integral efectuado a los argumentos expuestos por señora Lilia Avilés de Carvajal en el Recurso de Revocatoria, se concluye que los mismos no son suficientes para modificar lo resuelto en la R.A.863-2012, por lo que corresponde confirmar la misma.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por la señora Lilia Avilés de Carvajal, el Ente Regulador llega a la conclusión de que la recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan modificar totalmente la R.A.863-2012, en consecuencia, se debe confirmar la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante nota presentada el 21 de enero de 2013, la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 1008-2012 de 31 de diciembre de 2012, argumentado lo siguiente:

"...He sido notificada en fecha 11 de enero del presente año con la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/N° 1008 - 2012 por la cual se confirma la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/N° 863 - 212, donde una vez más me niegan el cobro del BONOSOL de las gestiones 2006 y 2007 que por derecho me corresponden, en ese sentido, en virtud de los artículos 52 y siguientes del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, **PRESENTO RECURSO JERÁRQUICO** en base a lo siguiente:

- En la resolución, se indica que mi persona no presentó argumentos legales para que se diera curso a mi petición. Sin embargo debo manifestar por **ENÉSIMA VEZ** que en su momento hice el reclamo pertinente a la AFP FUTURO de Bolivia, la cual me exigió realizar un largo trámite para proceder al desbloqueo de mi cuenta del BONOSOL.
- Desde el mes de marzo del año 2007, he presentado muchas cartas de reclamo dirigidas a la Lic. Patricia Céspedes, entonces Intendente de Pensiones de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, cuyos registros cursan en los archivos de la actual APS, resultando de ello todo un vaivén de notas entre dicha licenciada y mi persona, donde textualmente se me dice: "...se le sugiere aclarar su documentación legal con el fin de regularizar su situación".
- Ahora bien, siguiendo el procedimiento, di fiel cumplimiento al artículo 2° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 833/2007 que ESTA ENTIDAD emitió, regularizando así mi situación legal tal como acredita la sentencia judicial N° 140/08 del Juzgado Segundo de Partido en lo Civil, Comercial de esta ciudad.
- Por otro lado, debo manifestar que **SOLO SE ME PROPORCIONÓ LA COPIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 833 DEL AÑO DEL 16 DE OCTUBRE DE 2007. ¡EN NINGÚN MOMENTO SE ME HIZO CONOCER LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP N° 210 DE 29 DE FEBRERO DE 2008 referida al Procedimiento transitorio para**

el pago del BONOSOL! En ese sentido, fue después de un largo trámite que terminó en febrero del 2009 que mi situación quedó regularizada legalmente.

- Por ello, no se puede decir **INJUSTAMENTE** que mi persona no hizo el reclamo pertinente a su debida oportunidad. En todo caso todo este ir y venir de notas no es más que un afán dilatorio de parte suya para **NO DEVOLVER** lo que **ME CORRESPONDE LEGALMENTE**.

Por todo lo expuesto, solicito que el presente Recurso sea trasladado a la Unidad pertinente, y se **ME HAGA EFECTIVO AL FIN EL PAGO DEL BONO SOL** (sic) **DE LAS GESTIONES 2006 Y 2007 que por DERECHO ME CORRESPONDE...**"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 21 de marzo de 2001, la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** realizó el cobró del beneficio Bolívica por las gestiones 1998 y 1999, y por las gestiones 2000 y 2001 en fecha 17 de junio de 2002, ambas transacciones fueron efectivizadas con el documento de identidad N° 188545 L.P., que registraba como fecha de nacimiento el **21 de noviembre de 1933**, cumpliendo entonces con la edad, es decir la citada señora era mayor de los sesenta y cinco (65) años, requerida en normativa vigente a dicha época.

En fecha 30 de noviembre de 2006, la Beneficiaria solicitó la actualización de sus datos, con un nuevo documento de identidad (en valorada N° 0206243) que registra como fecha de nacimiento el **21 de noviembre de 1936**, por lo que el **7 de diciembre de 2006, el registro fue bloqueado** a estado IBX (Inactivo Bloqueado por Cobro en Exceso) en virtud a la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 365 de 26 de mayo de 2003, que establece el procedimiento a seguir para aquellos beneficiarios que **cobraron el Bolívica en exceso**, y cuyo artículo único dispone que:

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

previa manifestación expresa, con la finalidad de que sea levantada la observación en la Base de Datos del Bonosol...”

Sin embargo, en fecha **16 de octubre de 2007**, se emite la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 833, que implementa el estado de **Bloqueo Administrativo para el cobro del BONOSOL “IBA”** (Inactivo Bloqueo Administrativo), para aquellos ciudadanos que, de acuerdo al documento de identidad presentado para el cobro del BONOSOL, habrían cobrado Bolívida antes de cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad.

En su mérito, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros evidenció que el caso de la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL**, no se trataba de un cobro en exceso sino de un cobro de Bolívida antes de cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad requeridos por ley, por lo que mediante **Resolución Administrativa SPVS/IP N° 457 de 26 de mayo de 2008**, realizó el bloqueo del registro de la Beneficiaria a estado IBA (Inactivo Bloqueo Administrativo).

Durante la gestión 2007 la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL**, presentó varias notas de reclamo solicitando el desbloqueo de su registro en la Base de Datos de Beneficiarios de BONOSOL, las cuales fueron atendidas por la Entidad Reguladora, comunicando que debe presentar documentación que respalde la fecha de nacimiento correcta.

En fecha **16 de febrero de 2009**, la Beneficiaria suscribió el Formulario de Reclamo N° 2417, solicitando ante la Asociación Accidental La Vitalicia BISA SAFI el desbloqueo de **Renta Dignidad**, adjuntando parte de la documentación requerida, que fue remitida por la Entidad Gestora a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante nota **AA.GG.-0170/2009 de 13 de marzo de 2009**.

Toda vez que la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 833 de 16 de octubre de 2007, establece que una vez analizada la documentación, se debe emitir un Informe Técnico-Legal que al menos indique si se cumplió o no con los requisitos que ameriten el desbloqueo, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) solicitó a Futuro de Bolivia S.A. AFP, **mediante nota AP/DPNC/1040 de 3 de septiembre de 2009**, el Informe Técnico-Legal correspondiente; sin embargo, la solicitud no fue atendida, toda vez que -a decir de la Administradora de Fondos de Pensiones- su facultad de recepción de reclamos de pagos de BONOSOL, culminó el 30 de junio de 2008 según lo establecido en normativa vigente.

En tal sentido, en fecha **19 de octubre de 2009** la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, solicitó a la Entidad Gestora, analizar el caso y elaborar el Informe Técnico-Legal y debido a que no se contaba con toda la documentación necesaria, mediante nota **AA.GG.4064/2009 de 30 de noviembre de 2009**, la Asociación Accidental La Vitalicia BISA SAFI, solicitó a la Beneficiaria la presentación de la Sentencia Judicial de Rectificación de fecha de nacimiento, cuyo documentó fue presentado por la Beneficiaria el **11 de diciembre de 2009**.

La Asociación Accidental La Vitalicia BISA SAFI, mediante nota **AA.GG. 0152/2010 de 8 de enero de 2010**, remite el Informe solicitado, señalando que “*existe la documentación de*

respaldo para que se considera **la rehabilitación** de la beneficiaria indicada, conforme a normativa" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por lo tanto, una vez evaluada la documentación presentada por la Beneficiaria y el Informe Técnico-Legal, la Entidad Reguladora determinó que la fecha de nacimiento correcta de la Beneficiaria Lilia Avilés de Carvajal, corresponde al **21 de noviembre de 1932**, demostrando así haber tenido más de sesenta y cinco (65) años de edad a la fecha de cobro del Bolivida, no existiendo por lo tanto cobros indebidos.

En tal sentido en fecha **15 de marzo de 2010**, mediante **Resolución Administrativa AP/DJ/N° 53-2010**, la entonces Autoridad Fiscalizadora, levantó el Bloqueo Administrativo del registro de la Beneficiaria y habilitó en la Base de Datos de Beneficiarios de Renta Universal de Vejez (Renta Dignidad) el registro de la señora Lilia Avilés de Carvajal.

Mediante nota de **28 de agosto de 2012**, la Beneficiaria nuevamente reclama el pago del BONOSOL de las gestiones 2006, 2007, 2008 y 2009, por lo que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con nota **APS/JPO/AC/6682/2012 de 5 de septiembre de 2012**, señala que con el informe recibido por la Asociación Accidental La Vitalicia BISA SAFI, mediante nota AAGG 0152/2010 de 8 de enero de 2010, desbloqueó su registro, empero comunica también, que el beneficio del BONOSOL habría prescrito el 31 de diciembre de 2008 y siendo que su reclamo fue presentando en febrero de 2009, no le corresponde dicho cobro por las gestiones 2006 y 2007, habiendo sido el de las gestiones de 2008 y 2009, cobradas por la Beneficiaria a través de la Renta Dignidad, en fecha 19 de marzo de 2010, en un solo pago y por el monto de Bs. 3,750.- .

Toda vez que la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL**, mediante nota de 22 de octubre de 2012, insistió en reclamar el pago del BONOSOL de las gestiones 2006, 2007, 2008 y 2009, mediante Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/N° 863-2012 de 12 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros rechazó tal solicitud, determinando que en fecha 29 de noviembre de 2012, la solicitante presente Recurso de Revocatoria, resuelto a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N°1008 2012 de 31 de diciembre de 2012 que confirma el rechazo anterior, determinando en definitiva el Recurso Jerárquico que se pasa a analizar y resolver.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable al caso.-

Previo al análisis respectivo, corresponde revisar la normativa atinente al caso de autos, como sigue:

La Ley N° 2427 de 28 de noviembre de 2002, señala:

*"...**ARTICULO 1º. (BONOSOL).** Todos los ciudadanos bolivianos residentes en el territorio nacional que hubieren cumplido veintiún años al 31 de diciembre de 1995, tienen derecho, a partir de los sesenta y cinco años de edad y hasta su muerte, al beneficio anual y vitalicio denominado BONOSOL (...)*

ARTICULO 4º. (Monto y Ajuste del BONOSOL y Gastos Funerarios).

I. Se fija el monto anual del BONOSOL en la suma de Bolivianos un mil ochocientos (Bs. 1.800.-), para el período comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2007 (...)

III. A partir del 1º de enero del 2008 y cada cinco (5) años, el monto del BONOSOL y de los Gastos Funerarios, será fijado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante Resolución fundada en un estudio actuarial basado en el valor de los Fondos de Capitalización Colectiva y la mortalidad de los beneficiarios (...)

ARTICULO 7º. (Prescripción del Cobro del BONOSOL y Gastos Funerarios).

I. El cobro anual del BONOSOL prescribirá en tres (3) años, computables a partir del último día del mes en que haya correspondido su pago, sin que esto signifique la pérdida del derecho al beneficio..."

La Ley N° 3791 de 28 de noviembre de 2007, establece:

“...ARTÍCULO 3. (BENEFICIOS DE LA RENTA UNIVERSAL DE VEJEZ).- La Renta Universal de Vejez es la prestación vitalicia, de carácter no contributivo (...)

ARTÍCULO 4. (PRESTACIONES Y VIGENCIA).- La presente Ley establece las siguientes prestaciones:

- Prestaciones vitalicias en favor de los beneficiarios titulares en la forma señalada en el Artículo precedente (...)

Estas prestaciones y gastos funerales entraran en vigencia a partir del 1 de enero de 2008 (...)

ARTÍCULO 12. (DEROGACIONES).- Se derogan los Artículos 1 al 21 de la Ley 2427 de 28 noviembre de 2002 (Ley del BONOSOL), a partir de la promulgación de la presente Ley, y todas las disposiciones contrarias a esta Ley..."

El Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, reglamenta la Ley N° 3791 de 28 de noviembre de 2007, señalando lo siguiente:

“...ARTÍCULO 14 (INICIO Y PERIODICIDAD DEL PAGO). El pago de la Renta Dignidad se iniciará a partir de la Gestión 2008. La periodicidad del pago será determinada por el Ministerio de Hacienda, mediante Resolución Ministerial.

Para la gestión 2008, la Renta Dignidad será pagada mensualmente y por mes vencido. El pago correspondiente al primer mes se iniciará el 1 de febrero de 2008 y así sucesivamente, conforme a cronograma a ser establecido por la Entidad encargada de la Regulación (...)

ARTÍCULO 36 (PROCEDIMIENTO TRANSITORIO PARA EL PAGO DEL BONOSOL Y GASTOS FUNERARIOS) (...)

IV. De la prescripción y caducidad del derecho al cobro de Bonosol y Gastos Funerarios:

a) Los pagos rezagados de BONOSOL serán cancelados cuando el Beneficiario se encuentre habilitado en la Base de Datos de Beneficiarios del BONOSOL y Gastos Funerarios, cumpla los requisitos para el pago, y siempre y cuando al pago no aplique la prescripción determinada en el artículo 7 parágrafo I de la Ley No. 2427 (Ley del BONOSOL) vigente a la fecha de generación del derecho, ni se encuentre en caducidad conforme al inciso b) siguiente.

b) Caducará el derecho al cobro del BONOSOL de los pagos comprendidos entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2007, en un plazo de 12 meses computados a partir del 31 de diciembre de 2007 (...)

VI. El plazo para la presentación de solicitudes de actualización de datos para el pago del BONOSOL y reclamo por parte de los Beneficiarios del BONOSOL y Gastos Funerarios, es el 30 de junio de 2008..."

Con el fin de establecer el procedimiento transitorio que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben seguir para el pago del BONOSOL pendientes de cobro, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 210 de 29 de febrero de 2008, estableció:

"...ARTÍCULO 2. (PERÍODO TRANSITORIO).- Conforme el D.S. 29400, el período transitorio de vigencia del BONOSOL y Gastos Funerarios concluirá el 31 de diciembre de 2008. Concluido el periodo transitorio las AFP no podrán efectuar pagos de BONOSOL (...)

ARTÍCULO 5. (MODIFICACIÓN Y HABILITACIÓN DE REGISTROS). Las AFP recibirán todas las solicitudes de actualización de datos y reclamos de los Beneficiarios de Bonosol y Gastos Funerarios hasta el 30 de junio de 2008, siguiendo el procedimiento establecido en la norma aplicable para dicho efecto.

Los trámites de Bolqueos/Desbloques de las AFP y SPVS, serán recibidos por las AFP hasta el 30 de Junio de 2008 inclusive, a excepción de los casos de bloqueos preventivos que se generan automáticamente por el sistema, como lo (sic) bloqueos por pagos rezagados, fallecimiento, etc, que deberán ser recibidos por las AFP hasta el 31 de diciembre de 2008, en cuyo caso la AFP deberá informar a los Beneficiarios los plazos máximos para el desbloqueo, tomando en cuenta la prescripción o caducidad según corresponda (...)

ARTÍCULO 8. (DERECHO AL COBRO DE BONOSOL). En el periodo transitorio de pago de BONOSOL, tendrán derecho al cobro por este beneficio en la Gestión 2008:

I. Los Beneficiarios de BONOSOL cuya fecha de cumpleaños esté comprendida entre el 4 de diciembre de 2007 y 31 de diciembre de 2007 inclusive, que no

hayan cobrado este Beneficio y cumplan con los requisitos y procedimientos establecidos en la normativa de pago de BONOSOL, el D.S. 29400 y la presente Resolución Administrativa.

II. Los Beneficiarios cuyo derecho al BONOSOL se habría generado el 2007 o en años anteriores, pero no hicieron efectivo el cobro. En este caso tendrán derecho al cobro de las gestiones no cobradas, siempre y cuando el mismo no se encuentre prescrito o en caducidad conforme determina el parágrafo IV del artículo 36 del D.S. 29400 y la presente Resolución Administrativa (...)

IV. Los Beneficiarios que se encuentran registrados en la BDBB y que presentaran solicitud de actualización hasta el 30 de junio de 2008, siempre y cuando corresponda la habilitación de su registro (...)

ARTÍCULO 10. (PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD). Conforme al D.S. 29400, la prescripción y caducidad del derecho al cobro de BONOSOL, se aplicará según lo siguiente:

a) El cobro anual del BONOSOL de la gestión 2005 prescribirá en tres (3) años, computables a partir del último día del mes en que haya correspondido su pago, **siempre y cuando no aplique la caducidad**, descrita en el inciso b) posterior.

b) Caducará el derecho al cobro de BONOSOL de los pagos comprendidos entre el 1 de enero de 2006 al 31 de diciembre de 2007, en un plazo de doce (12) meses computados a partir del 31 de diciembre de 2007, es decir los Beneficiarios de BONOSOL habilitados en la BDBB podrán cobrar el beneficio hasta el 31 de diciembre de 2008..."

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

2.2. Del cobro de BONOSOL por las gestiones 2006 y 2007.-

De la normativa señalada, se tiene que el artículo 1º de la Ley N° 2427 de 28 de noviembre de 2002, establece que todos los ciudadanos bolivianos residentes en territorio nacional, a partir de los sesenta y cinco (65) años de edad y hasta su muerte, son Beneficiarios del BONOSOL.

En el caso de autos, una vez determinada que la fecha de nacimiento correcta de la Beneficiaria es el 21 de noviembre de 1932, resulta evidente que la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** es beneficiaria del BONOSOL.

Por otra parte, el artículo 4º de la Ley N° 2427 de 28 de noviembre de 2002, establece que el pago del BONOSOL se realizará por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2007; sin embargo, tal como se tiene señalado, en fecha 7 de diciembre de 2006, el registro de la Beneficiaria **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** se encontraba Bloqueado por Cobro en Exceso, modificado el 30 de mayo de 2008 a estado IBA (Inactivo Bloqueo Administrativo) por cobro de Bolívica antes de cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad requeridos por Ley, motivo por el cual, la Beneficiaria resultó impedida de realizar el cobro por las gestiones 2006 y 2007.

Al respecto, en fecha 15 de marzo de 2010, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), mediante Resolución Administrativa AP/DJ/N° 53-2010, levantó el Bloqueo Administrativo de la Beneficiaria y habilitó el registro en la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Universal de Vejez (Renta Dignidad), dando lugar a que la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** presente su reclamo para el pago del BONOSOL que le corresponde.

Sin embargo, a partir del 1° de enero de 2008, conforme lo dispone la Ley N° 3791 de 28 de noviembre de 2007, se establece la Renta Universal de Vejez (Renta Dignidad), como una prestación vitalicia de carácter no contributivo, que el Estado boliviano otorga a todos los ciudadanos bolivianos mayores de sesenta (60) años de edad, determinando que el mes de enero de 2008 entre en vigencia el pago de tal Renta.

Asimismo, mediante el artículo 36° del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, se estableció un periodo transitorio para el pago del BONOSOL, como efecto de la abrogación de la normativa de BONOSOL, señalando lo siguiente:

“...IV. (...)

a) Los pagos rezagados de Bonosol serán cancelados cuando el Beneficiario se encuentre habilitado en la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol..., cumpla los requisitos para el pago, y siempre y cuando al pago no aplique la prescripción determinada en el Artículo 7 Parágrafo I de la Ley N° 2427 del Bonosol vigente a la fecha de generación del derecho, ni se encuentre en caducidad conforme al inciso b) siguiente.

b) Caducará el derecho al cobro del Bonosol de los pagos comprendidos entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2007, en un plazo de doce (12) meses computados a partir del 31 de diciembre de 2007 (...)

VI. El plazo para la presentación de solicitudes de actualización de datos para el pago del Bonosol y reclamo por parte de los Beneficiarios del Bonosol y Gastos Funerarios, es el 30 de junio de 2008...”

Asimismo, la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 210 de 29 de febrero de 2008, señala que el periodo transitorio de vigencia del BONOSOL concluirá el 31 de diciembre de 2008, no pudiendo efectuar pagos una vez concluido dicho periodo:

“...ARTÍCULO 5. (MODIFICACIÓN Y HABILITACIÓN DE REGISTROS). Las AFP recibirán todas las solicitudes de actualización de datos y reclamos de los Beneficiarios de Bonosol y Gastos Funerarios hasta el 30 de junio de 2008, siguiendo el procedimiento establecido en la norma aplicable para dicho efecto.

Los trámites de Bloqueos/Desbloques de las AFP y SPVS, serán recibidos por las AFP hasta el 30 de Junio de 2008 inclusive, a excepción de los casos de bloqueos preventivos que se generan automáticamente por el sistema, como lo (sic) bloqueos por pagos rezagados, fallecimiento, etc, que deberán ser recibidos por las AFP hasta el 31 de diciembre de 2008, en cuyo caso la AFP deberá informar a los Beneficiarios

los plazos máximos para el desbloqueo, tomando en cuenta la prescripción o caducidad según corresponda..."

Conforme lo señalado en el Recurso Jerárquico (y que, necesariamente, deviene de lo pronunciado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 1008-2012 de 31 de diciembre de 2012), la controversia en concreto, radica en la aplicabilidad al caso, de lo señalado por el artículo 36°, parágrafo IV, inciso b), del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 (reglamentario a la Ley N° 3791 de 28 de noviembre de 2007), en sentido de que para la Autoridad Reguladora, *el derecho al cobro del BONOSOL de la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** por las gestiones 2006 y 2007, se halla caduco al encontrarse "comprendidos entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2007, en un plazo de 12 meses computados a partir del 31 de diciembre de 2007"*.

No obstante, en observancia al principio de economía previsto por el artículo 4°, inciso k), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, toda vez que el extremo de la prescripción determinará que el conflicto de relevancia jurídica (el no cobro del beneficio) subsista si no se lo tiene en cuenta ahora, se evalúa también lo referido a ello por el artículo 36°, parágrafo IV, del Decreto Supremo N° 29400, ahora en su inciso a), en relación al artículo 7°, parágrafo I, de la Ley No. 2427 (del BONOSOL).

De lo mencionado, se deben precisar los siguientes aspectos fundamentales, a efectos de resolver tales controversias:

- a) Determinar si la Beneficiaria cumple con los requisitos para acceder al pago de BONOSOL por las gestiones 2006 y 2007.
- b) Evaluar si para el caso, ha operado o no, la prescripción del pago y/o la caducidad.

Para ello, se procede al análisis de los puntos señalados, tal como sigue a continuación:

2.2.1. Cumplimiento de requisitos para el cobro de BONOSOL.-

La norma establece que, los pagos rezagados de BONOSOL serán cancelados cuando el Beneficiario se encuentre habilitado en la Base de Datos de Beneficiarios de BONOSOL, y cumpla los requisitos para el pago.

Tal como se señaló precedentemente, la fecha de nacimiento de la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** es el 21 de noviembre de 1932, por lo tanto, cuenta con más de sesenta y cinco (65) años de edad y es Beneficiaria del BONOSOL; asimismo, es evidente que tiene pendiente el cobro de BONOSOL por las gestiones 2006 y 2007, periodos comprendidos en el artículo 4° de la Ley N° 2427 de 28 de noviembre de 2002, para su pago con cumplimiento de los requisitos establecidos en norma.

Con relación a la habilitación del registro de la Beneficiaria en la Base de Datos de Beneficiarios de BONOSOL, se tiene que el mismo se encontraba bloqueado por la Entidad Fiscalizadora hasta fecha 15 de marzo de 2010, cuando una vez presentada la documentación requerida, en la que la Beneficiaria rectificó la fecha de nacimiento, la

Entidad Reguladora levantó el mismo, encontrándose recién a esa fecha habilitado su registro en la Base de Datos de Beneficiarios del BONOSOL.

2.2.2. Prescripción y Caducidad.-

El segundo elemento a evaluar se refiere a la prescripción y la caducidad, para el caso, del derecho a cobro del BONOSOL.

De acuerdo a lo establecido en el artículo sexto de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 1004/2002 de 20 de diciembre de 2002, el pago del BONOSOL se realizará anualmente, a partir de la fecha de cumpleaños del correspondiente Beneficiario, siempre y cuando tenga cumplidos los sesenta y cinco (65) años.

Asimismo, el artículo 7º, párrafo I, de la Ley N° 2427 de 28 de noviembre de 2002, señala que "...El cobro anual del BONOSOL prescribirá en tres (3) años, computables a partir del último día del mes en que haya correspondido su pago, sin que esto signifique la pérdida del derecho al beneficio...", y el inciso 'b', párrafo IV, del artículo 36º del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, establece que "Caducará el derecho al cobro del BONOSOL de los pagos comprendidos entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2007, en un plazo de 12 meses computados a partir del 31 de diciembre de 2007".

Rescatando lo definido por Cabanellas, se sabe que la caducidad es la "Pérdida de la validez de una facultad por haber transcurrido el plazo para ejecutarla", y que la prescripción -extintiva-, es un "Modo de extinguirse los derechos patrimoniales por no ejercerlos su titular durante el lapso determinado en la ley".

Aplicados tales criterios al caso que se analiza, y toda vez que la fecha de nacimiento de la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** es el 21 de noviembre de 1932, se tiene que:

- El Beneficio del BONOSOL **gestión 2006**, correspondía ser cobrado a partir del 21 de noviembre de 2006.
- El Beneficio del BONOSOL **gestión 2007**, correspondía ser cobrado a partir del 21 de noviembre de 2007.

No obstante, tales cobros no fueron posibles porque desde el 7 de diciembre de 2006, el registro de la Beneficiaria fue bloqueado (primero a estado IBX - Inactivo Bloqueado por Cobro en Exceso, y después a estado IBA - Inactivo Bloqueo Administrativo), habiendo sido desbloqueado en fecha **15 de marzo de 2010** (Resolución Administrativa AP/DJ/N° 53-2010).

Por pertinente, se rescata lo que señala Rafael Martínez Morales (en *Diccionarios Jurídicos Temáticos*), para quien:

"...Esta figura -la prescripción- tiene aplicación en el derecho administrativo a propósito del acto cuya extinción se da por medios excepcionales; por ejemplo en materia fiscal.

Consideramos que la imprescriptibilidad no es atributo del acto administrativo: debe fijarla expresamente la ley. En caso de que el texto legal sea omiso respecto a la prescripción, se estará a la supletoriedad del derecho común.”

En este último sentido, resulta breve en extremo el régimen que hace a la prescripción del Beneficio del BONOSOL; es decir que se limita a un par de menciones, estas son, al del inciso 'a', parágrafo IV, artículo 36º) del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, aquel que señala que: “Los pagos rezagados de Bonosol serán cancelados... y siempre y cuando al pago no aplique la prescripción determinada en el Artículo 7 Parágrafo I de la Ley N° 2427 del Bonosol vigente a la fecha de generación del derecho,...”, y la del último artículo señalado, en sentido que “El cobro anual del BONOSOL prescribirá en tres (3) años, computables a partir del último día del mes en que haya correspondido su pago, sin que esto signifique la pérdida del derecho al beneficio...”

Entonces, importa la base general del instituto, pero no regula sobre circunstancias tan específicas como lo son su suspensión o su interrupción, que no por ello le son ajenas o inexistentes (conforme se analiza a continuación).

Por ello, como concepción del derecho general, es pertinente remitirse a lo que señala el Código Civil en su artículo 1502º, numeral 2, que señala que “La prescripción no corre... 2) Contra el acreedor de una obligación -en este caso, la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL**- sujeta a condición..., hasta que la condición se cumpla...”.

Ahora, siempre con Cabanellas, condición -suspensiva- es “Aquella que suspende el cumplimiento de la obligación o la efectividad posible de un derecho, hasta que se verifique o no, un acontecimiento futuro o incierto”.

Así, la ocurrencia en fecha 7 de diciembre de 2006, de un bloqueo que no tiene naturaleza definitiva, sino que es más bien susceptible de ser levantado una vez que se subsanen las observaciones que dieron lugar al mismo, determina que el pago del Beneficio por las gestiones 2006 y 2007, no es pues una obligación pura y simple, sino que está sujeta a esa condición suspensiva, de lo que surgen los siguientes efectos fundamentales:

- 1º. En el caso del Beneficio por la gestión 2006, en fecha 30 de noviembre de 2006, comenzó a correr los tres años para su cobro, empero en fecha 7 de diciembre de 2006, cuando habían transcurrido sólo 7 días, el término fue suspendido por el bloqueo del registro, el que duró hasta fecha 15 de marzo de 2010; luego, en fecha 27 de agosto de 2012, la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** solicitó “se me haga efectiva la devolución del “Bono Sol” (sic) de las gestiones **2006**, 2007, 2008 y 2009 que hasta la fecha se me retiene aún a pesar de haber aclarado mi situación hace mucho tiempo...”, toda vez que el efecto de la suspensión determina, que subsista el periodo transcurrido con anterioridad, ambos periodos hacen un total de 2 años, 5 meses y 12 días, por tanto, no habiendo lugar a prescripción alguna.

A diferencia de ello, la precitada solicitud del 27 de agosto de 2012 no dio lugar a la suspensión de la prescripción, sino a su interrupción, o sea, al inicio de un nuevo periodo y quedando sin efecto el transcurrido anteriormente, de donde resulta que,

al no haber transcurrido al presente ni siquiera un año, queda confirmado no haber lugar a prescripción alguna.

- 2°. En el caso del Beneficio por la gestión 2007, el periodo de tres años para su cobro debió comenzar a transcurrir a partir del 30 de noviembre de 2007; no obstante, dicho periodo ya se encontraba suspendido desde fecha 7 de diciembre de 2006, por lo que ni siquiera comenzó a transcurrir.

El bloqueo duró hasta fecha 15 de marzo de 2010, para posteriormente, mediante nota de 27 de agosto de 2012 (2 años, 5 meses y 12 días después) la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** solicitara “se me haga efectiva la devolución del “Bono Sol” (sic) de las gestiones 2006, **2007**, 2008 y 2009...”, por tanto, no habiendo lugar a prescripción alguna.

A diferencia de ello, la precitada solicitud del 27 de agosto de 2012 no dio lugar a la suspensión de la prescripción, sino a su interrupción, o sea, al inicio de un nuevo periodo y quedando sin efecto el transcurrido anteriormente, de donde resulta que, al no haber transcurrido al presente ni siquiera un año, queda confirmado no haber lugar a prescripción alguna.

- 3°. En cuanto a la caducidad dispuesta por el artículo 36°, parágrafo IV, inciso b), del Decreto Supremo N° 29400 de **29 de diciembre de 2007**, se debe tener presente que, debiendo operar la misma en fecha **31 de diciembre de 2008** (tanto para el Beneficio de la gestión 2006 como para el de la gestión 2007), corresponde precisamente al periodo en el que el registro, y por tanto, la factibilidad de cobro, se encontraba bloqueado, entonces sin posibilidad de atender lo dispuesto en la norma señalada, hasta en tanto se proceda al desbloqueo, lo que si se dio, determinando no haber sido una restricción definitiva.

Como se recordará, el bloqueo del registro se prolongó, desde el **7 de diciembre de 2006** (algo más de un año antes de la norma) hasta el **15 de marzo de 2010** (más de un año después), resultando obvio que, en dicho periodo, no pudo la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** dar cumplimiento al precitado Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, determinando una imposibilidad sobrevenida de evitar una caducidad recién impuesta, y siéndole aplicable el aforismo jurídico *ad impossibili nemo tenetur* (nadie está obligado a lo imposible), sobre el que ha comentado Giorgi, citado por Morales Guillén:

“...un criterio objetivo, que exige una imposibilidad posterior y perfecta, y un criterio subjetivo, que precisa la inimputabilidad de las causas y de las ocasiones de la imposibilidad al deudor...”

Asimismo, tal como señala la recurrente en su Recurso Jerárquico, no tenía conocimiento de la norma que establece el procedimiento transitorio para el pago de BONOSOL, no contándose en el expediente de autos, notificación alguna de dicha norma por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones o la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a fin de la que la señora **LILIA**

AVILÉS DE CARVAJAL, pueda acceder al Beneficio del BONOSOL que por Ley le corresponde.

Ambos criterios se han producido dentro el caso, pues a la Beneficiaria se le ha impuesto una obligación sobre su registro, posterior al bloqueo del mismo, cuando por ello no le era posible ejercer su derecho de cobro (criterio objetivo), no siéndole imputable a ella, ni el bloqueo, ni la imposición normativa acerca de la caducidad (criterio subjetivo).

Consiguientemente, ha existido en el caso una imposibilidad definitiva de cumplir con el cobro dentro del plazo de caducidad dispuesto por el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, sin que la misma se pueda atribuir a la ahora recurrente, determinando no exista lugar tampoco a caducidad alguna, por cuanto la misma se extinguió con respecto a ella.

2.3. Del cobro de BONOSOL por las gestiones 2008 y 2009.-

Con relación al pago de BONOSOL por las gestiones 2008 y 2009, reclamados por la Beneficiaria recurrente, y tal como se señaló en la normativa referida al caso de autos, es evidente que el pago no corresponde al presente, toda vez que el pago del BONOSOL se realizó hasta la gestión 2007, debiendo considerarse que el pago de Renta Dignidad se inició en la gestión 2008.

En tal sentido y tal como lo señaló la Entidad Reguladora mediante nota APS/JPO/AC/6682/2012 de 5 de septiembre de 2012, el beneficio que a la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** le ha correspondido por las gestiones de 2008 y 2009, han sido cobradas por la misma en fecha 19 de marzo de 2010, a través de la Renta Dignidad, en un sólo pago y por el monto de Bs. 3,750.-, resultando infundado el reclamo presente.

2.4. De los reclamos presentados por la Beneficiaria.-

La señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** señala en su Recurso Jerárquico que desde marzo de 2007, presentó cartas de reclamo, solicitando el desbloqueo de su registro en la Base de Datos de Beneficiarios de BONOSOL, y que la Entidad Reguladora le sugirió aclarar su documentación legal con el fin de regularizar su situación.

De la revisión del expediente de autos, se puede evidenciar que la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL** presentó la siguiente documentación:

- 1) En fecha **30 de noviembre de 2006** presentó la **solicitud de actualización** de datos con fecha de nacimiento 21 de noviembre de 1936.
- 2) Mediante Formulario de Reclamo N° 02005792 de **31 de enero de 2007**, presentó su **reclamo por cobro en exceso**, adjuntando Carnet de Identidad con fecha de nacimiento 21 de noviembre de 1936.
- 3) Mediante nota de fecha **21 de mayo de 2007**, solicitó al Superintendente de

Pensiones, Valores y Seguros, **audiencia** con el fin de que se de solución a su pago de BONOSOL, misma que fue atendida mediante nota **SPVS/IP/DBFCC/10297/2007** de **29 de mayo de 2007**, por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en la que se comunica a la Beneficiaria que su registro se encuentra observado por haber cobrado el Bolívida con diferente fecha de nacimiento a la que se encuentra registrada en la Base de Datos de Beneficiarios del BONOSOL, señalando que presente por escrito cualquier aclaración que tuviere al respecto, adjuntando documentación de respaldo.

- 4) En fecha **11 de junio de 2007**, presenta una nota reclamo, la cual es atendida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros el **19 de junio de 2007**, mediante **nota SPVS/IP/DBFCC/10392/2007**, comunicando a la Beneficiaria que de acuerdo a su año de nacimiento actual (1936), no cumplía con sesenta y cinco (65) años de edad a la fecha de cobro del Bolívida, por lo que su registro se encuentra observado.
- 5) Mediante nota de fecha **25 de junio de 2007**, la Beneficiaria reclama por la suspensión del pago de BONOSOL, señalando que el año de nacimiento correcto es 1933 y que al renovar su documento de identidad, le emitieron con fecha de nacimiento 1936, el cual es atendido por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante nota **SPVS/IP/DBFCC/10434/2007** de **29 de junio de 2007**, sugiriendo presentar documentación que pueda regularizar su situación.
- 6) En fecha **26 de noviembre de 2007**, la beneficiaria solicita levantar el bloqueo del pago de BONOSOL y aclaración de que es lo que requieren para que pueda cumplir con las exigencias de la Entidad Reguladora, la cual es atendida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante nota **SPVS/IP/DBFCC/10872/2007** de **27 de noviembre de 2007**, en la cual le reiteran que su registro se encuentra bloqueado, adjuntando un copia de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 833 de 16 de octubre de 2007 y que para considerar su habilitación debe seguir el procedimiento descrito en el artículo 2º de la señalada Resolución Administrativa.
- 7) El **16 de febrero de 2009**, nuevamente presenta su reclamo, solicitando a la Asociación Accidental La Vitalicia BISA SAFI, el desbloqueo para el pago de Renta Dignidad de las gestiones 2008 y 2009, adjuntando la siguiente documentación (fs. 030): i) Registro Domiciliario o Certificado de Vivencia, ii) Fotocopia de Boleta de Actualización, iii) Carta del Beneficiario, iv) Fotocopia del Certificado de Matrimonio, v) Resolución Administrativa DNIP y vi) Certificado Original del Registro Civil de Inexistencia de Partida de Fallecimiento, los cuales fueron remitidos a la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante nota **AA.GG.-0170/2009** de **13 de marzo de 2009**.
- 8) En fecha **27 de agosto de 2012**, la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL**, solicita el pago de BONOSOL de las gestiones 2006, 2007, 2008 y 2009, la cual es atendida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota **APS/JPO/AC/6682/2012** de **5 de septiembre de 2012**, en la que señalan que no es posible atender su reclamo ya que el cobro de BONOSOL habría prescrito, ya que su

reclamo fue presentado en fecha posterior a la fecha establecida para el cobro de dicho beneficio por las gestiones 2006 y 2007, y con relación a las gestiones 2008 y 2009 que la señora habría realizado el cobro a través de Renta Dignidad.

- 9) Nuevamente en fechas **22 de octubre de 2012** y **26 de octubre de 2012** la beneficiaria solicita el pago de BONOSOL de las gestiones 2006 2007 2008 y 2009.

Al respecto, se puede evidenciar que en los Formularios de Actualización y Reclamo presentados el 30 de noviembre de 2006 y 31 de enero de 2007, la Beneficiaria figuraba con fecha de nacimiento: 21 de noviembre de 1936, documentación que originó el bloqueo en la Base de Datos de Beneficiarios de BONOSOL, por cobro de Bolivida antes de cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad.

Si bien existen varias notas de reclamo presentadas en la gestión 2007 por la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL**, se puede evidenciar que las mismas fueron atendidas por la Entidad Reguladora, informándole que su registro se encuentra observado por cobro de Bolivida antes de cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad, y que para levantar el Bloqueo de su registro, debía presentar documentación de respaldo, adjuntando mediante nota SPVS/IP/DFCC/10872/2007 de 27 de noviembre de 2007, copia de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 833 de 16 de octubre de 2007, que en su artículo 2º, establece la documentación que debe presentar a fin de regularizar su trámite.

Asimismo, es evidente que con la documentación presentada mediante nota de fecha 16 de febrero de 2009, y completada en fecha 11 de diciembre de 2009 (fs. 54), la Entidad Reguladora levantó el Bloqueo Administrativo y habilitó a la Beneficiaria en la Base de Datos de Beneficiarios de Renta Dignidad.

Con relación a las notas de reclamo del pago de BONOSOL de 27 de agosto de 2012, 22 de octubre de 2012, y 26 de octubre de 2012, las mismas fueron consideradas por la Entidad Reguladora, señalando que el cobro de BONOSOL de las gestiones 2006 y 2007 ya prescribieron, cuyo análisis fue realizado en el punto 2.2 y que las gestiones 2008 y 2009 fueron pagadas a través del Beneficio de Renta Dignidad.

Por lo señalado es evidente que la Entidad Reguladora atendió las notas presentadas por la señora **LILIA AVILÉS DE CARVAJAL**.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no ha realizado una correcta aplicación de la normativa que hace a los institutos jurídicos *caducidad* y *prescripción*, con respecto a la procedencia del derecho de recibir el beneficio del BONOSOL por las gestiones 2006 y 2007, tal cual se evidencia de la fundamentación dada en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, de conformidad con el Artículo 44° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Anular la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/N° 863-2012 de 12 de noviembre de 2012 **inclusive**, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPNC/Nº 27-2013 DE 11 DE ENERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°030/2013 DE 10 DE JUNIO DE 2013

FALLO

REVOCA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 030/2013

La Paz, 10 de Junio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la señora **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 27-2013 de fecha 11 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474-2012 de fecha 11 de julio de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 029/2013 de 24 de abril de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 061/2013 de 30 de abril de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 25 de enero de 2013, la señora **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 27-2013 de 11 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474-2012 de fecha 11 de julio de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/0762/2013 con fecha de recepción 30 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 27-2013 de fecha 11 de enero de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 4 de febrero de 2013, notificado en fecha 13 de febrero de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 27-2013 de fecha 11 de enero de 2013.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 071/2012 DE 6 DE DICIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 071/2012 de 6 de diciembre de 2012, se resolvió lo siguiente:

*"...ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 634-2012 de 21 de agosto de 2012 **inclusive**, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica..."*

Los fundamentos de la señalada Resolución Ministerial Jerárquica son:

"...2.2. De la reposición económica por suplantación de identidad.-

*La señora **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, señala en su Recurso Jerárquico, que su caso se adecúa para ser beneficiada de la reposición económica, en sujeción a la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011, ya que la suplantación de identidad en el cobro del ex Bonosol, actual Renta Dignidad, se materializó cuando en la gestión 2009, terceras personas hubieron fraguado su cédula de identidad y cobraron sus pagos en fecha 6 de mayo de 2009, y la misma habría presentando la denuncia oportunamente en las oficinas de Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A.*

*Por lo que, corresponde realizar el análisis correspondiente, es así que de la normativa transcrita en el numeral anterior, se permite la reposición económica por **única vez**, de los pagos del ex Bonosol y/o Renta Dignidad, para aquellos beneficiarios que fueron víctimas de suplantación de identidad, sin embargo para acceder a dicha reposición, se deben cumplir determinados requisitos, cuales son que la suplantación se haya producido en el periodo comprendido entre el **1 de enero de 2003 y el 30 de septiembre de 2010** y hubiesen presentado la denuncia de suplantación hasta el **20 de enero de 2011**, en las siguientes Entidades:*

- Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros.
- Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.
- Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP.
- Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS.
- Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI (Entidad Gestora).
- Futuro de Bolivia S.A. AFP.
- BBVA Previsión AFP S.A.
- Servicio Nacional del Sistema de Reparto – SENASIR.
- Corporación de Seguro Social Militar – COSSMIL.
- Seguros Provida S.A.
- La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.

Subsumiendo al caso de autos y compulsado el expediente administrativo, tenemos que: i) la señora **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, fue víctima de suplantación de identidad, ii) terceras personas realizaron el cobro de sus pagos en la gestión 2009, iii) que se presentó nota de denuncia de suplantación en fecha **10 de junio de 2009**, dentro del periodo establecido por la Entidad Reguladora (20 de enero de 2011) y iv) sin embargo se evidencia que la denuncia fue presentada en Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A., y no así en alguna de las **Instituciones autorizadas, como requisito que debe cumplirse**, tal como lo determina el artículo cuarto de la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296-2011 de 12 de septiembre de 2011.

Por lo tanto, la recurrente no cumple con los requisitos exigidos en la norma que hubieran permitido a la beneficiaria señora **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, acogerse a la reposición económica por cobros indebidos del ex Bonosol y/o Renta Dignidad, situación que induce a la conclusión que la Autoridad Fiscalizadora realizó una correcta aplicación de la norma vigente.

2.3. En cuanto a los principios vulnerados.-

La recurrente señala que al haber rechazado su solicitud de reposición como víctima de suplantación de identidad, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, habría vulnerado los Principio de Sometimiento Pleno a la Ley, Principio de Verdad Material, Principio de Jerarquía Normativa, Principio de Eficacia y el Principio de Proporcionalidad.

Que frente a las supuestas vulneraciones alegadas por la recurrente de los principios del procedimiento administrativo, se tiene que en ciertos casos hace una simple cita de ellos, omitiendo para los mismos cumplir con la obligación de expresar de manera clara y hacer una relación entre el principio vulnerado con los hechos u omisiones que permitan conocer el fundamento de su pretensión, ello en estricta aplicación del artículo 58 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y artículo 38 de su Reglamento. Sin perjuicio de ello, a continuación se realizará la valoración respectiva.

2.3.1. Principio de Sometimiento Pleno a la Ley.-

El Principio de Sometimiento Pleno a la Ley, establecido en el artículo 4 inc. c) de la Ley N° 2341, Ley del Procedimiento Administrativo, determina que la Administración

Pública no puede sustraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetar su actuación a lo previsto en la norma aplicable.

En el caso de autos, se ha constatado que la Autoridad Fiscalizadora, no ha vulnerado dicho principio, ya que la misma se ha pronunciado conforme el procedimiento establecido en la norma hoy vigente y firme.

2.3.2. Principio de Proporcionalidad.-

En cuanto al Principio de Proporcionalidad, establecido en el artículo 4 inc. p) de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, esta Instancia Jerárquica no encuentra relación o aplicación al caso de autos, debido a que el mismo se restringe a los procesos administrativos sancionatorios y no así cuando la Entidad Fiscalizadora ha negado una solicitud.

2.3.3. Principio de Informalismo.-

*En cuanto al Principio de Informalismo, establecido en el artículo 4 inc. l) de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, el mismo responde a la posibilidad de inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que **puedan ser cumplidas después**, como es por ejemplo la errónea calificación del recurso.*

De lo expuesto, se tiene que el mismo no aplicaría al caso de autos, debido a que no existiría ninguna formalidad omitida por el recurrente a momento de la presentación del Recurso de Revocatoria o Jerárquico.

2.3.4. Principio de Verdad Material.-

En cuanto al Principio de Verdad Material, establecido en el artículo 4 inc. d) de la Ley No. 2341 del Procedimiento Administrativo, que determina que la Autoridad Administrativa está en la obligación de buscar la verdad material, de la realidad y sus circunstancias tal cuál aquella y éstas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas y en su caso, probadas por las partes.

En el caso de autos, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en cumplimiento de este principio, se ha pronunciado señalando:

“...Que bajo el principio de la verdad material, esta Autoridad ha consultado con la Entidad Gestora responsable de la Renta Dignidad para conocer si entre la documentación con la que cuenta en su poder, hay información relevante para dilucidar el presente caso, mediante Auto de 31 de mayo de 2012.

Que copia del Auto de 31 de mayo de 2012, se ha remitido también a la Beneficiaria Noemy Enríquez Saucedo de Campos para que, como indica el mismo, pueda aportar documentación adicional a la que ya presentó para demostrar su denuncia de cobro suplantado ante cualesquier repartición detallada en la normativa en vigencia.

Que mediante nota AA.GG. 06552/2012 de 28 de junio de 2012, la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, responde al Auto de 31 de mayo de 2012 y afirma que la Beneficiaria Noemy Enríquez Saucedo de Campos no realizó denuncia por cobro suplantado de Renta Dignidad ante esa institución y que además la entidad Fortaleza Fondo Financiero Privado, no le ha presentado tampoco denuncia a nombre de Noemy Enríquez Saucedo de Campos sobre el mismo tema...”

Por lo expuesto, no existe una vulneración al Principio de Verdad Material, ya que el Ente Regulador a objeto de formar una firme y serena convicción de los hechos, ha solicitado mayor documentación y ha valorado la prueba aportada, determinado que independientemente de que la beneficiaria haya presentado una denuncia a Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A., está no era la Institución a la que debió presentar la denuncia de suplantación, situación que impidió a la Autoridad a aceptar la solicitud presentada.

2.3.5. Principio de Eficacia.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2012 de 11 de mayo de 2012, éste Ministerio, dejó claramente establecido el precedente respecto al Principio de Eficacia al pronunciar: “...los procedimientos deben lograr su finalidad, para lo cual las autoridades **podrán remover de oficio los obstáculos puramente formales evitando dilaciones indebidas, o previendo nulidades o anulabilidades**. Es decir, se entiende que por virtud de este principio se sana tanto en la fase de todo procedimiento administrativo los vicios procedimentales que se pueden advertir durante la actuación...”, y ello en estricta sujeción a lo determinado por el artículo 42 y 43 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo.

Al respecto de la aplicación de este principio y la solicitud de reencausar el procedimiento, se hacen algunas precisiones de orden legal en cuanto a la solicitud de la recurrente:

“...la denuncia que realice (sic) fue ante una entidad que se encuentra fiscalizada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, motivo por el cual no se puede desconocer mediante una Nota AA.GG-06552/2012, la existencia de denuncia de cobro de suplantación ante la Entidad Gestora, debiendo nuevamente utilizarse ante dicho y supuesto desconocimiento el Principio de Reconducción, estableciendo de esta forma si la entidad financiera, Fortaleza Fondo Financiero Privado, que es fiscalizada por la APS, recibió en su momento la DENUNCIA DE SUPLANTACIÓN, realizada por mi persona, hecho y acto administrativo que nunca se realizó, motivo por el cual el desconocimiento supuesto de la interposición de la denuncia que fue certificada por la entidad financiera receptora...”

En cuanto a que Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A. estaría fiscalizada y regulada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se tiene que la Ley N° 3076, de 20 de junio de 2005, artículo 1-IV determina: “La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, tiene competencia privativa e indelegable para emitir

regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros...”

La Ley 1488 de 14 de abril de 1993 en sus artículos 153 y 154 establecen que la Superintendencia de Bancos es el órgano rector del sistema financiero que tiene como objetivo el mantener un sistema financiero sano y eficiente y, velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera.

El mismo cuerpo normativo (Ley 1488) en su artículo 69 refiere: “A los efectos de esta Ley, son entidades de intermediación financiera no bancarias las cooperativas de ahorro y crédito abiertas, las mutuales de ahorro y préstamo y los fondos financieros privados...”

De la normativa precedentemente citada, se tiene que **Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A.** no se encontraría regulado por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, como mal asegura la recurrente y que si bien esta entidad se encarga de realizar el pago de la Renta Dignidad, ello no significa que se encuentra dentro del marco de regulación, ya que dicho Fondo otorga un servicio cual es el pago de la Renta Dignidad.

Tal situación, permite que se asevere que de ninguna manera se puede considerar que por haber presentado una denuncia a esta entidad financiera, se dé por presentada la denuncia ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros –como señala la recurrente–, más aún cuando existe normativa especial expresa, cual es la Resolución Administrativa APS/DPNC/Nº 296- 2011 de 12 de septiembre de 2011, que especifica las únicas entidades o instituciones a las que debe presentar la denuncia.

2.4. En cuanto a la reconducción del procedimiento administrativo hasta el acto de presentación de la denuncia de la Sra. Noemy Enríquez Saucedo de Campos.-

La recurrente argumenta y confunde el inicio del presente procedimiento, con su denuncia presentada a **Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A.**, siendo inminente aclarar a la misma, que el presente proceso administrativo se inicia con la solicitud de autorización para la reposición económica del Ex Bonosol y/o Renta Dignidad presentada por la Sra. **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, en fecha 12 de diciembre de 2011, ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Por lo que ninguna manera se podría reencausar el procedimiento administrativo hasta la presentación de la denuncia de la Sra. **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, debido a que la **nota fue presentada ante una entidad privada**, no sujeta a la obligación de reencausar los procedimientos administrativos y por lo tanto es inaplicable el principio de eficacia establecido en los artículos 42 y 43 de la Ley No. 2341 del Procedimiento Administrativo, que a la letra determina:

“ARTICULO 42º. (Calificación del Procedimiento).- El órgano administrativo calificará y determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la

cuestión planteada, **si las partes incurrieran en error en su aplicación o designación.**

ARTICULO 43°. (Subsanación de Defectos).- Si la solicitud de iniciación del procedimiento no reúne los requisitos legales esenciales, **la Administración Pública requerirá al interesado para que en un plazo no superior a cinco (5) días subsane la deficiencia o acompañe los documentos necesarios**, con indicación de que, si así no lo hiciera, se dictará resolución teniendo por desistida su solicitud." (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo precedentemente citado tenemos que la facultad de reconducción está limitada a la Administración Pública que recibe la solicitud, frente a una petición del regulado o interesado en un procedimiento administrativo, por lo que no se puede reconducir el procedimiento administrativo una entidad privada como sugiere la recurrente, y más aún cuando la norma regulatoria especial determina a que instituciones se debe presentar la denuncia como requisito fundamental para acceder a la norma excepcional de reposición económica.

Es así que, si bien el principio de eficacia y los artículos 42 y 43 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, determinan que la Administración podrá subsanar pequeños errores en los cuales incurra el administrado a momento de la iniciación del procedimiento administrativo, sin embargo los mismos no pueden ser aplicados al caso de autos por lo ya señalado y menos ir en contra de una determinación expresa cual es la dada mediante Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de septiembre de 2011.

2.5. Principio de Jerarquía Normativa.-

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

Que hecho el análisis de legalidad a la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N°634-2012 de 21 de agosto de 2012, se tiene que el Ente Regulador no se habría pronunciado ni habría hecho el correspondiente análisis en cuanto a la aplicación del principio de jerarquía normativa, por lo que corresponde la anulación del presente proceso, a objeto que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se pronuncie en cuanto a la aplicación de este principio y la normativa emitida para el efecto, especialmente la aplicación del Decreto Supremo N° 966 de 24 de agosto de 2011 al caso de autos.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante, llega a la

conclusión de que la Autoridad Fiscalizadora, **no ha motivado, ni ha fundamentado** conforme a derecho en cuanto al argumento presentado por la recurrente respecto al Principio de Jerarquía normativa.

Que, conforme se determinó en los diversos precedentes dados por este Ministerio, la doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

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

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

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/Nº 27-2013 DE 11 DE ENERO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 27-2013 de 11 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 474-2012 de 11 de julio de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por los argumentos siguientes:

"...Que ante las afirmaciones que hace la Beneficiaria y en honor a la verdad que se pretende, se hace necesario hacer algunas precisiones sobre supuestas contradicciones, fracturas y aseveraciones que habría hecho la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.

PRIMERA VULNERACIÓN Y AGRAVIO COMETIDO POR LA A.P.S.

Los tres párrafos que se desarrollan bajo el título de PRIMERA VULNERACIÓN Y AGRAVIO COMETIDO POR LA A.P.S., en el recurso revocatorio, no hacen más que detallar las actuaciones de esta Autoridad en busca de la verdad material y no se señala ninguna vulneración y menos agravio como debería postular un recurso de revocatoria y además hacerlo con precisión. Sin embargo, de un análisis posterior del recurso se puede colegir mayor detalle de lo que supuestamente ha hecho esta Autoridad.

LA NOTA AA.GG. – 06552/2012 DE LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI

La nota de referencia tiene efectivamente la intención primera de procurar la verdad material del caso que nos ocupa, por ello dice.

“Que en virtud al principio de verdad material, también enfatizado en la Ley de procedimiento Administrativo, se debe recurrir a todos los elementos suficientes que permitan valorar los hechos con el objetivo de ajustar la normativa y fundamentar Resolución Administrativa que corresponda”.

La actuación que de oficio promovió esta Autoridad con la emisión del Auto de 31 de mayo pretendía certificar la existencia de una denuncia sujeta a los requisitos normativos que pudiera beneficiar a la señora NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS. Sin duda alguna, esta es muestra real de la búsqueda de la verdad material que alega el recurso es una fractura del principio lo cual no es cierto.

Además y sin ser menos importante, el Auto de 31 de mayo le dio oportunidad a la señora NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS de presentar documentación adicional para aclarar su situación para sacar a la luz mayor evidencia de su pretensión.

Por lo tanto, la nota AA.GG.-06552/2012 demuestra que no existe denuncia de cobro suplantado ante la Entidad Gestora, encargada y responsable de los pagos de la Renta Dignidad que además, es reconocida como institución ante la cual se debe tramitar, entre otras, la Reposición Económica por Única Vez a las Víctimas por Cobros Suplantados del ex BONSOL y/o de la Renta Dignidad.

LA DENUNCIA

Dice la Beneficiaria que:

*“Nuevamente, ustedes entran en una flagrante vulneración a los fundamentos en los cuales amparan su resolución, objeto del presente recurso de revocatoria, por una parte **afirman que mi persona no habría presentado una denuncia en su debido momento...**” (las negrillas son nuestras)*

De la revisión exhaustiva de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 – 2012 de 11 de julio de 2012, se desprende que tal afirmación carece de veracidad por cuanto en ningún momento esta Autoridad ha desconocido y dejado de evaluar el tenor de la nota de 09 de junio de 2009, dirigida al Fortaleza Fondo Financiero Privado, que presentó la Beneficiaria NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS.

Mucho más que lo anterior, ya con antelación a la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 – 2012, el Auto de 31 de mayo de 2012, afirma en más de una oportunidad el reconocimiento que hace esta Autoridad de la existencia de una denuncia. Por lo tanto, es falso lo que afirma la señora NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS en la página 3 de su recurso revocatorio.

PRINCIPIO DE SOMETIMIENTO PLENO A LA LEY

También ha expresado que:

“...no se puede alegar el desconocimiento a lo dispuesto por el Art. 4 que en sus incs. C) principio de sometimiento pleno a la Ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los actos administrativos el debido proceso;...”

En virtud al principio que observa la señora NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, se ha mantenido fiel al cumplimiento no sólo de los otros principios que se han señalado anteriormente sino que, además a lo que disponen para el caso de Reposición Económica por Única Vez a las Víctimas de Suplantación de Identidad en el cobro del ex BONOSOL y/o de la Renta Dignidad:

- Ley N° 082 de 20 de enero de 2011
- Decreto Supremo n° 0966 de 24 de agosto de 2011
- Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de septiembre de 2011.

PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL

Ya se ha comentado líneas más arriba que, esta Autoridad ha demostrado su plena determinación de averiguar en base a los antecedentes del caso si existía documentación que desvirtúe la observación que impide dar curso a la solicitud de la señora y no solamente recurriendo a la Entidad Gestora encargada del pago de la renta Dignidad sino además a la propia Beneficiaria. Por lo tanto, no existe la fractura del principio que dice el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 – 2012.

PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

Prueba del sometimiento al Principio de Imparcialidad es que con la normativa emitida y cumplida de la Reposición Económica por Única Vez a las Víctimas de Suplantación de Identidad en el cobro del ex BONOSOL y/o de la Renta Dignidad, se ha favorecido a todos aquellos Beneficiarios que han cumplido los requisitos señalados por normativa y se ha hecho sin ninguna diferenciación.

El caso de la señora NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS no ha hecho distingo (sic) de ninguna clase, sino solamente observado que no cumple los requisitos señalados para todos los beneficiarios víctimas de suplantación de identidad.

Nuevamente no existe justificativo para sostener que el Principio de Imparcialidad no se ha cumplido.

PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

Este principio también ha sido enunciado por la Beneficiaria NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS, sin embargo, no ha dicho en qué momento se lo ha fracturado.

Dice el recurso de revocatoria:

“...la impugnación de la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA/APS/DJ/DPNC No. 474/2012, por la vía del recurso de revocatoria se encuentra plenamente enmarcado dentro de lo legal, puesto que la misma viola un derecho otorgado constitucionalmente como es el derecho a la Seguridad Social plasmado en el Art. 45 Constitucional.”

La Resolución Administrativa aludida no niega el derecho protegido por el artículo constitucional referido, simplemente observa el incumplimiento de los requisitos que la norma especial ha señalado para favorecer a las víctimas de cobros suplantados de identidad en los cobros del ex BONOSOL y/o de la Renta Dignidad.

Se cumple la normativa especial que favorece enormemente a los Beneficiarios ya que la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011, aceptaba las denuncias de cobros suplantados de identidad solamente si fueron planteadas ante el Viceministerio de Pensiones y la Resolución Administrativa, amplía las opciones de entidades receptoras de esas denuncias.

PRINCIPIO DE EFICACIA

Dice el inciso j) del ARTÍCULO 4° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002:

“j) Principio de eficacia: Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas.”

La Beneficiaria no demuestra que en el presente proceso se hubieran producido dilaciones por el desconocimiento de este principio.

PRINCIPIO DE INFORMALISMO

La Beneficiaria sostiene que:

*“Por otro lado ustedes con la **RESOLUCION ADMINISTRATIVA: APS/DJ/DPNC No. 474/2012**, reconocen expresamente la existencia de la denuncia interpuesta por mi persona y emitida por la entidad que recepcionó la denuncia de suplantación en su momento, debiendo ponerse en práctica en el caso de autos el principio de informalismo que rigen los actos administrativos, puesto que mi persona no tiene obligación de conocer la normativa interna que rige dentro de la instituciones que brindan servicios financieros, motivo por el cual, la prueba que ustedes ahora desconocen, es decir la nota mediante la cual denuncie el cobro de mis beneficios sociales por terceras personas (suplantación), cuenta con la legitimidad correspondiente y cumple con los requisitos de mi solicitud...”*

Se reitera nuevamente que esta Autoridad no ha desconocido el tenor de la nota de 09 de junio de 2009, sin embargo como se ha afirmado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 – 2012, no se han cumplido los requisitos que

señala el Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011 y la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de septiembre de 2011.

Además, recurre la Beneficiaria a la aplicación del Principio de Informalismo como mecanismo para hacer prevalecer su pretensión cuando en los hechos la norma que autoriza la reposición del beneficio no existía al momento de la denuncia y ahora no contempla la posibilidad de presentación en otra entidad no enlistada.

Sin embargo, en el planteamiento del recurso, se desconoce que entre las particularidades de este principio está su valor en el caso de **exigencias formales no esenciales**, tal cual señala el inciso l) del ARTÍCULO 4° de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002:

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

...

l) Principio de informalismo. La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo;

...”

La exigencia de requisitos previos para la Reposición Económica por Única Vez a las víctimas de suplantación del BONOSOL y/o de la Renta Dignidad, **son esenciales** para dar procedencia a este beneficio reconocido legalmente. Entre esos requisitos la presentación de una denuncia ante las entidades que precisamente se señalan en normativa.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Ya se ha establecido el sometimiento pleno a la ley que ha hecho esta Autoridad siguiendo la normativa vigente, respetando los principios anotados y ajustando los hechos a la norma, antes de determinar lo que correspondía frente a la solicitud de la Beneficiaria.

SOBRE LA RECONDUCCIÓN

Dice la Beneficiaria:

“...la nota mediante la cual denuncie el cobro de mis beneficios sociales por terceras personas (suplantación), cuenta con la legitimidad correspondiente y cumple con los requisitos de mi solicitud, si ustedes consideran que fue planteada erróneamente o ante una institución sin facultades, está debió en su momento poner en práctica otro principio que rige el proceso administrativo que es la RECONDUCCIÓN, puesto que todo servicio financiero se encuentra supervisado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, hecho que ustedes no ponen en práctica, vulnerando nuevamente la solicitud que en reiteradas oportunidades realice.”

En el fondo, no se trata de la opinión de esta Autoridad en cuanto al planteamiento de la denuncia que hizo la Beneficiaria sobre el supuesto cobro suplantado de su Renta Dignidad, sino a que, esa denuncia no consta ni el Viceministerio de Pensiones, como debería ser según lo señalado en el artículo 1 de la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011, ni en las instituciones enumeradas en la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de septiembre de 2011.

Asimismo, es fundamental entender que la reconducción que se esgrime no era válida en el momento que se planteo a denuncia y que luego de la emisión de la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011, del Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011 y de la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de septiembre de 2011, no podría aplicarse en sometimiento pleno a lo dispuesto por la normativa vigente y especial señaladas.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Se le ha observado a esta Autoridad el incumplimiento de varios principios procesales que se han podido desvirtuar con la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 – 2012, sin embargo debemos insistir en el Principio de Legalidad ante el cual ajustamos la decisión que se dispuso en la Resolución Administrativa que se recurre.

Dice la Constitución Política del Estado:

TITULO IV

GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y ACCIONES DE DEFENSA

CAPÍTULO PRIMERO

GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Artículo 109. I. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.

II. Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley. (las negrillas son nuestras)

Es también la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2009 de 14 de septiembre de 2009, la que se refiere al Principio de Legalidad afirmando:

“El principio de legalidad, se refiere a que la observancia de la Ley y la sujeción a la misma a efectos de legitimar la actuación de la autoridad jurisdiccional o administrativa y garantizar a los administrados que, en ejercicio de sus potestades, la administración actúe dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.”

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple y hace cumplir las leyes en su sector en observancia al Principio de sometimiento pleno a la

ley que, tal cual se señala en la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002:

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

...

c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso; ...”

En el caso de autos y en la fundamentación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 – 2012, se ha observado lo señalado e impuesto por:

- Ley N° 082 de 20 de enero de 2011;
- Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011 y
- Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de septiembre de 2011.

CONSIDERANDO:

Que la Beneficiaria NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO presentó recurso jerárquico de 11 de septiembre de 2012, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 634 – 2012 de 21 de agosto de 2012, la cual confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 – 2012 de 11 de julio de 2012.

Que en el petitorio de su recurso jerárquico, la Beneficiaria NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS, ha expresado que:

“Por lo expuesto y demostrando legalmente conforme lo dispone los Art. 64, 65 y sgtes., de la Ley 2341 “Ley de Procedimiento Administrativo” y su correspondiente Decreto Reglamentario normado por el D.S. 27175 en sus Arts. 52 y sgtes., planteo recurso Jerárquico en contra de la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/No. 634-2012 DE 21 DE AGOSTO DE 2012**, mediante la cual se ratifica la resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/No. 474-2012 de 11 de julio de 2012, que rechaza mi solicitud de reposición como víctima de suplantación de identidad, solicitando se revoquen ambas resoluciones y deliberando en el fondo se ordene dar cumplimiento a la Ley 082/2010 Decreto Supremo No. 966 de 24 de agosto de 2011 que Reglamenta la Ley No. 082 de 20 de enero de 2011, de Reposición Económica por única vez a la Víctimas de Suplantación de Identidad en el cobro del Ex – Bonosol y/o de la Renta Dignidad y Resolución Administrativa No. 296/11, debiendo su autoridad instruir para que por las oficinas correspondientes se me dé curso a la solicitud de reposición.”

Que el recurso presentado por la Beneficiaria NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS fue admitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros el 19 de septiembre de 2012 y que ésta se ha manifestado mediante de la Resolución respectiva el 06 de diciembre de 2012.

Que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 071/2012 de 06 de diciembre de 2012 en su parte resolutive dice:

“ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 634-2012 de 21 de agosto, **inclusive** debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.”

CONSIDERANDO:

Que la Beneficiaria NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS ha sostenido en su recurso de revocatoria de 23 de julio de 2012, presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 – 2012 de 11 de julio de 2012, que:

“Con estas afirmaciones vulneran la verdad material que rige para la aplicación de la Ley 2341, la misma que da los lineamientos generales que van de la mano con los principios Constitucionales que respaldan el estado de Derecho en el cual vivimos dentro el estado Plurinacional de Bolivia, motivo por el cual no se puede alegar el desconocimiento a los dispuesto por el Art. 4 que en sus incs. ... :h)**Principio de Jerarquía Normativa:** La actividad y actuación administrativa y particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta ley, observaran la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado...”

Que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 071/2012 de 06 de diciembre de 2012, afirma:

“Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante, llega a la conclusión de que la Autoridad Fiscalizadora, **no ha motivado, ni ha fundamentado** conforme a derecho en cuanto al argumento presentado por la recurrente respecto al principio de Jerarquía normativa.”

Que respetando el derecho de la Beneficiaria a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formule, según lo señala en inciso h) del Artículo 16° de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, de 21 de abril de 2002.

Que es obligación de la administración pública dictar resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera sea su forma de iniciación visto lo dispuesto en el párrafo I del Artículo 17° de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, de 21 de abril de 2002; por lo que corresponde referirse a:

PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

Señala la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en su artículo 410:

“II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.”

Más adelante señala:

“La aplicación de las normas jurídica se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

- 1. Constitución Política del Estado.*
- 2. Los tratados internacionales*
- 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.*
- 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.”*

En la anterior visión, de lo que el tratadista Haouriu llama el “bloque de legalidad o constitucionalidad”, adoptado por nuestra Constitución Política del Estado, las normas son superiores unas a otras en la medida en la que unas son fundamento, base de referencia o directriz para que las otras sean las que producen el acto normativo o las que determinan las condiciones de validez de las normas inferiores como lo planteó Hans Kelsen.

Es precisamente Kelsen quien grafica el anterior principio normativo con la denominada Pirámide Jurídica, que en línea vertical, recrea la visión de lo superior frente a lo inferior o de lo que se impone sobre lo que se subordina.

La Constitución le ha reconocido al ciudadano (a) derechos, garantías y obligaciones y al mismo tiempo lo protege de la Administración Pública con acciones que afecten precisamente sus derechos.

Para el caso que nos ocupa, la Beneficiaria NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS, en ejercicio pleno de las facultades o acciones que la normativa le reconoce, le ha planteado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, lo que considera su derecho y en pleno apego a lo que la normativa también le obliga a ésta Autoridad, se le ha respondido en aplicación de lo que la jerarquía normativa señala visto que la respuesta expresada en esta Resolución, sigue el lineamiento impuesto por las siguientes normas:

- Ley N° 082 de 20 de enero de 2011.*
- Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011.*
- Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de septiembre de 2011.*

Sin apartarse de lo que dispone la Constitución Política del Estado y que se ha desarrollado en los principios señalados en párrafos anteriores; siguiendo el principio de Jerarquía Normativa positiva donde se ha aplicado la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011, que reconoce el derecho a la reposición económica por única vez a la

víctimas de suplantaciones del Ex - BONOSOL y/o de la Renta Dignidad; en apego al Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011, que reglamenta la Ley N° 082 y establece los requisitos para solicitar el reconocimiento del derecho enunciado en la Ley y que señala la forma de pago de la reposición a la víctimas de suplantaciones del Ex - BONOSOL y/o de la Renta Dignidad, esta Autoridad sostiene haber respetado y cumplido lo que señala el principio de Jerarquía Normativa al emitir normativa regulatoria (Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 - 2011 de 12 de septiembre de 2011) que no vulnera ni contraviene normas de mayor jerarquía como la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011 y el Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por la Beneficiaria NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS, el Ente Regulador llega a la conclusión que la Beneficiaria no ha presentado fundamentos que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474 - 2012 de 11 de julio de 2012. En consecuencia, debe confirmarse la antedicha Resolución con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003..."

3. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 25 de enero de 2013, la señora **NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 27-2013 de 11 de enero de 2013, argumentado lo siguiente:

"...RELACIÓN DE ANTECEDENTES.-

Después de un largo proceso administrativo impregnado de una serie de irregularidades y nulidades absolutas materializadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se emite la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 071/2012 de 06/12/2012, que en su parte resolutive establece ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 634-2012 de 21 de agosto, inclusive debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, emitir una nueva resolución administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial, instrucción que fue emitida por la máxima autoridad del sector, como lo es el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, pero que no fue cumplida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en el entendido de dictar una nueva resolución objeto de la presente impugnación con los mismos errores y causales de nulidad absoluta que fueron resueltos por la autoridad jerárquica, en el entendido de no haberse nuevamente, reitero, motivado, mucho menos fundamentado lo demostrado durante todo el proceso administrativo todo bajo el consentimiento de las autoridades administrativas que se encaprichan en dilatar y no emitir resoluciones con fundamento y respaldo cursante en obrados como se pasa nuevamente a demostrar.

Extrañamente como persona de la tercera edad, ahora se viola mi derecho a recibir el Ex BONOSOL, actual Renta Dignidad, reiterando que en la gestión 2009, terceras personas, fraguando mi cédula de identidad cobraron dichas mensualidades, en la ciudad de La Paz en fecha 06/05/09 a hrs. 10:30 a.m. , de la Caja 343474, en una de las sucursales de Fortaleza Fondo Financiero Privado, ubicado en la Calle Tumusla, hechos irregulares que en su debido momento denuncie ante las oficinas de Fortaleza Fondo Financiero Privado FFP y SAFI, puesto que de una de las sucursales de esta entidad se habría cobrado ilegalmente dichos montos de dinero suplantando mi identidad.

En Resolución Administrativa APS/DJCITE: APS/DPNC/474/2012 de 11 de julio de 2012, mediante la cual se rechaza mi solicitud de reposición como víctima de suplantación de identidad, resolución ratificada mediante la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/No. 634-2012 DE 21 DE AGOSTO DE 2012**, la misma que realiza una serie de afirmaciones que no cuentan con un respaldo legal, mucho menos un análisis lógico legal comparativo como paso a demostrar:

Según el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 15 "Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho comparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se ven afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos".

Existe reconocimiento con la transcripción del Art. 15 del D.S. 27175, la existencia de un derecho y un interés legítimo que me afecta, no es otra cosa la Resolución Administrativa APS/DJCITE: APS/DPNC/474/2012 de 11 de julio de 2012, mediante la cual se rechaza mi solicitud de reposición como víctima de suplantación de identidad, resolución ratificada mediante la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/No. 634-2012 de 21 de agosto de 2012, la misma que fue anulada por la autoridad jerárquica que valoro (sic) lo dispuesto por la Ley 2341, que da los lineamientos generales que van de la mano con los principios Constitucionales que respaldan el Estado de Derecho en el cual vivimos dentro el Estado Plurinacional de Bolivia, motivo por el cual no se puede alegar el desconocimiento a lo dispuesto por el Art. 4 que en sus incs. C) principio de sometimiento pleno a la Ley: La Administración Pública (sic) regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los actos administrativos el debido proceso; inc. D) Principio de verdad material: La Administración Pública (sic) investigara (sic) la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil; f) principio de Imparcialidad: Las Autoridades administrativas actuaran (sic) en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados; h) Principio de Jerarquía Normativa: La actividad y actuación administrativa y particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta ley, observaran la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado; j) Principio de Eficacia: Todo principio administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas; l)

Principio de Informalismo: la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo; p) Principio de proporcionalidad: La Administración Pública (sic) actuará (sic) con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento: Principios todos estos que son de cumplimiento obligatorio por todo funcionario público y que han sido fracturados por su autoridad mediante la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJCITE:(sic) APS/DPNC/474/2012 de 11 de julio de 2012, mediante la cual se rechaza mi solicitud de reposición como víctima (sic) de suplantación de identidad, resolución ratificada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/No. 634-2012 de 21 de Agosto de 2012, que es objeto del presente recurso. Asimismo la Ley 2341 en su Art. 11 dispone taxativamente que toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses conforme corresponda, norma que ratifica y respalda legalmente la activación de los recursos administrativos activados dentro el caso de autos.

Por otro lado se debe tener claramente establecido, que uno de los principales derechos de los administrados conforme lo dispone la Ley 2341 en su Art. 16 inc. B) es el de iniciar el procedimiento como titular de derechos subjetivos e intereses legítimos, motivo por el cual la impugnación de la Resolución Administrativa APS/DJCITE: (sic) APS/DPNC/474/2012 de 11 de julio de 2012, mediante la cual se rechaza mi solicitud de reposición como víctima (sic) de suplantación de identidad, resolución ratificada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/No. 634-2012 de 21 de agosto de 2012, por la vía del recurso de revocatoria se encuentra plenamente enmarcado dentro de lo legal, puesto que la misma viola un derecho otorgado constitucionalmente como es el derecho a la Seguridad Social plasmado en el Art. 45 Constitucional, que ahora nuevamente se vulnera con la resolución objeto de la presente impugnación.

La resolución **RESOLUCIÓN** (sic) **ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/No. 27-2013 DE 11 DE ENERO DE 2013**, con relación a los principios constitucionales y administrativos vulnerados, se puede evidenciar la falta de valoración de las pruebas aportadas y cursantes en el expediente del exordio. Puesto que lo afirmado en la Resolución Administrativa APS/DJCITE:(sic) APS/DPNC/474/2012 de 11 de julio de 2012, mediante la cual se rechaza mi solicitud de reposición como víctima de suplantación de identidad, resolución ratificada mediante la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/No. 634-2012 de 21 de Agosto de 2012 que fue causal de nulidad, y ahora nuevamente los posicionamientos administrativos determinan y violan nuevamente mis derechos de acceder a la seguridad social. Por otro lado el acto administrativo objeto del Recurso de Revocatoria interpuesto y ahora objeto del Recurso Jerárquico, para ser considerado como tal, ha sido dictado por autoridad competente, es decir el Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros. Asume una causa que se ha sustentado en los hechos y antecedentes de la suplantación denunciada. Cuenta con un objeto que es cierto, lícito y materialmente posible. Goza de un fundamento que ha sido expresado de

manera concreta, la misma que indujo a emitir un acto administrativo objeto de la impugnación. Finalmente y para desvirtuar cualquier interpretación errónea y alejada de la verdad que puedan realizar, el acto administrativo ahora desconocido por ustedes aparte de ser un acto administrativo, es un acto motivado, porque dispone la suspensión de un acto, es decir no permiten que mi persona como víctima de suplantación, pueda beneficiarse con el cobro de mis rentas que fueron robadas por terceras personas.

Nuevamente no se realiza un análisis de lo dispuesto por la Constitución Política del Estado que en su Art. 45 garantiza el derecho a acceder a la seguridad social y en su párrafo IV) garantiza el derecho a la jubilación, con carácter universal, solidario y equitativo, motivo por el cual y para dar cumplimiento a estos principios constitucionales es que se promulgo la Ley No. 082 de 20 de enero de 2011, reglamentado a través del Decreto Supremo No. 0966 de 24 de agosto de 2011 y Resolución Administrativa APS/DPNC/No. 296-2011 de 12 de septiembre de 2011, pero de una manera totalmente atentatoria y violatoria a los intereses de las personas que se tienen que beneficiar con esta ley ustedes emiten la Resolución Administrativa APS/DJCITE: (sic) APS/DPNC/474/2012 de 11 de julio de 2012, mediante la cual se rechaza mi solicitud de reposición como víctima de suplantación de identidad. Asimismo la misma Constitución Política del Estado en su Art. 67 garantiza la provisión de una renta vitalicia de vejez, en el marco de una seguridad integral de la ley la cual se pretende fracturar con el accionar que pretende materializar su autoridad.

A pesar de la nulidad establecida por la máxima autoridad del sector se emite nuevamente la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/No. 27- 2013 DE 11 DE ENERO** que no evaluó la esencia de la Reposición Económica por única vez a las víctimas de suplantación de identidad en el cobro del Ex - BONOSOL y de la Renta Dignidad normado mediante la Ley No. 082 de 20 de enero de 2011, reglamentado a través del Decreto Supremo No. 0966 de 24 de agosto de 2011 y Resolución Administrativa APS/DPNC/No. 296-2011 de 12 de septiembre de 2011, de la relación de antecedentes y utilizando la simple lógica, con relación a las techas de promulgación de la normativa señalada se puede evidenciar que la misma rige a partir de su promulgación es decir del 20 de enero de 2011, motivo por el cual todas aquellas personas víctimas de suplantación deben beneficiarse con esta normativa, considerando que el efecto retroactivo de las normas se aplica en materia social. Por otro lado, anterior a la promulgación de la Ley No. 082 de 20 de enero de 2011 y del análisis de esta normativa se puede establecer que la misma beneficiaría aquellas personas que sufrieron suplantación en el cobro de su Renta Dignidad Ex- BONOSOL anterior al 20 de enero de 2011, hecho que se adecúa a mis intereses.

Finalmente se debe dejar claramente establecido que conceptualmente se entiende por Entidad Gestora a: "Instituciones de Derecho Público con personalidad jurídica propia cuyo objeto primordial es la administración y gestión de la Seguridad Social bajo la dirección, vigilancia y tutela del Estado".

"Es aquella sociedad anónima que, previa autorización administrativa, tiene como objeto social y actividad exclusivos la administración de fondos de pensiones. Las

entidades aseguradoras pueden ser entidades gestoras sin necesidad de que el objeto social y la actividad sean exclusivos". "Entidad gestora, administradora, gerente o sociedad operadora: sociedad anónima que se encarga de la gestión de las inversiones, administración, representación y la gestión de las suscripciones y reembolsos de los fondos y sociedades de inversión", motivo por el cual no se puede desconocer las facultades y atribuciones de la entidad financiera Fortaleza Fondo Financiero Privado, la misma, que en el momento que sufrí de suplantación, eran los responsables del pago del Ex - Bonosol y/o de la Renta Dignidad, de lo que se demuestra, sin admitir prueba en contrario, que el hecho delincinencial de suplantación que mi persona sufrí y la correspondiente denuncia que realice fue ante una entidad que se encuentra fiscalizada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, motivo por el cual no se puede desconocer mediante una nota AA.GG - 06552/2012 la existencia de denuncia de cobro de suplantación ante la Entidad Gestora, debiendo nuevamente utilizarse ante dicho y supuesto desconocimiento el Principio de Reconducción, estableciendo de esta forma si la entidad financiera, Fortaleza Fondo Financiero Privado, que es fiscalizada por la A.P.S., recibió en su momento la DENUNCIA DE SUPLANTACIÓN, realizada por mi persona, hecho y acto administrativo que nunca se realizó, motivo por el cual el desconocimiento supuesto de la interposición de la denuncia que fue certificada por la entidad financiera receptora

PETITORIO.-

Por lo expuesto y demostrando legalmente conforme lo dispone los Art. 64, 65 y sgtes., de la Ley 2341 "Ley de Procedimiento Administrativo" y su correspondiente Decreto Reglamentario normado por el D.S. 27175 en sus Arts. 52 y sgtes., planteo recurso Jerárquico en contra de la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/No. 27-2013 DE 11 DE ENERO DE 2013**, mediante la cual se ratifica la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/No. 474-2012 de 11 de julio de 2012, que rechaza mi solicitud de reposición como víctima de suplantación de identidad, solicitando se revoquen ambas resoluciones y deliberando en el fondo se ordene dar cumplimiento a la Ley 082/2010 Decreto Supremo No. 966, de 24 de agosto de 2011 que Reglamenta la Ley No. 082 de 20 de enero de 2011, de Reposición Económica por única vez a las Víctimas de Suplantación de Identidad en el cobro del Ex - Bonosol y/o de la Renta Dignidad y Resolución Administrativa No. 296/11, debiendo su autoridad instruir para que por las oficinas correspondientes se me dé curso a la solicitud de reposición.

OTROSI 1.- Ofrezco en calidad de prueba, todo lo obrado dentro el caso de autos.

OTROSI 2.- Solicito que de manera clara y precisa la autoridad que resuelva el recurso jerárquico del exordio, establezca si la autoridad administrativa encargada de dar cumplimiento al proceso administrativo del exordio, dio cumplimiento con lo dispuesto en la nulidad establecida mediante la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/No. 27-2013 DE 11 DE ENERO DE 2013 ...**"

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota de fecha 9 de junio de 2009, recepcionada el 10 de junio de 2009, la señora **NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, comunicó a Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A., que terceras personas habían cobrado sus "mensualidades" en fecha 06 de mayo de 2009, en una de sus sucursales.

Asimismo, con nota de 12 de diciembre de 2011, la Beneficiaria solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que se le realice la reposición económica del ex BONOSOL y/o Renta Dignidad, señalando que presentó en su oportunidad la denuncia ante las oficinas de Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474-2012 de 11 de julio de 2012, rechazó la solicitud de reposición, señalando que la misma no fue presentada en una de las Instituciones autorizadas y dentro del plazo establecido, la cual fue recurrida por la señora **NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, dando lugar a la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 27-2013 de 11 de enero de 2013, misma que fue recurrida en instancia jerárquica en fecha 25 de enero de 2013, señalando que en cumplimiento a la Ley N° 082 de 20 de enero de 2010, al Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011 y a la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296-2011 de 12 de septiembre de 2011, se instruya dar curso a su solicitud de reposición económica, por ser víctima de suplantación de identidad en el cobro del ex BONOSOL y/o Renta Dignidad, recurso que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis respectivo, corresponde revisar la normativa aplicable al caso de autos, conforme se procede a continuación:

Mediante Ley N° 2427 de 28 de noviembre de 2002, se determinó el pago del Beneficio del BONOSOL de manera vitalicia, para todos los ciudadanos bolivianos residentes en territorio nacional, que al 31 de diciembre de 1995 hubieran cumplido veintiún (21) años de edad, y

tengan sesenta y cinco (65) años cumplidos.

De acuerdo a lo establecido en la Ley N° 3791 de 28 de noviembre de 2007, se crea el beneficio de la Renta Universal de Vejez (Renta Dignidad), el cual es reglamentado con el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, abrogando la normativa anterior.

En fecha 20 de enero de 2011 se emite la Ley N° 082, que determina que por única vez se realizará la reposición económica a las víctimas de suplantación de identidad en el cobro del ex Bonosol y Renta Dignidad, entre el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2003 al 30 de septiembre de 2010, y cuya denuncia curse ante el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 966 de 24 de agosto de 2011, que reglamenta la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011, señala en su artículo 2 lo siguiente:

“...ARTÍCULO 2.- (VÍCTIMAS DE SUPLANTACIÓN).

I. Para efectos de la Ley N° 082, son víctimas de suplantación:

- 1. Los beneficiarios del Ex Bonosol y Renta Dignidad, según corresponda, cuyas denuncias de suplantación cursen hasta el 20 de enero del 2011, fecha de publicación de la Ley N° 082, ante el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, o entidades bajo tuición del mencionado Ministerio; ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS y entidades reguladas o contratadas para fines de pago de los beneficios reclamados; y,*
- 2. Cuyo periodo suplantado se encuentre comprendido entre el 1 de enero del año 2003 y el 30 de septiembre del año 2010...”*

La Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296-2011 de 12 de septiembre de 2011, establece:

“PRIMERO (ÁMBITO DE APLICACIÓN)

Se efectuará la reposición económica por única vez a los Beneficiarios del ex Bonosol y de la Renta Dignidad que fueron afectados con suplantación de identidad, en el periodo comprendido entre el 01 de enero del año 2003 y el 30 de septiembre del año 2010, y que hubiesen presentado la denuncia de suplantación hasta el 20 de enero del 2011, fecha de publicación de la Ley N° 082.

CUARTO (REQUISITOS PARA SOLICITAR LA REPOSICIÓN ECONÓMICA DEL BENEFICIO DEL EX BONOSOL Y/O RENTA DIGNIDAD)

La Solicitud de Reposición Económica debe ser presentada ante la Entidad Gestora encargada de la Administración y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, misma que debe contar con los siguientes documentos:

- Formulario de Solicitud de Reposición Económica debidamente firmada o estampada la huella digital del Beneficiario.
- Fotocopia ilegible del documento de identidad del Beneficiario.
- Documento que acredite la denuncia por suplantación de identidad, presentada hasta el 20 de enero de 2011 ante las siguientes entidades:
 - Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros.
 - Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.
 - Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP.
 - Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS.
 - Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI (Entidad Gestora).
 - Futuro de Bolivia S.A. AFP.
 - BBVA Previsión AFP S.A.
 - Servicio Nacional del Sistema de Reparto – SENASIR.
 - Corporación de Seguro Social Militar – COSSMIL.
 - Seguros Provida S.A.
 - La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.
- Declaración Jurada del Beneficiario que dé fe que no fue él quien realizó los cobros declarados como suplantados. Este documento será provisto por la Entidad Gestora al Beneficiario, a efecto de que éste último proceda al llenado del mismo al momento de presentar la solicitud...”

2.2. En cuanto a la denuncia en una Entidad autorizada y al Principio de Jerarquía Normativa.-

La señora **NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, señala en su Recurso Jerárquico que se están violando sus derechos como persona de la tercera edad, ya que el 6 de mayo de 2009, terceras personas fraguaron su cédula de identidad y realizaron el cobro de sus mensualidades, en una de las sucursales de Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A., hechos irregulares que en su debido momento fueron denunciados ante las oficinas de la señalada entidad.

Asimismo argumenta que la norma beneficia a las personas que sufrieron suplantación en el cobro de su ex BONOSOL y/o Renta Dignidad antes del 20 de enero de 2011, fecha de promulgación de la Ley N° 082, hecho que se adecua a su caso.

La norma (citada *ut supra*), establece el procedimiento para la reposición económica por única vez de las víctimas de suplantación de identidad en el cobro del ex BONOSOL y Renta Dignidad, en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 30 de septiembre de 2010, siempre y cuando la denuncia haya sido presentada hasta el 20 de enero de 2011, ante el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, o entidades bajo tuición del mencionado Ministerio; ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ex Autoridad de Fiscalización y

Control Social de Pensiones, ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, entidades reguladas, Entidad Gestora, Administradoras de Fondos de Pensiones, SENASIR, COSSMIL, Entidades Aseguradoras o entidades **contratadas para fines de pago de los beneficios reclamados**.

Por lo tanto, es necesario establecer si la Beneficiaria señora **NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, presentó su denuncia de suplantación de identidad en el Cobro del ex BONOSOL y/o Renta Dignidad, en una de las Instituciones establecidas en normativa vigente y dentro del plazo establecido.

Conforme se tiene anotado, la señora **NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, presentó denuncia de suplantación ante las oficinas de Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A, en fecha 10 de junio de 2009, entidad que conforme la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296-2011 de 12 de septiembre de 2011, no se encuentra autorizada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, situación que generaría la conclusión que la Beneficiaria no pueda acogerse a la reposición solicitada.

Esta aseveración se encuentra respaldada en la propia Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 27-2013 de 11 de enero de 2013, que expresa: "...la nota AA.GG.-06552/2012 demuestra que no existe denuncia de cobro suplantado ante la Entidad Gestora, encargada y responsable de los pagos de la Renta Dignidad, que además es reconocida como institución ante la cual se debe tramitar, entre otras, la Reposición Económica por Única vez a las Víctimas por Cobros Suplantados del ex BONOSOL y/o Renta Dignidad...", y por lo tanto le rechaza la solicitud presentada por la Beneficiaria.

Sin embargo de ello, ya este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 071/2012 de 6 de diciembre de 2012, se pronunció en sentido de que el Ente Regulador, debió haber realizado el análisis legal respecto a la aplicación del Principio de Jerarquía Normativa, **especialmente de la aplicación del Decreto Supremo N° 966 de 24 de agosto de 2011**, situación que incluso en el segundo proceso administrativo no fue cumplido por la instancia inferior.

Es así que en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 27-2013 de 11 de enero de 2013 (hoy recurrida), la Autoridad Reguladora de **manera general** y sin la especificidad que determinó esta instancia jerárquica respecto al Decreto Supremo No. 966, se pronuncia señalando que:

*"...Este principio también ha sido enunciado por la Beneficiaria NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS, sin embargo, no ha dicho en qué momento se lo ha fracturado.
(...)*

La Resolución Administrativa aludida no niega el derecho protegido por el artículo constitucional referido, simplemente observa el incumplimiento de los requisitos que la norma especial ha señalado para favorecer a las víctimas de cobros suplantados de identidad en los cobros del ex BONOSOL y/o de la Renta Dignidad.

Se cumple la normativa especial que favorece enormemente a los Beneficiarios ya que la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011, aceptaba las denuncias de cobros suplantados de identidad solamente si fueron planteadas ante el Viceministerio de Pensiones y la Resolución Administrativa, amplía las opciones de entidades receptoras de esas denuncias...”

“...PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA.

Señala la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en su artículo 410:

“II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.”

Más adelante señala:

“La aplicación de las normas jurídica se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1. Constitución Política del Estado.
2. Los tratados internacionales
3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.
4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.”

En la anterior visión, de lo que el tratadista Haouriu llama el “bloque de legalidad o constitucionalidad”, adoptado por nuestra Constitución Política del Estado, las normas son superiores unas a otras en la medida en la que unas son fundamento, base de referencia o directriz para que las otras sean las que producen el acto normativo o las que determinan las condiciones de validez de las normas inferiores como lo planteó Hans Kelsen.

Es precisamente Kelsen quien grafica el anterior principio normativo con la denominada Pirámide Jurídica, que en línea vertical, recrea la visión de lo superior frente a lo inferior o de lo que se impone sobre lo que se subordina.

La Constitución le ha reconocido al ciudadano (a) derechos, garantías y obligaciones y al mismo tiempo lo protege de la Administración Pública con acciones que afecten precisamente sus derechos.

Para el caso que nos ocupa, la Beneficiaria NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS, en ejercicio pleno de las facultades o acciones que la normativa le reconoce, le ha planteado a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, lo que considera su derecho y en pleno apego a lo que la normativa también le obliga a ésta Autoridad, se le ha respondido en aplicación de lo que la jerarquía normativa señala visto que la respuesta expresada en esta Resolución, sigue el lineamiento impuesto por las siguientes normas:

- Ley N° 082 de 20 de enero de 2011.
- Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011.
- Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de septiembre de 2011.

Sin apartarse de lo que dispone la Constitución Política del Estado y que se ha desarrollado en los principios señalados en párrafos anteriores; siguiendo el principio de Jerarquía Normativa positiva donde se ha aplicado la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011, que reconoce el derecho a la reposición económica por única vez a la víctimas de suplantaciones del Ex - BONOSOL y/o de la Renta Dignidad; en apego al Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011, que reglamenta la Ley N° 082 y establece los requisitos para solicitar el reconocimiento del derecho enunciado en la Ley y que señala la forma de pago de la reposición a la víctimas de suplantaciones del Ex - BONOSOL y/o de la Renta Dignidad, esta Autoridad sostiene haber respetado y cumplido lo que señala el principio de Jerarquía Normativa al emitir normativa regulatoria (Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 - 2011 de 12 de septiembre de 2011) que no vulnera ni contraviene normas de mayor jerarquía como la Ley N° 082 de 20 de enero de 2011 y el Decreto Supremo N° 0966 de 24 de agosto de 2011...”

Por lo tanto, se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se pronuncia doctrinalmente en cuanto a lo que se entiende por el principio de Jerarquía Normativa, sin embargo no se pronuncia **–cual estaba obligada–** sobre la aplicación del Decreto Supremo N° 966 de 24 de agosto de 2011, específicamente del artículo 2, mismo que claramente señala que “...Los beneficiarios del Ex Bonosol y Renta Dignidad, según corresponda, cuyas denuncias de suplantación cursen hasta el 20 de enero del 2011, fecha de publicación de la Ley N° 082, ante ... y entidades reguladas o **contratadas para fines de pago de los beneficios reclamados.**”, abriendo la opción de entrega para este tipo de entidades.

Si bien y conforme ya se expuso en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 071/2012 de 6 de diciembre de 2012, Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A., no estaría regulada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no debemos olvidar que la misma fue contratada para el pago de dicho beneficio y esta situación hace que conforme al Decreto Supremo No. 966 de 24 de agosto de 2011, se constituye en una alternativa que la denuncia sea presentada ante una Entidad pagadora al señalar:

“...ARTÍCULO 2.- (VÍCTIMAS DE SUPLANTACIÓN).

II. Para efectos de la Ley N° 082, son víctimas de suplantación:

- 3. Los beneficiarios del Ex Bonosol y Renta Dignidad, según corresponda, CUYAS DENUNCIAS DE SUPLANTACIÓN CURSEN hasta el 20 de enero del 2011, fecha de publicación de la Ley N° 082, ante el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, o entidades bajo tuición del mencionado Ministerio; ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS,**

ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS y entidades reguladas **O CONTRATADAS PARA FINES DE PAGO DE LOS BENEFICIOS RECLAMADOS**; y,

(Mayúsculas, subrayado y negrillas insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Si bien, la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296 – 2011 de 12 de septiembre de 2011, no incluye en sus articulados a las entidades contratadas para fines de pago de los beneficios reclamados, ello no hace que la determinación del Decreto Supremo No. 966, se encuentre sin efecto o no se aplique, toda vez que bajo la aplicación del principio de legalidad y consiguientemente del principio de jerarquía normativa, no puede dejar de tomarse en cuenta.

Para ello, importa realizar el siguiente análisis:

El Principio de Jerarquía Normativa, establecido en el inciso h) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, determina que las Leyes y normas de rango inferior, no pueden contravenir o vulnerar lo dispuesto en la Constitución Política del Estado u otra norma superior.

La Constitución Política del Estado en su parágrafo II del artículo 410, señala que:

“II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1.- Constitución Política del Estado.

2.- Los tratados internacionales.

3.- Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.

4.- Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes...”

En tal sentido, se tiene que si bien la Autoridad Fiscalizadora, ha fundamentado doctrinalmente el principio de jerarquía normativa, no se ha referido al hecho de que el Decreto Supremo N° 966 de 24 de agosto de 2011, de jerarquía mayor a la Resolución Administrativa APS/DPNC/N° 296-2011 de 12 de septiembre de 2011, claramente señala que por única vez se realizará la reposición económica a las víctimas de suplantación de identidad en el cobro del ex Bonosol y Renta Dignidad, cuando la denuncia curse ante las entidades contratadas para fines de pago, cual es el caso de Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A.

Por lo que la Autoridad Fiscalizadora, debió haber valorado este aspecto, considerando que la señora: NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS, claramente ha señalado una

vulneración al principio de jerarquía normativa, y comunicó en fecha 9 de junio de 2009, recepcionada el 10 de junio de 2009, a Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A. de que terceras personas habrían cobrados sus mensualidades en fecha 6 de mayo de 2009, en una de sus sucursales, enmarcándose a lo establecido en la normativa vigente para el efecto.

Por lo que el Ente Regulador **debió pronunciarse** sobre la aplicación del Decreto Supremo N° 966 de 24 de agosto de 2011, ya que Fortaleza Fondo Financiero Privado S.A., al ser una entidad pagadora del Beneficio, sí se encuentra dentro de los alcances del citado Decreto Supremo, por lo tanto la denuncia presentada por la señora **NOEMY ENRÍQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS**, tomando en cuenta cual corresponde **toda la normativa legal aplicable y el principio de jerarquía normativa**.

Que el hecho de que la Autoridad Fiscalizadora no se haya pronunciado sobre estos aspectos, denotan que no se ha cumplido con lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo que señala:

“ARTICULO 28°. (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).- Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

b) *Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;*

e) *Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,...*”

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

“Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando resuelvan recursos administrativos.

Que a su vez en cuanto a la motivación de los actos administrativos, ya este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en su Resolución Ministerial Jerárquica de MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 15/2011 de fecha 11 de abril de 2011, ha dejado claramente establecido:

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

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

Que, por todo lo anteriormente desarrollado se tiene que la instancia inferior, no ha dado cumplimiento al artículo 60 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo

aprobado mediante Decreto Supremo, y tampoco al debido proceso, al no fundamentar debidamente el acto administrativo emitido, y no tomar en cuenta la determinación del Decreto Supremo No. 966, derivando ello en que la Beneficiaria no pueda acogerse al derecho que la norma le otorgaba, es decir ser beneficiada de la reposición por única vez por suplantación.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha dado cumplimiento a la normativa, especialmente del Decreto Supremo N° 966 de 24 de agosto de 2011.

Que, de conformidad con el artículo 43° inc. b) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá REVOCAR la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 474-2012 de fecha 11 de julio de 2012, que fue confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 27-2013 de fecha 11 de enero de 2013, debiendo pronunciarse conforme a normativa, considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 15-2013 DE 09 DE ENERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°031/2013 DE 10 DE JUNIO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 031/2013

La Paz, 10 de Junio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 030/2013 de 26 de abril de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 068/2013 de 15 de mayo de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 28 de enero de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada legalmente por su Gerente Regional La Paz, Lic. René Darío Mostajo Otasevic, según el Testimonio Poder N° 325/2012, suscrito por ante la Notaría de Fe Pública N° 111 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo del Dr. Lorenzo Sandoval Estenssoro, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa

APS/DJ/DS/N° 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/DS/706/2013, con fecha de recepción 31 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 5 de febrero de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, mismo que le fue notificado el 13 de enero de 2013.

Que, en fecha 5 de abril de 2013, se llevó adelante la Audiencia de exposición oral de fundamentos, solicitada por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, misma a la que asistieron los representantes de dicha entidad, conforme consta en el expediente administrativo, señores René Darío Mostajo Otasevic, Luis Antonio Toledo Peñaranda y Miguel Ángel Jemio Mendoza.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS APS/DJ/DS/8043/2012 DE 16 DE OCTUBRE DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DS/8043/2012 de 16 de octubre de 2012, notificó a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** con los siguientes cargos:

*“...Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera “SIREFI”, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, comunicamos a usted que como resultado de la evaluación del cumplimiento de la normativa vigente por el cambio de Plan de Vida Entera a Vida Flexible, se advierte que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS** habría cometido la siguiente:*

- **Contravención al inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998**, que establece como una prohibición a las entidades aseguradoras: *“Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos (...)”*, en el caso de Erika Lourdes Arias Gonzales, conforme los siguientes antecedentes:
 1. *El 3 de febrero de 2012, Erika Lourdes Arias Gonzales mediante carta hizo conocer a la APS que con Nacional Vida Seguros de Personas contrato (sic) el Seguro de*

Vida N° NAVI-VI-4281/LP/07 “**Vida Entera Pagos Limitados (10 años) póliza que cubría hasta el momento de muerte**” y que en fecha 17 de enero de 2011, la compañía le ofreció un plan con, aparentemente, mayores beneficios, razón por la que migro (sic) al **Plan Flexible Premium** con N° POL-VF-LP-00200720-2011-00, creyendo ilusamente en la buena fe del agente de seguros y obviamente de la empresa aseguradora que no le advirtieron que la edad fin de póliza, era de 55 años, momento en que se terminan de pagar las primas y cuya cobertura es sólo hasta esa fecha y no hasta el momento de la muerte.

Asimismo la asegurada afirma haberse percatado de esta situación cuando retiró sus valores de rescate y revisando la póliza con una amiga se entero (sic) que al retirar estos valores de rescate el monto asegurado disminuiría, razón por la que se apresuró a presentar una carta para hacer la reposición de estos valores, y allí, en oficinas de la aseguradora, el Sr. Rodrigo Chirveches le informó que el retiro de valores de rescate no incide en la disminución del monto asegurado; no obstante la asegurada asegura tener desconfianza y solicitó el asesoramiento del ente de fiscalización.

2. A pesar de las sucesivas comunicaciones entre la APS y la Aseguradora, a raíz del reclamo, el órgano fiscalizador no ha tomado conocimiento de ningún documento que acredite que los asegurados hayan recibido un asesoramiento exacto, suficiente y diligente que genere certidumbre y no induzca a error a quienes decidan adherirse al nuevo plan ofertado.

Por lo antecedentemente expuesto, **NOTIFICAMOS** a usted en su condición de representante legal de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** al no haber observado debidamente la normativa señalada, por lo que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa.

Vencido el termino de prueba y dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos la APS emitirá la Resolución que corresponda, en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175...”

2. **NOTA DE DESCARGOS.-**

Mediante nota NAVI-GR-673-2012, presentada en fecha 31 de octubre de 2012, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, en respuesta a la notificación de cargos APS/DJ/DS/8043/2012, presenta los siguientes descargos:

“...a. En relación al punto primero, efectivamente nuestra sociedad, en fecha 15 de mayo recibió nota de nuestra estimable asegurada, la Sra. Erika Lourdes Arias Gonzales en la cual solicita retornar a su plan de Vida Entera pagos Limitados alegando que “no se sentía cubierta”. Una copia de dicha nota puede encontrarse en el “Anexo A” de la presente.

En base a la nota de la Sra. Erika Lourdes Arias Gonzales nuestra sociedad responde a la misma indicando que no es procedente debido a que habían pasado los 15 días de plazo desde la entrega de la póliza para presentar discrepancias (artículo 1013 del Código de Comercio). No obstante en una nota que adjuntamos exhortamos a nuestra estimable asegurada reconsiderar su postura "ANEXO B".

b. En fecha 3 de julio de 2012 recibimos nota de la asegurada Sra. Erika Lourdes Arias Gonzales donde solicita la anulación de su póliza de Vida Flexible y devolución de los valores de rescate respectivos, de dicha nota adjuntamos copia en "Anexo C".

Ante la nota de referencia en párrafo anterior se realizó el proceso respectivo del cual en "Anexo D" se adjuntan respaldos que corresponden.

Quisiéramos reiterar, de manera muy respetuosa, que el hecho de que nuestra asegurada hubiera expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses, es una muestra de que dicha asegurada recibió una explicación completa y suficiente, que le sirvió para tomar una decisión con base en su propio interés.

c. En relación a la explicación insuficiente eludida por su autoridad, nos remitidos a los documentos del "Anexo E", que ilustran las ventajas del nuevo plan y que sirvieron para que en conocimiento de las mismas, nuestra asegurada pudiera tomar la decisión de su conveniencia..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 895-2012 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, hizo presente los argumentos que, en lo pertinente, se transcriben a continuación:

“...CONSIDERANDO:

Que, los cargos consisten, en pocas palabras, en que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, no brindó a Ericka (sic) Lourdes Arias Gonzáles, información completa, veraz, oportuna, y suficiente para promover el cambio del "Plan de Vida Entera" al "Plan de Vida Flexible", violando la disposiciones legales que rigen esta situación, tal cual se anotó en la notificación de cargos.

CONSIDERANDO:

La compañía **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, mediante nota CITE: NAVI-GR/673-2012 de 30 de octubre de 2012, expone sus argumentos de descargos incurriendo en una confusión de los momentos en que sucedieron los hechos, deduciendo falsamente, que habría otorgado información veraz, oportuna y suficiente a la señora Ericka (sic) Lourdes Arias Gonzales.

Que la confusión más relevante de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**

consiste en interpretar las quejas y argumentos de Ericka (sic) Lourdes Arias Gonzáles, como muestra inequívoca de haber recibido información exacta y comprensiva en su momento.

Que en conocimiento del reclamo de aquella asegurada, manifestó la compañía que el cambio no era procedente en atención al plazo de 15 días fijado en el artículo 1013 del Código de Comercio, invitando a Ericka (sic) Lourdes Arias Gonzales a reconsiderar su "postura". Adjuntan copia de la Póliza de Vida Flexible, en la cual se encontrarían las ventajas de dicho plan.

CONSIDERANDO:

Que respecto de esta afirmación conviene discernir respecto de lo que se entiende por "**oportunidad**" y por el término "**exacto o exacta**". Vayamos por partes; en cuanto al significado de la voz "**oportunidad**", tal alude a un hecho o circunstancia que se da en un momento adecuado para hacerlo, de manera que implique conveniencia de tiempo y lugar. En otras y pocas palabras: momento propicio para hacer y/o decir algo. Ergo, si hacemos o decimos algo en momento inadecuado con inconveniencia de tiempo y lugar, lo hecho y dicho será "**inoportuno**", no surtiendo los efectos que se pretende, ocurran.

Que en cuanto al término "**exacto o exacta**", entenderemos como aquello que se "adecúa o se ajusta completamente a algo", o para matizar con un rasgo subjetivo, diremos que es algo con lo que se está completamente de acuerdo. También este término es sinónimo de "verdad" cuando se **utiliza la palabra para decir que algo es exactamente cierto o que lo que otra persona dijo es exacto pues respeta la verdad.**

Que en el ámbito de la aplicación de las normas legales positivas, los términos "**oportunidad**" y "**exacto o exacta**" adquieren capital importancia, ya que las normas se las cumplen en un determinado momento y lugar y no antes o después. Este uso racional de los hechos o los dichos corresponden congruentemente con lo entendido por "exacto" ya que si lo dicho o hecho es oportuno, será entonces verdadero porque corresponde en momento, lugar y a la veracidad del fenómeno.

Que esta disquisición es imprescindible para valorar el argumento de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** en sentido de que las quejas de su asegurada Ericka (sic) Lourdes Arias Gonzáles, son prueba de que sí orientó, proporcionó información exacta y oportuna a propósito del cambio de plan de seguro. Cuando la Ley prescribe supuestos hipotéticos como futuras subsunciones a la misma, es que está señalando que ciertos hechos deben ser efectuados o llevados a cabo **antes de** y no **después de**. En el caso que nos ocupa, no es de recibo (sic) pretender justificar que Ericka (sic) Lourdes Arias Gonzáles, fue informada verazmente para el cambio de plan de seguro de Vida Entera a Vida Flexible argumentando que el hecho de que la asegurada hubiera expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses es muestra que recibió una explicación completa y suficiente.

Que al respecto cabe aclarar que la manifestación de preocupación no es prueba para afirmar que se hubiera brindado un correcto asesoramiento, toda vez que si ese hubiere sido el caso, Ericka (sic) Lourdes Arias Gonzales no habría efectuado el cambio de plan.

Que asimismo **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** señala que en el Anexo D se entregó documentación a la asegurada para que pueda evaluar las ventajas del nuevo plan y que sirvieron para que, en conocimiento de las mismas, la asegurada pueda tomar la decisión de su conveniencia.

Que evaluada la documentación aludida, se observa que cursan los siguientes documentos:

- Carta a Nacional Vida Seguros de Personas S.A. de Ericka (sic) Lourdes Arias Gonzales, solicitando la anulación de la Póliza V.E.P.L. y suscripción a VIDA FLEXIBLE.
- Solicitud de Seguro de la Póliza de Seguro de Vida Flexible

Que los documentos antes señalados no demuestran asesoría alguna de la Compañía de Seguros para el cambio de Plan de Vida Entera a Vida Flexible.

Que las normas que rigen fenómenos de cambio de plan de seguro son de ineludible cumplimiento antes de que la persona adopte o tome una decisión, y no aplicar las normas después de haberse tomado la decisión. Justificar que las quejas (luego de haberse firmado los cambios de plan de seguro) son prueba de que se cumplió con las normas imputadas de incumplidas, simplemente no resiste el menor análisis.

Que por otro lado, se deja claramente establecido que los cargos imputados se refieren al incumplimiento de normas atinentes a las prohibiciones en ocasión de cambios de plan de seguro contenidas en la Ley de Seguros y disposiciones inscritas en las propias pólizas, por lo que limitarse a decir que se "proporcionó" información verbal y escrita que fue requerida por la asegurada sin sustentar documentalmente (más allá de la declaración unilateral y subjetiva de la compañía) no enerva ni desvirtúa los cargos contra **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**

Que en adición la documentación cursante en el expediente y la propia la carta de descargos no constituyen, objetivamente, descargos que acrediten hechos materiales de una asesoría completa, exacta y veraz para proceder al cambio; v.gr. una explicación pormenorizada de la cobertura.

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a lo transcrito en lo que a las alegaciones de descargo se refiere, el anexo "E", en el que constarían las ventajas del Plan de Vida Flexible, consiste en copia de la póliza, en cuya última página se anotan unas proyecciones de tasas de interés garantizadas y de tasas de interés excedentes. Pues bien, para que esta

exposición del nuevo plan, constituya instrumento idóneo de haberse explicado, en su momento, de manera suficiente y consistente, necesariamente debería contrastar (gráficamente) estas proyecciones de tasas y otros elementos, con el Plan de Vida Entera, pero no ocurrió tal.

Que en realidad, más que ventajas, el anexo "E" lo que muestra son las características del plan pero de ninguna manera "ventajas" strictu sensu ya que carece del elemento confrontacional, de manera que constituya entidad de ventaja (mejor que), pues es evidente que un plan no puede ser "ventajoso" frente a sí mismo, sino, en cuanto y en tanto se confronta o compara con otro elemento que constituya su opuesto binario. Ergo, no ocurriendo tal, no es susceptible de considerarse como descargo suficiente de las imputaciones.

CONSIDERANDO:

Que en relación a la aplicación del artículo 1013 del Código de Comercio y la caducidad en cuanto al plazo de 15 días en la presentación de discrepancias en la póliza, tal normativa no es aplicable al caso de Ericka (sic) Lourdes Arias Gonzáles, debido a que la letra del artículo contextualiza su uso "a lo convenido" y "a lo propuesto"; o sea, que para aplicar el artículo 1013 como liberador de las responsabilidades de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** ésta tendría que haber "convenido" y "propuesto" a cabalidad y en toda su extensión la Póliza de Vida Flexible. En este caso la entidad no informó de manera absoluta y completa, no advirtió, comparativamente (ya que no ha producido prueba en sentido contrario pese a la notificación con cargos), de las ventajas y desventajas de uno y otro plan; v.gr. la edad. Ergo, no habiendo sido informada Ericka Lourdes Arias Gonzáles de manera integral y completa, las omisiones de la compañía nunca fueron "convenidas" ni "propuestas", ya que por lógico principio nadie conviene algo que no ha sido propuesto en legal forma ni ha sido puesto en su conocimiento en tiempo hábil.

CONSIDERANDO:

Que de todo lo expuesto se determina con meridiana claridad que la compañía no otorgó a Erika Lourdes Arias Gonzales un asesoramiento veraz y oportuno en el cambio de plan de Vida Entera a Vida Flexible, incurriendo dicha conducta en la previsión contenida en el inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros que prescribe como prohibición de las entidades aseguradoras: "Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos (...)"

Que corresponde en todo caso manifestar que verificada la infracción, la sanción es la consecuencia jurídica de carácter administrativo que tiene como objetivos:

- Regular de manera eficaz la conducta apropiada de los administrados, a fin de que cumplan a cabalidad con las disposiciones que le sean aplicables y, en especial, prevenir conductas contra la calidad de los servicios regulados y

actividades supervisadas.

- Prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las disposiciones infringidas o asumir la sanción. La sanción debe tener un efecto disuasivo indispensable para evitar que la conducta antijurídica se repita.

Que el inciso II del artículo 62 del Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, determina que: "II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables".

Que por su parte el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, prevé que: "La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se debe esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares".

Que cumpliendo con la normativa transcrita, para la modulación de la sanción se ha tomado en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, cuidando que la sanción no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad, verificándose que:

a) El incumplimiento se encuentra tipificado:

- En cuanto a la conducta, por el inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.
- En cuanto a la sanción, por el inciso d), del artículo 17 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como **infracciones graves**, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a ochenta mil uno (80.001), ni mayor a doscientos mil uno (200.001) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: d) Distorsión, falsedad o contradicción en los contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al Público".

b) En cuanto al daño se ha evidenciado que las condiciones otorgadas en la Póliza de Vida Flexible con respecto a la Póliza de Vida entera, tienen una diferencia esencial en la cobertura de fallecimiento, que la propia Aseguradora a través de la nota CITE: NAVI-GR-0176 de 20 de marzo de 2012 ha reconocido, y que es como sigue:

Plan	Vida Entera	Vida Flexible
Vigencia	Del 16.02.07 hasta el fallecimiento del asegurado	Del 17.01.11 al 01.09.2017 si bien existe un final de vigencia, esto se aplica si el asegurado retira el total del saldo de la Cuenta Individual, caso contrario y a solicitud del Asegurado la póliza se mantiene vigente mediante la deducción de la prima de riesgo de su Cuenta Individual o mediante el pago de la prima de riesgo que corresponda.

Lo expuesto demuestra que la vigencia de la cobertura de fallecimiento del Seguro de Vida Entera es hasta la muerte del asegurado, sin ninguna condicionante; mientras que en el seguro de Vida Flexible la vigencia concluye el 1° de septiembre de 2017, es decir que de fallecer el asegurado en fecha posterior a la determinada el capital asegurado por fallecimiento queda sin cobertura, ocasionando por consiguiente un perjuicio al asegurado por reducir el período de la cobertura.

- c) Finalmente, no se evidenció que la conducta de la Aseguradora sea reiterativa o reincidente, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, por lo que la entidad nunca antes fue sancionada por una infracción similar.

Que en la descripción de la cuantificación de la multa, la norma pertinente establece un rango de un mínimo a un máximo, dejando al prudente arbitrio de la Administración la modulación y determinación del monto, en función a las circunstancias que rodean el hecho; es decir la actuación dolosa o culposa del regulado, la reiteración o la reincidencia de la conducta y el daño.

Que en este sentido y del análisis anterior corresponde se aplique una sanción de multa de rango mínimo, establecida normativamente en 80.001 UFV's (Ochenta mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda)..."

Con tales fundamentos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

"...PRIMERO.- SANCIONAR a NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., con la multa en Bolivianos equivalente a 80.001 UFV's (Ochenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por haber incurrido en la prohibición señalada en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

SEGUNDO.- La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.

TERCERO.- NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el artículo precedente, copia de la

boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción..."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por el memorial presentado el 11 de diciembre de 2012, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895-2012 de 15 de noviembre de 2012, con los siguientes argumentos:

“...III - ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACION

El Art. 117 de la Constitución Política del Estado, al establecer uno de los principios esenciales de nuestro estado de derecho dice lo siguiente:

“...Artículo 117 I. **Se garantiza la presunción de inocencia.** Durante el proceso, **en caso de duda** sobre la norma aplicable regirá **la más favorable** al imputado o **procesado...**”

Nótese que la norma establece una premisa que legalmente se denomina “presunción de hecho” por la cual se debe entender y asumir (la norma no admite otra posibilidad “in limine”) que toda persona es inocente, en tanto no se presenten pruebas que sustenten la posibilidad de afirmar lo contrario.

Es decir que de conformidad con la norma constitucional de máxima jerarquía, nuestro sistema legal no reconoce, en ninguna materia de la regulación local, la posibilidad de que ninguna autoridad presuma, sin prueba alguna, que una persona es culpable o que no es inocente de algún hecho que se le pretendiera imputar, cuando dicha afirmación carece de pruebas.

Siguiendo ésta línea normativa, los Art. 71 y 74 de la Ley del Procedimiento Administrativo Nº 2341 de fecha 23 de abril de 2002 (“LPA”), dice lo siguiente:

“...ARTÍCULO 71º.- (Principios Sancionadores).- **Las sanciones administrativas** que las autoridades competentes **deban imponer** a las personas, **estarán inspiradas** en los principios de legalidad, tipicidad, **presunción de inocencia**, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad...”

“...ARTÍCULO 74º.- (Principio de Presunción de Inocencia).- En concordancia con la prescripción constitucional, **se presume la inocencia** de las personas mientras **no se demuestre lo contrario** en idóneo procedimiento administrativo...”

Nótese que la norma enfatiza la necesidad de poder demostrar que una persona no es inocente, es decir que es culpable como una condición necesaria y obligatoria a la imposición de una sanción.

De acuerdo y siempre en protección del principio de Inocencia, el Art. 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de la es (sic) Intendencia de seguros de fecha 24 de octubre de 2003 dice lo siguiente:

“...Artículo 18.- (Determinación de la gravedad de la infracción)...” “...La Superintendencia de (Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o **entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia**, salvo **prueba en contrario**, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso **y en todos los similares...**”

Con arreglo a lo expuesto notara su autoridad que para que se pueda imponer una sanción, es necesario que se pueda probar en forma incontestable lo contrario a la inocencia (que se presume con base en la ley) que es la culpabilidad.

En nuestro sistema legal, la demostración de la veracidad de un hecho se realiza mediante la presentación de “pruebas” o medios de representación (histórica) de la realidad que permitan sustentar la veracidad de hecho imputado al procesado en el cual se pretenderá fundar una premisa y una eventual sanción.

Este procedimiento es clara y expresamente una de las garantías del “debido proceso” o del “Due Process of Law” que garantiza que una persona no sea juzgada en desconocimiento de sus garantías constitucionales, que (reitero) en esencia presumen su inocencia mientras no se pruebe lo contrario.

Este principio, está igualmente regulado por los Art. 47, 49 y 83 de la misma LPA que dice:

“...ARTÍCULO 47°.- (Prueba).- I. Los **hechos relevantes** para la decisión de un **procedimiento** podrán acreditarse por cualquier medio de **prueba admisible en derecho...** “...II. El **plazo y la forma de producción** de la prueba será determinada...” “...III. La autoridad administrativa, mediante providencias expresas, determinará el procedimiento para la **producción de las pruebas admitidas...**”

“...ARTÍCULO 49°.- (Alegatos).- **Producida la prueba** o vencido el plazo para su producción, la administración decretará la clausura del periodo probatorio y si lo considera necesario por la complejidad de los hechos y las **pruebas producidas**, otorgará un plazo de cinco (5) días al interesado para que tome vista del expediente y alegue **sobre la prueba producida...**”

“...ARTÍCULO 83°.- (Etapa de Tramitación).- I. Los presuntos infractores en el plazo de quince (15) días a partir de su notificación podrán presentar **todas las pruebas**, alegaciones, documentos e informaciones que crean convenientes a

sus intereses..." "...II. Serán **legalmente aceptados todos los medios de prueba establecidos...**"

De estas porciones de la norma, es posible extractar los siguientes principios básicos adicionales:

- a. Los hechos que fueran relevantes para una decisión sancionatoria se sustentan en pruebas.
- b. Es posible presentar todos los medios de prueba admisibles en derecho.
- c. Existen reglas y plazos para la producción de la prueba.
- d. La prueba que servirá de base es la prueba "producida".

Es importante remarcar que uno de los aspectos reiterados en numerosas porciones de la norma es la "producción", que no es más que la presentación del medio probatorio respectivo bajo rígidas regulaciones de "forma" y solemnidad que exigen que el medio probatorio presentado sea de conocimiento de todas las partes involucradas y bajo ciertas formulas de "producción". Algunos sistemas llaman a estas formulas de solemnidad el procedimiento ó "discovery" (sistema anglosajón) ya que precisamente buscan que la forma de producción de las mismas sea "transparente"

Los medios de prueba "legamente aceptados" a que se refiere el texto transcrito precedentemente, se encuentran regulados por el Art. 374 del Código de Procedimiento Civil que dice:

"...Art. 374.- (MEDIOS LEGALES DE PRUEBA). Son **medios legales de prueba**: 1) Los documentos. 2) La confesión. 3) La inspección judicial. 4) El peritaje. 5) La testificación. 6) Las presunciones..."

Es importante notar por su relevancia, que en ninguno de los incisos se hace cita de un medio de prueba como "la opinión del juzgador", ó "las definiciones o criterio personal del juzgador" ó la opinión y conclusiones personales del juzgador" ó a "lo que diga el diccionario". En todos los casos dichas opiniones del juzgador o los criterios u opiniones personales, no pueden basarse en nada que no sea uno de los medios de prueba establecidos por la ley o en la misma ley. En cuanto a las "presunciones", la autoridad, en apego a la norma constitucional, está obligada a presumir la inocencia del procesado o la diligencia del mismo, mientras no pueda probar su culpabilidad, no siendo suficiente el criterio unilateral del juzgador por muy bien intencionado que esté.

El Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003 que contiene las normas especiales para el desarrollo de los procedimientos administrativos en el ámbito de la regulación financiera dice en su Art. 29 lo siguiente:

"...Artículo 29.- (Prueba). I. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer **la producción de pruebas** admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean **conducentes para la toma de sus decisiones;**..."

“...II. La providencia que ordene **la producción de las pruebas será expresa...**”
“...III. **Las pruebas** serán valoradas en su integridad, con racionalidad...”

Se verá que ésta norma, reitera una vez mas y en forma muy consistente con las normas superiores el principio de “producción” y la necesidad de que las pruebas sean las “admisibles en derecho”. Remarca además la necesidad de que la producción de las pruebas sea expresa y asienta el principio de que la valoración solo puede recaer sobre las pruebas y no sobre los criterios unilaterales de la autoridad reguladora o sobre sus propias opiniones personales y subjetivas.

Dentro del procedimiento sancionador, uno de los pilares esenciales es la aplicación de principios enumerados en el Art. 71 de la LPA que dice lo siguiente:

“ARTÍCULO 71º.- (**Principios Sancionadores**).- Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, **presunción de inocencia**, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad...”

Es claro que el procedimiento sancionador no puede hacer abstracción de la presunción de inocencia asumiendo que una imputación de cargos, es decir una atribución de conductas sancionables, realmente debe entender como una presunción de culpabilidad. Tampoco puede pretender, con esta base en la “imputación de cargos”, que la carga de la prueba sea trasladada completamente y exclusivamente al procesado quien deba “probar su inocencia”.

El hecho es que en nuestro sistema legal la inocencia se presume y lo que debe probarse es la culpabilidad, lo que significa que carga de la prueba está distribuida entre ambas partes en forma equivalente.

Este principio legal ha dado lugar al principio constitucional sentado en el Art. 116 de la Constitución Política del Estado que dice lo siguiente:

“...Artículo 116. I. Toda persona **será protegida** oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, **transparente** y sin dilaciones...”

Por último el propio Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas en el sector de Seguros contenido en la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS Nª (sic) 602, de 24 octubre de 2003, dice en sus Arts. 2 y 8 lo siguiente:

“...Artículo 2.- (Principios) A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptan los siguientes principios: a) **Debido Proceso**: Es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer **y producir pruebas** pertinentes, presentar alegatos, **obtener resoluciones fundamentadas** e interponer recursos...”

“...Artículo 8.- (Alcance de la Sanción) La imposición de una sanción tiene como finalidad sancionar la conducta que genera el incumplimiento de una normativa legal y vigente, esta será **impuesta previo proceso** administrativo sancionatorio, que se desarrolla en sujeción al **principio del debido proceso...**”

Verá su autoridad que la fundamentación de las decisiones del juzgador solo puede provenir de un procedimiento de sustanciación llevado a cabo bajo un proceso que esencialmente hubiera sido desarrollado en presunción de la inocencia del procesado.

En todo el texto de la resolución impugnada su autoridad no solo deja de lado la presunción legal de inocencia y diligencia de la que nuestra sociedad es titular por mérito de la norma. Su autoridad también viola todos los principios del debido sustento de su afirmación de culpabilidad en pruebas admisibles en derecho, limitándose a basar su sanción en su propia opinión y en nuestras propias declaraciones.

Adicionalmente, su autoridad aplica a un mismo hecho definido por una anterior resolución administrativa idéntica, una adecuación normativa distinta y una violación al principio de proporcionalidad establecido por la Ley.

En otras palabras, su autoridad se basa nada menos que en su propia definición y entendimiento de lo dispuesto por la norma, para imponer una sanción sobre nuestra sociedad, sin presentar ni compulsar en lo absoluto prueba alguna basada en derecho positivo que sustente sus afirmaciones, como lo exige nuestro sistema legal que no presume la culpabilidad sino la inocencia de las personas objeto de juzgamiento.

IV – PETITORIO

En base a lo anterior, y en apego al Art. 65 de la LPA y del Art. 46 y siguientes del D.S. 27175, pedimos a Ud. tenga a bien dictar la respectiva Resolución, revocando totalmente la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012**, por haber violado las presunciones constitucionales y por haber violado el debido proceso, reservándonos el derecho, conforme a ley, de interponer el Recurso Jerárquico correspondiente, ante el superior en grado...”

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 15-2013 DE 9 DE ENERO DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 15-2013 de 9 de enero de 2013, resolvió confirmar parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895-2012 de 15 de noviembre de 2012.

Los fundamentos presentados en la parte considerativa, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, es necesario ir por partes para resolver el presente recurso. Para ello nos servirá

algunas digresiones en torno a algunas precisiones conceptuales a fin de no confundir categorías administrativas íntimamente relacionadas con la actuación de la Administración Pública.

Por “**debido proceso**” se entiende al conjunto de procedimientos, normas y condiciones que una determinada jurisdicción ha establecido para que sus órganos de decisión juzguen en consecuencia. De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del debido proceso “no sólo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional”.

En cuanto a la presunción de inocencia y el “**onus probandi**” consecuente, tal es una expresión latina que señala quién está obligado a producir la prueba en un determinado caso controvertido. Por las particularidades del Derecho Administrativo, la administración, aunque sea la que emitió la disposición o instrumento que se impugna *ex post*, no es parte **strictu sensu**, ya que por mandato legal, es la propia administración que emitió el acto que se impugna la que conoce también pretensiones de revocación de los afectados. En efecto, el artículo 5 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 legitima y atribuye a ciertos órganos administrativos, la competencia para conocer y resolver un asunto administrativo, de acuerdo a mandato constitucional u otro género de normas inferiores.

Que siendo así, la carga probatoria de la parte que pretende la revocación de una resolución administrativa (como la que nos ocupa) corresponde a la parte que se considera afectada. Esto se encuentra consagrado en el artículo 50 del Decreto Supremo N° 27715 de 15 de septiembre de 2003, donde se dispone que a **discreción** de dicha Administración, puede solicitarse la producción de prueba que ella considere atinente, o a petición de parte. Este requisito probatorio se objetiva en el momento de notificarse con cargos a la persona en particular, a quien se intima producir todas las probanzas que creyere oportuno y pertinente.

En otras palabras, no hay preceptiva legal en la jurisdicción nacional que obligue a la Administración a producir prueba por ella misma dentro de procesos como el que nos ocupa; en todo caso, tal extremo es potestativo como señala el citado artículo 50 del Decreto Supremo N° 27715 (sic) de 15 de septiembre de 2003.

Que la realidad social sobre la que se erige el Derecho y su práctica jurídica consecuente, contempla también los **Actos Discrecionales**. El Acto Discrecional es el acto administrativo que encontrándose en límites determinados, goza al mismo tiempo de cierta libertad y no se encuentra constreñido totalmente por el marco normativo correspondiente. La única limitación en los casos de los actos discrecionales es la “satisfacción del interés público”, aspecto teleológico-jurídico, cuya valoración es efectuada por la Administración con sentido de oportunidad y conveniencia.

Por lo que el Acto Discrecional se caracteriza porque la Administración tiene la

facultad de llevarla a cabo o no; es un acto que revela valoración de los hechos en el marco de beneficio del interés público; es un acto en el que se realiza un juicio de oportunidad en relación a normas o criterios de diversa naturaleza; es un acto en el que se da una libertad de acción por parte de la autoridad, que aunque parte de la norma y se ampara en ella, no se encuentra constreñida por ésta.

En otras palabras y en la lectura del maestro Marienhoff: **“las facultades discrecionales de una autoridad surgen cuando la legislación se limita a señalar los fines prescindiendo de la mención específica de los medios para lograr aquellos”**. Añade este autor que la existencia de normas y procedimientos para la emanación de un acto no es impedimento para excluir la posibilidad de que el acto sea discrecional; por ello es que la redacción literal que nos señala la posibilidad de un acto discrecional puede decir: “facúltese”, “autorízase”, “podrá”, etc.

La anterior digresión es el fundamento doctrinal de las facultades institucionales de la APS para que en función de ellas, module su accionar sobre las bases de la sana crítica y la experiencia ya adquirida en casos semejantes o similares.

CONSIDERANDO:

Que visto y revisado lo anterior, corresponde ahora analizar las alegaciones de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**

Que en cuanto al **argumento 2.1.**, resumido en el quinto Considerando de la presente Resolución, se deja claramente establecido que la competencia, el procedimiento, así como las facultades de desarrollo del procedimiento sancionador administrativo se encuentran en el artículo 46 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, así como en el artículo 65 y siguientes de dicho decreto, precisamente en resguardo de las garantías del debido proceso, de legalidad y de presunción de inocencia.

Que en efecto, el artículo 46 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2002 se refieren a la competencia para el conocimiento de los recursos de revocatoria, su procedencia y lo más relevante, lo concerniente a la prueba se encuentra previsto en el artículo 50 de dicho decreto supremo, cuyo contenido expresa la potestad unilateral de la Administración para disponer la producción de toda prueba, y de prueba adicional si lo considera necesario, no constituyendo por tanto preceptivo que sea la Administración la obligada a producir prueba **per se**.

Que en lo referente al debido proceso y presunción de inocencia, se tienen los artículos 65 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2002, que disponen las etapas a cumplirse hasta llegar a la etapa conclusiva del procedimiento sancionador, etapas cumplidas estrictamente por la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros; como a continuación se demuestra:

a) La APS, con anterioridad a la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°

895-2012 de 15 de noviembre de 2012, ha llevado a cabo actos investigativos y de análisis, a instancia de la usuaria involucrada, para verificar presuntas irregularidades en el proceso de cambio de "Plan de Vida Entera" a "Plan de Vida Flexible", llegando a identificar ciertos hechos, en conformidad con el artículo 65 de dicho decreto se elaboraron informes técnicos, legales, y se produjo correspondencia entre la señora Ericka (sic) Lourdes Arias Gonzáles, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** y la propia APS.

b) Establecidas presuntas irregularidades la APS procedió a notificar con cargos, por escrito y en cabal aplicación del artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, a fin de que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** pueda asumir defensa, como demuestra la Notificación con Cargos CITE: APS/DJ/DS/8043/2012 de 16 de octubre de 2012, notificado el 18 de octubre de 2012 a la compañía de seguros.

c) A tal fin y en la misma notificación con cargos, también se concedió el plazo legalmente establecido en el artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002 para la producción de descargos, pruebas, alegaciones, explicaciones, informaciones y justificativos para ejercitar su derecho a la defensa.

d) Cumplidas estas preceptivas diligencias, la APS dictó la resolución que estimó conveniente, debidamente fundamentada y motivada, cual es la resolución que ahora se impugna.

De lo expuesto, se infiere, inevitablemente, que **sí** se garantizó el debido proceso, así como no se emitió ningún juicio de valor definitivo hasta luego de haberse recibido los descargos de NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., por lo que el pretendido desconocimiento de las garantías constitucionales invocadas por la recurrente, carecen de asidero factual y legal.

Que en cuanto al **argumento 2.2.**, resumido en el quinto Considerando de la presente Resolución, señalar simplemente que la cita del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 es impertinente, ya que sus disposiciones se aplican estrictamente "a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, independientemente de su naturaleza o de la norma que las hubiere creado, que se encuentren operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros y especialmente, aunque no solamente, a: ...". En otras palabras, tal norma se aplica solamente a los regulados y no a los entes reguladores como insinúa la recurrente.

Que en relación a la segunda parte de esta alegación relacionada con la prueba, recalcar que durante la sustanciación del procedimiento sancionatorio y conforme establece el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** tuvo la oportunidad de producir sus pruebas y lo que estimó conveniente, cuando respondió a la Notificación de Cargos por intermedio de la carta CITE: NAVI-GR/673/2012 de 30

de octubre de 2012.

Que en cuanto a los argumentos **2.3.** y **2.6.**, resumidos en el quinto Considerando de la presente Resolución, en ninguna parte de la resolución que se impugna consta actuación de la APS que se interprete como negatoria, implícita o explícita, de la proposición de prueba de aquella aseguradora, o que se hubiera desconocido la categoría de pruebas que nuestra legislación acepta en conformidad con el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

Que en aplicación de lo señalado en el artículo 48 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, esta APS y como se anota en la parte "VISTOS" de la resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 895-2012 de 15 de noviembre de 2012, ha generado informes técnicos y legales, además de haber solicitado los descargos pertinentes a la aseguradora. A continuación y siempre de acuerdo al artículo 49 de la ley administrativa adjetiva, se otorgó un plazo determinado a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** para la producción de sus pruebas, a cuyo término, se cierra el periodo probatorio ya que es potestad de la Administración, ampliar o no estos plazos.

Que por lo demás, estas actuaciones de la APS, guardan fiel concordancia con lo prescrito en el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y caracterizadas como "Etapas del Procedimiento Sancionador".

Que en cuanto al argumento 2.4, resumido en el quinto Considerando de la presente Resolución, este ente regulador concuerda plenamente con el criterio de la recurrente en sentido de que toda decisión jurisdiccional se basa en pruebas admisibles en Derecho, y que las pruebas practicadas (producidas) son el elemento objetivo que sustenta la decisión ulterior. Este razonamiento correcto de la recurrente se encuentra antecedida por el procedimiento administrativo sancionador examinado en párrafos anteriores, lo que es muestra palmaria de que en el proceso de emisión de la resolución impugnada, esta APS, cumplió las normas atinentes.

Que en cuanto a los **argumentos 2.5.** y **2.7.**, resumidos en el quinto Considerando de la presente Resolución, es menester señalar que la recurrente, en oportunidad de presentar sus descargos a través de la nota CITE: NAVI-GR/673/2012 de 30 de octubre de 2012, expuso argumentos adjuntando un dossier de documentación que fue valorada en su día y que, a la luz de la sana crítica, no desvirtuaron los cargos imputados; es decir, que la aseguradora hubiera asesorado correctamente con diligencia y a plenitud a la señora Ericka (sic) Lourdes Arias Gonzáles para que cambie de plan de seguro.

Que debe tenerse presente que, el principal argumento de descargo de la recurrente fue que una prueba de que se había asesorado correctamente a la señora Ericka (sic) Lourdes Arias Gonzáles para el cambio de plan de seguro, consistía en que: "ella pudo darse cuenta de que el nuevo plan no le convenía"; o "que las quejas de la usuaria eran acreditativas de que sí se había orientado y proporcionado información exacta a propósito del cambio de plan".

Que no hay referencia implícita o explícita en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 895-2012 de 15 de noviembre de 2012 en sentido de que una de las pruebas para sancionar a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** sea la aclaración del significado de términos que hacían al buen entendimiento del caso. En efecto, acudir al significado de "oportunidad", "exacto o exacta", o "inoportuno" tenía (y tiene) el objetivo de fundar y contextualizar el uso de términos apropiadamente, y no, como hizo la ahora recurrente, pretender confundir al ente regulador a momento de presentar sus descargos.

Que en este contexto, argumentar que una prueba de haberse cumplido con la norma que regula el cambio de plan de seguro, era la queja de los clientes involucrados así como su predisposición a entrar en análisis de los aspectos controvertidos, hacía menester que el ente regulador sustente la posición de que las normas se las cumple en los momentos que ellas indican y no antes o después. Esta explicación deja en evidencia que la ahora recurrente, deliberadamente o no, pretende descontextualizar el uso y los propósitos de aclaración de términos que constan en la resolución impugnada.

Que esta APS tiene la suficiente idoneidad profesional y capacidad de juicio para elaborar sus resoluciones sobre la base de hechos confrontados con las normas que les sean atinentes, y no incurrir en candorosos apoyos "probatorios" consistentes en opiniones subjetivas o definiciones de vocabulario.

Que en cuanto a los **argumentos 2.8 y 2.9**, resumidos en el quinto Considerando de la presente Resolución, es didáctico reiterar que la APS, antes de emitir sus resoluciones, notifica a los involucrados circunstanciales con los cargos presuntos. Así se ha procedido en este caso concreto como bien se ha explicado en todo lo expuesto precedentemente; se ha notificado con cargos, se ha recibido y analizado los descargos, y en ningún momento se ha negado derecho alguno de la aseguradora durante la sustanciación del proceso, como bien pudo haber hecho aquella compañía, si hubiera solicitado documentación o información conveniente a sus intereses como los contenidos en el artículo 16 de la Ley de Procedimiento Administrativo, o lo contemplado en el artículo 67.III del decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003. **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** pudo acudir a estas facultades, lo cierto es que no lo hizo.

Que respecto del "**onus probandi**", ya nos referimos en partes anteriores de esta resolución. Es fácilmente verificable que la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros no emitió ningún juicio de valor definitivo antes de recibir y valorar los descargos y probanzas de la aseguradora, en respeto y aplicación del principio de legalidad y de presunción de inocencia, precisamente.

Que en cuanto a que en "idénticas" situaciones, esta APS hubiera fallado de manera distinta a la que ahora nos ocupa, se indica categóricamente que el ente regulador emite muchas resoluciones administrativas sancionatorias y por lo mismo, la recurrente debiera particularizar a qué situación concreta se refiere en que se hubiera fallado de manera distinta, siendo el caso similar al presente. No ocurriendo tal, esta

ambigüedad inhibe a la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros de mayores comentarios y valoraciones.

CONSIDERANDO:

Que en relación a la violación del principio de proporcionalidad, se debe destacar que la documentación producida por la recurrente acredita que la situación de seguro a la que fue derivada Ericka (sic) Lourdes Arias Gonzáles, tuvo como desenlace que dicha ciudadana pida (aceptada a la postre por la aseguradora) que se anule su póliza y abandone el seguro definitivamente, con la lógica consecuencia del sentimiento de frustración de la Sra. Arias, ya que de acuerdo al "Plan Vida Entera", su expectativa original era dejar un beneficio económico a su familia al ocurrir su fallecimiento y no limitar tal beneficio a los 55 años (de acuerdo al **Plan Vida Flexible**).

Pues bien, el hecho de que Ericka (sic) Lourdes Arias Gonzáles hubiera solicitado su retiro definitivo de cualquier plan de seguro allana el camino a cualquier subsanación o enmienda de la situación creada, que en criterio de esta APS, la conducta de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** debe reputarse como infracción leve como prevé el segundo párrafo del artículo 15 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, concordante con el primer párrafo del artículo 52 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

Que no obstante, debe tenerse en cuenta que actitudes como las que incurre **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** analizada ahora, pone en riesgo la credibilidad, confianza y transparencia del mercado de seguros, aspectos que deben ser prevenidos por esta APS.

Que resumiendo, esta explicación, el anterior párrafo expresa razonablemente el alcance de la sanción que debe modularse, reconsiderando anteriores criterios, sanción que puede ser apreciada y valorada por parte de la APS en ejercicio de expresas facultades para ello (segundo párrafo del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003), que para el caso concreto y atendiendo a las circunstancias, debe ser reevaluado.

CONSIDERANDO:

Que por lo analizado, se concluye que no existe mérito para la revocación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012 en lo tocante al fondo de dicha resolución, correspondiendo reevaluar el monto económico de sanción sobre la base de los argumentos recientemente expuestos.

Que en este contexto de razonamiento, la adecuación de la conducta comprobada de NACIONAL VIDA DESGUROS (sic) DE PERSONAS S.A. corresponde a lo señalado en el artículo 16.I.d) de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003..."

Con base a tales fundamentos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió:

“...ARTICULO PRIMERO.- CONFIRMAR parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 895-2012 de 15 de noviembre de 2012.

ARTICULO SEGUNDO.- MODIFICAR el artículo Único de la anterior resolución en lo referido al monto de la sanción, imponiéndose a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, la multa en Bolivianos equivalente a Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (39.186 UFV's) por haber incurrido en la infracción señalada en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

ARTICULO TERCERO Mediante la Dirección Administrativa Financiera de esta APS, procédase a la devolución a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, del monto de dinero resultante de la diferencia entre lo señalado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/895-2012 de 15 de noviembre de 2012 y la presente resolución; es decir el monto en bolivianos equivalente a 40.815 UFV's. ...”

6. RECURSO JERÁRQUICO

En fecha 28 de enero de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15/2013 de 9 de enero de 2013, expresando lo siguiente:

“...I- ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACION

Su respetable autoridad, en el tercer párrafo del sexto Considerando de la resolución que hoy impugnamos, sostiene lo siguiente:

“... Que en cuanto a la presunción de inocencia y el “**onus probandi**” consecuente, tal es una expresión latina que señala **quién está obligado a producir la prueba** en un determinado caso controvertido. Por las **particularidades de Derecho Administrativo**, la administración (sic), aunque sea la que emitió la disposición o instrumento que se impugna ex post, **no es parte strictu sensu...**”

Su autoridad parecería afirmar en éste párrafo que dentro de un procedimiento sancionatorio por las “Particularidades” de la esfera administrativa, el Estado estaría eximido “per se” de presentar el sustento legal y táctico en base al cual éste impondrá una pena sobre una persona (en el caso que nos ocupa una pena expresada en una sanción pecuniaria), sobre la base del hecho de que el Estado “no sería parte”.

Su autoridad continúa al decir:

“...Que siendo así, **la carga probatoria** de la parte que pretende la revocación de una resolución administrativa (como la que nos ocupa) **corresponde a quien se considera afectada...**” “...Este requisito se objetiva en el momento de notificarse

con cargos a la persona en particular, a quien se intima producir todas las probanzas que creyere oportuno y pertinente....”

“...En otras palabras, no hay preceptiva legal en la jurisdicción nacional que obligue a Administración (sic) a producir prueba por ella misma dentro de procesos...”

Una vez más su autoridad devela su posición al tratar de elaborar una teoría por la que quien debería probar su inocencia es el sancionado por una Resolución Administrativa, luego de impuesta la pena y reitera que la carga de la prueba recae sobre el sancionado, quien de acuerdo a su respetable autoridad debía probar su inocencia en relación a cargos que se le imputan con base en el solo criterio de la autoridad, la que en criterio suyo estaría al margen de toda obligación de presentación de medios probatorios idóneos en base a los cuales impondrá una pena a una persona.

Pero seguidamente su autoridad continúa sosteniendo su criterio sin base alguna en el Derecho Positivo Boliviano, sino en opiniones situadas en otro contexto y no relacionadas al meollo de la cuestión que nos ocupa al decir:

“... Que la realidad social sobre la que se erige el Derecho y su **práctica jurídica** consecuente, contempla también los **Actos Discrecionales Reglados**. El Acto Discrecional Reglado es el acto administrativo que encontrándose en límites determinados, **goza** al mismo tiempo **de cierta libertad y no se encuentra constreñido totalmente por el marco normativo correspondiente**. La única limitación en los casos de los actos discrecionales es la “satisfacción del interés público, aspecto teleológico-jurídico, cuya valoración es efectuada por la Administración con sentido de oportunidad y conveniencia...”

Su autoridad pretende afirmar que la imposición de una pena que realiza el estado (sic) sobre una persona, podría basarse en la discreción (arbitrariedad) de la autoridad con base en la satisfacción del interés público, caso en el cual pareciera usted afirmar que la autoridad del estado carece de limitaciones(jj??).

Conviene remarcar que nuestro sistema legal no reconoce a la “práctica jurídica” como una fuente del derecho, de modo tal que alguna persona natural o jurídica o el estado (sic) pueda escudarse en la misma para sustentar sus actos. Tampoco en nuestro derecho positivo existen excepciones o limitaciones de aplicación de la norma respecto de “ciertos actos” de ciertas autoridades, cuando los mismos cumplan el requisito de la “Discrecionalidad Reglada” citada por usted, a un extremo tal que le permitan o le den libertad para imponer una pena sobre cualquier persona regulada o no regulada, pasando totalmente por alto el principio y Derecho de Presunción de Inocencia, previsto nada menos que por la Constitución Política del Estado, y basándose solo en su propio criterio.

La “Discrecionalidad Reglada”, en ningún caso podría servir de sustento al acto de imposición de una pena sobre una persona sin que para la imposición de dicha pena no se hubiera destruido previa y palmariamente la Presunción de Inocencia de que la conducta del sancionado está rodeada “ex lege” (por disposición expresa de la Ley).

La esencia de la pena impuesta sobre nuestra sociedad, se basa en la inexistencia de conceptos como los de "oportunidad", "exactitud", "inoportunidad", "precisión" definidos por su propia autoridad, constituyendo dichas definiciones las pruebas en base a las cuales nos impuso una sanción.

En la RA 15 que impugnamos, resume el criterio adoptado por su autoridad en este caso cuando dice:

"...NO constituyendo por tanto preceptivo que sea la Administración la obligada a producir prueba per se...."

Su autoridad una vez más se aferra a la teoría de que el Estado no tiene obligación alguna a probar la culpabilidad de una persona y con arreglo a lo precedente pareciera remitirse para dicha afirmación a su criterio de aplicación de la "discrecionalidad reglada" (جڭ) que legitimaría el actuar de una Autoridad del Estado en total Omisión del Principio de presunción de inocencia para imponerle una pena.

Como corolario de la posición de su respetable autoridad, usted afirma en su décimo párrafo de su séptimo considerando lo siguiente:

"... la cita del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, **es impertinente** ya que **sus disposiciones se aplican estrictamente** "a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, **independientemente de su naturaleza** o de la norma que las hubiere creado, que se encuentren operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros y especialmente, **aunque no solamente**, a: ..."En otras palabras, tal norma **se aplica solamente a los regulados** y no a los entes reguladores como insinúa la recurrente...."

Su digno despacho pretende afirmar que una autoridad del estado (sic) como esa distinguida autoridad reguladora, está al margen, exenta, eximida, libre, no limitada, no condicionada o alcanzada, ni obligada a presumir la inocencia de una persona al imponerle una pena. La premisa planteada por su autoridad pretende realizar un vuelco trascendental al sentido del Art. 18 del Reglamento de sanciones aplicado para imponer una pena sobre una persona natural o jurídica y a nuestro propio sistema legal.

Del texto de su premisa pareciera que usted pretende atribuir la obligación de presunción de inocencia "solamente a los regulados y no a los entes reguladores", de donde se podría conducir a la conclusión de que el regulado debe presumir en todo momento la inocencia de la Autoridad del Estado (جڭ??).

El hecho final y textual, es que su autoridad hace omisión del texto expreso de la norma positiva que dice, en el precitado artículo del Reglamento de Sanciones, lo siguiente:

"... La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y **de acuerdo a criterios de conducta media** o de especial diligencia, según sea el caso. **A estos efectos, todo**

representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, **se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario**, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares.-... ”

Señor Director, el Derecho positivo boliviano establece en el Art. 117 de la Constitución Política del Estado, uno de los principios y pilares esenciales de nuestro Estado de Derecho y dice lo siguiente:

“...Artículo 117 I. **Se garantiza la presunción de inocencia**. Durante proceso, **en caso de duda** sobre la norma aplicable, regirá **la más favorable** al imputado o **procesado...**”

Nótese que la norma establece una premisa que legalmente se denomina “presunción de hecho” por la cual se debe entender y asumir (la norma no admite otra posibilidad “in limine”) que toda persona es inocente, en tanto no se presenten pruebas que sustenten la posibilidad de afirmar lo contrario, para solo luego poder ampararse en alguna norma que permita (sic) imponerle una pena.

De conformidad con la norma constitucional escrita de máxima jerarquía, nuestro sistema legal no reconoce, en ninguna materia de la regulación local, la posibilidad de que ninguna autoridad, sea esta administrativa ó judicial, presuma, sin prueba alguna (sin prueba alguna) (sic) que sustente su posición, que una persona es culpable o que no es inocente de algún hecho que se le pretendiera imputar, cuando dicha afirmación carece de pruebas.

Tampoco le está permitido a una autoridad elegir cual será la norma que aplicará cuando existe una norma superior que ha trazado los fundamentos a los cuales debe sujetarse nuestro sistema legal.

En el caso de nuestro sistema legal, el caso reviste mucha mayor particularidad debido a que nuestra Constitución Política del Estado ha sentado nuevos principios vigentes desde el año 2007, los que obviamente prevalecerán y se aplicarán con preferencia a normas inferiores y anteriores no solamente con base en las normas de resolución de conflictos de leyes en el tiempo, sino también con base en normas de resolución de conflicto de leyes en el espacio.

Es decir, que ninguna Autoridad del Estado puede pretender escudar o justificar sus actos de violación de los más elementales principios y derecho de inocencia de una persona, en el mero cumplimiento de una norma inferior que prevé un procedimiento que claramente viola dicho derecho de presunción de inocencia.

En todo caso, la autoridad está en la obligación de aplicar con preferencia la norma superior respecto de la inferior, al ser ésta inferior violatoria de los nuevos principios establecidos por aquella (la superior)

En éste sentido, el Art. 71 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de fecha 23 de abril de 2002 d (sic) (**"LPA"**), dice lo siguiente:

*"...ARTICULO 71°.- (Principios Sancionadores)- **Las sanciones administrativas** que las autoridades competentes deban imponer a las personas, **estarán inspiradas** en los principios de legalidad, tipicidad, **presunción de inocencia**, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad...."*

*"...Artículo 74°.- (Principio de Presunción de Inocencia).- En concordancia con la prescripción constitucional, **se presume la inocencia** de las personas mientras **no se demuestre lo contrario** en idóneo procedimiento administrativo..."*

Nótese que siempre la norma positiva boliviana enfatiza la necesidad de poder demostrar que una persona no es inocente, es decir que es culpable como una condición necesaria y obligatoria a la imposición de una pena que podrá estar traducida en una sanción pecuniaria.

Una vez mas, reiteramos el texto del Art. 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 que a pesar de ser una norma del más bajo nivel de la jerarquía normativa, sostiene como corolario y como "norma especial" el mismo principio que rige en todo estado de derecho al decir:

*"...Artículo 18.- (Determinación de la gravedad de la infracción)..." "... La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los Hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o **entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario**, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso **y en todos los similares...."***

Con arreglo a lo expuesto notará su autoridad que para que se pueda imponer una sanción, es necesario que se pueda probar en forma incontrastable lo contrario a la inocencia (que se presume con base en la ley) que es la culpabilidad.. (sic)

En nuestro sistema legal, la demostración de la veracidad de un hecho se realiza mediante la presentación de "pruebas" o medios de representación (histórica) de la realidad que permitan sustentar la veracidad de hecho imputado al procesado en el cual se pretenderá fundar una premisa y una eventual sanción.

Este procedimiento es clara y expresamente una de las garantías del "debido proceso" o del "Due Process of Law" que garantiza que una persona no sea juzgada en desconocimiento de sus garantías constitucionales, que (reitero) en esencia presumen su inocencia mientras no se pruebe lo contrario.

Todo procedimiento que pudiera ser establecido por una norma inferior, sea de carácter operativo o regulatorio, y todo procedimiento que pretendiera otorgar a una autoridad del estado (sic) "atribuciones" para "apartarse" o "autoexcluirse" de la regla establecida por la constitución, permitiéndole imponer una pena a una persona haciendo omisión del derecho de presunción de inocencia, claramente es un procedimiento anticonstitucional y viola el procedimiento "legalmente establecido" reconocido por el Art. 35 de la propia LPA que dice:

"... ARTICULO 35.- (Nulidad del Acto).-

I. Son **nulos de pleno derecho** los actos administrativos en los casos siguientes:..."... Los que hubiesen sido dictados **prescindiendo** total y absolutamente del **procedimiento legalmente establecido...**" "...Los que sean **contrarios a la Constitución Política del Estado;** y, e) Cualquier otro establecido expresamente por ley...."

Al respecto, conviene hacer cita de un precedente administrativo muy relevante que ha resuelto el tema de si realmente éstos principios constitucionales se aplican a la esfera Administrativa que goza de un estatus especial, que está contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 072/2012 de fecha 6 de diciembre de 2012, que en su parte más saliente dice lo siguiente:

"... En el mismo sentido, el Tribunal ha pronunciado la reciente **jurisprudencia mediante SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R**, entre otras, señalando que:..." "...'En consonancia con los **tratados internacionales** citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; **garantía de presunción de inocencia;** derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in ídem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (**SSCC 0082/200 L-R. 0157/200 IR. 0798/2001-R. 0925/2001-R. 1028/2001-R. 1009/2003-R. 1797/2003-R. 0101/2004-R. 0663/2004-R, 022/2006-R. entre otras**); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad **no es limitativa, sino más bien enunciativa,** pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones **de igualdad procesal** con otros justiciables. En efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características

generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (...) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional” ...Así configurado, es preciso recordar que el **derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente**, sino que es **extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R, entre otras)...**”

“...por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010 - Sucre, 10 de agosto de 2010, ha determinado sobre el derecho al debido proceso, lo siguiente: “Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en “...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos **se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar** (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente **ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos**” (SSCC: 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R entre otras). La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: “La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. **No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo**, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., **derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna**, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y **jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad**, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes...”

Note usted que el concepto de “Debido Proceso”, que en el caso de los procesos sancionatorios desencadenará en la imposición de una sanción en contra de una persona, tiene como efecto esencial a (sic) imposibilidad de que alguna autoridad del estado (sic) pueda prescindir o pasar por alto la presunción de inocencia de que goza el eventual sancionado. Esta regla alcanza (sic) no excluye sino que alcanza en forma expresa, y con arreglo a los pronunciamientos citados, a los actos de su respetable autoridad en la esfera administrativa.

En plena concordancia con lo anterior, este principio, está igualmente regulado por el Art. 47 de la misma LPA que dice:

“... ARTICULO 47°.- (Prueba).-1. Los **hechos relevantes** para (a **decisión** de un **procedimiento** podrán acreditarse por cualquier medio de **prueba admisible** en derecho...” “... II. El **plazo y la forma de producción** de la prueba será la determinada...” “...III. La autoridad administrativa, mediante providencias egresas, determinará el procedimiento para la **producción de las pruebas** admitidas...”

“... ARTICULO 49°.- (Alegatos).- **Producida la prueba** o vencido el plazo para su producción, la administración decretará la clausura del periodo probatorio y si lo considera necesario por la complejidad de los hechos y las **pruebas producidas**, otorgará un plazo de cinco (5) días al interesado para que tome vista del expediente y alegue **sobre la prueba producida**...”

“... ARTICULO 83°.- (Etapa de Tramitación).- I. Los presuntos infractores en el plazo de quince (15) días a partir de su notificación podrán presentar **todas las pruebas**, alegaciones, documentos e informaciones que crean convenientes a sus intereses...” “...II. Serán **legalmente aceptados todos los medios de prueba establecidos**...”

De estas porciones de la norma, es posible extractar los siguientes principios esenciales y básicos adicionales:

- a. Los hechos que fueran relevantes para una decisión sancionatoria se sustentan, como no podría ser de otra forma, en pruebas.
- b. Para sustentar la culpabilidad de un potencial sancionado, solo es posible por medio de la presentación de todos los medios de prueba admisibles en derecho.
- c. Existen reglas y plazos para la producción de la prueba que están establecidos en la Ley.
- d. La única prueba que servirá de base es la prueba “producida”.

Es importante remarcar que uno de los aspectos reiterados en numerosas porciones de la norma es la “producción”, que no es más que la presentación del medio probatorio respectivo bajo rígidas regulaciones de “forma” y solemnidad que exigen que el medio probatorio presentado sea de conocimiento de todas las partes involucradas y bajo ciertas fórmulas de “producción”.

Algunos sistemas llaman a éstas fórmulas de solemnidad el procedimiento ó “discovery” (sistema anglosajón) ya que precisamente buscan que la forma de producción de las mismas sea “transparente”.

Los medios de prueba “legalmente aceptados” a que se refiere el texto transcrito precedentemente, es decir el “procedimiento legalmente establecido” para el conocimiento de las mismas, se encuentra regulado por el Art. 374 del Código de Procedimiento Civil que dice:

“... Art. 374.- (MEDIOS LEGALES DE PRUEBA). Son **medios legales de prueba**: 1) Los documentos. 2) La confesión. 3) La inspección judicial. 4) peritaje. 5) La testificación. 6) La presunciones...”

Es importante notar por su relevancia, que en ninguno de los incisos se hace cita de un medio de prueba como “la opinión del juzgador”, ó “las definiciones o criterio personal del juzgador” ó la opinión y conclusiones personales del juzgador” ó a “lo que diga el diccionario”. En todos los casos dichas opiniones del juzgador o los criterios u opiniones personales, no pueden basarse en nada que no sea uno de los medios de prueba establecidos por la ley o en la misma ley.

En cuanto a las “**presunciones**, la autoridad, en apego a la norma constitucional, está obligada a presumir la inocencia del procesado o la diligencia del mismo, mientras no pueda probar su culpabilidad, no siendo suficiente el criterio unilateral del juzgador por muy bien intencionado que esté.

El Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003 que contiene las normas especiales para el desarrollo de los procedimientos administrativos en el ámbito de la regulación financiera dice en su Art. 29 lo siguiente:

“... Artículo 29.- (Prueba). I. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer **la producción de pruebas** admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean **conducentes para la toma de sus decisiones ...**”...II. La providencia que ordene **la producción de las pruebas será expresa...**”...III. **Las pruebas** serán valoradas en su integridad, con racionalidad...”

Se verá que ésta norma, reitera una vez más y en forma muy consistente con las normas superiores el principio de “producción” y la necesidad de que las pruebas sean las “admisibles en derecho”. Remarca además la necesidad de que la producción de las pruebas sea expresa y asienta el principio de que la valoración solo puede recaer sobre las pruebas y no sobre los criterios unilaterales de la autoridad reguladora o sobre sus propias opiniones personales y subjetivas.

Dentro del procedimiento sancionador, uno de los pilares esenciales es la aplicación de principios enumerados en el Art. 71 de la LPA que dice lo siguiente:

“... ARTICULO 71º.- **(Principios Sancionadores).**- Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, **presunción de inocencia**, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad...”

Es claro que el procedimiento sancionador no puede hacer abstracción de la presunción de inocencia asumiendo que una imputación de cargos, es decir una atribución de conductas sancionables, realmente debe entender como una presunción de culpabilidad. Tampoco puede pretender, con ésta base en la “imputación de cargos”, que la carga de la prueba sea trasladada completamente y exclusivamente al procesado quien deba “probar su inocencia”.

Este principio legal ha dado lugar al principio constitucional sentado en el Art. 116 de la Constitución Política del Estado que dice lo siguiente:

“... Artículo 116. I. Toda persona **será protegida** oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, **transparente y sin dilaciones...**”

Por último el propio Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas en el sector de Seguros contenido en la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS N° (sic) 602, de 24 octubre de 2003, dice en sus Arts. 2 y 8 lo siguiente:

“... Artículo 2.- (Principios) A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptan [os siguientes principios: a) **Debido Proceso:** Es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer **y producir pruebas** pertinentes, presentar alegatos, **obtener resoluciones fundamentadas** e interponer recursos...”

“... Artículo 8.- (Alcance de la Sanción) La imposición de una sanción tiene como finalidad sancionar la conducta que genera el incumplimiento de una normativa legal y vigente, ésta será **impuesta previo proceso** administrativo sancionatorio, que se desarrolle en sujeción al **principio del debido proceso...**”

El hecho es, señor director, que en nuestro sistema legal la inocencia se presume y lo que debe probarse es la culpabilidad, lo que significa que carga de la prueba no está invertida como reiteradamente lo sostiene su autoridad, de modo que el potencial sancionado deba probar que nada menos que no es culpable.

La norma especial precitada, contenida en el tantas veces citado Art. 18 del Reglamento de Sanciones establece la presunción legal por la cual se debe considerar que el regulado actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario.

En violación de ésta máxima, su digna autoridad en la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012** (sic, la Resolución precitada no corresponde al expediente del presente proceso), dice lo siguiente:

“...Como consecuencia de sucesivas comunicaciones intercambiadas entre la autoridad reguladora y la compañía, **se** llega a la conclusión presuntiva de que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S. A.** no ha demostrado que en el proceso de cambio del Plan de Vida Entera a Vida Flexible, hubiera cumplido con la normativa pertinente. Esto es, el artículo 14.a) de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: **“PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS: ... a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...”** (sic; la redacción transcrita corresponde a la

nota APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2012, la que no conforma al expediente del presente proceso).

Su autoridad con ésta afirmación no toma en cuenta que quien debe demostrar la culpabilidad o la ausencia de inocencia, es su respetable autoridad y no a la inversa, como pretende su autoridad.

Las afirmaciones de su autoridad en el (sic) citado acto administrativo, continúan con la misma lógica de presunción de culpabilidad al decir:

“...La aseguradora no ha presentado a esta APS documentos que demuestren haber prestado a María Elena Duran Ramos (sic, el caso se origina en el reclamo de su asegurada Erika Lourdes Arias Gonzales), el asesoramiento exacto, suficiente, diligente y que no le induzca a error...” (sic; la redacción transcrita corresponde a la nota APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2012, la que no conforma al expediente del presente proceso).

Vea usted que una vez más, su autoridad actuó en violación frontal del principio de presunción de inocencia y presunción de actuación con especial diligencia en todo momento que cubre a los regulados, salvo prueba en contrario, como lo establece expresamente la norma.

No existe norma e (sic) nuestro sistema legal positivo, al menos de rango superior al constitucional, que permita a su autoridad asumir aunque fuera “presuntivamente” que una persona es culpable sin que existe pruebas para dicha afirmación, mucho menos si dichas meras presunciones de culpabilidad serán la base de una futura imposición de una pena traducida en una sanción pecuniaria.

Luego de tejidos éstos intrincados silogismos carentes de sustento claro y textual en la norma positiva, su autoridad emite su juicio de valor al decir:

*“...**ha proporcionado...**” “...a María Elena Durán Ramos (sic, el caso se origina en el reclamo de su asegurada Erika Lourdes Arias Gonzales) un **asesoramiento inexacto, deficiente y negligente** en el proceso de cambio de Plan de Vida Entera a Vida Flexible (sic, el caso está referido al cambio de plan de seguro de vida Entera Pagos Limitados (10 años) al Plan Flexible Premium), **incurriendo en la prohibición** contemplada en el artículo 14.a) de la (sic) Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: “**PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS:...** a) Publicitar y información **inexacta o falsa que induzca a error** sobre la situación la entidad **y** de sus productos, **o** de las condiciones de comercialización de los mismos...” (sic; la redacción transcrita corresponde a la nota APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2012, la que no conforma al expediente del presente proceso).*

Surgen una batería de interrogantes inevitables en éste punto del análisis que entre muchas son, cuál es el “benckmark” que usa su autoridad para realizar una afirmación tan categórica? ¿Cuáles son las pruebas en las que se apoyó la autoridad para

desechar la presunción de inocencia, que no fueran su propia opinión? que se considera inexacto o si se debe presumir que la información fue inexacta salvo que se presume que se otorgó la información exacta? Cuando se habla de "exacto" se refiere acaso la norma al concepto matemático de exacto que no admite debate? No se refiere acaso a un concepto mas integral que debe merecer de una probanza idónea? Cuando se considera "deficiente" una información o igualmente se la debe presumir "inexacta" esperando que el potencial sancionado pruebe su inocencia, es decir que no es inexacta? Como se pudo probar la negligencia o acaso también es posible presumir la misma? Como se indujo a error? Acaso la falsedad de presume en nuestro sistema legal? Acaso la inducción o maquinaciones y artificios no son una conducta positiva que debe probarse? No es acaso muy importante el análisis casuístico y exhaustivo cuando el resultado pueda ser nada menos que la penalización o sanción de una persona luego de haber destruido la pared de presunción de inocencia que le protege? Es lo mismo otorgar un mismo paquete de "información" a dos personas con niveles educativos distintos? No será para una de ellas dicha información es muy completa en tanto que para la otra podrá ser totalmente incompleta? Es acaso el nivel de educación de las personas el idéntico? Acaso el nivel de comprensión de las ideas de todas las personas el mismo? Es la curva de procesamiento de información igual en todas las personas?

Se verá que pretender sostener "a priori" e "in limine" que algo es o fue impreciso, incompleto, inexacto, falso o inoportuno, hace necesaria la consideración de varios hechos que solamente luego de probados generaran efectos en el ámbito del derecho. Estos hechos obviamente no son opiniones personales o premisas de fuente unilateral de la autoridad por muy respetable que sea. Se debe tratar de afirmaciones positivas y verdades históricas sólidas obtenidas y extraídas de hechos probados durante el proceso que desencadenará la sanción.

En contra de todo lo anterior, su autoridad, en la propia norma que fue inicialmente impugnada (hablamos de la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012**) (sic, la Resolución Administrativa "inicialmente impugnada" dentro del caso, es la APS/DJ/DS N° 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012; la APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, no conforma al expediente del presente proceso) sustenta su posición solamente en su propio respetable criterio y en su propia opinión (cual si fuera una fuente de Derecho), sin base alguna en ninguna fuente de Derecho Positivo Boliviano, y en una cita que a pesar de los grave (sic) de sus afirmaciones carece en lo absoluto de referencia alguna, al decir:

"...Que respecto de esta afirmación conviene discernir respecto de lo que se entiende por "**oportunidad**" y por el término "exacto o exacto". En cuanto al significado de la voz "**oportunidad**" tal alude a un hecho o circunstancia que se da en un momento adecuado para hacerlo, de manera que implique conveniencia de tiempo y lugar. En otras y pocas palabras: momento propicio para hacer y/o decir algo. Ergo, si hacemos o decimos algo en momento inadecuado con inconveniencia de tiempo y lugar, lo dicho y hecho será "**inoportuno**" no surtiendo los efectos que se pretende, ocurran.

Que en cuanto al término “**exacto o exacta**” entenderemos como aquello que se “*adecúa o se ajusta completamente a algo*”, o para matizar con un rasgo subjetivo, diremos que es algo con lo que se está completamente de acuerdo. También este término es sinónimo de “*verdad*” cuando se utiliza la palabra para decir que algo es exactamente cierto o que lo que otra persona dijo es exacto pues respeta la verdad...” (sic; la redacción es similar a las de los numerales 3.5 y 3.6 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, que conforma al presente proceso, empero no idéntica).

Pero además su autoridad dice lo siguiente:

“...Que esta APS tiene la **suficiente idoneidad profesional** y capacidad de juicio para elaborar sus resoluciones sobre la base de hechos confrontados con las normas que les sean atinentes, y no incurrir en **candorosos apoyos “probatorios”** consistentes en opiniones subjetivas o definiciones de vocabulario...” (sic; el párrafo corresponde a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013 de 9 de enero de 2013, no así, a la APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, ni a la APS/DJ/DS N° 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012).

No existe fuente normativa en nuestro sistema legal positivo que haga que su siempre respetable opinión pueda servir de base, en algo tan grave como la eventual imposición de una pena o sanción pecuniaria sobre una persona, pasando por alto la regla por la cual dicha presunción solo puede desecharse con el apoyo en pruebas producidas de acuerdo a lo dispuesto en nuestro sistema legal.

En síntesis, nuestra sociedad si presentó pruebas documentales de haber asesorado con precisión, exactitud y oportunidad en pleno cumplimiento de la norma. Su digna autoridad no presentó prueba alguna que demuestre que nuestro actuar no fue especialmente diligente en todo momento, como lo dispone la norma positiva (la escrita).

El hecho final y definitivo es que su autoridad aplicó a nuestra sociedad un procedimiento sancionatorio sin tomar en cuenta el hecho de que su autoridad estaba en la obligación de aplicar la norma superior antes que cualquier norma inferior presumiendo la inocencia de un proceso y no su culpabilidad.

Su autoridad no pudo haber actuado en el procedimiento que nos ocupa presumiendo nuestra culpabilidad trasladando la carga de la prueba en una suerte de “inversión de la prueba”.

No existe atribución alguna, en nuestro derecho positivo, como la citada “Discrecionalidad Reglada” esgrimida por su autoridad, que le permita pasar por alto principios constitucionales de la presunción de inocencia y Debido Proceso para imponer una sanción a una persona.

La fundamentación de las decisiones de la autoridad con poder para imponer una pena como es una sanción pecuniaria, solo puede provenir de un procedimiento de

sustanciación llevado a cabo bajo un proceso que esencialmente hubiera sido desarrollado en presunción de la inocencia del procesado.

En todo el texto de la resolución impugnada su autoridad no solo deja de lado la presunción legal de inocencia y diligencia de la que nuestra sociedad es titular por mérito de la norma. Su autoridad también viola todos los principios del debido sustento de su afirmación de culpabilidad en pruebas admisibles en derecho, limitándose a basar su sanción en su propia opinión y en nuestras propias declaraciones, lo que está en contra de todo estado de derecho como el nuestro.

En otras palabras, su autoridad se basa nada menos que en su propia definición y entendimiento de lo dispuesto por la norma y sin prueba alguna, para imponer una sanción sobre nuestra sociedad, sin presentar ni compulsar en lo absoluto prueba alguna basada en derecho positivo que sustente sus afirmaciones, como lo exige nuestro sistema legal que no presume la culpabilidad sino la inocencia de las personas objeto de juzgamiento.

El agravante de todo éste actuar ilegal, está en la negativa expresa de su autoridad para que nuestra compañía entregue información adicional a nuestros usuarios que deciden en cambio de plan, como expresamente lo habíamos pedido, agravando el (sic) alto grado de subjetividad y relatividad de los conceptos de "imprecisión" "inoportunidad" e "inexactitud" que su autoridad presume en nuestro actuar, sin pruebas para dichas afirmaciones con base en el derecho positivo boliviano.

II- PETITORIO

En base a lo anterior, y en apego al Art. 66 de la LPA, interponemos recurso Jerárquico en contra de la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 15/2013 DE FECHA 9 DE ENERO DE 2013 ("RA 15")**, invocando la nulidad de todo lo actuado por no haberse sujetado al procedimiento legalmente establecido en el derecho positivo boliviano y por ser violatoria de la constitución (sic) Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

En ese sentido, pedimos se sirva remitir el expediente del exordio a consideración del superior en grado, quien con seguridad anulara (sic) todo lo obrado hasta el inicio mismo del legal procedimiento sancionador del exordio la RA 15 y lo dispuesto por su autoridad..."

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 5 de abril de 2013, se llevó adelante la Audiencia de exposición oral de fundamentos, solicitada por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, misma a la que asistieron los representantes de dicha entidad, conforme consta en el expediente administrativo, señores René Darío Mostajo Otasevic, Luis Antonio Toledo Peñaranda y Miguel Ángel Jemio Mendoza.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Conforme consta de la nota de fecha 3 de febrero de 2012 y dirigida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la señora Erika Lourdes Arias Gonzales, cliente y asegurada de la **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, presentó el reclamo referido a que:

"...Mi nombre es Erika Lourdes Arias Gonzales y en fecha Febrero 16 de 2007 tomo un Seguro de Vida con la empresa NACIONAL VIDA, Seguros de Personas S.A., que me asignan el N° NAVI-VI-4281/LP/07, cuyo plan de seguro era: Vida Entera Pagos Limitados (10 años) póliza que me cubría hasta el momento de la que migro al plan: Flexible PREMIUM con N°: POL-VF-LP-00200720-2011-00, creyendo ilusamente en la buena fe del agente de seguros y obviamente de la empresa aseguradora que no me aclara que la "edad fin de póliza", es 55 años, momento en que termino de pagar las primas y cuya cobertura es hasta esta fecha y no hasta el momento de muerte, lo que significa que estoy pagando por un servicio que no voy a recibir, situación de la que me percato hace más o menos un mes y medio atrás en que retiré mis valores de rescate por tener un apuro económico, y revisando la póliza con una persona amiga me entero que al retirar estos valores de rescate el monto asegurado disminuiría, me apresuro en presentar una carta para hacer la reposición de estos valores y allí en oficinas de la aseguradora el Sr. Rodrigo Chirvechez me informa que el retiro de los valores de rescate no incide en la disminución del monto asegurado, pero ya siento desconfianza y es esta la razón por la que solicito su asesoramiento; a nadie le agrada que el engañen, pago mis primas con puntualidad pensando en la seguridad de mi hijo pequeño que resultaría ser el beneficiario pero con todo este manejo de que se me dice una cosa y el documento dice otra, el afectado más tarde sería precisamente mi hijo..."

La nota de referencia ha determinado el inicio de las investigaciones a las que se refieren los informes DS/JTS/1116/2012 de 28 de agosto de 2012 y (legal) APS/DJ/DS/323/2012 de 15 de octubre de 2012, emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

En tal sentido, por emergencia del reclamo presentado por la señora Erika Lourdes Arias Gonzales, y luego de que la Autoridad Fiscalizadora inició proceso sancionatorio contra la

Entidad Aseguradora, mediante nota APS/DJ/DS/8043/2012 de 16 de octubre de 2012, donde imputa el siguiente cargo:

“...Contravención al inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, que establece como una prohibición a las entidades aseguradoras: “Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos (...)”, en el caso de Erika Lourdes Arias Gonzales...”.

Presentados los descargos mediante la nota NAVI-GR-673/2012 de 30 de octubre de 2012, la Entidad Reguladora, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, determinó sancionar a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, dando lugar sucesivamente, al Recurso de Revocatoria en contra de la misma, a la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, que confirmó parcialmente la anterior, y finalmente a la presentación del Recurso Jerárquico que se pasa a analizar a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Los alegatos de la recurrente **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, que corresponden al presente analizarse y resolverse dentro de los alcances del artículo 63°, párrafo II (“La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente,...”), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, están referidos en concreto y abstractamente, al carácter principista que hace al instituto de la prueba, como componente del debido proceso administrativo, y visto desde el contexto concreto que allí se señala: presunción de inocencia, presunción de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, y discrecionalidad reglada, entonces en la aplicación que de todo ello hace la recurrente al caso.

2.1. Comprobación de la ocurrencia de la infracción imputada y sancionada.-

Habiéndose emitido la nota de cargos APS/DJ/DS/8043/2012 de 16 de octubre de 2012, donde se imputa a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, porque habría contravenido el **“inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros)”**, conviene transcribir la norma de referencia:

“ARTICULO 14. - PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS. Las Entidades Aseguradoras quedan prohibidas de:

a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...”

Ahora, en función a ello, la revisión del Recurso Jerárquico permite concluir de inicio que, así como presentado en un único capítulo (“**I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN**”), el agravio que el mismo expresa es básicamente uno: el que no se hubiera comprobado el cargo impuesto contra la recurrente, no obstante lo cual y en lugar de

aplicarse las presunciones de inocencia y de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, se la hubiera sancionado aplicando indebidamente un criterio discrecional.

Por lo que corresponde realizar la compulsa que el caso amerita, tomando en cuenta las expresiones señaladas por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** que se detallan a continuación, sin perjuicio de la transcripción anterior, realizada también en la presente Resolución Ministerial:

“...Su digno despacho pretende afirmar que una autoridad del estado (sic) como esa distinguida autoridad reguladora (sic), está al margen, exenta, eximida, libre, no limitada, no condicionada o alcanzada, ni obligada a presumir la inocencia de una persona al imponerle una pena. La premisa planteada por su autoridad (sic) pretende realizar un vuelco trascendental al sentido del Art. 18 del Reglamento de sanciones aplicado para imponer una pena sobre una persona natural o jurídica y a nuestro propio sistema legal (...)

...la norma establece una premisa que legalmente se denomina “presunción de hecho” por la cual se debe entender y asumir (la norma no admite otra posibilidad “in limine”) que toda persona es inocente, en tanto no se presenten pruebas que sustenten la posibilidad de afirmar lo contrario, para solo luego poder ampararse en alguna norma que permita (sic) imponerle una pena (...)

...nuestra sociedad sí presentó pruebas documentales de haber asesorado con precisión, exactitud y oportunidad en pleno cumplimiento de la norma. Su digna autoridad no presentó prueba alguna que demuestre que nuestro actuar no fue especialmente diligente en todo momento, como lo dispone la norma positiva (la escrita)...”

Si bien lo alegado por la recurrente, está más bien limitado a determinadas precisiones conceptuales expuestas en la Resolución recurrida, se impone, previamente, una constatación acerca de la trascendencia de la cuestión de fondo sobre los extremos recurridos, a efectos de establecer la pertinencia de los fundamentos hechos presentes por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme sigue a continuación:

2.1.1. Precisiones conceptuales en la Resolución recurrida.-

Cabe mencionar que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 15-2013 y en respuesta al Recurso de Revocatoria de 11 de diciembre de 2012, hace alusión a determinadas “precisiones conceptuales”, sobre las cuales, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** pone énfasis en su Recurso Jerárquico de 28 de enero de 2013.

No obstante, y conforme se ha mencionado a tiempo de supra relacionar tal Recurso Jerárquico, el mismo adolece de varias imprecisiones sustanciales, de las que es pertinente dejar constancia, a los fines de sentar las salvedades que hacen a la consideración presente del tema, por su manifiesta impertinencia.

Así:

- El Recurso Jerárquico observa determinadas menciones, acerca de no haberse *“demostrado que en el proceso de cambio del Plan de Vida Entera a Vida Flexible, hubiera cumplido con la normativa pertinente”* y que *“La aseguradora no ha presentado a esta APS documentos que demuestren haber prestado... asesoramiento... que no le induzca a error”*, que a su decir, estarían contenidas en la *“Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012”* (a la que llega a denominar como la *“inicialmente impugnada”*, cuando tal calidad, le corresponde dentro del caso de autos, a la APS/DJ/DS N° 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012); no obstante, tal Resolución no hace al expediente del presente proceso, sin que sea posible inferir la intencionalidad de tal observación, por cuanto, las redacciones que señala, corresponden mas bien, a la nota -de cargos- APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2012.

Ambas actuaciones (la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 y la nota de cargos APS/DJ/DS/7749/2012) hacen al Recurso Jerárquico interpuesto por la misma recurrente, empero contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, al presente resuelto mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013.

Además, la recurrente atribuye a la APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012 (cual si formara parte del proceso), una redacción precisa acerca de conceptos varios (*oportunidad, inoportuno, exacto y exacta*), empero, por lo arriba señalado, tal redacción no forma parte del expediente, aunque es similar a las de los numerales 3.5 y 3.6 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012.

Seguidamente, es decir, cual si también conformara a la APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, le atribuye a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, una expresión referida a la *“idoneidad profesional y capacidad de juicio”* para elaborar sus resoluciones, empero la misma corresponde más bien a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013 de 9 de enero de 2013.

- La recurrente hace mención repetitiva y frecuente, acerca de la controversia que ha sostenido con su asegurada y cliente, Sra. *“María Elena Duran Ramos”*, y que ha sido resuelta en la precitada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013. El caso presente corresponde más bien al reclamo de su asegurada Sra. Erika Lourdes Arias Gonzales.
- El Recurso alude como origen de la controversia, *“un asesoramiento inexacto, deficiente y negligente en el proceso de cambio de Plan de Vida Entera a Vida Flexible”*, empero la controversia actual está referida al cambio de plan de seguro, del Plan Vida Entera Pagos Limitados (10 años) al Plan Flexible Premium.

De tales particularidades se infiere, que la recurrente **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, al resultar común interesada en dos recursos jerárquicos distintos (el anterior, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, ya resuelto, y el presente, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, que se resuelve ahora), ha confundido los agravios de los mismos, sin mayor razonamiento que la creencia de que comparten alegatos, extremo que, conforme lo señalado, no es enteramente cierto.

Con dichas advertencias, tratando las denominadas *precisiones conceptuales*, sobre los mismos aspectos teórico-jurídicos que se evaluaron y fueron resueltos en oportunidad de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013, conviene reproducir los extremos pertinentes de la última nombrada, conforme se los transcribe a continuación:

“...2.1.2. La Administración como integrante de la relación procesal administrativa.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros señala que:

*“...Por las particularidades del Derecho Administrativo, la administración (sic), aunque sea la que emitió la disposición o instrumento que se impugna ex post, no es parte **strictu sensu**, ya que por mandato legal, es la propia administración (sic) que emitió el acto que se impugna la que conoce también pretensiones de revocación de los afectados...”*

En principio, al compulsar el concepto lato sensu de jurisdicción, con el que strictu sensu corresponde al Derecho Administrativo, podría inferirse que el último deviene del primero (algo así como la especialidad forzada en haberse ramificado la Ciencia Administrativa de la Ciencia del Derecho).

En efecto, mientras que en el caso primero se define a la jurisdicción como a la “función pública,... en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica” (Couture en los Fundamentos), para el otro, se dice que es “la potestad que reside en la Administración pública..., para decidir sobre las reclamaciones a que dan lugar los propios actos administrativos” (Cabanellas, al definir la Jurisdicción administrativa en su Diccionario).

En la comparación simplista de ambas, la jurisdicción (sea la ordinaria o sea la administrativa), importa objetivamente, un acto de juicio sobre una contención de relevancia jurídica, que como tal, amerita ser resuelta; la diferencia entre ellas sencillamente radicaría, en que en un caso la ejerce el juez, mientras que en el otro la Administración, lógica que hace entendible lo afirmado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en sentido que la Administración “no es parte strictu sensu”, o sea, que siendo la Administración quien va a decidir la controversia administrativa suscitada, entonces en lo adjetivo, viene a integrar la relación jurídica cual juzgador imparcial, y no así como parte interesada, no

correspondiéndole las cargas que son inherentes a las partes, el onus probandi entre ellas.

Sin embargo, ese enunciado objetivo, pasa por alto la naturaleza propia de la Administración Pública, que en definitiva, no es la de administrar justicia -como en el caso de la jurisdicción ordinaria-, sino mas bien "la provisión de bienes, obras y servicios a los administrados, procurando alcanzar su finalidad" (Celín Saavedra en Administración Pública - Fundamentos, gestión y responsabilidades), entendiéndose por administrado, a "Toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa" (Art. 11º, Par. I, Ley Nº 2341).

Lo cierto es que, cuando las decisiones administrativas, "a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos" (Art. 56º, Par. I, Ley Nº 2341), hacen procedente la instauración del proceso recursivo (Cap. V, Tít. Tercero, Ley Nº 2341) y determinando ello una relación jurídica adjetiva especial, donde la controversia será resuelta por la propia Administración pública (a diferencia de la jurisdicción ordinaria, donde la administración de justicia se da por un tercero imparcial).

Es decir que, en purismo jurídico, la Administración que toma una decisión y ante la reclamación contra la misma, la resuelve con plena potestad legal, superando la simple especialización objetiva que importa la materia, y no obstante que al estar su desempeño "destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad" (Art. 4º, Inc. 'a', Ley Nº 2341), la mera existencia de tal reclamación determina que tales intereses se encuentren enfrentados y contrapuestos a los de los particulares y privados.

Entonces, subjetivamente, en el caso del proceso sancionador y en el del consiguiente recursivo (entonces en lo adjetivo), no es evidente aquello de que "la administración (sic)... no es parte strictu sensu" del proceso, por cuanto se contrapone al administrado, es su parte contraria, es su contraparte.

Asimismo y toda vez que, como se ha dicho, la jurisdicción administrativa tiene la potestad para decidir sobre las reclamaciones a que dan lugar sus propios actos, su comportamiento dentro del proceso es especial, empero no exento de las cargas procesales que le son inherentes; así, en cuanto a la prueba, al corresponderle investigar la verdad material (ídem, Inc. 'd'), y dado su deber de fundamentar su decisión (Arts. 28º, Inc. 'e', Ley Nº 2341, y 17º, Par. II, Inc. 'd', Reglamento aprobado por D.S. Nº 27175), los hechos sólo pueden ser relevantes si son comprobados o comprobables, tocándole a la Administración, entonces, probar su imputación, lo que además es la base fáctica para ulteriormente comprobar la comisión de la infracción.

Entonces, la carga de la prueba de los cargos imputados -con ello, de la comisión de la sanción- le corresponde a la Administración, mientras que al administrado le corresponde la carga de la prueba de sus descargos; de ello hablan los artículos 4º,

inciso 'd', de la Ley N° 2341, 29°, 50°, 65°, 66°, 67° y 68°, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 (dentro del caso de autos, el procedimiento probatorio de precedente referencia, ha sido cumplido, conforme consta de la relación que sale en el numeral 2.1.1 supra).

Eso mismo ha expresado la recurrida en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012, cuando unívocamente ha señalado: "la carga probatoria de la parte que pretende la revocación de una resolución administrativa... corresponde a quien se considera afectada"; no obstante, es obvio que el Recurso de Revocatoria al que corresponde, no se limita al onus probandi que le corresponde al imputado, sino también, al que evidentemente le corresponde al Ente Regulador.

Por ello, la posición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros es contradictoria, cuando en la misma Resolución Administrativa, señala que: "no hay preceptiva legal en la jurisdicción (sic) nacional que obligue a la Administración a producir prueba por ella misma dentro de procesos como el que nos ocupa", extremo que, conforme lo visto y conforme lo señalan los artículos 4°, inciso d) de la Ley N° 2341, y 89°, inciso 'a', de su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, no es evidente.

2.1.3. Discrecionalidad y facultad potestativa en la producción de la prueba.-

La Resolución recurrida, continúa:

"...se encuentra consagrado en el artículo 50 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, donde se dispone que a **discreción** de la Administración, puede solicitarse la producción de prueba que ella considere atinente, o a petición de parte (...)

...la realidad social sobre la que se erige el Derecho y su práctica jurídica consecuente, contempla también los **Actos Discrecionales Reglados...**"

Y prosigue con una exposición acerca de la teoría de los Actos Discrecionales Reglados.

Conviene recordar que, el artículo señalado por la recurrida y que establece el procedimiento probatorio en la sustanciación del Recurso de Revocatoria, comienza señalando que: "El Superintendente Sectorial -léase el Ente Regulador- **podrá** disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Conforme puede concluirse del cotejo del diccionario, la potestad a la que hace referencia la norma, importa una facultativa, en tanto **la Autoridad puede hacerla u omitirla** ("Facultativo... Potestativo; aplícase al acto que libremente **se puede hacer u omitir...**"), mientras que lo discrecional ("Que **se hace** libre y prudentemente") determina algo que sí va a efectuarse, empero con un grado de prudencia exigible a su ejecutor, y es allí cuando el Derecho ha instituido el principio administrativo de discrecionalidad, que el Administrador configura en la teoría de los Actos Discrecionales Reglados.

Para entender ello, es pertinente remitirse a lo señalado por Comadira, citado en Principios de Derecho Administrativo (publicación de este Ministerio):

*“...La discrecionalidad debe ser entendida como un margen de apreciación conferido normativamente a la actuación administrativa, como una posibilidad de elección doblemente juridizada: primero, en tanto toda **potestad, incluso la discrecional, presupone la existencia de la norma atributiva y, segundo en cuanto el propio despliegue de la potestad discrecional debe sujetarse a los límites jurídicos impuestos por el ordenamiento...**”*

El mismo libro señala pertinentemente, que:

“...La potestad reglada es aquella que se halla determinada en una norma o ley, y establece cómo una autoridad debe actuar, sin que ésta pueda hacer apreciaciones subjetivas en cuanto al procedimiento a utilizar.

*La facultad discrecional otorga, en cambio, un margen de libertad a la Administración en su actuar, otorgándole diferentes opciones igual de justas, para tomar una determinación administrativa. Se debe precisar que esta facultad discrecional no es extra legal, como bien lo anota el tratadista García de Enterría, que la discrecionalidad: **“no puede darse al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto”,...**”*

Entonces, la discrecionalidad (a la que se refiere la recurrida), es posible sólo si previamente existe una potestad normativa para ello (como la señalada por el artículo 50º), por lo que el carácter discrecional no debe confundirse con la facultad potestativa, como mal lo ha hecho el Ente Regulador.

A este respecto, además, se menciona lo señalado en la Sentencia Constitucional 1464/2004-R de 13 de septiembre de 2004:

*“...Principio de los límites a la discrecionalidad. La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. **Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.***

Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del

Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que “La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento”...

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

Queda claro que la Resolución Administrativa recurrida, no ha reparado en la diferencia aludida y, en lugar de ello, ha confundido ambas figuras.

En todo caso, y conforme se ha señalado en el numeral 2.1.1 supra, tal fundamento no influye en el fondo de lo que al presente se decide, empero por lo mismo, cabe establecer que la mención que de ello hace la resolución recurrida es impertinente, por cuanto sólo busca una justificación innecesaria.

2.1.4. Trascendencia fundamental del instituto de la prueba.-

No obstante lo anterior, hay que mencionar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha tenido en cuenta la trascendencia del instituto jurídico prueba, por cuanto y conforme se ha dicho, si bien en el artículo 50º, párrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, el uso del verbo podrá hace referencia a la producción de prueba cual si fuera una facultad potestativa o librada a la voluntad del Ente Regulador, no debe perderse de vista que para el caso, es aplicable lo referido en el mismo Reglamento, ahora en su artículo 29º, que establece que:

“...Artículo 29.- (Prueba).

I. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de sus decisiones ...”

La inobservancia a lo anterior importa, a su vez, exista inobservancia al principio aquel que señala, que “la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil” (Art. 4º, Inc. d), Ley Nº 2341).

El derecho a la prueba como tal, constituye una de las garantías del debido proceso al que se refieren los artículos 115º de la Constitución Política del Estado, 4º de la Ley Nº 2341 de 22 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 2º, inciso ‘a’, del Reglamento de sanciones del sector seguros (aprobado por la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003), conforme se transcriben a continuación:

Constitución Política del Estado:

“Artículo 115. (...)

II. **El Estado garantiza el derecho al debido proceso**, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones...”

Ley N° 2341 de 22 de abril de 2002:

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

- a) Principio de sometimiento pleno a la Ley: la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, **asegurando a los administrados el debido proceso;...**”

Reglamento de sanciones del sector seguros:

“Artículo 2.- (Principios)

A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptarán los siguientes principios:

- a) **Debido proceso: Es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos...**” (En los tres casos, las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

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

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

De esta manera, el debido proceso administrativo exige de la Administración el acatamiento pleno de la Constitución y de la ley en el ejercicio de sus funciones, bajo

pena de desconocer los principios que regulan la actividad administrativa, y de vulnerar derechos fundamentales de quienes acceden o son vinculados a las actuaciones de la Administración.

En ese sentido, debe entenderse que, anteponer el criterio de discrecionalidad reglada al derecho a la prueba, importa violación al derecho de petición y de obtención de respuesta, conforme está previsto por el artículo 24° de la Constitución Política del Estado, el que señala:

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

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

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

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

intervenir y defenderse...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

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

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

De la trascendencia emergente de ello y conforme a la primacía dispuesta por el artículo 410º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, resulta que no puede el Ente Regulador anteponer el criterio de discrecionalidad reglada al derecho a la prueba, como tampoco pretender “la potestad unilateral de la Administración, para disponer la producción de la prueba”, sin que ello importe inobservancia a los principios de sometimiento pleno a la ley -en cuanto al debido proceso administrativo- y de verdad material (Art. 4º, Incs. ‘c’ y ‘d’ de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002)...”

2.2. Determinación de la gravedad de la infracción.-

2.2.1. Presunción de actuación con especial diligencia del sector seguros.-

La recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 15-2013 de 9 de enero de 2013, establece que:

“...la cita del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003 es impertinente, ya que sus disposiciones se aplican estrictamente “a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, independientemente de su naturaleza o de la norma que las hubiere creado, que se encuentren operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros y especialmente, aunque no solamente, a: ...”. En otras palabras, tal norma se aplica solamente a los regulados y no a los entes reguladores como insinúa la recurrente...”

Con la aclaración previa, que el artículo señalado por la recurrida está contenido en el Reglamento de sanciones del sector seguros, aprobado por la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, el extremo resulta trascendente, a los fines de determinar la gravedad de la infracción (y consiguientemente, imponer la sanción que a ella corresponda), conforme al mencionado artículo 18°, que en lo conducente, señala que:

“...La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros -léase, el Ente Regulador- estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso...”
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De su parte, la mención acerca de que las disposiciones de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, “se aplica solamente a los regulados y no a los entes reguladores como insinúa la recurrente”, deviene de lo que en lo pertinente y a la letra, señala el artículo 1° del mismo Reglamento:

“...Las regulaciones contenidas en la presente norma se aplican a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, independientemente de su naturaleza o de la norma que las hubiera creado, que se encuentren operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros...”

En el entender de la Reguladora, las normas señaladas por el Reglamento de sanciones del sector seguros, no le son aplicables a la misma (“a los entes reguladores”, dice la Resolución), sin aclarar el fundamento de tal posición, aunque remitiéndose para ello al ámbito de aplicación de tal norma, donde efectivamente, no se contempla sino, a los diversos operadores de las actividades reguladas por la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros).

Entonces, resultando que las sanciones establecidas por el Reglamento son aplicables a los operadores de seguros, porque sólo ellos pueden cometer infracciones en el desarrollo de sus actividades comerciales, obviamente no es sancionable, dentro de ese plano, el Ente Regulador.

Empero, el hecho de que no le sea aplicable el régimen sancionador (como por defecto se interpreta del artículo 1° del Reglamento), no quiere decir que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no deba observar el mismo, más aún, cuando tal entidad, como Órgano Sancionador, es también aquel que va a imputar los cargos, e imponer las sanciones correspondientes, dentro del marco que importa ese régimen.

2.2.2. Estimación y modulación de la sanción.-

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 895-2012 de 15 de noviembre de 2012, presenta el siguiente fundamento, a los fines de su justificativo a la consiguiente imposición de la sanción:

“...se ha tomado en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, cuidando que la sanción no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad, verificándose que:

a) El incumplimiento se encuentra tipificado:

- En cuanto a la conducta, por el inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.
- En cuanto a la sanción, por el inciso d), del artículo 17 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como **infracciones graves**, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a ochenta mil uno (80.001), ni mayor a doscientos mil uno (200.001) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: d) Distorsión, falsedad o contradicción en los contenido de información debida a la Superintendencia, al Estado o al Público".

b) En cuanto al daño se ha evidenciado que las condiciones otorgadas en la Póliza de Vida Flexible con respecto a la Póliza de Vida entera, tienen una diferencia esencial en la cobertura de fallecimiento, que la propia Aseguradora a través de la nota CITE: NAVI-GR-0176 de 20 de marzo de 2012 ha reconocido, y que es como sigue:

Plan	Vida Entera	Vida Flexible
Vigencia	Del 16.02.07 hasta el fallecimiento del asegurado	Del 17.01.11 al 01.09.2017 si bien existe un final de vigencia, esto se aplica si el asegurado retira el total del saldo de la Cuenta Individual, caso contrario y a solicitud del Asegurado la póliza se mantiene vigente mediante la deducción de la prima de riesgo de su Cuenta Individual o mediante el pago de la prima de riesgo que corresponda.

Lo expuesto demuestra que la vigencia de la cobertura de fallecimiento del Seguro de Vida Entera es hasta la muerte del asegurado, sin ninguna condicionante; mientras que en el seguro de Vida Flexible la vigencia concluye el 1° de septiembre de 2017, es decir que de fallecer el asegurado en fecha posterior a la determinada el capital asegurado por fallecimiento queda sin cobertura, ocasionando por consiguiente un perjuicio al asegurado por reducir el período de la cobertura.

c) Finalmente, no se evidenció que la conducta de la Aseguradora sea reiterativa o reincidente, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, por lo que la entidad nunca antes fue sancionada por una infracción similar.

Que en la descripción de la cuantificación de la multa, la norma pertinente establece un rango de un mínimo a un máximo, dejando al prudente arbitrio de la Administración la modulación y determinación del monto, en función a las circunstancias que rodean el hecho; es decir la actuación dolosa o culposa del regulado, la reiteración o la reincidencia de la conducta y el daño.

Que en este sentido y del análisis anterior corresponde se aplique una sanción de multa de rango mínimo, establecida normativamente en 80.001 UFV's (Ochenta mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda)..."

Luego, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 15-2013 de 9 de enero de 2013, confirmatoria parcial de la anterior, determina al respecto lo siguiente:

"...CONSIDERANDO:

*Que en relación a la violación del principio de proporcionalidad, se debe destacar que la documentación producida por la recurrente acredita que la situación de seguro a la que fue derivada Ericka Lourdes Arias Gonzáles, tuvo como desenlace que dicha ciudadana pida (aceptada a la postre por la aseguradora) que se anule su póliza y abandone el seguro definitivamente, con la lógica consecuencia del sentimiento de frustración de la Sra. Arias, ya que de acuerdo al "Plan Vida Entera", su expectativa original era dejar un beneficio económico a su familia al ocurrir su fallecimiento y no limitar tal beneficio a los 55 años (de acuerdo al **Plan Vida Flexible**).*

*Pues bien, el hecho de que Ericka Lourdes Arias Gonzáles hubiera solicitado su retiro definitivo de cualquier plan de seguro allana el camino a cualquier subsanación o enmienda de la situación creada, que en criterio de esta APS, la conducta de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** debe reputarse como infracción leve como prevé el segundo párrafo del artículo 15 de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, concordante con el primer párrafo del artículo 52 de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998.*

Que no obstante, debe tenerse en cuenta que actitudes como las que incurre NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. analizada ahora, pone en riesgo la credibilidad, confianza y transparencia del mercado de seguros, aspectos que deben ser prevenidos por esta APS.

Que resumiendo, esta explicación, el anterior párrafo expresa razonablemente el alcance de la sanción que debe modularse, reconsiderando anteriores criterios, sanción que puede ser apreciada y valorada por parte de la APS en ejercicio de expresas facultades para ello (segundo párrafo del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003), que para el caso concreto y atendiendo a las circunstancias, debe ser reevaluado.

CONSIDERANDO:

Que por lo analizado, se concluye que no existe mérito para la revocación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 889-2012 de 15 de noviembre de 2012 en lo tocante al fondo de dicha resolución, correspondiendo reevaluar el monto económico de sanción sobre la base de los argumentos recientemente expuestos.

Que en este contexto de razonamiento, la adecuación de la conducta comprobada de NACIONAL VIDA DESGUROS (sic) DE PERSONAS S.A. corresponde a lo señalado en el artículo 16.I.d) de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Emergente de ello, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 15-2013, en su artículo

segundo, viene a determinar "**MODIFICAR** el artículo Único de la anterior resolución en lo referido al monto de la sanción, imponiéndose a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, la multa en Bolivianos equivalente a Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (39.186 UFV's) por haber incurrido en la infracción señalada en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998"; lo trascendental para el caso, es el fundamento de esta Resolución (los dos párrafos en negrillas), por cuanto, el mismo determina que:

- La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha tenido en cuenta el agravante que importa el riesgo sobre "*la credibilidad, confianza y transparencia del mercado de seguros, aspectos que deben ser prevenidos por esta APS*", emergente de la conducta por la que ha sido sancionada **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**.
- La concurrencia de tal agravante, determina a la vez, la improcedencia para el caso, del atenuante que importa la presunción de *actuación con especial diligencia*, a la que se refiere el artículo 18°, segundo párrafo, última parte, del Reglamento de sanciones del sector seguros, aprobado por la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003.
- Tal razonamiento constituye en sí mismo, la constancia del criterio utilizado para la imposición específica de la sanción de "*multa en Bolivianos equivalente a Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (39.186 UFV's)*" (artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013).

En síntesis, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha considerado, a efectos del pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, el agravante que importa "*la credibilidad, confianza y transparencia del mercado de seguros, aspectos que deben ser prevenidos por esta APS*", emergente de la conducta de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, que determina a su vez la improcedencia de la presunción de actuación con especial diligencia del sector seguros, ha hecho una correcta modulación de la sanción imponible, al haber considerado, discrecional cuanto legítimamente, los elementos que hacen a tal procedimiento, y que determinan la improcedencia de una amonestación como sanción de alternativa aplicación.

2.3. Sobre la irretroactividad del acto administrativo.-

Siendo pertinente recordar que, el artículo 63°, párrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) establece que "*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente...*", se deja constancia que, a diferencia de lo expresado en oportunidad de la audiencia de exposición oral de fundamentos de 5 de abril de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** no ha alegado, en oportunidad de su Recurso Jerárquico, infracción alguna al principio de irretroactividad de la norma, y que tenga que ver con determinadas definiciones conceptuales, contenidas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 895/2012 de 15 de noviembre de 2012, en lo pertinente, a continuación transcrita:

"...Que respecto de esta afirmación conviene discernir respecto de lo que se entiende

por **“oportunidad”** y por el término **“exacto o exacta”**. Vayamos por partes; en cuanto al significado de la voz **“oportunidad”**, tal alude a un hecho o circunstancia que se da en un momento adecuado para hacerlo, de manera que implique conveniencia de tiempo y lugar. En otras y pocas palabras: momento propicio para hacer y/o decir algo. Ergo, si hacemos o decimos algo en momento inadecuado con inconveniencia de tiempo y lugar, lo hecho y dicho será **“inoportuno”**, no surtiendo los efectos que se pretende, ocurran.

Que en cuanto al término **“exacto o exacta”**, entenderemos como aquello que se **“adecúa o se ajusta completamente a algo”**, o para matizar con un rasgo subjetivo, diremos que es algo con lo que se está completamente de acuerdo. También este término es sinónimo de **“verdad”** cuando se **utiliza la palabra para decir que algo es exactamente cierto o que lo que otra persona dijo es exacto pues respeta la verdad.**

Que en el ámbito de la aplicación de las normas legales positivas, los términos **“oportunidad”** y **“exacto o exacta”** adquieren capital importancia, ya que las normas se las cumplen en un determinado momento y lugar y no antes o después. Este uso racional de los hechos o los dichos corresponden congruentemente con lo entendido por **“exacto”** ya que si lo dicho o hecho es oportuno, será entonces verdadero porque corresponde en momento, lugar y a la veracidad del fenómeno.

Que esta disquisición es imprescindible para valorar el argumento de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** en sentido de que las quejas de su asegurada Ericka Lourdes Arias Gonzáles, son prueba de que sí orientó, proporcionó información exacta y oportuna a propósito del cambio de plan de seguro. Cuando la Ley prescribe supuestos hipotéticos como futuras subsunciones a la misma, es que está señalando que ciertos hechos deben ser efectuados o llevados a cabo **antes de** y no **después de**. En el caso que nos ocupa, no es de recibo pretender justificar que Ericka Lourdes Arias Gonzáles, fue informada verazmente para el cambio de plan de seguro de Vida Entera a Vida Flexible argumentando que el hecho de que la asegurada hubiera expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses es muestra que recibió una explicación completa y suficiente...”

En el entender de la recurrente, la exposición supra transcrita de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895-2012 de 15 de noviembre de 2012, viene a importar una nueva regulación de lo que debe entenderse por **“oportunidad”** y **“exacto o exacta”**, por tanto, por simple aplicación del principio de irretroactividad -Art. 123º (**“La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo”**), Const. Pol. del Estado- sus efectos no pueden retrotraerse a hechos anteriores a esa data, como los que hacen a la nota de cargos APS/DJ/DS/8043/2012 de 16 de octubre de 2012.

Entonces, lo que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** aqueja, es que al haberse implementado recién, por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895-2012, las definiciones de **“oportunidad”** y **“exacto o exacta”**, no puede esa misma Resolución Administrativa sancionarla por incumplimiento a las mismas, conforme ha sucedido.

No obstante, se debe recordar que es deber del Ente Regulador, en la fase posterior a la notificación de cargos, proceder **“al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicando el principio de sana crítica y valoración razonada de la prueba”** (Art. 67º, Par. II,

Reglamento aprobado por D.S. N° 27175), para con ello pronunciar la Resolución respectiva (ídem, Art. 68°, Par. I).

En tal sentido, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 895 de 15 de noviembre de 2012, lejos de imponer una norma regulatoria referida al extremo, lo que ha hecho es dejar constancia del análisis de los descargos presentados por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, y referidos en concreto a que:

*“...Quisiéramos reiterar, de manera muy respetuosa, que el hecho de que nuestra asegurada hubiera expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses, **es una muestra** de que dicha asegurada recibió una explicación completa y suficiente, que le sirvió para tomar una decisión con base en su propio interés...”* (Nota NAVI-GR-673-2012 de fecha 30 de octubre de 2012; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Con respecto a lo mismo y en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 895-2012, previo a desarrollar su análisis al agravio expresado, la Autoridad recurrida ha dicho que “*conviene discernir respecto de lo que se entiende por **“oportunidad”** y por el término **“exacto o exacta”**...*”, es decir, ha señalado los alcances conceptuales sobre los que va a desarrollar sus argumentos, sin que lo mismo importe (bajo ninguna circunstancia), estar implementando una nueva regulación sobre tales extremos.

Asimismo, en la ulterior APS/DJ/DS/N° 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, la Autoridad recurrida ha señalado que:

“...Que en este contexto, argumentar que una prueba de haberse cumplido con la norma que regula el cambio de plan de seguro, era la queja de los clientes involucrados así como su predisposición a entrar en análisis de los aspectos controvertidos, hacía menester que el ente regulador sustente la posición de que las normas se las cumple en los momentos que ellas indican y no antes o después. Esta explicación deja en evidencia que la ahora recurrente, deliberadamente o no, pretende descontextualizar el uso y los propósitos de aclaración de términos que constan en la resolución impugnada...”

Queda de ello claro, que no existe en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, intención de implementar regulación alguna, y que en la actividad que le ha correspondido al Ente Regulador, la sanción impuesta mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, corresponde a la *infracción del artículo 14°, inciso ‘a’, de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros)*, como lo ha señalado la nota de cargos APS/DJ/DS/8043/2012 de 16 de octubre de 2012, determinando sea infundado el agravio expresado en este sentido.

2.4. Sobre la inobservancia al principio de vedad material, falta de valoración de la prueba y consiguiente ausencia de fundamentación.-

Sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, debido a que tanto el Recurso Jerárquico presente como el Recurso de Revocatoria anterior, recaen fundamentalmente en conceptos abstractos de derecho, que si bien en función del cargo sancionado, hacen abstracción del caso en concreto, determinando que el fallo que al Ente Regulador que le ha correspondido en la Resolución ahora recurrida, prescinda de considerar criterios de

valoración de la prueba al caso concreto.

Por tanto y a este respecto, los criterios existentes resultan limitados a lo establecido en oportunidad de la Resolución sancionatoria, misma de la que se evidencia, ha omitido realizar una valoración jurídica y que, como tal, garantice la efectiva realización de los derechos que les asisten, tanto a la ahora recurrente como a la reclamante.

De ello resulta que el Ente Regulador, concluye en sancionar a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, a simple afirmación de la reclamante, sin haber realizado la constatación que al respecto le exige el artículo 4º, inciso d), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo.

En tal sentido, si bien la recurrida ha cumplido el procedimiento exigible a este respecto, en contrapartida no puede pretender que la simple ocurrencia de ello importe existan suficientes medios de convicción, que le permitan a la Administración, determinar concluyente e inequívocamente, en la efectiva ocurrencia de la responsabilidad que ha sido imputado a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** en la nota de cargos.

Lo contrario importa que el Ente regulador ha fundado su convicción en indicios, presunciones y hasta juicios de valor, de los que no se descarta su validez y trascendencia jurídica, empero los que per se no constituyen prueba concluyente en base a la cual se pueda desarrollar proceso sancionatorio alguno.

Dicho esto y al ser vital dentro del examen de legalidad, la verificación del cumplimiento del principio de motivación en el acto impugnado, y habiendo realizado el análisis correspondiente conforme se apreció precedentemente se llega a la conclusión de que el Ente Regulador no ha hecho una correcta valoración de la prueba vulnerándose el artículo 29º, parágrafo III, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través de Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que *“Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de sana crítica”*.

Que respecto a la valoración de la prueba William Duran Rivera en su libro Principios, Derecho y Garantías Constitucionales refiere “...el derecho procesal contemporáneo no otorga al juez la libre apreciación de la prueba sino que está obligado a aplicar, a tiempo de valorar la prueba, las reglas de la sana crítica: de lo que se establece el deber jurídico del juez de valorar la prueba de manera objetiva y racionalmente fundamentada. Conforme a esto el juez tiene la obligación de justificar las razones por las que se asigna tal o cual valor a la prueba. En consecuencia no le está permitido el otorgar a una prueba el valor del que razonablemente carece, ni tampoco negarle el que razonablemente tiene...”

Que todos estos aspectos denotan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha incumplido lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo que señala:

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

De lo precedentemente citado tenemos que, el presente proceso, debe anularse debido a que el mismo no goza de la debida fundamentación y motivación, por lo que la el Ente Regulador, deberá hacer una nueva valoración de la prueba y determinar cuales fueran los elementos en los que se basa la APS para determinar que la recurrente no hubiera proporcionado la información de manera verbal.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concluye que la Entidad Fiscalizadora no ha cumplido con el principio del debido proceso ni con el principio de motivación y fundamentación en cuanto a la valoración de la prueba

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

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al no haberse fundamentado y motivado el acto impugnado

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, **inclusive**, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

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



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº13-2013 DE 09 DE ENERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°032/2013 DE 10 DE JUNIO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 032/2013

La Paz, 10 de Junio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 13-2013 de 9 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 031/2013 de 03 de mayo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 069/2013 de 15 de mayo de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 28 de enero de 2013, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., representada legalmente por su Gerente Regional de la Paz Lic. René Darío Mostajo Otasevic, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 325/2012, de 25 de abril de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 111 a cargo del Dr. Lorenzo Sandoval Estenssoro del Distrito Judicial de Santa Cruz, contra la Resolución Administrativa APS/ DJ/DS/N° 13-2013 de

9 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012.

Que, en fecha 31 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., contra la Resolución Administrativa APS/ DJ/DS/N° 13-2013 de 9 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 5 de febrero de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., mismo que fue notificado el 13 de febrero de 2013.

Que, el 8 de abril de 2013, a horas 9:00, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de Nacional Vida Seguros de Personas S.A.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota Cite APS/DJ/DS/8054/2012 de 16 de octubre de 2012, notifica a Nacional Vida Seguros de Personas S.A., con la presunta contravención en la que habría incurrido la Entidad Aseguradora, conforme el siguiente texto:

*"...Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, comunicamos a usted que como resultado de la evaluación del cumplimiento de la normativa vigente por el cambio de Plan de Vida Entera a Vida Flexible, se advierte que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS** habría cometido la siguiente:*

- **Contravención al inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998**, que establece como una prohibición a las entidades aseguradoras: "Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos (...)", en el caso de Oscar Arce Ortiz y Annelice Zavala de Arce, conforme los siguientes antecedentes:

1. El 13 de abril de 2012, Oscar Arce Ortiz y Annelice Zavala de Arce hicieron conocer a la APS que con Nacional Vida Seguros de Personas contrataron el Seguro de Vida N° NAVI-VM-533/LP/00 "**Vida Entera Pagos Limitados**" y que por presión de la compañía migraron al nuevo **Plan de Vida Flexible Premium** N° POL-VF-LP-00201946-2011-00, con el

argumento de que dicho plan "desaparecería como tal". Añaden que la actual póliza de Vida Flexible Premium no es vitalicia y que el valor de rescate es simplemente sumado al total de la póliza y no sufre incremento, además de muchos otros aspectos que no fueron aclarados en su momento y que alteran su inversión, solicitando la intervención de la APS para que medie en la reposición de la póliza.

2. A pesar de las sucesivas comunicaciones entre la APS y la Aseguradora, a raíz del reclamo, el órgano fiscalizador no ha tomado conocimiento de ningún documento que acredite que los asegurados hayan recibido un asesoramiento exacto, suficiente y diligente que genere certidumbre y no induzca a error a quienes decidan adherirse al nuevo plan ofertado

Por lo antecedentemente expuesto, **NOTIFICAMOS** a usted en su condición de representante legal de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** al no haber observado debidamente la normativa señalada, por lo que en el marco del artículo 677 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa.

Vencido el término de prueba y dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos la APS emitirá la Resolución que corresponda, en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que, en fecha 31 de octubre de 2012 mediante nota CITE: NAVI-GR-672/2012 de 30 de octubre de 2012, Nacional Vida Seguros de Personas S.A. presentó descargos refiriendo lo siguiente:

"(...)

- En relación al punto primero, nuestra sociedad, no recibió de nuestros asegurados el reclamo contenido en la nota que nos fuese enviada por su autoridad, en la cual los asegurados expresan disconformidad con el cambio de plan.
- Quisiéramos reiterar, de manera muy respetuosa, que el hecho de que nuestros asegurados hubiesen expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses, es una muestra de que recibieron una explicación completa y suficiente, que les sirvió para tomar una decisión con base en su propio interés.
- Al momento de plantearles los detalles de la operación de cambio de planes, ninguno de nuestros asegurados nos hizo notar su disconformidad.
- Las firmas de documentos realizada por nuestros asegurados de ninguna manera fue bajo presión. Nuestra sociedad, asumió que luego de la comprensión de las características del nuevo plan con la información que les fue proporcionada, el producto se ajustaba a sus intereses.

Al presente, solo podemos afirmar que nuestra sociedad proporcionó a nuestros asegurados información verbal y escrita que fue requerida por los mismos en relación

al cambio del plan y no tuvo conocimiento de que la misma era considerada insuficiente por dichos asegurados.

Finalmente como prueba del buen obrar de nuestra sociedad y con el objeto de brindar un servicio eficiente a sus clientes, entramos en contacto con ambos asegurados para ver la mejor forma de satisfacer sus inquietudes, les haremos conocer los resultados “

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 889-2012 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 889-2012 de 15 de noviembre de 2012., la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió:

“...PRIMERO.- SANCIONAR A NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., con la multa en Bolivianos equivalente a 80.001 UFV's (Ochenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por haber incurrido en la prohibición señalada en el artículo 14.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, en el caso de los asegurados Annelice Zavala de Arze y Oscar Arze Ortiz.

SEGUNDO.- La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. Nº 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.

TERCERO.- NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el artículo precedente, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, los cargos consisten, en pocas palabras, en que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** no brindó a Oscar Arze Ortiz y Annelice Zabala de Arze información completa, veraz, oportuna y suficiente para promover el cambio del “Plan de Vida Entera” al “Plan de Vida Flexible”, violando la disposiciones legales que rigen esta situación, tal cual se anotó en la notificación de cargos.

CONSIDERANDO:

Que la compañía **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.,** mediante nota CITE: NAVI-GR/672-2012 de 30 de octubre de 2012, expone sus argumentos de descargos incurriendo en una confusión de los momentos en que sucedieron los hechos, deduciendo falsamente, que habría otorgado información veraz, oportuna y suficiente a Oscar Arze Ortiz y Annelice Zabala de Arze.

Que la confusión más relevante de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** consiste en interpretar las quejas y argumentos de Oscar Arze Ortiz y Annelice Zabala

de Arze, como muestra inequívoca de haber recibido información exacta y comprensiva en su momento.

Que como prueba de haberse proporcionado información exacta y oportuna, del "buen obrar", señala que entrará en contacto con ambos asegurados para ver la mejor manera de satisfacer sus inquietudes.

CONSIDERANDO:

Que respecto de esta afirmación conviene discernir de lo que se entiende por "**oportunidad**" y por el término "**exacto o exacta**". Vayamos por partes; en cuanto al significado de la voz "**oportunidad**", tal alude a un hecho o circunstancia que se da en un momento adecuado para hacerlo, de manera que implique conveniencia de tiempo y lugar. En otras y pocas palabras: momento propicio para hacer y/o decir algo. Ergo, si hacemos o decimos algo en momento inadecuado con inconveniencia de tiempo y lugar, lo hecho y dicho será "**inoportuno**", no surtiendo los efectos que se pretende, ocurran.

Que en cuanto al término "**exacto o exacta**", entenderemos como aquello que se "adecúa o se ajusta completamente a algo", o para matizar con un rasgo subjetivo, diremos que es algo con lo que se está completamente de acuerdo. También este término es sinónimo de "verdad" cuando se **utiliza la palabra para decir que algo es exactamente cierto o que lo que otra persona dijo es exacto pues respeta la verdad.**

Que en el ámbito de la aplicación de las normas legales positivas, los términos "**oportunidad**" y "**exacto o exacta**" adquieren capital importancia, ya que las normas se las cumplen en un determinado momento y lugar y no antes o después. Este uso racional de los hechos o los dichos corresponden congruentemente con lo entendido por "exacto" ya que si lo dicho o hecho es oportuno, será entonces verdadero porque corresponde en momento, lugar y a la veracidad del fenómeno.

Que esta disquisición es imprescindible para valorar el argumento de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** en sentido de que las quejas de sus asegurados Oscar Arze Ortiz y Annelice Zabala de Arze, son prueba de que sí orientó, proporcionó información exacta y oportuna a propósito del cambio de plan de seguro. Cuando la Ley prescribe supuestos hipotéticos como futuras subsunciones a la misma, es que está señalando que ciertos hechos deben ser efectuados o llevados a cabo **antes de** y no **después de**. En el caso que nos ocupa, no es de recibo pretender justificar que Oscar Arze Ortiz y Annelice Zabala de Arze fueron informados verazmente para el cambio de plan de seguro de Vida Entera a Vida Flexible argumentando que las quejas y el sentimiento de haber sido presionados, demuestran que efectivamente se cumplieron las normas atinentes. Aceptar tal argumento sería tanto como (mutatis mutandis) si se aceptara como eximente de responsabilidad alguna que un sujeto manifestara, luego de robar, que no robó porque devolvió lo robado.

Que como se puede deducir, el hecho de devolver lo robado no borra ni elimina que en un momento dado se robó, por mucho que luego se hubiere devuelto el producto del robo.

Que en el caso de Oscar Arze Ortíz y Annelice Zabala de Arze, las normas que rigen fenómenos de cambio de plan de seguro son de ineludible cumplimiento antes de que la persona adopte o tome una decisión, y no aplicar las normas después de haberse tomado la decisión. Justificar que las quejas (luego de haberse firmado los cambios de plan de seguro) son prueba de haberse cumplido con las normas imputadas de incumplidas, simplemente no resiste el menor análisis.

Que en efecto la prohibición contenida en el inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883, de 25 de junio de 1998, es para evitar incurrir en contravenciones **antes de** y no **después de**, como ingenuamente **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** interpreta.

Que por otro lado, debe dejarse claramente establecido que los cargos imputados se refieren al incumplimiento de normas atinentes a las prohibiciones en ocasión de cambios de plan de seguro, contenidas en la Ley de Seguros y disposiciones inscritas en las propias pólizas, por lo que limitarse a decir que se "proporcionó" información verbal y escrita que fue requerida por los asegurados sin sustentar documentalmente (más allá de la declaración unilateral y subjetiva de la compañía) no enerva ni desvirtúa los cargos contra la Aseguradora.

Que en adición y revisando la documentación cursante en el expediente y la propia carta de descargos de la Compañía no constituyen, objetivamente, descargos a las imputaciones que acrediten hechos materiales de una asesoría completa, exacta y veraz para proceder al cambio; v.gr. una explicación pormenorizada del incremento del monto de las primas correspondientes.

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a lo transcrito en lo que a las alegaciones de descargo se refiere, su contenido no hace más que confirmar los cargos imputados, como se ha podido verificar en el análisis que desarrolla la presente Resolución Administrativa.

CONSIDERANDO:

Que de todo lo expuesto se determina con meridiana claridad que la compañía no otorgó a Oscar Arze Ortíz y Annelice Zabala de Arze un asesoramiento veraz y oportuno en el cambio de plan de Vida Entera a Vida Flexible, incurriendo dicha conducta en la previsión contenida en el inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros que prescribe como prohibición a las entidades aseguradoras: "Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos (...)"

Que corresponde en todo caso manifestar que verificada la infracción, la sanción es la consecuencia jurídica de carácter administrativo que tiene como objetivos:

- Regular de manera eficaz la conducta apropiada de los administrados, a fin de que cumplan a cabalidad con las disposiciones que le sean aplicables y, en especial, prevenir conductas contra la calidad de los servicios regulados y actividades supervisadas.

- Prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las disposiciones infringidas o asumir la sanción. La sanción debe tener un efecto disuasivo indispensable para evitar que la conducta antijurídica se repita.

Que el inciso II del artículo 62 del Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, determina que: "II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables".

Que por su parte el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, prevé que: "La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se debe esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares".

Que cumpliendo con la normativa transcrita, para la modulación de la sanción se ha tomado en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, cuidando que la sanción no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad, verificándose que:

a) El incumplimiento se encuentra tipificado:

- En cuanto a la conducta, por el inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998.
- En cuanto a la sanción, por el inciso d), del artículo 17 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como **infracciones graves**, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a ochenta mil uno (80.001), ni mayor a doscientos mil uno (200.001) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: d) Distorsión, falsedad o contradicción en los contenido de información debida a la Superintendencia, al Estado o al Público".

b) En cuanto al daño se ha evidenciado que las condiciones otorgadas en la Póliza de Vida Flexible con respecto a la Póliza de Vida entera, tienen una diferencia esencial en la cobertura de fallecimiento, que la propia Aseguradora a través de la nota CITE: NAVI-GG-106 de 4 de mayo de 2012 ha reconocido, y que es como sigue:

Plan	Vida Entera	Vida Flexible
Vigencia	Del 29.02.2000 hasta el fallecimiento de los asegurados	De las Pólizas de Annelice Zavala de Arze POL-VF-LP-00201946-2011-00 del 26/07/2011 al 01/07/2016 y de Oscar Arze Ortíz POL-VF-LP-00201917-2011-00 del 26/07/2011 al 01/07/2015, se evidencia que si bien existe un final de vigencia, esto se aplica si el asegurado retira el total del saldo de la Cuenta Individual, caso contrario y a solicitud del Asegurado la póliza se mantiene vigente

		mediante la deducción de la prima de riesgo de su Cuenta Individual o mediante el pago de la prima de riesgo que corresponda.
--	--	---

Lo expuesto demuestra que la vigencia de la cobertura de fallecimiento en el Seguro de Vida Entera es hasta la muerte del asegurado, mientras que en el seguro de Vida Flexible la vigencia concluye el 01/07/2012 para Annelice Zavala de Arze, y el 01/07/2015 para Oscar Arze Ortiz; es decir que, de fallecer los asegurados en fecha posterior a la establecida, el capital asegurado por fallecimiento queda sin cobertura ocasionando por consiguiente un perjuicio a los asegurados por reducir el período de cobertura.

- c) Finalmente, no se evidenció que la conducta de la Aseguradora sea reiterativa o reincidente, en los términos establecidos por el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, por lo que la entidad nunca antes fue sancionada por una infracción similar.

Que en la descripción de la cuantificación de la multa, la norma pertinente establece un rango de un mínimo a un máximo, dejando al prudente arbitrio de la Administración la modulación y determinación del monto, en función a las circunstancias que rodean el hecho; es decir la actuación dolosa o culposa del regulado, la reiteración y/o la reincidencia de la conducta y el daño.

Que en este sentido y del análisis anterior corresponde se aplique una sanción de multa de rango mínimo, establecida normativamente en 80.001 UFV's (Ochenta mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda)..."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 11 de diciembre de 2012, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 13-2013 DE 9 DE ENERO DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 13-2013 de 9 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se modifica el artículo Primero de la anterior resolución administrativa en lo referido al monto de la sanción, imponiéndose a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, la multa en Bolivianos equivalente a Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (39.186 UFV's) por haber incurrido en la infracción señalada en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

ARTÍCULO TERCERO.- Siendo función de la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros velar por los asegurados, conforme lo determina el artículo 41.c) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 y en atención al reclamo formal de Oscar Arze Ortíz y Annelice Zabala de Arze, se instruye a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** reponer a los indicados asegurados al plan de seguro original denominado "Vida Entera", en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, a contar desde el día siguiente de su legal notificación con la presente resolución, debiendo hacer llegar a este Órgano de Fiscalización copia del documento que acredite el cumplimiento de la obligación.

ARTICULO CUARTO.- Mediante la Dirección Administrativo Financiera de esta APS, procédase a la devolución a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, del monto de dinero resultante de la diferencia entre lo señalado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/889-2012 de 15 de noviembre de 2012 y la presente resolución; es decir el monto en bolivianos equivalente a 40.815 UFV's..."

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que, es necesario ir por partes para resolver el presente recurso. Para ello nos servirán algunas digresiones en torno a precisiones conceptuales y a fin de no confundir categorías administrativas íntimamente relacionadas con la actuación de la Administración Pública.

Por "**debido proceso**" se entiende al conjunto de procedimientos, normas y condiciones que una determinada jurisdicción ha establecido para que sus órganos de decisión juzguen en consecuencia. De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del debido proceso "no sólo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional".

En cuanto a la presunción de inocencia y el "**onus probandi**" consecuente, tal es una expresión latina que señala quién está obligado a producir la prueba en un determinado caso controvertido. Por las particularidades del Derecho Administrativo, la administración, aunque sea la que emitió la disposición o instrumento que se impugna ex post, no es parte **strictu sensu**, ya que por mandato legal, es la propia administración que emitió el acto que se impugna la que conoce también pretensiones de revocación de los afectados. En efecto, el artículo 5 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 legitima y atribuye a ciertos órganos administrativos la competencia para conocer y resolver un asunto administrativo de acuerdo a mandato constitucional u otro género de normas inferiores.

Que siendo así, la carga probatoria de la parte que pretende la revocación de una resolución administrativa (como la que nos ocupa) corresponde a la parte que se considera afectada. Esto se encuentra consagrado en el artículo 50 del Decreto Supremo N° 27715 de 15 de septiembre de 2003, donde se dispone que a **discreción**

de dicha Administración, puede solicitarse la producción de prueba que ella considere atinente, o a petición de parte. Este requisito probatorio se objetiva en el momento de notificarse con cargos a la persona en particular, a quien se intima producir todas las probanzas que creyere oportuno y pertinente.

En otras palabras, no hay preceptiva legal en la jurisdicción nacional que obligue a la Administración a producir prueba por ella misma dentro de procesos como el que nos ocupa; en todo caso, tal extremo es potestativo como señala el citado artículo 50 del Decreto Supremo N° 27715 de 15 de septiembre de 2003.

Que la realidad social sobre la que se erige el Derecho y su práctica jurídica, contempla también los **Actos Discrecionales**. El Acto Discrecional es el acto administrativo que encontrándose en límites determinados, goza al mismo tiempo de cierta libertad y no se encuentra constreñido totalmente por el marco normativo correspondiente. La única limitación en los casos de los actos discrecionales es la "satisfacción del interés público", aspecto teleológico-jurídico, cuya valoración es efectuada por la Administración con sentido de oportunidad y conveniencia.

Por lo que el Acto Discrecional se caracteriza porque la Administración tiene la facultad de llevarla a cabo o no; es un acto que revela valoración de los hechos en el marco de beneficio del interés público; es un acto en el que se realiza un juicio de oportunidad en relación a normas o criterios de diversa naturaleza; es un acto en el que se da una libertad de acción por parte de la autoridad, que aunque parte de la norma y se ampara en ella, no se encuentra constreñida por ésta.

Que en otras palabras y en la lectura del maestro Marienhoff: "**las facultades discrecionales de una autoridad surgen cuando la legislación se limita a señalar los fines prescindiendo de la mención específica de los medios para lograr aquellos**". Añade este autor que la existencia de normas y procedimientos para la emanación de un acto no es impedimento para excluir la posibilidad de que el acto sea discrecional; por ello es que la redacción literal que nos señala la posibilidad de un acto discrecional puede decir: "facúltese", "autorízase", "podrá", etc.

La anterior digresión es el fundamento doctrinal de las facultades institucionales de la APS para que en función de ellas, module su accionar sobre las bases de la sana crítica y la experiencia adquirida en casos semejantes o similares.

CONSIDERANDO:

Que visto y revisado lo anterior, corresponde analizar las alegaciones de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**

Que en cuanto al **argumento 2.1.** resumido en el cuarto Considerando de la presente Resolución, se deja claramente establecido que la competencia, el procedimiento, así como las facultades de desarrollo del procedimiento sancionador administrativo se encuentran en el artículo 46 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, así como en el artículo 65 y siguientes de dicho decreto

(precisamente en resguardo de las garantías del debido proceso, legalidad, y presunción de inocencia).

Que en efecto, el artículo 46 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2002 se refieren a la competencia para el conocimiento de los recursos de revocatoria, su procedencia y lo más relevante, lo concerniente a la prueba se encuentra previsto en el artículo 50 de dicho Decreto Supremo, cuyo contenido expresa la potestad unilateral de la Administración para disponer la producción de toda prueba, y de prueba adicional si lo considera necesario, no constituyendo por tanto preceptivo que obligue a la Administración a producir prueba **per se**.

Que en cuanto al respeto del debido proceso y presunción de inocencia, se tienen los artículos 65 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2002, que disponen las etapas a cumplirse hasta llegar a la etapa conclusiva del procedimiento sancionador. Etapas todas cumplidas estrictamente por la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros;

a) La APS, con anterioridad a la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012, llevó a cabo actos investigativos, a instancia de los usuarios involucrados, para verificar presuntas irregularidades en el proceso de cambio de “Plan de Vida Entera” a “Plan de Vida Flexible”, llegando a identificar ciertos hechos, en este caso en conformidad con el artículo 65 de dicho decreto luego de haberse elaborado informes técnicos, legales, producido correspondencia entre los señores Oscar Arze Ortíz, Annelice Zavala de Arze, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, y la propia APS.

b) Establecidas presuntas irregularidades, en el caso de estos ciudadanos, la APS procedió a notificar con cargos, en cabal aplicación del artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, a fin de que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** pueda asumir su defensa, como demuestra la Nota de Cargos CITE:APS/DJ/DS/8054/2012 de 16 de octubre de 2012 notificada el 18 de octubre de 2012 a la compañía de seguros.

c) A tal fin y en la misma Nota de Cargos se concedió a la Aseguradora el plazo legalmente establecido en el artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175, de 23 de abril de 2002, para la producción de descargos, pruebas, alegaciones, explicaciones, informaciones y justificativos que le permitan ejercer su legítimo derecho a la defensa.

d) Cumplidas estas preceptivas diligencias, la APS procedió a dictar la resolución debidamente fundamentada y motivada, cual es la resolución que ahora se impugna.

Que de lo expuesto, se puede inferir inevitablemente que **sí** se garantizó el debido proceso, así como no se emitió ningún juicio de valor definitivo hasta luego de haberse recibido los descargos de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, por lo que el pretendido desconocimiento de garantías constitucionales invocados por la recurrente, carecen de asidero factual y legal.

Que en cuanto al **argumento 2.2.** resumidos en el cuarto Considerando de la presente Resolución, señalar simplemente que la cita del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 es impertinente, ya que sus disposiciones se aplican estrictamente "a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, independientemente de su naturaleza o de la norma que las hubiere creado, que se encuentren operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros y especialmente, aunque no solamente, a: ...". En otras palabras, tal norma se aplica solamente a los regulados y no a los entes reguladores como de manera errónea insinúa la recurrente.

Que en relación a la segunda parte de esta alegación relacionada con la prueba, recalcar que durante la sustanciación del procedimiento sancionatorio y conforme establece el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** tuvo la oportunidad de producir pruebas y lo que estimó conveniente, cuando respondió a la Nota de Cargos, por intermedio de la carta CITE: NAVI-GR/672/2012 de 30 de octubre de 2012.

Que en cuanto a los **argumentos 2.3.** y **2.6.** resumidos en el cuarto Considerando de la presente Resolución, en ninguna parte de la resolución que se impugna consta actuación de la APS que se interprete como negatoria, implícita o explícita, de la proposición de prueba de la aseguradora, o que se hubiere desconocido la categoría de pruebas que nuestra legislación acepta en conformidad con el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

Que en aplicación de lo señalado en el artículo 48 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, esta APS y como se anota en la parte "VISTOS" de la resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012, ha generado informes técnicos y legales, además de haber solicitado los descargos pertinentes a la aseguradora. A continuación y siempre de acuerdo al artículo 49 de la norma procedimental, se otorgó un plazo determinado a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** para la producción de pruebas, a cuyo término, se cerró el periodo probatorio ya que es potestad de la Administración, ampliar o no estos plazos.

Que por lo demás, las actuaciones de la APS, guardan fiel concordancia con lo prescrito en el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, caracterizadas como "Etapas del Procedimiento Sancionador".

Que en cuanto al **argumento 2.4** resumido en el cuarto Considerando de la presente Resolución, este ente regulador concuerda plenamente con el criterio de la recurrente en sentido de que toda decisión jurisdiccional se basa en pruebas admisibles en Derecho, y que las pruebas practicadas (producidas) son el elemento objetivo que sustenta la decisión ulterior. Este razonamiento correcto de la recurrente se encuentra antecedido por el procedimiento administrativo sancionador examinado en párrafos anteriores, lo que es muestra palmaria de que en el proceso de emisión de la resolución impugnada, esta APS, cumplió las normas atinentes.

Que en cuanto a los **argumentos 2.5.** y **2.7.** resumidos en el cuarto Considerando de la presente Resolución, es menester señalar que la recurrente, en oportunidad de presentar sus descargos, a través de la nota CITE: NAVI-GR/672/2012 de 30 de octubre de 2012, expuso argumentos adjuntando un dossier de documentación que fue valorada en su día y, que a la luz de la sana crítica, no desvirtuaron los cargos imputados; es decir, que la aseguradora no asesoró correctamente, con diligencia y a plenitud, a los señores Oscar Arze Ortíz y Annelice Zavala de Ortíz para que ellos cambien de plan de seguro.

Que no hay referencia implícita o explícita en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012 en sentido de que una de las pruebas para sancionar a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** sea la aclaración del significado de términos que hacían al buen entendimiento del caso. En efecto, acudir al significado de "oportunidad", "exacto o exacta", o "inoportuno" tenía (y tiene) el objetivo de fundar y contextualizar el uso de términos apropiadamente, y no, como hizo la ahora recurrente, pretender confundir al ente regulador a momento de presentar sus descargos.

Que en este contexto, argumentar, como hizo **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, que una prueba de haberse cumplido con la norma que regula el cambio de plan de seguro era la queja de los clientes involucrados así como su predisposición a entrar en análisis de los aspectos controvertidos, hacía menester que el ente regulador sustente la posición de que las normas se las cumple en los momentos que ellas indican y no antes o después. Esta explicación deja en evidencia que la ahora recurrente, deliberadamente o no, pretende descontextualizar el uso y los propósitos de aclaración de términos que constan en la resolución impugnada.

Que esta APS tiene la suficiente idoneidad profesional y capacidad de juicio para elaborar sus resoluciones sobre la base de hechos confrontados con las normas que les sean atinentes, y no incurrir en candorosos apoyos "probatorios" consistentes en opiniones subjetivas o definiciones de vocabulario.

Que en cuanto a los **argumentos 2.8.** y **2.9** resumidos en el cuarto Considerando de la presente Resolución, es didáctico reiterar que la APS, antes de emitir sus resoluciones, notifica a los involucrados circunstanciales con los cargos presuntos. Así se ha procedido en este caso concreto, como se ha explicado en todo lo expuesto precedentemente; se ha notificado con cargos, se ha recibido y analizado los descargos, y en ningún momento se ha negado derecho alguno de la aseguradora durante la sustanciación del proceso, como bien pudo haber hecho aquella compañía, tal como solicitar documentación o información conveniente a sus intereses como los contenidos en el artículo 16 de la Ley de Procedimiento Administrativo, o lo contemplado en el artículo 67.III del decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003. **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** pudo acudir a estas facultades, lo cierto es que no lo hizo.

Que respecto del "**onus probandi**", ya nos referimos en partes anteriores de esta resolución. Es fácilmente verificable que la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros no emitió ningún juicio de valor definitivo antes de recibir y valorar

los descargos y probanzas de la aseguradora, en respeto y aplicación del principio de legalidad y de presunción de inocencia precisamente.

Que en cuanto a que en "idénticas" situaciones, esta APS hubiera fallado de manera distinta a la que ahora nos ocupa, se indica categóricamente que el ente regulador emite muchas resoluciones administrativas sancionatorias y por lo mismo, la recurrente debiera particularizar a qué situación concreta se refiere, oportunidad en que se hubiera fallado de manera distinta siendo el caso similar al presente. No ocurriendo tal, esta ambigüedad inhibe a la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros de mayores comentarios y valoraciones.

CONSIDERANDO:

Que en relación a la desproporción o violación del principio de proporcionalidad, se debe destacar que, la documentación producida por la recurrente acredita que la situación de seguro a la que injustamente fueron derivados los señores Oscar Arze Ortíz y Annelice Zavala de Arze, hasta el momento en que se elabora esta resolución administrativa, no ha cambiado; o sea, tales ciudadanos continúan dentro las previsiones del plan de "**Vida Flexible**" con las lógicas y probables consecuencias en la hipótesis de ocurrir los riesgos asegurados.

Que resumiendo, la explicación gráfica más expresiva es la ocurrencia de los riesgos asegurados que al presente, no constituyen más que supuestos hipotéticos no objetivados, por lo que la APS puede y debe aplicar criterios de valoración y reevaluación del monto en ejercicio de facultades expresas para ello como la contemplada en el segundo párrafo del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003.

Que no obstante, debe tenerse en cuenta que actitudes como las que incurre **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** analizada ahora, pone en riesgo la credibilidad, confianza y transparencia del mercado de seguros, aspectos que deben ser prevenidos por esta APS.

CONSIDERANDO:

Que en este contexto de razonamiento, la adecuación de la inconducta comprobada de **NACIONAL VIDA DE SEGUROS DE PERSONAS S.A.** corresponde a lo señalado en el artículo 16.I.d) de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003.

Que por lo analizado, se concluye que no existe mérito para la revocación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012 en lo tocante al fondo, correspondiendo reevaluar el monto económico de sanción sobre la base de los argumentos recientemente expuestos.

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 28 de enero de 2013, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 13-2013 de 9 de enero de 2013, argumentando lo siguiente:

“...I.ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACION

Su respetable autoridad, en el tercer párrafo del sexto Considerando de la resolución que hoy impugnamos, sostiene lo siguiente:

“... Que en cuanto a la presunción de inocencia y el “**onus probandi**” consecuente, tal es una expresión latina que señala **quién está obligado a producir la prueba** en un determinado caso controvertido. Por las **particularidades de Derecho Administrativo**, la administración, aunque sea la que emitió la disposición o instrumento que se impugna ex post, **no es parte strictu sensu...**”

Su autoridad parecería afirmar en éste párrafo que dentro de un procedimiento sancionatorio por las “Particularidades” de la esfera administrativa, el Estado estaría eximido “per se” de presentar el sustento legal y táctico en base al cual éste impondrá una pena sobre una persona (en el caso que nos ocupa una pena expresada en una sanción pecuniaria), sobre la base del hecho de que el Estado “no sería parte”.

Su autoridad continúa al decir:

“...Que siendo así, **la carga probatoria** de la parte que pretende la revocación de una resolución administrativa (como la que nos ocupa) **corresponde a quien se considera afectada...**” “...Este requisito se objetiva en el momento de notificarse con cargos a la persona en particular, a quien se intima producir todas las probanzas que creyere oportuno y pertinente...”

“...En otras palabras, no hay preceptiva legal en la jurisdicción nacional que obligue a Administración a producir prueba por ~~ela~~ misma dentro de procesos...”

Una vez más su autoridad devela su posición al tratar de elaborar una teoría por la que quien debería probar su inocencia es el sancionado por una Resolución Administrativa, luego de impuesta la pena y reitera que la carga de la prueba recae sobre el sancionado, quien de acuerdo a su respetable autoridad debía probar su inocencia en relación a cargos que se le imputan con base en el solo criterio de la autoridad, la que en criterio suyo estaría al margen de toda obligación de presentación de medios probatorios idóneos en base a los cuales impondrá una pena a una persona.

Pero seguidamente su autoridad continúa sosteniendo su criterio sin base alguna en el Derecho Positivo Boliviano, sino en opiniones situadas en otro contexto y no relacionadas al meollo de la cuestión que nos ocupa al decir:

“... Que la realidad social sobre la que se erige el Derecho y su **práctica jurídica** consecuente, contempla también los **Actos Discrecionales Reglados**. El Acto Discrecional Reglado es el acto administrativo que encontrándose en límites determinados, **goza al mismo tiempo de cierta libertad y no se encuentra constreñido totalmente por el marco normativo correspondiente**. La única limitación en los casos de los actos discrecionales es la “satisfacción del interés público, aspecto

teleológico- jurídico, cuya valoración es efectuada por la Administración con sentido de oportunidad y conveniencia...”

Su autoridad pretende afirmar que la imposición de una pena que realiza el estado sobre una persona, podría basarse en la discreción (arbitrariedad) de la autoridad con base en la satisfacción del interés público, caso en el cual pareciera usted afirmar que la autoridad del estado carece de limitaciones(¿¿??).

Conviene remarcar que nuestro sistema legal no reconoce a la “práctica jurídica” como una fuente del derecho, de modo tal que alguna persona natural o jurídica o el estado pueda escudarse en la misma para sustentar sus actos. Tampoco en nuestro derecho positivo existen excepciones o limitaciones de aplicación de la norma respecto de “ciertos actos” de ciertas autoridades, cuando los mismos cumplan el requisito de la “Discrecionalidad Reglada” citada por usted, a un extremo tal que le permitan o le den libertad para imponer una pena sobre cualquier persona regulada o no regulada, pasando totalmente por alto el principio y Derecho de Presunción de Inocencia, previsto nada menos que por la Constitución Política del Estado, y basándose solo en su propio criterio.

La “Discrecionalidad Reglada”, en ningún caso podría servir de sustento al acto de imposición de una pena sobre una persona sin que para la imposición de dicha pena no se hubiera destruido previa y palmariamente la Presunción de Inocencia de que la conducta del sancionado está rodeada “ex lege” (por disposición expresa de la Ley).

La esencia de la pena impuesta sobre nuestra sociedad, se basa en la inexistencia de conceptos como los de “oportunidad”, “exactitud”, “inoportunidad”, “precisión” definidos por su propia autoridad, constituyendo dichas definiciones las pruebas en base a las cuales nos impuso una sanción.

En la RA 13 que impugnamos, resume el criterio adoptado por su autoridad en este caso cuando dice:

“... NO constituyendo por tanto preceptivo que sea la Administración la obligada a producir prueba perse...”

Su autoridad una vez más se aferra a la teoría de que el Estado no tiene obligación alguna a probar la culpabilidad de una persona y con arreglo a lo precedente pareciera remitirse para dicha afirmación a su criterio de aplicación de la “discrecionalidad reglada”(¿¿?) que legitimaría el actuar de una Autoridad del Estado en total Omisión del Principio de presunción de inocencia para imponerle una pena.

Como corolario de la posición de su respetable autoridad, usted afirma en su décimo párrafo de su séptimo considerando lo siguiente:

“... la cita del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, **es impertinente** ya que **sus disposiciones se aplican estrictamente** “a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, **independientemente de su naturaleza** o de la norma que las hubiere creado, que se encuentren operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros y

especialmente, **aunque no solamente**, a: ..."En otras palabras, tal norma **se aplica solamente a los regulados** y no a los entes reguladores como insinúa la recurrente...."

Su digno despacho pretende afirmar que una autoridad del estado como esa distinguida autoridad reguladora, está al margen, exenta, eximida, libre, no limitada, no condicionada o alcanzada, ni obligada a presumir la inocencia de una persona al imponerle una pena. La premisa planteada por su autoridad pretende realizar un vuelco trascendental al sentido del Art. 18 del Reglamento de sanciones aplicado para imponer una pena sobre una persona natural o jurídica y a nuestro propio sistema legal.

Del texto de su premisa pareciera que usted pretende atribuir la obligación de presunción de inocencia "solamente a los regulados y no a los entes reguladores", de donde se podría conducir a la conclusión de que el regulado debe presumir en todo momento la inocencia de la Autoridad del Estado (¡¡??).

El hecho final y textual, es que su autoridad hace omisión del texto expreso de la norma positiva que dice, en el precitado artículo del Reglamento de Sanciones, lo siguiente:

"... **La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros** estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y **de acuerdo a criterios de conducta media** o de especial diligencia, según sea el caso. **A estos efectos**, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, **se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario**, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares.-... "

Señor Director, el Derecho positivo boliviano establece en el Art. 117 de la Constitución Política del Estado, uno de los principios y pilares esenciales de nuestro Estado de Derecho y dice lo siguiente:

"...Artículo 117 I. **Se garantiza la presunción de inocencia** Durante el proceso, **en caso de duda** sobre la norma aplicable, regirá **la más favorable** al imputado o **procesado**...."

Nótese que la norma establece una premisa que legalmente se denomina "presunción de hecho" por la cual se debe entender y asumir (la norma no admite otra posibilidad "in limine") que toda persona es inocente, en tanto no se presenten pruebas que sustenten la posibilidad de afirmar lo contrario, para solo luego poder ampararse en alguna norma que permita (sic) imponerle una pena.

De conformidad con la norma constitucional escrita de máxima jerarquía, nuestro sistema legal no reconoce, en ninguna materia de la regulación local, la posibilidad de que ninguna autoridad, sea esta administrativa ó judicial, presuma, sin prueba alguna (sin prueba alguna) que sustente su posición, que una persona es culpable o que no es inocente de algún hecho que se le pretendiera imputar, cuando dicha afirmación carece de pruebas.

Tampoco le está permitido a una autoridad elegir cuál será la norma que aplicará cuando existe una norma superior que ha trazado los fundamentos a los cuales debe sujetarse nuestro sistema legal.

En el caso de nuestro sistema legal, el caso reviste mucha mayor particularidad debido a que nuestra Constitución Política del Estado ha sentado nuevos principios vigentes desde el año 2007, los que obviamente prevalecerán y se aplicarán con preferencia a normas inferiores y anteriores no solamente con base en las normas de resolución de conflictos de leyes en el tiempo, sino también con base en normas de resolución de conflicto de leyes en el espacio.

Es decir, que ninguna Autoridad del Estado puede pretender escudar o justificar sus actos de violación de los más elementales principios y derecho de inocencia de una persona, en el mero cumplimiento de una norma inferior que prevé un procedimiento que claramente viola dicho derecho de presunción de inocencia.

En todo caso, la autoridad está en la obligación de aplicar con preferencia la norma superior respecto de la inferior, al ser ésta inferior violatoria de los nuevos principios establecidos por aquella (la superior)

En éste sentido, el Art. 71 de la Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de fecha 23 de abril de 2002 d ("**LPA**"), dice lo siguiente:

"...ARTICULO 71°.- (Principios Sancionadores)-

Las sanciones administrativas que las autoridades competentes **deban imponer** a las personas, **estarán inspiradas** en los principios de legalidad, tipicidad, **presunción de inocencia**, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad..."

"...Artículo 74°.- (Principio de Presunción de Inocencia).- En concordancia con la prescripción constitucional, **se presume la inocencia** de las personas mientras **no se demuestre lo contrario** en idóneo procedimiento administrativo..."

Nótese que siempre la norma positiva boliviana enfatiza la necesidad de poder demostrar que una persona no es inocente, es decir que es culpable como una condición necesaria y obligatoria a la imposición de una pena que podrá estar traducida en una sanción pecuniaria.

Una vez más, reiteramos el texto del Art. 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 que a pesar de ser una norma del más bajo nivel de la jerarquía normativa, sostiene como corolario y como "norma especial" el mismo principio que rige en todo estado de derecho al decir:

"...Artículo 18.- (Determinación de la gravedad de la infracción)..." "... La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los Hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o **entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario**, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso **y en todos los similares...**"

Con arreglo a lo expuesto notará su autoridad que para que se pueda imponer una sanción, es necesario que se pueda probar en forma incontrastable lo contrario a la inocencia (que se presume con base en la ley) que es la culpabilidad...

En nuestro sistema legal, la demostración de la veracidad de un hecho se realiza mediante la presentación de "pruebas" o medios de representación (histórica) de la realidad que permitan sustentar la veracidad de hecho imputado al procesado en el cual se pretenderá fundar una premisa y una eventual sanción.

Este procedimiento es clara y expresamente una de las garantías del "debido proceso" o del "Due Process of Law" que garantiza que una persona no sea juzgada en desconocimiento de sus garantías constitucionales, que (reitero) en esencia presumen su inocencia mientras no se pruebe lo contrario.

Todo procedimiento que pudiera ser establecido por una norma inferior, sea de carácter operativo o regulatorio, y todo procedimiento que pretendiera otorgar a una autoridad del estado "atribuciones" para "apartarse" o "autoexcluirse" de la regla establecida por la constitución, permitiéndole imponer una pena a una persona haciendo omisión del derecho de presunción de inocencia, claramente es un procedimiento anticonstitucional y viola el procedimiento "legalmente establecido" reconocido por el Art. 35 de la propia LPA que dice:

"... ARTICULO 35.- (Nulidad del Acto).-

I. Son **nulos de pleno derecho** los actos administrativos en los casos siguientes:..."... Los que hubiesen sido dictados **prescindiendo** total y absolutamente del **procedimiento legalmente establecido...**" "...Los que sean **contrarios a la Constitución Política del Estado**; y, e) Cualquier otro establecido expresamente por ley..."

Al respecto, conviene hacer cita de un precedente administrativo muy relevante que ha resuelto el tema de si realmente éstos principios constitucionales se aplican a la esfera Administrativa que goza de un estatus especial, que está contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFFPA/PSF/URJ-SIREFI 072/2012 de fecha 6 de diciembre de 2012, que en su parte más saliente dice lo siguiente:

"... En el mismo sentido, el Tribunal ha pronunciado la reciente **jurisprudencia mediante SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otras**, señalando que:..." "...En consonancia con los **tratados internacionales** citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; **garantía de presunción de inocencia**; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in ídem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/200 L-R 0157/200 IR. **0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras**); sin embargo, esta lista en el marco del principio de

progresividad **no es limitativa, sino más bien enunciativa**, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido **la Corte Interamericana de Derechos Humanos** en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones **de igualdad procesal** con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal 'El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (...) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

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

"... por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010- Sucre, 10 de agosto de 2010, Ha determinado sobre el derecho al debido proceso, lo siguiente: "Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos **se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se haden en una situación similar** (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente **ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos"** (SSCC : **418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R** entre otras).

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

Note usted que el concepto de “Debido Proceso”, que en el caso de los procesos sancionatorios desencadenará en la imposición de una sanción en contra de una persona, tiene como efecto esencial la imposibilidad de que alguna autoridad del estado pueda prescindir o pasar por alto la presunción de inocencia de que goza el eventual sancionado. Esta regla alcanza no excluye sino que alcanza en forma expresa, y con arreglo a los pronunciamientos citados, a los actos de su respetable autoridad en la esfera administrativa.

En plena concordancia con lo anterior, este principio, está igualmente regulado por el Art. 47 de la misma LPA que dice:

“... ARTICULO 47º.- (Prueba).-1. Los **hechos relevantes** para la **decisión** de un **procedimiento** podrán acreditarse por cualquier medio de **prueba admisible** en derecho....” “... II. El **plazo y la forma de producción** de la prueba será la determinada...” “...III. La autoridad administrativa, mediante providencias egresas, determinará el procedimiento para la **producción de las pruebas admitidas...**”

“... ARTICULO 49º.- (Alegatos).- **Producida la prueba** o vencido el plazo para su producción, la administración decretará la clausura del periodo probatorio y si lo considera necesario por la complejidad de los hechos y las **pruebas producidas**, otorgará un plazo de cinco (5) días al interesado para que tome vista del expediente y alegue **sobre la prueba producida** ...” “...” “...ARTICULO 83º.- (Etapa de Tramitación).- I. Los presuntos infractores en el plazo de quince (15) días a partir de su notificación podrán presentar **todas las pruebas**, alegaciones, documentos e informaciones que crean convenientes a sus intereses...” “...II. Serán **legalmente aceptados todos los medios de prueba establecidos...**”

De estas porciones de la norma, es posible extractar los siguientes principios esenciales y básicos adicionales:

- a. **Los hechos que fueran relevantes para una decisión sancionatoria se sustentan, como no podría ser de otra forma, en pruebas.**
- b. Para sustentar la culpabilidad de un potencial sancionado, solo es posible por medio de la presentación de todos los medios de prueba admisibles en derecho.
- c. Existen reglas y plazos para la producción de la prueba que están establecidos en la Ley.
- d. La única prueba que servirá de base es la prueba “producida”.

Es importante remarcar que uno de los aspectos reiterados en numerosas porciones de la norma es la “producción”, que no es más que la presentación del medio probatorio respectivo bajo rígidas regulaciones de “forma” y solemnidad que exigen que el medio probatorio presentado sea de conocimiento de todas las partes involucradas y bajo ciertas fórmulas de “producción”.

Algunos sistemas llaman a éstas fórmulas de solemnidad el procedimiento ó “discovery” (sistema anglosajón) ya que precisamente buscan que la forma de producción de las mismas sea “transparente”

Los medios de prueba “legalmente aceptados” a que se refiere el texto transcrito precedentemente, es decir el “procedimiento legalmente establecido” para el

conocimiento de las mismas, se encuentra regulado por el Art. 374 del Código de Procedimiento Civil que dice:

"... Art. 374.- (MEDIOS LEGALES DE PRUEBA). Son **medios legales de prueba**: 1) Los documentos. 2) La confesión. 3) La inspección judicial. 4) peritaje. 5) La testificación. 6) La presunciones..."

Es importante notar por su relevancia, que en ninguno de los incisos se hace cita de un medio de prueba como "la opinión del juzgador", ó "las definiciones o criterio personal del juzgador" ó la opinión y conclusiones personales del juzgador" ó a "lo que diga el diccionario". En todos los casos dichas opiniones del juzgador o los criterios u opiniones personales, no pueden basarse en nada que no sea uno de los medios de prueba establecidos por la ley o en la misma ley.

En cuanto a las "**presunciones**", la autoridad, en apego a la norma constitucional, está obligada a presumir la inocencia del procesado o la diligencia del mismo, mientras no pueda probar su culpabilidad, no siendo suficiente el criterio unilateral del juzgador por muy bien intencionado que esté.

El Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003 que contiene las normas especiales para el desarrollo de los procedimientos administrativos en el ámbito de la regulación financiera dice en su Art. 29 lo siguiente:

"... Artículo 29.- (Prueba). I. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer **la producción de pruebas** admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean **conducentes para la toma de sus decisiones** ...""...II. La providencia que ordene la producción de **las pruebas será expresa**..."... III. **Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad**..."

Se verá que ésta norma, reitera una vez más y en forma muy consistente con las normas superiores el principio de "producción" y la necesidad de que las pruebas sean las "admisibles en derecho". Remarca además la necesidad de que la producción de las pruebas sea expresa y asienta el principio de que la valoración solo puede recaer sobre las pruebas y no sobre los criterios unilaterales de la autoridad reguladora o sobre sus propias opiniones personales y subjetivas.

Dentro del procedimiento sancionador, uno de los pilares esenciales es la aplicación de principios enumerados en el Art. 71 de la LPA que dice lo siguiente:

"... ARTICULO 71°.- (**Principios Sancionadores**).- Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, **presunción de inocencia**, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad..."

Es claro que el procedimiento sancionador no puede hacer abstracción de la presunción de inocencia asumiendo que una imputación de cargos, es decir una atribución de conductas sancionables, realmente debe entender como una

presunción de culpabilidad. Tampoco puede pretender, con ésta base en la “imputación de cargos”, que la carga de la prueba sea trasladada completamente y exclusivamente al procesado quien deba “probar su inocencia”.

Este principio legal ha dado lugar al principio constitucional sentado en el Art. 116 de la Constitución Política del Estado que dice lo siguiente:

“... Artículo 116. I. Toda persona **será protegida** oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones...”

Por último el propio Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas en el sector de Seguros contenido en la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS N° 602, de 24 octubre de 2003, dice en sus Arts. 2 y 8 lo siguiente:

“... Artículo 2.- (Principios) A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptan los siguientes principios: a) **Debido Proceso:** Es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer **y producir pruebas** pertinentes, presentar alegatos, **obtener resoluciones fundamentadas** e interponer recursos....”

“... Artículo 8.- (Alcance de la Sanción) La imposición de una sanción tiene como finalidad sancionar la conducta que genera el incumplimiento de una normativa legal y vigente, ésta será **impuesta previo proceso** administrativo sancionatorio, que se desarrolle en sujeción al **principio del debido proceso...**”

El hecho es, señor director, que en nuestro sistema legal la inocencia se presume y lo que debe probarse es la culpabilidad, lo que significa que carga de la prueba no está invertida como reiteradamente lo sostiene su autoridad, de modo que el potencial sancionado deba probar que nada menos que no es culpable.

La norma especial precitada, contenida en el tantas veces citado Art. 18 del Reglamento de Sanciones establece la presunción legal por la cual se debe considerar que el regulado actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario.

En violación de ésta máxima, su digna autoridad en la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012**, dice lo siguiente:

“...Como consecuencia de sucesivas comunicaciones intercambiadas entre la autoridad reguladora y la compañía, se llega a la conclusión presuntiva de que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S. A.** no ha demostrado que en el proceso de cambio del Plan de Vida Entera a Vida Flexible, hubiera cumplido con la normativa pertinente. Esto es, el artículo 14.a) de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: **“PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS: ... a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...”**”

Su autoridad con ésta afirmación no toma en cuenta que quien debe demostrar la culpabilidad o la ausencia de inocencia, es su respetable autoridad y no a la inversa,

como pretende su autoridad.

Las afirmaciones de su autoridad en el citado acto administrativo, continúan con la misma lógica de presunción de culpabilidad al decir:

“...La aseguradora no ha presentado a esta APS documentos que demuestren haber prestado a María Elena Duran Ramos, el asesoramiento exacto, suficiente, diligente y que no le induzca a error....”

Vea usted que una vez más, su autoridad actuó en violación frontal del principio de presunción de inocencia y presunción de actuación con especial diligencia en todo momento que cubre a los regulados, salvo prueba en contrario, como lo establece expresamente la norma.

No existe norma en nuestro sistema legal positivo, al menos de rango superior al constitucional, que permita a su autoridad asumir aunque fuera “presuntivamente” que una persona es culpable sin que exista pruebas para dicha afirmación, mucho menos si dichas meras presunciones de culpabilidad serán la base de una futura imposición de una pena traducida en una sanción pecuniaria.

Luego de tejidos éstos intrincados silogismos carentes de sustento claro y textual en la norma positiva, su autoridad emite su juicio de valor al decir:

“... ha proporcionado ...” “... a María Elena Durán Ramos un **asesoramiento inexacto, deficiente y negligente** en el proceso de cambio de Plan de Vida Entera a Vida Flexible, **incurriendo en la prohibición** contemplada en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 “ de 25 de junio de 1998 que establece: **“PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS:...** a) Publicitar y información inexacta o **falsa que induzca a error** sobre la situación la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos... *

Surgen una batería de interrogantes inevitables en éste punto del análisis que entre muchas son, cuál es el “benckmark” (sic) que usa su autoridad para realizar una afirmación tan categórica? ¿Cuáles son las pruebas en las que se apoyó la autoridad para desechar la presunción de inocencia, que no fueran su propia opinión? que se considera inexacto o si se debe presumir que la información fue inexacta salvo que se presume que se otorgó la información exacta? Cuando se habla de “exacto” se refiere acaso la norma al concepto matemático de exacto que no admite debate? No se refiere acaso a un concepto más integral que debe merecer de una probanza idónea? Cuando se considera “deficiente” una información o igualmente se la debe presumir “inexacta” esperando que el potencial sancionado pruebe su inocencia, es decir que no es inexacta? Como se pudo probar la negligencia o acaso también es posible presumir la misma? Como se indujo a error? Acaso la falsedad de presume en nuestro sistema legal? Acaso la inducción o maquinaciones y artificios no son una conducta positiva que debe probarse? No es acaso muy importante el análisis casuístico y exhaustivo cuando el resultad pueda ser nada menos que la penalización o canción de una persona luego de haber destruido la pared de presunción de inocencia que le protege? Es lo mismo otorgar un mismo paquete de

“información” a dos personas con niveles educativos distintos? No será para una de ellas dicha información muy completa en tanto que para la otra podrá ser totalmente incompleta? Es acaso el nivel de educación de las personas el idéntico? Acaso el nivel de comprensión de las ideas de todas las personas el mismo? Es la curva de procesamiento de información igual en todas las personas?

Se verá que pretender sostener “a priori” e “in limine” que algo es o fue impreciso, incompleto, inexacto, falso o inoportuno, hace necesaria la consideración de varios hechos que solamente luego de probados generaran efectos en el ámbito del derecho. Estos hechos obviamente no son opiniones personales o premisas de fuente unilateral de la autoridad por muy respetable que sea. Se debe tratar de afirmaciones positivas y verdades históricas sólidas obtenidas y extraídas de hechos probados durante el proceso que desencadenará la sanción.

En contra de todo lo anterior, su autoridad, en la propia norma que fue inicialmente impugnada (hablamos de la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012**) sustenta su posición solamente en su propio respetable criterio y en su propia opinión (cual si fuera una fuente de Derecho), sin base alguna en ninguna fuente de Derecho Positivo Boliviano, y en una cita que a pesar de los grave de sus afirmaciones carece en lo absoluto de referencia alguna, al decir:

“... Que respecto de esta afirmación conviene discernir respecto de lo que se entiende **por “oportunidad”** y por el término **“exacto o exacta”**. En cuanto al significado de la voz **“oportunidad”** tal alude a un hecho o circunstancia que se da en un momento adecuado para hacerlo, de manera que implique conveniencia de tiempo y lugar. En otras y pocas palabras: momento propicio para hacer y/o decir algo. Ergo, si hacemos o decimos algo en momento inadecuado con inconveniencia de tiempo y lugar, lo dicho y hecho será **“inoportuno”** no surtiendo los efectos que se pretende, ocurran.

Que en cuanto al término **“exacto o exacta”** entenderemos como aquello que se **“adecúa o se ajusta completamente a algo”**, o para matizar con un rasgo subjetivo, diremos que es algo con lo que se está completamente de acuerdo. También este término es sinónimo de **“verdad”** cuando se utiliza la palabra para decir que algo es exactamente cierto o que lo que otra persona dijo es exacto pues respeta la verdad...”

Pero además su autoridad dice lo siguiente:

“... Que esta APS tiene la **suficiente idoneidad profesional** y capacidad de juicio para elaborar sus resoluciones sobre la base de hechos confrontados con las normas que les sean atinentes, y no incurrir en **candorosos apoyos “probatorios”** consistentes en opiniones subjetivas o definiciones de vocabulario...”

No existe fuente normativa en nuestro sistema legal positivo que haga que su siempre respetable opinión pueda servir de base, en algo tan grave como la eventual imposición de una pena o sanción pecuniaria sobre una persona, pasando por alto la regla por la cual dicha presunción solo puede desecharse con el apoyo en pruebas producidas de acuerdo a lo dispuesto en nuestro sistema legal.

En síntesis, nuestra sociedad si presentó pruebas documentales de haber asesorado con precisión, exactitud y oportunidad en pleno cumplimiento de la norma. Su digna autoridad no presentó prueba alguna que demuestre que nuestro actuar no fue especialmente diligente en todo momento, como lo dispone la norma positiva (la escrita).

El hecho final y definitivo es que su autoridad aplicó a nuestra sociedad un procedimiento sancionatorio sin tomar en cuenta el hecho de que su autoridad estaba en la obligación de aplicar la norma superior antes que cualquier norma inferior presumiendo la inocencia de un proceso y no su culpabilidad.

Su autoridad no pudo haber actuado en el procedimiento que nos ocupa presumiendo nuestra culpabilidad trasladando la carga de la prueba en una suerte de “inversión de la prueba”.

No existe atribución alguna, en nuestro derecho positivo, como la citada “Discrecionalidad Reglada” esgrimida por su autoridad, que le permita pasar por alto principios constitucionales de la presunción de inocencia y Debido Proceso para imponer una sanción a una persona.

La fundamentación de las decisiones de la autoridad con poder para imponer una pena como es una sanción pecuniaria, solo puede provenir de un procedimiento de sustanciación llevado a cabo bajo un proceso que esencialmente hubiera sido desarrollado en presunción de la inocencia del procesado.

En todo el texto de la resolución impugnada su autoridad no solo deja de lado la presunción legal de inocencia y diligencia de la que nuestra sociedad es titular por mérito de la norma. Su autoridad también viola todos los principios del debido sustento de su afirmación de culpabilidad en pruebas admisibles en derecho, limitándose a basar su sanción en su propia opinión y en nuestras propias declaraciones, lo que está en contra de todo estado de derecho como el nuestro.

En otras palabras, su autoridad se basa nada menos que en su propia definición y entendimiento de lo dispuesto por la norma y sin prueba alguna, para imponer una sanción sobre nuestra sociedad, sin presentar ni compulsar en lo absoluto prueba alguna basada en derecho positivo que sustente sus afirmaciones, como lo exige nuestro sistema legal que no presume la culpabilidad sino la inocencia de las personas objeto de juzgamiento.

El agravante de todo éste actuar ilegal, está en la negativa expresa de su autoridad para que nuestra compañía entregue información adicional a nuestros usuarios que deciden en cambio de plan, como expresamente lo habíamos pedido, agravando el alto grado de subjetividad y relatividad de los conceptos de “imprecisión” “inoportunidad” e “inexactitud” que su autoridad presume en nuestro actuar, sin pruebas para dichas afirmaciones con base en el derecho positivo boliviano.

II- PETITORIO

*En base a lo anterior, y en apego al Art. 66 de la LPA, interponemos recurso Jerárquico en contra de la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 13-2013 DE 9 DE ENERO DE 2013 (“RA 13”)**, invocando la nulidad de todo lo actuado por no*

haberse sujetado al procedimiento legalmente establecido en el derecho positivo boliviano.

En ese sentido, pedimos se sirva remitir el expediente del exordio a consideración del superior en grado, quien con seguridad anulara todo lo obrado hasta el inicio mismo del legal procedimiento sancionador del exordio la RA 965 y lo dispuesto por su autoridad....”

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Que, en fecha 13 de abril de 2012, el Sr. Oscar Arze Ortiz y la Sra. Annelice Zavala de Arze presentaron reclamo ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros contra Nacional Vida Seguros de Personas S.A., en sentido de que éstos habrían recibido información incompleta y hubieran sido presionados para migrar del Seguro de Vida N° NAVI-VM-533/LP/00 al nuevo Plan de Vida Flexible Premium N° POL-VF-LP-00201946-2011-00, con el argumento de que dicho plan desaparecería .

Precisan a su vez que la actual póliza de Vida Flexible Premium: “... El valor rescate es simplemente sumado al total de la póliza y no así que sufre un crecimiento y muchos aspectos que no fueron aclarados en su momento y que alteren totalmente nuestra inversión...”

En fecha 15 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, atendiendo el reclamo y luego de las diligencias preliminares, y consiguiente notificación de cargos, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 889-2012 resolvió sancionar a Nacional Vida Seguros de Personas S.A., con una multa en Bolivianos equivalente a 80.001 UFV's (Ochenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por contravención al inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, que establece como una prohibición a las Entidades Aseguradoras publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos.

Que, en fecha 11 de diciembre de 2012, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012, mismo que fue resuelto por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 13-2013 de 9 de

enero de 2013, que confirma parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012, modificando el monto de la sanción a Treinta y Nueve Mil Ciento Ochenta y Seis 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (39.186 UFV's) en razón a que no se habría podido demostrar la existencia de daño.

Que en fecha 28 de enero de 2013, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 13 2013 de 9 de enero de 2013, argumentando que i. se le hubiera vulnerado el debido proceso y principio de inocencia dentro del procedimiento sancionador, ii. qué se estaría aplicando retroactivamente la norma y iii. finalmente que se hubiera vulnerado el principio de proporcionalidad al determinar una sanción pecuniaria.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto a la irretroactividad de la norma.-

Que, respecto a la irretroactividad de la norma, argumentada por la entidad aseguradora, importa señalar:

*“...Siendo pertinente recordar que, el artículo 63º, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) establece que “La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente...”, se deja constancia que, a diferencia de lo expresado en oportunidad de la audiencia de exposición oral de fundamentos de 5 de abril de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** no ha alegado, en oportunidad de su Recurso Jerárquico, infracción alguna al principio de irretroactividad de la norma, y que tenga que ver con determinadas definiciones conceptuales, contenidas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 895/2012 de 15 de noviembre de 2012, en lo pertinente, a continuación transcrita:*

*“...Que respecto de esta afirmación conviene discernir respecto de lo que se entiende por **“oportunidad”** y por el término **“exacto o exacta”**. Vayamos por partes; en cuanto al significado de la voz **“oportunidad”**, tal alude a un hecho o circunstancia que se da en un momento adecuado para hacerlo, de manera que implique conveniencia de tiempo y lugar. En otras y pocas palabras: momento propicio para hacer y/o decir algo. Ergo, si hacemos o decimos algo en momento inadecuado con inconveniencia de tiempo y lugar, lo hecho y dicho será **“inoportuno”**, no surtiendo los efectos que se pretende, ocurran.*

*Que en cuanto al término **“exacto o exacta”**, entenderemos como aquello que se “adecúa o se ajusta completamente a algo”, o para matizar con un rasgo subjetivo, diremos que es algo con lo que se está completamente de acuerdo. También este término es sinónimo de “verdad” cuando se **utiliza la palabra para decir que algo es exactamente cierto o que lo que otra persona dijo es exacto pues respeta la verdad.***

Que en el ámbito de la aplicación de las normas legales positivas, los términos

“oportunidad” y **“exacto o exacta”** adquieren capital importancia, ya que las normas se las cumplen en un determinado momento y lugar y no antes o después. Este uso racional de los hechos o los dichos corresponden congruentemente con lo entendido por **“exacto”** ya que si lo dicho o hecho es oportuno, será entonces verdadero porque corresponde en momento, lugar y a la veracidad del fenómeno.

Que esta disquisición es imprescindible para valorar el argumento de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** en sentido de que las quejas de su asegurada Ericka Lourdes Arias Gonzáles, son prueba de que sí orientó, proporcionó información exacta y oportuna a propósito del cambio de plan de seguro. Cuando la Ley prescribe supuestos hipotéticos como futuras subsunciones a la misma, es que está señalando que ciertos hechos deben ser efectuados o llevados a cabo **antes de** y no **después de**. En el caso que nos ocupa, no es de recibo pretender justificar que Ericka Lourdes Arias Gonzáles, fue informada verazmente para el cambio de plan de seguro de Vida Entera a Vida Flexible argumentando que el hecho de que la asegurada hubiera expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses es muestra que recibió una explicación completa y suficiente...”

En el entender de la recurrente, la exposición supra transcrita de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895-2012 de 15 de noviembre de 2012, viene a importar una nueva regulación de lo que debe entenderse por **“oportunidad”** y **“exacto o exacta”**, por tanto, por simple aplicación del principio de irretroactividad -Art. 123º (“La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo”), Const. Pol. del Estado- sus efectos no pueden retrotraerse a hechos anteriores a esa data, como los que hacen a la nota de cargos APS/DJ/DS/8043/2012 de 16 de octubre de 2012, notificó a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** con los siguientes cargos.

Entonces, lo que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** aqueja, es que al haberse implementado recién, por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895-2012, las definiciones de **“oportunidad”** y **“exacto o exacta”**, no puede esa misma Resolución Administrativa sancionarla por incumplimiento a las mismas, conforme ha sucedido.

No obstante, se debe recordar que es deber del Ente Regulador, en la fase posterior a la notificación de cargos, proceder **“al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicando el principio de sana crítica y valoración razonada de la prueba”** (Art. 67º, Par. II, Reglamento aprobado por D.S. Nº 27175), para con ello pronunciar la Resolución respectiva (ídem, Art. 68º, Par. I).

En tal sentido, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895 de 15 de noviembre de 2012, lejos de imponer una norma regulatoria referida al extremo, lo que ha hecho es dejar constancia del análisis de los descargos presentados por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, y referidos en concreto a que:

*“...Quisiéramos reiterar, de manera muy respetuosa, que el hecho de que nuestra asegurada hubiera expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses, **es una muestra** de que dicha asegurada recibió una explicación completa y suficiente, que le sirvió para tomar una decisión con base en su propio interés...” (Nota NAVI-GR-673-2012 de fecha 30 de octubre de 2012; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Con respecto a lo mismo y en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 895-2012, previo a desarrollar su análisis al agravio expresado, la Autoridad recurrida ha dicho que “conviene discernir respecto de lo que se entiende por **“oportunidad”** y por el término **“exacto o exacta”**...”, es decir, ha señalado los alcances conceptuales sobre los que va a desarrollar sus argumentos, sin que lo mismo importe (bajo ninguna circunstancia), estar implementando una nueva regulación sobre tales extremos.

Asimismo, en la ulterior APS/DJ/DS/Nº 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, la Autoridad recurrida ha señalado que:

“...Que en este contexto, argumentar que una prueba de haberse cumplido con la norma que regula el cambio de plan de seguro, era la queja de los clientes involucrados así como su predisposición a entrar en análisis de los aspectos controvertidos, hacía menester que el ente regulador sustente la posición de que las normas se las cumple en los momentos que ellas indican y no antes o después. Esta explicación deja en evidencia que la ahora recurrente, deliberadamente o no, pretende descontextualizar el uso y los propósitos de aclaración de términos que constan en la resolución impugnada...”

Queda de ello claro, que no existe en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 895-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, intención de implementar regulación alguna, y que en la actividad que le ha correspondido al Ente Regulador, la sanción impuesta mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 15-2013 de fecha 9 de enero de 2013, corresponde a la infracción del artículo 14º, inciso 'a', de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), como lo ha señalado la nota de cargos APS/DJ/DS/8043/2012 de 16 de octubre de 2012, determinando sea infundado el agravio expresado en este sentido.

Congruentemente con lo desarrollado, se tiene que, en ningún caso las precisiones o conceptualizaciones que hace la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se pueden entender como una regulación adicional.

2.2. En cuanto a la valoración de la prueba y el principio de verdad material.-

La recurrente señala que el Ente Regulador en ningún caso habría demostrado que Nacional Vida Seguros de Personas S.A., hubiera cometido la infracción respecto a la imputación dada.

Que previo al análisis de dicho argumento, corresponde traer a colación lo señalado por el Ente Regulador en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012:

*“...Que en efecto la prohibición contenida en el inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883, de 25 de junio de 1998, es para evitar incurrir en contravenciones **antes de** y no **después de**, como ingenuamente **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** interpreta.*

Que por otro lado, debe dejarse claramente establecido que los cargos imputados se refieren al incumplimiento de normas atinentes a las prohibiciones en ocasión de cambios de plan de seguro, contenidas en la Ley de Seguros y disposiciones inscritas en las propias pólizas, por lo que limitarse a decir que se “proporcionó” información verbal y escrita que fue requerida por los asegurados sin sustentar documentalmente (más allá de la declaración unilateral y subjetiva de la compañía) no enerva ni desvirtúa los cargos contra la Aseguradora.

Que en adición y revisando la documentación cursante en el expediente y la propia carta de descargos de la Compañía no constituyen, objetivamente, descargos a las imputaciones que acrediten hechos materiales de una asesoría completa, exacta y veraz para proceder al cambio; v.gr. una explicación pormenorizada del incremento del monto de las primas correspondientes.

...Que de acuerdo a lo transcrito en lo que a las alegaciones de descargo se refiere, su contenido no hace más que confirmar los cargos imputados, como se ha podido verificar en el análisis que desarrolla la presente Resolución Administrativa.

...Que de todo lo expuesto se determina con meridiana claridad que la compañía no otorgó a Oscar Arze Ortíz y Annelice Zabala de Arze un asesoramiento veraz y oportuno en el cambio de plan de Vida Entera a Vida Flexible, incurriendo dicha conducta en la previsión contenida en el inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros que prescribe como prohibición a las entidades aseguradoras: “Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos (...)”

Al respecto y del análisis de la Entidad Fiscalizadora, así como de la documentación adjunta al expediente, se puede evidenciar lo siguiente:

Que, los criterios existentes emitidos por el Ente Regulador resultan limitados a lo establecido en oportunidad de la Resolución sancionatoria, misma de la que se evidencia, ha omitido realizar una valoración jurídica y que, como tal, garantiza la efectiva realización de los derechos que les asisten, tanto a la ahora recurrente como a la reclamante.

De ello resulta que el Ente Regulador, concluye en sancionar a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, a simple afirmación de la reclamante, sin haber realizado la constatación que al respecto le exige el artículo 4º, inciso d), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo.

En tal sentido, si bien la recurrida ha cumplido el procedimiento exigible a este respecto, en

contrapartida no puede pretender que la simple ocurrencia de ello importe existan suficientes medios de convicción, que le permitan a la Administración, determinar concluyente e inequívocamente, en la efectiva ocurrencia de la responsabilidad que ha sido imputado a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** en la nota de cargos.

Lo contrario importa que el Ente regulador ha fundado su convicción en indicios, presunciones y hasta juicios de valor, de los que no se descarta su validez y trascendencia jurídica, empero los que per se no constituyen prueba concluyente en base a la cual se pueda desarrollar proceso sancionatorio alguno.

Dicho esto y al ser vital dentro del examen de legalidad, la verificación del cumplimiento del principio de motivación en el acto impugnado, y habiendo realizado el análisis correspondiente conforme se apreció precedentemente se llega a la conclusión de que el Ente Regulador no ha hecho una correcta valoración de la prueba vulnerándose el artículo 29º, parágrafo III, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado a través de Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que *“Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de sana crítica”*.

Que respecto a la valoración de la prueba William Duran Rivera en su libro Principios, Derecho y Garantías Constitucionales refiere “...el derecho procesal contemporáneo no otorga al juez la libre apreciación de la prueba sino que está obligado a aplicar, a tiempo de valorar la prueba, las reglas de la sana crítica: de lo que se establece el deber jurídico del juez de valorar la prueba de manera objetiva y racionalmente fundamentada. Conforme a esto el juez tiene la obligación de justificar las razones por las que se asigna tal o cual valor a la prueba. En consecuencia no le está permitido el otorgar a una prueba el valor del que razonablemente carece, ni tampoco negarle el que razonablemente tiene...”

Que todos estos aspectos denotan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha incumplido lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo que señala:

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

De lo precedentemente citado, tenemos que, el proceso debe anularse debido a que el mismo no goza de la debida fundamentación y motivación, por lo que, el Ente Regulador, deberá hacer una nueva valoración de la prueba y determinar cuáles fueron los elementos en los que se basa para determinar que la recurrente no hubiera proporcionado la información de manera verbal a los Sres. Oscar Arze Ortiz y Annelice Zavala de Arze.

2.3. En cuanto a la determinación de la sanción.-

La recurrente, señala que de manera discrecional el Ente Regulador habría sancionado pecuniariamente a la Aseguradora pese a que no se hubiera demostrado su culpabilidad.

En el caso de autos, la Autoridad Reguladora ha establecido el incumplimiento del artículo 14 inc. a) de la Ley de Seguros, por lo que, conforme la normativa sancionatoria de la materia, se ha aplicado el Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, emitido a través de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que en su artículo 16 parágrafos I inc. d), determina lo siguiente:

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

2... Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia al Estado o al público “

De la norma transcrita, tenemos que del citado y transcrito artículo 16 parágrafo I del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, el órgano regulador tiene la facultad de sancionar con multa o con amonestación cuando detecta una infracción calificada como leve.

Esta competencia, evidencia la facultad discrecional con la cual se encuentra investido el Órgano Fiscalizador, facultad por la que gradúa y determina el monto de la sanción, claro ésta última deberá estar dentro de los límites establecidos en la norma.

La discrecionalidad, debe entenderse como *“...un margen de apreciación conferido normativamente a la actuación administrativa, como una posibilidad de elección doblemente juridizada: primero, en tanto toda potestad, incluso la discrecional, presupone la existencia de la norma atributiva y, segundo en cuanto el propio despliegue de la potestad discrecional debe sujetarse a los límites jurídicos impuestos por el ordenamiento jurídico...”* (Comadira, citado en *Principios de Derecho Administrativo*, publicación del Ministerio de Economía y Fianzas Públicas).

Importa precisar que: *“...La facultad discrecional concede en cambio, un margen de libertad a la Administración en su actuar, otorgándole diferentes opciones, igual de justas, para tomar una determinación administrativa. Se debe precisar que esta facultad discrecional no es extra legal, pues, como bien lo anota el tratadista García de Enterría, “**no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto**”, encontrándose la misma sujeta al control de legalidad...”* (*Principios de Derecho Administrativo*, publicación del Ministerio de Economía y Fianzas Públicas).”

En este contexto, se tiene que, ésta instancia jerárquica solo tiene competencia para realizar el control de legalidad, es decir que los actos y fundamentos en los que se basa la instancia inferior se encuentren en el marco del cumplimiento de la norma y el debido proceso, pero no puede éste Ministerio determinar si la sanción debería ser mayor o menor, ya que ésta es una facultad discrecional del Ente Regulador.

Sin embargo el Ente Regulador al momento de imponer una sanción deberá valorar toda la documentación, conforme ya se dijo en el punto 2.2.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concluye que la Entidad Fiscalizadora no ha cumplido con el principio del debido proceso ni con el principio de motivación y fundamentación en cuanto a la valoración de la prueba

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

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al no haberse fundamentado y motivado el acto impugnado

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

PORTANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 889-2012 de 15 de noviembre de 2012, **inclusive**, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº04-2013 DE 07 DE ENERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°033/2013 DE 11 DE JUNIO DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 033/2013

La Paz, 11 de Junio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 04-2013 de 7 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 032/2013 de 07 de mayo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 070/2013 de 16 de mayo de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 29 de enero de 2013, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., representada legalmente por su Gerente General Lic. Alvaro Toledo Peñaranda tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 251/200, de 28 de septiembre de 2009, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 100, a cargo de la Dra. Margarita Suarez Arana Ribera, del

Distrito Judicial de Santa Cruz, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/ DJ/DS/N° 04-2013 de 7 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011.

Que, en fecha 31 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., contra la Resolución Administrativa APS/ DJ/DS/N° 04-2013 de 7 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 5 de febrero de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., mismo que fue notificado el 13 de febrero de 2013.

Que, el 18 de marzo de 2013, a horas 10:30, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de Nacional Vida Seguros de Personas S.A.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 072/2012 DE 6 DE DICIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 072/2012 de 6 de diciembre de 2012, se resolvió lo siguiente:

“...ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 678-2012 de 29 de agosto de 2012, **inclusive**, que en Recurso de Revocatoria desestimó el Recurso presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, **al evidenciarse la existencia de interés legítimo de NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. para interponer Recurso de Revocatoria**, debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se exhorta a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros a través de su Director Ejecutivo, a dar cumplimiento al procedimiento administrativo en estricto apego a la normativa vigente, evitando dilaciones innecesarias como la que ocurrió en el caso de autos.”

Los fundamentos más importantes, esgrimidos en la Resolución Ministerial Jerárquica, son:

“...Previo al análisis de control de legalidad del caso de autos, importa hacer hincapié que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, a través de la Resolución Ministerial

Jerárquica **MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 036/2012**, de 12 de junio de 2012, se ha pronunciado sobre:

- a) La procedencia del presente Recurso al existir derechos subjetivos e intereses legítimos de la recurrente.
- b) La obligación del Ente Regulador de pronunciarse en cuanto a los argumentos presentados por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., en su Recurso de Revocatoria.

Sin embargo, la **Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros**, de manera **preocupante y sin tomar en cuenta lo ya determinado por esta autoridad**, desestima nuevamente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., con los mismos argumentos de su resolución que fue anulada en fecha anterior.

Por lo que es menester precisar, al Ente Regulador, que las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas no son meramente enunciativas, sino que las mismas son de cumplimiento obligatorio y son vinculantes para la autoridad inferior, al momento de emitir una nueva resolución, más aún cuando, en el presente caso, ya se ha hecho el correspondiente control de legalidad del proceso y se ha determinado la anulabilidad del mismo.

2.1. Referente a la Procedencia del Recurso de Revocatoria.-

Pese a que los mismos ya fueron objeto de análisis por parte de esta Autoridad, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 036/2012, de 12 de junio de 2012, corresponde referirnos en sentido de que la Ley de Procedimiento Administrativo, en su Artículo 56, en cuanto a la procedencia de los Recursos Administrativos, señala:

“...contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente siempre que dichos actos administrativos a **criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos**. II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa...”

Que, Agustín Gordillo expresa, a su vez, que los recursos administrativos serían **los remedios o medios de protección del individuo para impugnar los actos -lato sensu- y hechos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración**. (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Que, en este sentido, tenemos que el Recurso de Revocatoria presentado por la recurrente contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011, es el medio de defensa para impugnar los actos de la administración que a criterio de este afecten sus derechos o intereses legítimos.

Que, en el presente caso, **Nacional Vida Seguros de Personas S.A.**, referiría en su Recurso, de Revocatoria y Jerárquico, que la Resolución Administrativa

APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011, de 17 de noviembre de 2011, vulneraría sus derechos al pretender obligarle a utilizar **el anexo de cambio de plan y/o producto para seguros de vida de corto o largo plazo**, mismo que, **a decir de la recurrente, tendría varias deficiencias que podrían dar lugar a distorsiones en el mercado que sin duda representan desventajas y perjuicios para los actuales y potenciales usuarios, así como usaría** un lenguaje muy técnico que al momento de ser ofrecido a sus clientes y podría ocasionar confusión por parte del tomador del seguro, hecho que claramente afectaría al recurrente al no poder colocar este tipo de seguros al mercado, por lo que, la recurrente, solicita que el mismo sea modificado debiendo entre otros considerar para ello:

- Que el Anexo, en forma indirecta, usaría un sistema técnico normativo que en derecho se denomina de *númerus clausus*, que ésta alusión expresaría una limitación a la información, hecho que nunca debería ser limitado, sino, por el contrario, se debería permitir brindar al consumidor de seguros información clara comprensible e indubitable.
- Que a su vez, dentro del anexo, se deberían introducir acápite que al menos incluyan las ventajas que el usuario obtendrá con el producto de cambio de planes, como ser: características nuevas del producto, beneficios adicionales que brinda el nuevo producto, prima flexible, participación en los rendimientos financieros con el operador, entre otros.
- Que el estar obligados a utilizar un listado cerrado, utilizando además conceptos muy técnicos, no permitiría poder proporcionar mayor información que, en su momento, pueda ser considerada importante para el interés del asegurado.

Lo expuesto tiende a demostrar que la **recurrente, en el caso de autos, cumplió con demostrar** ser la agraviada directa por la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011, de 17 de noviembre de 2011, más aún, si consideramos lo referido por ésta en sentido de que, a nivel Bolivia, sería es la empresa aseguradora que se encontraría comercializando nuevos productos de seguro de vida individual.

Por lo que al haber declarado improcedente el Recurso de Revocatoria, interpuesto por Nacional Vida Seguros S.A., contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, en sentido de que ésta no hubiera expresado un interés subjetivo, ni un interés legítimo, ha dado lugar a que el procedimiento administrativo se encuentre viciado con las causales de anulabilidad, al haberse vulnerado el derecho a la defensa, debido proceso y seguridad jurídica, de la recurrente.

Por lo que corresponde, nuevamente, traer a colación, lo ya determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido proceso, donde tenemos que:

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

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

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

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

“...En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in ídem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: “En opinión de esta Corte, para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al

efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (...) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

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

Congruentemente con lo anotado, se ha constatado que al haber declarado la improcedencia del Recurso de Revocatoria presentado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., el Ente Regulador ha privado al regulado de poder defenderse dentro del marco del debido proceso, correspondiendo, por ende, anular el presente proceso, debiendo, en consecuencia, la autoridad fiscalizadora, pronunciarse de manera fundamentada y motivada sobre cada uno de los aspectos técnicos y legales expuestos por Nacional Vida Seguros S.A., al Anexo para los cambios de Plan de Productos de Vida a Corto o Largo Plazo.

2.2. En cuanto a la abstracción del procedimiento establecido por parte de la APS.-

La recurrente señala que, en el presente caso, existiría silencio administrativo debido a que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, habría emitido la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 678-2012 de 29 de agosto de 2012, fuera del plazo legalmente establecido para ello.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros a través de Auto de fecha 17 de julio de 2012, dispuso:

“Artículo Segundo.- Asimismo y a fin de compatibilizar la reunión solicitada por aquella compañía con lo dispuesto en la normativa vigente respecto de plazos de obligatorio cumplimiento, en **aplicación del Principio de Autotutela** consagrado en el artículo 4 b) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 concordante con el artículo 55 III de dicha norma sustantiva, **se dispone la suspensión del término del plazo de emisión de la Resolución Administrativa que resuelve el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011** interpuesto por NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., hasta el día 8 de agosto de 2012...”(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Al respecto de lo dispuesto por el Ente Regulador, se tiene que, esta Autoridad se encuentra sorprendida ante la **discrecionalidad y uso incorrecto de los principios**

administrativos, dentro de los procedimientos administrativos, ya que de ninguna manera la Autoridad Reguladora puede abstraerse del procedimiento establecido y disponer suspensión de los términos de plazo para la emisión de las Resoluciones Administrativas y menos aún por el Principio de Autotutela.

Que, en cuanto al procedimiento legalmente establecido, tenemos que el Artículo 65 de la Ley del Procedimiento Administrativo, señala:

“..El órgano autor de la resolución recurrida tendrá para sustanciar y resolver el recurso de revocatoria un **plazo de veinte (20) días**, salvo lo expresamente determinado de acuerdo a reglamentación especial establecida para cada sistema de organización administrativa...”

Que, de igual forma, el artículo 32 del Decreto Supremo N° 27175, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, refiere:

“(Plazos) Los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden **como máximos y obligatorios**, tanto para los **órganos de regulación** como para los sujetos regulados y personas interesadas...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En cuanto a la aplicación del Principio de Autotutela

Christian Guzmán Napurí, en su libro *la Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General*, señala que el principio de Autotutela “... consiste en la capacidad de la Administración Pública de efectuar la protección de sus intereses sin necesidad de recurrir al Poder Judicial ni al órgano estatal alguno. La Administración está capacitada entonces para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas...”

De lo referido, se tiene que, el principio de autotutela, establecido en el artículo 4 inc. b) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, y la aplicación de éste se encuentra en que la administración **no está obligada a acudir a la vía jurisdiccional para que sus actos gocen de ejecutoriedad y de exigibilidad ya que la misma puede ejecutar sus propios actos.**

De lo transcrito, queda claro que el Ente Regulador no puede suspender los plazos de emisión, en este caso, de la Resolución Administrativa que resuelve el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, aplicando el principio de autotutela, debido a que el mismo tiene connotaciones diferentes a las que plantea el Ente Fiscalizador.

Sin contradecir con lo ya referido líneas arriba, tenemos que, si bien, existen casos excepcionales en los que la Administración puede dar lugar a que los plazos sean extendidos, cual ocurre con la apertura de nuevos términos de prueba y ello responde a la aplicación del principio de verdad material, al constituirse en una exigencia a la Administración de conocer la verdad de los hechos. O en su caso la suspensión excepcional cual se da por la extinción de una Entidad Pública, sin embargo, cual fuere la razón, la misma es excepcional y debe encontrarse debidamente

fundamentada y motivada y no puede bajo ningún concepto menos legal, responder a la arbitrariedad de la Autoridad, como ocurrió en el caso de autos.

Que, el hecho de que, el Ente Regulador suspenda los plazos sin haber motivado su decisión y aplique principios de manera discrecional y sin respaldo legal que justifique decisión, ha hecho que éste nuevamente vulnere los derechos de la recurrente, hecho que, a su vez, ha dado lugar a que su regulado crea que el acto administrativo emitido ha derivado de la arbitrariedad de la autoridad.

2.3. Referente a las incongruencias de la Autoridad Fiscalizadora.-

Conforme se evidencia del expediente administrativo, la Autoridad Fiscalizadora, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 678-2012 de 29 de agosto de 2012, sin embargo en la parte considerativa de la misma a Fs. 310, 311 y 312, se pronuncia en el fondo sobre **algunos aspectos** técnicos de la resolución impugnada, y ello responde –a decir de la entidad- por lo siguiente:

“...Que a los fines de congruencia y uniformidad en la ratio decidendi de la presente Resolución se aclara que ninguno de los argumentos desarrollados constituyen validación a las omisiones procesales del recurso de revocatoria mismas que son de ineludible cumplimiento. Tampoco se restringe derecho a la petición alguna de NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. ya que si bien esta aseguradora (y así lo reconoce esta APS) tiene todo el derecho de solicitar lo que estime conveniente, de la misma manera, esta entidad fiscalizadora tiene la obligación de responder a su petición de manera fundada y razonada, sin que un eventual rechazo de la pretensión de la recurrente importe negación al derecho de petición...”

De lo referido por la APS, la misma daría entender que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 678-2012 de 29 de agosto de 2012, sería en respuesta a la aseguradora por el derecho a la petición que le asiste, olvidando **así la Entidad Fiscalizadora** que, en el caso de autos, la aseguradora a la que le responde de manera escueta y sin haber hecho el menor análisis técnico **es Regulado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros**, por lo que la obligación de responder a ésta, de manera fundamentada y motivada, a todos los fundamentos técnicos presentados a tiempo de su impugnación contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011, no sólo deviene del derecho de contar con respuesta fundamentada derivada de una petición como asegura la APS, sino de la obligación del Ente Regulador de resolver los Recursos de Revocatoria que le presentan, respondiendo de esta manera al derecho que le asiste a sus regulados de recurrir las Resoluciones emitidas por el Ente Regulador.

Por lo que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al momento de emitir nuevos actos administrativos deberá considerar lo ya expresado por esta autoridad a fin de evitar mayores dilaciones en el proceso, así como en resguardo de los principios de celeridad y economía procesal...”

2. ANTECEDENTES.-

2.1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/JTS N° 425-2011 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2011.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros aprobó el documento para cambio de plan para seguros de vida de corto o largo plazo, resolviendo:

"...PRIMERO.- Aprobar para su correspondiente registro, el "Anexo por cambio de plan para seguros de vida de corto o largo plazo", que forma parte inseparable de la presente resolución.

SEGUNDO.- Instruir a las Entidades de Seguros en la modalidad de Seguros de Personas, registrar el Anexo adherido a la presente resolución, en un plazo máximo de 5 días administrativos a partir de su notificación, para la correspondiente implementación.

TERCERO.- Disponer el uso obligatorio del Anexo registrado a partir de la notificación de la presente Resolución Administrativa, para todo cambio de plan y/o producto de seguro de vida, que solicite el asegurado, tomador del seguro ó gestione la aseguradora, ó bien emerja producto de la caducidad de primas, el cual formara parte integrante de la nueva póliza de seguros a contratar. Todo Anexo que implique cambio de plan y/o producto, deberá llevar la correspondiente firma del asegurado en señal de conformidad.

CUARTO.- Disponer que la no entrega del Anexo a los asegurados y/o la emisión de un Anexo que no corresponda al aprobado mediante la presente resolución, será considerado como falta grave, siendo pasible de sanción según corresponda en la normativa vigente.

QUINTO.- Queda sin efecto cualquier registro contrario a la presente Resolución Administrativa, que se haya efectuado ante la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y/o Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

SEXTO.- Se encomienda el cumplimiento de la presente Resolución Administrativa a la Dirección de Seguros de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros..."

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 7 de diciembre de 2011, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, con los mismos argumentos presentados en su Recurso Jerárquico.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 04-2013 DE 7 ENERO 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 04-2013 de 7 enero 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determinó confirmar la Resolución

Administrativa APS/DJ/JTS/No. 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, debiendo incorporarse al Anexo, por cambio de plan y/o producto para seguros de vida de corto y largo plazo, el glosario de términos técnicos.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP se denominará en adelante Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS y asumirá las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de seguros de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene como misión fiscalizar y controlar el desempeño de los mercados de Pensiones y Seguros, con atribuciones establecidas por la Ley de Pensiones N° 065, la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 y disposiciones conexas, de acuerdo a lo determinado en la Ley No. 2427 de 28 de noviembre de 2002.

Que la Ley de Seguros establece que, es función del Órgano de Fiscalización velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro; fiscalizar y controlar a las personas, entidades y actividades relacionadas al sector de seguros y, cumplir y hacer cumplir la Ley y sus reglamentos asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

CONSIDERANDO:

Que con carácter previo al análisis de los agravios planteados se hace necesario verificar la procedencia o no del Recurso de Revocatoria.

De la verificación de los Requisitos de Forma.

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

Que a su vez el artículo 48 de la misma norma determina: “El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada”.

Que de las normas transcritas se infiere que son dos los elementos que deben cumplirse para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria contra una Resolución de Carácter General: i) la demostración de que el acto impugnado causa perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente y ii) que el recurso de revocatoria sea interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución Regulatoria.

Que de la revisión del memorial de interposición del recurso, se evidencia que el recurrente ha cumplido con lo previsto por el artículo 38 del Decreto Supremo N° 27175 (requisitos de contenido), toda vez que señala la relación causal entre los elementos fácticos y los elementos normativos que sirven de fundamento y la lesión que considera ha causado a sus derechos o intereses legítimos la Resolución APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011.

Que con relación al segundo elemento de procedibilidad, se verificó que la Resolución APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, fue notificada a Nacional Vida Seguros de Personas S.A. el 24 de noviembre de 2011 y el Recurso de Revocatoria fue interpuesto el 07 de diciembre de 2011; es decir, dentro del plazo establecido por el artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema Financiero, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175.

Que cumplidos los requisitos de forma se pasa a realizar el análisis de fondo.

Fundamentos Jurídicos sobre los Aspectos de Fondo

Que se han dejado reseñados los antecedentes que dieron lugar a la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011 y se han dejado también reseñadas las razones expuestas por la Entidad Aseguradora para fundar su Recurso de Revocatoria. Procede entonces efectuar el correspondiente análisis, a efectos de establecer si corresponde o no la revocatoria (total o parcial) del acto administrativo según lo solicita la entidad recurrente.

Que para abordar el tema se seguirá el orden expositivo del Recurso de Revocatoria, el que prácticamente se centra en dos puntos de interés: (i) la cuestión de la terminología técnica contenida en el Anexo; y ii) la introducción en el Anexo de las ventajas, características y beneficios que brinda el plan Vida Flexible.

i) Respecto a la terminología técnica contenida en el Anexo la Aseguradora señala que “(...) el Anexo contenido en la R.A. 425 introduce un vocabulario tan técnico que en lugar de simplificar la decisión o la voluntad del asegurado para un cambio de plan, por el contrario la complica y la hace más confusa y desventajosa respecto a la forma que originalmente se ha estado instrumentado dicho cambio de plan, estableciendo como ejemplos los términos Componente de Ahorro, Tasa de Interés Técnica, Tasa de Interés Garantizada, indisputabilidad, valores garantizados”

Que este Órgano de Fiscalización ha considerado que, si bien la Compañía de Seguros cuenta con Agentes de Seguros vinculadas a ella, con la función de intermediación y la

gestión comercial de contratos de seguros, cuyas facultades primordiales se traducen en brindar información, explicación e ilustración sobre los productos que la compañía oferta, esto con el propósito de evitar que exista una selección adversa por asimetría de información, no es menos cierto que una información incorrecta o incompleta hace responsable a la aseguradora de los contratos realizados en su nombre por los intermediarios del seguro con los asegurados, tomadores y beneficiarios.

Que en este entendido y no obstante cursar en esta APS la nota CITE: NAVI-GR-0704/2012, mediante la cual la Aseguradora presenta un proyecto de Anexo para realizar el cambio de plan de Seguro de Vida Entera a Vida Flexible, el mismo que, de manera incongruente con la posición asumida hoy por la Aseguradora contiene no sólo vocabulario técnico sino formulas actuariales que lógicamente no son de conocimiento ni dominio de los asegurados y que en todo caso podrían inducirlos a error, se ha visto por conveniente incorporar al Anexo, aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N°425-2011 de 17 de noviembre de 2011, el siguiente glosario de términos, por considerar que los mismos podrían ser estimados (como lo menciona NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.) como “**muy técnicos**” por los asegurados, tomadores o beneficiarios de los seguros de vida:

Componente de Ahorro.- Establece si las primas del seguro contratado corresponden a un riesgo puro de fallecimiento o se componen también de una porción que corresponde al ahorro del asegurado y que puede ser retirado por el tomador de seguro a requerimiento expreso de éste.

Tasa de Interés Técnica aplicada a la cobertura de fallecimiento.- Es el porcentaje mínimo que la entidad aseguradora se compromete a otorgar a sus asegurados y representa la remuneración mínima del dinero invertido por el tomador a momento de contratar el seguro de vida. Esta tasa de interés influye en la prima de cualquier tipo de seguro, a mayor tasa, la prima será menor y, a menor tipo de interés técnico, la prima será más alta, de manera independiente a la tabla de mortalidad utilizada.

Tasa de Interés Garantizada aplicada al componente de ahorro.- Es el porcentaje mínimo garantizado de rentabilidad que el asegurador se compromete a otorgar a sus asegurados por la prima correspondiente al componente de ahorro.

Indisputabilidad.- Es una cláusula de protección al asegurado que establece que si la póliza ha estado vigente durante un determinado período, generalmente dos (2) años, y si el asegurado no ha fallecido en ese lapso de tiempo, el asegurador no puede negarse al pago ni cancelar la póliza por reticencia o inexactitud de las declaraciones del asegurado al momento de contratar la póliza de seguro.

Valores Garantizados.- Son derechos que el asegurador concede al tomador de las pólizas de seguros de vida, una vez transcurrido el plazo estipulado en el contrato de seguro, Es un derecho del tomador del seguro que consiste en disponer de una parte de las primas aportadas.

ii) Con relación a la introducción en el Anexo de las ventajas, características y beneficios que brinda el plan Vida Flexible la entidad argumenta que “(...) La

imposición de un listado cerrado (...) respecto a la información a que el usuario tiene derecho, como el caso presente de cambio de planes, implica la imposibilidad de alterar o ampliar la información, añadir una nueva unidad o algún nuevo derecho o ventaja que sea distinto al enumerado en la lista, aunque fuera considerado en interés del asegurado (...)].”

Que evidentemente el Anexo por Cambio de Plan y/o Producto para Seguros de Vida de Corto y Largo Plazo, aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N°425-2011 de 17 de noviembre de 2011, que las Compañías Aseguradoras deben registrar, recoge los aspectos principales que, como **mínimo**, deben poner en conocimiento de los asegurados, tomadores o beneficiarios de los seguros al momento de realizar un cambio de plan o producto. Aspecto que de ninguna manera limita el derecho de la aseguradora para informar sobre cualquier característica, beneficio, ventaja o desventaja que implique un cambio de plan.

Que si bien es cierto que la Resolución Administrativa impugnada determina el uso obligatorio del Anexo, no es menos cierto que ninguno de sus considerandos o resueltas señalan que esta será la única información que las Compañías Aseguradoras deban brindar a sus asegurados, ya que las mismas tienen la potestad de ampliar la información que consideren pertinente a objeto de que el asegurado pueda tomar una decisión al momento de cambiar un producto de vida.

iii) Finalmente y con relación a que: “El Anexo debería contemplar otros aspectos adicionales a los establecidos (...)”, este Órgano de Fiscalización considera que no es posible entrar en especificidades que harían que el Anexo sea muy extenso, cuando lo que en realidad se pretende es que el asegurado conozca los aspectos mínimos que conllevan un cambio de plan de seguro de vida.

CONSIDERANDO:

Que la Dirección de Seguros a través de los Informes Técnicos APS/DS/JTS/1193 y 1692 de 13 de diciembre de 2011 y 26 de diciembre de 2012, respectivamente, y Legal APS/DJ/DS/006/2013 de 4 de enero de 2013, realizó la evaluación del Recurso de Revocatoria presentado por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, concluyendo, conforme al principio de la sana crítica y la debida observancia de las disposiciones legales citadas en la presente Resolución que los argumentos esgrimidos no enervan el contenido de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425/2011, correspondiendo su confirmatoria, debiendo sin embargo incorporarse, como parte integrante de la misma, el glosario de terminología técnica de seguros...”

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 29 de enero de 2013, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 04-2013 de 7 de enero de 2013, argumentando lo siguiente:

“...I.- CUESTIONES DE FORMA

El Art. 43 del decreto Supremo 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003 dice lo

siguiente:

Artículo 43.- (Tormos de solución en Recurso de Revocatoria). I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFIFI serán:

a) Confirmatorias. Cuyo alcance -podrá ser total, cuando, ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida.

b) Revocatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando pronunciándose sobre el fondo dejen sin efecto la resolución recurrida o, parcial cuando pronunciándose sobre el fondo, dejen sin efecto parte de la resolución recurrida..."

Esta norma claramente establece que en los casos en los cuales se modifique el contenido de la resolución ingresando en cuestiones de fondo, el pronunciamiento no puede ser "confirmatorio", sino que debe ser revocatorio parcial y en el peor de los casos cuando la resolución fuera modificada, el pronunciamiento debe ser confirmatorio parcial y no confirmatorio "a secas" agregando una modificación o "incorporando" un texto adicional a la norma impugnada (bajo la forma de una corrección), la cual fue objeto de ratificación. Pero además verá su autoridad que no existe en ninguna de las formas posibles de pronunciamiento por su autoridad establecidas por la Ley, la forma de ratificación y consiguiente complementación de una resolución impugnada o de "ratificación con las consiguiente incorporación" de algún texto omitido.

Como es usual en éstos casos, la norma no deja abierta la posibilidad de que la autoridad se pueda pronunciar bajo otras fórmulas o mediante una combinación o "mix" de las mismas, sino que limita el pronunciamiento de la autoridad a las estrictamente establecidas en la norma, lo cual es muy relevante de remarcar en el caso presente.

Su autoridad en el Quinto Considerando de la Resolución impugnada, en el cual por cierto y de acuerdo a su propia autoridad, se pronuncia sobre cuestiones de "fondo" relativas a nuestro recurso, dice lo siguiente:

"...se ha visto por conveniente **incorporar al Anexo**, aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº425-2011 de 17 de noviembre de 2011, **el siguiente glosario de términos**, por considerar que los mismos podrían ser estimados como lo menciona NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. como "**muy técnicos**" por los asegurados, tomadores o beneficiarios de los seguros de vida:..."

En base a éste considerando, su autoridad, dice en la parte resolutive lo siguiente, como corolario de lo fundamentado en el texto precedente:

"... POR TANTO: El Director Ejecutivo de la Autoridad de Supervisión de Fiscalización y Control de pensiones y Seguros - APS, en uso de las atribuciones conferidas por ley, RESUELVE: **PRIMERO.- CONFIRMAR.** La Resolución Administrativa APS/DJ/JTS/No. 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, **debiendo incorporarse al Anexo** por Cambio de Plan y/o producto para seguros de vida de corto y largo

plazo **el glosario de términos técnicos...** ”

Con arreglo a lo expuesto precedentemente, se recordará que dentro de las únicas formas posibles para la Resolución de los Recursos de Revocatoria, no existe la forma “Ratificatoria y Complementaria” y en el peor de los casos solo podría haber sido una resolución “Revocatoria parcial” con la consiguiente modificación, por estar referida a cuestiones de “fondo” de nuestro recurso, lo cual su autoridad paso complemente por alto.

Es importante anotar que las reglas de pronunciamiento de su autoridad para la atención de un recurso de revocatoria, constituyen porciones esenciales del procedimiento legalmente establecido que enervan la legitimidad y validez del pronunciamiento de la autoridad. Estas son cuestiones de “rito” o de procedimiento cuya omisión es penalizada por la Ley con la nulidad.

El actuar de su autoridad prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido por la norma respecto de las únicas formas en las cuales su autoridad podría pronunciarse, ha viciado de nulidad sus actos al amparo del Art. 35 de la Ley N° 2341 de fecha 23 de abril de 2002 que dice:

“...ARTICULO 35º.- (Nulidad del Acto).-I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:

c) Los que hubiesen sido **dictados prescindiendo total y absolutamente** del procedimiento legalmente establecido;...”

II. Las nulidades **podrán invocarse** únicamente mediante la interposición de los **recursos administrativos** previstos en la presente Ley....”

De acuerdo a lo anterior, por el presente recurso invocamos expresamente la nulidad del acto administrativo impugnado al haber sido dictado por su digna autoridad prescindiendo del procedimiento legalmente establecido que no le permite a usted emitir un pronunciamiento bajo una forma “sui generis” no prevista en la norma “ratificando” y al mismo tiempo “complementando” el acto impugnado bajo una fórmula de atención de la impugnación no prevista por la norma.

II - CUESTIONES DE FONDO

En relación a cuestiones de mérito, su autoridad en la Resolución impugnada dice lo siguiente:

“...evidentemente el Anexo por Cambio de Plan y/o Producto para Seguros de Vida de Corto y Largo plazo, aprobado mediante Resolución administrativa APS/DJ/DS/JTS/9425- 2011 de 17 de noviembre de 2011, que las Compañías Aseguradoras **deben registrar, recoge los aspectos principales que, como mínimo,** deben poner en conocimiento de los asegurados, tomadores o beneficiarios de los seguros al momento de realizar un cambio de plan o producto. **Aspecto que de ninguna manera limita el derecho** de la aseguradora **para informar** sobre cualquier característica, **beneficio, ventaja o desventaja que implique un cambio** de plan...”

“...Que si bien es cierto que la resolución administrativa impugnada determina **el**

uso obligatorio del Anexo, no es menos cierto que ninguno de sus considerandos o resuelven señalan **que esta será la única información** que las compañías Aseguradoras deban brindar a sus asegurados, ya que las mismas tienen la **potestad** de ampliar la información que consideren pertinente a objeto de que el asegurado pueda **tomar una decisión** al momento de cambiar un producto de vida”

Con éste pronunciamiento, su autoridad atendiendo nuestra posición en éste proceso de impugnación, reconoce la necesidad y conveniencia de que los cambios de un producto de seguro de vida a otro, estén rodeados de la más amplia información sobre los beneficios, ventajas y/o desventajas de dicho cambio, conducentes a lograr que el usuario tome una decisión ilustrada y apropiada a sus intereses.

A pesar de lo anterior, su autoridad parecería también afirmar en éste texto que en nuestro sistema legal, los anexos en las pólizas de seguro autorizados o establecidos por su autoridad, los que por cierto forman parte del contrato de seguro, son meramente “referenciales” o de un texto “mínimo” y abierto (¿??;jj), lo cual está totalmente apartado de lo que dispone nuestro derecho positivo. Como es de su ilustrado conocimiento, la norma obliga a la otorgación limitada y obligatoria sola y exclusivamente de los documentos que hubieran sido aprobados por su autoridad la sea en forma expresa o por mérito del silencio Administrativo positivo para formar parte integrante de una Póliza de Seguro. Esto claramente evita que en nuestro sistema legal, el texto de una póliza, sus anexos y su clausulado general y especial, puedan ser considerados como “mínimos”, pudiendo el asegurador basado en ese especial criterio insertar nuevas porciones a título de la **“potestad** de ampliar la información que consideren pertinente..” .como usted lo afirma.

Su autoridad sostiene que el uso obligatorio del texto de una Póliza (de la que una de sus partes son los anexos) sería solo indicativo y de ninguna manera obligatorio de manera completamente contraria a la norma que está en vigencia en nuestro sistema legal, en materia de aprobación obligatoria y antelada del texto de las Pólizas de Seguro antes de su introducción al mercado.

La inexistencia de un anexo abierto, amplio, completo, preciso, integral y obligatorio para todos los casos de cambio de plan como el que nos ocupa, causa perjuicio a nuestra sociedad porque evita que el usuario pueda conocerlas ventajas y virtudes de nuestro producto en su real dimensión colocando a nuestra sociedad en desventaja respecto de otros operadores del mercado que no ofrecen ese producto o que no podrían ofrecer las condiciones de cambio que y en definitiva redundan en un perjuicio para los usuarios que no tiene la oportunidad de contrastar las virtudes de nuestro producto con otro productos, permitiéndoles observar solo las características de nuestro producto que precisamente no pueden ser comparadas con otro productos.

Su autoridad ha conculcado el derecho de nuestra sociedad de pedir que su autoridad establezca en forma expresa y clara qué información debe contener

toda operación de cambio de plan. Nuestra petición se basó en la necesidad de evitar una interpretación discrecional como la que podría realizar cualquier persona, cómo de hecho su propia autoridad lo ha hecho en actos formales recientes, sobre lo que se deberá entender por "suficiente", "insuficiente", "preciso", "impreciso", "correcto" o "incorrecto", que son categorías absolutamente relativas y variables en función de la persona a la cual nos refiramos y que no pueden ser uniformes en todos los casos y menos podrían llegar a ser establecidas como.

Conocedores de la posición formal y oficial de su autoridad en el sentido de que la información proporcionada a un usuario podrá ser considerada, oportuna, suficiente, clara y precisa, solamente cuando su autoridad así lo considere con base en su "discrecionalidad", sin tener para esa opinión ningún parámetro ni referente en el derecho positivo boliviano, nos ha movido a pedir formalmente la inclusión de un anexo adicional al introducido por su autoridad que contenga toda la información completa de los cambios de planes.

Sin embargo, además de la negativa expresa de su autoridad a introducir el citado anexo adicional, rechazo contenido en la nota CIT APS/DS/JTS/9792/2012 de fecha 10 de diciembre de 2012 y que por cierto hoy se encuentra en proceso de impugnación mediante el recurso de Revocatoria respectivo, luego de cumplidos los requisitos previos, en el acto que hoy impugnamos usted dice lo siguiente:

Que en este entendido y no obstante cursar en esta APS la nota CITE: NAVI-GR-0704/2012, mediante la cual la Aseguradora presenta **un proyecto de Anexo** para realzar el cambio de plan de Seguro de Vida 'Entera a Vida Flexible, el mismo que, de manera **incongruente con la posición asumida hoy** por la Aseguradora contiene no sólo vocabulario técnico sino formulas actuariales que lógicamente no son de conocimiento ni dominio de los asegurados y que en todo caso podrían inducirías a error... "

Su autoridad no motiva ni fundamenta el criterio vertido en el texto precedente y más bien esa afirmación al ser emanada de su autoridad conculca en forma clara y expresa el derecho de nuestra sociedad para que cada proceso de cambio de plan de cualquier asegurador en el mercado, incluya un anexo que contenga toda la información necesaria, técnica y menos técnica, que permita al usuario conocer por sí o por medio de un tercero experto en la materia las condiciones del cambio, evitando así la necesidad de pronunciarse sobre si la información proporcionada para el cambio es o no precisa, completa, clara, oportuna y suficiente.

Este es un derecho que con ésta resolución su autoridad está negando a nuestra sociedad y por efecto indirecto a todos nuestros usuarios, favoreciendo a otros operadores del mercado que no tiene productos con las virtudes del nuestro.

De acuerdo a lo anterior, reiteramos que su autoridad nos perjudica como operadores de seguros de personas al aprobar un Anexo de Modelo Único por cambio de Plan para Seguros de Vida de Corto o Largo Plazo (en adelante

simplemente “el **Anexo**”), basando ésta disposición en dos pilares citados en el segundo considerando de la página 2 de la Resolución al decir:

“... Se informa que se han presentado denuncias por parte de asegurados ante el órgano de fiscalización, sobre cambios de planes de seguros de vida efectuados sin un correcto asesoramiento (sic) por parte de Cas entidades aseguradoras sobre las implicancias que conlleva el cambio... ”

“...se tiene evidencia documental sobre caminos de planes de seguros de vida de Cargo plazo que implican reducción (sic) en las tasas de interés, incremento en las primas cobradas, ampliación de períodos para el pago de primas y otros, sin documentación que respalde (sic) el correcto asesoramiento hacia los asegurados... ”

En la citada resolución, su autoridad crea condiciones que serán claramente dañinas a nuestra sociedad y a los usuarios pues no crea condiciones de transparencia mediante mecanismos como la introducción del Anexo hoy impugnado, en los casos en que se soliciten o propongan cambios de planes en seguros de vida. Por el contrario su autoridad crea condiciones de asimetría de información y evitar que quienes ofrecemos mejores condiciones a los usuarios podamos mostrar las virtudes de nuestro producto, en detrimento del usuario.

Dentro de los principios esenciales a los cuales debe regirse la actividad administrativa del Estado, están los siguientes que son relevantes al objeto que nos ocupa, que en el marco de la LPA que en su Art. 4, dice:

“ARTICULO 4.- (Principios Generales de la Actividad Administrativa). La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:... a) Principio fundamental (sic) El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad...” “...f) Principio de imparcialidad: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados...”

Uno de los aspectos más importantes de ésta porción normativa, es la orientación de los actos de la autoridad en función a los intereses de la colectividad, evitando la introducción de trato diferenciado entre los administrados, tanto desde el punto de vista de contenido de la información intercambiada, como desde el punto de vista de la forma exposición o redacción de la misma.

Su autoridad introduce conceptos absolutamente confusos, que originan un escenario en el cual nos vemos impedidos de mostrar las bondades de nuestro producto y lo que es peor, nos vemos impedidos de competir con productos que claramente son favorables a los usuarios

Es claro que el significado que se asigne a una misma palabra de contenido técnico, por un agente u operador regulado y por un usuario, podría ser completamente distinto, debido a las obvias diferencias en su formación y especialización y fundamentalmente debido a los distintos alcances que un mismo vocablo puede

tener en el ámbito asegurador.

Pero además su autoridad niega la introducción de un anexo complementario o adicional que empeora el esquema actual.

Su autoridad no toma en cuenta ese principio e introduce conceptos distorsionantes y técnicos que limitan la posibilidad de exposición de las virtudes de productos como los nuestros que claramente son mucho más aventajados que los de la competencia, creando un escenario proteccionista indirecto para las compañías que ofrecen productos mucho menos ventajosos para los usuarios, que estarán muy cómodas con el anexo y la resolución impugnados.

Su autoridad, con la resolución impugnada, crea un escenario desventajoso para el usuario quien no puede ser más exigente de lo que el Anexo de (sic) lo permite y perjudicial a nuestra compañía quien está limitada al ofrecimiento de productos claramente ventajosos y mucho más sofisticados, por la protección indirecta que reciben los productos clásicos (hoy caducos), con el texto de la resolución impugnada.

En síntesis, la norma impone a la autoridad reguladora, la obligación de evitar que un operador del ámbito de seguros induzca a error a un usuario en relación a las condiciones de un producto, con el objeto de lograr una ventaja indebida, como producto de dicho error, aspecto que de ninguna manera nuestra empresa ha pretendido o está pretendiendo llevar adelante con el cambio de plan del producto de vida entera a vida flexible.

Señor director, de lo expuesto surge una interrogante lógica, que es la relativa a ¿Cuáles serían esas formas por las que es posible inducir a error a un usuario o consumidor sobre las condiciones de un producto, de modo tal que el operador o asegurador (agente regulado) obtenga una ventaja indebida, tomando en cuenta que el seguro de vida flexible ha sido debidamente aprobado y autorizado por su autoridad?

Su autoridad no tomó en cuenta que en mi impugnación anoté claramente que dentro de amplio abanico de posibilidades por medio de las cuales es posible inducir a error a un usuario, la menos indirecta y más encubierta, la constituye de manera incuestionablemente la utilización del vocabulario y la redacción para comunicarse, con el objetivo de asegurarse que el usuario no tome conocimiento preciso y completo de los alcances verdaderos de una modificación a los términos de un contrato.

Es claro que en un ámbito tan especializado y técnico como es la actividad empresarial de los seguros, las palabras simples (sueltas) o las locuciones o vocablos compuestos, tienen un significado y alcance muy preciso, que muchas veces puede ser distinto a su significado semántico común y corriente, precisamente porque su estructura es eminentemente técnica y especializada. Es éste el punto en el cual, la tarea del regulador sin duda adquiere singular

importancia y relevancia.

Su autoridad rechaza toda posibilidad para que éste escenario sea resuelto introduciendo un anexo completo y amplio, suficiente para explicar el cambio. Dentro de este contexto, su autoridad en el antepenúltimo Considerando de la resolución que impugnamos, establece lo siguiente:

"... A. fin de velar por la transparencia de las operaciones del mercado y proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios, se considera necesario crear un Anexo de modelo único que sea adherido a las condiciones..."

El propósito de su autoridad, es claramente el de velar por la transparencia y la protección de los usuarios, mediante la inclusión obligatoria de información clara que permita al usuario tomar una decisión con base en información completa. En otras palabras, su autoridad, como es tarea de todo regulador, busca evitar que las asimetrías de información emanadas de los procedimientos de modificación, definan el curso de una relación contractual en contra del usuario.

Su autoridad no toma en cuenta que no solamente la redacción, sino también la estructuración de la información son completamente contrarios a quienes pretendemos ofrecer productos mucho más sofisticados y favorables a los usuarios, limitando el contenido de su anexo a la muestra de las bondades de productos que ya nos obsoletos en el mercado de seguros internacional. Coincidimos en que actualmente, al existir una asimetría de conocimiento, el consumidor de los seguros de vida no está en igualdad de condiciones que le permitan pactar lo que realmente quiere o no está en condiciones de conocer el alcance preciso de las modificaciones que le son planteadas. Esto es tan evidente, que la mayoría de los usuarios están en desventaja respecto de un jugador habitual en el ámbito de los seguros, cuando se trata de comprender el verdadero alcance de las palabras de un contrato de seguros o de sus modificaciones, tarea que obviamente puede ser realizada por un agente o asesor de seguros, que interviene en la formación de una relación contractual, debidamente autorizado por la autoridad competente.

No obstante de lo anterior, el Anexo, introduce un vocabulario tan técnico que en lugar de simplificar la decisión o la voluntad de un asegurado para un cambio de plan, por el contrario la complica y la hace más confusa y desventajosa respecto de la forma cómo originalmente se ha estado instrumentando dicho cambio de plan.

Ratificamos que el lenguaje técnico utilizado como ser: Componente de Ahorro, Tasa de Interés técnica, Tasa de Interés garantizada, indisputabilidad, valores garantizados, etc., constituye un conjunto de conceptos propios del ámbito de los seguros, que normalmente son desconocidos para un usuario en sus alcances precisos por ser temas esencialmente técnicos. Estos vocablos, no solo tienen un significado demasiado puntual en el ámbito de los seguros, que muy bien podría ser distinto al que surge de su alcance semántico, sino que también forman parte de un conjunto de conceptos propios del ámbito asegurador, como señalábamos precedentemente, sin un significado cabal para quienes no son especialistas en la

materia.

Su autoridad no toma en cuenta que lo anterior claramente ocasionaría perjuicio a nuestra sociedad al crear condiciones encubiertas de protección de productos de seguro que son mucho menos favorables al usuario que los nuestros.

Sin embargo de lo anterior, reiteramos que la introducción del Anexo que hoy impugnamos, se acoge en forma indirecta a un sistema de técnica normativa que en derecho se denomina de **"númerus clausus"**. Esta alocución latina expresa una limitación ante una determinada relación de derechos a información que tiene el usuario, que nunca deberían ser limitados, sino por el contrario se debería permitir brindar al consumidor de seguros, información clara comprensible e indubitable.

La imposición de un listado cerrado utilizando conceptos técnicos respecto de la información a que el usuario tiene derecho, como el caso presente de cambios de planes, implica la imposibilidad de alterar o ampliar la información, añadir una nueva unidad, o algún nuevo derecho o ventaja que sea distinto al enumerado en la lista "clausus", aunque fuera considerado en interés del asegurado.

En otras palabras señor Director Ejecutivo, la intención inicial de lograr (con estricto apego a lo dispuesto por la norma), la tan ansiada transparencia en el mercado y muy especialmente en la oferta de productos de seguro, sin duda generara más bien una limitación al acceso a la información, al precisamente cerrar el conocimiento del conjunto de los derechos que el usuario tiene dentro de un contexto transparente y que como ya manifestamos constituye una limitación a su derecho a la información, mas aun si ha sido formulado contérminos extremadamente técnicos lo que se agrava por la negativa reiterada de su autoridad a introducir anexos completos precisos y suficientes.

Su autoridad está creando condiciones que podrán ocasionar un perjuicio a nuestra sociedad al limitar las condiciones de libre competencia en el mercado. Como podrá su autoridad analizar, la introducción del Anexo que hoy impugnamos, no tiene la claridad y simplicidad que debe tener todo Anexo, sino al contrario, genera un ámbito mucho más desventajoso para el usuario al limitar su derecho, constitucionalizado, a recibir información, restringiendo la misma a lo expresamente detallado dentro del contexto del Anexo.

En apego a los principios que se encuentran en la norma y que fueron muy brevemente expuestos en nuestra primera impugnación, para que el Anexo se acoja a lo textualmente establecido en la norma se deberían introducir acápites que al menos incluyan lo siguiente lo que su autoridad no tomó en consideración:

- a. Las ventajas que el usuario obtendrá como producto del cambio de planes.
- b. Las características nuevas del producto que normalmente no ofrecen en el mercado.

c. Los beneficios adicionales que brinda el nuevo producto, como ser:

- i. Posibilidades de Retiros parciales de su fondo de ahorro.
- ii. Libre disponibilidad de su dinero ahorrado, que puede ser destinado a satisfacer sus necesidades.
- iii. Participación en los rendimientos financieros con el operador.
- iv. Posibilidad de la realización de depósitos extraordinarios con potenciales rendimientos financieros.
- v. No caducidad del seguro de vida, mientras exista un saldo suficiente en la cuenta individual que cubra la prima de riesgo, protegiendo la inestabilidad en la cobranza de las primas y evitando la caducidad de las pólizas.
- vi. Derecho de los beneficiarios a recibir el capital asegurado más el ahorro de ocurrir el fallecimiento (opción B)
- vii. Facilidad en la transacción y ahorro de costo y tiempo en el nuevo plan.
- viii. Características de ser un verdadero seguro de vida ya que cubre la supervivencia del cliente.
- ix. Existencia un ahorro considerable en costos de transacción que desde luego redundan a favor del usuario.
- x. Prima flexible fijada a voluntad del asegurado (con prima mínima).
- xi. Indemnización por fallecimiento, por una suma asegurada variable, de acuerdo con las necesidades en cada fase de la vida del asegurado.
- xii. Amplia apertura y acceso por parte del usuario a los factores de mortalidad, interés, gastos, utilizados para calcular la tasa de prima y los valores de rescate que se expresan en la póliza por separado, información que están disponible en cualquier momento por parte del usuario.

Como podrá ver su autoridad, un exceso de regulación o una deficiente regulación, puede conducir a distorsiones en el mercado que sin duda representan desventajas y perjuicios para los actuales y potenciales usuarios.

Los términos de la resolución inicialmente impugnada y de la actualmente impugnada, son absolutamente contrarios a nuestros intereses legítimos y a los intereses de los usuarios y tienen un efecto proteccionista indirecto de productos superados que no tienen elementos de innovación en favor de los usuarios que sí tienen nuestros productos.

III - PETITORIO

En base a lo anterior, y en apego al Art. 66 de la LPA, interponemos recurso Jerárquico en contra de la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N°04- 2013 DE FECHA 7 DE ENERO DE 2013 ("RA 4")**, invocando la nulidad de la misma y de todo lo actuado en forma posterior y en el peor de los casos pedimos superior que disponga que su autoridad dicte una nueva resolución actuando en resguardo a la libre competencia en el mercado de seguros, evitando el favorecimiento a operadores que no tienen productos competitivos con el nuestro y disponiendo la introducción de su anexo con la modificaciones solicitadas por nosotros con toda la amplitud y el detalle que sean necesarios.

En ese sentido, pedimos se sirva remitir el expediente del exordio a consideración del superior en grado, quien con seguridad anulará la RA 04 y lo dispuesto por su autoridad hasta el vicio más antiguo o en el peor de los casos dispondrá la apertura del anexo con un texto amplio como el solicitado...."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 17 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011, que determina instruir a las entidades de seguros, en la modalidad de Seguros de personas, cumplir con el anexo de cambio de plan y/o producto para seguros de vida de corto o largo plazo, señalando que el no cumplimiento de dicho anexo será considerado como una falta grave.

Que, en fecha 7 de diciembre de 2011, Nacional Vida Seguros de Personas S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011.

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 009-2012 de 11 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó desestimar el Recurso de Revocatoria presentado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011.

Que, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 036/2012 de 12 de junio de 2012, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas resolvió anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 009-2012 de 11 de enero de 2012, debiendo dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho.

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 678-2012 de 29 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determinó desestimar el Recurso de Revocatoria interpuesto por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, por no haber demostrado la afectación, lesión o perjuicio que el acto impugnado hubiera causado a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Que mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 072/2012 de 6 de diciembre de 2012, se resolvió Anular el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 678-2012 de 29 de agosto de 2012, inclusive, al evidenciarse la existencia de interés legítimo de NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. para interponer Recurso de Revocatoria, debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 04-2013 de 7 enero 2013, determinó confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/No. 425-2011 de 17 de noviembre de 2011, incorporando al Anexo por cambio de plan y/o producto para seguros de vida de corto y largo plazo, un glosario de términos técnicos.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto a las formas de Resolución.-

La recurrente refiere que al haberse incluido el Anexo de Terminología Técnica de Seguros a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 04-2013 de 7 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros debió confirmar parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425 de 2011 de 17 de noviembre de 2011, y no así confirmarla totalmente, por lo que existiría un vicio de nulidad conforme lo dispone el artículo 35 de la Ley N° 2341 de fecha 23 de abril de 2002.

Que, si bien, el Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera refiere:

“Artículo 43 (Formas de Resolución en Recurso de Revocatoria)

1. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán:

a) Confirmatorias. *Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida.”*

Tenemos que, la norma es clara al señalar que las Resoluciones serán confirmatorias cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos y serán confirmatorias parciales cuando ratifiquen en parte y/o modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida.

Que, en el caso de autos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 04-2013 de 7 de enero de 2013, determinó confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011 y a su vez incorporó, al Anexo por cambio de plan y/o producto para seguros de vida de corto y largo plazo, el glosario de términos técnicos.

Por lo que, se advierte que, en el caso de autos, correspondía a la Autoridad Fiscalizadora confirmar parcialmente la resolución ya que se hizo una modificación de fondo al Anexo por cambio de plan y/o producto para seguros de vida de corto y largo plazo.

Sin embargo de ello, en cuanto a la pretensión de la recurrente de determinarse la nulidad del acto, corresponde remitirnos a lo ya determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 028/2013 de junio de 2013, que en un caso con características análogas, determinó:

*"... Sin embargo, se tiene que, si bien la Autoridad de Supervisión debió ser clara al momento de emitir su determinación, es decir consignar el término "Confirmatoria Parcial", no se debe olvidar que dicha omisión **no puede considerarse como una "cuestión de fondo", sino de forma** y por tanto no puede ser considerada como causal de anulabilidad, conforme lo prevé el artículo 36 de la Ley del Procedimiento Administrativo.*

*Asimismo, siguiendo el referido artículo, el defecto de forma sólo acarrea la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados, situación que no se da en el presente caso ya que la omisión del término **parcial** no ocasionó indefensión ni evitó alcanzar el fin..."*

De lo transcrito, no se puede considerar que el presente proceso se encontraría viciado de nulidad absoluta o relativa, tal como lo refiere la recurrente, debido a que la Autoridad Reguladora no incurrió en ninguna de las causales que establece la Ley de Procedimiento Administrativo, para anular un acto administrativo.

2.2. En cuanto a que el anexo se encontraría incompleto.-

La recurrente señala que, independientemente de que en el Anexo, de cambio de plan y/o producto para seguros de vida de corto o largo plazo, haya incluido el glosario de términos técnicos, éste seguiría encontrándose incompleto en razón a que el mismo no haría referencia a las ventajas que el usuario tendría con el cambio de producto y planes, ni a los beneficios adicionales que brinda el nuevo producto como ser: la posibilidad de realizar retiros parciales de su fondo de ahorro, libre disponibilidad de su dinero ahorrado, participación de los rendimientos financieros con el operador, posibilidad de la realización de depósitos extraordinarios con potenciales rendimientos financieros, por lo que el hecho de que el referido anexo no contemple todos estos aspectos hace que el mismo sea contrario a los derechos de Nacional Vida S.A.

Ahora bien, dando cumplimiento al debido proceso y tomando en cuenta los principios de economía procesal y el de celeridad, así como considerando el deber jurídico de éste Ministerio para despachar los asuntos sometidos a su conocimiento, sin dilaciones indebidas y reduciendo actos procesales reiterativos, ésta instancia se pronuncia en sentido de que el Anexo por cambio de plan y/o producto para seguros de vida de corto y largo plazo, emitido a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011, contiene la información y/o documentación mínima que, a criterio de la Autoridad Reguladora, deben presentar las aseguradoras al momento de estar comercializando u ofreciendo el cambio de plan y/o producto de seguro de vida y **en ninguna parte hace referencia o limitaría a las aseguradoras a proporcionar mayor documentación adicional a la contemplada en el mismo Anexo**, tal como la propia Autoridad Reguladora lo manifiesta cuando, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 04-2013 de 7 de enero de 2013, señala:

“...Que evidentemente el Anexo por Cambio de Plan y/o Producto para Seguros de Vida de Corto y Largo Plazo, aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N°425-2011 de 17 de noviembre de 2011, que las Compañías Aseguradoras deben registrar, recoge los aspectos principales que, como **mínimo**, deben poner en conocimiento de los asegurados, tomadores o beneficiarios de los seguros al momento de realizar un cambio de plan o producto. **Aspecto que de ninguna manera limita el derecho de la aseguradora para informar sobre cualquier característica, beneficio, ventaja o desventaja que implique un cambio de plan.**

Que si bien es cierto que la Resolución Administrativa impugnada determina el uso obligatorio del Anexo, no es menos cierto que **ninguno de sus considerandos o resueltas señalan que esta será la única información que las Compañías Aseguradoras deban brindar a sus asegurados, ya que las mismas tienen la potestad de ampliar la información que consideren pertinente** a objeto de que el asegurado pueda tomar una decisión al momento de cambiar un producto de vida...”

(Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Si bien, la normativa vigente -Resolución Administrativa SPVS N° 70/99 de 23 de abril de 1999- (Reglamento de Registro de Pólizas, Anexos y/o Cláusulas adicionales), obliga a que la Pólizas, **Anexos** y Cláusulas Adicionales deban ser registradas ante la Autoridad Reguladora, la recurrente si considera que el Anexo, emitido mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011, pese a ser complementado con la inserción de un glosario de términos (mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 04-2013 de 7 de enero de 2013), continúa siendo incompleto o insuficiente para brindar la información que considera pertinente, está en la libertad de proporcionar información adicional por otros medio idóneos o, en su caso, solicitar a la Autoridad Reguladora el registro de cualquier Anexo adicional, conforme los procedimientos que establece la normativa vigente.

Siendo que la información que pretende insertar la recurrente al Anexo aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 y complementado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 04-2013 de 7 de enero de 2013, contiene información que muestra las diferencias (ventajas y/o desventajas) entre la nueva oferta del plan de seguro de vida versus la anterior, que, por su naturaleza, obedecería más a un tema comercial y no contractual, la recurrente debería ver la posibilidad de que dicha información y/o documentación, en especial la que desean proporcionar a sus clientes que desean efectuar el cambio de plan de seguro de vida, sea proporcionada a través de publicidad, promoción u otro material informativo, sin perjuicio de señalar que en ningún caso la información o documentación adicional pueda ser contraria a la contenida en el Anexo en cuestión y que debe sujetarse a la normativa que rige el mercado asegurador.

La recurrente, debe tomar en cuenta que lo que hace el referido Anexo es fijar la información básica que, a criterio del Ente Regulador, deben proporcionar las aseguradoras a sus usuarios al momento de que éstos tomen la decisión de cambiar de plan o producto. Todo ello en razón a que, el cliente o asegurado, debe contar con la información mínima de lo que implica ese cambio y tenga un conocimiento básico de las diferencias que puede conllevar el referido cambio de plan o producto.

Que, el hecho de que la APS no haya fundamentado su decisión de cuál hubiera sido el verdadero propósito de la emisión del anexo de cambio de plan y/o producto para seguros de vida de corto o largo plazo, ha dado lugar a que las administradas crean que el acto administrativo ha derivado de la arbitrariedad, situación que debe llamar la atención de la Entidad Reguladora, debiendo cuidar que, en posteriores oportunidades, sus argumentos respondan a un análisis legal fundamentado, en estricta sujeción a la normativa aplicable.

Por último y con relación a la documentación adicional presentada por Nacional Vida S.A. a través del memorial de 21 de marzo de 2013, concerniente a las copias de las notas CITE NAVI-GR-0704 de fecha 15 de noviembre de 2012, Nota Cite APS/DS/DS/JTS/9228/2012 de fecha 22 de noviembre de 2012, Nota CITE NAVI-GG-365/2012 de fecha 4 de diciembre de 2012 y Nota CITE APS APS/DS/JTS/17362/2013 de fecha 1 de marzo de 2013, se tiene que, la misma, haría referencia a la solicitud de parte de Nacional Vida Seguros S.A. de modificar o, en su caso, de implementar un nuevo Anexo al ya establecido por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de fecha 17 de noviembre de 2011, por lo que estos aspectos no corresponden al presente proceso ya que el mismo versa sobre el Anexo para cambio de plan para seguros de vida de corto o largo plazo, y no así sobre su solicitud de modificación o implementación de un nuevo anexo.

Del análisis ut supra, esta autoridad no ve ninguna vulneración a los derechos de Nacional Vida Seguros de Personas S.A., en razón a que, como bien se dijo líneas atrás, el hecho de que el anexo no contemple todos los requerimientos que la recurrente quisiera, no implica que las aseguradoras se vean limitadas a proporcionar a sus clientes mayor información en cuanto a los beneficios de sus productos y conforme a sus estrategias comerciales.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, y en estricto cumplimiento de la normativa del sector, se ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis a momento de la emisión del Anexo de cambio de plan y/o producto para seguros de vida de corto o largo plazo, cumpliendo así con los elementos esenciales y mínimos del acto administrativo, en cuanto se refiere al objeto, fundamentación y motivación .

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar Totalmente la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 04-2013 de 7 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria Confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425-2011 de 17 de noviembre de 2011.

Regístrese, notifíquese y archívese

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



RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº 28-2013 DE 14 DE ENERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°034/2013 DE 14 DE JUNIO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 034/2013

La Paz, 14 de Junio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 28-2013 de 14 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N° 894-2012 de 15 de noviembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 033/2013 de 10 de mayo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 071/2013 de 17 de mayo de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 4 de febrero de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 28-2013 de 14 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N° 894-2012 de 15 de noviembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DJ/3795/2013, con fecha de recepción 7 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 28-2013 de 14 de enero de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 14 de febrero de 2013, notificado en fecha 15 de febrero de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 28-2013 de 14 de enero de 2013.

Que, en fecha 25 de febrero de 2013 se llevó a efecto la audiencia de exposición oral de fundamentos que fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en su memorial de 4 de febrero de 2013 (de Recurso Jerárquico).

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA APS/DPC/8418/2012 DE 25 DE OCTUBRE DE 2012.-

Por nota APS/DPC/8418/2012 de fecha 25 de octubre de 2012, dirigida a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, expone los extremos que se transcriben a continuación:

"...Acusamos recibo del expediente y de los comprobantes de pago del Asegurado de referencia ("Asegurado Osvaldo Cabero Zapata CUA 3269838"), quien habría accedido a la Pensión Solidaria de Vejez.

Al respecto, una vez revisado el expediente, se encontraron las siguientes observaciones:

- a) La AFP procedió al pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual correspondiente a los periodos mayo, junio, julio y agosto de 2011, siendo que el Asegurado se encontraba bajo relación de dependencia laboral.*
- b) La AFP procedió al pago de la Fracción Solidaria correspondiente a los periodos mayo, junio y julio de 2011, siendo que el Asegurado se encontraba bajo relación de dependencia laboral.*
- c) De igual forma, el pago del aguinaldo 2011 considera para la Compensación de Cotizaciones Mensual y la Fracción Solidaria los meses arriba citados, que no debieron ser considerados..."*

Con base en tal fundamento, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la misma nota instruye a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, lo siguiente:

"...Toda vez, que la AFP efectuó el primer pago incluyendo el devengo a inicios del mes de agosto de 2011, y que en fecha 14 de julio de 2011 el Asegurado suscribió el

Formulario de Declaración de Doble Percepción indicando que se encontraba bajo relación de dependencia laboral en el Magisterio, se instruye a la AFP:

1. Reponer al Tesoro General de la Nación, con sus propios recursos, los montos efectivamente desembolsados por concepto de Compensación de Cotizaciones Mensual correspondientes a los periodos mayo, junio, julio y agosto de 2011.
2. Reponer al Fondo Solidario en cuotas, con sus propios recursos, los montos efectivamente erogados por dicho fondo correspondientes a los periodos mayo, junio y julio de 2011.
3. Anular el Convenio de Devolución/Descuento que el Asegurado habría suscrito en fecha 31 de agosto de 2012 y la devolución, de cualquier descuento que se le habría efectuado al mismo o pago que éste habría realizado.

En este sentido, se instruye a la AFP proceder conforme a lo señalado en los numerales 1, 2 y 3 y remitir a esta Autoridad en el plazo máximo de cuatro (4) días hábiles administrativos de recibida la presente, la documentación que respalde dichas regularizaciones.

En caso de incumplimiento al envío de la información en la fecha señalada, la Administradora será pasible al inicio del proceso sancionatorio respectivo..."

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/Nº 894-2012 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES mediante nota FUT.APS.BEN 2353/2012 de 5 de noviembre de 2012, solicita al Ente Regulador, consignar en Resolución Administrativa la nota APS/DPC/8418/2012 de 25 de octubre de 2012, la cual es atendida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 894-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, con los siguientes fundamentos:

"...**CONSIDERANDO:** (...)

Que de acuerdo al artículo 197 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la reglamentación y la regulación de la citada Ley corresponde al Órgano Ejecutivo y al Organismo de Fiscalización en el marco de su competencia.

Que los incisos v) y w) del Artículo 149 (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES) de la Ley Nº 065 de Pensiones, establecen lo siguiente:

"u). Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia".

"w). Cumplir con todo acto administrativo emanado por el Organismo de Fiscalización".

Que la Ley Nº 065 de Pensiones, en el Artículo 53 (DOBLE PERCEPCION) determina lo siguiente:

"I. Los Asegurados o Derechohabientes que cuenten con Pensión o pago donde uno de sus componentes sea la Compensación de Cotizaciones Mensual y continúen realizando una actividad laboral financiada con recursos públicos, no podrán percibir el pago de la Compensación de Cotizaciones, a efecto de no incurrir en Doble Percepción, debiendo tramitarse la suspensión del pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual.

"II. Los Asegurados con Pensión Solidaria de Vejez que continúen realizando una actividad laboral pública o privada no podrán percibir el pago de la Fracción Solidaria de Vejez".

Que la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011, en el Artículo 17 (DECLARACION DE PENSIÓN) punto III, establece lo siguiente:

"III. A la firma de la Declaración de Pensión Solidaria de Vejez, el Asegurado deberá suscribir el Formulario de Declaración Jurada sobre Doble Percepción de Fracción Solidaria, establecido en el Anexo 6 de la presente Resolución Administrativa."

Que en el caso del Asegurado Osvaldo Cabero Zapata con CUA 3269838, mediante nota APS/DPC/8418/2012 de 25 de octubre de 2012, esta Autoridad instruye a Futuro de Bolivia S.A AFP (...)

Que el plazo otorgado para el cumplimiento de dicha instrucción y remisión de documentación de respaldo de las regularizaciones fue de cuatro (4) días hábiles administrativos de recibida la nota APS/DPC/8418/2012, misma que fue recepcionada por la AFP en fecha 29 de octubre de 2012, por lo cual el plazo otorgado vencía el 05 de noviembre de 2012; sin embargo, en lugar de atender la instrucción Futuro de Bolivia S.A. AFP con nota FUT.APS.BEN 2353/2012 solicita la consignación de la nota APS/DPC/8418/2012 de 25 de octubre de 2012 en Resolución Administrativa.

Que al presente, la AFP no dio cumplimiento a la instrucción emanada por esta Autoridad con nota APS/DPC/8418/2012 de 25 de octubre de 2012, y que el solicitar la consignación de dicho acto en Resolución Administrativa no impide que el regulado atienda el requerimiento de esta Autoridad.

Que por otro lado, se advierte que Futuro de Bolivia S.A. AFP, no consideró la Declaración de Doble Percepción suscrita por el Asegurado en fecha 14 de julio de 2011, en la que señala que el mismo se encuentra trabajando en el Magisterio. Asimismo, se evidencia que la AFP otorgó la Pensión Solidaria de Vejez y paga la misma sin suspender los componentes de:

- 1. Compensación de Cotizaciones por los periodos de mayo, junio, julio y agosto 2011.*
- 2. Fracción Solidaria por los periodos de mayo, junio, julio de 2011.*

Que en el primer pago y devengo, la AFP efectúa el pago de la Compensación de Cotización Mensual más la Fracción Solidaria al Asegurado siendo que este

indicó que se encontraba trabajando en el Magisterio, aspecto que se constata con la Declaración sobre Doble Percepción suscrita por el Asegurado, el cual se encuentra en el expediente con folio N° 13, el cual fue remitido por Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.APS.JR 2050/2012 de fecha 01 de octubre de 2012.

Que esta omisión por parte de la AFP ocasiona que el Asegurado incurra en Doble Percepción tanto de la Compensación de Cotizaciones como de la Fracción Solidaria, lo que ocasiona que tenga una deuda en el Sistema Integral de Pensiones, la cual se hubiera evitado si la AFP hubiera considerado la Declaración de Doble Percepción suscrita por el Asegurado.

Que en ese entendido y advertido de los hechos generados por la AFP, esta Autoridad emitió la nota APS/DPC/8418/2012 con el objeto de que la AFP reponga los montos por concepto de Fracción Solidaria y de la Compensación de Cotizaciones Mensual por los periodos en los cuales el Asegurado Osvaldo Cabero Zapata incurre en Doble Percepción, lo cual no ha sucedido al presente.

Que en virtud a lo expuesto anteriormente, corresponde atender la solicitud de Futuro de Bolivia S.A. AFP para lo cual se debe consignar en Resolución Administrativa la nota APS/DPC/8418/2012 de 25 de octubre de 2012..."

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 13 de diciembre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 894-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012, señalando los alegatos siguientes:

"...NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

La Constitución Política del Estado en su artículo 117, parágrafo I, ha señalado expresamente que **"Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso..."** La nota CITE:APS/DPC18418/2012 de fecha 25 de octubre que se elevo (sic) a Resolución Administrativa, sin permitir el ejercicio a la defensa en debido procedimiento administrativo, ha establecido en contra de nuestra Administradora una sanción administrativa (condena), cual es la obligación de reponer montos de dinero con recursos propios cuando existen los conductos normativos para que el Asegurado que incurra en Doble percepción reponga los montos indebidamente percibidos; lo que nos ha ocasionado estado de indefensión; y además bajo apercibimiento de iniciar procedimiento administrativo, es decir, que el arbitrio en el que se incurre, es además bajo coerción, vulnerando flagrantemente el principio constitucional previamente anotado.

2) NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE IMPUGNA POR VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS.-

Conforme a lo prescrito por el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento

Administrativo, la actividad administrativa a efectos de garantizar el debido proceso, debe regirse por principios, de lo cuales (sic) es pertinente citar por una parte el contenido en el inciso c) que a la letra señala: “Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública **regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso**” (las negrillas son nuestras). Aspecto que no ha sucedido, puesto que como se señaló (sic) previamente, se nos ha impuesto una obligación sin derecho a defensa, vulnerando también otros principios fundamentales del debido Procedimiento Administrativo como ser:

“ARTICULO 74° (Principio de Presunción de Inocencia).- En concordancia con la prescripción constitucional, se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo.

ARTICULO 76° (Principio de Procedimiento Punitivo).- No se podrá imponer sanción administrativa alguna a las personas, sin la previa aplicación de procedimiento punitivo establecido en la presente Ley o en las disposiciones sectoriales aplicables.”

3) NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE IMPUGNA POR FALTA DE FUNDAMENTO.-

Conforme con lo establecido por el artículo 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, todo acto administrativo debe contener como elemento esencial, entre otros, el referido en el inciso e) que a la letra dice: **“Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo”**.

El referido inciso b) determina que el acto administrativo “debe sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable”.

Como su Autoridad podrá advertir la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 894-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012 objeto de impugnación, se limita a aseverar que “...Futuro de Bolivia S.A. AFP, no consideró la Declaración de Doble Percepción suscrita por el Asegurado en fecha 14 de julio de 2011, en la que señala que el mismo se encuentra trabajando en el Magisterio. Asimismo, se evidencia que la AFP otorgó la Pensión Solidaria de Vejez y paga las mismas sin suspender los componentes de:

1. Compensación de Cotizaciones por los períodos de mayo, junio, julio y agosto 2011.
2. Fracción Solidaria por los períodos de mayo, junio, julio de 2011”.

Dicha aseveración se constituirá en el fundamento para establecer una obligación a nuestra AFP, pero que solo (sic) confirma el hecho de que su Autoridad no aplico (sic) el procedimiento punitivo establecido en la Ley N° 2341, y menos el de las disposiciones sectoriales aplicables, pues debe hacerse notar que a la fecha no existe reglamento para la aplicación del régimen sancionador de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.

Sin perjuicio de lo señalado previamente, es importante considerar que de acuerdo a lo establecido por el artículo 46 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en Materia de Prestaciones de Vejez, Prestaciones Solidarias de Vejez, Prestaciones por Riesgos, Pensiones por Muerte Derivadas de éstas y otros Beneficios aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de enero de 2011, son obligaciones del Servicio Nacional del sistema (sic) de Reparto SENASIR, entre otras, las siguientes:

g) Controlar la doble percepción.

h) Proceder con la suspensión temporal en casos de doble percepción.

i) Recuperar los pagos de CC cobrados de Asegurados que incurrieron en doble percepción

Existiendo entonces los mecanismos normativos y la institución designada para la recuperación del monto de CC, resulta evidente que la obligación de reponer el monto de la Compensación de Cotizaciones, es completamente arbitraria e ilegal, ya que las obligaciones de controlar, suspender y recuperar los pagos de de la CC por doble percepción, son una responsabilidad exclusiva del SENASIR.

*Situación similar opera con la fracción solidaria, ya que de acuerdo a lo establecido por el inciso b) del artículo 6 del Anexo 1 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012, el Asegurado podrá autorizar a las "...AFP a efectuar descuentos mensuales de hasta el veinte por ciento (20%) al monto total de la pensión que reciba **el Asegurado o Derechohabiente, aplicable únicamente a la fracción de saldo Acumulado y Fracción Solidaria**" (las negrillas son nuestras), esto con la finalidad de recuperar los montos indebidamente percibidos por la incompatibilidad ente la percepción de dicha fracción y el desempeño de actividades laborales, sean estas públicas o privadas.*

Fruto de ello, su Autoridad podrá evidenciar que fuera de violarse flagrantemente principios constitucionales y administrativos que garantizan el debido procedimiento administrativo, también impera la ausencia de motivación y de enlace lógico entre lo dispuesto por la nota APS/DPC/8418/2012 de 25 de octubre de 2012, que se utiliza para imponer una sanción administrativa (obligación) a nuestra Administradora; y la regulación que ahora se encuentra vigente en el Sistema Integral de Pensiones (SIP) para el control, suspensión y recuperación de cobros indebido por doble percepción tanto de la Compensación de Cotizaciones, así como de la Fracción Solidaria, restringiendo el derecho legítimo de FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP de desempeñar sus actividades transitorias dentro de un marco de seguridad jurídica como corresponde en un estado de derecho.

III. PETITORIO.-

En mérito a los argumentos jurídicos expuestos, su Autoridad advertirá que la Resolución Administrativa impugnada no ha cumplido con los principios constitucionales de presunción de inocencia y de un debido proceso establecidos en

los artículos 116 y 117 de nuestra Constitución Política del Estado, así como los establecidos en el artículo 4, inciso c); y los artículos 74 y 76 de la Ley de Procedimiento Administrativo, con la consiguiente **NULIDAD** del referido acto al amparo del artículo 35 inciso c) de la Ley de Procedimiento Administrativo, al haberse transgredido el mandato contenido en el artículo 62 del Decreto Supremo N° 27175.

Por lo anterior solicitamos que sin más trámite disponga la Revocatoria total de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 894-2012 de fecha 15 de noviembre de 2012 con la consiguiente nulidad de obrados y archivo de trámite..."

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 28-2013 DE 14 DE ENERO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 28-2013 de 14 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve "Confirmar la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 894-2012 de 15 de noviembre", exponiendo para ello, los fundamentos siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que con carácter previo a desarrollar el presente análisis, es necesario traer a colación lo que establece la Resolución Ministerial Jerárquica SG SIREFI RJ 02/2006 de 10 de enero de 2006, que en su parte pertinente expresa:

"III.1 Sobre el Derecho de Petición.

*El derecho a la petición es aquella facultad, que tiene toda persona, para acudir ante cualquier autoridad para elevar solicitudes, las cuales deben tener pronta y **fundamentada** resolución.*

El derecho de petición, se ha constituido en fundamento de protección y garantía para los administrados quienes, a través de dicho mecanismo, pueden exigir el cumplimiento de garantías, principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución así como para asegurar que las autoridades cumplan con los deberes de interés general o particular, pero hay que tener en cuenta que si bien la Constitución garantiza el derecho de petición, no debe confundirse con el contenido de lo que se pide, ni con la respuesta de la Administración, que son dos cosas completamente diferentes, ni tampoco el derecho de petición es una prerrogativa que implique una decisión favorable de la Administración, razón por la cual no debe entenderse lesionado este derecho cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa.

...

Es así, que la Ley No.2341 de 23 de abril de 2002, Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 1, literal b), señala como uno de los objetivos de la citada Ley: "hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública" reconociendo dicho instrumento normativo, en su artículo 16 literales a) y h), que, entre los derechos de las personas en cuanto a su relación con la Administración Pública, se encuentran los de: "formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente" y

“obtener una respuesta **fundada y motivada** a las peticiones y solicitudes que formulen”. (Las negrillas son nuestras)

...

III.3 Motivación o Fundamentación de los Actos Administrativos.

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

...

El artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo, al respecto, señala de la cual se deberá sustentar el acto en los hechos y antecedentes existentes y el derecho aplicable. Asimismo el acto administrativo deberá contener un fundamento, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto.”

Con relación a los argumentos de orden técnico-legal expresados por la AFP en su impugnación, corresponde señalar lo siguiente:

- **A la Nulidad del acto administrativo por vulneración de principios constitucionales y administrativos.**

Con respecto a los argumentos del regulado plasmados en los dos primeros subtítulos es importante aclarar que, evidentemente la Constitución Política del Estado en el artículo 117 establece que: “ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso...”. Asimismo es imperante señalar que la condena (sanción) conforme la norma constitucional, debe ser como producto de un previo y debido proceso, claro está respetando el derecho legítimo a la defensa.

Que como fundamento legal de esta parte analítica, se tiene como respaldo normativo el artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo el cual establece los Principios que rigen la actividad administrativa, entre los que se halla el de Sometimiento Pleno a la Ley, el cual dice: “La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso.”

A su vez el artículo 1 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera establece que, el Objeto del Reglamento es establecer las normas aplicables a los procedimientos administrativos en el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, así como el Procedimiento Administrativo para la interposición recursos administrativos.

También el artículo 2 del señalado Decreto Supremo indica que, las Superintendencias del SIREFI (ahora Autoridades del Sistema de Regulación Financiera), aplicarán los procedimientos y recursos administrativos establecidos en el presente Reglamento en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo y de

acuerdo a la normativa sectorial aplicable.

En el presente caso, se establece que el presente proceso administrativo no tiene la naturaleza de ser sancionador (del cual podría emanar una sanción -condena-); sino un procedimiento promovido por la misma AFP quien al solicitar al regulador la consignación de la nota APS/DPC/8418/2012 en Resolución Administrativa, ha ejercido su derecho a petición, debido proceso y asumir defensa ante las instrucciones plasmadas en dicho acto. Por su parte y ante lo anterior, ha llevado al regulador a calificar el tipo de solicitud y determinar el proceso administrativo previsto por norma, garantizando de esta manera el ejercicio amplio al derecho constitucional a la defensa, en lo particular aquel establecido en el artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, el cual como se expresó anteriormente no busca la determinación de una infracción y la posible calificación de la sanción, sino el que el administrado a través de la solicitud de consignación de un acto de menor jerarquía se eleve en Resolución Administrativa dicho acto, para que pueda en caso de decidir impugnar la misma, haciendo uso de los recursos que franquea la norma administrativa.

En ese comprendido, resulta incorrecta la interpretación del regulado cuando éste pretende asemejar el procedimiento aplicado al presente caso a uno sancionatorio. Por lo que para tranquilidad del regulado, en el presente proceso administrativo no se tiene la mínima posibilidad de que el regulador pueda sancionar en el presente proceso, aun cuando haya advertido la R.A.894-2012 indicios de infracción, los cuales podrán ser considerados en otro análisis, diferente al que ahora no s (sic) atañe.

Ahora bien, hay que considerar que la instrucción emanada por el regulador en la nota APS/DPC/8418/2012, ahora consignada en Resolución Administrativa, como acto administrativo de menor jerarquía tiene como objeto la reposición de los montos por concepto de Fracción Solidaria y Compensación de Cotizaciones Mensual al Fondo de Vejez y al TGN respectivamente, por periodos en los cuales el Asegurado ha incurrido en Doble Percepción. En ese entendido, al advertir el regulador la irregularidad de la AFP ha emitido la instrucción que se conoce, que encuentra respaldo legal en el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175, norma que hace referencia a los actos administrativos de menor jerarquía, los que deben ser de atención por los regulados por su carácter obligatorio una vez notificados éstos.

Por otro lado, no es concebible el argumento de la AFP de que la APS al emitir una instrucción por la cual la AFP tenga la obligación de restituir recursos incorrectamente utilizados, sea considerada como un acto de coerción al regulado, cuando dentro de las atribuciones del regulador se hallan las de controlar y supervisar la correcta administración de las prestaciones y el uso debido de los recursos de los Fondos del SIP; así lo refrenda el artículo 168 de la Ley de Pensiones cuando señala: "a) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos" y "d) Vigilar la correcta prestación de los servicios por parte de las personas y entidades bajo su jurisdicción."

En virtud a lo expuesto anteriormente, el argumento no es suficiente para revocar la

determinación del regulador.

- **A la Nulidad del acto administrativo por falta de fundamento.**

Es imperante referirse en esta parte del presente acto administrativo a los aspectos y situaciones que han dado lugar a las instrucciones emitidas por el regulador, considerando la naturaleza y propósitos del acto menor jerarquía y los efectos que genera éste en el regulado. En ese comprendido se establece lo siguiente:

De acuerdo al artículo 197° de la Ley No.065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, la reglamentación de la citada Ley corresponde al Órgano Ejecutivo y al Organismo de Fiscalización en el marco de su competencia.

La Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, en el Artículo 149 (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES) inciso v) e inciso w), establecen lo siguiente:

“v). Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia”.

“w). Cumplir con todo acto administrativo emanado por el Organismo de Fiscalización.”

La Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, en el Artículo 53 (DOBLE PERCEPCION) establece lo siguiente:

I. Los Asegurados o Derechohabientes que cuenten con Pensión o pago donde uno de sus componentes sea la Compensación de Cotizaciones Mensual y continúen realizando una actividad laboral financiada con recursos públicos, no podrán percibir el pago de la Compensación de Cotizaciones, a efecto de no incurrir en Doble Percepción, debiendo tramitarse la suspensión del pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual.

II. Los Asegurados con Pensión Solidaria de Vejez que continúen realizando una actividad laboral pública o privada no podrán percibir el pago de la Fracción Solidaria de Vejez”.

La Resolución Administrativa APS/DPC/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011, en el Artículo 17 (DECLARACION DE PENSION) punto III, establece lo siguiente:

“III. A la firma de la Declaración de Pensión Solidaria de Vejez, el Asegurado deberá suscribir el Formulario de Declaración Jurada sobre Doble Percepción de Fracción Solidaria, establecido en el Anexo 6 de la presente Resolución Administrativa”.

Mediante nota APS/DPC/8418/2012 de fecha 25 de octubre de 2012, esta Autoridad instruyó a Futuro de Bolivia S.A AFP lo siguiente:

“1. Reponer al Tesoro General de la Nación, con sus propios recursos, los montos efectivamente desembolsados por concepto de Compensación de Cotizaciones Mensual correspondientes a los periodos mayo, junio, julio y agosto de 2011.

2. Reponer al Fondo Solidario en cuotas, con sus propios recursos, los montos efectivamente erogados por dicho fondo correspondientes a los periodos mayo, junio y julio de 2011.

3. Anular el Convenio de Devolución/Descuento que el Asegurado habría suscrito en fecha de agosto de 2012 y la devolución, de cualquier descuento que se le habría efectuado al /ismo o pago que éste habría realizado.”

Independientemente de las causas que originan dicha instrucción, el plazo otorgado para el cumplimiento de la misma y remisión de documentación que respalde dichas regularizaciones fue de cuatro (4) días hábiles administrativos de recibida la nota APS/DPC/8418/2012, misma que fue recepcionada por la AFP en fecha 29 de octubre de 2012, por lo cual el plazo otorgado venció en fecha 05 de noviembre de 2012, sin que la AFP hubiere otorgado respuesta a la instrucción emanada por esta Autoridad a dicha fecha.

Por otra parte, corresponde señalar que la nota APS/DPC/8418/2012 de 25 de octubre de 2012, se encuentra en el marco de la normativa legal vigente; en este sentido, se evidencia que Futuro de Bolivia S.A. AFP, tenía conocimiento previo a la emisión de los pagos, de la suscripción de la Declaración de Doble Percepción, en la que indica que el Asegurado se encuentra trabajando en el Magisterio.

Asimismo, se evidencia que la AFP otorga la Pensión Solidaria de Vejez y paga sin suspender los componentes de:

1. Compensación de Cotizaciones por los periodos de mayo, junio, julio y agosto 2011.
2. Fracción Solidaria por los periodos de mayo, junio, julio de 2011.

En el primer pago y devengo, la AFP efectúa el pago de la Compensación de Cotización Mensual más la Fracción Solidaria al Asegurado siendo que este indicó que se encontraba trabajando en el Magisterio, aspecto que evidenciamos con la Declaración sobre Doble Percepción suscrita por el Asegurado, el cual se encuentra en el expediente del mismo con folio N° 13, expediente que fue remitido por Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante cite FUT.APS.JR 2050/2012 de fecha 01 de octubre de 2012.

Esta omisión por parte de la AFP ha ocasionado que el Asegurado incurra en Doble Percepción tanto de la Compensación de Cotizaciones como de la Fracción Solidaria, lo que ocasiona que tenga una deuda en el Sistema Integral de Pensiones.

Cabe señalar que el objeto de la nota APS/DPC/8418/2012 es que la AFP reponga los montos por concepto de Fracción Solidaria y de la Compensación de Cotizaciones Mensual de los montos de los periodos en los cuales el Asegurado Osvaldo Cabero Zapata habría incurrido en Doble Percepción, situación suscitada por la omisión de Futuro de Bolivia S.A. AFP de no considerar la Declaración de Doble Percepción suscrita por el Asegurado en fecha 14 de julio de 2011.

Por los motivos expuestos anteriormente y aquellos expuestos en la

Resolución Administrativa recurrida se tiene que, los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria no son suficientes para revocar la R.A.894-20 12, que consigna en Resolución Administrativa la nota APS/DPC/8418/2012.

CONSIDERANDO:

Que en esta parte del presente acto, es necesario señalar que el hecho de consignar un acto de menor jerarquía en Resolución Administrativa, ha generado que el regulado haya planteado su impugnación haciendo notar las observaciones y la pretensión de nulidad del acto administrativo; las cuales luego de la evaluación no corresponden, por lo que las determinaciones del regulador se mantienen incólumes.

Que considerando la naturaleza del presente proceso, no es posible la imposición de sanción alguna al regulado; lo que no inhibe al regulador de poder evaluar los incumplimientos advertidos en el presente caso, los cuales serán objeto de un análisis particular.

Que se establece que, en el presente proceso no se ha vulnerado derecho sustantivo o adjetivo alguno del regulado, toda vez que esta Autoridad ha emitido instrucciones con el respaldo factico como legal. Asimismo, ha promovido el presente proceso conforme a norma y a solicitud del regulado.

Que en cuanto a la solicitud de nulidad de la R.A.894-20 12 por motivos de falta de fundamentación, la misma no es atendible en consideración a que el regulador ha señalado expresamente en la resolución señalada anteriormente, los motivos que llevaron a emitir las instrucciones plasmadas en la nota APS/DPC/8418/20 12.

Que en virtud a los aspectos señalados anteriormente, se establece que los argumentos del Recurso de Revocatoria y aquel referido a la nulidad, no corresponden en razón a que el acto administrativo impugnado cuenta con los fundamentos que respaldan sus determinaciones.

Que por todo lo expuesto, esta Autoridad observa que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos suficientes que posibiliten la consideración de la revocatoria a la R.A.894-2012..."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado en fecha 4 de febrero de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 28-2013 de 14 de enero de 2013, exponiendo los alegatos siguientes:

"...I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

A tiempo de ratificar los argumentos expresados en nuestro memorial de Recurso de revocatoria de fecha 05 de diciembre de 2012 y presentado en fecha 13 de diciembre de 2012 tenemos a bien manifestar también lo siguiente:

1) NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

La Constitución Política del Estado en su artículo 14, parágrafo IV, ha señalado expresamente que “En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban”.

Con dicha cita constitucional, es importante considerar que de acuerdo a lo establecido por el artículo 46 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en Materia de Prestaciones de Vejez, Prestaciones Solidarias de Vejez, Prestaciones por Riesgos, Pensiones por Muerte derivadas de estas y otros Beneficios aprobado mediante Decreto Supremo N° 0822 de 16 de enero de 2011, son obligaciones del Servicio Nacional del sistema (sic) de Reparto SENASIR, entre otras, las siguientes:

g) Controlar la doble percepción.

h) Proceder con la suspensión temporal en casos de doble percepción.

i) Recuperar los pagos de CC cobrados de Asegurados que incurrieron en doble percepción

Como su Autoridad fácilmente podrá colegir, existen mecanismos normativos y una institución designada para la recuperación de los montos de Compensación de Cotizaciones indebidamente percibidos, criterio que no es ajeno a su Autoridad, toda vez que en los considerandos de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 738-2012 de 19 de septiembre de 2012 cabalmente ha expresado que “...siendo **el SENASIR** la entidad responsable de la calificación, otorgamiento y desembolso de los montos de la Compensación de Cotizaciones; **es la entidad a la que le corresponde solicitar los descuentos de dicho componente. Esta acción a la fecha es operativizado por dicha entidad al momento de recuperar los montos adeudados por Doble Percepción de Asegurados** que cobrando la Compensación de Cotizaciones continúan ejerciendo funciones laborales en el Sector Público” (las negrillas son nuestras).

Resulta evidente entonces que la obligación que se impone a nuestra AFP de reponer el monto de la Compensación de Cotizaciones con recursos propios, es completamente arbitraria e ilegal, ya que las obligaciones de controlar, suspender y recuperar los pagos de de la CC por doble percepción, son una atribución legal y responsabilidad exclusiva del SENASIR.

Situación similar opera con la fracción solidaria, ya que de acuerdo a lo establecido por el inciso b) del artículo 6 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 537-2012, el Asegurado podrá autorizar a las “...AFP a efectuar descuentos mensuales de hasta el veinte por ciento (20%) al monto total de la pensión que reciba **el Asegurado o Derechohabiente, aplicable únicamente a la fracción de Saldo Acumulado y Fracción Solidaria**” (las negrillas son nuestras), esto con la finalidad de recuperar los montos indebidamente percibidos por la incompatibilidad entre la percepción de dicha fracción y el desempeño de actividades laborales, sean estas públicas o privadas.

2) NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE IMPUGNA POR VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS.-

La actividad administrativa a efectos de garantizar el debido proceso, debe regirse por principios, de lo cuales es pertinente el contenido en el artículo 4, inciso c) de la Ley de procedimiento administrativo que a la letra señala: “Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública **regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso**” (las negrillas son nuestras). Dicha previsión normativa es traída a colación toda vez que la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 28-2013, la APS ha señalado que “...el presente proceso administrativo no tiene la naturaleza de ser sancionador...; sino un procedimiento promovido por la misma AFP quien al solicitar al regulador la consignación de la nota APS/DPC/8418/2012 en Resolución Administrativa, ha ejercido su derecho a petición, **debido proceso y asumir defensa ante las instrucciones plasmadas en dicho acto...**” (las negrillas son nuestras). Olvidándose que las instrucciones -obligaciones- que impliquen la disposición del patrimonio de nuestra AFP (recursos propios) deben necesariamente sustentarse en un debido proceso garantizando en todo momento el derecho de la AFP de asumir defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos. Aspecto que no ha sucedido, puesto que como se anoto (sic) previamente, se nos ha impuesto una obligación sin que medie un debido proceso.

3) NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE IMPUGNA POR FALTA DE FUNDAMENTO.-

Conforme con lo establecido por el artículo 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo todo acto administrativo debe contener como elemento esencial, entre otros, el referido en el inciso e) que a la letra dice: “**Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo**”.

El referido inciso b) determina que el acto administrativo “debe sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable”.

Como su Autoridad podrá advertir la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 28-2013 de fecha 14 de enero de 2013 objeto (sic) de impugnación, se limita a rescatar las citas normativas que le facultan a supervisar y controlar a las AFP en su rol transitorio de Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo y en la normativa vigente que respalda la prohibición de doble percepción, y la de incompatibilidad de percepción de fracción solidaria; pero en ningún acápite fundamenta el origen de la obligación que se nos impone mediante instrucción arbitraria e ilegal toda vez que existen instituciones y mecanismos -procedimientos- para lograr la recuperación de los montos indebidamente percibidos.

Asimismo es pertinente citar que la APS emitió la Circular APS/DPC 14-2013 que establece el envío de información al SENASIR de parte de las AFP para coadyuvar en el Control de la Doble Percepción, esto a raíz de las actas que fueron firmadas producto de reuniones sostenidas por el SENASIR, AFP's, EA, y APS. Dichas reuniones

fueron llevadas a cabo con anterioridad a la nota por la que se nos instruye reponer dineros con nuestros recursos, donde ya se había hecho patente que solo el SENASIR puede solicitar la suspensión y efectuar el cobro de la doble percepción.

Por todo lo expresado, su Autoridad podrá evidenciar que fuera de violarse flagrantemente principios constitucionales y administrativos que garantizan el debido procedimiento administrativo, también impera la ausencia de motivación y de enlace lógico entre lo dispuesto por la nota APS/DPC/8414/2012 de 25 de octubre de 2012, que se utiliza para imponer una sanción administrativa (obligación) a nuestra Administradora; y la regulación que ahora se encuentra vigente en el Sistema Integral de Pensiones (SIP) para el control, suspensión y recuperación de cobros indebido (sic) por doble percepción tanto de la Compensación de Cotizaciones, así como de la Fracción Solidaria, restringiendo el derecho legítimo de FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP de desempeñar sus actividades transitorias dentro de un marco de seguridad jurídica como corresponde en un estado de derecho.

III. PETITORIO.-

Con base en los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso y el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, reitero y solicito a su Autoridad disponga la Revocatoria total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 28-2013 de fecha 14 de enero de 2013 con la consiguiente nulidad de obrados y archivo de tramite (sic)..."

6. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 25 de febrero de 2013 se llevó a efecto la audiencia de exposición oral de fundamentos que fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en su memorial de 4 de febrero de 2013 (de Recurso Jerárquico), que se desarrolló conforme a la grabación digital que cursa en el expediente.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

No obstante encontrarse bajo relación de dependencia laboral en el Magisterio, al Asegurado Osvaldo Cabero Zapata, con CUA 3269838, le fueron pagadas, por parte de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, la Compensación de Cotizaciones Mensual correspondiente a los periodos mayo, junio, julio y agosto de 2011, y la

Fracción Solidaria correspondiente a los periodos mayo, junio, y julio de la misma gestión, criterios que también trascendieron a efectos del pago del aguinaldo 2011.

Toda vez que, en el entender de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, tal extremo infringió lo señalado por el artículo 53° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), dispuso mediante la nota APS/DPC/8418/2012 de fecha 25 de octubre de 2012, que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, “en el plazo máximo de cuatro (4) días hábiles administrativos”, reponga los montos pagados por ambos conceptos, y anule el Convenio de Devolución/Descuento suscrito en fecha 31 de agosto de 2012, además de “la devolución, de cualquier descuento que se le habría efectuado al mismo o pago que éste habría realizado”.

El meritulado artículo 53° de la Ley N° 065, de Pensiones, establece:

“...Artículo 53 (DOBLE PERCEPCIÓN).

- I. Los Asegurados o Derechohabientes que cuenten con Pensión o pago donde uno de sus componentes sea la Compensación de Cotizaciones Mensual y continúen realizando una actividad laboral financiada con recursos públicos, no podrán percibir el pago de la Compensación de Cotizaciones, a efecto de no incurrir en Doble Percepción, debiendo tramitarse la suspensión del pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual.
- II. Los Asegurados con Pensión Solidaria de Vejez que continúen realizando una actividad laboral pública o privada no podrán percibir el pago de la Fracción Solidaria de Vejez...”

La determinación del Ente Regulador, dio lugar a la consignación del contenido de la nota APS/DPC/8418/2012 de 25 de octubre de 2012 (a petición de la ahora recurrente), en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N° 894-2012 de 15 de noviembre de 2012, la que recurrida de Revocatoria, determinó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 28-2013 de 14 de enero de 2013.

A su vez y en ejercicio del derecho legítimo que asiste a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, mediante memorial presentado el 4 de febrero de 2012, interpuso Recurso Jerárquico por el que alega que, en los actos administrativos del Ente Regulador, existen vicios de nulidad por vulneración de principios constitucionales y administrativos, así como falta de fundamento, argumentando que no se habría cumplido un debido proceso y que garantice su derecho, a asumir defensa sobre sus derechos subjetivos e intereses legítimos, recurso que se pasa a considerar y resolver.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Procedencia del proceso administrativo sancionador.-

El Recurso Jerárquico señala que:

“...NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE IMPUGNA POR VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS.-

La actividad administrativa a efectos de garantizar el debido proceso, debe regirse

por principios, de lo cuales es pertinente el contenido en el artículo 4, inciso c) de la Ley de procedimiento administrativo (...) la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 28-2013, la APS ha señalado que "...el presente proceso administrativo no tiene la naturaleza de ser sancionador...; (...) Olvidándose que **las instrucciones -obligaciones- que impliquen la disposición del patrimonio de nuestra AFP (recursos propios) deben necesariamente sustentarse en un debido proceso garantizando en todo momento el derecho de la AFP de asumir defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos...**" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, a criterio de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, al corresponder la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 894-2012 de 15 de noviembre de 2012, a una determinación de "disposición del patrimonio de nuestra AFP (recursos propios)", correspondía que la misma se sustancie y conozca "necesariamente", en un proceso administrativo de naturaleza sancionatoria, porque, siempre en su criterio, es allí donde se garantiza "el derecho de la AFP de asumir defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos".

Toda vez que el extremo fue hecho presente ya, a tiempo del Recurso de Revocatoria, es pertinente conocer el fundamento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, expresado en la consiguiente Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 28-2013 de 14 de enero de 2013 -ahora recurrida-, conforme se transcribe a continuación:

"...el presente proceso administrativo no tiene la naturaleza de ser sancionador (del cual podría emanar una sanción -condena-); sino un procedimiento promovido por la misma AFP quien al solicitar al regulador la consignación de la nota APS/DPC/8418/2012 en Resolución Administrativa, ha ejercido su derecho a petición, debido proceso y asumir defensa ante las instrucciones plasmadas en dicho acto. Por su parte y ante lo anterior, ha llevado al regulador a calificar el tipo de solicitud y determinar el proceso administrativo previsto por norma, garantizando de esta manera el ejercicio amplio al derecho constitucional a la defensa, (...)

...la instrucción emanada por el regulador (...) tiene como objeto la reposición de los montos por concepto de Fracción Solidaria y Compensación de Cotizaciones Mensual al Fondo de Vejez y al TGN respectivamente, por periodos en los cuales el Asegurado ha incurrido en Doble Percepción. En ese entendido, al advertir el regulador la irregularidad de la AFP ha emitido la instrucción que se conoce, que encuentra respaldo legal en el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175,..."

El mencionado artículo 19° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, está referido a los actos administrativos de menor jerarquía, en tanto su existencia se justifica por exclusión o por defecto de los actos administrativos por antonomasia: las resoluciones administrativas (dentro de la particular materia administrativa financiera, conforme se establece de los artículos 17° y 18° de la misma norma).

Como tal, lo que el artículo refiere es un procedimiento en el sentido formal que ello importa: "Los actos administrativos" que no se constituyen en Resoluciones Administrativas -en los términos del artículo 17° del Reglamento-, "obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación"; empero, no determina ninguna realidad sustancial, como la que importa una sanción.

Entonces, la sencilla ocurrencia del procedimiento del artículo 19º, no puede significar, como erradamente señala el Ente recurrido, que el proceso no contenga una naturaleza sancionatoria, sino que el mismo, ahora sí en el sentido sustancial, debe estar referido a la "Pena para un delito o falta" (Cabanellas), o, razonando en sentido inverso, a la falta susceptible de sanción.

El contenido de la nota APS/DPC/8414/2012 (después consignada en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 894-2012 de 15 de noviembre de 2012), en concreto, está referida a:

"(...)

1. **Reponer** al Tesoro General de la Nación, con sus propios recursos, los montos efectivamente desembolsados por concepto de Compensación de Cotizaciones Mensual correspondientes a los periodos mayo, junio, julio y agosto de 2011.
2. **Reponer** al Fondo Solidario en cuotas, con sus propios recursos, los montos efectivamente erogados por dicho fondo correspondientes a los periodos mayo, junio y julio de 2011.
3. Anular el Convenio de Devolución/Descuento que el Asegurado habría suscrito en fecha 31 de agosto de 2012 y la devolución, de cualquier descuento que se le habría efectuado al mismo o pago que éste habría realizado..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Reponer significa, en el Diccionario de Cabanellas, "Volver a poner o colocar... Reintegrar... Substituir lo faltante o retirado... Restituir...", tiene entonces naturaleza restitutoria, no así sancionatoria, así sea que "impliquen la disposición del patrimonio de nuestra AFP (recursos propios)" como dice la recurrente; y con respecto a Anular, no hay lugar a presumir siquiera, que la determinación de tal actividad, tenga naturaleza sancionatoria, sino llanamente correctiva.

Sin embargo, no obstante de no haber sido la intención de la ahora recurrida, imponer sanción alguna, no puede pasarse por alto, el que al haber dispuesto "**Reponer... con sus propios recursos**" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), puede interpretarse que conlleva una sanción pecuniaria, implícita e intrínseca, por cuanto, no se limita a corregir un procedimiento que el Regulador considera errado o equívoco, sino que importa afectar el patrimonio propio de la regulada, entonces generando un perjuicio.

Demás está recordar que, tal naturaleza determina el proceso especial que la Ley manda para ello, este es, el que señalan los capítulos VI (Arts. del 71º al 84º) del Título Tercero de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y VI (Arts. del 62º al 69º) de su Reglamento para -en concreto- el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, concordantes, en ambos casos, con lo señalado por los artículos 292º al 296º, del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, reglamentario a la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 (de Pensiones).

Razonando con la precisión que obliga la materia de pensiones, es pertinente referir el

artículo 289° del precitado Decreto Supremo N° 24469, y que a la letra señala:

“...ARTÍCULO 289. (CONTENIDO DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA). Sin perjuicio de la acción por responsabilidad civil, **las sanciones administrativas impuestas** por la Superintendencia -aquí léase Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros-, **deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas...**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es decir que, **la norma** (entonces, excluyendo la voluntad discrecional del Regulador) refleja la íntima relación que existe entre “*la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas*” y “*las sanciones administrativas impuestas*”, determinando que, a la sanción por la infracción de la norma, le deviene el deber de resarcir los gastos y las pérdidas ocasionadas por lo mismo.

Aquí lo determinante es “*la violación de las normas*”, la infracción: si ha sucedido esta, corresponden tanto la sanción administrativa como la obligación de resarcir los gastos y las pérdidas ocasionadas, a serles impuestas al infractor, e infracción, en el sentido administrativo, es “*Transgresión, quebrantamiento, violación, incumplimiento...*” (Cabanellas).

Si se compulsa tal definición, con lo que señala la nota APS/DPC/8418/2012 de 25 de octubre de 2012, se constata que, no obstante de omitir mención de norma alguna, **la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sólo pudo haber dispuesto** “*Reponer... los montos efectivamente desembolsados por concepto de Compensación de Cotizaciones Mensual*”, “*Reponer al Fondo Solidario... los montos efectivamente erogados por dicho fondo*”, y “*Anular el Convenio de Devolución/Descuento... y la devolución, de cualquier descuento que se le habría efectuado al mismo o pago que éste habría realizado*”, **si en su criterio, con ello se subsanaba una infracción** a determinada norma, la cual, después se establece (en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N° 894-2012 de 15 de noviembre de 2012), correspondía al artículo 53° de la Ley N° 065, de Pensiones, que señala que:

“...Artículo 53 (DOBLE PERCEPCIÓN).

- I. Los Asegurados o Derechohabientes que cuenten con Pensión o pago donde uno de sus componentes sea la Compensación de Cotizaciones Mensual y continúen realizando una actividad laboral financiada con recursos públicos, no podrán percibir el pago de la Compensación de Cotizaciones, a efecto de no incurrir en Doble Percepción, debiendo tramitarse la suspensión del pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual.
- II. Los Asegurados con Pensión Solidaria de Vejez que continúen realizando una actividad laboral pública o privada no podrán percibir el pago de la Fracción Solidaria de Vejez...”

Por pertinente, se transcribe el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2012 de 11 de junio de 2012:

“...Es pertinente tener en cuenta lo establecido por la Constitución Política del Estado en sus artículos 115°, parágrafo II (El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa), 116°, parágrafo I (Se garantiza la presunción de inocencia), 117°, parágrafo I (Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada), 119° (I. Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan... II. Toda persona tiene derecho inviolable ala defensa) y 120°, parágrafo I (Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente), así como vale remitirse a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 52/2005 de 13 de diciembre de 2005, la que ha establecido que:

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

Por su parte, el anterior Tribunal Constitucional, en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, ha establecido que:

“...a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); (...)

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional

solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras).

Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso..."

Consiguientemente, corresponde dar razón a la recurrente, cuando acusa la infracción al derecho de defensa y al debido proceso administrativo, por cuanto, resulta ser ese el efecto de haber dispuesto el Ente Regulador, la reposición, la anulación de un Convenio y la devolución "de cualquier descuento", prescindiendo de un criterio adjetivo sancionador y del debido proceso que ello importa.

Asimismo, no es admisible lo sugerido por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 28-2013 de 14 de enero de 2013 -ahora recurrida-, en sentido que, habiéndose sustanciado el proceso "promovido por la misma AFP quien al solicitar al regulador la consignación de la nota APS/DPC/8418/2012 en Resolución Administrativa, ha ejercido su derecho a petición, debido proceso y asumir defensa ante las instrucciones plasmadas en dicho acto", por cuanto, tales extremos no desvirtúan ni convalidan la señalada inexistencia de debido proceso sancionatorio, sino que mas bien y en todo caso, la confirman.

En definitiva, se extraña el efectivo desenvolvimiento de ese debido proceso sancionatorio, lo que consiguientemente determina haberse vulnerado principios constitucionales y administrativos que hacen al mismo, y que invalida la determinación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

2.2. Incumplimiento al deber de pronunciamiento.-

Señala también la recurrente, que de conformidad con el artículo 46º del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley Nº 065, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 0822 de 16 de enero de 2011:

*"...existen mecanismos normativos y una institución designada -el Servicio Nacional del Sistema de Reparto- para la recuperación de los montos de Compensación de Cotizaciones indebidamente percibidos, (...)
Situación similar opera con la fracción solidaria,..."*

El extremo ya fue hecho presente a tiempo de su Recurso de Revocatoria de 13 de diciembre de 2012, cuando en su numeral 3 ("NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE IMPUGNA POR FALTA DE FUNDAMENTO") señala similares, sino idénticos, alegatos que los supra transcritos.

No obstante, la Resolución Administrativa que le corresponde (la ahora recurrida APS/DJ/DPC/N° 28-2013 de 14 de enero de 2013), no hace mención alguna a tales alegatos, y cuando en su acápite "A la Nulidad del acto administrativo por falta de fundamento" le toca pronunciarse sobre el precitado numeral 3, se limita a referirse a lo que ella identifica, como "los aspectos y situaciones que han dado lugar a las instrucciones emitidas por el regulador", estos son:

- Que la reglamentación de la Ley N° 065, de Pensiones, le corresponde al Órgano Ejecutivo y al Organismo de Fiscalización, en el marco de su competencia.
- Que -determinadas- funciones y atribuciones se hallan dispuestas en el artículo 149°, incisos 'v' y 'w', de la Ley N° 065 (entonces, correspondientes a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo).
- Que sobre la doble percepción, existe el criterio del artículo 53° de la Ley N° 065.
- Que existe el deber de suscripción del Formulario de Declaración Jurada sobre Doble Percepción de Fracción Solidaria, dispuesto por el artículo 17°, parágrafo III, de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 032-2011 de 23 de mayo de 2011.
- Que lo dispuesto en la nota APS/DPC/8418/2012 de 25 de octubre de 2012 (supra relacionada), se encontraría en el marco de la normativa legal vigente.
- Que "independientemente de las causas que originan dicha instrucción", la Administradora de Fondos de Pensiones no respondió a la instrucción que sale de la precitada nota, impuesta por el Ente Regulador.
- Que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** tenía conocimiento, por la Declaración de Doble Percepción, que el Asegurado se encontraba trabajando en el Magisterio.
- Que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, otorgó y pagó la Pensión Solidaria de Vejez, sin suspender los componentes de Compensación de Cotizaciones y de Fracción Solidaria.
- Que ello determinó que, el Asegurado, incurra en Doble Percepción, tanto de la Compensación de Cotizaciones como de la Fracción Solidaria, lo que a su vez ocasionó su deuda en el Sistema Integral de Pensiones.
- Que el objeto de la nota APS/DPC/8418/2012 de fecha 25 de octubre de 2012 es, que la Administradora de Fondos de Pensiones reponga los montos indebidamente pagados en doble percepción.

Empero nada menciona sobre la existencia de otros "mecanismos normativos" idóneos para el cobro, ni acerca del Servicio Nacional del Sistema de Reparto, cual "institución designada para la recuperación de los montos de Compensación de Cotizaciones indebidamente percibidos", ni de la "situación similar" que operaría con la Fracción Solidaria.

Por consiguiente, resulta evidente que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (antes que incumplir con su deber de fundamentar su decisión, que señala la recurrente), incumplió con su deber de pronunciarse, en infracción a lo dispuesto por los artículos 24° (derecho a la petición y a la obtención de respuesta) y 120°, parágrafo I (derecho a ser oída por autoridad jurisdiccional competente) de la Constitución Política del Estado, 16°, inciso 'a' (derecho a formular peticiones por ante la Administración Pública) y

17º, parágrafo I (obligación de dictar resolución expresa), de la Ley N° 2341 -de Procedimiento Administrativo- de 23 de abril de 2002.

CONSIDERANDO:

Que, en la sustanciación del presente proceso administrativo, se ha evidenciado que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha omitido impulsar el debido proceso sancionatorio, pese a lo cual, ha dispuesto medidas que afectan el patrimonio de la ahora recurrente, en vulneración de los principios constitucionales y administrativos que hace a ese debido proceso.

Que, asimismo, ha incumplido con su deber de pronunciarse sobre determinados alegatos reclamados por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en oportunidad de su Recurso de Revocatoria, en concreto, sobre la existencia de otros "*mecanismos normativos*" idóneos para el cobro, acerca del Servicio Nacional del Sistema de Reparto cual "*institución designada para la recuperación de los montos de Compensación de Cotizaciones indebidamente percibidos*" y acerca de la "*situación similar*" que operaría con la Fracción Solidaria.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR la resolución impugnada, hasta el vicio más antiguo.

PORTANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 28-2013 de 14 de enero de 2013 **inclusive**, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N° 894-2012 de 15 de noviembre de 2012, debiendo en consecuencia y en su lugar, pronunciarse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros deberá dar cumplimiento a la normativa en todos los procedimientos administrativos y evitar los incumplimientos a la misma conforme ha ocurrido en el caso de autos.

Regístrese notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

SEGUROS Y REASEGUROS
“CREDINFORM” INTERNATIONAL S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 30-2013 DE 14 DE ENERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI N°035/2013 DE 14 DE JUNIO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 035/2013

La Paz, 14 de Junio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°30-2013 de 14 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°890-2012 de 15 de noviembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 034/2013 de 13 de mayo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 072/2013 de 20 de mayo de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 05 de febrero de 2013, Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., representada legalmente por su Gerente General Sr. Miguel Ángel Barragán Ibargüen tal como lo acredita el testimonio Poder N° 0019/2010 de fecha 8 de enero de 2010, otorgado por ante Notario de Fe Pública Dr. Carlos Huanca Ayaviri, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°30-2013 de 14 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°890-2012 de 15 de noviembre de 2012.

Que, mediante nota cite: APS/DESP/DJ/DS/3758/2013, con fecha de recepción 8 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°30-2013 de 14 de enero de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 14 de febrero de 2013, notificado en fecha 21 de febrero de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°30-2013 de 14 de enero de 2013.

Que, el 15 de abril de 2013, a horas 9:15 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.

CONSIDERANDO:

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

1. ANTECEDENTES.-

Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., mediante nota SGER TEC 593/2012 de 2 de octubre de 2012, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros el Registro de cláusulas adicionales para la Póliza de Seguro de Automotor. Las referidas Cláusulas Adicionales son las siguientes:

- Cláusula de Cobertura Automática para Nuevas Adquisiciones (15 días).
- Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga.
- Cláusula de Proporcionalidad (Swing) +/- 10%.
- Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga para la Póliza de Seguro de Automotores (Incluye certificado del reasegurador).

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota Cite APS/DS/JTS/7898/2012 de 10 de octubre de 2012, se pronunció de la siguiente manera:

"...Acusamos recibo de nota SGER TEC 593/2012, a través de la cual solicita el registro de Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga y de la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga para la Póliza de Seguro de Automotores.

Al respecto, es necesario recordar a ustedes que el seguro de automotores es aquel que tiene por objeto proteger el patrimonio del asegurado, ante los daños y perjuicios causados por y en el vehículo asegurado.

Las cláusulas que pretenden registrar corresponden a un riesgo de responsabilidad civil, no relacionado a daños ocasionados al vehículo asegurado o daños que pueda ocasionar el mismo.

En este sentido, el registro técnicamente no procede, más cuando el propio reasegurador, establece claramente que la cláusula alimentaria (sic) el ramo de Responsabilidad Civil.

Por otra parte, agradeceremos que en el plazo de 3 días administrativos a partir de la recepción de la presente, nos informen los argumentos técnicos para solicitar el registro

de estas cláusulas, aclarando si este es a requerimiento de un intermediario o asesor, caso en el cual deberán informarnos quien efectuó dicha solicitud.”

Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., mediante nota SGER TEC 0665/2012 de fecha 16 de octubre de 2012, atendió el requerimiento de la Autoridad Reguladora indicando que la razón técnica es que la carga transportada por los vehículos en el momento en que los mismos circulan, forma parte del riesgo de este automotor que puede causar un daño o lesión a un tercero, citando como ejemplo, si un vehículo se encuentra cargando un turril y el mismo daña a otro vehículo, ese daño caería bajo la responsabilidad civil del asegurado dueño del vehículo, por lo que reiteran su solicitud del registro de las Cláusulas antes mencionadas, señalando además que era INBOLPACK la empresa que les habría hecho la solicitud de adicionar dichas cláusulas.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota CITE: APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012, ratificó que no corresponde el registro de las cláusulas requeridas, con el siguiente tenor:

“Acusamos recibo de nota SGER TEC 0665/2012, a través de la cual solicita el registro de Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga y de la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga para la Póliza de Seguro de Automotores.

Al respecto, reiteramos que las cláusulas solicitadas corresponden al ramo de responsabilidad civil, no relacionado a daños ocasionados al vehículo asegurado o daños que pueda ocasionar el mismo, lo cual está contemplado en su póliza de automotores y es ratificado por el propio reasegurador.

En este sentido, ratificamos que no corresponde el registro de las clausulas requeridas en su póliza de automotores.

Finalmente, agradeceremos que en el plazo de 3 días administrativos a partir de la recepción de la presente, remitan el Pliego de Especificaciones de INBOLPACK y nos informen quien es el intermediario de seguros.”

Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., mediante nota CITE: ANL-0661/12 de fecha 6 de noviembre de 2012, solicitó a la Autoridad Reguladora, que al amparo de lo dispuesto por el artículo 19 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175, la nota CITE: APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012, sea consignada en una Resolución Administrativa.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 890-2012 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 890-2012 de 15 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros consignó en Resolución Administrativa la nota CITE: APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012.

Los argumentos de la citada Resolución Administrativa, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que el artículo 19 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el

Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que: "Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligaran a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación".

Que a su vez el artículo 20 de la norma precitada determina: "I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada".

Que cumpliendo con lo prescrito en el numeral II) del artículo señalado, el Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS debe emitir la Resolución Administrativa en el plazo de diez (10 días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud. En caso de negativa o de no haberse pronunciado dentro de dicho plazo, el interesado podrá interponer el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo que motivó su solicitud.

CONSIDERANDO:

Que mediante nota SGER TEC 593/2012 de 2 de octubre de 2012, Seguros y Reaseguros Credinform Internacional S.A., solicitó el registro de la Cláusula de Cobertura Automática para Nuevas Adquisiciones (15 días), Cláusula de Proporcionalidad (SWING) +/- 10% para Accesorios, Cláusula de Responsabilidad Civil de carga para la Póliza de Seguro de Automotores y Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga para la Póliza de Seguro de Automotores, registradas mediante Resolución Administrativa IS N° 593/2003 de 22 de octubre de 2003.

Que a través de la nota APS/DS/JTS/7898/2012 de 10 de octubre de 2012, la Dirección de Seguros de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros informó a la Compañía Aseguradora de las observaciones efectuadas a la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga para la Póliza de Seguro de Automotores y de la Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga.

Que mediante nota SGER TEC 0665/2012 de 16 de octubre de 2012, la Compañía aseguradora en respuesta a la nota anterior, expresa textualmente:

"(...) se aclara que la Cláusula de Cobertura para operaciones de Carga y Descarga y la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga, solicitadas, aplican a la póliza según la siguiente argumentación técnica:

- La carga transportada por los vehículos en el momento en que los mismos circulan, forma parte del riesgo de este automotor que puede causar un daño o lesión a un tercero, como ejemplo, si un vehículo se encuentra cargando un turril y el mismo daña a otro vehículo o peatón si sale de la carrocería del vehículo asegurado, ese daño causado a un tercero caería bajo la responsabilidad civil del asegurado dueño del vehículo

Según lo anteriormente citado, el reasegurador respalda otorgar esta cobertura siempre que se cobre por separado la misma y se alimente al contrato de reaseguro de Responsabilidad Civil, con lo cual, existe una distribución correcta de los riesgos afectados y posteriormente indemnizados, tarificados correctamente y alimentando al contrato al que pertenecen.

Lo anteriormente citado, también es práctica de una póliza de Seguro de Multirisgo, cuyas secciones se tarifican por separado y alimentan al contrato de seguro según el ramo al que pertenezcan.

Por otra parte, aclaramos que el requerimiento corresponde a INBOLPACK, quienes solicitan esa cláusula en el Pliego de Especificaciones dentro de su proceso de Licitación de Seguros. (...)"

Que en este contexto, la APS mediante nota APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012, reitera que no corresponde el registro de las Cláusulas de Responsabilidad Civil de Carga para la Póliza de Seguro de Automotores y la de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga.

Que mediante carta, CITE: ANL-0661/12 de 6 de noviembre de 2012, **CREDINFORM SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** solicita consignar en Resolución Administrativa la nota APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012.

CONSIDERANDO:

Que por los hechos citados y el derecho aplicable, es procedente se eleve a Resolución Administrativa la carta CITE: APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012, emitida por el ente regulador, cuyo contenido textual es el siguiente:

"REGISTRO CLAUSULAS PARA LA PÓLIZA DE SEGURO DE AUTOMOTORES.

(...) reiteramos que las cláusulas solicitadas corresponden al ramo de responsabilidad civil, no relacionado a daños ocasionados al vehículo asegurado o daños que pueda ocasionar el mismo, lo cual está contemplado en su póliza de automotores y es ratificado por el propio reasegurador.

En este sentido, ratificamos que corresponde el registro de las cláusulas requeridas en su póliza de automotores.

Finalmente, agradeceremos que en el plazo de 3 días hábiles administrativos a partir de la recepción de la presente, remitan el Pliego de Especificaciones de INBOLPACK y nos informen quien es el intermediario de seguros"..."

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 13 de diciembre de 2012, SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/N°890/2012 de 15 de noviembre de 2012, con los siguientes argumentos:

"III.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO

III.I. FUNDAMENTOS DE HECHO, DERECHO Y TÉCNICOS:

Dentro de los argumentos citados a continuación, se señalan los cuerpos normativos

de los cuales se extracta parte del sustento y a su vez se entrelaza estos conceptos con exposición de sustento técnico.

De la Ley de Seguros

Dentro de la ley se establece que la POLIZA DE SEGURO es un "documento que instrumenta el contrato de seguro, en el que se establecen las normas que de manera general y particular, regulan las relaciones contractuales entre el asegurado y asegurador, de acuerdo a lo determinado en el Código de Comercio". (Subrayado nuestro). Con lo precedentemente determinado en la ley, se describe a continuación lo determinado en el Código de Comercio inherente al presente recurso.

De igual manera, la doctrina en general sobre la póliza de seguros señala que: "Una póliza de seguro es un contrato entre el asegurado y una compañía de seguros, donde se establecen derechos y obligaciones de ambas partes, las coberturas (son los riesgos que asume el asegurador y que se describen en la póliza) en relación al seguro contratado".

Del Código de Comercio.

De acuerdo a lo citado en el Código de Comercio, el artículo 984 (**Riesgos cubiertos**), señala que el "asegurador puede cubrir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestas las personas, los bienes o el patrimonio ", con lo cual, se confirma que la Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga y la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga para la Póliza de Seguro de Automotores, en adelante referidas como LAS CLAUSULAS, implican que la compañía de seguros otorga cobertura tanto:

- Al mismo vehículo por las operaciones de carga y descarga de una carga transportada por el mismo como (sic)
- Cobertura por riesgos que exponen a un daño o lesión a personas y/o sus bienes y/o su patrimonio, al ser estas personas, terceros afectados por las operaciones de carga y descarga de carga transportada por un vehículo, o afectados por el daño o lesión causados por la carga transportada por un vehículo.

Asimismo, el artículo 1044 (Objeto) del mismo cuerpo normativo, señala que "puede ser objeto del seguro de daños, cualquier riesgo que, directa o indirectamente, afecte a los bienes o al patrimonio de un persona, siempre que exista interés asegurable manifestado en el deseo de que el siniestro no ocurra, al tener esta persona un interés económico lícito. El interés asegurable debe ser susceptible de estimación de dinero. (Subrayado nuestro). En este caso, se establece claramente que existe un interés asegurado exteriorizado en el deseo de que un daño al vehículo o a un tercero o lesión al mismo, **no ocurra**, a causa de las operaciones de carga y descarga de una carga transportada por el vehículo asegurado, o por la misma carga transportada por un vehículo asegurado.

Con este argumento se pretende mostrar que, Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. cubre:

1) Al vehículo en sí, que es mencionado por la propia APS en su nota 8518/2012 y por tanto en la Resolución Administrativa 890/2012, que señala textualmente "...daños ocasionados al vehículo asegurado o daños que pueda ocasionar el mismo, lo cual está contemplado en su póliza de automotores" (**Subrayado nuestro**).

2) El riesgo de responsabilidad civil a terceros causados por la carga de un vehículo asegurado o por las operaciones de carga y descarga de la misma.

Cabe señalar también que, el artículo 1113 (**Otros seguros de daños**) señala que "...pueden emitirse pólizas de riesgos combinados como ser seguros de automotores, de aviones y otros." (**Subrayado nuestro**).

Este punto demuestra que es permitido que el seguro de Automotores incluya varias coberturas de riesgos y por tanto, de ramos diferentes, tal es así que, la póliza de Seguro de Automotores registrada mediante Resolución Administrativa IS. Nro. 593 de fecha 22 de Octubre de 2003 con código de registro N° 102 - 910500 - 2003 10 085 contiene las siguientes secciones de diferentes coberturas y diferentes ramos, acorde a lo dispuesto con la clasificación de coberturas para Automotores, de la Resolución Administrativa IS N° 304 de fecha 21 de octubre de 1999:

- **SECCIÓN I:** SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL con código de registro N° 102 - 910500 - 2003 10 085 - 1010.
- **SECCIÓN II:** SEGURO DE PÉRDIDA TOTAL POR ROBO con código de registro N° registro No. 102-910500-2003 10 085 - 1011
- **SECCIÓN III:** SEGURO DE PÉRDIDA TOTAL POR ACCIDENTE con código de registro N° 102-910500-2003 10 085-1012
- **SECCIÓN IV:** SEGURO DE DAÑOS PROPIOS con código de registro N° registro No. 102-910500-2003 10 085- 1013
- **SECCIÓN V:** SEGURO DE CONMOCIÓN CIVIL, HUELGAS Y DAÑO MALICIOSO con código de registro N° registro No. 102-910500-2003 10 085-1004
- **SECCIÓN VI:** SEGURO DE ROBO PARCIAL con código de registro N° 102- 910500-2003 10 085- 1014
- **SECCIÓN VII:** SEGURO DE ACCIDENTES PERSONALES A OCUPANTES DE VEHÍCULOS con código de registro N° 102 - 910500 - 2003 10 085 - 1015

Respecto al REASEGURO, el artículo 1115° del Código de Comercio, señala que "El reasegurador comparte la suerte del asegurador en el desarrollo del contrato principal dentro de las estipulaciones y términos del convenio de reaseguro y las regulaciones legales."

Con este punto, se pretende resaltar que, a la fecha el reasegurador Hannover Rück, quien respalda las operaciones de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., ha emitido un CERTIFICADO señalando que la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga para la póliza de Automotores **APLICA** a dicha póliza de Automotores y es **cubierta** por el contrato suscrito entre compañía y dicho reasegurador, lo cual sustenta la base técnica de poder otorgar dicha cláusula en la póliza de seguro de Automotores, aunque alimente otro ramo. Se vuelve a citar el ejemplo de la póliza de Seguro Multirisgo registrada mediante resolución Administrativa IS N° 824/2007 con el código de registro N° 102-910951-2007 10 100, que contiene las siguientes secciones y alimenta a su propio ramo en el contrato de reaseguro suscrito entre nuestra compañía y Hannover Rück y a través de Conesa Kieffer & Asociados en el caso de la Sección de Riesgos Políticos y Terrorismo:

- SECCIÓN I: TODO RIESGO DE DAÑOS A LA PROPIEDAD con código.de registro N° 102-910951-2007 10 100-1001
- SECCIÓN II: SEGURO DE EQUIPO ELECTRÓNICO con código de registro N° 102-

- 910951-2007 10 100-1003
- **SECCIÓN III: SEGURO DE ROTURA DE MAQUINARIA con código de registro N° 102-910951-200710100-1002**
 - **SECCIÓN IV: PÉRDIDA DE BENEFICIOS A CONSECUENCIA DE ROTURA DE MAQUINARIA con código de registro N° 102-910951-2007 10 100-1009**
 - **SECCIÓN V: PÉRDIDA DE BENEFICIOS A CONSECUENCIA DE TODO RIESGO DE DAÑOS A LA PROPIEDAD con código de registro N° 102-910951-2007 10 100-1004**
 - SECCIÓN VI: SEGURO PARA RIESGOS POLÍTICOS Y TERRORISMO con código de registro N° 102-910951-2007 10 100-1010
 - SECCIÓN VII: SEGURO DE TODO RIESGO DE CONSTRUCCIÓN con código de registro N° 102-910951-2007 10 100-1011
 - SECCIÓN VIII: SEGURO DE TODO RIESGO DE MONTAJE con código de registro N° 102-910951-2007 10 100-1012
 - SECCIÓN IX: SEGURO DE TODO RIESGO DE EQUIPO DE CONTRATISTAS con código de registro N° 102-910951-2007 10 100-1013
 - SECCIÓN X: SEGURO DE EQUIPO MÓVIL PESADO con código de registro N° 102-910951-2007-10-100-1014

De la Póliza.

De acuerdo a lo establecido en la SECCIÓN I - SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL de la póliza de Seguro de Automotores, "la Compañía garantiza el pago de las indemnizaciones de las cuales, de acuerdo a Ley, resulte civilmente responsable el Asegurado a consecuencia de lesiones corporales y daños materiales que se causen a terceros por el uso del vehículo asegurado, dentro la vigencia de esta Póliza, exceptuando las exclusiones que se señalan en la Cláusula 5"

Asimismo, una de las exclusiones de la Cláusula 5 señala: "Muerte, lesiones o daños causados por la carga transportada por el vehículo asegurado".

No obstante lo citado en la exclusión señalada y salvo pacto en contrario, la compañía ha decidido dentro del marco técnico correspondiente, otorgar cobertura a este punto a través de las CLAUSULAS y levantar esta exclusión, como se realiza en la práctica normal en cualquier otra póliza que contiene exclusiones que son levantadas a través de la correspondiente cláusula de cobertura, misma que encuentra sustento para su registro en la Resolución Administrativa N° 304/1999 cuando señala dentro del método de cotización, la asignación del código para este tipo de cláusulas:

"X = 2 si se trata de cláusulas adicionales y/o anexos que tengan connotación para ampliar o modificar la cobertura básica del condicionado general"
(Subrayado nuestro)

Para reforzar lo antedicho, cabe señalar que, el asegurado goza de la libertad de discrepar en los términos establecidos en la póliza de acuerdo al Artículo 1013 del Código de Comercio que también se halla inserto en el Condicionado General de la póliza de Seguros de Automotores. Finalmente y una vez más, cabe resaltar la existencia del respaldo y soporte del reasegurador del contrato de reaseguro, tanto de Automotores como de Responsabilidad Civil, que demuestra que técnicamente puede otorgarse las CLAUSULAS en la póliza de Automotores y que no se está

levantando una exclusión que implicará contratar una cobertura facultativa de reaseguro que además encarecería el seguro al asegurado que debe ser protegido en su patrimonio, bienes o personas como lo señala la Ley de Seguros.

Del texto de las cláusulas (sic).

Las CLAUSULAS requeridas para su registro contienen el siguiente texto:

**CLAUSULA DE COBERTURA PARA OPERACIONES DE CARGA Y
DESCARGA**

Mediante la presente clausula se acuerda y establece que, la compañía indemnizará daños, tanto ocasionados al vehículo, como a terceros (responsabilidad civil) mientras se esté cargando y descargando bienes y/o carga del y/o al mismo.

Contrario a lo que cita APS en la Resolución Administrativa N° 890/2012, que señala textualmente:

Al respecto, reiteramos que las cláusulas solicitadas corresponden al ramo de responsabilidad civil, no relacionado a daños ocasionados al vehículo asegurado o daños que pueda ocasionar el mismo,... " **(Subrayado nuestro)** esta (sic) clausula (sic) si contiene cobertura al vehículo por los daños que se causan al mismo mientras se realizan operaciones de carga y descarga, con lo cual, lo citado por la R.A. 890/2012 es incorrecto.

**CLAUSULA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE CARGA PARA LA PÓLIZA DE
SEGURO DE AUTOMOTORES**

Queda entendido y convenido que la cobertura de Responsabilidad Civil de la póliza, se amplía a cubrir Responsabilidad Civil de Carga, misma que cubre todos los daños causados a bienes de terceros o lesiones corporales a terceros cuando la carga transportada del vehículo provoque el daño o lesión o cuando el conductor del vehículo asegurado realice operaciones de carga y descarga del y/o al vehículo.

Se excluyen expresamente daños a la carga transportada. "

Mediante esta cláusula se extiende la cobertura de Responsabilidad Civil de la SECCION I de la póliza, a cubrir daños y/o lesiones a terceros causados por las carga que transporta el vehículo o durante las operaciones de carga y descarga; tal como señalado anteriormente, la cláusula citada levanta la exclusión del inciso e) de la Cláusula 5 de dicha SECCION I, como se realiza en prácticas normales de esta y otras pólizas, contando inclusive con el soporte y respaldo del reasegurador del contrato de reaseguro automático de Automotores y Responsabilidad Civil.

Tal como se ejemplificara en exposiciones anteriores de la compañía presentada a APS, la carga de un vehículo, para efectos de esta Clausula, se considera una extensión del

mismo a la hora de causar un daño o lesión a un tercero, lo que se explica casi por sí solo, siendo un vehículo en movimiento UNA UNIDAD DE RIESGO que puede causar daños o lesiones a un tercero; tal es así que, inclusive una chata o un remolque adheridos a un vehículo asegurado, que causen un daño a un tercero, son objetos del seguro casados con el vehículo automotor y por tanto incluidos como ítems en la póliza de seguro automotor. Este concepto inclusive encuentra sustento legal en el Decreto Supremo 27295 que regula al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito - SOAT cuyo artículo 23 señala:

“El SOAT cubre los riesgos de muerte y lesiones corporales que sufran las personas como consecuencia de accidentes de tránsito en que intervengan el vehículo asegurado y sus remolques.” **(Subrayado nuestro)**

La carga transportada por un vehículo asegurado, forma parte del riesgo que significa dicho vehículo, tanto mientras esté estacionado o parado, como mientras esté en movimiento, porque constituye un peligro incluido al hecho de estar adherido o cargado en el vehículo; este riesgo pertenece a un evento cubierto por la responsabilidad civil, pero la misma está asignada al hecho de que la carga acompaña al vehículo y que puede causar un daño a un tercero.

Tanto los daños causados por la carga, como las operaciones de carga y descarga, contienen todas las características del riesgo, en este caso el riesgo de automotor al que van ligadas:

- Incierto
- Posible
- Concreto
- Lícito
- Fortuito
- Contenido económico

Del respaldo de reaseguro.

El reasegurador del contrato de reaseguro XL TP y del reaseguro de Automotores, Hannover Riickversicherungs A.G., debidamente registrado en APS, nos ha remitido una certificación transcrita textualmente a continuación:

“CERTIFICADO

A quien corresponda:

Mediante el presente certificado se deja constancia que, la Cláusula detallada líneas abajo para las pólizas señaladas, es cubierta por el Contrato de Reaseguro - Programa Tent Plan, suscrito entre Hannover Riickversicherungs y Seguros y Reaseguros Credinform Internacional S.A.:

Nº	Nombre de la Clausula	Pólizas a las que aplica
1	Cláusula de responsabilidad civil de carga	Pólizas de Automotores

Se aclara que dicha Clausula (sic) puede ser otorgada para el ramo de Automotores, siempre que alimente al contrato de reaseguro Tent Plan para el ramo de Responsabilidad Civil.

Es cuanto a bien tenemos certificar. "

Es correcto señalar que el reasegurador reconoce que el riesgo de RC de carga corresponde y alimenta al contrato de Reaseguro de Responsabilidad Civil, pero también es evidente QUE EL PROPIO REASEGURADOR PERMITE Y RESPALDA A LA COMPAÑÍA EL PODER EMITIR ESTA COBERTURA PARA LA POLIZA DE AUTOMOTORES, con lo cual, con una base de prudencia y responsabilidad, Seguros y Reaseguros Credinform Internacional S.A. otorga la cobertura con el debido respaldo de su reasegurador, y se confirma una vez más que, el seguro de automotores encierra varios riesgos combinados que implican probabilidades de ocurrencia de hechos dentro de esos riesgos, tal como son los daños al vehículo ocasionados por la carga que transporta y las operaciones de carga y descarga y los daños a terceros producidos por la carga transportada por el vehículo. Asimismo, querer limitar el otorgar esta cobertura una vez respaldada por un reasegurador que lleva a cabo operaciones a nivel mundial, se considera que implica no aceptar la universalidad del seguro y su aplicabilidad no solo en Bolivia, sino en todo en todo el mundo.

De la doctrina y la práctica internacional.

De acuerdo a lo citado en los textos SEGUROS - TEMAS ESENCIALES de Fernando Palacios Sánchez (2007, 735 páginas) que se ocupa entre otros seguros de Seguro automotor en Colombia y LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU SEGURO de Juan Perán Ortega, que se ocupa también de la Responsabilidad civil del vehículo a motor (1998, 511 páginas), en el seguro de RC de automotor, se excluyen daños a la carga transportada (tal como cita una de las CLAUSULAS objeto de este Recurso) y no así exclusiones por daños a terceros causados por la carga ni se excluyen daños al vehículo causados por la carga que transporta.

En el Diccionario MAPFRE de Seguros de Julio Castelo Matrán (1988, 311 páginas) define al seguro de automóviles como "aquel que tiene por objeto la prestación de indemnizaciones derivadas de accidentes producidos a consecuencia de la circulación de vehículos.", con lo cual, se refuerza el hecho de que, un accidente en el cual circule un vehículo y el mismo pueda contener carga y esta dañe al propio vehículo o a terceras personas, queda totalmente enmarcado en la definición citada.

La emisión de LAS CLAUSULAS adheridas a la póliza de Seguro de Automotores NO dejan al descubierto los conceptos básicos de "Interés asegurable" e "Indemnización" de la doctrina de seguros.

Sobre el interés asegurable el Diccionario MAPFRE de Seguros ya citado señala:

"Interés asegurable: requisito que debe concurrir en quien desee la cobertura de determinado riesgo, reflejado en su sincero deseo de que le siniestro no se produzca, ya que a consecuencia de él, se originaría un perjuicio a su patrimonio [...]. El interés asegurable no es solo un requisito que imponen los aseguradores, sino una necesidad para velar por la naturaleza de la institución aseguradora, sin la cual sería imposible cumplir su Junción

protectora en la sociedad"

De igual manera otros autores sobre el interés asegurable señalan:

"Por interés asegurable se entiende la relación lícita de valor económico sobre un bien. Cuando esta relación se halla amenazada por un riesgo, es un interés asegurable"

El interés asegurable es un requisito que debe concurrir en quien desee la cobertura de algún riesgo, reflejado en su deseo verdadero de que el siniestro no se produzca, ya que a consecuencia de él se originaría un perjuicio para su patrimonio.

El principio del interés asegurable se entenderá fácilmente si se tiene en cuenta lo que se está (sic) asegurando, esto quiere decir, el objeto del contrato no es la cosa amenazada por un peligro incierto, sino el interés del asegurado en que el daño no se produzca. El interés asegurable no es solo un simple requisito que imponen los aseguradores, sino una necesidad para velar por la naturaleza de la institución aseguradora. En efecto si tomamos en cuenta estas premisas, tendríamos que la existencia de contratos sin interés asegurable, produciría necesariamente un aumento en la siniestralidad y esto motivaría una elevación de las primas y el verdadero asegurado tendría que pagar un precio superior al que realmente correspondería a su riesgo, perjudicándose así no sólo él, sino también la economía del país, que tendría que soportar una carga económica superior a la debida. (Magee J.II. en su texto "Seguros Generales 1". México by UTEHA)

Asimismo, debemos mencionar lo señalado por los autores Castillo Freyre y Richter Valdivia en cuanto se refiere al interés asegurable:

"El interés asegurable consiste en "la voluntad de querer conservar indemne un valor incorporado a una relación jurídica de contenido económico que vincula a un sujeto con un objeto, en la voluntad de conservar un valor incorporado al derecho subjetivo" (1). En tal sentido, podemos afirmar, que el interés asegurable es la relación de valor económico sobre un bien (patrimonio o persona, un objeto o un sujeto de derecho) que existe cuando esta relación se haya amenazada por la eventualidad de un riesgo, por lo que se le incorpora en el programa del contrato de seguros".
(CASTILLO FREYRE, Mario y RICIITER VALDIVIA, Pedro. Op. Cit. p 91-92)

Sobre el concepto de indemnización el Diccionario MAPFRE de Seguros ya citado señala

"Indemnización: ...compensación o resarcimiento económico por el (sic) menoscabo producido al perjudicado que se realiza por el causante del daño o por quien deba corresponder en su lugar. [...] El fin de la indemnización es conseguir una reposición económica en el patrimonio del asegurado afectado por un siniestro, bien a través de la sustitución de los objetos dañados o mediante la entrega de una cantidad en metálico equivalente a los bienes lesionados.

De igual manera otros autores señalan:

"Es la suma pecuniaria que desembolsa la compañía de seguros a favor del asegurado o los beneficiarios de éste, al materializarse el riesgo contemplado en la póliza de seguros suscrita por las partes" **(Vega Copo, Abel; Tratado del contrato de seguro- Civitas S.A.)**

"Es la suma pecuniaria que desembolsa la compañía de seguros a favor del asegurado o los beneficiarios de éste, al materializarse el riesgo contemplado en la póliza de seguros suscrita por las partes". **(Productos y Servicios Financieros y (le Seguros; Vale, Vicente del; 2006 Mcgraw-Hill Inter americana de España)**

Con esto quiere ponerse en evidencia el vacío que existiría respecto a estos conceptos si no se otorgan las CLAUSULAS en vista del requerimiento del asegurado.

La doctrina no solamente contempla la definición de riesgo, sino de UNIDAD DE RIESGO, con lo cual, podemos reiterar que el vehículo y su carga constituyen una unidad de riesgo en vista de la siguiente definición extraída del texto GESTION DEL SEGURO DEL AUTOMOVIL - UD2.T3 - El contrato de seguro del automóvil y sus modalidades MAESTRIA EN GESTION DE SEGUROS, MAPFRE:

"3. ¿Qué se entiende por vehículo a motor?"

Tienen la consideración de vehículos a motor, a los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y de la obligación de estar asegurados, todo vehículo, especial o no, idóneo para circular por la superficie terrestre e impulsado por motor, incluidos los ciclomotores, así como los remolques y semiremolques, estén o no enganchados, con exclusión de los ferrocarriles, tranvías y otros que circulen por vías que les sean propias. Los vehículos impulsados por motores eléctricos, que tengan la consideración legal de juguetes, están excluidos de esta ley, e igualmente las sillas de ruedas. "

Para terminar con esta exposición respecto a lo que establece la práctica de seguros y su doctrina, a continuación se cita textualmente lo establecido en el texto GESTION DEL SEGURO DEL AUTOMOVIL - UD2.T4 - Modalidades de contratación MAESTRIA EN GESTION DE SEGUROS, MAPFRE, el relación a la póliza "Paquete", donde claramente se encuentra la cobertura que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. desea otorgar con las CLAUSULAS, con lo cual se confirma que técnicamente y universalmente es posible otorgarlas en ese ramo:

"¿Qué es una "póliza-paquete"?"

Las distintas modalidades de seguro y sus correspondientes coberturas pueden integrarse, total o parcialmente, en una determinada oferta de póliza. Esta póliza, [...] recoge varias coberturas, se denomina en el argot sectorial "póliza-paquete".

Modalidad D

- Seguro obligatorio.
- Seguro de responsabilidad civil suplementaria.
- Defensa jurídica (penal y civil).

- Reclamación de daños.
- Seguro del conductor.
- Asistencia en viaje.
- Daños producidos a terceros por remolques, caravanas y los objetos transportados. **(Subrayado nuestro)**

Modalidad E

- Seguro obligatorio.
- Seguro de responsabilidad civil suplementaria.
- Defensa jurídica (penal y civil).
- Reclamación de daños.
- Seguro del conductor.
- Asistencia en viaje.
- Daños producidos a terceros por remolques, caravanas y los objetos transportados. **(Subrayado nuestro)**
- Roturas de lunas y parabrisas. Se incluyen aquí los daños ocasionados por rotura total o parcial de las lunas delanteras, traseras y laterales.
- Incendio del vehículo. Cubre todos los daños ocasionados al vehículo como consecuencia del incendio o explosión del mismo. En caso de pérdida total se establecen indemnizaciones del 100% del valor de nuevo durante el período de tiempo que se determine (normalmente de uno a tres años).

Modalidad F

A partir de una cierta gama de prestaciones conviene distinguir entre coberturas personales y materiales para clarificar la oferta.

Coberturas de riesgos y servicios personales:

- Seguro obligatorio.
- Seguro de responsabilidad civil suplementaria.
- Defensa jurídica (penal y civil).
- Reclamación de daños.
- Seguro del conductor.
- Asistencia en viaje.
- Daños producidos a terceros por remolques, caravanas y los objetos transportados. **(Subrayado nuestro)**
- Información telefónica. Servicio consistente en la atención de consultas de los asegurados y asesoramiento sobre cuestiones legales y de la circulación en general.

Coberturas para el automóvil

- Rotura de lunas y parabrisas.
- Incendio del vehículo.
- Robo y hurto del vehículo. Se indemniza por el valor de mercado del vehículo o por su valor de nuevo. Es más frecuente el primer supuesto, que llega al 100% de dicho valor. Cuando se indemniza por el valor de compra, el porcentaje respecto al mismo varía según la antigüedad del vehículo.
- Limpieza del vehículo por transporte de heridos a un centro sanitario.
- Préstamo sin intereses ni gastos, destinado a la reforma de daños del vehículo

cuando el siniestro tenga lugar sin tercero responsable. Se estipula un máximo de 3000 euros a devolver en cuotas mensuales. ”

IV.- CONCLUSIONES

De la revisión de todos los argumentos técnicos y legales señalados y fundamentos en el presente recurso, se infiere que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, actuó incorrectamente al negar el registro de las cláusulas solicitadas por nuestra compañía, debiendo en consecuencia revertir tal decisión

Por otra parte, Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. posee 58 años de experiencia en el rubro y a la fecha no cuenta con siniestros en litigio por no pago, con lo cual se considera que APS no podría coartar la libertad de cubrir riesgos solicitados por los asegurados, siempre en el marco técnico, legal y doctrinal previsto.

V.- PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo No.27175, establecidos para la presentación del Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, invocando nuestro derecho a la petición ante la Autoridad Administrativa, reconocido por el artículo 16 literal a) de la Ley No.2341 de Procedimiento Administrativo solicitamos:

- i. **Admita el presente Recurso de Revocatoria.**
- ii. **Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso de revocatoria disponiendo la REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 890-201212 (sic) de 18 de julio de 2012 (sic), y la consiguiente REVOCATORIA TOTAL de la nota APS/DS/JTS/8518/2012, y en consecuencia se autorice el registro de las cláusulas solicitadas por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.**

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 30-2013 DE 14 DE ENERO de 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 30-2013 de 14 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 890-2012 de 15 de noviembre de 2012.

Los argumentos presentados, en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

“CONSIDERANDO:

Que antes de ingresar al análisis de fondo, conviene tener presente nociones de algunas categorías conceptuales propios del mercado de seguros. Existen tres **modalidades de seguros**: **a)** Generales o Fianzas, **b)** Personas y **c)** Previsionales. Cada una de estas modalidades comprende **ramos de seguros** que, enunciativamente, son: Incendios, Ramos Técnicos, Transporte, Responsabilidad Civil, Automotores, Todo Riesgo o Combinados entre los principales. A su vez, cada una de estos ramos comprende lo que se llaman **“coberturas”** (en algunas legislaciones se las llama también secciones).

Ahora bien, por “**ramo**” de seguros, se entiende al “Conjunto de modalidades de seguro relativas a riesgos de características o naturaleza semejantes. En este sentido se habla de ramo de vida, ramo de automóviles (**léase automotores**), ramo de incendios, etc.” según el diccionario de la Fundación MAPFRE (las negrillas son de la APS), mientras que por “**cobertura**” se entiende a la porción de un riesgo, responsabilidad u obligación que se encuentra asegurada, garantizada o respaldada, en otras palabras, es el riesgo que cubre la póliza contratada con todas sus limitaciones, delimitaciones y exclusiones.

CONSIDERANDO

Que visto y revisado lo anterior, corresponde analizar las alegaciones de **CREDINFORM INTERNATIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en el punto 1 del sexto Considerando de la presente resolución, nada que objetar teniendo presente que únicamente se observan, **a)** la Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga, y **b)** la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga para la Póliza de Seguros de Automotores.

Que en relación al argumento de la recurrente señalada en el punto 2 del sexto Considerando de la presente resolución, la nota APS/DS/JTS/7898/2012 de 10 de octubre de 2012, se alega que el seguro de automotores es aquél que tiene por objeto proteger el patrimonio del asegurado ante los daños y perjuicios causados **por y en el vehículo asegurado**. Esta aseveración tiene íntima relación con el contenido de la carta SGER TEC 593/2012 de 2 de octubre de 2012 de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** que a su vez, solicita el registro de las cláusulas señaladas en los considerados precedentes y en lo pertinente, el texto de la “Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga” que propone dicha compañía establece: “Mediante la presente cláusula se acuerda y establece que, la compañía indemnizará daños, tanto ocasionados al vehículo, como a terceros (responsabilidad civil) mientras se esté cargando y descargando bienes y/o carga del y/o al mismo...”

La Responsabilidad Civil por Carga y Descarga de bienes puede abarcar situaciones como accidentes que resulten de la operación de carga y descarga (caídas, rompimientos, etc), por lo que esta cobertura ampara daños ocasionados a terceros como efecto de la realización de “operaciones de carga y descarga” (valga el pleonasma.) Mientras que el Seguro de Automotores, o la Póliza de Seguros de Automotores (de acuerdo los contenidos de promoción de la página web de la propia compañía **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**) es un seguro integral diseñado a **cubrir los daños a los vehículos** a consecuencia de un accidente, incendio y/o robo, con las siguientes coberturas:

- a)** Pérdida total por accidente o robo.
- b)** Daños propios por vuelco, colisión, embarrancamiento, traslado del vehículo asegurado en transbordadores, incendio y/o rayo y otros.
- c)** Robo de partes y piezas.

- d) Responsabilidad civil por daños materiales y/o corporales que **cause el vehículo en movimiento a terceros** (las negrillas son de la APS).
- e) Accidentes personales a pasajeros por muerte, invalidez y gastos médicos.
- f) Daños por riesgos políticos.
- g) Asistencia jurídica.
- h) Asistencia vehicular por auxilio mecánico...etc.
- i) Cobertura para el vehículo cuando se encuentre fuera del territorio nacional.
- j) Otras requeridas por el asegurado.

Que como se puede advertir, en cuanto al concepto de la Póliza de Seguros de Automotores y las diversas contingencias o "coberturas" que incluye la misma, se encuentra el de responsabilidad civil causada por el vehículo, pero **"en movimiento"** y no en otra contingencia, como la compañía confunde.

Esta noción del Seguro de Automotores encuentra su correlato en lo señalado en el **Diccionario MAPFRE de Seguros** que establece que "es aquél que tiene por objeto la prestación de indemnizaciones derivadas de accidentes producidos a consecuencia de la circulación de vehículos". Nótese que el elemento común entre estas dos acepciones es que el vehículo o automotor **esté en movimiento**.

Que en relación a este análisis, la propuesta de la compañía en cuestión no efectúa esta disquisición e incurre en generalizaciones que conducen inevitablemente, a considerar a la Responsabilidad Civil como ramo (seguro independiente) y no como cobertura (o dependiente de una Póliza principal) para Operaciones de Carga y Descarga, error que será aclarado más adelante.

Que en relación a la alegación de la recurrente, señalada en los puntos 3, 4, 8 y 13 del sexto Considerando de la presente resolución, por la naturaleza de las alegaciones de **CREDINFORM INTERNATIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, vamos a responder en dos partes. Por una parte, la Cláusula de Operaciones de Carga y Descarga que comprenda responsabilidad civil, no son consideradas como parte o componente de las coberturas de la Póliza de Seguros de Automotores como se ha visto en el punto anterior porque la primera no comprende al automotor y toma en cuenta estrictamente la operación de carga y descarga, independientemente de si se la lleva a cabo en algún escenario en particular.

Que en efecto, se debe tener en mente las diferencias conceptuales de naturaleza técnica de lo que debe entenderse por "ramo" y por "cobertura" (llamada sección en otras legislaciones). Hemos visto que el **"ramo de seguro"** comprende una categoría específica e independiente de seguro; v.gr. de responsabilidad civil, de automotores, etc., mientras que por **cobertura o sección de seguro** se entiende una subcategoría dependiente de seguro. Por ejemplo, dentro del ramo de la Póliza de Seguro de Automotores existe un conjunto de coberturas o secciones, entre los que está la cobertura de responsabilidad civil (en el caso que nos ocupa, responsabilidad civil cuando el vehículo esté en movimiento).

Este uso conceptual y técnico de los términos “**ramo**” y “**cobertura**” en Seguros, lo tenemos por ejemplo, en el Boletín Estadístico Mensual de Seguros de la APS a diciembre de 2011 que discrimina diáfananamente los términos: **Modalidad:** Seguros Generales; **Ramo:** Incendio, Robo, Transportes, Naves o Embarcaciones, Automotores, Aeronavegación, Ramos Técnicos, Responsabilidad Civil, Varios Riesgos Miscelaneos, etc. Como se puede leer, tanto **Automotores** como **Responsabilidad Civil** son categorías de seguros independientes por lo que no pueden mezclarse o confundirse.

Que aun más, los anteriores conceptos se encuentran así comprendidos en los propios contratos de reaseguro suscritos entre **CREDINFORM INTERNATIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** y la reaseguradora **HANNOVER RUCK VERSICHERUNG AG** como se puede comprobar:

a) Programa Tent Plan con Nota de Cobertura N° 001/2012, en el acápite **RAMOS**, se detalla lo siguiente: Incendio y Riesgos Aliados, Responsabilidad Civil, Fidelidad, Ramos Técnicos, Transporte, SOAT.

b) A más abundancia, en el “Contrato de Reaseguro Proporcional- Automotor, SOAT y Accidentes Personales” con Nota de Cobertura N° 002/2012, en el acápite **RAMOS**, se especifica: Automotor, Accidentes Personales, y SOAT.

Que nuevamente, puede observarse cómo en la práctica del mercado de seguros, se discrimina el uso de los términos “ramo” y “cobertura”. En cuanto a este último término, citemos como ejemplo lo dicho anteriormente, que en la propia página web de la compañía recurrente, se deduce el uso el término “cobertura” o sección cuando en las coberturas del Seguro de Automotores, comprende un abanico de contingencias entre los que se encuentra el de responsabilidad civil, pero anotado como “**Responsabilidad Civil por daños materiales y/o corporales que cause el vehículo en movimiento a terceros**”. Nótese que no es una denominación “Responsabilidad Civil” a secas, sino que como cobertura o sección, se halla ligado a daños materiales asociado al vehículo en movimiento, condición **sine qua non** para el correspondiente pago o indemnización.

Que si se quiere asociar la responsabilidad civil a los automotores, los elementos concurrentes deben considerar al automotor en movimiento, pero si se quiere aplicar la responsabilidad civil sin considerar al automotor en movimiento, tal constituye un ramo de los seguros.

Que en cuanto a la segunda parte de análisis de esta alegación y en perfecta concordancia con los conceptos desarrollados precedentemente, el contenido de la certificación emitida en fecha 1 de octubre de 2012 por **HANNOVER RUCHVERSICHERUNG AG** señala: “Mediante el presente certificado se deja constancia que, la cláusula detallada líneas abajo para las pólizas señaladas, es cubierta por el Contrato de Reaseguro programa Tent Plan, suscrito entre Hannover Ruckversicherung y Seguros y Reaseguros Credinform Internacional S.A.

- Nombre de la Cláusula: Cláusula de Responsabilidad de Carga.
- Pólizas a las que aplica: Pólizas de Automotores.

Se aclara que dicha cláusula puede ser otorgada para el ramo de automotores, siempre que alimente al contrato de reaseguro Tent Plan para el ramo de Responsabilidad Civil...".

En primer lugar se destaca el hecho de que el programa Tent Plan es un contrato de reaseguro general que comprende varios ramos (y no coberturas); incendio, ramos técnicos, transporte, y responsabilidad civil, de acuerdo al documento adjuntado a la carta SGER TEC 0069/2012 de 15 de febrero de 2012 remitido a esta APS por **CREDINFORM INTERNACIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** Siendo esta la naturaleza del contrato de reaseguro citado, es coherente lo anotado en el último párrafo de la certificación; que la cláusula de responsabilidad civil de carga puede ser considerada como ramo siempre que los recursos económicos vayan a la cuenta del contrato Tent Plan **en el ramo de Responsabilidad Civil.**

Que lo que la reaseguradora Hannover Ruckversicherung AG está señalando es que, si la responsabilidad civil se la conceptúa como cláusula estará comprendida como **cobertura** (esto es, riesgo menor a la cobertura principal que es el seguro de Automotores) dentro los alcances de la Póliza de Automotores, pero no como Responsabilidad Civil considerada como ramo (de naturaleza independiente), pero que si los recursos económicos que genera la cláusula son destinados a la cuenta (alimenta) del Contrato de Reaseguro Tent Plan será considerada para el ramo de Responsabilidad Civil; o sea, no como cobertura (o sección) comprendida dentro de un ramo, sino, será considerada la cláusula como un ramo independiente, cual es el de Responsabilidad Civil.

Que ergo, es la propia reaseguradora la que confirma la posición de la APS en sentido de que tal cual propone la recurrente como contenido de la cláusula de Responsabilidad Civil de Carga, la misma es considerada como ramo, o sea, independiente, y no, contrario sensu, como cobertura o dependiente de la Póliza de Seguro de Automotores. Recordar que la Responsabilidad Civil, en tanto ramo, como la indemnización por daños a terceros, considera tal contingencia independientemente del escenario en el que ocurra; en otras palabras, esté ligado o no a un vehículo, o a un buque, o a trabajos de construcción. Mientras que la responsabilidad civil, en cuanto cobertura (o sección) es dependiente y se encuentra ligada a una póliza mayor, que en este caso, es el de automotores, en un escenario en que el vehículo está en movimiento como bien hemos podido verificar precedentemente.

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en el punto 5 del sexto Considerando de la presente resolución, tanto lo señalado en el artículo 5 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, respecto a la Póliza de Seguro (instrumento que permite operativizar al contrato de seguro), como lo dispuesto en el artículo 984 del Código de Comercio en sentido de que el asegurador puede cubrir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestas las personas, los bienes, o el patrimonio son determinaciones genéricas y abstractas aunque de obligatorio cumplimiento; no obstante, tales disposiciones no discriminan los conceptos que hemos desarrollado a lo largo de esta resolución administrativa, como "ramo", "cobertura", "modalidad", etc. que sí se los

encuentra en textos especializados, cuyos contenidos no contradicen los presupuestos legales de lo que se entiende por “póliza de seguro” y de “riesgos cubiertos”, más bien los complementa e enriquece a los fines de aplicación.

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en el punto 6 del sexto Considerando de la presente resolución, es impertinente la cita del artículo 1044 del Código de Comercio en lo que hace al **Seguro de Daños**, ya que el asunto que nos ocupa y es el leit motiv de la compañía recurrente, es el **Seguro de Responsabilidad Civil** por operaciones de carga y descarga, instituto contemplado en el artículo 1087 del Código de Comercio con regulaciones propias y distintas a aquél, por lo que ligar o relacionar el Seguro de Daños con el vehículo en sí y el riesgo de responsabilidad civil a terceros por carga y descarga resulta forzada e inconsistente.

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en el punto 7 del sexto Considerando de la presente resolución, es evidente lo alegado por **CREDINFORM INTERNACIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** en lo tocante al contenido del artículo 1113 del Código de Comercio y por ello mismo, totalmente cierto como dice la recurrente: “... el Seguro de Automotores incluye varias coberturas de riesgos y por tanto, de ramos diferentes...”, porque es la propia compañía la que utiliza el término “ramo” para diferenciar al Seguro de Automotores del de Responsabilidad Civil, y de la responsabilidad civil como cobertura, entidades muy diferentes. Conforme a este acuerdo y por lo mismo, la aseguradora recurrente tiene todas las facultades para inscribir la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga como ramo y al Seguro de Automotores en la misma categoría combinados comprendido en el ramo de **Riesgos Varios o Misceláneos**, pero no de la manera como pretende hacerlo; esto es, registrar el ramo de la responsabilidad civil como cobertura del Seguro de Automotores.

Que en cuanto a la Resolución Administrativa IS N° 593 de 22 de octubre de 2003 que registra la Póliza de Seguro de Automotores de **CREDINFORM INTERNACIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** es evidente que registra la Responsabilidad Civil en la sección I, pero, y esto debe quedar de una vez definido, está registrado como “cobertura” (o sección) del ramo de Póliza de Seguro de Automotores y no como seguro independiente o ramo de Responsabilidad Civil. No podía ser de otro modo ya que la Resolución Administrativa IS N° 304 de 21 de octubre de 1999 en la parte “**CODIFICACIÓN DE RAMOS Y PÓLIZAS**”, establece como ramo al rubro “Automotores” comprensivo de 9 “coberturas” (responsabilidad civil; pérdida o daños al vehículo; robo de partes y piezas; conmovión civil; huelgas y daño malicioso; accidentes personales a ocupantes del vehículo asegurado; traslado de vehículos nuevos; daños a vehículos de demostración para venta; accesorios, y extraterritorialidad), mientras que al ramo de Responsabilidad Civil le asigna 3 coberturas: responsabilidad civil extracontractual; responsabilidad civil cruzada, y responsabilidad civil contractual.

Que en relación a la alegación de la recurrente, señalada en el punto 9 del sexto Considerando de la presente resolución, **CREDINFORM INTERNACIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** otorga implícitamente la razón a la APS al citar que la responsabilidad civil se encuentra comprendida en las “coberturas” de la Póliza de Seguro de Automotores al citar el texto: “la sección I – Seguro de Responsabilidad Civil

Extracontractual de la Póliza de Seguro de Automotores, señala que la compañía garantiza el pago de las indemnizaciones de las cuales, de acuerdo a ley, resulte civilmente responsable el Asegurado a consecuencia de lesiones corporales y daños materiales que se causen a terceros **por el uso de vehículo asegurado**, dentro la vigencia de esta Póliza, exceptuando lo señalado en la Cláusula 5: muerte, lesiones o daños corporales causados por la carga transportada por el vehículo asegurado" (las negrillas son de la APS). Nótese que no se trata de una "responsabilidad civil" a secas, sino, se trata de una "responsabilidad civil" por el **uso de vehículo asegurado**, exactamente como la autoridad reguladora razona. En lo demás, la facultad concedida por intermedio del artículo 1013 del Código de Comercio puede ser practicada en los levantamientos de **cobertura** que el asegurado viere por conveniente, no siendo necesario que la APS entre en mayores disquisiciones a este respecto.

Que en relación a la alegación de la recurrente, señalada en el punto 10 del sexto Considerando de la presente resolución, **CREDINFORM INTERNACIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** insiste en confundir lo que es la Responsabilidad Civil entendida como ramo y la responsabilidad civil entendida como cobertura de la Póliza de Seguros de Automotores, diferencias cualitativas ya explicadas. En efecto, la propuesta de contenido a registrar señala que la compañía indemnizará daños tanto al vehículo como a terceros mientras se carga o se descarga del mismo.

Que si la compañía recurrente quiere comprometerse a indemnizar daños personales a terceros o a su patrimonio así como al vehículo deberá hacerlo como ramo de Responsabilidad Civil y como ramo de Seguro de Automotores, o de manera combinada (Riesgos Varios o Misceláneos) si lo prefiere, pero si quiere indemnizar daños personales a terceros o a su patrimonio a propósito del uso de un vehículo, deberá registrar la cláusula como "cobertura" de la Póliza de Seguros de Automotores, ya que la frase "mientras se esté descargando bienes y/o carga al mismo" no implica que se esté "usando" un vehículo, es decir, que la carga y descarga no deriva necesariamente del uso de un vehículo asegurado ya que puede tratarse de un vehículo no asegurado o que dicho vehículo no esté siendo "usado". Para aclarar el alcance del término "usado" recurramos a lo señalado en el Diccionario MAPFRE al respecto: "el seguro de automóviles está destinado a cubrir la responsabilidad del propietario o conductor por las lesiones corporales o daños materiales que, con motivo de la **circulación** de su vehículo, pueda producir a terceros...". Claramente se señala como condición sine qua non que vehículo esté en circulación para ser objeto del seguro.

Que en relación a la alegación de la recurrente, señalada en el punto 11 del sexto Considerando de la presente resolución, se evidencia una contradicción ya que por un lado habla de la carga "**que transporta**" el vehículo asegurado considerándose a dicha carga **una extensión** del vehículo si aquella causare algún daño, pero surge la interrogante de que la carga puede estar siendo manipulada sin que el vehículo esté **en movimiento** o que esté siendo "**transportada**". Esta contradicción la crea la propia recurrente ya que a momentos, concuerda con la posición de la APS en sentido de diferenciar la Responsabilidad Civil como rama (es decir, daños a terceros ocasionados a terceros **por la carga** a secas), y como cobertura, pero en otros momentos, pretende que la responsabilidad civil como rama se registre como cobertura de la Póliza del

Seguro de Automotores (daños ocasionados a terceros por la **carga de un vehículo en movimiento o en uso**), aspecto que técnicamente no es viable.

Que en relación a la alegación de la recurrente, señalada en el punto 13 del sexto Considerando de la presente resolución, puede concordarse que la carga **transportada por un vehículo** puede ocasionar daños o lesiones a terceros; esto es, si el vehículo esté siendo usado o en movimiento, situación que merecerá registro de la responsabilidad civil emergente como cobertura, pero si se trata meramente de **la carga** que puede estar en un vehículo, en un remolque, en un buque o en los lomos de un caballo, tal debe ser registrado como ramo independiente, tal cual y generosamente se ha explicado en párrafos anteriores.

Que en relación a la alegación de la recurrente, señalada en el punto 14 del sexto Considerando de la presente resolución, la APS no discute el desarrollo de conceptos por parte de la doctrina y textos especializados de materia de seguros.

Que no obstante aquello y con relación a las definiciones de Interés asegurable e indemnización, es importante reiterar (nuevamente) y aclarar que no se han observado las cláusulas sujetas a registro porque no exista un interés asegurable, o no se enmarquen en el concepto de indemnización, sino porque incurren en lo establecido por el artículo 4 inciso b) de la Resolución Administrativa IS N° 070 de 23 de abril de 1999.

Que en relación a la definición de lo que define el Diccionario Mapfre como seguro de automóviles, claramente, las cláusulas que pretenden registrar no se enmarcan en dicha definición toda vez que las mismas amparan daños a terceros por las operaciones de carga y descarga y no producidos a consecuencia **de la circulación de vehículos**. En este sentido, **CREDINFORM INTERNACIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** entra en contradicción con lo establecido por su cláusula y la propia definición a la que hace referencia.

Que en lo referido a la definición de vehículo automotor, que la compañía recurrente expone para señalar que la carga es una unidad de riesgo, se observa que dicha definición no incluye a la carga, motivo por el cual, el argumento no tiene asidero técnico ni legal alguno. Por último, respecto al ejemplo de la "póliza paquete" que la aseguradora argumenta, nuevamente **CREDINFORM INTERNACIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** entra en contradicción, toda vez que tal como ellos señalan el ejemplo es una "póliza paquete" y no una "póliza de automotores", lo cual ha sido observado por esta jefatura.

Se reitera nuevamente que las cláusulas sujetas a registro, pretenden otorgar cobertura a los daños a terceros ocasionados **por la carga** del vehículo asegurado, los mismos que **no derivan del uso del vehículo asegurado**, desvirtuando por completo el objeto y alcance de una póliza de automotores y por consiguiente, generando imprecisiones que comprometen la legitimidad de una póliza de automotores.

Que conviene nuevamente aclarar que, si la aseguradora pretende registrar un producto para vehículos automotores que contemple una combinación de distintos

ramos de seguros, debiera elaborar un producto combinado registrándolo en el ramo de riesgos varios misceláneos, como en repetidos párrafos anteriores de esta resolución se ha expresado, y no en el ramo de automotores.

Que como colofón de toda esta exposición, insistir los argumentos técnicos que respaldan la posición de esta APS de que las cláusulas que **CREDINFORM INTERNATIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** pretende registrar no corresponden al ramo de automotores sino al ramo de responsabilidad civil, por consiguiente siguiente; la compañía recurrente tiene registrada una Cláusula de Responsabilidad de Carga para el ramo de Responsabilidad Civil. La aseguradora, a través de la Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 868 de 7 de noviembre de 2008, tiene registrada en el ramo de Responsabilidad Civil, la siguiente cláusula:

- Cláusula para cubrir Responsabilidad Civil de Carga.
- Código: 102-910800-2002 11 063-2045.

Que este es un argumento adicional que justifica técnicamente que la Responsabilidad Civil de Carga no corresponde al ramo de automotores. A mayor abundancia de elementos, **CREDINFORM INTERNATIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** oferta en su página web la Responsabilidad Civil de Carga. En efecto, en dicha página web se encuentra que en el ramo de Seguro de Responsabilidad Civil se oferta la **cobertura de responsabilidad Civil de Carga**. En este sentido, la propia aseguradora enmarca la cobertura en este ramo y no en el ramo de automotores, por lo que se ratifica la posición del ente regulador.

Que en relación a la alegación de la recurrente, señalada en el punto 15 del sexto Considerando de la presente resolución, este ente regulador tampoco discute la antigüedad de existencia de la recurrente, reiterando una vez más, que los criterios fundados y razonados que se han desarrollado en toda la extensión de la presente resolución administrativa, configuran un cuadro de corrección en la actuación de la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros.

CONSIDERANDO:

Que es necesario dejar establecido que, al margen de los aspectos técnicos que sostienen la posición de rechazo al registro de las cláusulas en cuestión, tal negativa no se debe a que:

- a)** Las cláusulas que se solicitan registrar no esté en conformidad con el artículo 984 del Código de Comercio.
- b)** No exista un interés asegurable, ya que pretender lo contrario sería entrar en prejuicios inconducentes e inconsistentes.
- c)** No exista respaldo del reasegurador, existe el respaldo pero no en el sentido de la recurrente.
- d)** Un producto contemple la combinación de ramos diferentes.

e) La cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga no esté amparando daños ocasionados al vehículo por la carga transportada, situación no observada por la APS.

Que en pocas palabras, el rechazo de la APS a la petición de registro se debe a que la cobertura que se pretende registrar no corresponde o no aplica al ramo de Seguro de Automotores, sino, al ramo independiente de Responsabilidad Civil; que la cláusula que se pretende registrar solamente comprende a "la carga" y no a la descarga, y esta diferenciación que la carga simplemente no deriva del uso de un vehículo asegurado, como ya se explicó. Tampoco la APS niega la facultad de la recurrente de registrar cláusulas para el ramo de Riesgos Varios o Misceláneos si así lo desea y ve conveniente.

Que la situación en que incurre **CREDINFORM INTERNACIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** se adecúa a lo previsto en el artículo 4.b) de la Resolución Administrativa IS N° 070/1999 de 23 de marzo de 1999 que establece: "El rechazo de la solicitud de registro procederá sólo en los siguientes casos: **b)** Cuando la redacción del documento presente ambigüedades o imprecisiones que comprometan la legitimidad de la póliza...". Las imprecisiones no pueden ser más obvias en este caso, como bien se ha explicado.

CONSIDERANDO:

Que por lo analizado, se concluye que no existe mérito para la revocación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 890-2012 de 15 de noviembre de 2012, correspondiendo confirmar la misma en todas sus partes.

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 5 de febrero de 2013, SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNACIONAL S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°30-2013 de 14 de enero de 2013, argumentando lo siguiente:

"III.- FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO.

III. 1.- Del Recurso de Revocatoria

1) Nuevamente como referimos en nuestro recurso de revocatoria corresponde señalar lo que nuestro ordenamiento jurídico en materia de seguros establece, es así que la Ley de Seguros establece que la Póliza de Seguro es un documento que instrumenta el contrato de seguro, en el que se establecen las normas que de manera general y particular, regulan las relaciones contractuales entre el asegurado y asegurador, de acuerdo al Código de Comercio. **(Subrayado nuestro)** (sic). Con lo precedentemente determinado en la ley, se describe a continuación lo determinado en el Código de Comercio (criterio coincidente con la doctrina). El Código de Comercio en su artículo 984 señala que el asegurador puede cubrir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestas las personas, los bienes o el patrimonio, con lo cual, se confirma que la Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga y la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga para la Póliza de Seguro de Automotores, implican que la compañía de seguros otorga cobertura tanto **a)** al mismo vehículo por las

operaciones de carga y descarga de una carga transportada por el mismo como **b)** cobertura por riesgos que exponen a un daño o lesión a personas y/o sus bienes y/o su patrimonio, al ser estas personas, terceros afectados por las operaciones de carga y descarga de carga transportada por un vehículo, o afectados por el daño o lesión causados por la carga transportada por un vehículo.

El artículo 1044 (**Objeto**) del mismo cuerpo normativo, señala que puede ser objeto del seguro de daños, cualquier riesgo que, directa o indirectamente, afecte a los bienes o al patrimonio de una persona, siempre que exista interés asegurable manifestado en el deseo de que el siniestro no ocurra, al tener esta persona un interés económico lícito. En este caso, se establece claramente que existe un interés asegurado exteriorizado en el deseo de que un daño al vehículo o a un tercero o lesión al mismo, **no ocurra**, a causa de las operaciones de carga y descarga de una carga transportada por el vehículo asegurado, o por la misma carga transportada por un vehículo asegurado.

Con este argumento se pretende mostrar que, Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. cubre **a)** al vehículo en sí y **b)** el riesgo de responsabilidad civil a terceros causados por la carga de un vehículo asegurado o por las operaciones de carga y descarga de la misma.

El artículo 1113 (**Otros seguros de daños**) del Código de Comercio dispone que "...pueden emitirse pólizas de riesgos combinados como ser seguros de automotores, de aviones y otros. Este punto demuestra que es permitido que el seguro de Automotores incluya varias coberturas de riesgos y por tanto, de ramos diferentes, tal es así que, la póliza de Seguro de Automotores registrada mediante Resolución Administrativa IS. Nro. 593 de fecha 22 de Octubre de 2003 con código de registro N° 102-910500-2003 10 085 contiene las siguientes secciones de diferentes coberturas y diferentes ramos, acorde a lo dispuesto con la clasificación de coberturas para Automotores, de la Resolución Administrativa IS N° 304 de fecha 21 de octubre de 1999:

- **Sección I:** Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual
- **Sección II:** Seguro de Pérdida Total Por Robo
- **Sección III:** Seguro de Pérdida Total Por Accidente
- **Sección IV:** Seguro de Daños Propios
- **Sección V:** Seguro de Conmoción Civil, Huelgas y Daño Malicioso
- **Sección VI:** Seguro de Robo Parcial
- **Sección VII:** Seguro de Accidentes Personales a Ocupantes de Vehículos

2) Por otra parte, como también señalamos en el recurso de revocatoria, el reasegurador **HANNOVER RÜCK**, quien respalda las operaciones de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., ha emitido un CERTIFICADO señalando que la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga para la póliza de Automotores **APLICA** a dicha póliza de Automotores y **es cubierta** por el contrato suscrito entre compañía y dicho reasegurador, lo cual sustenta la base técnica de poder otorgar dicha cláusula en la póliza de seguro de Automotores, aunque alimente otro ramo. Se vuelve a citar el ejemplo de la póliza de Seguro Multirisgo registrada mediante resolución Administrativa IS N° 824/2007 con el código de registro N° 102-910951-2007 10 100, que contiene las siguientes secciones y alimenta a su propio ramo en el contrato de reaseguro suscrito entre nuestra compañía y Hannover Rück y a través de Conesa Kieffer & Asociados en el caso de la Sección de Riesgos Políticos y Terrorismo:

- Sección I: Todo Riesgo de Daños a la Propiedad
- Sección II: Seguro de Equipo Electrónico

- Sección III: Seguro de Rotura de Maquinaria
- Sección IV: Pérdida de Beneficios a Consecuencia de Rotura de Maquinaria
- Sección V: Pérdida de Beneficios a Consecuencia de Todo Riesgo de Daños a la Propiedad
- Sección VI: Seguro para Riesgos Políticos y Terrorismo
- Sección VII: Seguro de Todo Riesgo de Construcción
- Sección VIII: Seguro de Todo Riesgo de Montaje
- Sección IX: Seguro de Todo Riesgo de Equipo de Contratistas
- Sección X: Seguro de Equipo Móvil Pesado

3) Finalmente, en cuanto a la póliza, señala que, de acuerdo a lo establecido en la Sección I - Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual de la póliza de Seguro de Automotores, "la Compañía garantiza el pago de las indemnizaciones de las cuales, de acuerdo a Ley, resulte civilmente responsable el Asegurado a consecuencia de lesiones corporales y daños materiales que se causen a terceros por el uso del vehículo asegurado, dentro la vigencia de esta Póliza, exceptuando las exclusiones que se señalan en la Cláusula 5: muerte, lesiones o daños causados por la carga transportada por el vehículo asegurado Esta cláusula de exclusión fue levantada por la compañía, otorgando la cobertura a través de las cláusulas, como se realiza en la práctica normal en cualquier otra póliza que contiene exclusiones que son levantadas a través de la correspondiente cláusula de cobertura, misma que encuentra sustento para su registro en la Resolución Administrativa N° 304/1999 cuando señala dentro del método de cotización, la asignación del código para este tipo de cláusulas:

"X = 2 si se trata de cláusulas adicionales y/o anexos que tengan connotación para ampliar o modificar la cobertura básica del condicionado general" (Subrayado nuestro)

No entendemos los motivos por los que la APS suprime este párrafo en el resumen de alegatos que nuestra compañía expuso en el recurso, considerando que es de suma importancia pues, la R.A. 304 señala expresa mente que una cláusula puede ampliar o modificar la cobertura básica del condicionado general de un póliza.

El asegurado goza de la libertad¹ de discrepar en los términos establecidos en la póliza de acuerdo al Artículo 1013 del Código de Comercio que también se halla inserto en el Condicionado General de la póliza de Seguros de Automotores.

Finalmente y una vez más, cabe resaltar la existencia del respaldo y soporte del reasegurador del contrato de reaseguro, tanto de Automotores como de Responsabilidad Civil, que demuestra que técnicamente puede otorgarse las CLAUSULAS en la póliza de Automotores y que no se está levantando una exclusión que implicará contratar una cobertura facultativa de reaseguro que además encarecería el seguro al asegurado que debe ser protegido en su patrimonio, bienes o personas como lo señala la Ley de Seguros.

Nuevamente la APS no considera este último argumento, bajo el pretexto de que los alegatos de la compañía son reiterativos, pero cabe aclarar que, cada proposición planteada tiene su razón de ser y está inserta en el Recurso de Revocatoria para reforzar nuestra posición, como en este último caso que resalta que la compañía busca proteger el patrimonio del asegurado al otorgarle una cobertura respaldada por el reasegurador sin tener que recurrir a otra alternativa más onerosa.

4) En cuanto al texto de las cláusulas, las CLAUSULAS requeridas para su registro contienen el siguiente texto:

CLAUSULA DE COBERTURA PARA OPERACIONES DE CARGA Y DESCARGA

Mediante la presente cláusula se acuerda y establece que, la compañía indemnizará daños, tanto ocasionados al vehículo, como a terceros (responsabilidad civil) mientras se esté cargando y descargando bienes y/o carga del y/o al mismo.

Contrario a lo que cita APS en la Resolución Administrativa N° 890/2012, que señala textualmente: "Al respecto, reiteramos que las cláusulas solicitadas corresponden al ramo de responsabilidad civil, no relacionado a daños ocasionados al vehículo asegurado o daños que pueda ocasionar el mismo,..." esta cláusula si contiene cobertura al vehículo por los daños que se causan al mismo mientras se realizan operaciones de carga y descarga, con lo cual, lo citado por la R.A. 890/2012 es incorrecto.

CLAUSULA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE CARGA PARA LA PÓLIZA DE SEGURO DE AUTOMOTORES

Queda entendido y convenido que la cobertura de Responsabilidad Civil de la póliza, se amplía a cubrir Responsabilidad Civil de Carga, misma que cubre todos los daños causados a bienes de terceros o lesiones corporales a terceros cuando la carga transportada del vehículo provoque el daño o lesión o cuando el conductor del vehículo asegurado realice operaciones de carga y descarga del y lo al vehículo.

Se excluyen expresamente daños a la carga transportada."

Mediante esta cláusula se extiende la cobertura de Responsabilidad Civil de la SECCION I de la póliza, a cubrir daños y/o lesiones a terceros causados por las carga que transporta el vehículo o durante las operaciones de carga y descarga; tal como señalado anteriormente, la cláusula citada levanta la exclusión del inciso e) de la Cláusula 5 de dicha SECCION I, como se realiza en prácticas normales de esta y otras pólizas, contando inclusive con el soporte y respaldo del reasegurador del contrato de reaseguro automático de Automotores y Responsabilidad Civil.

La carga de un vehículo, para efectos de esta Clausula, se considera una extensión del mismo a la hora de causar un daño o lesión a un tercero, lo que se explica casi por sí solo, siendo un vehículo en movimiento UN RIESGO que puede causar daños o lesiones a un tercero; tal es así que, inclusive una chata o un remolque adheridos a un vehículo asegurado, que causen un daño a un tercero, son objetos del seguro casados con el vehículo automotor y por tanto incluidos como ítems en la póliza de seguro automotor. Este concepto inclusive encuentra sustento legal en el Decreto Supremo 27295 que regula al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito - SOAT cuyo artículo 23 señala:

"El SOAT cubre los riesgos de muerte y lesiones corporales que sufran las personas como consecuencia de accidentes de tránsito en que intervengan el vehículo

asegurado y sus remolques.” (Subrayado nuestro)

La carga transportada por un vehículo asegurado, forma parte del riesgo que significa dicho vehículo, tanto mientras esté estacionado o parado, como mientras esté en movimiento, porque constituye un peligro incluido al hecho de estar adherido o cargado en el vehículo; este riesgo pertenece a un evento cubierto por la responsabilidad civil, pero la misma está asignada al hecho de que la carga acompaña al vehículo y que puede causar un daño a un tercero. Tanto los daños causados por la carga, como las operaciones de carga y descarga, contienen todas las características del riesgo, en este caso el riesgo de automotor al que van ligadas:

- Incierto
- Posible
- Concreto
- Lícito
- Fortuito
- Contenido económico

5) En cuanto al respaldo de reaseguro, el reasegurador del contrato de reaseguro XL TP y del reaseguro de Automotores, Hannover Rückversicherungs (registrado en APS), ha remitido una certificación que textualmente dice: “Mediante el presente certificado se deja constancia que, la Cláusula detallada líneas abajo para las pólizas señaladas, es cubierta por el Contrato de Reaseguro - Programa Tent Plan, suscrito entre Hannover Rückversicherungs y Seguros y Reaseguros Credinform Internacional S.A. :

N^o	Nombre de la Clausula	Pólizas a las que aplica
1	Cláusula de responsabilidad civil de carga	Pólizas de Automotores

Se aclara que dicha Cláusula puede ser otorgada para el ramo de Automotores, siempre que alimente al contrato de reaseguro Tent Plan para el ramo de Responsabilidad Civil.

Es cuanto a bien tenemos certificar. ”

Es correcto señalar que el reasegurador reconoce que el riesgo de RC de carga corresponde y alimenta al contrato de Reaseguro de Responsabilidad Civil, pero también es evidente QUE EL PROPIO REASEGURADOR PERMITE Y RESPALDA A LA COMPAÑÍA EL PODER EMITIR ESTA COBERTURA PARA LA POLIZA DE AUTOMOTORES, con lo cual, con una base de prudencia y responsabilidad, Seguros y Reaseguros Credinform Internacional S.A. otorga la cobertura con el debido respaldo de su reasegurador, y se confirma una vez más que, el seguro de automotores encierra varios riesgos combinados que implican probabilidades de ocurrencia de hechos dentro de esos riesgos, tal como son los daños al vehículo ocasionados por la carga que transporta y las operaciones de carga y descarga y los daños a terceros producidos por la carga transportada por el vehículo. Asimismo, querer limitar el otorgar esta cobertura una vez

respaldada por un reasegurador que lleva a cabo operaciones a nivel mundial, se considera que implica no aceptar la universalidad del seguro y su aplicabilidad no solo en Bolivia, sino en todo el mundo.

6) En nuestro recurso con el propósito de profundizar en el tema que nos ocupa, nos referimos y citamos a varios autores en materia de seguros, sin embargo, la APS, se limitó a señalar que las citas y doctrina expuesta no está en discusión, por lo que, entendemos que nos estaría dando la razón, sin perjuicio de lo señalado, consideramos necesario y de suma importancia reiterar los mismos, a efectos de la Resolución del Recursos Jerárquico.

De acuerdo a lo citado en los textos *SEGUROS - TEMAS ESENCIALES* de Fernando Palacios Sánchez (2007, 735 páginas) que se ocupa entre otros seguros de Seguro automotor en Colombia y *LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU SEGURO* de Juan Perán Ortega, que se ocupa también de la Responsabilidad civil del vehículo a motor (1998, 511 páginas), en el seguro de RC de automotor, se excluyen daños a la carga transportada (tal como cita una de las CLAUSULAS objeto de este Recurso) y no así exclusiones por daños a terceros causados por la carga ni se excluyen daños al vehículo causados por la carga que transporta.

En el Diccionario MAPFRE de Seguros de Julio Castelo Matrán (1988, 311 páginas) define al seguro de automóviles como "aquel que tiene por objeto la prestación de indemnizaciones derivadas de accidentes producidos a consecuencia de la circulación de vehículos.", con lo cual, se refuerza el hecho de que, un accidente en el cual circule un vehículo y el mismo pueda contener carga y esta dañe al propio vehículo o a terceras personas, queda totalmente enmarcado en la definición citada.

La emisión de LAS CLAUSULAS adheridas a la póliza de Seguro de Automotores NO dejan al descubierto los conceptos básicos de "Interés asegurable" e "Indemnización" de la doctrina de seguros.

Sobre el interés asegurable el Diccionario MAPFRE de Seguros ya citado señala: "Interés asegurable: requisito que debe concurrir en quien desee la cobertura de determinado riesgo, reflejado en su sincero deseo de que el siniestro no se produzca, ya que a consecuencia de él, se originaría un perjuicio a su patrimonio [...]. El interés asegurable no es solo un requisito que imponen los aseguradores, sino una necesidad para velar por la naturaleza de la institución aseguradora, sin la cual sería imposible cumplir su función protectora en la sociedad"

De igual manera otros autores sobre el interés asegurable señalan:

"Por interés asegurable se entiende la relación lícita de valor económico sobre un bien. Cuando esta relación se halla amenazada por un riesgo, es un interés asegurable"

El interés asegurable es un requisito que debe concurrir en quien desee la cobertura de algún riesgo, reflejado en su deseo verdadero de que el siniestro no se produzca, ya que a consecuencia de él se originaría un perjuicio para su patrimonio.

El principio del interés asegurable se entenderá fácilmente si se tiene en cuenta lo que se está asegurando, esto quiere decir, el objeto del contrato no es la cosa amenazada por un peligro incierto, sino el interés del asegurado en que el daño no se produzca. El interés asegurable no es solo un simple requisito que imponen los aseguradores, sino una necesidad para velar por la naturaleza de la institución aseguradora. En efecto si tomamos en cuenta estas premisas, tendríamos que la existencia de contratos sin interés

asegurable, produciría necesariamente un aumento en la siniestrabilidad y esto motivaría una elevación de las primas y el verdadero asegurado tendría que pagar un precio superior al que realmente correspondería a su riesgo, perjudicándose así no sólo él, sino también la economía del país, que tendría que soportar una carga económica superior a la debida. **(Magee J.H. en su texto "Seguros Generales I: México by UTEHA)**

Asimismo, debemos mencionar lo señalado por los autores Castillo Freyre y Richter Valdivia en cuanto se refiere al interés asegurable:

"El interés asegurable consiste en "la voluntad de querer conservar indemne un valor incorporado a un relación jurídica de contenido económico que vincula a un sujeto con un objeto, en la voluntad de conservar un valor incorporado al derecho subjetivo" (1). En tal sentido, podemos afirmar, que el interés asegurable es la relación de valor económico sobre un bien (patrimonio o persona, un objeto o un sujeto de derecho) que existe cuando esta relación se haya amenazada por la eventualidad de un riesgo, por lo que se le incorpora en el programa del contrato de seguros". **(CASTILLO FREYRE, Mario y RICHTER VALDIVIA, Pedro. Op. Cit. p 91-92)** Sobre el concepto de indemnización el Diccionario MAPFRE de Seguros ya citado señala

"Indemnización: ...compensación o resarcimiento económico por el menoscabo producido al perjudicado que se realiza por el causante del daño o por quien deba corresponder en su lugar. [...] El fin de la indemnización es conseguir una reposición económica en el patrimonio del asegurado afectado por un siniestro, bien a través de la sustitución de los objetos dañados o mediante la entrega de una cantidad en metálico equivalente a los bienes lesionados.

De igual manera otros autores señalan:

"Es la suma pecuniaria que desembolsa la compañía de seguros a favor del asegurado o los beneficiarios de éste, al materializarse el riesgo contemplado en la póliza de seguros suscrita por las partes" **(Vega Copo, Abel; Tratado del contrato de seguro- Civitas S.A.)**

"Es la suma pecuniaria que desembolsa la compañía de seguros a favor del asegurado o los beneficiarios de éste, al materializarse el riesgo contemplado en la póliza de seguros suscrita por las partes". **(Productos y Servicios Financieros y de Seguros; Vale, Vicente del; 2006 McGraw-Hill Interamericana de España)**

Con esto quiere ponerse en evidencia el vacío que existiría respecto a estos conceptos si no se otorgan las CLAUSULAS en vista del requerimiento del asegurado.

La doctrina no solamente contempla la definición de riesgo, sino de UNIDAD DE RIESGO, con lo cual, podemos reiterar que el vehículo y su carga constituyen una unidad de riesgo en vista de la siguiente definición extraída del texto GESTION DEL SEGURO DEL AUTOMOVIL UD2.T3 - El contrato de seguro del automóvil y sus modalidades MAESTRIA EN GESTION DE SEGUROS, MAPFRE:

"3. ¿Qué se entiende por vehículo a motor?

Tienen la consideración de vehículos a motor, a los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y de la obligación de estar asegurados, todo vehículo, especial o no, idóneo para circular por la superficie terrestre e impulsado por motor, incluidos los ciclomotores, así como los remolques y semiremolques, estén o no enganchados, con exclusión de los ferrocarriles,

tranvías y otros que circulen por vías que les sean propias. Los vehículos impulsados por motores eléctricos, que tengan la consideración legal de juguetes, están excluidos de esta ley, e igualmente las sillas de ruedas. ”

Para concluir con esta exposición respecto a lo que establece la práctica de seguros y su doctrina, a continuación se cita textualmente lo establecido en el texto GESTION DEL SEGURO DEL AUTOMOVIL - UD2.T4 - Modalidades de contratación MAESTRIA EN GESTION DE SEGUROS, MAPFRE, el relación a la póliza “Paquete”, donde claramente se encuentra la cobertura que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. desea otorgar con las CLAUSULAS, con lo cual se confirma que técnicamente y universalmente es posible otorgarlas en ese ramo:

“¿Qué es una “póliza-paquete”?

Las distintas modalidades de seguro y sus correspondientes coberturas pueden integrarse, total o parcialmente, en una determinada oferta de póliza. Esta póliza, [...] recoge varias coberturas, se denomina en el argot sectorial “póliza-paquete”.

Modalidad D

- Seguro obligatorio.
- Seguro de responsabilidad civil suplementaria.
- Defensa jurídica (penal y civil).
- Reclamación de daños.
- Seguro del conductor.
- Asistencia en viaje.
- Daños producidos a terceros por remolques, caravanas y los objetos transportados.
(Subrayado nuestro)

Modalidad E

- Seguro obligatorio.
- Seguro de responsabilidad civil suplementaria.
- Defensa jurídica (penal y civil).
- Reclamación de daños.
- Seguro del conductor.
- Asistencia en viaje.
- Daños producidos a terceros por remolques, caravanas y los objetos transportados.
(Subrayado nuestro)
- Roturas de lunas y parabrisas. Se incluyen aquí los daños ocasionados por rotura total o parcial de las lunas delantera, trasera y laterales.
- Incendio del vehículo. Cubre todos los daños ocasionados al vehículo como consecuencia del incendio o explosión del mismo. En caso de pérdida total se establecen indemnizaciones del 100% del valor de nuevo durante el período de tiempo que se determine (normalmente de uno a tres años).

Modalidad F

A partir de una cierta gama de prestaciones conviene distinguir entre coberturas personales y materiales para clarificar la oferta.

Coberturas de riesgos y servicios personales:

- Seguro obligatorio.

- Seguro de responsabilidad civil suplementaria.
 - Defensa jurídica (penal y civil).
 - Reclamación de daños.
 - Seguro del conductor.
 - Asistencia en viaje.
 - Daños producidos a terceros por remolques, caravanas y los objetos transportados.
- (Subrayado nuestro)**
- Información telefónica. Servicio consistente en la atención de consultas de los asegurados y asesoramiento sobre cuestiones legales y de la circulación en general.

Coberturas para el automóvil

- Rotura de lunas y parabrisas
- Incendio del vehículo.
- Robo y hurto del vehículo. Se indemniza por el valor de mercado del vehículo o por su valor de nuevo. Es más frecuente el primer supuesto, que llega al 100% de dicho valor. Cuando se indemniza por el valor de compra, el porcentaje respecto al mismo varía según la antigüedad del vehículo.
- Limpieza del vehículo por transporte de heridos a un centro sanitario.
- Préstamo sin intereses ni gastos, destinado a la reforma de daños del vehículo cuando el siniestro tenga lugar sin tercero responsable. Se estipula un máximo de 3000 euros a devolver en cuotas mensuales.''

En conclusión, indica que a la luz de los argumentos técnicos y legales señalados y fundamentos en el presente recurso, se infiere que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, actuó incorrectamente al negar el registro de las cláusulas solicitadas por nuestra compañía, debiendo en consecuencia revertir tal decisión, considerando además que la compañía posee 58 años de experiencia en el rubro y a la fecha no cuenta con siniestros en litigio por no pago, con lo cual se considera que APS no podría coartar la libertad de cubrir riesgos solicitados por los asegurados; en consecuencia se pide la admisión del recurso y la revocatoria total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/890-2012 de 15 de noviembre de 2012.

III.2. De la Resolución 030-2013

En la citada Resolución Administrativa la APS esgrime una serie de argumentos con el propósito de justificar su errónea interpretación y decisión, en ese sentido y para mayor entendimiento, procedemos a desvirtuar todos y cada uno de los argumentos presentados por la APS en el mismo orden:

A. Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en el punto 1 del sexto Considerando de la Resolución 30-2013, nada que objetar teniendo presente que únicamente se observan, **a)** la Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga, y **b)** la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga para la Póliza de Seguros de Automotores.

Que en relación al argumento de la recurrente señalada en el punto 2 del sexto Considerando de la presente resolución, la nota APS/DS/JTS/7898/2012 de 10 de octubre de 2012, se alega que el seguro de automotores es aquel que tiene por objeto proteger el patrimonio del asegurado ante los daños y perjuicios causados por y en el vehículo asegurado. Esta aseveración tiene íntima relación con el contenido de la carta SGER

TEC 593/2012 de 2 de octubre de 2012 de SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. que a su vez, solicita el registro de las cláusulas señaladas en los considerados precedentes y en lo pertinente, el texto de la "Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga" que propone dicha compañía establece: "Mediante la presente cláusula se acuerda u establece que, la compañía indemnizará, daños, tanto ocasionados al vehículo, como a terceros (responsabilidad civil) mientras se esté cargando y descargando bienes y/o carga del y/o al mismo* (sic).. "

Respuesta Credinform:

La compañía no objeta la distinción que hace APS respecto a lo que es un ramo de seguro y una cobertura o sección de una póliza y efectivamente confirma que se observan la Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga y la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga, ambas para la póliza de Automotores.

B. La Responsabilidad Civil por Carga y Descarga de bienes puede abarcar situaciones como accidentes que resulten de la operación de carga y descarga (caídas, rompimientos, etc.), por lo que esta cobertura ampara daños ocasionados a terceros como efecto de la realización de "operaciones de carga y descarga" (valga el pleonasma.) Mientras que el Seguro de Automotores, o la Póliza de Seguros de Automotores (de acuerdo los contenidos de promoción de la página web de la propia compañía SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.) es un seguro integral diseñado a cubrir los daños a los vehículos a consecuencia de un accidente, incendio y/o robo, con las siguientes coberturas:

- a) Pérdida total por accidente o robo.
- b) Daños propios por vuelco, colisión, embarrancamiento, traslado del vehículo asegurado en transbordadores, incendio y/o rayo y otros.
- c) Robo de partes y piezas.
- d) Responsabilidad civil por daños materiales y/o corporales que cause el vehículo en movimiento a terceros (las negrillas son de la APS).
- e) Accidentes personales a pasajeros por muerte, invalidez y gastos médicos.
- f) Daños por riesgos políticos.
- g) Asistencia jurídica.
- h) Asistencia vehicular por auxilio mecánico...etc.
- i) Cobertura para el vehículo cuando se encuentre fuera del territorio nacional.
- j) Otras requeridas por el asegurado.

Que como se puede advertir, en cuanto al concepto de la Póliza de Seguros de Automotores y las diversas contingencias o "coberturas" que incluye la misma, se encuentra el de responsabilidad civil causada por el vehículo, pero "en movimiento" y no en otra contingencia, como la compañía confunde.

Respuesta Credinform:

En cuanto a lo que señala APS respecto a lo establecido en la página WEB de la compañía, se considera que no puede aplicarse al caso que nos ocupa, ya que dicha página muestra una relación de productos y/o pólizas que comercializa la compañía de manera general y no se refiere así a una póliza en particular; tal es así que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. tiene registrados la menos 3 pólizas en el ramo Automotores con diferentes características e inclusive las coberturas que se otorgan difieren entre esas pólizas, con lo cual, rechazamos todas las aseveraciones que

mencionan a dicha página WEB que no contemplan términos y condiciones de una póliza que es registrada en APS y que posee un código de registro y que además se constituye en un contrato entre partes tal como lo señala el artículo 982 del Código de Comercio que señala que "El contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento de las partes. Los derechos y obligaciones recíprocos empiezan desde el momento de su celebración."

C. Esta noción del Seguro de Automotores encuentra su correlato en lo señalado en el Diccionario MAPFRE de Seguros que establece que "es aquél que tiene por objeto la prestación de indemnizaciones derivadas de accidentes producidos a consecuencia de la circulación de vehículos. Nótese que el elemento común entre estas dos acepciones es que el vehículo o automotor esté en movimiento.

Que en relación a este análisis, la propuesta de la compañía en cuestión no efectúa esta disquisición e incurre en generalizaciones que conducen inevitablemente, a considerar a la Responsabilidad Civil como ramo (seguro independiente) y no como cobertura (o dependiente de una Póliza principal) para Operaciones de Carga y Descarga, error que será aclarado más adelante.

Respuesta Credinform:

Asimismo, no se discute lo establecido en el Diccionario Mapfre ya que la misma se aplica precisamente a la póliza de seguros de Automotores, sin embargo APS incurre en no hacer una distinción entre lo que es la póliza en general y lo que es la cobertura de Responsabilidad Civil en particular; tal es así que, la Sección I - Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual, de la Póliza de Automotores no menciona ni condiciona a lo largo de su texto, a que el vehículo que causa daños a terceros se encuentre necesariamente en circulación.

D. Que en relación a la alegación de la recurrente, señalada en los puntos 3, 4, 8 y 13 del sexto Considerando de la presente resolución, por la naturaleza de las alegaciones de CREDIFORM INTERNATIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A., vamos a responder en dos partes. Por una parte, la Cláusula de Operaciones de Carga y Descarga que comprenda responsabilidad civil, no son consideradas como parte o componente de las coberturas de la Póliza de Seguros de Automotores como se ha visto en el punto anterior porque la primera no comprende al automotor y toma en cuenta estrictamente la operación de carga y descarga, independientemente de si se la lleva a cabo en algún escenario en particular.

Respuesta Credinform:

Que respecto a la afirmación de APS de que las operaciones de carga y descarga no son consideradas como componente de las coberturas de la Póliza de Seguro de Automotores, se reitera lo ya señalado por la compañía y establecido en los puntos 12 y 13 del sexto CONSIDERANDO de la Resolución 30/2013, a fines de ser tomado en cuenta en su contenido de **fondo** y no solamente en la **forma** planteada de lo que es ramo y lo que es cobertura, aspecto que será rebatido más adelante:

La carga de un vehículo, para efectos de esta Clausula, se considera una extensión del mismo a la hora de causar un daño o lesión a un tercero, lo que se explica casi por sí solo, siendo un vehículo en movimiento UN RIESGO que puede causar daños o lesiones a un tercero; tal es así que, inclusive una chata o un remolque adheridos a un vehículo asegurado, que causen un daño a un tercero, son objetos del seguro casados con el

vehículo automotor y por tanto incluidos como ítems en la póliza de seguro automotor. Este concepto inclusive encuentra sustento legal en el Decreto Supremo 27295 que regula al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito - SOAT cuyo artículo 23 señala:

“El SOAT cubre los riesgos de muerte y lesiones corporales que sufran las personas como consecuencia de accidentes de tránsito en que intervengan el vehículo asegurado y sus remolques.” **(Subrayado nuestro)**

La carga transportada por un vehículo asegurado, forma parte del riesgo que significa dicho vehículo, tanto mientras esté estacionado o parado, como mientras esté en movimiento, porque constituye un peligro incluido al hecho de estar adherido o cargado en el vehículo; este riesgo pertenece a un evento cubierto por la responsabilidad civil, pero la misma está asignada al hecho de que la carga acompaña al vehículo y que puede causar un daño a un tercero. Tanto los daños causados por la carga, como las operaciones de carga y descarga, contienen todas las características del riesgo, en este caso el riesgo de automotor al que van ligadas:

- Incierto
- Posible
- Concreto
- Lícito
- Fortuito
- Contenido económico

E. Que en efecto, se debe tener en mente las diferencias conceptuales de naturaleza técnica de lo que debe entenderse por "ramo" y por "cobertura" (llamada sección en otras legislaciones). Hemos visto que el "ramo de seguro" comprende una categoría específica e independiente de seguro; v.gr. de responsabilidad civil, de automotores, etc., mientras que por cobertura o sección de seguro se entiende una subcategoría dependiente de seguro. Por ejemplo, dentro del ramo de la Póliza de Seguro de Automotores existe un conjunto de coberturas o secciones, entre los que está la cobertura de responsabilidad civil (en el caso que nos ocupa, responsabilidad civil cuando el vehículo esté en movimiento).

Respuesta Credinform:

Respecto a la aseveración de APS cuando establece las diferencias conceptuales entre ramo o cobertura, señala que, en el caso que nos ocupa, se habla de responsabilidad civil cuando el vehículo se halla en movimiento, pretendiendo categorizar el hecho de vehículos en movimiento para el ramo de Automotores y cuando no están en movimiento en el ramo de Responsabilidad Civil, lo cual se entiende no es acertado, ya que la Sección I - Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual de la Póliza de Automotores, no contiene la condición de circulación y fue registrada por el órgano regulador; tampoco la Resolución Administrativa N° 304/1999 incluye en sus textos dichas definiciones que atienden a una apreciación de APS confundiendo la definición del diccionario MAPFRE aplicable a automotores pero sin especificar la cobertura de Responsabilidad Civil de Automotores.

F. Este uso conceptual y técnico de los términos "ramo" y "cobertura" en Seguros, lo tenemos por ejemplo, en el Boletín Estadístico Mensual de Seguros de la APS a diciembre de 2011 que discrimina diáfananamente los términos: Modalidad; Seguros Generales; Ramo: Incendio, Robo, Transportes, Naves o Embarcaciones, Automotores,

Aeronavegación, Ramos Técnicos, Responsabilidad Civil, Varios Riesgos Misceláneos, etc. Como se puede leer, tanto Automotores como Responsabilidad Civil son categorías de seguros independientes por lo que no pueden mezclarse o confundirse.

Respuesta Credinform:

APS cita la clasificación de ramo y cobertura en el Boletín estadístico Mensual de Seguros, lo que no se discute en el presente sino refuerza el hecho de que, la póliza de automotores que busca cubrir los riesgos de un vehículo como OBJETO PRINCIPAL está clasificada dentro de ramo de Automotores y no así de Misceláneos.

G. Que aun más, los anteriores conceptos se encuentran así comprendidos en los propios contratos de reaseguro suscritos entre CREDINFÜRM INTERNATIONAX SEGUROS Y REASEGUROS S.A. y la reaseguradora HANNOVER RUCK VERSICHERUNG AG como se puede comprobar:

- a) Programa Tent Plan con Nota de Cobertura N° 001/2012, en el acápite RAMOS, se detalla lo siguiente: Incendio y Riesgos Aliados, Responsabilidad Civil. Fidelidad, Ramos Técnicos, Transporte, SOAT.
- b) A más abundancia, en el "Contrato de Reaseguro Proporcional- Automotor, SOAT y Accidentes Personales" con Nota de Cobertura N° 002/2012, en el acápite RAMOS, se especifica: Automotor, Accidentes Personales, y SOAT.

Respuesta Credinform:

Al señalar APS los contratos de reaseguro de la compañía refiere a la anterior clasificación, pero no especifica que el contrato de Reaseguro para Automotores, Accidentes Personales y SOAT incluye en las coberturas de Automotores las siguientes:

- o Casco
- o Responsabilidad Civil
- o Accidentes Personales de Pasajeros
- o Extraterritorialidad a países limítrofes

Y además acepta de manera especial dentro del contrato Ambulancias y Carros Bomberos; cabe mencionar en este punto que, el reasegurador acepta ambulancias con sus equipos (y los daños que causen a terceros); puede deducirse que los riesgos aceptados por el reasegurador se entienden aceptados mientras las ambulancias o carros bomberos se encuentran paradas(os) o en movimiento; como es sino que, podría cubrirse un daño producido por un carro bombero a un tercero mientras se baja o descarga de él equipos para apagar un incendio? Estos aspectos no se encuentran excluidos del contrato y por tanto se hallan cubiertos, concordando una vez más con que la aseveración de APS sobre los vehículos en movimiento no es correcta.

H. Que nuevamente, puede observarse cómo en la práctica del mercado de seguros, se discrimina el uso de los términos "ramo" y "cobertura". En cuanto a este último término, citemos como ejemplo lo dicho anteriormente, que en la propia página web de la compañía recurrente, se deduce el uso el término "cobertura" o sección cuando en las coberturas del Seguro de Automotores, comprende un abanico de contingencias entre los que se encuentra el de responsabilidad civil, pero anotado como "Responsabilidad Civil por daños materiales y/o corporales que cause el vehículo en movimiento a terceros". Nótese que no es una denominación "Responsabilidad Civil" a secas, sino que como cobertura o sección, se halla ligado a daños materiales asociado al vehículo en movimiento, condición sine qua non para el correspondiente pago o indemnización.

Que si se quiere asociar la responsabilidad civil a los automotores, los elementos concurrentes deben considerar al automotor en movimiento, pero si se quiere aplicar la responsabilidad civil sin considerar al automotor en movimiento, tal constituye un ramo de los seguros.

Respuesta Credinform:

Nuevamente APS menciona lo establecido en la página WEB, tema que se ha señalado que no es aceptado como argumento en el presente.

I. Que en cuanto a la segunda parte de análisis de esta alegación y en perfecta concordancia con los conceptos desarrollados precedentemente, el contenido de la certificación emitida en fecha 1 de octubre de 2012 por HANNOVER RUCKVERSICHERUNG AG señala: "Mediante el presente certificado se deja constancia que, ¡a (sic) cláusula detallada líneas abajo para las pólizas señaladas, es cubierta por el Contrato de Reaseguro programa Tent Plan, suscrito entre Hannover Rückversicherung y Seguros y Reaseguros Credinform internacional S.A.

- Nombre de la Cláusula: Cláusula de Responsabilidad de Carga.
- Pólizas a las que aplica: Pólizas de Automotores.

Se aclara que dicha cláusula puede ser otorgada para el ramo ele (sic) automotores, siempre que alimente al contrato de reaseguro Tent Plan para el ramo de Responsabilidad Civil...". En primer lugar se destaca el hecho de que el programa Tent Plan es un contrato de reaseguro general que comprende varios ramos (y no coberturas); incendio, ramos técnicos, transporte, y responsabilidad civil, de acuerdo al documento adjuntado a la carta SGER TEC 0069/2012 de 15 de febrero de 2012 remitido a esta APS por CREDINFORM INTERNACIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A. Siendo esta la naturaleza del contrato de reaseguro citado, es coherente lo anotado en el último párrafo de la certificación; que la cláusula de responsabilidad civil de carga puede ser considerada como ramo siempre que los recursos económicos vayan a la cuenta del contrato Tent Plan en el ramo de Responsabilidad Civil.

Que lo que la reaseguradora Hannover Ruckversicherung AG está señalando es que, si la responsabilidad civil se la conceptúa como cláusula estará comprendida como cobertura (esto es, riesgo menor a la cobertura principal que es el seguro de Automotores) dentro los alcances de la Póliza de Automotores, pero no como Responsabilidad Civil considerada como ramo (de naturaleza independiente), pero que si los recursos económicos que genera la cláusula son desuñados a la cuenta (alimenta) del Contrato de Reaseguro Tent Plan será considerada para el ramo de Responsabilidad Civil; o sea, no como cobertura (o sección) comprendida dentro de un ramo, sino, será considerada la cláusula como un ramo independiente, cual es el de Responsabilidad Civil.

Que ergo, es la propia reaseguradora la que confirma la posición de la APS en sentido de que tal cual propone la recurrente como contenido de la cláusula de Responsabilidad Civil de Carga, la misma es considerada como ramo, o sea, independiente, y no, contrario sensu, como cobertura o dependiente de la Póliza de Seguro de Automotores. Recordar que la Responsabilidad Civil, en tanto ramo, como la indemnización por daños a terceros, considera tal contingencia independientemente del escenario en el que ocurra; en otras palabras, esté ligado o no a un vehículo, o a un

buque, o a trabajos de construcción. Mientras que la responsabilidad civil, en cuanto cobertura (o sección) es dependiente y se encuentra ligada a una póliza mayor, que en este caso, es el de automotores, en un escenario en que el vehículo está en movimiento como bien hemos podido verificar precedentemente.

Respuesta Credinform:

Que APS pretende realizar una interpretación arbitraria sobre la certificación emitida por el reasegurador Hannover Rück, señalando nuevamente la observación de forma sobre Ramo y Cobertura y no de fondo; el reasegurador acepta que la Clausula alimenta al contrato del ramo pero puede perfectamente ser otorgada dentro de la póliza de Automotores como COBERTURA y no como RAMO; no se abundará más en este tema pues para que la certificación quede clara se ha solicitado al reasegurador que especifique su respaldo en el certificado, lo cual se ha realizado de acuerdo al certificado adjunto emitido recientemente.

J. Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en el punto 5 del sexto Considerando de la presente resolución, tanto lo señalado en el artículo 5 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, respecto a la Póliza de Seguro (instrumento que permite operativizar al contrato de seguro), como lo dispuesto en el artículo 984 del Código de Comercio en sentido de que el asegurador puede cubrir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestas las personas, los bienes, o el patrimonio son determinaciones genéricas y abstractas aunque de obligatorio cumplimiento; no obstante, tales disposiciones no discriminan los conceptos que hemos desarrollado a lo largo de esta resolución administrativa, como "ramo", "cobertura", "modalidad", etc. que sí se los encuentra en textos especializados, cuyos contenidos no contradicen los presupuestos legales de lo que se entiende por "póliza de seguro" y de "riesgos cubiertos", más bien los complementa e enriquece a los fines de aplicación.

Respuesta Credinform:

Cabe señalar que se ha mencionado a la Ley y al Código de Comercio, pues se entiende que tienen prelación sobre otras disposiciones legales como la R.A. 304/99 que clasifica los ramos y coberturas.

K. Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en el punto 6 del sexto Considerando de la presente resolución, es impertinente la cita del artículo 1044 del Código de Comercio en lo que hace al Seguro de Daños, ya que el asunto que nos ocupa y es el leit motiv (sic) de la compañía recurrente, es el Seguro de Responsabilidad Civil por operaciones de carga y descarga, instituto contemplado en el artículo 1087 del Código de Comercio con regulaciones propias y distintas a aquél, por lo que ligar o relacionar el Seguro de Daños con el vehículo en si y el riesgo de responsabilidad civil a terceros por carga y descarga resulta forzada e inconsistente.

Respuesta Credinform:

Se considera que no corresponde la aseveración de APS, ya que como se señaló anteriormente, el objeto principal de la póliza de Automotores es cubrir al vehículo, con lo cual, se clasifica en el ramo de Automotores y se reporta de esa manera a APS; es así que, se consideran aplicables los conceptos de Seguros de Daños a la Póliza y a sus coberturas, en este caso, a la Cobertura de Responsabilidad Civil y sus Clausulas aplicables.

L. Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en el punto 7 del sexto Considerando de la presente resolución, es evidente lo alegado por CREDINFORM INTERNATIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A. en lo tocante al contenido del artículo 1113 del Código de Comercio y por ello mismo, totalmente cierto como dice la recurrente: "... el Seguro de Automotores incluye varias coberturas de riesgos y por tanto, de ramos diferentes...", porque es la propia compañía la que utiliza el término "ramo" para diferenciar al Seguro de Automotores del de Responsabilidad Civil, y de la responsabilidad civil como cobertura, entidades muy diferentes. Conforme a este acuerdo y por lo mismo, la aseguradora recurrente tiene todas las facultades para inscribir la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga como ramo y al Seguro de Automotores en la misma categoría combinados comprendido en el ramo de Riesgos Varios o Misceláneos» pero no de la manera como pretende hacerlo; esto es, registrar el ramo de la responsabilidad civil como cobertura del Seguro de Automotores.

Respuesta Credinform:

En el siguiente punto, APS acepta que puede registrarse la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga y sugiere hacerlo en el Ramo de Varios o Misceláneos, lo cual no puede ser tomado en cuenta en vista a la certificación aclarada remitida por el reasegurador y reiterando que al ser el objeto principal de una póliza de automotores el vehículo, trasladar su clasificación y/o reporte a riesgos varios misceláneos crearía una distorsión en la información del mercado a APS, información que se considera debe ser transparente a los usuarios y demás compañías de seguros, más aun por el volumen de cartera en el ramo de Automotores que posee nuestra compañía.

M. Que en cuanto a la Resolución Administrativa IS N° 593 de 22 de octubre de 2003 que registra la Póliza de Seguro de Automotores de CREDINFORM INTERNATIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A. es evidente que registra la Responsabilidad Civil en la sección I, pero, y esto debe quedar de una vez definido, está registrado como "cobertura" (o sección) del ramo de Póliza de Seguro de Automotores y no como seguro independiente o ramo de Responsabilidad Civil. No podía ser de otro modo ya que la Resolución Administrativa IS N° 304 de 21 de octubre de 1999 en la parte "CODIFICACIÓN DE RAMOS Y PÓLIZAS", establece como ramo al rubro "Automotores" comprensivo de 9 "coberturas" (responsabilidad civil; pérdida o daños al vehículo; robo de partes y piezas; conmovición civil; huelgas y daño malicioso; accidentes personales a ocupantes del vehículo asegurado; traslado de vehículos nuevos; daños a vehículos de demostración para venta; accesorios, y extraterritorialidad), mientras que al ramo de Responsabilidad Civil le asigna 3 coberturas: responsabilidad civil extracontractual; responsabilidad civil cruzada, y responsabilidad civil contractual.

Respuesta Credinform:

No se discute la manera de clasificación citada por APS, reiterando que, en la R.A. 304/99 se admite como cobertura a la Responsabilidad Civil, cobertura a la cual se está levantando una exclusión mediante una Clausula.

N. Que en relación a la alegación de la recurrente, señalada en el punto 9 del sexto Considerando de la presente resolución, CREDINFORM INTERNATIONAL SEGUROS REASEGUROS S.A. otorga implícitamente la razón a la APS al citar que la responsabilidad civil se encuentra comprendida en las "coberturas" de la Póliza de Seguro de Automotores al citar el texto: "la sección I - Seguro de Responsabilidad Civil

Extracontractual de la Póliza de Seguro de Automotores, señala que la compañía garantiza el pago de las indemnizaciones de las cuales, de acuerdo a ley, resulte civilmente responsable el Asegurado a consecuencia de lesiones corporales y daños materiales que se causen a terceros por el uso de vehículo asegurado, dentro la vigencia de esta Póliza, exceptuando lo señalado en la Cláusula 5: muerte, lesiones o daños corporales causados por la carga transportada por el vehículo asegurado" (las negrillas son de la APS). Nótese que no se trata de una "responsabilidad civil" a secas, sino, se trata de una "responsabilidad civil" por el uso de vehículo asegurado, exactamente como la autoridad reguladora razona. En lo demás, la facultad concedida por intermedio del artículo 1013 del Código de Comercio puede ser practicada en los levantamientos de cobertura que el asegurado viere por conveniente, no siendo necesario que la APS entre en mayores disquisiciones a este respecto.

Que en relación a la alegación de la recurrente, señalada en el punto 10 del sexto Considerando de la presente resolución, CREDINFORM INTERNATIONAL SEGUROS REASEGUROS S.A. insiste en confundir lo que es la Responsabilidad Civil entendida como ramo y la responsabilidad civil entendida como cobertura de la Póliza de Seguros de Automotores, diferencias cualitativas ya explicadas. En efecto, la propuesta de contenido a registrar señala que la compañía indemnizará daños tanto al vehículo como a terceros mientras se carga o se descarga del mismo.

Que si la compañía recurrente quiere comprometerse a indemnizar daños personales a terceros o a su patrimonio así como al vehículo deberá hacerlo como ramo de Responsabilidad Civil y como ramo de Seguro de Automotores, o de manera combinada (Riesgos Varios o Misceláneos) si lo prefiere, pero si quiere indemnizar daños personales a terceros o a su patrimonio a propósito del uso de un vehículo, deberá registrar la cláusula como "cobertura" de la Póliza de Seguros de Automotores, ya que la frase "mientras se esté descargando bienes y/o carga al mismo" no implica que se esté "usando" un vehículo, es decir, que la carga y descarga no deriva necesariamente del uso de un vehículo asegurado ya que puede tratarse de un vehículo no asegurado o que dicho vehículo no esté siendo "usado".. Para aclarar el alcance del término "usado" recurramos a lo señalado en el Diccionario MAPFRE al respecto: "el seguro de automóviles está destinado a cubrir la responsabilidad del propietario o conductor por las lesiones corporales n daños materiales que, con motivo de la circulación de su vehículo, pueda producir a terceros... * (sic)

Claramente se señala como condición sine quanon que vehículo esté en circulación para ser objeto del seguro.

Que en relación a la alegación de la recurrente, señalada en el punto 11 del sexto Considerando de la presente resolución, se evidencia una contradicción ya que por un lado habla de la carga "que transporta" el vehículo asegurado considerándose a dicha carga una extensión del vehículo si aquella causare algún daño, pero surge la interrogante de que la carga puede estar siendo manipulada sin que el vehículo esté en movimiento o que esté siendo "transportada". Esta contradicción la crea la propia recurrente ya que a momentos, concuerda con la posición de la APS en sentido de diferenciar 3a Responsabilidad Civil como rama (es decir, daños a terceros ocasionados a terceros por la carga a secas), y como cobertura, pero en otros momentos, pretende que la responsabilidad civil como rama se registre como cobertura de la Póliza del Seguro de Automotores (daños ocasionados a terceros por la carga de un vehículo en

movimiento o en uso), aspecto que técnicamente no es viable.

Que en relación a la alegación de la recurrente, señalada en el punto 13 del sexto Considerando de la presente resolución, puede concordarse que la carga transportada por un vehículo puede ocasionar daños o lesiones a terceros; esto es, si el vehículo está siendo usado o en movimiento, situación que merecerá registro de la responsabilidad civil emergente como cobertura, pero si se trata meramente de la carga que puede estar en un vehículo, en un remolque, en un buque o en los lomos de un caballo, tal debe ser registrado como ramo independiente, tal cual y generosamente se ha explicado en párrafos anteriores.

Que en relación a la alegación de la recurrente, señalada en el punto 14 del sexto Considerando de la presente resolución, la APS no discute el desarrollo de conceptos por parte de la doctrina y textos especializados de malcría de seguros.

Respuesta Credinform:

Entendemos que estos puntos ya fueron explicados en los párrafos precedentes cuando se ha expuesto UNIDAD DE RIESGO, carga del vehículo, los ejemplos de las ambulancias y carros bomberos y en la misma certificación del reasegurador.

O. Que no obstante aquello y con relación a las definiciones de Interés asegurable e indemnización, es importante reiterar (nuevamente) y aclarar que no se han observado las cláusulas sujetas a registro porque no exista un interés asegurable, o no se enmarquen en el concepto de indemnización, sino porque incurren en lo establecido por el artículo 4 inciso b) de la Resolución Administrativa IS N° 070 de 23 de abril de 1999. Que en relación a la definición de lo que define el Diccionario Mapfre como seguro de automóviles, claramente, las cláusulas que pretenden registrar no se enmarcan en dicha definición toda vez que las mismas amparan daños a terceros por las operaciones de carga y descarga y no producidos a consecuencia de la circulación de vehículos. En este sentido, CREDIFORM INTERNATIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A. entra en contradicción con lo establecido por su cláusula y la propia definición a la que hace referencia.

Respuesta Credinform:

APS acepta que no cuestiona las cláusulas observadas porque no mantienen conceptos de interés asegurable o no se enmarquen en el concepto de indemnización lo cual se entiende que las cláusulas se enmarcan en la técnica del seguro y su doctrina y ahora señala que el registro de las Cláusulas fue rechazado por incurrir lo establecido en el artículo 4 inciso b) de la Resolución Administrativa N° 70 de 23 de abril de 1999. En este punto es importante detenerse y cuestionar a APS por qué no esgrimió este argumento en la nota CITE: APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012 para el rechazo de registro de las citadas Cláusulas; se considera que la compañía podría esgrimir argumentaciones a esta observación de haber sido el caso; no obstante, cabe a estas alturas solicitar a APS que demuestre fehacientemente como se encuentra comprometiendo la legitimidad de la póliza.

Consideramos que la legitimidad del contrato de seguro incluye su validez, justicia, y eficacia. Al incorporar las Cláusulas que nos ocupan a la póliza de Automotores, no se está interfiriendo en su validez, porque no la estamos invalidando ni anulando, sino tal como reconoce APS, puede ser objeto de registro; tampoco se está incurriendo en

injusticia, porque se está otorgando al asegurado lo solicitado cumpliendo con los principios del riesgo, interés asegurable y se está beneficiando al asegurado con una cobertura adicional; finalmente no se vulnera la eficacia de la póliza, pues la cláusula está respaldada por el reasegurador para levantar una exclusión de una cobertura de la póliza; además el asegurado puede discrepar de la cláusula de acuerdo a lo establecido en el artículo 1013 del Código de Comercio.

P. *Que en lo referido a la definición de vehículo automotor, que la compañía recurrente expone para señalar que la carga es una unidad de riesgo, se observa que dicha definición no incluye a la carga, motivo por el cual, el argumento no tiene asidero técnico ni legal alguno. Por último, respecto al ejemplo de la "póliza paquete" que la aseguradora argumenta, nuevamente CREDINFORM INTERNATIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A. entra en contradicción, toda vez que tal como-ellos señalan el ejemplo es una "póliza paquete" y no una "póliza de automotores", lo cual ha sido observado por esta jefatura.*

Se reitera nuevamente que las cláusulas sujetas a registro, pretenden otorgar cobertura a los daños a terceros ocasionados por la carga del vehículo asegurado, los mismos que no derivan del uso del vehículo asegurado, desvirtuando por completo el objeto y alcance de una póliza de automotores y por consiguiente, generando imprecisiones que comprometen la legitimidad de una póliza de automotores.

Que conviene nuevamente aclarar que, si la aseguradora pretende registrar un producto para vehículos automotores que contemple una combinación de distintos ramos de seguros, debiera elaborar un producto combinado registrándolo en el ramo de riesgos varios misceláneos, como en repetidos párrafos anteriores de esta resolución se ha expresado, y no en el ramo de automotores.

Respuesta Credinform:

Nuevamente APS señala que el argumento de la carga y descarga deben estar ligados a la circulación de los vehículos, aspecto que ya fue refutado y explicado anteriormente; también menciona que se ejemplifica con una póliza paquete y no con una póliza de automotores; para responder a este punto, se adjunta el texto de las unidades de la Maestría de MAPFRE mencionadas, donde se explica ampliamente que, se dan modalidades de pólizas de AUTOMOVILES más complejas como lo son las "pólizas-paquete", unidades comprendidas en el tema GESTION DEL SEGURO DEL AUTOMOVIL.

Q. *Que como colofón de toda esta exposición, insistir los argumentos técnicos que respaldan la posición de esta APS de que las cláusulas que CREDINFORM INTERNATIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A. pretende registrar no corresponden al ramo de automotores sino al ramo de responsabilidad civil, por consiguiente siguiente; la compañía recurrente tiene registrada una Cláusula de Responsabilidad de Carga para el ramo de Responsabilidad Civil. La aseguradora, a través de la Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 868 de 7 de noviembre de 2008, tiene registrada en el ramo de Responsabilidad Civil, la siguiente cláusula:*

- Cláusula para cubrir Responsabilidad Civil de Carga.
- Código: 102-910800-2002 1 1063-2045.

Que este es un argumento adicional que justifica técnicamente que la Responsabilidad Civil de Carga no corresponde al ramo de automotores. A mayor abundancia de elementos, CREDINFORM INTERNATIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A. oferta en su

página web la Responsabilidad Civil de Carga. En efecto, en dicha página web se encuentra que en el ramo de Seguro de Responsabilidad Civil se oferta la cobertura de responsabilidad Civil de Carga. En este sentido, la propia aseguradora enmarca la cobertura en este ramo y no en el ramo de automotores, por lo que se ratifica la posición del ente regulador.

Que en relación a la alegación de la recurrente, señalada en el punto 15 del sexto Considerando de la presente resolución, este ente regulador tampoco discute la antigüedad de existencia de la recurrente, reiterando una vez más, que los criterios fundados y razonados que se han desarrollado en toda la extensión de la presente resolución administrativa, configuran un cuadro de corrección en la actuación de la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros.

Respuesta Credinform:

Contrariamente a lo expuesto por APS, se reitera que las cláusulas que nos ocupan, levantan exclusiones de una de las coberturas de la Póliza de Seguro de Automotores, que este hecho es respaldado y reconocido por el reasegurador y por tanto las hace susceptibles de registro, sin aceptar los argumentos que mencionan nuevamente a la página WEB.

R) (sic) Que es necesario dejar establecido que, al margen de los aspectos técnicos que sostienen la posición de rechazo al registro de las cláusulas en cuestión, tal negativa no se debe a que:

- a) Las cláusulas que se solicitan registrar no esté en conformidad con el artículo 984 del Código de Comercio.
- b) No exista un interés asegurable, ya que pretender lo contrario sería entrar en prejuicios inconducentes e inconsistentes.
- c) No exista respaldo del reasegurador, existe el respaldo pero no en el sentido de la recurrente.
- d) Un producto contemple la combinación de ramos diferentes.
- e) La cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga no esté amparando daños ocasionados al vehículo por la carga transportada, situación no observada por la APS.

Que en pocas palabras, el rechazo de la APS a la petición de registro se debe a que la cobertura que se pretende registrar no corresponde o no aplica al ramo de Seguro de Automotores, sino, al ramo independiente de Responsabilidad Civil; que la cláusula que se pretende registrar solamente comprende a "la carga" y no a la descarga, y esta diferenciación que la carga simplemente no deriva del uso de un vehículo asegurado, como ya se explicó. Tampoco la APS niega la facultad de la recurrente de registrar cláusulas para el ramo de Riesgos Varios o Misceláneos si así lo desea y ve conveniente.

Que la situación en que incurre **CREDIFORM INTERNATIONAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** se adecúa a lo previsto en el artículo 4.b) de la Resolución Administrativa IS N° 070/1999 de 23 de marzo de 1999 que establece: "El rechazo de la solicitud de registro procederá sólo en los siguientes casos: b) Cuando la redacción del documento presente ambigüedades o imprecisiones que comprometan la legitimidad de la póliza..." Las imprecisiones no pueden ser más obvias en este caso, como bien se ha explicado.

Respuesta Credinform:

Se considera que APS acepta expresamente que, no rechaza el registro de las Clausulas ni las exposiciones técnicas y de doctrina que respaldan la existencia y razón de ser de dichas Clausulas: no niega que pueda registrarse dichos textos; sin embargo sugiere una clasificación que distorsiona la información del ramo por el objeto del seguro al que se refiere (vehículo) y se considera por tanto que, los argumentos de rechazo no son contundentes por tratarse solamente de la forma y no del fondo del tema que nos ocupa, insistiendo en la clasificación de ramo y cobertura y en la ilegitimidad en la que supuestamente incurre la póliza de automotores al contener las Clausulas, ilegitimidad que no fue argumento del rechazo inicial y que se considera debe ser demostrada por el ente regulador.

Por todos los fundamentos de derechos expuestos en el presente recurso, se concluye que la R.A N° 030-2013 y consecuentemente la R.A. N° 890-2012 son ilegales, por lo que, corresponde su revocatoria.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38,52 y 53 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso Jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

2. (sic) **Admita el presente Recurso Jerárquico al tenor del artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175**
3. **Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso Jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 30-2013 de 14 de enero de 2013, y consecuentemente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 890/2012 de 29 de octubre de 2012, procediendo al registro de las Cláusulas de Responsabilidad Civil de Carga, para la póliza de Seguro de Automotores y la de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga."**

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES

Que, Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., mediante nota SGER TEC 593/2012 de 2 de octubre de 2012, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros el Registro de cláusulas adicionales para la Póliza de Seguro de Automotor, referidas

a cobertura automática para nuevas adquisiciones de vehículos, operaciones de Carga y Descarga, Proporcionalidad (Swing) +/- 10%, Responsabilidad Civil de Carga.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota Cite APS/DS/JTS/7898/2012 de 10 de octubre de 2012, observó las Cláusulas de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga y de Responsabilidad Civil de Carga, comunicando que el registro técnicamente no procede, instruyendo que en el plazo de tres días hábiles administrativos a partir de la recepción de la nota señalada, informen los argumentos técnicos para solicitar el registro de estas cláusulas.

Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., mediante nota SGER TEC 0665/2012 de fecha 16 de octubre de 2012, respondió argumentando -entre otros- que las cláusulas adicionales se encuentran respaldadas técnicamente, toda vez que el daño que pueda ocasionar la carga transportada por un vehículo caería bajo la responsabilidad civil del asegurado, dueño del vehículo, por lo que reiteran su solicitud de registro.

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota CITE: APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012, ratificó que no corresponde el registro de las cláusulas requeridas por la entidad aseguradora.

Que, Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., mediante nota CITE: ANL-0661/12 de fecha 6 de noviembre de 2012, solicitó a la Autoridad Reguladora, que la nota CITE: APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012, sea consignada en una Resolución Administrativa.

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 890-2012 de 15 de noviembre de 2012, la Autoridad Fiscalizadora consignó en Resolución Administrativa la nota CITE: APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012.

Que, en fecha 13 de diciembre de 2012, Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/Nº 890-2012 de 15 de noviembre de 2012.

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 30-2013 de 14 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 890-2012 de 15 de noviembre de 2012.

Que, la recurrente, en su Recurso Jerárquico, señala que el Ente Regulador no habría demostrado la ilegitimidad en la que incurriría la póliza de automotores al incluirse las cláusulas solicitadas para su registro, por lo que solicitan se revoque totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 30-2013 de 14 de enero de 2013 y consecuentemente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 890-2012 de 15 de noviembre de 2012, procediendo, además, al registro de las Cláusulas de Responsabilidad Civil de Carga y la de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto a la inclusión de nuevas cláusulas a la Póliza de Seguro de Automotores.-

La recurrente argumenta que existen los suficientes elementos técnicos y legales para que las

Cláusulas solicitadas para su registro, mediante nota SGER TEC 593/2012 de 2 de octubre de 2012, sean consideradas dentro de la póliza de Seguro de Automotores, específicamente las observadas por la Autoridad Reguladora, referidas a cobertura de **Operaciones de Carga y Descarga y Responsabilidad Civil de Carga**, para lo que hacen referencia al Código de Comercio, al Decreto Supremo N° 27295, (Reglamento del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT) y a la Resolución Administrativa IS N° 304/99 de 21 de octubre de 1999. Así también, hacen referencia a una serie de definiciones extractadas de diferentes textos especializados en seguros, para respaldar su posición.

Al respecto, la Autoridad Reguladora presenta como argumentación principal que la Responsabilidad Civil está considerada tanto como “cobertura” o “ramo” según los elementos que la constituyen, para lo cual recurre a la definición del diccionario de la Fundación MAPFRE (empresa española multinacional dedicada al rubro de seguros y reaseguros), señalando:

*“...Por **“ramo” de seguros**, se entiende al “Conjunto de modalidades de seguro relativas a riesgos de características o naturaleza semejantes. En este sentido se habla de ramo de vida, ramo de automóviles (**léase automotores**), ramo de incendios, etc.” según el diccionario de la Fundación MAPFRE (las negrillas son de la APS), mientras que por **“cobertura”** se entiende a la porción de un riesgo, responsabilidad u obligación que se encuentra asegurada, garantizada o respaldada, en otras palabras, es el riesgo que cubre la póliza contratada con todas sus limitaciones, delimitaciones y exclusiones.*

Así también, la Autoridad Reguladora, nuevamente hace referencia al diccionario de la Fundación MAPFRE de seguros cuando señala, respecto al seguro de Automotores, que:

“...es aquél que tiene por objeto la prestación de indemnizaciones derivadas de accidentes producidos a consecuencia de la circulación de vehículos”.

Haciendo notar que el elemento común para la aplicación de la cobertura de responsabilidad civil es que el vehículo o automotor esté en movimiento. Por lo que, en criterio de la misma *“si se quiere asociar la responsabilidad civil a los automotores, los elementos concurrentes deben considerar al automotor en movimiento, pero si se quiere aplicar la responsabilidad civil sin considerar al automotor en movimiento, tal constituye un ramo de los seguros.”*

Por su parte, la recurrente, argumenta que la Póliza de Automotores tendría por objeto *“proteger el patrimonio del asegurado ante los daños y perjuicios causados por y en el vehículo asegurado.”* y siendo que se pueden estar efectuando operaciones de carga y descarga de bienes y/o carga del y/o al vehículo, los daños que podría ocasionar tal operación serían cubiertos por el seguro o Póliza de Automotores.

Respalda tal posición haciendo referencia a lo dispuesto por el Código de Comercio, en los siguientes artículos:

- **“Artículo 984.- (Riesgos cubiertos).** El asegurador puede cubrir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestas las personas, los bienes o el patrimonio”.
- **“Artículo 1044 (Objeto).** “Puede ser objeto del seguro de daños, cualquier riesgo que, directa o indirectamente, afecte a los bienes o al patrimonio de un persona, siempre

que exista interés asegurable manifestado en el deseo de que el siniestro no ocurra, al tener esta persona un interés económico lícito..."

- **“Artículo 1113 (Otros seguros de daños).** *“...pueden emitirse pólizas de riesgos combinados como ser seguros de automotores, de aviones y otros.”*

Siguiendo la compulsión del caso, se evidencia que la Autoridad Reguladora no cuestiona que se pueda coberturar los riesgos de **Operaciones de Carga y Descarga y Responsabilidad Civil de Carga**, sino observa que la Póliza de Automotores tiene el objeto de cubrir riesgos que podría ocasionar el vehículo pero **cuando éste se encuentra en movimiento** y no cuando el mismo esté estacionado, que sería el momento de la carga y descarga, por lo que, en su criterio, dichas coberturas deberían considerarse dentro del **ramo** de Responsabilidad Civil, Riesgos Varios o Misceláneos y no como una **cobertura** de responsabilidad civil por daños ocasionados por el vehículo, dentro del **ramo** de Automotores, posición que tampoco va en contra de lo dispuesto por el Código de Comercio.

Considerando lo expuesto, se efectúa el análisis de las dos cláusulas solicitadas para registro:

“Operaciones de Carga y Descarga. *Mediante la presente cláusula se acuerda y establece que, la compañía indemnizará daños, tanto ocasionados al vehículo, como a terceros (responsabilidad civil) mientras se esté cargando y descargando bienes y/o carga del y/o al mismo.”*

De la lectura de la cobertura de la cláusula, se establece que para realizar la operación de carga y descarga del y al vehículo, éste necesariamente debe encontrarse sin movimiento, es decir encontrarse estacionado. Sin embargo, es importante hacer notar que la Operación de carga y descarga no necesariamente está ligada a que la misma sea de un o a un vehículo, por lo que cualquier cobertura que se tenga que considerar para la carga, en este caso, dentro del Ramo de Automotores o, dicho de otra manera, sea cubierto por una póliza de Automotores, debe estar siempre ligada a que la carga debe encontrarse en el o descargarse desde el vehículo asegurado.

“Responsabilidad Civil de Carga. *Queda entendido y convenido que la cobertura de Responsabilidad Civil de la póliza, se amplía a cubrir Responsabilidad Civil de Carga, misma que cubre todos los daños causados a bienes de terceros o lesiones corporales a terceros cuando la carga transportada del vehículo provoque el daño o lesión o cuando el conductor del vehículo asegurado realice operaciones de carga y descarga del y/o al vehículo.*

Se excluyen expresamente daños a la carga transportada.”

Se entiende que la carga transportada puede ocasionar daños tanto cuando el vehículo se encuentre en movimiento o cuando éste no se encuentre en movimiento, debido a que la carga puede soltarse, deslizarse, puede ser inflamable, corrosiva, explosiva, etc.

De lo expuesto, se puede concluir lo siguiente:

1. Si bien es cierto, lo manifestado por la Autoridad Reguladora, cuando indica que la cobertura de riesgos por daños **que podría ocasionar** el vehículo implica que éste deba encontrarse en movimiento, no es menos cierto que las coberturas a vehículos

(léase Automotores), no solamente son a los daños que éste pueda ocasionar sino también a los daños que pueda recibir, para lo cual **no es necesario que el vehículo se encuentre en movimiento**.

2. El daño que pueda sufrir un vehículo o terceros, como consecuencia de la carga que lleva dicho vehículo, puede ser parte de la Póliza de Automotores, siendo el principal bien asegurado el vehículo y el daño que pueda ocasionar la carga, como una cobertura de aquella póliza.
3. El daño que pueda ocasionar la carga, tanto al vehículo como a terceros, podría deberse a que ésta se suelte, se deslice, sea inflamable, corrosiva, explosiva, etc., para lo cual el vehículo puede estar o no en movimiento, en cuyo caso puede ser considerarse como cobertura de una póliza de Automotores, siendo el principal bien asegurado el vehículo.
4. La operación de carga y descarga, como riesgo que pueda generar daño a terceros o al propio vehículo, solamente podría formar parte de una Póliza de Automotores cuando ésta operación esté ligada al vehículo asegurado mediante la referida póliza.

Por lo que, el argumento vertido por la Autoridad Reguladora en sentido de que el vehículo tiene que encontrarse en movimiento para que todas las cláusulas en cuestión formen parte de la póliza de Automotores, no es suficiente para justificar su posición de negar el registro de las cláusulas en la Póliza de Automotores, debido a que las coberturas de una Póliza de Automotores, no necesariamente exigen que el vehículo se encuentre en movimiento; asimismo, los riesgos que genera la carga que se transportan en el vehículo también puede ser parte de la póliza de Automotores, conforme se tiene de los siguientes ejemplos extractados de pólizas de Automotores, de empresas de seguros del extranjero:

- **Póliza de Seguro para vehículos automotores de la Corredora de Seguros del Banco del Estado y de la empresa aseguradora Royal y Sunalliance Seguros Generales, de Chile.**

“ARTICULO 3: RIESGOS CUBIERTOS

1) Daños materiales.

*Los daños materiales directos que puedan sufrir el vehículo asegurado, sus piezas o partes y sus accesorios, como consecuencia de volcamiento o colisión accidental con objetos en movimiento o estacionarios, incendio, rayo o explosión, **tanto si el vehículo se haya estacionado** como en movimiento”*

(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

- **SANCOR Seguros y MAPFRE Seguros, empresas Argentinas**

Póliza Automóviles

“Cláusula 1.- Responsabilidad Civil hacia terceros. Riesgo cubierto

El Asegurador se obliga a mantener indemne al Asegurado y/o a la persona que con su autorización conduzca el vehículo objeto de seguro (en adelante el Conductor) por cuanto deban a un tercero sólo por los conceptos e importes previstos en la cláusula

siguiente, **por los daños** personales **causados** por ese vehículo o **por la carga que transporte** en condiciones reglamentarias, por hechos acaecidos en el plazo convenido en razón de la responsabilidad civil que pueda resultar a cargo de ellos...”

(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

- **Paraná Seguros, empresa Argentina**

Póliza de Automotores

“RESPONSABILIDAD CIVIL

SEGURO DEL CASCO AUTOMOTOR

Proteger el patrimonio del asegurado y/o conductor, ante los daños y perjuicios causados por el vehículo asegurado o **por la carga que transporta.**” (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por lo tanto, la Autoridad Reguladora deberá fundamentar conforme a derecho y emitir el debido pronunciamiento, para lo cual debe realizar una nueva evaluación de la solicitud de registro efectuada por la recurrente, así como deberá considerar las coberturas de carga, basándose en la normativa vigente.

Que, a su vez, y en cuanto a que la empresa HANNOVER RUCHVERSICHERUNG AG, reaseguradora, emitió un certificado en el cual deja constancia de que el contrato de Reaseguro suscrito entre ambas cubre la cláusula que se detalla:

“(…)

- Nombre de la Cláusula: Cláusula de Responsabilidad de Carga.
- Pólizas a las que aplica: Pólizas de Automotores.

Se aclara que dicha cláusula puede ser otorgada para el ramo de automotores, siempre que alimente al contrato de reaseguro Tent Plan para el ramo de Responsabilidad Civil”

Con dicho certificado, la recurrente argumenta que las cláusulas solicitadas para registro sean consideradas dentro del Ramo de Automotores, estaría respaldada, siempre que los recursos generados por la prima cobrada alimenten el contrato de reaseguro para el Ramo de Responsabilidad Civil.

Sin embargo, del mismo certificado, la Autoridad Reguladora interpreta que la empresa reaseguradora más bien respalda la posición de la APS al certificar que la responsabilidad civil de carga puede ser considerada como cláusula adicional (cobertura) dentro del Ramo de Automotores, pero condicionada a que el vehículo se encuentre en movimiento y si los recursos que genera van a la cuenta del Ramo de Responsabilidad Civil entonces se consideraría como ramo.

Nótese en este punto que la referencia del certificado es simplemente a la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga y no, además, a la Cláusula de Operación de Carga y Descarga, por lo que no se puede establecer si dicha cláusula estaría aceptada o no por el Reasegurador como parte de la Póliza de Automotores. Por su parte, la Autoridad Reguladora tampoco manifiesta expresamente su posición respecto a si dicha certificación

es suficiente para entender que el Reasegurador cubriría las dos cláusulas precedentemente señaladas.

Por lo tanto, y bajo el cumplimiento del principio de verdad material a la que se encuentra obligada la Autoridad, ésta debe considerar si es necesario solicitar un nuevo certificado del Reasegurador (HANNOVER RUCHVERSICHERUNG AG) a fin de que la redacción del mismo sea claro y concreto y no de lugar a diferentes interpretaciones como en el caso presente y si es necesario que el Reasegurador mencione expresamente que la cobertura es para las dos cláusulas adicionales solicitadas para registro por la recurrente.

Por último, el Ente Regulador deberá señalar cuáles son las imprecisiones y ambigüedades que presentarían las cláusulas para no ser registradas dentro del ramo de automotores, tomando en cuenta que el rechazo fue por lo establecido en el artículo 4, inciso b, de la Resolución Administrativa IS N° 070/1999 de 23 de marzo de 1999 (Reglamento de Registro de Pólizas, Anexos y/o Cláusulas Adicionales), que establece:

"El rechazo de la solicitud de registro procederá sólo en los siguientes casos: b) Cuando la redacción del documento presente ambigüedades o imprecisiones que comprometan la legitimidad de la póliza..."

Que, todos estos aspectos denotan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha incumplido lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo que señala:

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

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

"Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando resuelvan recursos administrativos.

Que, a su vez, en cuanto a la motivación de los actos administrativos, la Ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI en su libro de Jurisprudencia Administrativa, en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 ha señalado:

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

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía

para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda."

De lo precedentemente citado, tenemos que, el presente proceso debe anularse debido a que el mismo no goza de la debida fundamentación y motivación, por lo que el Ente Regulador deberá hacer una nueva valoración de la prueba, así como deberá establecer de manera fundamentada porque en el presente caso no corresponde registrar las pólizas en el ramo de automotores.

2.2. En cuanto a la supuesta negativa de registro de las Cláusulas.-

La recurrente, considera que la Autoridad Reguladora acepta expresamente que no rechaza el registro de las Clausulas en cuestión "...ni las exposiciones técnicas y de doctrina que respaldan la existencia y razón de ser de dichas Clausulas: no niega que pueda registrarse dichos textos; sin embargo sugiere una clasificación que distorsiona la información del ramo por el objeto del seguro al que se refiere (vehículo) y se considera por tanto que, los argumentos de rechazo no son contundentes por tratarse solamente de la forma y no del fondo del tema en cuestión, insistiendo en la clasificación de ramo y cobertura y en la ilegitimidad en la que supuestamente incurre la póliza de automotores al contener las Clausulas, ilegitimidad que no fue argumento del rechazo inicial y que se considera debe ser demostrada por el ente regulador..."

Al respecto, la Autoridad Reguladora señala "Que en pocas palabras, el rechazo de la APS a la petición de registro se debe a que la cobertura que se pretende registrar no corresponde o no aplica al ramo de Seguro de Automotores, sino, al ramo independiente de Responsabilidad Civil; que la cláusula que se pretende registrar solamente comprende a "la carga" y no a la descarga, y esta diferenciación que la carga simplemente no deriva del uso de un vehículo asegurado, como ya se explicó. Tampoco la APS niega la facultad de la recurrente de registrar cláusulas para el ramo de Riesgos Varios o Misceláneos si así lo desea y ve conveniente."

Que si bien en el caso de autos, la Autoridad no niega el hecho que la recurrente pueda hacer el correspondiente registro de las Cláusulas en cuestión, sin embargo su observación va a que no corresponde que dichas cláusulas sean registradas en el ramo de Automotores sino en el de Responsabilidad Civil, Riesgos Varios o Misceláneos.

Por lo que, el Ente Regulador deberá fundamentar con mayor precisión su posición respecto de si las cláusulas en cuestión corresponden ser registradas dentro del ramo de Automotores o dentro de otro ramo de seguros **y principalmente**, cuales serían las connotaciones que tendría para el mercado de seguros el registrarlas en el ramo de Automotores.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concluye que la Entidad Fiscalizadora no ha cumplido con el principio del debido proceso ni con el principio de motivación y fundamentación.

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

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al no haberse fundamentado y motivado el acto impugnado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

PORTANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°30-2013 de 14 de enero de 2013, **inclusive**, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 032/2013 DE 15 DE ENERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPT/SIREFI N° 036/2013 DE 14 DE JUNIO DE 2013

FALLO

CONFIRMA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPT/SIREFI N° 036/2013

La Paz, 14 de Junio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico presentado por el señor Luis Artemio Lucca Suárez, contra la Resolución Administrativa ASFI No. 032/2013, de 15 de enero de 2013, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) dentro de su denuncia contra la empresa Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.

CONSIDERANDO:

Que, en fecha 15 de enero de 2013, en trámite de Recurso de Revocatoria, la ASFI emitió la Resolución ASFI/No. 032/2013, por la que resuelve, entre otros, imponer la sanción en bolivianos equivalente a \$us. 10.000.- (DIEZ MIL DÓLARES AMERICANOS), correspondiente al cargo N° 1 de la nota de cargos SPVS/IP/AL No. 3183 de 29 de diciembre de 2008, por incumplimiento al inciso g) del artículo 12º, de la Ley de Seguros N° 1883; y otra también equivalente a \$us. 10.000.- (DIEZ MIL DÓLARES AMERICANOS), correspondiente ahora al cargo N° 2 de la misma nota, por contravención al artículo 4º de la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 257 de 19 de junio de 2000.

Que, contra la mencionada Resolución ASFI/No. 032/2013 de 15 de enero de 2013, el señor Lucca planteó, en fecha 01 de febrero de 2013, el Recurso Jerárquico que se resuelve por el presente.

Que, mediante oficio ASFI/DAJ/R-20068/2013, presentado en fecha 8 de febrero de 2013, la ASFI remitió a conocimiento del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico interpuesto por el señor Lucca, con sus antecedentes.

Que, por auto de fecha 14 de febrero de 2013, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, en razón de habersele delegado *“la emisión y firma de todo actuado administrativo, decreto, providencia y Auto necesario para el cumplimiento de las obligaciones y atribuciones establecidas en la normativa administrativa y conexas”* (Resolución Ministerial No. 276 de 23 de julio de 2009), admite el Recurso Jerárquico interpuesto por el señor Lucca, contra la Resolución Administrativa ASFI No. 032/2013 de 15 de enero de 2013.

Que, asimismo, por auto de fecha 14 de febrero de 2013, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros dispone se proceda a la notificación de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., con el Recurso Jerárquico interpuesto en fecha 1º de febrero de 2013 por el señor Lucca, contra la Resolución Administrativa ASFI No. 032/2013 de 15 de enero de 2013, notificación que sucedió en fecha 15 de febrero de 2013.

Que, por auto de fecha 20 de febrero de 2013, como por Resolución Ministerial No. 071 de la misma fecha, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, dispone la separación, para el conocimiento y sustanciación del Recurso Jerárquico, del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, y de la Jefe de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, designándose al señor Viceministro de Política Tributaria, para que asuma las responsabilidades y obligaciones que fueran conferidas al primero en la tramitación del proceso recursivo.

Que, mediante nota interna MEFP/VPSF/URJ No. 015/2013, de 25 de febrero de 2013, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros remitió a conocimiento del señor Viceministro de Política Tributaria, el Recurso Jerárquico interpuesto por el señor Lucca, con sus antecedentes, el mismo que fue radicado por decreto de fecha 01 de marzo de 2013, notificado en fecha 04 siguiente.

Que, en fecha 12 de marzo de 2013, conforme fuera señalada en el decreto de fecha 06 de marzo de 2013 y en mérito a la solicitud del recurrente de fecha 05 de marzo de 2013, se verificó la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme a su registro digital, a la que asistieron los señores Lucca, Julio César Paredes y Fernando Gonzales.

Que, en fecha 15 de marzo de 2013, el señor Lucca presenta un memorial documentado (documentación a la que ahora se valora como complementaria), cuyo contenido es el siguiente:

- Lamenta que la ASFI, *por razones inexplicables*, hubiera remitido de forma incompleta el expediente administrativo, entonces obviando memoriales y pruebas; *"En tal sentido -dice-, me permito adjuntar la siguiente documentación..."*, haciendo expresa referencia a:
 - El memorial de fecha 29 de octubre de 2009 (sobre Recurso de Revocatoria), del mismo presentante a la ASFI, que ahora se ofrece para evidenciar haberse producido documentación probatoria, que debe corresponder, según lo dicho por el recurrente, a la que se produce nuevamente, de acuerdo al siguiente detalle:
 - Bajo la carátula *"Anexo 1... POLIZA No. 600055... (Determina como asegurados a los prestatarios de cartera, no tiene el Anexo de Cálculo de Comisiones y tiene el Anexo 2 y es de fecha 29 de enero de 2001)"*:
 - Memorial de 28 de febrero de 2003, presentado por HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. a la ex SPVS, con la referencia *"contesta denuncia"*.
 - Póliza de seguro de desgravamen hipotecario No. 600055 de fecha 29 de enero de 2001, que establece las condiciones particulares siguientes:

"Contratante : BANCO SANTA CRUZ S.A.

Asegurado : PRESTATARIOS DE CARTERA, FONVIS Y SOLUCIÓN
DEL BANCO SANTA CRUZ
Agente : H.P. BROKERS
Vigencia : DESDE EL 31 DE DICIEMBRE DE 2000
HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2001
Tipo de Póliza : DESGRAVAMEN FLOTANTE
Beneficiario : BANCO SANTA CRUZ S.A. A TITULO ONEROSO".

- Bajo la carátula "Anexo II... POLIZA No. 600055... (Determina como asegurados a los prestatarios de cartera, no contiene el Anexo 2 ni el Anexo de Cálculo de Comisión de Utilidades, y dicha póliza es de fecha de 29 de enero de 2001)":

- Nota RCL. 013/03 de 12 de marzo de 2003, remitida por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. a la ex SPVS, por la que adjunta el "expediente completo del reclamo relacionado con el fallecimiento de la prestataria Ana maría Arteaga de Lucca".

- Póliza de seguro de desgravamen hipotecario No. 600055 de fecha 29 de enero de 2001, con las mismas condiciones particulares que la anterior.

- Bajo la carátula "Anexo III... POLIZA No. 600055... (Determina como asegurado a los prestatarios de cartera, tiene Anexo 2 y tiene Cálculo de Comisiones y es de fecha 29 de enero de 2001)":

- Nota ALIANZA GG 15/2007 de 3 de mayo de 2007, remitida por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. al Banco Mercantil Santa Cruz, por la que remite copia legalizada de la póliza.

- Póliza de seguro de desgravamen hipotecario No. 600055 de fecha 29 de enero de 2001, con las mismas condiciones particulares que las anteriores.

- Bajo la carátula "Anexo IV... POLIZA No. 600055... (Determina como asegurado al Banco Santa Cruz S.A., existe Anexo de Cálculo de Comisiones y no figura el Anexo 2, y dicha Póliza es de fecha 29 de enero de 2001)":

- Actualización de fecha 20 de mayo de 2003, de la matrícula de comerciante No. 0012853, correspondiente al Banco Santa Cruz S.A.

- Póliza de seguro de desgravamen hipotecario No. 600055 de fecha 29 de enero de 2001, que establece las condiciones particulares siguientes:

"Contratante : BANCO SANTA CRUZ S.A.
Asegurado : BANCO SANTA CRUZ S.A.
Agente : H.P. BROKERS
Vigencia : DESDE EL 31/12/00 HASTA EL 31/12/01

Tipo de Póliza : DESGRAVAMEN FLOTANTE
Beneficiario : BANCO SANTA CRUZ S.A.- CARTERA, FONVIS Y SOLUCIÓN”.

- Memorial (y correspondiente providencia de “*Por absuelto...*”) presentado por el Banco Santa Cruz S.A. al Juzgado cuarto de partido civil y comercial de la ciudad de Santa Cruz, en septiembre de 2003.
- Bajo la carátula “Anexo V... POLIZA No. 600055... (*Entregada por Luis Artemio Lucca Suarez a la SPVS a tiempo de interponer la denuncia*)”: Póliza de seguro de desgravamen hipotecario N° 600055 de fecha 29 de enero de 2001 con las mismas condiciones particulares que la anterior.
- Bajo la carátula “*Nota RCL.017/03 de 20 de marzo -de 2003- emitida por Alianza Vida S.A. a la SPVS donde adjunta y remite las planillas mensuales de pagos y cobros de primas desde enero de 2000 a febrero de 2001... (Se adjunta también las planillas señaladas)*”.
- El memorial de fecha 07 de septiembre de 2011, de igual presentante a la ASFI, que ahora se ofrece para evidenciar haberse reproducido anteriormente la misma documentación.
- El memorial de fecha 03 de enero de 2013, del mismo presentante a la ASFI, que ahora se ofrece para evidenciar la existencia de documentación probatoria a la existencia de daño económico, y que no habría sido valorada por el Órgano Regulador.
- Para demostrar que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. ejerce presión para evitar la sanción de revocatoria de la autorización de funcionamiento, adjunta copia del memorial presentado por la aseguradora el 04 de enero de 2011, del que pone énfasis en la frase “*también abordan relaciones jurídicas y contractuales, en las cuales el Estado es parte*”.
- Solicita se requiera a la ASFI la remisión de la Resolución ASFI No. 832/2010 de 23 de septiembre, del Recurso de Revocatoria de 29 de octubre de 2009 (interpuesto contra la anterior) y del memorial de *reiteración de apersonamiento* de 03 de enero de 2013.
- Reclama el que el señor Viceministro de Política Tributaria no hubiera estado presente en oportunidad de la audiencia de exposición oral de fundamentos.

Que, en atención de haber solicitado Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., en fechas 12 y 22 de marzo de 2013, la suspensión del presente proceso administrativo, por auto de 28 de marzo siguiente y por los fundamentos que allí se señalan, se resuelve rechazar la misma, determinando no corresponda al presente, mayor pronunciamiento o consideración al respecto, aún fuera nuevamente interpuesta, conforme consta ha sucedido por los memoriales de 28 de marzo, 22 de abril de 2013 y 9 de mayo de 2013 (parte pertinente); en

el mismo sentido y por la misma razón, los memoriales presentados por el señor Lucca, en fechas 8 de abril de 2013 y 6 de mayo de 2013 (partes pertinentes).

Que, mediante oficio ASFI/DAJ/R-45189/2013 de 28 de marzo de 2013, la ASFI hace presente documentación complementaria, conforme le fuera ordenado por auto de fecha 20 anterior y en atención a lo solicitado por el señor Lucca, siendo la siguiente:

- La Resolución (a la notificación de cargos) ASFI/No. 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, que, en lo que interesa, señala:

“RESUELVE:

PRIMERO.- Desestimar la aplicación de sanción por incumplimiento al inciso g) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883 (correspondiente al Cargo N° 1) y el artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 257 del 19 de junio de 2000 (al Cargo N° 2), por inexistencia de la conducta punible en Reglamento de Sanciones No. 01/93”.

- El memorial de Recurso de Revocatoria de 29 de octubre de 2010, interpuesto por el señor Lucca contra la Resolución ASFI/No. 832/2010 de 23 de septiembre de 2010, y que termina solicitando *“se revoque parcialmente... y en consecuencia se sancione a Alianza Vida S.A. con la revocatoria de su autorización de funcionamiento al haber incurrido en infracciones insubsanables”*.
- El memorial presentado por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., ante la ASFI, en fecha 03 de enero de 2013, con la suma *“solicita tenga presente”*, referido a la existencia de una demanda contencioso-administrativa por ante el Tribunal Supremo de Justicia, y que a su vez se acompaña de una copia del decreto de admisión de 3 de diciembre de 2012, pronunciado por el Dr. Pastor S. Mamani Villca, magistrado del Tribunal señalado.

Que, en fecha 09 de abril de 2013, conforme fuera señalada en el artículo 3° del auto de 28 de marzo de 2013 y en mérito a la solicitud de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. de fecha 12 de marzo de 2013, se verificó la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme a su registro digital, a la que asistieron los señores Federico Fernández, por la solicitante, y Fernando Gonzales como representante del señor Lucca.

Que, en oportunidad del memorial de fecha 22 de abril de 2013 (ya mencionado), Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. además presenta los alegatos siguientes:

“...pongo en su atención los siguientes extremos de orden legal, que corresponde que su Autoridad los tenga presentes en cumplimiento del Principio de Verdad Material, establecido en el artículo 4 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo (...)

2.2. Confesión Expresa de Luis Artemio Lucca Suarez sobre la inexistencia de la vigencia de la Póliza.

A mayor abundamiento es importante que se tome en cuenta que el argumento referido a la

inexistencia de la vigencia de la Póliza, no es unilateral, sino que por el contrario, existe evidencia documental expresa que demuestra tal extremo legal, suscrita por el propio recurrente.

Es así que revelamos ante su autoridad el propio pronunciamiento expreso y suscrito por Luis Artemio Lucca Suarez, hacia la entidad financiera que a la letra confiesa:

“La crisis que embarga a nuestro País y el repentino deterioro de la salud de mi Señora pilar fundamental de la empresa, ME FORZARON A NO SEGUIR HONRANDO MIS OBLIGACIONES. Dicha situación llevó a vuestra entidad financiera entre otras, a excluirnos del listado mensual que reportan ante la empresa aseguradora para amparar los saldos deudores en caso de fallecimiento de vuestros clientes...”

En mérito a lo anterior y tomando en cuenta las garantías aportadas como fuente de repago que eran más que suficientes para cumplir estos gastos (pago de primas al seguro) en caso de llegar a ejecución de las mismas por mi INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO y que estuviera definido en la cobertura de nuestro saldo deudor, a raíz del fallecimiento de mi Señora, le solicito realizar una gestión extraordinaria ante la empresa aseguradora para que se reconsidere el rechazo al reclamo, tal y como lo hicieron en anteriores ocasiones...”

En ese sentido, como se podrá apreciar con absoluta nitidez, es el mismo recurrente quien en forma expresa admitió el hecho de que no pudo cumplir con sus obligaciones relativas al pago de las pólizas, que hoy en día las demanda y persiste en coaccionar a la empresa detonando una serie de procesos que en ningún momento han tenido asidero legal.

A mayor abundamiento en esta parte, corresponde dejar claramente establecido que las relaciones contractuales entre las entidades reguladas y los particulares, se deben basar en cumplimiento recíproco, toda vez que a esto se denomina SEGURIDAD JURIDICA.

CONCLUSION

En mérito a lo expuesto queda demostrado que Luis Artemio Lucca Suarez, confesó explícitamente que no cumplió con sus obligaciones relativas a la obligaciones inherentes al contrato de seguro, motivo por el cual todo análisis debería partir de dicha condición fáctica ineludible y no basarse en apreciaciones totalmente subjetivas, con el único objetivo de constreñir a la entidad aseguradora, cuya carta se halla en el expediente completo del proceso que lamentablemente la ASFI no ha remitido a su conocimiento.

2.3. Pronunciamientos expresos de entidades involucradas en la operación.

En fecha 12 de febrero del 2003 Luis Artemio Lucca presentó una denuncia ante la SPVS contra HP Brokers S.R.L. y Alianza Vida S.A. solicitando a la entidad supervisora EMITA CRITERIO TECNICO SUSTENTADO, con relación a la posición de rechazo asumida por Alianza Vida S.A.

La SPVS en ese entonces en calidad de Órgano Rector del Sistema de Seguros en uso de sus atribuciones y luego del respectivo análisis emitió el pronunciamiento técnico regulatorio Nro. SPVS IS DJ No. 1054 el 08 de Abril del 2003, dirigida a Luis Artemio Lucca señalando lo siguiente en forma absolutamente contundente:

- **“Las primas del seguro de desgravamen hipotecario Nro. 600055 emitido por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. para los prestatarios del Ex Banco Santa Cruz, no fueron canceladas por los prestatarios Luis Artemio Lucca y Ana María Arteaga de Lucca en los términos convenidos y consecuentemente a la fecha de fallecimiento de la Señora Lucca, las coberturas de la póliza entraron en caducidad por falta de pago de primas, puesto que fueron canceladas solo hasta febrero del 2001 por el ex Banco Santa Cruz, pese a que los créditos se encontraban en mora. Por tanto al 17 de Abril del 2001 técnicamente dicha póliza se encontraba sin cobertura...”**

También es importante tomar en cuenta que no obstante lo manifestado por el Órgano Rector del Sistema de Seguros, además existe otro pronunciamiento por parte de la entidad financiera regulada, que claramente manifestó lo siguiente, en forma alineada y consecuente con el pronunciamiento rectorial anterior. Me refiero al pronunciamiento del Banco Santa Cruz S.A. GG. 120/2004 del 14 de junio de 2005 que en forma explícita manifestó lo siguiente:

«Las primas del Seguro Flotante de Desgravamen Hipotecario Nro. 600055, emitida por Alianza Vida S.A. habían dejado de pagarse por mora de los préstamos de los esposos LUCCA. El Banco pagó por su cuenta las primas cubriendo hasta el 28 de febrero de 2001, pero la muerte de la Sra. Arteaga Lucca, sobrevino un mes y medio después».

En ese sentido, como Ud. podrá apreciar, quien ahora funge como recurrente, omitió el cumplimiento de las obligaciones propias del aseguramiento contractual, el cual ha sido sistemáticamente confirmado por una multiplicidad de entidades que tienen un criterio uniforme y coincidente, que en forma indudable establecen la inexistencia de derechos de recurrencia por parte de Luis Artemio Lucca Suarez, quien no tiene ningún elemento que pueda respaldar su posición de daño ocasionado a su persona.

CONCLUSION

En mérito a lo expuesto queda demostrado que la SPVS y asimismo la entidad financiera, fueron uniformes con el criterio técnico legal, de que Luis Artemio Lucca Suarez, incumplió con las obligaciones de pago y que las primas del Seguro Flotante de Desgravamen Hipotecario Nro. 600055 habían dejado de pagarse al momento de suscitarse el fallecimiento de la esposa, por lo cual no existe cobertura activa.

2.4. Fundamento Principal del Recurso Jerárquico e inaplicabilidad absoluta de la existencia de infracción grave.

El argumento fundamental para el establecimiento de las sanciones expuestas en la Resolución ASFI Nro. 142 del 23 de abril de 2012, está asociado a la presunta subsunción de INFRACCIÓN GRAVE del artículo 52 de la Ley Nro. 1883 de Seguros que había cometido la entidad, lo cual es totalmente errático, conforme se demostrará a continuación:

El artículo 52 en relación al tipo punitivo de infracción grave, señala lo siguiente:

INFRACCIONES GRAVES. Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad

y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros. Sobre el particular corresponde poner en su atención los siguientes extremos del orden legal y administrativo:

1. Como se puede observar la aplicación de una infracción grave se halla circunscrita a la existencia de dos condicionantes necesarias, donde en caso de que una de ellas esté ausente de la subsunción administrativa, resulta absolutamente inaplicable la sanción en si misma.
2. Lo anteriormente expuesto halla sentido, toda vez que conforme lo previsto en el artículo 52 de la Ley Nro. 1883 de Seguros, en la infracción grave debe existir un incumplimiento enmendable y además la existencia de daño económico, lo cual tal como fuera aseverado por la propia ASFI en su Resolución ASFI Nro. 142/2012, no existe, tal como fuera expresado en el punto donde se analizó la absoluta improcedencia de la aplicación de infracción insubsanable.

En ese sentido, como se podrá apreciar con absoluta nitidez, para que exista la tipificación como INFRACCIÓN GRAVE, debe concurrir simultáneamente al incumplimiento subsanable, la existencia de un daño económico o perjuicio a alguna de las partes del contrato de seguros, hipótesis sancionatoria que no existe en el caso que no ocupa.

CONCLUSION

La definición de INFRACCIONES GRAVES conforme lo establece el artículo 52 de la Ley Nro. 1883 de Seguros, tiene dos componentes; el primero la existencia de incumplimiento subsanable y segundo la existencia de daño económico o perjuicio, siendo que este último en ningún momento se ha demostrado en el transcurso de todo el proceso administrativo, motivo por el cual resulta totalmente improcedente el calificar los presuntos incumplimientos de la empresa como GRAVES.

2.5. Inexistencia de presupuestos de calificación como Infracción Grave en relación a los cargos 1 y 2 de la Notificación de Cargos.

En relación a los Cargos 1 y 2 la ASFI en la Resolución ASFI Nro. 142/2012 del 23 de abril de 2012, dispone:

“Que en base a las disposiciones citadas se tiene que en la elección de la escala de sanciones, esta Autoridad opta la que a su juicio más se asemeja a los cargos infringidos, respetando el límite máximo del 1% que dispone la Resolución 01/93, por tanto las infracciones cometidas para los cargos 1 y 2 constituyen una infracción grave, tal cual lo establece el artículo 52 de la Ley de Seguros Nro. 1883 del 25 de junio de 1998.

Que con el fin de establecer una adecuada gradación de la multa a imponer, como referencia corresponde recordar que el Reglamento de Sanciones por Incumplimiento de Normas en el Sector de Seguros Nro. 153 disponía que a infracciones graves aplicará una sanción entre diez mil uno (\$us. 10.001) y cincuenta mil (\$us.50.000) dólares de Estados Unidos de América”.

Que, en relación a lo expuesto precedentemente para los cargos 1 y 2 se ha

considerado que dicha sanción no ha sido reincidente, situación que atenúan los presentes cargos”.

Al respecto, se debe tomar en cuenta que la **tipicidad y la subsunción** son Principios elementales del Derecho Administrativo Sancionador, que se hallan claramente expuestos en el artículo 73 parágrafos I, II, y III de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo.

En ese sentido en plena congruencia con lo contextualizado en el punto anterior, es evidente que existe un vínculo jurídico exclusivo entre regulador y regulado (*strictu sensu*), donde subyace la obligación de verificar cuales fueron los niveles de infracción que presuntamente habría cometido **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, limitando su capacidad sancionadora a los hechos descritos en la Notificación de Cargos de la CITE: SPVS/IP/AL No. 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008, que básicamente revelan infracciones por la falta de remisión de información al Órgano Regulador.

1. El artículo 7, párrafo tercero del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros dispone que la gravedad de la comisión de un acto u omisión, de acuerdo a las categorías establecidas, podrá ser estimada por el Órgano Regulador.

Lo expuesto robustece el argumento de que la aplicación de una sanción obedece a la administración de la **SANA CRITICA** y el **PRUDENTE ARBITRIO** de la autoridad facultada con el *ius punendi* administrativo, donde será únicamente la interpretación exegética de la norma, la cual permita dimensionar la gravedad de los actos que están bajo procedimiento sancionador, basados estrictamente en los mandatos expuestos en el reglamento sancionador.

En esta discrecionalidad debe existir siempre una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó conformándose así los Principios de Racionalidad, Justicia, Equidad, Igualdad, Proporcionalidad y Finalidad. La Ley de Procedimiento Administrativo en el artículo 4 inciso p) establece en forma expresa el Principio de Proporcionalidad, que señala que: *la administración publica actuara con sometimiento a los fines establecidos en la presente ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento”.*

Lo dicho anteriormente, se halla nítidamente establecido en las siguientes Sentencias Constitucionales:

SSCC. Nrs. 1464/04-r del 13 de septiembre de 2004, 908/05-r del 8 de agosto de 2005 y 95/01 del 21 de diciembre de 2001.

En ese sentido, no obstante de quedar claramente establecido de que no existe ninguna posibilidad de que la posible contravención tenga el nivel de insubsanable, tal como fuera correctamente apreciado por el regulador, no es menos cierto que la tipificación de la sanción **como GRAVE resulta exorbitante**, por lo cual corresponde que en uso del Principio de Equilibrio que debe existir en el *IUS PUNIENDI* administrativo del Estado, esta debe ser realizada por la instancia jerárquica.

CONCLUSION

ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A., demuestra ante su Autoridad que la determinación de

las posibles infracciones dentro de los cargos 1 y 2 estos no pueden ser tipificados como GRAVES, toda vez que no concurren los presupuestos sancionatorios del artículo 52 de la Ley Nro. 1883, ni de los descritos en el artículo 12 de la Resolución Reglamentaria 01/93 del 11 de noviembre de 1993, en su artículo 8 párrafo III de dicho cuerpo normativo (...)

2.11. Existencia de Laudo Arbitral

Señor Viceministro, por medio del presente remitido a Ud, copia del Laudo Arbitral Nro. 02/2012, emitido por el Tribunal Arbitral de la Cámara Nacional de Comercio, a través del Centro de Conciliación y Arbitraje en la cual en forma totalmente clara y concisa se ha definido:

“DECLARAR IMPROBADA LA DEMANDA DE DAÑOS Y PERJUICIOS PRESENTADA POR LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ”

En ese sentido, solicitamos respetuosamente a su Autoridad se sirva considerar el contenido y parte resolutive de dicho Laudo Arbitral, que en forma definitiva establece que Luis Artemio Lucca Suarez, **NUNCA, EN NINGÚN MOMENTO FUE SUJETO DE DAÑO O PERJUICIO ALGUNO**, aspecto que fue igualmente enunciado desde la gestión 2012, con lo cual se pone fin a las divergencias que plantea el ilegítimo recurrente.

Es evidente que ya un Tribunal Arbitral, ha desmentido las írritas afirmaciones de daños, perjuicios u otros que Luis Artemio Lucca Suarez, supuestamente habría sufrido y en definitiva es la prueba plena, sobre la absoluta inaplicabilidad del artículo 52 de la Ley Nro. 1883 de Seguros.

En todo caso, como se dijo en todo momento, bajo el precepto de verdad material, lo único cierto es que Luis Artemio Lucca Suarez, aun a la fecha no ha pagado los altos montos de dinero que se prestó del Banco Mercantil Santa Cruz.

Como podrá apreciar la instancia competente llamada por Ley ha definido la situación legal de los reclamos de Luis Artemio Lucca Suarez, donde todos ellos han sido declarados IMPROBADOS, y por lo tanto inmodificables, tal como lo dispone la Ley Nro. 1170 de Conciliación y Arbitraje

3. Petitorio

En mérito a lo expuesto anteriormente, solicito a usted en el marco del derecho de petición establecido en el artículo 16 inciso a) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, solicito:

1. Emitir Resolución que resuelva el Recurso Jerárquico, **REVOCANDO** la Resolución ASFI/Nro. 032/2013 del 15 de enero de 2013, por los vicios procedimentales en los que incurrió la Autoridad de Supervisión del Sistema Financieras, así como la falta de confirmación total de la Resolución 832/2010 del 23 de septiembre de 2010.
2. En mérito al deber de fundamentación de la resoluciones administrativas, corresponde que por tipicidad se exhiba la norma legal por la cual existe la Institución jurídica de la “prescripción continuada o permanente” y ante la imposibilidad de demostrar este aspecto se ratifique la correcta aplicación de la prescripción, respecto de los cargos 4, 6 y 7 que fueran correctamente computados en la Resolución ASFI Nro. 832/ 2010.

3. *Se solicita el pronunciamiento expreso sobre la inexistencia de tramitación del Recurso de Nulidad que fuera presentado mediante memorial del 31 de agosto de 2011.*
4. *Se tenga presente la existencia del Laudo Arbitral Nro. 02/2012 del 17 de septiembre de 2012, que declara improbados todos los aspectos denunciados por Luis Artemio Lucca Suarez, en cuanto a daños y perjuicios que imaginariamente se le habrían causado.*
5. *Solicito su pronunciamiento expreso en caso uno de los puntos establecidos en el contenido del presente documento, en cumplimiento de la previsión establecida en el artículo 5 inciso a) del Reglamento de la Responsabilidad por la Función Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 23318-A y modificado por los Decretos Supremos Nrs. 26237, 26319, 28003 y 28010..."*

Que, a tal memorial y por providencia de 24 de abril de 2013, se dispone, entre otros, el rechazo a la remisión de mayor documentación, en observancia del Art. 56°, Parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo Nro. 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que, también por memorial presentado en fecha 22 de abril de 2013, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. señala los extremos siguientes:

"...corresponde poner en su conocimiento que luego de la fundamentación oral realizada en fecha 9 de abril de 2013, se pudo llegar a evidenciar que el expediente que está en custodia del Viceministerio que preside, no contiene las nueve (9) cajas de documentación que forman expediente completo, lo cual implica que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), no ha cumplido con la obligación de remitir el expediente completo, tal como lo dispone el artículo 66 p. III de la Ley Nro.2341 de Procedimiento Administrativo.

2. Relación de Derecho.-

Señor Viceministro, como es de su conocimiento un requisito fundamental para que la emisión de una Resolución Jerárquica sea considerada legal, necesariamente debe contener todos los requisitos establecidos en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo en lo relativo a la Fundamentación y Motivación.

En ese sentido, siendo por demás evidente que su persona no cuenta con todo el expediente completo del proceso administrativo sobre el cual en la actualidad tiene que decidir, indudablemente lo precipitará a emitir una resolución carente del requisito de fundamentación y motivación, y no por responsabilidad suya, sino debido a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha remitido a su Autoridad el expediente completo del proceso administrativo que son varias cajas de documentación y no como lo manifiesta en la Carta ASFI DAJ/R-45189/2013 del 28 de marzo de 2013, solo 73 fojas.

En ese sentido, siendo que la omisión de motivación y fundamentación, es un accidente jurídico que puede conllevar, a nulidades, falencias y observaciones en los actos

administrativos, corresponde que su Autoridad lograr tener certeza jurídica y procesal de que al momento de emitir una Resolución Jerárquica, esté en conocimiento de todos los antecedentes que conforman el proceso administrativo, con el objetivo de cumplir estrictamente con lo dispuesto por el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

3. Petitorio.-

Señor Viceministro, en merito a lo expuesto y al fiel amparo de lo previsto en el artículo 16 inciso a) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo solicito a su Autoridad, respetuosamente:

- a) Tenga presente que el expediente completo del caso de Luis Artemio Lucca Suarez, tiene varias cajas de documentos y no sólo 73 fojas, tal como fuera manifestado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través de la Carta ASFI DAJ/R-45189/2013 de 28 de marzo de 2013.
- b) Tenga presente que el emitir una resolución jerárquica sin tener el expediente completo implicaría el incurrir en falta de fundamentación y motivación, incumpliendo lo previsto en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo...”

Que, mediante Resolución Administrativa Jerárquica N° 027/2012, pronunciada por el señor Viceministro de Política Tributaria en fecha de 03 de mayo de 2013 y notificada en fecha 06 siguiente, se resolvió ampliar el plazo para resolver el recurso jerárquico, hasta un máximo de noventa días hábiles administrativos, conforme lo permiten el Parágrafo I del Artículo 67° de la Ley N° 2341, y el Parágrafo I del Artículo 59°, del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

Que, por memorial presentado en fecha 06 de mayo de 2013, el Sr. Lucca, además de referirse en sus numerales 1 y 2 al tema de la suspensión del procesamiento del Recurso Jerárquico (propuesto por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.), señala los extremos siguientes:

“...mi persona ha requerido a su Autoridad, en la oportunidad debida, que se complemente la documentación relevante para la resolución del presente Recurso. En todo caso, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas conoce perfectamente que en caso de precisar otro tipo de documentación la misma puede ser solicitada en cualquier momento bajo el principio de verdad material.

En consecuencia, solicito a su Autoridad tener presentes los fundamentos antes expuestos...”

Que, por memorial presentado también en fecha 6 de mayo de 2013, el Sr. Lucca refiere que:

“Para el conocimiento e información de su respetable Autoridad me permito adjuntar copia de la Sentencia 019/2013 de 07 de marzo dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de

Justicia por medio de la cual se ha declarado IMPROBADA la demanda presentada por Alianza Vida S.A. contra la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006 de 02 de agosto emitida por la ex Superintendencia General del SIREFI.

La mencionada Resolución Jerárquica dispuso anular el procedimiento administrativo disponiendo que la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros lleve a cabo la investigación correspondiente sobre todos los aspectos denunciados por mi persona contra Alianza Vida S.A.

En tal sentido puede apreciarse que el acto administrativo por el cual se dispuso la investigación de las infracciones cometidas por Alianza Vida S.A. y que posteriormente dio origen al presente procedimiento sancionatorio, ha sido plenamente lícito y valedero..."

*Que, conforme lo señalado, adjuntas al memorial de fecha 06 de mayo de 2013, el Sr. Lucca acumula al expediente, entonces en calidad de documentación complementaria, copias de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006 de 02 de agosto de 2006, que resuelve "Anular el procedimiento administrativo, hasta la notificación de cargos...", y de la sentencia Nro. 016/2013 de 7 de marzo de 2013, pronunciada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, que resuelve declarar "**IMPROBADA** la demanda y, en su mérito, firme y subsistente la Resolución de Recurso Jerárquico 48/2006..."*

Que, mediante otro memorial presentado también en fecha 06 de mayo de 2013, el Sr. Lucca refiere que:

"...Habiendo sido notificado con el memorial presentado en fecha 22 de abril de 2013 por Alianza Vida S.A., tengo a bien responder al mismo y solicitar a su Autoridad considerar los siguientes aspectos:

- 1. La Entidad Aseguradora en los numerales 2.1. y 2.2. de su memorial señala aspectos relacionados a la supuesta "pérdida de la calidad de asegurados e inexistencia de derecho a indemnización" y una imaginaria "confesión sobre la inexistencia de la vigencia de la Póliza"*

*Sobre el particular, corresponde señalar, una vez más, que el presente procedimiento administrativo sancionatorio **NO ESTÁ DESTINADO** a resolver situaciones relativas a la "calidad de los asegurados" de la Póliza 600055, supuesta "pérdida del derecho de indemnización" y menos aun sobre presuntas "confesiones" relacionadas a la vigencia de la referida Póliza por cuanto dicha situación corresponde a la vía arbitral conforme ha determinado la **Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2005** de 12 de septiembre pronunciada por la ex Superintendencia General del SIREFI.*

*Este aspecto ya ha sido explicado y reiterado en muchas oportunidades, sin embargo Alianza Vida S.A. de manera tozuda insiste en argumentar estos aspectos que no tienen relación alguna con el presente caso **por cuanto el procedimiento sancionador tiene por OBJETO ÚNICO el verificar y sancionar conforme a Ley las infracciones administrativas cometidas por Alianza Vida S.A. NO EXISTIENDO***

COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PARA RESOLVER ASPECTOS RELACIONADOS A COBERTURAS, CALIDAD DE LOS ASEGURADOS, PRIMAS Y DEMAS ASPECTOS DE LA PÓLIZA 600055.

En consecuencia, este pseudo fundamento debe ser plenamente rechazado por ser impertinente.

2. En el punto 2.3. del memorial de Alianza Vida S.A. se indica que “la SPVS emitió el pronunciamiento técnico regulatorio No. SPVS IS DJ No. 1054 el 08 de abril de 2003 señalando que las primas del seguro de desgravamen hipotecario 600055 no fueron canceladas por los esposos Lucca-Arteaga por lo que la Póliza se encontraba sin cobertura”, indicando la aseguradora también que “el Banco Santa Cruz S.A. emitió el pronunciamiento GG. 120/2004 de 14 de junio de 2005 que indica que las primas dejaron de pagarse por mora de los prestatarios” y que por ello no se habría provocado ningún daño a mi persona.

Al respecto, es oportuno señalar que la Entidad Aseguradora, como ya es acostumbrado, utiliza argumentos poco éticos y temerarios por cuanto **Alianza Vida S.A. CONOCE PERFECTAMENTE** que la **Nota CITE: SPVS-IS-DJ-No. 1054** de 08 de abril de 2003 (que ellos denominan pronunciamiento técnico regulatorio) **HA SIDO EXPRESAMENTE DECLARADA NULA** por la **Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2005** de 12 de septiembre pronunciada por la ex Superintendencia General del SIREFI. Entonces, el basarse en documentos y teorías que no tienen valor legal alguno por efecto de una nulidad declarada es solo una demostración de mala fe de la Entidad Aseguradora que pretende confundir a la Autoridad Administrativa con situaciones fuera de contexto y validez. Cabe destacar que dicha Resolución Jerárquica no fue impugnada por lo tanto ha alcanzado plena firmeza administrativa.

En lo que relativo a la carta GG. 120/2004 de 14 de junio de 2005 emitida por el ex Banco Santa Cruz S.A., de acuerdo a lo antes expuesto, los argumentos contenidos en la misma son impertinentes e irrelevantes.

3. En lo que respecta a los numerales 2.4. y 2.5. del memorial de Alianza Vida S.A., se debe precisar lo siguiente:
 - El Art. 41, literal e), de la Ley de Seguros establece como “Funciones y Objetivos” del órgano regulador: “**Cumplir** y hacer cumplir **la presente ley** y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos”, debiendo tomarse en cuenta que el Art. 43, literal u), del mencionado texto legal indica que el regulador tiene atribuciones para “**Aplicar** las sanciones **contenidas** en la presente Ley” y si nos remitimos al Art. 52 de la Ley de Seguros la misma claramente refiere que “Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia”. Inclusive, y para no dejar ninguna duda al respecto, el último párrafo del Art. 4 del Reglamento de Sanciones aprobado por Resolución Administrativa IS No. 153 de 4 de abril de 2001 indica que “**Las infracciones insubsanables son calificadas como tales por la**

Superintendencia, independientemente de la reiteración, o reincidencia de hechos, actos u omisiones

A partir lo anterior, podemos apreciar que el legislador ha conferido al órgano regulatorio administrativo la potestad de establecer sanciones y así cumplir con el texto de la Ley de Seguros, de donde se extrae que **el órgano administrativo no puede alegar que el “daño económico o perjuicio” (que forma parte de la calificación de las infracciones insubsanables) debe ser establecido por otras instancias legales (arbitraje) por cuanto la facultad de imponer las sanciones y verificar si las conductas de los regulados se adecuan a los tipos de infracción corresponde única y exclusivamente a la Autoridad Administrativa.** En ese sentido, la doctrina del Derecho Administrativo de manera uniforme ha sostenido que a tiempo de aplicarse el castigo se debe “adecuar la sanción administrativa a la realidad **del perjuicio causado** de modo tal que nunca le resulta beneficioso el incumplimiento de las normas reguladoras aplicables a la actividad de que se trate” Es más, nuestra jurisprudencia administrativa ha sido clara al señalar también que a tiempo de efectuar la “debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada” debe apreciarse “a) La existencia de intencionalidad, dolo o culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b) La naturaleza de los perjuicios causados** y c) La reincidencia en la comisión” (Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre) y esta situación se encuentra reflejada inclusive en la legislación comparada por ejemplo en el Art. 230-3) de la “Ley del Procedimiento Administrativo General” No. 27444 del Perú; en el Art. 50-1) del “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” Ley No. 1437 de la República de Colombia; en el Art. 131-3)-b) de la Ley 30/1992 de “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común” del Reino de España; entre otros.

- Por otra parte, el Art. 52 de la Ley de Seguros en la parte referida a la “Revocatoria de la Autorización de Funcionamiento” es bastante claro para lo que implica estrictamente la revocatoria de la autorización de funcionamiento cuando señala que “Corresponderá a la comisión de infracciones insubsanables”, es decir, que la Ley de manera expresa, clara, categórica y taxativa determina que la sanción de revocatoria de autorización de funcionamiento operará cuando existan Infracciones Insubsanables, debiendo remarcar que la Ley **NO ESTABLECE QUE PARA ESTE TIPO DE INFRACCIONES INSUBSANABLES EXISTIRAN “RANGOS O LÍMITES SUPERIORES O INFERIORES” SINO UNA SOLA SANCION CUAL ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.**

Bajo esa óptica, debemos recordar que “Tratándose de la función administrativa, entendemos por principio de legalidad **la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general**, y con el que le da fundamentación en especial. En este sentido, debemos observar un doble proceso de sometimiento de los órganos administrativos al derecho; el primero implicaría un acatamiento inmediato al conglomerado normativo y de principios que rigen de manera amplia y/o particular el engranaje estatal; el segundo, sería la sumisión, de igual modo inmediata y obligatoria, a las normas y reglas que ella misma ha elaborado.

Visto lo anterior, podemos concluir que **el ejercicio de la función administrativa está dominado, indiscutiblemente, por el principio de sometimiento de sus actos al ordenamiento jurídico, vigente y preestablecido**"; en ese sentido, "El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación del supuesto hecho legalmente definido de manera completa **y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente. Hay aquí un proceso aplicativo de la Ley que no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno.** La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto **y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto** sobre ese contenido de modo preciso y completo" y precisamente por ello "Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada (...) o sea cuando el orden jurídico establece de antemano que es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. **La Ley sustituye al criterio del órgano administrativo (...) en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto.** Su conducta en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; **no tiene él libertad de elegir entre más de una decisión:** su actitud solo puede ser una, aunque esa sea una realidad inconveniente. En este caso, la actividad administrativa está reglada: **el orden jurídico dispone que ante tal o cual situación de hecho él debe tomar tal o cual decisión; el administrador no tiene elección posible: su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho**".

En ese sentido, la sana crítica y el prudente arbitrio de la autoridad administrativa se encuentra predeterminada por las normas jurídicas existentes las cuales dan lugar a entrever que tratándose de infracciones Insubsanables no existen rangos para aplicar la sanción por ser la misma una sola (revocatoria de la autorización de funcionamiento) no pudiendo ser entonces la sanción "exorbitante" por cuanto responde al criterio de la legalidad.

A lo anterior debemos sumar que "Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales **cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir** entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera" y en el caso que nos ocupa y por lo antes fundamentado, el Art. 52 de la Ley de Seguros en la parte referida a la "Revocatoria de la Autorización de Funcionamiento" es bastante claro para lo que implica estrictamente la revocatoria de la autorización de funcionamiento cuando señala que "Corresponderá a la comisión de infracciones insubsanables", es decir, que la Ley de manera expresa, clara, categórica y taxativa determina que la sanción de revocatoria de autorización de funcionamiento operará cuando existan Infracciones Insubsanables, debiendo remarcar que **LA LEY NO ESTABLECE QUE PARA ESTE TIPO DE INFRACCIONES INSUBSANABLES EXISTIRAN "RANGOS O LIMITES SUPERIORES O INFERIORES" SINO UNA SOLA SANCIÓN CUAL ES LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO.** Es decir, que por imperio de la Ley, la Autoridad Administrativa **NO PUEDE ACTUAR DISCRECIONALMENTE YA QUE EL REFERIDO ARTÍCULO NO LE BRINDA UN ABANICO DE POSIBILIDADES NI UNA LIBERTAD**

DE ELECCION AL SER LAS INFRACCIONES INSUBSANABLES ÚNICAMENTE SANCIONABLES CON LA REVOCATORIA DE LA AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO.

- De otro lado, no podemos dejar de lado que a lo largo del procedimiento administrativo se ha demostrado de manera categórica que:

SOBRE LA EXISTENCIA DE DAÑO ECONOMICO. Si se valora el abundante material probatorio cursante en el expediente administrativo se puede concluir que la **primera** Póliza 600055 fue emitida el 27 de octubre de 1999 con vigencia desde el 1° de noviembre de 1999 **hasta el 1° de noviembre de 2000** (nótese que esta póliza es recién recepcionada por el Corredor HP Brokers SRL el 21 de marzo de 2000 para ser entregada al Banco Santa Cruz S.A.). Posteriormente la **segunda** Póliza 600055 fue emitida el 29 de enero de 2001 con vigencia desde el 31 de diciembre de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2001 (esta póliza tiene sello de recepción de la Corredora HP Brokers SRL el 21 de febrero de 2001 para ser entregada posteriormente al Banco Santa Cruz S.A.)

De la relación de fechas antes señalada, en primer lugar deberá notarse que durante todo el mes de noviembre y diciembre de 2000 **NO EXISTIÓ POLIZA DE SEGURO DE DESGRAVAMEN HIPOTECARIO** y no obstante de ello, **EL BANCO COBRÓ LAS PRIMAS DE SEGURO POR ESOS PERIODOS A REQUERIMIENTO DE ALIANZA VIDA S.A., CUYOS DINEROS FUERON TRASPASADOS A FAVOR DE LA ASEGURADORA** conforme se desprende de la nota RCL. 017/03 de 20 de marzo; cobros indebidos e ilícitos que demuestran el daño económico que se me provocó habida cuenta que **EL PAGO DE LAS PRIMAS SE LAS EFECTUABA CON DINEROS DE MI CUENTA BANCARIA DONDE SE ME DESCONTARON PAGOS Y SE EFECTUARON OTROS PAGOS SIN EXISTIR POLIZA NI COBERTURA.** Situación diferente hubiera sido si se habría entregado el Certificado de cobertura donde los asegurados hubiésemos tomado conocimiento de las reglas, vigencias, pagos de primas, etc., relativas a la Póliza 600055 para no ser timados con el descuento de dineros propios para pagar primas **por un seguro que en esas fechas no existía.**

En segundo lugar, debe a su vez tomarse en cuenta que de acuerdo a las fechas de recepción de "las Pólizas" 600055 por parte del Corredor (pólizas enviadas por la Aseguradora) y su posterior entrega al Banco, se evidencia que desde el 27 de octubre de 1999 la Póliza 600055 con vigencia desde el 1° de noviembre de 1999 al 1° de noviembre del 2000 fue recepcionada el **21 de marzo de 2000** contemplándose que existieron cinco (5) meses de cobro de primas sin tener conocimiento ni el Banco ni el Corredor de la existencia de la póliza y su consiguiente cobertura, y a pesar de ello, reitero, **SIN EXISTIR POLIZA, Alianza Vida S.A. se beneficiaba con el pago de las primas del seguro, CUYOS MONTOS DE DINERO ERAN DESCONTADOS DE MIS CUENTAS BANCARIAS.** Asimismo, se puede apreciar que, con la Póliza 600055 emitida el 29 de enero de 2001 con vigencia desde el 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001 recibida por el Corredor el **21 de febrero de 2001**; existieron dos (2) meses sin cobertura ya que ni el Banco ni el Corredor conocieron la existencia de la Póliza; y a pesar de ello,

reitero, **SIN EXISTIR POLIZA**, Alianza Vida S.A. se beneficiaba con el pago de las primas del seguro, **CUYOS MONTOS DE DINERO ERAN DESCONTADOS DE MIS CUENTAS BANCARIAS**.

Al respecto, y sobre este punto, se presento también como prueba la **Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/No. 22/2012** de 18 de abril la cual señaló que en el expediente abundan las pruebas acerca de que “durante todo el mes de noviembre y diciembre de 2000 NO EXISTIO POLIZA DE SEGURO DE DESGRAVAMEN HIPOTECARIO y no obstante de ello, EL BANCO COBRO LAS PRIMAS DE SEGURO POR LOS PERIODOS” y que existieron cinco (5) meses de cobro de primas, sin tener conocimiento el Banco ni el corredor de la existencia de la póliza y su consiguiente cobertura.

Estas situaciones, documentalmente demostradas, no hacen más que confirmar la existencia del daño económico que ha sido provocado por Alianza Vida S.A.

SOBRE LA EXISTENCIA DE PERJUICIO. En cuanto al perjuicio, la doctrina especializada en Derecho de Seguros señala que “Lo cierto es que los consumidores de los servicios de seguros precisan una buena información en el proceso de comercialización del seguro, para conocer el sentido y alcance de las condiciones y cláusulas contractuales más importantes (pago de la prima, declaración de riesgo, derecho de rescisión, etc) y en cualquier caso todos los trámites a realizar en las reclamaciones de eventuales siniestros que se puedan producir” En ese sentido, “la connotación que la falta de información sobre el contrato de seguro y sus características básicas o generales produce en el asegurado **es eminentemente colocarlo en una situación de perjuicio** al impedirle conocimiento debido acerca de un acuerdo jurídico que sobre él recae, con lo que se disminuye la posibilidad y certeza del asegurado de realizar cualquier tipo de gestión ante la compañía de seguros que el acto contractual del seguro sea modificado irracionalmente sin noticia de las partes del contrato de seguro donde se encuentra individualizado el asegurado, figura que se da más aun en los seguros colectivos o de masas como los de vida en grupo donde existe un contrato prácticamente de adhesión redactado y presentado por una compañía de seguros que naturalmente detenta el predominio, campo donde el asegurado o consumidor se encuentra desprotegido y sin base mínima de respeto a la seguridad jurídica, hechos reclamables y sancionables por vía de supervisión administrativa creada por el estado”

Entonces, a partir de la confirmación de existencia de las infracciones a los Cargos 1 y 2 ha quedado palmariamente demostrado que **NO SE EMITIERON NI ENTREGARON LOS CERTIFICADOS DE COBERTURA A LOS PRESTATARIOS-ASEGURADOS (ESPOSOS LUCCA-ARTEAGA)** con lo cual se restringió ilícitamente nuestro derecho a conocer los alcances de la Póliza, los riesgos asegurables, las condiciones de pago de primas y las coberturas otorgadas que derivó posteriormente en una serie de interpretaciones sobre la vigencia de la Póliza 600055. Además, no se puede dejar de lado que el perjuicio contra los asegurados se vio agravado en virtud a que **la Entidad Aseguradora emitió y modificó**

ilegalmente en varias oportunidades el contenido de la Póliza y sus anexos llegando a manejarse hasta cuatro versiones de la misma SIN EXISTIR REGISTRO DE ELLAS EN LA EX SPVS Y SIN CONOCIMIENTO DE LOS ASEGURADOS, obrando en detrimento a la seguridad jurídica y del principio de buena fe que debe regir en el Derecho de Seguros. Alianza Vida S.A. no obstante de conocer el alcance de sus obligaciones legales no las cumplió.

Entonces ¿no es perjudicial que una Entidad Aseguradora para su propio beneficio modifique a su antojo la Póliza de Seguro para negar a una persona su calidad de asegurado y con ello tratar de evitar responsabilidades administrativas (una póliza señala como asegurado al Banco y otra como asegurados a los prestatarios de cartera)? ¿No parece que para evitar esa manipulación indiscriminada de las pólizas existe el Certificado de Cobertura el cual debe ser emitido y entregado precisamente para que el asegurado pueda tener un respaldo y constancia de la existencia cierta de la póliza real y vigente y sus características, pago de primas y modalidades sin estar supeditado a las prácticas y conductas ilícitas de la aseguradora?

Nótese que lo demás elementos constitutivos de las Infracciones Insubsanables como ser la participación del representante legal y la existencia de culpa ya han sido desarrolladas y descubiertas por la ASFI quedando pendiente simplemente la determinación del daño económico o perjuicio en el ámbito administrativo

En consecuencia, los criterios formulados por Alianza Vida S.A. carecen por completo de sustento legal y doctrinal.

4. En los que respecta a los numerales 2.6, 2.7, 2.8., 2.9. y 2.10. contenidos en el memorial presentado por Alianza Vida S.A., al parecer dicha compañía no ha entendido que su situación en el presente procedimiento recursivo jerárquico **NO LE PERMITE POR NINGUNA CIRCUNSTANCIA PRETENDER IMPUGNAR ASPECTOS DE LA RESOLUCION ASFI No. 032/2013, POR CUANTO DICHA ENTIDAD NO HA FORMULADO RECURSO JERARQUICO CONTRA EL INDICADO ACTO ADMINISTRATIVO.** En ese sentido, el examen de legalidad que realice el Ministerio de Economía y Finanzas Públicos solo puede basarse en los fundamentos de mi Recurso Jerárquico al ser único recurrente y si bien se pueden considerar los extremos aludidos por terceros al recurso, ello no implica que dichos argumentos puedan ser concebidos como una impugnación o den lugar a la revocatoria del acto.

En consecuencia, corresponderá a su Autoridad desestimar o rechazar los fundamentos establecido en dichos numerales por ser impertinentes y fuera de lugar.

5. En lo concerniente al punto 2.11. del memorial de Alianza Vida S.A., señala la compañía que se ha emitido el Laudo Arbitral 02/2012 por el cual se declaró improbadamente mi demanda de daños y perjuicios y que por tal motivo -según la aseguradora- no se podría aplicar el Art. 52 de la Ley de Seguros.

Respondiendo a este criterio erróneo y malintencionado debo manifestar que:

- El proceso arbitral llevado a cabo se ha sustanciado por razones **COMPLETAMENTE DIFERENTES** a las que se están discutiendo en la vía administrativa sancionatoria y ello se puede verificar de la lectura del mencionado Laudo Arbitral.
- El procedimiento sancionatorio y la verificación del daño económico o perjuicio en la vía administrativa **OBEDECE A RAZONES COMPLETAMENTE DIFERENTES** a las mencionadas en la demanda arbitral y el consiguiente Laudo emitido.
- En la vía administrativa el Art. 41, literal e), de la Ley de Seguros establece como "Funciones y Objetivos" del órgano regulador: "**Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos**", debiendo tomarse en cuenta que el Art. 43, literal u), del mencionado texto legal indica que el regulador tiene atribuciones para "**Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley**" y si nos remitimos al Art. 52 de la Ley de Seguros la misma claramente refiere que "Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia" Inclusive, y para no dejar ninguna duda al respecto, el último párrafo del Art. 4 del Reglamento de Sanciones aprobado por Resolución Administrativa IS No. 153 de 4 de abril de 2001 indica que "**Las infracciones insubsanables son calificadas como tales por la Superintendencia, independientemente de la reiteración, o reincidencia de hechos, actos u omisiones**" A partir de lo cual se extrae que **el órgano administrativo no puede alegar que el "daño económico o perjuicio" (que forma parte de la calificación de las infracciones insubsanables) debe ser establecido por otras instancias legales (arbitraje) por cuanto la facultad de imponer las sanciones y verificar si las conductas de los regulados se adecuan a los tipos de infracción corresponde única y exclusivamente a la Autoridad Administrativa.**
- El Laudo Arbitral que adjunta Alianza Vida S.A. fue objeto de Recurso de Anulación y ante su rechazo y posterior presentación del recurso de compulsa, a la fecha se tiene pendiente la resolución de una Acción de Amparo Constitucional.

En consecuencia, los argumentos esgrimidos por Alianza Vida S.A. solo pretenden distorsionar el presente procedimiento y hacer incurrir en error a la Autoridad Administrativa.

6. En cuanto al punto 3 del memorial presentado por Alianza Vida S.A., el mismo solo demuestra una clara ignorancia normativa y jurídica por cuanto **LA ENTIDAD ASEGURADORA NO HA RECURRIDO LA RESOLUCIÓN ASFI No. 032/2013 Y POR TAL MOTIVO ES ABERRANTE QUE SOLICITE SE REVOQUE DICHO ACTO ADMINISTRATIVO (...)**

Por tanto, y en merito a lo anteriormente expuesto y fundamentado, solicito a su Autoridad considerar los fundamentos antes expuestos a tiempo de emitirse la Resolución Ministerial Jerárquica correspondiente de conformidad con el Art. 46-11 de la Ley de

Procedimiento Administrativo...

Que, adjuntas al último memorial de fecha 06 de mayo de 2013, el Sr. Lucca acumula al expediente, entonces en calidad de documentación complementaria, copias de:

- La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2005 de 12 de septiembre de 2005, que resuelve declarar “nulos los párrafos: 1. ... y 2. ..., contenidos en la Nota CITE: SPVS-IS-DJ-No. 1054 de 8 de abril de 2003, debido a que fueron emitidos por la SPVS careciendo de jurisdicción...”, y dejar “sin efecto las Resoluciones Administrativas SPVS-IS-No. 497 de 20 de junio de 2005 y SPVS-IS-No. 389 de 17 de mayo de 2005, en lo referente a los párrafos señalados, debiendo la SPVS, ejercitar su competencia regulatoria sobre las situaciones contempladas en el punto III.3 (investigación a efectos de determinar si existen o no incumplimientos, sancionando en su caso a los infractores), de la presente Resolución...”
- Memorial de interposición de recurso de anulación, contra los laudos arbitrales Nro. 02/12 y (complementario) Nro. 04/2012, de fecha 17 de octubre de 2012, por el señor Lucca contra el Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de las Cámara Nacional de Comercio.
- Memorial de acción de amparo constitucional, interpuesta por el señor Lucca en fecha 11 de abril de 2013, por la que solicita “Se anule y se deje sin efecto legal la Resolución No. 12A/2013 de 21 de enero emitida por el Juez Undécimo de Partido en lo Civil... Se anule y se deje sin efecto legal el Laudo Interlocutorio No. 21/12 de 13 de noviembre que rechazó el Recurso de Anulación... Se ordene al Juez Undécimo de Partido en lo Civil emita nueva Resolución...”
- Auto de admisión de la acción de amparo constitucional, de 26 de abril de 2013.
- Acta de audiencia pública de amparo constitucional de 30 de abril de 2013, dentro de la cual se ha dispuesto su suspensión para el día 07 de mayo de 2013.

Que, por memorial presentado en fecha 09 de mayo de 2013, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. hace presentes los extremos siguientes:

“...con el objetivo de demostrar la absoluta inviabilidad de los argumentos expuesto por Luis Artemio Lucca Suarez, en relación a la existencia de presuntos daños ocasionados a su persona, respetuosamente remitido a su Autoridad la siguiente documentación:

- a) *Copia de las partes pertinentes del Laudo Arbitral Nro. 02/2012 del 17 de septiembre de 2012, por el cual la Autoridad Competente, consentida por ambas partes, manifiesta en forma clara y específica que todo lo esgrimido por Luis Artemio Lucca Suarez, ha sido declarado IMPROBADO.*
- b) *Copia simple de la Resolución 12/2013 emitida por el Juzgado Onceavo de Partido en lo Civil de La Paz, que determina: DECLARAR ILEGAL LA COMPULSA interpuesta por*

Luis Artemio Lucca Suarez.

2. Petitorio.-

Señor Viceministro, en mérito a lo expuesto y al fiel amparo de lo previsto en el artículo 16 inciso a) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo solicito a su Autoridad respetuosamente, tenga presente la documentación que se acompaña al presente memorial, con lo cual se demuestra que la instancia arbitral y la incluso la judicial, ha declarado IMPROCEDENTE e ILEGAL las pretensiones de Luis Artemio Lucca Suarez.

OTROSI PRIMERO.-

Solicito igualmente tenga presente lo siguiente:

- a) Tenga presente que el expediente completo del case de Luis Artemio Lucca Suarez, tiene varias cajas de documentos y no solo 73 fojas, tal como fuera manifestado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través de la Carta ASFI DAJ/R-45189/2013 do 28 de marzo de 2013.
- b) Tenga presente que el emitir una resolución jerárquica sin tener el expediente completo implicaría el incurrir en falta de **fundamentación y motivación**, incumpliendo lo previsto en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

OTROSI SEGUNDO.- (SOLICITA INSTRUYA A LA ASFI)

A los efectos legales que en Derecho corresponden, con el objetivo de verificar los extremos descritos en el contenido del presente memorial, solicito a su autoridad se sirva instruir a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emita un informe en el cual manifieste si es cierto y evidente que el proceso administrativo del Sr. Luis Artemio Lucca Suarez, sólo tiene 73 fojas o como nosotros manifestamos tiene varias cajas de documentación que no han sido remitidas a la instancia jerárquica.

Todo ello con el objetivo de resguardar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 28 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento administrativo..."

Que, adjuntas al memorial de fecha 9 de mayo de 2013, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. acumula al expediente, entonces en calidad de documentación complementaria, copias de tres páginas del laudo arbitral N° 02/2012 de 17 de septiembre de 2012, por el que el Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, resuelve, entre otros, declarar "improbada la demanda de daños y perjuicios presentada por el señor Luis Artemio Lucca Suarez", y de la Resolución N° 12 A/2013, de 21 de enero de 2013, por la que el Juez Onceavo de Partido en lo Civil y Comercial de la ciudad de La Paz, dentro del Recurso de Compulsa seguido por el señor Lucca contra los árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, resuelve declarar "ILEGAL, la compulsa interpuesta..."

Que, por memorial de 20 de mayo de 2013, el Sr. Lucca refiere que:

“...Habiendo sido notificado con el memorial presentado en fecha 09 de mayo de 2013 por Alianza Vida S.A. por medio del cual dicha compañía presenta copia de Laudo Arbitral y de Resolución de rechazo de compulsas; tengo a bien responder al mismo y solicitar a su Autoridad considerar los siguientes aspectos:

1. Alianza Vida S.A., en su acostumbrada actuación maliciosa, pretende inducir a su Autoridad a cometer equivocaciones por cuanto está por demás claro que el Laudo Arbitral No. 02/2012 de 17 de septiembre a la fecha se encuentra en proceso de impugnación ya que al haber sido rechazado mi Recurso de Anulación contra dicho Laudo y rechazado también el Recurso de Compulsa planteado, actualmente se encuentra pendiente de resolución la Acción de Amparo Constitucional que he formulado contra esta última actuación ilegal, cuya copia fue presentada ante su Autoridad en mi memorial de fecha 06 de mayo de 2013.
2. Se ha fundamentado y demostrado a lo largo de este tiempo que los Arts. 41, literal e), Art. 43, literal u) y 52 de la Ley de Seguros han conferido al órgano regulatorio administrativo la potestad de establecer sanciones y así cumplir con el texto de dicho instrumento normativo, de donde se extrae que **el órgano administrativo no puede alegar que el “daño económico o perjuicio” (que forma parte de la calificación de las infracciones insubsanables) debe ser establecido por otras instancias legales (arbitraje) por cuanto la facultad de imponer las sanciones y verificar si las conductas de los regulados se adecuan a los tipos de infracción CORRESPONDE ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE A LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA** y en ese sentido, la doctrina del Derecho Administrativo de manera uniforme ha sostenido que a tiempo de aplicarse el castigo se debe “adecuar la sanción administrativa a la realidad del perjuicio causado de modo tal que nunca le resulta beneficioso el incumplimiento de las normas reguladoras aplicables a la actividad de que se trate”
3. Bajo dichos parámetros, se debe reiterar que:
 - El proceso arbitral llevado a cabo se ha sustanciado por razones **COMPLETAMENTE DIFERENTES** a las que se están discutiendo en la vía administrativa sancionatoria y ello se puede verificar de la lectura del mencionado Laudo Arbitral.
 - El procedimiento sancionatorio y la verificación del daño económico o perjuicio en la vía administrativa **OBEDECE A RAZONES COMPLETAMENTE DIFERENTES** a las mencionadas en la demanda arbitral y el consiguiente Laudo emitido.
 - En la vía administrativa el Art. 41, literal e), de la Ley de Seguros establece como “Funciones y Objetivos” del órgano regulador: “**Cumplir** y hacer cumplir **la presente ley** y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos”, debiendo tomarse en cuenta que el Art. 43, literal u), del mencionado texto legal indica que el regulador tiene atribuciones para “**Aplicar** las sanciones **contenidas** en la presente Ley” y si nos remitimos al Art. 52 de la Ley de Seguros la misma claramente refiere que “Se establecen los siguientes

tipos de infracciones y sanciones **aplicables por la Superintendencia.**" Inclusive, y para no dejar ninguna duda al respecto, el último párrafo del Art. 4 del Reglamento de Sanciones aprobado por Resolución Administrativa IS No. 153 de 4 de abril de 2001 indica que **"Las infracciones insubsanables son calificadas como tales por la Superintendencia, independientemente de la reiteración, o reincidencia de hechos, actos u omisiones"** A partir de lo cual se extrae que **el órgano administrativo no puede alegar que el "daño económico o perjuicio" (que forma parte de la calificación de las infracciones insubsanables) debe ser establecido por otras instancias legales (arbitraje) POR CUANTO LA FACULTAD DE IMPONER LAS SANCIONES Y VERIFICAR SI LAS CONDUCTAS DE LOS REGULADOS SE ADECUAN A LOS TIPOS DE INFRACCIÓN CORRESPONDE ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE A LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.**

- El Laudo Arbitral que adjunta Alianza Vida S.A. fue objeto de Recurso de Anulación y ante su rechazo y posterior presentación del recurso de compulsión, a la fecha se tiene pendiente la resolución de una Acción de Amparo Constitucional.

4. En cuanto a los demás aspectos contenidos en el memorial de Alianza Vida S.A., los mismos son irrelevantes e impertinentes. Por tanto, y en mérito a lo anteriormente expuesto y fundamentado, solicito a su Autoridad considerar los fundamentos antes expuestos a tiempo de emitirse la Resolución Ministerial Jerárquica correspondiente de conformidad con el Art. 46-11 de la Ley de Procedimiento Administrativo..."

Que, adjunta al memorial de fecha 20 de mayo de 2013, Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. acumula en calidad de documentación complementaria, copia de la sentencia 137/2013 18 de abril de 2013, pronunciada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, dentro del proceso contencioso administrativo seguido por HP Brockers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., y que declara improbadamente la demanda interpuesta contra la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera RJ 61/2006 de 08 de septiembre de 2006.

Que, en atención a la carta MEFP/VPRT/URJMJ/Nº 055/2013 de 17 de mayo de 2013, mediante carta ASFI/DAJ/R-75398/2013 de 23 de mayo de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero presenta copias de los documentos siguientes:

- Testimonio de Escritura Pública Nº 1274, de Línea de Crédito Rotativa, concedida por el ex Banco Santa Cruz S.A. a favor del señor Lucca, por el monto de \$us. 210.000.-, otorgada en fecha 28 de octubre de 1996, por ante la Notaría de Fe Pública Nº 2 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. María Luisa Lozada Bravo.
- Contrato de préstamo con cargo a línea de crédito, de fecha 8 de septiembre de 1998, concedido a favor del señor Lucca por el monto de \$us. 450.000.-; la cláusula decimotercera del mismo, establece:

"...**DECIMA TERCERA.** - (Seguro de Desgravamen Hipotecario) El (la) (los) PRESTATARIO(A)(S) conviene(n) y se establece que, el BANCO tomará por cuenta

del (de la) (de los) PRESTATARIO(A)(S) una póliza de desgravamen hipotecario con vigencia por todo el tiempo que se mantengan saldos deudores del préstamo, por un monto equivalente al monto de la deuda insoluta. El beneficiario del seguro será el BANCO.

El (la) (los) PRESTATARIO(A)(S) acepta(n) los términos y condiciones generales y especiales del contrato del seguro, que declaran conocer, quedando sujetos y sometidos a dichos términos y condiciones.

Para la cobertura de las primas del seguro, el (la) PRESTATARIO(A) pagará al BANCO una tasa del 0.036 por ciento (0.036 %) mensual sobre el monto del saldo adeudado del préstamo; en caso de ser dos o más los PRESTATARIOS, la tasa será..... por ciento (.....%) mensual por cada prestatario sobre el monto del saldo adeudado del préstamo. Esta tasa destinada a cubrir la prima del seguro, será pagada conforme al plan de pagos establecido en el contrato, cancelándose las cuotas correspondientes de forma anticipada, independientemente de los intereses y otros cargos correspondientes al préstamo.

En caso de incumplimiento de este pago, el (la) (los) PRESTATARIO(A)(S) incurrirán en causal de caducidad de la póliza, por causa imputable al (a la) (a los) PRESTATARIO(A)(S), con los efectos legales establecido en el contrato del seguro.

La cobertura de este seguro se extiende a asegurar el pago del saldo deudor del préstamo por parte de la Compañía Aseguradora, en caso de muerte natural y/o accidental o invalidez total permanente del (de la) (de los) PRESTATARIO(A)(S), salvo las exclusiones y otras condiciones establecidas en el contrato del seguro.

El hecho de contratarse un seguro de desgravamen, no altera ni modifica en forma alguna ninguno de los términos y condiciones del contrato de préstamo, ni las obligaciones del (de la) (de los) PRESTATARIO(A)(S), codeudores, fiadores, garantes, etc., establecidas en el contrato del préstamo. En caso de producirse un riesgo o siniestro bajo la cobertura del contrato del seguro, el préstamo se considerará pagado únicamente cuando la compañía aseguradora haya hecho efectivo al BANCO el pago del monto total del préstamo e intereses, a satisfacción y conformidad del BANCO. Si por cualquier causa no se hace efectivo dicho pago por la compañía aseguradora, o sólo se lo hace en forma parcial, el préstamo continuará vigente por los saldos adeudados al BANCO, cuyos pagos deberán hacerse efectivos en las fechas de sus respectivos vencimientos, conforme al contrato, hasta su cancelación total, pudiendo ser ejecutado judicialmente en caso de incumplimiento de pago o por otra causa, en la forma establecida en el presente contrato.

Lo establecido en la presente cláusula, será aplicable solamente a préstamos otorgados a personas naturales, no así en los préstamos otorgados a personas jurídicas, en los cuales no es aplicable un seguro de desgravamen hipotecario..."

Que, en atención a la carta MEFP/VPRT/URJMJ/N° 058/2013 de 27 de mayo de 2013,

mediante carta APS/DESP/DJ/DS/5782/2013 de 31 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, informa que *“esta Autoridad... no atendió ni procesó ningún otro reclamo sobre la póliza de desgravamen hipotecario N° 600055 que no sea la de Luis Artemio Lucca Suárez”*.

Que, por memorial presentado en fecha 6 de junio de 2013, el Sr. Lucca solicita se tenga presente la actitud reiterativa de la empresa Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., en razón de la existencia de otro trámite sancionatorio en su contra, ofreciendo literal a ese respecto, como impetrando que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros evacúe un informe, el mismo que, habiendo sido dispuesto por la nota MEFP/VPT/URJMJ/N° 062/2013, fue atendido en definitiva mediante la nota APS/DESP/DJ/DS/5990/2013 de 11 de junio de 2013.

A este respecto, se aclara que la valoración de la aducida “actitud reiterativa”, o con mayor propiedad, de la acusada reincidencia, no corresponde ser considerada al presente, no sólo porque la misma, como agravante de la infracción, no consta hubiera sido considerada oportunamente dentro del caso de autos, por el Ente Regulador, así como tampoco, que con respecto a los elementos documentales propuestos y al informe último de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, el otro trámite sancionatorio hubiera adquirido suficiente firmeza administrativa y que permita cualquier evaluación al respecto, sin que con ello no exista infracción al principio de presunción de inocencia.

CONSIDERANDO:

Que, a los fines de precisar los antecedentes del caso, como de fijar el objeto de la controversia que se analiza y se decide, corresponde aclarar que, conforme consta de la nota SPVS/IP/AL No. 3183 de 29 de diciembre de 2008 y de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/No. 50/2012 de 21 de septiembre de 2012, habiéndose referido la imputación original a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. sobre nueve cargos, sustanciado el trámite propio del proceso sancionador y, luego, del recursivo, han sido confirmados siete de ellos, **habiendo sido anulados los cargos No. 1 y No. 2, en su mérito, ahora repuestos conforme a norma, por lo que el conocimiento presente se limita únicamente a esos dos cargos, en tanto es sobre los mismos que recae el objeto del Recurso Jerárquico interpuesto.**

Que, en tal sentido, llama la atención el contenido del memorial de 22 de abril de 2013, presentado por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., por el que pretende sean considerados aspectos que, no haciendo a los merituados cargos No. 1 y No. 2, empero correspondiendo a los aspectos emergentes de la sustanciación sancionatoria y recursiva de la nota SPVS/IP/AL N° 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008, han sido, entonces, oportuna y debidamente evaluados y dilucidados por el suscrito, por cuanto fueron materia de los Recursos Jerárquicos contra la Resolución Administrativa ASFI/N° 142/2012 de 23 de abril de 2012, y que dieron lugar a la precitada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/No. 50/2012 de 21 de septiembre de 2012.

Que, entre estos aspectos, los referidos en concreto a los cargos Nros. 3, 6 y 7, o acerca de

“la aplicación de la Interrupción de la Prescripción”, de la “Pérdida de calidad de Asegurados e Inexistencia de Derecho a Indemnización”, la “Omisión de Pronunciamiento de la ASFI sobre la verdad material sobre las sanciones impuestas en contra de la empresa y violación del Principio del Non Bis in Idem”, la “Ilegitimidad de Lucca en el proceso sancionatorio”, y la “Omisión de fundamentación sobre el Principio de Non Bis in Idem”, extremos que, habiendo ya sido atendidos por la suscrita Autoridad Jerárquica, han adquirido la firmeza en sede administrativa a la que se refiere el Art. 51º de la Ley Nº 2314, de Procedimiento Administrativo, por lo que su reiteración actual, de la forma en que señala Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., es impertinente y tiende a generar confusión y error en los partícipes del proceso, e incluso, cuando el memorial presentado en fecha 22 de abril de 2013, viene a solicitar un “pronunciamiento expreso en caso uno de los puntos establecidos en el contenido del presente documento”, resulta contrario a la buena fe con la que debió conducirse la aseguradora, y a la que se refiere el artículo 4º, literal e), de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo.

Que, por lo mismo, los restantes aspectos propuestos al presente por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., en una transcripción casi textual de su anterior Recurso (excepción de lo referido a la existencia de un laudo arbitral) ya resuelto, sólo pueden ser considerados ahora, en el entendido que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/No. 50/2012 de 21 de septiembre de 2012, al haber anulado lo concerniente a los cargos Nº 1 y Nº 2, ha establecido una nueva realidad jurídica al respecto, por tanto, **los alegatos de la aseguradora son tenidos presentes, en tanto y en cuanto no determinen modificar aquello que se encuentra administrativamente firme y en función de esa nueva realidad jurídica.**

Que, entonces, mediante Resolución ASFI/No. 032/2013 de 15 de enero de 2013, la ASFI se pronuncia con los fundamentos que de allí se rescatan y que, en lo trascendental, se presentan en los rótulos que siguen a continuación:

Antecedentes.

- En fecha 30 de mayo de 2008, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros emitió su Informe SPVS/INF/No. 01/2008, por el cual estableció posibles incumplimientos, por parte de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., a la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998 y disposiciones conexas.
- Mediante nota SPVS/IP/AL No. 3183 de 29 de diciembre de 2008, se notificó a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. con nueve cargos, de los que en interés del presente proceso -conforme lo señalado-, se señalan los dos primeros:

“Cargos 1 *Al no emitir y entregar certificados o notas de coberturas de la Póliza Nº 600055 de seguro de desgravamen hipotecario al Sr. Luis Artemio Lucca Suarez y Ana María Arteaga de Lucca, durante el periodo comprendido entre Julio a diciembre de 2000 y enero a marzo del 2001, la entidad habría incumplido el inciso g) del artículo 12 de la Ley 1883 de fecha 25 de junio de 1998, que establece, “...emitir pólizas de seguros, certificados o notas de coberturas, claras y fácilmente legibles...”.*

Cargo 2 Durante el periodo comprendido de Julio de 2000 a marzo del 2001, la entidad aseguradora habría incumplido el artículo 4 de la Resolución Administrativo SPVS-IS N° 257 del 19 de junio de 2000 (derogada por la Resolución Administrativa SPVS-IS N° 172 del 16/4/01), que establece, "Es obligación de la entidad aseguradora que suscriba seguros colectivos emitir para cada asegurado, un certificado de Cobertura...", al no emitir y entregar durante este período los certificados o notas de coberturas de la póliza N° 600055 de seguros de desgravamen hipotecario, al Sr. Luis Artemio Lucca Suárez y Ana María Arteaga de Lucca".

- La Resolución ASFI No. 832/2010 de 23 de septiembre de 2010 -complementada por la Resolución ASFI N° 870/2010 de 11 de octubre de 2010-, "impone una sanción en Bolivianos equivalente a \$us. 10.000.- ... por el Cargo N° 1, por incumplimiento al inciso g) del Artículo 12, de la Ley de Seguros No. 1883 y una sanción equivalente a \$us.10.000.- ... por el Cargo N° 2, por contravención al artículo 4 de la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 257 de 19 de junio de 2000", resolución que después y en Recurso de Revocatoria, será confirmada por la Resolución ASFI/No. 142/2012 de 23 de abril de 2012.
- Mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/No. 50/2012 de 21 de septiembre de 2012, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas anuló el procedimiento administrativo, hasta la mencionada Resolución Administrativa ASFI/No. 142/2012, en lo que respecta a los cargos No. 1 y No. 2 (por la falta de motivación y debida fundamentación, que la ley exige para la validez de todo acto administrativo).

Fundamentos.

- El artículo 52° de la Ley de Seguros No. 1883, de 25 de junio de 1998, establece que los elementos configurativos o presupuestos para la tipificación de la sanción, deben conjuncionarse íntegramente, determinando que, para la calificación de infracciones insubsanables, debe concurrir como presupuesto necesario, el incumplimiento no enmendable o subsanable de las normas legales.
- Se verificó que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. no emitió ni entregó certificados o notas de cobertura correspondientes a la Póliza 600055, contraviniendo el artículo 12, inciso g), de la referida Ley, considerándose insubsanable este requisito.
- La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/No. 50/2012 de 21 de septiembre de 2012, al establecer que "no existe elemento que al menos sugiera que las responsabilidades que se conocen (no emitir y entregar certificados o notas de cobertura de la Póliza N° 600055... no sean imputables al representante legal o a los representantes legales de la entidad aseguradora", habría dejado sentada la existencia de culpa o dolo, imputable a los representantes legales como requisito también ahora insubsanable.

- El requisito "ausente" en el presente caso, sería el daño económico o perjuicio al asegurado, al no existir pronunciamiento de la autoridad competente que, de acuerdo al artículo 23° del Condicionado General de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario (COD. 207-934801-1999 11 04), es el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, el que de acuerdo a la Ley de Arbitraje y Conciliación No. 1770 de 10 de marzo de 1997, debe dilucidar la existencia de daño o perjuicio a los asegurados, acompañándose de la cuantificación determinada o determinable, a los efectos de la eventual reparación civil.
- La inexistencia de daño económico o perjuicio, desvirtúa la imposición de la sanción que corresponde a las infracciones insubsanables (revocatoria de la autorización de funcionamiento); lo contrario significaría vulneración a los principios de legalidad y proporcionalidad, al momento de identificar una infracción y la congruencia entre la naturaleza de la misma con la sanción impuesta.
- El artículo 52° de la Ley de Seguros No. 1883, de 25 de junio de 1998, cuando señala: *"REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO. Correspondiente a la comisión de infracciones insubsanables. Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento"*, dispone que sea un reglamento de sanciones el que deba definir la aplicación de las sanciones administrativas correspondientes.
- El Capítulo III del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, aprobado mediante Resolución Administrativa IS No. 153 de 4 de abril de 2001, explica que *"se consideran como infracciones graves y gravísimas las siguientes (...) f) incumplimiento a órdenes o instrucciones emanadas de la Superintendencia o de autoridad competente; (...) h) Incumplimiento de las obligaciones y actividades establecidas en la Ley de Seguros y en sus reglamentos"*, y su artículo 12, determina que es el órgano Regulador, el que estimará *"la gravedad de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso"*.
- Las infracciones de los cargos No. 1 y No. 2 *"se ajustan a la descripción del tipo de conductas sancionables que se describen en los incisos f) y h) del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, las que por disposición de la referida norma pueden ser graves o gravísimas"*, habiendo concluido ésta Autoridad de Supervisión, que las mismas son de tipo GRAVE, conforme a los criterios de Tipicidad expuestos en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ No. 32/2005 de 19 de agosto de 2005, criterio similar al de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/No. 50/2012, cuando establece que *"en materia de seguros, a la sede administrativa no le está dado el conocer de cuestiones sustanciales, sean de fondo pero si cuenta con la facultad sancionadora con todas sus prerrogativas"*; la misma Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/No. 50/2012, refiere que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. ha actuado en función a la responsabilidad institucional, asumiendo el proceso de esa manera, determinando que la infracción es del tipo grave.
- Se ha considerado que las infracciones en que ha incurrido Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. no han sido reincidentes, por lo que la ASFI estima el monto

sancionable para el cargo No. 1 de \$us.10.000- (diez mil 00/100 dólares americanos), “por no emitir y entregar certificados o notas de cobertura de la Póliza N° 600055 de seguro de desgravamen hipotecario al Sr. Luis Artemio Lucca Suarez y Ana María Arteaga de Lucca, durante el periodo comprendido entre Julio a diciembre de 2000 y enero a marzo de 2001”, y de otros \$us.10.000.- (diez mil 00/100 dólares americanos), por el cargo No. 2, por no cumplir con la obligación de “emitir para cada asegurado, dentro de los seguros colectivos, un certificado de cobertura de la póliza N° 600055 de seguros de desgravamen hipotecario, durante el periodo comprendido de julio de 2000 a marzo de 2001”.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 1° de febrero de 2013, el señor Lucca interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI/No. 032/2013, señalando los alegatos siguientes:

Violación de los artículos 41°, 43° y 52° de la Ley de Seguros.

La Resolución ASFI 032/2013 determina, *fehacientemente*, que ha existido incumplimiento por parte de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., al no emitir ni entregar los certificados o notas de cobertura correspondientes a la Póliza 600055, contraviniendo el Art. 12°, inciso g), de la Ley de Seguros No. 1883, de 25 de junio de 1998, y asimismo, que ha existido responsabilidad imputable a los representantes legales de la Aseguradora, estableciendo en ambos casos la existencia de insubsanabilidad.

Sin embargo, en lo relativo al daño económico o perjuicio, al señalar que es un requisito “ausente” dentro del caso, y que de acuerdo al Condicionado General de la Póliza y a la Ley N° 1770, es la vía arbitral la que debe dilucidar su existencia “acompañándose la cuantificación determinada o determinable a los efectos de la reparación civil”, sería un criterio equivocado y violatorio de la Ley de Seguros.

El Art. 41°, literal e), de la Ley de Seguros establece como Funciones y Objetivos del Órgano Regulador: “Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos”; el Art. 43°, literal u), de la misma Ley, indica que el regulador tiene atribuciones para aplicar las sanciones contenidas “en la presente Ley”, y su Art. 52° establece los tipos de infracciones y sanciones “aplicables por la Superintendencia” (aquí debe leerse “Autoridad Reguladora”). El último párrafo del Art. 4° del Reglamento de Sanciones aprobado mediante Resolución Administrativa IS No. 153 de 4 de abril de 2001, indica que las infracciones insubsanables “son calificadas como tales por la Superintendencia (idem), independientemente de la reiteración, o reincidencia de hechos, actos u omisiones”.

Efectuando una *correcta* interpretación sistemática y teleológica, el legislador ha conferido al órgano regulador administrativo la potestad de establecer sanciones y así cumplir con el texto de la Ley de Seguros, por lo que la ASFI no puede alegar que el daño económico o perjuicio (que forma parte de la calificación de las infracciones insubsanables), deba ser establecido por la instancia del arbitraje; la facultad de imponer las sanciones y verificar si las

conductas de los regulados se adecúan a los tipos de infracción corresponde única y exclusivamente a la Autoridad Administrativa.

No se ha solicitado al Órgano Administrativo que ordene resarcimiento económico alguno y menos aún una reparación civil, sino simplemente, que se establezca si la conducta de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. ocasionó o no algún tipo de daño o perjuicio al asegurado, para establecer si las infracciones deban calificarse de insubsanables, aspecto que no ha sido analizado debidamente por la ASFI, incurriendo en una franca infracción de los artículos mencionados, por cuanto, la Ley de Seguros le confiere la potestad para determinar la existencia de los requisitos o elementos que conforman las infracciones administrativas, para luego imponer la sanción correspondiente.

La doctrina del Derecho Administrativo sostiene que, a tiempo de aplicarse el castigo, se debe adecuar la sanción administrativa a la realidad del perjuicio causado, de modo tal que no resulte más beneficioso el incumplimiento de las normas reguladoras; y la jurisprudencia administrativa (Resolución Jerárquica SG SIREFI PJ 38/2005) ha sido clara al señalar también que, a tiempo de efectuar la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, debe apreciarse la naturaleza de los perjuicios causados (además de la existencia de intencionalidad, dolo o culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, y la reincidencia en la comisión).

Al señalar la ASFI que el daño o perjuicio debe ser dilucidado mediante la instancia del arbitraje, niega su propia competencia, y razona alejada de la realidad legal, doctrinal y del propio contexto internacional, por cuanto, la verificación y declaración de la existencia de daño o perjuicio por parte de la autoridad administrativa a tiempo de imponer sanciones administrativas, es una corriente aceptada mundialmente.

Entonces, el Ente Regulador tiene la potestad legal y normativa de verificar la existencia de daño económico o perjuicio, conforme se estableció en el punto anterior.

Violación y errónea interpretación del Art. 52° de la Ley de Seguros.

Según la ASFI, la Ley de Seguros dispone que el Reglamento de Sanciones debe definir la aplicación de las sanciones administrativas correspondientes, para lo que se remite al Reglamento aprobado por Resolución Administrativa IS No. 153 de 4 de abril de 2001, entendiendo el Órgano Regulador que las infracciones establecidas para los Cargos No. 1 y No. 2, corresponden a la categoría de graves, conclusiones *absolutamente* incongruentes, por cuanto, resultan de una lectura aislada y antojadiza del Art. 52° de la Ley de Seguros en la parte referida a la "Revocatoria de la Autorización de Funcionamiento", que implica estrictamente la revocatoria de la autorización de funcionamiento correspondiente a la comisión de infracciones insubsanables.

La Ley determina expresa, clara, categórica y taxativamente, que la sanción de revocatoria de una autorización de funcionamiento, opera cuando existan infracciones insubsanables, y no establece rangos o límites superiores o inferiores, y los rangos o límites inferiores o superiores "que se establezcan por reglamento", solo pueden ser aplicables a las sanciones relacionadas con multas por infracciones leves o graves, donde existe la posibilidad de fijar rangos o límites, no pudiéndose fijar, jurídicamente, cuando se trate de infracciones insubsanables y que tienen como sanción única, la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

La ASFI, manteniendo el clásico y superado criterio de Administración Pública *absolutista*, da mayor valor a un reglamento que a una Ley, y utiliza el Reglamento de Sanciones aprobado por Resolución Administrativa IS No. 153 de 4 de abril de 2001 para justificar que las infracciones son de índole grave, pasando por alto que el reglamento no hace una descripción de lo que se entendería como infracción grave, lo que conduce *necesariamente* al Art. 52º de la Ley de Seguros, que menciona que es “grave” cuando existe “*incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados*”.

La ASFI ha sido categórica al señalar la existencia de incumplimiento no enmendable ni subsanable, y de responsabilidad imputable a los representantes legales de Alianza Vida S.A. Entonces, no podrían catalogarse los Cargos No. 1 y No. 2, como infracciones graves, si: a) el Reglamento no describe qué tipo de conducta aplica a las infracciones graves, b) el Art. 52º de la Ley de Seguros señala que para la existencia de infracciones graves debe existir posibilidad de enmendar o subsanar la infracción, y c) si se mantiene el carácter insubsanable de la infracción (no encajan las infracciones como graves).

La ASFI olvida que el Reglamento, en su Art. 10º, señala que “*La revocatoria de la autorización de funcionamiento se aplicará cuando un hecho, acto u omisión sea insubsanable, de acuerdo a criterios prudenciales y al incumplimiento de obligaciones sancionables, de conformidad a lo establecido por el artículo 48 de la Ley de Seguros*”, artículo este último que menciona que, se podrá intervenir para liquidar a una entidad aseguradora cuando “*Se evidencie el incumplimiento insubsanable de alguna de las obligaciones establecidas en el art. 12*” y en el presente caso estaría demostrado el incumplimiento de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. al Art. 12º, literal g), de la Ley de Seguros.

Se ha determinado la infracción insubsanable de dicho artículo, la responsabilidad sobre ello de los representantes legales de la Aseguradora, como dice el regulador, y la legítima obligación de la ASFI de verificar la existencia de daño económico o perjuicio, resultando claro que corresponde aplicar la sanción de revocatoria de la autorización de funcionamiento.

Falta de motivación y fundamentación.

La ASFI, en la resolución recurrida, no motiva o explica el porqué no tendría competencia para determinar si concurrió la existencia de daño económico o perjuicio, dando por entendida ésta situación, cuando su obligación es realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustentan su posición, conforme lo indica el Art. 28º, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el Art. 30º, literal a), de la misma Ley, criterios estipulados en las Sentencias Constitucionales 1369/2001-R de 19 de diciembre, 0752/2002-R de 25 de junio, 1289/2010-R de 13 de septiembre, 0871/2010-R de 10 de agosto, 0275/2012 de 4 de junio, entre otras; en el mismo sentido, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005.

Existencia de daño económico.

- La primera póliza No. 600055 estuvo vigente del 1º de noviembre de 1999 al 1º de noviembre de 2000, y fue recibida por el corredor de seguros HP BROKERS SRL el 21 de marzo de 2000.

- La segunda póliza No. 600055 estuvo vigente desde el 31 de diciembre de 2000 al 31 de diciembre de 2001, y fue recibida por el corredor el 21 de febrero de 2001.

Estos extremos determinarían lo siguiente:

Sobre la vigencia de la póliza: durante los meses de noviembre y diciembre del año 2000, no existió póliza de seguro de desgravamen hipotecario.

Sobre la recepción por el corredor de seguros: en cuanto a la primera póliza, existieron cinco meses sin cobertura del mismo seguro (del 27 de octubre de 1999 al 21 de marzo de 2000), dado que ni el ex Banco Santa Cruz S.A. ni el corredor conocían de su existencia; y en cuanto a la segunda póliza No. 600055, existieron dos meses sin cobertura (del 31 de diciembre de 2000 al 21 de febrero de 2001), dado que ni el banco ni el corredor conocían de su existencia.

No obstante ello, el ex Banco Santa Cruz S.A. cobró las primas por esos períodos a requerimiento de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., dineros después traspasados a favor de la aseguradora, conforme se desprende de la nota RCL. 017/03 de 20 de marzo, lo que demostraría el daño económico que se habría provocado al ahora recurrente, por cuanto el pago de las primas se lo efectuaba mediante descuento de su cuenta bancaria.

El recurrente al respecto, además señala: "*Situación diferente hubiera sido si se habría entregado el Certificado de cobertura donde los asegurados hubiésemos tomado conocimiento de las reglas, vigencias, pagos de primas, etc., relativas a la Póliza 600055 para no ser timados con el descuento de dineros propios para pagar primas **por un seguro que en esas fechas no existía***".

Sobre este punto, se presentó como prueba la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/No. 22/2012 de 18 de abril de 2012.

Existencia de perjuicio.

El recurrente Sr. Lucca, se remite a las siguientes citas doctrinales:

- "Lo cierto es que los consumidores de los servicios de seguros precisan una buena información en el proceso de comercialización del seguro, para conocer el sentido y alcance de las condiciones y cláusulas contractuales más importantes (pago de la prima, declaración de riesgo, derecho de rescisión, etc.) y en cualquier caso todos los trámites a realizar en las reclamaciones de eventuales siniestros que se puedan producir" (Ernesto Caballero Sánchez, *El consumidor de seguros: protección y defensa*, editorial MAPFRE S.A., Madrid, 1997).
- "...la connotación que la falta de información sobre el contrato de seguro y sus características básicas o generales produce en el asegurado es eminentemente colocarlo en una situación de perjuicio al impedirle conocimiento debido acerca de un acuerdo jurídico que sobre él recae, con lo que se disminuye la posibilidad y certeza del asegurado de realizar cualquier tipo de gestión ante la compañía de seguros que el acto contractual del seguro sea modificado irracionalmente sin noticia de las partes del contrato de seguro donde se encuentra individualizado el asegurado, figura que se da

más aun en los seguros colectivos o de masas como los de vida en grupo donde existe un contrato prácticamente de adhesión redactado y presentado por una compañía de seguros que naturalmente detenta el predominio, campo donde el asegurado o consumidor se encuentra desprotegido y sin base mínima de respeto a la seguridad jurídica, hechos reclamables y sancionables por vía de supervisión administrativa creada por el estado” (Ivonne Lambert-Faivre, Protección de los consumidores de seguros, Droit des Assurances, editorial Dalloz, 10ª edición, París 1998).

En el caso, se habría restringido el derecho a conocer los alcances de la póliza, los riesgos asegurables, las condiciones de pago de primas y las coberturas otorgadas, lo que después habría derivado en una serie de interpretaciones sobre su vigencia.

El perjuicio contra los asegurados se habría agravado en virtud a que la aseguradora emitió y modificó ilegalmente en varias oportunidades el contenido de la póliza y sus anexos, llegando a manejarse hasta cuatro versiones de la misma, sin existir registro de ellas en la ex SPVS y sin conocimiento de los asegurados, en detrimento de la seguridad jurídica y del principio de buena fe, no obstante de conocer el alcance de sus obligaciones que no cumplió.

El recurrente pregunta: *“¿no es perjudicial que una Entidad Aseguradora para su propio beneficio modifique a su antojo la Póliza de Seguro para negar a una persona su calidad de asegurado y con ello tratar de evitar responsabilidades administrativas (una póliza señala como asegurado al Banco y otra como asegurados a los prestatarios de cartera)? ¿No parece que para evitar esa manipulación indiscriminada de las pólizas existe el Certificado de Cobertura el cual debe ser emitido y entregado precisamente para que el asegurado pueda tener un respaldo y constancia de la existencia cierta de la póliza real y vigente y sus características, pago de primas y modalidades sin estar supeditado a las prácticas y conductas ilícitas de la aseguradora?”*

Y cita el Art. 75º-2 de la Constitución Política del Estado, el que determina que los usuarios y consumidores tienen derecho *“A la información fidedigna sobre las características y contenidos de los productos que consuman y servicios que utilicen”*.

En el entender del recurrente, lo expresado comprueba también que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. ha provocado perjuicio.

Petitorio.

Solicita anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución ASFI No. 032/2013 de 15 de enero de 2013, ordenando se emita un nuevo acto administrativo debidamente fundamentado y motivado, por el que se ingrese a verificar la existencia de daño o perjuicio, a los fines de establecer la configuración de infracciones insubsanables; y para el caso de decidirse una decisión de fondo, se revoque parcialmente la misma Resolución, sancionándose a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. con la revocatoria de su autorización de funcionamiento al haber cometido infracciones insubsanables.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión del recurso jerárquico presentado por el señor Lucca de fecha 1º de febrero de 2013, así como del acto administrativo impugnado y de los restantes elementos

propuestos, tanto por el recurrente como por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. como legítima interesada, y observando lo dispuesto por el Art. 63º, Par. II, que señala que “La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente...”, corresponden pasar a exponerse los fundamentos que hacen a las conclusiones del presente fallo.

Que, se establece en principio que, no obstante encontrarse repartidos en varios numerales, los agravios sobre los que trata el meritado Recurso Jerárquico, son en concreto dos: **uno de carácter sustancial (la calificación de las infracciones cual graves en lugar de insubsanables), y otro más adjetivo (la falta de motivación en la resolución recurrida).**

Que, por ello, corresponde sean tratados, evaluados y considerados dentro de ese planteamiento, conforme sigue a continuación.

1. La calificación de las infracciones cual graves: la posición del recurrente.

El recurrente objeta la calificación, cual infracciones graves, de los ilícitos administrativos (cargos No. 1 y No. 2), por cuanto, entiende que son insubsanables, toda vez que, si según los Arts. 41º, 43º y 52º de la Ley de Seguros, el Regulador tiene la potestad de establecer sanciones, entonces puede determinar la existencia de daño económico o perjuicio, que hace a la calificación de insubsanabilidad, evidenciable en haber cobrado primas por periodos en los que no existía póliza vigente o no había sido recepcionada por el corredor de seguros, y en restringir el derecho a conocer sus alcances (agravado por la modificación de su contenido), en particular el mencionado Art. 52º, al haber determinado la existencia de incumplimiento y la responsabilidad imputable, como no enmendables e insubsanables.

En ese entender, al haber establecido la ASFI que el daño económico o perjuicio es un requisito “ausente” dentro del caso, y que de acuerdo al Condicionado General de la Póliza y a la Ley No. 1770, es la vía arbitral la que debe dilucidar su existencia “acompañándose la cuantificación determinada o determinable a los efectos de la reparación civil”, constituiría un criterio equivocado y violatorio de la Ley de Seguros, en el articulado arriba señalado.

Cabe aclarar que, ni en lo coloquial, ni mucho menos en lo jurídico (donde la *ausencia* constituye una figura especial y propia del Derecho Civil), corresponde el uso de la palabra “ausente” para el caso, conforme mal la ha utilizado la ASFI, toda vez que la misma, sea que se utilice como adjetivo o como sustantivo, siempre está referida a una cualidad personal y nunca a la de una cosa: sólo las personas pueden ser ausentes; en tal sentido y con la debida propiedad, su equivalente en cuanto a un daño económico o a un perjuicio, será mas bien la inexistencia, entendiéndose entonces que, lo que la ASFI ha querido decir en su Resolución ASFI/No. 032/2013 de 15 de enero de 2013, es que el requisito daño económico o perjuicio al asegurado, sería inexistente en el presente caso.

Aclarado ello, corresponden transcribir los artículos señalados por el recurrente:

“ARTÍCULO 41.- FUNCIONES y OBJETIVOS.- La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, como órgano que fiscaliza y controla las personas, entidades y actividades del sector de seguros de la República, tiene los siguientes objetivos:... e) Cumplir y hacer cumplir

la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos...

ARTÍCULO 43.- ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.- La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:... u) Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley...

ARTÍCULO 52.- INFRACCIONES Y SANCIONES.- Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia...

INFRACCIONES GRAVES. Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

INFRACCIONES INSUBSANABLES. Corresponderán al incumplimiento, no enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros...

SANCIONES

De acuerdo a la naturaleza de la infracción y a las previsiones reglamentarias, la Superintendencia se encuentra habilitada a aplicar las siguientes sanciones administrativas:...

REVOCATORIA DE LA AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO. Corresponderá a la comisión de infracciones insubsanables. Las sanciones administrativas se aplicarán en los rangos o límites inferiores o superiores que se establezcan por reglamento."

De la interpretación "sistemática y teleológica" de aquellos artículos -dice el recurrente-, resultan la potestad del Órgano Regulador para establecer sanciones, por lo que la ASFI no puede alegar que el daño económico o perjuicio deba ser establecido por una instancia arbitral, sino que le corresponde a ella establecer, si la conducta de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. ocasionó o no algún tipo de daño o perjuicio al asegurado, para con ello calificarse de insubsanables, poniendo énfasis en no haberse solicitado se ordene el resarcimiento económico o una reparación civil.

Por su parte, lo que en concreto señala la recurrida Resolución ASFI/Nº 032/2013 de 15 de enero de 2013, es:

"Daño económico o perjuicio al asegurado.- Este requisito es el ausente en el presente caso, al no existir pronunciamiento de autoridad competente, que de acuerdo al Condicionado General de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario (COD. 207-934801-1999 11 04), Artículo 23º es el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, de acuerdo a la Ley 1770, el que debe dilucidar la determinación de la existencia de daño o perjuicio a los asegurados,

acompañándose de la cuantificación determinada o determinable a los efectos de la reparación civil.

Cuando nos referimos a los elementos que deben concurrir como requisitos necesarios para determinar las infracciones insubsanables, nos referimos al cumplimiento ineludible del requisito: **“existencia de daño económico o perjuicio...”**, que desvirtúa la imposición de la sanción que corresponde a este tipo de infracciones, cual es la **“revocatoria de la autorización de funcionamiento”**, lo contrario significaría la vulneración a los principios de legalidad y proporcionalidad, al momento de identificar una infracción y la congruencia entre la naturaleza de la infracción administrativa y la sanción impuesta.

Estos mismos argumentos fueron expuestos en la Resolución ASFI/Nº 767/2011 de 7 de noviembre de 2011 (pag. 41), cuando se examinaba el tema LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ – HP BROKERS, mencionando **“Para la calificación de las Infracciones Insubsanales, deben concurrir como presupuesto necesario el daño económico o perjuicio al asegurado, elemento ausente en el presente caso, al no existir pronunciamiento de autoridad competente que determine la existencia de daño o perjuicio a los asegurados, determinación que indudablemente estará acompañada de la cuantificación determinada o determinable a los efectos de la reparación civil”, la cual fue confirmada totalmente a través de Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/Nº 022/2012 de 18 de abril de 2012”.**

De la relación anterior, se establece encontrarse fuera de la controversia, la determinación de si una infracción en el sector seguros, para ser subsumida al tipo de insubsanable, deba importar el incumplimiento, no enmendable o no subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico; el conflicto de relevancia jurídica presente, se concretiza en determinar **si, en el sector seguros, el Órgano Supervisor (a la sazón, la ASFI) tiene la facultad de establecer la existencia de daño económico o perjuicio en la ocurrencia de una infracción, y que ADEMÁS sea no subsanable o no enmendable, para de ser así, calificar a la misma de insubsanable.**

En tal sentido, no es el contenido de la controversia que se conoce al presente, la efectiva ocurrencia de las infracciones que importan los cargos Nro. 1 y Nro. 2 (los que por ello y en todo caso, se las tienen por sucedidas), sino el determinar si la calificación y la sanción que en su mérito han sido impuestas a la infractora, son las que corresponden normativamente, o si pueden ser agravadas por los elementos señalados por el recurrente.

Para ello, debe recordarse que el presente proceso está referido a:

“Cargo 1... no emitir y entregar certificados o notas de coberturas de la Póliza N° 600055... durante el periodo comprendido entre julio a diciembre de 2000 y enero a marzo del 2001,...”

“Cargo 2 Durante el periodo comprendido de julio de 2000 a marzo del 2001,... no emitir y entregar durante este periodo los certificados o notas de coberturas de la póliza N° 600055...”

Por su parte, según la demostración que el recurrente pretende en cuanto a la *Existencia de daño económico*, **los agravios actuales del señor Lucca** están referidos a la **no vigencia de póliza alguna (de noviembre a diciembre del año 2000)**, y a la **no recepción oportuna de las pólizas (del 27 de octubre de 1999 al 21 de marzo de 2000, por una parte, y del 31 de diciembre de 2000 al 21 de febrero de 2001, por la otra)**.

Entonces, de la compulsión del criterio de la imputación (después, también de la sanción) con el del recurso jerárquico, se percibe que ambos son apenas coincidentes -en definitiva distintos-, primero, como se ha visto, **en cuanto a los periodos de tiempo** (entre los sancionados y los ahora recurridos); empero además, la razón a tal diferencia es sustancial (por tanto, trascendental), toda vez que supera el carácter temporal señalado, al recaer a los objetos de ambos:

- Lo imputado y lo sancionado por la ASFI, consiste en **“no emitir y entregar certificados o notas de coberturas de la Póliza N° 600055”**.
- En cambio, lo recurrido ahora por el señor Lucca, es la infracción de los artículos 41°, 43° y 52° -en especial este último- de la Ley de Seguros, de cuya emergencia, existiría daño económico y perjuicio (insubsanables, dice), evidenciada en la **no vigencia de póliza alguna** y la **no remisión (recepción) oportuna de las pólizas al corredor de seguros**.

Podría señalarse que lo señalado por el Sr. Lucca no es, sino, un efecto de la infracción determinada, sin embargo, los periodos de tiempo contemplados por una y otra posición (arriba relacionados), desvirtúan ello y confirman mas bien tratarse de realidades distintas.

Entonces, el alegato del recurso jerárquico en su acápite **Existencia de daño económico**, no sirve para demostrar los daños que, dentro del presente proceso, han sido imputados a la manera de cargos, o como emergencia de los mismos, al encontrarse referido a aspectos diversos de los sancionados, siendo pertinente reiterar ahora que, conforme a los datos del mismo Recurso, no se encuentra en tela de juicio el suceso mismo de la infracción (la que se tiene por efectivamente ocurrida), sino únicamente la sanción que le debe corresponder, resultando entonces que, los extremos señalados por el señor Lucca, no influyen sobre la sanción señalada, por cuanto, hacen a elementos distintos de los que han sido investigados, conocidos, imputados, sustanciados y sancionados, determinando no exista coherencia entre lo procesado y lo efectivamente recurrido por el Sr. Lucca.

Por la misma razón, la alusión que hace el recurso jerárquico, en sentido que, de haberse entregado los certificados o notas de cobertura, conforme lo sancionado, no hubiera **existido perjuicio**, tampoco corresponde a la realidad procesal presente, por cuanto y conforme lo visto, el Sr. Lucca se refiere a sucesos distintos de los que hacen al caso de autos.

Asimismo, es infundado el reclamo acerca de la supuesta serie de interpretaciones sobre la vigencia de la póliza, por cuanto, además de no especificarse cuáles esas interpretaciones, no hace a la controversia presente tal vigencia, sino la falta de entrega de los certificados o notas de cobertura.

Por otra parte, habiendo aludido la resolución recurrida a determinado análisis de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/N°50/2012 de 21 de septiembre de 2012, para

seguidamente considerar como insubsanable el requisito de *Culpa* o *dolo imputable* a los representantes legales, corresponde aclarar que, lo que la suscrita Autoridad Jerárquica ha señalado en la mencionada Resolución Ministerial Jerárquica, es:

*"Desde el inicio mismo del proceso sancionador se ha actuado en función a la responsabilidad institucional de **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, y la propia entidad de seguros ha asumido el proceso de esa manera, como que sus descargos y alegatos no se refieren a responsabilidades personales y ajenas a quien o quienes no resulten en sus representantes legales, sino que por el contrario, quienes han suscrito la defensa de sus intereses siempre han sido sus representantes legales y en función de una responsabilidad institucional, haciendo relación de actos impersonales, de manera tal que, no existe elemento que al menos sugiera, que las responsabilidades que se conocen (no emitir y entregar certificados o notas de coberturas de la Póliza N° 600055, durante el periodo comprendido entre julio a diciembre de 2000 y enero a marzo de 2001 en el cargo N° 1, y durante el periodo comprendido de julio de 2000 a marzo de 2001 en el cargo N° 2), no sean imputables al representante legal o a los representantes legales de la entidad aseguradora sancionada"*.

Entonces, no existe allí mención o sugerencia alguna, en sentido que el incumplimiento que importa la infracción, expresado en la no emisión ni entrega de los certificados o notas de cobertura, correspondientes a la póliza 600055, resulte per se en insubsanable, o que la responsabilidad de lo mismo, siendo imputable a los representantes legales de la entidad aseguradora, sea también insubsanable, resultando este último criterio del Regulador, discutible, por cuanto, la insubsanabilidad hace a la infracción, no así al infractor.

Se aclara que ambos criterios -la infracción y su responsabilidad (cual insubsanables, según la ASFI)- sumados al daño económico o perjuicio al asegurado (elemento inexistente para la misma), hacen en la resolución recurrida, a los elementos o requisitos de procedencia del -ahora- controvertido artículo 52° de la Ley de Seguros, en cuanto a las infracciones insubsanables.

Asimismo, habiendo también aludido el recurrente, lo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/No. 22/2012 de 18 de abril de 2012 (por la que se resolvió el Recurso Jerárquico interpuesto por el señor Lucca contra la Resolución Administrativa ASFI N° 767/2011 de 7 de noviembre de 2011, referida a la sanción impuesta a la persona jurídica HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.), es pertinente rescatar de aquella los extremos siguientes:

*"...el recurrente tiene a bien sacar a relucir la naturaleza de los negocios de la corredora, la aseguradora **Alianza Vida de Seguros y Reaseguros S.A.** e inclusive del Banco Santa Cruz S.A., en función de los intereses que se hallan en controversia.*

Tal realidad determina la existencia de varias relaciones jurídicas, empero todas integradas por la función del objeto de las mismas:

- Los señores **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y **Ana María Arteaga de Lucca** (asegurados en la lógica del seguro) contrataron del Banco Santa Cruz S.A. (tomador y beneficiario) tres créditos o mutuos de dinero.

- El Banco Santa Cruz S.A. contrató, por cuenta de su grupo prestatario -en el que se encontraban los señores **LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ** y **Ana María Arteaga de Lucca**- un seguro de desgravamen colectivo, con **Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. (la aseguradora)** a los efectos del pago de los créditos en caso de la contingencia de defunción de tales prestatarios; no obstante **tal contrato de seguro experimentó las irregularidades que se han conocido en la sustanciación del proceso.**
- El Banco Santa Cruz S.A. -no pudo serlo la aseguradora por prohibición del artículo 22 de la Ley N° 1883, ni tampoco lo hicieron los asegurados conforme se infiere de la denuncia de fecha 12 de febrero de 2003- contrató los servicios de HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. (la corredora) a los fines de la intermediación del seguro (...)

Por consiguiente, el carácter subsanable o insubsanable de la controversia (...), está determinado en la posibilidad o imposibilidad de resarcir o reparar el daño emergente de las irregularidades suscitadas en la contratación y perfeccionamiento del contrato de seguro de desgravamen colectivo, suscrito por el tomador y beneficiario Banco Santa Cruz S.A. con la aseguradora **Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.**

Ello desde luego, no importa inhibir el procesamiento por ocurrencia de infracciones **de orden administrativo** y que sean susceptibles de sanción, conforme consta en las actuaciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dentro del caso de autos, que hacen a otra relación jurídica totalmente distinta (la del ente regulador con la generalidad de operadores **en materia de seguros**).

...si bien en el expediente abundan las pruebas acerca de que “durante todo el mes de noviembre y diciembre de 2000 NO EXISTIÓ POLIZA DE SEGURO DE DESGRAVAMEN HIPOTECARIO y no obstante de ello, EL BANCO COBRÓ LAS PRIMAS DE SEGURO POR LOS PERIODOS”, o que “existieron cinco (5) meses de cobro de primas sin tener conocimiento ni el Banco ni el Corredor de la existencia de la póliza y su consiguiente cobertura, y a pesar de ello... **Alianza Vida S.A.** se beneficiaba con el pago de las primas del seguro, CUYOS MONTOS DE DINERO ERAN DESCONTADOS DE MIS CUENTAS BANCARIAS”, (...)

Se debe entender que el régimen de sanciones establecido por el artículo 52 de la Ley N° 1883, está dirigido en general a la actividad aseguradora y no únicamente a algunos de los operadores (aseguradoras, reaseguradoras, corredoras y agentes de seguros), por lo que sin negar su pertinencia al caso en concreto, corresponde aplicarse en el contexto integral al que se ha hecho referencia supra, máxime cuando como en el caso, del extremo contencioso participan varios operadores con objeto distinto...” (negritas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal posición trasciende al caso presente, no sólo porque corresponde a la problemática determinada por la contratación de la misma Póliza de seguro de desgravamen hipotecario No. 600055, sino también, porque su razonamiento y su conclusión, en sentido que “en definitiva, no se ha demostrado el carácter insubsanable de las infracciones cometidas”, le es subsistente a igual conjunto de relaciones jurídicas que le han sido emergentes: **Sres. Lucca**

⇔ ex Banco Santa Cruz S.A. ⇔ HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L. ⇔ **Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.**

En lo referido al extrañado pronunciamiento de un Tribunal Arbitral, como autoridad procesal competente, resulta importante dejar constancia que, la ASFI, en fecha 15 de enero de 2013, ha fundamentado la decisión ahora recurrida (Resolución ASFI/Nº 032/2013), en la inexistencia de tal pronunciamiento que, a su decir, de acuerdo al artículo 23º del Condicionado General de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario (COD. 207-934801-1999 11 04), le corresponde al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, el que dentro del trámite previsto por la Ley de Arbitraje y Conciliación Nº 1770 de 10 de marzo de 1997, debe dilucidar la existencia de daño o perjuicio a los asegurados, acompañada de la cuantificación determinada o determinable, a los efectos de la eventual reparación civil.

Dado que la suscrita Autoridad Jerárquica, ha expresado su posición a este respecto, en la MEFP/VPCF/Nº 22/2012 de 18 de abril de 2012 (mencionada tanto en la resolución ahora recurrida como en el Recurso Jerárquico), es pertinente ratificarla y reproducirla en lo pertinente ahora, conforme la transcripción siguiente:

"...al tenor de la Ley Nº 1883 (de Seguros) todos los elementos o presupuestos que configuran la tipificación de una sanción deben concurrir para la misma, por lo que para la calificación de las infracciones como insubsanables, debe concurrir además el presupuesto de daño económico o perjuicio al asegurado.

Ahora, el recurrente alega violación al Principio de Tipicidad, por cuanto "si la infracción es "grave" por ende se entendería que se han configurado TODOS los elementos de la misma donde entre ellos se encuentra la "existencia de daño económico o perjuicio al asegurado"; Empero, CONTRADICTORIAMENTE (y de forma antijurídica) la ASFI señala en la Resolución ASFI No. 767/2011 que los daños y perjuicios "deben averiguarse por otras instancias", situación que no guarda lógica alguna y que representa una incoherencia notoria."

No obstante,... (en referencia al proceso arbitral interpuesto por LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ contra el Banco Santa Cruz S.A., Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., HP Brokers Corredores y Asesores de Seguros S.R.L., e inclusive contra Bisa Seguros y reaseguros S.A.), se debe considerar con el carácter de advertencia que implícitamente importa, la disposición del artículo 39 de la Ley Nº 1883, el que por pertinente se transcribe íntegramente a continuación:

"ARTICULO 39.- ARBITRAJE.- Las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro. Si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje.

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

En interés del proceso, corresponden las disquisiciones siguientes:

1. No obstante su forma, en tanto se requieran la mismas características propias de un contrato, el juicio arbitral no puede entenderse como una forma de jurisdicción, sino como un medio alternativo a la misma, para la solución de controversias de interés jurídico (artículo 1 de la Ley N° 1770, de Arbitraje y Conciliación).

Tal precepto debiera considerar el carácter facultativo que debe hacer al juicio de arbitraje, extremo que no condice con el implementado para la materia de seguros, toda vez que para ésta, ese carácter no existe, y más bien lo caracteriza su obligatoriedad, inclusive para determinadas controversias de hecho sobre las que no se llegue a un acuerdo en base a un peritaje.

Entonces, superado el carácter facultativo y investido de la taxatividad y obligatoriedad emergente de no admitir la elección voluntaria de otra vía para su conocimiento y sustanciación, el juicio arbitral en materia de seguros adquiere la calidad de proceso jurisdiccional porque resulta en una facultad legal y única de quienes se constituyan en árbitros de la contienda: lo son porque la ley lo dice para ellos con exclusividad y no porque hubiera sopesado un convenio específico de las partes.

2. En tal sentido, el juicio arbitral en materia de seguros, comparte determinadas características con la jurisdicción ordinaria; una de ellas está referida a la subordinación que la materia administrativa debe observar frente a la jurisdiccional, por cuanto el control jurisdiccional de los actos de la administración hace al principio de la División de poderes (aquí diríamos División de órganos) y a la teoría constitucional de los Pesos y Contrapesos, establecidos para evitar excesos en el ejercicio de la administración.

3. Consiguientemente y aún quedaran claras las funciones, atribuciones y competencias de la administración así como las de la jurisdicción, de suceder una controversia que resulte de interés objetivo común, tanto de la jurisdicción como de la administración, está última se habrá de subordinar a la primera y a limitar sus actuaciones y actividad a las disposiciones jurisdiccionales, en este caso del Tribunal arbitral; lo contrario importaría un riesgo constitucional, toda vez que por disposición del artículo 117, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, “Nadie será procesado... más de una vez por el mismo hecho” (...)

Tal análisis es pertinente, por cuanto consta de obrados, concretamente de las Resoluciones Administrativas ASFI N° 656/2011 de 8 de septiembre de 2011 y ASFI N° 691/2011 de 26 de septiembre de 2011, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sin ingresar a dilucidar -por cuanto la competencia privativa para ello es del Tribunal Arbitral- las controversias de hecho sobre las características técnicas del seguro, o las de derecho suscitadas entre las partes (directa interesada y tercera legítima interesada) sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, ha ejercido su facultad sancionadora administrativa, como emergencia de la denuncia interpuesta por el señor LUIS ARTEMIO LICCA SUÁREZ (...); sin embargo, existen determinados temas (la existencia de daño económico o perjuicio al asegurado, por ejemplo, como elemento concurrente para determinar la existencia de una infracción o de su consiguiente sanción) que, haciendo al legítimo interés

administrativo son al mismo tiempo, objeto del litigio por ante proceso arbitral, por hacer a la controversia de derecho suscitadas entre las mismas partes.

Por tanto, no le corresponde a la sede administrativa pasar a conocer y resolver esos extremos, sobre los cuales en caso de asumir una decisión, aún fuera plenamente coincidente con la que vaya a expresar el Tribunal Arbitral, quedaría relegada a lo que esta última señalara, por el simple ejercicio de lo que la disposición legal establece..."

Entonces, en el plano de la necesaria aclaración, debe señalarse que el pronunciamiento extrañado del Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, no tiene simplemente su fundamento en la disposición contractual o convencional del "artículo 23° del Condicionado General de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario (COD. 207-934801-1999 11 04)", sino principalmente, en la del Art. 39° de la Ley de Seguros N° 1883, arriba transcrito, entonces tiene la obligatoriedad legítima, de derecho, que importa esa naturaleza legal.

Ahora bien, en referencia al proceso arbitral interpuesto por el Sr. Lucca por ante la Cámara Nacional de Comercio, al que se ha hecho referencia, y en virtud de la literal que fuera de conocimiento del suscrito con posterioridad al pronunciamiento de la Resolución Ministerial Jerárquica N° 22 (memorial de la aseguradora de fecha 26 de septiembre de 2012, acumulado al expediente de los Recursos Jerárquicos interpuestos por el señor Lucca y por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. contra la Resolución ASFI N° 142/2012 de 23 de abril de 2012, y memoriales hechos presentes dentro del presente proceso: por el recurrente en fecha 6 de mayo de 2013, y por la aseguradora, en fecha 9 de mayo de 2013), se conoce que el 17 de septiembre de 2012, el Tribunal Arbitral de la Cámara Nacional de Comercio se ha pronunciado en el laudo arbitral N° 02/2012, con el contenido y la definición que del mismo sale.

Por tanto, se debe concluir en que, si bien los acontecimientos que han precedido, tanto a la imputación de cargos de la nota SPVS/IP/AL N° 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008, como al proceso arbitral fenecido, tienen su común origen en el reclamo del señor Lucca (emergente del fallecimiento de su esposa de 17 de abril de 2001), esa realidad determina la existencia de dos planos, no paralelos entre sí:

- El objeto del proceso arbitral fenecido, está referido a la acusada falta de atención afirmativa, del reclamo sobre cumplimiento de la prestación contratada en la póliza N° 600055 de seguro de desgravamen hipotecario, específicamente, en cuanto al fallecimiento de la Sra. Ana María Arteaga de Lucca.

Así, el señor Lucca, en su demanda arbitral y en lo que toca a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., pretende que:

"Se determine que la Entidad Aseguradora Alianza Vida Seguros y Reaseguros de Vida S.A. responda por los daños y perjuicios ocasionados todo este tiempo por la conducta dolosa, negligente y omisiva que siempre llevó adelante al haber negado el pago de la indemnización alegando falazmente la falta de pago de primas siendo que la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario N° 600055 tenía plena vigencia

y dichas primas se encontraban pagadas, por tanto siempre existió cobertura, además de haberse ocultado la documentación de cobranza y pago de primas efectuada por parte del Banco. Daños y perjuicios que se demandan en la suma de U\$. 1.000.000".

Queda claro que, tal presupuesto no corresponde al caso de autos, por cuanto, no se refiere a la vigencia de la póliza o a su entrega al corredor de seguros, sino todo lo contrario, la tiene por plenamente vigente a tiempo del fallecimiento de la Sra. Arteaga de Lucca, sucedido el 17 de abril de 2001, hecho generador del resarcimiento al tenor de los Arts. 979° y 1025° del Código de Comercio.

- Mientras que el objeto del presente proceso administrativo (sancionatorio primero y recursivo después), es mas bien general, en cuanto los agravios presentados están referidos, a la **no vigencia de póliza alguna (de noviembre a diciembre del año 2000)**, y a la **no recepción oportuna de las pólizas (del 27 de octubre de 1999 al 21 de marzo de 2000, por una parte, y del 31 de diciembre de 2000 al 21 de febrero de 2001, por la otra)**, y que hace al colectivo de asegurados -no sólo al Sr. Lucca y esposa-, comprendidos en los créditos otorgados por el ex Banco Santa Cruz en los periodos señalados.

En este ámbito, resulta trascendente la aclaración del señor Lucca, en sentido que no hace a su pretensión actual, una indemnización o resarcimiento a su favor; entonces, lo que él persigue por el presente proceso, es simple y llanamente, la revocatoria de la autorización de funcionamiento de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., porque a su entender, las infracciones cometidas por ésta, son insubsanables.

Esclarecida ésta diferencia, lo mismo confirma la realidad de la problemática que hace al caso, sea que se refiera a ello la resolución ahora recurrida, entonces a la presente Resolución Ministerial Jerárquica, u otros pronunciamientos de la suscrita Autoridad jerárquica referidas a tal problemática (las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPCF/No. 22/2012 de 18 de abril de 2012 y MEFP/VPCF/N°50/2012 de 21 de septiembre de 2012, entre ellos), por cuanto, no desvirtúa el requerimiento legal a la existencia de un fallo de tribunal arbitral a los efectos de dilucidar la existencia de daño o perjuicio.

Amén de ello, así como lo ahora recurrido por el Sr. Lucca no guarda coherencia con lo efectivamente sancionado por la ASFI, tampoco lo sustanciado en el fenecido proceso arbitral, al resultar de objeto distinto (como bien lo ha señalado el recurrente), resulta idóneo para efectivizar el fallo de tribunal arbitral extrañado.

Si se tiene en cuenta que, en el caso de autos, promovido exclusivamente por el Sr. Lucca, no existe reclamo sobre daño económico o perjuicio, ni siquiera por él mismo, y no obstante tratarse la Póliza N° 600055 de una contratada en grupo, entonces, no se puede prever una existencia futura de tales daño económico o perjuicio, dado el tiempo transcurrido desde el suceso de las infracciones (entre julio a diciembre de 2000 y enero a marzo del 2001, para el cargo N° 1, y de julio de 2000 a marzo del 2001, para el cargo N° 2), en función de lo determinado por los Arts. 1034 y 1041 del Código de Comercio, teniéndose en cuenta lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su carta APS/DESP/DJ/DS/5782/2013 de 31 de mayo de 2013, en sentido que "no atendió ni procesó

ningún otro reclamo sobre la póliza de desgravamen hipotecario N° 600055 que no sea la de Luis Artemio Lucca Suárez”, justificando todo ello que **no se pueda al presente subsumir las infracciones imputadas, al tipo de insubsanables** señalado por el artículo 52° de la Ley de Seguros, como lo pretende el señor Lucca, dada la imprescindible necesidad de cumplimiento a lo señalado por el Art. 39° de la Ley N° 1883, de Seguros y su innegable trascendencia sobre el criterio de insubsanabilidad, referido precisamente a la existencia de daño económico o perjuicio.

Además, aplicable tanto a lo específico (como lo es el reclamo de resarcimiento al fallecimiento de la señora Arteaga de Lucca), como a lo general (no emitir ni entregar certificados o notas de coberturas de la póliza), resultan llamativo el que, restándole el recurrente trascendencia jurídica a la exigencia del Art. 39° de la Ley N° 1883 para un caso como el de autos (general), hubiera recurrido al proceso arbitral para su reclamo específico, entonces, reconociéndole legitimidad y trascendencia jurídica a un trámite como el extrañado en el fallo ahora recurrido.

Pese a que este criterio consta en la precitada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/N°50/2012 de 21 de septiembre de 2012, que ha sido de oportuno conocimiento del Sr. Lucca al haber sido parte del proceso correspondiente, el ahora recurrente no ha aclarado cuál, entonces, la calidad que, dentro de la problemática, le corresponde al Art. 39° de la Ley N° 1883, pasando por alto su aplicabilidad al caso sin mayor justificativo.

En este sentido, conforme a que jurídicamente, *generi per speciem derogatur (la norma especial prevalece sobre la general)*, bien es cierto el carácter absoluto que pretende el recurrente en el artículo 52° de la Ley de Seguros No. 1883, de 25 de junio de 1998 en cuanto a su aplicación preferente con respecto a otras normas, empero por lo mismo, resulta de observancia especial la disposición del precitado artículo 39°, teniéndose presente para ello, que este último conforma el Capítulo Único del Título V de la Ley de Seguros, que dentro de su sistematización técnico-jurídica, está referido a “*La protección a los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro*”, es decir, que ha sido implementado e instituido en tutela de los derechos de, entre otros, el propio señor Lucca, por lo que le corresponde, por tanto, su estricta observancia.

Entonces, cuando los dos presupuestos (*de hecho o de derecho*) del artículo 39° de la Ley de Seguros, requieren la existencia de una controversia, y entendida ésta como una disputa de carácter contencioso, es decir, como un conflicto de relevancia jurídica sobre el que no existe conciliación, por tanto, justificando la promoción de la jurisdicción (especial en lo que se refiere al sector seguros), el razonamiento de la ASFI, en sentido que las infracciones de los cargos No. 1 y No. 2 “*se ajustan a la descripción del tipo de conductas sancionables que se describen en los incisos f) y h) del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, las que por disposición de la referida norma pueden ser graves o gravísimas*”, por cuanto “*en materia de seguros, a la sede administrativa no le está dado el conocer de cuestiones sustanciales, sean de fondo pero si cuenta con la facultad sancionadora con todas sus prerrogativas*”, resulta plenamente correcto.

No obstante que ésta conclusión haría innecesario pasar a considerar el alegato del Recurso Jerárquico, referido a la acusada **Existencia de infracciones insubsanables** (y que es dividido en *Sobre la existencia de daño económico*, y *Sobre la existencia de perjuicio*), es pertinente ratificar lo señalado líneas arriba, en sentido que los argumentos del recurrente, no sirven para demostrar tales daños económicos y perjuicios, al encontrarse referidos a aspectos diversos de aquellos sobre los que recae la imputación y la sanción.

En particular, en lo que hace al perjuicio alegado, toda vez que el mismo, al tenor de la definición de la R. Academia Española, en cuanto a su uso en Derecho, resulta en el “*Detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa*”, y en la “*Indemnización que se ha de pagar por este detrimento*” (en <http://lema.rae.es/drae/?val=perjuicio>, link consultado en la fecha), es por tanto, susceptible de verificación y constatación.

Contrariamente a ello, el recurrente se ha limitado a la mención de dos citas doctrinales, y con ello dar por hecho la ocurrencia del perjuicio e inclusive, de su agravamiento, en función de modificaciones varias del contenido de la póliza; **en esa lógica**, se concluiría que las infracciones de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. habrían dado lugar a un perjuicio, no por su demostración fáctica (la que así resulta innecesaria y prescindible), sino, porque así lo dicen los doctrinarios Ernesto Caballero Sánchez e Ivonne Lambert-Faivre (mencionados por el recurrente): se habría restringido el derecho a conocer los alcances de la póliza, los riesgos asegurables, las condiciones de pago de primas y las coberturas otorgadas, y en ello radicaría el perjuicio.

No obstante, es pertinente dejar constancia que, la doctrina, como fuente formal indirecta del Derecho, no goza de fuerza obligatoria (por grande que sea el prestigio de su autor o profunda la influencia que sus ideas ejerzan), y se le reconoce sólo el rango de medio auxiliar para la determinación y comprensión de las normas jurídicas, por cuanto, representa el resultado de una actividad especulativa.

En tal sentido, es más bien pertinente reproducir y ratificar lo señalado por la suscrita Autoridad Jerárquica en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/Nº 22/2012 de 18 de abril de 2012, transcrita en lo pertinente:

“...la controversia jurídica no puede consistir -como pretende el recurrente- en el cómo se podría subsanar una falta que él considera insubsanable, sino si esa falta es en verdad fácticamente insubsanable (no únicamente librada al criterio interpretativo del recurrente) porque a ello obliga el artículo 4, inciso d) de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo.

*En este sentido e inclusive, es rescatable lo afirmado por el propio recurrente -a la sazón, el mismo Sr. Lucca, dado corresponder a un recurso jerárquico involucrado en la misma problemática- a tiempo del Recurso de Revocatoria, cuando ha definido lo insubsanable como “todo aquello que **no puede repararse o enmendarse** y que por ello no es susceptible de corrección al haber producido determinados efectos jurídicos, positivos o negativos, dentro de la sociedad o alguno de sus miembros”; acorde con ello, el Diccionario define Subsananar como a “Disculpar, excusar una falta o desacierto. **Reparar un daño, o enmendar un error**”, y luego define Enmendar como a “Corregir, quitar defectos. **Resarcir, subsanar los daños**”.*

Entonces (...), la cualidad de insubsanable no deviene del no poderse regresar la situación jurídica al estado necesario para el cumplimiento de las normas infringidas (Reponerse se dice en Derecho, y a ello no se refiere la parte pertinente del artículo 52 de la Ley N° 1883), sino que **consiste en no poderse resarcir o reparar el daño emergente del cumplimiento...**

En definitiva y ya en concreto para el caso de autos, el Recurso Jerárquico, al haberse limitado a citas doctrinales, no ha demostrado el daño económico o perjuicio que le ocasionaría al recurrente, el no haberse emitido ni entregado certificados o notas de coberturas de la póliza Nro. 600055 de seguro de desgravamen hipotecario “entre Julio a diciembre de 2000 y enero a marzo del 2001” (cargo Nro. 1), y en “el periodo comprendido de Julio de 2000 a marzo del 2001” (cargo Nro. 2).

Por consiguiente y dentro del caso de autos, así como no se ha demostrado la existencia de daño económico emergente de la infracción, tampoco se ha demostrado la existencia de perjuicio.

1.1. La calificación de las infracciones cual graves: la posición de la tercera interesada.

Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., tercera interesada dentro del objeto de la controversia, ha acusado que “La definición de INFRACCIONES GRAVES... tiene dos componentes; el primero la existencia de incumplimiento subsanable y segundo la existencia de daño económico o perjuicio, siendo que este último en ningún momento se ha demostrado en el transcurso de todo el proceso administrativo, motivo por el cual resulta totalmente improcedente el calificar los presuntos incumplimientos de la empresa como GRAVES”, y en concreto a los cargos 1 y 2, que “subyace la obligación de verificar cuales fueron los niveles de infracción que presuntamente habría cometido **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, limitando su capacidad sancionadora a los hechos descritos en la Notificación de Cargos de la CITE: SPVS/IP/AL No. 3183/2008 de 29 de diciembre de 2008, que básicamente revelan infracciones por la falta de remisión de información al Órgano Regulador”.

Este último extremo determina una imprecisión, toda vez que la misma está mas bien referida en esencia, a “no emitir y entregar certificados o notas de coberturas”, por tanto, nada tiene que ver con una “falta de remisión de información al Órgano Regulador”.

En todo caso, los extremos señalados en el memorial de 22 de abril de 2013, son similares, sino idénticos de los expuestos a tiempo del memorial de 14 de mayo de 2012, cuando el mismo presentante interpusiera Recurso Jerárquico (ya resuelto) contra la Resolución ASFI/Nro. 142/2012 de 23 de abril de 2012 y sin que en la actualidad exista mayor novedad con respecto al mismo, lo que justifica una revisión de lo expuesto al respecto, por la resolución ASFI/N° 032/2013, ahora recurrida:

“Siguiendo la orientación normativa de la Ley de Seguros, se advierte que el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, aprobado mediante **Resolución Administrativa IS N° 153 de 4 de abril de 2001** en su Capítulo III **Sanciones de Acuerdo a su Gravedad**, contempla dos tipos de infracciones: leves y medias por una parte y graves y gravísimas por otra. Las INFRACCIONES GRAVES Y GRAVÍSIMAS a que hace referencia la citada Resolución Administrativa, explica: “Se consideran como infracciones graves y gravísimas las siguientes (...) f) incumplimiento a órdenes o instrucciones emanadas de la Superintendencia o de

autoridad competente; (...) h) Incumplimiento de las obligaciones y actividades establecidas en la Ley de Seguros y en sus reglamentos”.

Asimismo el Artículo 12 (última parte) del Reglamento citado, determina que: “La Superintendencia estimará la gravedad de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares.

Si el acto u omisión no fuera probable o pudiera ser probado, por cualquier causa, pero existieran evidencias de los efectos de dicho acto u omisión improbadamente, se considerará el mismo como gravísimo”.

Bajo esta explicación, las infracciones establecidas para los cargos 1 y 2 se ajustan a la descripción del tipo de conductas sancionables que se describen en los incisos f) y h) del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, las que por disposición de la referida norma pueden ser graves o gravísimas, habiendo concluido esta Autoridad de Supervisión que las mismas son de tipo GRAVE, conforme a los criterios de Tipicidad expuestos en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ N° 32/2005 de 19 de agosto de 2005. Esta aseveración también es confirmada en el Recurso Jerárquico MEFP/VPCF/ N° 50/2012, cuando en la página 82 establece: “... queda claro (...) que en materia de seguros, a la sede administrativa no le está dado el conocer de cuestiones sustanciales, sean de fondo pero si cuenta con la facultad sancionadora con todas sus prerrogativas.”

Lo mismo guarda conformidad con lo señalado por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., por cuanto, evidencia normativamente, que la Autoridad administrativa está investida del “ius punendi administrativo, donde será únicamente la interpretación exegética de la norma, la cual permita dimensionar la gravedad de los actos que están bajo procedimiento sancionador, basados estrictamente en los mandatos expuestos en el reglamento sancionador”.

Entonces, resulta correcto el pronunciamiento de la ASFI, por cuanto eso hace a su facultad sancionatoria, no dejando lugar a reclamo sobre éste aspecto en concreto; eso fue lo que la suscrita Autoridad jerárquica reclamó de la entidad supervisora en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPCF/Nro. 50/2012 de 21 de septiembre de 2012, cuando señaló:

“...se extraña en los pronunciamientos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la motivación y fundamento que la ley le exige, sobre el porqué la infracción cometida por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** se constituye como grave como tiene anotado y no así una insubsanable, conforme lo ha solicitado el otro recurrente...”

Se infiere que la posición actual de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., corresponde a lo en concreto señalado por el Art. 52° de la Ley Nro. 1883, de Seguros, parte pertinente, cuando señala que las “INFRACCIONES GRAVES. Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad y que causen daño económico o perjuicio a la

misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros”.

Entonces, partiendo de esa doble realidad: por una parte, la facultad sancionatoria, por otra y distinta de aquella, la competencia para determinar la existencia de daño económico y perjuicios, es pertinente aclarar que, si Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. reclama por *“la interpretación exegética de la norma”*, y es precisamente la norma del Art. 39° de la Ley de Seguros, la que, como se tiene dicho, limita al actuación administrativa, de cuyo efecto y dado el carácter contencioso de la controversia, expresado en la existencia de intereses contrapuestos entre el recurrente y la tercera interesada, determina que un pronunciamiento que supera a esa facultad sancionatoria, sólo puede ser pronunciado como emergencia de un proceso arbitral, conforme todo lo ya señalado.

2. La falta de motivación y fundamentación.

A decir del Sr. Lucca, la resolución recurrida no ha fundamentado legalmente (en relación al Art. 28°, literales ‘b’ y ‘e’, de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el Art. 30°, literal ‘a’, de la misma Ley) y con citas normativas, el porqué la ASFI no tendría competencia para determinar si concurrió la existencia de daño económico o perjuicio.

Al respecto, cabe recordar que, cuando el Ente regulador se ha referido, en la Resolución ASFI/N° 032/2013 de 15 de enero de 2013, al *Daño económico o perjuicio al asegurado*, ha textualmente señalado, que: *“Este requisito es el ausente en el presente caso, al no existir pronunciamiento de autoridad competente, que de acuerdo al Condicionado General de la Póliza de Seguro de Desgravamen Hipotecario (COD. 207-934801-1999 11 04), Artículo 23° es el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, de acuerdo a la Ley 1770, el que debe dilucidar la determinación de la existencia de daño o perjuicio a los asegurados, acompañándose de la cuantificación determinada o determinable a los efectos de la reparación civil...”*

Sobre si tal mención es insuficiente a los fines señalados por los Arts. 28°, literales ‘b’ y ‘e’, y 30°, literal ‘a’, de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el Art. 30°, literal ‘a’, resulta una posición subjetiva que, aún fuera objetivamente evidente, debe tener en cuenta lo señalado en la Sentencia Constitucional 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010, que establece que la fundamentación de una resolución no necesariamente tiene que ser extensa, sino contener una exposición concisa y razonable, y que permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron a tomar la decisión, determinando que la Resolución Administrativa ASFI No. 032/2013 de 15 de enero de 2013, se encuentra debidamente fundamentada en cuanto al porqué la ASFI no tiene competencia para determinar si concurrió la existencia de daño económico o perjuicio dentro de los ilícitos procesados.

3. Reclamo a la tramitación de un Recurso de Nulidad anterior.

La tercera interesada, en su memorial presentado el 2 de abril de 2013, solicita *“el pronunciamiento expreso sobre la inexistencia de tramitación del Recurso de Nulidad que fuera presentado mediante memorial del 31 de agosto de 2011”*.

A este respecto, se hace notar que, por disposición del Art. 35º, Par. II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, *“Las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley”*, lo que importa que, de haber existido un *“Recurso”* de nulidad dentro de un proceso recursivo anterior, como el señalado por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., corresponde que cualquier extremo referido a su sustanciación sea considerado dentro del mismo, siendo inatendible al presente, su consideración o mayor pronunciamiento al respecto.

4. Acerca de la conformación del expediente.

Así como el Sr. Lucca acusa, en su memorial de 15 de marzo de 2013, que la ASFI habría remitido de forma incompleta el expediente administrativo (después expondría una idea contrariamente distinta en el numeral 3, parte final, de su memorial de 06 de mayo de 2013), Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. por su parte, expresa idea similar en sus memoriales de 22 de abril de 2013 (partes pertinentes).

De ello ha devenido el proveído de 24 de abril de 2013, *Al Otrosí Primero*, el mismo que, por su total pertinencia, es transcrito a continuación:

“... Merced a lo previsto por el Parágrafo I del Artículo 56º del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, de 15 de septiembre de 2003, el administrado tenía un plazo de cinco (5) das hábiles administrativos para revisar el expediente y que, eventualmente, se requieran la documentación omitida.

En el presente caso, la solicitud del administrado ha sido presentada fuera del plazo previsto por el Parágrafo I del Artículo 56º del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI; por otro lado, tampoco se ha individualizado la documentación omitida, situación que impide a esta instancia aplicar el Artículo 57º del Reglamento previamente referido, motivo por el cual se rechaza la petición efectuada.”

Cabe dejar constancia que, la trascendencia específica del expediente en el Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003), es definitivamente distinta de la del Derecho Procesal general, a cuyo ámbito -se infiere- corresponden los señalados reclamos, tanto de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., como de (en su oportunidad) el Sr. Lucca, y ello, porque mientras el expediente procesal en lo judicial, obedece a una realidad netamente adjetiva (se lo conforma a partir de la existencia de una contención expresada en una demanda), en materia administrativa corresponde a una doble realidad: sustantiva en cuanto fundamenta una decisión administrativa sin finalidad contenciosa, y adjetiva, si es que a pesar de ello, tal determinación diere lugar a una eventual contención.

En evidencia de ello, el mencionado Art. 56º, a la letra, señala:

"...I. Admitido el recurso jerárquico, el Superintendente General del SIREFI otorgará al recurrente, dentro de los cinco (5) días hábiles administrativos siguientes a la admisión, al posibilidad de revisar el expediente para que, eventualmente, éste solicite al Superintendente General del SIREFI requiera a la Superintendencia Sectorial la remisión de la documentación omitida para su inclusión en el expediente..."

Del mismo y en lo que interesa, se pueden obtener los dos elementos siguientes:

- Si bien cualquier pronunciamiento de la Administración es susceptible de una eventual controversia, lo mismo no importa que el acto administrativo tenga por finalidad generar al misma; la Administración no puede actuar en función de si sus decisiones van a o no a generar una controversia, por cuanto, a diferencia de la jurisdicción, su objeto no es un "acto de juicio", por el cual se determine "el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica" (Couture en los Fundamentos), sino que es, mas bien, "la potestad que reside en la Administración pública..., para decidir sobre las reclamaciones a que dan lugar los propios actos administrativos" (Cabanellas, al definir la *Jurisdicción administrativa* en su Diccionario).

Al tiempo, por su naturaleza, un acto administrativo no necesariamente puede tener un origen único, sino puede también ser complejo, por lo que resultando la conformación del expediente, en una gestión del Ente Regulador, es posible que no se hubieran acumulado actuaciones que, en criterio de algún interesado, sí resulten trascendentes.

En ejercicio del debido proceso administrativo, es imprescindible la valoración y consideración de los elementos de convicción propuestos por las partes, y es dentro de tal ámbito que les es exigible a las mismas, cumplan con la carga de establecer la existencia de esas actuaciones, a su criterio, trascendentes, para su acumulación y ulterior consideración, por lo que la norma les impone su ejercicio, para el interesado recurrente, en el término "*de los cinco (5) días hábiles administrativos*" siguientes a su notificación con la admisión de su recurso.

En el caso del tercero interesado, toda vez que conforme al Art. 11º, Par. II, del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003), goza de "*los mismos derechos que él o los recurrentes*", le toca ejercer igual derecho a revisar el expediente y, emergente de ello, pedir la acumulación de documentación que considere omitida, para lo que el plazo correspondiente corre a partir de su notificación a efectos participe del proceso, lo que para el caso ha ocurrido en fecha 15 de febrero de 2013, no siendo trascendente si son 5 o 10 (Art. 41º, Par. II, Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003) los días para tal ejercicio, por cuanto, el pronunciamiento a este respecto, por parte de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., se produjo recién en fecha 22 de abril de 2013, es decir, 45 días hábiles administrativos después de su notificación.

- Aún se encontrara tal pronunciamiento dentro del término normativo, debe dejarse claramente establecido que, la mención del artículo 56° del Reglamento, sobre “documentación omitida”, determina la necesaria especificidad de literales, a efectos sea así requerida al Ente Regulador, entonces exige una concreción en cuanto a su determinación, de manera tal que, no es aquí admisible aludir, genéricamente, a una “serie de memoriales o pruebas aportadas”, a un “expediente completo” a una “inexistencia de documentación”, o a “nueve (9) cajas de documentación que forman expediente completo”, haciendo en definitiva, inatendible cualquier pretensión a este respecto.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad al Art. 43°, Par. I, Inc. a) de la Ley N° 2341, corresponde confirmar con alcance total el procedimiento administrativo, cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en uso de las facultades conferidas por el Artículo 37°, del Decreto Supremo N° 0071, de 9 de abril de 2009, que crea las Autoridades de Fiscalización y Control Social;

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO: CONFIRMAR la Resolución Administrativa ASFI N° 032/2013, de 15 de enero de 2013, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).

Regístrese, notifíquese y cúmplase.

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



RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/Nº168-2013 DE 04 DE MARZO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°037/2013 DE 14 DE JUNIO DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013

La Paz, 14 de Junio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 168-2013 de fecha 4 de marzo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 947-2012 de 6 de diciembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 035/2013 de 15 de mayo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 076/2013 de 27 de mayo de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 21 de marzo de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** legalmente representada por su Gerente Comercial y Servicio al Afiliado Sr. René Nogales Rodríguez tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 627/2008, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 168-2013 de 4 de marzo de 2013, que en

Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 947-2012 de 6 de diciembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/4601/2013, con fecha de recepción 26 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 168-2013 de fecha 4 de marzo de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 1 de abril de 2013, notificado en fecha 8 de abril de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 168-2013 de 4 de marzo de 2013.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/7901/2012 de 10 de octubre de 2012, notificó a Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A. (BBVA Previsión AFP S.A.) con el siguiente cargo:

“...Existen indicios de incumplimiento de BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 149 incisos v) y w) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, el artículo 19 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 05 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012, al evidenciar que la Boleta de Pago procesada y entregada a los Asegurados con recálculo de pensión que efectuaron reposición de aportes, no incluye el monto de la Fracción de Saldo Acumulado ni la Fracción Solidaria, conforme al plazo otorgado y de acuerdo a la forma establecida en norma...”

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota PREV PR 286-2012 de 22 de noviembre de 2012, BBVA Previsión AFP S.A. presentó descargos expresando lo siguiente:

- “... ”
- *Cuando esta Administradora fue notificada con la Circular APS/DPC/26/2012 del 05 de marzo de 2012, de forma inmediata y de manera coordinada con la empresa Síntesis se comenzó a trabajar en la implementación de la misma, para ello se llevaron a cabo modificaciones en la estructura de intercambio con la empresa antes mencionada y una serie de pruebas enfocadas a cumplir con la instrucción de manera adecuada.*
 - *Una vez efectuadas las pruebas y los cambios mencionados en el punto anterior, se procedió a la implementación de la nueva boleta de pago dentro de los plazos establecidos por su Autoridad; el formato de la nueva boleta se aplicó a más del 99% de los asegurados.*

- De forma paralela a la aplicación de la nueva boleta de pago, se estaba desarrollando la aplicación informática para las solicitudes de recalcu de asegurados que efectuaron la reposición de sus Retiros mínimos, sin embargo, por la complejidad del aplicativo su desarrollo demora más de lo previsto, en este sentido y cumpliendo nuestro rol de buen padre de familia, la Administradora procedió a financiar una parte de la pensión de este tipo de solicitudes de recalcu con reposición (hasta terminar el aplicativo), específicamente el diferencial entre la nueva pensión y la inicial.
- Lo antes mencionado, también se refleja en la boleta de pago, pues al ser una parte del pago manual y otra financiada, no era posible integrarla en una sola boleta de pago, por esta situación es que el formato de la nueva boleta no se pudo aplicar a este grupo de solicitudes de recalcu con reposición que representan menos del 1% del total.
- El demostrar porcentualmente el impacto que tuvo la aplicación de la nueva boleta de pago, de ninguna manera pretende minimizar a este grupo de asegurados, mas por el contrario se quiere demostrar la pro actividad de esta Administradora para cumplir con las instrucciones impartidas por su Autoridad.
- A pesar del retraso en la integración de los pagos de las solicitudes de recalcu con reposición, es importante mencionar que no se causó (sic) daño alguno a los asegurados, si bien estos debían cobrar una parte de su pensión a través de Síntesis y la otra mediante cheque, siempre se les habilitó (sic) ambos pagos antes del 07 de cada mes, lo cual demuestra la preocupación que se tuvo en todo momento sobre este tipo de asegurados....”

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 947-2012 DE 6 DE DICIEMBRE DE 2012.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 947-2012 de 6 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió:

“...PRIMERO.- Sanciona (sic) a BBVA Previsión AFP S.A. por el siguiente cargo imputado:

- a) En relación al único **Cargo** imputado con una multa en Bolivianos equivalente a \$us5.000,00 (CINCO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 149 incisos v) y w) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, el artículo 19 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 05 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012.

SEGUNDO.- I. La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación Nº 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.

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

TERCERO.- Se instruye a la AFP remitir copia de las Boletas de Pago o impresión de pantalla del pago de diez (10) casos de forma aleatoria correspondientes a la planilla enero/2013, donde se evidencie el detalle de todos los componentes de la pensión de los casos con recálculo de pensión que efectuaron reposición de aportes, hasta el 15 de febrero de 2013..."

Los argumentos de la mencionada resolución, son los siguientes:

"...De los descargos presentados por la AFP, al presente Cargo se obtiene el siguiente análisis:

Que dentro del proceso sancionatorio, se notificó con cargos a BBVA Previsión AFP S.A. debido a que no procedió con la inclusión de la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria en la Boleta de Pago, en los casos con recálculo de pensión de Asegurados que efectuaron reposición de aportes.

Que al respecto, de acuerdo a lo señalado por BBVA Previsión AFP S.A. en las viñetas 1 y 2 de la nota PREV-PR 286-2012 de 22 de noviembre de 2012, referida a la implementación de la nueva Boleta de Pago, la AFP indica que dicha modificación se aplicó a más del 99% de los Asegurados, sin embargo la Circular APS/DPC/26/2012 de 05 de marzo de 2012, fue emitida para **ser aplicada a todo el universo de Asegurados** con Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez, Pensión por Muerte derivada de éstas, Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual y Pensión Mínima, por lo que la instrucción fue cumplida parcialmente por la AFP, encontrándose indicios de incumplimiento al inciso w) del artículo 149 de la Ley N° 065 de fecha 10 de diciembre de 2012.

Que con relación a las viñetas 3, 4 y 5 de dicha nota, la AFP indica que de forma paralela se estaba desarrollando la aplicación informática para las solicitudes de recálculo de Asegurados que efectuaron reposición, sin embargo por la complejidad del aplicativo, su desarrollo demoró más de lo previsto, razón por la cual procedió a financiar una parte de la pensión de este tipo de solicitudes, que representan menos del 1% del total de Asegurados, demostrando así su proactividad, sin embargo, no logro (sic) cumplir con diligencia, prontitud, eficiencia y el cuidado exigible a un buen padre de familia, encontrándose evidencia de incumplimiento al inciso v) del artículo 149 de la Ley N° 065 de fecha 10 de diciembre de 2012.

Que sobre lo expresado por la AFP, es importante considerar que pese a reiteradas ampliaciones otorgadas por esta Autoridad, a solicitud de BBVA Previsión AFP S.A., la AFP ha incumplido los plazos, aún vencidos los mismos. Asimismo, cabe señalar que a la fecha la AFP no ha remitido evidencia de que dicha aplicación informática se hubiera aplicado en la Planilla del mes de octubre/2012, incumpliendo lo establecido en el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012.

Que en cuanto a la viñeta 6 de la citada nota, cabe señalar que el incumplimiento de la AFP no ha ocasionado daño económico a los Asegurados, a los fondos ni a

recursos fiscales, considerando que la diferencia entre la pensión inicial y la nueva pensión les fue pagada mediante cheque, con recursos propios de la AFP.

Que adicionalmente a lo mencionado en los párrafos precedentes, con relación a lo establecido en los incisos v) y w) del artículo 149 de la Ley N° 065 de fecha 10 de diciembre de 2012, se evidencia incumplimiento de la AFP, ya que el pago en cheque a los Asegurados, no permite que éstos cuenten con la información completa del pago de pensión debido a que no se detallan los conceptos que componen la misma, tal el caso de descuentos establecidos por Ley para acceso a salud y otros.

Por otra parte, los Asegurados deben apersonarse por las Oficinas de la AFP a efectos de recoger el cheque y posteriormente cobrar el mismo en una entidad financiera por lo que se requieren de pasos adicionales que no demuestran diligencia, prontitud, eficiencia y el cuidado exigible a un buen padre de familia por parte de la AFP.

Por lo expuesto, los argumentos presentados por la AFP corroboran el incumplimiento a lo establecido en los incisos v) y w) del artículo 149 de la Ley N° 065 de fecha 10 de diciembre de 2010, al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 05 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012, correspondiendo por lo tanto la confirmación del cargo.

CONSIDERANDO:

Que el principio de la verdad material, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2009 de noviembre de 2009 expresa que: "el Principio de Verdad Material 012/2009 de 20 de noviembre de 2009 expresa que: "El principio de Verdad Material previsto por el inciso d) del artículo 4 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo, establece que la Administración Pública investigará la verdad material, en virtud de la cual la decisión de la Administración debe ajustarse a los hechos y no limitarse únicamente al contenido del expediente, incluso más allá de lo estrictamente portado por las partes, siendo obligación de la administración averiguar la verdad de los hechos, no limitando los hechos a simplemente algunas actuaciones que no son determinantes para la toma de las decisiones de la administración pública".

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, regula y controla a la AFP, para que ésta (sic) cumpla con las obligaciones que se le imparten y ya sea mediante circulares, instructivos y/o notas.

Que asimismo la norma exige que la AFP debe tener el grado de diligencia en cuanto a las actividades encomendadas y las que realiza, debiendo las mismas ser llevadas con el cuidado y celeridad debida.

Que siendo que esta Autoridad tiene facultad de abrir un periodo de información previa con el fin de conocer y determinar las circunstancias de los hechos, la AFP tenía la obligación de cumplir con las instrucciones emitidas, en los plazos

otorgados a objeto de establecer la verdad de los hechos, sin embargo la Administradora incumplió las mismas, de la siguiente manera:

- 1) Esta Autoridad mediante Circular APS/DPC/26/2012 de 05 de marzo de 2012, instruye a la AFP aplicar el formato de Boletas de Pago de Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez, Pensión por Muerte derivada de éstas, Pago de Compensación de Cotizaciones y Pensión Mínima **desde el período abril/2012**.
- 2) Al existir reclamos por Asegurados, esta Autoridad mediante nota APS/DPC/4022/2012 de 30 de mayo de 2012, instruyó a BBVA Previsión AFP S.A. remitir informe pormenorizado sobre las razones por las cuales la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria de las pensiones recalculadas de Asegurados que efectuaron reposición de aportes, no se encuentran en la Boleta de Pago y las acciones que estaría efectuando la AFP para regularizar dicha situación.
- 3) La AFP mediante nota PREV PR JUB 608/2012 de 04 de junio de 2012, responde indicando que está desarrollando una aplicación informática para incluir la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria de los casos mencionados. Argumento que es reiterado por la AFP en su nota de descargos.
- 4) Con nota APS/DPC/4538/2012 de 18 de junio de 2012, esta Autoridad instruye a la AFP concluir con las adecuaciones respectivas a la aplicación informática, con el objeto de que la Boleta de Pago del mes de junio/2012 incluya todos los componentes de la pensión. Habiendo vencido el plazo otorgado en dicha nota, la AFP mediante nota PREV PR JUB 775/2012 de 12 de julio de 2012, solicita ampliación hasta fines de la presente gestión para realizar las adecuaciones informáticas.
- 5) En fecha 23 de julio de 2012, con nota APS/DPC/5460/2012, esta Autoridad instruye a la AFP que las adecuaciones informáticas deben realizarse indefectiblemente en la Planilla de septiembre/2012.
- 6) Mediante nota APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012, esta Autoridad instruye a la AFP remitir copia de las Boletas de Pago de diez (10) casos de forma aleatoria, donde se evidencie el detalle de todos los componentes de la pensión de los casos con recálculo de pensión que efectuaron reposición, hasta el 05 de octubre de 2012. En respuesta, la AFP mediante nota PREV PR JUB 1083/2012 de fecha 01 de octubre de 2012, solicita ampliación de plazo para dar cumplimiento a la instrucción hasta el período de octubre/2012.
- 7) Hasta la fecha, la AFP no ha remitido evidencia de que dicha aplicación informática se hubiera aplicado en la Planilla del mes de octubre/2012.

Que el incumplimiento de la AFP en cuanto a las instrucciones de remitir las razones por las cuales la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria de las pensiones recalculadas de Asegurados que efectuaron reposición de aportes no se encuentran en la Boleta de Pago; vulnera la norma imputada y restringe que el Ente Regulador pueda supervisar los tramites (sic).

Por el cual, los argumentos presentados por la AFP no son suficientes para enervar el Cargo imputado, por lo que se ratifica el mismo.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

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

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

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

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

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

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Al Cargo.

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: **a)** El hecho comprobado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en el artículo 149 incisos v) y w) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, el artículo 19 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 05 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012; **b)** El hecho se encuentra comprobado porque la AFP no remitió las razones por las cuales la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria de las pensiones recalculadas de Asegurados que efectuaron reposición de aportes, no se encuentran en la Boleta de Pago y las acciones que estaría efectuando para regularizar dicha situación; **c)** La ausencia de descargos idóneos y los argumentos presentados por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad.

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso: **a)** La existencia de negligencia por parte del regulado al no tomar atención a lo determinado por el Artículo 149 de la Ley N°065 de Pensiones, de 10 de diciembre de 2010, el artículo 19 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 05 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012, la AFP argumenta que de forma paralela estaría desarrollando una aplicación informática para las solicitudes de recálculo de Asegurados que efectuaron la reposición de sus Retiros mínimos; razón por la que incumplió lo instruido por esta Autoridad; **b)** La AFP no ocasionó ningún daño económico a los Asegurados ya que se habilitaron sus pagos a través de Síntesis y mediante cheque, sin embargo generó perjuicio al no permitir que los Asegurados cuenten con la información completa del pago de pensión debido a que no se detalla los conceptos que componen la misma, asimismo deben apersonarse por las Oficinas de la AFP a efectos de recoger el cheque y posteriormente cobrar el mismo en una entidad financiera, ocasionando doble trabajo a los Asegurados; **c)** No se registra el concepto de reiteración en el presente caso.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado, no incluyó la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria en la Boleta de Pago, para casos con recálculo de pensión de Asegurados que efectuaron Reposición de Aportes, por lo que esta Autoridad instruyó a la AFP que informe las razones por las cuales existe tal omisión y las acciones que estaría efectuando para regularizar dicha situación, otorgando varias ampliaciones para que la Administradora informe, sin embargo la AFP no remitió hasta la fecha, ninguna prueba que demuestre que dicha aplicación informática se hubiera aplicado en las Planillas de abril/2012, junio/2012, septiembre/2012, octubre/2012. Por lo que la Administradora incurre no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produce una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP como representante de los Asegurados de informarles de manera total sobre los datos que

debe tener la Boleta de Pago, incluyendo los descuentos de ley para acceso a salud y otros.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, se llega a establecer el hecho ligado con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento con respecto al Cargo en lo referente al envío de las razones por las que no incluyó la Fracción de Saldo Acumulado y la Fracción Solidaria en la Boleta de Pago, para casos de pensión de Asegurados que efectuaron Reposición de Aportes.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo a los artículos 67 párrafo II y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez transcurrido el plazo la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, procederá al análisis de los antecedentes, dictará la resolución sancionadora de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

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

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

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

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

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

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

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

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 31 de enero de 2013, BBVA Previsión AFP S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 947-2012 de 6 de diciembre de 2012, con los mismos fundamentos que en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 168-2013 DE 4 DE MARZO DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 168-2013 de 4 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 947-2012 de 6 de diciembre de 2012.

Los argumentos de la mencionada resolución, son los siguientes:

“...Que en función a los argumentos presentados por la AFP, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS emite el pronunciamiento correspondiente:

*Que de acuerdo a lo señalado por BBVA Previsión AFP S.A. en los fundamentos de impugnación, la Resolución Sancionatoria no considera las gestiones realizadas por dicha Administradora, al respecto es importante señalar que la Circular APS/DPC/26/2012 del 05 de marzo de 2012, establecía la implementación de la Boleta de Pago consignado todos los conceptos de la pensión desde el mes de **abril/2012**, sin embargo ante las solicitudes de la AFP, esta Autoridad amplió el plazo hasta **junio/2012** y posteriormente hasta **septiembre/2012**, a pesar de dichas ampliaciones, BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV PR JUB 1083/2012 de 1 de octubre de 2012, solicita nuevamente ampliación de plazo hasta el mes de **octubre/2012**, plazo que fue negado por esta Autoridad, considerando que la solicitud fue realizada cuando el tiempo de cumplimiento de la instrucción había vencido y asimismo el tiempo sobreabundante que tuvo la AFP para cumplir la misma.*

Que asimismo, la AFP indica que de forma paralela a la aplicación de la nueva Boleta de Pago, estaba desarrollando la aplicación informática para las solicitudes de recálculo de Asegurados que efectuaron reposición, sin embargo por la complejidad del aplicativo, su desarrollo demoró más de lo previsto. Al respecto, cabe indicar que lo señalado por la AFP evidencia que no actuó con diligencia, prontitud, eficiencia y cuidado exigible a un buen padre de familia, por lo que existe incumplimiento al inciso v) del artículo 149 de la Ley N° 065 de fecha 10 de diciembre de 2010.

Que es importante mencionar que esta Autoridad no conocía en detalle el avance del desarrollo de la aplicación informática, ya que la AFP únicamente informaba que se encontraba desarrollando dicha aplicación, para lo cual solicitó ampliaciones de plazo.

Que por otra parte, es importante mencionar que el pago mediante Boleta de Pago y cheque a los Asegurados, no permite que éstos cuenten con la información

completa del pago de pensión debido a que en este último documento, no se detallan los conceptos que componen la pensión, tal el caso de descuentos establecidos por Ley para acceso a salud y otros, asimismo los Asegurados deben apersonarse por las Oficinas de la AFP a efectos de recoger el cheque y posteriormente cobrar el mismo en una entidad financiera por lo que se requieren de pasos adicionales que no demuestran diligencia, prontitud, eficiencia y el cuidado exigible a un buen padre de familia por parte de la AFP.

Por lo expuesto, los argumentos presentados por la AFP corroboran el incumplimiento a lo establecido en los incisos v) y w) del artículo 149 de la Ley N° 065 de fecha 10 de diciembre de 2010, al artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 05 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012, correspondiendo por lo tanto la confirmación del cargo.

Asimismo BBVA Previsión AFP S.A. en su Recurso de Revocatoria presentado el 31 de enero de 2013, presenta el siguiente argumento:

"ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA

El principio de legalidad o Primada de la ley es un principio fundamental del Derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la Ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas.

La Constitución Política del Estado en su artículo 108 manda a toda persona el deber de conocer, cumplir, y hacer cumplir la Constitución y las Leyes, asimismo, el artículo 410 manda y ordena a las personas, órganos públicos, funciones públicas e instituciones su sometimiento a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y como tal, goza primacía frente a cualquier otra disposición normativa, motivo por el que el Organismo de Fiscalización debe actuar respetando la Constitución, la Ley y demás disposiciones legales complementarias vigentes, dentro de las facultades que le fueron atribuidas y de acuerdo a los fines para los que les fueron conferidas.

La Ley N° 065 en su Artículo 168 (funciones y atribuciones del órgano de Fiscalización) inciso b) establece como función y atribución: "fiscalizar, supervisar, regular, controlar y sancionar a la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos complementarios".

La Ley N° 065 y los Decretos Supremos Reglamentarios N° 778 y 822, en ninguna de sus disposiciones normativas clasifica las Sanciones, su aplicación, forma de Aplicación y ni fija sanciones pecuniarias para faltas y contravenciones al SIP.

La sanción impuesta por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 947/2012 se sustenta en el Decreto Supremo 24469, disposición jurídica que por mandato del Artículo 196 de la Ley N° 065 se encuentra abrogado.

La Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 72 dispone: "Principio de legalidad". Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables". En su concordancia, el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 64 numeral II establece: "Las sanciones por infracciones por acción u omisión, se aplicarán de acuerdo a las disposiciones legales de cada sector".

De los preceptos constitucionales y legales se concluye que toda la Resolución Administrativa Sancionatoria debe cumplir con el precepto constitucional y legal del "principio de legalidad", es decir, que debe sustentarse en una disposición legal vigente, caso que no ocurre en la Sanción que se impugna, porque se sustenta en una disposición abrogada por la (sic) el artículo N° 96 de la Ley N° 065.

La Ley N° 065 establece la ultractividad del Decreto Supremo 24469 para tareas relacionadas exclusivamente para el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y no así para el Sistema Integral de Pensiones.

Que en función a los argumentos presentados por la AFP, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros APS emite el pronunciamiento correspondiente:

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS tiene como funciones y atribuciones: fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo en el marco a lo establecido en el artículo 167, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

Que la Administradora manifiesta que en el presente proceso administrativo la sanción impuesta ha sido determinada por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, norma abrogada por el artículo N° 198 de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010.

Esta Autoridad tiene la obligación de actuar y emitir los actos administrativos en base a los lineamientos de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, a lo establecido en el inciso c) del artículo 4 que señala el principio de sometimiento pleno a la ley: "La Administración Pública registrará sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso". Asimismo en cuanto a la sanción, los artículos 71 y 72 establecen: "**(Principios Sancionadores)**.- Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e

irretroactividad." Y "**(Principio de Legalidad)**.- Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previsto por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables."

Que por otro lado, la AFP como Entidad Regulada, debe cumplir con las obligaciones referidas a la administración, señaladas en la Ley N° 1732, el Decreto Reglamentario N° 24469 de 17 de enero de 1997 y demás normativa conexas aplicables. De igual manera deberá cumplir lo determinado en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, para aquellos casos de incumplimiento que sean venideros a partir de su promulgación. Asimismo la Administradora de Fondos de Pensiones debe actuar conforme a la norma señalada; asumiendo las atribuciones y competencias de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Que si bien no existe un reglamento específico para el régimen sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, dispone que las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones en el marco de la Ley No. 1732 de Pensiones y los Decretos Supremos. Asimismo el artículo 62 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece que la potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables, es decir el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Que por lo que la sanción impuesta a la AFP es de derecho aplicable, ya que la misma se basa en los principios de legalidad y proporcionalidad, a los que nos referimos a continuación:

La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010 respecto al principio de proporcionalidad expresa:

"Siguiendo el presente análisis, se tiene que el principio de proporcionalidad para la imposición de sanción en materia administrativa, debe estar estrictamente ceñido a la conducta e infracción cometida, estableciendo una sanción de acuerdo a cada caso en concreto, ya que este principio fundamental en materia sancionadora no simplemente se limita a ser impuesto de acuerdo al rango establecido en la norma especial, sino que también debe contener la certidumbre que necesita el administrado de conocer que si cometió una determinada infracción, la sanción que se le aplica, estará de acuerdo con la gravedad de esta, otorgándole de esta manera seguridad jurídica en cuanto a que la administración pública ha adecuado su conducta a lo que en derecho corresponde..."

Asimismo, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 022/2010 de 21 de septiembre de 2010, respecto al principio de legalidad establece:

"Es importante recordar que el Derecho Administrativo es eminentemente principista, por tanto la administración en el ejercicio de sus potestades debe

sustentarse en normas jurídicas. Por ello cuando **los incisos c) y g) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo establecen el principio de legalidad lo hacen con el propósito de asegurar la certeza de la aplicación del Derecho**, en lo que se denomina seguridad jurídica, que representa el conocimiento que debe tener el administrado de lo previsto, prohibido, mandado o permitido por el poder público.

Sobre este particular se pronunciado el Tribunal Constitucional, al decir que:

"(...) un Estado de Derecho se organiza, y rige por principios fundamentales como los de seguridad jurídica, legalidad jerarquía normativa y otros. El principio de legalidad se caracteriza, por el sometimiento de los Poderes del Estado al orden constitucional y las leyes, es una manifestación del principio general del imperio de la ley, en virtud del cual todos o sea, gobernantes y gobernados están sujetos a la ley y solamente en función a ella, sus actuaciones adquieren legitimidad; consiguientemente, el principio de legalidad se constituye en el pilar fundamental del Estado de Derecho y soporte del principio de seguridad jurídica, porque sustituye el gobierno de los hombres por el gobierno de la ley, conforme ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0353/2007-R). (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica). (Las negrillas son nuestras).

En ese entendido, al procesar a la AFP, se lo hizo considerando la norma sustantiva y adjetiva pertinente y vigente al caso y considerando hechos y antecedentes que le sirven de causa en el derecho aplicable.

En base a lo expuesto, y en concordancia a los principios de sometimiento pleno a la ley y de proporcionalidad, se aplica lo señalado en el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 2341 de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones.

Por lo expuesto, resulta evidente que esta Autoridad deba ratificarse en lo establecido por la Resolución Administrativa Sancionatoria toda vez que los argumentos de la AFP no son suficientes para modificar lo resuelto en anterior instancia..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 21 de marzo de 2013, BBVA Previsión AFP S.A., interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 168-2013 de 4 de marzo de 2013, con los siguientes argumentos:

"...II. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS:

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sustenta la Resolución Confirmatoria de la Sanción con los siguientes fundamentos:

"Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS tiene como funciones y atribuciones: fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo en el marco a lo establecido en el artículo (sic) 167, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones."

"Esta Autoridad tiene la obligación de actuar y emitir los actos administrativos en base a los lineamientos de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, a lo establecido en el inciso c) del artículo (sic) 4 que señala el principio de sometimiento pleno a la ley: "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso". Asimismo en cuanto a la sanción, los artículos 71 y 72 establecen: "(Principios Sancionadores).-Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad. Y (Principio de Legalidad) Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previsto por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables."

"Que si bien no existe un reglamento específico (sic) para el régimen sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, dispone que las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones en el marco de la Ley No. 1732 de Pensiones y los Decretos Supremos. Asimismo el artículo (sic) 62 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece que la potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables, es decir el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997."

"Que por lo que la sanción impuesta a la AFP es de derecho aplicable, ya que la misma se basa en los principios de legalidad y proporcionalidad..."

FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.

1. Esta Administradora dentro de este proceso sancionatorio, en ninguno de sus párrafos pone en duda las facultades conferidas a la APS por la Ley N° 065, de Pensiones, de 10 de diciembre de 2010, es más, reconoce la función y atribución de: fiscalizar, supervisar, regular, controlar y sancionar a la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley y los reglamentos complementarios.
2. El Recurso se encuentra sustentado en la vigencia plena del Principio de Legalidad establecido en el Artículo 72 de la Ley N° 2341 y demás disposiciones complementarias vigentes, artículo que manifiesta:
"(Principio de Legalidad) Las sanciones administrativas **solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previsto por norma expresa,** conforme al

procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables.

3. La APS reconoce que la Ley N° 065 **NO TIENE UNA NORMA EXPRESA QUE REGULE EL RÉGIMEN SACIONATORIO PARA EL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES**, es decir, que a la fecha, no existe aún una disposición legal que establezca, defina y regle el régimen de Sanciones que debe aplicarse para sancionar las posibles contravenciones al régimen imperante a partir del 10 de diciembre de 2010.
4. La Ley N° 065 dispone la continuidad de actividades de las AFP para garantizar el cumplimiento del pago de las Pensiones y beneficios que se encuentran en curso de pago y en curso de trámite, que tuvieron origen con los preceptos jurídicos que regían y reglaban el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo (Ley N° 065, D.S. 24469 y demás disposiciones complementarias).
5. La normativa que regla (sic) el Sistema Integral de Pensiones obliga a las AFP, cumplir transitoriamente con las obligaciones de la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, obligaciones que no deben ni pueden confundirse o mezclarse con las del SSO LP, porque esta última tiene su propio marco normativo.

ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA.

1. El principio de legalidad o Primacía de la ley, es un principio fundamental del Derecho Público conforme al cual todo ejercicio del poder público debe estar sometido a la voluntad de la Ley, a su jurisdicción y no a la voluntad de las personas.
2. El principio de legalidad tiene jerarquía constitucional y no únicamente rige para las sanciones penales, sino para toda sanción, incluyendo las sanciones administrativas y disciplinarias.
3. La Constitución expresa: "Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible", precepto constitucional que se complementa con el principio de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
4. El principio de legalidad se expresa en la máxima: "nullum crimen, nulla poena sine lege", es decir, que toda autoridad debe acudir a la ley y nada más que a ella, para sancionar un hecho que se estima susceptible de sanción. La consecuencia práctica del principio de legalidad radica en que ninguna sentencia condenatoria (como es la Resolución Administrativa impugnada) puede dictarse aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa (Ley N° 065 y demás disposiciones complementarias vigentes), en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena.
5. Bajo el principio de legalidad, una sanción se aplica si está establecida en una ley previa, escrita y específica, excluyendo de esta manera, la aplicación de disposiciones de leyes abrogadas, el derecho consuetudinario y la exclusión de las cláusulas generales y analógicas de la ley sancionatoria.

6. *El principio de legalidad tiene relación con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado, con el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica, así como con la prohibición de la arbitrariedad. El Principio de Legalidad se relaciona con el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales, los que están sometidos únicamente al imperio de la ley".*
7. *La Constitución Política del Estado en su artículo 108 manda a toda persona el deber de conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Leyes. Asimismo, el Artículo 410 manda y ordena a las personas, órganos públicos, funciones públicas e instituciones su sometimiento a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y como tal, goza de primacía frente a cualquier a cualquier (sic) otra disposición normativa, motivo por el que el Organismo de Fiscalización debe actuar respetando la Constitución, la Ley y demás disposiciones legales complementarias vigentes, dentro de las facultades que le fueron atribuidas y de acuerdo a los fines para los que les fueron conferidas.*
8. *La Ley N° 065 y los Decretos Supremos Reglamentarios N° 778 y 822, en ninguna de sus disposiciones normativas clasifica las Sanciones, su aplicación, forma de Aplicación y fija sanciones pecuniarias para faltas y contravenciones al SIP.*
9. *La sanción impuesta por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 947/2012 y confirmada por la Resolución impugnada, se sustenta en el Decreto Supremo 24469, disposición jurídica que por mandato del Artículo 196 de la Ley N° 065 se encuentra abrogada.*
10. *La Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 72 dispone: "Principio de legalidad". Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables". En su concordancia, el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 64 numeral II establece: "Las sanciones por infracciones por acción u omisión, se aplicarán de acuerdo a las disposiciones legales de cada sector".*
11. *De los preceptos constitucionales y legales se concluye que toda Resolución Administrativa Sancionatoria debe cumplir con el precepto constitucional y legal del "principio de legalidad", es decir, que debe sustentarse en una disposición legal vigente, caso que no ocurre en la Resolución Sancionatoria y la Resolución Confirmatoria que se impugna, porque se sustenta en una disposición abrogada por la el artículo N° 196 de la Ley N° 065 y no en una ley previa, escrita y específica vigente.*
12. *La Ley N° 065 establece la ultractividad del Decreto Supremo 24469 para tareas relacionadas exclusivamente para el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y no así para el Sistema Integral de Pensiones.*

IV.- PETITORIO

Por los fundamentos expresados, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución bajo los preceptos de la sana

crítica la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 168-2013 que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 947/2012 de 06 de diciembre de 2012, porque la sanción impuesta carece de todo sustento legal y contraviene el principio de legalidad, establecido en el Artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Circular APS/DPC/026/2012 de 5 de marzo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, instruye a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras, aplicar el formato de Boletas de Pago de Pensión de Vejez, Pensión Solidaria de Vejez, Pensión por Muerte derivada de éstas, Pago de Compensación de Cotizaciones y Pensión Mínima a partir del mes de abril/2012.

Mediante Nota de Cargos APS/DJ/DPC/7901/2012 de 10 de octubre de 2012, notifica a BBVA Previsión AFP S.A., por indicios de incumplimiento al artículo 149 incisos v) y w) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 5 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 7 de septiembre de 2012, al evidenciar que la Boleta de Pago entregada a los Asegurados con recálculo de pensión que efectuaron la reposición de aportes, no incluye el monto de la Fracción de Saldo Acumulado, ni de la Fracción Solidaria.

Emergente de ello y luego de presentados los descargos, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 947-2012 de 6 de diciembre de 2012, la Entidad Reguladora, sancionó a BBVA Previsión AFP S.A. con una multa de \$us. 5.000.00 (Cinco Mil 00/100 Dólares Norteamericanos).

BBVA Previsión AFP S.A. en fecha 31 de enero de 2013, presentó Recurso de Revocatoria, señalando que el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, se encontraría abrogado conforme lo señala el artículo 198 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, por lo que no se podría sancionar a la AFP por infracciones al Sistema Integral de Pensiones.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 168-2013 de 4 de marzo de 2013, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 947-2012 de 6 de diciembre de 2012.

BBVA Previsión AFP S.A. mediante memorial presentado el 21 de marzo de 2013, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 168-2013 de 4 de marzo de 2013, señalando que ni la Ley Nº 065, ni los Decretos Supremos Reglamentarios Nº 778 y 822, en ninguna de sus disposiciones normativas clasifica las sanciones, su forma de aplicación, ni fija sanciones pecuniarias para faltas y contravenciones al Sistema Integral de Pensiones y que se estaría vulnerando el principio de legalidad al sancionarse con una norma abrogada.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Conforme se tiene de los antecedentes expuestos en el numeral anterior, BBVA Previsión AFP S.A. limita su impugnación única y exclusivamente a dos argumentos, a saber:

- 1) El Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, se encontraría abrogado por mandato del artículo 198 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, y
- 2) Ni la Ley de Pensiones (Nº 065), ni sus Decretos Supremos Reglamentarios Nº 778 y 822, en ninguna de sus disposiciones normativas clasificaría las sanciones, su forma de aplicación y las sanciones pecuniarias para faltas y contravenciones en el Sistema Integral de Pensiones.

Por lo tanto, el consiguiente control de legalidad, sólo se limitará a los argumentos presentados que fueron descritos en los numerales precedentes.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que es la propia AFP, quien en sus descargos reconoce que la Boleta de Pago entregada a los Asegurados con recálculo de Pensión, que efectuaron reposición de aportes, no incluye el monto de la Fracción de Saldo Acumulado, ni la Fracción Solidaria, reconociendo de esta manera el incumplimiento a lo establecido en el artículo 149 incisos v) y w) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Circular APS/DPC/026/2012 de 5 de marzo de 2012 y las notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012 y APS/DPC/6782/2012 de 7 de septiembre de 2012.

2.1. De la normativa sancionatoria (Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997).-

La recurrente señala que el Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, se encontraría abrogado por mandato del artículo 198 de la Ley de Pensiones Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

Por lo que, corresponde revisar el citado artículo 198 de la Ley de Pensiones Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, que señala:

“... (DEROGACIONES Y ABROGACIONES).

- I. Se aboga la Ley Nº 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley.*
- II. Se derogan todas las disposiciones contrarias a la presente Ley, así como las siguientes disposiciones de la Ley Nº 1883, de 25 de junio de 1998, Seguros:*
 - a) El último párrafo del Artículo 36*
 - b) El segundo párrafo del Artículo 6...”*

De la norma precedentemente transcrita se tiene que, en ninguna parte del citado artículo

(u otra Disposición Final de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones), ha determinado la abrogatoria, o derogatoria (la primera que deja sin efecto toda la norma y la segunda sólo parcialmente) del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, salvo claro está, si algún artículo del citado Decreto Supremo es contrario a la Ley No. 065, en cuyo caso aplicaría la derogación del mismo.

Es así que, si bien el artículo 198, parágrafo segundo, establece la derogación tácita de las disposiciones contrarias a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, eso no significa que todo el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, (que reglamenta la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones) se encuentre abrogado en su totalidad o que el mismo no pueda seguir vigente.

En el mismo orden de ideas y subsumiendo al caso de autos, tenemos que el Capítulo VIII Parte I, relativo a la aplicación de sanciones, su graduación y consiguiente aplicación de sanciones, no ha merecido una derogación expresa.

Ahora bien, respecto a una posible derogación tácita del citado Capítulo VIII Parte I del Decreto Supremo No. 24469, la misma debe sustentarse en que las determinaciones de dicho Capítulo, necesariamente deben ser contrarias a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, situación que previo análisis normativo se concluye que no sucede, más al contrario guardan estricta relación.

Es el propio artículo 168 de la Ley N° 065 (de Pensiones), la que reconoce la facultad sancionatoria del Organismo de Fiscalización, al expresar:

“ARTÍCULO 168.- (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN). *El Organismo de Fiscalización tiene las siguientes funciones y atribuciones:*

...f) Investigar y sancionar las conductas que generen conflicto de interés.

(...)

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

Asimismo, importa traer a colación la determinación del artículo 177 de la Ley N° 065, de Pensiones, que nos enfoca en la situación de las Administradoras de Fondos de Pensiones en el Sistema Integral de Pensiones, al expresar:

“ARTÍCULO 177.- (CONTINUIDAD DE SERVICIOS). *Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano EN EL MARCO de la Ley N° 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición...”*

(Las mayúsculas, negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Quedando claro entonces que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios, **en el marco** de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y la propia normativa del Sistema Integral

de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que hubiere lugar.

Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VIII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No. 065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicado en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación.

2.2. En cuanto a la vulneración del principio de Legalidad.-

La recurrente señala que las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, que en el caso de autos, ni la Ley N° 065 (de Pensiones), ni los Decretos Supremos Reglamentarios N° 778 y 822, establecen sanciones pecuniarias por faltas y contravenciones al Sistema Integral de Pensiones.

Que, en primer término, importa revisar la propia Ley de Procedimiento Administrativo, que en su artículo 4 inc. c), determina clara e inequívocamente que: *“La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso”*.

Al respecto, se tiene que en el caso de autos las infracciones o incumplimientos reconocidas por la recurrente, se encuentran claramente establecidas en el artículo 149 incisos v) y w) y 168 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, artículo 19 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, Circular APS/DPC/026/2012 de 05 de marzo de 2012 y notas APS/DPC/5460/2012 de 23 de julio de 2012, APS/DPC/6782/2012 de 07 de septiembre de 2012 y no así -como señala la recurrente- en el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

No debe olvidarse que dicho Decreto Supremo establece la gravedad, graduación y demás procedimiento sancionatorio, en el marco del debido proceso.

Que congruentemente con lo desarrollado en el numeral anterior, las infracciones así como las sanciones administrativas, se encuentran previstas por norma anterior al hecho, no existiendo ninguna vulneración al principio de legalidad.

Asimismo, y de conformidad con el artículo 168 inc. f) de la Ley N° 065 (de Pensiones), esta potestad sancionatoria debe ser ejercida por el Ente Fiscalizador en un contexto de seguridad jurídica, respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos en la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, por lo que, en resguardo de estos principios y derechos, el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, es el llamado a aplicarse en el Sistema Integral de Pensiones, y congruentemente es el ya aplicado a lo largo de los años desde la publicación de la Ley No. 065 en el año 2010.

Que en el caso hipotético no consentido por esta instancia jerárquica, de que el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, se encontraría abrogado, se entendería entonces que la facultad sancionatoria dada al Ente Regulador, sería discrecional, hecho que implicaría que no existan parámetros, ni graduación de las multas para imponer una sanción, situación que sin lugar a dudas generaría un estado de incertidumbre en todos los

regulados y podría implicar una transgresión a los principios del Derecho Administrativo sancionatorio.

Congruentemente con lo desarrollado *supra*, se tiene que no existe ninguna vulneración al principio de legalidad, en razón a que las infracciones se encontrarían claramente previstas por norma vigente, previa y expresa. Asimismo esta instancia jerárquica ha verificado que el Ente Regulador ha sometido su actuar al procedimiento preestablecido en la norma y dentro del mismo se garantizó el debido proceso y el derecho a la defensa de la recurrente, conforme lo establece el artículo 4 inciso c) de la Ley de Procedimiento Administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a la compulsa llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha dado una correcta aplicación a los Principios de Legalidad, de Sometimiento Pleno a la Ley y del Debido Proceso, conforme se tiene explicado en el Considerando anterior.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 168-2013 de fecha 4 de marzo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 947-2012 de 6 de diciembre de 2012, ambos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese

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



RECURRENTE

COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº49-2013 DE 16 DE ENERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°038/2013 DE 24 DE JUNIO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 038/2013

La Paz, 24 de Junio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 036/2013 de 16 de mayo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 077/2013 de 28 de mayo de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 7 de febrero de 2013, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, representado legalmente por su Comandante, Cnel. DAEN José Roberto Pabón Mercado, conforme consta del memorándum DPTO. I ADM. RR.HH. DIACADE. No. 035/13 de 2 de enero de 2013, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/3759/2013, presentada en fecha 13 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013.

Que, por providencia de fecha 19 de febrero de 2013, se dispone que con carácter previo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, adjunte la constancia de notificación al **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** con la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013, extremo que es cumplido mediante la nota APS/DESP/DJ/DS/3895/2013, presentada en fecha 25 de febrero de 2013; así también, habiéndose solicitado por la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 033/2013 de 1° de marzo de 2013, una certificación sobre el extremo, la misma es extendida mediante la nota APS/DESP/DJ/DS/4300/2013, presentada el 13 de marzo de 2013, de cuyas resultas, se evidencia que el Recurso Jerárquico se encuentra interpuesto dentro del plazo legal previsto para ello.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 18 de marzo de 2013, notificado en fecha 22 de marzo de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013.

Que, mediante Auto de 18 de marzo de 2013, notificado en fecha 22 de marzo de 2013, se dispone la notificación de **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, con el Recurso Jerárquico interpuesto por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013, a efectos de que en calidad de tercero interesado, se apersona y presente sus alegatos, derecho que no fue ejercido.

Que, mediante memorial presentado en fecha 1° de abril de 2013, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** anunció la presentación futura de otras pruebas, mismas que no fueron entregadas.

Que, en fecha 7 de mayo de 2013, se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** en su memorial de 17 de abril de 2013.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 DE 3 DE OCTUBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de 3 de octubre de 2012, se resolvió lo siguiente:

*“...**ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR** el procedimiento administrativo **inclusive** hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012 pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debiendo en consecuencia emitir nueva resolución, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica ...”*

2. ANTECEDENTES.-

Por nota APS/DJ/DS/5717/2011 de 20 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó con cargos a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, por:

"...Contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 al haber incumplido la prestación convenida, consistente en la ejecución de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-000285 y JOB-ORU-000273, así como de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202, conforme los términos y plazos contemplados en las cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas..."

Sustanciados los correspondientes descargos, conforme fueran presentados por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** en su nota GRLPZ/035/2012 de fecha 4 de enero de 2011, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

*"...PRIMERO.- Sancionar a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** con una multa en bolivianos equivalente a 45.000,00 UFV's. (Cuarenta y Cinco Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por **contravenir el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998** al haber incumplido la prestación convenida, según lo expuesto en la presente Resolución Administrativa..."*

Mediante memorial presentado en fecha 13 de marzo de 2012, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 268-2012 de 2 de mayo de 2012 y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, se **revoca totalmente** la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Por memorial de fecha 18 de mayo de 2012, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 268-2012 de 3 de octubre de 2012, por la que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros revoca totalmente la primera.

Corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, como Autoridad Jerárquica, pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de 3 de octubre de 2012, por la que se anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012, con los siguientes fundamentos:

"...2. DE LA CONTROVERSIA MISMA.-

Conforme se ha relacionado precedentemente, al proceso lo integran dos Resoluciones Administrativas: la APS/DJ/DS/N° 087-2012 que establece una sanción, y la APS/DJ/DS/N° 268-2012 que la extingue, al revocar totalmente la anterior, entonces con fallos contrapuestos sobre un mismo objeto, empero fundados en posiciones que,

debiendo por ello ser distintas, apenas lo son, al encontrarse en planos de análisis jurídico distintos.

Cuando la presente Resolución Ministerial Jerárquica utiliza el adverbio apenas, lo hace considerando que ambas Resoluciones Administrativas **comparten un par de fundamentos idénticos:**

- La idéntica realidad material determinada por el extrañado pronunciamiento superior sobre el conflicto de competencia determinado por la nota S.D. COMANING N° 251/10, pronunciamiento que así como no existe a tiempo de la primera Resolución (cuando por ello, entre otros, se determinó la multa) tampoco existe a tiempo de la segunda (cuando por el mismo fundamento, entre otros, se la revoca).
- La idéntica realidad jurídica determinada por la inexistencia de mayores pruebas ni argumentos que permitan tener un cabal conocimiento de la verdad material de los hechos, que en su momento -entonces- justificaron la multa en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012, tampoco existen a tiempo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 268-2012, empero resulta ahora que la deja sin efecto.
- La existencia de Resolución Administrativa N° 012/11 de fecha 23 de marzo del 2011, suscrita por el Cnel. DAEN Henry Omar Ortíz Mercado, misma que es considerada como fundamental en la primera Resolución Administrativa (sancionatoria) y ya no es tenida en cuenta en la segunda (revocatoria), tomando en cuenta las determinaciones para este tipo de Pólizas con **Cláusula de Ejecución Inmediata condicional**.

Entonces, sin embargo de esos comunes, idénticos y contradictorio fundamentos para esos dos actos del Ente Regulador, los mismos resultan totalmente disímiles, lo que determina que el fallo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 268-2012 no es congruente con respecto a su propio fundamento.

Aquí corresponde aclararse que, no se encuentra en observación la plena y absoluta legitimidad de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para rectificar una decisión inicial a manera de revocatoria, totalmente facultada para ello en el artículo 43º, inciso b), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; lo que se observa es el que la autoridad recurrida en su segunda decisión, haya **revocado totalmente** la primera, empero sin desvirtuar su fallo anterior, extrañándose al presente una valoración más concreta de los antecedentes que hubiera justificado un fallo como el posteriormente pronunciado.

La revisión íntegra de la Resolución Administrativa impugnada, no permite esclarecer la señalada incongruencia, por cuanto, por lo demás y conforme lo arriba señalado, pesan aquí los planos de análisis jurídico diverso.

Así, la -sancionatoria- Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, viene a justificarse **esencial y principalmente** en que, al haberse renovado las pólizas el año 2009, "**contienen cláusula de ejecución inmediata condicional**" correspondiente a los Textos únicos, uniformes y de pago al

contado del condicionado General de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, aprobados por la Resolución Administrativa IS/Nº 731, siéndoles aplicables entonces:

“...un procedimiento expedito de ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista, precisamente con el objeto de defender al beneficiario e impedir que las aseguradoras eludan sus obligaciones frente a quien ha confiado en su garantía, sobre todo cuando la fianza cuenta con la cláusula de ejecución inmediata condicional que requiere ÚNICAMENTE UNA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL (Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva) NO ESTANDO SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICIÓN,...” (Transcripción de parte pertinente de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 087-2012; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La declaración señalada resultaría ser, para el caso, la Resolución Administrativa Nº 012/11 de fecha 23 de marzo del 2011, suscrita por el Cnel. DAEN Henry Omar Ortíz Mercado, quien siendo el Comandante de Ingeniería del Ejército, resulta entonces en la Máxima Autoridad Ejecutiva; por la misma, el mismo resuelve:

“...1º Declarar que la Resolución de la Minutas de Contratos de Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el Asfaltado del Tramo Quillacas – Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto “Construcción Tramo 3 Villa Esperanza – Salinas de Garci Mendoza del departamento de Oruro, SE HA HECHO EFECTIVA POR INCUMPLIMIENTO DEL SUBCONTRATISTA.

2º La Empresa Aseguradora FORTALEZA – SEGUROS Y REASEGUROS, responsable de la emisión de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 por el Valor Afianzado de Bs. 784.189,77; Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-285 por el Valor Afianzado de Bs. 603.717,00; Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202 por el Valor Afianzado de Bs. 1.294.215,37 y Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273 por el Valor Afianzado de Bs. 425.975,38 de los Proyectos Asfaltado del Tramo Quillacas – Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto Construcción Tramo 3 Villa Esperanza – Salinas de Garci Mendoza, respectivamente; **DEBE EJECUTAR ESTAS GARANTÍAS A FAVOR DEL COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO...”**

Lo anterior que sirvió de fundamento para imponer la sanción por parte de la APS, al corresponder supuestamente su indemnización sin esperar mayor requerimiento judicial o extrajudicial alguno, ya que la ejecución de este tipo de Pólizas no está sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía a nivel ejecutivo citado, extremos que conforme lo señalado supra, han sido cumplidos.

A tiempo de impugnarse tal determinación por parte de la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima, el Recurso de Revocatoria no contiene**

ningún alegato que enerve en concreto, la ejecución inmediata que resultaba ser el fundamento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012.

En efecto, los alegatos del Recurso de Revocatoria están referidos a:

- Que la solicitud de ejecución de las pólizas no responde a la ocurrencia de un siniestro.
- Que en la misma fecha de vencimiento, el Comandante de Ingeniería del Ejército solicitó que la afianzada renueve o amplíe la póliza.
- Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no puede emitir criterio alguno por cuanto las pruebas son contradictorias.
- Que no son claros los montos pagados en anticipo.
- Que en la revisión de la documentación, para establecer la ocurrencia del siniestro, se encuentran varias contradicciones.
- Que pueden apreciarse graves incongruencias en los informes técnicos, por cuanto, asignan plazos contractuales diferentes.
- Que se encuentran graves incongruencias con respecto a las fechas de ocurrencia del siniestro.
- Que son muchos los documentos mediante los que se solicita la ejecución y suspensión de ejecuciones.
- Que se debe efectuar una correcta valoración de las pruebas.
- Que la causal de incumplimiento debe estar claramente especificada, por no tratarse de un aspecto meramente formal, sino de un elemento esencial del acto administrativo y que hace a su validez y eficacia.
- Que obligatoriamente, se debe declarar de manera clara y concreta la ocurrencia del siniestro y la causal que demanda su ejecución.
- Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no tiene competencia para imponer la sanción cuando nos e ah producido la obligación de indemnizar.

Entonces, no obstante no estar atacando la recurrente la cuestión referida a la cláusula de ejecución inmediata condicional, que fuera "fundamental" en el fallo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, el Ente Regulador prescinde de esa trascendencia en su posterior pronunciamiento, extremo evidenciable en que la posterior Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 268-2012, **no exista justificativo ni fundamento alguno a tal cambio de criterio de valoración**, sopesando más bien ahora los otros aspectos que, sin embargo de preexistir en la posición original de la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**, no eran los determinantes en la primera oportunidad.

Entonces, al excluyente y preponderante carácter expedito que refería originalmente el Ente Regulador (y del que al presente no enerva dicha inmediata ejecución, por tanto, no se puede establecer la motivación jurídica a su insubsistencia actual), se enfrentan toda la serie de presupuestos señalados y que en definitiva no hacen a la Resolución Administrativa IS/N° 731 -por eso es que se encuentran en planos jurídicos

diferentes-, de la que al final no se sabe si es aplicable o no al caso de autos, y en ésta última posibilidad, su motivo.

Ese carácter confuso determina en definitiva al presente, que no pueda establecerse en concreto, cuál es la controversia a ser resuelta: si el incumplimiento de la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima** al pago del resarcimiento a simple requerimiento del beneficiario (como lo dispone la Resolución Administrativa IS/Nº 731), o si la inviabilidad de la pretensión del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** por no corresponder a la ocurrencia de un siniestro al existir una solicitud de renovación o ampliación, y al existir contradicciones, oscuridad e incongruencias en la misma, es decir una serie de presupuestos que se formulan más bien bajo la lógica jurídica propia de un seguro comercial común y corriente.

3. INDETERMINACIÓN DEL TRÁMITE ESPECIAL AL CUAL DEBE CIRCUNSCRIBIRSE LA SUSTANCIACIÓN DE LA CONTROVERSIA.-

Es por disposición del artículo 39º de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), que las controversias suscitadas en ésta materia, tiene un tratamiento especial, conforme lo que la letra dice:

“...ARTICULO 39.- ARBITRAJE.- Las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro. Si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje.

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

En ambos presupuestos -controversias de hecho y controversias de derecho-, el tratamiento está referido a temas de fondo (independientemente de si resultan en sustantivos o adjetivos), por cuanto a lo mismo hacen las cuestiones de las características técnicas, la naturaleza y el alcance del contrato de seguro, de reaseguro o de los planes de seguro.

Al caso de autos, lo anterior hace indudable que las observaciones recientes realizadas por el Ente Regulador, en sentido de sopesar para las pólizas de la controversia la existencia de una solicitud de renovación o ampliación, así como de contradicciones, oscuridad e incongruencias sobre las mismas, hacen a temas de fondo que, en su sustanciación, se circunscriben al ámbito de la Ley Nº 1770 de 10 de marzo de 1997 (de Arbitraje y Conciliación), entonces a la vía del arbitraje, aunque con previa tentativa de peritaje para el caso de resultar en controversias de hecho.

Consiguientemente, no le está dada al Ente Regulador, facultad para considerar y conocer -como resulta que lo ha hecho en su Resolución al Recurso de Revocatoria-extremos tales como “la solicitud de ejecución de las pólizas”, “la ocurrencia de un siniestro”, “el monto”, “la liberación de las dos pólizas de correcta inversión de anticipo”, “la instrucción contenida en el Oficio S.D. COMANING Nº 251/10”, “contradicciones”, “las causales de Resolución de los contratos”, “la causal de incumplimiento a su albedrío... claramente especificada”, y otros.

Corresponde aclarar a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que la función reguladora que ejerce obedece al carácter técnico, sectorial y progresivo en la medida que tiene por fundamento las especiales características del mercado de seguros, y se desarrolla atendiendo las necesidades específicas del sector regulado y cumpliendo, y haciendo cumplir, la ley y los reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

En tal sentido, el artículo 43° de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), acerca de las atribuciones del Ente Regulador, establece que:

“...ARTICULO 43. - ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.- La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones: (...)

c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción (...)

t) Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

u) Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley...”

Desde luego que la relación entre el Ente Regulador y la regulada, obedece al control que uno ejerce sobre la otra en razón de la común materia jurídica, por lo que la entidad ahora recurrida tiene facultades suficientes para **sancionar el incumplimiento** de la normativa administrativa por parte de los operadores del mercado de seguros, y a ello debió limitar sus actuación la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 268-2012 de 2 de mayo de 2012: es decir **a verificar la existencia de los requisitos formales que determinarían la procedencia de una sanción.**

Por otra parte, existiendo incertidumbre sobre si le es aplicable al caso la Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007 (porque el Ente Regulador no ha desvirtuado su propia propuesta en sentido de sí serle “por la renovación de las pólizas el año 2009”) conforme fuera solicitado por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** en su nota As. Jur. N° 172/2011 de 29 de agosto de 2011 como en sus actuaciones posteriores, el carácter especial que ello importa tampoco abre la posibilidad para que en el proceso administrativo sancionador se vayan a conocer cuestiones de fondo, por cuanto y conforme se ha expresado en los precedentes de las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 040 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 042, ambas de 5 de julio de 2012, cuyo precedente determina:

“...la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional que le es inherente a las tres pólizas objeto de la controversia, y que establece la ejecución inmediata para el caso de incumplimiento, condicional en tanto requiere únicamente de “la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares emitida y firmada por la Máxima Autoridad ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo”.

Tal aclaración es pertinente, por cuanto, todos los argumentos que al respecto ha mencionado la recurrente, conforme lo señalado supra, bien pudieran ser pertinentes

y valederos si la controversia recayera sobre pólizas de caución, que en su trámite de ejecución se hallan sujetas a las disposiciones del Libro Tercero, Título III, del Código de Comercio.

No es el caso: las pólizas de seguro con Cláusula de **ejecución inmediata** condicional para entidades públicas, encuentran su fundamento normativo en la Resolución Administrativa IS-731 de 11 de septiembre de 2007, **norma especial** que establece los requisitos, procedimiento y plazos para la ejecución de tales pólizas, resultando que, más allá de la teoría sobre pólizas de caución expresada por la recurrente, opera en estos casos una inversión de la oportunidad para la indemnización, de manera tal que, **lejos de un procedimiento previo de constatación de la contingencia, aceptación del pago, y peritaje en caso de controversia sobre lo mismo, o en su caso arbitraje, el carácter inmediato importa el resarcimiento a simple presentación “del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo”.**

Lo anterior no significa que la teoría jurídica que hace a las pólizas de seguros de caución no goce de validez y no sea susceptible de aplicación para estos casos, sino que, como expresa Cabanellas en su Diccionario, “la conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual, que ha de prevalecer en caso de conflicto de intereses entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado”, hace que con el carácter especial que importa la concurrencia de entidades públicas - entonces del propio Estado- como beneficiarias de las pólizas, **no se supedite su indemnización a mayor trámite**, resultando que no por ello las sociedades aseguradoras quedan impedidas de verificar la existencia o no de la contingencia y de salir al daño o perjuicio consiguiente en el último caso, por lo que el ejecutivo de **la entidad pública que solicite y consiguientemente cobre el producto del resarcimiento inmediato reclamado, asume la responsabilidad para el caso de no haber surgido la contingencia que hubiera dado origen a tal resarcimiento**” (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por consiguiente, de resultar aplicable al caso la Resolución Administrativa IS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2007, tampoco le correspondían al Ente Regulador, la serie de consideraciones que salen en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 268-2012 de 2 de mayo de 2012 y que han dado lugar al fallo que allí consta.

Sea porque al caso le es aplicable la Resolución Administrativa IS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2007, o porque su sustanciación se circunscribe al ámbito de la Ley Nº 1770 de 10 de marzo de 1997 (de Arbitraje y Conciliación) por disposición del artículo 39º de la Ley Nº 1883 (de Seguros), tampoco puede el suscrito Ministro en su calidad de Autoridad Jerárquica, pasar a dilucidar las cuestiones de fondo que hacen a las pretensiones del presente caso u otras con las mismas características, tanto del recurrente **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** como de la tercera interesada **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**.

1. ACERCA DE LOS ALEGATOS DE LA TERCERA INTERESADA.-

La **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**, en su memorial de fecha 19 de junio de 2012, ha expuesto determinada teoría acerca de la Ley Nº

2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, en cuanto a la relación jurídica administrativa, para concretizarla al caso de autos, de la manera que sigue a continuación:

“...el Comando de Ingeniería del Ejército, evidentemente, no tiene legitimación en los términos legalmente previstos, dado que la legitimación en el presente caso exigiría, como ya ha quedado dicho, que el Comando de Ingeniería del Ejército tenga una relación especial con el objeto del procedimiento. Ahora bien, ¿cuál es el objeto del procedimiento?, el objeto del procedimiento administrativo sancionador sustanciado, es precisamente, que se sustancie un procedimiento administrativo en el que se aporte y valore prueba que posibilite que el juzgador (APS) decida si el sujeto administrativo hubiese incurrido o no en una infracción normativa...”

Cabe aclarar que cualquier relación jurídica conlleva una naturaleza sustantiva entre sus partícipes y que tiene que ver con el objeto mismo de tal relación, la que no es la misma que la relación jurídica procesal que, si bien puede recaer sobre la cuestión sustantiva, en cambio es una relación de naturaleza adjetiva.

En tal sentido, está claro que el carácter sustancial de las controversias, sean éstas de hecho o de derecho, impiden puedan ser de conocimiento de la sede administrativa por disposición expresa del artículo N° 39 de la Ley N° 1883, de Seguros, pero que por ello mismo, el proceso administrativo sancionador presente no está referido (no puede estar referido, en realidad) a cualesquier cuestión sustancial como las señaladas por la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**, sino simplemente a la legítima facultad sancionadora del Ente Regulador, en tanto y en cuanto lo mismo recaiga sobre aspectos verificables empero generales -de lo que precisamente se ha tratado el proceso- pero de ninguna manera sobre la relación contractual en concreto, lo que de determinar alguna controversia, queda para competencia distinta.

Amén de ello, al tratarse de un proceso de naturaleza administrativa, le está dado a “toda persona individual o colectiva” (Ley N° 2341, Art. 11°, Par. I), a “cualquier persona” (ídem, Par. II) u “otras” (Art. 12°, misma Ley), la legitimidad de actuar dentro de los márgenes que importa esa adjetividad -como ha estado sucediendo hasta el presente- criterio de legitimidad netamente administrativo que justifica con plenitud las actuaciones conocidas del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** dentro del presente proceso.

En cuanto a la legítima facultad sancionadora del ente regulador, a la que se ha hecho referencia, y toda vez que la tercera interesada señala también:

“...los objetos descritos tienen un procedimiento propio, el peritaje o el arbitraje; y, un órgano propio que los resuelva el árbitro o el perito, no la APS, dado que no tiene competencia para resolver estos géneros de controversia (...)

...la APS no puede atribuirse, máxime si no está previsto legal o reglamentaria (sic), la competencia de resolver controversias técnicas o legales en materia aseguradora, dado lo previsto en el artículo 39 de la Ley N° 1883 de Seguros; tampoco tiene la atribución de resolver reclamaciones en materia

aseguradora (atribución que si (sic) la poseen otros órganos públicos de fiscalización y control), dado que las decisiones que asuma pueden incidir en el (sic) resolución de una controversia de hecho o de derecho. Esta (sic) es la razón por la cual la Ley N° 1883 de Seguros diferenció claramente las atribuciones de la actual APS (regulación técnica por solvencia) y el orden de resolución de controversias de hecho y de derecho...”

Cabe aclarar que la función reguladora ejercida por el ente ahora recurrido, obedece al carácter técnico, sectorial y progresivo en la medida que tiene por fundamento las especiales características del mercado, y se desarrolla atendiendo las necesidades específicas del sector regulado y cumpliendo, y haciendo cumplir, la ley y los reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Así, el artículo 43° de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), acerca de las atribuciones del ente regulador, establece que:

“...ARTICULO 43. - ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.- La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones: (...)

c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción (...)

f) Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

u) Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley...”

Desde luego que la relación entre el Ente Regulador y la regulada **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima** obedece a la supervisión que uno ejerce sobre la otra en razón de la común materia jurídica.

Consiguientemente, la entidad ahora recurrida tiene facultades suficientes para sancionar el incumplimiento de la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima** en lo referido a pólizas como las que hacen a la controversia, por cuanto, visto el carácter inmediato de la ejecución de las mismas, no corresponde la serie de procedimientos a los que ha hecho referencia la tercera interesada.

A la luz de lo señalado en el numeral 2.1 supra de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, tal extremo no es mayormente trascendente, máxime cuando las obligaciones de las entidades aseguradoras y reaseguradoras se encuentran contempladas en la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), entre las que se encuentra:

“...ARTICULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:

a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista...”

Para el caso de pólizas de seguro con Cláusula de **ejecución inmediata** condicional para Entidades Públicas, importa no haber lugar a mayor trámite sino únicamente el dispuesto en la propia Cláusula, extremo también pertinente cuando la tercera

interesada hace alusión continua al arbitraje que en su entender habrá de resolver la controversia, para con ello evitar el debido resarcimiento inmediato.

En definitiva, los argumentos de la tercera directa interesada en el sentido señalado tampoco son atendibles..."

3. TÉRMINO DE PRUEBA DISPUESTO POR EL ENTE REGULADOR.-

Mediante proveído de 24 de octubre de 2012, y a tiempo de otorgar un plazo de cinco (5) días, haciendo mención para ello, del artículo 68º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, entonces en calidad de término de prueba, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dispone que:

"...1. El actual representante legal del Comando de Ingeniería del Ejército, aclare y respalde documentalmente la resolución del conflicto de competencia suscitado por el CNL. DAEN Carlos W. Villarroel Fernández, quien suscribió el CITE S.D. COMANING N° 251/10 de 15 de diciembre de 2010 y en el cual autoriza la liberación de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Publica JIA-ORU-218 y JIA-ORU-0202.

2. De la misma manera remita documentación que acredite haberse realizado el cálculo de saldos, que establezca la parte pagadera de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Publica JIA-ORU-218 y JIA-ORU-0202, tal como lo establece la Clausula Cuarta del Anexo 5 de la Resolución Administrativa IS/No. 731 11 de septiembre de 2007..."

Dentro de tal trámite, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** hizo presente el memorial de 8 de noviembre de 2013, por el que deja constancia de los extremos siguientes:

"...**PUNTO No. 1.-** Que, en el termino probatorio establecido por el **VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS** (sic), el Comando de Ingeniería del Ejército en fecha 21 de septiembre de 2012, presentó el **CERTIFICADO** de fecha 01 de junio de 2012, librado por Gral. (sic) Brig. Luis Morales Reynolds, en la que se evidencia que en **fecha 9 de diciembre de 2010 El** (sic) **Cnl. DAEN. Carlos Walker Villarroel Fernández fue relevado del cargo de Comandante de Ingeniería del Ejército; que en fecha 10 de diciembre de 2010, mediante Memorándum Dpto. I. EMC. Sec. "A" No. 11869/10 emitido por el Gral. Div. Antonio Cueto Calderón Comandante General del Ejercito, fue designado al cargo de Comandante de Ingeniería del Ejercito el Cnl. DAEN. Henry Omar Ortiz Mercado; por lo que Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, habiendo cesado sus funciones en la fecha señalada en el punto primero, no tenia** (sic) **atribuciones para realizar ningún acto en nombre y/o representación del Comandante de Ingeniería del Ejército".** Aspecto que se podrá corroborar por los memorándum adjuntos al presente.

Asimismo, con el fin de que dicho acto irregular no quede sin sanción, se presentó la denuncia correspondiente al **FISCAL DE MATERIA DE TURNO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

en fecha 21 de septiembre de 2012, que está actualmente bajo conocimiento del Fiscal Dr. Jorge Álvarez Arismendi.

Estos documentos ya fueron presentados al **VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS**, así como los Memorándum Nos. Dpto. I-EMC. Sec. "A" No. 1871/10 de fecha 06 de diciembre de 2010 y Memorándum Dpto. I-EMC. Sec. "A" No. 1869/10 de fecha 06 de diciembre de 2010 que seguramente se encuentran adjunto (sic) en el cuaderno y que demuestran que el Oficio No. CITE S.D. COMANING No. 251/10 de 15 de diciembre de 2010 fue librado por el CNL. DAEN Carlos W. Villarroel Fernández, cuando no ejercía la función de Comandante de Ingeniería del Ejército, razón por la que dicho documento carece de valor legal conforme determina el Art. 122 de la Constitución Política del Estado.

PUNTO No. 2.- Que, de acuerdo al Informe No. 37/12 de fecha 6 de noviembre de 2012, se observa que no se ha realizado el cálculo de saldos. Por otra parte, me ratifico en todas las pruebas presentadas por el Comando de Ingeniería del Ejército, aspecto que deberá tener presente.

PETITORIO.-

Por lo expuesto anteriormente y en mérito a lo expresado en la **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012**, solicito a su autoridad dicte Resolución imponiendo una sanción a la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., por contravenir el Art. 12 inc. a) de la Ley No. 1883 de 25 de junio de 2998 (de Seguros), ya que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, no ha cumplido con la **EJECUCIÓN** de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 por el Valor Afianzado de **Bs. 784.189,77.- (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE 77/100 BOLIVIANOS)**; Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-285 por el Valor Afianzado de **Bs. 603.717,00.- (SEISCIENTOS TRES MIL SETECIENTOS DIECISIETE 00/100 BOLIVIANOS)**; Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202 por el Valor Afianzado de **Bs. 1.294.215,37.- (UN MILLÓN DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS QUINCE 37/100 BOLIVIANOS)** y Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273 por el Valor Afianzado de **Bs. 425.975,38.- (CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO 38/100 BOLIVIANOS)**, garantías emergentes de Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., pese a que se reitero (sic) en varias oportunidades como era su deber y obligación, más aun cuando la ejecución de dichas pólizas son de carácter inmediata (sic), conforme se fundamenta en la **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012**; y a su vez se instruya a la **ENTIDAD FINANCIERA** proceda a la ejecución de las pólizas y sea con las formalidades de ley..."

Al tiempo, el memorial de 8 de noviembre de 2013 del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, adjunta la literal siguiente:

- Memorándum Dpto. I-EMC. Sec. "A" No. 1871/10, de fecha 6 de diciembre de 2010, dirigido por el Sr. Comandante General del Ejército al Sr. Cnel. DAEN Carlos Villarroel Fernández, por el que se le comunica:

*“...que, por necesidades del servicio mi Comando ha dispuesto su cambio de destino, del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** al **DEPARTAMENTO V-EMC.**, con cargo a designar, debiendo incorporarse en tiempo reglamentario...”*

- Memorándum Dpto. I-EMC. Sec. “A” No. 1869/10, de fecha 6 de diciembre de 2010, dirigido por el Sr. Comandante General del Ejército al Sr. Cnel. DAEN Henry Ortiz Mercado, por el que se le comunica:

*“...que, por necesidades del servicio mi Comando ha dispuesto su cambio de destino, de la **NOVENA DIVISIÓN DEL EJÉRCITO** al **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, en el cargo de **COMANDANTE**; función que deberá asumir a partir de la fecha...”*

- Memorándum DPTO.I ADM.RR.HH.DIACADE. No. 166/12, de fecha 10 de febrero de 2012, dirigido por el Sr. Comandante General Acc. del Ejército al Sr. Cnel. DAEN Henry Ortiz Mercado, por el que se le comunica:

*“...que, por necesidades del servicio mi Comando ha dispuesto su ratificación mediante Orden General del Ejército (Destinos) No. 03/12, con el cargo de **COMANDANTE DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**:...”*

- Certificado extendido en fecha 1º de junio de 2012, por el Sr. Jefe del Departamento V-EMG del Comando General del Ejército, por el que consta que:

“...En fecha 9 de diciembre de 2010, el Cnl. DAEN. Carlos Walker Villarroel Fernández fue relevado del cargo de Comandante de Ingeniería del Ejército.

- *En fecha 10 de diciembre de 2010, mediante Memorándum Dpto I.EMC. Sec. “A” N° 11869/10 emitido pro el Gral. Div. Antonio Cueto Calderón Comandante General del Ejército, fue designado en el cargo de Comandante de Ingeniería del Ejército el Cnl. DAEN Henry Omar Ortiz Mercado.*
- *Es cierto y evidente que, el Cnl. DAEN. Carlos Walker Villarroel Fernández, habiendo cesado en sus funciones en la fecha señalada en el punto primero, no tenía atribuciones para realizar ningún acto en nombre y/o representación del Comando de Ingeniería del Ejército...”*

- Fotocopia de la cédula de identidad correspondiente al kardex N° 2757662 Oruro, titular Henry Omar Ortiz Mercado.

- Informe N° 37/12 del 6 de noviembre de 2012, por la que la Encargada de Contrataciones del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, concluye que “No existe documentación que acredite haberse realizado el cálculo de saldos, en la que establezca la parte pagadera de las mencionadas pólizas”.

- Copia del memorial dirigido por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, al Sr. Fiscal de Materia de Turno del Ministerio Público, por el que:

*“...en mérito al Art. 284 y siguientes del Código de Procedimiento Penal interpongo denuncia penal en contra de **Carlos Walker Villarroel Fernández**, por el delito de de (sic) **ANTICIPACION O PROLONGACION DE FUNCIONES** previsto en el Art. 163 del Código Penal, solicitando a vuestra autoridad se proceda con las diligencias pertinentes, conforme ordena el Art. 69 y 70 y sea con las formalidades de ley...”*

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/914-2012 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/914-2012 de 23 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve “**DESESTIMAR** el cargo imputado en contra de **FORTALEZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, contenido la (sic) Notificación Cargos (sic) CITE: APS/DJ/DS/5717/2011 de 20 de diciembre de 2011”, en base a los fundamentos siguientes:

“...INEXISTENCIA DE CAUSAL DE RESOLUCIÓN AL MOMENTO DE LA SOLICITUD DE EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS.

Que la Cláusula Tercera (Objeto) de las Condiciones Generales el Anexo 1 (Texto Único y Uniforme: Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas) aprobado Mediante Resolución Administrativa IS No. 731 de 11 de septiembre de 2007, señala:

“Cláusula 3.- Objeto de esta Póliza. El fiador Garantiza al Beneficiario el pago del monto señalado como suma garantizada (valor caucionado) en las Condiciones Particulares de esta Póliza, como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Obra por causas imputables al Afianzado. Dicho Contrato de Obra forma parte indivisible de la presente póliza.” (Cursivas agregadas)

Que mediante Minuta de Contrato de Excepción de 10 de agosto de 2007, el Comandante de Ingeniería del Ejército, contrató por excepción a la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., a fin de que ejecute todos los trabajos necesarios para el asfaltado Proyecto “Construcción Tramo 3 Villa Esperanza – Salinas de Garcí Mendoza”. Dicho contrato en la cláusula Vigésima (Terminación del Contrato), numeral 20.2.1, establece las causales de resolución atribuibles al Sub Contratista, consignándose ocho (8) al efecto.

Que respecto a las Pólizas de Correcta Inversión de Anticipos y Cumplimiento de Contrato de Obra para la construcción del “Tramo 3 Villa Esperanza – Salinas de Garcí Mendoza”, con vencimiento el 28 de diciembre de 2009, se observa que mediante nota SAF: 393/09 de 17 de diciembre de 2009, 6 días antes del vencimiento de las Pólizas JIA-ORU-0202 y JOB-ORU-0273, el Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, en calidad de Comandante de Ingeniería del Ejército, solicitó a Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. de manera textual:

‘(...) que la mencionada Empresa (Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L.) **RENUEVE O AMPLÍE** la referida póliza, en caso de no hacerlo, ruego se sirva **EJECUTAR** la mencionada Póliza a favor del Comando de Ingeniería de Ejército en el plazo inmediato a su vencimiento.’ (Cursivas agregadas)

Que respecto a las Pólizas de Correcta Inversión de Anticipos y Cumplimiento de Contrato de Obra para el asfaltado del “Tramo Quillacas Cutimbora”, con vencimiento el 03 de febrero de 2010, se observa que mediante nota G: 100 27/10 de 03 de febrero de 2010, en la misma fecha de vencimiento de las Pólizas JIA-ORU-218 y JOB-ORU-285 el Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, en calidad de Comandante de Ingeniería del Ejército, solicitó a Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. de manera textual:

'(...) que la mencionada Empresa (Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L.) **RENUOVE O AMPLÍE** la referida póliza, en caso de no hacerlo, ruego se sirva **EJECUTAR** la mencionada Póliza a favor del Comando de Ingeniería de Ejército en el plazo inmediato a su vencimiento.' (Cursivas agregadas)

Que de lo previamente relacionado se colige que las solicitudes de pago que realiza el beneficiario (Comando de Ingeniería del Ejército) al fiador (Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A.), tienen como origen la solicitud de renovación o ampliación del plazo de cobertura de las pólizas y no así el incumplimiento del Contrato de Obra por parte del afianzado (Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L.), establecido en una de las ocho (8) causales prevista en la Cláusula Vigésima (Terminación del Contrato), numeral 20.2.1 de la Minuta de Contrato por Excepción de 10 de agosto de 2007.

Que ante estas solicitudes contradictorias entre sí, la empresa Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., remitió al Comando de Ingeniería del Ejército el Cite FORT/RENOV-EJEC-GRORU/086/10 de 30 de marzo de 2010, en el cual se indica:

'(...) en función a la solicitud de nuestro cliente la empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., informamos que para dar curso a la renovación de las pólizas JOB-ORU-0273, JIA-ORU-202, JIA-ORU-0218, JOB-ORU-0285 (...) es requisito indispensable la presentación de la carta donde su institución autorice la renovación de las pólizas y al mismo tiempo indique que se deja sin efecto la solicitud de ejecución.' (Cursivas agregadas)

Que finalmente y en respuesta a esta comunicación, el Comando de Ingeniería del Ejército a través del Cite: Sección III – Ops. Téc. N° 77/10 de 1 de abril de 2010, aclarada y ratificada por oficio SAF: G-100 172/10 de 21 de abril de 2010, mediante las cuales el Comandante de Ingeniería del Ejército, Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, comunicó a Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. que:

'(...) habiendo llegado a un acuerdo con la mencionada Empresa (Jhoselyn), mediante el presente autorizo la paralización de dichas pólizas (JIA-ORU-0202, JOB-ORU-0273, JIA-ORU-218 y JOB-ORU-285), para que no sean ejecutadas" y "(...) mediante oficio Sección III Ops. Tec N° 77/10 se autorizó la paralización de la ejecución de las Pólizas de la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., al respecto hago notar a su institución que en el Objeto del documento mencionado por error de redacción indica renovación de pólizas, siendo la finalidad la **suspensión momentánea de la ejecución** de las pólizas JIA-ORU-0218, JOB-ORU-0285, JIA-ORU-0202 y JOB-ORU-0273 hasta la recepción de un informe Técnico de la Superintendencia de los Proyectos Construcción Asfalto Tramo II Quillacas-Cutimbora y el Proyecto Asfalto Tramo III V. Esperanza Salinas.' (Cursivas agregadas)

1. CAUSALES INVOCADAS PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.

Que mediante Resolución Administrativa No. 012/11 de 23 de marzo de 2011, firmada y emitida por el Cnl. DAEN. Henry Omar Ortiz Mercado, Comandante de Ingeniería del Ejército, se resolvieron las Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fechas 8 de febrero y 10 de agosto de 2007, por el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de los trabajos de Asfaltado del Tramo Quillacas – Cutimbora y Construcción Tramo 3 Villa

Esperanza – Salinas Garci Mendoza, amparando dicha decisión en lo previsto en la Cláusula Décimo Novena (Terminación del Contrato), numeral 19.3 (Resolución a Requerimiento del Contratante por Causales Atribuibles al Subcontratista).

Que mediante carta FOR/GRORU/359/2011 de 8 de julio de 2011 dirigida al Comandante de Ingeniería del Ejército, Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., solicitó aclaración sobre los siguientes aspectos:

“1) Con referencia a la Resolución Administrativa N° 012/11 de fecha 23 de marzo del 2010 donde se resuelven los 2 contratos garantizados, en el cual se menciona en su tenor ‘...en aplicación al procedimiento establecido en contratos contenidos en la Cláusula Décimo Novena punto 19.3 Resolución a requerimiento del Contratante por causales atribuibles...’ agradeceremos nos hagan la aclaración correspondiente sobre las causales de resolución, en forma concreta y clara, en particular sobre el punto 19.3 que supuestamente se halla contenido en los contratos y que una vez revisados los mismos se evidencia que dicho punto no existe.

2) De igual forma, con referencia a su carta de fecha 31 de agosto de 2010 con cite As. Jur. N° 75/2010, que vuelve a mencionar la cláusula decimo novena que en el contrato se refiere a causas de fuerza mayor y/o caso fortuito como causal de resolución, sobre lo que solicitamos tengan la amabilidad de aclarar este aspecto, como indicamos en el punto anterior (...).” (Cursivas agregadas)

Que pese a la aclaración solicitada por la empresa aseguradora, el Comando de Ingeniería del Ejército no emitió resolución aclaratoria alguna, en la cual explique el por qué consignó en la Resolución Administrativa No. 012/11 de 23 de marzo de 2010, como causal de resolución de las Minutas de Contrato por Excepción de 08 de febrero y 10 de agosto de 2007, la Cláusula Decimo Novena, cuando en la minuta correspondiente a la adjudicación del Proyecto “Construcción Tramo 3 Villa Esperanza – Salinas de Garci Mendoza”, la terminación del contrato se encuentra prevista en la Cláusula Vigésima.

Que el hecho de que la Cláusula Decimo Novena de la Minuta de Contrato de Excepción de 10 de agosto de 2007, correspondiente a la adjudicación del Proyecto “Construcción Tramo 3 Villa Esperanza – Salinas de Garci Mendoza”, establece causas de fuerza mayor y/o caso fortuito como consecuencia de la ejecución del contrato y no así causales de resolución de la minuta de contrato, inviabile la ejecución de las pólizas de garantía correspondientes.

2. CONFLICTO DE COMPETENCIA NO RESUELTO Y GENERADO POR LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA.

Que mediante Cite: Sección III – Ops. Téc. N° 77/10 de 1 de abril de 2010, aclarada y ratificada por oficio SAF: G-100 172/10 de 21 de abril de 2010, se solicitó la suspensión de la ejecución de las Pólizas JIA-ORU-0218, JOB-ORU-0285, JIA-ORU-0202 y JOB-ORU-0273, hasta la recepción de un informe Técnico de la Superintendencia de los Proyectos Construcción Asfalto Tramo II Quillacas-Cutimbora y el Proyecto Asfalto Tramo III V. Esperanza Salinas.

Que el Comando de Ingeniería del Ejército mediante Oficio Sección As. Jur. N° 080/2011 de 6 de abril de 2011, recepcionado por la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. el 8 de abril de 2011, solicitó la ejecución de las Pólizas de

Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 y JIA-ORU-202 y Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273, y JOB-ORU-285, renovadas el 9 de junio y 4 de noviembre de 2009.

Que mediante nota FORT/GRORU/0183/2011, Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. responde el Oficio As. Jur. N° 080/2011, indicando que la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 y JIA-ORU-202 no correspondería, por la instrucción de dejar sin efecto la ejecución contenida en la carta CITE S.D. COMANING N° 251/10 de 15 de diciembre de 2010, mediante la cual el CNL. DAEN Carlos W. Villarroel Fernández, Comandante de Ingeniería del Ejército, comunicó que:

'En mérito a conciliaciones realizadas entre el Comando de Ingeniería del Ejército y vuestro afianzado Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L. se autoriza la liberación de las pólizas de correcta inversión de anticipos'.

Que en lo referente a las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273 y JOB ORU-285 mediante carta FORT/GRORU/201/2010 de 22 de abril de 2010 la Compañía confirmó que las ejecuciones se encontraban vigentes y que una vez remitido el Informe Técnico de la Superintendencia de Proyectos, procedería a la ejecución requerida.

Que a través del Oficio As. Jur N° 091/2011 de 20 abril de 2011, recepcionado por Fortaleza S.A. el 25 de abril de 2011, el Comando de Ingeniería del Ejército responde la carta FORT/GRORU/0183/2011, que en la parte pertinente aclara el punto referido a la carta S.D. COMANING N° 251/10, indicando que la instrucción de dejar sin efecto la ejecución, liberando las pólizas de correcta inversión de anticipos, fue firmada por el Ex - Comandante de Ingeniería del Ejército, Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández cuando había cesado en sus funciones, demostrando este hecho mediante copias legalizadas de los memorándums de nombramiento de la nueva autoridad y el cambio de destino del anterior.

Que en el Decreto Administrativo de 24 de octubre de 2012, se concedió al Comando de Ingeniería del Ejército un plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que remita a conocimiento de esta autoridad, documentación que acredite que:

1. El actual representante legal del Comando de Ingeniería del Ejército, aclare y respalde documentalmente la resolución del conflicto de competencia suscitado por el CNL. DAEN Carlos W. Villarroel Fernández, quien suscribió el CITE S.D. COMANING N° 251/10 de 15 de diciembre de 2010 y en el cual autoriza la liberación de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Pública JIA-ORU-218 y JIA-ORU-0202.
2. De la misma manera remita documentación que acredite haberse realizado el cálculo de saldos, que establezca la parte pagadera de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Pública JIA-ORU-218 y JIA-ORU-0202, tal como lo establece la Cláusula Cuarta del Anexo 5 de la Resolución Administrativa IS/No. 731 11 de septiembre de 2007.

Que en cumplimiento a esta disposición y mediante memorial de 08 de noviembre de 2012, el Comandante de Ingeniería del Ejército, remitió documentación consistente en:

1. Memorandum de 06 de diciembre de 2010, dirigido al Cnl. DAEN Carlos Villarroel Fernández, Comandante de Ingeniería del Ejército, comunicándole su cambio de destino al Departamento V – EMC.
2. Memorandum de 06 de diciembre de 2010, dirigido al Cnl. DAEN Henry Ortiz Mercado, comunicándole su cambio de destino al Comando de Ingeniería del Ejército.
3. Memorandum de 10 de febrero de 2012, dirigido al Cnl. DAEN Henry Ortiz Mercado, ratificando su destino y cargo como Comandante de Ingeniería del Ejército.
4. Certificación de 01 de junio de 2012, suscrita y emitida por el Gral. Brig. Luis Morales Reynolds.
5. Informe de 06 de noviembre de 2012, emitido y suscrito por la Lic. Jessica Leslie Jara Jara, Encargada de Contrataciones, en la cual acredita que respecto al cálculo de saldos que establezca la parte pagadera de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas: JIA-ORU-0218 y JIA-ORU-0202, sostiene (sic) que no existe documentación que acredite haberse realizado cálculo de saldos, en la que establezca la parte pagadera de las mencionadas pólizas.

Que el artículo 48 del Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003 - Reglamento a la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, establece:

“Artículo 48.- (Legitimidad). El acto administrativo se presume válido mientras la nulidad del mismo no sea declarada en sede administrativa mediante resolución firme o en sede judicial mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.”
(Cursivas agregadas)

Que de lo prescrito por ley y una vez suscitada la cuestión de competencia, debió ser sometida a un procedimiento sustanciado en sede administrativa, a fin de que mediante resolución sea declarada la nulidad del acto emitido por el Cnl. DAEN. Carlos Villarroel Fernández, al momento de suscribir el CITE S.D. COMANING N° 251/10 de 15 de diciembre de 2010, a través del cual solicitó la suspensión y liberación de las Pólizas de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas.

Que no obstante del procedimiento establecido por el Decreto Reglamentario a la Ley del Procedimiento Administrativo, el Comando de Ingeniería del Ejército demostró a través de la documentación adjunta al memorial de 08 de noviembre de 2012, que no impugnó la actuación del Cnl. DAEN. Carlos Villarroel Fernández, siendo la misma válida mientras no exista una resolución que declare su nulidad.

3. INEXISTENCIA DE CÁLCULO DE SALDOS A LOS FINES DE EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA DE CORRECTA INVERSIÓN DE ANTICIPO PARA ENTIDADES PÚBLICAS.

Que la Cláusula Cuarta (Cálculo de la indemnización de los daños) del Anexo 5 del Texto Único y Uniforme: Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, señala:

“Cláusula 4.- Cálculo de la indemnización de daños. Se entenderá por Valor Caucionado al total del Anticipo consignado en el Contrato Principal, siendo

pagadera por esta póliza, únicamente la parte no invertida o no amortizada por el Afianzado después de realizado el cálculo de saldos a favor o en contra.

El fiador indemnizará, por cuenta del Afianzado el monto de tales daños calificados y sólo hasta el límite estipulado como valor caucionado en las Condiciones Particulares de esta póliza.”

Que del Informe de 06 de noviembre de 2012, emitido por la Lic. Jessica Leslie Jara Jara, Encargada de Contrataciones del Comando de Ingeniería del Ejército y remitida adjunta al memorial de 08 de noviembre de 2012, por parte del Comandante de Ingeniería del Ejército, se establece que no existe documentación que acredite haberse realizado el cálculo de saldos, en la que se establezca la parte pagadera de las Pólizas de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas JIA-ORU-0218 y JIA-ORU-0202.

Que no existiendo cálculo de saldos del valor caucionado, no es posible exigir la ejecución y consiguiente pago de de las Pólizas de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas JIA-ORU-0218 y JIA-ORU-0202...”

5. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 21 de diciembre de 2012, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/914-2012 de 23 de noviembre de 2012, expresando lo siguiente:

“...II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO

Se debe tener presente lo siguiente:

1. PRIMER REQUERIMIENTO DE EJECUCIÓN

Mediante Oficio Sección As. Jur. N° 080/2011 de fecha 6/04/2011, recepcionado el 8/04/2011, nos dirigimos a la Compañía Aseguradora **FORTALEZA S.A.** para requerir la **EJECUCIÓN** de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 por el Valor Afianzado de **Bs. 784.189,77.- (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE 77/100 BOLIVIANOS)**; Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-285 por el Valor Afianzado de **Bs. 603.717,00.- (SEISCIENTOS TRES MIL SETECIENTOS DIECISIETE 00/100 BOLIVIANOS)**; Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202 por el Valor Afianzado de **Bs. 1.294.215,37.- (UN MILLÓN DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS QUINCE 37/100 BOLIVIANOS)** y Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273 por el Valor Afianzado de **Bs. 425.975,38.- (CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO 38/100 BOLIVIANOS)**, garantías emergentes de Minutas de Contratos per Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto “Construcción Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza del Departamento de Oruro.

El Requerimiento de Ejecución se fundamento en anterior solicitud contenida en Oficio SAF. G-100 91/10 de 17/03/2010, mediante el cual el Comando de Ingeniería del Ejército, remitiendo las Pólizas de Garantía en **ORIGINALES**, solicitó la **EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA** JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273,

otorgadas por la **EMPRESA JHOSELYN CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES S.R.L.**, por los contratos referidos. Haciendo hincapié que dicha ejecución había sido suspendida momentáneamente en merito a Oficio SAF. G-100 172/10 de 21/04/2010 dirigido por el Comando a la empresa aseguradora, habiendo tomado conocimiento la empresa y acusado recibo mediante Oficio FORT/GRORU/201/2010 de 22/04/2010 donde **“CONFIRMABAN QUE LAS EJECUCIONES SE ENCONTRABAN VIGENTES Y QUE UNA VEZ REMITIDO EL INFORME TÉCNICO (sic) DE LA SUPERINTENDENCIA DE LOS PROYECTOS, CUMPLIENDO REQUISITOS DE LA CLÁUSULA 8va. DEL CONDICIONADO GENERAL, SE PROCEDERÍA A LA EJECUCIÓN REQUERIDA”**.

Al requerimiento de ejecución que citamos, se acompañó la siguiente documentación:

- Fotocopia de oficio SAF G-100 91/10 de 17/03/2010, de solicitud de Ejecución de Pólizas enviada a Seguros y Reaseguros Fortaleza (Fs. 2), fotocopias de Pólizas N° JOB (ORU) N° 273 (Fs. 1), JIA (ORU) N° 202 (Fs. 2), JIA (ORU) N° 218 (Fs.1), JOB (ORU) N° 285 (Fs. 2) y fotocopia de carta FORT/GRORU/201/2010 emitida por Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A.
- Fotocopias legalizadas de Contratos suscritos entre el COMANING y la Empresa Jhoselyn S.R.L., para ejecución de trabajos en los Proyectos de Quillacas-Villa Esperanza (Fs. 21) y Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza (Fs. 21).
- Original de oficio Sección As. Jur. N° 67/2010 de fecha 16 de agosto de 2010 de Primera Intención de Resolución de Contrato (Fs. 1).
- Fotocopia de oficio As. Jur. N° 75/2010 de fecha 31 de agosto de 2010 - Segunda Carta de Resolución de Contrato (Fs. 1), mas antecedentes.
 1. Acta de Compromiso de fecha 22 de abril de 2010, suscrita entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn (Fs. 1).
 2. Acta de Reunión entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn, de fecha 19 de mayo de 2010 (Fs. 1)
 3. Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Quillacas - Villa Esperanza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 5).
 4. Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 4).
 5. Fotocopia de Informe Técnico Secc. III Op. N° 004/10 de fecha 24 de febrero de 2010, del Jefe de la Sección III Operaciones sobre situación de la Empresa subcontratista (Fs. 3).

1.1 RESPUESTA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

Mediante Oficio FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011, la Compañía de Seguros y Reaseguros **FORTALEZA S.A.** responde el requerimiento de ejecución de las garantías contenido en Oficio As. Jur. N° 080/2011 de 6/04/2011, indicando que, la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202 en franca contraposición a lo expresado inicialmente que, **NO CORRESPONDÍA, ante la existencia de Carta CITE S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010**, mediante la cual la empresa aseguradora recibía la

instrucción de dejar sin efecto la ejecución y las liberaba. En relación a las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORJ-000285 y JOB-ORU-000273, requieren la remisión de documentación respaldatoria, (documentación ésta que fue remitida a la Compañía Aseguradora) sin significar esto la aceptación o rechazo al requerimiento de ejecución, tal como:

1. Carta de Resolución de contrato debidamente notariada con la diligencia notarial de entrega al contratista.
2. Orden de Proceder
3. Adendas y contratos modificatorios al contrato principal.
4. Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento, firmada por la MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva).
5. Libro de Órdenes
6. Órdenes de Cambio

2. RESPUESTA A NEGATIVA DE EJECUCIÓN CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011

Con Oficio As. Jur. N° 091/2011 de fecha 20/04/2011, recepcionado por la Empresa Aseguradora **FORTALEZA S.A.** el 25/04/2011, el Comando de Ingeniería del Ejército responde a términos contenidos en Oficio FORT/GRORU/0183/2011 de fecha 18 de abril de 2011, por el que nos hacían conocer que la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo, realizada mediante Carta Cite As. Jur. N° 080/2011, no correspondía, en razón a que se habría enviado una anterior carta S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010 en el sentido de dejar sin efecto la ejecución de las pólizas JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202, autorizando la renovación de las pólizas de cumplimiento de contrato e instruyendo la liberación de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo; aclarando el origen de la citada instrucción y desvirtuando la negativa formulada.

Con relación a las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra, se recalcó que, constaba en antecedentes que corren en esa institución que, a través de Oficio SAF. G-100 91/10 de 17/03/2010 el Comando de Ingeniería del Ejército solicitó la EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273, otorgadas por la EMPRESA JHOSELYN CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES S.R.L., remitiendo las Pólizas en EJEMPLARES ORIGINALES. De igual manera se hizo notar que, la ejecución requerida fue suspendida momentáneamente en mérito a Oficio SAF. G-100 172/10 de 21/04/2010 dirigido por el Comando a esa Compañía Aseguradora, acusándose recibo de la misma con Oficio FORT/GRORU/201/2010 de 22/04/2010 donde nos indicaban que las ejecuciones se encuentran vigentes y una vez remitido el Informe Técnico de la Superintendencia de los Proyectos y cumpliendo requisitos de Clausula 8ª del Condicionado General se procedería a la ejecución requerida.

Aclarando el punto referido a la carta S.D. COMANING N° 251/10, se indicó que esta situación no fue de conocimiento del Comando, toda vez que la misma fue firmada por **el ex Comandante de Ingeniería del Ejército Cnl. DAEN. Carlos Walker Villarroel Fernández, CUANDO YA HABÍA CESADO EN SUS FUNCIONES**, con el fin de

demostrar esta situación acompañamos el (sic) memorándums debidamente legalizados que prueban la fecha de nombramiento de la nueva autoridad (6/12/2010), fecha en la cual fue dado de baja como Comandante el Cnl. Villarroel, y la carta mencionada por la Empresa fue recibida en fecha 15 de diciembre de 2010, remitiéndonos al Art. 122 de la Constitución Política del Estado, que textualmente señala: **“SON NULOS LOS ACTOS DE LAS PERSONAS QUE USURPEN FUNCIONES QUE NO LES COMPETEN, ASÍ COMO LOS ACTOS DE LAS QUE EJERCEN JURISDICCIÓN O POTESTAD QUE NO EMANE DE LA LEY”**; haciendo notar la Nulidad de los actos de la autoridad saliente y consecuente ineficacia de la referida carta S.D. COMANING N° 251/10, reiterando el requerimiento de INMEDIATA EJECUCIÓN de las POLIZAS DE GARANTÍA DE FIANZA y el depósito respectivo a nombre del Comando de Ingeniería del Ejército en N° de Cuenta 10000004671520 del Banco Unión SA. Asimismo, se anunció que, en caso de que la Compañía Aseguradora continúe con la actitud de retardación en la ejecución de las pólizas en cuestión, se acudirá a la instancia llamada por ley, en defensa de los intereses estatales.

3. REITERADA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0201/2011 de 27/04/2011

De manera reiterada y sin argumento firme, con oficio FORT/GRORU/0201/2011 de fecha 27 de abril de 2011, la compañía aseguradora nos hace conocer que nuestra reiteración de solicitud de ejecución de las pólizas de garantía contenida en Oficio As. Jur. N° 091/2011 de 20/04/2011, es nuevamente negada, utilizándose de manera reiterativa contenido (sic) de carta cite S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15/12/2010, tomando como justificativo y argumento para no dar curso a la ejecución de garantías requeridas, que el CIE habría impartido instrucciones para dejar sin efecto la ejecución manifestada y que las reiteradas solicitudes a las cuales no dan curso serían extemporáneas, en mérito justamente a esta instructiva.

El tenor de la negativa es consecuente con los mismos argumentos utilizados en comunicaciones anteriores, introduciéndose inclusive la empresa aseguradora en el análisis de normativa inherente a la Responsabilidad por la Función Pública y expresando que su accionar se sustenta en la actual legislación, que PROTEGE A LOS PRIVADOS Y ADMINISTRADOS DE LAS ACTIVIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS, sin tomar en cuenta que son “los intereses estatales” los que resguarda el Comando; en este caso del accionar de “privados”.

Atendiendo el requerimiento de envío de información por parte de la empresa aseguradora, al amparo de los Arts. 1027 y 1031 del Código de Comercio, a través de carta As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011, se volvió a reiterar solicitud (sic) de ejecución de garantías y se remitió la siguiente documentación:

1. Carta de resolución de contrato legalizada, debidamente notariada y con la diligencia de entrega al contratista. Documento remitido anteriormente en Anexo en fotocopia simple con Cite As. Jur. N° 080/2011, más antecedentes (Oficio As. Jur. N° 75/2010 de 31/08/2010).
2. Ordenes de Proceder, debidamente legalizadas.
3. Adendas y contratos modificatorios al contrato principal (Ejemplares legalizados).

4. Original de Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento, firmada por la MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva).
5. Libro de Órdenes. Partes pertinentes dentro de los proyectos, debidamente legalizadas.
6. Ordenes de Cambio debidamente legalizadas.

4. ULTIMA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/359/2011 de 8/07/2011

Como respuesta a nuestro requerimiento de ejecución contenido en nuestra última comunicación, con oficio FORT/GRORU/359/2011 de fecha 8 de julio de 2011, nuevamente la compañía aseguradora reitera **ACCIONES DILATORIAS** que desvirtúan nuestro requerimiento; ya que pese a haber cumplido todas sus exigencias, esta vez ingresan en **INCONGRUENCIAS**, al pedirnos que realicemos "aclaraciones" en torno a aspectos contenidos en Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto "Construcción Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza del Departamento de Oruro; mismas que se orientan a los siguientes aspectos:

1. Textual: ..."Con referencia a la Resolución Administrativa N° 012/11 de fecha 23 de Marzo del 2010, donde se resuelven los 2 contratos garantizados, en el cual se menciona en su tenor "...en aplicación al procedimiento establecido en contratos contenidos en la Cláusula Décima Novena punto 19.3 Resolución a Requerimiento del Contratante por causales atribuibles..." agradeceremos nos hagan la aclaración correspondiente sobre las causales de resolución, en forma concreta y clara, en particular sobre el punto 19.3 que supuestamente se halla contenido en los contratos y que una vez revisados los mismos evidenciamos que dicho punto no existe."...

- **ACLARACIÓN:** Cabe aclarar que, fotocopias legalizadas de Contratos suscritos entre el COMANING y la Empresa Jhoselyn S.R.L., para ejecución de trabajos en los Proyectos Quillacas-Villa Esperanza (Fs. 21) y Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza (Fs. 21), fueron remitidos a FORTALEZA S.A. en el primer requerimiento de ejecución, mediante Oficio Sección As. Jur. N° 080/2011 de fecha 6/04/2011, recepcionado por la empresa el 8/04/2011; **DENOTÁNDOSE DE MANERA CONCRETA LA ACCION DILATORIA Y CONTRADICTORIA EN QUE INCURRE LA ASEGURADORA, PIDIENDO ACLARACIONES SOBRE DOCUMENTOS QUE CORREN EN ESA INSTANCIA Y LAS CUALES NO EXPRESAN DE MANERA OBJETIVA**, siendo que en Resolución Administrativa N° 12/11 de 23 de marzo de 2011 por la cual la MAE declara la Resolución de las Minutas de Contratos por Excepción que nos ocupa, se acude a Cláusula DÉCIMA NOVENA (TERMINACIÓN DEL CONTRATO), punto 19.3 Resolución a requerimiento del CONTRATANTE, por causales atribuibles al SUB CONTRATISTA, estando contemplada esta Cláusula en Minuta de Contrato por Excepción del Tramo II Quillacas-Villa Esperanza, siendo evidente que en la Minuta de Contrato por Excepción del Tramo III Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, esta causal figura en Cláusula VIGÉSIMA;

situación **DE FORMA** que no hace a lo principal y que puede ser subsanada si mínimamente la Compañía Aseguradora se haya remitido al análisis de los Contratos remitidos en su oportunidad y no accionando a estas alturas expresando que **SUPUESTAMENTE SE HALLA CONTENIDO EN LOS CONTRATOS Y QUE UNA VEZ REVISADOS LOS MISMOS EVIDENCIAN QUE DICHO PUNTO NO EXISTE**; situación falsa y que sólo demuestra la intencionalidad de FORTALEZA S.A. de no ejecutar las garantías como corresponde por ley.

2. Textual: ...“De igual forma, con referencia a su carta de fecha 31 de agosto de 2010 con cite: As. Jur. N° 75/2010, que vuelve a mencionar la clausula (sic) Decimo (sic) Novena que en el contrato se refiere a CAUSAS DE FUERZA MAYOR Y/O CASO FORTUITO como causal de la Resolución, sobre lo que solicitamos tengan la amabilidad de aclarar este aspecto, como indicamos en el punto anterior.”...

- **ACLARACIÓN:** Relacionada y atendida en anterior punto.

3. Textual: ...“De igual forma, reiteramos lo citado en anteriores notas, aclarando que conforme su carta de cite COMANING 251/10 de fecha 15 de Diciembre del 2010 se deja sin efecto la ejecución de todas las pólizas, incluidas las de Cumplimiento de contrato.”...

- **ACLARACIÓN:** La presente solicitud de aclaración que reincidentemente esgrime la empresa aseguradora, ha sido tratada anteladamente; considerándose que el criterio técnico y determinación al respecto, lo emitirá la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Dentro del texto de oficio FORT/GRORU/359/2011 de fecha 8 de Julio de 2011, también de manera reiterada, la empresa aseguradora requiere se le haga llegar documentación complementaria en original o fotocopia legalizada, sin que esto signifique la aceptación o rechazo a la solicitud de ejecución, como ser:

1. Resolución Administrativa N° 012/11 de fecha 23 de Marzo del 2010.

Documento remitido con anterioridad en ejemplar original a Fs. 3 a FORTALEZA S.A. a través de Oficio Sección As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011; recepcionado por la empresa aseguradora en fecha 30/06/2011.

2. Carta de intención de resolución de contrato.

Cabe señalar que la Intención de Resolución de Contrato a la cual hace mención la empresa aseguradora, se encuentra contenida en Oficio As. Jur. N° 080/2011 de 6/04/2011, con sello de recepción de FORTALEZA S.A. de 8/04/2011 y fue remitida con anterioridad a su “nuevo” requerimiento en Anexo, que además contenía:

- Original de oficio Sección As. Jur. N° 67/2010 de fecha 16 de agosto de 2010 de Primera Intención de Resolución de Contrato (Fs. 1).
- Fotocopias de: oficio As. Jur. N° 75/2010 de fecha 31 de agosto de 2010 de Segunda Carta de Resolución de Contrato (fs. 1), más antecedentes:
- Acta de Compromiso de fecha 22 de abril de 2010, suscrita entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn (Fs. 1).

- Acta de Reunión entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn, de fecha 19 de mayo de 2010 (Fs. 1)
- Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Quillacas - Villa Esperanza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 5).
- Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 4).
- Fotocopia de Informe Técnico Secc. III Op. N° 004/10 de fecha 24 de febrero de 2010, del jefe de la sección III Operaciones sobre situación de la Empresa subcontratista (Fs. 3).

3. Carta notariada donde se haya hecho efectiva la resolución del contrato, de acuerdo a lo estipulado en el punto 20.4 de los contratos garantizados.

Con referencia a este requerimiento de documentación complementaria, fue remitido en fotocopia legalizada (Oficio As. Jur. N° 75/2010 de 31/08/2010), a través de Oficio As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011, recepcionado por la empresa aseguradora el 30/06/2011; haciendo notar que por ejemplo el punto 20.4 de los contratos garantizados, no es el mismo en los dos documentos, siendo que, en el Contrato del Tramo II Quillacas-Villa Esperanza, las Reglas Aplicables a la Resolución, están contenidas (sic) en el punto 19.5 (**UNA CONTRADICCIÓN Y AMBIGÜEDAD MÁS DE FORTALEZA S.A**).

4. Diligencia notarial de entrega de la carta de resolución de contrato.

Aspecto que guarda relación con anterior punto y cumplido de igual manera por el CIE.

5. Textual: ...“Poder o resolución Administrativa del Cnl. Carlos Villarroel Fernández, donde se evidencie las facultades que el Comando de Ingeniería del Ejército le confiere para representarlo.”...

6. Textual: ... “Poder o Resolución Administrativa del Cnl. Henry Omar Ortiz Mercado, donde se evidencie las facultades que el Comando de Ingeniería del Ejército le confiere para representarlo.”...

La presente solicitud contenida en última comunicación de la Aseguradora, conforme establecen los antecedentes que corren en esa entidad, dejamos a consideración de su Autoridad.

Además, señalo que el inc. a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883 establece como obligación de las aseguradoras “indemnizar los daños y perdidas (sic) o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista”, y que al estar esta obligación contenida en la Ley de Seguros y en su reglamento es deber del Órgano de Fiscalización hacerlas cumplir, mas aun cuando la fianza cuenta con la cláusula de ejecución inmediata condicional que requiere UNICAMENTE UNA DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL, no estando SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICION.

5.- RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/No. 087-2012 DE FECHA '8 DE FEBRERO DE 2012.-

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 087-2012, de fecha 8 de febrero de 2012, después de realizar una valoración de las pruebas presentadas por la Institución Militar, en su parte Resolutiva sanciona a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, con una multa en bolivianos equivalentes a 45.000,00.- UFVs., por la contravenir (sic) el inciso a) del Art. 12 de la Ley de Seguros No. 1838 de 25 de junio de 1998.

Asimismo en dicha Resolución en su **CONSIDERANDO** inc. c) de manea (sic) textual señala "Se evidencio (sic) que la conducta de la **Aseguradora es reincidente**, en los términos establecidos por el Art. 19 de la Resolución Administrativa IS. 602 de 24 de octubre de 2003, al haber sido sancionado por infracciones similares mediante Resoluciones Administrativas que en Recurso de Revocatoria fueron confirmadas", es decir que existen otras similares sanciones en contra de FORTALEZA, las mismas que fueron confirmadas en los Recursos de Revocatoria.

Sin embargo pese a estos antecedentes, de manera sorpresiva la citada Resolución fue **REVOCADA**, por la Resolución Administrativa APS DJ/DS/No. 268 - 2012 de fecha 2 de mayo de 2012, ante esta situación la Institución Militar presento Recurso Jerárquico en contra de la mencionando Resolución.

6.- RESOLUCION MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 DE FECHA 3 DE OCTUBRE DE 2012.-

La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de fecha 3 de octubre de 2012, en su parte Resolutiva determina ANULAR el procedimiento administrativo inclusive hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 0876-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, debiendo en consecuencia emitir una nueva resolución, conforme a los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, dicha Resolución de manera clara en sus páginas 78 y siguientes, en el punto 2 DE LA CONTROVERSIA MISMA, establecía que las dos Resoluciones Administrativas comparten una par (sic) de fundamentos idénticos, sin embargo lo que extrañaba es que la autoridad recurrida en su segunda decisión, **haya revocado totalmente la primera sin desvirtuar su fallo anterior** es mas la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012 que consideraba como fundamental la Resolución Administrativa No. 012/12 de fecha 23 de marzo de 2011 en la primera (Sancionatoria), ya no fue tomada en cuenta en la segunda (Revocatoria), es mas la primera Resolución se encontraba justificada esencialmente y principalmente en que al haberse renovado las Pólizas el año 2009, las mismas "**contienen clausula de ejecución inmediata condicional**", aprobados por la Resolución Administrativa IS/No. 731, siendo aplicables (sic) entonces "**...un procedimiento expedito de ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista, precisamente con el objetivo de defender al beneficiario e impedir que las aseguradoras eludan sus obligaciones frente a quien ha confiado en su garantía, sobre todo cuando la fianza cuenta con la clausula (sic) de ejecución inmediata condicional que requiere UNICAMENTE UNA DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL (Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad ejecutiva) NO ESTANDO SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICION...**", aspecto que

cumplió la Institución Militar (DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO), por lo que correspondía EJECUTAR DICHAS GARANTIAS A FAVOR DEL COMANDO DE INGENIERIA DEL EJERCITO, y que a tiempo de impugnarse tal determinación por parte de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima, el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Empresa Aseguradora no contenía ningún alegato que **enerve en concreto la ejecución inmediata que resultaba ser el fundamento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No 087- 2012.**

Además la citada Resolución señala que los alegatos de la Empresa Aseguradora no presentan justificativo ni fundamento alguno a tal cambio del criterio de valoración, ya que las mismas **no eran determinantes** en la primera Resolución.

Asimismo, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de fecha 3 de octubre de 2012, establece que no le correspondía al ente Regulador, realizar una serie de consideraciones que salen en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 268-2012 de 2 de mayo de 2012 y que han dado lugar al fallo que allí consta, puntos que lamentablemente volvieron a ser considerados en la Resolución objeto del Recurso de Revocatoria, es mas de acuerdo a lo expuesto en la Resolución Ministerial, se determinaba que la entidad ahora recurrida tiene facultades suficientes para sancionar el incumplimiento de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., en lo refreido (sic) a las Pólizas como las que hace a la controversia, por cuanto, visto el carácter inmediato de la ejecución de la mismas, no corresponde la serie de procedimientos a los que ha hecho referencia la tercera interesada, es en este entendido, que lo único que correspondía es dar cumplimiento a la (sic) al Art. 12 de la Ley 1383 de 25 de junio de 1998 (de Seguros) que señala “**...OBLIGACIONES DE LA ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADOAS** (sic).- **Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: a) Indemnizar los daños y perdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista...**”, es decir que para el caso de las pólizas de seguro con clausula (sic) de ejecución inmediata condicional para entidades Públicas, importa no haber lugar a mayor tramite sino únicamente el dispuesto en la propia Clausula (sic).

Aspectos que no han sido considerados en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/914-2012 de fecha 23 de noviembre de 2012, mas aun cuando la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de fecha 3 de octubre de 2012, en su parte Resolutiva en su parte final disponía **EMITIR UNA NUEVA RESOLUCION, CONFORME LOS FUNDAMENTOS ESTABLECIDOS EN LA PRESENTE RESOLUCION MINISTERIAL JERARQUICA.** aspecto que no fue cumplido por la APS, ya que volvió a considerar los fundamentos que fueron rechazados por la citada Resolución Ministerial.

III.- PETITORIO

Por todo lo expuesto y habiendo demostrado que la Nota S.D. COMANING No. 251/10 fue enviada por el Ex - Comandante del Comando de Ingeniería del Ejército, es decir por una autoridad que no tenía (sic) legitimidad para hacerlo, toda vez que en fecha 6 de diciembre de 2010 de acuerdo a las ordenes de destino se había designado a otro funcionario militar en calidad de Comandante, hecho que será ratificado y ampliado con la documentación adjunta en obrados, se observa que la Institución

Militar ha cumplido con todas y cada una de las exigencias de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, motivo por el que interpongo **RECURSO DE REVOCATORIA** en contra de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 914 - 2012 de fecha 23 de noviembre de 2012, en virtud a: Art. 47, 48 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, solicitando:

Admita el presente Recurso en virtud a las normas antes señaladas.

Que, el Superintendente Sectorial mediante Resolución Administrativa considere lo expuesto en el (sic) Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de fecha 3 de octubre de 2012, y REVOQUE la citada Resolución e imponga una Sanción a la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., por contravenir el Art. 12 inc. a) de la Ley 1833 de 25 de junio de 1998 (se (sic) Seguros), ya que la citada Compañía no ha cumplido con la ejecución de las Pólizas en cuestión, conforme fundamenta la Resolución Ministerial y a su vez se instruya a la entidad financiera proceda a la ejecución de la Pólizas y sea con las formalidades de ley..."

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 49-2013 DE 16 DE ENERO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/914-2012 de 23 de noviembre de 2012, expresando los fundamentos que se transcriben a continuación:

"...CONSIDERANDO:

Que conviene, una vez resumidas las alegaciones **EL** (sic) **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** señaladas en el memorial de recurso, proceder a analizar las alegaciones expuestas. Veamos:

Que en cuanto al argumento **"II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO. 1.** del memorial de recurso y anotado en el cuarto Considerando de la presente resolución, se tiene que más que alegación que desvirtúe la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, **EL COMANDO DE INGENIERÍA DE EJÉRCITO** hace una simple relación de documentos presentados a la fiadora individualizando las pólizas, así como correspondencia intercambiada, sin enfocar dicha relación a enervar los argumentos de la resolución que ahora se recurre.

Que es observar no obstante que existe un error de apreciación por parte del Comando recurrente cuando afirma que la carta FORT/GRORU/201/2010 de 22 de abril de 2010 manifestó que **"confirmaba que las ejecuciones se encontraban vigentes y que una vez remitido el informe técnico de la Superintendencia... se procedería a la ejecución requerida"**. Nada más alejado de la verdad ya que dicha nota señala: "Acusando recibo de su Carta G-100 172/10 de 21 de abril de 2010 recibida por Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. en fecha 22 de abril de 2010, donde nos solicitan una suspensión momentánea de las ejecuciones de las pólizas de referencia hasta la recepción de un informe técnico de la Superintendencia de los Proyectos Construcción Asfalto Tramo II Quillacas-Cutimbora y el proyecto Asfalto III V Esperanza Salinas. Al respecto y siendo que las ejecuciones aún se encuentran vigentes, solicitamos a ustedes nos hagan llegar conjuntamente el informe mencionado líneas arriba una vez lo tengan, los documentos mencionados en la

cláusula 8 del Condicionado General de las Póliza ejecutadas...". Como se podrá apreciar, en la nota del fiador no hay ninguna alusión a que una vez recibida la documentación solicitada, se procedería a la **ejecución requerida**.

Que en relación a que la carta FORT/GRORU/0183/2011 de 18 de abril de 2011 de **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** manifiesta que en cuanto a las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-285 y JOB-ORU-273, requerían documentación sin que ello significara aceptación o rechazo al requerimiento de ejecución, documentación que el beneficiario remitió; carta de resolución de contrato notariada con constancia de recibo, orden de proceder, adendas y contratos modificatorios, resolución administrativa de declaración de incumplimiento firmada por la MAE, libro de órdenes, y órdenes de cambio, tal tampoco obedece a los datos del proceso, ya que la única carta que indica la frase subrayada es la carta FORT GRORU 359/2011 de 8 de julio de 2011.

Que en cuanto al argumento **"II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO. 2. RESPUESTA A NEGATIVA DE EJECUCIÓN CONTENIDA EN OFICIO FOR/GRORU/0183/2011 DE 18 DE ABRIL DE 2011"** del memorial de recurso y anotado en el cuarto Considerando de la presente resolución, nuevamente el Comando recurrente incurre en error de cita ya que la carta FORT GRORU-201-2010 de 22 de abril de 2010 no señala en ninguno de sus acápites que una vez evacuado (sic) los informes del Superintendente de los Proyectos, se procedería a la ejecución requerida.

Que en lo que toca a la validez de la carta S.D. COMANING N° 251/2010 firmada por el Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, el Comando recurrente presenta el Certificado de 1 de junio de 2012 emitido por el Jefe del Departamento V del Estado Mayor General, Luis Morales Reynolds, cuyo contenido señala que "es cierto y evidente que el Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández, habiendo cesado en sus funciones en la fecha señalada en el punto primero (**9 de diciembre de 2010**), no tenía atribuciones para realizar ningún acto en nombre y/o representación del Comando de Ingeniería del Ejército...".

Que se puede colegir que dicha certificación se limita a señalar que el Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández, en fecha 15 de diciembre de 2010, no tenía atribuciones para realizar ningún acto (léase, emitir la carta S.D. COMANING N° 251/2010 de 15 de diciembre de 2010) pero no invalida la actuación de dicho ex Comandante del Comando de Ingeniería del Ejército, aspecto que ha sido oportunamente observado y fundamentado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, pues para que la misma deje de tener efectos **ex post**, es necesaria la declaración de nulidad en aplicación del artículo 48 del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003. Mientras tal no ocurra, la carta extrañada es válida.

Que el Recurso de Revocatoria interpuesto por **EL COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** y que ahora nos ocupa, no desvirtúa el anterior razonamiento y se limita a mostrar la certificación anotada.

Que en cuanto al punto **"II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO. 3. REITERADA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0201/2011 DE 27 DE ABRIL DE 2011"** del memorial de recurso y anotado en el cuarto Considerando de la presente resolución, el Comando recurrente

nuevamente invoca la validez de la carta S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, así como señalar que defiende los intereses del Estado y no intereses privados, por lo que la aseguradora no podría ampararse en la Ley N° 1178- de Control y Fiscalización Gubernamental, anotando una vez más que ha proporcionado toda la documentación que la fiadora ha solicitado. Estos argumentos no enervan lo dispuesto en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012 ya que los mismos constituyen alegaciones generales y abstractas; v.gr. no desvirtúan la validez de la S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010.

Que en cuanto al punto **"II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO. 4. ÚLTIMA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/N° 359/2011 DE 8 DE JULIO DE 2011"**, del memorial de recurso cursante en el cuarto Considerando de la presente resolución, **EL COMANDANTE DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** no ha especificado en ningún momento cuál la causal concreta y específica para la resolución de los contratos y su subsecuente ejecución de las pólizas en cuestión, limitándose a alegar que la fiadora incurre en acciones dilatorias e incongruencias. En todo caso, las especificaciones que se solicitan serían "aspectos de forma" y que en relación a la Resolución Administrativa 012 de 23 de marzo de 20110 que declara la resolución, se acude a la cláusula décima novena (Terminación del Contrato) punto 19.3. Resolución a Requerimiento del Contratante por causales atribuibles al sub contratista, contemplado en la Minuta de Contrato por Excepción Tramo II Quillacas-Villa Esperanza, y que en la Minuta de Contrato por Excepción Tramo III Villa Esperanza-Salinas de Garcí Mendoza, esta causal se encuentra en la cláusula vigésima, por lo que siendo una situación de forma (señala la recurrente), la compañía aseguradora debiera remitirse al análisis de los contratos remitidos en su oportunidad y no accionar expresando que los mismos no existen.

Que, añade la recurrente, mayores especificaciones al respecto, **serían emitidos por la APS (sic)**. No se entiende cómo es que la recurrente alega que la especificación de la causal de resolución de los contratos sea pronunciada por el ente regulador, ya que las funciones, atribuciones y facultades de la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros (sic) no contemplan el determinar **causales de resolución de contratos**.

Que la recurrente vuelve a anotar que ha enviado toda la documentación que se le ha solicitado y que en cuanto a los poderes que configuran la autoridad del Comando de Ingeniería del Ejército, tal sería **considerada por el ente regulador (sic)**. Tampoco estos argumentos enervan ni desvirtúan la resolución que se impugna.

Que en lo tocante a la cláusula de ejecución inmediata para las pólizas en cuestión, vamos a referirnos más adelante.

Que en cuanto al punto **"II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO. 5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N 087-2012 DE FECHA 8 DE FEBRERO DE 2012"**, del memorial de recurso cursante en el cuarto Considerando de la presente resolución, es necesario aclarar que los casos en que la aseguradora incurrió en inconductas calificadas como reincidentes y que conllevan agravación de la sanción, a la fecha de emisión de la presente Resolución, han superado los 180 días que prescribe el artículo 19.a) de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003, razón por la que no se las toma en cuenta. Se aclara sin embargo que la resolución que se

recurre es la APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012 y no las anteriores inexistentes por haber declarado su nulidad, por lo que toda invocación a éstas es impertinente e inconducente a los fines del recurso de revocatoria interpuesto por **EL COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**.

Que en cuanto al punto **"II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO. 6. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 DE 3 DE OCTUBRE DE 2012"** del memorial de recurso y cursante en el cuarto Considerando de la presente resolución, nuevamente debe anotarse que la resolución que **EL COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** está impugnando es la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012 y no la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012.

No obstante, debe considerarse que en este acápite, el recurrente acude a los mismos argumentos desarrollados en la **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 DE 3 DE OCTUBRE DE 2012"**, en lo que respecta a la no desvirtuación del argumento fundamental que sustentó en su día, a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087/2012 de 8 de febrero 2012, esto es, la aplicación de la cláusula de ejecución inmediata condicional para las pólizas: de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo **JIA-ORU-218** por un valor afianzado de Bs.784.189,77; de Cumplimiento de Contrato de Obra **JOB-ORU-285** por un valor afianzado de Bs.603.717,00; de Correcta Inversión de Anticipo **JIA-ORU-202** por un valor afianzado de Bs.1.294.215,37, y (sic)

de (sic) Cumplimiento de Contrato de Obra **JOB-ORU-273** por un valor afianzado de Bs.425.975,38.

Que por ello el Informe Técnico APS/DS/JTS/25/2013 de 8 de enero de 2013, ha determinado de manera textual lo siguiente:

"De los antecedentes y de la revisión del caso y entregadas las pólizas legalizadas tanto por el Comando de Ingeniería como por la Aseguradora se puede evidenciar que las Pólizas:

JIA-ORU-218 Cod. Reg. 113-922611-2006-11-115

JOB ORU-285 Cod. Reg. 113-922207-2006-11-111

JIA ORU-202 Cod. Reg. 113-922611-2006-11-115

JOB ORU-273 Cod. Reg. 113-922207-2006-11-111

No se encuentran dentro la reglamentación expresa de seguros de fianzas emitidas a través de la Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007, por lo que su tratamiento para la ejecución se encuentra sujeto a las cláusulas de los contratos de seguros suscritos.

Es menester aclarar que el Comando de Ingeniería del Ejército remitió inicialmente, como pólizas de seguros, las suscritas bajo la normativa de la Resolución Administrativa N° 731 de 11 de septiembre de 2007 y dentro el período de prueba remitió otra póliza de seguros debidamente legalizada, la cual no corresponde a los textos únicos aprobados(...).

El inicio del procedimiento sancionatorio se basó en la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, no obstante dado el periodo de prueba y establecido que las pólizas comercializadas no son las aprobadas mediante resolución Administrativa 731, corresponde evaluar el supuesto incumplimiento del inciso a) del artículo 12 de la Ley 1883 de Seguros en función al análisis del contrato de seguro comercializado.

Del análisis del Condicionado General de las Pólizas JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273 es menester puntualizar las siguientes cláusulas:

Cláusula 4ta.- 'En el caso de reclamo por parte del Beneficiario, es obligación de este demostrar el incumplimiento motivo del reclamo contra el Afianzado, debiendo al efecto adjuntar la documentación e información necesaria consignando las causales de incumplimiento del contrato suscrito entre las partes. La documentación presentada por el beneficiario debe demostrar fehacientemente de forma inequívoca y suficiente que existe incumplimiento por parte del Afianzado.

Asimismo, se estipula a través de la presente cláusula, que la póliza al ser de ejecución inmediata condicional, la Aseguradora una vez aprobada la procedencia del reclamo, indemnizará hasta el monto afianzado al beneficiario, en el plazo establecido en esta póliza sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial'

Cláusula 8va.-'La presente póliza de garantía es de Ejecución Inmediata, lo que implica que por su carácter condicional, el Beneficiario está obligado a demostrar fehacientemente de forma inequívoca y suficiente el incumplimiento del contrato principal por parte del afianzado para recibir la indemnización (...)'.

Cláusula 10ma. 'La Aseguradora debe pagar el monto de indemnización determinado en la cláusula anterior en un plazo de treinta (30) días hábiles computables a partir de la presentación de todos los documentos requeridos en la cláusula 8 los cuales deben demostrar de forma inequívoca y suficiente el incumplimiento de contrato por parte del Afianzado"

Tal como se puede observar para la ejecución de las pólizas comercializadas JIA-ORU-218, JOB-ORU-00285, JIA-ORU-00202 y JOB-ORU-273 es necesario demostrar de forma inequívoca y suficiente el incumplimiento del contrato por parte del afianzado, mientras que para las pólizas de textos únicos con cláusula de ejecución inmediata condicional el único requisito para la ejecución es la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE).

En este sentido y toda vez que el inicio del proceso sancionatorio tiene como base la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, según el texto único aprobado mediante Resolución Administrativo 731 de 11 de septiembre de 2007 y el contrato comercializado tiene condiciones totalmente diferentes, es criterio técnico desestimar los cargos impuestos a Seguros y Reaseguros Fortaleza, toda vez que esta jefatura no puede determinar que se ha

demostrado fehacientemente de forma inequívoca y suficiente el incumplimiento del contrato principal por parte del afianzado, correspondiendo esta análisis a la autoridad competente (Tribunal Arbitral)".

Que de lo transcrito anteriormente se concluye que al no encontrarse registradas aquellas pólizas no se puede exigir el deber de inclusión de la cláusula de ejecución inmediata condicional, como establece mandatoriamente el artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2007, siendo necesario acudir entonces a las reglas anotadas en el Condicionado General de dichas pólizas, mismas que estipulan que:

- a)** El contrato principal es parte integrante e indisoluble de la póliza de garantía.
- b)** El beneficiario está obligado a demostrar fehacientemente de forma inequívoca y suficiente el incumplimiento del contrato principal por parte del afianzado para recibir la indemnización.
- c)** De acuerdo a la definición de Garantía de Ejecución Inmediata (que caracteriza a las 4 pólizas) ésta se entiende como la obligación del beneficiario de demostrar el incumplimiento (...) consignando las causales de incumplimiento del contrato suscrito entre las partes.
- d)** La aseguradora indemnizará el menor monto de dinero que resulte de la comparación entre el valor afianzado garantizado por la presente póliza, y b) el saldo insoluto (de pago) obtenido del cálculo del Monto Total del anticipo entregado por el beneficiario menos el monto del avance acumulado que efectivamente realizó el afianzado. Este cálculo será realizado por el beneficiario.

Que detallado lo anterior, pese a reiterados pedidos al recurrente, éste no ha acreditado el cálculo del monto no invertido por su contratante Empresa Jhoselyn, tal como se ha evidenciado en el informe de 6 de noviembre de 2012 emitido por la Lic. Jessica Leslie Jara, Encargada de Contrataciones del Comando de Ingeniería del Ejército, adjunta al memorial de 8 de noviembre de 2012. Por lo que se puede colegir que es la propia recurrente que no sustenta debidamente la pretensión de ejecución de las pólizas citadas ya que éstas, por su naturaleza "De Correcta Inversión de Anticipo", necesitan demostración de que no se ha usado correctamente los dineros entregados en calidad de anticipo, y ello puede hacerse a través de un cálculo de saldos, cálculo a cargo exclusivamente del beneficiario.

Que el recurrente nada dice o alega a este respecto; es decir, no argumenta a su favor nada que pueda inducir al razonamiento de que como beneficiario, cuenta con el cálculo de saldo indicado. Ha hecho precisamente lo contrario, decir que no cuenta con documentación pertinente.

Que estas son las razones por las que en su momento, la APS revoca su inicial decisión, pues se vió en la necesidad de hurgar en aspectos concomitantes al asunto, como analizar montos, cartas, cláusulas de resolución del contrato principal, etc.

Que en cuanto a las facultades sancionatorias de la APS, nada se tiene que objetar ya que las mismas son de existencia legal en la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, Ley del Procedimiento Administrativo y sus dos decretos reglamentarios.

CONSIDERANDO:

Que a todo lo expuesto, se debe añadir que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, funda su decisión de desestimar la pretensión del **COMANDO DE INGENIERIA DEL EJÉRCITO**, en la inexistencia de la causal de resolución a momento de solicitar la ejecución de las pólizas; en efecto, se ha visto meridianamente que la recurrente, "deja al criterio de la entidad reguladora" la valoración de la existencia o no de la causal de resolución. Esta posición es concordante con el silencio del Comando de Ingeniería al requerimiento de esta APS, cuando se le solicitó acreditar indubitablemente, la causal específica de resolución.

Que luego, siendo esta la situación, tampoco el ahora recurrente ha producido la evidencia de la causal concreta de resolución de los contratos, limitándose a señalar que la misma se encuentra, de manera genérica, contemplada en las cláusulas 19 y 20 de los contratos, ignorando o pretendiendo ignorar que tales cláusulas contienen a su vez, un abanico variado de causales, por lo que era menester su individualización.

Que otro argumento de la resolución que se recurre es que no se ha clarificado el conflicto de competencia entre las actuaciones del Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández como firmante de la carta S.G. COMANING N° 251/10. En efecto, tampoco en este punto, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** produce prueba suficiente de la nulidad de las actuaciones de dicho oficial, constriñéndose a presentar una certificación que señala que dicho Cnl. carecía de facultades para emitir cartas como la indicada, cuando lo pertinente era acreditar la declaración por autoridad superior, de la nulidad de los actos emanados por el entonces Comandante del Comando de Ingeniería del Ejército Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández.

CONSIDERANDO:

Que el conjunto de estas limitaciones, omisiones, e inconsistencias en la actuación de la recurrente, conllevan al criterio razonable de que no se ha producido o practicado las pruebas que conduzcan a revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, por lo mismo, no se ha desvirtuado ni enervado la misma..."

7. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado en fecha 7 de febrero de 2013, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013, expresando los alegatos siguientes:

"...II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO

ANTECEDENTES

Se debe tener presente lo siguiente:

1. PRIMER REQUERIMIENTO DE EJECUCIÓN

Mediante Oficio Sección As. Jur. N° 080/2011 de fecha 6/04/2011, recepcionado el 8/04/2011, nos dirigimos a la Compañía Aseguradora **FORTALEZA S.A.** para requerir la **EJECUCIÓN** de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 por el Valor Afianzado de **Bs. 784.189,77.- (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE 77/100 BOLIVIANOS)**; Cumplimiento de Contrato de Obra

JOB-ORU-285 por el Valor Afianzado de **Bs. 603.717,00.- (SEISCIENTOS TRES MIL SETECIENTOS DIECISIETE 00/100 BOLIVIANOS)**; Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202 por el Valor Afianzado de **Bs. 1.294.215,37.- (UN MILLÓN DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS QUINCE 37/100 BOLIVIANOS)** y Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273 por el Valor Afianzado de **Bs. 425.975,38.- (CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO 38/100 BOLIVIANOS)**, garantías emergentes de Minutas de Contratos per Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto "Construcción Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza del Departamento de Oruro.

El Requerimiento de Ejecución se fundamento en anterior solicitud contenida en Oficio SAF. G-100 91/10 de 17/03/2010, mediante el cual el Comando de Ingeniería del Ejército, remitiendo las Pólizas de Garantía en **ORIGINALES**, solicitó la **EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA** JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273, otorgadas por la **EMPRESA JHOSELYN CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES S.R.L.**, por los contratos referidos. Haciendo hincapié que dicha ejecución había sido suspendida momentáneamente en merito a Oficio SAF. G-100 172/10 de 21/04/2010 dirigido por el Comando a la empresa aseguradora, habiendo tomado conocimiento la empresa y acusado recibo mediante Oficio FORT/GRORU/201/2010 de 22/04/2010 donde **"CONFIRMABAN QUE LAS EJECUCIONES SE ENCONTRABAN VIGENTES Y QUE UNA VEZ REMITIDO EL INFORME TÉCNICO (sic) DE LA SUPERINTENDENCIA DE LOS PROYECTOS, CUMPLIENDO REQUISITOS DE LA CLÁUSULA 8va. DEL CONDICIONADO GENERAL, SE PROCEDERÍA A LA EJECUCIÓN REQUERIDA"**.

Al requerimiento de ejecución que citamos, se acompañó la siguiente documentación:

- Fotocopia de oficio SAF G-100 91/10 de 17/03/2010, de solicitud de Ejecución de Pólizas enviada a Seguros y Reaseguros Fortaleza (Fs. 2), fotocopias de Pólizas N° JOB (ORU) N° 273 (Fs. 1), JIA (ORU) N° 202 (Fs. 2), JIA (ORU) N° 218 (Fs.1), JOB (ORU) N° 285 (Fs. 2) y fotocopia de carta FORT/GRORU/201/2010 emitida por Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A.
- Fotocopias legalizadas de Contratos suscritos entre el COMANING y la Empresa Jhoselyn S.R.L., para ejecución de trabajos en los Proyectos de Quillacas-Villa Esperanza (Fs. 21) y Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza (Fs. 21).
- Original de oficio Sección As. Jur. N° 67/2010 de fecha 16 de agosto de 2010 de Primera Intención de Resolución de Contrato (Fs. 1).
- Fotocopia de oficio As. Jur. N° 75/2010 de fecha 31 de agosto de 2010 - Segunda Carta de Resolución de Contrato (Fs. 1), mas antecedentes.
 1. Acta de Compromiso de fecha 22 de abril de 2010, suscrita entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn (Fs. 1).
 2. Acta de Reunión entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn, de fecha 19 de mayo de 2010 (Fs. 1)

3. Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Quillacas - Villa Esperanza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 5).
4. Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 4).
5. Fotocopia de Informe Técnico Secc. III Op. N° 004/10 de fecha 24 de febrero de 2010, del Jefe de la Sección III Operaciones sobre situación de la Empresa subcontratista (Fs. 3).

1.1 RESPUESTA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

Mediante Oficio FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011, la Compañía de Seguros y Reaseguros **FORTALEZA S.A.** responde el requerimiento de ejecución de las garantías contenido en Oficio As. Jur. N° 080/2011 de 6/04/2011, indicando que, la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202 en franca contraposición a lo expresado inicialmente que, **NO CORRESPONDÍA, ante la existencia de Carta CITE S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010**, mediante la cual la empresa aseguradora recibía la instrucción de dejar sin efecto la ejecución y las liberaba. En relación a las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORJ-000285 y JOB-ORU-000273, requieren la remisión de documentación respaldatoria, (documentación ésta que fue remitida a la Compañía Aseguradora) sin significar esto la aceptación o rechazo al requerimiento de ejecución, tal como:

1. Carta de Resolución de contrato debidamente notariada con la diligencia notarial de entrega al contratista.
2. Orden de Proceder
3. Adendas y contratos modificatorios al contrato principal.
4. Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento, firmada por la MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva).
5. Libro de Órdenes
6. Órdenes de Cambio

2. RESPUESTA A NEGATIVA DE EJECUCIÓN CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011

Con Oficio As. Jur. N° 091/2011 de fecha 20/04/2011, recepcionado por la Empresa Aseguradora **FORTALEZA S.A.** el 25/04/2011, el Comando de Ingeniería del Ejército responde a términos contenidos en Oficio FORT/GRORU/0183/2011 de fecha 18 de abril de 2011, por el que nos hacían conocer que la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo, realizada mediante Carta Cite As. Jur. N° 080/2011, no correspondía, en razón a que se habría enviado una anterior carta S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010 en el sentido de dejar sin efecto la ejecución de las pólizas JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202, autorizando la renovación de las pólizas de cumplimiento de contrato e instruyendo la liberación de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo; aclarando el origen de la citada instrucción y desvirtuando la negativa formulada.

Con relación a las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra, se recalcó que, constaba en antecedentes que corren en esa institución que, a través de Oficio SAF. G-100 91/10 de 17/03/2010 el Comando de Ingeniería del Ejército solicitó la EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273, otorgadas por la EMPRESA JHOSELYN CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES S.R.L., remitiendo las Pólizas en EJEMPLARES ORIGINALES. De igual manera se hizo notar que, la ejecución requerida fue suspendida momentáneamente en merito a Oficio SAF. G-100 172/10 de 21/04/2010 dirigido por el Comando a esa Compañía Aseguradora, acusándose recibo de la misma con Oficio FORT/GRORU/201/2010 de 22/04/2010 donde nos indicaban que las ejecuciones se encuentran vigentes y una vez remitido el Informe Técnico de la Superintendencia de los Proyectos y cumpliendo requisitos de Clausula 8ª del Condicionado General se procedería a la ejecución requerida.

Aclarando el punto referido a la carta S.D. COMANING N° 251/10, se indicó que esta situación no fue de conocimiento del Comando, toda vez que la misma fue firmada por **el ex Comandante de Ingeniería del Ejército Cnl. DAEN. Carlos Walker Villarroel Fernández, CUANDO YA HABÍA CESADO EN SUS FUNCIONES**, con el fin de demostrar esta situación acompañamos el (sic) memorándums debidamente legalizados que prueban la fecha de nombramiento de la nueva autoridad (6/12/2010), fecha en la cual fue dado de baja como Comandante el Cnl. Villarroel, y la carta mencionada por la Empresa fue recibida en fecha 15 de diciembre de 2010, remitiéndonos al Art. 122 de la Constitución Política del Estado, que textualmente señala: **“SON NULOS LOS ACTOS DE LAS PERSONAS QUE USURPEN FUNCIONES QUE NO LES COMPETEN, ASÍ COMO LOS ACTOS DE LAS QUE EJERCEN JURISDICCIÓN O POTESTAD QUE NO EMANE DE LA LEY”**; haciendo notar la Nulidad de los actos de la autoridad saliente y consecuente ineficacia de la referida carta S.D. COMANING N° 251/10, reiterando el requerimiento de INMEDIATA EJECUCIÓN de las POLIZAS DE GARANTÍA DE FIANZA y el depósito respectivo a nombre del Comando de Ingeniería del Ejército en N° de Cuenta 10000004671520 del Banco Unión SA. Asimismo, se anunció que, en caso de que la Compañía Aseguradora continúe con la actitud de retardación en la ejecución de las pólizas en cuestión, se acudirá a la instancia llamada por ley, en defensa de los intereses estatales.

3. REITERADA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0201/2011 de 27/04/2011

De manera reiterada y sin argumento firme, con oficio FORT/GRORU/0201/2011 de fecha 27 de abril de 2011, la compañía aseguradora nos hace conocer que nuestra reiteración de solicitud de ejecución de las pólizas de garantía contenida en Oficio As. Jur. N° 091/2011 de 20/04/2011, es nuevamente negada, utilizándose de manera reiterativa contenido (sic) de carta cite S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15/12/2010, tomando como justificativo y argumento para no dar curso a la ejecución de garantías requeridas, que el CIE habría impartido instrucciones para dejar sin efecto la ejecución manifestada y que las reiteradas solicitudes a las cuales no dan curso serían extemporáneas, en mérito justamente a esta instructiva.

El tenor de la negativa es consecuente con los mismos argumentos utilizados en comunicaciones anteriores, introduciéndose inclusive la empresa aseguradora en el

análisis de normativa inherente a la Responsabilidad por la Función Pública y expresando que su accionar se sustenta en la actual legislación, que PROTEGE A LOS PRIVADOS Y ADMINISTRADOS DE LAS ACTIVIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS, sin tomar en cuenta que son "los intereses estatales" los que resguarda el Comando; en este caso del accionar de "privados".

Atendiendo el requerimiento de envío de información por parte de la empresa aseguradora, al amparo de los Arts. 1027 y 1031 del Código de Comercio, a través de carta As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011, se volvió a reiterar solicitud (sic) de ejecución de garantías y se remitió la siguiente documentación:

1. Carta de resolución de contrato legalizada, debidamente notariada y con la diligencia de entrega al contratista. Documento remitido anteriormente en Anexo en fotocopia simple con Cite As. Jur. N° 080/2011, más antecedentes (Oficio As. Jur. N° 75/2010 de 31/08/2010).
2. Ordenes de Proceder, debidamente legalizadas.
3. Adendas y contratos modificatorios al contrato principal (Ejemplares legalizados).
4. Original de Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento, firmada por la MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva).
5. Libro de Órdenes. Partes pertinentes dentro de los proyectos, debidamente legalizadas.
6. Ordenes de Cambio debidamente legalizadas.

4. ULTIMA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/359/2011 de 8/07/2011

Como respuesta a nuestro requerimiento de ejecución contenido en nuestra última comunicación, con oficio FORT/GRORU/359/2011 de fecha 8 de julio de 2011, nuevamente la compañía aseguradora reitera **ACCIONES DILATORIAS** que desvirtúan nuestro requerimiento; ya que pese a haber cumplido todas sus exigencias, esta vez ingresan en **INCONGRUENCIAS**, al pedirnos que realicemos "aclaraciones" en torno a aspectos contenidos en Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimborá (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto "Construcción Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza del Departamento de Oruro; mismas que se orientan a los siguientes aspectos:

1. Textual: ..."Con referencia a la Resolución Administrativa N° 012/11 de fecha 23 de Marzo del 2010, donde se resuelven los 2 contratos garantizados, en el cual se menciona en su tenor "...en aplicación al procedimiento establecido en contratos contenidos en la Cláusula Décima Novena punto 19.3 Resolución a Requerimiento del Contratante por causales atribuibles..." agradeceremos nos hagan la aclaración correspondiente sobre las causales de resolución, en forma concreta y clara, en particular sobre el punto 19.3 que supuestamente se halla

contenido en los contratos y que una vez revisados los mismos evidenciamos que dicho punto no existe.”...

- **ACLARACIÓN:** Cabe aclarar que, fotocopias legalizadas de Contratos suscritos entre el COMANING y la Empresa Jhoselyn S.R.L., para ejecución de trabajos en los Proyectos Quillacas-Villa Esperanza (Fs. 21) y Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza (Fs. 21), fueron remitidos a FORTALEZA S.A. en el primer requerimiento de ejecución, mediante Oficio Sección As. Jur. N° 080/2011 de fecha 6/04/2011, recepcionado por la empresa el 8/04/2011; **DENOTÁNDOSE DE MANERA CONCRETA LA ACCION DILATORIA Y CONTRADICTORIA EN QUE INCURRE LA ASEGURADORA, PIDIENDO ACLARACIONES SOBRE DOCUMENTOS QUE CORREN EN ESA INSTANCIA Y LAS CUALES NO EXPRESAN DE MANERA OBJETIVA**, siendo que en Resolución Administrativa N° 012/11 de 23 de marzo de 2011 por la cual la MAE declara la Resolución de las Minutas de Contratos por Excepción que nos ocupa, se acude a Cláusula DÉCIMA NOVENA (TERMINACIÓN DEL CONTRATO), punto 19.3 Resolución a requerimiento del CONTRATANTE, por causales atribuibles al SUB CONTRATISTA, estando contemplada esta Cláusula en Minuta de Contrato por Excepción del Tramo II Quillacas-Villa Esperanza, siendo evidente que en la Minuta de Contrato por Excepción del Tramo III Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, esta causal figura en Cláusula VIGÉSIMA; situación **DE FORMA** que no hace a lo principal y que puede ser subsanada si mínimamente la Compañía Aseguradora se haya remitido al análisis de los Contratos remitidos en su oportunidad y no accionando a estas alturas expresando que **SUPUESTAMENTE SE HALLA CONTENIDO EN LOS CONTRATOS Y QUE UNA VEZ REVISADOS LOS MISMOS EVIDENCIAN QUE DICHO PUNTO NO EXISTE**; situación falsa y que sólo demuestra la intencionalidad de FORTALEZA S.A. de no ejecutar las garantías como corresponde por ley.

2. Textual: ...“De igual forma, con referencia a su carta de fecha 31 de agosto de 2010 con cite: As. Jur. N° 75/2010, que vuelve a mencionar la clausula (sic) Decimo (sic) Novena que en el contrato se refiere a CAUSAS DE FUERZA MAYOR Y/O CASO FORTUITO como causal de la Resolución, sobre lo que solicitamos tengan la amabilidad de aclarar este aspecto, como indicamos en el punto anterior.”...

- **ACLARACIÓN:** Relacionada y atendida en anterior punto.

4. Textual: ...“De igual forma, reiteramos lo citado en anteriores notas, aclarando que conforme su carta de cite COMANING 251/10 de fecha 15 de Diciembre del 2010 se deja sin efecto la ejecución de todas las pólizas, incluidas las de Cumplimiento de contrato.”...

- **ACLARACIÓN:** La presente solicitud de aclaración que reincidentemente esgrime la empresa aseguradora, ha sido tratada anteladamente; considerándose que el criterio técnico y determinación al respecto, lo emitirá la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Dentro del texto de oficio FORT/GRORU/359/2011 de fecha 8 de Julio de 2011, también de manera reiterada, la empresa aseguradora requiere se le haga llegar documentación complementaria en original o fotocopia legalizada, sin que esto signifique la aceptación o rechazo a la solicitud de ejecución, como ser:

1. Resolución Administrativa N° 012/11 de fecha 23 de Marzo del 2010.

Documento remitido con anterioridad en ejemplar original a Fs. 3 a FORTALEZA S.A. a través de Oficio Sección As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011; recepcionado por la empresa aseguradora en fecha 30/06/2011.

2. Carta de intención de resolución de contrato.

Cabe señalar que la Intención de Resolución de Contrato a la cual hace mención la empresa aseguradora, se encuentra contenida en Oficio As. Jur. N° 080/2011 de 6/04/2011, con sello de recepción de FORTALEZA S.A. de 8/04/2011 y fue remitida con anterioridad a su "nuevo" requerimiento en Anexo, que además contenía:

- Original de oficio Sección As. Jur. N° 67/2010 de fecha 16 de agosto de 2010 de Primera Intención de Resolución de Contrato (Fs. 1).
- Fotocopias de: oficio As. Jur. N° 75/2010 de fecha 31 de agosto de 2010 de Segunda Carta de Resolución de Contrato (fs. 1), más antecedentes:
- Acta de Compromiso de fecha 22 de abril de 2010, suscrita entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn (Fs. 1).
- Acta de Reunión entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn, de fecha 19 de mayo de 2010 (Fs. 1)
- Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Quillacas - Villa Esperanza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 5).
- Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 4).
- Fotocopia de Informe Técnico Secc. III Op. N° 004/10 de fecha 24 de febrero de 2010, del jefe de la sección III Operaciones sobre situación de la Empresa subcontratista (Fs. 3).

3. Carta notariada donde se haya hecho efectiva la resolución del contrato, de acuerdo a lo estipulado en el punto 20.4 de los contratos garantizados.

Con referencia a este requerimiento de documentación complementaria, fue remitido en fotocopia legalizada (Oficio As. Jur. N° 75/2010 de 31/08/2010), a través de Oficio As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011, recepcionado por la empresa aseguradora el 30/06/2011; haciendo notar que por ejemplo el punto 20.4 de los contratos garantizados, no es el mismo en los dos documentos, siendo que, en el Contrato del Tramo II Quillacas-Villa Esperanza, las Reglas Aplicables a la Resolución, están contenidas (sic) en el punto 19.5 (**UNA CONTRADICCIÓN Y AMBIGÜEDAD MÁS DE FORTALEZA S.A.**).

4. Diligencia notarial de entrega de la carta de resolución de contrato.

Aspecto que guarda relación con anterior punto y cumplido de igual manera por el CIE.

5. Textual: ...“Poder o resolución Administrativa del Cnl. Carlos Villarroel Fernández, donde se evidencie las facultades que el Comando de Ingeniería del Ejército le confiere para representarlo.”...

6. Textual: ... "Poder o Resolución Administrativa del Cnl. Henry Omar Ortiz Mercado, donde se evidencie las facultades que el Comando de Ingeniería del Ejército le confiere para representarlo."...

La presente solicitud contenida en última comunicación de la Aseguradora, conforme establecen los antecedentes que corren en esa entidad, dejamos a consideración de su Autoridad.

Además, señalo que el inc. a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883 establece como obligación de las aseguradoras "indemnizar los daños y perdidas (sic) o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista", y que al estar esta obligación contenida en la Ley de Seguros y en su reglamento es deber del Órgano de Fiscalización hacerlas cumplir, mas aun cuando la fianza cuenta con la clausula (sic) de ejecución inmediata condicional que requiere **UNICAMENTE UNA DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL, no estando SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICION.**

5.- RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/No. 087-2012 DE FECHA '8 DE FEBRERO DE 2012.-

Que, de la lectura de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 087-2012, de fecha 8 de febrero de 2012, se observa que la APS en una primera etapa hizo una correcta valoración de los antecedentes como a continuación sigue:

"Que de la revisión de las pólizas **JIA-ORU-000218, JOB-ORU-00285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-00273**, aportadas por las partes en la etapa de prueba, se observa que las mismas contienen cláusulas de ejecución inmediata condicional que si bien fueron emitidas de manera inicial antes de la puesta en vigencia de la Resolución Administrativa IS N° 731 de fecha 11 de septiembre de 2007, fueron renovadas el 04 de noviembre de 2009, extendiendo su vigencia desde las 12:00 Hrs. del 05/11/2009 hasta las 12:00 Hrs. del 03/02/2010, razón por la cual **LA COMPANJA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. tenía la obligación de adecuarse a los establecido por el artículo 6 de la Resolución Administrativa IS. N° 731 de 11 de septiembre de 2007** que determina "Las entidades aseguradoras que comercializan pólizas de cauciones, deberán registrar ante esta Superintendencia, los textos únicos y uniformes de las pólizas anteriormente señaladas, incluyendo las dos clausulas (sic) de ejecución, en un plazo de 10 días administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución. **VENCIDO ESTE PLAZO LAS ENTIDADES ASEGURADORAS QUE NO HAYAN REGISTRADO LAS MISMAS, NO PODRÁN EMITIR O RENOVAR PÓLIZAS DE CAUCIONES PARA LAS ENTIDADES PUBLICAS**".

Que asimismo el artículo 7 de la norma citada estipula: "En un plazo de 30 (treinta) días hábiles administrativos, a partir de la notificación con la presente Resolución, **QUEDAN SIN EFECTO LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS (sic) DE REGISTRO DE PÓLIZAS Y/O CLAUSULAS ADICIONALES DE CAUCIONES PARA ENTIDADES PUBLICAS EMITIDAS PARA TODAS LAS ENTIDADES ASEGURADORAS (...)**".

De igual manera el Art. 8 prescribe "Las pólizas aprobadas mediante la presente Resolución deberán ser comercializadas, **OBLIGATORIAMENTE** con la **CLAUSULA DE EJECUCION INMEDIATA CONDICIONAL PARA ENTIDADES PÚBLICAS** o con la cláusula de

Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas, mismas que son excluyentes entre sí”.

Que lo anterior significa que a partir de la Resolución Administrativa IS N° 731 quedaron sin efecto las Resoluciones Administrativas de registro de Pólizas o cláusulas, no estándole permitido a ninguna entidad aseguradora **comercializar o renovar productos que no se encuentren adecuados a los textos de las pólizas o cláusulas uniformes para las entidades Públicas expresamente aprobadas por la Resolución Administrativa N° IS 731**, esto dispensando a la parte mas débil y protección para evitar cualquier manifestación abusiva en los clausulados de las Pólizas, conforme prevé el Art. 38 de la Ley de Seguros No. 1883 cuando menciona que: “La equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, se concretara en la regulación del contrato de seguro por la Superintendencia (...)”. Disposición concordante con el inc. d) del Art. 43 de la Ley 1883 que confiera (sic) al Órgano de Fiscalización la atribución (competencia) de “Supervisar las actividades. Pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción”.

Que el hecho de que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** haya renovado pólizas no registradas incumpliendo el imperativo contenido en la norma precitada, además de constituir infracción a (sic) que prohíbe “Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos” no puede ocasionar daño o menoscabo al legítimo derecho del beneficiario, mas aun si se toma en cuenta que la libertad contractual esta (sic) subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica.

Que ante tal situación el Órgano de Fiscalización no puede sino acudir a las normas de la interpretación de los contratos, cuya aplicación por analogía está autorizada por el artículo 1 del Código de Comercio, así el artículo 511 del Código Civil prescribe: “(Clausulas (sic) Ambiguas) Cuando una clausula (sic) es susceptible de diversos sentidos, se la (sic) debe dar el que pueda producir algún efecto, nunca el que ninguno”, en este entendido y habiéndose verificado que la **renovación** se produjo con una póliza no registrada por el Órgano Regulador el perjuicio no puede alcanzar al beneficiario, por lo que ajustando la conducta de la Aseguradora a derecho debe considerarse que las pólizas están sujetas a la Clausula (sic) de ejecución Inmediata condicional para entidades Publicas produciendo efecto desde la puesta en vigencia de la Resolución No. IS 731, así aunque esta no haya sido expresada (por una omisión de la Compañía Aseguradora) debe ser suplida de acuerdo a lo establecido en el Art. 513 del Código Civil (Clausulas (sic) de uso no Expresadas) y en caso de duda ser interpretada a favor del reclamante (Art. 518 del Código de Comercio)”

De lo expuesto en una primera parte por la APS, claramente se concluía que ante el incumplimiento de la entidad aseguradora (**FORTALEZA**) en relación al tema del registro de las Pólizas **JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273** ante la Superintendencia en su debida oportunidad, sumado el aspecto de que las mismas fueron **RENOVADAS** en la gestión 2009 por la entidad Aseguradora, estas se encuentran plenamente amparadas en la Resolución Administrativa N° IS 731 de

fecha 11 de septiembre de 2007, como consecuencia a dicha omisión por la Aseguradora y la **RENOVACION** de las citadas Pólizas en la gestión 2009 y las disposiciones legales que cita en una primera etapa la APS, este argumento y fundamento que fue sustentado en Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, **NUNCA** fue desvirtuado por la APS en sus posteriores Resoluciones como consta en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de 03 de octubre de 2012 y que no fue considerada en la Resolución No. APS/DJ/DS/N° 49 - 2013 de 16 de enero de 2013, ya que solo se limitó (sic) a señalar a (sic) que las Pólizas no se encuentran dentro de la Reglamentación expresa de seguros de fianzas emitidas (sic) a través de la Resolución Administrativa IS 731 de fecha 11 de septiembre de 2007, (PERO NO FUNDAMENTA PORQUE) por lo que corresponde evaluar el supuesto incumplimiento del inciso a) del Art. 12 de la Ley 1883 de Seguros en función al análisis del contrato de seguro comercializado, es decir que el argumento que en primera instancia fue sustentado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, hasta la fecha no fue desvirtuada (sic), como su autoridad podrá advertir de acuerdo a la revisión de los antecedentes.

Es en este entendido que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 087-2012, de fecha 8 de febrero de 2012, después de realizar una valoración de las pruebas presentadas por la Institución Militar, en su parte Resolutiva sancionaba a la **COMPANÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, con una multa en bolivianos equivalentes a 45.000,00.- UFVs., por la (sic) contravenir el inciso a) del Art. 12 de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, ya que de acuerdo al razonamiento legal de la citada Resolución las Pólizas **JIA-ORU-000218, JOB-ORU-00285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-00273** se encontraban dentro del Reglamento de la Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007.

Asimismo en dicha Resolución en su **CONSIDERANDO** inciso c) de manera (sic) textual señala "Se evidenció (sic) que la conducta de la **Aseguradora es reincidente**, en los términos establecidos por el Art. 19 de la Resolución Administrativa IS. 602 de 24 de octubre de 2003, al haber sido sancionado por infracciones similares mediante Resoluciones Administrativas que en Recurso de Revocatoria fueron confirmadas", es decir que existen otras similares sanciones en contra de FORTALEZA, las mismas que fueron confirmadas en los Recursos de Revocatoria.

Sin embargo pese a estos antecedentes, de manera sorpresiva la citada Resolución fue **REVOCADA**, ante esta situación la Institución Militar presentó (sic) Recurso Jerárquico en contra de la mencionada (sic) Resolución, en esta etapa mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de fecha 3 de octubre de 2012, en su parte Resolutiva determinaba **ANULAR** el procedimiento administrativo inclusive hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 0876-2012 de fecha 8 de febrero de 2012.

6.- RESOLUCION MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 DE FECHA 3 DE OCTUBRE DE 2012.-

La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de fecha 3 de octubre de 2012, en su parte Resolutiva determina **ANULAR** el procedimiento administrativo inclusive hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 0876-2012

de fecha 8 de febrero de 2012, debiendo en consecuencia emitir una nueva resolución, conforme a los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, dicha Resolución de manera clara en sus páginas 79 y siguientes, en el punto 2 DE LA CONTROVERSI MISMA, establecía que las dos Resoluciones Administrativas comparten una (sic) par de fundamentos idénticos, sin embargo lo que extrañaba es que la autoridad recurrida en su segunda decisión, **haya revocado totalmente la primera sin desvirtuar su fallo anterior** es mas la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012 que consideraba como fundamental la Resolución Administrativa No. 012/12 de fecha 23 de marzo de 2011 en la primera (Sancionatoria), ya no fue tomada en cuenta en la segunda (Revocatoria), es mas la primera Resolución se encontraba justificada esencialmente y principalmente en que al haberse renovado las Pólizas el año 2009, las mismas **“contienen clausula (sic) de ejecución inmediata condicional”**, aprobados (sic) por la Resolución Administrativa IS/No. 731, siendo aplicables (sic) entonces **“...un procedimiento expedito de ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista, precisamente con el objetivo de defender al beneficiario e impedir que las aseguradoras eludan sus obligaciones frente a quien ha confiado en su garantía, sobre todo cuando la fianza cuenta con la clausula (sic) de ejecución inmediata condicional que requiere UNICAMENTE UNA DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL (Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad ejecutiva) NO ESTANDO SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICION...”**, aspecto que cumplió la Institución Militar (DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO), por lo que correspondía EJECUTAR DICHAS GARANTIAS A FAVOR DEL COMANDO DE INGENIERIA DEL EJÉRCITO, y que a tiempo de impugnarse tal determinación por parte de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima, el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Empresa Aseguradora no contenía ningún alegato que **enerve en concreto la ejecución inmediata que resultaba ser el fundamento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No 087- 2012.**

Además la citada Resolución señala que los alegatos de la Empresa Aseguradora no presentan justificativo ni fundamento alguno a tal cambio del criterio de valoración, ya que las mismas **no eran determinantes** en la primera Resolución.

Asimismo, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de fecha 3 de octubre de 2012, establece que no le correspondía al ente Regulador, realizar una serie de consideraciones que salen en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 268-2012 de 2 de mayo de 2012 y que han dado lugar al fallo que allí consta, puntos que lamentablemente volvieron a ser considerados en la Resolución objeto del Recurso de Revocatoria, es mas de acuerdo a lo expuesto en la Resolución Ministerial, se determinaba que la entidad ahora recurrida tiene facultades suficientes para sancionar el incumplimiento de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., en lo refreído (sic) a las Pólizas como las que hace a la controversia, por cuanto, visto el carácter inmediato de la ejecución de la mismas, no corresponde la serie de procedimientos a los que ha hecho referencia la tercera interesada, es en este entendido, que lo único que correspondía es dar cumplimiento a la (sic) al Art. 12 de la Ley 1383 de 25 de junio de 1998 (de Seguros) que señala **“...OBLIGACIONES DE LA ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADOAS (sic).- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la**

modalidad de seguros que administren: a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista...”, es decir que para el caso de las pólizas de seguro con clausula (sic) de ejecución inmediata condicional para entidades Públicas, importa no haber lugar a mayor tramite sino únicamente el dispuesto en la propia Clausula (sic).

Aspectos que no han sido considerados en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/914-2012 de fecha 23 de noviembre de 2012, mas aun cuando la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de fecha 3 de octubre de 2012, en su parte Resolutiva en su parte final disponía **EMITIR UNA NUEVA RESOLUCION, CONFORME LOS FUNDAMENTOS ESTABLECIDOS EN LA PRESENTE RESOLUCION MINISTERIAL JERARQUICA.**, aspecto que no fue cumplido por la APS, ya que volvió a considerar los fundamentos que fueron rechazados por la citada Resolución Ministerial.

III.- PETITORIO

Por todo lo expuesto y habiendo demostrado que la Nota S.D. COMANING No. 251/10 fue enviada por el Ex - Comandante del Comando de Ingeniería del Ejército, es decir por una autoridad que no tenía (sic) legitimidad para hacerlo, toda vez que en fecha 6 de diciembre de 2010 de acuerdo a las ordenes de destino se había designado a otro funcionario militar en calidad de Comandante, hecho que será ratificado con la documentación adjunta y ampliado conforme establece el 58 del Decreto Supremo N° 27175, se observa que la Institución Militar ha cumplido con todas y cada una de las exigencias de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, motivo por el que interpongo **RECURSO JERARQUICO** en contra de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/NO. 49 – 2013 de fecha 16 de enero de 2013, en virtud al (sic) Art. 47, 48 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, solicitando:

- Admita el presente Recurso en virtud a las normas antes señaladas.
- Que, el Superintendente Sectorial mediante Resolución Administrativa considere lo expuesto en el (sic) Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de fecha 3 de octubre de 2012, y **REVOQUE** la citada Resolución e imponga una Sanción a la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., por contravenir el Art. 12 inc. a) de la Ley 1833 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), ya que la citada Compañía no ha cumplido con la ejecución de las Pólizas en cuestión, conforme fundamenta la Resolución Ministerial y a su vez se instruya a la entidad Financiera proceda a la ejecución de la Pólizas y sea con las formalidades de ley...”

8. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 7 de mayo de 2013, se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** en su memorial de 17 de abril de 2013.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

El **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** ha suscrito dos contratos con la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., uno sobre "Construcción tramo 2 Quillacas – Villa Esperanza" de fecha 8 de febrero de 2007, y otro sobre "Construcción tramo 3 Villa Esperanza – Salinas de Garci Mendoza" de 10 de agosto de 2007; coincidentemente, ambos contratos, en su cláusula séptima, prevén la existencia de garantías, expresadas en -para cada caso- una póliza de correcta y fiel ejecución del contrato, y otra póliza sobre correcta inversión del anticipo, haciendo necesarias, entonces, la contratación de un total de cuatro pólizas de seguro.

La **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima** quien, como fiadora, ha emitido a favor de su afianzada, Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., las cuatro pólizas de las cuales resulta beneficiario el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**.

Considerando las fechas de suscripción de los contratos (8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007), se infiere que las pólizas originales fueron contemporáneas a las mismas, no obstante, no existe mayor aclaración al respecto, como que no cursan ejemplares de las mismas, sino de otras más recientes, las que se deduce, resultan en sus renovaciones, conclusión a la que se llega de la alusión que sale en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 087-2012 de 8 de febrero de 2012 (correspondiente al proceso recursivo anterior, anulado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de 3 de octubre de 2012), en sentido que "**la COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. haya renovado pólizas...**" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De ello, se entiende que en la permanente mención, acerca de las cuatro pólizas dentro del proceso, se les atribuya a las misma las fechas que corresponden, más bien, a sus renovaciones; así, en la tabla propuesta por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 268-2012 de 2 de mayo de 2012 (también correspondiente al anulado proceso recursivo anterior), se estableció la relación siguiente:

“ ...

Correcta Inversión de Anticipos		Cumplimiento de Contrato de Obra	
Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora	Construcción del Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza	Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora	Construcción del Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza
JIA-ORU-218	JIA-ORU-0202	JOB-ORU-285	JOB-ORU-0273

05-11-2009 al 03-02-2010	01-06-2009 al 28-12-2009	05-11-2009 Al 03-02-2010	01-06-2009 al 28-12-2009
---------------------------------------	---------------------------------------	---------------------------------------	---------------------------------------

...

En fecha 3 de noviembre de 2010 y mediante cite G-100 554/10, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** solicitó a la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima** la ejecución de las pólizas precitadas.

La aseguradora -ahora tercera interesada- no procedió con la indemnización reclamada, sino que, en su lugar, solicitó varias aclaraciones conforme constan en la nota FORT/GRORU/359/2011 de 8 de julio de 2011, referidas a:

1. Las causales de la resolución de dos contratos que sale en la Resolución Administrativa No. 012/11 de 23 de marzo de 2011, al hacer referencia al procedimiento contenido en una cláusula *Décimo Novena*, que se señala inexistente.
2. El contenido de la nota As.Jur. No. 75/2010 de 31 de agosto de 2010, la que hace referencia nuevamente a una cláusula *Décimo Novena*, que en el contrato se refiere más bien a *Causas de fuerza mayor y/o caso fortuito*.
3. La existencia de la nota S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010, por la que el beneficiario habría impartido la instrucción de dejar sin efecto la ejecución reclamada, determinando que las ejecuciones posteriores resulten extemporáneas.

Asimismo, solicitó la documentación complementaria que se relaciona en la precitada nota FORT/GRORU/359/2011.

Por efecto de la falta de indemnización, el 29 de agosto de 2011 y mediante nota As. Jur. N° 172/2011, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** presenta por ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, su reclamo contra la **Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza Sociedad Anónima**, por la no ejecución de las pólizas JIA-ORU-000218, JOB-ORU-00285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-00273, misma que corridos los trámites a los que hace referencia el expediente del caso, va a dar lugar a la nota de cargos APS/DJ/DS/5717/2011 de 20 de diciembre de 2011, por la que se imputa a la entidad aseguradora por:

“...Contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 al haber incumplido la prestación convenida, consistente en la ejecución de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-000285 y JOB-ORU-000273, así como de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202, conforme los términos y plazos contemplados en las cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas...”

Norma que en concreto, establece que:

“...ARTÍCULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:

- a) **Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista...** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Corridos los trámites que hacen al proceso sancionatorio primero, y recursivo después, se pronuncia finalmente en instancia superior la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de 3 de octubre de 2012, por la que se resuelve "**ANULAR** el procedimiento administrativo", determinando que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros pronuncie la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, por la que resuelve "**DESESTIMAR** el cargo imputado", y posteriormente -dado haberse impugnado de revocatoria- la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013, confirmatoria de la anterior, contra la que al presente consta haberse interpuesto Recurso Jerárquico por parte del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, el que se pasa a evaluar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Existe identidad entre el actual Recurso Jerárquico y su precedente (el de Revocatoria), en cuanto a sus acápite: "1. PRIMER REQUERIMIENTO DE EJECUCIÓN", "1.1 RESPUESTA DE SEGUROS Y RERASEGUROS FORTALEZA S.A.", "2. RESPUESTA A NEGATIVA DE EJECUCIÓN CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011", "3. REITERADA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0201/2011 de 27/04/2011" y "4. ÚLTIMA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/359/2011 de 8/07/2011" sobre lo que, por tanto, existe un pronunciamiento por parte del Ente Regulador, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013, siendo pertinente rescatar de esta última la expresión siguiente:

*"...más que alegación que desvirtúe la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, **EL COMANDO DE INGENIERÍA DE EJÉRCITO** hace una simple relación de documentos presentados a la fiadora individualizando las pólizas, así como correspondencia intercambiada, sin enfocar dicha relación a enervar los argumentos de la resolución que ahora se recurre..."*

Amén del adjetivo impuesto por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la frase anterior denota lo que sucede en los recursos interpuestos por el **COMANDO DE INGENIERÍA DE EJÉRCITO**, cuando, en los acápite señalados, constituyen en su mayor parte (excepción hecha a determinadas menciones abstractas de la nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, y que se consideran infra), una relación de hechos presentados independientemente y prescindiendo de expresar agravios concretos, entonces en incumplimiento al artículo 37° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el que señala que "**Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva... que, a criterio del sujeto regulado o interesado, afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos...**" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por otra parte, es de hacer notar que, la actuación del Ente Regulador en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 087-2012 de 8 de febrero de 2012 (y que el recurrente rescata en el numeral 5 de su Recurso Jerárquico), es per sé intrascendente, por corresponder a una

actuación anulada, carente de validez legal, conforme lo ha dispuesto la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/12 de 3 de octubre de 2012.

Entonces, la consideración que de determinados contenidos de la anulada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 087-2012, se hace infra en la presente, no tiene en cuenta la forma de la Resolución anulada, sino ciertos contenidos coincidentes con cuestiones alegadas en el Recurso Jerárquico que toca al presente resolver, atendiendo de esa manera lo señalado por el artículo 63º, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), en sentido que “La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente...”

Por otra parte, varios de los fundamentos del numeral 5 del Recurso Jerárquico -que difieren sustancialmente de los que en su momento fueron expuestos en el Recurso de Revocatoria-, corresponden ahora ser tenidos en cuenta, en función de lo determinado por la meritada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/12 y de la posición emergente del Ente Regulador, expresada fundamentalmente en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012 (mencionada en el numeral 6 del Recurso), de donde resultan ser dos las controversias a ser analizadas y resueltas en la oportunidad presente:

1. Sobre la aplicabilidad al caso, de los alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007 (*Registro de Textos Únicos*).
2. Sobre la validez de la nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010.

2.1. Aplicabilidad al caso de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007.-

El recurrente **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, a tiempo de su Recurso Jerárquico, tiene alegatos como los siguientes:

“...ante el incumplimiento de la entidad aseguradora (**FORTALEZA**) en relación al tema del registro de las Pólizas **JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273** ante la Superintendencia en su debida oportunidad, sumado el aspecto de que las mismas fueron **RENOVADAS** en la gestión 2009 por la entidad Aseguradora, estas se encuentran plenamente amparadas en la Resolución Administrativa N° IS 731 de fecha 11 de septiembre de 2007, como consecuencia a dicha omisión por la Aseguradora y la **RENOVACION** de las citadas Pólizas en la gestión 2009 y las disposiciones legales que cita en una primera etapa la APS, (...) en la Resolución No. APS/DJ/DS/N° 49 - 2013 de 16 de enero de 2013, ya que solo se *limite* (sic) a señalar a (sic) que las Pólizas no se encuentran dentro la Reglamentación expresa de seguros de fianzas emitidas (sic) a través de la Resolución Administrativa IS 731 de fecha 11 de septiembre de 2007, (PERO NO FUNDAMENTA PORQUE) (...)

La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de fecha 3 de octubre de 2012, en su parte Resolutiva determina **ANULAR** el procedimiento administrativo inclusive hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 0876-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, debiendo en consecuencia emitir una nueva resolución, conforme a los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, (...) extrañaba es que la autoridad recurrida en su segunda decisión, **haya revocado totalmente la primera sin desvirtuar su fallo anterior** (...) la primera Resolución se encontraba justificada esencialmente y principalmente en

que al haberse renovado las Pólizas el año 2009, las mismas **“contienen clausula (sic) de ejecución inmediata condicional”**, aprobados (sic) por la Resolución Administrativa IS/No. 731, siendo aplicables (sic) entonces **“...un procedimiento expedito de ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista, precisamente con el objetivo de defender al beneficiario e impedir que las aseguradoras eludan sus obligaciones frente a quien ha confiado en su garantía, sobre todo cuando la fianza cuenta con la clausula (sic) de ejecución inmediata condicional que requiere ÚNICAMENTE UNA DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL (Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad ejecutiva) NO ESTANDO SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICION...”**, aspecto que cumplió la Institución Militar (DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO), por lo que correspondía EJECUTAR DICHAS GARANTIAS A FAVOR DEL COMANDO DE INGENIERIA DEL EJÉRCITO, (...)

Asimismo, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de fecha 3 de octubre de 2012, establece que no le correspondía al ente Regulador, realizar una serie de consideraciones que salen en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 268-2012 de 2 de mayo de 2012 y que han dado lugar al fallo que allí consta, puntos que lamentablemente volvieron a ser considerados en la Resolución objeto del Recurso de Revocatoria, es mas de acuerdo a lo expuesto en la Resolución Ministerial, se determinaba que la entidad ahora recurrida tiene facultades suficientes para sancionar el incumplimiento de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., en lo refreído (sic) a las Pólizas como las que hace a la controversia, por cuanto, visto el carácter inmediato de la ejecución de la mismas, no corresponde la serie de procedimientos a los que ha hecho referencia la tercera interesada -**COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**-, es en este entendido, que lo único que correspondía es dar cumplimiento a la (sic) al Art. 12 de la Ley 1383 de 25 de junio de 1998 (de Seguros) que señala **“...OBLIGACIONES DE LA ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADOAS (sic).- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: a) Indemnizar los daños y perdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista...”**

Así expuesta, la controversia tiene que ver con la aplicabilidad al caso, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2007, misma que está referida al Registro de los textos únicos y uniformes de pólizas a favor de Entidades Públicas (beneficiarias), dentro de los procesos de contratación de bienes, obras, servicios generales y de consultoría.

El Ente Regulador, en su ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 49-20, se remite a su Informe Técnico APS/DS/JTS/25/2013 de 8 de enero de 2013, entonces con la validez que le otorga el artículo 52º, parágrafo III, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), transcribiéndolo de la siguiente manera:

“...el Informe Técnico APS/DS/JTS/25/2013 de 8 de enero de 2013, ha determinado de manera textual lo siguiente:

“De los antecedentes y de la revisión del caso y entregadas las pólizas legalizadas tanto por el Comando de Ingeniería como por la Aseguradora se puede evidenciar que las Pólizas:

JIA-ORU-218 Cod. Reg. 113-922611-2006-11-115

JOB ORU-285 Cod. Reg. 113-922207-2006-11-111

JIA ORU-202 Cod. Reg. 113-922611-2006-11-115

JOB ORU-273 Cod. Reg. 113-922207-2006-11-111

No se encuentran dentro la reglamentación expresa de seguros de fianzas emitidas a través de la Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007, por lo que su tratamiento para la ejecución se encuentra sujeto a las cláusulas de los contratos de seguros suscritos (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es menester aclarar que el Comando de Ingeniería del Ejército remitió inicialmente, como pólizas de seguros, las suscritas bajo la normativa de la Resolución Administrativa N° 731 de 11 de septiembre de 2007 y dentro el período de prueba remitió otra póliza de seguros debidamente legalizada, la cual no corresponde a los textos únicos aprobados(...).

El inicio del procedimiento sancionatorio se basó en la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, no obstante dado el periodo de prueba y establecido que las pólizas comercializadas no son las aprobadas mediante resolución Administrativa 731, corresponde evaluar el supuesto incumplimiento del inciso a) del artículo 12 de la Ley 1883 de Seguros en función al análisis del contrato de seguro comercializado.

Del análisis del Condicionado General de las Pólizas JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273 es menester puntualizar las siguientes cláusulas:

Cláusula 4ta.- En el caso de reclamo por parte del Beneficiario, es obligación de este demostrar el incumplimiento motivo del reclamo contra el Afianzado, debiendo al efecto adjuntar la documentación e información necesaria consignando las causales de incumplimiento del contrato suscrito entre las partes. La documentación presentada por el beneficiario debe demostrar fehacientemente de forma inequívoca y suficiente que existe incumplimiento por parte del Afianzado.

Asimismo, se estipula a través de la presente cláusula, que la póliza al ser de ejecución inmediata condicional, la Aseguradora una vez aprobada la procedencia del reclamo, indemnizará hasta el monto afianzado al beneficiario, en el plazo establecido en esta póliza sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial

Cláusula 8va.- La presente póliza de garantía es de Ejecución Inmediata, lo que implica que por su carácter condicional, el Beneficiario está obligado a demostrar fehacientemente de forma inequívoca y suficiente el incumplimiento del contrato principal por parte del afianzado para recibir la indemnización (...).

Cláusula 10ma. La Aseguradora debe pagar el monto de indemnización determinado en la cláusula anterior en un plazo de treinta (30) días hábiles computables a partir de la presentación de todos los documentos requeridos

en la cláusula 8 los cuales deben demostrar de forma inequívoca y suficiente el incumplimiento de contrato por parte del Afianzado.

Tal como se puede observar para la ejecución de las pólizas comercializadas JIA-ORU-218, JOB-ORU-00285, JIA-ORU-00202 y JOB-ORU-273 es necesario demostrar de forma inequívoca y suficiente el incumplimiento del contrato por parte del afianzado, mientras que para las pólizas de textos únicos con cláusula de ejecución inmediata condicional el único requisito para la ejecución es la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE).

En este sentido y toda vez que el inicio del proceso sancionatorio tiene como base la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, según el texto único aprobado mediante Resolución Administrativo 731 de 11 de septiembre de 2007 y el contrato comercializado tiene condiciones totalmente diferentes, es criterio técnico desestimar los cargos impuestos a Seguros y Reaseguros Fortaleza, toda vez que esta jefatura no puede determinar que se ha demostrado fehacientemente de forma inequívoca y suficiente el incumplimiento del contrato principal por parte del afianzado, correspondiendo esta análisis a la autoridad competente (Tribunal Arbitral)" (...)

De ello, el Regulador concluye que:

"...al no encontrarse registradas aquellas pólizas no se puede exigir el deber de inclusión de la cláusula de ejecución inmediata condicional, como establece mandatoriamente el artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007, siendo necesario acudir entonces a las reglas anotadas en el Condicionado General de dichas pólizas..."

Lo anterior determina que, efectivamente y conforme a lo señalado por el recurrente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se ha limitado a señalar que las pólizas de seguro controvertidas, "No se encuentran dentro la reglamentación expresa de seguros de fianzas emitidas a través de la Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007", empero en definitiva, **no fundamenta la razón a tal criterio.**

Pudiera entenderse que el mismo emerge, de la simple compulsas entre la fecha de la Resolución Administrativa IS/No. 731 de **11 de septiembre de 2007**, con las fechas de contratación de las pólizas originales que, como se tiene dicho supra, debieron ser contemporáneas a las fechas de suscripción de los contratos afianzados (**8 de febrero de 2007** y **10 de agosto de 2007**), entonces, en aplicación de un criterio sobre irretroactividad de la norma.

No obstante, amén de existir oscuridad e indeterminación acerca de las fechas concretas de contratación de las pólizas originales (cuando a las renovadas se les atribuye haber sido suscritas en la gestión **2009**, lo que haría más infundada la posición del Ente Regulador), es la propia Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros la que conduce a la incertidumbre jurídica al caso, cuando en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012 (correspondiente al proceso recursivo anterior, anulado por la

Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de 3 de octubre de 2012), viene a señalar que:

“...de la revisión de las pólizas JIA-ORU-000218, JOB-ORU-00285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-00273, aportadas por las partes en la etapa de prueba, se observa que las mismas contienen cláusula de ejecución inmediata condicional que si bien fueron emitidas de manera inicial antes de la puesta en vigencia de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, fueron renovadas el 04 de noviembre de 2009, extendiendo su vigencia desde las 12:00 Hrs. del 05/11/2009 hasta las 12:00 Hrs. del 03/02/2010, razón por la cual **LA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** tenía la obligación de adecuarse a lo establecido por el artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 que determina: “Las entidades aseguradoras que comercializan pólizas de cauciones, **deberán registrar** ante esta Superintendencia, los textos únicos y uniformes de las pólizas anteriormente señaladas, **incluyendo las dos cláusulas de ejecución**, en un plazo de 10 días administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución. **VENCIDO ESTE PLAZO LAS ENTIDADES ASEGURADORAS QUE NO HAYAN REGISTRADO LAS MISMAS, NO PODRÁN EMITIR O “RENOVAR” PÓLIZAS DE CAUCIONES PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS**”.

Que asimismo el artículo 7 de la norma citada estipula: “En un plazo de 30 (treinta) días hábiles administrativos, a partir de la notificación con la presente Resolución, **QUEDAN SIN EFECTO LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE REGISTRO DE PÓLIZAS Y/O CLAUSULAS** (sic) **ADICIONALES DE CAUCIONES PARA ENTIDADES PÚBLICAS EMITIDAS PARA TODAS LAS ENTIDADES ASEGURADORAS (...)**”.

Que de igual manera el artículo 8 prescribe: “Las pólizas aprobadas mediante la presente Resolución **deberán ser comercializadas, OBLIGATORIAMENTE con la CLAÚSULA** (sic) **DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL PARA ENTIDADES PÚBLICAS** o con la cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas, mismas que son excluyentes entre sí”.

Que lo anterior significa que a partir de la vigencia de la Resolución Administrativa IS N° 731 quedaron sin efecto las Resoluciones Administrativas de registro de pólizas o cláusulas, no estándole permitido a ninguna entidad aseguradora comercializar o renovar productos que no se encuentren adecuados a los textos de las pólizas y cláusulas uniformes para Entidades Públicas expresamente aprobadas por la Resolución Administrativa N° IS 731, esto dispensando a la parte más débil protección para evitar cualquier manifestación abusiva en los clausulados de las Pólizas, conforme lo previene el artículo 38 de la Ley de Seguros N° 1883 cuando menciona que: “La equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, **se concretará en la regulación del contrato de seguro por la Superintendencia (...)**”. Disposición concordante con el inciso d) del artículo 43 de la ley 1883 que confiere al Órgano de Fiscalización la atribución (competencia) de “**Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción**”.

Que el hecho de que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** haya renovado pólizas no registradas incumpliendo el imperativo contenido en la norma precitada, además de constituir infracción a lo contemplado por el inciso a) del

artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 que prohíbe “Publicitar y **entregar información inexacta** o falsa **que induzca a error sobre** la situación de la entidad y de **sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos**” no puede ocasionar daño o menoscabo al legítimo derecho del beneficiario, mas aún si se toma en cuenta que la libertad contractual está **subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica.**

Que ante tal situación el Órgano de Fiscalización no puede sino acudir a las normas de la interpretación de los contratos, cuya aplicación por analogía está autorizada por el artículo 1 del Código de Comercio, así el artículo 511 del Código Civil prescribe:

“(Cláusulas ambiguas) Cuando una cláusula es susceptible de diversos sentidos, se le debe dar **el que pueda producir algún efecto, nunca el que ninguno**”, en este entendido y habiéndose verificado que la renovación se produjo con una póliza no registrada por el Órgano Regulador el perjuicio no puede alcanzar al beneficiario, por lo que ajustando la conducta de la Aseguradora a derecho debe considerarse que las pólizas están sujetas a la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas produciendo efectos desde la puesta en vigencia de la Resolución Administrativa N° IS 731, así aunque ésta no haya sido expresada (por una omisión de la Compañía aseguradora) debe ser suplida de acuerdo a lo establecido en el artículo 513 del Código Civil (Cláusulas de Uso no Expresadas) y en caso de duda ser interpretada a favor del reclamante (artículo 518 del Código de Comercio)...”

Ahora bien; la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de 3 de octubre de 2012 ya señaló que:

“...se observa es el que la autoridad recurrida en su segunda decisión, haya **revocado totalmente** la primera, empero sin desvirtuar su fallo anterior (el de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012), extrañándose al presente una valoración más concreta de los antecedentes que hubiera justificado un fallo como el posteriormente pronunciado.

La revisión íntegra de la Resolución Administrativa impugnada, no permite esclarecer la señalada incongruencia, por cuanto, por lo demás y conforme lo arriba señalado, pesan aquí los planos de análisis jurídico diverso.

Así, la -sancionatoria- Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, viene a justificarse **esencial y principalmente** en que, al haberse renovado las pólizas el año 2009, “**contienen cláusula de ejecución inmediata condicional**” correspondiente a los Textos únicos, uniformes y de pago al contado del condicionado General de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, aprobados por la Resolución Administrativa IS/N° 731...”

Conforme se tiene aclarado supra, la valoración presente de estos extremos no hace a la consideración de una actuación anulada, sino a la duda legítima, nunca esclarecida, generada por las actuaciones posteriores del Ente Regulador, toda vez que estas forman parte del Recurso Jerárquico (numeral 5) que se resuelve por el presente.-

De manera tal que, nada explica el porqué, si, para fecha de 8 de febrero de 2012, cuando se pronunció la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012, se consideraba que “**LA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** tenía la obligación de adecuarse a lo establecido por el artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731”, y por tanto, que “el

hecho de que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** haya renovado pólizas no registradas incumpliendo el imperativo contenido en la norma precitada, (...) no puede ocasionar daño o menoscabo al legítimo derecho del beneficiario", tal criterio no resulte subsistente al presente, o al menos, los motivos por los que se hubiera extinguido en la actualidad.

Cuando la Entidad recurrida, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 49-2013 de 16 de enero de 2013, viene a señalar que:

"...estas son las razones por las que en su momento, la APS revoca su inicial decisión, pues se vió en la necesidad de hurgar en aspectos concomitantes al asunto, como analizar montos, cartas, cláusulas de resolución del contrato principal, etc. ..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Lo hace, según señala la misma Resolución, por una serie de efectos técnicos que a su vez, devienen del hecho de "no encontrarse registradas aquellas pólizas".

Es decir, **el Ente Regulador no tiene mayor justificativo a su reciente criterio (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 49-2013), en sentido que las cuatro pólizas no están registradas, sino su propia afirmación en ese sentido, sin mayor demostración, determinando la controversia presente, del porqué no resultan aplicables, en las actuales circunstancias, los criterios que en su momento se hicieron valer a tiempo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 087-2012 de 8 de febrero de 2012.**

De tal extremo depende la firmeza, vigencia y subsistencia de una "cláusula de ejecución inmediata condicional" que pudiera ser aplicable al caso, como es la pretensión del recurrente; su injustificada desconsideración al presente, no puede sino, importar infracción a los artículos 28º, incisos b), e) y f), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, toda vez que se extraña en el fallo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, un fundamento que se sustente en los antecedentes señalados -ya sea para admitirlos o rechazarlos-, y que se oriente al cumplimiento de la finalidad prevista en la normativa originalmente señalada por el propio Ente Regulador, al presente no desvirtuada, sin embargo de prescindida.

2.2. Validez de la nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010.-

El **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, también como parte del alegato del Recurso Jerárquico, expresa que:

*"...Mediante Oficio FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011, la Compañía de Seguros y Reaseguros **FORTALEZA S.A.** responde el requerimiento de ejecución de las garantías contenido en Oficio As. Jur. Nº 080/2011 de 6/04/2011, indicando que, la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202 en franca contraposición a lo expresado inicialmente que, **NO CORRESPONDÍA, ante la existencia de Carta CITE S.D. COMANING Nº 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010**, mediante la cual la empresa aseguradora recibía la instrucción de dejar sin efecto la ejecución y las liberaba (...)*

Aclarando el punto referido a la carta S.D. COMANING Nº 251/10, se indicó que esta situación no fue de conocimiento del Comando, toda vez que la misma fue firmada

por el ex Comandante de Ingeniería del Ejército Cnl. DAEN. Carlos Walker Villarroel Fernández, **CUANDO YA HABÍA CESADO EN SUS FUNCIONES**, (...)

Por todo lo expuesto y habiendo demostrado que la Nota S.D. COMANING No. 251/10 fue enviada por el Ex - Comandante del Comando de Ingeniería del Ejército, es decir por una autoridad que no tenía (sic) legitimidad para hacerlo, toda vez que en fecha 6 de diciembre de 2010 de acuerdo a las ordenes de destino se había designado a otro funcionario militar en calidad de Comandante, hecho que será ratificado con la documentación adjunta y ampliado conforme establece el 58 del Decreto Supremo N° 27175,..."

La merituada nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, remitida por el Cnel. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, cual Comandante de Ingeniería del Ejército, y recibida por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 16 siguiente, establece que:

"...En atención a si nota de cite FORT/GRORU/687/2010 de fecha 22 de diciembre de 2010, referente a nuestra nota de suspensión de ejecución de las pólizas JIA-ORU-00218, JOB-ORU-000285, JIA-ORU-000202 Y JOB- ORU-000273 ratificamos lo manifestado dejando sin efecto la ejecución de las citadas pólizas.

Asimismo damos nuestro consentimiento para la renovación de las pólizas de cumplimiento de contrato.

En mérito a conciliaciones realizadas entre el Comando de Ingeniería del Ejército y vuestro afianzado Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales s.r.l., se autoriza la liberación de las pólizas de correcta inversión de anticipo..."

Entonces, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** le quita validez a las declaraciones que salen en la supra transcrita nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, por cuanto el suscriptor de la misma, Cnel. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández (en calidad de Comandante de Ingeniería del Ejército, entonces como si fuera su representante legal), a tal fecha -desde el 6 de diciembre de 2010 en realidad-, había dejado de ejercer tal cargo, según se desprende del memorándum Dpto. I-EMC. Sec. "A" No. 1871/10.

El fundamento jurídico señalado para ello, sale de la Constitución Política del Estado, cuyo artículo 122° señala que: "Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley".

El **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, como parte integrante de las Fuerzas Armadas del Estado, entonces, entidad de Derecho Público con la especialidad que su naturaleza importa (artículo 246° de la Constitución Política del Estado), encuentra sus actuaciones dentro del ámbito del precitado artículo 122° de la Constitución.

No obstante, hay que advertir que, dentro de la dualidad que importa una constitución moderna (entre la declaración de derechos individuales o sociales, y la organización de los Órganos estatales), el merituado artículo 122° tiene una naturaleza declarativa y que, como tal:

"...la "ley de leyes" muestra invalidez casi absoluta en cuanto a la eficacia inmediata, porque tal vez ninguno de sus preceptos rige por la sola inscripción en uno de los artículos constitucionales. Y es que cada uno de ellos exige las andaduras de una ley

especial que lo desarrolle y que le dé vida; aun cuando en ocasiones, por previa vigencia de tales cuerpos legales, la Constitución que los ratifica cuanta ya con dinamismo de efectiva aplicación.

Ese necesario complemento de la legislación especial es válvula reguladora del sentido de las previsiones constitucionales, que pueden, a través de la misma, experimentar restricciones y hasta desconocimiento de los principios inscritos en la Carta Magna.

Así, en definitiva, la Constitución no pasa de constituir un programa político nacional, que para conseguir realidad precisa la coexistencia de leyes, menores en jerarquía pero con mayor vitalidad, y la de actos de gobierno en ella inspirados y que la reflejen. El cuerpo formado pro los constituyentes, o por las Constituyentes, requiere animarlo con el espíritu del legislador común, árbitro en definitiva de sus alcances concretos. En síntesis, el texto constitucional es más un mandato de legislar que una norma aplicable por los tribunales como Derecho vigente..." (Cabanellas en su Diccionario; acepción de constitución).

Tal exposición es ahora pertinente, por cuanto, al encontrarse controvertida la representación que, del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, ha ejercido el Cnel. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández en la nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, obliga a que, sin perjuicio de tener en cuenta los alcances del artículo 122º de la Constitución Política del Estado, se revisen los criterios jurídicos que regulan el ejercicio de tal representación.

En principio, por su característica naturaleza institucional de disciplina y subordinación, las Fuerzas Armadas del Estado se rigen por su propio sistema de designaciones y nombramientos, según lo dispone la Ley N° 1405 de 30 de diciembre de 1992 (Orgánica de Las Fuerzas Armadas de la Nación "Comandantes de la Independencia de Bolivia"), de manera tal que, asumido el carácter legítimo en el cambio de destino del Cnel. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández al **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, la naturaleza de la potestad emergente de ello (conforme la define Cabanellas en su acepción sobre *autoridad militar*), no resulta propiamente en un mandato o en una representación, sino básicamente en ello: una potestad militar.

No obstante, por la naturaleza de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, la misma ha de limitarse a regular el desenvolvimiento funcional de la institución armada y su estructura, empero no constituye el fundamento sustancial a su desenvolvimiento.

En lo que interesa, no existe una norma que, con carácter sustantivo, establezca la dinámica interna de la potestad militar, pues no se puede confundir tal carácter con las facultades, atribuciones y responsabilidades que le son inherentes (criterio adjetivo); entonces, no existe una norma que establezca, con carácter especial para la institución armada, los alcances sustanciales de esa potestad militar.

Dado ser necesario dentro del caso, establecer los criterios jurídicos aplicables al comportamiento controvertido de la potestad militar, en función de los intereses del recurrente y de la tercera interesada, obliga a recurrir a los fundamentos generales del Derecho.

Así, si bien la potestad militar no se manifiesta por consenso sino por orden jerárquica, en el caso de los profesionales militares de carrera, como lo determina el grado del Cnel. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, tiene origen voluntario, porque quien la ejerce, es porque previamente se ha comprometido a admitir subordinadamente, la autoridad que ello importa.

En ese sentido, tal potestad se manifiesta como una representación, en tanto una autoridad militar actúa en nombre y por cuenta de las Fuerzas Armadas del Estado, y también como un mandato, por cuanto son las Fuerzas Armadas del Estado las que confían esa representación a una autoridad militar, en el desempeño de sus objetivos (ejemplo, el ejercicio del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** para el cumplimiento de sus finalidades institucionales, máxime cuando para ello existe un memorándum expreso de cambio de destino a la unidad militar concreta).

Como representación, el Derecho le impone definiciones como el que señala que:

“...es un caso... particular de colaboración o cooperación jurídica de una persona en los negocios de otra, Dice el principio: potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum (se puede hacer por otro lo que se puede hacer por sí;...)

La declaración de voluntad, de ordinario, es obra del sujeto interesado. Coinciden sujeto de la declaración de voluntad, y sujeto del interés por el cual la declaración es emitida. Mas, cuando la voluntad es declarada por un sujeto, no para sí, sino para otro sujeto, falta esa coincidencia, porque la declaración emitida se hace por medio de representante...” (Messineo, citado por Morales Guillén).

“...Por efecto de la representación, todo sucede, con respecto a la persona que contrata con el representante, como si se tratara con el representado (Mazeaud, ídem)...”

Empero además, ahora cual mandato, es pertinente señalar que su revocatoria puede ser expresa, cuando se la hace conocer formal y expresamente al mandatario, o tácita, cuando “un hecho cualquiera del mandante demuestre de modo inequívoco y cierto la intención de revocar”, según señala Morales Guillén, quien además amplía:

*“...Entre las formas principales de esta modalidad revocatoria, pueden señalarse, en primer término, **la sustitución que hace el mandante del mandatario por otro;** (...)*

Sin embargo, la regla posteriore procuratore constituto, prior tacite revocatus intelligitur, no es de aplicación automática. Ha de considerarse, ciertas condiciones aplicables cuando de los hechos no resulta una prueba de voluntad diferente (...)

Los dos mandatos deben excluirse necesariamente, para que proceda la revocación tácita del primero (...). La revocación tácita, como la intención de hacerla es flagrante, resulta de la identidad del negocio (...)

Para que la revocación extinga el mandato, es necesario que el acto relativo a ella, o los hechos que la hacen presumir hayan llegado o pueden presumirse llegados a conocimiento del mandatario; pues de otro modo, la revocación no tiene efecto...”
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el caso concreto, existe la dificultad de conocer si la revocación del Cnel. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, como Comandante de Ingeniería del Ejército, ha sido expresa o ha sido tácita, por cuanto, si bien cursa en antecedentes un ejemplar del memorándum Dpto. I-EMC. Sec. “A” No. 1871/10, de fecha 6 de diciembre de 2010, que le ha sido dirigido, no consta que el mismo le hubiera sido entregado a él, su destinatario.

Ello además amplía la dificultad para conocer cuándo fue de conocimiento del Cnel. DAEN Carlos Villarroel Fernández su cambio de destino, es decir, desde cuándo el mismo dejaba

de ejercer la autoridad militar en nombre del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, resultando el extremo trascendental, por cuanto, **la controvertida actuación está determinada, precisamente, por la fecha de emisión de la nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, en función de la fecha de EFECTIVO cambio de destino de su suscriptor.**

Resulta obvio que, el memorándum Dpto. I-EMC. Sec. "A" No. 1871/10, de fecha 6 de diciembre de 2010, no es suficiente para esclarecer tan trascendentales cuestionantes, al no haberse hecho constar en el mismo la fecha de su recepción, ni su entrega al Coronel DAEN Carlos Villarroel Fernández (amén que, la presentación del ejemplar de éste junto a otros, con el memorial de 8 de noviembre de 2013, genera duda al resultar el único sin sello de legalización, además de encontrar varias imprecisiones de fechas entre los documentos y las que señala su presentante).

Tales dudas importan per se, infracción al principio de verdad material, aunque lo mismo es excusable al Ente Regulador, al haber dado este apertura, al término de prueba que sale del proveído de 24 de octubre de 2012, a efectos se *"aclare y respalde documentalmente la resolución del conflicto de competencia suscitado"*.

2.3. Observancia del artículo 48° del Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003.-

A ese respecto, además, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/914-2012 de 23 de noviembre de 2012, ha señalado que:

"...el artículo 48 del Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003 - Reglamento a la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, establece:

"Artículo 48.- (Legitimidad). El acto administrativo se presume válido mientras la nulidad del mismo no sea declarada en sede administrativa mediante resolución firme o en sede judicial mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada."
(Cursivas agregadas)

Que de lo prescrito por ley y una vez suscitada la cuestión de competencia, debió ser sometida a un procedimiento sustanciado en sede administrativa, a fin de que mediante resolución sea declarada la nulidad del acto emitido por el Cnl. DAEN. Carlos Villarroel Fernández, al momento de suscribir el CITE S.D. COMANING N° 251/10 de 15 de diciembre de 2010, a través del cual solicitó la suspensión y liberación de las Pólizas de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas.

Que no obstante del procedimiento establecido por el Decreto Reglamentario a la Ley del Procedimiento Administrativo, el Comando de Ingeniería del Ejército demostró a través de la documentación adjunta al memorial de 08 de noviembre de 2012, que no impugnó la actuación del Cnl. DAEN. Carlos Villarroel Fernández, siendo la misma válida mientras no exista una resolución que declare su nulidad..."

Tal criterio es ampliado en la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013, el que a la letra señala:

"...dicha certificación -se refiere a la de 1° de junio de 2012- se limita a señalar que el Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández, en fecha 15 de diciembre de 2010, no tenía atribuciones para realizar ningún acto (léase, emitir la carta S.D. COMANING N° 251/2010 de 15 de diciembre de 2010) pero no invalida la actuación de dicho ex

Comandante del Comando de Ingeniería del Ejército, aspecto que ha sido oportunamente observado y fundamentado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, pues para que la misma deje de tener efectos **ex post**, es necesaria la declaración de nulidad en aplicación del artículo 48 del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003. Mientras tal no ocurra, la carta extrañada es válida.

Que el Recurso de Revocatoria interpuesto por **EL COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** y que ahora nos ocupa, no desvirtúa el anterior razonamiento y se limita a mostrar la certificación anotada (...)

Que otro argumento de la resolución que se recurre es que no se ha clarificado el conflicto de competencia entre las actuaciones del Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández como firmante de la carta S.G. COMANING N° 251/10. En efecto, tampoco en este punto, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** produce prueba suficiente de la nulidad de las actuaciones de dicho oficial, constriñéndose a presentar una certificación que señala que dicho Cnl. carecía de facultades para emitir cartas como la indicada, cuando lo pertinente era acreditar la declaración por autoridad superior, de la nulidad de los actos emanados por el entonces Comandante del Comando de Ingeniería del Ejército Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández..."

Queda clara la exigencia, por parte del Ente Regulador, para que el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, en su pretensión de quitarle validez, eficacia y efectividad a la nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, dé cumplimiento al artículo 48° -arriba transcrito- del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, entonces, que acredite la resolución administrativa firme que hubiera declarado la nulidad de la nota precitada.

Del extremo está consciente el recurrente, por cuanto, así como permanentemente (en sus escritos de Recurso Jerárquico y otros, como en oportunidad de la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos), ha señalado su voluntad de acreditar "mayores elementos de prueba", tampoco ha objetado, dada la calidad especial que la materia militar importa, la improcedencia a una determinación de esa naturaleza, infiriéndose su legitimidad.

En todo caso, sirve esto para evidenciar la inexistencia de la declaración formal y con el contenido sustancial, exigidos por el Ente Regulador, así como la extrañeza presente, de haberse acreditado cual prueba, la copia de una denuncia de fecha 21 de septiembre de 2012, interpuesta contra el Cnel. DAEN Carlos Villarroel Fernández, por ante el Sr. Fiscal de Materia de Turno del Ministerio Público, entonces, **en la vía penal ordinaria**, y "en mérito al Art. 284 y siguientes del **Código de Procedimiento Penal** (...) por el delito de de (sic) **ANTICIPACION O PROLONGACION DE FUNCIONES** previsto en el Art. 163 del **Código Penal**, solicitando a vuestra autoridad se proceda con las diligencias pertinentes, conforme ordena el Art. 69 y 70 y sea con las formalidades de ley..." (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), cuando, dada la naturaleza que importan los sucesos y dada la existencia de presunción de comisión de delito, lo mismo debió sustanciarse por ante la justicia militar, en atención a la vigencia del Código Penal Militar (Decreto Ley N° 13321), con observancia al procedimiento previsto por el Código de Procedimiento Penal Militar, y conforme lo dispone el artículo 26° de la Ley N° 1405 de 30 de diciembre de 1992 (Orgánica de Las Fuerzas Armadas de la Nación "Comandantes de la Independencia de Bolivia"), que señala:

“...ARTÍCULO 26°.- La Administración de Justicia Militar, se ejerce a nombre de la Nación, por las Autoridades, Tribunales y Jueces establecidos en los Códigos Militares y la presente Ley...”

Amén que ello, dado que la gestión jurídica en la aplicación de las últimas normas mencionadas, las hacen de conocimiento notorio del recurrente por su calidad institucional, permite inferir una actuación carente de la buena fe que le es exigible al mismo, por virtud del artículo 4º, inciso e), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y no puede determinar, sino, el rechazo de esa literal producida (denuncia penal de 21 de septiembre de 2012).

CONSIDERANDO:

Que, en función a lo analizado, se concluye que el Ente Regulador no ha fundamentado su cambio de criterio referido a la firmeza, vigencia y subsistencia de una “*cláusula de ejecución inmediata condicional*” en las pólizas controvertidas, en infracción a los artículos 28º, incisos b), e) y f), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; asimismo, en el proceso pesa una infracción al principio de verdad material, por cuanto, no se ha esclarecido desde cuándo el Cnel. DAEN Carlos Villarroel Fernández dejó de ejercer la autoridad militar en nombre del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013, **inclusive**, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debiendo en consecuencia emitir una nueva resolución, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 044/2013 DE 23 DE ENERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 DE 24 DE JUNIO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013

La Paz, 24 de Junio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 037/2013 de 17 de mayo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 078/2013 de 29 de mayo de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 14 de febrero de 2013, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, representado al efecto por su Gerente General, Sr. José Noel Zamora, en mérito al Testimonio de Poder N° 293/2009 de 30 de julio de 2009, otorgado por ante Notaría de Fe Pública N° 02 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dr. Hugo Alba Rodrigo, interpuso Recurso Jerárquico, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-23339/2013 de fecha 19 de febrero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 21 de febrero de 2013, notificado en fecha 22 de febrero de 2013 se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 029/2012 DE 23 DE MAYO DE 2012.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 029/2012 de 23 de mayo de 2012, se resolvió lo siguiente:

*“...**ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI/N° 749/2011 de 28 de octubre de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia expedirse nueva Resolución ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica...”*

2. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, notificó con el cargo al **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, por la presunta contravención al inciso g) del artículo 79 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) por mantener entre los meses de enero y abril de 2011 un exceso de inversiones en los Bancos Bisa S.A. y Unión S.A. que superan el 20% del Patrimonio Neto del Fondo.

Conocidos los descargos de la entidad imputada, los que constan en la nota GG-296/2011, el Ente Regulador, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 749/2011 de 28 de octubre de 2011, resolvió:

*“...**PRIMERO.- Sancionar al FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A., con una multa de Bs205,779.70 (DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE 70/100 BOLIVIANOS), equivalente al 3% del capital mínimo para Fondos Financieros Privados (630.000 DEG's) por mantener entre los meses de enero y abril de 2011 un exceso de inversiones en los Bancos Bisa S.A. y Unión S.A. que superan el 20% del Patrimonio Neto del Fondo...”***

Por memorial de fecha 20 de noviembre de 2011, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa

ASFI N° 749/2011 de 28 de octubre de 2011, y que ha de merecer la Resolución Administrativa ASFI N° 834/2011 de 23 de diciembre de 2011, por la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirma la primera.

Corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 029/2012 de 23 de mayo de 2012, por la que anula la Resolución Administrativa ASFI N° 834/2011 de 23 de diciembre de 2011 y la Resolución Administrativa ASFI N° 749/2011 de 28 de octubre de 2011, con los fundamentos siguientes:

“...2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

De la revisión atenta del Recurso Jerárquico presentado por **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.** en fecha 10 de enero de 2012, se establece que su numeral 4., con el título de **“Fundamentación jurídica del Recurso Jerárquico”**, lleva un **único** subtítulo (**“4.1. Imprecisiones técnico jurídicas de la Resolución ASFI/Nro.834/2011 del 30 de diciembre de 2011”**), el que a su vez tiene un **sólo** acápite (**“4.2 Reitera Falta de Fundamentación y precisión jurídica en los argumentos expuestos en primera instancia”**).

Consiguientemente y toda vez que la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limita *“a las pretensiones formuladas por el recurrente”* (Art. 63° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo), conforme al Recurso Jerárquico, la controversia presente está referida a que:

*“...los aspectos descritos precedentemente (se refiere al **deber de fundamentación y motivación de las circunstancias y hechos relevantes en torno al hecho que se juzga**, conforme al artículo 28°, inciso e), de la Ley N° 2341) que son imperativos para garantizar el debido proceso, **no concurren en la Resolución de la ASFI Nro. 834/2011 del 30 de diciembre de 2011**, la cual incurre en una serie de omisiones jurídicas respecto a situaciones concretas que favorecen a la entidad regulada (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

*En ese sentido, con el objetivo que se proceda a un nuevo análisis sobre estos argumentos, corresponde poner en su atención que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) se ha pronunciado sólo en forma **enunciativa**, pero **no en el fondo** sobre los siguientes aspectos técnico legales, los cuales estaba en el deber de analizar en atención al principio de Proceso Administrativo denominado VERDAD MATERIAL (...)*

(En el Petitorio) 2. Debido a la falta de pronunciamiento por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, reitera los argumentos expuestos en la primera instancia administrativa y que son reiterados y ratificados en el presente Recurso Jerárquico...”

Obviamente, toda vez que la mencionada -y ahora recurrida- Resolución Administrativa ASFI No. 834/2011 resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI No. 749/2011, la acusada falta de fundamentación y motivación debió producirse en relación al Recurso de Revocatoria mencionado, es decir, que las pretensiones del mismo no han sido debidamente fundamentadas y motivadas (razón que motiva el Recurso Jerárquico presente).

Entonces, revisado el Recurso de Revocatoria que fuera interpuesto por **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.** en fecha 28 de noviembre de 2011, se establece que el mismo hace similar alegato a la falta de fundamentación, con referencia a nueve puntos en concreto, y a saber:

1. La cobertura geográfica a nivel nacional de **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**
2. Su volumen de operaciones, su política expansiva de cobertura a sectores rurales, la limitación regulatoria referida a no serles permitido mantener cuentas a la vista, y la concentración de sus operaciones en instituciones que les permiten operaciones a la vista, que tiene presencia a nivel nacional y que por su nivel de liquidez les permiten transferencias inmediatas.
3. La prohibición del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. de realizar depósitos en efectivo, por lo cual solo podrían realizar depósitos en cheques.
4. La concentración de parte de su liquidez en las "pocas instituciones que pueden proporcionar los servicios que requerimos".
5. La existencia de saldos no asociados ni a créditos ni a inversión, por resultar de depósitos recibidos por concepto de recaudaciones varias (aduaneras, Impuestos Internos, Registro Único de Automotores y ENTEL) y abonos de regalías mineras a ser transferidos a su cuenta de encaje legal.
6. La realización de operaciones en el transcurso del día laborable, incluyendo últimas horas, lo que no sucede con los bancos con los que trabajan, no pudiendo por ello realizar más transferencias.
7. No obstante, la transferencia de excesos a su cuenta de encaje legal, y después a los respectivos destinatarios, el primer día hábil siguiente.
8. La adopción de medidas para facilitar la transferencia de las captaciones, no obstante que las instituciones financieras establecen límites diarios para los débitos.
9. "Como se puede apreciar" (entonces, en relación a los ocho numerales precedentes), la imposibilidad de subsumir las características "**del hecho fortuito descritas anteriormente**" (las negrillas y el subrayado son insertos en la

presente Resolución Ministerial Jerárquica) al artículo 79º, inciso g), de la Ley N° 1488.

Por su parte, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 834 interpuesto en fecha 10 de enero de 2012, se limita a seis numerales, con respecto a los cuales -conforme a lo recurrido- no existiría fundamentación o motivación; estos numerales están referidos a:

1. Su cobertura geográfica a nivel nacional.
2. Su volumen de operaciones, su política expansiva de cobertura a sectores rurales, la limitación regulatoria referida a no serles permitido mantener cuentas a la vista, la concentración de sus operaciones en instituciones que les permiten operaciones a la vista, que tiene presencia a nivel nacional y que por su nivel de liquidez les permiten transferencias inmediatas, y la prohibición del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. de realizar depósitos en efectivo, por lo cual solo podrían realizar depósitos en cheques (en el recurso precedente, esto último importa un numeral separado).
3. La concentración de parte de su liquidez en las "pocas instituciones que pueden proporcionar los servicios que requerimos".
4. La existencia de saldos no asociados ni a créditos ni a inversión, por resultar de depósitos recibidos por concepto de recaudaciones varias (aduaneras, Impuestos Internos, Registro Único de Automotores y ENTEL) y abonos de regalías mineras a ser transferidos a su cuenta de encaje legal.
5. La realización de operaciones en el transcurso del día laborable, incluyendo últimas horas, lo que no sucede con los bancos con los que trabajan, no pudiendo por ello realizar más transferencias, y la transferencia de excesos a su cuenta de encaje legal, y después a los respectivos destinatarios, el primer día hábil siguiente (en el recurso precedente, esto último importa un numeral separado).
6. "Como se puede apreciar" (entonces, en relación a los ocho numerales precedentes), la imposibilidad de subsumir las características "**del hecho fortuito descritas anteriormente**" (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) al artículo 79º, inciso g), de la Ley N° 1488.

Entonces y con excepción del numeral 8. del Recurso de Revocatoria (La adopción de medidas para facilitar la transferencia de las captaciones), el Recurso Jerárquico acusa no haberse fundamentado o motivado la decisión administrativa sobre la generalidad de alegatos de la recurrente.

No obstante, de la revisión detenida de la Resolución Administrativa ASFI No. 834/2011 de 23 de diciembre de 2011, la que resuelve el Recurso de Revocatoria y la que por

tanto, debe ser el fundamento o motivo, en términos de la norma, de la decisión del Ente Regulador con referencia a los nueve puntos expuestos en tal recurso (fundamentación que señalándose de inexistente -conforme se ha visto- constituye el alegato de la controversia presente), se obtienen los elementos siguientes:

- La Resolución Administrativa ASFI No. 834/2011 señala que “mediante memorial de 28 de noviembre de 2011, el Fondo Financiero Privado PRODEM S.A. interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI No. 749/2011 (...) en base a los siguientes argumentos:...”, y sigue la serie de alegatos, generales y concretos, entre los últimos se encuentran los nueve numerales supra referidos.

Consiguientemente, los alegatos del **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.** en oportunidad de su Recurso de Revocatoria, sí han sido considerados a tiempo de la Resolución Administrativa ASFI No. 834/2011; a este respecto, el Recurso Jerárquico señala que la autoridad recurrida “se ha pronunciado sólo en forma **enunciativa**, pero **no en el fondo**”, determinando que lo que se impugna al presente no es la falta de consideración, sino la falta de fundamentación o motivación en la decisión emergente de esa consideración.

- Conforme lo permite el artículo 52º, parágrafo III, de la Ley N° 2341, de procedimiento administrativo (La aceptación de informes o dictámenes servirá de fundamento a la resolución cuando se incorporen al texto de ella), forma parte de la Resolución Administrativa ASFI No. 834/2011 el informe ASFI/DSR II/R-131843/2011 de 7 de diciembre de 2011, emitido por la Dirección de Supervisión de Riesgos II del ente recurrido, conforme a la transcripción textual siguiente:

“...De acuerdo con la información reportada por el Fondo, se estableció que la entidad ha incumplido lo señalado en el inciso g), del artículo 79, de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) al mantener inversiones en el Banco BISA S.A. y Banco Unión S.A. que exceden el 20% de su Patrimonio Neto, en diferentes meses de acuerdo al siguiente detalle:

BANCO BISA S.A.

MES	DÍA	PATRIMONIO NETO BS	LÍMITE 20%	SALDO TOTAL BS	%	EXCESO BS
ENERO	12	274.354.639,00	54.870.927,80	67.804.121,03	24,71%	12.933.193,23
	14	278.630.114,00	55.726.022,80	60.632.848,45	21,76%	4.906.825,65
	18	278.630.114,00	55.726.022,80	62.100.962,95	22,29%	6.374.940,15
	21	278.630.114,00	55.726.022,80	59.009.366,54	21,18%	3.283.343,74
FEBRERO	1	278.630.114,00	55.726.022,80	63.840.863,35	22,91%	8.114.840,55
	7	278.630.114,00	55.726.022,80	61.990.784,32	22,25%	6.264.761,52
	14	281.071.114,00	56.214.222,80	69.210.526,18	24,62%	12.996.303,38
	17	281.071.114,00	56.214.222,80	64.064.687,48	22,79%	7.850.464,68
MARZO	11	281.071.114,00	56.214.222,80	56.286.495,57	20,03%	72.272,77
	21	281.857.582,00	56.371.516,40	57.106.844,59	20,26%	735.328,19
ABRIL	20	281.811.837,00	56.362.367,40	58.412.061,22	20,73%	2.049.693,82
	26	281.811.843,00	56.362.368,60	58.376.790,65	20,71%	2.014.422,05

	27	281.811.844,00	56.362.368,80	75.463.236,70	26,78%	19.100.867,90
	29	281.811.846,00	56.362.369,20	64.899.797,88	23,03%	8.537.428,68
	30	281.811.847,00	56.362.369,40	71.264.920,34	25,29%	14.902.550,94

BANCO UNIÓN S.A.

MES	DÍA	PATRIMONIO NETO BS	LÍMITE 20%	SALDO TOTAL BS	%	EXCESO BS
ABRIL	11	281.857.582,00	56.371.516,40	57.240.670,59	20,31%	869.154,19
	20	281.811.837,00	56.362.367,40	58.025.592,98	20,59%	1.663.225,58

Al respecto, el Fondo con nota GG-296/2011 de 14 de octubre de 2011, informó que los excesos observados entre enero y abril de 2011, corresponden a depósitos realizados a las cuentas corrientes que el Fondo mantiene por Recaudaciones Aduaneras, Impuestos Internos, Registro Único de Automotores, Entel, abono de Regalías Mineras y otros, que no son atribuidos a crédito ni inversión.

Sin embargo, dicha aseveración difiere con lo establecido en las definiciones contenidas en el Título Preliminar, Capítulo I de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), donde crédito "Es todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes".

Asimismo, tal como lo establece el Fondo, mantiene cuentas corrientes en otras entidades en las cuales de acuerdo con el siguiente cuadro se evidencia que en los días observados existía margen suficiente como para desconcentrar sus depósitos.

ENTIDAD	ENERO				FEBRERO				MARZO		ABRIL					
	12	14	18	21	1	7	14	17	11	21	11	20	26	27	29	30
BEC	9%	8%	6%	11%	12%	7%	9%	7%	5%	6%	7%	11%	9%	11%	4%	4%
BGA	0%	0%	0%	0%	0%	3%	3%	7%	14%	7%	12%	8%	9%	9%	8%	8%
BIS	25%	22%	22%	21%	23%	22%	25%	23%	20%	20%	16%	21%	21%	27%	23%	25%
BME	7%	5%	5%	7%	6%	5%	6%	7%	8%	8%	5%	5%	4%	5%	8%	9%
BUN	12%	12%	13%	12%	12%	11%	12%	11%	13%	13%	20%	21%	16%	12%	9%	10%

Cabe aclarar que en el análisis de dicho cuadro se ha considerado lo mencionado en los párrafos 2 y 3 del Recurso de Revocatoria, en relación a que el Banco Nacional de Bolivia S.A. y el Banco de Crédito de Bolivia S.A. han cerrado las cuentas del Fondo y que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. ha prohibido al mismo realizar depósitos en efectivo en sus agencias. Adicionalmente, el cuadro muestra que el Fondo mantiene cuentas corrientes en otras entidades diferentes a las mencionadas como son el Banco Económico S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Unión S.A. en los cuales se evidencia que en los días observados existía margen suficiente como para desconcentrar sus depósitos.

De la misma manera, el cuadro muestra que en el mes de abril existieron excesos en dos días consecutivos, en dos oportunidades (del 26 al 27 y del 29 al 30 de abril de 2011), lo cual no se relaciona con la justificación realizada por el Fondo en la que menciona que en

todos los casos los depósitos en sus cuentas corrientes efectuados por sus clientes Estatales y privados fueron transferidos al siguiente día hábil por la Oficina Nacional a la cuenta Encaje Legal y posteriormente a las cuentas de sus clientes, situación que demuestra que los incrementos generados atienden a una falta de control en el manejo de liquidez.

Por otra parte, los argumentos vertidos en los párrafos 1 y 6 del Recurso de Revocatoria, relacionados al manejo del flujo de recursos líquidos que realiza el Fondo por la cobertura geográfica que mantiene de 103 agencias y 36 Cajas Externas y a que los bancos con los cuales trabaja el Fondo reciben las cartas de transferencia hasta las 12:00 pm, fueron considerados al determinar que el control en el manejo de liquidez es deficiente, debido a que el mismo Fondo menciona que como acción correctiva para facilitar la transferencia de recursos captados ha incrementado los límites de las firmas autorizadas, evidenciándose además que a partir de dicha modificación hasta la fecha de emisión de la resolución el límite se encontraba adecuado.

En consecuencia, las justificaciones presentadas por el Fondo demostraron que existe falta de control en el manejo de liquidez, aspecto que ocasionó los excesos del límite establecido en el inciso g), artículo 79 de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)".

- Asimismo, la Resolución Administrativa ASFI No. 834/2011 señala que el argumento que subsume los supuestos agravios expresados en el Recurso de Revocatoria y que se centra en la supuesta concurrencia de un hecho fortuito o de fuerza mayor, remitiéndose para su motivación o fundamentación en lo señalado por Bonnecase en su Tratado Elemental de Derecho Civil, para concluir en que "los hechos y circunstancias alegadas no pueden calificarse de fuerza mayor por la sola existencia de uno de sus requisitos, o cuando la circunstancia para su realización sea más difícil o más onerosa que lo previsto inicialmente".
- También evalúa los argumentos del Recurso de Revocatoria por parte de la entidad recurrida (con relación a los alegatos referidos al crecimiento del volumen de operaciones en el marco de la política expansiva de cobertura hacia sectores rurales, a que los fondos que debían ser transferidos a su cuenta de encaje legal en el Banco Central de Bolivia y luego a los respectivos destinatarios fueron los que originaron la existencia de saldos no asociados a créditos ni inversión sobrepasando temporalmente el 20% del Patrimonio Neto, que la concentración de operaciones en pocas instituciones obedece a que determinados bancos han procedido a cerrar sus cuentas y otro le prohibió realizar depósitos en efectivo, o que no podía realizar transferencias en determinadas horas porque los bancos con los cuales trabaja reciben cartas de transferencia con sujeción a horario), fundamentando la resolución ahora recurrida, que:

"...El recurrente pudo prevenir y evitar el incumplimiento imputado a través de una gestión oportuna en el manejo de su liquidez, hecho que se confirma cuando la entidad en su recurso arguye que el Fondo como acción

correctiva para facilitar la transferencia de recursos captados ha incrementado los límites de las firmas autorizadas, evidenciándose además que a partir de dicha modificación hasta la fecha de emisión de la resolución recurrida, el límite se encontraba adecuado.

...se establece claramente que el Fondo más que en un caso de fuerza mayor o hecho fortuito incurrió en negligencia, por cuanto según el análisis técnico efectuado la entidad mantenía cuentas corrientes en otras entidades diferentes a las mencionadas como Banco Económico S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Unión S.A en los cuales se evidencia que en los días observados existía margen suficiente como para desconcentrar sus depósitos.

...La entidad recurrente no previó, para este caso, la instructiva de las entidades con las que trabaja de no recibir más transferencias después de las 12:00 p.m. aspecto que no ingresa dentro de lo que puede ser considerado como imprevisible, irresistible e imposible..."

- Por último, la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 834/2011, también hace referencia a los alcances de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG-SIREFI /RJ/11/2004 de 2 de agosto de 2004, al principio de convalidación aplicable toda vez que la entidad recurrente se ha sometido al criterio de que los incrementos registrados corresponden a operaciones de crédito, entendido en ello todo activo de riesgo cualquiera sea la forma de su instrumentación (depósito o inversión), y que en uso de la facultad de las reglas de la sana crítica, en el caso no se han dado de manera concurrente los elementos que permitan determinar que el hecho o suceso alegado por el recurrente constituye una causal de caso fortuito o fuerza mayor, a efectos de dar curso a la exoneración de responsabilidad y tener por admitido el recurso de revocatoria.

No obstante ello y correspondiendo a la suscrita Autoridad Ministerial Jerárquica practicar una revisión acerca de la legalidad con la que se ha desarrollado el procedimiento administrativo, resulta que de la compulsa de la Resolución Administrativa ASFI/N° 749/2011 de 28 de octubre de 2011, a tiempo de imponer la sanción al **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha desarrollado el marco teórico que hace a la tipificación, calificación, gradación y modulación de tal sanción, sin embargo, para ello ha prescindido de la serie de elementos fácticos hechos presentes por el ahora recurrente en la nota GG-296/2011 de 14 de octubre de 2011 (nota de descargos).

En efecto; el recurrente ha referido en tal oportunidad

"...de la revisión de nuestro Reporte Diario de Liquidez durante los meses comprendidos de Enero a Abril, en algunos días, existieron saldos no asociados a créditos ni inversión de nuestras cuentas en dichas instituciones financieras, que sobrepasaron temporalmente el 20% de nuestro Patrimonio Neto, debido a depósitos recibidos por concepto de Recaudaciones Aduaneras,

Recaudaciones de impuestos Internos, Recaudaciones de registro Único de Automotores (RUAT), Recaudaciones de ENTEL, Abonos por Regalías Mineras y otros los cuales deben ser transferidos a nuestra cuenta de encaje legal.

Dichas operaciones se realizan en el transcurso del día laborable, incluyendo las últimas horas de los días, mientras que los bancos con los cuales trabajamos nos reciben las cartas de transferencia hasta las 12:00 pm, razón por la cual después de esta hora no podemos realizar más transferencia aun cuando continuamos recibiendo depósitos por montos considerables

No obstante, en pleno cumplimiento de lo previsto por la normativa financiera, los excesos que puedan presentarse, son transferidos a nuestra cuenta de encaje legal mantenida en el Banco Central e (sic) Bolivia, el primer día hábil siguiente y luego a los respectivos destinatarios (...)

Cabe aclarar que estas operaciones, circunstancialmente pueden ubicar el saldo, aparentemente por encima de los límites legalmente establecidos, pero no por falta de prudencia o seguimiento nuestro. Al transferirse dichos recursos a la cuenta de encaje legal, los saldos se ubican nuevamente dentro de los límites legales, todo lo cual no implica que se realicen operaciones de crédito y menos inversiones que podrían conllevar a subsumir el hecho en el supuesto previsto en el artículo 79 inciso g) de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, situación que debe ser considerada por el Órgano Regulador, toda vez que lo contrario podría afectar negativamente a las operaciones que realizamos en forma usual..."

De ello y de su contrastación con la Resolución Administrativa ASFI/Nº 749/2011, resulta que tales elementos no han sido tenidos en cuenta, ni valorados o desechados, según corresponda, como para justificar la determinación que allí sale, de manera tal que se ha producido la indefensión del recurrente **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, por cuanto, los considerandos teóricos sobre tipificación, calificación, gradación y modulación de la sanción, sin tener en cuenta previa la realidad de los actos u hechos que determinan la infracción, hacen una mala aplicación impertinente de tales criterios porque los torna dudosos, y de la Resolución sancionatoria, una carente de fundamento preciso, ahora en inobservancia de los artículos 28º, inciso e) y 63º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

A este respecto, señala el mencionado artículo 4º de la Ley Nº 2341, ahora en su inciso c), que "la administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, **asegurando a los administrados el debido proceso**" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), siendo ahora pertinente rescatar lo establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004, que establece:

"...La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver

y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión...”

El extremo tiene relación con el derecho al debido proceso, conforme ha sido mencionado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 109 de agosto de 2010:

“...a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previas de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; **derecho a la motivación y congruencia de las decisiones** (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras);... (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso...”

Consiguientemente, la revisión del expediente del procedimiento permite establecer que, **la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha fundamentado y motivado en al Resolución Administrativa ASFI/Nº 749/2011 de 28 de octubre de 2011, los elementos que hacen a la infracción y a la sanción impuesta al FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, determinando que al haberse confirmado la Resolución señalada con la Resolución Administrativa ASFI Nº 037/2012 de 8 de

febrero de 2012, tales omisiones subsistan en esta última, en transgresión de los señalados derechos del recurrente...”

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 643/2012 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero establece los extremos siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, el artículo 1 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), define que crédito “es todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas con sus clientes”.

Que, el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que las entidades de intermediación financiera no bancarias no podrán “conceder créditos a una entidad del sistema financiero por más del veinte por ciento (20%) de su patrimonio neto, con excepción de los casos expresamente autorizados por la Superintendencia en lugares donde no existan suficientes entidades financieras”.

Que, el artículo 99 de la misma Ley, establece que cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de la mencionada Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a sanciones administrativas. Asimismo, el artículo 110 de la misma Ley dispone que las sanciones impuestas por el Órgano Supervisor serán puestas en conocimiento del Directorio u órgano equivalente de la entidad financiera.

Que, el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Capítulo II, del Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece en el artículo 10 de la Sección 2 que “las entidades financieras que concedan o mantengan créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límite legal del veinte por ciento (20%) con respecto a su patrimonio neto (límite de 3%) para Fondos Financieros Privados y Cooperativas de Ahorro y Crédito, serán pasibles de sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo y conminadas a regularizar tal situación en la forma y plazo que determine el Órgano Regulador”.

CONSIDERANDO:

*Que, en cumplimiento de los fundamentos contenidos en la Resolución Jerárquica Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2012 de 23 de mayo de 2012, a continuación se expone la consideración y evaluación de los descargos presentados por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO “PRODEM” S.A.**, mediante carta GG-296/2011 de 14 de octubre*

de 2011:

a) COBERTURA GEOGRÁFICA A NIVEL NACIONAL

La cobertura geográfica a nivel nacional que el Fondo tiene es de 103 Agencias y 36 Cajas Externas, lo cual obliga a determinar de manera inmediata la situación de liquidez de cada unidad de negocio y atender adicionalmente servicios de recaudación de pagos a numerosas instituciones públicas y privadas, por las cuales perciben depósitos que deben transferir a través de las cuentas corrientes que mantienen en las distintas entidades bancarias en todo el país.

Al respecto, del análisis de los puntos de atención financieros existentes durante los meses (enero, febrero y abril) en los que se identificaron los incumplimientos al inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), en la gestión 2011, se observa que la entidad tenía la posibilidad de diversificar sus depósitos, contando a su disposición los puntos de atención a nivel nacional de las entidades financieras con las que trabajaba en las fechas de incumplimientos (Banco Económico S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), tal como se muestra a continuación:

MES	ENTIDAD	Agencia Fija	Cajero Automático	Mandatario	Oficina Central	Oficina Externa	Oficina Ferial	Sucursal	Ventanilla	TOTAL
ene-11	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	102	91	-	1	37	3	7	60	301
	BANCO ECONÓMICO S.A.	19	46	-	1	4	-	2	5	77
	BANCOP GANADERO S.A.	18	56	-	1	5	1	4	2	87
	BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	59	246	-	1	18	-	5	3	332
feb-11	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	103	92	1	1	37	3	7	60	304
	BANCO ECONÓMICO S.A.	19	46	-	1	4	-	2	5	77
	BANCOP GANADERO S.A.	18	56	-	1	5	1	4	2	87
	BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	60	250	-	1	18	-	5	3	337
mar-11	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	103	92	2	1	37	3	7	60	306
	BANCO ECONÓMICO S.A.	19	46	-	1	4	-	2	5	77
	BANCOP GANADERO S.A.	18	56	-	1	5	1	4	2	87
	BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	60	250	-	1	17	-	5	3	338
abr-11	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	103	92	2	1	37	3	7	60	306
	BANCO ECONÓMICO S.A.	20	46	-	1	5	-	2	5	79
	BANCOP GANADERO S.A.	18	62	-	1	5	-	4	2	92
	BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	60	250	-	1	12	-	5	3	331

Asimismo, cabe mencionar que el Fondo en sus descargos no hace referencia que los incumplimientos identificados hayan tenido origen en agencias que por su situación o posición geográfica se hayan visto imposibilitadas de desconcentrar su posición de liquidez.

b) VOLUMEN DE OPERACIONES

La entidad argumenta que no puede operar con todos los Bancos del Sistema, ya que algunas instituciones como el Banco Nacional de Bolivia S.A. y el Banco de Crédito de

Bolivia S.A. han cerrado las cuentas del Fondo y el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. ha prohibido realizar depósitos en efectivo en sus agencias, sólo permitiendo realizar depósitos en cheques, por lo que concentran sus operaciones en las pocas entidades que todavía le permiten mantener operaciones a la vista como son Banco BISA S.A., Banco Unión S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Económico S.A., eligiendo entre estas aquellas que tienen presencia a nivel nacional (Banco BISA S.A. y Banco Unión S.A.).

Si bien, el Fondo argumenta que en las fechas de los incumplimientos ya no mantenía cuentas a la vista en el Banco Nacional de Bolivia S.A. y en el Banco de Crédito de Bolivia S.A., debido a que éstas entidades les habrían cerrado sus cuentas a la vista, la entidad no presentó en los descargos los respaldos que acrediten que los citados bancos les hayan cerrado sus cuentas. Por otra parte, se observa que en esas fechas el Fondo tenía margen de concentración de depósitos en los bancos con los que aún operaba (Banco Económico S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), tal como se detalla a continuación:

**Relación de Concentración de Inversiones por Entidad
Financiera con el Patrimonio Neto
(Expresado en Porcentaje)**

Fecha	Límite	BEC ⁽¹⁾	Margen o Exceso	BGA ⁽¹⁾	Margen o Exceso	BIS ⁽¹⁾	Margen o Exceso	BME ⁽¹⁾	Margen o Exceso	BUN ⁽¹⁾	Margen o Exceso
12/01/2011	20%	9%	11%	0%	20%	25%	-5%	7%	13%	12%	8%
14/01/2011	20%	8%	12%	0%	20%	22%	-2%	5%	15%	12%	8%
18/01/2011	20%	6%	14%	0%	20%	22%	-2%	5%	16%	13%	7%
21/01/2011	20%	11%	9%	0%	20%	21%	-1%	7%	13%	12%	8%
01/02/2011	20%	12%	8%	0%	20%	23%	-3%	6%	14%	12%	8%
07/02/2011	20%	7%	13%	3%	17%	22%	-2%	5%	15%	11%	9%
14/02/2011	20%	9%	11%	3%	17%	25%	-5%	6%	14%	12%	8%
17/02/2011	20%	7%	13%	7%	13%	23%	-3%	7%	13%	11%	9%
11/03/2011	20%	5%	15%	14%	6%	20%	0%	8%	12%	13%	7%
21/03/2011	20%	6%	14%	7%	13%	20%	0%	8%	12%	13%	7%
11/04/2011	20%	7%	13%	12%	8%	16%	4%	5%	15%	20%	0%
20/04/2011	20%	11%	9%	8%	12%	21%	-1%	5%	15%	21%	-1%
26/04/2011	20%	9%	11%	9%	11%	21%	-1%	4%	16%	16%	4%
27/04/2011	20%	11%	9%	9%	11%	27%	-7%	5%	15%	12%	8%
29/04/2011	20%	4%	16%	8%	12%	23%	-3%	8%	12%	9%	11%
30/04/2011	20%	4%	16%	8%	12%	25%	-5%	9%	11%	10%	10%

(1) (BEC) Banco Económico S.A., (BGA) Banco Ganadero S.A. y (BME) Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

c) SALDOS NO ASOCIADOS A CRÉDITOS NI A INVERSIONES

Por tal situación, el Fondo afirma que de la revisión de su Reporte Diario de Liquidez durante los meses comprendidos entre enero y abril de 2011, en algunos días existieron saldos no asociados a créditos ni inversión de sus cuentas en dichas instituciones financieras, que sobrepasaron temporalmente el 20% de su Patrimonio Neto, correspondiendo únicamente a depósitos recibidos en las cuentas corrientes del Fondo por concepto de Recaudaciones Aduaneras, Impuestos Internos, Registro Único de Automotores (RUAT), Entel, abonos por Regalías Mineras y otros, los cuales deben ser transferidos a la cuenta de Encaje Legal.

Al respecto, el Fondo al realizar dicha afirmación no ha considerado lo establecido en las definiciones contenidas en el Título Preliminar, Capítulo I de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), que define como "crédito" señalando que "Es todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u

otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes”.

Asimismo, a tiempo de afirmar la existencia de un incumplimiento temporal del límite establecido en el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), el Fondo no presentó descargos que acrediten que el exceso se haya producido como consecuencia de la percepción de Recaudaciones Aduaneras, Recaudaciones de Impuestos Internos, Recaudaciones de Registro Único de Automotores (RUAT), Recaudaciones de ENTEL, Abonos por Regalías Mineras y otros.

Cabe mencionar, que la entidad en los descargos presentados no hizo referencia al porcentaje de depósitos que representan las recaudaciones de los servicios citados en el párrafo precedente, del total de depósitos percibidos en las fechas de incumplimientos, no pudiendo verificar que los incumplimientos identificados sean consecuencia de dichos depósitos.

d) OPERACIONES REALIZADAS EN LAS ÚLTIMAS HORAS DEL DÍA

Asimismo, argumentó que dichas operaciones se realizan en el transcurso del día, incluyendo las últimas horas de los días, mientras que los Bancos con los cuales trabajan reciben las cartas de transferencia hasta horas 12:00 p.m., razón por la cual después de esa hora no se pueden realizar más transferencias aun cuando el Fondo continúa recibiendo depósitos por montos considerables. De la misma forma, la entidad mencionó que en cumplimiento a lo previsto por la normativa financiera, los excesos que puedan presentarse, son transferidos a la cuenta de encaje legal mantenida en el Banco Central de Bolivia, el primer día hábil siguiente y luego a los respectivos destinatarios.

Al respecto, el Fondo no cuenta con una estrategia para diversificar la liquidez en caso de que se presenten concentraciones de fondos en entidades financieras específicas, que den lugar al incumplimiento al inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), demostrando que no existe una adecuada gestión del Riesgo de Liquidez.

Asimismo, la entidad afirma que cuando se presentan excedentes, éstos son transferidos el primer día hábil siguiente a la cuenta de encaje legal, sin embargo, se identificaron incumplimientos consecutivos los días 26, 27 y 29, 30 de abril de 2011, por tanto, el Fondo en la práctica no realiza la transferencia de fondos a la cuenta de encaje legal después de identificar excesos en sus cuentas corrientes abiertas en las Entidades de Intermediación Financiera.

Por otro lado, de acuerdo con lo establecido en el inciso a), artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el Fondo debe reportar diariamente la información requerida por el Anexo R de Obligaciones con Entidades de Intermediación Financiera, por lo que cuenta con información para efectuar el seguimiento a la concentración de inversiones de forma diaria, por lo tanto, es responsabilidad de la entidad el cumplimiento permanente de

la Ley de Bancos y Entidades Financieras, para lo cual debe hacer uso de herramientas y mecanismos que considere necesarios.

e) MEDIDAS CORRECTIVAS

Ante esa situación, la entidad menciona que ha adoptado medidas para facilitar la transferencia de los recursos captados, incrementando los límites de las firmas autorizadas, sin embargo, las instituciones financieras establecen límites diarios para los débitos, lo cual dificulta movilizar con mayor agilidad los recursos.

Al respecto, tal como la entidad afirma las medidas adoptadas son posteriores a los incumplimientos identificados.

Asimismo, el Fondo no remitió documentación que acredite el hecho de que los Bancos Unión S.A. y Bisa S.A. hayan impuesto límites diarios para debitar fondos, demostrando que la entidad no cuenta con una adecuada gestión de riesgos que les permita tener un control de la administración de liquidez.

f) OPERACIONES DE DEPÓSITOS EN SUS CUENTAS CORRIENTES

Asimismo, el Fondo argumenta que se trata únicamente de operaciones de depósitos en sus cuentas corrientes, efectuadas por sus clientes estatales (ENTEL, Servicios de Impuestos Nacionales y Aduana Nacional de Bolivia) y privados que en todos los casos fueron transferidos al siguiente día hábil, por la Oficina Nacional, a la cuenta de encaje legal y posteriormente a las cuentas de sus clientes, a quienes les prestan servicios de recaudación de sus cobranzas, lo cual denota que los incrementos fueron generados en mérito a operaciones realizadas en horas en que los bancos con los cuales operan, ya no reciben instrucciones de débitos.

Tal como se mencionó en el inciso d) el Fondo afirma que cuando se presenten excedentes serán transferidos al primer día hábil siguiente a la cuenta de encaje legal, sin embargo, se identificaron incumplimientos consecutivos los días 26, 27 y 29, 30 de abril de 2011, por tanto, el Fondo en la práctica, no realiza la transferencia de fondos a la cuenta de encaje legal después de identificar excesos en sus cuentas corrientes abiertas en las Entidades de Intermediación Financiera.

Por otra parte, el Fondo no acreditó en los descargos que los depósitos que dieron origen a los incumplimientos al inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), provengan de depósitos en cuentas de sus clientes estatales.

Del análisis anterior se concluye que los argumentos de descargo analizados precedentemente no desvirtúan el incumplimiento al límite establecido por el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, notificados mediante nota ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, por exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del señalado Fondo

CONSIDERANDO:

Que adicionalmente la entidad ha manifestado como descargo "...las características del hecho fortuito descritas anteriormente determinan la imposibilidad de subsumir al artículo 79 inciso g) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, toda vez que el incremento registrado no corresponde a operaciones de créditos ni de inversiones, las cuales, por su naturaleza, obedecen a un proceso de evaluación previa y aplicación de políticas financieras y adopción de la decisión que corresponda, mediante una manifestación de voluntad de transferir recursos bajo figura de otorgamiento de crédito o colocación de recursos en instrumentos de captación emitidos por el banco destinatario de los fondos". En este entendido debe considerarse la posible concurrencia de un hecho fortuito o de fuerza mayor como causa del incumplimiento de los límites a los que se encuentra sujeto.

Que, en este sentido, Julien Bonnecase en su Tratado Elemental de Derecho Civil, Volumen 2, pág. 837 define la fuerza mayor como "el acontecimiento que hace imposible el cumplimiento de la obligación. Constituye, dice, un obstáculo absoluto para el cumplimiento". Agrega el autor que: "... nos encontraremos ante una imposibilidad absoluta, si los otros obligados, colocados en una situación análoga, no pueden cumplir sus obligaciones por el mismo acontecimiento. Si alguno de ellos, por el contrario, cumple las suyas, nos encontraremos ante una imposibilidad relativa; y al mismo tiempo fuera del dominio de la fuerza mayor".

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

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

El tercer elemento, conforme concluye Julien Bonnecase, está en que el hecho sea irresistible; o sea, que la persona no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias.

Que, todos los elementos integrantes de la fuerza mayor antes transcritos, deben ser concurrentes, lo cual se traduce en que si los hechos y circunstancias alegadas ciertamente revisten el carácter de imprevisibles, pero se las puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura cuando a pesar de ser irresistibles pueden preverse.

Que, los hechos y circunstancias alegadas por la entidad financiera no pueden calificarse de hecho fortuito fuerza mayor por la sola existencia de uno de sus

requisitos, o cuando la circunstancia para su realización sea más difícil o más onerosa que lo previsto inicialmente

Que, es importante también considerar que la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), define a “crédito” señalando que “Es todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes”, de esta manera el término crédito es considerado en el límite previsto en el inciso g) del artículo 79 de la señalada Ley, de acuerdo a los alcances y criterios establecidos en la definición contenida en el señalado artículo 1.

Que, así también el argumento de la entidad financiera orientado a desconocer los alcances de “crédito”, y limitarlo solamente a la colación de operaciones crediticias o inversiones, es un criterio equivocado toda vez que la definición la otorga la misma Ley en el artículo 1, desde el punto de vista de la generación de un posible riesgo, al que se expone la entidad, en este entendido no es argumento válido el tratar de circunscribir el límite del inciso g) del artículo 79 de la Ley solamente a operaciones crediticias e inversiones.

Que, así también debe tomarse en cuenta el **principio de convalidación**, según el cual la entidad ha reconocido y se ha sometido al cumplimiento de este límite el mismo que es controlado por esta Autoridad de Supervisión de manera diaria.

Que, en virtud a lo anterior, se concluye que los argumentos de descargo analizados precedentemente no desvirtúan el incumplimiento por parte del **FONDO FINANCIERO PRIVADO “PRODEM” S.A.**, al límite establecido por el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, (Texto Ordenado), notificados mediante nota ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, por exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del señalado Fondo, en consecuencia corresponde la imposición de sanción administrativa.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo con lo expuesto, para la gradación de la sanción, se ha establecido parámetros que fundamentan la aplicación de sanción pecuniaria, basada principalmente en el incumplimiento en el que incurrió **FONDO FINANCIERO PRIVADO “PRODEM” S.A.**, el cual se encuentra establecido en el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, para la modulación de la sanción debe considerarse la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que señala que: “El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como

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

Que, para la imposición de sanción se consideran los siguientes elementos:

Tipificación. Se evidencia el incumplimiento a las disposiciones del inciso g) del artículo 79 de la Ley No 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Calificación. Conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley señalada anteriormente, la inobservancia a las disposiciones legales así como a las recomendaciones emitidas por esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, circunscriben la conducta del **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.**, en el ámbito de omisiones graves en contraposición a las omisiones leves que ameritan la sanción de amonestación.

Gradación. Al considerarse que la inobservancia que promueve el proceso sancionatorio bien pudo evitarse de haberse considerado las disposiciones legales vigentes, por cuanto se configura una acción por negligencia por parte de la entidad y sus administradores en el diseño y aplicación de su política de inversiones.

Modulación. A los efectos de lo previsto en el artículo 10 de la Sección 2 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el cual prevé que "las entidades financieras que concedan o mantengan créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límite legal del veinte por ciento (20%) con respecto a su patrimonio neto (límite de 3%) para Fondos Financieros Privados y Cooperativas de Ahorro y Crédito, serán pasibles de sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo..." y considerando que los hechos que originaron el incumplimiento no reviste perjuicio económico para la entidad ni afecta a los clientes y teniendo en cuenta que la entidad no fue sancionada anteriormente, por idéntica causa, amerita la imposición de sanción mínima del 20% del exceso incurrido.

Que, no obstante lo anterior, la imposición de sanción pecuniaria mínima del 20% correspondiente al monto del exceso incurrido en inversiones por la entidad entre los periodos comprendidos entre los meses de enero y abril de 2011, excedería el límite previsto en numeral 2 del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, (Texto Ordenado), del 3% del capital mínimo de las entidades constituidas como fondos financieros privados.

Que, en observancia de lo previsto en el numeral 2 del artículo 99 citando anteriormente, la sanción pecuniaria no puede superar el límite previsto por Ley,

correspondiendo en consecuencia la imposición de multa del 3% del capital mínimo para Fondos, de acuerdo al siguiente cálculo:

ENTIDAD	DIA	PATRIMONIO NETO BS	LIMITE 20%	SALDO TOTAL BS	EXCESO BS	20% SOBRE EL MONTO QUE EXCEDE	CAPITAL MÍNIMO FONDOS 630.000 D.E.G.	TIPO DE CAMBIO EN BS POR UNIDAD DE D.E.G.	3% SOBRE CAPITAL MÍNIMO	
BANCO BISA S.A.	12/01/2011	274.354.639.00	54.870.927.80	67.804.121.03	12.933.193.23	2.586.638.65	6.675.474.96	10.5960	200.264.25	
	14/01/2011	278.630.114.00	55.726.022.80	60.632.848.45	4.906.825.65	981.365.13	6.719.809.07	10.6664	201.594.27	
	18/01/2011	278.630.114.00	55.726.022.80	62.100.962.95	6.374.940.15	1.274.988.03	6.763.968.29	10.7365	202.919.05	
	21/01/2011	278.630.114.00	55.726.022.80	59.009.366.54	3.283.343.74	656.668.75	6.801.044.54	10.7953	204.031.34	
	01/02/2011	278.630.114.00	55.726.022.80	63.840.863.35	8.114.840.55	1.622.968.11	6.809.433.62	10.8086	204.283.01	
	07/02/2011	278.630.114.00	55.726.022.80	61.990.784.32	6.264.761.52	1.252.952.30	6.816.234.60	10.8194	204.487.04	
	14/02/2011	281.071.114.00	56.214.222.80	69.210.526.18	12.996.303.38	2.599.260.68	6.775.428.74	10.8194	203.262.86	
	17/02/2011	281.071.114.00	56.214.222.80	64.064.687.48	7.850.464.68	1.570.092.94	6.777.608.54	10.7581	203.328.26	
	11/03/2011	281.071.114.00	56.214.222.80	56.286.495.57	72.272.77	14.454.55	6.827.659.02	10.8376	204.829.77	
	21/03/2011	281.857.582.00	56.371.516.40	57.106.844.59	735.328.19	147.065.64	6.893.037.90	10.9413	206.791.14	
	20/04/2011	281.811.837.00	56.362.367.40	58.412.061.22	2.049.693.82	409.938.76	6.907.789.98	10.9647	207.233.70	
	26/04/2011	281.811.843.00	56.362.368.60	58.376.790.65	2.014.422.05	402.884.41	6.972.032.34	11.0667	209.160.97	
	27/04/2011	281.811.844.00	56.362.368.60	75.463.236.70	19.100.867.90	3.820.173.58	6.986.573.69	11.0898	209.597.21	
	29/04/2011	281.811.846.00	56.362.369.20	64.899.797.88	8.537.428.68	1.707.485.74	7.030.501.57	11.1595	210.915.05	
	30/04/2011	281.811.847.00	56.362.369.40	71.264.920.34	14.902.550.94	2.980.510.19	7.030.501.57	11.1595	210.915.05	
BANCO UNIÓN S.A.	11/04/2011	281.857.582.00	56.371.516.40	57.240.670.59	869.154.19	173.830.84	6.913.606.52	10.9740	207.408.20	
	20/04/2011	281.811.837.00	56.362.367.40	58.025.592.98	1.663.225.58	332.645.12	6.907.789.98	10.9647	207.233.70	
PROMEDIO DEL PERIODO OBSERVADO						6,627,624.53	1,325,524.91	6,859,323.23	10.89	205,779.70

Que, conforme a los criterios y parámetros descritos anteriormente, el 3% del capital mínimo para fondos financiero privados, a la fecha en que se produjeron los incumplimientos es de Derechos Especiales de Giro 630,000,00 (Seiscientos treinta mil Derechos Especiales de Giro), equivalente a Bs205,779,70, en consecuencia corresponde la imposición de sanción pecuniaria por este monto en estricta observancia del numeral 2 del Artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través del Informe Legal ASFI/DSR I/R-135655/2012 de 23 de octubre de 2012, efectuó la evaluación de los descargos presentados por la entidad mediante carta GG-296/2011 de 11 de octubre de 2011, concluyendo que no se desvirtuó la infracción del inciso g) del artículo 79 de la Ley No 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al mantener entre los meses de enero y abril de 2011 exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del señalado Fondo..."

Con base a tales fundamentos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resuelve:

"...Sancionar al **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.** con multa de Bs205,779,70 (DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE 70/100 BOLIVIANOS), equivalente al 3% del capital mínimo para Fondos Financieros Privados (Derechos Especiales de Giro 630,000,00) por mantener entre los meses de enero y abril de 2011 exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del Fondo..."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 21 de diciembre de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, con los siguientes argumentos:

“...6.2. Incurre nuevamente en Falta de Fundamentación.

Se debe tomar en cuenta que la Resolución Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/SIREFI/029/2012 del 23 de mayo de 2012, determinó la obligación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de fundamentar y motivar la resolución, a tiempo de realizar un análisis sobre la subsunción administrativa, aspecto que no fue cumplido por el Regulador, lo cual precipita nuevamente a una nulidad de sus actuaciones.

6.3. Evidencia Fractura de Principio de Congruencia.

De la revisión de la Resolución ASFI Nro. 643/2012 del 23 de noviembre de 2012, se observa que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, establece como fundamento del cargo y hecho supuestamente observable:

"...a que la entidad tenía la posibilidad de diversificar los depósitos..."

En ese sentido, la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-100805/2012 del 27 de septiembre de 2012 no establece en lo absoluto que la base de la imputación administrativa sea la omisión de la posibilidad de diversificación de depósitos.

Esta situación provoca que la ASFI, no obstante de haber iniciado la sanción por una supuesta "deficiencia de control interno", tal como fuera expresamente señalado en la Resolución 749/2012 del 28 de octubre de 2012, al final de su evaluación sancionatoria, termina estableciendo una sanción por un hecho del cual nosotros no teníamos conocimiento, lo cual implica que se ha generado un escenario de indefensión.

Esta conducta jurídica es contraria al Principio de Congruencia que rige el procedimiento Administrativo, ya ha sido ampliamente descrita en la Jurisprudencia Administrativa, por el cual no puede existir una sanción cuando se violenta la identidad con la acusación y espíritu de la Notificación de Cargos.

6.4. Ubicación Geográfica.

Es altamente observable que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución ASFI Nro. 643/2012 del 23 de noviembre de 2012, en el Sexto Considerando de su resolución referida al análisis de la Cobertura Geográfica a nivel nacional, en forma totalmente Inexplicable, determina como la base de la acusación administrativa, en contra de la entidad regulada:

"... la posibilidad de diversificar sus depósitos..."

En ese sentido, en contraposición al deber de fundamentar, motivar y explicar su decisión, corresponde observar que la "fundamentación" de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la resolución sancionatoria se limita a emitir una simple aseveración y la confección de un cuadro, que por sí mismos, no explican en lo absoluto nada, aspecto que es contraventor de lo establecido en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, que dispone:

ARTICULO 28°.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativos).-

Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

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

Como se puede apreciar la exposición de unas citas tan escuetas en la resolución sancionatoria, de ninguna manera pueden ser consideradas suficiente respecto de la obligación de fundamentación, a la cual están obligadas todas las entidades reguladoras en uso de la facultad del ius puniendi administrativo.

A mayor abundamiento, también se puede citar el hecho de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, establece una sanción, manifestando que no se habrían presentado los "documentos", respaldatorios del descargo.

Sobre el particular, corresponde recordar a la entidad reguladora, que tiene la obligación de cumplir con el Principio de Verdad Material, descrito en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo que dispone:

ARTICULO 4°.- (Principios Generales de la Actividad Administrativa).-

La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:

- a) Principio fundamental: El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los Intereses de la colectividad;
- b) Principio de auto tutela: La Administración Pública dicta actos que efectos sobre los ciudadanos y podrá ejecutar según corresponda por sí misma sus propios actos, sin perjuicio del control judicial posterior;
- c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;
- d) **Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;**

En consecuencia, queda demostrado que el hecho de pasar la "carga de la prueba" al regulado, es una franca violación por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al artículo 4 Inciso d) de la Ley nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

6.5. Sobre el volumen de operaciones.

En relación al argumento de la ASFI, relativo a la falta de evidencia de que ya no se mantenían cuentas a la vista en el BNB y BCP, adjunto al presente descargo se remite la documentación correspondiente, donde consta que dichas instituciones nos instruyeron cerrar las cuentas corrientes que manteníamos, por lo cual resulta imposible trabajar con dichas instituciones a efectos de diversificar nuestras operaciones y recursos a la vista. (Anexo N° 1).

Adicionalmente, las instituciones bancarias con las cuales trabajamos, nos imponen límites diarios para realizar operaciones de retiro, lo cual nos imposibilita transferir recursos por montos superiores a dichos límites, imposibilitando de esta manera el libre flujo de los recursos líquidos por montos superiores a dichos límites (Anexo N° 2)

6.6. Saldos no asociados a créditos ni a inversiones.

La ASFI, se limita a reiterar y re transcribir las definiciones del título Preliminar, Capítulo I de la Ley Nro. 1488 que define al Crédito.

Sin embargo, por la lectura de la resolución, resulta inexplicable, cómo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, intenta forzar a que los pagos por concepto de Recaudaciones Aduaneras, Impuestos Nacionales, Registro Único Automotor, Entel, abonos por regalías mineras y otros que deben ser transferidos a la cuenta de encaje legal, sean considerados como CREDITOS.

Por otra parte, en relación a la obligación de documentar dichos porcentajes de operaciones, se remite la documentación correspondiente, con lo cual se demuestra la veracidad de nuestro argumento, de que los recursos manejados en las referidas cuentas obedecen, entre otros, a los conceptos inicialmente argumentados, y por lo tanto la inconsistencia de la argumentación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. (Anexo N° 3)

6.7. Consideraciones del Orden Técnico

El Fondo Financiero Privado PRODEM, S.A., por no ser una institución bancaria, no está inscrito en la Cámara de Compensación administrada por el Banco Central de Bolivia, por lo cual los recursos que capta de su clientela, debe transferirlos a la cuenta mantenida en dicho ente emisor (Cuenta de Encaje Legal), a través de las Instituciones Bancarias en las cuales aun mantiene cuentas corrientes, por lo que está obligado a manejar sus recursos en las pocas instituciones que acceden a trabajar con nosotros, con las limitaciones ya señaladas, lo cual nos crea concentración de recursos y limitaciones para movilizarlos (Anexo N° 4).

7. Petitorio.

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 46 a

50 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito, Revocar totalmente la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012 por una sanción con multa de Bs. 205, 779,70 (DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE 70/100 BOLIVIANOS), equivalente al 3% del capital mínimo para Fondos Financieros Privados (Derechos Especiales de Giro 630, 000,00) por mantener entre los meses de enero y abril de 2011 exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del fondo...”

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 044/2013 DE 23 DE ENERO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resuelve “**CONFIRMAR** en todas sus partes la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012”, en base a los fundamentos siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente se establece los aspectos siguientes:

- La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2012 de 23 de mayo de 2012, página 49 señala “Consiguientemente, la revisión del expediente del procedimiento permite establecer que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha fundamentado y motivado en la Resolución Administrativa ASFI N° 749/2011 de 28 de octubre de 2011, los elementos que hacen a la infracción y a la sanción impuesta al **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A...**”.

Siguiendo la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, respecto a la motivación o fundamentación de los actos administrativos señala que “Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.

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

Al respecto el inciso d) parágrafo II del artículo 17 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera

Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, impone a la Autoridad Administrativa de motivar o fundamentar sus decisiones marco normativo concordante con el inciso e) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002.

En ese sentido, se emitió la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, la cual resuelve sancionar al **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, con multa de Bs205.779.70 (DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE 70/100 BOLIVIANOS), por mantener entre los meses de enero y abril de 2011, exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del Fondo.

En el presente caso de la lectura de la citada Resolución, se advierte que la misma establece parámetros técnico legales que hacen a la debida motivación del acto administrativo, pronunciándose sobre la totalidad de los aspectos señalados por el recurrente en resguardo del debido proceso, así se desprende en los considerandos páginas 3 al 9, al evaluar los siguientes elementos: a) cobertura geográfica a nivel nacional, b) volumen de operaciones, c) saldos no asociados a créditos ni a inversiones, d) operaciones realizadas en la últimas horas del día, e) medidas correctivas y f) operaciones de depósitos en sus cuentas corrientes.

Adicionalmente se consideró y evaluó como descargo las características del hecho fortuito, consiguiente cumple con lo establecido en el inciso e) artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, respecto a que todo acto administrativo debe ser fundamentado, expresando en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado.

- Respecto a que la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, no habría establecido que la base de imputación administrativa sea la omisión de diversificar depósitos, al respecto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 017/2004 de 11 de octubre de 2004, señala que: "La notificación de cargos es el acto jurídico – administrativo por medio del cual se pone en conocimiento de una persona natural o jurídica las imputaciones o infracciones presuntamente cometidas por esta, con la finalidad que pueda ejercer su irrestricto derecho a la defensa presentando toda la prueba pertinente así como formular las alegaciones correspondientes respecto de los cargos atribuidos.

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

En ese entendido, la formulación de cargos, al derivar en una Resolución Administrativa, debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo, en este caso, guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final”.

Al respecto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, notificó al Fondo Financiero Privado Prodem S.A., por incumplimiento al inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) por mantener entre los meses de enero y abril de 2011 un exceso de inversiones en los bancos Bisa S.A. y Unión S.A., que superan el 20% del Patrimonio Neto del Fondo.

Una vez concluida la fase de presentación de descargos por parte del recurrente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, sancionó al recurrente con una multa de Bs205.779.70, equivalente al 3% del capital mínimo para Fondos Financieros Privados por mantener entre los meses de enero y abril de 2011, exceso de inversiones en los bancos Bisa S.A. y Unión S.A., superando el 20% del patrimonio neto del Fondo.

En ese sentido, la observación que realiza el recurrente relativo a que la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 y la notificación de cargos ASFI DSR II/R-100805/2012, no guardan relación, por cuanto la citada resolución señala que “La entidad tenía la posibilidad de diversificar los depósitos”, cabe aclarar que esta observación se desprende del análisis de evaluación de descargos presentados por la entidad mediante carta GG-296/2011 de 14 de octubre de 2011, así se advierte en la página 4 de la citada Resolución, que arribó a lo siguiente: “...Al respecto, del análisis de los puntos de atención financieros existentes durante los meses (enero, febrero y abril) en los que se identificaron los incumplimientos al inciso g) del artículo 79 de la Ley N 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), en la gestión 2011, **se observa que la entidad tenía la posibilidad de diversificar sus depósitos**, contando a su disposición los puntos de atención a nivel nacional de las entidades financieras con las que trabajaba en las fechas de incumplimientos (Banco Económico S.A., Banco Ganadero SA. y Banco Mercantil Santa Cruz S.A.)...”.

En consecuencia, la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, es clara al señalar que el FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A., incumplió el inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), aspecto que dentro del alcance del principio de congruencia, dicho acto administrativo guardan estrecha relación de los incumplimientos notificados y la Resolución final ASFI/643/2012 de 23 de noviembre de 2012.

- *Respecto a que la Autoridad de Supervisión a través de la Resolución ASFI N° 749/2011, habría sancionado al Fondo Financiero Privado Prodem S.A., por “deficiencia de control interno”, cabe señalar que la Resolución ASFI N° 749/2011 de 28 de octubre de 2011, ha sido anulada por efecto de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2012 de 23 de mayo de 2012, el cual dispone en la página 50, “ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 749/2011 de 28 de octubre de 2011, inclusive, debiendo en consecuencia expedirse nueva Resolución ajustándola a derecho...”.*

Sin embargo, cabe señalar que la deficiencia de control interno a la que hace referencia el recurrente, se encuentra inmerso en la inexistencia de una adecuada Gestión del Riesgo de Liquidez, aspecto que es considerado en la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, así se desprende de la página 6, al señalar que: “El fondo no cuenta con una estrategia para diversificar la liquidez en caso de que se presenten concentraciones de fondos en entidades financieras específicas, que den lugar al incumplimiento al inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1588 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), demostrando que no existe una adecuada gestión del Riesgo de Liquidez”...”, por cuanto el Proceso de Gestión de Riesgos comprende las etapas de: establecer el contexto, identificación, medición, control, mitigación, monitoreo y divulgación.

En ese sentido, la inexistencia de una adecuada Gestión del Riesgo de Liquidez, no vulnera el principio de congruencia, toda vez que la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, se refiere a que el recurrente vulneró el inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) por mantener entre los meses de enero y abril de 2011 un exceso de inversiones en los bancos Bisa S.A. y Unión S.A. superando el 20% del Patrimonio Neto del Fondo.

De lo referido, se advierte que existe incumplimiento por parte del recurrente del inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), efectuando el Órgano Regulador un análisis de los fundamentos presentados por el Fondo Financiero Privado Prodem S.A., en su nota de descargos GG-296/2011 de 14 de octubre de 2011, aspecto ordenado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2012 de 23 de mayo de 2012, lo que conllevo el previo cotejo y análisis de los fundamentos, descargos y justificativos presentados por el Fondo tal como dispone el artículo 67 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, cuando en su párrafo II señala que: “Presentados los descargos o transcurrido el plazo sin que ello hubiera ocurrido, el Superintendente procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicando

el principio de la sana crítica y valoración razonada de la prueba, no pudiendo en ningún caso ignorar o dejar de evaluar los descargos presentados, garantizando en todo momento el pleno ejercicio de defensa”.

En tal sentido, se cumplió con el principio de congruencia de acuerdo a lo señalado por las Resoluciones Jerárquicas de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 y SG SIREFI RJ 20/2004 de 12 de febrero y 9 noviembre de 2004, las disponen que: “Las Resoluciones emitidas por los órganos reguladores en el Sistema de Regulación Financiera deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las solicitudes y pretensiones de los administrados que constituyen el objeto de sus pretensiones. Este principio incluye también la obligación de las autoridades administrativas de observar que se guarde una estrecha relación de concordancia entre los hechos imputados al administrado con la decisión final que se adopta, previo cotejo y análisis de los fundamentos, descargos y justificativos presentados por los administrados”.

En relación a la ubicación geográfica

- El cuadro expuesto en la Resolución ASFI N° 643 de 23 de noviembre de 2012, página 4, al que hace referencia el recurrente tiene por objetivo reflejar que el Fondo Financiero Privado Prodem S.A., tenía a su disposición los suficientes puntos de atención financieros correspondientes al Banco Económico S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Mercantil Santa Cruz S.A. (Agencias fijas, oficinas centrales, oficinas externas, oficinas feriales, sucursales y ventanillas) para proceder con la desconcentración de sus inversiones.

Lo anterior, permite concluir que el Fondo Financiero Privado Prodem S.A. tenía la posibilidad de diversificar sus depósitos contando a su disposición con dichas entidades financieras y sus respectivos puntos de atención a nivel nacional, para diversificar sus depósitos, aspecto que no fue considerado por el recurrente dando lugar a que en los meses de enero y abril de 2011, se incumpla el inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado).

MES	ENTIDAD	Agencia Fija	Cajero Automático	Mandatario	Oficina Central	Oficina Externa	Oficina Ferial	Sucursal	Ventanilla	TOTAL
ene-11	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	102	91	-	1	37	3	7	60	301
	BANCO ECONÓMICO S.A.	19	46	-	1	4	-	2	5	77
	BANCOP GANADERO S.A.	18	56	-	1	5	1	4	2	87
	BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	59	246	-	1	18	-	5	3	332
feb-11	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	103	92	1	1	37	3	7	60	304
	BANCO ECONÓMICO S.A.	19	46	-	1	4	-	2	5	77
	BANCOP GANADERO S.A.	18	56	-	1	5	1	4	2	87
	BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	60	250	-	1	18	-	5	3	337
mar-11	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	103	92	2	1	37	3	7	60	306
	BANCO ECONÓMICO S.A.	19	46	-	1	4	-	2	5	77
	BANCOP GANADERO S.A.	18	56	-	1	5	1	4	2	87

	BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	60	250	-	1	17	-	5	3	338
	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	103	92	2	1	37	3	7	60	306
cbr-11	BANCO ECONÓMICO S.A.	20	46	-	1	5	-	2	5	79
	BANCOP GANADERO S.A.	18	62	-	1	5	-	4	2	92
	BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	60	250	-	1	12	-	5	3	331

- Respecto a que el Órgano Regulador habría sancionado a la entidad señalando que no se habrían presentado los documentos de descargo, cabe señalar que la Resolución Jerárquica SIREFI SG SIREFI RJ 02/2006 de 10 de enero de 2006 indica: "El artículo 29, parágrafo III, del Decreto Supremo N° 27175 menciona que las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo al principio de la sana crítica" El sistema de la sana crítica o de la sana lógica, consiste en la libertad que tiene la Autoridad Administrativa para apreciar el valor o el grado de eficacia de las pruebas producidas. Empero, este sistema no autoriza a la autoridad a efectuar la valoración arbitrariamente, por el contrario, le exige que determine el valor de las pruebas haciendo un análisis razonado de ellas siguiendo las reglas de la lógica, de lo que dicta su experiencia el buen sentido y el entendimiento humano y como consecuencia de esto, le exige a la autoridad que funde sus decisiones y exprese las razones por las cuales adopta o no una determinación".

Asimismo, concordante con lo señalado en relación al principio de verdad material de acuerdo a lo señalado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006 de 2 de agosto de 2006, señala que: "La doctrina en Derecho Administrativo ha sostenido de manera uniforme que en cuanto al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La autoridad administrativa, en consecuencia no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) y si la decisión administrativa no se ajustara a los hechos materiales, la decisión de la administración pública estaría viciada. Así, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material de la realidad y circunstancias de los hechos tal cual aquella y estas son independientemente de cómo hayan sido alegadas o propuestas y, en su caso, probadas por las partes; por ello el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientando a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes.

Entonces, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas expresamente por los administrados.

De igual manera, no se debe dejar de lado que en el caso de procedimientos donde intervenga más de una persona la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público”.

El inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, dispone que: “La administración pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil”.

De acuerdo a las consideraciones señaladas, se advierte que el Órgano Regulador emitió la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, al Fondo Financiero Privado Prodem S.A. por incumplimiento al inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) por mantener entre los meses de enero y abril de 2011, un exceso de inversiones en los bancos Bisa S.A. y Unión S.A: que superar el 20% del Patrimonio Neto, otorgándole el plazo de siete días hábiles para que remita los descargos correspondientes.

Posteriormente, de conformidad a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2012 de 23 de mayo de 2012, después de valorar y tomar en cuenta las pruebas aportadas por el recurrente se emitió una nueva Resolución Sancionatoria ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, la cual resuelve sancionar al FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A. con multa de Bs205.779.70, en este marco, contrario a lo aseverado por el recurrente la citada Resolución ASFI N° 643/2012, página 11, señala que “La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través del Informe legal ASFI/DSR I/R-135655/2012 de 23 de octubre de 2012, efectuó la evaluación de los descargos presentados por la entidad mediante carta GG-296/2011 de 11 de octubre de 2011, concluyendo que no se desvirtuó la infracción del inciso g) del artículo 78 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado)”.

En tal sentido, el Órgano Regulador ha revisado, tomado en cuenta y valorado toda la prueba de descargo aportada por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO “PRODEM” S.A.**, así se desprende del análisis de descargos páginas 3 al 11.

En relación al volumen de operaciones

- Respecto a la nueva documentación presentada se advierte que la carta CITE BMSC BIR 39/2010, enviada por el Banco Mercantil Santa Cruz SA. Al Fondo el 14 de octubre de 2010, es anterior a los incumplimientos detectados al límite de concentración de inversiones, razón por la cual el sistema de control interno del

Fondo Financiero Privado Fortaleza S.A. ya debió tomar en cuenta las restricciones impuestas y dadas a conocer en la carta antes mencionada.

El correo electrónico remitido por el Banco Ganadero SA. el 16 de noviembre de 2011, dando a conocer las restricciones de retiros diarios en cuentas del Banco, es posterior al periodo en el cual se identificaron los incumplimientos al límite de inversiones, razón por la cual no puede ser considerado como un elemento que desvirtúe la notificación de cargos.

Asimismo, no otorga prueba alguna que determine que los Bancos en los que se identificó el incumplimiento (Banco Unión S.A. y Bisa S.A.) hayan establecido restricciones operativas que impidan al Fondo desconcentrar sus inversiones.

En relación a los saldos no asociados a créditos ni inversiones

Del análisis de toda la documentación remitida y de la información proporcionada, se advierte que en el mes de abril de 2011, existieron excesos en dos días consecutivos, en dos oportunidades (del 26 al 27 y del 29 al 30 de abril de 2011), lo cual no se relaciona con la justificación realizada por el Fondo en la que menciona que en todos los casos los depósitos en sus cuentas corrientes efectuados por sus clientes Estatales y privados fueron transferidos al siguiente día hábil por la Oficina Nacional a la cuenta Encaje Legal y posteriormente a las cuentas de sus clientes, situación que demuestra que los incrementos generados atienden a una falta de control en el manejo de liquidez.

Consideraciones de orden técnico

Si bien el Fondo afirma que al no ser una entidad bancaria, no está inscrito en la Cámara de Compensación administrada por el Banco Central de Bolivia, se puede advertir que mediante carta BCB-GEF-SOP-CE-201 1-24 de 21 de noviembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero puso en conocimiento del Fondo Financiero que la entidad puede realizar depósitos y retiros en las oficinas del Banco Central de Bolivia en la ciudad de La Paz, no existiendo obstáculo alguno para proceder con la transferencia de fondos a la Cuenta de Encaje Legal.

Que, lo expuesto demuestra que el recurrente presta un servicio público, su ejercicio requiere de profesionalidad, en el entendido de que quien presta de manera masiva un servicio para el que se requiere preparación particular, conoce de manera previa las obligaciones a las que está constreñido, siendo una de sus obligaciones, precisamente el conocimiento exacto de la normativa que regula el sector y de manera muy especial las obligaciones a las que está sometido, por lo que no puede desconocer la prudencia establecida en el inciso g) del artículo 79 de la Ley de bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado).

CONSIDERANDO:

En lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada el autor Alejandro Nieto García señala que "La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase" (Derecho Administrativo sancionador, 4 ed. Madrid 2005, pág. 347).

Aplicando los razonamientos señalados (adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada) los mismos deben someterse a los criterios para su graduación, por lo tanto en el presente caso se tiene el siguiente análisis respecto al Principio de Proporcionalidad:

- **Tipificación.** El principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto y de la sanción es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir, de no realizar algo o de cumplir determinada acción, en el presente caso, conforme lo señala la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, página 10, se tiene que el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.**, tuvo un exceso de inversiones en el banco Bisa S.A. y el banco Unión S.A., entre los meses de enero y abril de 2011, superando el 20% de su patrimonio neto, incumpliendo el inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado).
- **Gradación.** Las infracciones cometidas por el recurrente son incumplimientos susceptibles de sanción por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuya competencia emana de la Ley, misma que faculta imponer sanciones administrativas a las entidades supervisadas, ponderando el grado de la infracción, en el presente caso, dicha inobservancia se encuentra establecida en el inciso g) del artículo 79 de la ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) y el artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el cual dispone que: "Las entidades financieras que concedan o mantengan créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límites legal del veinte por ciento 20% con respecto a su patrimonio neto, serán pasibles de sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido, sin exceder el tres por ciento 3% del capital mínimo".

En el presente caso el criterio reglado de modulación anteriormente referido, como sanción mínima, es decir el 20% del exceso, sobrepasa el 3% del capital mínimo de la entidad, de acuerdo con el cálculo contenido en el cuadro siguiente:

ENTIDAD	DIA	PATRIMONIO NETO BS	LIMITE 20%	SALDO TOTAL BS	EXCESO BS	20% SOBRE EL MONTO QUE EXCEDE	CAPITAL MÍNIMO FONDOS 630.000 D.E.G.	TIPO DE CAMBIO EN BS POR UNIDAD DE D.E.G.	3% SOBRE CAPITAL MÍNIMO	
BANCO BISA S.A.	12/01/2011	274.354.639.00	54.870.927.80	67.804.121.03	12.933.193.23	2.586.638.65	6.675.474.96	10.5960	200.264.25	
	14/01/2011	278.630.114.00	55.726.022.80	60.632.848.45	4.906.825.65	981.365.13	6.719.809.07	10.6664	201.594.27	
	18/01/2011	278.630.114.00	55.726.022.80	62.100.962.95	6.374.940.15	1.274.988.03	6.763.968.29	10.7365	202.919.05	
	21/01/2011	278.630.114.00	55.726.022.80	59.009.366.54	3.283.343.74	656.668.75	6.801.044.54	10.7953	204.031.34	
	01/02/2011	278.630.114.00	55.726.022.80	63.840.863.35	8.114.840.55	1.622.968.11	6.809.433.62	10.8086	204.283.01	
	07/02/2011	278.630.114.00	55.726.022.80	61.990.784.32	6.264.761.52	1.252.952.30	6.816.234.60	10.8194	204.487.04	
	14/02/2011	281.071.114.00	56.214.222.80	69.210.526.18	12.996.303.38	2.599.260.68	6.775.428.74	10.8194	203.262.86	
	17/02/2011	281.071.114.00	56.214.222.80	64.064.687.48	7.850.464.68	1.570.092.94	6.777.608.54	10.7581	203.328.26	
	11/03/2011	281.071.114.00	56.214.222.80	56.286.495.57	72.272.77	14.454.55	6.827.659.02	10.8376	204.829.77	
	21/03/2011	281.857.582.00	56.371.516.40	57.106.844.59	735.328.19	147.065.64	6.893.037.90	10.9413	206.791.14	
	20/04/2011	281.811.837.00	56.362.367.40	58.412.061.22	2.049.693.82	409.938.76	6.907.789.98	10.9647	207.233.70	
	26/04/2011	281.811.843.00	56.362.368.60	58.376.790.65	2.014.422.05	402.884.41	6.972.032.34	11.0667	209.160.97	
	27/04/2011	281.811.844.00	56.362.368.80	75.463.236.70	19.100.867.90	3.820.173.58	6.986.573.69	11.0898	209.597.21	
	29/04/2011	281.811.846.00	56.362.369.20	64.899.797.88	8.537.428.68	1.707.485.74	7.030.501.57	11.1595	210.915.05	
	30/04/2011	281.811.847.00	56.362.369.40	71.264.920.34	14.902.550.94	2.980.510.19	7.030.501.57	11.1595	210.915.05	
	BANCO UNIÓN S.A.	11/04/2011	281.857.582.00	56.371.516.40	57.240.670.59	869.154.19	173.830.84	6.913.606.52	10.9740	207.408.20
	BANCO UNIÓN S.A.	20/04/2011	281.811.837.00	56.362.367.40	58.025.592.98	1.663.225.58	332.645.12	6.907.789.98	10.9647	207.233.70
PROMEDIO DEL PERIODO OBSERVADO						6.627.624.53	1.325.524.91	6.859.323.23	10.89	205.779.70

Consiguientemente la imposición de una sanción pecuniaria mínima del veinte por ciento del exceso de concentración de inversiones establecidas en los periodos comprendidos entre los meses de enero y abril de 2011, no sería proporcional.

En ese sentido y aplicando el criterio de que la sanción aplicada no puede ser más beneficiosa que el incumplimiento incurrido, pero tampoco puede sobrepasar el límite reglado establecido en la normativa regulatoria, corresponde aplicar el límite máximo del 3% del capital para Fondos Financieros Privados, por lo que el 3% del capital mínimo es de 630.000.00 Derechos Especiales de Giro equivalente a Bs205.779.70.

Adicionalmente, se ha considerado los siguientes criterios de graduación: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión de las infracciones.

Aplicando lo citado precedentemente, en el presente caso, se tiene lo siguiente:

- a) De la evaluación de los antecedentes presentados por el recurrente, se advierte la existencia de culpa, en su elemento negligencia, toda vez que el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.** tuvo un exceso de inversiones en el banco BISA S.A. y el banco Unión S.A. entre los meses de enero y abril de 2011, superando el 20% de su patrimonio neto.

El actuar negligente del recurrente se advierte por cuanto la entidad tenía la posibilidad de diversificar sus depósitos, contando a su disposición con varios puntos de atención a nivel nacional de entidades financieras.

- b) Respecto a la naturaleza de los perjuicios ocasionados, la entidad entre los meses de enero y abril de 2011, excedió el límite permitido por el inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), por cuanto tuvo un exceso de inversiones en el banco Bisa S.A. y el banco Unión S.A.
- c) Respecto a la cuantía para la imposición de la sanción, cabe señalar que el artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el cual dispone que: "Las entidades financieras que concedan o mantengan créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límites legal del veinte por ciento 20% con respecto a su patrimonio neto, serán pasibles de sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido, sin exceder el tres por ciento 3% del capital mínimo", dicho criterio reglado de modulación sobrepasa el 3% de capital mínimo para Fondos, por lo que en el presenta caso corresponde aplicar el límite máximo (3% capital mínimo) 630.000.00 Derechos Especiales de Giro equivalente a Bs205.779.70.

Que, consiguientemente los argumentos expuestos por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.**, no son suficientes para desvirtuar los alcances de la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, por cuanto es obligación del recurrente cumplir con la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado)..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 14 de febrero de 2013, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013, expresando lo siguiente:

...Fundamentación

7.1. Nulidad de la Resolución Sancionatoria Nro. 643/2012 del 23 de noviembre de 2012.

Señor Viceministro en la instancia jerárquica, se debe tomar en cuenta que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, comete un error de origen desde la Resolución Sancionatoria Nro. ASFI/643/2012 del 23 de noviembre de 2012, que tampoco es considerado, explicado o fundamentado a través de la Resolución que resuelve la Revocatoria Nro. ASFI Nro. 044/2013 del 23 de enero de 2013, toda vez que ha cercenado un elemento fundamental de una resolución sancionatoria, que no puede ser amparada en la instancia de fin de sede administrativa.

Al respecto, corresponde poner en su atención que conforme la jurisprudencia constitucional, la Administración al momento de establecer una sanción, debe identificar con claridad el artículo que fue omitido o fue objeto de la infracción.

En ese sentido, en la Resolución Sancionatoria Nro. ASFI/643/2012 del 23 de noviembre de 2012, en la parte resolutive primera establece la sanción en contra de PRODEM FFP S.A., pero no identifica el artículo que presuntamente habría sido contravenido,

aspecto que ciertamente es violatorio a la obligación que tiene de identificar la norma contravenida, tal como lo establece el Principio de Tipicidad, dentro del régimen sancionador del Derecho Administrativo boliviano, el cual se halla identificado en los artículos 73 y siguientes de la Ley Nro. 2341 de Procedimientos Administrativos.

7.2. Evidencia Fractura de Principio de Congruencia.

De la revisión de la Resolución ASFI Nro. 643/2012 del 23 de noviembre de 2012, se observa que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, establece como fundamento del cargo y hecho supuestamente observable:

"...a que la entidad tenía la posibilidad de diversificar los depósitos...".

En ese sentido, la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-100805/2011 del 27 de septiembre de 2011 no establece en lo absoluto que la base de la imputación administrativa sea la omisión de la posibilidad de diversificación de depósitos.

Esta situación provoca que la ASFI, no obstante de haber iniciado la sanción por una supuesta "deficiencia de control interno", tal como fuera expresamente señalado en la Resolución 749/2011 del 28 de octubre de 2011, al final de su evaluación sancionatoria, termina estableciendo una sanción por un hecho del cual nosotros no teníamos conocimiento, lo cual implica que se ha generado un escenario de indefensión.

Esta conducta jurídica es contraria al Principio de Congruencia que rige el procedimiento Administrativo, ya ha sido ampliamente descrita en la Jurisprudencia Administrativa, por el cual no puede existir una sanción cuando se violenta la identidad con la acusación y espíritu de la Notificación de Cargos.

En ese sentido, se aprecia con absoluta nitidez que la Resolución Nro. ASFI/044/2013 del 23 de enero de 2013, no ha reparado en lo absoluto dicho accidente jurídico, toda vez que pretende que el último párrafo ubicado en la página 5 de dicha resolución, sea considerada como fundamentación de su decisión, pero sucede que un párrafo enunciativo, no puede ser equiparado al deber que tiene de cumplir con la previsión legal establecida en el artículo 28 inciso e] de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, relativo a la obligación de fundamentar sus decisiones. De igual forma corresponde poner en su consideración que de la revisión del resuelve primero de la resolución Nro. 0643/2012, en ningún momento se establece la sanción por el artículo 79 inciso g] de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, lo cual es altamente observable y en todo caso, no puede ser admisible dentro del debido proceso de la Sede Administrativa.

7.3. Ubicación Geográfica.

Es altamente observable que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución ASFI Nro. 643/2012 del 23 de noviembre de 2012 y ratificada mediante la Resolución ASFI Nro. 044/2013 del 23 de enero de 2013, en el Sexto Considerando de su resolución referida al análisis de la Cobertura Geográfica a nivel nacional, en forma

totalmente inexplicable, determina como la base de la acusación administrativa, en contra de la entidad regulada:

"... la posibilidad de diversificar sus depósitos..."

En ese sentido, en contraposición al deber de fundamentar, motivar y explicar su decisión, corresponde observar que la "fundamentación" de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la resolución sancionatoria se limita a emitir una simple aseveración y la confección de un cuadro, que por si mismos, no explican en lo absoluto nada, aspecto que es contraventor de lo establecido en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, que dispone:

ARTÍCULO (sic) 28°.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).- Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

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

Como se puede apreciar la exposición de unas citas tan escuetas en la resolución sancionatoria, de ninguna manera pueden ser consideradas suficiente respecto de la obligación de fundamentación, a la cual están obligadas todas las entidades reguladoras en uso de la facultad del *ius puniendi* administrativo.

A mayor abundamiento, también se puede citar el hecho de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, establece una sanción, manifestando que no se habrían presentado los "documentos" respaldatorios del descargo.

Sobre el particular, corresponde recordar a la entidad reguladora, que tiene la obligación de cumplir con el Principio de Verdad Material, descrito en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo que dispone:

ARTICULO 4°.- (Principios Generales de la Actividad Administrativa).-

La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:

- a) Principio fundamental: El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad;
- b) Principio de autotutela: La Administración Pública dicta actos que efectos sobre los ciudadanos y podrá ejecutar según corresponda por sí misma sus propios actos, sin perjuicio del control judicial posterior;

- c) *Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;*
- d) **Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;**

En consecuencia, queda demostrado que el hecho de pasar la "carga de la prueba" al regulado, es una franca violación por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al artículo 4 inciso d) de la Ley nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

De igual forma su Autoridad podrá observar, cómo la Resolución Nro. ASFI/044/2013 del 23 de enero de 2013, este aspecto no fue explicado en lo absoluto por parte del Órgano Rector del Sistema Financiero.

7.4. Saldos no asociados a créditos ni a inversiones.

La ASFI, se limita a reiterar y retranscribir las definiciones del título Preliminar, Capítulo I de la Ley Nro. 1488 que define al Crédito.

Sin embargo, por la lectura de la resolución, resulta inexplicable, cómo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, intenta forzar a que los pagos por concepto de Recaudaciones Aduaneras, Impuestos Nacionales, Registro Único Automotor, Entel, abonos por regalías mineras y otros que deben ser transferidos a la cuenta de encaje legal, sean considerados como CREDITOS.

Por otra parte, en relación a la obligación de documentar dichos porcentajes de operaciones, se remite la información correspondiente, con lo cual se demuestra la veracidad de nuestro argumento y en todo caso la inconsistencia de la argumentación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

7.5. Omisión de pronunciamiento específico y fractura de Principio de Verdad Material.

De igual forma corresponde poner en su atención, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, omite pronunciamiento específico sobre los siguientes extremos, aspecto que con seguridad será valorado por dicha instancia jerárquica dentro del marco de la sana crítica y el prudente arbitrio, más aún cuando la ASFI conforme lo establece el artículo 4 de la Ley Nro. 2341 de Procedimientos Administrativos, tiene la obligación de acudir a la Verdad Material de los acontecimientos y no regirse únicamente a los aspectos de indicio documental y ortodoxos que rigen el procedimiento civil, por ello respetuosamente solicitamos que se consideren los siguientes extremos fácticos que establecen el marco de verdad material sobre el cual se suscitó la presunta contravención que es enunciada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

- ✓ *La cobertura geográfica a nivel nacional que el FFP PRODEM S.A. tiene, manejando el flujo de recursos líquidos, es de ciento tres [103] Agencias, y treinta y seis (36) Cajas Externas, lo cual nos obliga a trabajar con mucha eficiencia, determinando de manera inmediata la situación de liquidez de cada una de nuestras unidades de negocios ya referidas, y adicionalmente atender los servicios de recaudación de pagos a numerosas instituciones públicas y privadas, por las cuales percibimos depósitos que debemos transferir con suma prontitud, a través de las cuentas corrientes que mantenemos en las distintas entidades bancarias en todo el país.*
- ✓ *Esta situación y el volumen de operaciones que realizamos principalmente a objeto de dar cumplimiento con lo previsto por el Artículo 330 de la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y la política expansiva de cobertura a sectores rurales, y la limitación regulatoria que no nos permite mantener cuentas a la vista, obligándonos a tener que recurrir al servicio de bancos del sistema para el manejo de nuestros flujos de efectivo. Sin embargo, no podemos operar con todos los bancos del sistema que quisiéramos, ya que algunas instituciones del sistema bancario (Banco Nacional de Bolivia S.A. y Banco de Crédito de Bolivia S.A.) nos cerraron las cuentas, por lo cual, concentramos nuestras operaciones en las pocas instituciones que todavía nos permiten mantener operaciones a la vista, como son: Banco BISA S.A., Banco Unión S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Económico S.A., y de éstas pocas, debemos optar por aquellas que tienen presencia a nivel nacional y que -por su nivel de liquidez- nos permitan transferir de manera inmediata, las cantidades de recursos que debemos remitir diariamente a nuestros clientes destinatarios finales de los dineros percibidos, con el objetivo de cumplir con nuestros clientes y con los mandatos establecidos por ley.*
- ✓ *Adicionalmente, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., nos prohibió el realizar depósitos en efectivo en sus agencias, por lo cual solo podemos realizar depósitos en cheques, situación que tampoco ha merecido la consideración de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco de lo previsto por el artículo 4 inciso d) relativo a Verdad Material, por parte del Regulador.*
- ✓ *La situación anterior, nos ha obligado a concentrar una importante parte de nuestra liquidez, en las pocas instituciones que pueden proporcionar los servicios que requerimos, en particular el Banco BISA S.A. y Banco Unión S.A.*
- ✓ *Es así que de la revisión de nuestro Reporte Diario de Liquidez durante los meses comprendidos de Enero a Abril, en algunos días, existieron saldos no asociados a créditos ni inversión de nuestras cuentas en dichas instituciones financieras, que sobrepasaron temporalmente el 20% de nuestro Patrimonio Neto, debido a depósitos recibidos por concepto de Recaudaciones Aduaneras, Recaudaciones de impuestos Internos, Recaudaciones de registro Único de Automotores (RUAT), Recaudaciones de ENTEL, Abonos por Regalías Mineras y otros los cuales deben ser transferidos a nuestra cuenta de encaje legal.*

- ✓ Dichas operaciones se realizan en el transcurso del día laborable, incluyendo las últimas horas de los días, mientras que los bancos con los cuales trabajamos nos reciben las cartas de transferencia hasta las 12:00 pm, razón por la cual después de esta hora no podemos realizar más transferencia aun cuando continuamos recibiendo depósitos por montos considerables
- ✓ No obstante, en pleno cumplimiento de lo previsto por la normativa financiera, los excesos que puedan presentarse, son transferidos a nuestra cuenta de encaje legal mantenida en el Banco Central e Bolivia, el primer día hábil siguiente y luego a los respectivos destinatarios.
- ✓ Ante esta situación, hemos adoptado medidas para facilitar la transferencia de los recursos captados, por lo cual hemos incrementado los límites de las firmas autorizadas. No obstante, las instituciones financieras establecen límites diarios para los débitos, lo cual nos dificulta movilizar con mayor agilidad nuestros recursos.
- ✓ Como se puede apreciar, las características del hecho fortuito descritas anteriormente, determinan la imposibilidad de subsumir al artículo 79 inciso g] de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, toda vez que el incremento registrado no corresponde a operaciones de créditos ni de inversiones, las cuales, por su naturaleza, obedecen a un proceso de evaluación previa, aplicación de políticas financieras y adopción de la decisión que corresponda, mediante una manifestación de voluntad de transferir recursos bajo la figura de otorgamiento de crédito o colocación de recursos en instrumentos de captación emitidos por el banco destinatario de los fondos.

Por el contrario, en el marco del Principio de Verdad Material que rige la actividad administrativa y regulatoria, se trata únicamente de operaciones de depósitos en nuestras cuentas corrientes, efectuadas por nuestro clientes Estatales (ENTEL, Servicio de Impuestos Nacionales y Aduana Nacional de Bolivia) y privados, que en todos los casos fueron transferidos al siguiente día hábil, por la Oficina Nacional, a la cuenta de encaje legal y posteriormente a las cuentas de nuestros clientes, a quienes les prestamos servicios de recaudación de sus cobranzas, lo cual denota que los incrementos fueron generados en mérito a operaciones realizadas en horas en que los bancos con los cuales operamos, ya no nos reciben instrucciones de débitos.

Cabe aclarar que estas operaciones, circunstancialmente pueden ubicar el saldo, aparentemente por encima de los límites legalmente establecidos, por falta de prudencia o seguimiento nuestro y al transferirse dichos recursos a la cuenta de encaje legal, los saldos se ubican nuevamente dentro de los límites legales, todo lo cual no implica que se realicen operaciones de crédito y menos inversiones que podrían conllevar a subsumir el hecho en el supuesto previsto en el artículo 79 inciso g] de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras, situación que debe ser considerada por el Órgano Regulador, toda vez que lo contrario podría afectar negativamente a las operaciones que realizamos en forma usual.

8. Petitorio.

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 66 y 68 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con los artículos 52 a 60 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 del 15 de septiembre de 2003 solicito:

1. *REVOCAR TOTALMENTE la Resolución ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013, toda vez que dicha resolución no cumple con la previsión establecida en el artículo 28 inciso e] de la Ley nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, en lo relativo a la obligación de fundamentación tal como fuera establecido en la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2012 del 23 de mayo de 2012.*
2. *Se proceda a la nulidad de todo lo obrado hasta la resolución Nro. ASFI/643/2012 del 23 de noviembre de 2012, inclusive toda vez que la parte resolutive primera no establece el artículo en específico de la contravención identificada por la ASFI, aspecto que genera oscuridad, imprecisión y es contrario a la jurisprudencia constitucional que obliga al regulador a establecer con precisión el artículo de la contravención.*
3. *En mérito a lo establecido en el artículo 16 inciso a) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, respetuosamente solicitamos que en la instancia jerárquica se proceda a realizar una revisión exhaustiva de la Verdad Material que fue expuesta en el punto 7.5. del presente recurso jerárquico en contra de la Resolución ASFI Nro. 044/2013 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.*
4. *Conforme lo previsto en el artículo 55 parágrafo II del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 27175, solicito a su Autoridad que habiendo cumplido con todos los requisitos establecidos en la normatividad procedimental, se proceda a la admisión del presente Recurso Jerárquico y se emita el consecuente Auto de Admisión..."*

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó que: *"En la evaluación de la información reportada por el Fondo (**FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**) a la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC), al 31 de julio de 2011, se evidenció inobservancia a las disposiciones de la Ley N° 1488 (...), en cuanto al exceso de inversiones en el Banco Bisa S.A. y el Banco Unión S.A., que entre los meses de enero y abril de 2011 superaron el 20% de su patrimonio neto"*.

Tal conducta determinó el inicio y consecuente prosecución del proceso sancionatorio por contravención al artículo 79º, inciso g), de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al considerar el Ente Regulador que, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA** mantuvo entre los meses de enero y abril de 2011 un exceso de inversiones en los Bancos señalados, exceso que supera el 20% del Patrimonio Neto del Fondo.

El imputado artículo 79º, inciso g), de la Ley N° 1488, que se señala infringido, establece:

"...Artículo 79.- Las entidades de intermediación financiera no bancaria no podrán realizar las siguientes operaciones: (...)

g) Conceder créditos a una entidad del sistema financiero por más del veinte por ciento (20%) de su patrimonio neto, con excepción de los casos expresamente autorizados por la Superintendencia en lugares donde no existan suficientes entidades financieras..."

Sustanciado el correspondiente proceso sancionatorio y, por su emergencia, el recurso jerárquico, correspondió a la suscrita autoridad jerárquica pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 029/2012 de 23 de octubre de 2012, a través de la cual se anuló el procedimiento administrativo y se dispuso el pronunciamiento de una nueva Resolución.

En consecuencia, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, el Ente Regulador resolvió sancionar al **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, con la multa de Bs 205,779,70 (DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE 70/100 BOLIVIANOS), equivalente al 3% del capital mínimo para Fondos Financieros Privados (Derechos Especiales de Giro 630,000,00), por mantener, entre los meses de enero y abril de la gestión 2011, un exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y Unión S.A., superando con ello el 20% del Patrimonio Neto del Fondo.

Por memorial de fecha 21 de diciembre de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012, emitiendo la Autoridad Reguladora, la Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013, que confirma la anterior en todas sus partes; y mediante memorial de fecha 28 de diciembre de 2012, la entidad financiera presentó Recurso Jerárquico contra la nueva Resolución, recurso que pasa a evaluarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Nulidad por omisión de la norma infringida.-

El recurrente, **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, alega que:

“...la Resolución Sancionatoria Nro. ASFI/643/2012 del 23 de noviembre de 2012, en la parte resolutive primera establece la sanción en contra de PRODEM FFP S.A., pero no identifica el artículo que presuntamente habría sido contravenido, aspecto que ciertamente es violatorio a la obligación que tiene de identificar la norma contravenida, tal como lo establece el Principio de Tipicidad, dentro del régimen sancionador del Derecho Administrativo boliviano, el cual se halla identificado en los artículos 73 y siguientes de la Ley Nro. 2341 de Procedimientos Administrativos...”

Compulsado tal extremo con la Resolución de referencia (ASFI N° 643-2012 de 23 de noviembre de 2012), concretamente con su parte dispositiva, se observa que, evidentemente, la misma omite mencionar la norma en concreto infringida, esta es, el inciso g) del artículo 79°, de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, conforme se puede evidenciar de la transcripción siguiente:

“...RESUELVE:

PRIMERO.- Sancionar al FONDO FINANCIERO PRIVADO “PRODEM” S.A. con multa de Bs205,779,70 (DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE 70/100 BOLIVIANOS), equivalente al 3% del capital mínimo para Fondos Financieros Privados (Derechos Especiales de Giro 630,000,00) por mantener entre los meses de enero y abril de 2011 exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del Fondo...”

Sin embargo, en la misma Resolución, se evidencia menciones precisas acerca de la norma omitida, así como de su expreso incumplimiento (como fundamento de la sustanciación), a saber:

“...el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que las entidades de intermediación financiera no bancarias no podrán “conceder créditos a una entidad del sistema financiero por más del veinte por ciento (20%) de su patrimonio neto, (...)

*...a tiempo de afirmar la **existencia de un incumplimiento temporal del límite establecido en el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)**, el Fondo no presentó descargos que acrediten que el exceso se haya producido como consecuencia de la percepción (...)*

*...el Fondo no cuenta con una estrategia para diversificar la liquidez en caso de que se presenten concentraciones de fondos en entidades financieras específicas, que den lugar **al incumplimiento al inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y***

Entidades Financieras (Texto Ordenado), demostrando que no existe una adecuada gestión del Riesgo de Liquidez (...)

...el Fondo no acreditó en los descargos que los depósitos que dieron origen a **los incumplimientos al inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras** (Texto Ordenado), provengan de depósitos en cuentas de sus clientes estatales (...)

...los argumentos de descargo analizados precedentemente no desvirtúan **el incumplimiento al límite establecido por el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras**, notificados mediante nota ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, por exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del señalado Fondo (...)

...la entidad ha manifestado **como descargo** "...las características del hecho fortuito descritas anteriormente determinan **la imposibilidad de subsumir al artículo 79 inciso g) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras**, toda vez que el incremento registrado no corresponde a operaciones de créditos ni de inversiones, (...)

...se concluye que los argumentos de descargo analizados precedentemente **no desvirtúan el incumplimiento por parte del FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A., al límite establecido por el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras**, (Texto Ordenado), notificados mediante nota ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, (...)

...para la gradación de la sanción, se ha establecido parámetros que fundamentan la aplicación de sanción pecuniaria, basada principalmente en **el incumplimiento en el que incurrió FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A., el cual se encuentra establecido en el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras** (Texto Ordenado) (...)

...**Tipificación. Se evidencia el incumplimiento a las disposiciones del inciso g) del artículo 79 de la Ley No 1488 de Bancos y Entidades Financieras** (Texto Ordenado) (...)

...la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través del Informe Legal ASFI/DSR I/R-135655/2012 de 23 de octubre de 2012, efectuó la evaluación de los descargos presentados por la entidad mediante carta GG-296/2011 de 11 de octubre de 2011, concluyendo que no se **desvirtuó la infracción del inciso g) del artículo 79 de la Ley No 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)**, al mantener entre los meses de enero y abril de 2011 exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del señalado Fondo..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De manera tal que, no queda lugar a duda de que la sanción que en definitiva se impone, obedece al incumplimiento del inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), **por el cual además fue imputado**, quedando

establecido congruentemente, el nexo de causalidad entre la conducta infractora, con los alcances de la conducta tipificada y vulnerada, amén que, al haberse recurrido contra la Resolución Administrativa ASFI N° 643-2012 de 23 de noviembre de 2012, empero no por este extremo -es decir, no habiéndose controvertido inicialmente el mismo-, ha ganado en eficacia al importar la conformidad del administrado, con la forma del pronunciamiento.

Aún así, el extremo, como lo ha descrito el recurrente, necesariamente importa la existencia de una norma poco precisa, toda vez que, si en el Derecho Administrativo Sancionador, la tipicidad es condición *sine quanon* para la imputación de la infracción (es decir, que la conducta infractora encaje en la norma que establece la infracción para que se pueda determinar la existencia de hechos determinantes y por ende, la existencia de la infracción en función a la valoración de la conducta y de los hechos ocurridos), nada más preciso que lo mismo se encuentre consignado en la parte resolutive del fallo y no se limite a la considerativa.

No obstante, tal criterio obedece a una precisión garantista a favor del administrado que supera a la norma, por cuanto, no existe en la misma, disposición precisa de que la parte resolutive de una Resolución sancionatoria, deba señalar expresamente la norma infringida; aún así fuera, resultando el alegato en una cuestión formal, de su sustanciación como lo pretende el recurrente -declaratoria de nulidad-, amén de resultar infundado e intrascendente, devendría en un nuevo proceso sobre los restantes alegatos, por tanto, más allá de prolongarse en el tiempo, no influiría en el fallo de fondo que en justicia, debe corresponder a la controversia principal, lo que amerita se rechace este alegato del **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, en observancia del principio de economía al que se refiere el artículo 4º, inciso k), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, no ameritando por ello mayor consideración al respecto.

2.2. De la incongruencia argüida entre la imputación y la sanción.-

El **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, señala también el Recurso Jerárquico, que:

"...la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-100805/2011 del 27 de septiembre de 2011 no establece en lo absoluto que la base de la imputación administrativa sea la omisión de la posibilidad de diversificación de depósitos.

Esta situación provoca que la ASFI, no obstante de haber iniciado la sanción por una supuesta "deficiencia de control interno", tal como fuera expresamente señalado en la Resolución 749/2011 del 28 de octubre de 2011, al final de su evaluación sancionatoria, termina estableciendo una sanción por un hecho del cual nosotros no teníamos conocimiento, lo cual implica que se ha generado un escenario de indefensión..."

El alegato así expuesto, hace abstracción del desarrollo mismo del procedimiento dentro del caso, conforme se encuentra previsto en la norma; aseveración que se realiza por las siguientes razones:

- Mediante nota ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, se ha imputado con el cargo al **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, a los efectos de los artículos 66º, párrafo I, y 67º, párrafos I y II, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, de 15 de septiembre de 2003, estos son, para que el imputado presente sus pruebas de descargos o sus justificaciones.
- El **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, cumpliendo su carga y ejerciendo su derecho, hizo presente sus descargos, según consta en la nota GG-296/2011.
- Entonces, ya en cumplimiento del artículo 67º, párrafo II, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, **en base a lo alegado por el entonces imputado** (entonces en una manifestación del derecho a la petición y a la obtención de respuesta, que señalan los artículos 24º de la Constitución Política del Estado, y 16º, incisos a) y h), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo), tuvo que proceder:

*“...al **análisis de los antecedentes y descargos presentados**, aplicando el principio de la sana crítica y **valoración razonada de la prueba, no pudiendo en ningún caso ignorar o dejar de evaluar los descargos presentados**, garantizando en todo momento el pleno ejercicio de defensa...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, el proceso de análisis y valoración de cada descargo debe ser descrito en la Resolución sancionatoria o desestimatoria correspondiente, a manera de fundamentos, los que no se van a expresar, por parte del Regulador, con anterioridad a la misma, por cuanto, corresponde a los descargos que vayan a ser presentados por el imputado, en respuesta a la imposición de cargos.

Razonando en sentido inverso, el Regulador no conoce los argumentos que serán presentados a tiempo de los descargos, de manera tal que no puede presumirlas a tiempo de la notificación de cargos, sino que debe pronunciarse sobre ellas, recién a tiempo de la Resolución sancionatoria o desestimatoria, según corresponda, claro sin separarse a tiempo de sancionar o desestimar la sanción de la imputación dada.

Por tanto, es infundado lo aseverado por el recurrente, en sentido que determinados pronunciamientos que salen de la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, no guardan conformidad con la nota de cargos, porque la Resolución Administrativa como tal, a diferencia de la notificación de cargos, es el resultado de haberse escuchado al imputado, por tanto, si ese derecho es ejercido (como es el caso) su contenido va a ser, necesariamente distinto, del de la nota de cargos.

Ello no debe importar ninguna incongruencia, como lo señala el recurrente, extremo que obliga a compulsar los conceptos “*deficiencia de control interno*” que sale de la nota de

cargos, con “*omisión de la posibilidad de diversificación de depósitos*” a la que, en consideración a los descargos del **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, han sido expresados en la resolución sancionatoria, para llegar a la conclusión que, una “*omisión de la posibilidad de diversificación de depósitos*”, importa una “*deficiencia de control interno*”, porque es éste último el que debe considerar las circunstancias en las cuales la entidad financiera podrá diversificar los depósitos a efectos de acomodarse a la norma, y evitar de esta manera, sanciones como las que refiere el caso de autos.

Por consiguiente, no se evidencia la incongruencia entre las actuaciones señaladas, determinando sea infundado el alegato en ese sentido.

2.3. Fundamentación y aplicación de la verdad material en el criterio de ubicación geográfica.-

El Ente Regulador, en su Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 y valiéndose de un cuadro sobre “*los puntos de atención financieros existentes*”, infiere que la recurrente estaba en condiciones de diversificar sus depósitos, emergentes de las recaudaciones diarias realizadas, para así evitar incurrir en la infracción a la norma.

Al respecto, el Recurso Jerárquico señala que:

“...en contraposición al deber de fundamentar, motivar y explicar su decisión, corresponde observar que la “fundamentación” de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la resolución sancionatoria se limita a emitir una simple aseveración y la confección de un cuadro, que por si mismos, no explican en lo absoluto nada (...)

...también se puede citar el hecho de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, establece una sanción, manifestando que no se habrían presentado los “documentos” respaldatorios del descargo.

Sobre el particular, corresponde recordar a la entidad reguladora, que tiene la obligación de cumplir con el Principio de Verdad Material...”

Toda vez que el extremo fue también alegado a tiempo del Recurso de Revocatoria de 21 de diciembre de 2012, es pertinente dejar constancia del pronunciamiento del Ente Regulador, contenido en la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013:

“...el Fondo Financiero Privado Prodem S.A. tenía la posibilidad de diversificar sus depósitos contando a su disposición con dichas entidades financieras y sus respectivos puntos de atención a nivel nacional, para diversificar sus depósitos, aspecto que no fue considerado por el recurrente dando lugar a que en los meses de enero y abril de 2011, se incumpla el inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado). (...)

...la Resolución Jerárquica SIREFI SG SIREFI RJ 02/2006 de 10 de enero de 2006 indica: "El artículo 29, parágrafo III, del Decreto Supremo N° 27175 menciona que las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo al principio de la sana crítica" (...) este sistema no autoriza a la autoridad a efectuar la valoración arbitrariamente, por el contrario, le exige que determine el valor de las pruebas haciendo un análisis razonado de ellas siguiendo las reglas de la lógica, de lo que dicta su experiencia el buen sentido y el entendimiento humano (...)"

...la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006 de 2 de agosto de 2006, señala que: "La doctrina en Derecho Administrativo ha sostenido de manera uniforme que en cuanto al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. (...)"

...En tal sentido, el Órgano Regulador ha revisado, tomado en cuenta y valorado toda la prueba de descargo aportada por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.**, así se desprende del análisis de descargos páginas 3 al 11..."

En atención a las cuestiones formales alegadas en recurso ("la "fundamentación"... se limita a... la confección de un cuadro"), hay que señalar que la tabla o cuadro ejecutivo, **constituye una herramienta válida, en tanto facilita una mejor comprensión de determinados datos contables o técnicos**, siendo de uso ampliamente difundido en los más diversos ámbitos; por tanto, no estando prohibida esa forma de presentación de la fundamentación, y en cuanto cumpla con la finalidad para la que ha sido diseñada, constituye un medio idóneo a ser tenido en cuenta, en tanto constituya fundamento de la Resolución, y no desvirtúa la disposición del artículo 28°, inciso e), de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo), mencionado por el recurrente.

Asimismo, al alegato que sugiere en la Resolución sancionatoria, "citas tan escuetas" y que "de ninguna manera pueden ser consideradas suficiente", hay que señalar que en los términos de la Sentencia Constitucional 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010 (que establece que la fundamentación de una resolución no necesariamente tiene que ser extensa, sino contener una exposición concisa y razonable y que permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron a tomar la decisión), determina que las supra mencionadas Resoluciones Administrativas ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, y ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013, se encuentren debidamente fundamentadas.

No obstante, estos extremos no consideran y por tanto no resuelven, sea favorable o desfavorablemente, la cuestión de fondo señalada por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA** a lo largo de todo el proceso, en sentido que:

"...La cobertura geográfica a nivel nacional que el Fondo tiene es de 103 Agencias y 36 Cajas Externas, lo cual obliga a determinar de manera inmediata la situación de liquidez de cada unidad de negocio y atender adicionalmente servicios de recaudación de pagos a numerosas instituciones públicas y privadas, por las cuales perciben depósitos que deben transferir a través de las cuentas corrientes que

mantiene en las distintas entidades bancarias en todo el país..." (Nota GG-296/2011 de 14 de octubre de 2011).

En este sentido, de la revisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2013 (sancionatoria), se evidencia que la misma tiene expresiones como las siguientes:

"...La cobertura geográfica a nivel nacional que el Fondo tiene es de 103 Agencias y 36 Cajas Externas, lo cual obliga a determinar de manera inmediata la situación de liquidez de cada unidad de negocio y atender adicionalmente servicios de recaudación de pagos a numerosas instituciones públicas y privadas, por las cuales perciben depósitos que deben transferir a través de las cuentas corrientes que mantienen en las distintas entidades bancarias en todo el país.

Al respecto, del análisis de los puntos de atención financieros existentes durante los meses (enero, febrero y abril) en los que se identificaron los incumplimientos al inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), en la gestión 2011, se observa que la entidad tenía la posibilidad de diversificar sus depósitos, contando a su disposición los puntos de atención a nivel nacional de las entidades financieras (...)

La entidad argumenta que no puede operar con todos los Bancos del Sistema, ya que algunas instituciones como el Banco Nacional de Bolivia S.A. y el Banco de Crédito de Bolivia S.A. han cerrado las cuentas del Fondo y el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. ha prohibido realizar depósitos en efectivo en sus agencias, sólo permitiendo realizar depósitos en cheques, por lo que concentran sus operaciones en las pocas entidades que todavía le permiten mantener operaciones a la vista como son Banco BISA S.A., Banco Unión S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Económico S.A., eligiendo entre estas aquellas que tienen presencia a nivel nacional (Banco BISA S.A. y Banco Unión S.A.).

Si bien, el Fondo argumenta que en las fechas de los incumplimientos ya no mantenía cuentas a la vista en el Banco Nacional de Bolivia S.A. y en el Banco de Crédito de Bolivia S.A., debido a que éstas entidades les habrían cerrado sus cuentas a la vista, la entidad no presentó en los descargos los respaldos que acrediten que los citados bancos les hayan cerrado sus cuentas. Por otra parte, se observa que en esas fechas el Fondo tenía margen de concentración de depósitos en los bancos con los que aún operaba (Banco Económico S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Mercantil Santa Cruz S.A.),..."

Ello determina que, el Ente Regulador ha expresado su posición, la que obedece a una abstracción meramente teórica cual lógica, empero prescinde de considerar los alegatos del sancionado.

El **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, por su parte, impugna la determinación, al referir que las operaciones controvertidas, se realizaron en el transcurso del día, inclusive en horarios nocturnos, por montos considerables, y los Bancos en los que tienen sus cuentas, solamente les permiten efectuar transferencias hasta las doce del medio

día, sin embargo, dichos montos son transferidos a su cuenta de encaje legal el primer día hábil siguiente; pese a ello han tomado otras medidas como ser incrementar el límite de las firmas autorizadas de sus ejecutivos para que pueda efectuar transferencias mayores, sin embargo los Bancos establecen límites diarios de transferencia, lo cual también les limita mover montos mayores, haciendo que algunos días de los meses de enero a abril de 2011, hayan excedido, temporalmente, el límite del 20% de su patrimonio neto, por recaudaciones que no están relacionados a créditos ni inversión.

A tiempo del Recurso de Revocatoria, la recurrente ha presentado documentación que respalda los movimientos de efectivo en los días observados 12, 14, 18 y 21 de enero, 1, 7, 14 y 17 de febrero, 11 y 21 de marzo y 11, 20, 26, 27, 29 y 30 de abril, de 2011, la misma que ha sido valorada por la Autoridad Reguladora tal como lo manifiesta en la Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013, señalando que no otorga prueba alguna que determine que los Bancos Unión S.A. y Bisa S.A., en los cuales se dieron los excesos, hayan establecido restricciones para que la recurrente hubiera podido efectuar sus depósitos.

Así también, presentaron la nota BCB-GEF-SOP-CE-2011-24 de fecha 21 de noviembre de 2011, el Banco Central de Bolivia comunica a la recurrente que puede realizar depósitos y retiros en las oficinas de la ciudad de La Paz.

Entonces, si bien la recurrente señala que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. le limita a realizar transferencias solamente hasta el medio día y el Banco Ganadero S.A. le restringió a efectuar retiros de dineros de hasta tres millones de bolivianos diarios (tal como se puede certificar de las notas que adjuntaron a su Recurso de Revocatoria), se debe considerar que los saldos en una cuenta bancaria están compuestos del saldo del día anterior más los depósitos del día.

En tal sentido, si los depósitos diarios eran de tal magnitud que **previsiblemente**, podían generar un exceso en los límites legales, entonces la recurrente estaba en condiciones y podía –nada demuestra lo contrario- hacer retiro del monto suficiente de sus cuentas el día anterior -o hasta el mediodía, en el caso del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., para que todo lo recaudado sea depositado sin sobrepasar el referido límite.

Para llegar a tal conclusión, es importante hacer notar que del total de los importes recaudados en un determinado día, no necesariamente todos son depositados en los Bancos, tal como también lo manifiesta la recurrente:

*“...dichas operaciones se realizan en el transcurso del día laborable, **incluyendo las últimas horas de los días**, mientras que **los bancos** con los cuales trabajamos **nos reciben las cartas de transferencia hasta las 12:00 pm, razón por la cual después de esta hora no podemos realizar más transferencias aún cuando continuamos recibiendo depósitos por montos considerables**” (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

De ello se establece que, los montos recaudados en la tarde y en la noche, recién se iban a depositar al día siguiente, oportunidad en la que se debió establecer la cuenta y el Banco

en la que se realizarían los depósitos, diversificándolos para evitar la infracción ahora sancionada, a fin de no exceder el límite señalado.

El cuadro siguiente, producto de los datos extraídos del expediente, permite demostrar el volumen de recaudaciones y el volumen de excesos por día:

Fecha	Excesos (Bs)			Recaudación Total (Bs)	Exceso/Recaud. Porcentaje
	Banco BISA	Banco Unión	Total		
12/01/2011	12.933.193,23		12.933.193,23	14.638.564,14	88,35%
14/01/2011	4.908.825,65		4.908.825,65	14.744.040,62	33,29%
18/01/2011	6.374.940,15		6.374.940,15	13.402.037,14	47,57%
21/01/2011	3.283.343,74		3.283.343,74	17.916.949,04	18,33%
01/02/2011	8.114.840,55		8.114.840,55	14.175.259,44	57,25%
07/02/2011	6.264.761,52		6.264.761,52	12.654.590,22	49,51%
14/02/2011	12.996.303,38		12.996.303,38	29.825.693,52	43,57%
17/02/2011	7.850.464,88		7.850.464,88	16.934.963,77	46,36%
11/03/2011	72.272,77		72.272,77	21.576.884,27	0,33%
21/03/2011	735.328,19		735.328,19	30.314.414,72	2,43%
11/04/2011	0,00	869.154,19	869.154,19	13.664.936,61	6,36%
20/04/2011	2.049.693,82	1.663.225,58	3.712.919,40	19.694.777,81	18,85%
26/04/2011	2.014.422,05		2.014.422,05	17.827.094,62	11,30%
27/04/2011	19.100.867,90		19.100.867,90	34.127.664,44	55,97%
29/04/2011	8.537.428,88		8.537.428,88	32.905.267,23	25,95%
30/04/2011	14.902.550,94		14.902.550,94	0,00	0,00%

Se puede apreciar que la cantidad excedida, en muchos casos, es un porcentaje mayor al 20% de lo recaudado; considerando que la recurrente argumenta que los excesos se deben a que el volumen de recaudaciones diario es elevado, se debe inferir que gran parte de la recaudación diaria se depositó en sus cuentas, en este caso del Banco Unión S.A. y Banco BISA S.A., no existiendo evidencia de que en éstos Bancos se hayan dado restricciones para efectuar depósitos y retiros, lo cual no pudo permitir a la Autoridad Reguladora llegar a la conclusión a la que arribó.

Por otro lado, se debe tomar en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el inciso a), artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el Fondo debe reportar diariamente la información exigida en el Anexo R (*OBLIGACIONES CON ENTIDADES DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA*), por lo que las propias entidades financieras, diariamente tienen información respecto de los montos depositados en cada Banco y, obviamente, tienen conocimiento de los montos que deben mantener en cada uno para evitar transgredir los límites establecidos por la norma, en este caso, el establecido en el inciso g) del artículo 79° de la Ley N° 1488 (de Bancos y Entidades Financieras).

Como se puede observar de todo lo desarrollado, el control del cumplimiento de límites normativos, en este caso el establecido en el inciso g) del artículo 79° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, corresponde a un manejo de Tesorería o Gestión de Riesgo de Liquidez de cada entidad, que más allá de la elevada cuantía que pueden importar las recaudaciones diarias, el control de sus saldos en las cuentas de los diferentes Bancos recibe un monitoreo continuo, por lo que la entidad sancionada estaba en condiciones de realizar los movimientos necesarios para evitar incumplir el límite de la norma, ante cualquier

eventualidad, con los Bancos comerciales. Asimismo, la cuenta de encaje legal se encuentra siempre habilitada para efectuar retiros y depósitos ilimitados.

Todos estos extremos, **permiten determinar que, en teoría**, el recurrente, contaba con las alternativas suficientes para poder desconcentrar sus cuentas bancarias y así evitar incumplir con el límite establecido en el inciso g) del artículo 79º, de la Ley de Bancos y Entidades Financieras; no obstante, estos extremos son productos de la abstracción, así de teórica, que corresponde a la suscrita Autoridad Jerárquica, puesto que, conforme consta en obrados, no fueron considerados, menos evaluados por la Autoridad Reguladora: no se estableció que los montos recaudados podían ser depositados en las diferentes cuentas bancarias que mantenía la recurrente, o si pese a tal desconcentración, no se hubiera podido evitar el exceso legal, como sugiere el recurrente.

Debe concluirse entonces, en existir dentro del caso, falta de evaluación a los puntos específicos que señala el Recurso de Revocatoria; el Recurso Jerárquico señala que la Autoridad Reguladora simplemente hace referencia a que la recurrente tenía “...la posibilidad de diversificar sus depósitos...”, lo cual no es, en criterio del recurrente, suficiente fundamento para establecer su decisión de sancionarla, por cuanto, no consideraría los hechos fácticos por los cuales se habría dado la presunta contravención, resaltando que cuentan con ciento tres (103) agencias y treinta y seis (36) cajas externas, lo cual les exige a ser eficientes a fin de atender los servicios de recaudación de cada entidad, pública y privada, para las cuales realizan dicho servicio.

El origen a la falta de consideración de ese alegato en lo sustancial, radica en haber el Órgano Regulador, limitado su análisis a cuestiones teóricas, prescindiendo de su deber de investigar “*la verdad material en oposición a la verdad formal...*” (Art. 4º, Inc. ‘d’, Ley N° 2341), por cuanto, no ha averiguado, conforme lo alegado por el recurrente, si la causa del incumplimiento del límite citado en el inciso g) del artículo 79º de la Ley N° 1488, se debió: a la gran cantidad de agencias (103) y cajas externas (36) que tiene la entidad financiera (con el consiguiente volumen de recaudaciones diarias), a la restricción de horarios impuesta por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., o a la restricción en monto y tiempo establecida por el Banco Ganadero S.A.

2.4. Aplicación de la definición de crédito al exceso de inversiones.-

Asimismo, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA** alega que:

“...La ASFI, se limita a reiterar y retranscribir las definiciones del título Preliminar, Capítulo I de la Ley Nro. 1488 que define al Crédito (...)

...resulta inexplicable, cómo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, intenta forzar a que los pagos por concepto de Recaudaciones Aduaneras, Impuestos Nacionales, Registro Único Automotor, Entel, abonos por regalías mineras y otros que deben ser transferidos a la cuenta de encaje legal, sean considerados como CREDITOS (...)

...en relación a la obligación de documentar dichos porcentajes de operaciones, se remite la información correspondiente, con lo cual se demuestra la veracidad de nuestro argumento y en todo caso la inconsistencia de la argumentación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero..."

Nuevamente es pertinente remitirse a lo señalado en la Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013, dado referirse el recurrente al mismo, además de haber expuesto alegato similar en oportunidad del Recurso de Revocatoria:

"...el Fondo al realizar dicha afirmación no ha considerado lo establecido en las definiciones contenidas en el Título Preliminar, Capítulo I de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), que define como "crédito" señalando que "Es todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes".

Asimismo, a tiempo de afirmar la existencia de un incumplimiento temporal del límite establecido en el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), el Fondo no presentó descargos que acrediten que el exceso se haya producido como consecuencia de la percepción de Recaudaciones Aduaneras, Recaudaciones de Impuestos Internos, Recaudaciones de Registro Único de Automotores (RUAT), Recaudaciones de ENTEL, Abonos por Regalías Mineras y otros.

Cabe mencionar, que la entidad en los descargos presentados no hizo referencia al porcentaje de depósitos que representan las recaudaciones de los servicios citados en el párrafo precedente, del total de depósitos percibidos en las fechas de incumplimientos, no pudiendo verificar que los incumplimientos identificados sean consecuencia de dichos depósitos..."

Con ello, queda claro que, no es que el Ente Regulador se haya limitado a la transcripción de la definiciones pertinentes, contenidas en el Título Preliminar, Capítulo I de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), sino que, obedeciendo al ámbito de la regulación, la figura del crédito a una concepción teórica precisa, la misma, iure et iure, no admite un criterio distinto: **"todo** activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes" (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), como en definitiva lo es, el mantener un exceso de inversiones en otras entidades financieras, importa por definición un crédito.

Contable y materialmente, el exceso -después sancionado se ha producido-, criterio fundamental que hace inatendible el alegato en este sentido.

2.5. Respecto a los saldos en Bancos, no asociados a créditos ni inversión.-

El recurrente ha señalado también, que si bien existen saldos que temporalmente sobrepasaron el veinte por ciento (20%) de su Patrimonio Neto, éstos se debieron a depósitos

recibidos por concepto de Recaudaciones aduaneras, abonos por regalías mineras y otros, los cuales en todos los casos fueron transferidos, al día siguiente hábil, a su cuenta de encaje legal y posteriormente a las cuentas de sus clientes.

También manifiesta que dichas recaudaciones no están asociadas a créditos ni a inversión, las cuales por su naturaleza, obedecen a un proceso de evaluación previa y aplicación de políticas financieras.

Al respecto y como ya se tiene supra dicho, la Autoridad Reguladora manifestó que al realizar tal argumentación, la recurrente, no ha hecho una correcta y oportuna consideración de lo establecido en el Título Preliminar, Capítulo I de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), respecto de la definición de "crédito".

Ahora, tomando en cuenta esa definición, inclusive los dineros recaudados y depositados en las cuentas bancarias de la recurrente, son considerados "créditos", por lo que mal ésta puede alegar que las recaudaciones que efectúan para diferentes entidades, públicas y privadas, no está, relacionadas a créditos ni inversiones, pues la definición es amplia y abarca, como se tiene dicho, el producto de las recaudaciones.

En efecto, los importes que son recaudados en horarios en los que los Bancos no reciben más depósitos, son abonados al día siguiente, momento en el cual la recurrente cuenta ya con los mecanismos suficientes para poder establecer que, de efectuar tal depósito, estaría incumpliendo o no el límite del artículo 79º, inciso g), de la Ley N° 1488, es decir, que puede decidir depositar en su cuenta de un Banco comercial o en su cuenta de encaje legal, con lo que evitaría caer en cualquier incumplimiento.

No obstante y como se tiene dicho en el numeral 2.3 supra, ante las defensas concretas planteadas por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, su consideración no debió limitarse a la simple exposición de argumentos teóricos, sino que dado lo objetivo de las mismas, debe ameritar la verificación material que exige la norma del artículo 4º, inciso d), de la ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, lo que en definitiva no se evidencia haber ocurrido dentro del caso de autos.

Por lo que, éstos extremos determinan una vulneración al debido proceso administrativo, al no haberse atendido las pretensiones del recurrente y al no haberse averiguado la veracidad de las mismas, dando lugar a su indefensión.

CONSIDERANDO:

Que, en la consideración y resolución del Recurso Jerárquico, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha prescindido de realizar una averiguación de la verdad material que importan lo alegatos del **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, determinando una vulneración al debido proceso administrativo, al no haberse atendido, sea favorable o desfavorablemente, a las pretensiones del recurrente, dando lugar a su indefensión.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013, **inclusive**, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debiendo en consecuencia emitir una nueva resolución, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO
SOCIETARIA “VIRGEN DE COPACABANA” LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 045/2013 DE 23 DE ENERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI N°040/2013 DE 24 DE JUNIO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 040/2013

La Paz, 24 de Junio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 038/2013 de 22 de mayo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 079/2013 de 03 de junio de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 15 de febrero de 2013, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., legalmente representada por su Gerente General Sr. Gonzalo Jesús Rodríguez Córdova en virtud al Testimonio Poder N° 0753/2012 de fecha 24 de julio 2012, otorgado ante Notario de Fe Pública, Dra. Mariana lby Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-25313/2013, con fecha de recepción 25 de febrero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 28 de febrero de 2013, notificado en fecha 7 de marzo de 2013 se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013.

Que, el 3 de mayo de 2013, a horas 9:00, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 653/2012 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012, mediante la cual resolvió:

"...PRIMERO: RECHAZAR la solicitud de Adecuación al Proceso de Adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito solicitada mediante nota VDC-CACV-PE-No. 002/11 de 29 de noviembre de 2011 por la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Virgen de Copacabana" Ltda. por incumplimiento a los requisitos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5, Sección 10, Artículos 1, 2, 3 y su Anexo VI.

SEGUNDO: Disponer el cese de operaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., y el inicio del cierre ordenado en el marco de las disposiciones legales y sus estatutos."

Los argumentos expuestos en dicha Resolución Administrativa, son los siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que, en el marco de las atribuciones y competencias atribuidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se ha elaborado normativa expresa para la incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), contenida en la Resolución SB/198/2008 de 14 de octubre de 2008, modificada por las Resoluciones SB/264/08 de 22 de diciembre de 2008, ASFI/412/10 de 23 de noviembre de 2009, ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010 y ASFI/233/12 de 12 de junio de 2012.

Que, la Carta VDC-CACV-PE-N°002/11 de 29 de diciembre de 2011, enviada por la Cooperativa a esta Autoridad de Supervisión, fue presentada fuera del término establecido en la Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010 vigente por

entonces, misma que determinaba en el artículo 1, Sección 10, que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria que al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento y que no inició el proceso de adecuación ante ASFI, tenía plazo hasta el 30 de junio de 2010 para iniciarlo, caso contrario será considerada como entidad que realiza actividad financiera ilegal.

Que, según lo establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5 y Sección 10, Artículo 2, las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que pretendan ingresar al proceso de adecuación y ser incorporadas al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), deben cumplir con el requisito esencial de haberse encontrado en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley No. 3892 de 18 de junio de 2008.

Que, la sección 10, artículos 1, 2 y 3 de la misma Sección 1, establecen que una Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria que a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 se encontraba en funcionamiento, de manera previa a ser incorporada al ámbito de la aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) debe cumplir las siguientes etapas: Etapa I: Presentación de la carta de intención. Etapa II: Análisis de la viabilidad financiera y de gobierno. Etapa III: Inicio del proceso de adecuación. Las CAC Societarias deben expresar su deseo de ingresar al proceso de adecuación presentando una carta de intención, ante ASFI, firmada por los Consejos de Administración y Vigilancia, acordada y aprobada en Asamblea Extraordinaria de Socios, adjuntando documentación que demuestre que se encontraba en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley No. 3892. Al respecto la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., no ha cumplido con las exigencias de la normativa antes citada y menos ha demostrado que se encontraba en funcionamiento al 18 de junio de 2008.

Que, del Informe ASFI/DSR IV/R-104067/2012 de 23 de agosto de 2012, se establece que la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Virgen de Copacabana" Ltda., realiza promoción de cajas de ahorro y depósitos a plazo fijo sin autorización de este Ente Fiscalizador, incurriendo en la prohibición prevista en el artículo 7 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, las operaciones realizadas por la Cooperativa, como ser apertura de cajas de ahorro y depósitos a plazo fijo, son prohibidas para entidades que no cuentan con licencia de funcionamiento, tal como lo establece el artículo 5 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con el artículo 91 de la misma Ley que establece su nulidad, aspecto que incide negativamente en la confianza del público y pone en riesgo sus depósitos y al mismo sistema financiero.

Que, concordante a los preceptos legales citados el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, establece con absoluta claridad las operaciones permitidas para las Cooperativas Comunes.

Que, mediante nota ASFI / DSR IV/ R- 106507 / 2012 de 28 de agosto de 2012, se instruyó a la Cooperativa la elaboración de un plan de devolución sistemática de los ahorros de sus socios y cierre ordenado de la Cooperativa, quedando prohibida de realizar cualquier tipo

de captación, proceder al cierre ordenado de las agencias a nivel nacional manteniendo la atención a puerta cerrada en la Oficina Central y sucursales de Potosí, Sucre y Tarija únicamente para efectos de atender a puerta cerrada las operaciones de devolución de los ahorros de los socios y recuperación de cartera; sin embargo, del informe de inspección ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, se han determinado captaciones de dineros en calidad de cajas de ahorro y depósitos a plazo fijo, constituyéndose éstas en operaciones no permitidas para la Cooperativa al no contar con licencia de funcionamiento.

Que, desde el mes de mayo de 2012, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha procedido emitir diversas notas por la que se instruye el cese de operaciones, más al contrario la Cooperativa ha continuado captando depósitos del público de manera habitual, instrumentados como en cajas de ahorro, depósitos a plazo fijo y certificados de aportación, incurriendo en actividad financiera ilegal, pues no cuenta con la correspondiente autorización para hacerlo, ya que estas operaciones están reservadas exclusivamente para entidades de intermediación financieras con licencia de funcionamiento.

Que, el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, determina en su parte conclusiva:

1. La Cooperativa no cuenta con legajos de balance ni con estados de cuenta que respalden los Estados Financieros desde la gestión 2007 al 2010; hecho que impide su análisis al no existir información contable oportuna, fehaciente, clara, concreta e individualizada de todas sus operaciones, incumpliendo el Art. 46 del Código de Comercio, concordante con el Título I, Inciso J "Otras Disposiciones", Numerales 1 y 2 del MCBEF y Título II, Capítulo II, Sección 9, Art. 1 de la RNBEF.
2. En fecha 07 de septiembre de 2011, el Comité Reorganizador conformado por personas que no eran socios de la cooperativa convocaron a Asamblea Extraordinaria de fecha 17 de septiembre de 2011 con la asistencia de 26 personas que se arrogan la condición de "socios refundadores", quienes determinan "reactivar la Cooperativa de Ahorro y Crédito Virgen de Copacabana Ltda." Procedimiento que incumple lo establecido en los Arts. 33 y 44 de su Estatuto, que estipulan que las convocatorias a Asambleas deben ser efectuadas por el Consejo de Administración.

Con posterioridad, a la Asamblea que determino la "reactivación" de la Cooperativa, se han realizado diversos actos como la revocatoria del Poder General de Administración N° 44/2008 de 22 de febrero de 2008 otorgándose Poder de Administración en favor del señor Víctor Isaac Pinto Peña. Asimismo, se ha evidenciado la apertura de agencias a nivel nacional, sin autorización de ASFI.

3. La entidad presenta inviabilidad financiera de acuerdo al siguiente análisis:
 - Pérdidas acumuladas y de gestión sobre capital primario de 82.68%.

- En la estructura de Activos de la Cooperativa, la Cartera de Créditos representa el 16.56% del Activo total con operaciones otorgadas a partir de la gestión 2011, dicha estructura no responde a giro del negocio ni al objeto único de la entidad, que le permita la generación de ingresos para su sostenibilidad en el tiempo, siendo las cuentas más significativas "Otras Cuentas por Cobrar (29.56%), Bienes de Uso (27.02%) y Otros Activos (21.84%).
 - Los Gastos administrativos representan el 978.60% de los ingresos financieros con tendencia creciente y con relación a la cartera bruta del 324.15%, que refleja una administración que pone en riesgo el aporte de los socios.
 - Las pérdidas acumuladas son de **Bs381 mil** generando indicadores de rentabilidad negativos (ROA -66.34% y ROE -96.94%), arriesgando seriamente el aporte de los socios.
 - Incumple los límites legales mínimos requeridos CAP (10%) y DEG (100.000), exigidos por la LBEF para entidades Cooperativas.
4. Se observan debilidades en la selección de prestatarios, política, práctica y procedimientos de concesión de créditos, determinación de la capacidad de pago, administración, control interno y sistemas de evaluación y calificación de cartera, se determina la **inexistencia** de una adecuada tecnología crediticia que mantenga la calidad de la Cartera de Créditos.
 5. La Cooperativa presentó Declaraciones Juradas a Impuestos Nacionales correspondientes a la gestión 2008, no se tiene información de respaldo para identificar el tipo de operaciones que efectuaron en esta gestión.
 6. La entidad, desde su reinicio de operaciones en la gestión 2011, ha captado recursos bajo la modalidad de Cajas de Ahorro y Certificados de Depósito a Plazo Fijo, en contravención a lo dispuesto en el Art. 8 del D.S. 25703 y la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por lo que ha realizado operaciones no permitidas.
 7. La Cooperativa incumplió instrucciones emitidas por este Organismo de Fiscalización, realizando operaciones posteriores a la fecha de instrucción de cese de operaciones (nota ASFI/DSR IV/ R-55690/2012 de 8 de mayo de 2012), captando recursos en calidad de Cajas de Ahorro y Certificados de Depósito a Plazo Fijo, operaciones no permitidas para la Cooperativa, de acuerdo al siguiente detalle:

N° OP. CRÉDITO	MONTO DESEMBOLSADO \$US	FECHA DE LA OPERACIÓN
10035	7,000	10/09/2012
10036	1,500	13/09/2012

N° de Cuenta DPF	Fecha de apertura	Fecha de vencimiento	Plazo en días	Saldo Bs
500000006600002	14/09/2012	13/12/2012	90	22,073
500000008200001	07/09/2012	08/10/2012	30	7,519
500000009000001	07/09/2012	08/10/2012	30	8,555

N° Caja de Ahorro PLUS	N° Comprobante	Fecha de depósito	Monto Bs
5051-000124	677	30/08/2012	10,000
	884	26/09/2012	10,000
		TOTAL	20,000

CONSIDERANDO:

Que, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., no ha demostrado que a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 estuvo en funcionamiento.

Que, el Reglamento para la Constitución, Adecuación, y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, contenida en el Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras dispone en la Sección I, artículo 5 que: "La CAC Societaria que a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de aplicación de LBEF debe cumplir con dos etapas...", constituyendo taxativamente que el ingreso al proceso de adecuación está condicionado a que la cooperativa societaria solicitante haya estado en funcionamiento al 18 de junio de 2008.

Que, el Reglamento para la Constitución, Adecuación, y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inserta en la Sección 10, artículo 1, que: "La CAC Societaria que se encontraba en funcionamiento hasta antes de la promulgación del Ley N° 3892, que no inicio el proceso de adecuación hasta el 30 de junio de 2010, podrá iniciarlo de manera excepcional hasta el 1 de octubre de 2012..."

Que, el artículo 3 de la indicada Sección 10 reglamenta: "Viabilidad financiera y de gobierno.- ASFI realizará visitas de inspección a las CAC Societarias que presenten la carta de intención, conforme lo establecido en el Artículo 1° de la presente Sección, con la finalidad de evaluar y analizar su situación financiera, patrimonial y de gobierno, bajo las premisas establecidas en el Anexo VI del presente Reglamento. Si ASFI determina la existencia de una o más de las causales establecidas en el Anexo VI del presente Reglamento, emitirá a la CAC Societaria, una Resolución Administrativa de No

Admisión al Proceso de Adecuación, la misma que será remitida por ASFI a la Dirección General de Cooperativas para los fines consiguientes."

Que, el artículo 4, de la Sección 10, dispone: "La CAC Societaria que presente viabilidad financiera y de gobierno podrá iniciar el proceso de adecuación para ser incorporada al ámbito de aplicación de LBEF...", lo que infiere que aquellas que no presenten viabilidad financiera no podrán iniciar el proceso de adecuación para ser incorporada al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, el Anexo VI del Título I, Capítulo III del Reglamento para la Constitución, Adecuación, y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, señala lo siguiente:

1. "Se entenderá como viabilidad financiera a la capacidad de la CAC Societaria de soportar sus gastos financieros, administrativos y operativos a corto, mediano y largo plazo mediante una suficiente generación de ingresos financieros. Es decir, no exponer y hacer uso de los recursos de sus socios para gastos corrientes, poniendo en riesgo la devolución de estos.
2. La viabilidad financiera también se evaluará en función a criterios técnicos que establezcan si la CAC Societaria puede prevalecer en el tiempo, que incluyan solvencia, liquidez, generación de recursos y estructura financiera."

Que, tal como se explica en las consideraciones del informe, los elementos de viabilidad financiera han merecido una evaluación negativa en el Informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, producto de la inspección especial realizada a la Cooperativa por lo que no cumple con lo establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 10, artículo 3 Anexo VI.

CONSIDERANDO:

Que, el Informe Legal ASFI/DSR IV/R-149076 de 14 de noviembre de 2012, recomienda emitir resolución rechazando la solicitud de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda. para ingresar al proceso de adecuación al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) por incumplimiento a los requisitos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5, Sección 10, Artículos 1, 2, 3 y su Anexo VI.

Disponer el cese de operaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. y el inicio del cierre ordenado en el marco de las disposiciones legales y sus estatutos..."

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado el 11 de diciembre de 2012, **la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda.**, interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012, bajo los siguientes argumentos:

"...IV. FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO

IV.1 CONSIDERACIONES GENERALES

En el caso de la CAC VDC Ltda., el proceso de adecuación se encuentra entre dos normativas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (Resoluciones ASFI N°157/10 y 233/12), esta situación:

- A. La última Resolución ASFI N°233/12 introduce nuevos requisitos en la Sección 10 Artículos 1, 2, 3 y su Anexo VI atribuyéndose facultades no previstas en Ley N° 3892, que ocasionan discriminación en relación al anterior proceso de adecuación.
- B. El trámite se ha desarrollado de manera especial porque la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), indistintamente y discrecionalmente utiliza ambas Resoluciones ASFI N°157/10 y 233/12, sin respetar la cronología de su emisión y vigencia.
- C. Este hecho ha provocado que emita instructivos confusos, extemporáneos e inaplicables que causaron indefensión.
- D. Otro aspecto que desvirtuó el desarrollo normal del proceso de adecuación, fue la discrecionalidad, comportamiento evasivo de los funcionarios ASFI para absolver consultas, emitir respuestas ocasionando incertidumbre y confusión.
- E. Emergente de la Resolución ASFI N°233/2012, la CAC VDC Ltda., ha cumplido estrictamente la misma en su Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5° y Sección 2, Artículos 1° y 2°

IV. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS

PRIMER CONSIDERANDO:

Que, mediante carta Cite VDC-CACV-PE-N°002/11 de 29 de diciembre de 2011 la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., solicita registro al proceso de adecuación.

La CAC VDC Ltda., **PRESENTÓ CON ANTERIORIDAD** al plazo que establece la Resolución ASFI N°233/2012 del 12/06/12 carta de intención de inicio al proceso de adecuación y en aplicación a la Sección 2, Art. 1°, Fase: I Proceso para la Obtención del Certificado de Adecuación de dicha resolución, por lo que el 13 de agosto de 2012 la CAC VDC Ltda., presentó informe del "Diagnóstico de Requisitos".

Que, el informe ASFI/DSR IV/R-22453/2012 de 28 de febrero de 2012, emitido por la Dirección de Supervisión de Riesgos IV de esta Autoridad de Supervisión, expresa los resultados de la visita ocular realizada a la Cooperativa, en el que se determina en la parte conclusiva que no se halló evidencia del funcionamiento de la entidad a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, por lo que se instruyó a la Cooperativa, a través de carta ASFI/DSR IV/R-55690/2012 de 8 de mayo de 2011, el cese de operaciones.

La CAC VDC Ltda., **CONSIDERA UN IMPROPERIO** la aseveración de ASFI "... que no se halló evidencia del funcionamiento de la entidad...". Porque, la conclusión y recomendación del informe ASFI/DSR/IV/R- 22453/2012 a requisitos operativos y documentales al 31 de diciembre de 2011, textualmente señala: "...se ha determinado **que no existe suficiente evidencia del funcionamiento...**".

La CAC VDC Ltda., **ACLARA**, que acreditó con documentación suficiente su funcionamiento durante la Gestión 2008 y a la fecha de la promulgación de la Ley N°3892 de 18 junio de 2008.

Que, mediante comunicación ASFI/DSR IV/R-33742/2012 de 21 de marzo de 2012, se solicita criterio legal a la Dirección de Asuntos Jurídicos, respecto a la procedencia de la incorporación de la Cooperativa al proceso de adecuación, considerando que no existe evidencia acerca del funcionamiento de la entidad a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892. En respuesta, se remite el informe ASFI/DAJ/R-40081/2012 de 3 de abril de 2012, por el que se recomienda que la Dirección de Supervisión de Riesgos IV, comunique a la Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda. La imposibilidad de su incorporación al proceso de adecuación por incumplimiento a requisitos esenciales previstos en el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inserto en el Título I, Capítulo (sic) III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

La CAC VDC Ltda., **CENSURA** que la Dirección de Supervisión de Riesgos IV solicite criterio legal señalando "...que no se halló evidencia del funcionamiento de la entidad..." cuando en realidad la conclusión y recomendación del informe ASFI/DSR/IV/R-22453/2012 textualmente señala que: "...se ha determinado que no existe suficiente evidencia...", tergiversando la evidencia real de los hechos.

Asimismo, la CAC VDC Ltda., **DENUNCIA** que la Dirección de Supervisión de Riesgos IV no comunicó la imposibilidad de su incorporación al proceso de adecuación, tal como recomendó la Dirección de Asuntos Jurídicos.

Que, mediante nota ASFI/DSRIV/R-299 77/2012 de 13 de marzo de 2012, se da respuesta a la nota VDC-EJ.OC-PE-N°0024/12 de 29 de febrero de 2012 de la Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda., recomendando se evite Incurrir en mayores gastos, considerando la negativa a su ingreso al proceso de adecuación, conforme a la Resolución ASFI N° 157/2010.

La CAC VDC Ltda., DISIENTE con la aseveración de ASFI "...considerando la negativa a su ingreso al proceso de adecuación,...", cuando la evidencia real de la nota ASFI/DSR IV/R- 29977/2012 de 13 de marzo de 2012, textualmente señala "... la entidad debería esperar hasta que se defina la incorporación al proceso de adecuación de las Cooperativas que no ingresaron al citado proceso en los plazos establecidos mediante Circular ASFI/038/2010..."

Que, en la Carta VDC-EJ, OC-PE-N°033/2012, recepcionada en fecha 23 de marzo de 2012, la Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda. Comunica a este Órgano Fiscalizador la firma de contrato con la Empresa AXON S.R.L e informa que el 95% de requerimientos operativos y documentales serán concluidos hasta el 30 de abril de 2012, a lo cual, con Carta ASFI/DSR IV/R- 38631/2012 de fecha 30 de marzo de 2012, se responde a la Cooperativa ratificando la nota ASFI/DSRIV/R-29977/2012 de 13 de marzo de 2012.

La CAC VDC Ltda., **DISCREPA** con La aseveración de ASFI "...considerando la negativa a su ingreso al proceso de adecuación,...", cuando la evidencia real sobre la nota ASFI/DSR IV/R- 29977/2012 de 13 de marzo de 2012, textualmente señala "... la entidad debería esperar hasta que se defina la incorporación al proceso de adecuación de las Cooperativas que no ingresaron al citado proceso en los plazos establecidos mediante Circular ASFI/038/2010..."

Para la CAC VDC Ltda., **ES DE VITAL IMPORTANCIA**, contar con un Sistema de Tecnología de Información a efectos de ejercer un adecuado sistema de control interno, procesamiento de datos, registros contables automáticos para operaciones activas y pasivas, reportes de información financiera, estadística y gerencial, oportuna para la

toma de decisiones, concordante con los requisitos operativos del proceso de adecuación.

Que, producto de la carta VDC-EJ.OC-PE-N°0084/12, remitida por la Cooperativa en fecha 13 de agosto de 2012 adjuntando el Diagnóstico de Requisitos Operativos y Documentales, se efectuó una segunda visita ocular en fecha 22 de agosto de 2012, en la que se evidenció el funcionamiento de las Agencias Los Pinos y Tumusla en la ciudad de La Paz, por lo que en el marco del Título I Capítulo III de la Recopilación de Normas, para Bancos y Entidades Financieras, se elaboró la carta ASFI/DSR IV/R-103549/2012 de 22 de agosto de 2012, en la cual se instruye el cese de operaciones y la prohibición de apertura de agencias a nivel nacional. Asimismo, en el mencionado documento de Diagnóstico de Requisitos Operativos y Documentales, se adjunta información financiera al 30 de junio de 2012 que refleja pérdidas acumuladas sobre el Capital Primario que asciende a -48.77%, indicador que en las entidades reguladas es causal de Intervención conforme a la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto Ordenado), situación que no permite a dicha Cooperativa cumplir con el capital social mínimo requerido por la Ley No. 3892 de 18 de junio de 2008, equivalente de 100.000 DEG, ya que la entidad alcanzaría únicamente a 41.534 DEG.

En relación a la **SEGUNDA VISITA OCULAR** de 22 de agosto de 2012, la CAC VDC Ltda., denuncia que Institucionalmente no fue notificada con credenciales para la realización de la segunda visita ocular a las Agencias Los Pinos y Tumusla en la ciudad de La Paz, en consecuencia desconocemos la misma.

La CAC VDC Ltda., **ACLARA ESTRICTO CUMPLIMIENTO**, a la carta ASFI/DSR IV/R-103549/2012 de 22 de agosto de 2012 textualmente instruye **"...a partir del 27 de agosto del presente, queda prohibida la apertura de sus agencias y puntos de atención a nivel nacional"**

En relación a la **PRESENTACION** del Diagnóstico de Requisitos, Aclaremos, que en virtud a que la CAC VDC Ltda., presentó documentación suficiente de su funcionamiento durante la gestión 2008 y fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y habiendo remitido la carta de intención de inicio al proceso de adecuación, presentó el "Diagnostico de Requisitos" elaborado por firma de auditoría externa de conformidad con la Sección 2, Art. 2º, Fase: I Proceso para la Obtención del Certificado de Adecuación, aprobado por la Resolución ASFI N°233/2012.

En relación a los **RESULTADOS** del "Diagnostico de Requisitos", advertimos inobservancia de ASFI al PLAN DE ACCION DE REQUISITOS OPERATIVOS Y DOCUMENTALES, cuyo OBJETIVO es precisamente que la CAC enmiende las observaciones operativas y documentales del Diagnostico con aprobación y supervisión de ASFI, en concordancia a la Sección 2, Art. 3º, Fase: II del Proceso para la Obtención del Certificado de Adecuación.

Que, mediante Informe Técnico ASFI/DSR IV/R-104067/2012 de 23 de agosto de 2012, se manifiesta que la Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda., realiza promoción de cajas de ahorro y depósitos a plazo fijo, afirmando que cuentan con licencia de funcionamiento otorgada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y que se evidenció que la Cooperativa, después de conocer la instrucción de cese de operaciones mediante carta ASFI/DSR IV/R-55690/2012 de 8 de mayo de 2012, continuó realizando operaciones, incrementando cartera, ahorros de sus socios, patrimonio y pérdidas acumuladas; asimismo, abrió sucursales sin autorización del Órgano Fiscalizador en las ciudades de Potosí, Sucre, Tarija y agencias en el barrio Los Pinos y

calle Tumusla de la ciudad de La Paz, pretendiendo ampliar su cobertura a nivel nacional.

EL INCREMENTO DE CARTERA con ahorro de socios, está sujeto a la Sección 1, Artículos 4º, párrafo segundo del reglamento para la constitución, adecuación y funcionamiento de las cooperativas de ahorro y crédito: Resolución ASFI N°157/2010 del 22/02/10 y Sección 1, Artículos 5º, párrafo segundo del reglamento para la constitución, adecuación y funcionamiento de las cooperativas de ahorro y crédito: Resolución ASFI N°233/2012 del 12/06/12, ambas que textualmente señalan:

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N°3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto supremo N°25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios.

En relación a la **SEGUNDA VISITA OCULAR** de 22 de agosto de 2012, CAC VDC Ltda., denuncia que institucionalmente no fue notificada con credenciales para la realización de la segunda inspección, en consecuencia desconocemos si efectivamente ésta se realizó en fecha 22 de agosto de 2012, por lo que, deslindamos responsabilidad ante cualquier afirmación relativa a la Licencia de Funcionamiento otorgada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, porque además hasta la fecha nos encontramos lidiando con el proceso para la obtención del certificado de adecuación.

En relación a la **CONTINUACION DE OPERACIONES**, CAC VDC Ltda., mediante nota cite: VDC-EJ-OC-PE-N°051/12 de 17/05/12 solicitó a ASFI reconsidere el cese de operaciones y permita la prosecución de actividades en el marco de la Ley N°3892, al no existir ninguna respuesta y haberse emitido la Resolución ASFI N°233/2012 el 12/06/12, la CAC VDC Ltda., **SE AMPARO EN LA MISMA**, considerando que:

- Presentó carta de intención de inicio al proceso de adecuación.
- Proporcionó documentación suficiente que demuestra que estuvo en funcionamiento antes y durante la gestión 2008 y fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008
- La situación es concordante con lo previsto por las Secciones 1 y 2, Artículos 8º y 1º de la Resolución ASFI N°233/2012.

En lo concerniente a la **COBERTURA A NIVEL NACIONAL**, esta fue una determinación resuelta por la asamblea general extraordinaria de socios de conformidad a la Resolución ASFI N°157/2010 vigente hasta el 11 de junio de 2012, donde no existía prohibición para abrir sucursales, asimismo, aclaramos que las sucursales de Potosí, Sucre, Tarija y las Agencias los Pinos y Tumusla de la ciudad de La Paz, fueron abiertas antes del instructivo de 08/05/12, por lo que, la CAC VDC Ltda., no incumplió normativa vigente ni instrucciones ASFI.

Que, mediante carta VDC-EJ-OC-PE-N°00100/12 de 3 de septiembre de 2012, la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Virgen de Copacabana" Ltda., remite fotocopia legalizada de los formularios 200- IVA, 400-IT, 608-RC IVA, 500 IU y 605 de la gestión 2008, para acreditar que permanecía en funcionamiento cuando fue promulgada la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008.

ASFI NO OTORGÓ VALOR LEGAL Y TÉCNICO correspondiente a declaraciones juradas, liquidaciones y pagos mensuales de los formularios 200-IVA, 400-IT, 500-IUE y principalmente el formulario 605 que se refiere a la presentación de Estados Financieros de la Gestión 2008 certificados por el Servicio de Impuestos Nacionales (SIN),

documentación que demuestra que la CAC VDC Ltda., estuvo en funcionamiento antes y durante la gestión 2008 y fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 Asimismo, la CAC VDC Ltda., **PROPORCIONO DOCUMENTACIÓN** contable de ingresos, egresos y traspaso, que revelan operaciones de retiros de cajas de ahorro, depósitos de ahorros, aportaciones y a plazo, amortización de préstamos, pagos de alquileres, servicios, comunicaciones, sueldos, refrigerios, etc., evidencias que respaldan fehacientemente declaraciones juradas, liquidaciones y pagos mensuales de los formularios 200-IVA, 400-IT correspondientes al funcionamiento en la gestión 2008 y fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.

Por otra parte, la CAC VDC Ltda., **PROPORCIONÓ DOCUMENTACIÓN** de la Gestión 2008 relativa a Personería Jurídica, Ficha de Adecuación de la DGCOOP, Estatutos, Licencia de Funcionamiento Gobiernos Municipales, Número de Identificación Tributaria, Estados financieros Anuales, formularios de declaración y pago de aportes a CORDES, formularios de declaración y pago de aportes AFP's, Registro Patronal Laboral del Ministerio del Trabajo, Formulario de Finiquitos por Pago de Indemnizaciones, libros de compras y ventas IVA, documentación que demuestra que la CAC VDC Ltda., estuvo en funcionamiento durante la gestión 2008 y fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.

Que, mediante Carta VDC-EJ. OC-PE-N°0102/12 de 10 de septiembre de 2012, la Cooperativa solicita respuesta a Carta de fecha 3 de septiembre y adjunta documentos del Servicio de Impuestos Nacionales.

La CAC VDC Ltda., **DENUNCIA**, que desde la presentación de la carta de inicio al proceso de adecuación, correspondencia recibida y cursada con ASFI, emisión de Resolución ASFI N°233/2012 del 12/06/12 modificaciones al Reglamento de Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas, cumplió en solicitar respuestas y audiencia para orientar su proceso de adecuación, sin embargo, ASFI no dio respuesta a ésta y ninguna otra nota a partir del 15 de mayo de 2012, por otra parte sin explicaciones, con atropellos, acusaciones, injurias, fue objeto de represalias, medidas coercitivas ilegales y evasivas de manera sistemática por parte de ASFI que violentaron derechos constitucionales y provocaron indefensión.

Que, con el fin de emitir una decisión final y conclusiva a la solicitud realizada por la Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda., en la carta VDC-CACV-PE-N°002/11 de 29 de diciembre de 2011, en el marco de lo establecido en el Artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) No. 1488, se realizó una nueva inspección especial a la Cooperativa en fecha 3 de octubre de 2012.

La CAC VDC Ltda., **DISIENTE Y CONSIDERA TRANSGRESIÓN** de ASFI a sus propios Reglamentos, porque la nueva inspección se realizó invocando el Art. 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N°. 1488, inobservado los alcances de su propia Resolución ASFI N°233/2012 referente al proceso de adecuación, que establece con absoluta claridad, que las visitas de inspecciones por parte de ASFI se realiza en la FASE III, como se advierte a continuación:

SECCIÓN 2, CERTIFICADO DE ADECUACION COOPERATIVAS DE AHORRO Y CREDITO SOCIETARIAS EN PROCESO DE ADECUACION.

Art 1°.- Proceso para la Obtención del Certificado de Adecuación.- La CAC Societaria **QUE PRESENTÓ LA CARTA DE INTENCIÓN DE INICIO DEL PROCESO DE ADECUACIÓN**, para la obtención del Certificado de Adecuación, para la obtención del certificado de adecuación, debe cumplir tres fases, ..."

Art 4°.- Fase III: Evaluación y emisión del Certificado de Adecuación.- segundo párrafo textualmente señala "...**ASFI REALIZARA VISITAS DE INSPECCIÓN**, con el objeto de evaluar aspectos técnicos y legales. En caso de existir observaciones, la CAC Societaria en proceso de adecuación, debe remitir un Plan de Acción Complementario que incluya la reformulación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales"

Que, como resultado de la inspección especial de 3 de octubre de 2012, se emite el Informe ASFI/DRS IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012 que concluye lo siguiente: No se cuenta con legajos de balances ni estados de cuentas que respalden los Estados Financieros de la gestión 2007 al 2010; El Comité Reorganizador compuesto por personas que no eran socios realizó actos y procedimientos no reconocidos en sus estatutos y normativa en vigencia; La cooperativa presenta inviabilidad financiera; Inexistencia de una adecuada tecnología crediticia; Declaraciones Juradas a Impuestos Nacionales sin respaldos; Operaciones no permitidas para esta Cooperativa; Incumplimiento a Instrucciones de ASFI.

La CAC VDC Ltda., **OBSERVA**, que la inspección especial de 3 de octubre de 2012, e Informe ASFI/DRS IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, vulnera la Resolución ASFI N°233/2012 de 12/06/12, al invocar el Art. 154 trasgrede el Art. 152 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) No. 1488, aplicable a entidades supervisadas. Asimismo, no hemos sido notificados con el Informe ASFI/DRS IV/R-133612/2012, lo cual afecta nuestro derecho y causa indefensión.

La CAC VDC Ltda., **ACLARA**, que en coordinación con el Presidente del Consejo de Administración de entonces y los socios afectados con aportes realizados sin certificados de aportación, se conformó un comité de reorganización, efectuando una convocatoria pública en medio escrito de circulación nacional para realizar asamblea general extraordinaria y decidir básicamente la continuidad de la cooperativa, la utilización de términos observables no modifican el propósito fundamental de la asamblea que fue la continuidad de la cooperativa asumiendo todos los pasivos y obligaciones económicos, además de cumplir el proceso de adecuación al ámbito de regulación de ASFI.

La CAC VDC Ltda., **CONSIDERA**, que las deficiencias financieras, tecnología crediticia y otras operaciones observadas son enmendables con el **PLAN DE ACCION DE REQUISITOS OPERATIVOS Y DOCUMENTALES** que establece la Sección 2, Art. 1º, Fase: II Proceso para la Obtención del Certificado de Adecuación de la Resolución ASFI N°233/2012 el 12/06/12.

ASFI NO OTORGO VALOR LEGAL Y TÉCNICO correspondiente a declaraciones juradas, liquidaciones y pagos mensuales de los formularios 200-IVA, 400-IT, 500-IUE y principalmente el formulario 605 que se refiere a la presentación de Estados Financieros de la Gestión 2008 certificados por el Servicio de Impuestos Nacionales (SIN), documentación que demuestra que la CAC VDC Ltda., estuvo en funcionamiento antes y durante la gestión 2008 y fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 Que, en fecha 16 de octubre de 2012, la Cooperativa presenta la Carta EJ-OC-AJ-N°003/12, pidiendo se enmiende y corrija errores Institucionales ejercidos de manera discrecional que causan graves daños económicos a la Cooperativa, solicitando a su vez no se violente la seguridad jurídica y concluye con la advertencia de interponer recurso de amparo constitucional, otros recursos administrativos y el inicio de acciones penales y "económicas" a los funcionarios según la jerarquía de autoridad y

responsabilidad.

La CAC VDC Ltda., **DENUNCIA**, que desde la presentación de la carta de inicio al proceso de adecuación, correspondencia recibida y cursada con ASFI, emisión de Resolución ASFI N°233/2012 del 12/06/12 modificaciones al Reglamento de Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas, cumplió en solicitar respuestas y audiencia para orientar su proceso de adecuación, sin embargo, sin explicaciones, con atropellos, acusaciones, injurias, fue objeto de represalias, medidas coercitivas ilegales y evasivas de manera sistemática por parte de ASFI, que violentaron derechos constitucionales y provocaron indefensión.

La CAC VDC Ltda., **ACLARA Y REFLEXIONA**, que el cese de operaciones y cierre de oficinas tiene connotaciones económicas e institucionales nefastas que van en detrimento de nuestra sociedad cooperativa, no comprendemos porque un trámite tan sencillo se convirtió en un vía crucis, cual es el delito irreparable cometido por la CAC VDC Ltda., para ser objeto de un trato tan discrecional y displicente, únicamente por tratar de ser regulados.

TERCER CONSIDERANDO

Que, en el marco de las atribuciones y competencias atribuidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se ha elaborado normativa expresa para la incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), contenida en la Resolución SB/198/2008 de 14 de octubre de 2008, modificada por las Resoluciones SB/264/03 de 22 de diciembre de 2008, ASFI/412/10 de 23 de noviembre de 2009, ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010 y ASFI/233/12 de 12 de junio de 2012.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras) mediante Resolución SB/198/2008 del 14 de octubre 2008, define adecuadamente en su considerando que en virtud al artículo 3 de la Ley 3892, incorpora al ámbito de supervisión a las cooperativas de ahorro y crédito societarias, a efectos de dotarles de un adecuado control y seguimiento, para garantizar los ahorros y depósitos de los socios en esas cooperativas y dispone que las modalidades de adecuación de las cooperativas al ámbito de supervisión y la obtención de la respectiva licencia sean reglamentados por ese órgano de control. Esta resolución reglamenta través de la Sección 2 la ADECUACIÓN para las cooperativas que se encontraban en funcionamiento, sin que exista exigencia alguna sobre Admisión, Solvencia mucho menos Viabilidad Financiera para acceder a la adecuación.

Sin embargo en contraposición a lo decretado en el artículo 3 de la Ley 3892, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 12 de junio de 2012, modifica la Resolución SB/198/2008 mediante la Resolución ASFI/233/12 que desvirtúa totalmente el objeto, propósito y espíritu del artículo 3 de la Ley 3892, debido a que agrega en la Sección 10, artículo 1, 2, 3 y 4, exigencias de admisión, solvencia, viabilidad financiera y de gobierno. Por lo que, la Resolución ASFI/233/12 es discriminatoria en relación con las anteriores cooperativas que se encuentran en proceso de adecuación y que no requirieron las exigencias de la Sección 10, artículo 1, 2, 3 y 4.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tiene la atribución de elaborar normativa, sin desvirtuar la esencia y espíritu legal de la Ley objeto de Reglamento, aspecto que no se respeta en la Resolución ASFI N°233/2012.

Que, la Carta VDC-CACV-PE-NC002/11 de 29 de diciembre de 2011, enviada por la Cooperativa a esta Autoridad de Supervisión, fue presentada fuera del término

establecido en la Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010 vigente por entonces, misma que determinaba en el artículo 1, Sección 10, que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria que al momento de la promulgación de la Ley AT 3892 se encontraba en funcionamiento y que no inició el proceso de adecuación ante ASFI, tenía plazo hasta el 30 de junio de 2010 para iniciarlo, caso contrario será considerada como entidad que realiza actividad financiera ilegal.

Es necesario aclarar a ASFI que al 31 de diciembre de 2011, existían un conjunto considerable de cooperativas a nivel nacional, que operaban sin haberse incorporado al del ámbito de regulación, por razones doctrinales e interposición de amparos constitucionales por parte de las federaciones departamentales de cooperativas, sin embargo, los socios de la CAC VDC Ltda., con convicciones de cumplimiento a la regulación vigente, en asamblea general extraordinaria resolvieron la incorporación al ámbito de supervisión.

Las notas ASFI/DSRIV/R-17778/2012 de 13/02/12; ASFI/DSRIV/R-29977/2012 de 13/03/12 y ASFI/DSRIV/R-38631/12 de 30/03/12 legalmente constituyeron garantía Institucional para continuar el proceso de adecuación, porque ASFI señaló que se encontraban elaborando un nuevo reglamento que ampliaría el plazo de incorporación al proceso de adecuación, con la promulgación de la Resolución ASFI N°233/2012 de 12/06/12 se ratificó lo manifestado en las citadas notas que textualmente señalaron la entidad debería esperar hasta que se defina la incorporación al proceso de adecuación de las cooperativas que no ingresaron al mismo, en los plazos establecidos...”

Que, según lo establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5 y Sección 10, Artículo 2, las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que pretendan ingresar al proceso de adecuación y ser incorporadas al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), deben cumplir con el requisito esencial de haberse encontrado en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley No. 3892 de 18 de junio de 2008.

En relación a lo establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5° **REQUISITO ESENCIAL DE FUNCIONAMIENTO**, la CAC VDC Ltda., presentó documentos fehacientes que demuestran de manera suficiente su funcionamiento en la Gestión 2008 y por ende en el momento de la promulgación de la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008.

La CAC VDC Ltda., **PRESENTÓ CARTA DE INTENCIÓN** de inicio al proceso de adecuación con anterioridad al plazo que establece la Resolución ASFI N°233/2012 y habiendo cumplido el **REQUISITO ESENCIAL DE FUNCIONAMIENTO**, corresponde acogerse a lo establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5° y Sección 2, Artículo 1°, 2° y 3°. Que, la sección 10, artículos 1, 2 y 3 de la misma Sección 1, establecen que una Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria que a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892 da 18 de junio de 2008 se encontraba en funcionamiento, de manera previa a ser incorporada al ámbito de la aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) debe cumplir las siguientes etapas: Etapa I: Presentación de la carta de intención. Etapa II; Análisis de la viabilidad financiera y de gobierno. Etapa III: Inicio del proceso de adecuación. Las CAC Societarias deben expresar su deseo de ingresar al proceso de adecuación presentando una carta de intención (sic), ante ASFI, firmada por los Consejos de Administración y Vigilancia, acordada y aprobada en Asamblea Extraordinaria de Socios, adjuntando documentación que demuestre que se encontraba en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley No. 3892. Al respecto la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda.,

no ha cumplido con las exigencias de la normativa antes citada y menos ha demostrado que se encontraba en funcionamiento al 18 de junio de 2008.

La CAC VDC Ltda., **DEMOSTRÓ** con documentos suficientes y fehacientes su funcionamiento en la Gestión 2008 y en el momento de la promulgación de la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008, por lo que cumple el **REQUISITO ESENCIAL DE FUNCIONAMIENTO** establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5° de la Resolución ASFI N°233/2012.

Debido a que la CAC VDC Ltda., **PRESENTÓ CARTA DE INTENCIÓN** de inicio al proceso de adecuación con anterioridad al plazo que establece la Resolución ASFI N°233/2012, corresponde acogerse a lo establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5 y **SECCIÓN 2, ARTÍCULOS 1°, 2° y 3°**.

Asimismo, como la CAC VDC Ltda., cumplió el REQUISITO ESENCIAL DE FUNCIONAMIENTO y PRESENTÓ CARTA DE INTENCIÓN de inicio del proceso de adecuación de conformidad Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5° y Sección 2, Art. 2°, Fase: I, CUMPLIÓ en presentar a ASFI el "Diagnostico de Requisitos" elaborado por firma de auditoría externa.

Que, del Informe ASFI/DSR IV/R-104067/2012 de 23 de agosto de 2012, se establece que la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Virgen de Copacabana" Ltda., realiza promoción de cajas de ahorro y depósitos a plazo fijo sin autorización de este Ente Fiscalizador, incurriendo en la prohibición prevista en el artículo 7 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

La CAC VDC Ltda., **ACLARA** que las captaciones bajo la denominación de ahorro y a plazo fueron únicamente con socios y no con el público, tal como evidenciaron los funcionarios de ASFI y de conformidad a la Sección 1, Art 5°, segundo párrafo del reglamento para la constitución, adecuación y funcionamiento de las cooperativas de ahorro y crédito: Resolución ASFI N°233/2012 que establece textualmente:

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N°3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto supremo N°25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios. (Sic. Sección 1, Art 4°, segundo párrafo del reglamento para la constitución, adecuación y funcionamiento de las cooperativas de ahorro y crédito: Resolución ASFI N°157/2010).

La CAC VDC Ltda., **ENFATIZA**, que al existir reglamentación expresa para cooperativas, que permite la captación de ahorro de sus socios, no vulnera el artículo 7 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, las operaciones realizadas por la Cooperativa, como ser apertura de cajas de ahorro y depósitos a plazo fijo, son prohibidas para entidades que no cuenten con licencia de funcionamiento, tal como lo establece el artículo 5; de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con el artículo 91 de la misma Ley que establece su nulidad, aspecto que incide negativamente en la confianza del público y pone en riesgo sus depósitos y al mismo sistema financiero.

La CAC VDC Ltda., **ACLARA** que las captaciones bajo la denominación de ahorro y a plazo fueron únicamente con socios y no con el público, tal como evidenciaron los funcionarios de ASFI y de conformidad a la Sección 1, Art. 5°, segundo párrafo del reglamento para la constitución, adecuación y funcionamiento de las cooperativas de ahorro y crédito: Resolución ASFI N° 233/2012 que establece textualmente:

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N°3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto supremo N°25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios. (Sic. Sección 1, Art 4º, segundo párrafo del reglamento para la constitución, adecuación y funcionamiento de las cooperativas de ahorro y crédito: Resolución ASFI N°157/2010).

Emergente de lo dispuesto en la Sección 1, Art 5º de la Resolución ASFI N°233/2012, la CAC VDC Ltda., no vulnera los artículos 5 y 91 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, concordante a los preceptos legales citados el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, establece con absoluta claridad las operaciones permitidas para las Cooperativas Comunes.

La CAC VDC Ltda., **AFIRMA** que las operaciones activas, pasivas, ingresos y egresos son realizadas únicamente con socios y no con el público, cumpliendo la Sección 1, Art 5º, segundo párrafo del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las cooperativas de ahorro y crédito, aprobado con Resolución ASFI N°233/2012 que textualmente señala:

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N°3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto supremo N°25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios. (Sic. Sección 1, Art 4º, segundo párrafo del reglamento para la constitución, adecuación y funcionamiento de las cooperativas de ahorro y crédito: Resolución ASFI N°157/2010).

Emergente de lo dispuesto en la Sección 1, Art 5º de la Resolución ASFI N°233/2012, la CAC VDC Ltda., cumple adecuadamente lo dispuesto por el Artículo 8 del Decreto Supremo N°25703 de 14/03/00.

Que, mediante nota ASFI/DSR IV/R-106507 / 2012 de 28 de agosto de 2012, se instruyó a la Cooperativa la elaboración de un plan de devolución sistemática de los ahorros de sus socios y cierre ordenado de la Cooperativa, quedando prohibida de realizar cualquier tipo de captación, proceder al cierre ordenado de las agencias a nivel nacional manteniendo la atención a puerta cerrada en la Oficina Central y sucursales de Potosí, Sucre y Tarija únicamente para efectos de atender a puerta cerrada las operaciones de devolución de los ahorros de los socios y recuperación de cartera; sin embargo, del informe de inspección ASFI/DSR IV/R- 133612/2012 de 18 de octubre de 2012, se han determinado captaciones de dineros en calidad de cajas de ahorro y depósitos a plazo fijo constituyéndose éstas en operaciones no permitidas para la Cooperativa al no contar con licencia de funcionamiento.

La CAC VDC Ltda., **ACLARA** que ante la vigencia de la Resolución ASFI N°233/2012 emitida el 12 de junio de 2012, la nota ASFI/DSRIV/R- 106507/2012 recibida el 4 de septiembre de 2012 quedó sin efecto técnico - legal, porque ésta, se fundamentó en la anterior Resolución ASFI N°157/2010,

La inspección realizada el 3 de octubre 2012 que dio lugar al informe ASFI/DSR IV/R- 133612/2012 de 18 de octubre de 2012, no se enmarca en las Secciones 1 y 2, Artículos 5º y 1º, Fase II de la Resolución ASFI N°233/2012 del 12 de junio de 2012 y no es aplicable a la CAC VDC Ltda., debido a que;

- Presentó carta de intención de inicio al proceso de adecuación
- Proporcionó documentación suficiente que demuestra que estuvo en funcionamiento durante la gestión 2008 y fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008
- Remitió informe de Diagnostico de Requisitos, elaborado por firma de auditoría externa.

Asimismo, esta inspección técnica - legal e informe por parte de ASFI, de acuerdo a la nueva Resolución ASFI N°233/2012 debió realizarse en la Fase III, del Art.4° de la Sección 2 y sobre la base del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.

La CAC VDC Ltda., **INFORMA** que la instrucción de cierre de oficinas con nota ASFI/DSRIV/R-106507/2012 es ilegal, autoritaria y emitida en periodo de convulsión por la Cooperativa San Luis, obviamente ocasiono una corrida para la CAC VDC Ltda., a pesar que fueron atendidos normalmente provocaron desconfianza, preocupación y serios cuestionamientos sobre la instrucción de ASFI, por lo que, mediante nota escrita la CAC VDC Ltda., solicito que ASFI emita respuesta sobre la documentación que demuestra el funcionamiento en la Gestión 2008 requisito esencial de la Ley N°3892, sin embargo, hasta la fecha no existe ninguna respuesta de ASFI lo cual provoca indefensión.

La CAC VDC Ltda., **ACLARA NUEVAMENTE** que las captaciones que revela ASFI son aportes voluntarios de socios que coadyuvan nuestra situación actual, las mismas se encuentran amparadas en la Sección 1, Art 5°, segundo párrafo del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las cooperativas de ahorro y crédito, aprobada con Resolución ASFI N°233/2012 que textualmente señala:

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N°3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto supremo N°25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios. (Sic. Sección 1, Art 4°, segundo párrafo del reglamento para la constitución, adecuación y funcionamiento de las cooperativas de ahorro y crédito: Resolución ASFI N°157/2010).

El instructivo ASFI para la elaboración de un plan de devolución sistemática de los ahorros de socios y cierre ordenado de la Cooperativa, no tiene respaldo legal y trasgrede el Art. 152, quebrantando los Art, 112 y 113 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) concordante con el Art. 22 del D.S. N°24439 de la Ley General de Sociedades Cooperativas. Que, desde el mes de mayo de 2012, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha procedido emitir diversas notas por la que se instruye el cese de operaciones, más al contrario la Cooperativa ha continuado captando depósitos del público de manera habitual, instrumentados como en cajas de ahorro, depósitos a plazo fijo y certificados de aportación, incurriendo en actividad financiera ilegal, pues no cuenta con la correspondiente autorización para hacerlo, ya que estas operaciones están reservadas exclusivamente para entidades de intermediación financieras con licencia de funcionamiento.

La CAC VDC Ltda., **ACLARA** que ante la vigencia de la Resolución ASFI N°233/2012 emitida el 12 de junio de 2012, la notas ASFI quedaron sin efecto técnico - legal, porque éstas se fundamentaron en la anterior Resolución ASFI N°157/2010.

Las captaciones que la CAC VDC Ltda., realizo bajo la denominación de ahorro y a plazo fueron únicamente con socios y no con el público, tal como evidenciaron los funcionarios de ASFI, y de conformidad a la Sección 1, Art 5°, segundo párrafo del

reglamenta para la constitución, adecuación y funcionamiento de las cooperativas de ahorro y crédito: Resolución ASFI N°233/2012 que establece textualmente:

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N°3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto supremo N°25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios. (Sic. Sección 1, Art 4°, segundo párrafo del reglamento para la constitución, adecuación y funcionamiento de las cooperativas de ahorro y crédito: Resolución ASFI N°157/2010).

Que, el Informe de Inspección ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, determina en su parte conclusiva:

La inspección realizada el 3 de octubre 2012 que dio lugar al informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, no se enmarca en las Secciones 1 y 2, Artículos 5° y 1°, Fase II de la Resolución ASFI N°233/2012 del 12 de junio de 2012 y no es aplicable a la CAC VDC Ltda., debido a que:

- Presentó carta de intención de inicio al proceso de adecuación
- Proporcionó documentación suficiente que demuestra que estuvo en funcionamiento durante la gestión 2008 y fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008
- Remitió informe de Diagnostico de Requisitos, elaborado por firma de auditoría externa.

Asimismo, esta inspección técnica - legal e informe por parte de ASFI, de acuerdo a la nueva Resolución ASFI N°233/2012 debió realizarse en la Fase III, del Art.4° de la Sección 2 y sobre la base del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.

- La Cooperativa no cuenta con legajos de balance ni con estados de cuenta que respalden los Estados Financieros desde la gestión 2007 al 2010; hecho que impide su análisis al no existir información contable oportuna, fehaciente, clara, concreta e individualizada da todas sus operaciones, incumpliendo el Art. 46 del Código de Comercio, concordante con el Título I, Inciso J "Otras Disposiciones", Numerales 1 y 2 del MCBEF y Título II, Capítulo II, Sección 9, Art. 1 de la RNBEF.

El artículo 3 de la Ley 3892 de 18 de junio de 2008, determina la incorporación al ámbito de regulación a las CAC Societarias que hayan sido constituida y que se encuentren en actividad en la fecha de promulgación de esta Ley.

La CAC VDC Ltda., es una cooperativa que fue constituida el año 1998 tal como lo certifica nuestra Acta de Asamblea Constitutiva de Cooperativa Multiactiva del 28 de julio de 1998, Resolución de Consejo N° 05067 del 10 de junio de 1998 otorgado por el Instituto Nacional de Cooperativas, Resolución Administrativa N° 238/07 del 3 de agosto de 2007 emitida por la DGCOOP, Tarjeta de Vigencia y Ficha de Adecuación N° 000054, Licencia de Funcionamiento del Gobierno Municipal, Número de Identificación Tributaria vigente desde el 2 de agosto de 2006, Estatutos aprobados por la DGCOOP el 3 de agosto de 2007.

Asimismo, para demostrar sus actividades durante la gestión 2008 y fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, la CAC VDC Ltda., presento los siguientes documentos:

Declaraciones juradas, liquidaciones y pagos mensuales de los formularios 200-IVA, 400-IT, 500-IUE y principalmente el formulario 605 que se refiere a la presentación de Estados Financieros de la Gestión 2008 certificados por el Serado de Impuestos Nacionales (SIN), libro de compras y ventas IVA, documentación contable de ingresos, egresos y traspaso, que revelan operaciones de retiros de cajas de ahorro, depósitos de ahorros, aportaciones y a plazo, amortización de préstamos, pagos de alquileres, servicios, comunicaciones, sueldos, refrigerios, etc., También, proporciono Estado Financiero Anual, formularios de declaración y pago de aportes a CORDES, formularios de declaración y pago de aportes AFP's, Registro Patronal Laboral del Ministerio del Trabajo, Formulario de Finiquitos por Pago de Indemnizaciones.

- En fecha 07 de septiembre de 2011, el Comité Reorganizador conformado por personas que no eran socios de la cooperativa convocaron a Asamblea Extraordinaria de fecha 17 de septiembre de 2011 con la asistencia de 26 personas que se arrogan la condición de "socios refundadores", quienes determinan "reactivar la Cooperativa de Ahorro y Crédito Virgen de Copacabana Ltda." Procedimiento que incumple lo establecido en los Arts. 33 y 44 de su Estatuto, que estipulan que las convocatorias a Asambleas deben ser efectuadas por el Consejo de Administración.

Con posterioridad, a la Asamblea que determino ja "reactivación" de la Cooperativa, se han realizado diversos actos como la revocatoria del Poder General de Administración N° 44/2008 de 22 de febrero de 2008 otorgándose Poder de Administración en favor del señor Víctor Isaac Pinto Peña. Asimismo, se ha evidenciado la apertura de agencias a nivel nacional, sin autorización de ASFI.

La CAC VDC Ltda., en coordinación con el Presidente del Consejo de Administración de entonces y los socios afectados con aportes realizados pero sin certificados de aportación, se conformó un comité de reorganización, efectuando una convocatoria pública en medio escrito de circulación nacional para realizar asamblea general extraordinaria y decidir básicamente la continuidad de la cooperativa; la utilización de términos: observables no modifican el propósito fundamental de la asamblea que fue la continuidad de la cooperativa asumiendo todos los pasivos y obligaciones económicas, además de cumplir el proceso de adecuación al ámbito de regulación de ASFI,

- La entidad presenta inviabilidad financiera de acuerdo al siguiente análisis:
La evaluación del Plan de Viabilidad Financiera y sus resultados, es aplicable a CAC Societarias que NO inició su proceso de Adecuación. Dicho de otra forma, las observaciones financieras, patrimoniales, indicadores de solvencia, políticas crediticias, administración y otras operaciones propias de la actividad que equivalen a viabilidad financiera para el caso y condición de la CAC VDC Ltda., se aplica en el **PLAN DE ACCIÓN DE REQUISITOS OPERATIVOS Y DOCUMENTALES** que establece la Sección 2, Art. 1º, Fase: II Proceso para la Obtención del Certificado de Adecuación de la Resolución ASFI N°233/2012 el 12/06/12.
- Pérdidas acumuladas y de gestión sobre capital primario de 82.68%. a En la estructura de Activos de la Cooperativa, la Cartera de Créditos representa el 16.56% del Activo total con operaciones otorgadas a partir de la gestión 2011, dicha estructura no responde a giro del negocio ni al objeto único de la entidad, que le permita la generación de ingresos para su sostenibilidad en el

tiempo, siendo las cuentas más significativas "Otras Cuentas por Cobrar (29.56%), Bienes de Uso (27.02%) y Otros Activos (21.84%).

La generación de ingresos y sostenibilidad forma parte del Diagnóstico de Requisitos Operativos establecido por la Sección 2, Art. 1º del Proceso para la Obtención del Certificado de Adecuación que prevé la Resolución ASFI N°233/2012, aclaramos que la relación de pérdidas acumuladas al 30/09/12 solo es 31%

- Los Gastos administrativos representan el 978.60% de los Ingresos financieros con tendencia creciente y con relación a la cartera bruta del 324.15%, que refleja una administración que pone en riesgo el aporte de los socios.

La generación de ingresos y sostenibilidad forma parte del Diagnóstico de Requisitos Operativos establecido por la Sección 2, Art. 1º del Proceso para la Obtención del Certificado de Adecuación que prevé la Resolución ASFI N°233/2012, mediante asamblea general extraordinaria los socios han ratificado su convicción y apoyo económico para el proceso de adecuación. ,,

- Las pérdidas acumuladas son de Bs381 mil generando indicadores de rentabilidad negativos (ROA -66.34% y ROE - 96.94%), arriesgando seriamente el aporte de los socios.

La generación de ingresos y sostenibilidad forma parte del Diagnóstico de Requisitos Operativos establecido por la Sección 2, Art. 1º del Proceso para la Obtención del Certificado de Adecuación que prevé la Resolución ASFI N°233/2012, mediante asamblea general extraordinaria los socios han ratificado su convicción y apoyo económico para el proceso de adecuación, aclaramos que existe inexactitud en el cálculo de indicadores.

- Incumple los límites legales mínimos requeridos CAP (10%) y DEG (100.000), exigidos por la LBEF para entidades Cooperativas.

Los Estados Financieros al 30/09/12 de la CAC VDC Ltda., elaborados con criterios técnicos y contables emergentes de la Resolución ASFI N°233/2012, determinan un CAP del 87% y DEG 117.019, lo cual cumple óptimamente lo exigido por LBEF.

CALCULO DEL COEFICIENTE DE SUFICIENCIA PATRIMONIAL		
TOTAL ACTIVO		1.047.287,60
ACTIVO DE RIESGO COMPUTABLE		997.340,55
PATRIMONIO NETO REQUERIDO 10%	10% de B	99.734,06
PATRIMONIO NETO	P.N	866.032,39
EXCEDENTE (DÉFICIT) PATRIMONIAL	D-C	766.298,34
CAP	D/B	88,83%

- Se observan debilidades en la selección de prestatarios, política, práctica y procedimientos de concesión de créditos, determinación de la capacidad de pago, administración, control interno y sistemas de evaluación y calificación de cartera, se determina la inexistencia de una adecuada tecnología crediticia que mantenga la calidad de la Cartera de Créditos.

La selección de prestatarios, política, práctica y procedimientos de concesión de créditos, determinación de la capacidad de pago, administración, control interno, sistemas de evaluación y calificación, son observaciones enmendables

mediante el Plan de Acción de Diagnostico de Requisitos Operativos establecido por la Sección 2, Art. 1° del Proceso para la Obtención del Certificado de Adecuación que prevé la Resolución ASFI N°233/2012.

- La Cooperativa presentó Declaraciones Juradas a Impuestos Nacionales correspondientes a la gestión 2008, no se tiene información de respaldo para identificar el tipo de operaciones que efectuaron en esta gestión.
- Las declaraciones juradas, liquidaciones y pagos de los formularios 200-IVA, 400-IT, 500-IUE y principalmente el formulario 605 que se refiere a la presentación de Estados Financieros de la Gestión 2008 fueron desconocidos por falta de conocimiento profesional por los inspectores de ASFI, no obstante a que esta documentación está certificada por una Institución como es el Servicio de Impuestos Nacionales que forma parte del Sistema de Regulación del Estado Plurinacional de Bolivia

Asimismo, la CAC VDC Ltda., proporciono documentación contable de ingresos, egresos y traspaso, que revelan operaciones de retiros de cajas de ahorro, depósitos de ahorros, aportaciones y a plazo, amortización de préstamos, pagos de alquileres, servicios, comunicaciones, sueldos, refrigerios, etc., evidencias que conjuntamente los libros de compras y ventas IVA respaldan fehacientemente declaraciones juradas, liquidaciones y pagos mensuales de los formularios 200-IVA, 400-IT correspondientes al funcionamiento en la gestión 2008.

- La entidad, desde su reinicio de operaciones en la gestión 2011, ha captado recursos bajo la modalidad de Cajas de Ahorro y Certificados de Depósito a Plazo Fijo, en contravención a lo dispuesto en el Art. 8 del D.S. 25703 y la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por lo que ha realizado operaciones no permitidas.

Los socios con aportes de capital obligatorios, realizaron también aportes voluntarios de ahorro, de conformidad a la Sección 1, Artículos 4°, segundo párrafo del reglamento para la constitución, adecuación y funcionamiento de las cooperativas de ahorro y crédito: Resolución ASFI N°157/2010 del 22/02/10 y Sección 1, Artículos 5°. segundo párrafo del reglamento para la constitución, adecuación y funcionamiento de las cooperativas de ahorro y crédito: Resolución ASFI N°233/2012 del 12/06/12, ambas que textualmente señalan:

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N°3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto supremo N°25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios.

- La Cooperativa incumplió instrucciones emitidas por este Organismo de Fiscalización, realizando operaciones posteriores a la fecha de instrucción de cese de operaciones (nota ASFI/DSR IV/ R-55690/2012 de 8 de mayo de 2012), captando recursos en calidad de Cajas de Ahorro y Certificados de Depósito a Plazo Fijo, operaciones no permitidas para la Cooperativa, de acuerdo al siguiente detalle:

En relación a la **CONTINUACION DE OPERACIONES**, VDC CAC Ltda., mediante nota cite: VDC-EJ-OC-PE-N°051/12 de 17/05/12 solicito a ASFI reconsidere el cese de operaciones y permita la prosecución de actividades en el marco de la Ley

Nº3892, al no existir ninguna respuesta y haberse emitido la Resolución ASFI Nº233/2012 el 12/06/12, la CAC VDC Ltda., **SE AMPARO EN LA MISMA**, considerando que:

- Presentó carta de intención de inicio al proceso de adecuación.
- Proporcionó documentación suficiente que demuestra que estuvo en funcionamiento antes y durante la gestión 2008 y fecha de promulgación de la Ley Nº 3892 de 18 de junio de 2008.
- Su situación es concordante con lo previsto por las Secciones 1 y 2, Artículos 5º y 1º de la Resolución ASFI Nº233/2012.

Los socios con aportes de capital obligatorios, realizaron también aportes voluntarios de ahorro, de conformidad:

- Sección 1, Artículos 4º, párrafo segundo Resolución ASFI Nº157/2010 del 22/02/10
- Sección 1, Artículos 5º, párrafo segundo Resolución ASFI Nº233/2012 del 12/06/12.

CUARTO CONSIDERANDO:

Que, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., no ha demostrado que a la fecha de promulgación de la Ley Nº 3892 de 18 de junio de 2008 estuvo en funcionamiento.

El artículo 3 de la Ley 3892 de 18 de junio de 2008, determina la incorporación al ámbito de regulación a las CAC Societarias que hayan sido constituida y que se encuentren en actividad en la fecha de promulgación de esta Ley.

La CAC VDC Ltda., es una cooperativa que fue constituida el año 1998 tal como lo certifica nuestra Acta de Asamblea Constitutiva de Cooperativa Multiactiva del 28 de julio de 1998, Resolución de Consejo Nº 05067 del 10 de junio de 1998 otorgado por el Instituto Nacional de Cooperativas, Resolución Administrativa Nº 238/07 del 3 de agosto de 2007 emitida por la DGCOOP, Tarjeta de Vigencia y Ficha de Adecuación Nº 000054, Licencia de Funcionamiento del Gobierno Municipal, Número de Identificación Tributaria vigente desde el 2 de agosto de 2006, Estatutos aprobados por la DGCOOP el 3 de agosto de 2007.

Asimismo, para demostrar sus actividades durante la gestión 2008 y fecha de promulgación de la Ley Nº 3892 de 18 de junio de 2008, la CAC VDC Ltda., presento los siguientes documentos:

Declaraciones juradas, liquidaciones y pagos mensuales de los formularios 200-IVA, 400-IT, 500-IUE y principalmente el formulario 605 que se refiere a (a presentación de Estados Financieros de la Gestión 2008 certificados por el Servicio de Impuestos Nacionales (SIN), libro de compras y ventas IVA, documentación contable de ingresos, egresos y traspaso, que revelan operaciones de retiros de cajas de ahorro depósitos de ahorros, aportaciones y a plazo, amortización de préstamos, pagos de alquileres, servicios, comunicaciones, sueldos, refrigerios, etc., También, proporciono Estado Financiero Anual, formularios de declaración y pago de aportes a CORDÉS, formularios de declaración y pago de aportes AFP's, Registro Patronal Laboral del Ministerio del Trabajo, Formulario de Finiquitos por Pago de Indemnizaciones.

Que, el Reglamento para la Constitución, Adecuación, y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito inserta en la Sección 10, artículo 1, que: "La CAC Societaria que se encontraba en funcionamiento hasta antes de la promulgación de la

Ley N° 3892, que no inicio el proceso de adecuación, hasta el 30 de junio de 2010, podrá iniciarlo de manera excepcional hasta el 1 de octubre de 2012..."

En relación a lo establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5° **REQUISITO ESENCIAL DE FUNCIONAMIENTO**, la CAC VDC Ltda., presentó documentos fehacientes que demuestran de manera suficiente su funcionamiento en la Gestión 2008 y por ende en el momento de la promulgación de la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008.

La CAC VDC Ltda., **PRESENTÓ CARTA DE INTENCIÓN** de inicio al proceso de adecuación con anterioridad al plazo que establece la Resolución ASFI N°233/2012 y habiendo cumplido el **REQUISITO ESENCIAL DE FUNCIONAMIENTO, CORRESPONDE ACOGERSE** a lo establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5° y Sección 2, Artículo 1°, 2° y 3°.

Que, el artículo 3 de la indicada Sección 10 reglamenta: "Viabilidad financiera y de gobierno ASFI realizará visitas de inspección a las CAC Societarias que presenten la carta de intención, conforme lo establecido en el Artículo 1° de la presente Sección, con la finalidad de evaluar y analizar su situación financiera, patrimonial y de gobierno, bajo las premisas establecidas en el Anexo VI del presente Reglamento. Si ASFI determina la existencia de una o más de las causales establecidas en el Anexo VI del presente Reglamento, emitirá a la CAC Societaria, una Resolución Administrativa de No Admisión al Proceso de Adecuación, la misma que será remitida por ASFI a la Dirección General de Cooperativas para los fines consiguientes."

La CAC VDC Ltda., **PRESENTÓ CARTA DE INTENCIÓN** de inicio al proceso de adecuación con anterioridad al plazo que establece la Resolución ASFI N°233/2012 y habiendo cumplido el **REQUISITO ESENCIAL DE FUNCIONAMIENTO, CORRESPONDE ACOGERSE** a lo establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5° y **Sección 2**, Artículo 1°, 2° y 3°.

Que, el artículo 4, de la Sección 10, dispone: "La CAC Societaria que presente viabilidad financiera y de gobierno podrá iniciar el proceso de adecuación para ser incorporada al ámbito de aplicación de LBEF...", lo que infiere que aquellas que no presenten viabilidad financiera no podrán iniciar el proceso de adecuación para ser incorporada al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

La evaluación del Plan de Viabilidad Financiera y sus resultados, es aplicable a CAC Societarias (sic) que NO inició su proceso de Adecuación. Dicho de otra forma, las observaciones financieras, patrimoniales, indicadores de solvencia, políticas crediticias, administración y otras operaciones propias de la actividad que equivalen a viabilidad financiera para el caso y condición de la CAC VDC Ltda., se aplica en el PLAN DE ACCION DE REQUISITOS OPERATIVOS Y DOCUMENTALES que establece Sección 2, Art. 1°, Fase: II Proceso para la Obtención del Certificado de Adecuación de la Resolución ASFI N°233/2012 el 12/06/12.

Que, el Anexo VI del Título I, Capítulo III del Reglamento para la Constitución, Adecuación, y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, señala lo siguiente:

"Se entenderá como viabilidad financiera a la capacidad de la CAC Societaria de soportar sus gastos financieros, administrativos y operativos a corto, mediano y largo plazo mediante una suficiente generación de ingresos financieros. Es decir, no exponer y hacer uso de los recursos de sus socios para gastos comunes, poniendo en riesgo la devolución de estos.

La viabilidad financiera también se evaluará en función a criterios técnicos que

establezcan si la CAC Societaria puede prevalecer en el tiempo, que incluyan solvencia, liquidez, generación de recursos y estructura financiera.

La evaluación de Viabilidad Financiera y sus resultados, es aplicable a CAC Societaria que NO inició su proceso de Adecuación y El Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, es para la CAC Societaria que presentó la carta de intención de inicio del proceso de adecuación, ambas se refieren a información financieras, patrimonial, indicadores de solvencia, políticas crediticias, administración y otras operaciones propias de la actividad, para el caso de la CAC VDC Ltda., corresponde el **PLAN DE ACCION DE REQUISITOS OPERATIVOS Y DOCUMENTALES** que establece la Sección 2, Art 3º, Fase: II de la Resolución ASFI N°233/2012. Que, tal como se explica en las consideraciones del informe, los elementos de viabilidad financiera han merecido una evaluación negativa en el Informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, producto de la inspección especial realizada a la Cooperativa por lo que no cumple con lo establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 10, artículo 3 Anexo VI.

La inspección realizada el 4 de octubre 2012 que dio lugar al informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, no se enmarca en las Secciones 1 y 2, Artículos 5º y 1º, Fase II de la Resolución ASFI N°233/2012 del 12 de junio de 2012 y no es aplicable a la CAC VDC Ltda., debido a que:

- Presentó carta de intención de inicio al proceso de adecuación
- Proporcionó documentación suficiente que demuestra que estuvo en funcionamiento durante la gestión 2008 y fecha de promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008
- Remitió informe de Diagnostico de Requisitos, elaborado por firma de auditoría externa.

Asimismo, denunciamos que el Informe ASFI/DRS IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012 no nos fue notificado conforme lo establece la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo, coartando nuestro derecho al debido proceso causándonos indefensión.

QUINTO CONSIDERANDO:

Que, el Informe Legal ASFI/DSR IV/R-149076 de 14 de noviembre de 2012, recomienda emitir resolución rechazando la solicitud de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda. para ingresar al proceso de adecuación al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) por incumplimiento a los requisitos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título I, Capítulo III, Sección 1; Artículo 5, Sección 10, Artículos 1, 2, 3 y su Anexo VI.

Disponer el cese de operaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., y el inicio del cierre ordenado en el marco de las disposiciones legales y sus estatutos.

Considerando que el Informe Técnico ASFI/DRS IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012 no nos fue notificado conforme lo establece la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo, coartando nuestro derecho al debido proceso causándonos indefensión, el informe Legal ASFI/DSRIV/R- 149076 de 14 de noviembre de 2012 incurre en flagrante ilegalidad para la correcta aplicación de las garantías de defensa.

V.- PETITORIO

Por todo lo anteriormente mencionado y en virtud al Art. 36 inc. a), Art. 37, 38 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, y en virtud al Art. 180 Parg. I) de la

Constitución Política del Estado, **IMPUGNAMOS MEDIANTE RECURSO DE REVOCATORIA** la Resolución "**ASFI N° 653 de 26 de noviembre de 2012**", emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), toda vez que esta resolución vulnera el principio de legalidad establecido en el Art. 116 Parg. II) de la Constitución Política del Estado, en vista a que la Cooperativa Virgen de Copacabana a demostrado que ha venido cumpliendo con los requisitos solicitados para el Proceso de Adecuación, mucho más cuando se ha presentado la carta VDC-EJ-OC-PE-N°00100/12 de 3 de septiembre de 2012, y se a remitió fotocopias legalizadas de los formularios 200- IVA, 400-IT, 608-RC IVA, 500 IU y 605 de la gestión 2008, que demuestran que la cooperativa permanecía en funcionamiento cuando fue promulgada la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008, es decir que la cooperativa estaba facultada para poder realizar el Proceso de Adecuación, por lo que pido que se **REVOQUE** la Resolución "**ASFI N° 653 de 26 de noviembre de 2012**", toda vez que se ha violado nuestro derecho al debido proceso establecido en el Art. 115 Parg. II), y la SS.CC. 1089/2012-R de fecha 05 de septiembre de 2012, en virtud a que se ha dispuesto el cese de operaciones de nuestra Cooperativa y el cierre de oficinas a través de las notas ASFI/DSRIV/R-55690/2012, ASFI/DSRIV/R-103549/2012, ASFI/DSRIV/R-106507/2012 y ASFI/DSRIV/R-118655/2012, siendo estas totalmente ilegales y fuera de norma ya que en ningún momento mencionan en que disposiciones jurídicas fundamentaron estas decisiones, en consecuencia a la revocatoria de la Resolución Impugnada pedimos se Acepte continuar con el Proceso de Adecuación de Nuestra Cooperativa a partir de la Fase 2, de! Art. 1, Sección 2, Capítulo III, Título I, de la Resolución ASFI No. 233/2012 de fecha 12 de junio de 2012.

En virtud al Art. 40 del D.S. N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, y tratándose de actos que causan un efecto o perjuicio irreversible a la Cooperativa Virgen de Copacabana, **SOLICITAMOS QUE SE SUSPENDA LA EJECUCIÓN** de lo que dispone el punto SEGUNDO de la Resolución ASFI No. 653/2012, en lo referente al cese de operaciones y el Inicio del Cierre de nuestra Cooperativa hasta que se agote la vía administrativa y en , consecuencia se nos permita continuar con el Proceso de Adecuación solicitado por nuestra cooperativa Virgen De Copacabana...."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 045/2013 DE 23 DE ENERO DE 2013.-

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Resolución Administrativa ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013, mediante la cual resolvió:

"ÚNICO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012, que rechaza la solicitud de 29 de diciembre de 2011 presentada por la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Virgen de Copacabana" Ltda. para su incorporación al proceso de adecuación, en base a los criterios de orden técnico y legal expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución, manteniendo firme y subsistente el resuelve segundo y modificando parcialmente el resuelve primero, quedando redactado de la siguiente manera:

"RECHAZAR la solicitud de Adecuación al Proceso de Adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito solicitada mediante nota VDC-CACV-PE-No. 002/11 de 29 de diciembre de 2011 por la Cooperativa de Ahorro y Crédito

“Virgen de Copacabana” Ltda. por incumplimiento a los requisitos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título 1, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5, Sección 10, Artículos 1, 2, 3 y su Anexo VI.”

Los argumentos expuestos en la mencionada resolución Administrativa, son los siguientes:

"CONSIDERANDO:

Que, en consideración a lo establecido en el artículo 50, párrafo I del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y lo impetrado por la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda. en el Otrosí Segundo de su memorial de impugnación, se emitió el Auto de fecha 13 de diciembre de 2012, disponiendo la apertura del término de producción de pruebas, otorgando cinco días para su producción y el señalamiento de audiencia para el día miércoles 19 de diciembre de 2012, a horas 11:30 a.m., en el domicilio de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, realizada la audiencia el día señalado, intervinieron en la misma de parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, las siguientes personas: la Directora Ejecutiva a.i., Dra. Lenny Valdivia, el Director de Asuntos Jurídicos, Dr. Javier Hinojosa y el equipo técnico; de parte de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda.: el Sr. Gonzalo Rodríguez, Gerente General, el Sr. Víctor Pinto como Coordinador Financiero, el Sr. Felipe Quenta en condición de Secretario Administrativo, asistidos de su abogada, la Dra. Mary Carrasco.

Que, instalada la audiencia, la misma se desarrolló conforme al tenor del texto del Acta que forma parte de los antecedentes documentales que fueron considerados a tiempo de emitirse la presente Resolución.

Que, mediante memorial presentado en fecha 21 de diciembre de 2012, la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda. ofreció prueba documental y testifical, presentando una nómina de diez testigos para su declaración como prueba de descargo, asimismo ratifica el recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012 y los aspectos señalados en la audiencia realizada en fecha 18 de diciembre de 2012.

Que, mediante auto de fecha 14 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dispone la realización de audiencia de declaración testifical para el día 18 de enero de 2013, a horas 9:30 a.m. en el domicilio del Órgano Fiscalizador. Asimismo, se intimó a la entidad recurrente a presentar hasta el día 17 de enero de 2013 el correspondiente interrogatorio propuesto para la declaración de los testigos, el mismo que fue presentado en sobre cerrado.

Que, en base al interrogatorio propuesto por la Cooperativa, se realizó la señalada audiencia, habiendo prestado declaración testifical las siguientes personas: Irma Elizabeth Mendoza Morgana con C.I. N° 2399701 LP, Claudia Alejandra Mercado Gunther con C.I. N° 6114717 LP, Freddy Isidro Camacho Mendoza con C.I. N° 2221843 LP, Yuri Nicolás Tarifa Molina con C.I. N° 3426800 LP y Adalberto Henry Palacios de la Barra con C.I. N° 4288068 LP, conforme a lo expuesto en el Acta correspondiente que forma parte de los antecedentes documentales considerados a tiempo de emitirse la presente Resolución.

Que, no comparecieron en la audiencia de declaración testifical convocada para el día 18 de enero de 2013 los señores: Christian Lionel Ballester Fernández, Wilson Gonzalo Dorado Sánchez, Edgar Campero Álvarez, Alberto Aurelio Salvatierra Castro y Oscar Alberto Vila Monje.

Que, en fecha 16 de enero de 2013, mediante Carta CITE: SIN/GDLPZ/DRE/COF /NOT/0095/2013 de 4 de enero de 2013, el Servicio de Impuestos Nacionales remitió una Certificación de pago de impuestos en los formularios 200 y 400 correspondientes a la Gestión 2008 y en fecha 17 de enero de 2013 la Caja de Salud CORDES presentó la Certificación CE-CERT./N°01/13, documentos que si bien han sido presentados fuera del período de pruebas, son valorados a tiempo de emitirse la presente resolución en consideración al Principio de Verdad Material previsto en el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 331° de la Constitución Política del Estado, establece que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, establece en su artículo 332°, parágrafo I. que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de Bancos y entidades financieras, de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, el Supremo Gobierno dispuso que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y, además de las funciones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, de conformidad a lo dispuesto por el inciso e) del artículo 12 del Decreto Supremo N° 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitir Resoluciones Administrativas que competen a ésta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, el artículo 153° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es el Órgano Rector del sistema de control de toda la captación de recursos del público y de intermediación financiera del País, la misma que tiene como uno de sus objetivos, mantener un sistema financiero sano y eficiente.

Que, la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por disposición de la Ley citada precedentemente, es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y valores. Tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas y ejercer y supervisar el control interno y externo,

exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, además de las normas técnicas y reglamentarias a todas las entidades.

Que, la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, modificatoria de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece la incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de Carácter Comunal, al ámbito de supervisión de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actualmente Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, bajo la denominación de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias.

Que, el artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), modificada por el artículo 3 de la Ley N° 3892, establece que: "Las operaciones activas y pasivas, las limitaciones y prohibiciones, los plazos y modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias al ámbito de la supervisión, la obtención de la respectiva licencia, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución y cierre de tales entidades y, los mecanismos de conversión de cooperativas de ahorro y crédito societarias en cooperativas de ahorro y crédito societarias abiertas serán reglamentados por la Superintendencia, de acuerdo a las características de este tipo de entidades."

Que, el Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5 y, Sección 10, Artículo 2, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, señala que las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que pretendan ingresar al proceso de adecuación y ser incorporadas al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), deben cumplir con el requisito esencial de haberse encontrado en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley No. 3892 de 18 de junio de 2008.

Que, el Título I, Capítulo III, Sección 10, Artículo 3, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, señala que ante la existencia de una o más de las causales establecidas en el Anexo VI del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, corresponderá la emisión de una resolución administrativa de no admisión de la cooperativa solicitante al proceso de adecuación.

Que, el artículo 5 y siguientes Título I, Capítulo III, Sección 10, Artículo 3, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, señala las fases que debe cumplir la Cooperativa que obtuvo la autorización de ASFI para iniciar el proceso de adecuación.

Que, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente Constitucional del Estado, designó a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista, como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis a los argumentos expuestos por la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda. en el memorial de impugnación presentado en fecha 11 de diciembre de 2012, el Informe ASFI/DSR IV/R-170642/2012 de 24 de diciembre de 2012 y el Informe ASFI/DAJ/R-9623/2013 de 18 de enero de 2013, expresan lo siguiente:

1. Manifiestan en el Punto III.2, incisos C. y D. del memorial de impugnación, que a partir de 15 de mayo de 2012, ASFI no habría dado respuesta a algunas notas remitidas por la entidad, coartando su derecho a la defensa y debido proceso.

Al respecto, cabe precisar que el detalle de las notas a las cuales se extraña la respuesta de ASFI, en muchos casos son reiterativas o redundantes, no hacen a las acciones defensivas de la entidad recurrente, ni se constituyeron propiamente en elementos que les haya impedido plantear su defensa; en tal sentido, respecto a cada una de ellas, se tiene lo siguiente:

- a. *La nota VDC-EJ-OC-PE-N° 051/12 de 17 de mayo de 2012, fundamentalmente solicita la reconsideración a la instrucción de cese de operaciones y la complementación de la inspección realizada, por la cual se determinó el cese de operaciones.*
- b. *Pese a la instrucción de cese de operaciones, mediante cite VDC-EJ-OC-PE N° 0084/12 de 13 de agosto de 2012, la Cooperativa remitió el Informe de Diagnóstico de Requisitos Operativos y Documentales, comunicando además la elaboración de un Plan de Acción en función a lo dispuesto en el Título I, Capítulo III, Sección 2, Art. 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, sin considerar el contenido de la Sección 10 del mismo cuerpo normativo. Al respecto, cabe aclarar que la recepción del Informe de Diagnóstico, no implicaba de parte de esta Autoridad de Supervisión la aceptación para que la Cooperativa inicie el proceso de incorporación al ámbito de supervisión, aspecto que fue comunicado a la entidad mediante carta ASFI/DSR IV/R-103549/2012 de 22 de agosto de 2012.*
- c. *En respuesta a nuestra carta ASFI/DSR IV/R-103549/2012 de 22 de agosto de 2012, la Cooperativa presentó la nota VDC-EJ-OC-PE-N°0091/12 de 24 de agosto de 2012, adjuntando Estados Financieros de las gestiones 2006-2007, Memoria 2006-2007, Estatutos 2007, Acta de Asamblea Constitutiva de Cooperativa Multiactiva de 28 de julio de 1998, Ficha de Registro de INALCO, Resolución de Adecuación N°238/2007 emitido por la DGCOOP, entre otros, para acreditar que la Cooperativa se encontraba en funcionamiento antes de la promulgación de la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008.*
- d. *Con carta CITE: VDC- EJ-OC-PE-N° 0092/12 de 27 de agosto de 2012, la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda. reitera su solicitud de levantar la instrucción de cierre de oficinas dispuesta en la carta ASFI/DSR IV/R-103549/2012 de 22 de agosto de 2012 y solicitan audiencia para el mismo día de presentación de la carta a fin de corroborar el cumplimiento de las instrucciones y las acciones realizadas dentro del proceso de adecuación.*

Tal como se puede constatar de la carta ASFI/DSR IV/R-106507/2012 de 28 de agosto de 2012, en fecha 27 de agosto de 2012 se fue atendida la petición de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda., habiéndose realizado la reunión impetrada con sus Directores y Ejecutivos, ratificándose el inmediato cese de operaciones determinado.

- e. *Con el mismo objetivo, de lograr la suspensión de la carta ASFI/DSR IV/R-103549/2012 de 22 de agosto de 2012, la entidad remitió la carta CITE: VDC-EJ-OC-PE-N° 00100/12 de 3 de septiembre de 2012, adjuntando fotocopias simples de los*

formularios: 200 IVA, 400 IT, 608 RC-IVA, 500 IU y formulario 605, a fin de acreditar que la Cooperativa se encontraba en funcionamiento antes de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.

- f. Mediante carta CITE: VDC-EJ-OC-PE-N° 00102/12 de 10 de septiembre de 2012, solicitan respuesta a carta VDC-EJ-OC-PE-N°100/12 de 3 de septiembre de 2012.
- g. La carta VDC-OC-AJ-Nro. 001/12 de 26 de septiembre de 2012, reitera argumentaciones de orden técnico y económico para sostener vulneración a la normativa constitucional al haber dispuesto el cese de operaciones, por lo que solicitan se emita resolución cumpliendo la normativa constitucional vigente.
- h. En la carta VDC-OC-AJ-Nro. 002/12 de 1 de octubre de 2012, la Cooperativa manifiesta haberse sujetado al procedimiento vigente para cooperativas, conforme a lo descrito en la página WEB de ASFI, documentación que fue presentada en fecha 13 de agosto de 2012, mediante Cite VDC-EJ-OC-PE-N° 0084/12. Continúan señalando que al no haber respuesta a la presentación de tales documentos ha operado el silencio administrativo, correspondiendo la continuidad del proceso de adecuación.

Al respecto, corresponde precisar que de acuerdo al artículo 17, parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, manifiesta que el plazo máximo para dictar resolución expresa es de seis meses desde la iniciación del procedimiento, plazo que no ha transcurrido en el presente trámite.

Producto de las múltiples peticiones y fundamentaciones de la Cooperativa, mediante Memorándum ASFI/DSR IV/R-125186/2012 de 2 de octubre de 2012, se conformó una comisión para realizar una inspección a la Cooperativa, a fin de verificar las operaciones activas y pasivas al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y evaluar la situación y viabilidad financiera para su ingreso al proceso de adecuación, en el marco de lo establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 10, artículo 3 y el Anexo VI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras. El resultado de dicha inspección se plasma en el Informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012.

- i. Con carta EJ-OC-AJ-Nro. 003/12 de 15 de octubre de 2012, la entidad expone amplia fundamentación para manifestar que ASFI transgrede y omite su deber en la función pública que deben ser enmendados bajo alternativa de interponer recursos constitucionales, administrativos y penales contra los responsables.
- j. Mediante carta VDC-EJ-OC-AJ-N°005/12 de 26 de noviembre de 2012, la entidad manifiesta que al haberse vulnerado su derecho al trabajo y al haber ocasionado infundadas represalias en su contra, comunican la apertura de sus oficinas a partir del 27 de noviembre de 2012.
- k. La orden judicial emitida por la Dra. Rosario Moreno, Juez 3ro. de Instrucción en lo Civil del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, presentada a ASFI en fecha

15 de noviembre de 2012 y registrada con R-149628, fue atendida con la Carta ASFI/DAJ/R-160136/20012 de 6 de diciembre de 2012 y entregada a la entidad en fecha 10 de diciembre de 2012, según cargo de recepción.

- l. La carta VDC-EJ-OC-AJ-N°006/12 de 30 de noviembre de 2012, fue atendida por ASFI mediante carta ASFI/JAC/R-2339/2013 de 7 de enero de 2013, con cargo de recepción de fecha 10 de enero de 2012.*
- m. La carta VDC-EJ-OC-GG-N° 0110/12 no se encuentra registrada en mesa de entrada de ASFI, determinado su no presentación.*

Por todo lo anteriormente manifestado, se tiene que lo solicitado por la entidad recurrente en las cartas citadas en los puntos a, c, e, f, g, h, i, j anteriores, fue atendido por ASFI cuando dispuso una nueva inspección especial con corte al 30 de septiembre de 2012, la misma que efectuó una evaluación de las operaciones activas y pasivas y sus características al momento de promulgarse la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 así también evaluar la viabilidad financiera de la entidad para su ingreso al proceso de adecuación, de acuerdo a lo establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 10, Artículo 3 y Anexo VI, cuyo resultado se plasma en el Informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012.

Las demás notas (incisos b, d, k, l, m), cuya respuesta es extrañada por la entidad, fueron expresamente respondidas tal como se describe precedentemente en cada uno de los incisos referidos.

- 2.** *En relación a lo expresado por la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda. en el punto III.3, corresponde manifestar que mediante Resolución ASFI N° 038/2010 de 22 de febrero de 2010, se aprobaron las modificaciones al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, disponiendo que la Cooperativa Cerrada de Carácter Comunal que al momento de promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento y que no inició el proceso de adecuación ante ASFI, tiene plazo hasta el 30 de junio de 2010 para iniciarlo.*

Posteriormente, el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito modificado mediante Resolución ASFI N° 233 de 12 de junio de 2012, estableció en el artículo 1 de la Sección 10 que este plazo fue ampliado hasta el 1 de octubre de 2012, disponiendo además en el artículo 2 que ASFI realizará visitas de inspección con la finalidad de evaluar y analizar la situación financiera, patrimonial y de gobierno de la cooperativa societaria, bajo las premisas establecidas en el Anexo IV del mismo Reglamento.

- 3.** *En el punto IV (CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS), la Cooperativa manifiesta: "Que mediante carta Cite VDC-CACV-PE-N°002/11 de 29 de diciembre de 2011, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. solicita registro al proceso de adecuación."*

De lo anterior se colige que al momento de haber presentado la Cooperativa la carta solicitando la incorporación al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, el plazo legal previsto en el Reglamento aprobado mediante Resolución ASFI N° 038/2010 de 22 de febrero de 2010 había vencido el 30 de junio de 2010.

Toda vez que las modificaciones al Reglamento para Cooperativas de Ahorro y Crédito aprobadas mediante Resolución ASFI N° 233 de 12 de junio de 2012 amplió este plazo hasta el 1 de octubre de 2012, la solicitud fue considerada en base a los criterios establecidos principalmente en el Título I, Capítulo III, Sección 1, artículo 5, Sección 2, artículos 1 y 2 y también la Sección 10 y el Anexo VI, no mencionados por la Cooperativa en sus consideraciones generales.

4. De acuerdo al Informe ASFI/DSR IV/R-170642/2013 de 24 de diciembre de 2012, del análisis a lo expuesto en el Punto IV. del recurso, se tiene los (sic) siguiente:

A. INICIO DEL PROCESO DE ADECUACIÓN

En atención a la carta CITE VDC-CACV-PE-N°002/11 de 29 de diciembre de 2011, mediante la cual la Cooperativa de Ahorro y Crédito “Virgen de Copacabana” Ltda., solicita su registro al Proceso de Adecuación, en fecha 15 de febrero de 2012 se realizó la Visita de Inspección Ocular con corte al 31/12/2012, en cuya ocasión la entidad no entregó a la Comisión de Inspección la información financiera solicitada, como ser Estados Financieros Auditados, Balances y Estado de Resultados mensuales, Legajos de Balance, Comprobantes Contables, ni otra información solicitada que acredite el funcionamiento de la Cooperativa al momento de la promulgación de la Ley 3892 de 18 de junio de 2008, argumentando no contar con la misma. En esa oportunidad, la entidad únicamente presentó documentos de deuda con las AFP’s Futuro y Previsión y Caja CORDES, de acuerdo al siguiente detalle:

Detalle	Al 30.06.2011 (Bs)	Observaciones
AFP Previsión	12,025	Corresponde a la deuda por aportes mas intereses y multas de abril de 2008.
AFP Futuro	57,478	Corresponde a la deuda por aportes mas intereses y multas de abril, mayo, junio y julio de 2008.
CORDES	29,764	Corresponde a la deuda por aportes mas intereses y multas de mayo, junio y julio de 2008.
Total	99,267	

En cuanto a la información financiera al 31 de diciembre de 2011 (Balance formato para Impuestos, sin respaldo), la entidad expone Activos por Bs466.732, donde su principal componente es la cartera de créditos que representa el 35% (Bs165.059); el Pasivo presenta un saldo de Bs285.264, donde las obligaciones con el público representan el 54% (Bs154.134); y el Patrimonio asciende a Bs181.468, compuesto por Capital Social Bs186.200 y Pérdidas Acumuladas (Bs4.732).

Los Ingresos Financieros ascienden a Bs1.675 que corresponde a productos por cartera, sin embargo, la entidad presenta pérdidas ya que los gastos administrativos son mayores (Bs5.663).

Como resultado de esta visita de inspección, se emite el Informe ASFI DSR IV/R-22453 de 28.02.2012, el mismo que concluye que no se encontró evidencia suficiente que acredite su funcionamiento a la fecha de promulgación de la Ley 3892, sin embargo existen pruebas fehacientes de su reactivación con la constitución de nuevos aportes a partir de fecha 17.09.2011.

La Cooperativa, con carta VDC-EJ-OC-PE N° 0024/12 de 29.02.2012 comunica la suscripción del contrato con la empresa AXON SRL, para la provisión de Cesión de Licencia de Uso y Soporte y Mantenimiento del SFI, a lo que este Organismo Fiscalizador, mediante nota ASFI/DSR IV/R-29977/2012 del 13.03.2012, recomienda que antes de efectuar gastos en software, debe esperar hasta la definición de la incorporación al proceso de las cooperativas que no ingresaron al mismo en los plazos establecidos en la Circular ASFI/038/2010 de 22.02.2010. Al respecto, la entidad con carta VDC-EJ-OC-PE Nro. 033/2012 de 21.03.2012, reitera su propósito de lograr su incorporación al proceso de adecuación.

Al respecto, en fecha 30.03.2012, en respuesta a la carta VDC-EJ-OC-PE-Nro. 033/2012, se ratifica la carta ASFI/DSR IV/R-29977/2012 de 13.03.2012, que señala textualmente: "... la entidad debería esperar hasta que se defina la incorporación al Proceso de Adecuación..." Asimismo, "... cualquier decisión de gasto realizada en contraposición a la comunicación mencionada es de responsabilidad única de la entidad." De esta manera la entidad fue advertida de no realizar ningún tipo de gasto, siendo los mismos de su entera responsabilidad.

En fecha 08.05.2012, mediante carta ASFI/DSR IV/R-55690 / 2012, se remite el mencionado Informe, comunicando a la Cooperativa la imposibilidad de su incorporación al proceso de adecuación en cumplimiento al Título I, Capítulo III, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que la entidad no cumple con los Requisitos para su incorporación al mismo, uno, que se encuentre en funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y que su solicitud de incorporación se haya realizado antes del 30 de junio de 2010. Asimismo, se instruye el cese de operaciones de la Cooperativa, advirtiendo que el incumplimiento de esa instrucción sería susceptible a ser considerada actividad financiera ilegal.

En respuesta al mencionado Informe de Inspección la entidad presentó carta VDC-EJ-PE N° 051/12 de 17.05.2012, donde solicita reconsiderar el cese de operaciones, argumentando que la suspensión de actividades en una Cooperativa es común justificando de esta forma su reactivación a partir de septiembre 2012, aduciendo gastos en una serie de trámites de regularización administrativa ante el Servicio de Impuestos Nacionales (NIT). Gobiernos Municipales (Licencia de Funcionamiento), Caja Cordes que emitió Resolución de Reingreso, remisión y presentación de Planilla de Sueldos entre otros por efectos de la reactivación, lo cual implica inversiones, costos y gastos que según la entidad son ineludibles, exhortando la reconsideración del cese de operaciones.

Pese a la instrucción de cese de operaciones, la cooperativa en fecha 13.08.2012 mediante cite VDC-EJ-OC-PE N° 0084/12 remite el Informe de Diagnóstico de Requisitos Operativos y Documentales, comunicando además la elaboración de un Plan de Acción, en función a lo dispuesto en el Título I, Capítulo III, Sección 2, Art. 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, sin considerar el contenido de la Sección 10 del mismo cuerpo normativo. Al respecto, cabe aclarar que la recepción del Informe de Diagnóstico, no implica la aceptación para que la Cooperativa inicie el proceso de incorporación al ámbito de supervisión, aspecto que fue comunicado a la entidad mediante carta ASFI/DSR IV/R-103549/2012 de 22.08.2012.

B. RELACIÓN DE CORRESPONDENCIA

En el transcurso del proceso de la solicitud de ingreso al proceso de adecuación y la emisión de la Resolución de rechazo, la Cooperativa cursó, entre otras, las siguientes notas:

- VDC-EJ-OC-PE-N°0091/12 de 24 de agosto de 2012, adjuntando Estados Financieros de las gestiones 2006-2007, Memoria 2006-2007, Estatutos 2007, Acta de Asamblea constitutiva de cooperativa Multiactiva de 28 de julio de 1998, Ficha de registro de INALCO, Resolución de Adecuación N° 238/2007 emitido por la DGCOOP, entre otros, para acreditar que la Cooperativa se encontraba en funcionamiento antes de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008.
- VDC-EJ-OC-PE-N°0099/12 de 29 de agosto de 2012, adjuntando cartas dirigidas al Servicio de Impuestos Nacionales en las que solicita certificación de los movimientos y cumplimiento impositivo de la gestión 2008.
- VDC-EJ-OC-PE-N°00100/12 de 3 de septiembre de 2012, adjuntando fotocopias simples de los formularios: 200 IVA, 400 IT, 608 RC-IVA, 500 IU y formulario 605 para acreditar que la Cooperativa se encontraba en funcionamiento antes de la promulgación de la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008.
- VDC-EJ-OC-PE-N°00102/12 de 10 de septiembre de 2012, solicitando respuesta a carta VDC-EJ-OC-PE-N°100/12 de 3 de septiembre de 2012.
- VDC-OC-AJ-N°001/12 de 26 de septiembre de 2012, argumentando la supuesta ilegalidad de la decisión de cese de operaciones y pide cumplimiento del principio de legalidad.
- VDC-OC-AJ-N° 002/12 de 1 de octubre de 2012, referida al cumplimiento del proceso de adecuación ASFI N°233/2012 y que continúe el proceso de adecuación.
- VDC-OC-AJ-N°003/12 de 15 de octubre de 2012, en la que pide enmienda proceso de adecuación y no se viole la seguridad jurídica.

Producto de la documentación remitida y considerando lo establecido en el Anexo VI del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito para la evaluación de la viabilidad financiera de la entidad, puesto que la Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda. solicitó su incorporación a este proceso en fecha posterior al 30 de junio de 2010, se efectuó una nueva inspección especial con corte al 30 de septiembre de 2012, la misma que tuvo por objetivo realizar la evaluación de la viabilidad financiera de la Entidad, de acuerdo a lo establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 10, artículo 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, cuyo resultado se expone en Informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, expresando lo siguiente:

Pérdidas Acumuladas y de Gestión

A septiembre 2012, la entidad reportaba pérdidas acumuladas equivalentes al 31% de su Capital Primario, esto se debe a que hicieron una reclasificación de sus obligaciones con el público del Pasivo al Patrimonio. Sin tomar ese dato la entidad mantiene pérdidas del 83% respecto a su Capital Primario.

El artículo 112 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), indica que una entidad de intermediación financiera se encuentra en proceso de regularización cuando las pérdidas sean igual o mayor al treinta por ciento (30%) y menor al cincuenta por ciento (50%) del capital primario.

Gastos Administrativos

Los requisitos operativos y documentales, en su punto 1.8 Manual de Cuentas, indican que la entidad debe estar alineada al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, la Cooperativa no responde a la observación realizada.

Pérdidas Acumuladas

La entidad al no poder cubrir sus gastos administrativos, deberá usar las obligaciones con el público para poder cubrir los gastos mencionados y no podrá aplicarlos al giro de su negocio.

Límites Legales

La entidad presenta un Coeficiente de Adecuación Patrimonial (CAP) del 8.01% (tomando en cuenta el Capital sin la reclasificación de sus obligaciones con el público del Pasivo al Patrimonio). Con los ajustes de inspección el CAP alcanza a -69.67%, por debajo del mínimo del 10% previsto en la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Los requisitos operativos y documentales mencionan que por lo menos se debe tener 100.000 DEG y la entidad solo cuenta con 44.231 DEG (sin tomar en cuenta las obligaciones con el público que se encuentran en el Patrimonio).

Declaraciones Juradas

Las Declaraciones Juradas ante el Servicio de Impuestos Nacionales, remitidas por la Cooperativa, tienen las siguientes observaciones:

- Desde junio a diciembre 2008 las declaraciones juradas no presentan movimientos.
- Los ingresos declarados en las declaraciones son generales, por lo tanto no se puede determinar que fueron generados a través de cartera u operaciones propias de su giro.

C. INOBSERVANCIA A INSTRUCCIONES DE ASFI

El Informe ASFI/DSR IV/R-104067/2012 de 23 de agosto de 2012, concluye que la Cooperativa hizo caso omiso a la instrucción de cierre de operaciones y continuó realizando operaciones y ampliando su cobertura. Por disposición de la Asamblea General de Socios, decidió abrir sucursales a nivel nacional, aperturando sucursales en Potosí, Sucre, Tarija y agencias urbanas en la zona de Los Pinos y la calle Tumusla, realizando promoción de productos indicando que cuentan con licencia de funcionamiento otorgada por ASFI, desinformando al público en general.

Si bien la Asamblea General es el máximo ente de la Cooperativa, sus decisiones son válidas en tanto no contravengan la normativa en vigencia. La determinación de la apertura de las sucursales de Potosí, Sucre y Tarija, son contrarias a normativa en vigencia debido a que el Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención contenido en el Título I, Capítulo XV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (vigente al momento de la toma de decisión) establece la necesidad de contar con la autorización de ASFI, previa a la apertura de cualquier sucursal, agencia, punto de cobranza, etc., lo que demuestra el incumplimiento de requisitos operativos, documentales, que garanticen contar con la mínima infraestructura y medios de seguridad en esas oficinas. Asimismo, los estatutos en vigencia en sus Artículos 2 y 5 establecen un radio de acción en la ciudad de La Paz, en este sentido, las decisiones asumidas contravienen incluso sus propios estatutos.

En ningún momento la entidad comunicó a ASFI la apertura de sus agencias, pese a que en fecha 12 de marzo de 2009, se publicó en prensa que la apertura de agencias, sucursales, cajas externas, ventanillas de cobranza, etc. deben contar con la autorización previa de ASFI.

D. DOCUMENTACIÓN PROPORCIONADA POR LA ENTIDAD PARA ACREDITAR FUNCIONAMIENTO

Se indica que la Cooperativa proporcionó diversos documentos que demuestran su funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley 3892. Del análisis de los mismos se ha establecido que si bien demuestran su existencia como ente jurídico, no demuestra que al 18 de junio de 2008, fecha de la promulgación de la Ley 3892, haya cumplido con el objeto para el cual ha sido creada. Por otra parte, la Licencia de Funcionamiento fue actualizada con una nueva dirección en fecha 13 de octubre de

2011, el Número de Identificación Tributaria registra el alta de impuestos en fecha 5 de octubre de 2011, que evidencian su reactivación en la gestión 2011.

Al respecto, es también necesario considerar que el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, autorizó a las Cooperativas Comunes (hoy Societarias) a realizar únicamente las siguientes operaciones: emitir certificados de aportación obligatorios de acuerdo a la Ley, sus Reglamentos y a Estatutos; emitir certificados de aportación voluntarios mediante libretas o boletas de aportaciones voluntarias; recibir créditos de personas jurídicas nacionales o extranjeras; recibir créditos del Estado e instituciones públicas, recibir donaciones; otorgar préstamos de corto, mediano y largo plazo, con garantías solidarias, personales, hipotecarias, prendarias o combinadas, en las mismas condiciones y límites establecidos para las Cooperativas de Ahorro y Crédito Abiertas; adquirir bienes durables, previo compromiso de compra suscrito por sus asociados, para ser colocados a éstos bajo la modalidad de venta a plazo con reserva de propiedad; realizar giros y emitir órdenes de pago exigibles en el país; realizar operaciones de cambio y compraventa de monedas; comprar, conservar y vender por cuenta propia certificados de depósito emitidos por entidades financieras y títulos emitidos por el Banco Central de Bolivia y por el Tesoro General de la Nación; adquirir bienes inmuebles únicamente para ser utilizados por la Cooperativa en actividades propias de su giro; recibir letras u otros efectos en cobranza, así como, efectuar operaciones de cobranza de luz, agua, teléfono y otros servicios; celebrar contratos de corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias, de acuerdo al Reglamento que emita la Superintendencia. En consecuencia, correspondía a la Cooperativa acreditar ante el Órgano Fiscalizador que al momento de promulgarse la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, haya estado realizando todas o algunas de las operaciones antes señaladas, sin embargo no lo hizo, incumpliendo por tanto el requisito esencial previsto en el artículo 2, Sección 10 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Por otra parte, conforme al Informe de Inspección Especial ASFI/DSR IV/133612/2012 de 3 de octubre de 2012, la Cooperativa no hizo entrega a la Comisión de Inspección legajos de balance ni estados de cuenta que respalden los Estados Financieros desde la gestión 2007 al 2010 lo que implica el incumplimiento a la siguiente normativa:

- Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), artículo 94, que determina que las entidades financieras deben conservar su información financiera por un período no menor a diez años.
- Artículo 46 del Código de Comercio, que dispone que los Estados Financieros deben ser elaborados con criterio contable uniforme que permita conocer de manera clara, completa y veraz, la situación del patrimonio y las utilidades obtenidas o las pérdidas sufridas durante el ejercicio.
- Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras Título I, inciso J "Otras Disposiciones", numerales 1 y 2, que establece el Registro, Archivo de la Documentación Contable y Legajos de Balance.

- *Recopilación de Normas para Bancos y Entidades financieras, Título II, Capítulo II, Sección 9, Art. 1, que dispone que la información financiera permanece en la entidad.*

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en ejercicio de lo señalado en el Art. 154 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras que establece sus atribuciones, puede realizar las inspecciones que considere necesario en cumplimiento del mandato constitucional establecido en el artículo 331 de la Constitución Política del Estado de precautelar los ahorros del público, mismo que de ninguna manera es contradictorio al artículo 152 de mismo cuerpo normativo, más cuando el artículo 70 de la Ley de bancos y Entidades Financieras otorga a ASFI facultad reglamentaria para la disolución y cierre de las Cooperativas en proceso de adecuación.

E. REACTIVACIÓN DE LA COOPERATIVA

El denominado "Comité Reorganizador", conformado por personas que no eran socias de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda. al momento de convocar a una Asamblea General de Socios a efectos de reactivar la Cooperativa, ha asumido atribuciones que le correspondía al Consejo de Administración, por lo que se trata de un acto nulo debido a que se han vulnerado requisitos legales que hacen a la validez del acto, toda vez que la propia Constitución Política del Estado, en el artículo 122 establece que son nulos los actos de personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley.

Con posterioridad, la Asamblea General que determino la "reactivación" de la Cooperativa, ha realizado diversos actos como la revocatoria del Poder General de Administración N° 44/2008 de 22 de febrero de 2008 otorgándose Poder de Administración en favor del señor Víctor Isaac Pinto Peña, sin que el mismo este legitimizado por efecto del ejercicio de atribuciones no contempladas en la Ley y el estatuto de la Cooperativa.

F. INVIABILIDAD FINANCIERA

De conformidad lo establecido en el artículo 3, Sección 10, Capítulo III, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y el Anexo VI del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, la entidad presenta inviabilidad financiera por las siguientes razones:

- *Los Gastos administrativos representan el 978.60% de los Ingresos Financieros y el 324.15% de la Cartera Bruta, aspecto que denota que la entidad no cuenta con la suficiente generación los ingresos a través de su giro del negocio, para soportar sus gastos y garanticen su sostenibilidad, sin exponer los recursos de los socios.*

- Las Pérdidas Acumuladas y de Gestión ascienden a Bs381 mil y sobre el capital primario alcanzan al 82.68%, generando indicadores de rentabilidad negativos (ROA -66.34% y ROE -96.94%), arriesgando seriamente el aporte de los socios.
- En la estructura de Activos, la Cartera de Créditos representa el 16.56% del Activo Total con operaciones otorgadas a partir de la gestión 2011, dicha estructura no responde al giro del negocio ni al objeto único de la entidad, que le permita la generación de ingresos para su sostenibilidad en el tiempo, siendo las cuentas más significativas "Otras Cuentas por Cobrar (29.56%), Bienes de Uso (27.02%) y Otros Activos (21.84%).

Por otra parte, se observan debilidades en la selección de prestatarios, políticas, prácticas y procedimientos de concesión de créditos, determinación de la capacidad de pago, administración, control interno y sistemas de evaluación y calificación de cartera, se determina la inexistencia de una adecuada tecnología crediticia que mantenga la calidad de la Cartera de Créditos.

G. INFORMACIÓN FINANCIERA

Las declaraciones juradas al Servicio de Impuestos Nacionales correspondientes a la gestión 2008, carecen de información de respaldo que identifique el tipo de operaciones que efectuaron en esa gestión.

La Cooperativa no cuenta con legajos de balance ni con estados de cuenta que respalden los Estados Financieros desde la gestión 2007 al 2010, circunstancia que impide su análisis al no existir información contable oportuna, fehaciente, clara, concreta e individualizada de todas sus operaciones, incumpliendo así el artículo 46 del Código de Comercio, concordante con el Título I, inciso J "Otras Disposiciones", numerales 1 y 2 del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras y el Título II, Capítulo II, Sección 9, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

H. PLAN DE ACCIÓN

Respecto al planteamiento de la Cooperativa que las deficiencias financieras, tecnología crediticia y operaciones observadas, son enmendables con el Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, no corresponde esta solicitud, debido a que de acuerdo a la modificación al Reglamento de Cooperativas dispuesto mediante Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, este procedimiento se aplica a entidades cuyo diagnóstico de requisitos operativos haya sido evaluado y aprobado por este Organismo Fiscalizador y hayan iniciado el proceso de adecuación hasta el 30 de junio de 2010.

Asimismo, el plan de acción debe aplicarse sobre bases reales e información financiera veraz y sustentada; al no contar la entidad con legajos de balance, ni con estados de cuenta que respalden los Estados Financieros de la gestión 2007 y 2008, no es posible su iniciación.

Las declaraciones juradas presentadas al Servicio de Impuestos Nacionales correspondientes a la gestión 2008, carecen de respaldo contable, pues la entidad no presentó comprobantes posteriores al mes de marzo 2008, razón por la cual no se puede identificar el concepto de los mismos.

I. RESOLUCIONES EMITIDAS POR ASFI EN EL MARCO DEL PROCESO DE ADECUACIÓN

El Reglamento para la Constitución, Adecuación, y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito aprobado mediante Resolución SB N° 0198/2008 de 14 de octubre de 2008, determinó que las Cooperativas de Ahorro y Crédito CAC que se encontraban en funcionamiento a la fecha de promulgación de la Ley 3892 de 18 de junio de 2008, sean incorporadas al ámbito de supervisión de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actualmente denominada Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

La modificación a dicho Reglamento, efectuada mediante Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010, determinó en el artículo 1, Sección 10, que la CAC Societaria que al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento y que no inició el proceso de adecuación ante ASFI, tenía plazo hasta el 30 de junio de 2010 para iniciarlo, caso contrario será considerada como entidad que realiza actividad financiera ilegal. En este sentido, la carta de intención de la entidad Cite VDC-CACV-PE-N°002/11 de 29 de diciembre de 2011, fue presentada fuera de plazo, razón por la cual se recomendó mediante nota ASFI/DSRIV/R-29977/2012 de 13 de marzo de 2012, que la Cooperativa debería esperar hasta que se defina la incorporación al proceso de adecuación de las cooperativas que no ingresaron al proceso en los plazos establecidos, sin embargo la Cooperativa hizo caso omiso a lo dispuesto por esta autoridad.

La modificación al ya referido Reglamento, efectuada mediante Resolución ASFI N° 233/2012 de fecha 12 de junio de 2012, determina en el artículo 1 de la Sección 10 la ampliación del plazo para que las Cooperativas que aún no habían iniciado el proceso de adecuación puedan hacerlo hasta el 1 de octubre de 2012, estableciendo las etapas de cumplimiento y evaluación como ser: Análisis de la Viabilidad Financiera y de gobierno. En este sentido, culminando la visita de inspección se determinó la no Admisión al Proceso de Adecuación.

En la Resolución ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012 se resuelve rechazar la solicitud de Adecuación al Proceso de Adecuación de la Cooperativa por incumplimiento a los requisitos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título I, Capítulo III, Sección 10, artículos 1,2,3 y su Anexo IV.

J. OPERACIONES PERMITIDAS PARA COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO EN PROCESO DE ADECUACIÓN.

El Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, establece en el artículo 8 el tipo de operaciones permitidas a las Cooperativas Comunales, entre las cuales no figuran apertura de cajas de ahorro ni de depósito a plazo fijo.

Según la Cooperativa, lo aseverado no es evidente, debido a que en el presente caso se aplica lo señalado en la Sección 10, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que establece una evaluación y análisis de la situación financiera, patrimonial y de gobierno previo al inicio del proceso de adecuación.

Respecto a la falta de notificación de Informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, el mismo constituye un antecedente para la emisión de la Resolución ASFI 653/2012, reflejándose en ésta los resultados del señalado Informe, por lo que no se ha provocado indefensión ya que hubo acceso a la información adecuada y no hubo limitaciones a los medios de defensa que le corresponden en el desarrollo del proceso.

El informe legal ASFI/DSR IV/R-149076 de 14 de noviembre de 2012 no provoca limitación real del derecho de defensa ya que ésta ha sido respetada proveyendo del conocimiento suficiente y oportuno de lo que pueda afectar a los derechos e intereses legítimos de la Cooperativa dentro del proceso.

La Ley 3076 de 20 de junio de 2005 Artículo 1, Numeral IV, señala que ASFI tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales. En este ámbito, habiéndose vencido el plazo para el ingreso al proceso de adecuación en fecha 30 de junio de 2010 establecido por la Resolución ASFI N° 157/2010, en aplicación de las facultades reglamentarias, se emite la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, ampliando de manera excepcional el plazo hasta el 1 de octubre de 2012.

La Cooperativa incumplió instrucciones emitidas por este Organismo de Fiscalización, realizando operaciones posteriores a la fecha de instrucción de cese de operaciones (nota ASFI/DSR IV/R-55690/2012 de 8 de mayo de 2012), captando recursos en calidad de Cajas de Ahorro y Certificados de Depósito a Plazo Fijo, operaciones no permitidas para la Cooperativa, de acuerdo al siguiente detalle:

N° OP CRÉDITO	C.I.	NOMBRE	MONTO DESEMBOLSADO \$us	FECHA DE LA OPERACIÓN
1003E	4297604L	SORAIDE JIMENEZ LUIS DARIO	7.000	10/09/2012
1003E	5119702PO	MIRANDA ESCARHA LUIS	1.500	13/09/2012

N° de cuenta DPF	C.I.	NOMBRE	Fecha de apertura	fecha de vencimiento	Plazo en días	Saldo Bs
500000006600002	999999PO	SEJAS ALVARO	14/09/2012	13/12/2012	90	22.073
500000008200001	6695303PO	CORD APAZA VICTOR WILLIAM	07/09/2012	08/11/2012	30	7.519
500000009000001	5522155PO	HUANCA MURANA MARIO	07/09/2012	08/11/2012	30	8.555

N° Caja de Ahorro PLUS	C.I.	NOMBRE	N° Comprobante	Fecha de Depósito	Montó Bs
5051-000124	3062514PO	MAMANI CORONADO NESTOR	877	30/08/2012	10.000
			864	26/09/2012	10.000
				TOTAL:	20.000

Admite la Cooperativa que se han realizado captaciones bajo la denominación de ahorro y a plazo únicamente con socios y no con el público, captaciones que están

prohibidas según lo señalado en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 25703 que establece que las Cooperativas de Ahorro y Crédito no podrán captar depósitos bajo ninguna modalidad, lo que implica la captación de sus socios únicamente a través de certificados de aportación obligatorios y voluntarios, lo que contraviene los Artículos 5 y 91 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, al no contar con Licencia de Funcionamiento.

CONSIDERANDO:

Que, en la audiencia realizada en fecha 18 de diciembre de 2012, la Cooperativa ratificó los fundamentos expuestos en el memorial impugnatorio de 11 de diciembre de 2012, en los términos que se exponen en el correspondiente acta, cuyo tenor se encuentra anexado a la presente y constituye parte integrante de la presente resolución.

Que, en las exposiciones realizadas en la audiencia, la Cooperativa no aportó elementos nuevos, tanto facticos como legales, que permitan al Órgano Fiscalizador revisar o revocar la Resolución ASFI N° 653 de 26 de noviembre de 2012. Los argumentos expuestos por la Cooperativa principalmente se centraron en enfatizar la protección al cooperativismo previsto en la Constitución Política del Estado, la forma en que se realizaron las inspecciones a la Cooperativa y las conclusiones expuestas en los correspondientes informes, la valoración realizada a la prueba aportada durante las inspecciones y la falta de orientación de parte del Regulador para cumplir con los requisitos de ingreso al proceso de adecuación.

Que, del interrogatorio realizado por la Sra. Directora Ejecutiva de ASFI al Gerente General de la Cooperativa, referido a las cifras de las operaciones propias de una cooperativa de ahorro y crédito cerrada autorizada por el Decreto Supremo N° 25703, manifestó desconocimiento de las mismas.

Que, de la revisión de la prueba documental presentada por la Cooperativa mediante memorial de 21 de diciembre de 2012, consistente en: estados financieros contables de los meses de mayo de 2007 y agosto a diciembre de 2007; finiquitos pagados en la gestión 2008; comprobantes de pago a la Caja de Salud CORDES, advirtiendo el pago de aportaciones de la gestión 2008 con el cheque N° 22 de 29 de mayo de 2008, con cargo a la cuenta personal del Sr. Julio Marín Duran en el Banco Ganadero S.A. (página 40); Certificación de Formularios de Impuestos Nacionales 2008 – 2011; estados financieros contables de enero a marzo de 2008, se determina que la misma no hace a las funciones propias de una cooperativa de ahorro y crédito, no cuenta en algunos casos con la debida suscripción del responsable de su elaboración y aprobación (ejemplo estados financieros de enero a marzo de 2008); está referida a períodos que no corresponden a la causa que motivó el rechazo a la solicitud de ingreso al proceso de adecuación (ejemplo Comprobantes ingreso, egreso, traspaso, balance de sumas y saldos, reporte de operaciones de caja, etc., gestión 2007) y en su generalidad no están referidas a la comprobación de haber realizado alguna de las operaciones propias de las cooperativas de ahorro y crédito cerradas, establecidas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, limitándose a representar gestiones administrativas como declaración de impuestos, pagos a la Caja de Salud CORDES, planillas de sueldos, pago

de aporta (sic) a las AFP Previsión y Futuro S.A., finiquitos, certificación de pago de impuestos y aportes a la Caja de Salud, etc.

Que, de la declaración testifical prestada por los señores: Irma Elizabeth Mendoza Morgana, Claudia Alejandra Mercado Gunther, Freddy Isidro Camacho Mendoza, Yuri Nicolás Tarifa Molina y Adalberto Henry Palacios de la Barra, se han establecido las siguientes conclusiones:

- A. Los testigos declarantes Elizabeth Mendoza Morgana, Claudia Alejandra Mercado Gunther, Freddy Isidro Camacho Mendoza y Adalberto Henry Palacios de la Barra, mantuvieron una relación laboral con la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda., la que coincidentemente concluyó el mes de junio de 2008.
- B. Los señores Claudia Alejandra Mercado Gunther, Freddy Isidro Camacho Mendoza y Adalberto Henry Palacios de la Barra, trabajaron por cuenta de la Cooperativa en calidad de cajeros, pero sus labores consistían en realizar las cobranzas del pago de impuestos por cuenta del Banco Ganadero S.A., manifestando coincidentemente que el comprobante de recepción llevaba el sello del Banco Ganadero S.A. y no de la Cooperativa.
- C. Los mismos señores Claudia Alejandra Mercado Gunther, Freddy Isidro Camacho Mendoza y Adalberto Henry Palacios de la Barra, manifestaron que su relación laboral con la Cooperativa concluyó porque conocieron que la autorización al Banco Ganadero S.A. para el cobro de impuestos había sido revocada.
- D. El Sr. Yuri Nicolás Tarifa Molina, manifestó haberse relacionado con la Cooperativa como socio de la misma, para luego haberse retirado de ella sin haber participado en ninguna asamblea o reunión. Manifiesta también haberse vinculado a la Cooperativa como cliente cuando llevaba formularios de contribuyentes para su sellado, manifestando que en ellos se estampaba el sello del Banco Ganadero S.A. como constancia de recepción.

El Sr. Tarifa declaró que actualmente es funcionario de la Cooperativa.

- E. El Sr. Adalberto Henry Palacios de la Barra es el único de los testigos que afirma haber realizado apertura e cajas de ahorro, pero señala que lo hacían el año 2007. Asimismo manifestó constarle que la Cooperativa otorgaba créditos porque él mismo se había beneficiado de uno por orden del Sr. Julio Marín en razón de su vinculación laboral, pero lo canceló cuando se desvinculó de la Cooperativa.

Concordante con los otros testigos, el Sr. Palacios manifestó que la Cooperativa Virgen de Copacabana prestaba el servicio de cobro de impuestos por cuenta del Banco Ganadero S.A. y no así todas o alguna de las operaciones propias de la Cooperativa, previstas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000.

- F. No existen declaraciones que afirmen tener constancia de que la Cooperativa haya estado realizando, al 18 de junio de 2008, todas o alguna de las operaciones

autorizadas a las cooperativas de ahorro y crédito cerradas, descritas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703.

- G. De las respuestas de los testigos al interrogatorio efectuado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, (las mismas que constan en la grabación de audio) y que forman parte del expediente administrativo, se ha establecido que todos los cajeros de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda., efectuaban únicamente la labor de cobranza de pago de impuestos a contribuyentes, por cuenta del Banco Ganadero S.A., toda vez que dicha entidad bancaria había tercerizado este servicio, es decir que el Banco Ganadero S.A., reforzó la atención en el cobro de las obligaciones impositivas a los contribuyentes con los cajeros de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Virgen de Copacabana Ltda., quienes inclusive utilizaban los sellos del Banco Ganadero S.A. en los formularios de pago y no así los sellos de la propia Cooperativa, lo que evidencia que las labores que realizaban hasta el mes de junio de 2008, no consistían funciones propias de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda.

Que, el artículo 4 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, "Las Cooperativas de Crédito Cerradas se constituirán como entidades especializadas o de objeto único...". Esta condición o característica, implica que este tipo de entidades estaban autorizadas a funcionar realizando únicamente las operaciones previstas en el artículo 8 de la misma disposición normativa.

Que, la Certificación SIN/GDLPZ/DRE/COF/NOT/0094/2013 de 4 de enero de 2013 emitida por el Servicio de Impuestos Nacionales presentada en fecha 16 de enero de 2013, acredita que la Cooperativa cuenta con declaraciones juradas correspondientes al Impuesto al Valor Agregado (Form. 200), Impuesto a las Transacciones (Form. 400) e Impuesto a las Utilidades (Form. 605) correspondientes a la gestión 2008, donde el Form. 200 registra pagos de enero a abril de 2008 y el Form. 400 registra pagos de enero a mayo de 2008, declarando sin movimiento o en cero el resto del período, certificación que tampoco importa la ejecución de operaciones propias de la cooperativa de ahorro y crédito previstas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703.

Que, la certificación emitida por la Caja de Salud CORDES, manifiesta que la Cooperativa estuvo afiliada desde el 1 de julio de 2007 hasta el 31 de julio de 2008, adeudando aportes patronales los meses de mayo, junio y julio de 2008, los mismos que se encuentran en proceso de regularización por convenio de fecha 13 de abril de 2012, la que igualmente no acredita que la entidad haya estado realizando al 18 de junio de 2008 operaciones propias de las cooperativas de ahorro y crédito societarias, previstas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703.

Que, el Informe Técnico ASFI/DSR IV/R-170642/2012 de 24 de diciembre de 2012, concluye lo siguiente:

- La información financiera presentada es insuficiente, incompleta, carece de sustento y respaldo, no demuestra de forma fehaciente su funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley 3892 en fecha 18 de junio de 2008
- Carece de información financiera contable histórica que sustente la continuidad de sus operaciones ininterrumpidamente.

- La deficiente situación financiera por la que atraviesa la entidad y falta de información financiera veraz, hace inviable la presentación de un Plan de Acción.
- La reactivación de la Cooperativa fue dispuesta por un Comité Reorganizador conformado por dos personas que sin serlo, se atribuyeron la condición de socios, lo que consta en el Acta de fecha 17 de septiembre de 2011, protocolizada en Testimonio N° 782/2011 de 22 de septiembre de 2011.
- No cumple con los requisitos establecidos en los artículos 1 y 3 de la Sección 10, Capítulo III, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, conforme a las premisas establecidas en el Anexo VI del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Que, el Informe ASFI/DAJ/R-9623/2013 de 18 de enero de 2013, concluye que de acuerdo al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, contenido en el Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, conforme a la estructura vigente al momento de presentarse el recurso de revocatoria de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda., se tiene lo siguiente:

- A. El artículo 1, Sección 10, establece que las cooperativas societarias que se encontraban en funcionamiento hasta antes de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y no iniciaron el proceso de adecuación, podrán hacerlo de manera excepcional hasta el 1 de octubre de 2012.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, funcionamiento implica la acción y efecto de funcionar; funcionar, de acuerdo a la misma fuente, implica ejecutar las funciones que le son propias. En este sentido, es determinante establecer si al momento de promulgarse la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Virgen de Copacabana Ltda., venía realizando las funciones que le son propias, conforme al artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000.

- B. De acuerdo a los resultados expuestos en los informes de inspección ASFI/DSR IV/R-22453/2012 de 28 de febrero de 2012 y ASFI/DRS IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, no se presentó documentación que acredite que la Cooperativa haya estado en funcionamiento al 18 de junio de 2008.
- C. La documentación necesaria para determinar si la entidad estuvo o no en funcionamiento al 18 de junio de 2008, es aquella que exprese la realización o ejecución de actividades que le son propias, es decir aquellas señaladas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703, que sin embargo nunca fueron expuestas ante el Órgano Fiscalizador.
- D. La documentación presentada por la entidad en calidad de prueba, no hacen a actividades que son propias a una cooperativa de ahorro y crédito societaria.
- E. El Informe Técnico ASFI/DSR IV/R-170642/2012 de 24 de diciembre de 2012, ratifica la inviabilidad financiera de la Cooperativa expresadas en los informes de inspección antes indicados.

- F. *El proceso de adecuación previsto en la Sección 10 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, condiciona su inicio a que la entidad haya estado en funcionamiento al 18 de junio de 2008 y que exista viabilidad financiera y de gobierno, estas últimas determinadas en las visitas de inspección bajo las premisas del Anexo VI del Reglamento.*
- G. *Durante el trámite del recurso de revocatoria, la Cooperativa no ha demostrado haber estado en funcionamiento al 18 de junio de 2008 ni que sea financieramente viable, en consecuencia no ha aportado elementos suficientes de prueba que permitan a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero revocar lo dispuesto en la Resolución ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012.*

Que, de la revisión de la Resolución ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012, se advierte un error material en el Resuelve Primero de la parte resolutive, habiéndose referido a la nota VDC-CACV-PE-No.002/11, erróneamente de fecha 29 de noviembre de 2011, debiendo señalarse de fecha 29 de diciembre de 2011.

Que, el artículo 31 de la Ley de Procedimiento Administrativo prevé que las entidades públicas corrijan de oficio los errores materiales que existan en sus actos, sin alterar sustancialmente la resolución.

Que, los informes ASFI/DSR IV/R-170642/2012 de 24 de diciembre de 2012 y ASFI/DAJ/R-9623/2013 de 18 de enero de 2013, recomiendan la confirmación de la Resolución ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012 por incumplimiento a los requisitos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5 y en la Sección 10, Artículos 1, 2, 3 y su Anexo VI, establecida en la actual estructura normativa en el Libro 1, Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5 y en la Sección 10, Artículos 1, 2, 3 y el Anexo 9.

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 15 de febrero de 2013, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013, argumentando lo siguiente:

"III.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO JERÁRQUICO

La Cooperativa de Ahorro y Crédito "Virgen de Copacabana" Ltda., interpone el presente recurso administrativo jerárquico en mérito a los siguientes fundamentos legales:

III. 1 Incorporación de Cooperativas de Ahorro y Crédito (CAC) Societarias al ámbito de supervisión.

A partir del 18 de junio de 2008, por determinación de la Ley N°3892 las Cooperativas de ahorro y Crédito Societarias, quedaron incorporadas al ámbito de supervisión de la

entonces Superintendencia de Bancos y Entidades financieras actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

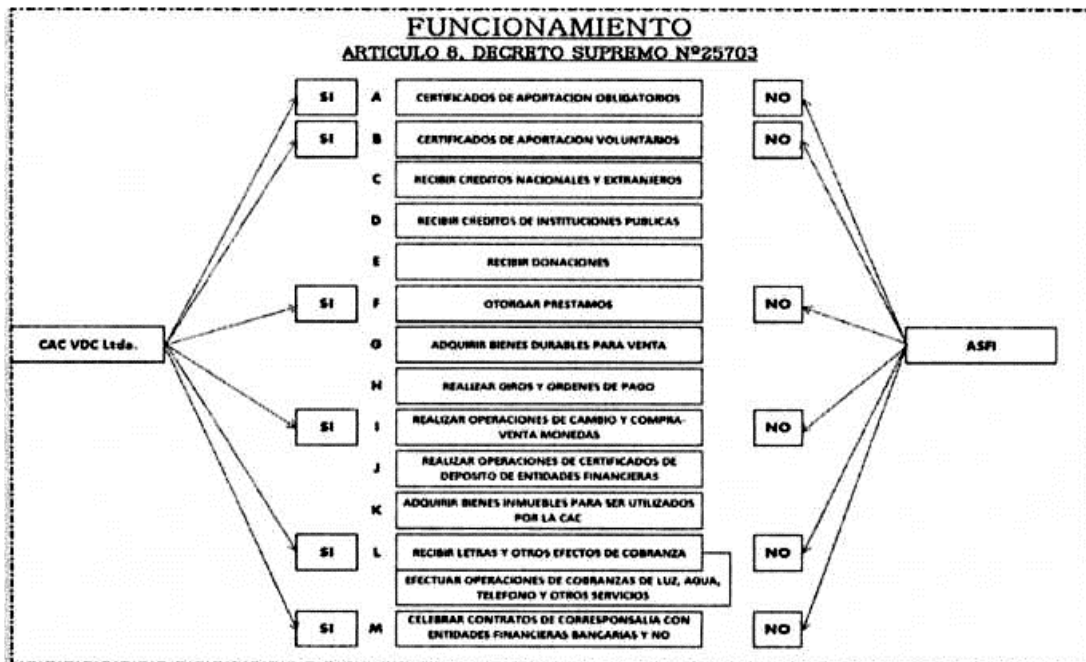
Asimismo, la Ley N°3892 establece que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emita el Reglamento para la incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias:

- A. La Resolución SB/198/2008 de 14 de octubre de 2008, modificada por las Resoluciones SB/264/08 de 22 de diciembre de 2008, ASFI/412/10 de 23 de noviembre de 2009, ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010 determinan como requisito para incorporarse al ámbito de supervisión que la CAC se encuentre en funcionamiento antes de la promulgación de la Ley N°3892.
- B. La modificación de la resolución ASFI/233/12 de 12 de junio de 2012 atribuyen facultades no previstas en Ley N°3892 introduciendo condiciones discriminatorias para incorporar a las CAC Societarias al ámbito de regulación a través de su Sección 10 Artículos 1, 2, 3 y Anexo VI.

III.2 Atención de La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al trámite de adecuación:

- 1. En primera instancia ASFI emitió notas ASFI/DSRIV/R- 29977/2012, ASFI/DSRIV/R-38631/2012 hasta 14/05/12 informando "...la entidad debería esperar hasta que se defina la incorporación al proceso de adecuación de las Cooperativas que no ingresaron al citado proceso en los plazos establecidos mediante Circular ASFI/038/2010..."
- 2. En segunda instancia desde el 15/05/12 **sin derecho a defensa** ASFI emitió notas ASFI/DSRIV/R-55690/2012, ASFI/DSRIV/R-103549/2012, ASFI/DSRIV/R-106507/2012 y ASFI/DSRIV/R-118655/2012 instruyendo cese de operaciones y cierre de oficinas.
- 3. En tercera instancia a partir del 15/05/12 ASFI **no dio respuesta a las notas** VDC-EJ-OC-PE-N° 051/2012, VDC-EJ- OC-PE-N°0084/2012, VDC-EJ-OC-PE-N° 0091/2012, VDC-EJ- OC-PE-N° 0092/2012, VDC-EJ-OC-PE-N° 0100/12, VDC-EJ-OC-PE-N° 0102/12, VDC-OC-AJ-N° 001/12, VDC-OC-AJ- N° 002/12, EJ-OC-AJ-N° 003/12, ORDEN JUDICIAL R-149628, VDC-EJ-OC-AJ-N° 005/12, VDC-EJ-OC-AJ-N° 006/12, VDC-EJ-OC-GG-N° 0110/12, coartándonos el derecho a la defensa y debido proceso.
- 4. En un caso ASFI curso la nota ASFI/DSRIV/R-103549/2012 instruyendo que en el plazo de 48 horas de recibida la nota, deberá acreditar que la Cooperativa estaba funcionando antes de la promulgación de la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008. Al respecto la CAC VDC Ltda., con nota VDC-EJ-OC-PE- N° 0091/2012 y VDC-EJ-OC-PE-N° 0100/12 se dio cumplimiento presentando documentación que demuestra suficientemente el funcionamiento de la CAC VDC Ltda., en la gestión 2008, sin embargo, hasta la fecha no existe respuesta.
- 5. Otro aspecto que ASFI observa desordenadamente se refiere al funcionamiento que carece de Reglamento, por lo que su exigencia es discrecional, sin embargo, el Artículo 8 del Decreto Supremo N°25703 de 14 de marzo de 2000, establece las actividades que pueden realizar las cooperativas cerradas. La CAC VDC Ltda., proporciono documentación contable del año 2008 que acredita operaciones de certificados de aportación, prestamos, cambio de monedas, cobranzas y corresponsalía con el Banco Ganadero, actividades

comprendidas en el Art.8 del D.S. N°25703, pero ASFI deliberadamente omite esta información y documentación, el siguiente cuadro demuestra la intransigencia que ejerce ASFI:



6. Las actuaciones de ASFI que denotan discrecionalidad y que provocaron indefensión, daño económico irreversible e inviabilidad financiera en la gestión 2012, se hicieron evidentes a partir del mes de mayo cuando con simples notas instruyó Cese de Operaciones, Salida Ordenada y Cierre de Oficinas acciones que no se encuentran comprendidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, Ley de Sociedades Cooperativas ni en el Código de Comercio pero que fueron ejercidas en contra de nuestra cooperativa sin que exista reglamentación que considere las características propias del sector cooperativo tal como exige la Ley N°3892. Situación que violento nuestros derechos constitucionales.

III.3. Trámite de La Cooperativa de Ahorro y Crédito "Virgen de Copacabana" Ltda., adecuación al ámbito de supervisión.

- A. La CAC VDC Ltda., **PRESENTÓ CARTA** de inicio al proceso de adecuación con anterioridad al plazo que establece la Resolución ASFI N°233/2012, corresponde acogerse a lo establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5 y **SECCIÓN 2, ARTÍCULOS 1º, 2º y 3º.**
- B. La CAC VDC Ltda., **DEMOSTRÓ** con documentos suficientes y fehacientes su funcionamiento en la Gestión 2008 y en el momento de la promulgación de la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008, por lo que cumple el **REQUISITO ESENCIAL DE FUNCIONAMIENTO** establecido en el Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5º de la Resolución ASFI N°233/2012.

- C. La CAC VDC Ltda., **CUMPLIÓ** en presentar a ASFI el “Diagnostico de Requisitos” elaborado por firma de auditoría externa de conformidad Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5º y Sección 2, Art. 2º, Fase: I
- D. La CAC VDC Ltda., **DENUNCIA** que en el presente proceso fue coartada para ejercer defensa, presentar fundamentos de hecho y derecho para aceptar o desvirtuar los cargos imputados.

III.4 Normativa regulatoria que contraviene la Ley N° 3892

En el caso de la CAC VDC Ltda., el proceso de adecuación se encuentra entre dos normativas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (Resoluciones ASFI N°157/10 y 233/12):

- A. La última Resolución ASFI N°233/12 introduce nuevos requisitos en la Sección 10 Artículos 1, 2, 3 y su Anexo VI atribuyéndose facultades no previstas en Ley N° 3892, que ocasionan discriminación en relación al anterior proceso de adecuación.
- B. El trámite se ha desarrollado de manera especial porque la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), indistintamente y discrecionalmente utiliza ambas Resoluciones ASFI N°157/10 y 233/12, sin respetar la cronología de su emisión y vigencia.
- C. Este hecho ha provocado que emita instructivos confusos, extemporáneos e inaplicables que causaron indefensión.
- D. Otro aspecto que desvirtuó el desarrollo normal del proceso de adecuación, fue la discrecionalidad, comportamiento evasivo de los funcionarios ASFI para absolver consultas, emitir respuestas ocasionando incertidumbre y confusión.
- E. Emergente de la Resolución ASFI N°233/2012, la CAC VDC Ltda., ha cumplido estrictamente la misma en su Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5º y Sección 2, Artículos 1º y 2º.

III.4.1 Comparación de la Resolución ASFI N°157/2010 y Resolución ASFI N°233/2012 relativo al proceso de incorporación de una cooperativa de ahorro y crédito societaria al ámbito de supervisión (**Sic.**_Regulación) y sus contravenciones a la Ley N°3892:

<u>Resolución ASFI N° 157/2010</u>	<u>Resolución ASFI N° 157/2010</u>
<p>Capítulo III, Sección 1 Artículo 4º-Proceso de Incorporación de Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria en funcionamiento al ámbito de <u>Supervisión</u>.-La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la ley N°3892 se encontraba en funcionamiento para ser <u>incorporada al ámbito de regulación de ASFI</u> debe cumplir con dos etapas:</p> <p>Etapas:Obtención del Certificado de Adecuación.- Etapa que fue iniciada con la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y que concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI.</p>	<p>Capítulo III, Sección 1 Artículo 5º.-Proceso de Adecuación de una Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria en Funcionamiento al ámbito de la <u>Regulación</u>.- La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley N°3892 se encontraba en funcionamiento, para ser <u>incorporada al ámbito de aplicación de LBEF</u> debe cumplir con dos etapas:</p> <p>Etapas: Obtención del Certificado de Adecuación; Etapa que <u>inicia la CAC Societaria con la presentación de la carta de intención de inicio del proceso de adecuación</u> y concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI, <u>conforme lo establecido en la Sección 2 del presente Reglamento</u>.</p> <p>En esta etapa la CAC Societaria no podrá abrir sucursales,</p>

agencias u otros puntos de atención.

Puntualizamos los tres cambios principales:

<u>Resolución ASFI N°157/2010</u>	<u>Resolución ASFI N°233/2012</u>
1° Proceso de Incorporación	1° Proceso de Adecuación
2° Al ámbito de regulación de ASFI	2° Al ámbito de aplicación de LBEF (sic. Ley Bancos y Entidades Financieras)
3° Etapa que fue iniciada con la promulgación de la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008.	3° Etapa que inicia la CAC Societaria con la presentación de la carta de intención de inicio del proceso de adecuación.

Como se evidencia:

Primer cambio: La Resolución ASFI N°233/2012 en relación al ingreso **modifica** Proceso de INCORPORACION **por** Proceso de ADECUACION; la Ley N°3892 determina la incorporación como un derecho de inscripción y obligación de admisión sin ningún tipo de requisito, es decir a partir del 18 de junio de 2008 todas las cooperativas de ahorro y crédito quedaron INCORPORADAS al ámbito de supervisión. Sin embargo, transgrediendo la Ley N°3892, ASFI introduce el término de adecuación, que corresponde a un proceso subsecuente de la incorporación que en realidad constituye el proceso de transformación del cooperativismo a condiciones de intermediación financiera privada, por lo que, ASFI con esta modificación transgrede la Ley N°3892.

Segundo cambio: La Resolución ASFI N°233/2012 en relación a la jurisdicción **modifica** ámbito de regulación ASFI **por** ámbito de aplicación de la LBEF. La Ley N° 3892 instruye el ingreso de las cooperativas a jurisdicción de ASFI cumplido el mismo, recién sus actividades quedan sujetas al control y normativa ASFI. Sin embargo, infringiendo la Ley N°3892, ASFI desvirtúa el derecho de ingreso de cooperativas a su jurisdicción, utilizando perversamente a la Ley de Bancos y Entidades Financieras como medida coercitiva para no admisión, desconociendo con este mecanismo la naturaleza del cooperativismo y jurisprudencia que existe en relación a las cooperativas que se gozan del privilegio de estar inscritos con observaciones en muchos casos desde la gestión 2010 en registros de ASFI.

Información a Diciembre de 2012 COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIAS			
Hospicio Ltda.	Cochabamba	Santísima Trinidad Ltda.	La Paz
San Francisco de Asís Ltda.	Cochabamba	Santiago de Munaypata Ltda.	La Paz
Cantera Ltda.	Cochabamba	Credicoop Ltda.	Sucre
Señor de Burgos Ltda.	Cochabamba	Juan Bosco Ltda. (*)	Sucre
Alalay Ltda.	Cochabamba	El Cristo Ltda. (*)	Santa Cruz
Virgen de Urkupiña Ltda.	Cochabamba	Intercoop Ltda. (****)	Santa Cruz
Iberocoop Ltda.	Santa Cruz	La Trinidad Ltda. (*)	Santa Cruz
La Primavera Ltda.	Santa Cruz	Jerusalén Ltda. (*)	Santa Cruz

Terracoop Ltda.	Santa Cruz	COOMYPE Ltda. (*)	Santa Cruz
Varsa Ltda.,	Santa Cruz	Montero Ltda. (*)	Santa Cruz
Comercio Ltda.	Santa Cruz	San Gabriel Ltda. (*)	Santa Cruz
Andrés Ibáñez Ltda.	Santa Cruz	Piraí Ltda. (*)	Santa Cruz
De la familia Ltda.	Santa Cruz	Nuestra Señora de Cotoca Ltda. (*)	Santa Cruz
1 de Septiembre Ltda.	Santa Cruz	San Luis Ltda. en Liquidación Voluntaria (***)	Santa Cruz
Cruz del Oriente Ltda.	Santa Cruz	El Pauro Ltda. (*)	Santa Cruz
Virgen de los Remedios Ltda.	Tarija	4 de Agosto Ltda. (**)	Santa Cruz
Paulo VI Ltda.	Oruro	Esperanza Ltda. (**)	Santa Cruz
Vía y Obras Ltda.	Oruro	Integral de Servicios Ltda. (**)	Cochabamba
Vinto Ltda.	Oruro	Concordia Ltda. (**)	Cochabamba
Reyes Ltda.	Beni	San Miguel Ltda. (**)	La Paz
San Bartolomé Ltda.	La Paz		
(*) Entidades que presentan OBSERVACIONES en el Proceso de Adecuación			
(**) Entidades que aún no reportan información			
(***) Entidades que se encuentran en proceso de LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA			
(****) Intervenida según Resolución ASFI N°698/2012 de 6 de diciembre 2012			

Tercer cambio: La Resolución ASFI N°233/2012 en relación a la Obtención del Certificado de Adecuación **modifica** Etapa que fue iniciada con la promulgación de la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008 **por** Etapa que inicia la CAC Societaria con la presentación de la carta de intención de inicio del proceso de adecuación; Esta modificación demuestra de manera inequívoca, el grado erróneo sobre el mandato de la Ley N°3892, incumpliendo el derecho de ingreso de cooperativas a jurisdicción ASFI utilizando perversamente componentes coercitivos para no admitir a cooperativas, atribuyéndose indoctamente en esta primera etapa, potestades que encubren falta de conocimiento y consideración al cooperativismo Boliviano por parte de los funcionarios de ASFI, que forzosamente constituye negligencia en el cumplimiento de la función pública.

III.4.2 Describiremos como a través de la Sección 10, Artículos 1, 2, 3 y Anexo VI introducida en la Resolución ASFI/233/12 de 12 de junio de 2012, se arraiga el incumplimiento a la Ley N°3892 ocasionando actos de discriminación entre cooperativas aceptadas y solicitantes, además se reglamenta anticipadamente mecanismos de fiscalización financiera represiva, desconociendo la naturaleza y antecedentes cooperativistas.

Para exponer el problema del CERTIFICADO DE ADECUACIÓN en primera instancia hemos elaborado cuadro comparativo de la **Sección 2** del Capítulo III, para analizar y justificar el grado de transgresión, confusión y discriminación provocado por ASFI.

Resolución ASFI N°157/10	Resolución ASFI N°233/12
Sección 2 Obtención del Certificado de Adecuación de las CAC Societarias.	Sección 2 Certificado de Adecuación para las CAC Societaria en Proceso de Adecuación

Art. 1º Proceso Obtención Certificado de Adecuación			Art. 1º Proceso Obtención Certificado de Adecuación La CAC Societaria que presento la carta de intención de inicio del proceso de adecuación debe cumplir:		
Fase I	Fase II	Fase III	Fase I	Fase II	Fase III
Diagnóstico de Requisitos	Elaboración Plan de Acción	Evaluación del Plan de Acción y Emisión Certificado de Adecuación	Diagnóstico de Requisitos	Elaboración Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales	Evaluación del Plan de Acción y Emisión Certificado de Adecuación, Previa visita de inspección y Evaluación Técnica - Legal ASFI

Como se evidencia este cuadro, en lo referente a la **OBTENCIÓN DEL CERTIFICADO DE ADECUACIÓN**, ambas Resoluciones (ASFI N°157/2010 y ASFI N°233/2012) comprenden tres fases (Diagnostico de Requisitos, Elaboración de Plan de Acción y Evaluación del Plan de Acción).

Sin embargo, la Resolución ASFI N°233/2012 en la Sección 2, Capítulo III, Título I, determina que para la obtención de dicho certificado la CAC SOCIETARIA PRESENTE CARTA DE INTENCIÓN DE INICIO DEL PROCESO DE ADECUACIÓN, es decir, si la solicitud se realizó inclusive antes de vencer el plazo del 1º de octubre de 2012, automáticamente la CAC Societaria se habilita para cumplir las tres (3) fases (Diagnostico de Requisitos, Elaboración de Plan de Acción y Evaluación del Plan de Acción), precisamente este es el punto de inflexión que ASFI no respeta y acepta, valiéndose de medidas y acciones observables que deben ser concatenadas.

Para continuar revelando el problema de contexto, describimos la nueva **Sección 10**, Capítulo III, Título I, instrumentada recientemente en la Resolución ASFI N°233/2012 para su aplicación a partir del 1 de octubre de 2012 fecha excepcional definida por ASFI.

Resolución ASFI N°233/12					
Sección 10					
Adecuación de CAC Societarias que NO iniciaron su proceso de Adecuación					
Art. 1º Proceso de Adecuación de cooperativas que NO iniciaron su proceso de Adecuación			Art. 2º Presentación de la Carta de intención	Art. 3º Viabilidad Financiera y de Gobierno	Art. 4º Inicio del Proceso de Adecuación
Etapa I	Etapa II	Etapa III			
Presentación de la carta de intención	Análisis de Viabilidad Financiera y de Gobierno	Inicio del Proceso de Adecuación	Carta firmada por los consejos y aprobada en asamblea adjuntando documentación que demuestre el funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley N° 3892	ASFI realizará visitas de inspección con la finalidad de evaluar y analizar su situación financiera, patrimonial y de Gobierno, según ANEXO IV	La CAC Societaria que presente viabilidad financiera y de Gobierno podrá iniciar el proceso de Adecuación para ser incorporada al Ámbito de aplicación de la LBEF, cumpliendo dos etapas:

	Anexo VI	Etapa I	Etapa II
	Ingresos Financieros Suficientes	Certificado de Adecuación	Licencia de Funcionamiento
	Solvencia y Liquidez		
	Ajustes, Reclasificaciones y Reversiones		
	No impedimentos Art. 2 Sección 4		

Aclaremos que la Resolución ASFI N° 157/2010 CONCORDANTE con la Ley N° 3892 no incluye evaluación financiera previa y ninguna sección similar a la descrita en este cuadro.

Tal como revela este cuadro, en la Resolución ASFI N° 233/2012 INTRODUCE el Título I, Capítulo III, la Sección 10, Artículos 1º, 2º, 3º y Anexo IV, provocando que ASFI indocumentadamente (sic) en esta primera etapa se atribuya facultades para aplicar medidas coercitivas de solvencia financiera principalmente para descalificar anticipadamente a las cooperativas y no admitir en su jurisdicción, aspecto que transgrede la Ley N° 3892.

III.4.3 Procederemos a exponer las incongruencias entre la Ley N°3892, Secciones 1, 2 de la Resolución ASFI N°233/2012 y la Sección 10 de la misma Resolución ASFI N°233/2012.

1. La Ley N°3892 del 18 de junio de 2008, determina que a partir de su promulgación sin ningún requisito de viabilidad financiera quedan incorporadas al ámbito de supervisión de ASFI las cooperativas de ahorro y crédito cerradas.
2. El Título I, Capítulo III, de la Resolución ASFI N°233/2012 de 12/10/12 específicamente en su:

Sección 1, Artículo 5º, Etapa I, dispone que la Obtención del Certificado de Adecuación fue iniciada con la promulgación de la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008 y que concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI, conforme lo establecido en la Sección 2 del presente Reglamento.

Sección 2, Artículo 1º, dispone que la CAC SOCIETARIA QUE PRESENTÓ CARTA DE INTENCIÓN DE INICIO DEL PROCESO DE ADECUACIÓN para la obtención del certificado de Adecuación, debe cumplir las tres (3) fases (Diagnostico de Requisitos, Elaboración de Plan de Acción y Evaluación del Plan de Acción)

Sección 10, Artículo 1º, indica que la CAC Societaria que se encontraba en funcionamiento hasta antes de la promulgación de la Ley N°3892, QUE NO INICIO EL PROCESO DE ADECUACION, hasta el 30 de junio de 2010 podrá iniciarlo excepcionalmente hasta el 1 de octubre de 2012.

Como se evidencia, una vez más, el proceso de adecuación esencialmente se inició el 18/06/2008, sin ningún requisito de viabilidad financiera, determinación que se corrobora en las Secciones 1 y 2, pero no en la Sección 10 de la Resolución ASFI

Nº233/2012, resultado de una controversia conceptual entre la disposición original del Proceso de Incorporación y la que introduce ASFI como Proceso de Adecuación. Esta controversia conceptual es precisamente el punto de inflexión que ASFI no respeta y no acepta a la CAC VDC Ltda., que amparados en la Ley Nº3892, Secciones 1 y 2 de la Resolución ASFI Nº233/2012, presentó el 22/08/2012 documento del "Diagnostico para Cumplir con los Requisitos Operativos y Documentales detallados en Anexo 1" elaborado por Auditor Externo inscrito en registros de ASFI. Lamentablemente de manera inmediata ASFI después de tres meses de silencio a nuestras notas y solicitud de audiencias, a partir del 24/08/12, es decir dos días después de presentar nuestro documento de Diagnostico, de manera feroz arremetió con represalias de cese de operaciones, cierre de oficinas y salida ordenada sin cumplir el debido proceso dejándonos en total indefensión además interfirieron y paralizaron el desarrollo de la CAC VDC Ltda., ocasionando considerables pérdidas patrimoniales, durante ocho meses consecutivos, desde mayo hasta diciembre de 2012.

Después de semejante embestida Institucional, abuso de autoridad, discrecionalidad e instructivos con simples notas desplazan un contingente de funcionarios para cumplir una Inspección Especial invocando los artículos 92 y 95 de la Ley de Bancos y Entidades Financiera, en la práctica este contingente de funcionarios adecuadamente adoctrinados y cobardemente encubiertos con solicitudes confusas, procedieron a evaluar de manera premeditada y amañada lo dispuesto en la Sección 10, Artículos 1º, 2º, 3º y Anexo IV de la Resolución ASFI Nº233/2012 asumimos y evidenciamos que cumplieron un plan, objetivo y estrategia perversa.

Toda esta secuencia de hechos sirvieron para sustentar la Resolución ASFI Nº653/2012 y rechazar la solicitud de adecuación de la CAC VDC Ltda., lo que resulta inaceptable es la aplicación de una norma que pretende a toda costa desconocer cínicamente a otra de mayor jerarquía jurídica como es la Ley Nº3892 y peor aún aplicar discrecionalmente las Secciones 1 y 2 de la Resolución ASFI Nº233/2012 de 12/06/12 que disponen que la CAC SOCIETARIA QUE PRESENTÓ CARTA DE INTENCIÓN DE INICIO DEL PROCESO DE ADECUACIÓN para la obtención del certificado de Adecuación, debe cumplir con el "Diagnostico para Cumplir con los Requisitos Operativos y Documentales detallados en Anexo 1" elaborado por Auditor Externo inscrito en registros de ASFI, documento que la CAC VDC Ltda., presentó el 22/08/2012.

Finalmente si la intención de los redactores de la Resolución ASFI Nº233/2012 de 12 de junio de 2012 hubiese sido cumplir la Ley Nº3892, manteniendo el requisito de funcionamiento, flexibilizando el plazo de incorporación e instaurando un proceso riguroso de adecuación con plazos perentorios para el cumplimiento de requisitos operativos y documentales, no se habría introducido la Sección 10, Artículos 1º, 2º, 3º y Anexo IV. Sin embargo, esta osadía inevitablemente tendrá que ocasionar responsabilidades a los redactores y funcionarios ASFI que hicieron gala del mismo, para dañar la dignidad de las cooperativas de ahorro y crédito cerradas y en particular de la CAC VDC Ltda., que no tuvo la fortuna de incorporarse en un mejor momento Institucional de ASFI.

III.5 Situación económica y financiera a partir de las medidas coercitivas de ASFI

A partir de las medidas adoptadas por ASFI, la CAC VDC Ltda., incurrió en pérdidas económicas que van en desmedro de las aportaciones realizadas por nuestros socios, por lo que, existe responsabilidad de los funcionarios de ASFI.

- A. Los estados financieros mensuales presentados a ASFI revelan que la situación económica, financiera y solvencia patrimonial de la CAC VDC Ltda., en el primer cuatrimestre de 2012 fue solvente con tendencia positiva, destacamos; que durante este periodo nuestra solicitud de incorporación al ámbito de regulación se encontraba en trámite, ASFI que ya realizó la primera inspección en sus **DOS** primeras notas cursadas determinaban que “ **la cooperativa debía esperar hasta que se defina la incorporación al proceso de adecuación de las cooperativas que no ingresaron al citado proceso en los plazos establecidos por la Circular ASFI/038/2010**”, el siguiente cuadro del Balance General evolutivo revela categóricamente esta aseveración:

[Expresado en Bolivianos]					
COD.	GRUPOS CONTABLES	Gestión 2012			
		Enero	Febrero	Marzo	Abril
	ACTIVO				
100	Disponibilidades	10.472,42	83.080,45	112.013,78	103.509,18
130	Cartera	193.559,47	249.745,17	278.119,54	268.117,24
140	Otras por Cobrar	135.917,65	191.570,39	231.709,67	239.919,85
170	Bienes de Uso	119.528,70	119.528,70	149.023,53	183.048,75
180	Otros activos	21.639,37	113.250,37	136.253,20	137.201,10
	TOTAL ACTIVOS	481.117,61	757.175,08	907.119,72	931.796,12
	PASIVO				
210	Obligaciones con el público	181.018,34	181.018,34	352.443,97	381.263,49
240	Otras cuentas por pagar	125.487,15	182.262,14	203.647,39	221.294,61
	TOTAL PASIVO	306.505,49	589.511,12	556.091,36	602.558,10
	PATRIMONIO				
300	Capital Social	192.500,00	200.200,00	409.500,00	420.000,00
310	Resultados Acumulados	(17.887,90)	(32.536,05)	(58.471,66)	(90.761,99)
350					
	TOTAL PATRIMONIO	174.612,10	167.663,95	351.028,34	329.238,01
	TOTAL PASIVO Y PATRIMONIO	481.117,59	757.175,07	907.119,71	931.796,12
	COEFICIENTE SUFICIENCIA PATRIMONIAL	37,09%	24,34%	42,99%	39,64%

- B. ASFI a partir del 17 de mayo de 2012 dio inicio un periodo de represión discrecional y coercitiva, interfiriendo y paralizando nuestro desarrollo, bajo el supuesto de no acreditar funcionamiento en la fecha de promulgación de la Ley N°3892 y contradictorio a sus DOS primeras notas ASFI/DSR IV/R- 29977/2012 y ASFI/DSR IV/R-38631/2012 con nota simple ASFI/DSR IV/R-55690/2012 el 15/05/12 sin cumplir el debido proceso, ocasionándonos indefensión, emite instructivo de cese de operaciones y salida ordenada. Este abrupto y premeditado cambio se realiza justamente un mes antes de emitir la Resolución ASFI N°233/2012 de 12/06/12, es por este antecedente que de manera inequívoca insistimos el alto grado de premeditación ejercido por funcionarios de ASFI.
- C. Al promulgarse la Resolución ASFI N°233/2012 el 12/06/12 y al no existir ninguna respuesta a nuestra solicitud de reconsideración del instructivo del 15/05/12, en aplicación del Art. 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, interpretando el propósito de la Resolución ASFI N°233/2012 y alcance de la Sección 2, Artículo Iº, Fase I, orientado a las CAC SOCIETARIA QUE PRESENTÓ CARTA DE INTENCIÓN DE INICIO DEL PROCESO DE ADECUACIÓN, el 22 de agosto

de 2012 procedimos a presentar el "Diagnostico para Cumplir con los Requisitos Operativos y Documentales detallados en Anexo 1", para que de forma gradual, en el Proceso de Adecuación con la Elaboración del "Plan de Acción de Requisitos Operacionales y Documentales" y Evaluación sin Observaciones por parte de ASFI, nos permita Obtener el Certificado de Adecuación para luego recién optar a la Licencia de Funcionamiento.

- D. Aunque todos estos hechos los hemos descrito reiterativamente, consideramos necesario hacerlo nuevamente porque las implicaciones son diversas y en este caso particularmente demostraremos los embates económicos, operativos, financieros y administrativos que provoco ASFI, no obstante hasta la fecha del presente memorial no existe ningún reclamo que no hubiera sido atendido a nuestros socios que solicitaron devolución de aportes obligatorios y voluntarios, la razón es simple, la CAC VDC Ltda., es una cooperativa cerrada que opera de manera transparente con socios, quienes conocen la difícil situación que venimos atravesando pero que continúan apoyándonos, precisamente como resistencia al autoritarismo de la MAE, funcionarios y redactores de normativas ASFI que impunemente violentan Leyes y vulneran la actual Constitución Política, sin ninguna conciencia social, humana y de respeto al trabajo.
- E. Las consecuencias provocadas por ASFI, terminaron socavando el desarrollo de nuestra economía, al sancionarnos ilegalmente con el cese de operaciones e instruir salida ordenada con devolución de aportes , esta situación debilitó absolutamente nuestros proyectos colectivos, sin embargo, de conformidad al inciso 1, Artículo 3º, Sección 2, hemos iniciado la reconversión y reclasificación contable de los certificados de aportación de nuestros socios, instrumentados bajo modalidades diferentes a las establecidas en el Decreto N°25703, para lograr la exposición correcta de los mismos, como medida previa para la aplicación del Artículo 6º de esta mismas sección, que establece incluir en cada uno de los certificados de aportación, la leyenda de que los mismos están disponibles para absorber pérdidas en caso de incurrir en éstas. Resultado de la voluntad y convicción de cumplir normas ASFI nuestros coeficientes de suficiencia patrimonial son los siguientes al 31 de diciembre de 2012:

(Expresado en Bolivianos)					
COD.	GRUPOS CONTABLES	Gestión 2012			
		Septiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre
	ACTIVO				
100	Disponibilidades	50.060,70	44.756,14	51.072,34	105.511,11
130	Cartera	175.987,94	162.759,93	148.651,79	133.726,71
140	Otras por Cobrar	309.528,41	296.340,13	287.986,04	298.692,68
170	Bienes de Uso	282.975,49	282.975,49	282.975,49	282.975,49
180	Otros Activos	228.735,06	241.480,02	244.673,72	243.875,09
	TOTAL ACTIVOS	1.047.287,60	1.028.311,71	1.015.359,38	1.064.781,08
	PASIVO				
210	Obligaciones con el Público	0,00	0,00	0,00	
240	Otras cuentas por Pagar	192.617,73	222.182,15	269.151,36	271.984,45
	TOTAL PASIVO	192.617,73	222.182,15	269.151,36	282.462,78
300	PATRIMONIO				
310	Capital Social	1.236.074,48	1.276.688,94	1.299.805,04	1.391.654,31
350	Resultados Acumulados	-381.404,61	-470.559,38	-553.597,02	-609.336,01
	TOTAL PATRIMONIO	-381.404,61	806.129,56	746.208,02	782.318,30

TOTAL PASIVO Y PATRIMONIO	1 047 287,60	1.028.311,71	1.015.359,38	1.064.781,08
COEFICIENTE SUFICIENCIA PATRIMONIAL	86,83%	86,70%	88,12%	89,19%

F. A pesar de los embates ejercidos e indefensión promovida por ASFI y sin que ello desvirtué (sic) nuestras observaciones legales y conceptuales que violenta la Ley N°3892 mediante la Sección 10, de la Resolución ASFI N°233/2012, los socios de nuestra cooperativa consideran viable el cumplimiento de requisitos financieros y patrimoniales que permitan razonablemente en un proceso gradual a corto plazo prevalecer en el tiempo, con solvencia, liquidez, generación de recursos, estructura financiera y toda disposición técnica operativa y de gobernabilidad, que disponga el Estado Plurinacional de Bolivia, en este sentido tomando en cuenta nuestro "Diagnostico para Cumplir con los Requisitos Operativos y Documentales al 30 de junio de 2012" y nuestra situación económica, financiera y patrimonial al 31 de diciembre de 2012, en consideración a todos los antecedentes suscitados durante la gestión 2012, para redimir la indefensión y discrecionalidad que fuimos objeto por la MAE, funcionarios y redactores de normas ASFI, solicitamos que permitan ejercer nuestro derecho de elaborar y presentar para su aprobación un Plan a Corto Plazo que subsane todas las observaciones económicas, financieras, patrimoniales, operativas y técnicas, de conformidad a la Ley N°3892, Ley de Bancos y Entidades Financieras, Ley General de Sociedades Cooperativas, acorde al siguiente "Cronograma de Ejecución":

PLAN ECONOMICO, FINANCIERO, PATRIMONIAL, OPERATIVO Y DOCUMENTAL		FECHA IMPLEMENTACIÓN			CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN													
		Inicio	Final	Plazo	GESTIÓN 2013												GESTIÓN 2014	
					03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	01	02		
ANEXO I REQUISITOS OPERATIVOS Y DOCUMENTALES																		
1.1	Capital Primario																	
	Contar con Capital Primario equivalente a DEG's 100.000	28/02/2013	28/02/2014	12 meses	26%				33%					21%		20%		
	Reposición Patrimonial según EEFF Gestión 2012 Bs800.000.-	28/02/2013	28/02/2014	12 meses			25%				25%				25%	25%		
1.3	Infraestructura y/o instalaciones																	
d	Bóveda o Cajas fuertes (Caso Sucursales)	28/02/2013	30/06/2013	4 meses														
e	Ambiente destinado al archivo	28/02/2013	30/04/2013	2 meses														
1.4	Seguridad física e informática																	
c	Sistema de Video vigilancia para áreas críticas	28/02/2013	30/06/2013	4 meses														
d	Detectores de calor y humo	28/02/2013	30/06/2013	4 meses														
e	Extintores de incendio	28/02/2013	31/03/2013	1 mes														
f	Seguridad física (guardias, alarmas, etc.)	28/02/2013	30/06/2013	4 meses														
1.5	Tecnología de información y comunicaciones																	
b	Políticas, procesos y procedimientos, evaluación de sistemas y aplicaciones de operaciones	28/02/2013	30/06/2013	4 meses														
1.9	Recursos Humanos, manuales relativos a:																	
a	Unidad de Riesgo	28/02/2013	31/12/2013	9 meses														
b	Auditoría interna	28/02/2013	31/12/2013	9 meses														
c	Asesoría Legal	28/02/2013	31/12/2013	9 meses														
d	Punto de Reclamo	28/02/2013	31/12/2013	9 meses														
1.10	Control Interno, referente a:																	
a	Tasas de Interés: Determinación de Tasas de Interés, variación y margen financiero	28/02/2013	30/06/2013	4 meses														
b	Administración de seguros: Seguros de bienes y caución	28/02/2013	30/06/2013	4 meses														
c	Reglamento de Bienes de uso	28/02/2013	30/06/2013	4 meses														
d	Reglamento de Fondos Fijos	28/02/2013	30/06/2013	4 meses														
e	Políticas y estrategias de riesgos de liquidez	28/02/2013	30/06/2013	4 meses														
ANEXO II LÍMITES Y PROHIBICIONES																		

2	Límites crediticios			Continuo															
2.1	Garantía personal hasta el 1%	28/02/2013		Continuo															
2.2	Garantía hipotecaria hasta el 3%	28/02/2013		Continuo															
2.3	Entidad financiera hasta 20%	28/02/2013		Continuo															

G. Pedimos a su Autoridad se pronuncie expresamente y disponga la suspensión de la ejecución de las resoluciones ASFI N°653/2012 y ASFI N°045/2013, en tanto se agote la vía administrativa, tal como lo dispone el Art. 40 del Decreto Supremo N°27175 y el Art. 59 de la Ley N°2341, de Procedimiento Administrativo, toda vez que en la situación impuesta por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución ASFI N°653/2012, subyace rechazo de incorporación al ámbito de regulación de la CAC VDC Ltda., con ordenamiento reglamentario que incumple la Ley N°3892; asimismo esgrimiendo inviabilidad financiera, redactores y funcionarios de ASFI, que actuaron con irresponsabilidad durante ocho meses consecutivos, desde mayo hasta diciembre de 2012, en total indefensión y oportunidad de enmienda, interfirieron y paralizaron nuestro desarrollo económico, financiero y patrimonial, provocando considerables pérdidas con represalias de cese de operaciones, cierre de oficinas por tres meses consecutivos e instruyendo salida ordenada sin especificar la norma o reglamento correspondiente.

III.6 INCONGRUENCIAS EN LOS CONSIDERANDOS DE LA RESOLUCIÓN ASFI N°653/2012

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financieros (ASFI), transgredió su competencia de conocer y resolver el asunto administrativo que emana expresamente de la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008, este hecho provoco que en los considerandos de la Resolución ASFI N°653/2012 se planteen una serie de incongruencias:

1° Incumplen el mandato expreso de Ley N°3892

La Ley N°3892 de 18 de junio de 2008, decreta en su artículo 3°, segundo párrafo, que quedan incorporadas al ámbito de supervisión de la SBEF actual ASFI, las cooperativas de ahorro y crédito societarias. Situación que no es considera por ASFI en su Resolución.

2° Incumplen su propia normativa

La CAC VDC Ltda., para cumplir la Ley N°3892 solicito formalmente incorporación al ámbito de regulación ASFI y sobre la base de documentos y testimonios que demuestran que se encontraba en **FUNCIONAMIENTO ANTES y DURANTE LA GESTIÓN 2008**, y considerando que ya **PRESENTÓ CARTA** de inicio al proceso de adecuación el 30 de diciembre de 2011 de conformidad al Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5 y SECCIÓN 2, ARTÍCULOS 1°, 2° de la Resolución ASFI N° 233/2012, en fecha 22 de agosto de 2012 presentó a ASFI Informe del Diagnóstico de Requisitos Operativos y Documentales elaborado por Auditor Externo registrado en ASFI y comunicó la prosecución del proceso con la elaboración del Plan de Acción dispuesto en el Título I, Capítulo III, SECCIÓN 1, Artículo 5 y SECCIÓN 2, artículo 3°; sin embargo ASFI no valora dicho documento, por el contrario adopta medidas coercitivas contra la CAC VDC Ltda.

3° Aplican discrecionalmente en tiempo y materia sus reglamentos (Resolución

N°157/2010 y Resolución ASFI N°233/2012. (sic)

Todas las sanciones de cese de operaciones, cierre de oficinas por más de tres meses, amedrentamientos de responsabilidades y otros aspectos que causaron considerables pérdidas económicas en desmedro de los socios, fueron realizadas con simples notas desde el 17 de mayo hasta 27 de noviembre de 2012, aplicando indistintamente la Resolución ASFI N° 157/2010 y la Resolución ASFI N°233/2012 para ciertas circunstancias y sus propios fines; este desorden de normativas se mimetiza en lo que denomina ASFI como la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

- 5° (sic) Inadecuadamente incluyen información económica, financiera, patrimonial, coeficientes, ratios e indicadores, que corresponde evaluarlos y considerarlos como requisitos para la obtención de Certificado de Adecuación y Licencia de funcionamiento.

Tal como sentó jurisprudencia con las sesenta y cuatro (64) cooperativas que figuran en sus registros de adecuación de ASFI, el Diagnostico de Requisitos Operativos, permite tanto a ASFI y a la cooperativa establecer el grado de cumplimiento de implementación, para que a través de un Plan de Acción la cooperativa cumpla el mismo previa autorización de ASFI, este hecho permite la obtención del Certificado de Adecuación, conforme establece el Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5° y Sección 2, artículos 4°, 5° y 6°. Sin embargo ASFI evalúa a LA CAC VDC Ltda., sin que previamente hubiese presentado un Plan de Acción.

El cumplimiento total cuantitativo y cualitativo del capital primario, coeficiente de adecuación patrimonial, infraestructura/instalaciones, seguridad física e informática, tecnología de de (sic) información y comunicaciones, continuidad del procesamiento de información, sistemas de información, apropiación contable, remisión a documentos, decisión de la asamblea de obtener licencia de funcionamiento, estatutos modificados y aprobados, permite la obtención de Licencia de Funcionamiento de conformidad al Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5°, Sección 5, Artículo 1°, 2°, 3°, 4° y 5°. Sin embargo, ASFI evalúa los grados de cumplimiento sin que la CAC VDC Ltda., sea inicialmente incorporada.

- 6° Encubren irresponsabilidad, negligencia e indefensión que provocaron sus represalias y medidas en la solvencia y desarrollo de la CAC VDC Ltda., durante la gestión 2012.

Se hacen muchas revelaciones sobre la economía, situación patrimonial, coeficientes de solvencia, políticas crediticias, estadísticas y todas ellas tienen un común denominador, PÉRDIDAS, GASTOS, COSTOS, DEUDAS y OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS, la CAC VDC Ltda., lo criticable a funcionarios y ejecutivos de ASFI es que no tengan la hidalguía de mencionar como excepción profesional, que la causa de todo este debacle es por las medidas que adoptó ASFI durante ocho meses, desde 17 de mayo de 2012 hasta 17 de enero de 2013, y todavía continúa este viacrucis sin ningún escrúpulo o arrepentimiento por parte de los protagonistas que por hoy se encuentran exentos de culpa.

En la redacción de la Resolución ASFI N° 653/2012, ASFI pretende revelar que se estaría evaluando a un regulado reacio, negligente, ducho, que todo el tiempo tiene el afán de quebrantar la Ley y normativas ASFI, cuando en realidad

únicamente la CAC VDC Ltda., solicitó su incorporación al proceso de regulación, para que en este proceso con los mismos derechos y obligaciones de las sesenta y cuatro (64) cooperativas que se encuentran en registros y publicaciones de ASFI, cumpla todos los requerimientos operativos, documentales, económicos patrimoniales, financieros y otros indicadores específicos de intermediación financiera.

En virtud a lo señalado, y en consecuencia al no haberse cumplido el mandato expreso de la Ley N°3892 por parte de ASFI, que generan conflictos entre normas e incongruencias en los considerandos de la resolución ASFI N°653/2012, nos ratificamos in extenso en los fundamentos técnicos y legales substanciales expuestos en el recurso de revocatoria de 11 de diciembre de 2012, exposición en audiencia realizada el 19 de diciembre de 2012, pruebas documentales proporcionadas por instrucción expresa de ASFI el 21 de diciembre de 2012, pruebas testificales presentadas el 18 de enero de 2013, los proporcionados y expuestos durante toda la gestión 2012 que lamentablemente no ha sido considerada ni valorada precautelando la imparcialidad que establece el artículo 11 del Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003 y parágrafo IV), artículo 10 de la Ley N°2331 de 23 de abril de 2002, injusticia que ha dado origen a la citada resolución ASFI.

III.7.DESCONOCIMIENTO DE LA VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES

No obstante a que la CAC VDC Ltda. expuso sus argumentos, presentó pruebas documentales y testificales ante ASFI, las mismas no fueron valoradas por la Autoridad.

En todo el proceso, nosotros reclamamos el cumplimiento de principios que hacen a la existencia misma de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho como es nuestro Estado Plurinacional, pero pareciera que la ASFI se encuentra absolutamente al margen de todas las disposiciones legales vigentes y por el contrario si bien tienen facultades para emitir disposiciones de desarrollo de la norma principal como es la Ley de Bancos y Entidades Financieras, estas disposiciones de último rango NO PUEDEN VIOLAR PRINCIPIOS, GARANTIAS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES, no pueden discrecionalmente y según el "mejor postor", aplicar disposiciones legales que ellos mismos emiten violentando el principio de legalidad, porque este principio se encuentra claramente establecido en la Constitución y los tratados internacionales, es el desarrollo doctrinal el que ha hecho de un Estado de Derecho, un Estado democrático y constitucional, de tal forma que, cuando iniciamos un proceso de adecuación contenido en la Ley Nro. 3892 secciones 1 y 2 desarrollado por la Resolución ASFI nro. (sic) 157/2010, debe ser con esa disposición con la que el trámite debe concluir, eso es cumplir con el principio de legalidad, lo contrario tal como hizo la ASFI en el recurso de revocatoria es violar este principio, puesto que en forma abusiva y discrecional lo que ha hecho es aplicar la Resolución ASFI Nro. 233/2012, Resolución que no estaba en vigencia en el momento de inicio del trámite de adecuación formulado por la CAC VDC, violando en forma evidente y flagrante el principio de legalidad que se entiende conforme la jurisprudencia constitucional de la siguiente forma:

"supone la sumisión de los actos administrativos y jurisdiccionales concreto a las disposiciones de carácter general, principio fundamental que establece un

verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas" (S.C. N°1077/01-R de 04/10/01);

Con esta forma de aplicación de las disposiciones legales, en doble sentido se violenta además la Seguridad Jurídica: es decir: la "Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la Ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, la entorpezca o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio" (S.C. N°287/99-R de 27/09/99);

El desarrollo de la jurisprudencia constitucional no puede ser desconocida por la ASFI, puesto que eso importa además un acto doloso y evidente de existencia al margen de la existencia de las disposiciones que rigen un Estado de la que la ASFI es su representante, porque la amplia jurisprudencia al respecto se plasma en aplicación cotidiana de estos principios, como venimos a demostrar: SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0034/2006 y SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0034/2006 Sucre, 10 de mayo de 2006 Sucre, 10 de mayo de 2006 que a la letra dice:

"El principio de taxatividad, exige que las leyes sean claras, precisas y sencillas, con la finalidad de dotar de seguridad jurídica a los miembros de una sociedad", cuando aplican a la problemática planteada por la CAC VDC la disposición contenida en la Resolución ASFI 233/2012, violentan y vulneran este principio que hace precisamente a la seguridad jurídica.

Conforme ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SC 101/2004, 14 de septiembre), el principio de legalidad **"se constituye en el pilar básico del Estado de Derecho y soporte del principio de seguridad jurídica. Viene a sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de la ley. Es por tanto un principio informador de todo el ordenamiento jurídico de la nación"**.

En el ámbito administrativo, el principio de legalidad cobra importancia, pues a partir de él todos los ciudadanos sabemos y conocemos que las disposiciones legales aplicables serán en cumplimiento del mismo.

Sobre este principio, el Tribunal Constitucional, en la SC 440/2003-R, 8 de abril, al analizar su configuración primigenia y su formulación actual, estableció: "...los precedentes más significativos de esta garantía se encuentran en el siglo XVIII en las ideas de la Ilustración, recogidas luego en las Petitions of Rights de los Estados Americanos (Filadelfia: 1774 y Maryland: 1776) y, fundamentalmente, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia 1789), desde donde se extiende, para luego formar parte de la conciencia jurídica universal, al no existir país de esta órbita de cultura que no lo haya acogido en su legislación; y es que, como lo expresa con singular certeza el profesor Madrid Conesa "pocos principios gozan de tan alto prestigio y de una posición tan fundamental dentro del ordenamiento positivo y aceptados de manera tan unánime por la doctrina y la jurisprudencia, como el principio **nullum crimen sine lege**, siendo, al mismo tiempo tan a menudo negado en la práctica, tanto por el legislador como por los tribunales".

En este punto debemos afirmar que el principio es el antes mencionado y que contamina a todas las disposiciones legales que vengan en su consecuencia, esto para

aclarar que no estamos indicando que este sea un proceso penal, sino que el principio hace al derecho más agresivo y coercitivo como es el derecho penal, pero el principio es aplicable conforme la constitución a todo el ámbito del derecho en general donde por supuesto está el derecho administrativo.

El principio significaba, en su configuración primigenia, una garantía mediante la cual **ningún hecho podía ser considerado delictivo si una ley no lo hubiera declarado así con anterioridad a su perpetración, ni podía imponerse pena alguna que no estuviese previamente establecida por la ley;** lo que más tarde indujo a Beling a formular conceptos, con las repercusiones que esto conllevó en la elaboración técnico-dogmática.

En el caso concreto, no puede haberse aplicado una Resolución posterior al inicio de la petición de proceso de adecuación para rechazar el recurso de revocatoria planteado puesto que ello llega de **incerteza y e (sic) inseguridad, el proceso mismo, retrocediendo al tiempo de regímenes autoritarios y abusivos que vivió el mundo hace casi más de un siglo atrás.**

Todas las autoridades tienen límites precisos para resolver una controversia, lamentablemente La ASFI los ha desconocido pues la aplicación de la Resolución Nro. 233/2012, ha violentado el principio de legalidad y seguridad jurídica, porque ha actuado sin los límites precisos y en respeto de los derechos individuales garantizados frente a cualquier intervención arbitraria de los poderes públicos; sin embargo, debe precisarse que el contenido del principio, en su moderna configuración, que es la que expresa el art. 16.IV CPE, no se agota en la garantía penal descrita, sino que abarca otras dos garantías, a saber:

El fundamento del principio de legalidad se encuentra en la necesidad de certeza en las normas jurídicas, con la **finalidad de que el individuo conozca aquellas conductas permitidas y aquellas otras que se encuentran proscritas, eliminando de esta manera la arbitrariedad estatal en la persecución de los delitos e imposición de las penas;** en consecuencia, el principio se asienta en la seguridad jurídica (art. 7 inc. a) de la CPE) (anterior y actual 115 CPP) no sólo en la medida en que el individuo puede prever sus actos y las consecuencias jurídicas de los mismos, sino también en cuanto sólo el Estado, a través del Órgano Legislativo, tiene el monopolio en la creación de las normas penales.

Esta jurisprudencia tiene total pertinencia al caso concreto porque significa que incluso en el derecho más agresivo y coercitivo se debe tener la certeza de la ley vigente, más aún en áreas del derecho administrativo que son actos que no tienen la trascendencia penal como indica la jurisprudencia.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1089/2012

Sucre, 5 de septiembre de 2012

El debido proceso, consagrado, conforme lo anotado, como garantía constitucional y como derecho humano, ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como: " ...el derecho de toda persona a un proceso justo, oportuno, gratuito, sin dilaciones y equitativo, en el que entre otros aspectos, se garantice al justiciable el conocimiento o notificación oportuna de la sindicación para que pueda estructurar eficazmente su defensa, el derecho a ser escuchado, presentar pruebas, impugnar, el derecho a la

doble instancia, en suma, se le dé la posibilidad de defenderse adecuadamente de cualquier tipo de acto emanado del Estado, donde se encuentren en riesgo sus derechos, por cuanto esta garantía no sólo es aplicable en el ámbito judicial, sino también administrativo" (SC 0788/2010-R de 2 de agosto).

"se denota que el debido proceso se configura como un principio que emerge del Estado de Derecho y del principio de legalidad en su vertiente procesal, lo cual no solo debe ser observado en instancias jurisdiccionales, sino también en administrativas; conforme a lo que ha establecido el Tribunal Constitucional en la SC 0136/2003-R de 6 de febrero, al señalar que: "...la Constitución Política del Estado (CPE), consagra la garantía del debido proceso, expresando que 'Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado en proceso legal', de lo que se extrae que la Ley Fundamental del país, persigue evitar la imposición de una sanción, o la afectación de un derecho, sin el cumplimiento de un proceso previo, en el que se observen los derechos fundamentales y las garantías de naturaleza procesal contenidos en la Constitución y las leyes que desarrollan tales derechos, garantía que conforme a la jurisprudencia sentada por este Tribunal, alcanza a toda clase de procesos judiciales o administrativos...";

III.7.1 AUDIENCIA EXPOSICION DE REPRESENTANTES CAC VDC Ltda.

El 14 de diciembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, concedió audiencia el 19 de diciembre de 2012, a horas 11:30 a.m. en inmediaciones de su domicilio ubicado en la Plaza Isabel la Católica N°2507 de la ciudad de La Paz, en esta audiencia se justificó detalladamente los antecedentes jurídicos, económicos, administrativos, contables e impositivos que demuestran el funcionamiento de la Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda., antes y durante la promulgación de la Ley N°3892 de 18 de junio de 2012, informando a la MAE que los funcionarios ASFI deliberadamente distorsionan la verdad histórica de los hechos, causando daños económicos, morales, indefensión y vulneración de derechos constitucionales, todos los aspectos planteados en la audiencia cursan en archivos magnéticos de voz grabados por ASFI.

En relación a la situación económica, financiera y patrimonial de la cooperativa, se plantearon dos antecedentes:

- a) Que hasta antes de solicitar la incorporación al proceso de regulación la situación económica, financiera y patrimonial, fue estable con tendencia positiva de crecimiento y cumplimiento óptimo de requisitos operativos.
- b) Que a partir del mes de mayo emergente de los instructivos ASFI la situación económica, patrimonial y financiera de la CAC VDC Ltda., fue deteriorándose paulatinamente provocándose cuantiosas pérdidas, no obstante a que se exhortó y suplicó a ASFI levante sus represalias, en virtud a los antecedentes documentales que demuestran el funcionamiento de la cooperativa antes y durante la gestión 2008, lamentablemente la intransigente posición, falta de repuestas y silencio que asumió ASFI nos causaron daño económico irreversible, al respecto los socios en asamblea general extraordinaria manifestaron su disposición a continuar apoyando este crítico periodo provocado por ASFI.

III.7.2 PRUEBAS DOCUMENTALES ADICIONALES

Asimismo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, otorgó cinco (5) días administrativos para la presentación de pruebas adicionales, la Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda., de conformidad a la documentación proporcionada a las dos comisiones de inspección y fotocopias presentadas por escrito en diferentes oportunidades a ASFI, nuevamente mediante memorial de 21 de diciembre de 2012 presento dentro del plazo documentos originales que demuestran su funcionamiento antes y durante la promulgación de la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008, tales como comprobantes de ingreso, comprobantes de egreso, traspasos, balances de sumas y saldos, libros mayores, estado de situación patrimonial, reportes de operaciones de caja, documentos de otorgación y amortización de préstamos, cambio de moneda, aportes de socios, movimientos de cajas de ahorro, depósitos a plazo, comisiones de corresponsalía, pago de impuestos IVA, IT, IUE y presentación de Estados Financieros Anuales certificados por el Servicio Nacional de Impuestos, pago de obligaciones sociales con la Caja de Salud CORDES, AFP's Previsión y Futuro, Finiquitos según Formularios del Ministerio de Trabajo.

Asimismo, para coadyuvar las labores de ASFI, la Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda., aportó con pruebas de certificaciones de entidades públicas y privadas relacionadas operativamente y laboralmente, para que en forma directa certifiquen a ASFI el funcionamiento de la Cooperativa en la Gestión 2008, por otra parte también se ofreció pruebas testificales de diez (10) personas, proporcionando nombres, apellidos, cédula de identidad e institución bancaria donde en la actualidad prestan sus servicios.

El 16 de enero de 2013, la Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda., mediante cite VDC-EJ-OC-GG N°0002/2013 solicito a ASFI que conforme al Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N°653/2012 indique oficialmente si la fecha de pronunciamiento para dictar resolución fue el 10 de enero de 2013, en virtud al artículo 65 de la Ley N°2341 relativa al procedimiento administrativo.

El 16 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, instruyo que el 17 de enero del 2013, se presente propuesta de interrogatorio a los testigos ofrecidos y se realicen las diligencias necesarias para la comparecencia de los testigos ofrecidos el día 18 de enero de 2013 a horas 9:30 a.m., en domicilio ubicado en la Plaza Isabel la Católica N°2507 de la ciudad de La Paz.

La Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda., el 17 de enero de 2013 cumplió en remitir la propuesta de interrogatorio mediante cite VDC-EJ-OC-GG N°017/2013 y resultados de las diligencias de comparecencia de los diez (10) testigos con cite VDC-EJ-OC-GG N°018/2013.

III.7.3 PRUEBAS TESTIFICALES

El 18 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a horas 9:30 a.m., procedió a la audiencia de producción de prueba testifical a cinco (5) personas, de conformidad a la propuesta de interrogatorio y otras que discrecionalmente interpuso la MAE, abogados y sus técnicos, donde quedo corroborado que La Cooperativa "Virgen de Copacabana" Ltda., se encontraba en funcionamiento antes y durante la promulgación de la Ley N°3892 de 18 de junio

de 2008, evidencias que cursan en archivos magnéticos grabados por ASFI.

El día 25 de enero de 2013, ASFI recién entregó a la CAC VDC Ltda., las actas testificales para proceder a la firma de los testigos, documento que fue devuelto inmediatamente el día 29 de enero de 2013.

No obstante a que las pruebas testificales fueron requeridas por ASFI, éstas no son ni siquiera consideradas, menos evaluadas para la emisión de la Resolución ASFI 045/2013, toda vez que la misma fue emitida en fecha 23 de enero de 2013, 7 días antes de la devolución de las actas testificales, lo que una vez más demuestra que la CAC VDC Ltda. no se encuentra evaluada con el debido proceso determinado en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Asimismo, aclaramos que algunos testigos han manifestado que la transcripción de sus declaraciones, no se encuentran conforme a lo manifestado el día de la audiencia, situación que fue asentada en las mismas actas.

IV.- SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA RESOLUCION ASFI N°653/2012

Sobre este punto, conviene dejar en claro que la relevancia del presente recurso no necesariamente radica en la intransigencia del rechazo a la CAC VDC Ltda. El presente recurso es importante, porque la resolución del mismo en línea de pensamiento de la ASFI altera de manera substancial el Proceso de Incorporación dispuesto por la Ley N°3892 de 18 de junio de 2008 promulgado por el compañero Evo Morales Ayma Presidente Constitucional de la República actual Estado Plurinacional de Bolivia, configurando una realidad de supervisión que importa una inequidad financiera para cooperativas, que genera riesgo moral, sistémico y fractura la confianza del sistema.

Es necesario que se tome en cuenta que detrás del rechazo, cese de operaciones y cierre ordenado impuesto por ASFI, subyace la determinación de ASFI para que la CAC VDC Ltda., premeditadamente quiebre económicamente. Es decir, en el texto de las Resoluciones ASFI N°653/2012 y ASFI N°045/2013, subyace como efecto principal el incumplimiento de la Ley N°3892 en desmedro de la CAC VDC Ltda.

Con la finalidad, de que se tenga presente a tiempo de dictar la resolución que resuelva el presente recurso jerárquico, en el presente memorial reiteramos lo siguiente:

La CAC VDC Ltda., se encuentra profundamente consternada por el escenario creado en base a una interpretación equivocada de la Ley N°3892 introduciendo un Reglamento como la Sección 10, Artículos 1º, 2º, 3º y Anexo IV en la Resolución ASFI N°233/2012.

La Resolución ASFI N°653/2012 y su confirmatoria la Resolución ASFI N°045/2013 no solamente lesionan nuestra convicción de incorporación al ámbito de supervisión/regulación, si no fractura la credibilidad y probidad de ingreso al proceso de incorporación y adecuación de las cooperativas de ahorro y crédito cerradas dispuesto por Ley de la República.

De mantenerse firme la Resolución ASFI N°045/2013, se afectará de manera importante la supervisión de las cooperativas como alternativa de intermediación financiera de sectores históricamente discriminados, provocando un importante riesgo moral e inequidad financiera en el diseño de adecuación de las cooperativas a la normativa de ASFI, asentimiento de configurarse un riesgo sistémico capaz de poner en riesgo la sostenibilidad de las cooperativas generando contagio como el ocurrido con las cooperativas de Santa Cruz de la Sierra en la gestión 2012 por

razones que estratégicamente ASFI no termina de justificar pese a haber ejercido control directo de sus actividades.

El escenario descrito en esta sección de nuestro memorial, se ajusta perfectamente a las previsiones del Art. 59 de la Ley N°2341, de Procedimiento Administrativo y del Art. 40 de su decreto Reglamentario aprobado por el Decreto Supremo N°27175, citados a continuación:

La Ley N°2341, de Procedimiento Administrativo Art. 59:

- I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado.
- II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano administrativo competente para resolver el Recurso, podrá suspender la ejecución del acto recurrido, de oficio o a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante.

Decreto Supremo N°27175, Art. 40:

- I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o un perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia (Sic. Autoridad de Supervisión) que disto la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agota la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.
- II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daño grave o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros.

Como explicamos, la ejecución de las Resoluciones ASFI N°653/2012 y ASFI N°045/2013 puede configurar un escenario que ocasionará a nuestra Cooperativa y al sistema cooperativo Boliviano un perjuicio irreversible. Asimismo, con relación al segundo numeral del artículo 40 del Decreto Supremo N°27175, se evidencia que la suspensión de la ejecución de las de las Resoluciones ASFI N°653/2012 y ASFI N°045/2013 no va a causar una grave perturbación del interés general, ni tampoco afectara los derechos de terceros porque sencillamente la actividad de la CAC VDC Ltda., se realiza de forma cerrada únicamente con socios.

V.- PETITORIO

Por los argumentos expuestos, al amparo del Art. 24) (sic) de la Constitución Política del Estado y tomando en cuenta que la resolución ASFI N°045/2013, confirmatoria de la Resolución ASFI N°653/2012 quebranta el principio de Legalidad y vulnera nuestro derecho a la Seguridad Jurídica; Legalidad, que en nuestra jurisprudencia constitucional: "supone la sumisión de los actos administrativos y jurisdiccionales concreto a las disposiciones de carácter general, principio fundamental que establece un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las

normas" (S.C. N°1077/01-R de 04/10/01) (sic); y, Seguridad Jurídica: "Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la Ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, la entorpezca o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio" (S.C. N°287/99-R de 27/09/99) (sic); corresponde que su Autoridad: 1) admita el presente recurso por haber sido presentado dentro del plazo y ante la Autoridad competente; ii) reconozca la legitimidad de la CAC VDC Ltda., para actuar dentro de este proceso por invocación de un derecho subjetivo quebrantado de manera ilegal, iii) remita el presente memorial y el correspondiente expediente a conocimiento del Señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, para que esta autoridad:

1. Imprima el presente recurso el procedimiento establecido por los artículos 52 y siguientes del Decreto Supremo N°27175.
2. Tenga por aportados y ratificados para establecer nuestro FUNCIONAMIENTO y operaciones comprendidas en el artículo 8 del Decreto Supremo N°25703 así como la incorporación al ámbito de regulación dispuesto por la Ley N°3892, las pruebas documentales, argumentos expuestos en notas previas a su resolución, su correspondencia cursada al Vice Ministerio (sic) de Pensiones y Servicios Financieros, notas y audiencias realizadas con la Federación de Cooperativas de La Paz y los argumentos presentados en las diferentes actuaciones incluyendo el periodo de prueba aperturado por ASFI dentro la tramitación del Recurso de Revocatoria como son notas recibidas directamente de AFP's y Caja de salud CORDES, exposición de nuestros representantes y pruebas testificales realizadas por ASFI, así como toda la documentación cursante en la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.
3. Se pronuncie expresamente y disponga la suspensión de la ejecución de las resoluciones ASFI N°653/2012 y ASFI N°045/2013, en tanto se agote la vía administrativa, tal como lo dispone el Art. 40 del Decreto Supremo N°27175 y el Art. 59 de la Ley N°2341, de Procedimiento Administrativo, toda vez que en la situación impuesta por la autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución ASFI N°653/2012, subyace rechazo de incorporación al ámbito de regulación de la CAC VDC Ltda., con ordenamiento reglamentario que incumple la Ley N°3892 y esgrimiendo inviabilidad financiera redactores y funcionarios de ASFI, actuaron con irresponsabilidad durante ocho meses consecutivos, desde mayo hasta diciembre de 2012 interfiriendo y paralizando nuestro desarrollo económico, financiero y patrimonial, provocando considerables pérdidas con represalias de cese de operaciones, cierre de oficinas y salida ordenada.
4. Admita su autoridad, que la sumisión de los actos administrativos y jurisdiccionales concreto a las disposiciones de carácter general, principio fundamental que establece un verdadero limite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, pedimos se tramiten responsabilidades para los redactores y funcionarios de ASFI por violentar la Ley N°3892 mediante la Sección 10, Artículos 1º, 2º, 3º y Anexo IV de la Resolución ASFI N°233/2012 de 12 de junio de 2012 e incumplir su mandato de incorporar al ámbito de regulación a las cooperativas de ahorro y crédito cerradas, sin

- considerar un proceso gradual adecuación a la normativa ASFI.*
5. *Señale día y hora, para que de acuerdo a lo preceptuado en el Art. 58 del Decreto Supremo N°27175, la CAC VDC Ltda., realice la exposición y fundamentación oral de sus argumentos, en audiencia ante su autoridad.*
 6. *Oportunamente, dicte Resolución administrativa debidamente fundamentada, y en mérito a los argumentos expuestos, declare fundado el presente recurso y en su mérito, revoque totalmente, declare la ilegalidad y consiguiente extinción de las Resoluciones ASFI N°653/2012 y ASFI N°045/2013 y disponga la cesación y reparación de todos sus efectos, derechos y obligaciones dispuestas por la Ley N°3892.*
 7. *Se pronuncie sobre la improcedencia del rechazo de adecuación al proceso de adecuación por incumplimiento a los requisitos establecidos en el Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5, Sección 10, Artículos 1º, 2º, 3º y Anexo IV de la Resolución ASFI N°233/2012 de 12 de junio de 2012 y consecuentemente disponga la revocatoria de la sanción impuesta.*

Se pronuncie sobre la improcedencia del cese de operaciones y salida ordenada en el marco de las disposiciones legales y sus estatutos, y consecuentemente disponga la revocatoria de la sanción impuesta y Admita el Plan a Corto Plazo que subsane todas las observaciones económicas, financieras, patrimoniales, operativas y técnicas, de conformidad a la Ley N°3892, Ley de Bancos y Entidades Financieras, Ley General de Sociedades Cooperativas, según Cronograma de Ejecución propuesto en el punto III.6.F del presente memorial. Considerando que las actuaciones de ASFI fueron discrecionales y provocaron indefensión, daño económico irreversible e inviabilidad financiera en la gestión 2012, a partir del mes de mayo cuando con simples notas instruyó Cese de Operaciones, Salida Ordenada y Cierre de Oficinas, acciones que no se encuentran comprendidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras, Ley de Sociedades Cooperativas ni en el Código de Comercio pero que fueron ejercidas en contra de nuestra cooperativa sin que exista reglamentación que considere las características propias del sector cooperativo tal como exige la Ley N°3892. Situación que violento nuestros derechos constitucionales.”

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria “Virgen de Copacabana” Ltda., corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

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

1. ANTECEDENTES.-

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012, rechazó la solicitud para acogerse al Proceso de Adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Virgen de Copacabana" Ltda., por incumplimiento a los requisitos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título I, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5, Sección 10, Artículos 1, 2, 3 y su Anexo VI, y a su vez dispuso el cese de operaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda.

La Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., en fecha 11 de diciembre de 2012, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012, misma que fue resuelta por Resolución Administrativa ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013, mediante la cual confirma parcialmente la Resolución ASFI N° 653/2012, determinando el rechazo a la solicitud de 29 de diciembre de 2011 y consiguientemente la solicitud de Adecuación al Proceso de Adecuación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito que fuera solicitada mediante nota VDC-CACV-PE-No. 002/11 de 29 de diciembre de 2011, debido al incumplimiento a los requisitos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título 1, Capítulo III, Sección 1, Artículo 5, Sección 10, Artículos 1, 2, 3 y su Anexo VI.

Que, en fecha 15 de febrero de 2013, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda., interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013, mismo que se pasa a resolver.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable.-

Previo al análisis respectivo, corresponde revisar la normativa atinente al caso de autos, como sigue:

- **Ley N° 3892, de 18 de junio de 2008**

"Artículo 1.- (Modificación al Artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras). Se incluyen en el Artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, las siguientes definiciones:

Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria: Entidad de Intermediación Financiera, no bancaria constituida como sociedad cooperativa, de objeto único, autorizada a realizar operaciones de ahorro y crédito exclusivamente con sus socios, en el marco de esta Ley, en el territorio nacional.

Cooperativa de Ahorro y Crédito de Vínculo Laboral: Sociedad sin fines de lucro de objeto único que realiza operaciones de ahorro únicamente con sus socios y otorga créditos para el mejoramiento económico y social de los mismos y se organiza en el seno de una institución o empresa, pública o privada, o un gremio profesional. La afiliación es libre y voluntaria. En ningún caso podrán establecerse mecanismos

obligatorios de afiliación como condición de trabajo y no pueden mantener oficinas abiertas para la atención al público.

Se modifica la definición 12 del Artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras..."

ARTICULO 3º.- (Modificación al Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras).

Se sustituye el Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, con el siguiente texto:

Artículo 70. Las cooperativas de ahorro y crédito abiertas y las cooperativas de ahorro y crédito societarias se consideran entidades especializadas de objeto único para la intermediación financiera, adoptando el régimen de responsabilidad limitada. Están obligadas a utilizar en su denominación la palabra limitada o la abreviatura Ltda. Para la obtención de su personería jurídica, la entidad solicitante deberá contar previamente con el permiso de constitución de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

Quedan incorporadas al ámbito de supervisión de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras las cooperativas de ahorro y crédito societarias, definidas en el Artículo 1 de la presente Ley... que remplazan para todos los efectos a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de carácter comunal.

Las operaciones activas y pasivas, las limitaciones y prohibiciones, los plazos y modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias al ámbito de la supervisión, la obtención de las respectivas licencias, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución y cierre de tales entidades y, los mecanismos de conversión de cooperativas de ahorro y crédito societarias en cooperativas de ahorro crédito abiertas serán reglamentados por la Superintendencia, de acuerdo a las características de este tipo de entidades."

(Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

- **Resoluciones Administrativas**, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero: ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010 y ASFI/233/2012 de 12 de junio de 2012, que en su parte pertinente, determinan lo siguiente:

A. Resolución Administrativa ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010.-

"CAPÍTULO III: REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 4º.- Proceso de incorporación de Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria en funcionamiento al ámbito de Supervisión.- La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de la regulación de ASFI debe cumplir con dos etapas:

Etapa 1. Obtención del Certificado de Adecuación: Etapa que fue iniciada con la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y que concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI.

Etapa 2. Obtención de la Licencia de Funcionamiento: Etapa que se inicia con la obtención del Certificado de Adecuación y que concluye con la obtención de la Licencia de Funcionamiento emitida por ASFI.

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios... “

“SECCIÓN 2: OBTENCIÓN DEL CERTIFICADO DE ADECUACIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIAS

Artículo 1º.- Proceso para la Obtención del certificado de Adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias.- La CAC Societaria que a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para la obtención del certificado de Adecuación, debe cumplir con las siguientes fases:

Fase I: Diagnóstico de Requisitos

Fase II: Elaboración del Plan de Acción

Fase III: Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación

Artículo 2º.- Fase I: Diagnóstico de Requisitos.- La CAC Societaria debe contratar en el plazo máximo de treinta (30) días a partir de la emisión del Presente Reglamento, a la firma inscrita en el Registro de Firmas de Auditoría Externa de ASFI, para que efectúe el diagnóstico y la evaluación sobre la capacidad de la CAC Societaria para cumplir con los requisitos operativos y documentales detallados en el Anexo I del Presente Reglamento...”

La Resolución ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010, fue puesta en vigencia mediante Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010, la misma que en su numeral 3 establece la ampliación del plazo de adecuación “...**hasta el 30 de junio de 2010**, a aquellas CAC Cerradas de carácter comunal, actualmente denominadas Cooperativas Societarias, **que al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraban en funcionamiento** y no iniciaron el proceso de adecuación ante ASFI.”

(Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

B. Resolución Administrativa ASFI/233/2012, de 12 de junio de 2012.-

CAPÍTULO III: REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES

“...Artículo 5° - (Proceso de adecuación de una cooperativa de ahorro y crédito societaria en funcionamiento al ámbito de la regulación). La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de aplicación de LBEF debe cumplir con dos etapas:

Etapa 1. Certificado de adecuación: Etapa que inicia la CAC Societaria con la presentación de la carta de intención de inicio del proceso de adecuación y concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI, conforme lo establecido en la Sección 2 del presente Reglamento. En esta etapa la CAC Societaria no podrá abrir sucursales, agencias u otros puntos de atención.

Etapa 2. Licencia de funcionamiento: Etapa que se inicia con la obtención del Certificado de Adecuación y que concluye con la obtención de la Licencia de Funcionamiento emitida por ASFI. En esta etapa, la apertura de sucursales, agencias u otros puntos de atención de la CAC Societaria en proceso de adecuación, podrá ser aprobada previa evaluación técnica y legal realizada por ASFI y cumpliendo los requisitos establecidos en el Reglamento para Sucursales, Agencias y Otros Puntos de Atención, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF).

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios.

La CAC Societaria que obtenga la licencia de funcionamiento, quedará incorporada al ámbito de aplicación de la LBEF y será considerada entidad de intermediación financiera no bancaria autorizada.

Artículo 6° - (Atribuciones de ASFI). A partir de la aprobación del presente Reglamento y en aplicación del Artículo 96° de la LBEF, ASFI podrá:

- 1) Realizar visitas de inspección a la CAC Societaria en proceso de adecuación y, recabar información y declaraciones de cualquier persona que considere pertinente
- 2) Convocar a los miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, ejecutivos o socios de la CAC Societaria en proceso de adecuación que ASFI considere necesario
- 3) Emitir instructivos a la Gerencia General, Consejo de Administración y Consejo de Vigilancia, así como recomendaciones a la Asamblea General de Socios de la CAC Societaria en proceso de adecuación, con el fin de precautelar los intereses de los socios
- 4) Convocar a Asamblea Extraordinaria de la CAC Societaria en proceso de adecuación cuando exista un hecho relevante que afecte negativamente la posición jurídica, económica o financiera de la Cooperativa, o cuando el Consejo de Administración o el Consejo de Vigilancia no la realizaran
- 5) Declarar como entidad no autorizada para realizar actividades de intermediación financiera, a la CAC Societaria en proceso de adecuación que no cumpla las instrucciones emitidas por ASFI

Artículo 7° - (Remisión de información a ASFI). A partir de la información correspondiente al mes de octubre de 2008, la CAC Societaria debe remitir a ASFI los Estados Financieros correspondientes al cierre de cada mes.

Los estados financieros deben ser presentados en forma impresa y electrónica a las direcciones establecidas mediante Circular hasta el día 20 del mes siguiente. Adicionalmente, al final de cada gestión debe presentar el informe de Auditoría Externa correspondiente.

En caso de no elaborar Estados Financieros mensuales, la CAC Societaria debe informar a ASFI el motivo y la periodicidad con la que éstos serán presentados.

SECCIÓN 2: CERTIFICADO DE ADECUACIÓN PARA LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIAS EN PROCESO DE ADECUACIÓN

Artículo 1° - (Proceso para la obtención del certificado de adecuación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias). La CAC Societaria que presentó la carta de intención de inicio del proceso de adecuación, para la obtención del Certificado de Adecuación, debe cumplir con las siguientes fases:

Fase I: Diagnóstico de Requisitos.

Fase II: Elaboración del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.

Fase III: Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación, previa visita de inspección y evaluación Técnica - Legal de ASFI.

Artículo 2° - (Fase I: Diagnóstico de requisitos). Una vez que la CAC Societaria en proceso de adecuación comunique a ASFI su intención de iniciar el proceso de adecuación, debe contratar a una firma de Auditoría Externa inscrita en el Registro de ASFI en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles administrativos, para que efectúe el diagnóstico y la evaluación sobre la capacidad de la CAC Societaria en proceso de adecuación de cumplir con los requisitos operativos y documentales detallados en el Anexo 1 del presente Reglamento.

Artículo 3° - (Fase II: Elaboración del plan de acción de requisitos operativos y documentales). La CAC Societaria en proceso de adecuación en base al diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, debe elaborar un Plan de Acción para el cumplimiento de Requisitos Operativos y Documentales que considere como mínimo lo siguiente:

- 1)** Un cronograma de reconversión y reclasificación contable de los Certificados de Aportación de sus socios, instrumentados bajo modalidades diferentes a las establecidas en el Decreto Supremo N° 25703, que permita la exposición correcta de los mismos.
- 2)** Un cronograma de cumplimiento de las recomendaciones del diagnóstico.
- 3)** Adecuación a límites y observancia a las prohibiciones de acuerdo con lo establecido en el Anexo 4 del presente Reglamento.

El Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, aprobado por el Consejo de Administración, debe ser remitido a ASFI dentro de los ciento veinte (120) días hábiles administrativos posteriores a la recepción del diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, el cual deberá ser informado en la próxima Asamblea General de Socios.

Para la elaboración e implementación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá recurrir al apoyo de un consultor independiente o dependiente de una firma de Auditoría Externa.

Artículo 4° - (Fase III: Evaluación y emisión del Certificado de Adecuación). ASFI efectuará la evaluación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales elaborado por la CAC Societaria en proceso de adecuación y en caso de existir observaciones, la CAC Societaria debe efectuar las modificaciones y correcciones que sean necesarias.

Asimismo, ASFI realizará visitas de inspección, con el objeto de evaluar aspectos técnicos y legales. En caso de existir observaciones, la CAC Societaria en proceso de adecuación, debe remitir un Plan de Acción Complementario en el plazo establecido por ASFI, que incluya la reformulación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.

De no existir observaciones, ASFI emitirá el Certificado de Adecuación previo informe técnico y legal...” (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

Nótese que la **Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012**, incorpora nuevos requisitos para la incorporación al Proceso de Adecuación para las Cooperativas, introducidas al Capítulo III, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

2.2. De los antecedentes relacionados con la solicitud de incorporación.-

La Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Virgen de Copacabana Ltda., presentó su solicitud de ingreso al ámbito de regulación, mediante nota CITE VDCACV-PE-N°002/11, de fecha **29 de diciembre de 2011**, reiterando la misma mediante nota VDC-EJ-OC-PE Nro. 033/2012 de 21 de marzo de 2012.

Mediante Nota ASFI/DSR IV/R-55690/2012, de fecha **8 de mayo de 2012**, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se pronuncia en el fondo, determinando que la Cooperativa no cumple con los requisitos para la incorporación al proceso de adecuación, es decir que, no ha demostrado estar en funcionamiento al de 18 de junio de 2008, fecha de promulgación de la Ley N° 3892, y que su incorporación se produjo hasta el 30 de junio de 2010, instruyendo por ello el cese de sus operaciones.

2.3. Del funcionamiento de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria “Virgen de Copacabana” Ltda. a tiempo de la promulgación de la Ley N° 3892.-

La recurrente, asevera que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria “Virgen de Copacabana” Ltda. habría cumplido con el requisito establecido en la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, es decir, que sí se encontraba en funcionamiento a dicha fecha, adjuntando para ello fotocopia legalizada de los formularios 200-IVA, 400-IT, 608-RC IVA, 500 IU y 605 de la gestión 2008, así como comprobantes de ingreso, comprobantes de egreso, comprobantes de traspasos, balances de sumas y saldos, libros mayores, estado de situación patrimonial, reportes de operaciones de caja, documentos de otorgación y amortización de préstamos, cambio de moneda, aportes de socios, movimientos de cajas de ahorro,

depósitos a plazo, comisiones de corresponsalía, presentación de Estados Financieros Anuales, certificados por el servicio de impuestos nacionales, pago de obligaciones sociales a la Caja de Salud CORDES, aportes a las AFP's Previsión y Futuro de Bolivia y Finiquitos según formularios del Ministerio de Trabajo.

Sin embargo y sobre tal aseveración y documentación presentada, la Autoridad Reguladora, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 045/2013 de fecha 23 de enero de 2013, ha determinado:

*“...Que, de la revisión de la prueba documental presentada por la Cooperativa mediante memorial de 21 de diciembre de 2012, consistente en: estados financieros contables de los meses de mayo de 2007 y agosto a diciembre de 2007; finiquitos pagados en la gestión 2008; comprobantes de pago a la Caja de Salud CORDES, advirtiendo el pago de aportaciones de la gestión 2008 con el cheque N° 22 de 29 de mayo de 2008, con cargo a la cuenta personal del Sr. Julio Marín Duran en el Banco Ganadero S.A. (página 40); Certificación de Formularios de Impuestos Nacionales 2008 – 2011; estados financieros contables de enero a marzo de 2008, se determina que la misma no hace a las funciones propias de una cooperativa de ahorro y crédito, no cuenta en algunos casos con la debida suscripción del responsable de su elaboración y aprobación (ejemplo estados financieros de enero a marzo de 2008); **está referida a períodos que no corresponden a la causa que motivó el rechazo a la solicitud de ingreso al proceso de adecuación** (ejemplo Comprobantes ingreso, egreso, traspaso, balance de sumas y saldos, reporte de operaciones de caja, etc., gestión 2007) **y en su generalidad no están referidas a la comprobación de haber realizado alguna de las operaciones propias de las cooperativas de ahorro y crédito cerradas, establecidas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000**, limitándose a representar gestiones administrativas como declaración de impuestos, pagos a la Caja de Salud CORDES, planillas de sueldos, pago de aporta a las AFP Previsión y Futuro S.A., finiquitos, certificación de pago de impuestos y aportes a la Caja de Salud, etc..”.*

(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Asimismo y en cuanto al interrogatorio efectuado a los testigos presentados por la Cooperativa, que fueran practicados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, concluye que todos los cajeros de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda., efectuaban únicamente la labor de cobranza de impuestos a contribuyentes, por cuenta del Banco Ganadero S.A., toda vez que dicha entidad bancaria había terciarizado este servicio, lo que evidencia –según la Autoridad- que las labores que realizaban hasta el mes de junio de 2008, no consistían funciones propias de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda.

Finalmente, la Autoridad presenta las siguientes conclusiones:

(...)

“Que, la Certificación SIN/GDLPZ/DRE/COF/NOT/0094/2013 de 4 de enero de 2013 emitida por el Servicio de Impuestos Nacionales presentada en fecha 16 de enero de 2013, acredita que la Cooperativa cuenta con declaraciones juradas correspondientes al Impuesto al Valor Agregado (Form. 200), Impuesto a las Transacciones (Form. 400) e Impuesto a las Utilidades (Form. 605) correspondientes a la gestión 2008, donde el Form. 200 registra pagos de enero a abril de 2008 y el Form. 400 registra pagos de enero a mayo de 2008, declarando sin movimiento o en cero el resto del período, certificación que tampoco

importa la ejecución de operaciones propias de la cooperativa de ahorro y crédito previstas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703.

Que, la certificación emitida por la Caja de Salud CORDES, manifiesta que la Cooperativa estuvo afiliada desde el 1 de julio de 2007 hasta el 31 de julio de 2008, adeudando aportes patronales los meses de mayo, junio y julio de 2008, los mismos que se encuentran en proceso de regularización por convenio de fecha 13 de abril de 2012, la que igualmente no acredita que la entidad haya estado realizando al 18 de junio de 2008 operaciones propias de las cooperativas de ahorro y crédito societarias, previstas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703."

(...)

Que, el Informe Técnico ASFI/DSR IV/R-170642/2012 de 24 de diciembre de 2012, concluye que la información financiera presentada es insuficiente, incompleta, carece de sustento y respaldo, no demuestra de forma fehaciente su funcionamiento al momento de la promulgación de la Ley 3892 en fecha 18 de junio de 2008, que la misma carece de información financiera contable histórica que sustente la continuidad de sus operaciones ininterrumpidamente, la deficiente situación financiera por la que atraviesa la entidad y falta de información financiera veraz, hace inviable la presentación de un Plan de Acción, la reactivación de la Cooperativa fue dispuesta por un Comité Reorganizador conformado por dos personas que sin serlo, se atribuyeron la condición de socios, lo que consta en el Acta de fecha 17 de septiembre de 2011, protocolizada en Testimonio N° 782/2011 de 22 de septiembre de 2011 por lo que la misma no cumple con los requisitos establecidos en los artículos 1 y 3 de la Sección 10, Capítulo III, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, conforme a las premisas establecidas en el Anexo VI del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito.

(...)

"...Que, el Informe ASFI/DAJ/R-9623/2013 de 18 de enero de 2013, concluye que de acuerdo al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, contenido en el Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, conforme a la estructura vigente al momento de presentarse el recurso de revocatoria de la Cooperativa Virgen de Copacabana Ltda., se tiene lo siguiente:

A. El artículo 1, Sección 10, establece que las cooperativas societarias que se encontraban en funcionamiento hasta antes de la promulgación de la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 y no iniciaron el proceso de adecuación, podrán hacerlo de manera excepcional hasta el 1 de octubre de 2012.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, funcionamiento implica la acción y efecto de funcionar; funcionar, de acuerdo a la misma fuente, implica ejecutar las funciones que le son propias. En este sentido, es determinante establecer si al momento de promulgarse la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Virgen de Copacabana Ltda.,

venía realizando las funciones que le son propias, conforme al artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000.

- B. De acuerdo a los resultados expuestos en los informes de inspección ASFI/DSR IV/R-22453/2012 de 28 de febrero de 2012 y ASFI/DRS IV/R-133612/2012 de 18 de octubre de 2012, no se presentó documentación que acredite que la Cooperativa haya estado en funcionamiento al 18 de junio de 2008.
- C. La documentación necesaria para determinar si la entidad estuvo o no en funcionamiento al 18 de junio de 2008, es aquella que exprese la realización o ejecución de actividades que le son propias, es decir aquellas señaladas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703, que sin embargo nunca fueron expuestas ante el Órgano Fiscalizador.
- D. La documentación presentada por la entidad en calidad de prueba, no hacen a actividades que son propias a una cooperativa de ahorro y crédito societaria.
- E. El Informe Técnico ASFI/DSR IV/R-170642/2012 de 24 de diciembre de 2012, ratifica la inviabilidad financiera de la Cooperativa expresadas en los informes de inspección antes indicados.
- F. El proceso de adecuación previsto en la Sección 10 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, condiciona su inicio a que la entidad haya estado en funcionamiento al 18 de junio de 2008 y que exista viabilidad financiera y de gobierno, estas últimas determinadas en las visitas de inspección bajo las premisas del Anexo VI del Reglamento.
- G. Durante el trámite del recurso de revocatoria, la Cooperativa no ha demostrado haber estado en funcionamiento al 18 de junio de 2008 ni que sea financieramente viable, en consecuencia no ha aportado elementos suficientes de prueba que permitan a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero revocar lo dispuesto en la Resolución ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012..."

De lo transcrito, se tiene que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se ha pronunciado en sentido de que la causa o motivo del rechazo a la solicitud de ingreso al proceso de adecuación, se circunscribe a que la recurrente no habría demostrado **haber realizado ninguna de las operaciones propias de las cooperativas de ahorro y crédito cerradas, establecidas en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000.**

Sin embargo de ello, el hecho de que prestaba el servicio de cobro de impuestos por cuenta del Banco Ganadero S.A., conforme el artículo 8 inc. m) del Decreto Supremo N° 25703, resultaría en una operación propia de las Cooperativas De Ahorro Y Crédito Cerradas, consistente en "Celebrar contratos de corresponsalía con entidades financieras bancarias y no bancarias".

Esta como otras de las argumentaciones presentadas por la entidad recurrente, que no han sido analizadas por la Autoridad Reguladora, denota el incumplimiento a la Ley de

Procedimiento Administrativo, y en especial del inc. d) artículo 4 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo, quien para emitir una firme y serena convicción debe realizar cuanta diligencia sea necesaria a efectos de encontrar la verdad, siguiendo los hechos, documentos presentados y que se requiera, para recién pronunciarse si existe algún documento contrato u otra documentación que permita validar dicho extremo.

Asimismo, la Entidad Supervisora, principalmente omitió señalar cuáles son las operaciones o actividades mínimas que tendría que cumplir o haber cumplido la cooperativa para que la misma **se considere en funcionamiento al 18 de junio de 2008**, fecha establecida en la Ley N° 3892, y no dejar en incertidumbre a su regulado, quien no conoce los parámetros establecidos para llegar a dicho convencimiento y de esta manera pueda ejercer el derecho a la defensa que le asiste.

Siguiendo la misma línea de razonamiento, tenemos que de igual manera a tiempo de valorar los Estados Financieros, el Ente Regulador se pronuncia en sentido de que los mismos serían insuficientes y carecerían de sustento y respaldo, sin señalar las causas para llegar a dicha conclusión.

Por lo que, la Autoridad Fiscalizadora deberá hacer un nuevo análisis y una nueva valoración de la documentación presentada y requerir si así ameritaría (bajo el principio de verdad material) mayor documentación, a fin de determinar si la misma cumple o no con los requisitos que respaldarían el requisito de encontrarse en funcionamiento a la fecha de promulgación de la Ley N° 3892.

Por lo tanto, se observa que las Resoluciones Administrativas ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013, y ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012, emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no se encuentran debidamente motivadas y fundamentadas, toda vez que no existe una enunciación clara y concreta sobre las observaciones que fundan el rechazo, aspecto que no permite al recurrente tener en claro los argumentos que basan dicha decisión, dando a entender subjetividad en la decisión.

2.4 De las Resoluciones ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010 y ASFI N° 233/2012, de 12 de junio de 2012.-

La recurrente señala que, en el transcurso del presente proceso, la Autoridad usa de manera indistinta y discrecional las Resoluciones ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010 y ASFI N° 233/2012, de 12 de junio de 2012, para fundamentar su decisión; asimismo, señala que al haber presentado la carta de inicio al proceso de adecuación en fecha 29 de diciembre de 2011, correspondía aplicar la normativa establecida en la Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010.

Argumentación que amerita traer a colación los antecedentes del caso, cual se procede a continuación:

- Mediante Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2010 (Reglamento para la Constitución, Adecuación, y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito), en el artículo 1, Sección 10, señaló que la CAC Societaria que al momento de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento y que no inició el

proceso de adecuación ante ASFI, **tenía plazo hasta el 30 de junio de 2010** para iniciarlo, caso contrario será considerada como entidad que realiza actividad financiera ilegal.

- La Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria Virgen de Copacabana Ltda., presenta su solicitud de ingreso al ámbito de regulación, mediante nota CITE VDCACV-PE-N°002/11, de fecha 29 de diciembre de 2011 (**Es decir fuera del plazo previsto por la Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero** de 2010).
- En fecha 15 de febrero de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero realizó una Visita de Inspección Ocular con corte al 31 de diciembre de 2011, concluyendo en el informe ASFI/DSR IV/R-22453/2012 de 28 de febrero de 2012, que no se encontró evidencia suficiente que acredite que la Cooperativa se encontraba en funcionamiento a la promulgación de la Ley 3892, pese a que la Cooperativa presentó documentación acreditando que contaba con NIT, Licencia de Funcionamiento, que se hallaba registrada en INALCO y DIGECOOP, Acta de Asamblea General Extraordinaria de Socios, celebrada en fecha 17 de septiembre de 2011, así como Estados Financieros de las gestiones 2006 y 2007.
- La Cooperativa, mediante nota VDC-EJ-OC-PE N° 0024/12 de 29 de febrero de 2012 comunica la suscripción del contrato con la empresa AXON SRL, para la provisión de Cesión de Licencia de Uso y Soporte y Mantenimiento de un sistema automatizado para el manejo de información financiera SFI,
- La Autoridad Fiscalizadora mediante nota ASFI/DSR IV/R-29977/2012 de fecha 13 de marzo de 2012, recomienda no efectuar gastos **y que ésta debería esperar hasta que se defina la incorporación al proceso de adecuación de las cooperativas que no ingresaron al proceso en los plazos establecidos,...**”, en la Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010 (Resolución ASFI N° 157/2010).
- La Cooperativa, mediante nota VDC-EJ-OC-PE Nro. 033/2012 de 21 de marzo de 2012, reitera su intención de incorporarse al proceso de adecuación, indicando además que el 95% de los requerimientos operativos y documentales serán concluidos hasta el 30/04/2012.
- En fecha 30 de marzo de 2012, mediante nota ASFI/DSR IV/R-38631/2012, la ASFI ratifica la posición asumida mediante nota ASFI/DSR IV/R-29977/2012 de 13 de marzo de 2012, señalando también que cualquier decisión de gasto realizada en contraposición a la instrucción dada en dicha nota, será de responsabilidad de la Cooperativa.
- La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante notas ASFI/DSR IV/R-55690/2012, de fechas 8 de mayo de 2012, ASFI/DSR IV/R- 103549/2012 de 22 de agosto de 2012 y ASFI /DSR/IV/R- 106507/2012 de 28 de agosto de 2012 determina el cese de operaciones de la Cooperativa.

Nótese en este punto que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emite su primer acto administrativo (Nota ASFI/DSR IV/R-55690/2012, de fecha 8 de mayo de 2012) y se pronuncia en el fondo, determinando:

“...que de acuerdo con el Título I, Capítulo III, Sección 10 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras se definen dos requisitos para la incorporación al proceso de adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de carácter comunal, que al momento de la promulgación de

la Ley 3892 de 18 de junio de 2008 se hayan encontrado en funcionamiento y que la incorporación se haya producido hasta el 30 de junio de 2010 inclusive.

En consecuencia, como resultado del informe mencionado precedentemente, está Autoridad de Supervisión instruye el cese de operaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Comunal “Virgen de Copacabana Ltda...”

- En fecha 12 de junio de 2012, la Entidad Reguladora emitió la Resolución Administrativa ASFI/233/2012 (Reglamento para la Constitución Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito), estableciendo nuevas reglas para el Proceso de Adecuación y ampliando el plazo para la incorporación hasta el 1 de octubre de 2012. En la misma, se estableció las etapas de cumplimiento y evaluación como ser: Análisis de la Viabilidad Financiera y de gobierno.
- En Fecha 15 de octubre de 2012 mediante nota EJ-OC-AJ-N°003/12 la Cooperativa solicita a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero reconsidere su medida de cese de funciones y enmiende su determinación discrecional y aplique la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012
- En fecha 18 de octubre de 2012, mediante informe ASFI/DSR IV/R-133612/2012, el Ente Regulador detalla los resultados de una segunda inspección realizada a la Cooperativa, habiendo establecido el incumplimiento por no haber demostrado que se encontraba en funcionamiento al **18 de junio de 2012** y por presentar inviabilidad financiera, requisitos establecidos en la Resolución ASFI N° 233/2012.
- Mediante Resolución ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012, se resuelve rechazar la solicitud al Proceso de Adecuación de la Cooperativa por incumplimiento a los requisitos establecidos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Título I, Capítulo III, Sección 10, artículos 1,2,3 y su Anexo IV.

Nótese en este punto que la ASFI, en fecha 26 de noviembre de 2012, emite un segundo acto administrativo (Resolución Administrativa ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012,) por el cual nuevamente rechaza la solicitud al Proceso de Adecuación de la Cooperativa, esta vez, por incumplimiento a los requisitos establecidos en la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, que establece que además de que las Cooperativas demuestren que estas se encontraban en funcionamiento al 18 de junio de 2012 y que deberían tener viabilidad financiera y de gobierno.

Por lo que, en mérito a lo anterior se llegan a las siguientes conclusiones:

Pese a que la Autoridad Reguladora comunica a la Cooperativa de que ésta debería esperar una nueva norma que defina la incorporación al proceso de adecuación de las Cooperativas, la misma realiza una Visita de Inspección Ocular con corte al 31 de diciembre de 2011 y concluye que no habría encontrado evidencia suficiente que acredite el funcionamiento de la Cooperativa a la promulgación de la Ley 3892, y, a su vez, determina el cese de operaciones de la Cooperativa.

Que, en este sentido, si bien el presente proceso no versa sobre dichos actuados, cabe precisar que la Autoridad Supervisora no debió emitir ningún pronunciamiento cual lo hizo, tomando en cuenta la fecha de presentación de la solicitud.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al haber emitido dos actos administrativos, con requisitos adicionales uno del otro, ha generado inseguridad jurídica al regulado, quien a ciencia cierta no conoce cuál de las normas le corresponde sea aplicada a la misma, contando con dos rechazos la primera arguyendo que la solicitud se encontraría fuera de plazo establecido en la Circular ASFI N° 38/2010 de 22 de febrero de 2010 y principalmente que no habría cumplido con los requisitos de la Ley N° 3892 en cuanto al funcionamiento y el segundo acto señalando que ésta no habría cumplido con los requisitos de la Resolución ASFI/233/2012, de 12 de junio de 2012, generando incertidumbre al administrado en cuanto a qué norma debió ser aplicada y qué requisitos debió cumplir para obtener el certificado de Adecuación.

Que dicha confusión ha llevado a que la propia recurrente que, a través de nota EJ-OC-AJ-N° 003/2012 de fecha 15 de octubre de 2012, solicita y pide a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero aplique la Resolución N° 233/2012, en razón a que ésta sería más beneficiosa, al señalar:

"...en Asamblea General Extraordinaria de Socios celebrada el 16 de junio de 2012 protocolizada mediante Testimonio N° 0588/2012 en cuyo orden del día se encontraba incluida informe sobre el proceso de adecuación, se establece que en virtud a la nueva Resolución ASFI N° 233/2012 las condiciones son mucho más favorables (sic) para la Cooperativa, por lo que se resuelve proseguir el proceso de adecuación con el respaldo de todos los socios..."

Sin embargo la recurrente, a tiempo del recurso jerárquico, solicita que se aplique el procedimiento establecido mediante Circular ASFI N° 38/2010 de 22 de febrero de 2010, que puso en vigencia la Resolución ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010.

Por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberá pronunciarse respecto de cuál es la norma a ser aplicada al caso de autos, tomando en cuenta que la solicitud de adecuación presentada por la Cooperativa, mediante nota CITE VDCACV-PE-N°002/11, fue aceptada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en primera instancia.

Finalmente cabe precisar, que ni la Autoridad Fiscalizadora, ni la recurrente deberán considerar que las normas se aplican a criterio personal o conveniencia, sino responden a un análisis legal de su aplicabilidad y vigencia, conforme tendrá que realizarlo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a tiempo de emitir su pronunciamiento.

2.5. En cuanto a vulneración al principio de Jerarquía Normativa y principio de Legalidad.-

La recurrente señala que la Ley N° 3892 es clara al señalar que las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias quedaron incorporadas al ámbito de supervisión, simplemente demostrando su funcionamiento antes y durante la promulgación de dicha Ley, que al haberse emitido normativa regulatoria por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, estableciendo nuevos requisitos, (Resolución Administrativa ASFI/233/2012, de 12 de junio de 2012), como ser la viabilidad financiera y de gobierno para la incorporación, se hubiera vulnerado el principio de jerarquía normativa y el de legalidad.

Sobre el argumento presentado tenemos que la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en su artículo 410, señala:

“II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.”

“La aplicación de las normas jurídica se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

- 1. Constitución Política del Estado.*
- 2. Los tratados internacionales*
- 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.*
- 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.”*

Que, el artículo 4 inc. h), de la Ley del Procedimiento Administrativo, en cuanto al Principio de Jerarquía Normativa señala que las leyes y normas de rango inferior, no pueden contravenir o vulnerar lo dispuesto en la Constitución Política del Estado u otra norma superior.

Que, para el caso que nos ocupa, se tiene que la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, que modifica la Ley de Bancos y Entidades Financieras en su artículo 3, señala:

ARTICULO 3°.- (Modificación al Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras).

Se sustituye el Artículo 70 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, con el siguiente texto:

*Artículo 70. Las cooperativas de ahorro y crédito abiertas y las cooperativas de ahorro y crédito societarias se consideran entidades especializadas de objeto único para la intermediación financiera, adoptando el régimen de responsabilidad limitada. Están obligadas a utilizar en su denominación la palabra limitada o la abreviatura Ltda. Para la obtención de su personería jurídica, la entidad solicitante **deberá contar previamente con el permiso de constitución de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.***

Quedan incorporadas al ámbito de supervisión de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras las cooperativas de ahorro y crédito societarias, definidas en el Artículo 1 de la presente Ley... que remplazan para todos los efectos a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Cerradas de carácter comunal.

Las operaciones activas y pasivas, las limitaciones y prohibiciones, los plazos y modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias al ámbito de la supervisión, la obtención de las respectivas licencias, el funcionamiento del gobierno cooperativo, la disolución y cierre de tales entidades y, los mecanismos de conversión de cooperativas de ahorro y crédito societarias en cooperativas de ahorro crédito abiertas serán reglamentados por la Superintendencia, de acuerdo a las características de este tipo de entidades”

(Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial jerárquica).

Que, si bien es cierto que la Ley N° 3892 establece que las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias quedaron incorporadas al ámbito de supervisión, ésta incorporación no es tácita como lo hace ver la recurrente, ya que es la propia norma la que establece como primer requisito que las Cooperativas demuestren haber estado en funcionamiento a la fecha de promulgación de la referida Ley, que, a su vez, la precitada norma establece que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es la autorizada para emitir los correspondientes reglamentos estableciendo “...**las modalidades de incorporación de las cooperativas de ahorro, plazos, limitaciones y prohibiciones, la obtención de las respectivas licencias, el funcionamiento del gobierno cooperativo etc.**” (Negritas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, en este sentido y en el marco de su competencia, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución ASFI/233/12 de 12 de junio de 2012.

Que, si bien, esta amplía el plazo de incorporación al proceso de Adecuación de las Cooperativas hasta el 1 de octubre 2012 y establece como nuevo requisito la viabilidad financiera y de gobierno para la adecuación de las Cooperativas, el mismo corresponde a un requisito adicional de prudencia, que será aplicado a quienes presenten su solicitud de adecuación con posterioridad a la emisión de la mencionada norma, por lo que, en el presente caso, no existe ninguna vulneración al principio de jerarquía normativa, en razón a que la misma no es contraria a la Ley sino emergente del marco normativo establecido en la misma, y por lo tanto en el marco de su competencia.

Por último, debe aclararse que los cambios que ha venido sufriendo el Reglamento y que los mismos modificarían y tergiversarían la Ley 3892 de fecha 18 de junio de 2008, se tiene que, las Resoluciones SB/198/2008 de 14 de octubre de 2008, SB/264/08 de 22 de diciembre de 2008, ASFI/412/10 de 23 de noviembre de 2009 y ASFI/157/10 de 22 de febrero de 2010 han quedado firmes en sede administrativa, por lo que si la recurrente consideraba que las mismas eran contrarias a la Ley, debieron ser impugnadas en su oportunidad. Al no haberlo ejercido su derecho de impugnación en su debida oportunidad, esta instancia jerárquica no se encuentra facultada a revisar actos administrativos que han quedado firmes en sede administrativa.

De igual modo se le recuerda a la recurrente que el presente proceso versa respecto de si la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha cumplido con el procedimiento legalmente establecido y ha actuado conforme a derecho al rechazar la solicitud de adecuación al Proceso de Adecuación y al haber determinado el Cese de Operaciones de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria “Virgen de Copacabana” Ltda., y no así sobre la impugnación de la Resolución ASFI N° 233/12 de 12 de junio de 2012.

Finalmente respecto a la vulneración al principio de legalidad, se tiene que, congruentemente con lo analizado y expuesto *supra*, no existe ninguna vulneración al principio de legalidad debido a que la modificación al Reglamento para la Constitución y Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, no transgrede la Ley N° 3892 de fecha 18 de junio de 2008, sino cumple el mandato de regulación, por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha sometido su actuar a la Ley y ordenamiento jurídico al emitir el Reglamento para la Constitución y Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito mediante Resolución Administrativa ASFI N°233/12 de 12 de junio de 2012.

2.6. En cuanto a que ésta Autoridad disponga y admita el Plan de Corto Plazo.-

Al respecto, se tiene que es la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero la llamada por ley para regular y dar inicio al proceso de incorporación de las CAC, así como evaluar e incorporar a las mismas al ámbito de aplicación de la Ley de Bancos y Entidades Financieras. La evaluación y calificación en cuanto al Proceso de Adecuación, conforme lo establece la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, Resoluciones ASFI/157/2010 de 22 de febrero de 2010 y ASFI/233/20 de 12 de junio de 2012, y no así a ésta instancia jerárquica, quien carece de competencia.

Es así que, y conforme prevé el artículo 52 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Superintendencia General del SIREFI hoy Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, tiene como competencia la de resolver los recursos jerárquicos interpuestos de puro derecho, situación que siguiendo a Julio Rodolfo Comadira, implica el control de legalidad y examen que hace el Superior Jerárquico sobre los actos emitidos por la Autoridad inferior, para constatar la compatibilidad de éstos con la Constitución Política del Estado, las leyes que la sustentan y el límite del accionar de la instancia inferior, por lo que, esta instancia jerárquica, carece de competencia para aprobar, admitir o determinar la presentación del Plan de Acción a corto plazo, dicha pretensión deberá ser solicitada al órgano regulador, una vez cumplidos los requisitos establecidos para su incorporación.

2.7. En cuanto a la situación económica y financiera de la Cooperativa y los daños que se habrían causado.-

Al respecto, se tiene que, dentro de la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y de este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no está la de establecer daños y perjuicios, así como tampoco pronunciarse sobre la presunta inviabilidad financiera, por lo que ésta cartera encuentra una razón de incompetencia para pronunciarse, en cuanto a la materia planteada, ello en estricta aplicación de los artículos 5 y 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 7 parágrafo I, del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003.

2.8. En cuanto a la solicitud de suspensión.-

La recurrente solicita, a esta instancia jerárquica, la suspensión de ejecución de la Resolución Administrativa ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012.

Revisados los antecedentes y del análisis *ut supra*, dicha solicitud pierde vigencia, en virtud a que esta instancia jerárquica, ha concluido que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha fundamentado debidamente su Resolución Administrativa, permitiendo que la recurrente considere que su rechazo se ha debido a la subjetividad y discrecionalidad de la Autoridad, por lo que se ha transgredido el debido proceso, argumento que hace a la determinación final de la presente Resolución Ministerial

Jerárquica, siendo la Autoridad de primera instancia la que deberá pronunciarse en caso de presentarse una nueva solicitud de suspensión.

CONSIDERANDO:

El Debido proceso, es el derecho que le asiste al regulado y la obligación que debe asumir la Autoridad Reguladora, por lo que corresponde traer a colación el precedente administrativo rescatado ya en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido proceso:

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

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

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

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

"...En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia

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

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

Es así que, al evidenciarse transgresión al Debido proceso, conforme ya se tiene expuesto, es deber del Ente Regulador pronunciarse técnica y legalmente sobre la solicitud de adecuación al Proceso de Adecuación de parte de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria "Virgen de Copacabana" Ltda. y determinar de manera cierta y evidente, sobre cuál es el motivo de su definición, señalando la causal y desarrollándola cual en derecho corresponde y no sucedió en el caso de autos.

Por lo señalado, al haberse detectado –conforme ya se señaló- que no se ha cumplido con el principio del debido proceso, fundamentación y demás preceptos y principios administrativos, debe proceder a reponer lo obrado a efecto de que los vicios sea subsanados.

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

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

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Anular la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 653/2012 de 26 de noviembre de 2012, **inclusive**, debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 68-2013 DE 23 DE ENERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 041/2013 DE 03 DE JULIO DE 2013

FALLO

REVOCA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 041/2013

La Paz, 03 de Julio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 68-2013 de fecha 23 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de fecha 30 de noviembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 039/2013 de fecha 24 de mayo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 086/2013 de fecha 11 de junio de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 14 de febrero de 2013, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada al efecto por su Gerente Nacional Jurídico, Dr. Hugo Vía Escalante, y por su Director de Negocios Sr. Jorge Álvarez Pol, conforme consta en los Testimonios de Poder N° 153/2012 y N° 155/2012, respectivamente, otorgados en fecha 30 de agosto de 2012 por ante Notaría de Fe Pública N° 1 del Distrito

Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Diomar Ovando Polo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 68-2013 de fecha 23 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de fecha 30 de noviembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/3857/2013, con fecha de recepción 19 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 68-2013 de fecha 23 de enero de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 22 de febrero de 2013, notificado en fecha 1° de marzo de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 68-2013 de fecha 23 de enero de 2013.

Que, en fecha 22 de marzo de 2013, se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, solicitada por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** a tiempo de la interposición del Recurso Jerárquico.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA APS/DJ/DS/3963/2012 DE 29 DE MAYO DE 2012.-

Mediante nota APS/DJ/DS/3963/2012 de 29 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros solicitó a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, evacúe un informe, conforme a los extremos que se transcriben a continuación:

"...Habiendo concluido el Procedimiento Administrativo Sancionador con la emisión de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2012 de 11 de mayo de 2012 esta Autoridad de Fiscalización debe proceder a dar cumplimiento a lo dispuesto por el inciso l) del artículo 69 del Decreto Supremo N° 27175.

Para el efecto y en base a las facultades conferidas por el inciso j) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, se instruye a su persona en calidad de Representante Legal de La Boliviana Ciacruz Seguros de Seguros y Reaseguros S.A., que dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir de su legal notificación con la presente nota, tenga a bien informarnos lo siguiente:

- *Cuál la situación actual del reclamo presentado por el Servicio de Desarrollo de las Empresas Publicas Productivas - SEDEM, con respecto a la ejecución de la póliza de garantía de cumplimiento de contrato N° M0001145 emitida por esa Compañía de Seguros a favor de D'Andrea Agroimport Importacao e Comercio Ltda. en beneficio de Papeles de Bolivia PAPELBOL.*
- *Si todos los actuados con relación, a este siniestro han sido puestos en*

conocimiento del reasegurador.

- En caso de ser afirmativa la respuesta al inciso anterior, favor remitir la documentación que respalde la comunicación entre la cedente y el reasegurador...”

2. NOTA DRSG.LP-0508/2012 DE 18 DE JUNIO DE 2012.-

Por nota DRSG.LP-0508/2012 de fecha 18 de junio de 2012, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** respondió al requerimiento de la nota APS/DJ/DS/3963/2012 de 29 de mayo de 2012, en los términos siguientes:

“...En atención a la nota de referencia, informamos a su autoridad lo siguiente:

Al punto primero: (...)

*Considerando que la citada póliza es de **Ejecución Inmediata Condicional** para Entidades Públicas y que el afianzado D'Andrea Agroimport Importacao e Comercio Ltda ha expresado de manera formal su desacuerdo en que hayan (sic) incumplimiento el contrato invocado por el SEDEM y ha opuesto frente a nuestra Compañía la excepción de cumplimiento deslindando responsabilidad, a la fecha nos encontramos a la espera de la Resolución Arbitral que establezca la existencia o no de incumplimiento de contrato; en el marco de lo establecido en el propio Contrato Principal suscrito entre Papelbol y D'Andrea y que fue **objeto** de la póliza de caución emitida por nuestra Compañía.*

Este documento ha sido solicitado mediante reiteradas comunicaciones, sin embargo el mismo aun no ha sido entregado a la Compañía y, al contrario, es de nuestro conocimiento que el proveedor D'Andrea Agrimport Importacao inició un proceso arbitral ante la Cámara de Comercio en la ciudad de Cochabamba, proceso que no se llevó a efecto por las acciones realizadas de parte del SEDEM, mismas que han motivado que la Cámara de Comercio se inhiba de atender un proceso de arbitraje al respecto, por las presiones llevadas a cabo por el SEDEM. Este extremo consta en nota escrita remitida por la citada Cámara al propio SEDEM y remitida a nuestra compañía por ellos mismos. De esta manera el SEDEM ha evitado dicho proceso y desconocemos si existen acciones adicionales a este respecto.

Por otra parte, les informamos que el SEDEM ha instaurado los siguientes procesos judiciales en contra de nuestra Compañía:

- 1. Proceso penal por delitos de incumplimiento de contratos con el Estado y enriquecimiento ilícito (!!!!), el mismo que se encuentra ante la Fiscal Milene Alba, en etapa preliminar y que a la fecha está suspendido por disposición del Juez 7mo Cautelar, al haberse aceptado nuestra excepción de prejudicialidad.*
- 2. Demanda Civil de Medidas Precautorias radicado en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil, en el cual se intento ejecutar anotaciones sobre nuestros bienes muebles e inmuebles, embargos y retención de fondos en nuestras cuentas en el sistema financiero. A la fecha y luego de las gestiones legales pertinentes, únicamente se mantiene la retención del monto de \$us. 812.496,16 en la Cuenta*

201-5009774-2-99 y Bs.956.825,42 en la Cuenta 201-5009058-3-77, ambas de nuestra Compañía en el Banco de Crédito S.A.

Al punto segundo: (...)

Aunque nos extraña la pregunta, manifestamos que todos los actuados con relación a este siniestro han sido debida y oportunamente reportados al reasegurador.

Se adjuntan copia de los correos electrónicos cursados que documentan lo indicado.

Finalmente, con relación a su mención respecto a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2012 de 11 de mayo de 2012 emitida por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, que confirmó las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/No. 463-2011 de 5 de diciembre de 2011 y APS/DJ/DS/No.344-2011 de 4 de octubre de 2011, ambas emitidas por esa Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros por las cuales nos sancionan por considerar arbitrariamente que nuestra empresa incumplió los incisos a) y j) del Artículo 12 de la Ley de Seguros, debemos señalar que al no estar de acuerdo con estas determinaciones emitidas en sede administrativa, interpondremos los recursos y/o acciones legales que en derecho nos amparan y corresponden, a fin de restituir nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos vulnerados con esas actuaciones..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 929-2012 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Por Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 929-2012 de 30 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

"...PRIMERO.- SUSPENDER LA AUTORIZACION DE LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., para comercializar y emitir pólizas de fianzas, conforme lo determinado por el inciso a) del artículo 47 de la Ley de Seguros 1883 de 25 de junio de 1988.

SEGUNDO.- La Entidad Aseguradora únicamente podrá renovar pólizas de fianzas emitidas con anterioridad a la notificación de la presente Resolución Administrativa..."

Los fundamentos que en la misma Resolución constan para tal determinación, son los siguientes:

"...Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene como misión fiscalizar y controlar el desempeño de los mercados de Pensiones y Seguros, con atribuciones establecidas por la Ley de Pensiones Nº 065, la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998 y disposiciones conexas, de acuerdo a lo determinado en la Ley No. 2428 de 28 de noviembre de 2002 (sic, la última nombrada "Aprueba y ratifica el Convenio Nº 182 de la OIT sobre prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación").

Que la Ley de Seguros establece que, es función del Órgano de Fiscalización velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras,

entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro; proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros; fiscalizar y controlar a las personas, entidades y actividades relacionadas al sector de seguros y, cumplir y hacer cumplir la Ley y sus reglamentos asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Que el artículo 47 inciso a) de la Ley de Seguros N° 1883 determina que cuando cualquier entidad aseguradora o reaseguradora no cumpliera con alguna de las obligaciones establecidas en el artículo 12 de la Ley, para prevenir la agravación del daño económico o perjuicio causado, la APS se encuentra facultada a determinar la suspensión de la emisión y renovación de pólizas y la aceptación de riesgo.

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 344-2011 de 4 de octubre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió:

"PRIMERO.- Sancionar a La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. con una multa de 60.000 UFV's por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros al no haber cumplido con el plazo de ejecución de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro N° M0001145, conforme los términos de la cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas".

Que mediante memorial, presentado a la APS el 8 de noviembre de 2011, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. interpuso Recurso de Revocatoria, el mismo que fue resuelto por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 463-2011 de 5 de diciembre de 2011 que dispuso confirmar en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 344-2011 de 4 de octubre de 2011.

Que mediante memorial presentado al órgano de fiscalización, en fecha 28 de diciembre de 2011, La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 463-2011 de 5 de diciembre de 2011. Recurso que mereció pronunciamiento del Ministro de Economía y Finanzas Públicas el 11 de mayo de 2012 a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2012, que su parte Resolutiva dispuso confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 463-2011 de 5 de diciembre de 2011.

CONSIDERANDO:

Que a más de 6 meses de la emisión de la Resolución Jerárquica que dio por agotada la vía administrativa, adquiriendo carácter de ejecutoriedad, esta APS tomó conocimiento a través de copia de la carta SEDEM/GG/AL/2012-0176 de 5 noviembre, dirigida a la Viceministra de Lucha Contra la Corrupción, que La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. hasta la fecha de emisión de la presente Resolución Administrativa no procedió a la ejecución de la Póliza M0001145, manteniendo el incumplimiento del inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883.

Que la Entidad Aseguradora mantiene una posición intransigente en requerir una Resolución Arbitral que establezca el cumplimiento o incumplimiento del contrato principal afianzado entre Papeles de Bolivia (Papelbol) y D'Andrea Agroimport Importacao e Comercio, pese a que el Condicionado General del Contrato de Seguro N° M0001145, suscrito por la Boliviana Ciacruz y D'Andrea Agroimport Importacao e Comercio determina que: "El arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Fidor al Beneficiario en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional".

CONSIDERANDO:

Que es necesario dejar claramente establecido que en el marco del sistema de gobierno, los derechos de los usuarios y consumidores han adquirido rango constitucional, razón por demás que obliga a este órgano fiscalizador a brindar tutela efectiva a los tomadores, asegurados y beneficiarios de las pólizas de seguros emitidas por sus regulados; y más aún, cuando se trata de pólizas de fianzas donde el Estado, quien debe cumplir la función primordial de satisfacer el interés colectivo, juega un rol importante como beneficiario de las pólizas de fianzas.

Que por todo lo anotado y al haberse evidenciado el incumplimiento y reticencia de La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. para cumplir la obligación asumida mediante la Póliza de Seguro N° M0001145, la APS, con el objeto de prevenir que la agravación del daño económico y perjuicio ocasionado hasta el presente se extienda a la emisión de nuevas pólizas de seguros de fianzas cuya ejecución no esté ajustada a Derecho sino al arbitrio de la entidad aseguradora, debe proceder, como medida regulatoria y precautoria, a imponer la suspensión de la emisión de nuevas pólizas de fianzas..."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 21 de diciembre de 2012, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de 30 de noviembre de 2012, bajo los siguientes argumentos:

"...II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL PRESENTE RECURSO DE REVOCATORIA

"LA BOLIVIANA" fundamenta el presente Recurso de Revocatoria en la nulidad de la RA 929 por falta de elementos esenciales del acto administrativo conforme a la LPA, y en la vulneración de los derechos subjetivos e intereses legítimos, como se expone a continuación:

1. NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR FALTA DE ELEMENTOS ESENCIALES

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de abril de 2002 (LPA), los Actos Administrativos deben contar con todos los elementos esenciales que son: a) La competencia; b) La causa; c) Objeto; d) Procedimiento; e) Fundamento; y f) Finalidad.

En el presente caso, la RA 929 objeto del presente Recurso de Revocatoria, no cuenta con los elementos de **competencia, causa, objeto, procedimiento y fundamento**, como se explica a continuación:

a) FALTA DE COMPETENCIA

La RA 929 que tiene el título "IMPONE MEDIDAS PRECAUTORIAS A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A." dispone en su parte resolutive la suspensión para comercializar y emitir pólizas conforme a la literal a) del Artículo 47 de la Ley de Seguros, artículo que se refiere a las medidas precautorias que la APS como órgano regulador se encuentra facultada a determinar, indicando textualmente:

"a) La suspensión de la emisión y la renovación de pólizas y la aceptación de riesgo".

En base a esa disposición la APS emitió la RA imponiendo la medida precautoria de "suspensión" pero de manera notoria USURPANDO CLARAMENTE COMPETENCIA DE OTRA AUTORIDAD como se explica a continuación:

El Artículo 51 de la Ley de Seguros, bajo el nomen juris de "MEDIDAS JURISDICCIONALES" señala textualmente: "**Constituye competencia de los jueces en materia administrativa y tributaria**, otorgar las medidas jurisdiccionales que la Superintendencia (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) solicite para la debida aplicación de las normas del presente Capítulo, incluyendo medidas preparatorias de demanda y **medidas precautorias de todo tipo.**" (El resaltado es nuestro).

Como puede apreciarse claramente la APS NO TIENE COMPETENCIA PARA OTORGAR MEDIDAS PRECAUTORIAS, sino que debe hacerlo a través de la autoridad jurisdiccional, lo que implica que con la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 929-2012 la APS está violando flagrantemente el artículo 122 de la Constitución Política del Estado, puesto que de conformidad al Artículo 51 de la Ley de Seguros la única autoridad que puede otorgar esas medidas precautorias es una autoridad jurisdiccional, en este caso un Juez en materia administrativa y tributaria.

b) FALTA DE CAUSA

De acuerdo a lo dispuesto por el referido artículo 28 de la LPA, un elemento esencial del acto administrativo es la causa, es decir que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable. La RA 929 no se sustenta en hechos y antecedentes fácticos coherentes, menos valederos, que permitan respaldar la decisión (desde ya nula por falta de competencia de la APS), puesto que este Acto Administrativo en su parte considerativa, señala:

- Que la APS tomó conocimiento que la Viceministra de Lucha Contra la Corrupción recibió la nota del SEDEM SEDEM/GG/AL/2012-0176 de 5 de noviembre, 2012 (sic) en la que se expresa que nuestra Compañía no procedió a la ejecución de la Póliza MO001145 manteniendo el supuesto incumplimiento al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros.

Al respecto, nos causa extrañeza que la APS no haya siquiera cursado copia de esa nota a nuestra compañía para que podamos hacer conocer nuestros argumentos en virtud al derecho de defensa que asiste a todas las personas. Es decir que la APS toma conocimiento de una nota, de oficio, que ni siquiera fue dirigida a ella y adopta decisiones sin escuchar a la parte afectada, es decir nuestra compañía, vulnerado (sic) el debido proceso reconocido por la Constitución Política del Estado.

- Que la Boliviana Ciacruz mantiene una posición intransigente en requerir una Resolución Arbitral que establezca el incumplimiento del contrato principal de suministro, pese a que el condicionado general señala que el arbitraje no afectará ni demorará el pago del fiador al beneficiario.

Extrañamente, la APS no verificó si existe o no un arbitraje instaurado dentro del marco de la cláusula que señala, para probar que nuestra posición es "intransigente". Mas aún, la APS hace caso omiso a la relación contractual vinculante entre el Contratante/Beneficiario y el Contratista, es decir Papelbol (ahora SEDEM) y D'Andrea/Afianzado. Debe quedar claro que en el presente caso, por imperio del contrato que es Ley entre partes, debe haber un arbitraje para determinar qué parte incumplió el contrato de suministro (arbitraje que no se realiza en función a la Póliza de Seguro sino en función y de acuerdo al Contrato de Suministro, y por tanto no involucra a la Aseguradora). Accesoriamente, puede haber un arbitraje entre el SEDEM y la Aseguradora, de conformidad a lo establecido en la propia Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato N° M000145 emitida por "LA BOLIVIANA", toda vez que también existe una divergencia de interpretación técnica y legal de lo establecido por dicha póliza PERO QUE EN EL PRESENTE CASO TAMPOCO SE DIO.

- Que en el marco del sistema de gobierno, los derechos de los usuarios y consumidores adquirieron rango constitucional, razón por la que se obliga al órgano fiscalizador brindar tutela efectiva a los tomadores, asegurados y beneficiarios, mas aún cuando se trata de fianzas donde el Estado juega un rol importante como beneficiario.

Esta referencia implica que la APS no toma en cuenta el perjuicio a nuestros derechos de repetición, porque se ignora lo dispuesto por el artículo 916 del Código de Comercio, sino porque se infringe un daño a la continuidad de nuestros negocios dentro del marco legal, además de dañar la bien ganada imagen de "LA BOLIVIANA". El Artículo 916 del C. de C. aludido a la letra dice: Art. 916.- (EXCEPCIONES PERENTORIAS CONTRA EL ACREEDOR).- El deudor no está obligado a abonar al fiador la suma que hubiere pagado por aquel si conociendo la existencia de alguna excepción que oponer a la acción del acreedor, no la hubiera opuesto. No corresponden a esta disposición las excepciones que son meramente personales al deudor o al mismo fiador. (El subrayado es nuestro).

Reiteramos nuevamente, que "LA BOLIVIANA" no rechazó el pago en ningún momento, ya que se limitó a solicitar que en forma previa a una consideración de pago mediante la EJECUCIÓN DE LA PÓLIZA se cumpla con el debido proceso

establecido en el procedimiento administrativo y se obtenga previamente la declaración de incumplimiento a cargo de un tribunal arbitral, de conformidad a la Póliza de Caución, al Contrato de Suministro caucionado objeto de la póliza de caución, al Código de Comercio, a la Ley de Seguros, a la Resolución Administrativa 731 y a la doctrina emitida con relación a las garantías de ejecución que detallamos en todo el proceso de impugnación descrito anteriormente.

- Que: con el objeto de prevenir que la agravación del daño económico y perjuicio ocasionado hasta el presente, se extienda a la emisión de nuevas pólizas de seguros de fianzas cuya ejecución no este ajustada a Derecho sino al arbitrio de la entidad aseguradora, la APS procede a la suspensión como medida precautoria.

En ese punto se puede claramente advertir una total falta de coherencia en lo que refiere la APS, puesto que el órgano de fiscalización no puede ignorar que nuestra Compañía mantiene una reserva constituida de US\$.950.000 precisamente por disposición de ese órgano regulador, monto que sumado al congelamiento dispuesto por el Juez Primero de Partido en lo Civil (US\$.950,000) cubren dos veces el reclamo, **¿Cómo puede la APS justificar por una parte, una medida arbitraria como la suspensión de venta de pólizas de caución, y por la otra parte a una supuesta medida para prevenir la extensión del daño a la emisión de nuevas pólizas de seguros?** Precisamente nuestra compañía, ajustándose estrictamente a derecho, se encuentra respetando los derechos del afianzado, del beneficiario, de la propia compañía de seguros, de las fuentes de trabajo que debe preservar, etc. y busca y ha de buscar indefectiblemente, que se respeten también sus derechos.

En atención a este somero análisis de los argumentos que cursan en la RA 929, es claro que este acto administrativo no contiene el elemento esencial de la causa, puesto que la misma no se sustenta en hechos y antecedentes válidos y no tiene asidero en el derecho positivo (por lo mencionado con relación a la falta de competencia para emitir estas medidas precautorias en forma directa).

c) FALTA DE OBJETO

De acuerdo al referido artículo 28 de la LPA, el Acto Administrativo debe ser lícito. En el presente caso el objeto no es lícito puesto que la medida precautoria de suspensión es una medida preventiva cuando la compañía aseguradora se encuentra en riesgo de no poder cumplir sus obligaciones. Por ello, el Capítulo II del Título VI de la Ley de Seguros tiene por título "Regularización de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras. Procedimiento y Recursos", situación que en el presente caso no acontece ya que como se ha demostrado, al momento se mantienen recursos que entre reservas y retenciones solo con relación al caso específico, alcanzan a un monto que asegura un eventual pago en el doble del límite de responsabilidad eventual de "LA BOLIVIANA", así como del doble del monto reclamado, por lo que las actuaciones de la APS no se ajustan al marco legal de la Ley de Seguros, lo que hace que no sea evidente que se ponga en riesgo el pago de otras pólizas.

Por otro lado, tampoco existe un criterio arbitrario de nuestra compañía para poner en riesgo futuras pólizas, puesto que al contrario y en todo momento, en forma superabundante hemos explicado los fundamentos legales de nuestra posición y en ningún caso hemos actuado en forma arbitraria (es decir sin explicación o sin el respaldo legal) sino que en todo momento hemos respaldado nuestro criterio en las normas y contratos aplicables al presente caso. Nuestra actuación en contrario validaría precisamente el incumplimiento del ordenamiento legal vigente en nuestro país.

En este sentido el objeto de la Resolución, la suspensión dispuesta por la APS, es ilícito.

d) FALTA DE PROCEDIMIENTO

Como ya lo referimos en el elemento referido a la competencia, la APS no ha seguido el procedimiento ordenado en la Ley de Seguros, porque no ha acudido ante una autoridad judicial (única autoridad con competencia para determinar estas medidas precautorias) tal como lo manda el Artículo 51 de la Ley de Seguros.

e) FALTA DE FUNDAMENTO

Uno de los elementos esenciales del Acto Administrativo es el fundamento, que de acuerdo a la LPA constituyen las razones que inducen a la autoridad a emitir el acto, situación que en el presente caso ya hemos analizado en el punto anterior sobre la falta de Causa.

De acuerdo a la doctrina el fundamento o motivación del acto administrativo no solamente significa expresar las supuestas razones del acto, sino que dichas razones deben expresar en forma concreta y coherente su relación entre los hechos y antecedentes con la decisión adoptada, en función a principios de legalidad, congruencia, imparcialidad y buena fe. En el presente caso no se observan fundamentos validos que permitan conocer los motivos legales concretos y valederos para la suspensión.

Por todo lo expuesto, de conformidad al artículo 35 de la LPA, párrafo II, que establece que las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos, "LA BOLIVIANA" invoca la nulidad de la RA 929 por falta de competencia y por incurrir en falta de los elementos esenciales del Acto Administrativo en la Resolución objeto del presente Recurso de Revocatoria.

2. VULNERACION A LOS DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGITIMOS

A. VULNERACIONES A PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y DEBIDO PROCESO

La RA 929 lesiona y causa perjuicio a los derechos e intereses legítimos de "LA BOLIVIANA" porque la sanción no cumple con el principio de proporcionalidad dispuesto por la LPA, cuando más aún se pretende sancionar por una supuesta infracción que está por demás asegurada mediante las reservas constituidas por la compañía y la retención de fondos antes detalladas. La RA 929 pretende obligar a la compañía para que se pague la póliza de caución de EJECUCION INMEDIATA CONDICIONAL sin cumplir con el debido proceso en la determinación de

incumplimiento del contrato caucionado, aspecto que según la APS constituye el incumplimiento al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros, argumentado que no se ha cumplido con el plazo de ejecución de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro N° MO001145. Al respecto, es necesario aclarar que el mencionado inciso señala: "a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista." Sin embargo, para la ejecución de la Póliza No. MO001145 es necesario que, en el marco de las disposiciones del Contrato de Suministro, el incumplimiento de dicho contrato sea establecido por el SEDEM cumpliendo el debido proceso establecido en la LPA, lo cual requiere una decisión de un Tribunal Arbitral de acuerdo a lo dispuesto en el propio Contrato SUSCRITO PRECISAMENTE POR PAPELBOL (AHORA EL SEDEM) CON EL PROVEEDOR D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO DE MAQUINAS, es decir, estamos a la espera de que la instancia correspondiente confirme que se ha producido la eventualidad prevista. "LA BOLIVIANA" en ningún momento rechazó el pago, al contrario, lo que nuestra empresa reclama es que la APS sanciona la no ejecución de la póliza sin que se hubiese verificado la existencia o no del incumplimiento alegado por el SEDEM. Naturalmente, el incumplimiento del Contrato Principal no puede verificarse en las declaraciones unilaterales de una de las partes de dicho Contrato, como ocurre en el presente caso. Se pretende, con la simple declaración del SEDEM (aunque en una Resolución), cobrar la Póliza alegando que solamente se debe presentar "la declaración de incumplimiento en el acto de mayor jerarquía", cuando la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas requiere que dicha declaración de incumplimiento sea **"...según lo establece el Procedimiento Administrativo"**, es decir, garantizando el debido proceso a la otra parte que en este caso es el Afianzado. Por lo tanto, se exige a "LA BOLIVIANA" el pago de la póliza sin hacer un mínimo análisis sistemático de la falta de coherencia entre el contrato caucionado, la póliza y la decisión unilateral del SEDEM, aspectos que violan el derecho al debido proceso, garantía reconocida en todo procedimiento administrativo, el cual debe ser observado para declarar el incumplimiento del Afianzado.

Además en el presente caso, es todavía más difícil de establecer ese incumplimiento debido a la existencia de elementos reconocidos por el propio SEDEM y que se observan en los antecedentes cronológicos relatados, como ser:

- Que se pagó cerca del 99% del monto del contrato con la conformidad de PAPELBOL.
- Que D'Andrea por su parte ha informado que el incumplimiento del contrato es exclusivamente imputable a PAPELBOL.
- Que existen actas de recepción con la debida aceptación de funcionarios de PAPELBOL.
- Que existen Adendas al contrato principal, en las cuales PAPELBOL reconoce el cumplimiento del PROVEEDOR y asume (PAPELBOL) que las demoras e incumplimientos no son atribuibles al PROVEEDOR.
- Que el SEDEM ha iniciado un proceso penal contra los ejecutivos de PAPELBOL, precisamente por sus actuaciones con relación a la administración del contrato.

- Que existe evidencia que las empresas subcontratistas que debían realizar trabajos de infraestructura no lo hicieron y se resolvieron esos contratos.
- Que el SEDEM, cuando fue notificado para llevar adelante un proceso arbitral en Cochabamba, no solo que no lo aceptó, sino que habría realizado acciones tendientes a entorpecer el arbitraje ante la Comisión de la Cámara de Comercio de Cochabamba, tal como se refleja en la Resolución que rechazó dicho proceso. Así, nos permitimos transcribir la parte respectiva de esa Resolución de la Cámara de Comercio:

"CONSIDERANDO.- 1) Que, mediante nota de 02/01/12 (SEDEM/GC/AL/2012-0015) suscrita por la Lic. Patricia Ballivián Estenssoro, en su calidad de Gerente General del SEDEM, a tiempo de formular "denuncia" basándose en los argumentos planteados en sus notas de 15/12/11 y 25/01/12, solicita que se deje sin efecto la Resolución CCA N° 002/12 y se rechace la solicitud de arbitraje presentada por D 'ANDREA AGRIMPORT, manifestando que en caso de negativa se reserva el derecho de iniciar las acciones correspondientes... 4) Que, lamentablemente, la nota presentada por la representante del SEDEM, contiene frases intimidatorias, las cuales resultan innecesarias cuando se defiente (sic) un criterio sobre la base de la razón y la ley, al advertir que en el caso de no dar curso a su solicitud, podrá iniciar las acciones legales correspondientes, con lo cual pretende obligar a la Comisión pronunciarse sobre aspectos que no se encuentran bajo sus facultades reglamentarias, vulnerando la competencia del Tribunal Arbitral categóricamente establecida por la Ley especial (Art. 9 L. 1770). 5) Que, adicionalmente, se ha involucrado a los miembros de la Comisión y al Director Ejecutivo, en las investigaciones de un proceso penal, en el cual no tienen ninguna vinculación: obligándolos a trasladarse hasta la ciudad de La Paz a objeto de prestar declaraciones informativas. 6) Que, en las circunstancias antes referidas resulta imposible atender el proceso de arbitraje, por lo que sin necesidad de otras consideraciones, la Comisión de Conciliación y Arbitraje se ve obligada a disponer el rechazo de la solicitud de arbitraje presentada por D'ANDREA AGRIMPORT..."

- Otro elemento es la declaración informativa en uno de los procesos penales que se instauraron, de fecha 14 de mayo de 2012, presentada por el Sr. Julio Quesada quien trabajo en PAPELBOL como Gerente interino y luego -como Jefe de Planta, la misma que señala: "...Empiezan a colocar y trasladan una parte de la maquinaria que se encontraba en recinto aduanero al interior de la nave principal, eso lo hacen hasta el 4 de diciembre (de 2009), donde deciden irse (personal de D'Andrea) porque faltaban algunas obras civiles argumentan que faltaba luz, no había agua en el interior de la planta..." Esta declaración de uno de los principales ejecutivos y técnico (sic) de PAPELBOL revela elementos que deberían ser objeto de análisis por parte de la instancia correspondiente (arbitraje) para establecer los grados de cumplimiento e incumplimiento de las partes al Contrato de Suministro.

Es evidente que la APS no tiene competencia para pronunciarse sobre estos hechos, ni tampoco puede hacerlo la compañía, pero queda claro que nuestra solicitud de

una declaración de incumplimiento NO ES ARBITRARIA como menciona la APS para respaldar una decisión perjudicial en nuestra contra y suspendernos la venta de Pólizas de Caución.

Lo que el regulador omite, es que el incumplimiento del Contrato Principal constituye una situación jurídica, una situación de derecho, que debe ser declarada por la instancia competente; en este caso, mediante arbitraje por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Departamental de Comercio de Cochabamba, aspectos estos celosamente observados por "LA BOLIVIANA", ya que al ser el **Contrato de Seguro un contrato subsidiario al Contrato Principal**, (y esto no por decisión de la aseguradora, sino por ACUERDO DE PARTES, puesto que su ejecución solamente es posible si es que, en el marco de las disposiciones del Contrato Principal se obtiene una declaración de incumplimiento en firme) la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional se encuentra totalmente acorde al Contrato Principal, puesto que una cosa es la declaración de incumplimiento (que puede hacerlo un Juez o un tribunal arbitral) y otra es plasmar esa declaración de incumplimiento en una Resolución Administrativa sin seguir el debido proceso para proceder con la ejecución de la Póliza, que se constituye en un elemento formal para proceder a la ejecución.

Por lo expuesto, se puede establecer que el incumplimiento que se nos imputa no es evidente ya que claramente el inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros se refiere a siniestros ocurridos y aceptados, y en el presente caso el siniestro AUN NO SE ACEPTÓ DEBIDO A QUE NO SE CONFIGURÓ, porque no existe una declaración de incumplimiento en contra del afianzado QUE SE CONSTITUIRÍA EN EL ELEMENTO QUE DETERMINE LA REALIZACIÓN DEL SINIESTRO y además cumpliría con el debido proceso según lo previsto por LPA. Este aspecto hace que se incumpla el Contrato de Suministro, la Póliza No.MO001145, la Resolución 731 y el propio Código de Comercio que claramente define la procedencia del pago de la indemnización una vez producida la ocurrencia del siniestro.

Reiteramos que si nuestra posición, la misma que se apega totalmente a la Póliza de Caución, al Contrato de Suministro objeto de la caución, al Código de Comercio, a la Ley de Seguros y a la doctrina sobre los seguros de caución, no es correcta, DEBE SER UN TRIBUNAL ARBITRAL QUIEN SEÑALE ESE EXTREMO, pero en los hechos el SEDEM ha rehusado también iniciar este arbitraje y lo lamentable es que el órgano regulador no ha orientado en ese sentido, como debería ser, ni al SEDEM así como tampoco al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, haciéndoles caer en error al no existir un proceso arbitral que resuelva la controversia. Nuestro eventual pago quedaría sin respaldo legal de forma indefinida.

B. DOBLE SANCION

Adicionalmente a lo señalado, debemos mencionar otros aspectos que vulneran nuestros derechos y demuestran la arbitrariedad con la que actúa el regulador: la APS mediante Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/Nº 344-2011 de 4 de Octubre de 2011 dispuso SANCIONAR A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS con una multa de 60.000.00 UFV's (Sesenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, al no haber cumplido con el plazo de

ejecución de la garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro N° MO001145, disposición que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 463-2011 fue confirmada en Recurso de Revocatoria y que finalmente fue confirmada a su vez por la RESOLUCION MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2012.

Ahora el ente regulador en la RA 929 impugnada en el presente caso, señala además que "...al haberse evidenciado el incumplimiento y reticencia de La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. para cumplir la obligación asumida mediante la Póliza de Seguro No. MO001145...", por lo que fácilmente se concluye que la APS nos está sancionando por segunda vez debido a un mismo hecho: por el supuesto incumplimiento con el pago de la garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro N°M000145.

Asimismo debemos recordar que paralelamente a esta sanción, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS No.245-2011 de fecha 19 de agosto de 2011, el ente regulador instruyó a "LA BOLIVIANA" constituya en sus estados financieros una Reserva Técnica de Seguros -Especiales (cuenta 204.04) por el importe excedente al retenido hasta alcanzar el total caucionado de la póliza N° MO001145, es decir, que resolvió la constitución de reservas especiales que ni siquiera se encuentran establecidas en la normativa vigente.

Lo señalado constituye una situación contraria a lo establecido en la actual CPE art. 117.11 que dispone que "Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho." Este precepto constitucional se encuentra incluido dentro del Título "Garantías Constitucionales", de manera que no sólo abarca un principio conceptual, sino una verdadera garantía constituida en un derecho desde el momento que es reclamado, y por ello es deber de las autoridades correspondientes resguardar esta garantía a favor de los administrados.

Por otro lado, el citado artículo constitucional no es mas que la materialización del principio "Non bis in idem", también protegido por el art. 8 inc. 4) de la Convención Americana de Derechos humanos, señalando que ese principio no es aplicable solo al ámbito penal sino también al ámbito administrativo, como es nuestro caso. El profesor Juan Alfonso SANTAMARIA PASTOR, en su obra "Principios del Derecho Administrativo Sancionador" (p. 393) señala: "b) El principio que examinamos supone, en primer lugar, la exclusión de la posibilidad de imponer en base a los mismos hechos dos o más sanciones administrativas o una sanción administrativa y otra de orden penal; esta regla prohibitiva surge históricamente como reacción a la práctica criminal del Estado absoluto y, por su evidencia, no ha sido apenas objeto de refrendo en los textos legales."

De acuerdo al AUTO CONSTITUCIONAL 0278/2012-CA de fecha 9 de abril de 2012, "...Para que se considere una doble sanción por el mismo hecho, debe existir; identidad de la persona perseguida, del objeto de persecución y de la finalidad de la persecución (en este caso del bien jurídico protegido)." En el presente caso, la APS nos está sancionando con una doble sanción, vulnerando la garantía establecida por el art. 117.11 de la CPE, pues no es posible establecer dos sanciones por un mismo hecho y al respecto, la APS nos sancionó la primera vez con una multa de 60.000.00 UFV's (Sesenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) que fue depositada

oportunamente en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. No. 865, de conformidad a lo dispuesto en el punto tercero de la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/Nº 344-2011 y nuevamente el ente regulador nos sanciona, esta vez con la suspensión de **LA AUTORIZACION DE LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** para comercializar y emitir pólizas de fianzas.

C. DAÑOS IRREPARABLES A NUESTRA IMAGEN

Lo que es más preocupante es que ésta determinación de la APS está ocasionando grave perjuicio a la imagen y prestigio de nuestra compañía, lesionando nuestros derechos. "LA BOLIVIANA" ha sido fundada en 1946, esta considerada como la empresa pionera en el sector asegurador y marca un hito en Bolivia al cumplir 66 años desde su fundación con éxitos y logros como ninguna otra empresa en nuestro mercado de seguros, particularmente en lo que se refiere precisamente al pago de siniestros. Una determinación de suspensión afecta en forma irreversible y muy seriamente nuestra imagen en el sector, tanto a nivel nacional como internacional y la percepción de nuestros clientes, puesto que injustamente se nos presenta como una empresa que incumple una "obligación asumida" sin considerar todos los aspectos legales a los que en el presente hacemos referencia ni nuestros argumentos (LOS MISMOS QUE EN NINGÚN MOMENTO FUERON DESVIRTUADOS) y sin que la discrepancia respecto a si nuestro requerimiento de contar con una previa declaración de incumplimiento del contrato de suministro caucionado objeto de la caución por el tribunal competente asignado por las partes del contrato de suministro, es o no correcto. Para ello, el beneficiario debió desde un principio, someternos a un arbitraje para que en dicho procedimiento se dilucide este extremo, lo que lógicamente daña la trayectoria de la Compañía ya que son 66 años que trabajamos potenciando el desarrollo del sector asegurador de Bolivia.

D. VULNERACION AL DERECHO AL TRABAJO

Sin perjuicio de la nulidad denotada en los párrafos anteriores, la RA 929 vulnera el derecho irrestricto al trabajo consagrado en el Artículo 46 de la Constitución Política del Estado cuando señala: "I. Toda persona tiene derecho: 1. Al trabajo digno... II. El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas...." En consecuencia se está vulnerando el derecho al trabajo de todos nuestros funcionarios y agentes, toda vez que en forma ilegal e injusta se nos suspende la venta de pólizas, ocasionándonos graves perjuicios porque esta falta de ingreso afecta directamente a las personas que se encuentran trabajando en ese rubro, así como otros vinculados y los agentes que ganan comisiones y emolumentos por su comercialización. Se debe tomar en cuenta que tenemos mas de 300 empleados y sus correspondientes familias que viven de los ingresos generados por la venta de pólizas de seguros, entre las cuales forman parte las pólizas de caución, datos que no pueden ser tornados a la ligera y en consecuencia, se debe evitar mantener esa situación perjudicial y desproporcionada.

La nueva Constitución es clara cuando menciona que el Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas y la medida de la APS resulta a todas luces, contraria a esa disposición.

E. PERJUICIO A LOS CLIENTES Y AL PROPIO ESTADO

Además del grave daño económico generado a la empresa, a nuestros funcionarios y al mercado, la injusta RA 929 afecta a aproximadamente 50 clientes con los cuales se han suscrito, con anterioridad a la emisión de la resolución recurrida, contratos de líneas de cauciones. A fin de contar con esas líneas de cauciones, dichos clientes han inmovilizado activos en garantía por el importe total de las líneas y nos solicitan con regularidad la emisión de nuevas pólizas de caución, así como renovaciones de pólizas vigentes en el marco de dichos contratos, con los cuales la compañía ha asumido obligaciones de emisión de manera anticipada.

Otro aspecto que el regulador descuida en tomar en cuenta, es el perjuicio que se genera a diversas entidades del Estado con esta determinación de suspensión, debido a que el principal beneficiario de las pólizas de caución comercializadas por "LA BOLIVIANA" es el Estado, por lo que la medida establecida mediante RA 929 afecta negativamente al propio Estado que juega un papel importante como beneficiario, al imposibilitar la comercialización de éstas pólizas a "LA BOLIVIANA".

En conclusión, la sanción establecida mediante la resolución recurrida esta generando danos a terceros de manera directa, por lo que es imperativo) que por razones de interés público y para evitar generar daños graves irreparables a nuestra Compañía, la APS suspenda en manera inmediata la ejecución de la sanción, para acto seguido revocarla en merito a los argumentos señalados.

F. INJUSTA CONSTITUCION DE RESERVAS

La APS mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 245-2011 de fecha 19 de agosto de 2011, instruyó a "LA BOLIVIANA" constituya en sus estados financieros una Reserva Técnica del Siniestro correspondiente a la póliza N° MO001145 de autos. Esta instrucción fue cumplida a cabalidad por nuestra compañía aunque legalmente no se configure el siniestro y aún más, se pretendía que se constituyan "Reservas Especiales" pese a que no se puede obligar a una entidad aseguradora constituir a otras reservas, como se establece de la lectura de la Ley de Seguros.

Esta reserva a la fecha se mantiene y en todo caso garantiza cualquier contingencia al momento, si se cumple con el ordenamiento jurídico afectado, que se evidencie el incumplimiento del contrato caucionado por la póliza N° MO001145, por lo que la RA 929 carece de todo fundamento, elemento esencial de todo acto administrativo al determinar una suspensión a todas luces ilegal, cuando la compañía mantiene estas reservas.

G. FALTA DE CONSIDERACION DE PROCESOS JUDICIALES

Por otro lado, siguiendo la línea de presión que acostumbra el SEDEM, también nos ha instaurado un injusto proceso civil de medidas precautorias, en el cual de inicio se procedió al embargo de nuestros bienes, anotaciones en Derecho Reales y en Transito, así como se procedió al congelamiento de la totalidad de nuestras cuentas, luego de lo cual y de la interposición de nuestros argumentos, a la fecha se mantienen injustamente retenidos de nuestras cuentas los montos de Bs. 956.825,42 y US\$ 812.496,16. No conforme con todas estas acciones, el SEDEM conjuntamente el

Ministerio de Justicia ha interpuesto una denuncia contra nuestra empresa por un supuesto incumplimiento a Contratos con el Estado y enriquecimiento ilícito (???).

En consecuencia, tomándose en cuenta estos antecedentes, la RA 929 debe ser revocada, hasta conocer al menos las determinaciones que emitan los jueces de la materia, que conocen estos casos, puesto que no es posible que la APS adopte decisiones que vulneran nuestros derechos sin tomar en cuenta el contexto de procesos que resuelven precisamente los aspectos que son motivo de controversia y los antecedentes de este singular caso que desde nuestra óptica demuestra un afán de pretender que procedamos a un pago (...) evidencia del ambiente de inseguridad jurídica que se le quiere atribuir al presente a nuestro país.

H. INOBSERVANCIA DE LA LEY

La APS en la Resolución Administrativa recurrida, en uno de los Considerandos indica que mantenemos una posición intransigente en el no pago porque el Condicionado General de la Póliza determina que "El arbitraje no afectara ni demorara en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Feador al Beneficiario en los plazos establecidos en la Clausula de Ejecución Inmediata Condicional". No obstante, citaron solamente el último párrafo de la clausula y no las dos anteriores que se refieren tanto a las controversias de hecho sobre las características técnicas de la póliza y a las controversias de derecho, las cuales indican:

"Las controversias de hecho sobre las características técnicas de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando a los peritos que correspondan. Si por ésta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje. Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje).

"En este caso, nosotros estamos reclamando que, se efectúe el arbitraje establecido en el contrato principal entre el Beneficiario y el Afianzado, para determinar la existencia o no del incumplimiento contractual de las partes. Nuestra compañía no se encuentra en ningún proceso arbitral en lo referido a la póliza que garantiza dicho contrato principal y por lo tanto, la aseveración de la APS señalada en la Resolución Administrativa recurrida no corresponde.

I. VIOLACION DE PRINCIPIOS A LA SEGURIDAD JURIDICA

La RA 929 no es clara porque al suspender la autorización para comercializar y emitir pólizas de fianzas; y, establecer que únicamente podrá renovar pólizas de fianzas emitidas con anterioridad a la notificación de la resolución recurrida, no toma en cuenta el tema de las líneas de crédito señaladas anteriormente. Estas líneas de crédito emergen de contratos de líneas de caución suscritos con alrededor de 50 clientes en forma previa a la notificación de la RA 929. En otras palabras, estamos obligados por un contrato previo a otorgar a requerimiento de dichos clientes determinadas cauciones. Esta imposibilidad no sólo afecta a la compañía, sino a los

clientes puesto que han tenido que inmovilizar activos en garantía por el importe total de sus líneas ¿Cómo podemos actuar en estos casos? Evidentemente el procedimiento a seguir con las renovaciones ha sido establecido pero la situación con las líneas de crédito de cauciones esta generando daños a terceros, por lo que requerimos la suspensión inmediata de la medida por parte de la APS de conformidad al principio fundamental establecido en el artículo 4 de la LPA que establece que el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad.

Por otro lado, el órgano regulador nunca emitió la reglamentación para los seguros de caución que por norma le correspondía hacer, como manda el Artículo 6 de la Ley de Seguros, por lo que no puede pretender determinar normas mediante hechos fácticos e interpretaciones de casos individuales cuando el propio regulador no emitió un reglamento que regule estos aspectos, en el cual bien se pudo haber establecido los alcances de las Pólizas de caución y sus efectos, a fin de que el mercado cuente con normas claras y seguridad en cuanto a estas interpretaciones.

J. VULNERACION A PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Lógicamente que una sanción como la establecida vulnera los principios de imparcialidad y proporcionalidad establecidos en el Art. 4 de la Ley N° 2341 porque inclusive si se tratase de un caso de incumplimiento a lo establecido al Art. 12, a), ASPECTO NO CONSENTIDO NI ADMITIDO, nuestra compañía se caracteriza por cumplir con sus obligaciones cubriendo los riesgos contratados en nuestras pólizas de seguros e indemnizando efectivamente los siniestros cubiertos, fruto de los contratos que celebra, conducta que nos ha caracterizado y a lo largo de los 66 años de operaciones y nos caracteriza a la fecha; sin embargo, la sanción recibida no es proporcional menos imparcial referida a un caso aislado que pudiera darse, pareciera mas bien dirigida a una entidad aseguradora que parece se la quisiera caracterizar por una conducta repetitiva y reincidente en el incumplimiento de sus obligaciones, situación que no es reflejo de la realidad.

El doctor Walker San Miguel en su obra "Derecho Administrativo Sancionador en Bolivia" explica el principio de proporcionalidad y menciona el "exceso de punición". Según el doctor San Miguel, este principio invoca que la sanción administrativa tiene que respetar una base de razonabilidad al valorar la conducta del sujeto a ser sancionado y la realización del bien jurídico protegido, "afectar la proporcionalidad, vulnera inclusive una garantía constitucional" cita que se rescata del reconocido autor argentino Juan Carlos Cassagne.

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

La legislación comparada nos brinda algunas reglas sobre el principio de proporcionalidad. La Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y

el Procedimiento Administrativo Común español de 26 de noviembre de 1992 establece: "Guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, siendo los referentes los siguientes: que el beneficio obtenido por la comisión del ilícito no sea mayor que el correctivo, que exista intencionalidad o reiteración, el alcance de los perjuicios y la reincidencia en el transcurso de un año mediante resolución firme." En el presente caso, no se configura ninguna de las reglas para justificar la gravedad de la sanción, puesto que se trata de un evento aislado y singular, lo que evidencia una falta de proporcionalidad entre la supuesta infracción y la sanción impuesta.

El reconocido autor argentino Agustín Gordillo en su obra "Tratado de Derecho Administrativo" explica que **la falta de proporcionalidad** entre los medios que el acto adopta y los fines que persigue la ley que dio al administrador las facultades que este ejerce en el caso, o entre los hechos acreditados y la decisión que en base a ellos se adopta toman **nulo el acto**, nulidad reconocida en la Ley Boliviana LPA y que se invoca en el presente recurso.

El mismo autor explica que la desproporcionalidad en el acto administrativo es un vicio del objeto, sin perjuicio de que pueda también aparecer como una forma de arbitrariedad y entonces como vicio de la voluntad.

En adición a la desproporcionalidad evidente, se ve al extremo la diferencia en el accionar de la APS con respecto a otros regulados, ya que en el presente caso la APS, sin esperar el plazo para la presentación de nuestros argumentos no dudó en informarla a los medios de prensa, tal como lo refleja artículos de prensa y boletines internacionales, situación que contrasta con la prudencia acostumbrada en relación al resto de resoluciones que emite, en muchos casos relativos a temas tan o más graves la misma APS. Sólo a modo de ejemplo, cuando en abril de este año procedió a revocar la licencia de funcionamiento de un Corredor de Reaseguro, el ente regulador no realizó ningún tipo de anuncio a los medios de prensa, pese a que se trataba de una revocatoria de licencia.

Hechos como el señalado nos preocupan porque son un ejemplo de la falta de imparcialidad y proporcionalidad con la que se conduce el ente regulador en el presente caso. Al mismo tiempo, **queda claro que el regulador esta actuando en contra de lo establecido por el Art. 74 de la Ley 2341 concordante con el Art. 116 de la Constitución Política del Estado cuyo apartado I garantiza la presunción de inocencia,** haciendo abstracción de todo lo explicado, inclusive de la doctrina aseguradora en materia de cauciones, habiéndonos culpado, sancionado, generado daño, obligado a constituir reservas por un hecho contractual y que aún no configura un siniestro y que por tanto no puede ser un siniestro aceptado a priori, llegando al extremo de imponernos con la medida de suspensión establecida en la ilegal Resolución Administrativa recurrida.

III. PETITORIO

Por lo anteriormente expresado y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38 y 48 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

Admita el presente Recurso de Revocatoria al tenor del artículo 52 literal a) del Decreto Supremo N° 27113.

Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso de Revocatoria disponiendo la REVOCATORIA TOTAL Y URGENTE de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 929 de fecha 30 de noviembre de 2012, por su ilegalidad y perjuicios manifiestos.

Suspenda la ejecución de la sanción impuesta en la resolución impugnada, de manera previa inclusive a la resolución del presente Recurso y de conformidad al evidente daño causado que se ha expuesto, no sólo a nuestra compañía, sino al mercado e inclusive terceros; además, que se atentan derechos constitucionales como es el derecho al trabajo..."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 68-2013 DE 23 DE ENERO DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 68-2013 de 23 de enero de 2013, y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, se confirma en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de 30 de noviembre de 2012, con los siguientes fundamentos:

"...CONSIDERANDO:

Que expuestos de esta manera los argumentos del recurso de revocatoria de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** corresponde su análisis y respuesta consiguiente:

1. En cuanto a las alegaciones del punto II FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL PRESENTE RECURSO DE REVOCATORIA. 1. NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR FALTA DE ELEMENTOS ESENCIALES, del cuarto Considerando de la presente Resolución, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** anota que son cuatro los elementos esenciales del Acto Administrativo cuya inexistencia en la resolución que se recurre vician de nulidad la misma. Veamos:

Que en cuanto a **la falta de competencia**, la **doctrina** propone diversas acepciones como que es el concepto referido a la titularidad de un órgano administrativo en relación a una determinada potestad o atribución sobre una determinada materia que posee, de manera que cuando aquél sea titular (circunstancia subjetiva) de potestades y/o atribuciones, será competente. Para **Manuel Ossorio**, es la "atribución que legitima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto". **Couture** "la define como medida de jurisdicción asignada a un órgano del Poder Judicial, a efectos de la determinación genérica de los asuntos en que es llamado a conocer por razón de la materia, de la cantidad y del lugar".

Que es de rigor manifestar que la **Competencia** en materia jurisdiccional (*mutatis mutandis* en el campo administrativo), es la capacidad o incumbencia para conocer de un juicio o una causa; la capacidad o incumbencia de la Administración para conocer y resolver un asunto (Guillermo Cabanellas). El término **Potestad** significa

poderío, soberanía o facultad, que en el ámbito administrativo sirve para justificar la autonomía administrativa ya que en el fondo, no existirían las potestades administrativas (Roberto Dromi) constituyendo solamente aspectos del poder que por antonomasia, lo tiene el Estado.

La **Competencia** es la esfera de atribuciones de los entes y órganos determinados por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico (Roberto Dromi). En cuanto a la **Facultad**, la noción señala que es el derecho o la autoridad que se tiene para hacer algo.

Que puede fácilmente inferirse que todos los conceptos precedentes configuran el soporte sobre el cual, la Administración Pública concibe, emite, ejecuta y manda ejecutar sus propios actos.

Que si bien la doctrina y la norma son claras cuando señalan que la competencia administrativa debe ser expresa, concreta y devenir del órgano y norma predeterminadas; en otras palabras, sus atribuciones deben ser limitadas (**numerus clausus**), no menos cierto es que la realidad social sobre la que se erige el Derecho y su práctica jurídica consecuente, contempla también los **Actos Discrecionales**. El Acto Discrecional es el acto administrativo que encontrándose en límites determinados, goza al mismo tiempo de cierta libertad y no se encuentra constreñido totalmente por el marco normativo correspondiente. La única limitación en los casos de los actos discrecionales es la **“satisfacción del interés público”**, aspecto teleológico-jurídico, cuya valoración es efectuada por la Administración con sentido de oportunidad y conveniencia.

Que por lo que el Acto Discrecional se caracteriza es porque la Administración tiene la facultad de elegir entre varias opciones, la más conveniente; es un acto que revela valoración de los hechos en el marco de beneficio del interés público; es un acto en el que se realiza un juicio de oportunidad en relación a normas o criterios de diversa naturaleza; es un acto en el que se da una libertad de acción por parte de la autoridad, que aunque parte de la norma y se ampara en ella, no se encuentra constreñida por ésta.

Que en otras palabras y en la lectura del maestro **Marienhoff**: **“las facultades discrecionales de una autoridad surgen cuando la legislación se limita a señalar los fines prescindiendo de la mención específica de los medios para lograr aquellos”**. Añade este autor que la existencia de normas y procedimientos para la emanación de un acto no es impedimento para excluir la posibilidad de que el acto sea discrecional; por ello es que la redacción literal que nos señala la posibilidad de un acto discrecional puede decir: “facúltese”, “autorízase”, etc.

Que la anterior digresión es el fundamento doctrinal de las facultades institucionales de la APS para que en función de ellas, module o gradúe las decisiones que impone; esto, sobre la base de la sana crítica y la experiencia adquirida en casos semejantes o similares.

Que lo desarrollado anteriormente en relación a la competencia de la APS se aplica cuando el legislador no ha otorgado expresamente determinadas competencias,

funciones y atribuciones a la Administración (Léase APS) y que por lo mismo, algunos regulados interpretan como que la Administración careciera de facultades para ciertas actuaciones.

Que concordante con estas exposiciones, la jurisdicción boliviana, en el artículo 28 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 establece que los elementos esenciales del acto administrativo son: **a) La Competencia**, ser dictado por autoridad competente, **b) Causa**, sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable. **c) Objeto**, que debe ser cierto, lícito y materialmente posible. **d) Procedimiento**, para su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resultaren aplicables del ordenamiento jurídico. **e) Fundamento**, debe ser fundamentado expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, y **f) Finalidad**, debe cumplir con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

Que en lo que hace a su aplicación, el artículo 47 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 señala textualmente: **“MEDIDAS PRECAUTORIAS Y LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA.-** Cuando cualquier entidad aseguradora o reaseguradora no cumpliera con alguna de las obligaciones establecidas en el artículo 12 de la presente Ley, para prevenir la agravación del daño económico o perjuicio causado, **la Superintendencia se encuentra facultada a determinar... a) La suspensión de la emisión y la renovación de pólizas** y la aceptación de riesgo...”. Recuérdese que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929 de 30 de noviembre de 2012, funda su decisión (y no sanción) en que el incumplimiento del artículo 12.a) de dicha Ley de Seguros que aún se mantiene.

Que a su vez, el artículo 51 de dicha norma sustantiva establece: **“MEDIDAS JURISDICCIONALES.-** Constituye competencia de los jueces en materia administrativa y tributaria, otorgar las medidas jurisdiccionales que la Superintendencia solicite para la debida aplicación de las normas del presente capítulo, incluyendo medidas preparatorias de demanda y medidas precautorias de todo tipo. Las medidas jurisdiccionales solicitadas por la Superintendencia no precisan requerimiento fiscal previo ni de contracautela...”.

Que es capital señalar que la redacción de este artículo 51 señala la procedencia de la otorgación de las medidas precautorias “que la Superintendencia solicite...”. Nótese que la proposición **“que”** es de naturaleza subordinada, introduce una condición equivalente a **“si”**, contrario sensu, si la Superintendencia (léase APS) no solicita nada (no hay condición) y ergo, no se abre la competencia de los jueces administrativos y/o tributarios. Cabe preguntarse entonces qué ocurre cuando la APS ve pertinente y necesaria la aplicación de medidas precautorias y no las solicita; en este extremo, cabe inmediatamente la aplicación del artículo 47.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que **“faculta”** a la APS a **determinar** la suspensión de la emisión y la renovación de pólizas.

Que este razonamiento encuentra fundamento al discriminar las categorías de “medidas precautorias” que la APS, por sí misma, no podría implementarlas, como es el caso de la medida precautoria de congelamiento de fondos o cuentas bancarias,

de la anotación preventiva, secuestro, embargo preventivo, etc. mismas que por su naturaleza, precisan inevitablemente del auxilio de la autoridad jurisdiccional competente.

Que aclarada la alegación de supuesta incompetencia de la APS para implementar medidas precautorias, como la que se analiza, queda demostrado que **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** no enerva la eficacia de la decisión dispuesta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 929 de 30 de noviembre de 2012, pues la APS actuó con plena competencia para emitir esta resolución.

Que en adición, el marco conceptual en que el legislador ha elaborado y estructurado las atribuciones y competencias de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) es el siguiente:

Que la Ley de Seguros Nº 1883 de 25 de junio de 1998, establece atribuciones a favor de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS), como las siguientes:

s) Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos.

f) Todas aquellas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Que en este mismo contexto, el artículo 168 de la Ley de Pensiones Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 determina:

c) Asumir las funciones, atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas en la Ley de Seguros que fueron transferidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).

n) Todas aquellas atribuciones que sean conferidas por la presente Ley y sus reglamentos, o necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Que luego, no es difícil entender que la APS tiene como atribuciones, todas aquellas que en su criterio, son convenientes por oportunidad y por su finalidad. Obsérvese que el acto discrecional de la Administración no es arbitrario ni abusivo, sino que se ampara en la legalidad descrita y en una posibilidad amplia que el propio legislador ha juzgado conveniente, otorgar a esta Autoridad de Fiscalización.

Que es evidente que esta situación jurídica en el que se desenvuelven la Administración y los administrados, no es del agrado de la recurrente, o por lo menos, no lo ha entendido. En ambos supuestos, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** tiene, como sujeto de derecho, todas las facultades que el derecho subjetivo le otorga para denunciar y enervar aquellas facultades discrecionales de la APS, que en su criterio resulten inadmisibles. La APS ha visto necesario implementar medidas precautorias como la suspensión de la emisión de pólizas a fin de preservar el orden legal establecido.

Que en **lo tocante a la ausencia de causa**, si se considera este elemento como la adecuación al fin que se persigue (el cumplimiento de la Ley), o en palabras de Manuel Ossorio, el fin inmediato que se busca con el acto administrativo, es la propia alegación de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** que otorga la

razón a la APS; en efecto, la recurrente argumenta que el acto administrativo que se recurre no es que carezca de hechos y antecedentes, sino que éstos, “no son valederos”. O sea, que lo que en verdad manifiesta es que los hechos y antecedentes no son de su agrado y “no valen”, puesto que existen pero no como la compañía quisiera. Aún más, revisando el contenido y estructura de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929 de noviembre de 2012, puede fácilmente verificarse que a partir del segundo Considerando, se desarrollan los antecedentes legales como la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 344-2011 de 4 de octubre de 2011; en el tercer Considerando y de manera cronológica hechos y consecuencias de los mismos, y en el cuarto Considerando, un fundamento constitucional expuesto contra una determinada actitud de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**

Que la APS considera firmemente que puede y debe tomar conocimiento de hechos (léase, correspondencia), aunque no estén dirigidas a ella, en circunstancias que hagan a sus atribuciones y facultades sin que ello importe ilegalidades. **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** indica “que ni siquiera cursó copia de esa nota a la aseguradora...” sabiendo perfectamente que no había dado cumplimiento a sus obligaciones en materia de seguros, por lo que la “carta” dirigida a la Viceministra no debería causarle sorpresa; en todo caso, observar que no se le haya cursado “copia” de la carta es una actitud curiosa para usar un eufemismo.

Que **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** insiste en argumentar que el cumplimiento de su obligación de ejecutar la póliza MO001145 depende de “un arbitraje”, argumento insostenible como se verá más adelante. En cuanto a los perjuicios como el derecho de repetición, continuidad de sus negocios y su imagen, se recuerda que la APS no inventó el procedimiento administrativo sancionatorio que culminó con la emisión de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2012 que confirma positivamente todas las actuaciones del órgano fiscalizador, en todo caso, es la propia compañía la que causa perjuicios (si existen) a sí misma con su insistente reticencia de cumplir con la prestación convenida en la cláusula de ejecución inmediata condicional de la Póliza MO001145.

Que respecto a la solicitud de la obtención de declaración de incumplimiento a cargo de un tribunal de arbitraje para proceder al pago debido, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** debe considerar la naturaleza y alcance de la Póliza de Caución, emitida por ella, cuyas contingencias se encuentran previstas en la Resolución Administrativa N° 731 de 11 de septiembre de 2007 que aplicables a la Póliza MO001145 con Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, señala en el artículo 14 del Condicionado General que: “El arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva”.

Que esta estipulación claramente manifiesta que el arbitraje no obstará el pago debido y contratado en los plazos predeterminados; es más, el arbitraje se encuentra subordinado al cumplimiento de plazos y no los plazos de pago al arbitraje, como pretende entender la recurrente.

Que por si lo anterior no fuera suficiente, la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional establece imperativamente: “No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE. DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado entre las partes. En este entendido, en caso de incumplimiento, **el Feador indemnizará al Beneficiario de la misma el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días** de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno. **La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía a nivel ejecutivo citado**, en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo”.

Que como se puede inferir, el plazo indubitable para indemnizar, que se otorga al tipo de Pólizas que nos ocupa, es de 15 días. Dicho esto, no valen otras actuaciones (léase arbitrajes) sino, las señaladas en los párrafos precedentes, siendo toda otra petición o solicitud, dilatoria al cumplimiento de obligaciones.

Que en relación a que la aseguradora debe llevar a cabo una serie de averiguaciones y que no puede pagar existiendo divergencias entre las partes contratantes respecto del cumplimiento, para así saber si ha ocurrido el siniestro, si bien ello puede ser objetivo, tal no inhibe ni exime del cumplimiento de la prestación que **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** asumió; en efecto, la cláusula 11 (Subrogación) de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministros para Entidades Públicas (Condiciones Generales) prevé que “todo pago que efectúe el Feador bajo los términos de la presente póliza, le da derecho para repetir contra el afianzado, subrogándose por este simple hecho en las acciones y derechos el beneficiario y así lograr la devolución de la totalidad de los montos pagados al beneficiario además de los costos legales incurridos”. De esta transcripción se infiere que la aseguradora **debe cumplir** la prestación debida en los plazos convenidos contractualmente, y si considera que hay aspectos no claros u oscuros sujetos a una “evaluación técnico legal” o “divergencias entre las partes”, tal evaluación no constituye obstáculo ni eximente, puesto que tiene el derecho subjetivo de accionar, a través de la repetición, para la devolución de pagos que apreciarse como indebidos o improcedentes.

Que lo expuesto en el anterior párrafo es tan cierto que la cláusula **14. Arbitraje** de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro para Entidades Públicas (Condiciones Generales) dispone que “el arbitraje no demorará ni afectará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Feador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva”.

Que con relación al argumento de que la APS no toma en cuenta el perjuicio a sus

derechos de repetición porque se ignora lo dispuesto por el artículo 916 del Código de Comercio, es importante aclarar que el artículo 6 de la Ley de Seguros determina que "Las entidades aseguradoras tendrán como única limitación para la suscripción de seguros de fianza, **el contar con las garantías suficientes** y el adecuado respaldo de reaseguro", no siendo atribución del órgano fiscalizador velar por el hecho de que la aseguradora pueda ejercer o no su derecho de repetición contra el afianzado.

Que es fácil concluir, sin lugar a dudas que, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** esgrime pretextos que carecen de sustento legal y lógico, pretendiendo de manera deliberada, confundir a esta APS.

Que en lo que se refiere a que **la resolución que se recurre carece de causa** amparado en el argumento de que **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** mantiene una reserva constituida de \$us.950.000 y otra cantidad similar por retención de fondos por disposición de la APS y el Juzgado 1° de Partido en lo Civil, no es fundamento suficiente. En efecto, se ha demostrado que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929 de 30 de noviembre de 2012 se sustenta en hechos, antecedentes y consecuencias y en las disposiciones legales que le son aplicables. En todo caso, el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 12.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 se mantiene hasta el momento en que se redacta la presente resolución.

Que en relación a **la carencia de objeto** en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de 30 de noviembre de 2012, la noción de este elemento en el acto administrativo es "el resultado práctico que el órgano se propone a conseguir a través de su acción voluntaria". El **profesor Marienhoff** sostiene que el objeto es "el contenido del acto; es decir, la disposición concreta del administrador, lo que éste manda y dispone, pudiendo ser positivo o negativo". Concordante con este entendimiento, el artículo 28 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 indica que el objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible.

Lo dispuesto en la parte resolutive de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de 30 de noviembre de 2012 (**suspensión de la emisión de pólizas**) es cierto, lícito y materialmente posible en tanto y en cuanto es verificable, es determinable o es preciso y concreto. Es lícito (**la APS tiene potestades sancionatorias, para determinar medidas precautorias y la suspensión de la emisión de pólizas se encuentra en la Ley**) porque es aceptado y reconocido normativamente como en la práctica del mercado boliviano de seguros. Es materialmente posible porque la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de 30 de noviembre de 2012 contiene disposiciones realizables y no absurdas o imposibles.

Que en lo referente a que la actitud omisiva y rebelde de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** no sea arbitraria, lo expuesto anteriormente demuestra que la cláusula de Ejecución Inmediata Condicional prevalece frente al condicionado particular y ésta, frente al condicionado general, y a su vez, frente al contrato principal es constatación irremediable de que la conducta de la compañía sí es arbitraria.

Que en cuanto a la **“Falta de Procedimiento”** que **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** entiende como usurpación de facultades de la autoridad judicial, única autoridad para determinar medidas precautorias, como manda el artículo 51 de la Ley de Seguros, se ha demostrado lo contrario cuando se expuso sobre la presunta falta de competencia para imponer la medida precautoria de suspensión de la autorización de emisión de pólizas.

Que es menester recurrir a nociones de fundamento o fundamentación para entender el uso apropiado del término como argumento adecuado de un recurso. En ese sentido, entendiéndose el fundamento como la **precisión del precepto legal** aplicable al caso y por lo segundo, **la precisión de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas** que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario además, que exista **adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables**, es decir, que en el caso concreto se **configure la hipótesis normativa**, se verifica que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 929-2012 de 30 de noviembre de 2012 contiene estas características incontestablemente, por lo que la observación de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** carece de sustento.

En materia administrativa, para poder considerar un acto de esta índole como correctamente fundado, es necesario que en él se citen: **a)** Los cuerpos legales y preceptos que se estén aplicando al caso concreto, es decir, los supuestos normativos en que se encuadra la conducta del regulado señalados con toda exactitud, precisándose los incisos, subincisos y preceptos aplicables, y **b)** Los cuerpos legales, y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades para emitir el acto en agravio del regulado.

Que estando demostrada la afirmación de contrario respecto de la falta de competencia, que daría lugar a la nulidad de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 929-2012 de 30 de noviembre de 2012, este extremo ha quedado desvirtuado en los razonamientos anteriores, por lo que repetir los argumentos resulta ocioso.

CONSIDERANDO:

Que ahora es necesario referirse a las alegaciones **“3. II FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL PRESENTE RECURSO DE REVOCATORIA. 2. VULNERACIONES A PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y DEBIDO PROCESO”**, contenidas en el cuarto Considerando de la presente Resolución:

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. sostiene que **“La RA 929 lesiona los derechos e intereses legítimos de LA BOLIVIANA porque la sanción no cumple con el principio de proporcionalidad dispuesto por la LPA, más aún, cuando se pretende sancionar por una supuesta infracción que está por demás asegurada mediante las reservas constituidas y la retención de fondos señaladas. La RA 929 pretende obligar a la compañía para que se pague la póliza de caución de**

ejecución inmediata condicional sin cumplir el debido proceso dentro el marco de las disposiciones del Contrato de Suministro para la ejecución de la Póliza N° MO001145”.

Que la lectura de esta alegación revela tres elementos fundamentales a analizar; la aparente **falta de proporcionalidad**, una **doble sanción** que expresaría la decisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de 30 de noviembre de 2012 que obliga a referirse al concepto de **medida precautoria**, Vayamos por partes.

La categoría jurídica **sanción** expresa “el hecho de “castigar”, “infligir mal a quien no ha actuado conforme a la regla”. Ergo, sancionar serían todos aquellos mecanismos que el ordenamiento incorpora a su estructura para evitar la posibilidad del incumplimiento de las normas jurídicas. La sanción entonces corregiría ciertos “desequilibrios” producidos en el ordenamiento jurídico por la vulneración de una de sus normas. En el ordenamiento jurídico, su fin es la organización de la convivencia de los grupos sociales, asegurando y garantizando su cumplimiento por medio de las sanciones. Las normas jurídicas se caracterizan por la imposición de deberes y la correlativa atribución de derechos. Sólo en el caso de que falle esta organización se impone la sanción.

Se otorga seguridad jurídica al sistema cuando la sanción contiene elementos como: **a)** qué es lo que se castiga, qué tipo de conductas son objeto de sanción. **b)** cómo se castiga, qué tipo de sanciones se prevén. **c)** quién castiga, las personas o autoridades competentes para imponer los castigos. **d)** de qué forma se castiga, los procedimientos que regulan la imposición de los castigos, así como los recursos que puedan ejercitarse. **e)** dónde se castiga, las sedes en las que se imponen y cumplen las sanciones.

Para **Manuel Ossorio**, la sanción es “la medida penal que impone el Poder Ejecutivo o alguna de las autoridades de este orden, por infracción de disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos”.

Contrastemos estas definiciones con la definición de **medidas precautorias o medidas cautelares**. **Lino Palacios** (argentino) señala que “es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, **pierda su virtualidad** o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”. Para **Couture**: “Aquellas dispuestas por el juez como el de **impedir** los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a declararse en el mismo”. **Calamandrei** establece: “Anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a **prevenir** el daño que se podría derivar del resultado de la misma”. Finalmente, para **Manuel Oossorio** (sic): “Cualquiera de las adoptadas en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para **prevenir** que su resolución pueda ser más eficaz” (las negrillas son de la APS).

Obsérvese que la diferencia entre **sanción** y **medida precautoria** surge diáfananamente luego de la lectura de estos dos conceptos; la sanción es consecuencia (**ex post**)

definitiva de una serie de actitudes o conductas que han revelado infracción a la norma, mientras que la medida precautoria es lo contrario (**ex ante**) de la ocurrencia de conductas que hipotética y fundadamente pueden ocasionar incumplimientos a la norma; o sea, la medida precautoria tiene carácter preventivo, anticipativo, absolutamente lo contrario de la sanción. Dicho esto, no se evidencia entidad que acredite supuesta doble sanción a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**

Que se debe añadir que la multa impuesta mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ 344-2011 de 4 de octubre de 2011 constituye una sanción plena por incumplimiento del artículo 12.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998; esto es, la obligación de indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista. Siendo la sanción una entidad jurídica distinta a la medida precautoria, es que el legislador, que incluye la base de los argumentos que fundan la mencionada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/344-2011 de 4 de octubre de 2011, ha facultado al ente regulador a **determinar** (el texto legal no dice: a sancionar) medidas precautorias como la que cursa en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N 929-2012 de 30 de noviembre de 2012; por cuya razón, la sanción de 60.000 UFV's y la suspensión de la autorización de emisión de pólizas son complementarias y no excluyentes, huelga manifestar que tales situaciones (la sanción y la medida precautoria) están expresamente previstas en la Ley de Seguros por lo que su aplicación no es invento ni capricho del ente regulador.

Que en efecto, la sanción importa una multa pecuniaria mientras que la medida precautoria, constituye una medida preventiva y anticipativa de futuros eventos. Esta diferencia no ha sido analizada ni reflexionada por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** Expuesto tales argumentos, se desvirtúan las alegaciones de la compañía sobre supuestas dobles sanciones y violaciones al artículo 117.II de la CPE.

Que en lo referente al **principio de proporcionalidad**, ello implica que toda disposición o acto de la administración que restrinja el alcance de un derecho constitucional (u otro reconocido en normas inferiores), debe hacerlo en la medida estrictamente necesaria para alcanzar un fin legalmente lícito y predeterminado. Concordante con ello, el artículo 4.p) de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que el principio de proporcionalidad debe guiar la actuación de la administración con sometimiento a los fines establecidos en la Ley y el uso de los medios adecuados para su cumplimiento. En el caso que nos ocupa, la medida del uso adecuado de los poderes de la administración en aplicación del principio en cuestión se encuentra, instrumentalmente, en la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 que gradúa y modula la sanción a los ilícitos administrativos para algunos casos, y para otros, en la propia norma sustantiva de seguros, como es el caso del artículo 47.a).

Que la medida precautoria impuesta a **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** guarda concordancia con los antecedentes del proceso; al haberse evidenciado "que a más de 6 meses de la emisión de la Resolución

Jerárquica que dio por agotada la vía administrativa, adquiriendo carácter de ejecutoriedad, esta APS tomó conocimiento a través de copia de la carta SEDEM/GG/AL/2012-0176 de 5 de noviembre, dirigida a la Viceministra de Lucha Contra la Corrupción, que La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. hasta la fecha de emisión de la presente resolución Administrativa no procedió a la ejecución de la Póliza MO001145 manteniendo el incumplimiento del inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883..." (página 3 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de 30 de noviembre de 2012), situación que se adecúa a lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, que establece que "cuando cualquier entidad aseguradora o reaseguradora **no cumpliere con alguna de las obligaciones establecidas en el artículo 12 de la presente Ley**, para prevenir la agravación del daño económico o perjuicio causado, la Superintendencia se encuentra facultada a determinar: a) La suspensión de la emisión y la renovación de pólizas..."

La decisión adoptada en la resolución que se recurre se encuentra plenamente respaldada por la norma respectiva, por lo que se ha actuado teniendo presente el principio de proporcionalidad al establecerse una actitud negativa permanente (contrariamente a lo que determina el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003).

Que puede por ello apreciarse que, en la resolución impugnada, se han considerado los hechos relevantes que antecedieron a la dicha resolución APS/DJ/DS/N° 929-2012 de 30 de noviembre de 2012, como la gravedad del hecho, la concurrencia de daño o perjuicio y la existencia de intencionalidad.

Que en lo que respecta a la supuesta carencia del **debido proceso** para ejecutar la póliza N° MO001145, en partes anteriores de esta resolución se ha explicado con generosidad cuál era y es el procedimiento a seguir para dicha ejecución, debiendo remitirse a este efecto, a lo señalado en la cláusula de ejecución inmediata condicional de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Suministro N° MO00115, razón que nos exime de reiterar aquellos fundamentos. Lo cierto es que hasta la fecha, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** no ha dado cumplimiento a la prestación convenida a la que se ha obligado y la APS no ha de entrar, como pretende la recurrente, a efectuar valoraciones (hacer análisis sistemático, incumplimiento del contrato primario en sí, % desembolsado, causante del incumplimiento, existencia de adendas, etc.) del contrato de suministro y que como bien señala esta compañía, no son de competencia del ente regulador.

Que no obstante, conviene anotar que **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** incurre en contradicciones curiosas significativas de falta de consistencia y convicción en sus propios argumentos; señala por una parte que la APS no ha efectuado un análisis sistemático, incumplimiento del contrato primario en sí, % desembolsado, causante del incumplimiento, existencia de adendas, que el SEDEM llevó a cabo acciones tendentes a entorpecer el arbitraje incoado por D'ANDREA tal como refleja la respectiva resolución de la Cámara de Comercio, tampoco se analiza el hecho de que han sido autoridades ejecutivas de PAPELBOL, etc. Es decir, reclama

que el ente regulador no hubiera examinado estos antecedentes para inmediatamente señalar “Es evidente que la APS no tiene competencia para pronunciarse sobre estos hechos tampoco la compañía”. (!!). Plantea y cuestiona el hecho de que la APS no hubiera examinado aspectos del contrato, para luego decir que ese examen no es de competencia del ente regulador!!

Respecto de la alegada ausencia de arbitrariedad en que incurre **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** debe quedar claro que el hecho de que esta compañía no hubiera procedido a cumplir con la prestación convenida en su contrato de seguros, existiendo la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2012 que agota la vía administrativa y hasta la fecha en que se elabora la presente resolución administrativa, es un rotundo mentís a la supuesta “legalidad” de la aseguradora, quedando ninguna alternativa que no fuese de abierta rebeldía para cumplir con sus obligaciones legales.

Es más, esa reiterada rebeldía pone en entredicho la buena fe, la transparencia y confianza que deben irradiar, tanto el mercado de seguros como sus operadores, de que se ha de cumplir con lo contratado sin pretextos dilatorios. Aspectos que a medida que transcurre el tiempo, agravan el perjuicio.

Que en relación a que el incumplimiento es una situación jurídica que debe ser declarada mediante arbitraje, esta APS no la objeta ya que como la propia compañía señala “no es de competencia del ente regulador tales extremos”. Lo que sí es de competencia de la APS es la situación jurídica del contrato de seguros que se subordina al condicionado general y éste se subordina al condicionado particular, y a su vez, a las cláusulas que las rigen (léase, Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Póliza de Garantía de Cumplimiento de Suministro de Entidades Públicas), competencia que el ente regulador la ejercerá mientras las normas que la amparan estén vigentes.

El artículo 12.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 se aplica cuando la compañía incumple la prestación convenida, misma que opera dentro el marco de las prevalencias (presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el procedimiento administrativo), señaladas en el párrafo anterior, por lo que argumentar que aquél artículo se aplica a “siniestros ocurridos aceptados” o a “declaración arbitral” constituyen una afirmación errada.

En relación a la **constitución de reservas técnicas de Seguros Especiales** (cuenta 204.4) por el importe excedente al retenido hasta alcanzar el total caucionado de la Póliza MO001145 determinada mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2011 de 19 de agosto de 2011, e “**Injusta Constitución de Reservas**”, sin siquiera estar contemplada en la normativa vigente, se ha emitido la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2012 de 9 de marzo de 2012 que deja sin efecto la anterior resolución administrativa de la APS.

Que en relación al principio **non bis in idem** y en relación a la existencia de doble sanción (argumento ya refutado en párrafos precedentes), se reitera que la multa de 60.000 UFV's impuesta como sanción mediante la resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 344-2011 de 4 de octubre de 2011 es distinto en concepto, distinto en naturaleza, distinto en fin y distinto en objeto y causa a la medida precautoria dispuesta en la resolución que se impugna

Que la Convención Interamericana de Derechos Humanos, llamada también "Pacto de Costa Rica", tiene como sujeto a personas naturales; o sea, seres humanos, y de ninguna manera a personas jurídicas como es **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, como bien refiere el artículo 1 del capítulo I – Enumeración de Deberes de la Parte I – Deberes de los Estados y Derechos Protegidos, por lo que la cita de este instrumento internacional es impertinente.

CONSIDERANDO:

Que en lo tocante a los ""(sic) **Daños Irreparables a la imagen de LA BOLIVIANA**", es criterio y convicción de esta Autoridad de Fiscalización Control de Pensiones y Seguros, que no es ella la que ha incurrido en el incumplimiento de normas y un contrato de seguro, sino, ha sido la compañía ahora recurrente quien viola compromisos estipulados, compromisos incumplidos que, en su día, han sido comprobados mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 344-2012 de 4 de octubre de 2012 y Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 463-2012 de 5 de diciembre de 2011, comprobación plenamente confirmada a través de la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2012. En todo caso, debiera ser **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** quien evalúe las consecuencias de sus propias inconductas, ella debiera evaluar sus riesgos, y cuidar primariamente su "imagen" para no, luego, desplazar a terceras personas sus responsabilidades.

Que con referencia a las alegaciones "**Vulneración al Derecho al Trabajo**", "**Perjuicio a los Clientes y al Propio Estado**" (perjuicio a 50 clientes, contratación de líneas de caución, etc.) y "**Violación de Principios a la Seguridad Jurídica**" (suspensión la autorización de la emisión de pólizas de fianzas, renovación de aquellas emitidas antes de la notificación de la resolución recurrida, líneas de crédito señaladas anteriormente), los razonamientos inscritos en el anterior párrafo son válidos para desvirtuar la opinión de que es la APS quien daña la imagen, y ahora, que vulnera el derecho al trabajo de los trabajadores de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** Este tipo de argumentos de la recurrente lleva a un cuadro de situación en que alguien razona más o menos así: contrato una obligación de dar, luego incumplo las obligaciones emergentes, me sancionan por ello y en seguida, echo la culpa y responsabilidad (daño a la imagen, vulneración de derecho al trabajo, daño al Estado, etc.) a la entidad que me sanciona por el incumplimiento; de este modo, me "libero" de toda consecuencia. Por supuesto que tal no resiste ningún análisis.

Si la inconducta de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, que administrativamente tiene cosa juzgada formal, causa perjuicios al Estado, la APS, en cumplimiento de sus deberes institucionales, dará cuenta de ello a las instancias

pertinentes para su trámite correspondiente.

Que en lo que se refiere a la **"Falta de Consideración de Procesos Judiciales"** como los procesos civiles y penales que el SEDEM ha incoado contra **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, se reafirma que tales "consideraciones" no corresponden a las atribuciones de la APS, como bien la propia recurrente ha señalado con insistencia en su memorial de recurso.

Que en relación al argumento de supuesta **"Inobservancia de la Ley"**, esta entidad reguladora ya ha expuesto con bastante generosidad los argumentos que amparan su decisión de suspender la autorización de nuevas pólizas mientras **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** mantenga su posición de franca rebeldía ante la Ley, argumentos que han sido confirmados por la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2012 de 11 de mayo de 2012.

Que en lo que se refiere a la falta de reglamentación para los seguros de fianzas (cauciones y crédito) la falta de reglamentación para los mecanismos operativos previsto en el cuarto párrafo del artículo 6 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, tal no puede ser ni es obstáculo para el cumplimiento de las obligaciones legales de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** emergentes de los contratos de seguro que ella firma con los usuarios; sin embargo y a la luz de los antecedentes (y no el pleonasma **hechos fácticos**), lo irónico de esta "alegación" de la compañía es que tal "falta de reglamentación" nunca fue obstáculo para que se firme y perfeccione el seguro de la Póliza MO001145, pero sí es un pretexto para pretender justificar incumplimientos comprobados (de aquella póliza) que han dado lugar al agotamiento de vía administrativa como se anotó precedentemente.

Que en lo tocante al argumento **"Vulneración a Principios de Imparcialidad y proporcionalidad"**, es necesario repetir que la medida precautoria no es **sanción** ni viceversa, **tampoco una doble sanción** tal cual se ha expuesto precedentemente, por lo que respetando las opiniones de profesionales bolivianos al respecto, esta afirmación de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** cae por su propio peso.

Que a este punto, no se entiende a qué **plazos** ni a qué corredora de reaseguros se refiere la recurrente. Si sabe de algún caso en que se actuó de distinta manera debiera especificar. Si **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** se considera "inocente" del hecho de no haber procedido a la ejecución del pago de la Póliza MO001145, bien pudo haber producido sus probanzas a tiempo de presentar el memorial de Recurso de Revocatoria, por lo que no habiendo ocurrido tal, su argumento constituye una declaración insustentable.

CONSIDERANDO:

Que en concordancia con los antecedentes analizados en la presente resolución, teniendo presente que la medida precautoria dispuesta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de 30 de noviembre de 2012 tiene como base legal confirmatoria la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2012 de 11 de mayo de 2012 y la demostrada complementariedad de una sanción y de una

medida precautoria, se debe analizar el hecho de que la eficacia del principio de ejecutoriedad del acto administrativo (léase, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de 30 de noviembre de 2012) procede excepcionalmente cuando pudieran presentarse los fenómenos siguiente:

- a) Posibilidad de irrogar graves daños a la recurrente.
- b) Derivación en grave perturbación del interés general y de los derechos de terceros.

Que en el caso presente, la recurrente invoca hipotéticos perjuicios a terceros como causales de suspensión de la medida precautoria determinada en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de 30 de noviembre de 2012.

Que se debe tener presente que así como la Ley otorga atribuciones al ente regulador, también concede al regulado el derecho de solicitar la suspensión de ciertas decisiones como la que consta en aquella resolución.

Que en este contexto y precautelando las garantías de las que el regulado es titular, a fin de que instrumente en forma amplia las mismas en invocación de los recursos que la Ley prevé, se considera apropiado suspender circunstancialmente, mientras se agote la vía administrativa, la ejecución y determinación cursante en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de 30 de noviembre de 2012, sin que tal suspensión implique modificación de los razonamientos inscritos en dicha resolución administrativa y en la presente..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 14 de febrero de 2013, **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 68-2013 de 23 de enero de 2013, expresando lo siguiente:

"...III. FUNDAMENTOS QUE DESVIRTUAN LAS CONSIDERACIONES DE LA APS EN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N°68-2013 EN CUANTO A LA FALTA DE ELEMENTOS ESENCIALES EN EL ACTO ADMINISTRATIVO

La RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N°68-2013 que confirma injustamente la decisión de suspendernos la autorización para vender Seguros de Cauciones, se basa en una serie de consideraciones que desvirtuamos en el mismo orden en el que se presentan en la Resolución ahora impugnada.

a) CON RELACION A LA FALTA DE COMPETENCIA (...)

En principio es menester aclarar con relación a lo expresado por la APS que la imposición o emisión de medidas precautorias en el sector de seguros no requiere de actos discrecionales, puesto que la Ley de Seguros claramente regula esta figura de las medidas precautorias en su Artículo 47 y siguientes, por lo que se puede evidenciar claramente que las medidas precautorias son actos reglados o normados.

En ese sentido precisamente se está en presencia de un acto contrario a la norma, cuando se pretende, bajo cualquier justificativo (incluso alegando "orden público") regular mediante discrecionalidades actos normados, y precisamente ello constituye una usurpación de funciones (los actos discrecionales van a cubrir precisamente los vacíos dejados por la norma).

Por otra parte, respecto al carácter subordinado de la preposición "que", como indica la APS, es necesario aclarar que es innecesario el esfuerzo de pretender querer darle otras interpretaciones semánticas a la norma, puesto que no importa si a la preposición "que" se la puede o no tomar como el condicional simple "si", porque lo que indica la norma es que es competencia de los jueces en materia administrativa y tributaria otorgar las medidas jurisdiccionales "que" la Superintendencia solicite, y si queremos leer como lo hace la APS, la norma igualmente es clara al determinar la competencia de los jueces, puesto que tendría que leerse: "que es competencia de los jueces en materia administrativa y tributaria otorgar las medidas jurisdiccionales "si" la Superintendencia solicita..."

Por otro lado, los argumentos de la APS no afectan el fondo de lo sustentado por nosotros en sentido de que la RA 929 dispone en su parte resolutive la suspensión para comercializar y emitir pólizas conforme a la literal a) del Artículo 47 de la Ley de Seguros, es decir, imponiendo la medida precautoria de "suspensión" pero de manera notoria USURPANDO CLARAMENTE COMPETENCIA DE OTRA AUTORIDAD como se explica a continuación:

El Artículo 51 de la Ley de Seguros, bajo el nomen juris de "MEDIDAS JURISDICCIONALES" señala textualmente: "**Constituye competencia de los jueces en materia administrativa y tributaria,** otorgar las medidas jurisdiccionales que la Superintendencia (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) solicite para la debida aplicación de las normas del presente Capítulo, incluyendo medidas preparatorias de demanda y **medidas precautorias de todo tipo.**" (El resaltado es nuestro).

El Tribunal Constitucional a través de la SC 0099/2010-R de 10 de mayo de 2010, desarrolló el siguiente entendimiento: "El juez natural, constituye una garantía constitucional con incidencia en el campo tanto jurisdiccional como administrativo, cuyo 'núcleo duro' está compuesto por tres elementos a saber: la competencia, la imparcialidad y la independencia (...).

(...) la competencia como medida y continente de la potestad administrativa es indelegable, inconvulvable y emana solamente de la ley y de la Constitución; entonces, la importancia que reviste este elemento del juez natural en el Estado Social y Democrático de Derecho, hace que el ordenamiento jurídico-constitucional boliviano le conceda un resguardo reforzado frente a actos de quienes usurpen funciones que no les competen o contra los actos de quienes ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley (...).

En mérito a lo señalado, se puede determinar que las inferencias a las que aborda la APS carecen de sustento toda vez que está establecido en la norma, concretamente

en el Artículo 51 de la Ley de Seguros, la competencia de los jueces en materia administrativa y tributaria para otorgar las medidas jurisdiccionales, incluyendo medidas preparatorias de demanda y **medidas precautorias de todo tipo**. Las disquisiciones en relación a la redacción, a la naturaleza de la proposición "que" y demás, constituyen comentarios que se apartan del tema de fondo que se trata, ya que está claramente definido (sic) por ley la competencia jurisdiccional en todo tipo de medidas precautorias.

La usurpación de funciones que no estén mencionadas por ley o del ejercicio de potestad administrativa que no emane de la ley; se encuentra resguardada en nuestro ordenamiento jurídico y en base a lo señalado en el artículo 122 de la Constitución Política del Estado, solicitamos a su Autoridad, que de conformidad al Artículo 51 de la Ley de Seguros, se determine la NULIDAD de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 929/2012, debido a que la única autoridad que puede otorgar esas medidas precautorias es una autoridad jurisdiccional, en este caso un Juez en materia administrativa y tributaria.

La discrecionalidad de la Administración no está en discusión. Sin embargo, específicamente la aplicación de medidas precautorias, constituye competencia de los jueces en materia administrativa y tributaria. Competencia definida por el propio legislador que la ha juzgado conveniente. Esto va más allá de simplemente asumir que sea del agrado o no de LA BOLIVIANA.

b) AUSENCIA DE CAUSA (...)

El simplemente alegar que para LA BOLIVIANA los hechos y antecedentes no son valederos, y que se desarrollan antecedentes legales ya señalados mediante RA APS/DJ/DS/Nº 344-2011, no explican el aspecto de fondo, impidiendo conocer cuales los argumentos del regulador para establecer este extremo. Las consideraciones legales no son menos válidas porque se las hayan expresado con anterioridad sobre un mismo hecho.

En cuanto al aspecto relativo a la nota del SEDEM SEDEM (sic) /GG/AL/2012-0176 de 5 de noviembre de 2012 en la que se expresa que nuestra Compañía no procedió a la ejecución de la Póliza MO001145 consideramos que debió haberse remitido a LA BOLIVIANA para que podamos hacer conocer nuestros argumentos a la Viceministra de Lucha Contra la Corrupción en virtud al derecho de defensa que asiste a todas las personas y no solamente debió tomarse como un elemento exclusivamente propio para la APS, mas aún si dicha Nota estaba claramente haciendo referencia a una entidad como la nuestra.

Respecto a que la Boliviana Ciacruz mantiene una posición intransigente en requerir una Resolución Arbitral que establezca el incumplimiento del contrato principal de suministro, pese a que el condicionado general señala que el arbitraje no afectará ni demorará el pago del fiador al beneficiario, es un argumento totalmente contradictorio con la actuación del regulador, puesto que por un lado al regulador no le importa nuestro derecho de repetición, tampoco le importa si existió o no una

declaración de incumplimiento, asimismo no le interesa si hasta la fecha no hay un proceso arbitral iniciado, pero si le importa los argumentos de una entidad ajena al mercado asegurador que pretende el cobro de una póliza, sin observar los acuerdos plasmados en contratos que tienen fuerza de Ley..

En ese sentido, la APS respecto a nuestra solicitud de obtención de declaración de incumplimiento a cargo de un tribunal de arbitraje para proceder al pago en el caso de la Póliza MO001145, señala al Art. 14 del Condicionado General y la cláusula de Ejecución Inmediata Condicional. Haciendo la APS **nuevamente** caso omiso a la relación contractual vinculante entre el Contratante/Beneficiario y el Contratista, es decir Papelbol (ahora SEDEM) y D'Andrea/Afianzado. Al ser la póliza de seguro accesoria al contrato de suministro, ese contrato principal es Ley entre partes y ese contrato es el que determina la instancia del arbitraje para determinar el incumplimiento (arbitraje que no se realiza en función a la Póliza de Seguro sino en función y de acuerdo al Contrato de Suministro, y por tanto no involucra a la Aseguradora). Accesoriamente, puede haber un arbitraje entre el SEDEM y la Aseguradora, de conformidad a lo establecido en la propia Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato N° M000145 emitida por "LA BOLIVIANA", toda vez que también existe una divergencia de interpretación técnica y legal de lo establecido por dicha póliza PERO QUE EN EL PRESENTE CASO TAMPOCO SE DIO.

La APS aclara que no es su atribución velar porque la aseguradora pueda ejercer o no su derecho de repetición contra el afianzado, sin embargo, de conformidad al Art. 41 de la Ley de Seguros, la APS debe velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras. Evidentemente no esta cumpliendo su cometido cuando impone medidas precautorias en el mercado sin la debida competencia para ello.

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929/2012 de fecha 30 de noviembre de 2012, expone entre sus argumentos el "...de prevenir la agravación del daño económico perjuicio ocasionado hasta el presente...". Sin embargo, se empeña en ignorar que nuestra Compañía mantiene una reserva constituida de US\$.950.000 precisamente por disposición de ese órgano regulador, monto que sumado al congelamiento dispuesto por el Juez Primero de Partido en lo Civil (US\$.950,000) cubre dos veces el reclamo. Se mantiene nuestra interrogante: **¿Cómo puede la APS justificar por una parte, una medida arbitraria como la suspensión de venta de pólizas de caución, y por la otra parte a una supuesta medida para prevenir la extensión del daño a la emisión de nuevas pólizas de seguros?**

Por lo señalado, evidentemente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929/2012 no contiene el elemento esencial de la causa, puesto que la misma no se sustenta en hechos y antecedentes válidos y no tiene asidero en el derecho positivo (por lo mencionado con relación a la falta de competencia para emitir estas medidas precautorias en forma directa). La APS no ha demostrado lo contrario y simplemente se limita a señalar que LA BOLIVIANA esgrime pretextos en lugar de atender nuestros argumentos.

C) CARENCIA DE OBJETO VALIDO (...)

En relación a la **carencia de objeto**, la disposición concreta del administrador

mediante la RA APS/DJ/DS/N°929-2012 no es lícita pues la medida precautoria de suspensión es una medida preventiva cuando la compañía aseguradora se encuentra en riesgo de no poder cumplir sus obligaciones. Con relación a la póliza MO001145 la APS conoce que se mantienen recursos que entre reservas y retenciones, sólo con relación al caso específico alcanzan a un monto que asegura un eventual pago en el doble del límite de responsabilidad eventual de "LA BOLIVIANA", por lo que las actuaciones de la APS no se ajustan al marco legal de la Ley de Seguros, lo que hace que no sea evidente que se ponga en riesgo el pago de otras pólizas de caución. Desde ningún punto de vista se puede argumentar la validez del objeto amparándose en que es materialmente posible o porque la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°929-2012 contiene disposiciones realizables y no absurdas o imposibles.

La APS no entendió que el objeto de una Resolución Administrativa es la decisión que se adopta en la misma, que puede tener efectos declarativos (cuando se reconoce un derecho) dispositivos (cuando dispone la realización de actos positivos o negativos como en el presente caso) constitutivos (cuando confiere derechos o establece situaciones jurídicas) o sancionadores (cuando impone sanciones). En el presente caso el objeto de la Resolución ahora impugnada en Recurso Jerárquico se refiere a la suspensión de la autorización para la venta de seguros de caución (efectos dispositivos) como una MEDIDA PRECAUTORIA, aspecto que no se encuentra dentro de la competencia de la APS, por lo que el objeto de la Resolución es nulo precisamente porque la APS no puede determinar la suspensión de autorización para la venta de un tipo de seguro, a modo de MEDIDA PRECAUTORIA definida como aquellos medios que la ley franquea para asegurar el resultado de la acción, es decir que la medida precautoria no es un fin, sino un medio para asegurar precisamente una acción, que en el presente caso no existe.

d) FALTA DE PROCEDIMIENTO Y FUNDAMENTO (...)

Como ya lo referimos en el elemento relativo a *la competencia*, la APS no ha seguido el procedimiento ordenado en la Ley de Seguros, porque no ha acudido ante una autoridad judicial (única autoridad con competencia para determinar estas medidas precautorias) tal como lo manda el Artículo 51 de la Ley de Seguros.

Por otra parte, a pesar de que la APS considera que en el caso concreto se configura la hipótesis normativa, insistimos en que en la RA 929 no se observan fundamentos válidos que permitan conocer los motivos legales concretos y valederos para la suspensión.

Por todo lo expuesto, de conformidad al artículo 35 de la LPA, párrafo II, que establece que las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos, "LA BOLIVIANA" invocó la nulidad de la RA 929 por falta de competencia y por incurrir en falta de los elementos esenciales del Acto Administrativo. En consecuencia, consideramos que la APS al dictar la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 68-2013 de 23 de enero de 2013, objeto del presente Recurso Jerárquico no consideró a cabalidad los argumentos esgrimidos por LA

BOLIVIANA.

IV. FUNDAMENTOS QUE DEMUESTRAN LA VULNERACION A LOS DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGITIMOS

Adicionalmente a los aspectos que enervan la legalidad de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929/2012 de fecha 30 de noviembre de 2012 por falta de los elementos esenciales del Acto Administrativo, presentamos nuevamente los argumentos que vulneran nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos.

a) VULNERACIONES A PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y DEBIDO PROCESO (...)

La medida impuesta mediante RA 929-2012 lesiona y causa perjuicio a los derechos e intereses legítimos de "LA BOLIVIANA" porque no cumple con el principio de proporcionalidad dispuesto por la LPA. La APS pretende obligar a LA BOLIVIANA pagar **la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministros signada con el No. MO001145** sin cumplir con el debido proceso en la determinación de incumplimiento del contrato caucionado. La APS de forma por demás llamativa no considera el aspecto básico consistente en que el contrato de suministro (celebrado entre PAPELBOL (AHORA EL SEDEM) CON D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO DE MAQUINAS) constituye el presupuesto necesario para el nacimiento del seguro de Caucción, en tanto aquel origina el riesgo sobre el que recaerá el interés asegurable. Para la ejecución de la Póliza No. MO001145 es necesario que, en el marco de las disposiciones del Contrato de Suministro, el incumplimiento de dicho contrato sea establecido por el SEDEM cumpliendo el debido proceso establecido en la LPA, lo cual requiere una decisión de un Tribunal Arbitral de acuerdo a lo dispuesto en el propio Contrato SUSCRITO PRECISAMENTE POR PAPELBOL (AHORA EL SEDEM) CON EL PROVEEDOR D'ANDREA AGRIMPORT IMPORTACAO E COMERCIO DE MAQUINAS, es decir, estamos a la espera de que la instancia correspondiente confirme que se ha producido la eventualidad prevista. Según la APS esto constituye incumplimiento al Art 12,a) de la Ley de Seguros que señala: "a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista.", sin embargo, "LA BOLIVIANA" en ningún momento rechazó el pago, al contrario, lo que nuestra empresa reclama es que la APS sanciona la no ejecución de la póliza sin que se hubiese verificado la existencia o no del incumplimiento alegado por el SEDEM.

Además en el presente caso, es todavía más difícil de establecer ese incumplimiento debido a la existencia de elementos reconocidos por el propio SEDEM y que se observan en los antecedentes cronológicos relatados, como ser:

- Que se pago cerca del 99% del monto del contrato con la conformidad de PAPELBOL.
- Que D'Andrea por su parte ha informado que el incumplimiento del contrato es exclusivamente imputable a PAPELBOL.
- Que existen actas de recepción con la debida aceptación de funcionarios de PAPELBOL
- Que existen Adendas al contrato principal, en las cuales PAPELBOL reconoce el

cumplimiento del PROVEEDOR y asume (PAPELBOL) que las demoras e incumplimientos no son atribuibles al PROVEEDOR.

- Que el SEDEM ha iniciado un proceso penal contra los ejecutivos de PAPELBOL, precisamente por sus actuaciones con relación a la administración del contrato.
- Que existe evidencia que las empresas subcontratistas que debían realizar trabajos de infraestructura no lo hicieron y se resolvieron esos contratos.
- Que el SEDEM, cuando fue notificado para llevar adelante un proceso arbitral en Cochabamba, no solo que no lo aceptó, sino que habría realizado acciones tendientes a entorpecer el arbitraje ante la Comisión de la Cámara de Comercio de Cochabamba, tal como se refleja en la Resolución que rechazó dicho proceso. Así, nos permitimos transcribir la parte respectiva de esa Resolución de la Cámara de Comercio:

“...CONSIDERANDO.- 1) Que, mediante nota de 02/01/12 (SEDEM/GG/AL/2012-0015) suscrita por la Lic. Patricia Ballivián Estenssoro, en su calidad de Gerente General del SEDEM, a tiempo de formular “denuncia” basándose en los argumentos planteados en sus notas de 15/12/11 y 25/01/12, solicita que se deje sin efecto la Resolución CCA N° 002/12 y se rechace la solicitud de arbitraje presentada por D’ANDREA AGRIMPORT, manifestando que en caso de negativa se reserva el derecho de iniciar las acciones correspondientes... 4) Que, lamentablemente, la nota presentada por la representante del SEDEM, contiene frases intimidatorias, las cuales resultan innecesarias cuando se defiente (sic) un criterio sobre la base de la razón y la ley, al advertir que en el caso de no dar curso a su solicitud, podrá iniciar las acciones legales correspondientes, con lo cual pretende obligar a la Comisión pronunciarse sobre aspectos que no se encuentran bajo sus facultades reglamentarias, vulnerando la competencia del Tribunal Arbitral categóricamente establecida por la Ley especial (Art. 9 L. 1770). 5) Que, adicionalmente, se ha involucrado a los miembros de la Comisión y al Director Ejecutivo, en las investigaciones de un proceso penal, en el cual no tienen ninguna vinculación; obligándolos a trasladarse hasta la ciudad de La Paz a objeto de prestar declaraciones informativas. 6) Que, en las circunstancias antes referidas resulta imposible atender el proceso de arbitraje, por lo que sin necesidad de otras consideraciones, la Comisión de Conciliación y Arbitraje se ve obligada a disponer el rechazo de la solicitud de arbitraje presentada por D’ANDREA AGRIMPORT...”

- Otro elemento es la declaración informativa en uno de los procesos penales que se instauraron, de fecha 14 de mayo de 2012, presentada por el Sr. Julio Quesada quien trabajó en PAPELBOL como Gerente interino y luego como Jefe de Planta, la misma que señala: “...Empiezan a colocar y trasladan una parte de la maquinaria que se encontraba en recinto aduanero al interior de la nave principal, eso lo hacen hasta el 4 de diciembre (de 2009), donde deciden irse (personal de D’Andrea) porque faltaban algunas obras civiles argumentan que faltaba luz, no había agua en el interior de la planta...” Esta declaración de uno de los principales ejecutivos y técnico de PAPELBOL revela elementos que deberían ser objeto de análisis por parte de la instancia correspondiente (arbitraje) para establecer los grados de cumplimiento e incumplimiento de las partes al Contrato de Suministro.

De acuerdo a los hechos planteados, nuestra solicitud de una declaración de incumplimiento NO ES ARBITRARIA como menciona la APS para respaldar una

decisión perjudicial en nuestra contra y suspendernos la venta de Pólizas de Caucción.

Si se toma en cuenta además, la existencia de montos en reserva que garantizan cualquier contingencia al respecto, la medida impuesta mediante RA 929 carece de fundamento y constituye desproporcional al caso que se trata.

b) DOBLE SANCION (...)

Al respecto debemos mencionar aspectos que vulneran nuestros derechos y demuestran la arbitrariedad con la que actúa el regulador, como por ejemplo que la APS mediante Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/N° 344-2011 de 4 de Octubre de 2011 dispuso SANCIONAR A LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS con una multa de 60.000.00 UFV's (Sesenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda), por la contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883 de 25 de junio de 1998, al no haber cumplido con el plazo de ejecución de la garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro N° MO001145, disposición que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 463-2011 fue confirmada en Recurso de Revocatoria y que finalmente fue confirmada a su vez por la RESOLUCION MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2012.

Ahora el ente regulador en la RA 929 impugnada en el presente caso, señala además que "...al haberse evidenciado el incumplimiento y reticencia de La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. para cumplir la obligación asumida mediante la Póliza de Seguro No. MO001145...", por lo que fácilmente se concluye que la APS nos esta sancionando por segunda vez debido a un mismo hecho: por el supuesto incumplimiento con el pago de la garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro N°M000145.

Asimismo, debemos recordar que paralelamente a esta sanción, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS No.245-2011 de fecha 19 de agosto de 2011, el ente regulador instruyo a "LA BOLIVIANA" constituya en sus estados financieros una Reserva Técnica de Seguros - Especiales (cuenta 204.04) por el importe excedente al retenido hasta alcanzar el total caucionado de la póliza N° MO001145, es decir, que resolvió la constitución de reservas especiales que ni siquiera se encuentran establecidas en la normativa vigente, aspecto que fue correctamente apreciado por la Unidad de Recursos Jerárquicos al disponer que dicha constitución sea anulada, pero demuestra que la APS emitió diferentes Resoluciones que no buscan sino que nuestra Compañía pague un seguro que de acuerdo a nuestra óptica, todavía no se ha configurado por no existir la declaración de incumplimiento de acuerdo al contrato objeto de la caución.

En ese sentido, se puede advertir que lo señalado constituye una situación contraria a lo establecido en la actual CPE art. 117.11 que dispone que "Nadie será procesado ni condenado mas de una vez por el mismo hecho." Este precepto constitucional se encuentra incluido dentro del Título "Garantías Constitucionales", de manera que no sólo abarca un principio conceptual, sino una verdadera garantía constituida en un derecho desde el momento que es reclamado, y por ello es deber de las autoridades correspondientes resguardar esta garantía a favor de los administrados.

Por otro lado, el citado artículo constitucional no es más que la materialización del principio "Non bis in idem", también protegido por el art. 8 inc. 4) de la Convención Americana de Derechos humanos, señalando que ese principio no es aplicable solo al ámbito penal sino también al ámbito administrativo como es nuestro caso. El profesor Juan Alfonso SANTAMARIA PASTOR, en su obra "Principios del Derecho Administrativo Sancionador" (p. 393) señala: "b) El principio que examinamos supone, en primer lugar, la exclusión de la posibilidad de imponer en base a los mismos hechos dos o mas sanciones administrativas o una sanción administrativa y otra de orden penal; esta regla prohibitiva surge históricamente como reacción a la práctica criminal del Estado absoluto y, por su evidencia, no ha sido apenas objeto de refrendo en los textos legales."

De acuerdo al AUTO CONSTITUCIONAL 0278/2012-CA de fecha 9 de abril de 2012, "...Para que se considere una doble sanción por el mismo hecho, debe existir; identidad de la persona perseguida, del objeto de persecución y de la finalidad de la persecución (en este caso del bien jurídico protegido)." En el presente caso, la APS nos esta sancionando con una doble sanción, vulnerando la garantía establecida por el art. 117.11 de la CPE, pues no es posible establecer dos sanciones por un mismo hecho y al respecto, la APS nos sanciono la primera vez con una multa de 60.000.00 UFV's (Sesenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) que fue depositada oportunamente en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. No. 865, de conformidad a lo dispuesto en el punto tercero de la Resolución Administrativa Sancionatoria APS/DJ/DS/Nº 344-2011 y nuevamente el ente regulador nos sanciona, esta vez con la suspensión de **LA AUTORIZACIÓN DE LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** para comercializar y emitir pólizas de fianzas.

c) **DAÑOS IRREPARABLES A NUESTRA IMAGEN (...)**

Sin embargo de la actitud simplista de la APS y totalmente contraria a la jerarquía de una autoridad reguladora, el análisis del caso no puede alejarse del hecho incontrovertible que al ser objeto de medidas tan arbitrarias se esta ocasionando grave perjuicio a la imagen y prestigio de nuestra Compañía. "LA BOLIVIANA" ha sido fundada en 1946, esta considerada como la empresa pionera en el sector asegurador y marca un hito en Bolivia al cumplir 66 años desde su fundación con éxitos y logros como ninguna otra empresa en nuestro mercado de seguros, particularmente en lo que se refiere precisamente al pago de siniestros.

La APS cuando en abril del año pasado procedió a revocar la licencia de funcionamiento de un Corredor de Reaseguro (que extrañamente ahora ni recuerda de que caso se trata) no realizó ningún tipo de anuncio a los medios de prensa, pese a que se trataba de una revocatoria de licencia. En el entendido que este tipo de determinaciones son motivadas por razones de consideración y que no se realizan cada día o a la ligera, es sorprendente que se nos solicite mayor aclaración sobre el corredor referido. Llama todavía más la atención cuando en fecha 5 de diciembre de 2012, despertamos con la noticia en los principales medios de prensa sobre la suspensión realizada por la APS (Se adjuntan al presente). En todos los casos, se aclara que la fuente directa es la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros APS, generando un verdadero daño a la imagen de nuestra empresa y con una

conducta diametralmente opuesta a la que caracterizo a la APS al revocar la licencia de funcionamiento de AON RE Bolivia S.A. mediante Resolución Administrativa N°260-2012 que fue parcialmente confirmada por la APS a través de la Resolución Administrativa N°518-2012.

Titulares como "Suspenden venta de pólizas de la Boliviana" (anexo 1), "Suspenden permiso de venta de pólizas a Boliviana Ciacruz" (Anexos 2 y 3), "APS suspende autorización para venta de pólizas a la Boliviana Ciacruz" (anexo 4) "APS inhabilita a una aseguradora" (con la foto de nuestro edificio en primer plano como se ve en Anexo 5) además de desinformar, destruyen una reputación construida en base a largos años de esfuerzo y cumplimiento. Por lo tanto, es completamente relevante y pertinente considerar el daño a nuestra imagen por parte de la APS. Una determinación de suspensión afecta en forma irreversible y muy seriamente nuestra imagen en el sector, tanto a nivel nacional como internacional y la percepción de nuestros clientes, más aún tomando en cuenta los aspectos analizados y el hecho de que la APS no actuó con ecuanimidad ni prudencia al difundir de manera "urgente" la determinación de suspensión, exponiéndonos en el mercado hasta al punto de que muchos clientes se encontraban preocupados por la "suspensión de venta de pólizas" aludida. La APS no tuvo reparos en presentar públicamente a LA BOLIVIANA como una empresa que incumple una "obligación asumida" sin considerar todos los aspectos legales a los que en el presente hacemos referencia ni nuestros argumentos (LOS MISMOS QUE EN NINGUN MOMENTO FUERON DESVIRTUADOS).

d) VULNERACIÓN AL DERECHO AL TRABAJO

Lastimosamente el ente regulador no tomo en cuenta para su análisis este aspecto de gran trascendencia social. Sin perjuicio de la nulidad denotada en los párrafos anteriores, la RA 929 vulnera el derecho irrestricto al trabajo consagrado en el Artículo 46 de la Constitución Política del Estado cuando señala: "I. Toda persona tiene derecho: 1. Al trabajo digno... II. El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas...", la APS al confirmar la RA 929 esta vulnerando el derecho al trabajo de todos nuestros funcionarios y agentes, toda vez que en forma ilegal e injusta se nos suspende la venta de pólizas, ocasionándonos graves perjuicios porque esta falta de ingreso afecta directamente a las personas que se encuentran trabajando en ese rubro, así como otros vinculados y los agentes que ganan comisiones por su comercialización. Se debe tomar en cuenta que tenemos mas de 300 empleados y sus correspondientes familias que viven de los ingresos generados por la venta de pólizas de seguros, entre las cuales forman parte las pólizas de caución, datos que no pueden ser tornados a la ligera y en consecuencia, se debe evitar mantener esa situación perjudicial y desproporcionada.

La nueva Constitución es clara cuando menciona que el Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas y la medida de la APS resulta a todas luces, contraria a esa disposición.

e) PERJUICIO A LOS CLIENTES Y AL PROPIO ESTADO

La RA 68-2013 tampoco analizo el perjuicio que se genera a los clientes que

suscribieron con LA BOLIVIANA, con anterioridad a la emisión de la RA 929, contratos de líneas de cauciones. A fin de contar con esas líneas de cauciones, dichos clientes han inmovilizado activos en garantía por el importe total de las líneas y nos solicitan con regularidad la emisión de nuevas pólizas de caución, así como renovaciones de pólizas vigentes en el marco de dichos contratos, con los cuales la compañía ha asumido obligaciones de emisión de manera anticipada.

Al margen de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro N°MO001145, "LA BOLIVIANA" comercializa pólizas de caución en las que el principal beneficiario es el Estado, por lo que la medida establecida mediante RA 929 afecta negativamente al propio Estado que juega un papel importante como beneficiario, al imposibilitar la comercialización de estas pólizas a "LA BOLIVIANA".

En conclusión, la sanción establecida mediante la RA 929-2012 y confirmada mediante RA 68-2013 esta generando danos a terceros de manera directa, por lo que es imperativo que por razones de interés público, se revoque la medida, situación que en forma incomprensible tampoco recibió atención por parte de la APS.

f) INJUSTA CONSTITUCION DE RESERVAS

La APS mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 245-2011 de fecha 19 de agosto de 2011, instruyó a "LA BOLIVIANA" constituya en sus estados financieros una Reserva Técnica del Siniestro correspondiente a la póliza N° MO001145 de autos. Esta instrucción fue cumplida a cabalidad por nuestra compañía aunque legalmente no se configuró el siniestro y aún más, se pretendía que se constituyan "Reservas Especiales" pese a que no se puede obligar a una entidad aseguradora constituir a otras reservas, como se establece de la lectura de la Ley de Seguros, Resolución que habría quedado sin efecto mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP//VPSF/URJ-SIREFI 015/2012.

En todo caso actualmente se mantiene una reserva por el 100% del monto reclamado, lo que garantiza el pago del siniestro, una vez que se evidencie el incumplimiento del contrato caucionado por la póliza N° MO001145 o se determine que la posición de nuestra Compañía no corresponde y, por tanto, no se debe contar con una determinación de incumplimiento del contrato caucionado.

g) FALTA DE CONSIDERACION DE PROCESOS JUDICIALES (...)

La APS evidentemente no tiene ninguna atribución respecto proceso civil seguido por el SEDEM pero si tiene conocimiento del embargo de nuestros bienes, anotaciones en Derecho Reales y en Tránsito y del hecho de que a la fecha se mantienen injustamente retenidos de nuestras cuentas los montos de Bs. 956.825,42 y US\$ 812.496,16. Esta situación confirma que la implementación de medidas precautorias adicionales no es necesaria ni es explicable. Además este aspecto de "no querer ver la realidad" o no considerar los elementos facticos, implica que la APS no cumple con su deber de buscar la verdad material, vulnerando claramente el principio consagrado en la Ley de Procedimiento Administrativo, que impone la obligación a la

autoridad reguladora de INVESTIGAR LA VERDAD MATERIAL EN OPOSICION A LA VERDAD FORMAL. Es lamentable que la APS solo observe los criterios presentados por el SEDEM que no cumple sus propios contratos.

a) (sic, correspondía la letra 'h') **INOBSERVANCIA DE LA LEY (...)**

En principio se debe señalar que la APS cita solamente el último párrafo de la cláusula de arbitraje y no las dos anteriores que se refieren tanto a las controversias de hecho sobre las características técnicas de la póliza y a las controversias de derecho, las cuales indican:

“Las controversias de hecho sobre las características técnicas de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando a los peritos que correspondan. Si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje.

Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje).”

En este caso, nosotros estamos reclamando que se efectúe el arbitraje establecido en el contrato principal entre el Beneficiario y el Afianzado, para determinar la existencia o no del incumplimiento contractual de las partes. Sin embargo, la APS no analizó este aspecto ni tomó en cuenta nuestra argumentación limitándose a señalar que “...ya expuso con bastante generosidad los argumentos que amparan su decisión de suspender la autorización...”

Con relación a que la suspensión se apoya en la Resolución Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2012, se debe señalar que esa Resolución Ministerial en ningún momento establece que se suspenda la autorización para la venta de seguros de caución, o que se sancione dos veces a La Boliviana Ciacruz, o que se presione a nuestra Compañía para obtener el pago de una Póliza, a nuestro juicio en total contrasentido a la lógica y naturaleza de una Póliza de Caución con Clausula de Ejecución Inmediata Condicional.

b) (sic, correspondía la letra 'i') **VIOLACION DE PRINCIPIOS A LA SEGURIDAD JURIDICA**

No existe un pronunciamiento claro en lo que respecta a por que la RA 929 no es clara respecto a que la suspensión de la autorización para comercializar y emitir pólizas de fianzas; y, establecer que únicamente podrá renovar pólizas de fianzas emitidas con anterioridad, no toma en cuenta el tema de las líneas de crédito señaladas anteriormente. Aspecto que tampoco es subsanado por la RA 68-2013. Estas líneas de crédito emergen de contratos de líneas de caución suscritos con alrededor de 50 clientes en forma previa a la notificación de la RA 929. En otras palabras, estamos obligados por un contrato previo a otorgar a requerimiento de dichos clientes determinadas cauciones.

Paralelamente a la falta de previsión señalada por parte del órgano regulador, ante nuestra demanda relativa a la reglamentación necesaria para los seguros de caución

(Artículo 6 de la Ley de Seguros), la APS se limita a señalar que este vacío no entorpeció que realicemos el negocio y que recién ahora utilizamos este aspecto como “pretexto” sin tomar en cuenta, con la responsabilidad que debería caracterizar a cualquier servidor público, que un reglamento seguramente evitaría interpretaciones de casos individuales y el mercado se enriquecería con normas claras y seguridad en cuanto a estas interpretaciones.

c) (sic, correspondía la letra 'j') VULNERACION A PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD Y PROPORCIONALIDAD (...)

Lógicamente que una sanción como la establecida vulnera los principios de imparcialidad y proporcionalidad establecidos en el Art. 4 de la Ley N° 2341 porque inclusive si se tratase de un caso de incumplimiento a lo establecido al Art. 12, a), ASPECTO NO CONSENTIDO NI ADMITIDO, nuestra compañía se caracteriza por cumplir con sus obligaciones cubriendo los riesgos contratados en nuestras pólizas de seguros e indemnizando efectivamente los siniestros cubiertos, fruto de los contratos que celebra, conducta que nos ha caracterizado y a lo largo de los 66 años de operaciones y nos caracteriza a la fecha; sin embargo, la sanción- recibida no es proporcional menos imparcial referida a un caso aislado que pudiera darse, pareciera mas bien dirigida a una entidad aseguradora que parece se la quisiera caracterizar por una conducta repetitiva y reincidente en el incumplimiento de sus obligaciones, situación que no es reflejo de la realidad.

El doctor Walker San Miguel en su obra “Derecho Administrativo Sancionador en Bolivia” explica el principio de proporcionalidad y menciona el “exceso de punición”. Según el doctor San Miguel, este principio invoca que la sanción administrativa tiene que respetar una base de razonabilidad al valorar la conducta del sujeto a ser sancionado y la realización del bien jurídico protegido, “afectar la proporcionalidad, vulnera inclusive una garantía constitucional” cita que se rescata del reconocido autor argentino Juan Carlos Cassagne.

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

La legislación comparada nos brinda algunas reglas sobre el principio de proporcionalidad. La Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común español de 26 de noviembre de 1992 establece: “Guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, siendo los referentes los siguientes: que el beneficio obtenido por la comisión del ilícito no sea mayor que el correctivo que exista intencionalidad o reiteración, el alcance de los perjuicios y la reincidencia en el transcurso de un año mediante resolución firme.”

En el presente caso, no se configura ninguna de las reglas para justificar la gravedad de la sanción, puesto que se trata de un evento aislado y singular, lo que evidencia

una falta de proporcionalidad entre la supuesta infracción y la sanción impuesta.

El reconocido autor argentino Agustín Gordillo en su obra "Tratado de Derecho Administrativo" explica que la **falta de proporcionalidad** entre los medios que el acto adopta y los fines que persigue la ley que dio al administrador las facultades que este ejerce en el caso, o entre los hechos acreditados y la decisión que en base a ellos se adopta toman **nulo el acto**, nulidad reconocida en la Ley Boliviana LPA y que se invoca en el presente recurso.

El mismo autor explica que la desproporcionalidad en el acto administrativo es un vicio del objeto, sin perjuicio de que pueda también aparecer como una forma de arbitrariedad y entonces como vicio de la voluntad.

En adición a la desproporcionalidad evidente, se ve al extremo la diferencia en el accionar de la APS con respecto a otros regulados, ya que en el presente caso la APS, sin esperar el plazo para la presentación de nuestros argumentos no dudó en informarla a los medios de prensa, tal como lo refleja artículos de prensa y boletines internacionales, situación que contrasta con la prudencia acostumbrada en relación al resto de resoluciones que emite, en muchos casos relativos a temas tan o más graves la misma APS. Sólo a modo de ejemplo, cuando en abril de este año procedió a revocar la licencia de funcionamiento de un Corredor de Reaseguro, el ente regulador no realizó ningún tipo de anuncio a los medios de prensa, pese a que se trataba de una revocatoria de licencia.

Hechos como el señalado nos preocupan porque son un ejemplo de la falta de imparcialidad y proporcionalidad con la que se conduce el ente regulador en el presente caso. Al mismo tiempo, **queda claro que el regulador esta actuando en contra de lo establecido por el Art. 74 de la Ley 2341 concordante con el Art. 116 de la Constitución Política del Estado cuyo apartado I garantiza la presunción de inocencia**, haciendo abstracción de todo lo explicado, inclusive de la doctrina aseguradora en materia de cauciones, habiéndonos culpado, sancionado, generado daño, obligado a constituir reservas por un hecho contractual y que aún no configura un siniestro y que por tanto no puede ser un siniestro aceptado a priori, llegando al extremo de imponernos con la medida de suspensión establecida en la ilegal Resolución Administrativa recurrida.

La citada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 68-2013 vulnera flagrantemente los derechos subjetivos e intereses legítimos de "LA BOLIVIANA", y viola elementales principios de derecho, razón por lo (sic) cual, dentro del plazo legal previsto, interponemos el presente recurso de revocatoria en contra de la referida resolución, tal como se expone a continuación.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial y al amparo del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, interponemos Recurso Jerárquico contra la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 68/2013, de 23 de enero de 2013 y notificada el 29 de enero de 2013 a LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución

Administrativa APS/DJ/DS/N° 929/2012, de 30 de noviembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros APS.

En vista de las causales explicadas, solicitamos a su Autoridad remita el expediente a la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, correspondiente del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, para que esa autoridad:

- 1) Admita el presente recurso jerárquico por haber sido presentado dentro de plazo y con los requisitos esenciales de forma exigidos.
- 2) Reconozca la legitimidad de nuestra compañía para actuar dentro de este proceso
- 3) Y una vez ponderados nuestros argumentos declare fundado el presente recurso, revocando totalmente la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 68/2013..."

7. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 22 de marzo de 2013, se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, solicitada por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA** a tiempo de la interposición del Recurso Jerárquico, y a la que asistieron en representación de la misma, los señores Diego Blanco Aráoz, Jorge Álvarez Pol, Tania Elizabeth Hassenteufel Loayza y Hugo Vía Escalante.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Por la Póliza MO001145 emitida por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, la misma se obligó a indemnizar a la beneficiaria Empresa Pública Nacional Estratégica Papeles de Bolivia - PAPELBOL, (ahora al Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas - SEDEM, en mérito al Decreto Supremo N° 590 de 4 de agosto de 2010), el "incumplimiento del Contrato de Suministros por causas imputables (a su afianzada, D'andrea Agrimport Importacao e Comercio Ltda. (ahora D'andrea Agrimport Industria e Comercio de Maquinas Ltda.)", en referencia al contrato de fecha 7 de enero de

2008, también llamado *Contrato Principal*, sobre provisión e instalación de la maquinaria necesaria para una planta de fabricación de papel.

El certificado Nro. MO001145 (*Condiciones Particulares*) de 13 de febrero de 2008, establece que la suma garantizada por la póliza -valor caucionado equivalente al 7% del monto previsto en el Contrato Principal- es de \$us. 949.970,70.- (novecientos cuarenta y nueve mil novecientos setenta 70/100 dólares americanos).

Hace a la Póliza, la *Cláusula irrevocable de ejecución inmediata condicional para entidades públicas*, que señala que:

“...en caso de incumplimiento -por parte de D’andrea Agrimport Industria e Comercio de Maquinas Ltda.-, el Fiador (LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA) indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.

La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En fecha 14 de octubre de 2010 y mediante Resolución Administrativa SEDEM/GG/Nº 033/2010 emitida por la Gerente General del Servicio de Desarrollo de las Empresas Públicas Productivas – SEDEM, esta entidad declaró el incumplimiento del contrato suscrito entre PAPELBOL y la empresa D’andrea Agrimport Importacao e Comercio Ltda., fundándose en:

“...la falta de entrega del diseño final de ingeniería y de las partes que lo integran, aspecto que repercutió directamente en el desarrollo de las obras civiles y en consecuencia del montaje; la alteración del plan de entregas, en fecha, composición y valorización de acuerdo a los cronogramas acordados contractualmente, teniendo en cuenta que a la fecha el PROVEEDOR aún no ha cumplido con la entrega de los BIENES comprometidos, registrando faltantes detallados en el informe técnico y por ser evidentes los incumplimientos injustificados de los plazos de entrega de los documentos del diseño final y de los cronogramas de entrega de las provisiones...”

La misma Resolución Administrativa SEDEM/GG/Nº 033/2010 dispone la ejecución de la Póliza de Caución, dando lugar a dos procesos administrativos:

- El primero, emergente de la decisión de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que consta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 245-2011 de 19 de agosto de 2011, y referido a las

instrucciones a la aseguradora, para que remita la "constancia documentaria que acredite la constitución, en sus estados financieros, de la reserva técnica del siniestro neto de reaseguro correspondiente a la póliza N° M0001145", y para que constituya "una Reserva Técnica de Seguros - Especiales (...) por el importe excedente al retenido hasta alcanzar el total caucionado de la póliza N° M0001145".

Proceso fenecido, en tanto en la dinámica recursiva, dio lugar a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 359-2011 de 7 de octubre de 2011, y luego a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/12 de 9 de marzo de 2012 (ambas confirmatorias).

- El restante proceso administrativo, de naturaleza sancionatoria, emergente de la nota de cargos APS/DS/2646/2011, referida a:

“...Contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber cumplido con el plazo de ejecución de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro N° M0001145, conforme los términos de la cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas.

Contravención al inciso j) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber dado curso al requerimiento de este órgano de Fiscalización contenido en la carta APS/DS/508/2011 de 05 de mayo de 2011, respecto a la presentación de informe sobre la constitución de la reserva y la remisión de la documentación respaldatoria del siniestro correspondiente a la Póliza M0001145, cuyo beneficiario es la Empresa de Papeles de Bolivia – PAPELBOL...”

Proceso también fenecido, toda vez que dio lugar sucesivo, a las siguientes resoluciones: Administrativa APS/DJ/DS/N° 344-2011 de 4 de octubre de 2011 (sancionatoria), Administrativa APS/DJ/DS/N° 463-2011 de 5 de diciembre de 2011 y Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2012 de 11 de mayo de 2012 (las dos últimas, confirmatorias).

En referencia al último proceso señalado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de fecha 30 de noviembre de 2012, ha señalado que:

“...a más de 6 meses de la emisión de la Resolución Jerárquica que dio por agotada la vía administrativa, adquiriendo carácter de ejecutoriedad, esta APS tomó conocimiento a través de copia de la carta SEDEM/GG/AL/2012-0176 de 5 noviembre, dirigida a la Viceministra de Lucha Contra la Corrupción, que La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. hasta la fecha de emisión de la presente Resolución Administrativa no procedió a la ejecución de la Póliza M0001145, manteniendo el incumplimiento del inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883...”

Asimismo, menciona como otros fundamentos, la "posición intransigente" de la Entidad Aseguradora, el carácter constitucional de "los derechos de los usuarios y consumidores", y "el incumplimiento y reticencia de La Boliviana Ciacruz de Seguros y Reaseguros S.A. para cumplir la obligación asumida mediante la Póliza de Seguro N° M0001145".

Con tales fundamentos y "como medida regulatoria y precautoria", la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 resuelve:

"...PRIMERO.- SUSPENDER LA AUTORIZACION DE LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., para comercializar y emitir pólizas de fianzas, conforme lo determinado por el inciso a) del artículo 47 de la Ley de Seguros 1883 de 25 de junio de 1988.

SEGUNDO.- La Entidad Aseguradora únicamente podrá renovar pólizas de fianzas emitidas con anterioridad a la notificación de la presente Resolución Administrativa..."

La merituada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012, como emergencia de un Recurso de Revocatoria, da lugar a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 68-2013 de fecha 23 de enero de 2013, confirmatoria de la anterior y misma contra la que se halla interpuesto el Recurso Jerárquico que pasa a continuación, a considerarse y resolverse.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Amén del orden con el que el Recurso Jerárquico expone sus alegatos, en razón metodológica es pertinente agrupar los mismos, de la siguiente forma:

1. Alegatos de los incisos a) (*VULNERACIONES A PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y DEBIDO PROCESO*) y f) (*INJUSTA CONSTITUCIÓN DE RESERVAS*), del numeral IV del Recurso Jerárquico, que recaen sobre la sustancia de la relación contractual (Art. 979°, Cód. Comercio): SEDEM - D'andrea Agrimport Ltda. - **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA.**

Como tales, han sido ya considerados y resueltos en las supra citadas Resoluciones Ministeriales Jerárquicas 015/12 de 9 de marzo de 2012 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 024/2012 de 11 de mayo de 2012, habiendo de esa manera, alcanzado firmeza administrativa

2. Alegato del -segundo- inciso a) (*INOBSERVANCIA DE LA LEY*), del numeral IV del Recurso, que corresponde su conocimiento a la competencia de un Tribunal Arbitral, por disposición, sea del artículo 39° de la Ley N° 1883 (de Seguros), o sea de la "cláusula de arbitraje" a la que se refiere el Recurso Jerárquico.
3. Alegatos de los incisos a) (*CON RELACIÓN A LA FALTA DE COMPETENCIA*) y d) (*FALTA DE PROCEDIMIENTO...*), numeral III del Recurso, referidos al agravio de **incompetencia** del Ente Regulador para imponer las medidas señaladas en la Resolución

Administrativa APS/DJ/DS/Nº 929-2012 de fecha 30 de noviembre de 2012.

Por su trascendencia, resulta en el agravio principal por cuanto, de su no ocurrencia depende dar lugar a la consideración de los restantes alegatos, para el caso accesorios.

4. Alegatos de los incisos b) (AUSENCIA DE CAUSA), c) (CARENCIA DE OBJETO VALIDO) y d) (FALTA DE (...) FUNDAMENTO) del numeral III del Recurso, y g) (FALTA DE CONSIDERACIÓN DE PROCESOS JUDICIALES), b) (DOBLE SANCIÓN), -segundo- b) (VIOLACION DE PRINCIPIOS A LA SEGURIDAD JURIDICA), y -segundo- c) (VULNERACIÓN A PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD Y PROPORCIONALIDAD), del numeral IV del Recurso, accesorios al agravio anterior (sobre la competencia discutida), por cuanto, de determinarse la facultad regulador para imponer las medidas, da lugar a la necesidad de establecerse si existe fundamento para ello.
5. Alegatos sobre agravios específicos -numeral IV del Recurso, incisos c) (DAÑOS IRREPARABLES A NUESTRA IMAGEN), d) (VULNERACIÓN AL DERECHO AL TRABAJO), y e) (PERJUICIO A LOS CLIENTES Y AL PROPIO ESTADO)-, empero que no recaen sobre el fondo de la causa.

De lo explicado, no corresponde en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, pronunciamiento alguno acerca de los alegatos de los numerales **1** y **2** supra, debiendo limitarse a los de los numerales **3** y **5**, en su caso y de corresponder a los del **4**, conforme sigue a continuación:

2.1. COMPETENCIA DEL ENTE REGULADOR.-

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA, en su Recurso Jerárquico, señala que:

"...se está en presencia de un acto contrario a la norma, cuando se pretende, bajo cualquier justificativo (incluso alegando "orden público") regular mediante discrecionalidades actos normados, y precisamente ello constituye una usurpación de funciones (...)

*...las inferencias a las que aborda la APS carecen de sustento toda vez que está establecido en la norma, concretamente en el Artículo 51 de la Ley de Seguros, la competencia de los jueces en materia administrativa y tributaria para otorgar las medidas jurisdiccionales, incluyendo medidas preparatorias de demanda y **medidas precautorias de todo tipo**. Las disquisiciones en relación a la redacción, a la naturaleza de la proposición "que" y demás, constituyen comentarios que se apartan del tema de fondo que se trata, ya que está claramente definido (sic) por ley la competencia jurisdiccional en todo tipo de medidas precautorias (...)*

...la APS no ha seguido el procedimiento ordenado en la Ley de Seguros, porque no ha acudido ante una autoridad judicial (única autoridad con competencia para determinar estas medidas precautorias)..."

A este respecto, la posición del Ente Regulador, expresada en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 68-2013 de 23 de enero de 2013, es, conforme se transcribe en sus partes pertinentes, la siguiente:

*“...si bien la doctrina y la norma son claras cuando señalan que la competencia administrativa debe ser expresa, concreta y devenir del órgano y norma predeterminadas; en otras palabras, sus atribuciones deben ser limitadas (**numerus clausus**), no menos cierto es que la realidad social sobre la que se erige el Derecho y su práctica jurídica consecuente, contempla también los **Actos Discrecionales**. El Acto Discrecional es el acto administrativo que encontrándose en límites determinados, goza al mismo tiempo de cierta libertad y no se encuentra constreñido totalmente por el marco normativo correspondiente. La única limitación en los casos de los actos discrecionales es la **“satisfacción del interés público”**, aspecto teleológico-jurídico, cuya valoración es efectuada por la Administración con sentido de oportunidad y conveniencia (...)*

*...en la lectura del maestro **Marienhoff**: **“las facultades discrecionales de una autoridad surgen cuando la legislación se limita a señalar los fines prescindiendo de la mención específica de los medios para lograr aquellos”** (...)*

...lo desarrollado anteriormente en relación a la competencia de la APS se aplica cuando el legislador no ha otorgado expresamente determinadas competencias, funciones y atribuciones a la Administración (Léase APS) y que por lo mismo, algunos regulados interpretan como que la Administración careciera de facultades para ciertas actuaciones (...)

*...la redacción de este artículo 51 señala la procedencia de la otorgación de las medidas precautorias “que la Superintendencia solicite...”. Nótese que la proposición **“que”** es de naturaleza subordinada, introduce una condición equivalente a **“si”**, contrario sensu, si la Superintendencia (léase APS) no solicita nada (no hay condición) y ergo, no se abre la competencia de los jueces administrativos y/o tributarios. Cabe preguntarse entonces qué ocurre cuando la APS ve pertinente y necesaria la aplicación de medidas precautorias y no las solicita; en este extremo, cabe inmediatamente la aplicación del artículo 47.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que **“faculta”** a la APS a **determinar** la suspensión de la emisión y la renovación de pólizas.*

Que este razonamiento encuentra fundamento al discriminar las categorías de “medidas precautorias” que la APS, por sí misma, no podría implementarlas, como es el caso de la medida precautoria de congelamiento de fondos o cuentas bancarias, de la anotación preventiva, secuestro, embargo preventivo, etc. mismas que por su naturaleza, precisan inevitablemente del auxilio de la autoridad jurisdiccional competente.

*Que aclarada la alegación de supuesta incompetencia de la APS para implementar medidas precautorias, como la que se analiza, queda demostrado que **LA BOLIVIANA***

CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. no enerva la eficacia de la decisión dispuesta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 929 de 30 de noviembre de 2012, pues la APS actuó con plena competencia para emitir esta resolución (...)

...Que luego, no es difícil entender que la APS tiene como atribuciones, todas aquellas que en su criterio, son convenientes por oportunidad y por su finalidad. Obsérvese que el acto discrecional de la Administración no es arbitrario ni abusivo, sino que se ampara en la legalidad descrita y en una posibilidad amplia que el propio legislador ha juzgado conveniente, otorgar a esta Autoridad de Fiscalización..."

De tal manera que, el Ente Regulador introduce dos elementos como fundamentos de su razonamiento:

- a) **La aplicación de lo discrecional, en el presupuesto de existencia de legislación de los fines, pero no de los medios, "cuando el legislador no ha otorgado expresamente determinadas competencias, funciones y atribuciones a la Administración..."** (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

No obstante, el simple enunciado determina su inaplicabilidad al caso, por cuanto, tanto en las citas doctrinales invocadas, como en el propio fundamento de la Recurrida, y en la solución del artículo 47º (Medidas precautorias y liquidación voluntaria) de **la Ley** Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), se prevé el mecanismo esencial para su desenvolvimiento, a saber:

"...ARTICULO 47.- MEDIDAS PRECAUTORIAS Y LIQUIDACION VOLUNTARIA.- Cuando cualquier entidad aseguradora o reaseguradora no cumpliera con alguna de las obligaciones establecidas en el artículo 12 de la presente Ley, para prevenir la agravación del daño económico o perjuicio causado, **la Superintendencia se encuentra facultada a determinar:**

"a) **La suspensión de la emisión y la renovación de pólizas y la aceptación de riesgo..."** (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, el mecanismo legal extrañado por el Regulador (el cómo determina la suspensión y la renovación), no es otro que el señalado por los artículos 27º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, y 17º del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, así como la propia Ley de Seguros y la Resolución Administrativa - IS No. 602 de 24 de octubre de 2003 (Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros): **el acto administrativo** materializado en una resolución, con cumplimiento de las exigencias legales que le son inherentes.

Por su parte, el artículo 51º (Medidas jurisdiccionales), al señalar que:

"...ARTICULO 51.- MEDIDAS JURISDICCIONALES.- **Constituye competencia de los jueces** en materia administrativa y tributaria, otorgar **las medidas jurisdiccionales** que la Superintendencia solicite para la debida aplicación de las normas del presente Capítulo, **incluyendo medidas preparatorias de**

demanda y medidas precautorias de todo tipo. Las medidas jurisdiccionales solicitadas por la Superintendencia no precisan de requerimiento fiscal previo ni de contracautela..." (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Determina que su tratamiento se somete a la normativa adjetiva -sea especial u ordinaria- que les sea propia a las jurisdicciones administrativa y tributaria (en la actualidad bajo forma conjunta, denominada según las materias coactiva, administrativa y fiscal), entonces, normativa en definitiva también existente.

Evidenciado lo inatendible del fundamento de la Recurrída, queda claro que, lejos de existir una base legal que establece el procedimiento idóneo para la toma de su decisión, la existencia misma de la controvertida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de fecha 30 de noviembre de 2012, e inclusive del proceso recursivo -actual- que ha dado lugar, se acomoda a la lógica del supra citado artículo 47°, e importaría la posibilidad cierta y material de ello.

b) La complementariedad y la alternancia, en la interpretación y aplicación discrecional, de los precitados artículos 47° y 51° de la Ley N° 1883 de Seguros.

Para la Autoridad recurrida, no hay posibilidad de confrontación entre los dos artículos controvertidos, sino que ambos se complementan, de manera tal que, el artículo 47°, al establecer su atribución para determinar "*La suspensión de la emisión y la renovación de pólizas y la aceptación de riesgo*", resulta en la norma sustancial que luego se adjetiviza -eso sí, insuficientemente, en la lógica de la recurrida- en el artículo 51°, que establece la competencia para otorgar medidas **jurisdiccionales**, preparatorias y precautorias, con la particularidad, hoy impugnada, de que:

"...la proposición "que" -en la frase "otorgar las medidas jurisdiccionales que la Superintendencia solicite" del artículo 51°- es de naturaleza subordinada, introduce una condición equivalente a "si", contrario sensu, si la Superintendencia (léase APS) no solicita nada (no hay condición) y ergo, no se abre la competencia de los jueces administrativos y/o tributarios..."

No obstante, de la lectura del artículo 51° no son apreciables esos extremos, infiriéndose más bien que, de la forma expresada en la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 68-2013, se trata la misma de una interpretación sin mayor sustento.

Mas bien, debiéndose practicar una lectura única de la Ley N° 1883 (no hay razón para no hacerlo), de la compulsa de sus artículos 47° y 51°, se establecen los extremos siguientes:

- El artículo 47° (nomen iuris "*MEDIDAS PRECAUTORIAS...*") establece en concreto, la facultad del Ente Regulador, de determinar "*La suspensión de la emisión y la renovación de pólizas y la aceptación de riesgo...*"

- El artículo 51º, **en cambio**, se refiere a la “competencia de los jueces en materia administrativa y tributaria”, para “otorgar las medidas jurisdiccionales que la Superintendencia solicite... incluyendo... medidas precautorias de todo tipo”.
- Por tanto, puede existir entre ellas un común objeto, este es, la imposición de medidas precautorias; su diferencia es subjetiva: en el primer caso, es la Administración la que las determina, mientras que en el otro, es la Jurisdicción judicial la que las otorga, eso sí, a solicitud de la Administración.

Tampoco es opcional (discrecional), la elección entre la determinación directa de la medida cautelar, o la petición de la intervención judicial para lo mismo, por cuanto y toda vez que, al amparo del artículo 168º de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene por funciones y atribuciones:

“...n) Todas aquellas atribuciones que sean conferidas por la presente Ley y sus reglamentos, o necesarias para el cumplimiento de sus funciones...”

Lo mismo depende, mas bien, de la efectiva posibilidad material o jurídica de hacer efectiva la medida, pero en estricta sujeción al procedimiento llamado por Ley, **conforme se tiene previsto de la determinación normativa dada mediante el artículo 52 de la Ley de No. 1883 y consiguientemente los artículos 7, 9, 13 y 17 e) de la Resolución Administrativa - IS No. 602 de 24 de octubre de 2003.**

No hacerlo, importaría infracción a lo señalado por el artículo 232º de la Constitución Política del Estado: “La Administración Pública se rige por los principios de (...) responsabilidad y resultados”, con la serie de responsabilidades que ello conllevaría.

En definitiva, prescindiendo de la serie de abstracciones teóricas que ha realizado el Ente Regulador, en su Resolución ahora recurrida, y que han dado lugar a una polémica intrascendente (conforme los planteamientos de la recurrente en ese sentido), se concluye en que efectivamente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dentro de los alcances legales propios del sector seguros, puede oficiosamente **pero siguiendo el procedimiento legalmente establecido** y sin intervención judicial alguna, disponer las medidas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones de las aseguradoras y **sin necesidad de intervención judicial**.

En tal sentido y en lo que al tema de la competencia respecta, no hay lugar a la nulidad invocada por la recurrente del Jerárquico.

Sin perjuicio de ello, se debe tener presente que, el artículo 47º de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), al establecer la facultad de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros para “determinar... a) La suspensión de la emisión y la

renovación de pólizas y la aceptación de riesgo" lo condiciona a la prevención de la agravación del daño económico o perjuicio causado, extremo que, al no haber sido considerado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de fecha 30 de noviembre de 2012, y especialmente dentro **del procedimiento administrativo determinado por la normativa**, genera un incumplimiento por parte del Ente Regulador.

2.2. LA CAUSA.-

Establecida la plena competencia del Ente Regulador para imponer medidas precautorias, tal facultad no puede ser arbitraria, so pretexto de una discrecionalidad (que efectivamente caracteriza a la Administración), sino que toca ahora determinar si, en lo que hace al caso concreto, existió motivo a una actuación como la que sale de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de fecha 30 de noviembre de 2012.

Así, la recurrente, a tiempo de su Recurso de Revocatoria, ha señalado que "La RA 929 no se sustenta en hechos y antecedentes fácticos coherentes, menos valederos, que permitan respaldar la decisión...".

A este respecto, a tiempo de pronunciarse sobre tal posición, la Autoridad recurrida, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 68-2013 de fecha 23 de enero de 2013, ha señalado:

"...el plazo indubitable para indemnizar, que se otorga al tipo de Pólizas que nos ocupa, es de 15 días. Dicho esto, no valen otras actuaciones (léase arbitrajes) sino, las señaladas en los párrafos precedentes, siendo toda otra petición o solicitud, dilatoria al cumplimiento de obligaciones.

*Que en relación a que la aseguradora debe llevar a cabo una serie de averiguaciones y que no puede pagar existiendo divergencias entre las partes contratantes respecto del cumplimiento, para así saber si ha ocurrido el siniestro, si bien ello puede ser objetivo, tal no inhibe ni exime del cumplimiento de la prestación que **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** asumió; (...)*

*Que lo expuesto en el anterior párrafo es tan cierto que la cláusula **14. Arbitraje** de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro para Entidades Públicas (Condiciones Generales) dispone que "el arbitraje no demorará ni afectará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del Fiador al Beneficiario, en los plazos establecidos en la Cláusula de Ejecución respectiva" (...)*

*Que en lo que se refiere a que **la resolución que se recurre carece de causa amparado en el argumento de que LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** mantiene una reserva constituida de \$us.950.000 y otra cantidad similar por retención de fondos por disposición de la APS y el Juzgado 1° de Partido en lo Civil, no es fundamento suficiente...*"

Ante ello, el Recurso Jerárquico expresa:

"...Respecto a que la Boliviana Ciacruz mantiene una posición intransigente en

requerir una Resolución Arbitral que establezca el incumplimiento del contrato principal de suministro, pese a que el condicionado general señala que el arbitraje no afectará ni demorará el pago del fiador al beneficiario, es un argumento totalmente contradictorio con la actuación del regulador, puesto que por un lado al regulador no le importa nuestro derecho de repetición, tampoco le importa si existió o no una declaración de incumplimiento, asimismo no le interesa si hasta la fecha no hay un proceso arbitral iniciado, pero si le importa los argumentos de una entidad ajena al mercado asegurador que pretende el cobro de una póliza, sin observar los acuerdos plasmados en contratos que tienen fuerza de Ley (...)

*En ese sentido, la APS respecto a nuestra solicitud de obtención de declaración de incumplimiento a cargo de un tribunal de arbitraje para proceder al pago en el caso de la Póliza MO001145, señala al Art. 14 del Condicionado General y la cláusula de Ejecución Inmediata Condicional. Haciendo la APS **nuevamente** caso omiso a la relación contractual vinculante entre el Contratante/Beneficiario y el Contratista, es decir Papelbol (ahora SEDEM) y D'Andrea/Afianzado. Al ser la póliza de seguro accesoria al contrato de suministro, ese contrato principal es Ley entre partes y ese contrato es el que determina la instancia del arbitraje para determinar el incumplimiento (arbitraje que no se realiza en función a la Póliza de Seguro sino en función y de acuerdo al Contrato de Suministro, y por tanto no involucra a la Aseguradora). Accesoriamente, puede haber un arbitraje entre el SEDEM y la Aseguradora, de conformidad a lo establecido en la propia Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato N° M000145 emitida por "LA BOLIVIANA", toda vez que también existe una divergencia de interpretación técnica y legal de lo establecido por dicha póliza PERO QUE EN EL PRESENTE CASO TAMPOCO SE DIO..."*

Ahora es pertinente señalar que, el artículo 28° (Elementos esenciales del acto administrativo), inciso b), de la Ley N° 2314 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), establece que el acto administrativo "Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable".

De todo lo anterior, resulta que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929/2012 de fecha 30 de noviembre de 2012, tiene por causa la "insistente reticencia de cumplir con la prestación convenida (indemnizar el "incumplimiento del Contrato de Suministros" de su afianzada D'andrea Agrimport Importacao e Comercio Ltda.) en la cláusula de ejecución inmediata condicional de la Póliza MO001145" por parte de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, pese a haber sido sancionada "por no haber cumplido con el plazo de ejecución de la Póliza... conforme los términos de la cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas (nota de cargos APS/DS/2646/2011)", según consta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 344-2011 de 4 de octubre de 2011, y pese a haber constituido reservas técnicas (del siniestro técnico de reaseguro y por el importe excedente).

No se debe perder de vista que existe un procedimiento normativo que debe seguir la Autoridad recurrida, para que se cumplan sus determinaciones, mismo que –como ya se señaló– se encuentra determinado en el artículo 52 de la Ley de No. 1883 y consiguientemente los artículos 7, 9, 13 y 17 e) de la Resolución Administrativa - IS No. 602 de

24 de octubre de 2003 y que no ha sido cumplido.

Ahora bien, en el supuesto que se hubiera cumplido el procedimiento, y se haya dado la medida precautoria, figura de naturaleza especial importa remitirnos a la concepción jurídica general, en este caso expresada por Serrantes Peña y Palma:

“Verosimilitud del derecho. La verosimilitud del derecho, como presupuesto que condiciona la admisibilidad de una medida precautoria, apunta a la posibilidad de que el derecho exista, a una credibilidad objetiva y seria que descarte una pretensión manifiestamente infundada o temeraria, o muy cuestionable. Esa posibilidad no equivale a la certeza en la existencia del derecho, que sólo se logrará al agotarse el trámite con el dictado de la sentencia. Es uno de los dos presupuestos genéricos de admisibilidad de toda medida precautoria. Quien la solicita debe demostrar que el derecho que invoca tiene cierta verosimilitud. Se entiende por tal la apariencia de certeza o grado de credibilidad, suficiente del derecho invocado (...)

Peligro en la demora. Es éste el segundo presupuesto de admisibilidad. Nace de la inevitable duración del pleito, porque la prolongación de su trámite puede llegar a originar un riesgo para el efectivo servicio de la justicia. Se requiere demostrar que el tiempo que demande el proceso puede influir negativamente en la factibilidad del cumplimiento de la sentencia. De este modo, se ahuyenta la posibilidad de que la actuación del derecho llegue tarde...”

Entonces, en ambos presupuestos iniciales, resulta procedente la determinación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 929-2012 de fecha 30 de noviembre de 2012, por cuanto, medida precautoria como tal, expone un hecho verosímil, cual es el “no haber cumplido con el plazo de ejecución de la Póliza... conforme los términos de la cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas)”, pero para el caso de autos sin seguir el debido procedimiento al cual estaba obligado.

Justifica la recurrente ese incumplimiento (e invoca lo mismo como alegato de su actual recurso), en que:

“...Al ser la póliza de seguro accesoria al contrato de suministro, ese contrato principal es Ley entre partes y ese contrato es el que determina la instancia del arbitraje para determinar el incumplimiento (arbitraje que no se realiza en función a la Póliza de Seguro sino en función y de acuerdo al Contrato de Suministro, y por tanto no involucra a la Aseguradora). Accesoriamente, puede haber un arbitraje entre el SEDEM y la Aseguradora, de conformidad a lo establecido en la propia Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato Nº M000145 emitida por “LA BOLIVIANA”, toda vez que también existe una divergencia de interpretación técnica y legal de lo establecido por dicha póliza PERO QUE EN EL PRESENTE CASO TAMPOCO SE DIO...”

Sin embargo, tal alegato es inatendible, por cuanto, al conformar a la póliza controvertida, la Cláusula irrevocable de ejecución inmediata condicional para entidades públicas, conforme se ha expresado en los precedentes de las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 040 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 042, ambas de 5 de julio de 2012:

“...la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional que le es inherente a las tres pólizas objeto de la controversia, y que establece la ejecución inmediata para el caso de incumplimiento, condicional en tanto requiere únicamente de “la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares emitida y firmada por la Máxima Autoridad ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo”.

Tal aclaración es pertinente, por cuanto, todos los argumentos que al respecto ha mencionado la recurrente, conforme lo señalado supra, bien pudieran ser pertinentes y valederos si la controversia recayera sobre pólizas de caución, que en su trámite de ejecución se hallan sujetas a las disposiciones del Libro Tercero, Título III, del Código de Comercio.

No es el caso: las pólizas de seguro con Cláusula de **ejecución inmediata** condicional para entidades públicas, encuentran su fundamento normativo en la Resolución Administrativa IS-731 de 11 de septiembre de 2007, **norma especial** que establece los requisitos, procedimiento y plazos para la ejecución de tales pólizas, resultando que, más allá de la teoría sobre pólizas de caución expresada por la recurrente, opera en estos casos una inversión de la oportunidad para la indemnización, de manera tal que, **lejos de un procedimiento previo de constatación de la contingencia, aceptación del pago, y peritaje en caso de controversia sobre lo mismo, o en su caso arbitraje, el carácter inmediato importa el resarcimiento a simple presentación “del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo”.**

Lo anterior no significa que la teoría jurídica que hace a las pólizas de seguros de caución no goce de validez y no sea susceptible de aplicación para estos casos, sino que, como expresa Cabanellas en su Diccionario, “la conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual, que ha de prevalecer en caso de conflicto de intereses entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado”, hace que con el carácter especial que importa la concurrencia de entidades públicas - entonces del propio Estado- como beneficiarias de las pólizas, **no se supedite su indemnización a mayor trámite**, resultando que no por ello las sociedades aseguradoras quedan impedidas de verificar la existencia o no de la contingencia y de salir al daño o perjuicio consiguiente en el último caso, por lo que el ejecutivo de **la entidad pública que solicite y consiguientemente cobre el producto del resarcimiento inmediato reclamado, asume la responsabilidad para el caso de no haber surgido la contingencia que hubiera dado origen a tal resarcimiento**” (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)...”

Ello además determina, sean injustificados los reclamos de la recurrente, cuando en el Recurso Jerárquico, aqueja “los argumentos de una entidad ajena al mercado asegurador que pretende el cobro de una póliza, sin observar los acuerdos plasmados en contratos que

tiene fuerza de Ley (...) Haciendo la APS **nuevamente** caso omiso a la relación contractual vinculante entre el Contratante/Beneficiario y el Contratista (...) La APS... simplemente se limita a señalar que LA BOLIVIANA esgrime pretextos en lugar de atender nuestros argumentos"; en rigor a lo dispuesto por la Resolución Administrativa IS-731 de 11 de septiembre de 2007, **tal conducta omisiva es la que precisamente debe observar el Ente Regulador, como evidente y correctamente lo ha hecho.**

En cuanto al peligro en la demora, el mismo es más que evidente, cuando se encuentra fuera de la controversia el que "el arbitraje no afectará ni demorará el pago del fiador al beneficiario" (redacción extractada del Recurso Jerárquico), no obstante lo cual y del tiempo transcurrido, la recurrente persiste en el incumplimiento de su obligación, al requerir "previamente la declaración de incumplimiento a cargo de un tribunal arbitral", que no hace a ningún requisito establecido por la supra mencionada Resolución Administrativa IS-731; *indefinido* es, en la acepción del diccionario, aquello "Que no tiene término señalado o conocido", y eso es lo que, en mérito de la conducta ilegítima de **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, viene sucediendo dentro del caso en concreto: el cumplimiento de la obligación es indefinido en tanto la obligada no ha determinado cuando habrá de satisfacerla, por tanto, existe demora cierta e infundada.

Ahora bien; dentro del criterios de Derecho general que hasta aquí se han utilizado -dado no existir un desarrollo suficiente en el concepto de las *medidas precautorias* dentro de la normativa propia del sector seguros-, deben considerarse precisiones que configuran a figuras jurídicas concretas y cuya existencia obedece a determinadas necesidades susceptibles de tutela; así, los propios Serantes Peña y Palma, establecen la existencia de la medida precautoria de *prohibición de contratar*, y que, en tanto la póliza importe un contrato (Art. 1006º, Cód. Comercio), corresponde al criterio adoptado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 929-2012, que conforma al presente proceso, la que como se recordará, ha resuelto:

"...SUSPENDER LA AUTORIZACIÓN DE LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., para comercializar y emitir pólizas de fianzas, conforme lo determinado por el inciso a) del artículo 47 de la ley de Seguros..."

Configurando así, una forma de prohibir la contratación de pólizas, haciendo pertinente considerar, juntamente a los tantas veces citados Serantes Peña y Palma, que "Sólo procede cuando no se puede aplicar otra medida", consideración que tiene naturaleza restrictiva sobre la disposición del patrimonio propio, porque afecta, en interés superior del interés colectivo, al derecho fundamental de la persona, reconocido por el artículo 14º, parágrafo IV, de la Constitución Política del Estado: "En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni ha privarse de lo que éstas no prohíban".

La suspensión de la autorización para comercializar y emitir pólizas es factible, en tanto halle la legitimidad en el procedimiento legalmente establecido y sin importar si para su aplicación ya existe o no una reserva, como señala la recurrente, "nuestra Compañía mantiene una reserva constituida de US\$.950.000 precisamente por disposición de ese órgano regulador (en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 245-2011 de 19 de

agosto de 2011)”, haciendo además referencia a un congelamiento de fondos “dispuesto por el Juez Primero de Partido en lo Civil (US\$.950,000)” en relación a lo señalado, ahora en el Recurso de Revocatoria, en sentido que:

“...el SEDEM, también nos ha instaurado un injusto proceso civil de medidas precautorias, en el cual de inicio se procedió al embargo de nuestros bienes, anotaciones en Derecho Reales y en Transito, así como se procedió al congelamiento de la totalidad de nuestras cuentas, luego de lo cual y de la interposición de nuestros argumentos, a la fecha se mantienen injustamente retenidos de nuestras cuentas los montos de Bs. 956.825,42 y US\$ 812.496,16. ...”

Aseveración que se realiza, debido a que la misma debe ser independiente del incumplimiento por el que ya fue sancionada la Entidad recurrente.

2.3. OTROS ALEGATOS.-

No obstante que lo hasta aquí señalado, hace innecesario pasar a considerar los restantes agravios expresados por **LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**, en particular acerca de la violación de principios a la seguridad jurídica que, estando referido a la suspensión de las pólizas en concreto, resulta intrascendente en función a las determinaciones ya dadas en el presente fallo, cuyas puntualizaciones son pertinentes, a saber:

- Así como los alegatos referidos a la *falta de fundamento*, hacen al tema de la competencia, los de la acusada *carencia de objeto válido* y de *falta de consideración de procesos judiciales*, tienen correspondencia con los de la *ausencia de causa*, por tanto, extremos ya considerados y evaluados supra, en los numerales **2.1 COMPETENCIA DEL ENTE REGULADOR**, y **2.2. LA CAUSA**, respectivamente.
- Asimismo, el alegato correspondiente a las *vulneraciones a los principios de proporcionalidad y debido proceso*, por corresponder tanto al tema de la *causa (la proporcionalidad)*, como al de la *competencia controvertida (el debido proceso)*, han sido pertinentemente considerados y evaluados supra, dejándose constancia, sin embargo, que como lo ha señalado el Ente Regulador, la medida precautoria que ha sido impuesta no ha seguido el debido procedimiento (ni por su diferente naturaleza, que dentro del caso no consta haberse confundido, no habiendo incidido en ello los agravios formulados por la recurrente), como tampoco por su existencia formal, al no constituir el presente un proceso sancionatorio –cual hubiera correspondido–.

No obstante, conforme lo determinado supra, es más propio referirse al cumplimiento de la norma, bajo el Principio de Legalidad, la cual está obligada la Autoridad recurrida.

Entonces, resultan también infundados los alegatos sobre una inexistente *doble sanción*, y acerca de la *vulneración a principios de imparcialidad* y

proporcionalidad, al estar referidos ambos, a una inexistente proceso sancionatorio que no se ha dado en el presente caso, al haberse seguido el procedimiento equivocado.

- En cuanto a los alegatos -específicos- referidos a los *daños irreparables a nuestra imagen*, la *vulneración al derecho al trabajo*, y el *perjuicio a los clientes y al propio Estado*, debe tenerse presente que, por más gravosa que resulte la ejecución o el cumplimiento de una determinación legítima del Ente Regulador, no puede importar vulneración a derecho alguno; asimismo, alegar infracción al derecho al trabajo, no es sino un efecto secundario de una determinación como la que hace al presente proceso, por lo que con mayor precisión, se debió referir al derecho “*a dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad económica lícita*” (Art. 47º, Par. II., Const. Pol. Estado).

En todo caso, como bien señala Couture, “*Las medidas cautelares se decretan bajo la responsabilidad del que las pide*”, extremo que se debe tener presente a los fines señalados por la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, debe precisarse que, si bien en el presente proceso, la Autoridad Fiscalizadora, ha equivocado el procedimiento a seguir, separándose de la normativa legalmente establecida y generando una dilación innecesaria, la que hace a la determinación de revocatoria de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se constituye en **evidencia irrefutable**, que la entidad recurrente, ha sido sancionada por contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, por no haber cumplido con el plazo de ejecución de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Suministro N° M0001145, y hasta la fecha, la causa y objeto de la sanción sigue latente, importando la falta de corrección del hecho que generó la sanción cometida a los largo de los meses, situación que deberá ser corregida por el Ente Regulador **pero siguiendo el procedimiento legalmente establecido**.

CONSIDERANDO

Que, el Órgano Regulador -en cuanto al sector seguros- tiene facultad plena para disponer medidas precautorias, con independencia de una actividad judicial (en tanto pueda prescindir de la misma), el mismo debió observar el procedimiento legalmente establecido, la cual debe ser enmendada dentro del marco de su competencia.

Que, de conformidad con el artículo 43º, inciso b), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá revocar la Resolución impugnada, con alcance total cuando pronunciándose sobre el fondo, la deje sin efecto.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR totalmente, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 68-2013 de fecha 23 de enero de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 929-2012 de fecha 30 de noviembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; dejando sin efecto ambos actos administrativos.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se exhorta a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a dar cumplimiento estricto al procedimiento legalmente establecido, debiendo iniciar el proceso sancionatorio que en derecho corresponde, en el marco de su competencia (artículo 41°, inciso e), de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, de Seguros, en relación al artículo 168°, inciso c), de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), y concordante con el inciso a) de la norma última nombrada), y estricta observancia a su objetivo de *“Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos”*.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DFP/Nº 81-2013 DE 30 DE ENERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 042/2013 DE 04 DE JULIO DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 042/2013

La Paz, 04 de Julio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 81-2013 de fecha 30 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 816-2012 de fecha 17 de octubre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 040/2013 de fecha 27 de mayo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 087/2013 de fecha 14 de junio de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 22 de febrero de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, representada legalmente por su Gerente General, Sr. Julio Vargas León, en mérito al Testimonio de Poder N° 563/2001, otorgado en fecha 3 de octubre de 2001 por ante Notario de Fe Pública N° 035 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó

Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 81-2013 de fecha 30 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 816-2012 de fecha 17 de octubre de 2012.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/4112/2013, con fecha de recepción 27 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 81-2013 de fecha 30 de enero de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 1° de marzo de 2013, notificado en fecha 7 de marzo de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 81-2013 de fecha 30 de enero de 2013.

Que, en fecha 15 de marzo de 2013 se llevó a efecto la Audiencia de exposición oral de fundamentos que fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/DFP/6489/2012 DE 28 DE AGOSTO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DFP/6489/2012 de 28 de agosto de 2012, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con el siguiente cargo:

“...II.- DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS.-

Cargo N° 1. Valor Cuota utilizado de manera incorrecta en el pago de las contribuciones.

El artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 - 2011 de 15 de junio de 2011, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 6. (ACREDITACIÓN DE APORTES).- I. Los aportes efectuados conforme al artículo 3 anterior, deberán ser acreditados de forma cronológica, de los periodos más recientes a los más antiguos, considerando únicamente periodos en los cuales el Asegurado no presente Contribuciones. Estos aportes deberán ser acreditados a la Cuenta Personal Previsional del Asegurado considerando el Valor Cuota vigente a la fecha de pago. (las negrillas son nuestras). (...)”

Se evidenció que Futuro de Bolivia S.A. AFP utilizó en sesenta y tres (63) casos, un Valor Cuota diferente al establecido en norma.

El detalle de casos es el siguiente:

Nº	CUA	Periodo de Cotización	Fecha de Pago	V.C. utilizado AFP		V.C. s/APS		Dif. Cuotas
				V.C.	Fecha V.C.	V.C.	Fecha V.C.	
1	500002339	Abr-07	14/10/2011	4,988,531	17/10/2011	4,983,806	13/10/2011	4,725
2	500001768	de ene/10 a oct/11	11/10/2011	4,982,969	12/10/2011	4,981,509	10/10/2011	1,46
3	500001149	de abr/10 a oct/10	11/10/2011	4,982,969	12/10/2011	4,981,509	10/10/2011	1,46
4	500000167	mar/07 a nov/11	15/11/2011	5,011,013	16/11/2011	5,010,129	14/11/2011	884
5	500000187	dic/07 a nov/11	08/11/2011	5,006,416	09/11/2011	5,004,717	07/11/2011	1,699
6	500000304	feb/09 a oct/11	18/10/2011	4,990,475	19/10/2011	4,988,531	17/10/2011	1,944
7	500000566	mar/07 a nov/08	08/11/2011	5,006,416	09/11/2011	5,004,717	07/11/2011	1,699
8	500000340	oct/08 a dic/10 y nov/11	13/10/2011	4,984,543	14/10/2011	4,982,969	12/10/2011	1,574
		ene/11 a oct/11	14/10/2011	4,988,531	17/10/2011	4,983,806	13/10/2011	4,725
9	500000809	nov/08 a dic/11	04/11/2011	5,004,717	07/11/2011	5,000,946	03/11/2011	3,771
10	500001056	oct/07 a dic/10	31/10/2011	5,001,111	01/11/2011	5,001,329	30/10/2011	-218
		ene/11 a oct/11	28/10/2011	5,000,724	31/10/2011	4,997,761	27/10/2011	2,963
11	500001203	jul/11 a dic/11	01/11/2011	5,000,946	03/11/2011	5,000,724	31/10/2011	222
12	500001222	mar/08 a nov/11	14/11/2011	5,010,349	15/11/2011	5,009,469	13/11/2011	880
13	500001244	jul/07 a oct/11	24/10/2011	4,994,726	25/10/2011	4,993,415	23/10/2011	1,311
14	500001292	may/10 a oct/11	24/10/2011	4,994,726	25/10/2011	4,993,415	23/10/2011	1,311
15	500001330	nov/08 a dic/11	07/11/2011	5,005,576	08/11/2011	5,003,354	06/11/2011	2,222
16	500001400	feb/11 a oct/11	01/11/2011	5,000,946	03/11/2011	5,000,724	31/10/2011	222
17	500001855	sep/08 a oct/10	09/11/2011	5,007,213	10/11/2011	5,005,576	08/11/2011	1,637
		nov/10 a oct/11	07/11/2011	5,005,576	08/11/2011	5,003,354	06/11/2011	2,222
18	500002010	may/08 a oct/11	14/11/2011	5,010,349	15/11/2011	5,009,469	13/11/2011	880
19	500000325	mar/11 a nov/11	22/11/2011	5,016,658	23/11/2011	5,014,653	21/11/2011	2,005
20	500002029	feb/07 a nov/08	21/11/2011	5,015,361	22/11/2011	5,013,931	20/11/2011	1,43
21	500002302	feb/07 a dic/08	09/12/2011	5,039,878	12/12/2011	5,039,033	08/12/2011	845
22	500000884	may/10 a nov/11	21/11/2011	5,015,361	22/11/2011	5,013,931	20/11/2011	1,43
23	500001191	jun/07 a mar/08 y feb/11 a nov/11	17/11/2011	5,012,454	18/11/2011	5,011,013	16/11/2011	1,441
24	500000883	may/08 a abr/09	14/12/2011	5,043,834	15/12/2011	5,042,451	13/11/2011	1,383
		may/09 a oct/11	22/11/2011	5,016,658	23/11/2011	5,014,653	21/11/2011	2,005
25	500001439	ene/08 a nov/11	21/11/2011	5,015,361	22/11/2011	5,013,931	20/11/2011	1,43
26	500000672	jul/09 a nov/11	22/11/2011	5,016,658	23/11/2011	5,014,653	21/11/2011	2,005
27	500000391	nov/07 a nov/11	28/11/2011	5,031,892	29/11/2011	5,028,126	27/11/2011	3,766
28	500000748	feb/07 a may/08	31/10/2011	5,001,111	01/11/2011	5,001,329	30/10/2011	-218
		jun/08 a oct/09	22/11/2011	5,016,658	23/11/2011	5,014,653	21/11/2011	2,005
29	500000085	jun/08 a oct/11	24/10/2011	4,994,726	25/10/2011	4,993,415	23/10/2011	1,311
30	500001085	ene/01 a jul/04	06/12/2011	5,037,965	07/12/2011	5,036,371	05/12/2011	1,594
31	500000704	jul/10 a jun/11	10/11/2011	5,007,958	11/11/2011	5,007,213	09/11/2011	745
32	500000613	jun/07 a nov/11	29/11/2011	5,031,899	30/11/2011	5,030,002	28/11/2011	4,528,897
33	500000380	jul/09 a nov/11	07/12/2011	5,039,033	08/12/2011	5,037,216	06/12/2011	1,817
34	500000953	oct/09 a ene/12	08/12/2011	5,037,678	09/12/2011	5,037,965	07/12/2011	-287
35	500001019	mar/10 a oct/11	12/12/2011	5,042,451	13/12/2011	5,039,096	11/12/2011	3,355
36	500000084	oct/08 a jul/11	05/10/2011	4,978,341	06/10/2011	4,976,811	04/10/2011	1,53
37	500000315	mat/08 a ene/12	12/01/2012	5,064,117	13/01/2012	5,062,813	11/01/2012	1,304
38	500000657	nov/07 a abr/09	08/11/2011	5,006,416	09/11/2011	5,004,717	07/11/2011	1,699
		may/09 a sep/10	05/12/2011	5,037,216	06/12/2011	5,035,571	04/12/2011	1,645
		oct/10 a nov/11	21/12/2011	5,046,819	22/12/2011	5,046,535	20/12/2011	284
39	500000276	jun/07 a nov/11	22/12/2011	5,047,46	23/12/2011	5,045,882	21/12/2011	-4,541,136
		Dic-11	23/12/2011	5,049,972	27/12/2011	5,046,819	22/12/2011	3,153
40	500002294	abr/07 a nov/11	18/11/2011	5,014,653	21/11/2011	5,011,751	17/11/2011	2,902
41	500000407	may/08 a nov/10 y dic/11	13/01/2012	506,606	16/01/2012	5,063,467	12/01/2012	-4,556,861

		a feb/12						
42	500000076	dic/06 a mar/09	16/11/2011	5,011,751	17/11/2011	5,010,349	15/11/2011	1,402
		abr/09 a oc/11	12/01/2012	5,064,117	13/01/2012	5,062,813	11/01/2012	1,304
43	500000496	abr/09 a jul/10	28/10/2011	5,000,724	31/10/2011	4,997,761	27/10/2011	2,963
		ago/10 a oct/11	07/11/2011	5,005,576	08/11/2011	5,003,354	06/11/2011	2,222
44	500001258	ene/09 a nov/09	08/12/2011	5,037,678	09/12/2011	5,037,965	07/12/2011	-287
		dic/09 a sep/10	06/12/2011	5,037,965	07/12/2011	5,036,371	05/12/2011	1,594
		oct/10 a dic/10	16/11/2011	5,011,751	17/11/2011	5,010,349	15/11/2011	1,402
		ene/11 a oct/11	13/10/2011	4,984,543	14/10/2011	4,982,969	12/10/2011	1,574
45	500000545	ago/07 a ago/08	28/12/2011	5,051,641	29/12/2011	5,049,972	27/12/2011	1,669
		sep/08 a dic/11	18/01/2012	5,067,829	19/01/2012	5,066,755	17/01/2012	1,074
46	500001781	jul/08 a feb/12	24/01/2012	5,071,658	25/01/2012	5,070,404	23/01/2012	1,254
47	500000300	abr/09 a ene/12	20/01/2012	5,071,085	24/01/2012	5,067,829	19/01/2012	3,256
48	500000564	feb/07 a dic/10	18/01/2012	5,067,829	19/01/2012	5,066,755	17/01/2012	1,074
		ene/11 a nov/11	19/01/2012	5,068,442	20/01/2012	5,066,721	18/01/2012	4,561,721
49	500001798	nov/07 a ene/12	31/01/2012	507,204	01/02/2012	5,071,087	30/01/2012	-4,563,883
50	500002353	feb/07 a nov/08	17/11/2011	5,012,454	18/11/2011	5,011,013	16/11/2011	1,441
51	500000985	Dic-11	31/01/2012	507,204	01/02/2012	5,071,087	30/01/2012	-4,563,883
52	500000166	oct/08 a ene/12	20/01/2012	5,071,085	24/01/2012	5,067,829	19/01/2012	3,256
53	500000134	nov/07 a feb/12	09/02/2012	5,076,842	10/02/2012	5,075,554	08/02/2012	1,288
54	500001257	feb/08 a dic/08	06/02/2012	5,077,239	07/02/2012	5,074,723	05/02/2012	2,516
		ene/09 a mar/12	08/02/2012	5,076,177	09/02/2012	5,077,239	07/02/2012	-1,062
55	500000221	jun/09 a nov/11	01/12/2011	503,423	02/12/2011	5,031,899	30/11/2011	-4,528,476
56	500000465	sep/07 a sep/11	06/10/2011	4,979,106	07/10/2011	4,977,599	05/10/2011	1,507
57	500001780	ago/07 a mar/09	04/01/2012	5,058,024	05/01/2012	5,053,843	03/01/2012	4,181
		abr/09 a ene/10	28/09/2011	497,121	29/09/2011	4,965,095	27/09/2011	-4,467,974
		nov/09 a abr/10	30/01/2012	507,143	31/01/2012	5,075,243	29/01/2012	-4,568,100
58	500001561	may/10 a oct/10	30/12/2011	5,053,843	03/01/2012	5,051,641	29/12/2011	2,202
		nov/10 a abr/11	28/11/2011	5,031,892	29/11/2011	5,028,126	27/11/2011	3,766
		may/11 a oct/11	31/10/2011	5,001,111	01/11/2011	5,001,329	30/10/2011	-218
59	500000611	sep/08 a jun/11	24/10/2011	4,994,726	25/10/2011	4,993,415	23/10/2011	1,311
60	500002257	jun/08 a dic/11	08/12/2011	5,037,678	09/12/2011	5,037,965	07/12/2011	-287
61	500000370	may/09 a ago/10	07/12/2011	5,039,033	08/12/2011	5,037,216	06/12/2011	1,817
		sep/10 a dic/11	13/01/2012	506,606	16/01/2012	5,063,467	12/01/2012	-4,556,861
62	500000709	ene/09 a jun/09	20/12/2011	5,045,882	21/12/2011	5,046,813	19/12/2011	-931
		jul/09 a dic/09	17/01/2012	506,721	18/01/2012	506,606	16/01/2012	115
63	500000800	oct/09 a oct/10	21/12/2011	5,046,819	22/12/2011	5,046,535	20/12/2011	284

(...)"

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota FUT.APS.REC. 2068/2012 de fecha 3 de octubre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta los descargos respectivos, señalando lo siguiente:

"...De acuerdo a lo establecido por el artículo 168, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones, entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización que actualmente ejerce la APS están las de **"Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes"** (las negrillas son nuestras).

Ahora bien del imperio de la propia ley, se desprende el hecho de que debe existir un reglamento que permita establecer los límites y la potestad sancionadora del Organismo de Fiscalización. Pretender utilizar el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones N° 1732) vicia de nulidad todo el procedimiento administrativo, toda vez que rige en la materia el principio de sometimiento pleno a la Ley establecido en el artículo 4, inciso c) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Asimismo, conviene recordar a su Autoridad que de acuerdo a lo establecido por el artículo 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, los actos Administrativos para que sean considerados legales y legítimos deben contener elementos esenciales, que entre otros comprende el hecho de que necesariamente deben sustentarse en el derecho aplicable y deben tener un objeto materialmente posible; en el caso de Autos, al no contarse con un reglamento específico para el régimen sancionatorio de la Ley N° 065, no existe derecho aplicable ni objeto que sea materialmente posible.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, "Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley N° 1732 de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, **así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición...**" (las negrillas son nuestras). Del marco normativo vigente se desprenden dos hechos: el primero que las AFP deben continuar con sus obligaciones referidas a la administración efectuada durante la vigencia de la Ley N° 1732, sus Decretos Reglamentarios y demás normativa conexas que le es aplicable, pero con corte a la fecha de promulgación de la Ley N° 065; y segundo, que a partir de la promulgación y vigencia de la nueva ley de pensiones, nuestra AFP debe actuar asumiendo las atribuciones y competencias de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, siendo el marco normativo aplicable, el vigente, y no el abrogado.

Sin perjuicio de lo expresado, a manera informativa conviene puntualizar también los siguientes aspectos de orden técnico y que fueron de conocimiento suyo:

El esquema contable de Recaudación y Acreditación utilizado para la acreditación en cuentas individuales se encuentra enmarcado de acuerdo a las Resoluciones Administrativa (sic) SPVS-IP N° 077/99 de fecha 30 de abril de 1999 y SPVS-P N° 241/99 de fecha 19 de agosto de 1999, donde en su artículo 3 indica: "**La recaudación que ha sido clasificada y cuenta con la respectiva documentación de respaldo deberá ser traspasada al patrimonio de FCI al día hábil siguiente de haber sido clasificada, adquiriendo las respectivas cuotas al valor de cuota de la fecha del día siguiente a la fecha de pago.**", entendiéndose que la Resolución Administrativa/DPC/N° 095/2011 se constituye en una norma específica la misma que no deroga las dos anteriores que establecen la Acreditación en Cuenta Individual, de utilizar un valor cuota al día anterior o vigente a la fecha de pago implicaría el incumplimiento a las Resoluciones antes indicadas, así como se estaría faltando a un principio de la Seguridad Social de Largo

Plazo que es el de la Equidad, en razón de que estos casos se beneficiarían de un mayor número de cuotas en su Cuenta Individual...”

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/N° 816-2012 DE 17 DE OCTUBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 816-2012 de 17 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve lo siguiente:

“PRIMERO.- Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por el **Cargo N° 1**, con multa en bolivianos equivalente a \$US10.000,00 (DIEZ MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 – 2011 de 15 de junio de 2011, por los sesenta y tres (63) casos imputados mediante Nota de Cargo APS/DJ/DFP/6489/2012 de 28 de agosto de 2012.

SEGUNDO.- La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación CUT N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.

TERCERO.- I. La AFP deberá efectuar el reproceso de los sesenta y tres (63) casos sancionados, debiendo efectuar a tal efecto el recálculo correspondiente conforme indica la normativa.

II.- De acuerdo a lo establecido en el párrafo anterior, la Administradora deberá reponer con recursos propios las diferencias generadas al Fondo Solidario como al Fondo de Vejez, al valor cuota vigente a la fecha de reposición; y de forma paralela efectuar las gestiones necesarias para la regularización de cada caso, debiendo suscribir las adendas correspondientes.

III.- La Administradora deberá cumplir las instrucciones establecidas en los párrafos **I** y **II**, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa en relación a los sesenta y tres (63) casos sancionados.

IV.- Asimismo, deberá cumplir también las instrucciones establecidas en los párrafos **I** y **II**, en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, en relación a todos los casos de Pago Mensual Mínimo, que hubieran realizado pagos adicionales acreditados a la Cuenta Previsional de los Asegurados.

V.- Finalmente, deberá enviar un informe documentado, explicando y detallando el reproceso realizado referido al recálculo y los saldos devueltos o repuestos, según corresponda, a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de vencido el plazo establecido en el párrafo **IV...**”

Los argumentos de la precitada Resolución, son los siguientes:

"...Que el inciso c) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, establece: "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;"

Conforme establece el inciso c) del artículo 28 del mismo cuerpo legal, son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

" ...

c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible;

..."

El artículo 35, señala:

"I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:

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

II. La (sic) nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley".

Que en cuanto a los requisitos del objeto del acto administrativo, el cual debe ser cierto, lícito y materialmente posible y considerando que éste se constituye en la materia o contenido sobre el cual se decide, es importante mencionar que de acuerdo a la doctrina, el objeto no debe ser prohibido por el orden normativo, resultando la ilegitimidad, de la violación a la Constitución Política del Estado, Leyes, Reglamentos, etc. Asimismo, el Acto no debe ser discordante con la situación de hecho reglada por las normas; debe ser determinado o determinable, es decir, que se pueda precisar la disposición adoptada por la autoridad administrativa, siendo necesario saber de qué especie de acto se trata, a qué personas o cosas afecta, en qué tiempo y lugar habrán de producirse los efectos queridos; la precisión y certeza físico-jurídica del objeto deben ser "razonables y posibles de hecho".

Que conforme lo referido anteriormente, cabe resaltar que los actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – APS, se encuentran plenamente sometidos a las normas legales vigentes, por tanto, son legítimos, pues en ningún momento se violó norma legal alguna.

En ese entendido, habiéndose establecido la existencia de indicios de infracción a la norma, se emite la Nota de Cargo APS/DJ/DFP/6489/2012 de 28 de agosto de 2012, por indicios de incumplimiento a la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095-2011 de 15 de junio de 2011, en aplicación del artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, determinándose claramente en la misma, la infracción, los casos, la

normativa aplicable y el plazo otorgado al regulado para la presentación de los descargos.

Que en cuanto al vicio de nulidad invocado por la Administradora, de acuerdo a los requisitos establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, en cuanto a la procedencia de la nulidad de un acto administrativo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, no incurrió en ninguno de los casos establecidos en el artículo 35 de la referida Ley, pues más bien en cumplimiento al artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, procedió a la emisión y notificación de Cargos, siguiendo el procedimiento establecido en dicha norma, encontrándose el mismo, en concordancia con la disposiciones establecidas en la Ley N° 2341, más propiamente, con el artículo 35 de esta Ley.

Que por otro lado, el parágrafo II del artículo 35 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, establece claramente el requisito para interponer la nulidad de un acto administrativo, al expresar que: “Las nulidades **podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos** previstos en la presente Ley” (las negrillas son nuestras), requisito que la Administradora no cumplió, toda vez que invoca la nulidad del procedimiento administrativo aplicado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, sin interponer recurso administrativo alguno, sino más bien mediante la nota de descargos FUT.APS.REC.2068/2012de 03 de octubre de 2012.

Que por otro lado, el artículo 55 del Decreto Supremo N° 27113 que tiene por objeto reglamentar la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, establece:

“Será procedente la revocación de un acto anulable por vicios de procedimiento, únicamente cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione el interés público...”.

Que en el caso presente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en ningún momento ocasionó indefensión al administrado, pues a partir de la realización de la fiscalización y la emisión de la Nota de Cargo, las observaciones fueron debidamente comunicadas a la Administradora, habiendo presentado ésta, las aclaraciones y los descargos correspondientes.

Que por otro lado, los artículos 167 y 168 de la Ley N° 065, disponen que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS tiene las funciones y atribuciones para cumplir y hacer cumplir la mencionada Ley y sus Reglamentos, así como para fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y **sancionar** a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la referida Ley y sus reglamentos correspondientes, por lo que la potestad de la Administradora referente a sancionar, se encuentra en total apego a la Ley y a las normas que la rigen.

Que tal como la AFP señala en su nota de descargo, el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que:

“Las Administradoras de Fondos de Pensiones **continuarán** realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos

con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732 de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, **mientras dure el periodo de transición...**" (las negrillas y el subrayado son nuestros).

Que la norma referida anteriormente, señala claramente que Futuro de Bolivia S.A. AFP, deberá continuar cumpliendo todas sus obligaciones en el marco de la Ley N° 1732 de Pensiones y normativa reglamentaria mientras dure el periodo de transición y hasta que la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo Plazo, asuma la administración y representación del Sistema Integral de Pensiones, debiéndose establecer mediante reglamento, el plazo y procedimiento para el inicio de sus actividades, de acuerdo al parágrafo II del artículo 150 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, así como lo dispuesto en la referida Ley N° 065.

Que de acuerdo a lo referido en el párrafo anterior, la Administradora deberá continuar con el cumplimiento de sus obligaciones en el marco de la Ley No. 1732 de 29 de noviembre de 1996 así como lo dispuesto en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y sus disposiciones reglamentarias, refiriéndose en este caso al Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, mientras dure el periodo de transición, es decir que la norma señala específicamente el periodo de tiempo dentro del cual Futuro de Bolivia S.A. AFP deberá aplicar la norma.

Que de acuerdo a lo expresado anteriormente y habiendo analizado los argumentos presentados por la Administradora se puede evidenciar que no ha efectuado una lectura e interpretación completa de lo establecido en la norma, pues señala que debe continuar con sus obligaciones sólo "con corte a la fecha de promulgación de la Ley N° 065".

Continuando con los descargos, la Administradora mediante nota FUT. APS.REC.2068/2012 de 03 de octubre de 2012, señala lo siguiente:

"El esquema contable de Recaudación y Acreditación utilizado para la acreditación en cuentas individuales se encuentra enmarcado de acuerdo a las Resoluciones Administrativa SPVS-IP NO. 077/99 de fecha 30 de abril de 1999 y SPVS-P No. 241/99 de fecha 19 de agosto de 1999 donde en su artículo 3 indica: **"La recaudación que ha sido clasificada y cuenta con la respectiva documentación de respaldo deberá ser traspasada al patrimonio de FCI al día hábil siguiente de haber sido clasificada, adquiriendo las respectivas cuotas al valor de cuota de la fecha del día siguiente a la fecha de pago."**, entendiéndose que la Resolución Administrativa/DPC/NO. 095/2011 se constituye en una norma específica la misma que no deroga las dos anteriores que establecen la Acreditación en Cuenta Individual, de utilizar un valor cuota al día anterior o vigente a la fecha de pago implicaría el incumplimiento a las Resoluciones antes indicadas, así como se estaría faltando a un principio de la Seguridad Social de Largo Plazo que es el de la Equidad, en razón de que estos casos se beneficiarían de un mayor número de cuotas en su Cuenta Individual".

Que el artículo 22 de la Resolución Administrativa SPVS - IP N° 077/99 de 30 de abril de 1999, que establece los Procedimientos de Recaudación, señala:

“Inmediatamente de efectuado el asiento para contabilizar la recaudación en la Cuenta Recaudación clasificada, debe formularse otro asiento para efectuar su traspaso al patrimonio del FCI en la Cuenta Recaudos en proceso, y generarse las cuotas correspondientes, utilizando para ello el **valor de cuota de la fecha del día hábil siguiente a la fecha de pago...**” (las negrillas y el subrayado es nuestro).

Que el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999, Procedimientos de Acreditación en Cuentas Individuales, señala:

“La recaudación que ha sido clasificada y cuenta con la respectiva documentación de respaldo deberá ser traspasada al patrimonio del FCI, a más tardar el día hábil siguiente de haber sido clasificada, **adquiriendo las respectivas cuotas al valor de cuota de la fecha del día hábil siguiente a la fecha de pago ...**” (las negrillas y el subrayado es nuestro).

Que sin embargo, el artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 – 2011 de 15 de junio de 2011, la cual está referida a Procedimientos del Sistema Integral de Pensiones, establece:

“**...Estos aportes deberán ser acreditados a la Cuenta Personal Previsional del Asegurado considerando el Valor Cuota vigente a la fecha de pago**”. (las negrillas y el subrayado son nuestros), constituyéndose éste en un procedimiento específico para Pagos Mensuales Mínimos (PMM) por periodos anteriores, aspecto que no se encuentra considerado en las Resoluciones Administrativas SPVS - IP N° 077/99 de 30 de abril de 1999 y SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999.

Que considerando que la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 – 2011 de 15 de junio de 2011 está referida a un procedimiento específico para casos de Pago Mensual Mínimo (PMM), la Administradora debió haber aplicado esta normativa específica para los casos imputados, mucho más considerando que de acuerdo a la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 147-2011 de 11 de julio de 2011, se dejó establecido que la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 015-2011 de 18 de mayo de 2011, referente al “Procedimiento de pago de CCM a los Asegurados titulares y fallecidos que al 10 de diciembre de 2010 se encontraban con PMM en curso de pago”, establece que los aportes adicionales a ser efectuados por los Asegurados PMM deberán ser acreditados, considerando **el valor cuota vigente a la fecha de pago**, lo que no necesariamente implica que sea el valor del día de pago, ya que en ese día el valor vigente puede ser otro.

Que respecto de lo señalado por la AFP: “... se estaría faltando a un principio de la Seguridad Social de Largo Plazo que es el de la Equidad, en razón de que estos casos se beneficiarían de un mayor número de cuotas en su Cuenta Individual”, se debe considerar que la AFP, al no aplicar la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 – 2011 de 15 de junio de 2011, causa perjuicio a los Asegurados debido a que adquieren una cantidad menor de cuotas, pues al acreditar las cotizaciones al Valor Cuota del día hábil siguiente a la fecha de pago, obtiene un número menor de cuotas en los casos

imputados. Por otro lado, en este caso al tratarse de regularización de pagos por periodos anteriores, más propiamente pagos realizados hasta febrero de 2012, no se afecta el Principio de Equidad, pues no se trata de asignar un número mayor de cuotas en la Cuenta Personal Previsional de cada uno de los casos imputados, tal como afirma la Administradora, sino más bien, de otorgarles a los Asegurados lo que por norma les corresponde, todo en cumplimiento al Principio de Sometimiento Pleno a la Ley establecido en la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo.

Que de acuerdo a lo expuesto anteriormente, se evidencia que la Administradora ha incumplido el artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 – 2011 de 15 de junio de 2011, para los sesenta y tres (63) casos imputados mediante Nota de Cargo APS/DJ/DFP/6489/2012 de 28 de agosto de 2012, por lo que corresponde establecer sanción.

CONSIDERANDO:

Que en virtud a los argumentos señalados anteriormente y considerando que, Futuro de Bolivia S.A. AFP no presentó los descargos suficientes que desvirtúen el Cargo imputado en su contra, se ratifica el incumplimiento de la Administradora al artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 – 2011 de 15 de junio de 2011.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha incumplido la norma referente al trámite de Pago Mensual Mínimo, utilizando un Valor Cuota de manera incorrecta en el pago de las Contribuciones, establecido en la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 – 2011 de 15 de junio de 2011.

Que conforme el “Principio de Proporcionalidad” establecido en el artículo 75 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, “El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”. Por tanto el Ente Regulador, habiendo comprobado la infracción en el Cargo presente, los efectos y alcances que ésta acarrea y en cumplimiento a la norma referida anteriormente, considera pertinente imponer una sanción.

Asimismo, el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, establece lo siguiente:

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

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

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

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

De acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se puede evidenciar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumplió con cada uno de los parámetros que forman parte del Principio de Proporcionalidad, refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

- a)** Es indiscutible el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en el artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 – 2011 de 15 de junio de 2011.
- b)** La infracción se encuentra plenamente probada, pues se evidenció que en sesenta y tres (63) casos, Futuro de Bolivia S.A. AFP acreditó incorrectamente los aportes de Pago Mensual Mínimo a la Cuenta Personal Previsional de los Asegurados, al utilizar un Valor Cuota diferente al establecido en norma y no el valor Cuota vigente a la fecha de pago.
- c)** En lo que se refiere a la ponderación de la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en el artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 – 2011 de 15 de junio de 2011, tuvo como consecuencia que el Asegurado proceda a obtener cuotas en un número menor del que realmente le corresponde, afectando de esta manera al Fondo Solidario y al saldo transferido al Fondo de Vejez, actual Mensualidad Vitalicia Variable (MVV).

Asimismo, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, establece:

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

- a)** La normativa establece que la AFP debe acreditar los aportes de Pago Mensual Mínimo a la Cuenta Personal Previsional del Asegurado considerando el Valor Cuota vigente a la fecha de pago. Sin embargo la Administradora demuestra su

conducta negligente, al haber utilizado un Valor Cuota diferente que el establecido en norma.

- b) El incumplimiento de la Administradora al artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 – 2011 de 15 de junio de 2011, causó daño al Fondo de Vejez, actual MVV, pues el Asegurado al obtener un número menor de cuotas, originó como consecuencia un cálculo erróneo de la Fracción del Saldo Acumulado, que al ser compensada, afectó al Fondo Solidario.
- c) No se cuenta con un antecedente de reincidencia sobre el presente caso.

CONSIDERANDO:

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

Que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones establece que “Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición, ...”.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

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

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

“b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño”.

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

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

gravedad leve o media”.

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

“b) Infracción calificada como gravedad media De cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses”...”

Con relación a la Disposición Tercera de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 816-2012 de 17 de octubre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, mediante nota FUT.APS.REC.2616/2012 de 4 de diciembre de 2012, señala que se procedió a la regularización de todos los casos de Pago Mensual Mínimo acreditados en Cuenta Previsional por diferencia del valor cuota, asimismo, informa que no existen casos a ser recalculados, debido a que las solicitudes no se encuentran en curso de pago.

Mediante Auto de fecha 12 de diciembre de 2012, el Ente Regulador solicitó documentación complementaria y aclaración respecto al cumplimiento de la señalada Disposición Tercera, requerimiento que fue atendido por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, mediante nota FUT.APS.REC.2853/2012 de 28 de diciembre de 2012.

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por el memorial presentado el 7 de diciembre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 816-2012 de 17 de octubre de 2012, con los mismos argumentos que después hará valer en oportunidad de su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/N° 81-2013 DE 30 DE ENERO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 81-2013 de 30 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 816-2012 de 17 de octubre de 2012, con base en los fundamentos siguientes:

“...CONSIDERANDO: (...)

Que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece con claridad lo siguiente:

“Artículo 177. (CONTINUIDAD DE SERVICIOS). *Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo. Mientras dure el periodo de transición... (...)*”.

Que con relación a la afirmación de la Administradora referida a que la Entidad Reguladora considera que la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y que el Decreto Supremo N° 24469 de 27 de enero de 1997 se encontrarían en vigencia, no es evidente, pues de la transcripción de la norma referida se puede verificar que la misma señala que las Administradoras de Fondos de Pensiones “deben continuar cumpliendo todas sus obligaciones **determinadas principalmente mediante Contrato de Prestación de Servicios** suscritos con el Estado Boliviano”, claro está que dicho Contrato fue suscrito en el marco de lo establecido en la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y su Decreto Reglamentario. Por otro lado, establece también que dichas obligaciones deberán ser cumplidas en el marco de lo dispuesto en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.

Que por lo expuesto en el párrafo anterior, no es evidente que la Entidad Reguladora haya emitido un acto administrativo como es la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 816-2012 de 17 de octubre de 2012 en contradicción y con ausencia de enlace lógico entre la normativa que rige la materia, mucho más considerando que el inciso b) del artículo 168 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, tiene entre sus funciones y atribuciones: b) “Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes”.

Que considerando que la motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto. La motivación está contenida dentro de lo que usualmente se denominan considerandos. La constituyen, por tanto, los “presupuestos” o “razones” del acto. Es la fundamentación fáctica y jurídica con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión. De acuerdo a esta definición la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 816-2012 de 17 de octubre de 2012 cumple con cada uno de los aspectos señalados, pues señala (sic) claramente el hecho imputado el cual está referido a que Futuro de Bolivia S.A. AFP utilizó en sesenta y tres (63) casos, un Valor Cuota diferente al establecido en norma, infringiendo el artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095-2011 de 15 de junio de 2011, habiendo sido de conocimiento de la Administradora mediante Nota de Cargo APS/DJ/DFP/6489/2012 de 28 de agosto de 2012, la cual otorga un plazo determinado por norma para que dicha entidad presente sus descargos, por tanto no es evidente la falta de motivación en dicho acto administrativo.

Que respecto a que se estaría restringiendo el derecho legítimo de la Administradora a desempeñar sus actividades transitorias dentro de un marco de seguridad jurídica, se puede evidenciar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en ningún momento dejó de garantizar la aplicación objetiva de las normas en cuanto se refieren a los derechos de la Administradora, así como tampoco se le causó perjuicio alguno, mucho menos se le restringió el desarrollo de sus actividades transitorias, pues el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece y delimita claramente el marco jurídico en el cual debería continuar realizando sus obligaciones.

1) NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE IMPUGNA POR VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS.- (...)

Que conforme el "Principio de Sometimiento Pleno a la Ley" establecido en la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;" entendiéndose a éste último como el principio jurídico procesal según el cual **toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez o autoridad administrativa.** Asimismo el punto I.2.2 de la Sentencia Constitucional Plurinacional 1235/2012 de 07 de septiembre de 2012, establece que el debido proceso, "...es el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos los que se hallen en situación similar;..."

Que de acuerdo a lo establecido en el párrafo anterior, se concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, garantizó en todo momento el debido proceso a Futuro de Bolivia S.A. AFP, pues conforme lo establecido en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, cumplió con cada una de las actuaciones o diligencias necesarias y pertinentes, que le permitieran comprobar de modo fehaciente, la existencia y veracidad de la infracción, otorgándole a la Administradora los plazos y términos de prueba establecidos por norma, con el objeto de que la misma presente los descargos necesarios, haciendo valer en todo momento su derecho a ser oída y a que se consideren sus pretensiones legítimas.

Que es importante mencionar también que, los actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – APS, se encuentran plenamente sometidos a las normas legales vigentes, por tanto, son legítimos, pues en ningún momento se vulneró norma legal alguna.

Que respecto al "Principio de Jerarquía Normativa" señalado por la Administradora, el artículo 410 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, establece: **I.** "Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución. **II.** La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: **1.-** Constitución Política del Estado. **2.-** Los tratados internacionales. **3.-** Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. **4.-** Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

Que de acuerdo a la Carta Magna, la aplicación de las normas jurídicas debe seguir una jerarquía, la cual tiene en primer lugar a dicha norma suprema. En este sentido la

Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en aplicación del “Principio de Jerarquía Normativa”, consideró en sus funciones y atribuciones el párrafo II del artículo 45 de dicho cuerpo legal, que establece lo siguiente: “La seguridad social se presta bajo los principios de universalidad, integralidad, **equidad**, solidaridad, unidad de gestión, economía, **oportunidad**, interculturalidad y **eficacia**. Su dirección y administración corresponde al Estado, con control y participación social”. En ese sentido, al momento de valorar y analizar la infracción de la Administradora así como los descargos presentados, se consideró los siguientes Principios de la Seguridad Social de Largo Plazo, establecidos en el artículo 3 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, los cuales no fueron tomados en cuenta por la Administradora en el cumplimiento de sus obligaciones establecidas en norma: “**d) Equidad:** Es el **otorgamiento ecuánime de prestaciones** por las contribuciones efectuadas a la Seguridad Social de Largo Plazo y de beneficios reconocidos en la presente Ley”; **h) Oportunidad:** Es el reconocimiento y **otorgamiento de prestaciones y beneficios** de la Seguridad Social de Largo Plazo **en el momento que en derecho correspondan.** **i) Eficacia:** Es el **correcto uso de los recursos** de la Seguridad Social de Largo Plazo, para garantizar el pago de las prestaciones y beneficios que esta Ley otorga” (las negrillas son nuestras).

Que habiendo identificado la infracción de la Administradora a la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095-2011 de 15 de junio de 2011, la Entidad Reguladora aplicó las “Disposiciones sobre Sanciones” establecidas en el Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Finalmente es importante mencionar que el artículo 1 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que: “...tiene por objeto establecer la administración del Sistema Integral de Pensiones, así como las prestaciones y beneficios que otorga a los bolivianos y las bolivianas, en sujeción a lo dispuesto en la Constitución Política del Estado”. A partir de dicha disposición legal se concluye que la aplicación de la Ley N° 065 se encuentra sujeta en todas sus disposiciones a la norma suprema, por tanto, el artículo 177 referido a la continuidad de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones, se encuentra también dentro de este marco legal (...)

Que el artículo 192 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que: “**Finalizado el periodo de transición los Contratos y Adendas suscritos por las Administradoras de Fondos de Pensiones con la Ex Superintendencia de Pensiones y la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, quedarán resueltos**” (las negrillas son nuestras). Conforme la transcripción de esta norma, los Contratos y Adendas suscritos con Futuro de Bolivia S.A. AFP tendrán vigencia hasta finalizar el periodo de transición, dicho de otra manera, los Contratos y Adendas suscritos con la Entidad Regulada, a la fecha se encuentran en vigencia plena, habiéndose establecido claramente el momento de su resolución. Por tanto habiéndose suscrito dicho Contrato en vigencia de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece que la Administradora debe continuar sus obligaciones en el marco de la Ley N° 1732, lo cual no significa como afirma la Administradora que dicho artículo establezca la vigencia de dicha Ley y del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Que el artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones es claro al señalar que: “El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentarán y regularán la presente Ley **en el marco de su competencia**” (las negrillas son nuestras), disposición que fue cumplida a cabalidad, pues el Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 y el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, se constituyen en Decretos Reglamentarios de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones (...)

2) COLISIÓN DE NORMAS.- (...)

Que es necesario señalar que el artículo 22 de la Resolución Administrativa SPVS - IP N° 077/99 de 30 de abril de 1999, establece los Procedimientos de Recaudación:

“Inmediatamente de efectuado el asiento para contabilizar la recaudación en la Cuenta Recaudación clasificada, debe formularse otro asiento para efectuar su traspaso al patrimonio del FCI en la Cuenta Recaudos en proceso, y generarse las cuotas correspondientes, utilizando para ello el **valor de cuota de la fecha del día hábil siguiente a la fecha de pago...**” (las negrillas y el subrayado es nuestro).

Que el artículo 3 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999, Procedimientos de Acreditación en Cuentas Individuales, señala:

“La recaudación que ha sido clasificada y cuenta con la respectiva documentación de respaldo deberá ser traspasada al patrimonio del FCI, a más tardar el día hábil siguiente de haber sido clasificada, **adquiriendo las respectivas cuotas al valor de cuota de la fecha del día hábil siguiente a la fecha de pago ...**” (las negrillas y el subrayado es nuestro).

Que sin embargo, el artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 – 2011 de 15 de junio de 2011, la cual está referida a Procedimientos del Sistema Integral de Pensiones, establece:

“...**Estos aportes deberán ser acreditados a la Cuenta Personal Previsional del Asegurado considerando el Valor Cuota vigente a la fecha de pago**”. (las negrillas y el subrayado son nuestros), constituyéndose éste en un procedimiento específico para Pagos Mensuales Mínimos (PMM) por periodos anteriores, aspecto que no se encuentra considerado en las Resoluciones Administrativas SPVS - IP N° 077/99 de 30 de abril de 1999 y SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999.

Que considerando que la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 – 2011 de 15 de junio de 2011 está referida a un procedimiento específico para casos de Pago Mensual Mínimo (PMM), la Administradora debió haber aplicado esta normativa específica para los casos imputados, mucho más considerando que de acuerdo a la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 147-2011 de 11 de julio de 2011, se dejó establecido que la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 015-2011 de 18 de mayo de 2011, referente al “Procedimiento de Pago de CCM a los Asegurados titulares y fallecidos que al 10 de diciembre de 2010 se encontraban con PMM en curso de pago”, establece que los aportes adicionales a ser efectuados por los Asegurados PMM deberán ser acreditados, considerando **el valor cuota vigente a la fecha de pago**, lo que no necesariamente implica que sea el valor del día de pago, ya que en ese día el valor vigente puede ser otro.

Que respecto de la afirmación de Futuro de Bolivia S.A. AFP, que señala: “(...) Dicha situación hace que las disposiciones que norman la acreditación de aportes tengan un contenido incompatible entre sí, produciéndose así la llamada colisión normativa que pasa por concebir una situación en la que una norma ordena la realización de un determinado procedimiento (R.A. 077/99 y R.A. 241/99), y a la vez, otra norma distinta prohibiera la realización de tal procedimiento, por disponer otro distinto (R.A.095-2011). Dicha colisión normativa debe ser resuelta previa la sustanciación de cualquier procedimiento administrativo a fin de evitar la indefensión de los sujetos regulados”, es incorrecta, debido a que, si bien las tres (3) Resoluciones Administrativas se refieren a la acreditación de aportes, se debe enfatizar que la **R.A. 077/99** y la **R.A. 241/99 establecen el Procedimiento General para la Acreditación de Aportes, mientras que la R.A. 095/2011 no modifica el procedimiento, solo se orienta a modificar el factor de adquisición de cuotas, estableciendo que, de forma exclusiva, para los casos de Aportes de Pensión Mensual Mínima (PMM), se debe aplicar el Valor Cuota vigente a la fecha de pago;** por lo que de ninguna manera existe la citada colisión de normas.

Que finalmente el “Principio Jurídico de Especialidad” supone que **la norma especial prevalece sobre la general**, en este caso particular, la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 095 – 2011 de 15 de junio de 2011 establece un procedimiento específico para casos de Pago Mensual Mínimo (PMM), por lo que en aplicación del Principio enunciado, la Administradora debió haber aplicado esta normativa específica para los sesenta y tres (63) casos imputados (...)

II. AUSENCIA DE DAÑO.- (...)

Que la justificación que expone la Administradora no es precisa, toda vez que al señalar que no existe daño al Fondo Solidario debido a que los sesenta y tres (63) casos imputados y sancionados en aplicación de lo dispuesto por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ Nº 321-2012 de 17 de mayo de 2012, aún se encuentran en proceso de suscripción de sus solicitudes para cambio de prestación, no considera que **los casos observados son anteriores al 17 de mayo de 2012, fecha en la que entra en vigencia la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ Nº 321-2012, ya que fueron objeto de revisión por el Organismo de Fiscalización en febrero de 2012, haciéndole conocer mediante nota APS/DFP/1871/2012 de 13 de marzo de 2012, los resultados de la fiscalización a la Administradora,** solicitándole aclare los aspectos observados, entre los que se encuentran los casos del presente Cargo; por lo que el “proceso de suscripción de sus solicitudes para cambio de prestación” es posterior a la acreditación de los aportes de los Asegurados (...)

Que respecto a la afirmación de la Administradora señalando que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS habría vulnerado el Principio Constitucional de la búsqueda de la Verdad Material y considerando que éste Principio se encuentra establecido en el inciso c) del artículo 4 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, cabe resaltar que en cada etapa del Procedimiento Sancionador, se concedió a la Administradora un término probatorio con el objeto de que la misma presente todos los descargos, pruebas, explicaciones, informaciones y justificativos que creyere útiles para ejercitar su derecho a la defensa, siendo importante mencionar que con el objeto de contar con pruebas íntegras y válidas a fin de formar un criterio uniforme y en razón del Principio de Verdad Material, la Autoridad de Fiscalización y Control de

Pensiones y Seguros – APS, en cumplimiento al artículo 62 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, de oficio determina que la Administradora **“respalde y demuestre el cumplimiento de lo instruido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 816-2012 de 17 de octubre de 2012”**. Por tanto, no es evidente que la Entidad Reguladora haya vulnerado el Principio de Verdad Material pues se otorgó a Futuro de Bolivia S.A. AFP la oportunidad de demostrar la afirmación que realiza.

Que respecto al petitorio de Futuro de Bolivia S.A. AFP solicitando la Nulidad de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 816-2012 de 17 de octubre de 2012, cabe señalar lo siguiente:

El artículo 35 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, señala:

“I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:

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

Que de acuerdo a lo establecido en el parágrafo I de la norma señalada, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, no incurrió en ninguno de los casos establecidos en dicha norma, pues más bien en cumplimiento al artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, procedió a la emisión y notificación de Cargos, siguiendo el procedimiento sancionatorio establecido en dicha norma, encontrándose el mismo en concordancia con las disposiciones establecidas en la Ley N° 2341, más propiamente, con el artículo 35 de esta Ley.

Que por otro lado, el artículo 55 del Decreto Supremo N° 27113 que tiene por objeto reglamentar la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, establece:

“Será procedente la revocación de un acto anulable por vicios de procedimiento, únicamente cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione el interés público...”.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en ningún momento ocasionó indefensión al administrado, pues a partir de la realización de la fiscalización y la emisión de la Nota de Cargo, las observaciones fueron debidamente comunicadas a la Administradora, prueba de esto es que en el plazo establecido por norma, la Entidad Regulada presentó las aclaraciones y los descargos correspondientes.

CONSIDERANDO:

Que actúa con culpa quien causa un daño sin propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia o negligentemente y con infracción de reglamentos, en el caso presente, la Administradora en total y pleno conocimiento de la norma, actuó de manera negligente e imprudente al aplicar un Valor Cuota diferente al establecido por norma.

Que en consecuencia, de haber aplicado la norma en la forma en la que se encuentra establecida, Futuro de Bolivia S.A. AFP, tenía la posibilidad de prever un resultado dañoso, pues a través de la infracción cometida, no sólo vulneró la norma sino que también causó daño al Fondo de Vejez, actual Mensualidad Vitalicia Variable MVV, pues el Asegurado al obtener un número menor de cuotas, originó como consecuencia un cálculo erróneo de la Fracción del Saldo Acumulado, que al ser compensada, afectó al Fondo Solidario.

Que por tanto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, mediante Resolución Sancionadora, impuso la sanción correspondiente conforme a norma, después de haber realizado la evaluación y el análisis de las pruebas aportadas por la Entidad Regulada, así como también habiendo comprobado el daño ocasionado al Fondo Solidario y al Fondo de Vejez actual MVV, determinó que la Administradora efectúe el reproceso de los sesenta y tres (63) casos sancionados, debiendo efectuar el recálculo correspondiente conforme indica la normativa. Asimismo, determinó que la Administradora realice el mismo procedimiento en relación a todos los casos de Pago Mensual Mínimo, debiendo reponer con recursos propios las diferencias generadas a ambos Fondos, al Valor Cuota vigente a la fecha de reposición.

Que por tanto, en mérito al análisis de los argumentos, antecedentes y normativa referida anteriormente, se ratifica el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP, a lo establecido en el artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 816-2012 de 17 de octubre de 2012.

CONSIDERANDO: (...)

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado descargos y argumentos suficientes que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 816 – 2012 de 17 de octubre de 2012. En consecuencia, debe confirmarse la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria Total, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida..."

6. RECURSO JERÁRQUICO

En fecha 22 de febrero de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 81-2013 de 30 de enero de 2013, expresando lo siguiente:

"...I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

A tiempo de ratificar los argumentos expresados en nuestro memorial de Recurso de revocatoria de fecha 06 de diciembre de 2012 y presentado en fecha 07 de diciembre de 2012 tenemos a bien manifestar también lo siguiente:

1) **VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS POR APLICACIÓN DE UN RÉGIMEN ABROGADO PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES:**

Conforme a lo prescrito por el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, la actividad administrativa a efectos de garantizar el debido proceso, debe regirse por principios, de lo (sic) cuales es pertinente citar por una parte el contenido en el inciso c) que a la letra señala: "Principio de sometimiento pleno a la ley –por el cual-: La Administración Pública **regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley**, asegurando a los administrados el debido proceso" (las negrillas son nuestras); y por otra, el (sic) señalado en el inciso h) que establece el "Principio de jerarquía normativa –por el cual-: La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley , **observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes**" (las negrillas son nuestras).

Sobre la base de la normativa previamente anotada, es preciso remitirse en primera instancia a lo establecido por el artículo 45, parágrafo VI de nuestra Constitución Política del Estado, que prescribe textualmente que: "Los servicios de seguridad social pública no podrán ser privatizados ni concesionados", precepto normativo por el cual la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia.

Como consecuencia jurídica del mandato constitucional anotado previamente, se promulgó la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la cual a efectos de no contradecir el mandato constitucional: y, en tanto se constituya la Gestora Pública de la Seguridad Social, ha instituido a través de su artículo 177, un periodo de administración transitoria bajo el único instrumento legal permisible, cual es el Contrato de Prestación de Servicios suscrito por la ex SPVS con las Administradoras de Fondos de Pensiones en el Marco de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y su normativa reglamentaria; por el cual, las AFP asumen las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social: toda vez que la Constitución Política del Estado no permitiría la suscripción de una adenda o de un nuevo contrato de prestación de servicios en el marco de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

Lo anterior no significa, como pretende interpretar la Autoridad, que el artículo 177 de la Ley N° 065, determine la vigencia de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y su normativa reglamentaria, por el simple hecho de determinar la continuidad de servicios en cuanto a las obligaciones asumidas mediante el Contrato de prestación de Servicios suscrito en el marco de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996.

Para tener una idea clara, hay que señalar que la doctrina es uniforme al señalar que **la ley es de naturaleza histórica, por lo que tiene un tiempo en el que rige y un espacio en el que se aplica**; en consecuencia el inicio de la vigencia de la ley está regida por dos principios: vigencia inmediata e irretroactividad. En cuanto a la vigencia inmediata de la ley, cabe resaltar qué ésta inicia su vigencia en la fecha

de su publicación; y en cuanto a la Irretroactividad de la ley: el principio establecido por el Art. 123 de la Constitución Política del Estado señala que: “La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución”

Con las anotaciones constitucionales es importante traer a colación a su Autoridad lo expresado por imperio de la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, párrafo I “...**abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones** y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley”. Debiendo entenderse cabalmente, que la abrogación de la ley significa su total abolición o supresión. En ese entendido la abrogación de la Ley N° 1732 ha sido formulada en forma expresa y demás (sic) con carácter especial y general pues no solo cita al (sic) la Ley N° 1732, sino que además hace referencia a “todas las disposiciones contrarias a la presente ley”. Por ello y a la luz del principio de búsqueda de la verdad material su Autoridad fácilmente podrá colegir, que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 27 de enero de 1997, ha perdido su vigencia y no es aplicable a las infracciones en las que se pudiese incurrir por efecto de la vigencia de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (sic) de Pensiones; por lo que su Autoridad no ha fundamentado de que manera sic. “...en el presente caso se aplica lo señalado en el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones”.

No se discute la potestad que tiene la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y seguros (sic), la misma que ha sido reconocida en nuestra nota de descargos FU.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012 al señalar que “De acuerdo a lo establecido por el artículo 168, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones, entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización que ejerce la APS están las de **“Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes”**; sino por el contrario, que no existe un marco reglamentario sancionador aplicable al incumplimiento de las obligaciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo –asumidas transitoriamente por las AFP-, reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia.

Debemos recordar que nuestra Administradora no alegó en ninguna etapa del proceso administrativo que la Ley N° 1732 y su decreto (sic) Reglamentario N° 24469

de 17 de enero de 1997 se encuentren vigentes, sino por el contrario que dicho marco normativo se encuentra expresamente abrogado, por lo que no puede ser aplicado a ultranza.

2) COLISIÓN DE NORMAS:

Con relación a los argumentos vertidos por nuestra AFP sobre éste particular, la APS ha manifestado que "...se debe enfatizar que la **R.A. 077/99** y la **R.A. 241/99 establecen el Procedimiento General para la acreditación de Aportes, mientras que la R.A. 095/2011 no modifica el procedimiento, solo (sic) se orienta a modificar el factor de adquisición de cuotas, estableciendo que, de forma exclusiva, para los casos de Aportes de Pensión Mínima (PMM), se debe aplicar el Valor Cuota vigente al a fecha de pago;** por lo que de ninguna manera existe la citada colisión de normas".

Lo expresado y aseverado por la APS, no solo (sic) vulnera uno de los principios sobre los que se fundamenta la Ley N° 065, como lo es el establecido en el artículo 3, inciso de (sic) referido a la Equidad que "Es el otorgamiento ecuánime de prestaciones por las contribuciones efectuadas a la Seguridad Social de Largo Plazo y de beneficios reconocidos en la presente Ley"; sino que también vulnera el principio establecido por el artículo 2, inciso b) de la Ley N° 045 Ley Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación referido a la Igualdad por el cual "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho. **El Estado promoverá las condiciones necesarias para lograr la igualdad real** y efectiva adoptando medidas y políticas de acción afirmativa y/o diferenciada que valoren la diversidad, con el objetivo de lograr equidad y justicia social, garantizando condiciones equitativas específicas para el goce y ejercicio de los derechos, libertades y garantías reconocidas en la Constitución Política del Estado, leyes nacionales y normativa internacional de Derechos Humanos". En ese contexto ya existiendo un procedimiento general para acreditación de aportes, no se puede vulnerar los principios legales vigentes para favorecer a una minoría con un trato exclusivo y/o preferente con relación al resto del universo de asegurados y aportantes al Sistema Integral de Pensiones (SIP).

3) AUSENCIA DE DAÑO:

Con respecto a los fundamentos esgrimidos por nuestra AFP sobre la ausencia de daño, como un elemento necesario para la configuración de una sanción en el marco de un Régimen sancionador, que valga la redundancia, se encuentra abrogado, la APS en vez de demostrar el daño se limita a expresar que la normativa por ellos emitida era de cumplimiento obligatorio y que como ya habíamos nosotros (sic) "...el Proceso de Suscripción de Solicitudes para cambio de prestación es posterior a la acreditación de los aportes de los asegurados"; lo que en la practica (sic) se traduce en un hecho incontrovertible, que no se ha producido daño a los Asegurados.

III. PETITORIO.-

Con base en los fundamentos jurídicos expuestos en ese recurso y el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, reitero y solicito a su Autoridad

disponga la Revocatoria total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº (sic) 81-2013 de fecha 30 de enero de 2013 y en consecuencia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 816-2012 con el consiguiente archivo del trámite..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

En cumplimiento a la Orden de Fiscalización DFP/OF/001/2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realizó la revisión de los trámites de Pago Mensual Mínimo en **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, cuyo resultado consta en el Informe de Cierre de Fiscalización DPC/C/011-2012 de 10 de abril de 2012.

Por su efecto, mediante nota APS/DFP/1871/2012 de 13 de marzo de 2012, la Entidad Reguladora comunicó las observaciones encontradas durante la fiscalización realizada, con respecto a las cuales, la ahora recurrente presentó sus descargos mediante nota FUT.APS.BEN 649/2012 de 28 de marzo de 2012.

Emergente de ello, en fecha 28 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DFP/6489/2012, notificó a la Administradora de Fondos de Pensiones, con el Cargo Nº 1 (único), por infracción a lo establecido en el artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 095-2011 de 15 de junio de 2011, al advertir que la Administradora de Fondos de Pensiones, *"utilizó en sesenta y tres (63) casos, un Valor Cuota diferente al establecido en norma"*.

Sustanciado tal cargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 816-2012 de 17 de octubre de 2012, impone a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, una sanción de \$us. 10.000,00 (DÍEZ MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES).

En fecha 7 de diciembre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta Recurso de Revocatoria, el cual ha merecido la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 81-2013 de 30 de enero de 2013, que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 816-2012 de 17 de octubre de 2012; y en fecha 22 de febrero de 2013, recurre a la instancia jerárquica, Recurso que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Aspecto formal: marco sancionador aplicable al caso.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), en su Recurso Jerárquico, a tiempo de invocar el principio de legalidad, alega que:

*“...No se discute la potestad que tiene la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y seguros (sic), la misma que ha sido reconocida en nuestra nota de descargos FU.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012 al señalar que “De acuerdo a lo establecido por el artículo 168, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones, entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización que ejerce la APS están las de **“Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes”**; sino por el contrario, que no existe un marco reglamentario sancionador aplicable al incumplimiento de las obligaciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo -asumidas transitoriamente por las AFP-, reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia.*

Debemos recordar que nuestra Administradora no alegó en ninguna etapa del proceso administrativo que la Ley N° 1732 y su decreto (sic) Reglamentario N° 24469 de 17 de enero de 1997 se encuentren vigentes, sino por el contrario que dicho marco normativo se encuentra expresamente abrogado, por lo que no puede ser aplicado a ultranza...”

A efectos del análisis de lo anterior, se considera lo que la propia recurrente ha señalado, en sentido de encontrarse vigente lo dispuesto por artículo 168° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que en lo pertinente, a la letra señala:

*“...**Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN).** El Organismo de Fiscalización -se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- tiene las siguientes funciones y atribuciones: (...)*

*b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y **sancionar a** la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras **entidades bajo su jurisdicción**, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, en principio, es plenamente legítimo el ejercicio sancionatorio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realiza sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, así sea que “por... nuestra Constitución Política del Estado,... la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia”, o que “por imperio de la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I “...**abroga la Ley N° 1732,**

de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley”, como lo señala la recurrente.

Con respecto a lo expresado *supra* (la dispuesta abrogación de las disposiciones normativas que resulten **contrarias** a la Ley N° 065), en particular, habiendo sido señalado “el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones”, cabe dejar constancia que, si por contrario, en el diccionario, se entiende a lo “Que se muestra completamente diferente a otra; en el otro extremo”, y no resultando la normativa sancionatoria señalada contraria a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), como lo exige el artículo 198°, parágrafo II, de la misma, sino más bien, concordante con su artículo 168, inciso b), extremo evidenciable de la compulsión de las mismas, entonces, debe concluirse en que la normativa sancionatoria en la que ha fundamentado su accionar el Ente Regulador, es plenamente aplicable al caso.

En este sentido, corresponde dejar establecido que, pese a lo referido en su alegato, la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** no ha demostrado que la normativa sancionatoria sea contraria a la Ley precitada.

Asimismo, estando clara la legitimidad sancionatoria que de la que se encuentra embestida la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la aplicación de los criterios rectores del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, constituye una garantía de que el Ente sancionador no habrá de obrar en base a criterios discrecionales y arbitrarios en contra de los sancionados, sino todo lo contrario; en este sentido, es válido el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013, que a la letra se pronuncia:

*“...Quedando claro entonces que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios, **en el marco** de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y la propia normativa del Sistema Integral de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que hubiere lugar.*

Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VIII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No. 065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicado en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación.”

Consiguientemente, amén de no haber existido en el caso, una aplicación forzosa de tal normativa, cual lo sugiere la recurrente al utilizar el adverbio *a ultranza*, se concluye más bien en su aplicación razonada y fundamentada, como efecto de la consideración del propio Reglamento señalado.

2.2. Aspectos de fondo.-

2.2.1. Referentes normativos.-

A efectos de proseguir con el análisis sobre el fondo de lo recurrido, conviene transcribir en lo pertinente, las normas que le son aplicables, conforme se procede a continuación:

- La Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, señala:

“...Artículo 21 (BENEFICIOS ALTERNATIVOS).

- I. *La beneficiaria o beneficiario del Pago Mensual Mínimo en curso de pago a la fecha de publicación de la presente Ley, accederá al cambio de beneficio a Compensación de Cotizaciones Mensual. El monto de Compensación de Cotizaciones Mensual corresponderá al monto que resulte mayor entre el Pago Mensual Mínimo vigente a la fecha de publicación de la presente Ley y el monto de Compensación de Cotizaciones que corresponda al Asegurado.*

Con posterioridad al cambio de beneficio establecido en el párrafo anterior, el Asegurado podrá acceder a la Pensión Solidaria de Vejez, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y sus reglamentos.

El Asegurado que haya sido objeto del cambio de beneficio establecido en el presente artículo y que cuente con una Densidad de Aportes inferior a doscientos cuarenta (240) períodos podrá acceder al Límite Inferior de la Pensión Solidaria de Vejez, pudiendo realizar contribuciones, por única vez y a éste único efecto, hasta alcanzar una Densidad de Aportes de doscientos cuarenta (240) períodos. Los aportes comprenderán el pago de la Cotización Mensual y Comisión según reglamento...

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

- La Resolución Administrativa SPVS-IP N° 077/99 de 30 de abril de 1999 señala:

“...ARTÍCULO 22°.- (TRASPASO DE LA RECAUDACIÓN AL PATRIMONIO DEL FCI).

*Inmediatamente de efectuado el asiento para contabilizar la recaudación en la Cuenta Recaudación clasificada, debe formularse otro asiento para efectuar su traspaso al patrimonio del FCI en la Cuenta Recaudos en proceso, y generarse las cuotas correspondientes, utilizando para ello el **valor de cuota de la fecha del día hábil siguiente a la fecha de pago**. La generación de las cuotas se efectuará, convirtiendo los bolivianos a cuotas de cada Contribución informada en las planillas del respectivo formulario...”*

- La Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999 establece:

“...ARTICULO 3. (TRANSFERENCIA AL PATRIMONIO Y ASIGNACIÓN DE CUOTAS).-

La recaudación que ha sido clasificada y cuenta con la respectiva documentación de respaldo deberá ser traspasada al patrimonio del FCI, a más tardar el día hábil

siguiente de haber sido clasificada, **adquiriendo las respectivas cuotas al valor de cuota de la fecha del día hábil siguiente a la fecha de pago.** Para cumplir con este proceso se debita la cuenta Recaudación Clasificada y se acredita la cuenta del patrimonio Recaudos en Proceso...”

- La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 015-2011 de 18 de mayo de 2011, estableció:

“...ARTÍCULO 20.- (ACREDITACIÓN DE APORTES ADICIONALES). Conforme el artículo 114 del D.S. 0822/2011, **los aportes adicionales realizados por el Asegurado PMM deberán ser acreditados por la AFP, de forma cronológica de los periodos más recientes a los más antiguos, considerando únicamente periodos en los cuales el Asegurado PMM no tiene contribuciones. Los aportes adicionales deberán ser acreditados considerando el valor cuota vigente a fecha de pago...**”

- Asimismo, la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 095-2011 de 15 de junio de 2011, señala:

“ARTÍCULO 6.- (ACREDITACIÓN DE APORTES).- I. Los aportes efectuados conforme al artículo 3 anterior, **deberán ser acreditados de forma cronológica, de los periodos más recientes a los más antiguos, considerando únicamente periodos en los cuales el Asegurado no presente Contribuciones. Estos aportes deberán ser acreditados a la Cuenta Personal Previsional del Asegurado considerando el Valor Cuota vigente a la fecha de pago...**”

(En todos los casos, las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.)

2.2.2. Colisión normativa.-

La recurrente, al acusar una colisión en el contenido de las Resoluciones Administrativas SPVS-IP No. 077/99 de 30 de abril de 1999 y SPVS-P No. 241/99 de 19 de agosto de 1999, con la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 095-2011 de 15 de junio de 2011, señala que:

“...la APS ha manifestado que “...se debe enfatizar que la R.A. 077/99 y la R.A. 241/99 establecen el Procedimiento General para la acreditación de Aportes, mientras que la R.A. 095/2011 no modifica el procedimiento, solo (sic) se orienta a modificar el factor de adquisición de cuotas, estableciendo que, de forma exclusiva, para los casos de Aportes de Pensión Mínima (PMM), se debe aplicar el Valor Cuota vigente al a fecha de pago; por lo que de ninguna manera existe la citada colisión de normas”.

Lo expresado y aseverado por la APS, no solo (sic) vulnera uno de los principios sobre los que se fundamenta la Ley Nº 065, como lo es el establecido en el artículo 3, inciso de (sic) referido a la Equidad que “Es el otorgamiento ecuánime de prestaciones por las contribuciones efectuadas a la Seguridad Social de Largo Plazo y de beneficios reconocidos en la presente Ley”; sino que también vulnera el principio establecido por el artículo 2, inciso b) de la Ley Nº 045 Ley Contra el Racismo y Toda Forma de

*Discriminación referido a la Igualdad por el cual “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho. **El Estado promoverá las condiciones necesarias para lograr la igualdad real y efectiva** adoptando medidas y políticas de acción afirmativa y/o diferenciada que valoren la diversidad, con el objetivo de lograr equidad y justicia social, garantizando condiciones equitativas específicas para el goce y ejercicio de los derechos, libertades y garantías reconocidas en la Constitución Política del Estado, leyes nacionales y normativa internacional de Derechos Humanos”. En ese contexto ya existiendo un procedimiento general para acreditación de aportes, no se puede vulnerar los principios legales vigentes para favorecer a una minoría con un trato exclusivo y/o preferente con relación al resto del universo de asegurados y aportantes al Sistema Integral de Pensiones (SIP)...”*

A este respecto, debe quedar establecido que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 81-2013 de 30 de enero de 2013, ha señalado en concreto, que:

*“...si bien las tres (3) Resoluciones Administrativas se refieren a la acreditación de aportes, se debe enfatizar que la **R.A. 077/99** y la **R.A. 241/99 establecen el Procedimiento General para la Acreditación de Aportes, mientras que la R.A. 095/2011 no modifica el procedimiento, solo se orienta a modificar el factor de adquisición de cuotas, estableciendo que, de forma exclusiva, para los casos de Aportes de Pensión Mensual Mínima (PMM), se debe aplicar el Valor Cuota vigente a la fecha de pago...”***

*“Que finalmente el “Principio Jurídico de Especialidad” supone que la **norma especial prevalece sobre la general**, en este caso particular, la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 095-2011 de 15 de junio de 2011, establece un procedimiento específico para casos de Pago Mensual Mínimo (PMM), por lo que en aplicación del Principio enunciado, la Administradora debió haber aplicado esta normativa específica para los sesenta y tres (63) casos imputados...”*

La recurrente argumenta en su Recurso Jerárquico, que lo expresado por la Entidad Reguladora, no sólo vulnera lo establecido en el artículo 3 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, referido al principio de Equidad, sino también el principio establecido en el artículo 2, inciso b) de la Ley Nº 045, Ley Contra el Racismo y toda forma de Discriminación, referido a la igualdad, ya que existe un procedimiento general para la acreditación de los aportes, no pudiendo vulnerar los principios legales vigentes, para favorecer a una minoría con un trato exclusivo y/o preferente con relación al resto del universo de Asegurados al Sistema Integral de Pensiones.

De la evaluación de la normativa, mencionada tanto por la recurrente como por la Recurrida, se tiene que, si bien la norma general para realizar la acreditación de las Contribuciones a la Cuenta Personal Previsional de los Asegurados, ésta es la contenida en las Resoluciones Administrativas SPVS-IP Nº 077/99 de 30 de abril de 1999 y SPVS-P Nº 241/99 de 19 de agosto de 1999, considera el valor cuota vigente del día hábil siguiente a la fecha de pago, es evidente que, como lo ha establecido el Ente Regulador, para los Asegurados de Pago Mensual Mínimo se cuenta con una norma especial y específica cual es la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 095-2011 de 15 de junio de 2011.

A este respecto, resulta pertinente aplicar, con la validez y pertinencia que para el caso importa, el principio de especialidad, aquel que al establecer que en Derecho, *accessorium sequitur principale* ("lo accesorio corre la suerte de lo principal"), viene a determinar la aplicación preferente de una norma especial por sobre una general, resultando ser este el caso, por tanto, no habiendo lugar a otras interpretaciones infundadas, como aquella de la alegada discriminación, por parte de la recurrente.

Asimismo, se debe precisar que la controversia que se sustancia y resuelve por el presente, está referida al desarrollo del proceso sancionatorio, en el sentido más amplio que le caracteriza, extremo sobre el que no influye la sugerida colisión normativa, en tanto no hace a la normativa por la que se ha imputado el cargo.

En todo caso, si los Asegurados, de manera voluntaria, realizaron aportes adicionales con el fin de incrementar su Densidad de aportes para acceder a la Pensión Solidaria de Vejez, en el marco de lo establecido en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), y del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, la Administradora de Fondos de Pensiones debió realizar la acreditación de los aportes adicionales, considerando el valor cuota vigente a la fecha de pago.

Por el análisis realizado, se concluye en que, evidentemente, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** sí incumplió el artículo 6° de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095-2011 de 15 de junio de 2011, toda vez que, en sesenta y tres (63) casos de Beneficiarios de Pago de Pensión Mínima contemplados en la Orden de Fiscalización DFP/OF/001/2012, consideró un valor cuota diferente al establecido en tal norma.

2.2.3. Inexistencia de daño.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) señala en su Recurso Jerárquico, que la Entidad Reguladora, en lugar de demostrar el daño que se habría ocasionado con la infracción sancionada, se limita a expresar que la normativa emitida era de cumplimiento obligatorio, y que en ese contexto, no se ha producido daño alguno, toda vez que el proceso de suscripción de solicitudes para cambio de prestación, es posterior a la acreditación de los aportes de los Asegurados.

A este respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 816-2012 de 17 de octubre de 2012 (la que fuera confirmada por la Resolución ahora recurrida), ha señalado que:

*"...se debe considerar que la AFP, al no aplicar la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 – 2011 de 15 de junio de 2011, causa perjuicio a los Asegurados debido a que **adquieren una cantidad menor de cuotas**, pues al acreditar las cotizaciones al Valor Cuota del día hábil siguiente a la fecha de pago, obtiene un número menor de cuotas en los casos imputados. Por otro lado, en este caso al tratarse de regularización de pagos por periodos anteriores, más propiamente pagos realizados hasta febrero de 2012, no se afecta el Principio de Equidad, pues no se trata de asignar*

un número mayor de cuotas en la Cuenta Personal Previsional de cada uno de los casos imputados, tal como afirma la Administradora, sino más bien, de **otorgarles a los Asegurados lo que por norma les corresponde**, todo en cumplimiento al Principio de Sometimiento Pleno a la Ley establecido en la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo (...)

...c) En lo que se refiere a la ponderación de la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en el artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 – 2011 de 15 de junio de 2011, **tuvo como consecuencia que el Asegurado proceda a obtener cuotas en un número menor del que realmente le corresponde, afectando de esta manera al Fondo Solidario y al saldo transferido al Fondo de Vejez, actual Mensualidad Vitalicia Variable (MVV)** (...)

...b) El incumplimiento de la Administradora al artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095 – 2011 de 15 de junio de 2011, **causó daño al Fondo de Vejez, actual MVV**, pues el Asegurado al obtener un número menor de cuotas, **originó como consecuencia un cálculo erróneo de la Fracción del Saldo Acumulado, que al ser compensada, afectó al Fondo Solidario...** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Asimismo, en la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 81-2013 de 30 de enero de 2013, la Entidad Reguladora establece:

“...Que en consecuencia, de haber aplicado la norma en la forma en la que se encuentra establecida, Futuro de Bolivia S.A. AFP, tenía la posibilidad de prever un resultado dañoso, pues a través de la infracción cometida, no sólo vulneró la norma sino que también **causó daño al Fondo de Vejez, actual Mensualidad Vitalicia Variable MVV, pues el Asegurado al obtener un número menor de cuotas, originó como consecuencia un cálculo erróneo de la Fracción del Saldo Acumulado, que al ser compensada, afectó al Fondo Solidario.**

Que por tanto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, mediante Resolución Sancionadora, impuso la sanción correspondiente conforme a norma, después de haber realizado la evaluación y el análisis de las pruebas aportadas por la Entidad Regulada, así como también habiendo comprobado **el daño ocasionado al Fondo Solidario y al Fondo de Vejez actual MVV**, determinó que la Administradora efectúe el reproceso de los sesenta y tres (63) casos sancionados, debiendo efectuar el recálculo correspondiente conforme indica la normativa. Asimismo, determinó que la Administradora realice el mismo procedimiento en relación a todos los casos de Pago Mensual Mínimo, debiendo reponer con recursos propios las diferencias generadas a ambos Fondos, al Valor Cuota vigente a la fecha de reposición...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Al respecto, es importante señalar que, de los antecedentes con que se cuenta en el caso de autos, se establece que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en el mes de febrero de 2012, mediante Orden de Fiscalización DFP/001/2012, realizó la revisión de la acreditación de los aportes adicionales de los Asegurados PMM y del recálculo de los pagos adicionales para la Pensión Solidaria de Vejez.

Resultado de tal fiscalización, la Entidad Reguladora evidenció que en sesenta y tres (63) casos, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** realizó la acreditación de los **aportes adicionales** a la Cuenta Personal Previsional de los Asegurados PMM, a un Valor Cuota diferente al establecido en la normativa vigente.

A este respecto, la norma es clara al señalar que el Asegurado que haya sido objeto de cambio de beneficio de Pago Mensual Mínimo, y que cuente con una Densidad de Aportes inferior a doscientos cuarenta (240) periodos, podrá acceder al Límite Inferior de la Pensión Solidaria de Vejez, pudiendo por única vez y para éste único efecto, realizar contribuciones adicionales para incrementar su Densidad de Aportes, hasta alcanzar los doscientos cuarenta (240) aportes, para con ello acceder a la Pensión Solidaria de Vejez, aportes que debieron ser acreditados por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado PMM, considerando el valor cuota vigente a la fecha de pago.

Sin embargo, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** consideró el valor cuota vigente al día siguiente hábil a la fecha de pago, ocasionando -tal como argumenta la Entidad Reguladora- que en los sesenta y tres (63) casos imputados y sancionados, los Asegurados adquieran una **cantidad menor de cuotas**.

Debido a que estos aportes adicionales son realizados con el objeto de que el Asegurado PMM acceda a la Pensión Solidaria de Vejez, tal como lo establece el artículo 24° de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 015-2011 de 18 de mayo de 2011: "...la AFP procederá a transferir el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, al Fondo Solidario de Vejez...", por lo que la adquisición de un menor número de cuotas, ocasionó una disminución en el cálculo del Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional de los Asegurados, y por ende, daño al Fondo Solidario de Vejez, al transferir un monto menor de cuotas que por norma le corresponde.

De lo expuesto, es evidente que no corresponde lo aseverado por la recurrente, toda vez que, así como el Ente Regulador, en oportunidad de sus resoluciones sucesivamente impugnadas, no se remitió únicamente a la norma para determinar la concurrencia de daño emergente de la infracción, sino que comprobó la existencia del mismo, conforme lo señalado.

Ahora bien; respecto a lo alegado en el Recurso, en relación a la ausencia de daño, debido a que la suscripción para cambio de prestación, fue posterior a la acreditación de los aportes de los Asegurados, se tiene que, independientemente de la suscripción del Formulario de Solicitud de Pensión y tal como se señaló precedentemente, **la norma estableció de manera especial** (entiéndase excepcional) que los Asegurados que hayan sido objeto del cambio de beneficio, conforme lo establece el parágrafo I, del artículo 21 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, realicen por **única vez y para este único efecto**, contribuciones hasta alcanzar los doscientos cuarenta (240) periodos, **de manera retroactiva**, por lo cual, mal podría alegarse la aplicación de la norma general.

Es así que dichas contribuciones, debieron ser acreditadas de forma cronológica, de los periodos más recientes a los más antiguos, al valor cuota vigente a la fecha de pago, cual

la norma especial así mandaba, por lo que al acreditarlos a un valor cuota diferente, se ocasionó daño tanto a los Asegurados como al Fondo Solidario de Vejez, conforme se señaló en el análisis realizado *ut supra*.

Por todo lo señalado, se concluye que los argumentos presentados por la recurrente no desvirtúan la determinación adoptada por el Ente Regulador, al cual se realiza el control de legalidad.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma, toda vez que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** no ha cumplido con lo señalado en el artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 095-2011 de 15 de junio de 2011.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 81-2013 de 30 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el recurso contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 816-2012 de 17 de octubre de 2012.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

ASOCIACION ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DFP/Nº 96-2013 DE 04 DE FEBRERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 043/2013 DE 08 DE JULIO DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 043/2013

La Paz, 08 de Julio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 96-2013 de 4 de febrero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 777-2012 de 2 de octubre de 2012 ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 041/2013 de fecha 28 de mayo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 091/2013 de fecha 20 de junio de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, mediante nota AA.GG. – 2044/2013, presentada en fecha 27 de febrero de 2013, **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, representada legalmente por su Gerente de Renta Dignidad Lic. Daniel Murguía y su apoderado legal Lic. Alfonso Ibañez Montes tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 269/2012, de 6 de julio de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz N° 091 a cargo del Dr. Jorge Manuel Cañedo Durán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución

Administrativa APS/DJ/DFP/N° 96-2013 de 4 de febrero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 777-2012 de 2 de octubre de 2012.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/4161/2013, con fecha de recepción 04 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 96-2013 de fecha 4 de febrero de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 7 de marzo de 2013, notificado el 11 de marzo de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 96-2013 de fecha 4 de febrero de 2013.

Que, en fecha 26 de abril de 2013 se llevó a efecto la audiencia de exposición oral de fundamentos, que fuera solicitada por **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI** en su nota AA.GG.-3443/2013 recepcionada el 8 de abril de 2013.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTA DE CARGOS APS/DJ/DFP/5731/2012 DE 31 DE JULIO DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DFP/5731/2012 de 31 de julio de 2012, notificó a **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA BISA SAFI**, con los siguientes cargos:

“...2. IMPUTACIÓN DE CARGOS.

CARGO N° 1

Se advierte indicios de incumplimiento a la normativa establecida en el numeral I del ARTÍCULO 10° de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 548 de 02 de julio de 2008, toda vez que la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI no reportó la ausencia de la Boleta de Pago original por Bs400.00, efectuado el 12 de febrero de 2011 a la Beneficiaria con NUB 900107478.

CARGO N° 2.

Se advierte indicios de incumplimiento al ARTÍCULO 4° y 5° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008 y al inciso a) del ARTÍCULO 5° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 548 de 02 de julio de 2008, al haberse identificado treinta y cinco (35) casos en los que la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, no digitalizó los documentos que respaldan la documentación física del primer cobro, ya sea en su totalidad o parcialmente.

Los casos observados se presentan en el Anexo A, adjunto a esta Nota de Cargos.

CARGO N° 3.

Existen indicios de incumplimiento a lo dispuesto en el ARTÍCULO 11° de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008, toda vez que quinientos sesenta y siete (567) pagos de la Renta Dignidad, fueron digitalizados fuera del plazo máximo de noventa (90) días que establece la norma.

Los casos observados se presentan en el Anexo B, adjunto a esta Nota de Cargos..."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota AAGG-8642/2012 de fecha 24 de agosto de 2012, **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA BISA SAFI** presenta los descargos respectivos, señalando lo siguiente:

“...Cargo N°1 (...)”

Considerando lo que establece el Artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 548/2008 en el inciso (a): "La AFP efectuará la verificación de todo primer cobro efectuado por cada Beneficiario durante la gestión calendario a ser evaluada". En base a lo mencionado aclaramos que una vez verificada la Boleta de Pago de fecha 12 de febrero de 2011, se evidencia que no es un Primer Pago de la Beneficiaria con NUB 900107478, ya que corresponde a los periodos 201011 y 201012. Por consiguiente, no requiere ser considerado dentro de las revisiones de la Gestión 2011. Esta boleta tampoco figuraba en la muestra establecida por su Autoridad para cumplir con el inciso (b) del Art. 5 de la R.A. 548/2008. Asimismo, informamos que se consideró como Primer Pago al realizado en fecha 05/03/2011, el cual contiene el periodo 201101, adjuntándose como evidencia copia de la boleta correspondiente.

El pago con defecto (CODIGO 40) observado en el Cargo N° 1, no fue reportado a su Autoridad por no cumplir con las características establecidas en la normativa vigente, vale decir, ser primer pago o estar en la muestra definida por su Autoridad. Sin embargo aclaramos que sí fue observado dentro de nuestros controles internos con el Código 26 (BOLETA FALTANTE), observación que fue gestionada y luego regularizada con la recepción de la boleta en fecha 06/03/2012 (Se adjunta copia de boleta y documentos de recepción).

Cargo N° 2 (...)”

Según la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008, Artículo 6, en sus incisos a) y b) claramente especifica que:

- a) La AFP efectuará la digitalización de los documentos de cada primer cobro de Renta Dignidad efectuado por el Beneficiario, durante una gestión calendario.
- b) todos aquellos pagos de Renta Dignidad que sean solicitados por la SPVS, para efectos de control o actualización de la Base de Datos de la Renta Dignidad.

Las treinta y cinco (35) boletas mencionadas en el Cargo N° 2 fueron verificadas y se identificó que de las misas, solo un (1) caso se trata de un Primer Pago. Las treinta y cuatro (34) boletas restantes no tenían digitalización por no ser Primeros Pago y no estar dentro de las muestras a ser digitalizadas solicitadas por su Autoridad. Adjuntamos las impresiones de la digitalización de las 35 boletas observadas.

Aclaremos que todas las imágenes de las 35 boletas se encuentran digitalizadas en el repositorio del Sistema Alfresco y cumplen con las condiciones de los Artículo (sic) 4 y 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008.

Cargo N° 3

(...)

Con respecto al cargo N° 3 referido a la digitalización fuera de plazo de 567 registros, a continuación informamos:

- 164 registros, que tienen fecha de digitalización igual o posterior al 1º de marzo de 2012, corresponden a registros que fueron escaneados en fechas oportunas, pero permanecieron en un repositorio intermedio en nuestros equipos de escaneo. Al identificarse su estado se logró que subieran al repositorio público de imágenes escaneadas, pero en las fechas en las que se efectuó la fiscalización.
- 65 registros, fueron escaneados en fechas oportunas, pero permanecieron en un repositorio intermedio en nuestros equipos de escaneo. Estos registros subieron al repositorio público de imágenes escaneadas en las fechas identificadas por su Autoridad.
- 338 registros, fueron escaneados con retraso debido a que la documentación fue recibida en nuestra Asociación fuera de los plazos establecidos..."

Mediante Auto de 4 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, solicitó que la Asociación Accidental la Vitalicia – BISA-SAFI, remita un cuadro detallado de las treinta y cinco (35) Boletas de Pago observadas en el Cargo N° 2 y de los trescientos treinta y ocho (338) registros que se le remitieron fuera de plazo para el Cargo N° 3.

La Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI con nota AAGG-09574/2012 de 18 de septiembre de 2012, remitió un detalle con las fechas de pago y digitalización de las treinta y cinco (35) Boletas de Pago correspondientes al Cargo N° 2 y un detalle con la fecha de pago, fecha de digitalización y fecha de recepción de los trescientos treinta y ocho (338) registros para el Cargo N° 3.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/N° 777-2012 DE 2 DE OCTUBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 777-2012 de 2 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

“PRIMERO.- Sancionar a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI por el Cargo N° 1 con una multa en bolivianos equivalente a \$US300,00 (TRESCIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el numeral I del ARTÍCULO 10° de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 548 de 02 de julio de 2008.

SEGUNDO.- Se desestima el Cargo N° 2.

TERCERO.- Se Sanciona a la Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI por el Cargo N° 3 con una multa en bolivianos equivalente a \$US2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el ARTÍCULO 11° de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008.

CUARTO.- I. Las multas señaladas precedentemente, deberán ser depositadas en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

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

Los argumentos de la citada resolución son los siguientes:

“...CARGO N° 1.

(...)

Por lo arriba mencionado, se constata que la Entidad Gestora reconoce que su responsabilidad es la verificación de todos aquellos primeros cobros efectuados por cada Beneficiario y que sean todos los que se hicieron **durante** (dentro) una gestión calendario; en este caso, la gestión calendario empieza en febrero/2011 y concluye en enero/2012.

Es importante aclarar que, en la gestión calendario es muy posible que se realicen pagos de periodos anteriores siendo estos Primeros Pagos de la gestión calendario que corre a partir de febrero/2011; por lo tanto, no corresponde la afirmación que la Asociación señala:

“(...) se evidencia que no es un Primer Pago de la Beneficiaria con NUB 900107478, ya que corresponde a los periodos 201011 y 201012. Por consiguiente, no requiere ser considerado dentro de las revisiones de la Gestión 2011”.

Categoricamente afirmamos que, el mencionado, es el Primer Pago del NUB 900107478 en la gestión que comienza en febrero/2011 y que corresponde a la Renta Dignidad de noviembre y diciembre del año 2010, que no se cobraron cuando se generaron.

Respecto a la otra aseveración de la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI donde informa:

“(…) se consideró como Primer Pago al realizado en fecha 05/03/2011, el cual contiene el periodo 201101, adjuntándose como evidencia copia de la boleta correspondiente”

*La Asociación Accidental La Vitalicia- BISA SAFI incumple con lo señalado en el inciso a) del artículo 5 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 548 de 02 de julio de 2008, que textualmente señala: "a) La AFP efectuará la verificación de todo primer cobro efectuado por cada Beneficiario **durante la gestión calendario a ser evaluada**", así como al artículo 6, inciso a) de la citada Resolución Administrativa, que señala: "La AFP efectuará la digitalización de los documentos de cada primer cobro de Renta Dignidad efectuado por Beneficiario, **durante una gestión calendario**" (las negrillas son nuestras).*

Por otra parte, en cumplimiento a lo establecido en el numeral I del ARTÍCULO 10° de la citada Resolución, que señala: "Las AFP deberán reportar a la SPVS los pagos con defecto en un plazo máximo de noventa (90) días calendario, computable a partir de la fecha en que se realizó el pago de la Renta Dignidad...", siendo que, la Entidad Gestora evidentemente reportó el pago con defecto pero lo hizo, trescientos ochenta y ocho (388) días después del pago (fuera de los noventa -90- días calendario).

Por lo expuesto, los descargos presentados por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI no son suficientes para desestimar el Cargo N° 1.

CARGO N° 2.

(…)

De la respuesta y descargos presentados por la asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI se evidencia que, para los treinta y cinco (35) casos observados, la Entidad Gestora ha presentado las impresiones de las imágenes que corresponden a las Boletas y demás documentación, de acuerdo con lo señalado en los ARTÍCULOS 4 y 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008 y el ARTÍCULO 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 548 de 02 de julio de 2008.

Ante la duda sobre las fechas de recepción de documentación y de la consiguiente digitalización se emitió Auto de 04 de septiembre de 2012, para que el regulado presente en un informe, las fechas de recepción de documentación, fechas de pago del beneficio y fechas de digitalización. Así lo hizo el regulado mediante nota AA.GG.-09574/2012 de 18 de septiembre de 2012 y con ello demostró que efectivamente que (sic) en los treinta y cinco (35) casos observados se hicieron las digitalizaciones correspondientes aunque con excesivo retraso.

Por lo expuesto, los descargos presentados por la Asociación Accidental La Vitalicias – BISA SAFI, son suficientes para desestimar el Cargo N° 2.

CARGO N° 3.

(…)

De la respuesta de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI se evidencia que ésta reconoce que:

- 164 registros, que tienen fecha de digitalización igual o posterior al 1º de marzo de 2012, correspondan a registros que fueron escaneados en fechas oportunas, **pero permanecieron en un repositorio intermedio en nuestros equipos de escaneo. Al identificarse su estado se logró que subieran al repositorio público de imágenes escaneadas, pero en las fechas en las que se efectuó la fiscalización.**
- 65 registros, fueron escaneados en fechas oportunas, **pero permanecieron en un repositorio intermedio en nuestros equipos de escaneo. Estos registros subieron al repositorio público de imágenes escaneadas en las fechas identificadas por su Autoridad”** (las negrillas son nuestras).

Respecto a los trescientos treinta y ocho (338) registros, que de acuerdo con la nota de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI: “(...) fueron escaneados con retraso debido a que la documentación fue recibida en nuestra Asociación fuera de los plazos establecidos”, se establece que la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI sólo remitió unos cuadros donde se detalla la fecha de recepción de los casos observados, y no así algún documento que permita evidenciar la afirmación realizada.

Las explicaciones de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, no justifican el incumplimiento del artículo 11 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008, que señala: “Las AFP deberán efectuar el registro digital de los pagos señalados en el Artículo 5º de la presente Resolución Administrativa, en un plazo máximo de noventa (90) días calendario, computable a partir de la fecha en que se realizó el pago de la Renta. Dignidad”, debido a que de la revisión realizada en el sistema de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, las fechas de digitalización que reporta su sistema corresponde a la fecha en que la imagen del pago fue registrada en la Base de Datos, por lo que se ha determinado que dichos pagos habrían sido digitalizados fuera de plazo.

Cuando el regulado respondió al Auto de 04 de septiembre de 2012, mediante nota AAGG-09574/2012 de 18 de septiembre de 2012, señaló:

“Se remite un cuadro con fechas de pago y fechas de recepción de trescientos treinta y ocho (338) registros, remitidos a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI fuera de plazo...”

Asimismo indica:

“Se adjunta la impresión de los trescientos treinta y ocho (338) registros digitalizados, los cuales pueden ser verificados en el Sistema Alfresco”.

Al respecto, si bien la Asociación Accidental remitió un cuadro donde se evidencian las fechas de pago y recepción de la documentación, así como las impresiones de los trescientos treinta y ocho (338) registros digitalizados de forma extemporánea, que de acuerdo con lo señalado por la Asociación Accidental:

“fueron escaneados con retraso debido a que la documentación fue recibida en nuestra Asociación fuera de los plazos establecidos”, y que por dicha situación se

habría generado la demora en la digitalización; en este entendido, y si tomásemos en cuenta las fechas de recepción de los registros (que señala la Asociación Accidental), debido a que no adjuntó evidencia documental respecto al retraso mencionado, no se habría generado el incumplimiento al plazo máximo de noventa (90) días calendario para efectuar el registro digital de los pagos para trescientos dieciocho (318) casos; sin embargo, la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008, artículo 11 es clara al señalar: “Las AFP deberán efectuar el registro digital de los pagos señalados en el Artículo 5° de la presente Resolución Administrativa, **en un plazo máximo de noventa (90) días calendario, computable a partir de la fecha en que se realizó el pago de la Renta Dignidad**” (las negrillas son nuestras), por tanto, la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI debió dar cumplimiento a la misma, ya que es de conocimiento de la Asociación Accidental, que la norma no prevé estas situaciones intermedias que pudieron haberse suscitado.

En virtud a lo expuesto anteriormente, se concluye que los descargos presentados no son suficientes para levantar el Cargo N° 3.

CONSIDERANDO:

Que en virtud a lo señalado anteriormente, ahora corresponde realizar el análisis y fundamento para la aplicación de la sanción en el presente caso.

Que visto lo que dispone el punto III 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

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

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

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

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: **a)** Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, **b)** Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y **c)** Que el ejercicio de la

potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

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

Sobre el Cargo N° 1.

De acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de Septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

- a)** El incumplimiento al no reportar el pago con defecto en plazo establecido por norma está descrito en el numeral 1 del ARTÍCULO 10 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 548 de 02 de julio de 2008.
- b)** La detección que dice haber hecho la Entidad Gestora del pago con defecto y la regularización que hizo trescientos ochenta y ocho (388) días después del pago del beneficio, aún sin pensar que era o no primer pago, prueba materialmente el haberlo hecho fuera del plazo señalado por norma.
- c)** Es evidente que el incumplimiento de las formalidades sobre reporte y regularización de pagos con defecto son las que se han observado en el planteamiento del cargo, pero el argumento que plantea la Entidad Gestora sobre lo que no consideró era primer pago no es atendible, en virtud a lo que se ha expresado más arriba sobre la gestión calendario y los primeros pagos que se hacen dentro de esa.

En cuanto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción que se aplica:

- a)** La no remisión del reporte de pago con defecto, aún teniendo posesión del documento que probaba el mismo, pero que no se consideró apropiado por una mala interpretación de la norma sobre primeros pagos, demuestra la negligencia de la Gestora por no recurrir mínimamente a una consulta que la orientara.
- b)** Ante la conducta negligente del regulado al no reportar un pago con defecto por no considerar que era primer pago, no ha representado daño económico ni al Fondo, ni al Beneficiario aunque es siempre posible que dentro los cálculos del margen de efectividad sea de propio perjuicio de la Gestora y aunque en un

mínimo margen, ha inducido al error de cálculo que hizo esta Autoridad al respecto.

c) No se registra el concepto de reiteración en el presente caso.

Asimismo, se advierte que la conducta es preterintencional en el sentido de que la Entidad Gestora evidentemente, no le causó daño económico directo al Beneficiario que recibió el pago, pero su ligereza a la hora de conservar la documentación de descargo por ser primer pago perjudica el cálculo del margen de efectividad a su favor o en su contra haciendo que el Regulador sea inducido a error.

Habiéndose comprendido que no hay daño económico al Fondo de la Renta Universal de Vejez y en concordancia con lo que señala la norma en cuanto a la aplicación de una sanción ajustada al hecho generador y al tipo de perjuicio resultante, corresponde multar según la gravedad leve que se ha identificado...”

(...)

“...Sobre el Cargo N° 3.

Asimismo, siguiendo la línea fundada por lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad y analizados sus conceptos, se ha considerado:

- a)** Hay una aceptación expresa de parte del regulado al afirmar que no se digitalizó en el plazo fijado por el ARTÍCULO 11 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008.
- b)** Las fechas que constan en las digitalizaciones prueban el momento en el que se digitalizaron, esas fechas de digitalización demuestran el atraso y consecuentemente incumplimiento de la norma imputada.
- c)** La Entidad Gestora ha dicho que, escaneados los documentos, se ubicaron en un repositorio intermedio en su equipo de escaneo y no así conforme a norma, hecho que no se ha demostrado para doscientos treinta y nueve (239) casos; para los restantes trescientos treinta y ocho (338) casos no hay evidencia de digitalización sino solamente de recibo de documentación que se les remitió fuera de plazo.

En cuanto a la adecuación entre la gravedad el hecho y la sanción que se aplica:

- a)** La Gestora ha admitido que había documentos digitalizados pero no reportados como tales (luego decidieron hacerlo fuera de plazo) también sostiene que porque hubo atrasos para remitirles documentación para digitalización, se atrasó en el cumplimiento de su deber; las anteriores, no son razones que justifiquen la negligencia de la Gestora; para prevenir tales hechos, revisar los plazos para cumplir sus obligaciones y requerir para posible descargo, la debida constancia de recepción que tuviera la Entidad Reguladora de lo que hubiera remitido.
- b)** Ante la conducta negligente del regulado al no digitalizar documentación en plazo señalado por norma, provoca que esta Autoridad vea relegada su función de control de Beneficiarios con homónimos, dobles cobros y posterior cálculo del

margen de error que valora la operación que hace la Gestora de los pagos de la Renta Dignidad.

c) No se registra el concepto de reiteración en el presente caso.

Queda en evidencia que, por una digitalización tardíamente reportada que sería consecuencia de la remisión de documentación con atraso (de la que no consta prueba), se han afectado las funciones de control de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, en demostración de la preterintencionalidad resultante de las actuaciones de la Gestora.

La sanción que corresponde, al infringirse un requisito formal que viabiliza otras funciones propias del control administrativo pero sin daño económico perceptible, alcanza la definición para la gravedad leve.

CONSIDERANDO:

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

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para la imposición de sanciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante nota AA.GG.-11128/2012, presentado el 5 de noviembre de 2012, **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA BISA SAFI**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 777-2012 de 2 de octubre de 2012, con los siguientes argumentos:

“...**Cargo N° 1**
(...)”

Al respecto, nos corresponde señalar que el Decreto Supremo N° 29400 establece en su Art. 28, inciso (I) que una de las responsabilidades de la Entidad Gestora es “verificar en cada gestión de pago la documentación física que respalde el pago, de al menos un comprobante de pago de la Renta Dignidad, de cada Beneficiario que corresponda al mes de su cumpleaños (...)”, estableciendo cuáles eran los comprobantes mínimos a ser revisados durante cada gestión. Al referirse al “mes de cumpleaños”, se entiende que corresponde al “periodo de cumpleaños”, ya que como los beneficiarios están facultados para acumular periodos de pago, no existe seguridad de que efectúen un cobro en fecha correspondiente al mes de cumpleaños de cualquier gestión. Consiguientemente el mencionado Decreto Supremo no hace mención al mes en que el Beneficiario cobró efectivamente, sino al periodo por el que cobra, pudiendo ser éste en el mes inmediatamente posterior o en cualquier mes posterior.

Ejemplo:

Mes de cumpleaños del Beneficiario: **Marzo de 2012.**

Mes en que se habilita por norma el cobro del beneficio correspondiente al Periodo Marzo 2012: **Abril de 2012.**

Mes de cobro del beneficio por el Periodo Marzo 2012: **Agosto de 2012.**

En este caso, corresponderá que el pago a ser verificado sea el que se efectuó con la boleta generada en el mes de Agosto de 2012.

La especificación del conjunto a ser verificado establecida en el D.S. 29400 fue modificada en la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 548/2008, la cual en su Art. 5° establece que “Para identificar los Pagos con Defecto las AFP deberán efectuar la revisión de al menos 450.000 (cuatrocientos cincuenta mil) pagos de Renta Dignidad por cada gestión calendario (...) de las siguientes muestras: a) La AFP efectuará la verificación de todo primer cobro efectuado por cada Beneficiario durante la gestión calendario a ser evaluada (...)”. En este caso, la entonces SPVS modificó la

especificación del conjunto a ser verificado, cambiando el concepto de "mes de cumpleaños" por el concepto de "primer cobro".

Corresponde hacer notar a su Autoridad que para efectos de medir el Margen de Efectividad establecido en la R.A. 548/2008 de forma estricta y computable, la propia APS considera que un primer cobro de una gestión es el cobro del periodo de enero de dicha gestión, o en el caso de los beneficiarios que cobran la Renta Dignidad por primera vez, el cobro del periodo de inicio del derecho.

Ejemplo:

Primer periodo de la gestión: **Enero de 2012.**

Mes en que se habilita por norma el cobro del beneficio correspondiente al Periodo Enero 2012: **Febrero de 2012.**

Mes de cobro del beneficio por el Periodo Enero 2012: **Agosto de 2012.**

En este caso, corresponderá que el pago a ser verificado sea el que se efectuó con la boleta generada en el mes de Agosto de 2012.

Por tanto, el caso objeto de sanción con NUB 900107478 y fecha de pago 12 de febrero de 2011, corresponde a los periodos noviembre y diciembre de 2010, ninguno de los cuales cumple con la definición de "primer cobro" de la gestión, por lo que dicha boleta de pago no requería ser verificada ni reportada a la APS, de acuerdo a lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 548/2008.

Esta definición de trabajo del concepto de "primer pago" fue utilizada en toda la correspondencia y cálculos intercambiados con su Autoridad relacionados a la R.A. 548/2008. Específicamente, los reportes mensuales de pagos con defecto y regularizaciones, desde la gestión 2009 al presente, así como los procesos de verificación de margen de efectividad de cada gestión, de acuerdo a las siguientes circulares:

Gestión de pago RD:	CIRCULAR
FEBRERO 2009 A ENERO 2010	AP/DPNC/20-2010
FEBRERO 2010 A ENERO 2011	APS/DPNC/27-2011
FEBRERO 2011 A ENERO 2012	APS/DPNC/81-2012

Consiguientemente, está claro que su entidad empleó la misma definición que se expone en el ejemplo inmediatamente anterior para su actuación durante las últimas tres gestiones, por tanto no corresponde una redefinición o interpretación diferente a la expuesta, menos aún cuando se han emitido Resoluciones Administrativas corroborando la forma de cómputo antes expuesta, como ser la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ Nº 360-2011 de fecha 10 de octubre de 2011, que Desestima Cargo contra la Asociación Accidental La Vitalicia Bisa SAFI, por haber cumplido con el Margen de Efectividad exigido para los pagos de la Renta Dignidad de la Gestión 2009, con los parámetros previamente descritos.

Por tal motivo, consideramos que su Autoridad está estableciendo con la R.A. 777/2012 una nueva definición de "primer pago", inconsistente con la aplicada hasta el presente, que altera el procedimiento de trabajo empleado desde febrero de 2009 hasta ahora y deja a nuestra Asociación en estado de indefensión ante cualquier fiscalización que su Autoridad efectúe sobre "primeros pagos", por lo que le solicitamos revocar la sanción fijada a nuestra Asociación por el Art. 1° de la R.A. 777/2012, haciendo revisar los criterios expuestos con el personal competente.

Cargo N° 3

Multa por el equivalente en bolivianos de USD 2,000.- (dos mil 00/100 dólares americanos) por infracción a lo establecido en el Artículo 11° de la R.A. 546/2008, por digitalizar 567 pagos fuera del plazo máximo de 90 días establecido por la norma.

Petitorio

Corresponde hacer notar a su Autoridad que el valor y la naturaleza de la sanción que se nos ha aplicado es totalmente desproporcionada en relación a infracciones de similar o mayor gravedad en que han incurrido otros operadores, basta como ejemplo citar que en la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 636/2012 de fecha 21 de agosto de 2012, su Autoridad ha sancionado a la AFP Previsión BBVA con amonestación, por infracción a lo dispuesto en el inciso a) del Art. 6° de la R.A. 546/2008, por no digitalizar 53 fotocopias legalizadas de boletas de pago de Renta Dignidad, QUE NI SIQUIERA TENÍA EN SU PODER y que posteriormente nunca se digitalizaron, ya que como menciona la propia AFP en la página 9 de la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 636/2012, las imágenes ya se habían entregado a la APS.

En nuestro caso, se nos sanciona con multa pecuniaria por digitalizar fuera de plazo, DOCUMENTOS QUE SÍ ESTABAN EN NUESTRO PODER, pero que sufrieron alguna demora en arribar a nuestro archivo.

Lo anterior demuestra claramente una absoluta desproporción entre la sanción impuesta a la AFP Previsión y la sanción impuesta a nuestra Asociación, situación inadmisibles y discriminatoria, dado que para una falta de menor proporción se nos impone una sanción, que en el caso de la AFP, para una falta que NUNCA SE SUBSANÓ, consistió en una simple amonestación. De hecho en la última consideración efectuada por la APS en cuanto al Cargo No. 3, que figura en la página 14 de la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 636/2012, dicha entidad dice:

“Por lo anterior, remane la obligación incumplida de digitalización de los que fueran primeros pagos, sin embargo su impacto no amerita nada más que una sanción levísima”

Todos los elementos citados anteriormente, se resumen en el siguiente cuadro:

R.A. 636/2012	R.A. 777/2012
Norma Infringida: Art. 6 R.A.	Norma Infringida: Art. 11 R.A. 546/2008;

546/2008; obligación de digitalizar primeros pagos.	obligación de digitalizar en un máximo de 90 días computados a partir de la fecha de pago.
No se regularizó la digitalización de las 53 boletas de pago.	Las 567 boletas de pago fueron digitalizadas.
Se establece que el impacto no amerita nada más que clasificar la infracción como gravedad levisima.	Se establece que se han afectado las funciones de control de la APS, demostrándose existencia de preterintencionalidad, sin daño económico, clasificándose como de gravedad leve.
La sanción es de amonestación.	La sanción es de una multa en bolivianos equivalente a USD 2,000.-

Los criterios aplicados de forma disímil en ambas Resoluciones Administrativas evidencian que su Autoridad actuó con absoluta desproporción en la aplicación de la normativa, de forma perjudicial para nuestra Asociación...”

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/Nº 96-2013 DE 4 de febrero de 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 96-2013 de 4 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 777-2012 de 2 de octubre de 2012.

Los argumentos que presenta son los siguientes:

“...ANÁLISIS DE DESCARGOS

Al respecto, se efectúan las siguientes consideraciones:

Cargo N° 1.

La Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, en el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/777-2012, hace mención al Decreto Supremo N° 29400 donde se señala las responsabilidades de la Entidad Gestora, en cuanto a la verificación que se realizaba respecto a los comprobantes de pago. Al respecto, también el Decreto Supremo antes mencionado por la Entidad Gestora, en su artículo 26, último párrafo señala:

“Los casos y frecuencias de los errores, serán reglamentados mediante Resolución Administrativa, de la Entidad encargada de la Regulación.”

En este sentido, tal y como señala la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI en la nota AA.GG. - 11128/2012 de 05 de noviembre de 2012:

“La especificación del conjunto a ser verificado establecida en el D.S. 29400 **fue modificada en la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 548/2008...**” (las negrillas son nuestras).

Ahora bien, el inciso a) del artículo 5 de la citada Resolución Administrativa, especifica a cabalidad el tipo de verificación que debe efectuar la Gestora:

"La AFP efectuará la verificación de todo primer cobro efectuado por cada Beneficiario durante la gestión calendario a ser evaluada"(las negrillas son nuestras)

Se entiende que la Entidad Gestora debe verificar **todo primer cobro** (efectivizado) por cada Beneficiario, en ese sentido debe realizar la verificación considerando las transacciones de cobros de Renta Dignidad, independientemente de la cantidad de periodos pagados durante la gestión a ser evaluada, es decir, la gestión que va de febrero 2011 a enero 2012; por tanto, debió reportar a esta Autoridad la ausencia de la Boleta Original del pago por Bs400.00 (CUATROCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS), efectuado el 12 de febrero de 2011, a la Beneficiaria con NUB 900107478, en el plazo señalado, según el Artículo 10 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N°548 de 02 de julio de 2008.

Por otra parte, la Entidad Gestora afirma:

*"Corresponde hacer notar a su Autoridad que para efectos de medir el Margen de Efectividad establecido en la. R.A. 548/2008 de forma estricta, y computable, la propia APS considera que un primer cobro de una gestión **es el cobro del periodo de enero de dicha gestión, o en el caso de los beneficiarios que cobran la Renta Dignidad por primera vez, el cobro del periodo de inicio del derecho...**"*

Lo anterior no corresponde, toda vez que **ninguna norma establece que, el Primer pago de Renta Dignidad en una gestión calendario, pueda ser el cobro por el periodo de enero de dicha gestión.**

Acerca del NUB sujeto de imputación la Entidad Gestora señala:

"Por tanto, el caso objeto de sanción, con NUB 900107478 y fecha de pago 12 de febrero de 2011, corresponde a los periodos noviembre y diciembre de 2010, ninguno de los cuales cumple con la definición de "primer cobro" de la gestión, por lo que dicha, boleta, de pago no requería ser verificada ni reportada a la APS, de acuerdo a lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 548/2008."

La anterior afirmación está totalmente alejada de la realidad ya que la aludida Resolución Administrativa, en el inciso a) claramente señala:

"La AFP efectuará la verificación de todo primer cobro efectuado por cada Beneficiario durante la gestión calendario a ser evaluada."

Por lo anterior, la Entidad Gestora debe verificar todo primer cobro por cada Beneficiario; evidentemente, consta en registros que la Beneficiaria del NUB 900107478 cobró la Renta Dignidad de los periodos 201011 y 201012, lo cual no significa que este no sea el primer cobro efectuado por la Beneficiaria como menciona la Entidad Gestora, recordando que la gestión a ser evaluada comprende los pagos de Renta Dignidad efectuados entre el 01 de febrero de 2011 y 31 de enero de 2012.

Del mismo modo, la Entidad Gestora afirma en la nota AA.GG. de octubre de 2012, que:

“Esta definición de trabajo del concepto de “primer pago” fue utilizada en toda la correspondencia y cálculos intercambiados con su Autoridad relacionados a la R.A. 548/2008...”.

Visto lo anterior, esta Autoridad con Auto de 03 y de 27 de diciembre de 2012, solicita a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI que especifique y presente la documentación donde se señalaría tal concepto; al respecto de ambas consultas, la Asociación Accidental en su nota AA.GG.- 0149/2013 menciona:

“(...) no existe una nota de su Autoridad que exprese claramente el concepto de un primer pago...” (las negrillas son nuestras).

Vista la afirmación que hace la Entidad Gestora, no ha podido probar su argumento.

Asimismo, para que se desestime el Cargo, la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI arguye:

“(...) no corresponde una redefinición o interpretación diferente a la expuesta, menos aún cuando se han emitido Resoluciones Administrativas corroborando la forma de cómputo antes expuesta, como ser la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ N° 360-2011 de fecha 10 de octubre de 2011, que Desestima Cargo contra la Asociación Accidental La Vitalicia Bisa SAFI, por haber cumplido con el Margen de Efectividad exigido para los pagos de la Renta Dignidad de la Gestión 2009...”

En relación a la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ N° 360-2011 de fecha 10 de octubre de 2011, se debe aclarar que el cargo formulado a la Entidad Gestora consistía de forma general a que existían pagos consignados fuera del Margen de Efectividad, y si bien los descargos presentados fueron aceptados por esta Autoridad, fue porque esta demostró la regularización de los Pagos con Defecto, ya que cabe recordar que el cargo formulado a la Entidad Gestora **expresa que existen quince mil seiscientos ochenta y siete (15.687) pagos consignados fuera del Margen de Efectividad**, de los cuales catorce mil quinientos sesenta (14.560) registros corresponden a Pagos con Defecto No Regularizados y un mil ciento veintisiete (1.127) a Pagos Reportados o Regularizados fuera de plazo. La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, aceptó los descargos presentados por la Entidad Gestora debido a que ésta demostró la regularización de diez mil setecientos noventa y seis (10.796) Pagos con Defecto y **no debido a que entre los argumentos planteados en los descargos la Entidad Gestora indique que alguno de estos se tratara o no de primer pago.**

En este sentido, los descargos presentados por la Entidad Gestora, no corresponden, toda vez que no existe relación entre lo señalado en la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ N° 360-2011 de 10 de octubre de 2011, y el objeto del Cargo N° 1; por tal motivo, esta Autoridad no se encuentra estableciendo con la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP N° 777-2012 una nueva definición “inconsistente” de primer pago.

Por otra parte, de los veintitrés mil trescientos (23.300) casos remitidos por la Asociación Accidental La Vitalicia -BISA SAFI, en medio óptico, se evidencia que la mayoría, que suma diecinueve mil quinientos noventa y dos (19.592) registros consideran también el pago de periodos anteriores y no solamente el de enero tal y como arguye la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI; respecto de los otros tres mil setecientos ocho (3.708) registros, la Asociación Accidental señala:

"No son considerados primeros pagos"

En realidad todos estos registros si corresponden ser revisados como "Primeros Pagos", ya que los mismos son el primer pago efectuado en la menor fecha entre el 01 de febrero de 2011 y el 31 de enero de 2012, sin interesar el periodo que haya sido pagado, debido a que la norma no hace mención respecto al periodo de pago considerado como primer pago en una determinada gestión; por lo tanto, el periodo de pago no es un criterio a ser considerado para identificar un "Primer Pago".

La afirmación de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI respecto a que:

"Para el caso del NUB 900107478 que Fue (sic) observado en el Cargo 1 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP N° 777-2012 el primer pago considerado corresponde al pago de fecha 05/03/2011, que contiene el periodo 201101..."

Lo anterior no corresponde, ya que el primer pago que la Entidad Gestora tuvo que revisar y reportar es aquel efectuado el 12 de febrero de 2011, cuando la beneficiaria de NUB 900107478 cobró la Renta Dignidad de los periodos 201011 y 201012, recordando que la gestión a ser evaluada comprende los pagos de Renta Dignidad efectuados entre el 01 de febrero de 2011 y 31 de enero de 2012 y la norma explícitamente indica verificar: "...todo primer cobro efectuado por cada Beneficiario durante la gestión calendario a ser evaluada".

Por tanto, los argumentos señalados por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, no son suficientes para desestimar el Cargo N° 1.

Como se vio previamente en la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 777-2012 de 02 de octubre de 2012, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, sobre la adecuación de la sanción al hecho infractor, dice:

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

También señala:

"En esta tarea la autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en la (sic) normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del

regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente **individual**. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa". (la negrilla es nuestra)

Visto lo anterior pasa a señalar los siguientes aspectos:

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

Por lo anterior, no debe entenderse la proporcionalidad como una relación directa entre el número de casos que se observan y el monto de la sanción pecuniaria que se impone, sino como una relación de hechos, conductas, resultados y objetivo de la sanción. Además, en el análisis de cada caso se considera la particularidad de los mismos, tal cual señala la norma a la cual hay que someterse, seguir y además imponer.

También recordamos lo que señala la misma Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, sobre la adecuación de la sanción:

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

Han sido pues todas estas consideraciones, aquí reproducidas, que la Autoridad Reguladora ha considerado para imponer y adecuar la sanción a los hechos presentados y demostrados y que consta en todo lo actuado; se han analizado las circunstancias en la que se produjeron los hechos y principalmente, la conducta del infractor con todo lo cual se determinó la sanción impuesta por la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 777-2012 de 02 de octubre de 2012 y que ahora el regulado observa..."

...SOBRE EL CARGO Nº 3

(...)

ANÁLISIS BE DESCARGOS

Al respecto, se efectúan las siguientes consideraciones:

CARGO Nº3.

En el Recurso de Revocatoria interpuesto contra APS/DJ/DFP/777-2012, la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI observa que la naturaleza de la sanción aplicada en

dicha Resolución Administrativa es desproporcionada en relación a infracciones de similar o mayor gravedad que hubiese ocurrido con otros operadores, señalando y comparando la sanción de la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 777-2012 de 02 de octubre de 2012, con la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 636- 2012 de 21 de agosto de 2012.

Al respecto, debemos mencionar que, el cuadro que presenta la Entidad Gestora y las consideraciones que se señalan corresponden al Cargo Nº 3 de la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 636-2012 de 21 de agosto de 2012, que a la letra señala:

"Incumplimiento a lo dispuesto en el inciso a) del artículo 6 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 546 de 02 de julio de 2008, al identificarse que de las setenta (70) Boletas de pago de la Renta. Dignidad en fotocopias legalizadas que la AFP obtuvo de forma extemporánea, cincuenta y tres (53) corresponden a primeros pagos que no fueron digitalizados." (las negrillas son nuestras)

La gran diferencia del Cargo Nº 3 de la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 777-2012 de 02 de octubre de 2012, es que ésta última observa la digitalización de quinientos sesenta y siete (567) pagos **fuera de plazo.**

Asimismo, tal y como señala la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, en su Recurso de Revocatoria presentado con nota AA.GG. — 11128/2012, la sanción en la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 636-2012 de 21 de agosto de 2012 fue por amonestación, debido a que BBVA Previsión AFP S.A. " (...) NI SIQUIERA TENIA EN SU PODER.." las boletas objeto del cargo, situación distinta al Cargo Nº 3 de la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 777-2012 de 02 de octubre de 2012, ya que la Asociación Accidental afirma:

"...se nos sanciona con multa pecuniaria por digitalizar fuera de plazo (567 pagos), DOCUMENTOS QUE SÍ ESTABAN EN NUESTRO PODER, pero que sufrieron alguna demora en arribar a nuestro archivo" (las negrillas son nuestras).

Es evidente la aceptación manifiesta que la documentación estaba en poder de la Entidad Gestora por lo que expresamente asume la responsabilidad de no haber digitalizado los pagos de la Renta Dignidad en el plazo señalado en la norma vigente.

Del mismo modo, si bien la normativa empleada en ambas Resoluciones Administrativas es la misma (Resolución Administrativa SPVS/IP/ Nº 546/2008 de 02 de julio de 2008), los artículos imputados son distintos; la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 636/2012, tiene que ver con la "MUESTRA DE DOCUMENTOS A SER DIGITALIZADOS", donde se especifica la obligatoriedad de digitalizar los documentos de cada primer cobro de Renta Dignidad, diferente en contexto del Artículo 11 PLAZOS PARA LA DIGITALIZACIÓN, señalado en la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 777- 2012 de 02 de octubre de 2012, que menciona:

"Las AFP deberán efectuar el registro digital de los pagos señalados en el Artículo 5 de la presente Resolución Administrativa, en un plazo máximo de noventa (90) días

calendario, computable a partir de la fecha en que se realizó el pago de la Renta Dignidad”.

Además de lo anteriormente expuesto, la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI ha afirmado en el Recurso de Revocatoria que:

“Los criterios aplicados de forma disímil en ambas Resoluciones Administrativas evidencian que su Autoridad actuó con absoluta desproporción en la aplicación de la normativa, de forma, perjudicial para nuestra Asociación.”

La anterior afirmación, no es exacta debido a que las comparaciones y/o criterios señalados por la Entidad Gestora, en cuanto a contexto de normativa, cantidad de casos e infracción, son distintas; no se evidencia similitud ni discriminación en la sanción impuesta, por lo tanto no corresponden los argumentos señalados por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, y los mismos no son suficientes para desestimar el Cargo N° 3.

Finalmente, no debe entenderse la proporcionalidad como una relación directa entre la imputación que se hace con un mismo instrumento normativo y el tipo y monto de la sanción pecuniaria que se impone, sino como una relación de hechos particulares, conductas, resultados y objetivo de la sanción.

Siendo más específicos, en el análisis de cada caso se considera la particularidad de los mismos al imputarse sus conductas con dos artículos diferentes según los cuales:

Las dos conductas son diferentes:

- documentos no digitalizados
- documentos digitalizados fuera de plazo

Además de las circunstancias que los rodean son diferentes:

- no tener los documentos que debió digitalizar
- tener los documentos pero atrasarse en la digitalización.

PROPORCIONALIDAD

Asimismo, siguiendo la línea fundada por lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad y analizados sus conceptos, se ha considerado:

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

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

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

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

Con los argumentos ya señalados y en relación al Cargo N° 3 que impugna la Entidad Gestora, la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 777 - 2012 de 02 de octubre de 2012 hizo el análisis que aquí reproducimos:

- "a) Hay una aceptación expresa de parte del regulado al afirmar que no se digitalizó en el plazo fijado por el ARTÍCULO 11 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008.
- b) Las fechas que constan en las digitalizaciones prueban el momento en el que se digitalizaron, esas fechas de digitalización demuestran el atraso y consecuentemente incumplimiento de la norma imputada.
- c) La Entidad Gestora ha dicho que escaneados los documentos, se ubicaron en un repositorio intermedio en su equipo de escaneo y no así conforme a norma, hecho que no se ha demostrado para doscientos treinta y nueve (239) casos; para los restantes trescientos treinta y ocho (338) casos no hay evidencia de digitalización, sino solamente de recibo de documentación que se les remitió fuera de plazo."

Por lo tanto, esta Autoridad, sin apartarse de lo que señalan los lineamientos establecidos en la normativa vigente y en la orientación de la Resolución Jerárquica sobre la proporcionalidad, confirma la sanción impuesta.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar lo considerado e impuesto en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 777 - 2012 de 02 de octubre de 2012.

Que la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI no ha hecho ningún planteamiento referente al Cargo N° 2, por lo tanto, demuestra su conformidad.

Que en consecuencia, deben confirmarse los Cargos N° 1 y 3 con la emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en apego a lo dispuesto en el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica:

"I. Las resoluciones sobre recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos, parcial cuando ratifiquen, en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida..."

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, tiene veinte (20) días hábiles administrativos para substanciar el recurso y dictar resolución.

Que el artículo 61 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante nota AA.GG.-2044/2013 presentada el 27 de febrero de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA BISA SAFI**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 96-2013 de 4 de febrero de 2013, argumentado lo siguiente:

"Cargo N° 1

La APS establece una sanción con multa por el equivalente en Bolivianos de USD 300.- (trescientos 00/100 dólares americanos) por infracción a lo establecido en el numeral I del Artículo 10° de la R.A. 548-2008, por no reportar la ausencia de la boleta de pago de fecha 12 de febrero de 2011, correspondiente al NUB 900107478.

Visto el razonamiento empleado por la APS para desestimar nuestros argumentos expuestos en el Recurso de Revocatoria presentado mediante nota AAGG-11128/2012, corresponde hacer algunas aclaraciones y precisiones de los conceptos en discusión.

La Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 548-2008, establece en su Art. 5° que "Para identificar los Pagos con Defecto las AFP deberán efectuar la revisión de al menos 450,000 (cuatrocientos cincuenta mil) pagos de Renta Dignidad por cada gestión calendario (...) de las siguientes muestras: a) La AFP efectuará la verificación de todo primer cobro efectuado por cada Beneficiario durante la gestión calendario a ser evaluada (...)"

Una gestión calendario, por definición, corre desde el 1º de enero del año de referencia hasta el 31 de diciembre del mismo año. La APS pretende modificar este concepto en la R.A. 777-2012, pero especialmente en la R.A. 96-2012, en la cual dice, en su página 6:

*Se conoce que la Entidad Gestora debe verificar **todo primer cobro** (efectivizado) por cada Beneficiario, en este sentido, debe realizar la verificación considerando las transacciones de cobros de Renta Dignidad, independientemente de la cantidad de periodos pagados durante la gestión a ser evaluada, es decir la gestión que va desde febrero 2011 a enero 2012. (El subrayado es nuestro)*

Esto sería correcto de haberse establecido en la R.A. 548-2008 que una gestión va desde el 1º de febrero del año de referencia hasta el 31 de enero del año siguiente, sin embargo, dicha Resolución Administrativa se limita a emplear el término de uso convencional "gestión calendario", cuya definición hemos expuesto párrafos más arriba. Esto trae problemas al concepto planteado por la APS, ya que, por ejemplo, para la gestión calendario 2009, los "primeros pagos" habrían ocurrido en su mayoría en el mes de enero 2009, cuando nuestra Asociación todavía no operaba como Entidad Gestora de la Renta Dignidad y estos "primeros pagos" habrían sido efectuados por el anterior ente gestor, liberando a nuestra Asociación de verificar los pagos ocurridos desde el mes de febrero de 2009. Para salvar este problema, la APS define la "gestión de Renta Dignidad X" como la que transcurre desde el mes de febrero del año X al mes de enero del año X+1. Sin embargo, la R.A. 548-2008 se refiere a una "gestión calendario", no a una "gestión de Renta Dignidad" de acuerdo a lo expuesto por la APS en la R.A. 96-2013.

Una forma mucho más natural de definir el concepto es decir que la gestión calendario se refiere a los periodos devengados del beneficio correspondientes a los meses desde enero hasta diciembre del año en cuestión. Esto no exige alterar la definición convencional de "gestión calendario". Tampoco altera conceptos empleados normalmente en el Sistema de Pensiones, ya que la "pensión del mes X" se refiere a la pensión devengada por el mes X y no así a la "pensión pagada efectivamente en el mes X", como querría establecer la APS en las R.A. 777-2012 y 96-2013, concepto que es totalmente extraño al Sistema.

De ser correctos los argumentos de la APS, la normativa especificada en la R.A. 548-2008 habría indicado expresamente qué es lo que se considera "gestión" y sin embargo se limita a aplicar a los primeros pagos de una gestión calendario, necesariamente ajustándose a la definición convencional de tal concepto.

Por tal motivo, reiteramos que **un primer pago de Renta Dignidad en una gestión dada, es el cobro del periodo de enero de dicha gestión, o en el caso de los beneficiarios que cobran la Renta Dignidad por primera vez, el cobro del periodo de inicio de derecho.** Este concepto ha sido utilizado por nuestra Asociación desde el inicio del servicio en todos los procesos que lo implican, sin sufrir observaciones de parte de la APS hasta la emisión de la R.A. 777-2012. De alterarse la definición, nuestra Asociación quedaría en estado de indefensión ante el Regulador, debido a que se han concretado numerosos procesos con el concepto que ahora es cuestionado por la APS.

Finalmente, de acuerdo a esa definición, que nuestra Asociación considera que se ajusta a los usos convencionales del Sistema y las definiciones naturales de los conceptos ya existentes, el pago de fecha 12 de febrero de 2011 correspondiente al NUB 900107478, al contener solamente los periodos noviembre y diciembre de 2010, no puede considerarse como primer pago de la gestión 2011. El primer pago de dicho NUB fue efectuado en fecha 5 de marzo de 2011, ya que este pago corresponde al periodo de enero de 2011. Asimismo, dicho pago fue objeto de todas las verificaciones e informes en los plazos que establece la normativa vigente.

Cargo N° 3

La APS establece una multa por el equivalente en bolivianos de USD 2,000.- (dos mil 00/100 dólares americanos) por infracción a lo establecido en el Artículo 11° de la R.A. 546/2008, por digitalizar 567 pagos fuera del plazo máximo de 90 días establecido por la norma.

Consideramos que el valor y la naturaleza de la sanción que la APS ha aplicado a nuestra Asociación es totalmente desproporcionada en relación a infracciones de similar o mayor gravedad en que han incurrido otros operadores.

Reiteramos aquí el ejemplo de la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 636/2012 de fecha 21 de agosto de 2012, con la cual la APS ha sancionado a la AFP Previsión BBVA con amonestación, por infracción a lo dispuesto en el inciso a) del Art. 6° de la R.A. 546/2008, por no digitalizar 53 fotocopias legalizadas de boletas de pago de Renta Dignidad, QUE NI SIQUIERA TENÍA EN SU PODER y que posteriormente nunca se digitalizaron, ya que como menciona la propia AFP en la página 9 de la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 636-2012, las imágenes ya se habían entregado a la APS.

En el caso de la R.A. 777-2012, la APS sanciona a nuestra Asociación con multa pecuniaria por digitalizar fuera de plazo, DOCUMENTOS QUE SÍ ESTABAN EN NUESTRO PODER, pero que sufrieron alguna demora en arribar a nuestro archivo.

Al hacer el análisis en la página 14 de la R.A. 96-2013, la APS hace el siguiente paralelismo:

Siendo más específicos, en el análisis de cada caso se considera la particularidad de los mismos al imputarse sus conductas con dos artículos diferentes según los cuales:

Las dos conductas son diferentes:

- documentos no digitalizados
- documentos digitalizados fuera de plazo

Además las circunstancias que los rodean son diferentes:

- no tener los documentos que debió digitalizar
- tener los documentos pero atrasarse en la digitalización.

Si bien es evidente que las infracciones son distintas y los artículos invocados son diferentes, también está claro que se puede efectuar una comparación en los siguientes sentidos:

- En cuanto a las conductas, reviste mayor gravedad no digitalizar nunca una boleta que digitalizarla fuera de plazo.
- En cuanto a las circunstancias, reviste mayor gravedad no subsanar una falta de documentación que subsanarla con retraso.

Lo anterior demuestra claramente una absoluta desproporción entre la sanción impuesta a la AFP Previsión y la sanción impuesta a nuestra Asociación, situación inadmisibles y discriminatorias, dado que para una falta de menor proporción se nos impone una sanción, que en el caso de la AFP, para una falta que NUNCA SE SUBSANÓ, consistió en una simple amonestación. De hecho en la última consideración efectuada por la APS en cuanto al Cargo No. 3, que figura en la página 14 de la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 636/2012, dicha entidad dice:

“Por lo anterior, remane la obligación incumplida de digitalización de los que fueran primeros pagos, sin embargo su impacto no amerita nada más que una sanción levísima”

Los criterios aplicados de forma disímil en ambas Resoluciones Administrativas evidencian que la APS actuó con absoluta desproporción en la aplicación de la normativa, de forma perjudicial para nuestra Asociación.

En base a lo anterior y en apego al Art. 66 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo y del Art. 52 y siguientes del D.S. 27175, pedimos respetuosamente a usted proceda con la remisión al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros de los antecedentes correspondientes a la Revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 777-2012 de fecha 2 de octubre de 2012, para que el mencionado Viceministerio se pronuncie en relación a este Recurso Jerárquico...”

Mediante nota AA.GG.-4760/2013 de 13 de mayo de 2013, **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**, complemento su Recurso Jerárquico, señalando lo siguiente:

“...El Art. 14 del Decreto Supremo 29400, establece que el pago de la Renta Dignidad se debe efectuar desde la gestión 2008, de manera mensual, por mes vencido, empezando el 1° de febrero de 2008. Esto implica que la Renta Dignidad del mes de enero se empieza a pagar a partir del 1° de febrero, la del mes de febrero se empieza a pagar a partir del 1° de marzo y así sucesivamente.

Consiguientemente, al existir la obligación de revisar y escanear los primeros pagos de cada **gestión calendario**, se empleó el criterio de efectuarse estas actividades sobre los pagos de Renta Dignidad, correspondientes a la Renta Dignidad de enero, que se paga a partir del 1° de febrero. Este criterio es diferente a considerar como primer pago aquéllos cobrados en enero de una gestión cualquiera, que involucran periodos de Renta Dignidad de diciembre de la gestión calendario anterior hacia atrás. Utilizar este

Último criterio implica retrotraerse a gestiones calendario anteriores, lo que contradice la normativa, que se refiere expresamente a gestión calendario, como está expresado en el Art. 5º de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 548-2008 de fecha 2 de julio de 2008, que establece: "La (Entidad Gestora) efectuará la verificación de todo primer cobro efectuado por cada Beneficiario durante la **gestión calendario** a ser evaluada (...)".

Con base en lo anterior, para la gestión 2009, el primer pago, correspondiente a nuestra administración era el correspondiente a la Renta Dignidad de enero 2009, que se pagó desde el 1º de febrero de 2009 (las AFP pagaron la Renta Dignidad correspondiente a los periodos enero de 2008, hasta diciembre de 2008, en un periodo de contratación que abarcaba de febrero de 2008, hasta enero de 2009), ya que los pagos efectuados por las AFP durante enero de 2009, correspondían a la Renta Dignidad de diciembre de 2008 o anteriores.

De esta manera, la gestión calendario 2009 se midió sobre pagos efectivamente realizados entre el 1º de febrero de 2009 y el 31 de enero de 2010, correspondientes a los meses de enero 2009 a diciembre 2009, siendo los primeros pagos los correspondientes al periodo enero 2009, que se pagaron a partir del 1º de febrero. De forma similar se midieron las gestiones 2010 y 2011. Con relación a la sanción impugnada, la gestión 2011 específicamente se midió sobre pagos efectivamente realizados entre el 1º de febrero de 2011 y el 31 de enero de 2012, correspondientes a los periodos de Renta Dignidad de enero 2011 a diciembre 2011, siendo los primeros pagos los del periodo de enero 2011, que se pagaron a partir del 1º de febrero de 2011, independientemente de la fecha en la cual se pagaron efectivamente.

Ahora bien, con objeto de determinar el margen de efectividad de cada gestión, vale decir, la proporción de pagos correctamente realizados sobre el total de pagos efectuados, la APS efectúa una verificación del total de los primeros pagos de cada gestión más una muestra aleatoria, hasta completar al menos 900.000 pagos, de acuerdo a la R.A. 548-2008. Esta verificación requiere que informemos a la APS el detalle de los registros identificados por nuestra Asociación como primeros pagos. Cabe aclarar que en este proceso de medición de margen de efectividad de cada gestión, no ha existido observación del Regulador en la determinación del número de primeros pagos que se han utilizado para la mencionada medición. Si la APS hubiera empleado en esos momentos el criterio planteado en la R.A. 777-2012, tendría que haber realizado observaciones al número de primeros pagos reportado por nuestra Asociación. Debido a que la APS no ha efectuado ninguna observación, es evidente que ocurre una de las siguientes situaciones:

1. La APS no aplica el criterio de la R.A. 777-2012 en la medición de primeros pagos, sino otro criterio que es consistente en la definición de primeros pagos que sostiene nuestra Asociación.
2. La APS ha efectuada (sic) una medición incorrecta del margen de efectividad durante las gestiones 2009, 2010 y 2011, al utilizar un número de primeros pagos inconsistentes con el criterio establecido en la R.A. 777-2012.

Esto se puede observar claramente en toda la correspondencia intercambiada con la APS para la medición del margen de efectividad de las gestiones 2009, 2010 y 2011, pero especialmente:

- En la nota AP/DPNC/10408/2010, donde la APS identifica un número de primeros pagos de 631,620, adicionando a dicho número una muestra aleatoria de 270,000 registros. Sin embargo, de haber aplicado el criterio manifestado en la R.A. 777-2012, este número debió haber ascendido hasta 640,577 primeros pagos y la muestra aleatoria debió reducirse a 260,000 registros, por lo que se ratifica que la APS, al no haber planteado reparos al número de primeros pagos utilizado, aplicó un criterio consistente con el sostenido por nuestra Asociación y contrario al planteado en la R.A. 777-2012. De otra manera, debió haber modificado el número de casos de la muestra aleatoria, además que la APS podría haber advertido y reclamado que nuestro reporte de primeros pagos no estaba completo.
- En la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ/Nº 360-2011 fecha (sic) 10 de octubre de 2011, que desestima cargos por incumplimiento al margen de efectividad de la gestión 2009. En esta R.A. se establece un total de pagos medidos igual a 875,373, que está compuesto por los 631,620 primeros pagos, más la muestra aleatoria de 270,000, menos 26,247 pagos correspondientes a las Fuerzas Armadas o excluidos por otros criterios. La R.A. 360-2011 no menciona de ninguna manera la ausencia de identificación de varios registros de primeros pagos, que la APS debería echar en falta si el criterio empleado en la R.A. 777-2012 se hubiera aplicado en esa ocasión.

De esta manera, reiteramos que la APS en la R.A. 777-2012, y en la R.A. 96-2012, aplica un criterio de definición de primeros pagos que es inconsistente con los criterios empleados para la medición de margen de efectividad en todas las gestiones anteriores, mismos que fueron establecidos en Resoluciones Administrativas nada menos que emitidas por la misma Entidad..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/DJ/DFP/5731/2012 de 31 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, notificó a la Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI, con los siguientes cargos:

- **CARGO N° 1**, por indicios de incumplimiento al numeral I del artículo 10° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 548 de 2 de julio de 2008, toda vez que no reportó la ausencia de la Boleta del Pago de Renta Dignidad efectuado a la Beneficiaria con NUB 900107478.
- **CARGO N° 2**, al advertir indicios de incumplimiento al artículo 4° y 5° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 2 de julio de 2008 y al inciso a) del artículo 5° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 548 de 2 de julio de 2008, al identificar que en treinta y cinco (35) casos, no se digitalizó los documentos que respaldan el primer cobro de Renta Dignidad.
- **CARGO N° 3**, por indicios de incumplimiento al artículo 11° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008, toda vez que, quinientos sesenta y siete (567) pagos de la Renta Dignidad, fueron digitalizados fuera del plazo máximo de noventa (90) días que establece la norma.

Mediante nota AA.GG.-8642/2012 de fecha 24 de agosto de 2012, la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, presenta sus descargos, mismos que una vez analizados, la Autoridad Fiscalizadora en fecha 2 de octubre de 2012, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 777-2012, sancionó a la Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI, con una multa de \$us 300,00 para el **Cargo N° 1**, una multa de \$us 2.000,00, para el **Cargo N° 3** y desestimó cargo y sanción para el **Cargo N° 2**.

En fecha 7 de enero de 2013, la recurrente presentó Recurso de Revocatoria, el cual fue resuelto mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 96-2013 de 4 de febrero de 2013, que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 777-2012 de 2 de octubre de 2012.

Mediante memorial de fecha 27 de febrero de 2013, la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, interpone Recurso Jerárquico mismo que se pasa a resolver, precisando que la recurrente limitó su impugnación en cuanto a los Cargos N° 1 y 3, evidenciándose la inexistencia de impugnación respecto al Cargo N° 2.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable al caso de autos.-

Previo al análisis de la controversia, corresponde traer a colación las determinaciones normativas del caso, conforme se procede a continuación:

- **Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 546 de 2 de julio de 2008:**

“ARTÍCULO 5° (DOCUMENTOS A SER DIGITALIZADOS). La documentación a ser digitalizada comprenderá al menos, lo siguiente:

1. Boleta de Pago por concepto de Renta Dignidad (anverso y reverso cuando registre información como ser sellos, huellas, firmas u otros datos relevantes).
2. Documento de Identidad presentado por el Beneficiario para el cobro.
3. Documentos adicionales cuando corresponda...”

“ARTÍCULO 11º (PLAZOS PARA LA DIGITALIZACIÓN). Las AFP deberán efectuar el registro digital de los pagos señalados en el Artículo 5º de la presente Resolución Administrativa, en un plazo máximo de noventa (90) días calendario, computables a partir de la fecha en que se realizó el pago de la Renta Dignidad...”

• **Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 548 de 2 de julio de 2008:**

“ARTÍCULO 3º (DEFINICIONES). Para efectos de la presente Resolución Administrativa, se aplicarán las siguientes definiciones:

- **PAGO CON DEFECTO:** Es aquel pago de Renta Dignidad que no cumpla con el procedimiento o con los requisitos de pago establecidos en la normativa vigente.
- **PERIODO:** Se entiende por Período el lapso de tiempo por el que se encuentran divididos los pagos en una misma gestión. En la primera gestión de pago (2008) se entenderá como Período a cada mes de pago...”

“ARTÍCULO 5º (REVISIÓN DE PARTE DE LAS AFP). Para identificar los Pagos con Defecto, las AFP deberán efectuar la revisión de al menos 450.000 (cuatrocientos cincuenta mil) pagos de Renta Dignidad por cada gestión calendario, a cargo de la AFP y de las Fuerzas Armadas de la Nación, de las siguientes muestras:

- a) La AFP efectuará la verificación de todo primer cobro efectuado por cada Beneficiario durante la gestión calendario a ser evaluada.
- b) A partir del tercer mes de iniciado el pago de forma mensual, la SPVS remitirá a las AFP una muestra de al menos 10.000 (diez mil) cobros del mes anterior y que no se encuentren en la muestra del inciso precedente o remitidos con anterioridad.

En caso que la cantidad de pagos verificados por la AFP no alcance la cantidad mínima establecida o supere la misma, sólo podrán ser ajustadas las cantidades establecidas en el inciso b) del presente Artículo...”

“ARTÍCULO 7º (PAGO CON DEFECTO OPERATIVO). Es aquel pago de la Renta Dignidad, cuyo defecto surge por la ausencia o ilegibilidad de algún documento requerido, o al existir diferencias en nombres, apellidos y fecha de nacimiento entre la documentación adicional requerida y el documento de identidad.

(...)

Asimismo, se consideran como **Pagos con defecto operativo** aquellos pagos en los que:

- a) **No exista comprobante de pago...”**

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

“ARTÍCULO 10º (PLAZOS DEL PROCESO DE REGULARIZACIÓN).

- I. Las AFP deberán **reportar a la SPVS los pagos con defecto en un plazo máximo de noventa (90) días calendario, computable a partir de la fecha en que se realizó el**

pago de la Renta Dignidad, de acuerdo a formato, frecuencia y clasificación señalados en el Anexo I de la presente Resolución Administrativa.

II. Los Pagos con Defecto, deberán ser regularizados por la AFP en un plazo máximo de ciento treinta y cinco (135) días calendario a partir de la fecha en que se realizó el pago de la Renta Dignidad. Durante este periodo de regularización las AFP podrán remitir a la SPVS la documentación requerida en la presente Resolución Administrativa...

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

2.2. Argumentos presentados respecto al Cargo sancionado N° 1.-

Conforme se evidencia del expediente administrativo, la señora Pastora Tintaya de Mamani con NUB 900107478, realizó el cobro de Renta Dignidad, de acuerdo al siguiente detalle:

- En fecha **12 de febrero de 2011**, por Bs. 400,00, correspondiente al mes de noviembre de 2010 y diciembre de 2010.
- En fecha **5 de marzo de 2011**, realizó el cobro correspondiente al mes de enero de 2011.

En fecha **6 de marzo de 2012** la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, recepciona la Boleta de Renta Dignidad, del pago realizado el 12 de febrero de 2011 a la señora Pastora Tintaya de Mamani (pasados trescientos ochenta y ocho (388) días desde la fecha de pago).

Mediante Informe DFP/C/012-2012 de 11 de abril de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señala a fojas 19 que: “...de acuerdo con(sic) explicación de un funcionario de la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, no llegó a la Gestora la boleta de este pago y este hecho no fue reportado a la APS por no tratarse de un primer pago del beneficio...”, asimismo, a fojas 18, señala: “...pese a contar con la boleta desde el 06 de marzo de 2012, trescientos ochenta y ocho (388) días después del pago, la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI no reporto este hecho a esta Autoridad en el plazo establecido (90 días calendario después del pago)...”

En tal sentido, mediante Nota de Cargos APS/DJ/DFP/5731/2012 de 31 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, estableció que “...La Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI no reportó la ausencia de la Boleta de Pago original por Bs400.00, efectuado el 12 de febrero de 2011 a la Beneficiaria con NUB 900107478...”, motivo por el cual mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 777-2012 de 2 de octubre de 2012, sancionó a la recurrente, por infracción al parágrafo I del artículo 10 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 548 de 2 de julio de 2008.

La Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, señala en su Recurso Jerárquico que por definición, una gestión calendario corre desde el 1° de enero hasta el 31 de diciembre del mismo año, y que la Entidad Reguladora, pretende modificar este concepto, al considerar que la “gestión calendario” va desde el 1° de febrero del año hasta el 31 de enero del año siguiente.

Asimismo, la recurrente enfatiza su argumento, en sentido que un primer pago de Renta Dignidad en una gestión dada, es el cobro del periodo de enero de dicha gestión o en el caso de los Beneficiarios que cobran la Renta Dignidad por primera vez, el cobro del periodo de inicio de derecho, y precisa que dicho tratamiento es el que se ha utilizado desde el inicio del servicio por parte de la recurrente y en todos los procesos.

Es así que, la recurrente llega a la conclusión que el pago realizado en fecha 12 de febrero de 2011 correspondiente al NUB 900107478, al contener solamente los periodos noviembre y diciembre de 2010, **no puede considerarse como primer pago** de la gestión 2011 –como entiende la Autoridad Reguladora-, ya que el primer pago de dicha gestión es aquel realizado en fecha 5 de marzo de 2011 que corresponde a enero de 2011, el cual fue objeto de todas las verificación e informes y cumpliendo los plazos establecidos en norma.

Entonces, queda clara que la materia de controversia fundamental que permitirá el control de legalidad que se realiza en el presente acto administrativo, se circunscribe a los períodos y pagos que comprende una “gestión calendario”.

Por lo que, y siguiendo la normativa transcrita en el numeral 2.1. precedente, la misma debe ser analizada de forma integral y no separada, por lo que comencemos con la precisión que para determinar el margen de efectividad de los pagos de Renta Dignidad, la Entidad Gestora, debe efectuar primero la conciliación de los **Pagos con Defecto**.

Para ello, la norma establece que debe realizar la verificación de “todo **primer cobro efectuado** por cada Beneficiario, durante la **gestión calendario a ser evaluada**”, reportando estos pagos con defecto, en el plazo máximo de noventa (90) días calendario a partir de la fecha de pago.

Ahora bien, de lo anterior se deben precisar tres aspectos fundamentales, que resolverán la presente controversia y que pasan a desarrollarse:

- a) La primera de ellas es determinar si la ausencia de la Boleta de Pago de Renta Dignidad, es considerada un **Pago con Defecto**.

Tal como se señaló precedentemente, el artículo 7 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 548 de 2 de julio de 2008, establece que un **Pago con Defecto Operativo**, es aquel pago de Renta Dignidad cuyo defecto surge por la ausencia o ilegibilidad de algún documento requerido, considerándose dentro de este grupo, la ausencia del comprobante de pago.

Por lo tanto, debido a que la Boleta de Pago de Renta Dignidad, efectuado el 12 de febrero de 2011 a la Beneficiaria Pastora Tintaya de Mamani con NUB 900107478, no fue remitida oportunamente a la Entidad Gestora, la misma se convierte en un Pago con Defecto Operativo.

- b) El segundo elemento a considerar, es establecer que se entiende por “**Gestión Calendario a ser Evaluada**”, para ello inicialmente nos referiremos a la norma aplicada en gestiones anteriores, para la conciliación de Pagos Con Defecto y la determinación del Margen de Efectividad, cual se expone a continuación:

- **Circular AP/DPNC/20-2010 de 2 de agosto de 2010:**

“...En aplicación de los artículos 2 y 16 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 548 de fecha 2 de julio de 2008, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, procederá a determinar el Margen de Efectividad de los pagos por concepto de Renta Dignidad bajo la responsabilidad de la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI (Entidad Gestora).

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

En el marco de la normativa antes mencionada, mediante la presente Circular se establece el **cronograma a seguir para la conciliación de Pagos con Defecto de la Renta Dignidad** reportados por la Entidad Gestora y registrados en la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP.

Una vez conciliada la información, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP procederá a determinar el Margen de Efectividad de los pagos de Renta Dignidad realizados por la Entidad Gestora, durante el periodo comprendido entre el **01 de febrero de 2009 y el 31 de enero de 2010.**

II. CRONOGRAMA

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, establece el siguiente cronograma:

CRONOGRAMA, CONCILIACIÓN PAGOS CON DEFECTO RENTA DIGNIDAD PERIODO 01-02-2009 AL 31/01/2010(sic)

Nº	Tareas	Fecha Límite	Responsable	Resultado Esperado
1	Remitir a la Entidad Gestora, mediante nota y en medio magnético, la Base de Datos de reportes de Pagos de Renta Dignidad con defecto del periodo 01-02-2009 al 31-01-2010 y el cuadro con la Información Preliminar del seguimiento realizado por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP	11/08/2010	AP	Con esta BD y Cuadro Resumen, la Entidad Gestora cotejará su información sobre regularizaciones.

(...)

A objeto de efectuar el control a la información reflejada en el Informe Final presentado por la Entidad Gestora, relativo a los **pagos de la Renta Dignidad con defecto efectuados durante el periodo del 01 de febrero de 2009 al 31 de enero de 2010**, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, sin perjuicio de solicitar a la Entidad Gestora documentación física cuando lo requiera utilizará los respaldos de los pagos de la Renta Dignidad digitalizados...”

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

- **Circular APS/DPNC/Nº 27-2011 de 27 de junio de 2011:**

“...En aplicación de los artículos 2 y 16 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 548 de fecha 2 de julio de 2008, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, procederá a determinar el Margen de Efectividad de los pagos por concepto de Renta Dignidad bajo la responsabilidad de la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI (Entidad Gestora).

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

En el marco de la normativa antes mencionada, la presente Circular establece el **cronograma a seguir para la conciliación de Pagos con Defecto de la Renta Dignidad** entre la Entidad Gestora y la APS, para proceder posteriormente a determinar el Margen de Efectividad de Pagos de Renta Dignidad alcanzado por la Entidad Gestora durante el periodo comprendido entre el **01 de febrero de 2010 y el 31 de enero de 2011**.

IV. CRONOGRAMA

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, establece el siguiente cronograma:

CRONOGRAMA, CONCILIACIÓN PAGOS CON DEFECTO RENTA DIGNIDAD PERIODO 01-02-2010 AL 31/01/2011 (sic)

Nº	Tareas	Fecha Límite	Responsable	Resultado Esperado
1	Remitir a la Entidad Gestora, mediante nota y en medio magnético, la Base de Datos de reportes de Pagos con Defecto de Renta Dignidad del periodo 01/02/2010 al 31/01/2010 y el cuadro con la Información Preliminar del seguimiento realizado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- APS.	08/08/2011	AP	Con esta BD y Cuadro Resumen, la Entidad Gestora cotejará su información sobre regularizaciones...

(...)

A objeto de verificar la información reflejada en el Informe Final presentado por la Entidad Gestora, relativo a los **Pagos con Defecto de la Renta Dignidad efectuados durante el periodo del 01 de febrero de 2010 al 31 de enero de 2011**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, realizará la verificación de la información de la Entidad Gestora de acuerdo a los respaldos de los pagos de la Renta Dignidad Digitalizados por ésta, según lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 546 de fecha 2 de julio de 2008...”

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

En tal sentido, si bien es evidente que una gestión calendario comprende doce meses –lo cual no es objeto de controversia-, y normalmente corre desde el 1º de enero hasta el 31 de enero del mismo año -tal como lo señala la recurrente-, se tiene que para el caso de autos y específicamente del pago de la Renta Dignidad, se ha establecido mediante las Circulares emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (transcritas *ut supra*), que el cronograma para la **conciliación de Pagos con Defecto** de la Renta Dignidad, para la gestión 2009 comprende desde el 1º de febrero de 2009 al 31 de enero de 2010, para la gestión 2010 del 1º de febrero de 2010 y el 31 de enero de 2011, utilizándose dicho criterio para toda gestión siguiente, ya que la gestión previa siempre acaba el 31 de enero.

Asimismo, dicha concepción de gestión, responde (conforme se evidencia del propio expediente administrativo), a que la Entidad Gestora se hizo cargo del pago de Renta Dignidad a partir de febrero de 2008, por lo tanto la “gestión calendario a ser evaluada” para la Entidad Gestora, debía comprender desde el 1º de febrero de 2008, hasta el 31 de enero de 2009.

En base a lo desarrollado, la señalada “**gestión calendario a ser evaluada**” para identificar los Pagos con Defecto de Renta Dignidad, durante la gestión 2011, comprende desde el 1º de febrero de 2011 hasta el 31 de enero de 2012, no correspondiendo, conforme se evidencia de la normativa aplicable, lo señalado por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, en sentido de que la Autoridad Fiscalizadora estaría modificando el concepto para realizar la conciliación de pagos en defecto, cuando dicho tratamiento se viene aplicando desde la gestión 2008.

- c) El tercer aspecto se refiere a establecer que se considera como “**Primer Pago de Renta Dignidad**”.

Como se señaló precedentemente, para la conciliación de Pagos con Defecto de Renta Dignidad de la gestión 2011, la Entidad Gestora debió verificar los pagos realizados en el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2011 al 31 de enero de 2012.

En tal sentido, **independientemente del periodo cobrado**, la norma es clara al señalar que la Entidad Gestora debe verificar el **primer cobro** efectuado **durante la gestión a ser evaluada**, por lo que el primer cobro realizado **durante** la gestión 2011, por la Beneficiaria con NUB 900107478, es aquel practicado el 12 de febrero de 2011 y no así el del 5 de marzo de 2011, correspondiente al mes de enero de 2011, como señala la recurrente.

Por todo lo señalado, se concluye que la norma de manera clara e inequívoca, determina que ante la ausencia de la Boleta original de pago de Renta Dignidad realizado a la Beneficiaria con NUB 900107478, el 12 de febrero de 2011, la Entidad Gestora, debe comunicar en el plazo de noventa (90) días calendario a la Entidad Reguladora dicha falta, sin embargo, tal como evidenció la Entidad Reguladora en la fiscalización no lo hizo, por tanto corresponde la imputación y la consiguiente sanción.

Finalmente, la recurrente presenta como prueba de su argumento, que mediante nota AA.GG.-4760/2013 de 13 de mayo de 2013, hace referencia a la carta AP/DPNC/10408/2010 de 16 de abril de 2010, emitida por la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), en la que remite a la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, la muestra de pagos de Renta Dignidad en la gestión 2009, haciendo mención también a la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ N° 360-2011 de 10 de octubre de 2011, que desestima cargos por incumplimiento del margen de efectividad de la gestión 2009.

De la revisión de las notas y actos, se tiene que tanto en la nota AP/DPNC/10408/2010 de 16 de abril de 2010, como la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ N° 360-2011 de 10 de octubre de 2011, hacen referencia a la evaluación realizada durante el periodo 2009, que considera el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 2009 hasta el 31 de enero de 2010, confirmándose por lo tanto, el criterio utilizado para la gestión a ser evaluada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que condice con el análisis desarrollado líneas arriba.

Criterio expresado en la propia Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 96-2013 de 4 de febrero de 2013, al señalar lo siguiente:

*“...Se entiende que la Entidad Gestora, debe verificar **todo primer cobro** (efectivizado) por cada Beneficiario, en ese sentido debe realizar la verificación considerando las transacciones de cobros de Renta Dignidad, **independientemente de la cantidad de periodos pagados durante la gestión a ser evaluada**, es decir, la gestión que va de febrero 2011 a enero 2012; por tanto, debió reportar a esta Autoridad la ausencia de la Boleta Original del pago por Bs400.00 (CUATROCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS), efectuado el 12 de febrero de 2011, a la Beneficiaria con NUB 900107478, en el plazo señalado, según el Artículo 10 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N°548 de 02 de julio de 2008.
(...)”*

*Lo anterior no corresponde, toda vez que **ninguna norma establece que, el Primer pago de Renta Dignidad en una gestión calendario, pueda ser el cobro por el periodo de enero de dicha gestión.**
(...)”*

*la Entidad Gestora debe verificar todo primer cobro por cada Beneficiario; evidentemente, consta en registros que la Beneficiaria del NUB 900107478 cobró la Renta Dignidad de los periodos 201011 y 201012, lo cual **no significa que este no sea el primer cobro efectuado** por la Beneficiaria como menciona la Entidad Gestora, **recordando que la gestión a ser evaluada comprende los pagos de Renta Dignidad efectuados entre el 01 de febrero de 2011 y 31 de enero de 2012.**
(...)”*

En relación a la Resolución Administrativa APS/DPNC/DJ N° 360-2011 de fecha 10 de octubre de 2011, se debe aclarar que el cargo formulado a la Entidad Gestora consistía de forma general a que existían pagos consignados fuera del Margen de

Efectividad, y si bien los descargos presentados fueron aceptados por esta Autoridad, fue porque esta demostró la regularización de los Pagos con Defecto, ya que cabe recordar que el cargo formulado a la Entidad Gestora **expresa que existen quince mil seiscientos ochenta y siete (15.687) pagos consignados fuera del Margen de Efectividad**, de los cuales catorce mil quinientos sesenta (14.560) registros corresponden a Pagos con Defecto No Regularizados y un mil ciento veintisiete (1.127) a Pagos Reportados o Regularizados fuera de plazo. La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, aceptó los descargos presentados por la Entidad Gestora debido a que ésta demostró la regularización de diez mil setecientos noventa y seis (10.796) Pagos con Defecto y **no debido a que entre los argumentos planteados en los descargos la Entidad Gestora indique que alguno de estos se tratara o no de primer pago.**

(...)

En realidad todos estos registros si corresponden ser revisados como "Primeros Pagos", ya que los mismos son el primer pago efectuado en la menor fecha entre el 01 de febrero de 2011 y el 31 de enero de 2012, **sin interesar el periodo que haya sido pagado, debido a que la norma no hace mención respecto al periodo de pago considerado como primer pago en una determinada gestión; por lo tanto, el periodo de pago no es un criterio a ser considerado para identificar un "Primer Pago"...**

(El subrayado y las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por todo lo señalado, se concluye que los argumentos presentados por la recurrente no desvirtúan la determinación adoptada por el Ente Regulador, al cual se realiza el control de legalidad.

2.3. Cargo N° 3.-

En la fiscalización realizada a la Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, evidenció que quinientos sesenta y siete (567) pagos de Renta Dignidad, fueron digitalizados fuera del plazo establecido en norma de noventa (90) días.

El argumento presentado por la recurrente en el Recurso Jerárquico, no refiere a la demora en la digitalización de los quinientos sesenta y siete (567) pagos de Renta Dignidad sancionados, limitándose al monto de la sanción y estableciendo que la misma habría vulnerado el principio de igualdad, al ser totalmente desproporcionada en relación a infracciones de similar o de mayor gravedad en que incurrieron otros operadores, cual ocurrió en el caso de la amonestación impuesta a BBVA Previsión AFP S.A. mediante Resolución Administrativa APS/DJ/N° 636/2012 de 21 de agosto de 2012.

Para ello la recurrente a tiempo de presentar su Recurso de Revocatoria mediante nota AA.GG.-11128/2012 en fecha 5 de noviembre de 2012, ha desarrollado el siguiente cuadro:

“

R.A. 636/2012	R.A. 777/2012
Norma Infringida: Art. 6 R.A. 546/2008; obligación de	Norma Infringida: Art. 11 R.A. 546/2008; obligación de digitalizar en un máximo de

digitalizar primeros pagos.	90 días computados a partir de la fecha de pago.
No se regularizó la digitalización de las 53 boletas de pago.	Las 567 boletas de pago fueron digitalizadas.
Se establece que el impacto no amerita nada más que clasificar la infracción como gravedad levisima.	Se establece que se han afectado las funciones de control de la APS, demostrándose existencia de preterintencionalidad, sin daño económico, clasificándose como de gravedad leve.
La sanción es de amonestación.	La sanción es de una multa en bolivianos equivalente a USD 2,000.-

...”

Al respecto, de lo referido por la recurrente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 96-2013 de 4 de febrero de 2013, se ha pronunciado señalando:

“...La gran diferencia del Cargo N° 3 de la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 777-2012 de 02 de octubre de 2012, es que ésta última observa la digitalización de quinientos sesenta y siete (567) pagos **fuera de plazo**.

Asimismo, tal y como señala la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, en su Recurso de Revocatoria presentado con nota AA.GG.-11128/2012, la sanción en la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 636-2012 de 21 de agosto de 2012 fue por amonestación, debido a que BBVA Previsión AFP S.A. “**(...) NI SIQUIERA TENIA EN SU PODER..**” las boletas objeto del cargo, situación distinta al Cargo N° 3 de la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 777-2012 de 02 de octubre de 2012...”

“...Es evidente la aceptación manifiesta que la documentación estaba en poder de la Entidad Gestora por lo que expresamente asume la responsabilidad de no haber digitalizado los pagos de la Renta Dignidad en el plazo señalado en la norma vigente.

Del mismo modo, si bien la normativa empleada en ambas Resoluciones Administrativas es la misma (Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 546/2008 de 02 de julio de 2008), **los artículos imputados son distintos; la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 636/2012, tiene que ver con la “MUESTRA DE DOCUMENTOS A SER DIGITALIZADOS”, donde se especifica la obligatoriedad de digitalizar los documentos de cada primer cobro de Renta Dignidad, diferente en contexto del Artículo 11 PLAZOS PARA LA DIGITALIZACIÓN, señalado en la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 777- 2012 de 02 de octubre de 2012...**”

“...las comparaciones y/o criterios señalados por la Entidad Gestora, en cuanto a contexto de normativa, cantidad de casos e infracción, son distintas; no se evidencia similitud ni discriminación en la sanción impuesta, por lo tanto no corresponden los argumentos señalados por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, y los mismos no son suficientes para desestimar el Cargo N° 3...”

“...Siendo más específicos, en el análisis de cada caso se considera la particularidad de los mismos al imputarse sus conductas con dos artículos diferentes según los cuales:

Las dos conductas son diferentes:

- documentos no digitalizados
- documentos digitalizados fuera de plazo

Además de las circunstancias que los rodean son diferentes:

- no tener los documentos que debió digitalizar
- tener los documentos pero atrasarse en la digitalización..."

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

Ahora bien, en cuanto a la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 636-2012 de 21 de agosto de 2012, citada como caso análogo, se tiene que en la misma se sanciona a BBVA Previsión SA. AFP, por el Cargo Nº 3, con amonestación, debido a que a Fs. 13 y 14 de la señalada Resolución Administrativa, el Ente Regulador señala:

(...)

"... evidentemente el regulado mediante acciones oficiosas se encargó de recuperar documentación correspondiente a setenta (70) Boletas de Pago que expresan pago aunque su presentación fue extemporánea, como precisa el Cargo Nº 3; sin embargo de ese total se identificaron cincuenta y tres (53) primeros pagos que debieron digitalizarse, pero que para el momento en que se procesa esta información, el regulado no tenía en su poder la documentación que por las Circulares AP/DPNC/10-2009 y AP/DPNC/20.2009 se transfirió a la Entidad Gestora..."

(...)

"... En conclusión, no se digitalizaron en el momento oportuno los primeros pagos que se han identificado dentro del total de trescientos cincuenta y tres (353) casos observados, pero se entiende que no se digitaliza lo que no se tiene..."

De lo señalado tanto por la Autoridad de Fiscalización, así como del propio cuadro presentado por el recurrente, corresponde realizar el siguiente análisis:

a) Normativa Infringida.-

En el proceso sancionatorio seguido contra BBVA Previsión AFP S.A., la amonestación se impuso por infracción al **inciso a) del artículo 6** de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 546 de 2 de julio de 2008, es decir por falta de digitalización de cada primer cobro de Renta Dignidad.

En el caso de autos, se sancionó a la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI por infracción al **artículo 11** de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 546 de 2 de julio de 2008, por infracción a la digitalización de los pagos de Renta Dignidad, mismos que debieron realizarse en un plazo máximo de noventa (90) días calendario, a partir de la fecha en que se realizó el pago.

Por lo tanto, se tiene que las infracciones son distintas y la imputación y sanción corresponde a normativa distinta.

b) Motivo de la infracción.-

Tal como se establece en la Resolución Administrativa APS/DJ N° 636-2012 de 21 de agosto de 2012, BBVA Previsión AFP S.A. **no tenía en su poder las Boletas de Pago** efectuadas por primera vez, si bien por gestiones realizadas pudo obtenerlas con posterioridad, sin embargo, las mismas no pudieron ser digitalizadas, debido a la transferencia realizada a la Entidad Gestora, conforme lo establecen las Circulares AP/DPNC/10-2009 y AP/DPNC/20.2009.

En el caso de autos, la Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI, mediante nota AA.GG.-8642/2012 de 24 de agosto de 2012, señala que 229 casos, fueron escaneados en fechas oportunas, pero permanecieron en un repositorio intermedio en sus equipos de escaneo, los cuales se subieron en fecha posterior al ser identificadas, asimismo, argumenta que 338 registros fueron escaneados con retraso, debido a que la documentación fue recibida fuera de plazo.

De igual manera mediante nota AA.GG.-11128/2012 de 5 de noviembre de 2012, la recurrente a tiempo de presentar su Recurso de Revocatoria señala:

*“...en nuestro caso, se nos sanciona con una multa pecuniaria por **digitalizar fuera de plazo, DOCUMENTOS QUE SÍ ESTABAN EN NUESTRO PODER**, pero que sufrieron alguna demora en arribar a nuestro archivo...”.*

(Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo señalado se puede evidenciar que BBVA Previsión AFP S.A. mediante acciones oficiosas se encargó de recuperar la documentación faltante y si bien no digitalizó la misma, esto se debió a que la información ya fue transferida a la Entidad Gestora, sin embargo, en el presente caso, la recurrente, alega que la información fue digitalizada y se encontraba en un repositorio transitorio, procedimiento que no se encuentra normado, argumentando también que en otros casos, la demora se debió a que las Boletas de Pago fueron recepcionadas de manera extemporánea, sin embargo según los antecedentes del expediente administrativo, es la propia Entidad, la que acepta la infracción.

Sin embargo, no puede dejar de considerarse que es la propia recurrente la que contrató los servicios de la empresa Síntesis, por lo que ésta no puede eximirse de la responsabilidad que adquirió al momento de suscribir el Contrato de Servicios para administrar el Fondo de Renta Universal de Vejez y efectuar la Gestión y Pago de la Renta Dignidad.

c) Cantidad.-

BBVA Previsión S.A. AFP, no habría regularizado la digitalización del pago de 53 Boletas de Pago y en el caso de autos no se hubiera digitalizado 567 Boletas de Pago, existiendo una gran diferencia en la cantidad de casos infringidos.

d) Preterintencionalidad.-

Quedando claro, que hasta este punto, se evidencia diferencias precisas que demuestran que no se esté hablando del mismo tipo de infracción, sin embargo uno de los elementos fundamentales, que hace la diferencia entre una sanción pecuniaria y una amonestación, es la existencia de la preterintencionalidad, por lo que revisemos:

Entendemos como preterintencionalidad:

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

(Criterio Recogido ya en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 004/2011, de fecha de 26 de enero de 2012)

En el caso de BBVA Previsión S.A. AFP, por el cual arguye falta de igualdad la recurrente, la APS conforme se extrae de la Resolución Administrativa APS/DJ N° 636-2012 de 21 de agosto de 2012, no ha existido preterintencionalidad debido a que – según fundamenta la misma-:

*“...**b)** Ante la conducta negligente de la AFP al no proceder con la digitalización de todos los primeros pagos, pero viendo que el daño mayor es económico y que éste ya ha sido repuesto, (...) **c)** No se registra el concepto de reiteración en el presente caso...”*

En el caso de autos, (proceso sancionatorio a **La Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI**), la Autoridad Regulatoria ha determinado que:

“...Asimismo, se advierte que la conducta es preterintencional en el sentido de que la Entidad Gestora evidentemente, no le causó daño económico directo al Beneficiario que recibió el pago, pero su ligereza a la hora de conservar la documentación de descargo por ser primer pago perjudica el cálculo del margen de efectividad a su favor o en su contra haciendo que el Regulador sea inducido a error...”

Congruentemente con lo desarrollado, y al evidenciarse que la imputación fundamentalmente corresponde a otro “tipo administrativo”, que existe diferencia tanto en el número de casos como en los elementos que hacen para la calificación de gravedad, donde el Ente Regulator ha presentado fundamentación justificando la existencia de

preterintencionalidad, ello en el marco de su competencia y discrecionalidad (reglada), llevándonos a la única conclusión, de que el proceso ha sido llevado conforme a procedimiento, y no existen vicios que den lugar a considerar en una calificación discriminadora o desigual, conforme tiene alegado la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concluye que la Entidad Fiscalizadora ha cumplido con el principio del debido proceso y con el principio de motivación y fundamentación.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con los artículos 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución impugnada.

PORTANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 777-2012 de 2 de octubre de 2012, que fuera confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 96-2013 de 4 de febrero de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, conforme a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

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



RECURRENTE

SEGUROS ILLIMANI S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/Nº 107-2013 DE 13 DE FEBRERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 044/2013 DE 09 DE JULIO DE 2013

FALLO

REVOCA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 044/2013

La Paz, 09 de Julio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°107-2013 de 13 de febrero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 997-2012 de 28 de diciembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 042/2013 de fecha 29 de mayo de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 092/2013 de fecha 20 de junio de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 28 de febrero de 2013, el Sr. Fernando Arce Grandchant en representación de Seguros Illimani S.A., tal como acredita el Testimonio Poder N° 0488/2010, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 101 del Distrito Judicial La Paz a cargo de la Dra. Mariana Avendaño Farfán, Seguros Illimani S.A., interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°107-2013 de 13 de febrero de 2013, que en Recurso

de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº997-2012 de 28 de diciembre de 2012.

Que, mediante nota cite: APS/DESP/DJ/DS/4126/2013, con fecha de recepción 5 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº107-2013 de 13 de febrero de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 8 de marzo de 2013, notificado en fecha 11 de marzo de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº107-2013 de 13 de febrero de 2013.

CONSIDERANDO:

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

1. ANTECEDENTES.-

Seguros Illimani S.A., mediante nota CITE: GO Nº 2257/2012 de 6 de noviembre de 2012, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros pronunciamiento en cuanto a su competencia en relación a las Notas ASFI/DDC/R-43968 de fecha 6 de octubre de 2009, APS/DS/JTS/4810/2012 de fecha 28 de junio de 2012, APS/DS/JTS/6071/2012 de fecha 13 de agosto de 2012 con referencia al Hospital Agramont.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota Cite APS/DJ/DS/JTS/ 9572/2012 de 3 de diciembre de 2012, se pronunció en sentido de que:

"...Acusamos recibo de su cite GO Nº 2257/2012, por el que solicitan que este órgano de fiscalización se pronuncie sobre la competencia respecto a las siguientes notas que han sido dirigidas a Seguros Illimani S.A.:

- 1. ASFI/DDC/R-43968 de fecha 6 de octubre de 2009.*
- 2. APS/DS/JTS/4810/2012 de fecha 28 de junio de 2012;*
- 3. APS/DS/JTS/6071/2012 de fecha 13 de agosto de 2012.*

Al respecto y con carácter previo al pronunciamiento solicitado por Seguros Illimani S.A. instruimos a la aseguradora que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) remita la información requerida por el cite APS/DS/JTS/4810/2012 de fecha 28 de junio de 2012 y cite APS/DS/JTS/6071/2012 de fecha 13 de agosto de 2012 en un plazo de 5 días administrativos a partir de la recepción de la presente.

*No obstante lo anterior, recordamos a usted que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 734-2012 de fecha 14 de septiembre de 2012, se ha declarado **IMPROCEDENTE** el recurso de revocatoria interpuesto por Seguros Illimani S.A. contra nuestro cite APS/DS/JTS/6071/2012 de fecha 13 de agosto de 2012, que la fecha no ha sido objeto de recurso ulterior alguno..."*

Seguros Illimani S.A., mediante Nota de 20 de diciembre de 2012, solicita a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que la Nota APS/DJ/DS/JTS/ 9572/2012 de 3 de diciembre de 2012 sea elevada a rango de Resolución.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 997-2012 de 28 de DICIEMBRE DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 997-2012 de 28 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros consignó en Resolución Administrativa la Carta APS/DS/JTS/9572-2012 de 3 de diciembre de 2012.

II La carta Cite: APS/DS/JTS/9572/2012, de 3 de diciembre de 2012 constituye parte indivisible de la presente Resolución Administrativa.

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 16 de enero de 2013, Seguros Illimani S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/Nº997/2012 de 28 de diciembre de 2012, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 107-2013 DE 13 DE FEBRERO DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 107-2013 de 13 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 997-2012 de 28 de diciembre de 2012.

Los argumentos presentados, en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que en cuanto al cumplimiento de los requisitos de forma para la admisión del recurso concreto, el numeral I del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece: “I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil... “

Que a su vez, el artículo 48 de la misma norma determina: “El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada”.

Que de lo analizado precedentemente, se infiere que son dos los elementos que deben cumplirse para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria: i) la demostración de que el acto impugnado causa perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente; y ii) que el recurso de revocatoria sea interpuesto dentro de

los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución Sancionatoria.

Que en relación al primer presupuesto, de la revisión del memorial de interposición del recurso se evidencia que la recurrente ha cumplido con lo previsto por el artículo 38 del Decreto Supremo N° 272715 (sic) (requisitos de contenido), toda vez que señala la relación causal entre los elementos fácticos y los elementos normativos que sirven de fundamento y el perjuicio que considera, ha causado a sus derechos o intereses legítimos la Resolución recurrida.

Que con relación al segundo elemento de procedencia, la Resolución impugnada fue notificada a la Entidad Aseguradora el 2 de enero de 2013, verificándose que dentro el plazo de los 15 días hábiles administrativos determinados por la norma, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** interpuso el presente recurso, procediendo su admisión para ulteriores trámites.

CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene como misión fiscalizar y controlar el desempeño de los mercados de Pensiones y Seguros, con atribuciones establecidas por la Ley de Pensiones N° 065, la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 y disposiciones conexas, de acuerdo a lo determinado en la Ley No. 2428 de 28 de noviembre de 2002.

Que la Ley de Seguros establece que, es función del Órgano de Fiscalización velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares del seguro; fiscalizar y controlar a las personas, entidades y actividades relacionadas al sector de seguros y, cumplir y hacer cumplir la Ley y sus reglamentos asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

CONSIDERANDO:

Que, la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 - de Seguros, establece atribuciones a favor de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS), como las siguientes:

- s) Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos.
- t) Todas aquellas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 997-2012 de 28 de diciembre de 2012, notificada el 02 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en lo principal, resolvió:

“ÚNICO.- I.- CONSIGNAR en Resolución Administrativa la carta CITE: APS/DS/JTS/9572/2012 de 03 de diciembre de 2012.

II.- La carta CITE: APS/DS/JTS/9572/2012 de 03 de diciembre de 2012 constituye parte indivisible de la presente resolución administrativa”.

CONSIDERANDO:

Que la carta CITE: APS/DS/JTS/9572/2012 de 3 de diciembre de 2012 señala textualmente:

“De nuestra consideración:

Acusamos recibo de su cite GO N° 2257/2012, por el que solicitan que este órgano de fiscalización se pronuncie sobre la competencia respecto a las siguientes notas que han sido dirigidas a Seguros Illimani S.A.:

1. ASFI/DDC/R-43968 de fecha 6 de octubre de 2009.
2. APS/DS/JTS/4810/2012 de fecha 28 de junio de 2012.
3. APS/DS/JTS/6071/2012 de fecha 13 de agosto de 2012.

Al respecto y con carácter previo al pronunciamiento solicitado por Seguros Illimani S.A. instruimos a la aseguradora que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) remita la información requerida por el cite APS/DS/JTS/4810/2012 de fecha 28 de junio de 2012 y cite APS/DS/JTS/6071/2012 de fecha 13 de agosto de 2012 en un plazo de 5 días administrativos a partir de la recepción de la presente.

No obstante lo anterior, recordamos a usted que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 734-2012 de 14 de septiembre de 2012, se ha declarado **IMPROCEDENTE** el recurso de revocatoria interpuesto por Seguros Illimani S.A. contra nuestro cite APS/DS/JTS/6071/2012 de fecha 13 de agosto de 2012, que a la fecha no ha sido objeto de recurso ulterior alguno (...)

CONSIDERANDO:

Que como antecedentes inmediatos tenemos, i) la carta de 20 de diciembre de 2012, recibida en esta APS el 20 de diciembre del año en curso, mediante la cual **SEGUROS ILLIMANI S.A.** solicitó consignar en Resolución Administrativa la carta APS/DS/JTS/9572/2012 de 03 de diciembre de 2012, en la que la APS manifiesta que previó al pronunciamiento solicitado por la Aseguradora dé cumplimiento a la remisión de la información requerida, mediante la nota APS/DS/JTS/4810/2012 de 28 de junio de 2012 y la carta APS/DS/JTS/6071/2012 de 13 de agosto de 2012 en el plazo de 5 días administrativos y que no obstante, recordaba a **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 734-2012 de 14 de septiembre de 2012, se ha declarado **IMPROCEDENTE** el recurso de revocatoria interpuesto por aquella aseguradora contra el CITE: APS/DS/JTS/6071/2012 de 13

de agosto de 2012, sin que hasta la fecha, se haya interpuesto recurso ulterior alguno.

Que no obstante la respuesta de esta APS a la ahora recurrente, en cumplimiento de sus atribuciones y deberes institucionales, la APS emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 997-2012 de 28 de diciembre de 2012.

CONSIDERANDO:

Que en tiempo hábil y oportuno, **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, mediante Memorial presentado el 16 de enero de 2013, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 997-2012 de 28 de diciembre de 2012, alegando de manera resumida, lo siguiente:

1. Mediante nota Cite: GO N° 2257/2012 de 6 de noviembre de 2012, solicita a la APS, amparada en el artículo 8.I) del Decreto Supremo N° 27175, que se pronuncie sobre su competencia en relación a las notas:

- a) ASFI/DDC/R-43968 de 6 de octubre de 2009.
- b) APS/DS/JTS/4810/2012 de 28 de junio de 2012.
- c) APS/DS/JTS/6071/2012 de 13 de agosto de 2012.

Como respuesta, la APS remite la carta APS/DS/JTS/9572/2012 de 3 de diciembre de 2012 **condicionando** la obligación y deber legal de la APS de fundamentar su competencia en el caso concreto a la presentación previa, por parte de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, de la información requerida en las notas APS/DS/JTS/4810/2012 de 28 de junio de 2012 y APS/DS/JTS/6071/2012 de 13 de agosto de 2012, **mismas cuya fundamentación relativa a su competencia se ha requerido a la APS.**

Que frente a esta situación, la compañía, mediante carta de 20 de diciembre de 2012, solicita a la APS elevar a rango de resolución **motivada**, la carta APS/DS/JTS/N° 9572/2012 de 3 de diciembre de 2012, emitiéndose la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/997-2012 de 28 de diciembre de 2012, resolución emitida sin fundamentación y motivación, soslayándose también la solicitud contenida en la carta GO N° 2257/2012 de 6 de noviembre de 2012, omitiéndose así el artículo 8 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

2. Vulneración del Derecho de Petición: Siendo de rango constitucional este derecho, la APS ha decidido no dar respuesta alguna, ni positiva ni negativa a la petición formulada (sic) y respaldada en el artículo 8.I) del DS. 27175, porque **SEGUROS ILLIMANI S.A.** desea entender las razones por las que la APS adopta semejante comportamiento. Apoya este argumento con la "jurisprudencia constitucional" SC Plurinacional 0981/2012 de 5 de septiembre de 2012 que expresa que aquél derecho se expresa en el derecho a obtener una respuesta formal y pronta, previo cumplimiento de requisitos.

La APS, al no dar cumplimiento a la **vinculante** sentencia constitucional citada frente al requerimiento de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** contenido en la nota GO N° 2257/2012, ha “condicionado su pronunciamiento a que por parte nuestra adjuntemos los documentos solicitados precisamente en las notas observadas por la citada comunicación GO N° 2257/2012”. Dicho ilegal acto se halla en la nota APS/DJ7DS/9572/2012.

2.1. Frente a este aberrante proceder de la APS y a fin de obtener una respuesta negativa o positiva, se solicita mediante nota de 20 de diciembre de 2012 que la carta sea elevada a resolución.

2.2. La resolución ha soslayado la petición (es decir, la misma no se ha resuelto) y no se refiere a la misma ni de forma tangencial y hasta la fecha, no se ha recibido alguna explicación formal y motivada que fundamente legalmente las competencias de la APS en el caso concreto; más bien se ha condicionado la respuesta la misma a actos previos a ser realizados por parte nuestra que son precisamente a los que se opone **SEGUROS ILLIMANI S.A.**

2.3. La nota elevada a resolución señala que “con carácter previo al pronunciamiento solicitado por **SEGUROS ILLIMANI S.A.** instruimos a la aseguradora que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) remita la información requerida por el Cite APS/DS/JTS/4810/2012 de 28 de junio de 2012 y CITE APS/DS/JTS/6071/2012 de 13 de agosto de 2012”, notas que precisamente observan la competencia de la APS solicitándose una explicación motivada.

La APS no puede condicionar el cumplimiento de sus obligaciones a que por parte de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** se cumpla con actos que se hallan observados por la compañía. En todo caso, existen mecanismos legales en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la Ley a fin de garantizar la ejecución de la norma omitida, a los cuales acudirá **SEGUROS ILLIMANI S.A.** en caso de no obtener justicia.

3. Estado de Indefensión: Cuando la autoridad jurisdiccional administrativa menoscaba, dificulta o reprime el derecho de libre acceso a los medios de defensa que aseguran el ejercicio a la defensa (sic) a los administrados, conculca con dicho accionar el derecho a la defensa y los sume en indefensión en violación del artículo 8.I) del Decreto Supremo N° 27175. En el caso presente, se ha condicionado su ejercicio al cumplimiento previo de extremos contenidos en notas que son objeto del recurso condicionado, absurdo y aberrante.

4. Falta de Motivación: la resolución que se recurre no se refiere para nada a los argumentos de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** y que el acto administrativo se limita a elevar a rango de resolución la nota APS7DS/JTS/957272012 sin explicación ni fundamentación legal relativa a la petición principal, por lo que dicho acto es inmotivado. Cita la S.C. “**vinculante**” 0905/2006-R de 18 de septiembre de 2008, sentencia que es aplicable por imperio del artículo 28 de la Ley n° 2341.

5. Finalmente, solicita **SEGUROS ILLIMANI S.A.** la admisión del recurso, la resolución del recurso en cuestión disponiendo la revocatoria total del acto administrativo impugnado disponiendo se de respuesta a la nota Cite GO N° 2257/2012 de 6 de noviembre de 2012, sin condicionante alguna, de forma explicativa y fundamentada.

CONSIDERANDO:

Que a los fines de resolver el recurso que nos ocupa, es necesario referirse previamente al caso de la carta APS/DS/JTS/6071-2012 de 13 de agosto de 2012. Veamos:

1. Mediante nota CITE: APS/DS/JTS/6071/2012 de 13 de agosto de 2012 y recibida por **SEGUROS ILLIMANI S.A.** en fecha 16 de agosto de 2012, la APS señaló:

“Acusamos recibo de su cite PE N° 1478/2012, por el (sic) que han solicitado plazo para remitir la información requerida por nuestro cite APS/DS/JTS/4810/2012.

Al respecto, es necesario recordar a usted que los cites DR 26/2009 y DR 638/09 fueron remitidos a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero como respuesta a los requerimientos de ese órgano de fiscalización durante la gestión 2009.

No obstante lo anterior, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y seguros (persona jurídica totalmente diferente) debe efectuar el seguimiento correspondiente a todos los reclamos que sean formulados por las personas naturales y jurídicas cuyos derechos contemplados en la Ley de Seguros N° 1883, Decreto Supremo 27195 (sic) y demás normativa relacionada al área de seguros se consideren vulnerados.

En este sentido y con la finalidad de contar con mayor información de análisis respecto al reclamo formulado por el Hospital Agramont, reiteramos in extenso el contenido de nuestro cite APS/DS/JTS/4810/2012 debiendo Seguros Illimani S.A. de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) de la Ley de Seguros N° 1883 remitir en un último plazo de 5 días administrativos impostergables a partir de la recepción de la presente a este órgano de fiscalización lo requerido...”

2. Esta nota fue enviada como consecuencia de que **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, mediante carta PE N° 1478/2012 de 24 de julio de 2012, señalaba:

“...Con respecto a la nota de referencia (se refiere a la nota CITE N° 4810 de la APS), solicito a su Autoridad ampliar el plazo de la respuesta contenido en la misma toda vez que la documentación inherente al caso “Hospital” Agramont no se halla en nuestro poder debido a que la misma ha sido enviada a conocimiento del Juez Primero de Partido en lo Civil pues dicho “Hospital” ha iniciado un juicio ordinario contra Seguros Illimani S.A. que a la fecha se halla para dictar sentencia.

La nota de referencia de recibida por Seguros Illimani S.A. en plena vigencia de la vacación judicial, vacación que finalizó el día 17 de julio del presente año, por lo que en realidad hemos tenido únicamente cuatro días hábiles para la compulsa de la documentación relativa a la nota que damos respuesta, plazo insuficiente para dar una adecuada respuesta a lo requerido por su Autoridad.

Adicionalmente a ello solicito a su Autoridad nos pueda indicar si el alcance de las notas de Seguros Illimani S.A. con CITES N° DR 0026/2009 y N° DR 638/09, que versan sobre lo mismo son suficientes y en su caso en qué medida lo son a fin de poder ampliar, puntualmente, los conceptos legales y técnicos contenidos en las mismas.

Asi mismo solicito a su Autoridad aclare el alcance del primer punto de su nota en sentido de que de acuerdo a la Resolución Administrativa RAHC N° 012/2006 de fecha 25 de enero de 2006, emitida por la Prefectura del Departamento de La Paz, SEDES; se autorizó la renovación de apertura y funcionamiento del Hospital Agramont. La citada resolución no establece el plazo de vigencia de dicha autorización de funcionamiento, sin embargo, el inciso J) del artículo 10 del Reglamento de Hospitales; aprobado mediante Resolución Ministerial R.M. N° 025/2005 establece que dicho plazo es de dos años. **(Reglamento General de Hospitales; Segunda Edición enero de 2005 aprobado mediante Resolución Ministerial N° 0025 de fecha 14 de enero de 2005 por el Ministerio de salud y Deportes: Art. 10. La habilitación y funcionamiento de los hospitales en el marco de los estándares de acreditación, autorizados por resolución prefectural de acuerdo al informe de los servicios departamentales de salud (SEDES), una vez cumplidos los siguientes requisitos... Inc. J) La habilitación deberá ser renovada cada dos años después de su proceso de acreditación.)**

En ese entendido el "Hospital" Agramont tuvo una existencia legal hasta el día 25 de enero de 2008 y con posterioridad a dicha fecha operaba al margen de la Ley; en ese sentido siendo el extremo anotado de pleno conocimiento de la APS no entendemos el alcance del primer punto de la nota de referencia cuando se refiere a la gestión 2008, solicitando con respecto a ello se aclare dicho punto pues es claro que a partir del 25 de enero de 2008 el autodenominado "Hospital" Agramont operaba al margen de la Ley, no era un centro médico legalmente autorizado y se hallaba fuera de la aplicación del DS 27925..."

3. SEGUROS ILLIMANI S.A. (S.I.S.A.) interpone Recurso de Revocatoria contra la Nota Cite: APS/DS/JTS/6071/2012 de 13 de agosto de 2012 mediante memorial de 23 de agosto de 2012.

4. A causa de lo anterior, la APS emite la Resolución Administrativa APS/DJ7DS/N° 734-2012 de 14 de septiembre de 2012 que declara improcedente aquél recurso, decisión que no mereció ningún recurso ulterior por parte de aquella compañía, constituyendo a la fecha cosa juzgada.

5. Por lo mismo, en cuanto a la carta APS/DS/JTS/6071/2012 de 13 de agosto de 2012, cualquier controversia ha sido definida.

CONSIDERANDO:

Que entrando en materia de fondo y considerando las alegaciones de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** en **el punto 1 del séptimo Considerando de la presente resolución**, se debe señalar que esta compañía incurre en equívocos semánticos que es imprescindible aclarar definitivamente, ya que interpreta el término “**previo**” con “**condicionar**”. En efecto, “**previo (a)**” es un adjetivo que denota precedencia o antecedente, o anterior a alguna cosa o situación pero no expresa “**condición**”, o sea, hacer depender una cosa de una o más condiciones.

Por si esta acepción semántica de la lengua castellana no fuera suficiente y esclarecedora, recordemos que (según el Diccionario Jurídico de Manuel Ossorio) jurídicamente, “**previo (a)**” significa “**anterior a algo, de anticipación necesaria**” y de ninguna manera subordinación temporal de un fenómeno a la ocurrencia de otro. Mientras que **condición** alude a que las consecuencias de un acto jurídico quedan supeditadas a un acontecimiento incierto y futuro que puede llegar o no, o a la resolución de un derecho ya adquirido; **ergo**, se puede colegir prístinamente que “previo” no es sinónimo de “condición”.

Que expuesto lo anterior, esta entidad reguladora afirma categóricamente que su carta APS/DS/JTS/9572/2012 de 3 de diciembre de 2012 no condiciona nada, como mal ha interpretado **SEGUROS ILLIMANI S.A.** En todo caso, es obvio que los fenómenos siempre tienen un orden de precedencia sin que los mismos importen condición, y en ese contexto, la APS simplemente ha señalado en la carta aludida, que la respuesta a la solicitud de la compañía se encuentra precedida de anteriores requerimientos que la entidad reguladora había efectuado.

Que en efecto, basta revisar las fechas en las que intercambian correspondencia entre la APS y **SEGUROS ILLIMANI S.A.:**

a) Mediante carta APS/DS/JTS/4810/2012 de 28 de junio de 2012, se solicita informe técnico y legal respecto de las actuaciones de la compañía en relación al Hospital Agramont (en respuesta y mediante carta CITE PE N° 1478-2012 de 24 de julio) la compañía solicita más plazo para cumplir con lo requerido.

b) Mediante carta APS/DS/JTS/6071/2012 de 13 de agosto de 2012, se manifiesta que las notas DR 26/2009 y DR 638/09 fueron remitidos a la ASFI por corresponder su emisión a otra entidad distinta de la APS, y que no obstante, la entidad reguladora efectúa labores de seguimiento a todos los reclamos que se cursan ante ella, por lo que se reiteraba la remisión de informes técnicos y legales pedidos con anterioridad.

c) Frente a este cuadro epistolar, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** nunca respondió a los requerimientos legales de la APS (hasta la fecha en que se elabora la presente resolución no consta respuesta concreta alguna), pero y muy suelta de cuerpo, interpone “recurso de revocatoria” contra la Resolución Administrativa APS/DJ7DS/997-2012 de 28 de diciembre de 2012 asumiendo, curiosamente, un rol

de “víctima” como consecuencia de sus propias omisiones e infracciones legales, aspecto que merecerá análisis separado por parte del ente fiscalizador ya que **SEGUROS ILLIMANI S.A.** incurre en incumplimientos respecto de los cuales, la APS posee facultades sancionatorias en su caso.

Que a pesar de los evidentes incumplimientos de parte de la ahora recurrente en remitir los informes requeridos por la APS, esta entidad ha aplicado estrictamente la normativa al deferir a la petición de consignar en resolución administrativa, la carta APS/DS/JTS/997-2012 de 28 de diciembre de 2012, por lo que cabe preguntar, quién incumple sus obligaciones legales?

Que, nuevamente se afirma categóricamente que la APS no ha condicionado nada; más bien, ha reiterado y exigido a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** actuaciones concretas al amparo de facultades expresas como la establecida en el artículo 12.j) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, y como aquella compañía no ha asumido un rol obediente a la norma sin mayores explicaciones, se encuentra en franca rebeldía legal pretendiendo distraer sus responsabilidades interponiendo temerariamente, recursos como el que nos ocupa.

Que a guisa de anticipación (leáse, previo) a un desarrollo más contundente, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** conoce, sabe y está consciente de las competencias del ente regulador, prueba de ello es que es la primera vez que ahora cuestiona las “competencias” de la APS con el único propósito de confundir y diluir las consecuencias del incumplimiento de sus deberes institucionales como operador en el mercado de seguros, al no remitir hasta la fecha, los informes y documentos solicitados en relación al Hospital Agramont.

Que a este respecto, nuevamente **SEGUROS ILLIMANI S.A.** incurre en equívocos lamentables, ya que atribuye carácter preceptivo y mandatorio a lo dispuesto en el artículo 8.l) del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, cuando la redacción de tal disposición revela potestad; veamos: “**Artículo 8. (Conflictos de Competencia)** l. Los Superintendentes del SIREFI, de oficio o a petición de parte, podrán pronunciarse respecto de su competencia para conocer un determinado asunto”. El uso gramatical de verbos es determinante en este caso, “**podrán**” no es lo mismo que “**deberán**”. **SEGUROS ILLIMANI S.A.** SABE Y MUY BIEN que la APS tiene plenas facultades para inspeccionar, fiscalizar y exigir información y documentación a las entidades bajo su tuición, por lo que replicar cuestionando las competencias de la APS antes de cumplir sus obligaciones como aseguradora, está expresando que en la realidad y entendimiento de aquella aseguradora, es ella la que CONDICIONA remitir la información y documentación exigidas por la APS, a que ésta entidad aclare “**sus competencias**”.

Que en cuanto a las alegaciones de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** en el punto 2 del **séptimo Considerando de la presente resolución**, diremos que en relación a la capacidad de la Administración para atender los reclamos y peticiones de los regulados o administrados observada por la recurrente **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, es

pertinente alguna digresión en torno a la obligación de los entes jurisdiccionales, de tutelar los derechos subjetivos que sean sometidos a su valoración de mérito.

Que cuando una persona natural o jurídica solicita el auxilio de los órganos jurisdiccionales (léase *mutatis mutandis*, de la administración pública) espera que los mismos otorguen **tutela efectiva** en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Ahora bien, qué se entiende por tutela efectiva? Es la posibilidad de reclamar a los órganos jurisdiccionales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley. Significa la prevalencia del fondo sobre la forma, el contenido sobre el continente, de forma que prime siempre el principio "**pro actione**" (en caso de duda, a favor de la acción). Es decir, se trata de acudir a los jueces o a la Autoridad Administrativa en pos de la obtención de satisfacción a la pretensión concreta.

Que cuando a los jueces se somete un asunto para su resolución, es obligación primaria resolver dicho asunto en el fondo y excepcionalmente, en la forma. En otras palabras, la regla es resolver la controversia dando la razón a uno y negando a otro (confirmando, o revocando), y excepcionalmente o extraordinariamente, no dar la razón a ninguna de las partes, procediendo a su anulación.

Que añadiendo argumentos a este razonamiento, citemos lo que señala la procesalista argentina **Marianella Ledesma**, "**la tutela jurisdiccional efectiva garantiza que bajo ningún supuesto se produzca denegación de justicia; agregando que esta, no resulta vulnerada por rechazar una demanda ante la no subsanación de ciertas omisiones (las negrillas son de la APS); asimismo, no implica un derecho absoluto, ya que requiere del cumplimiento de determinados requisitos a través de las vías procesales establecidas por ley**". (el subrayado y negrilla es de la APS).

Que no obstante, el hecho de no acreditar estos requisitos no impide que la administrada o la aseguradora en este caso, ejerza su derecho de petición y el consiguiente derecho a obtener una respuesta fundada y razonada.

Que es imprescindible retrotraer algunas actuaciones de la APS a fin de definir si esta entidad "no ha dado respuesta" ni positiva ni negativa a la carta de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** GO N° 2257/2012 de 6 de noviembre de 2012 y para ello, nada mejor que acudir a las propias alegaciones de la recurrente. No es que la APS no ha contestado "ni positiva ni negativamente" a dicha carta, todo lo contrario, **Sí** ha contestado y ha dado, por ende, respuesta a la petición de la aseguradora mediante la carta APS/DS/JTS/9572-2012 de 3 diciembre de 2012 (carta citada repetidas veces por la aseguradora). Otra cosa es que dicha respuesta no sea del agrado o satisfacción de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, luego, habiéndose dado respuesta a la aseguradora no se ha incurrido en silencio administrativo o cosa parecida. Se ha dado respuesta oportuna a la ahora recurrente **precisamente** en aplicación del artículo 4.j) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, por lo que esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha dado cumplimiento a sentencias constitucionales como la N° 0981/2012 de 5 de septiembre de 2012

que expresa que aquél derecho se expresa en el derecho a obtener una respuesta formal y pronta, previo cumplimiento de requisitos. Cosa distinta y “aberrante” hubiera sido que la APS hubiera adoptado una actitud neutra, inactiva u omisiva frente a aquella carta de la aseguradora.

Por lo demás, debemos reiterar que el ente regulador no ha condicionado nada tal cual se ha demostrado, ni ha omitido respuesta alguna; en todo caso, la APS toma debida nota de la velada amenaza que profiere **SEGUROS ILLIMANI S.A.** pretendiendo presionarla (ya que no con argumentos consistentes) de facto, en pos de sus pretensiones inconducentes.

Que en resumen, esta Autoridad ha deferido y resguardado el derecho a petición determinada en el artículo 24 de la CPE.

Que en cuanto a las alegaciones de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** en el “**punto 3. Estado de Indefensión**” del **séptimo Considerando de la presente resolución**, se debe argumentar que si bien la norma administrativa sustantiva como adjetiva, reconoce como facultad discrecional de la recurrente, considerar a las notas o cartas como lesionadora o causante de perjuicios a la misma, el supuesto hipotético precedente a este “criterio” subjetivo del administrado de ineludible concurrencia, es que el acto administrativo tenga carácter definitivo y ciertamente, la carta impugnada ahora como resolución no lo es por su naturaleza, tiene simplemente carácter informativo o medio de comunicación de solicitudes, que no define derechos o pretensiones ni expresa decisión o posición asumida por esta APS en relación al asunto que trata.

Que por lo mismo, al no expresar posición o decisión determinada, tampoco puede causar **indefensión** a la recurrente, ya que no se está inmerso en un procedimiento sancionatorio de conducta alguna; es decir, esta APS, mediante la carta, ahora resolución impugnada, no ha acusado de nada a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** o que el ente regulador hubiera sancionado por algo a la compañía sin haber proporcionado o garantizado el constitucional derecho a la defensa. Estos dos razonamientos configuran cuadro de improcedencia del recurso que nos ocupa.

Que conviene tener presente la acepción de **INDEFENSIÓN** de acuerdo a **Manuel Ossorio**: “Es la situación en que se encuentra quien no ha sido defendido o no se ha defendido, sin culpa por su parte, **en un juicio** que lo afecta. Esa indefensión vulnera el principio de la inviolabilidad de la defensa que suele representar una garantía constitucional. Esta norma resulta particularmente importante en materia penal ya que ni siquiera está librado a la libertad del imputado de no defenderse, ya que el Estado tiene la obligación de proporcionarle uno de oficio” (la negrilla y el subrayado es de la APS).

Que aun más, según el español **Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**: “El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar la jurisprudencia constitucional que ha configurado inequívocamente la indefensión **como aquella limitación de los medios de defensa** producida por una indebida actuación de los

órganos judiciales, es decir, se trata de una real y efectiva privación o limitación del derecho de defensa como directa consecuencia de una acción u omisión del órgano judicial. La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica, de la que se ha dicho que supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea **debida tras un debate (proceso)** decidido por un órgano imparcial (jurisdicción). La tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo 2 del art. 24 CE, se concibe con la negación de la expresada garantía constitucional." (el subrayado y la negrita son de la APS).

Que como puede verse y leer, la indefensión es una situación jurídica que, en rigor, solamente puede ocurrir cuando se está inmerso en la tramitación o sustanciación de un proceso judicial (léase, administrativo) y no cuando simplemente se ha emitido una carta en respuesta a otra. La APS habría provocado indefensión (si utilizamos coherentemente este término) siempre y cuando, se hubiera notificado con cargos y que como consecuencia de la misma, esta entidad fiscalizadora hubiera restringido, constreñido, impedido los medios de defensa que la Ley concede al administrado, pero la situación que nos ocupa está lejos de ser tal, y por lo mismo, utilizar el término indefensión en este caso concreto, es impertinente.

Que se debe reiterar que la carta APS/DS/JTS/9572/2012 de 3 de diciembre de 2012 constituye un instrumento **preparatorio** para lo que pueda surgir de la evacuación de la información solicitada por el ente regulador, información exigible legalmente por mandato del artículo 43 t) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998. Retrotraigamos el hecho de que en la carta, ahora resolución impugnada, esta APS clara y meridianamente indica que la información solicitada en cartas anteriores a ella, precede a la atención en relación a algún conflicto de competencia, que tiene la finalidad de contar con información de análisis en relación al reclamo efectuado por el Hospital Agramont; es decir, contar con elementos de juicio para lo que posteriormente pudiera surgir, sin que se haya adelantado en ningún momento, criterio respecto de la justicia o injusticia del reclamo del Hospital Agramont, como bien se puede constatar con una atenta lectura de la carta ahora resolución impugnada.

Que en concordancia con lo razonado respecto del artículo 56 de la norma citada, es de rigor indicar que la carta, ahora resolución impugnada, APS/DS/JTS/9572/2012 de 3 de diciembre de 2012 no importa un acto que imposibilite continuar procedimiento alguno o que produzca indefensión, porque sencillamente, no enmarca la petición de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** dentro de ningún procedimiento sancionatorio que restrinja derechos legítimos de la recurrente. Como se ha indicado, es una carta que reitera la solicitud de remisión de información para contar con elementos de análisis en relación a un reclamo concreto, el del Hospital Agramont y para ningún otro propósito; o sea, es un acto puramente preparatorio para una posterior formación de criterio.

La carta recurrida no le está desconociendo derecho alguno a la compañía ni expresa ni implícitamente, menos está **"cerrando"** o imposibilitando ulteriores acciones o procedimientos que pueda ejercer la recurrente. Este es otro elemento que configura la improcedencia del recurso presente.

Que el hecho de que **SEGUROS ILLIMANI S.A.** pretenda fundar su recurso en la situación de habersele causado indefensión carece de rigor y seriedad a la luz de lo expuesto precedentemente y en adición, la aplicación del artículo 8.1) del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 no se enmarca en ningún contexto de "proceso jurisdiccional en regla"; luego, mal puede haberse violado dicho artículo si no se está en ningún proceso administrativo sancionatorio.

Tales son las consistencias de las alegaciones de la compañía aseguradora.

Que en cuanto a las alegaciones de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** en el punto **"4. Falta de Motivación", del séptimo Considerando de la presente resolución**, recordemos "previamente" (no sujeto a ninguna condición) lo que se entiende por **fundamentación** en materia jurídica (léase administrativa); "...consiste en la cita correcta y completa de los preceptos jurídicos que regulan la actuación autoritaria de que se trate. Debe de ser correcta toda vez que el invocar dispositivos normativos que no se apliquen al caso concreto en estudio, como resulta obvio, dan lugar al error. Debe de ser completa en virtud de que la autoridad no puede fundar parcialmente sus actuaciones, no resulta legal que por aproximación o mayoría se concluya que un acto administrativo se encuentra adecuadamente fundamentado." (Gustavo Sánchez Soto, México, 1979). Para Herrera Figueroa, es la base sobre la que estriba el Derecho, la razón principal y motivo último en que asienta, afianza y asegura el mundo jurídico social.

Concordante con estas disquisiciones, el artículo 28.e) de la Ley de Procedimiento Administrativo determina que el fundamento del acto administrativo se objetiva cuando se expresa de forma **concreta, las razones que inducen a emitir el acto**, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo.

Que se debe tener en mente que la resolución administrativa de la APS que ahora se impugna, se desarrollan aspectos perfectamente coherentes y claros, se escribe antecedentes y consecuencias. Veamos:

1. En el único párrafo de la parte **"Vistos"** se acusa consideración de elementos epistolares e informes legales que en conjunto, constituyen base ideológica y material de lo que más adelante desarrolla dicha resolución.
2. En el primer Considerando de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 997-2012 de 28 de diciembre de 2012, se inscribe los elementos y fundamentos legales que amparan a la APS en la emisión de tal instrumento administrativo.
3. En el segundo Considerando, se hace una alusión sinóptica del fundamento fáctico y legal de la procedencia de los recursos de revocatoria.

4. En el tercer Considerando, se alude íntegramente, al elemento fáctico que funda y motiva la resolución administrativa, cual es la carta APS/DS/JTS/9572-2012 de 3 de diciembre de 2012.
5. En el cuarto Considerando, en un contexto de relación causa-efecto, se subsume la solicitud de consignación de la carta en resolución administrativa en la norma pertinente, a fin de viabilizar la pretensión del regulado.
6. En lo demás, se refleja el marco atributivo de las facultades del titular de la APS para emitir resoluciones administrativas, así como su personería pertinente.

Que estos extremos reflejan y revelan que la APS emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 997-2012 de 28 de diciembre de 2012 justificando, fundamentando legal y fácticamente con plenitud su contenido, sin que la misma de lugar a equívocos, teniendo en cuenta que la carta elevada a resolución fue emitida dentro de ningún procedimiento administrativo sancionatorio.

En cuanto al término **"inmotivado"** que el memorial de recurso utiliza en este acápite, señalemos (nuevamente, la carta consignada en resolución fue remitida a la aseguradora en un contexto de ningún procedimiento sancionatorio) que en cuanto al opuesto binario de inmotivado que es la motivación, diremos que se debe distinguir dos acepciones; el **motivo y la motivación** de los actos administrativos.

En cuanto al **motivo**, es el antecedente que provoca el acto; es decir, una situación legal o de hecho prevista por la Ley como presupuesto necesario de la actividad administrativa. En cuanto a la **motivación**, es el juicio que se forma la autoridad al apreciar el motivo y ligarlo con la disposición legal pertinente aplicable. Es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad. En la notificación de cargos concreta, se objetiva la situación legal y de hecho que provoca el acto (motivo) así como el juicio que la APS se ha formado a raíz de la situación legal creada (motivación).

El **Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales** de Ossorio, entiende por Motivación: la causa, razón o fundamento de un acto. El **motivo** será jurídico cuando se refiera a actos de esa índole. Abarca todas las ramas no solo del Derecho Substantivo, sino también del Adjetivo, porque no se concibe ningún acto, inclusive los que tengan configuración delictiva, que no obedezca a una motivación, generalmente consciente, pero que puede serlo también inconsciente. La determinación de los **motivos es**, pues, necesaria para la investigación penal (léase investigación administrativa), para la interpretación de contratos y obligaciones, para la declaración judicial de los derechos, etc.

Huelga añadir que aunque la motivación no es un requisito esencial del Acto Administrativo, de acuerdo al artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin embargo, esta APS, por extensión y al expresar la notificación con cargos una decisión de la administración, siempre "motiva" sus

comunicaciones y con mayor énfasis, sus resoluciones por estar dentro procesos administrativos (ver artículo 30 de la citada Ley) en los cuales esta APS sí emite juicios de valor que ocasionalmente pueden causar perjuicios a los regulados. En el caso de la resolución que se impugna nada de esto ocurre ya que como se ha dicho, la carta que da origen a dicha Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 997-2012 de 28 de diciembre de 2012, es preparatoria y emitida en cumplimiento de atribuciones institucionales definidas. Pero aún hay más, nuestra norma administrativa exige que, por ejemplo, la notificación de cargos sea **concreta**; esto es, que sea precisa y determinada porque tal notificación emite perjuicios de valor.

Es importante reiterar que, pese a no estar dentro de ningún procedimiento administrativo sancionatorio, la APS ha emitido la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 997-2012 de 28 de diciembre de 2012 fundamentando y motivando su contenido y propósito, conforme se ha explicado precedentemente y en estricta aplicación de los artículos 28 y 30 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002. Por lo que alegar que dicha resolución que se impugna ahora es inmotivada, que afecta intereses legítimos y que sume en indefensión a la recurrente, carece de sustento legal y procedimental como se ha demostrado, utilizándose términos procesales administrativos descontextualizados y equívocamente para la situación concreta como se ha demostrado precedentemente o "previamente".

CONSIDERANDO:

Que el conjunto de alegaciones esgrimidos por la recurrente en el presente recurso no enervan ni destruyen los razonamientos cursantes en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 997-2012 de 28 de diciembre de 2012, por lo que se concluye que la recurrente no ha desvirtuado lo dispuesto en la referida resolución administrativa, correspondiendo confirmar la misma..."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 28 de febrero de 2013, Seguros Illimani S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 107-2013 de 13 de febrero de 2013, argumentando lo siguiente:

“...Antecedentes.-

Habiendo sido notificado con la Resolución APS/DJ/DS/No 107 - 2013 de fecha 13 de febrero de 2013 interpongo contra la misma, recurso de revocatoria; amparando dicho recurso en la siguiente fundamentación legal y antecedentes (sic) que paso a exponer:

1. Mediante nota cite: GO No.- 2257/2012 de fecha 6 de noviembre de 2012 hemos solicitado a la APS se pronuncie sobre su competencia en relación a las notas:

- a. ASF1/DDC/R-43968 de fecha 6 de octubre de 2009,

- b. APS/DS/JTS/4810/2012 de fecha 28 de junio de 2012.
- c. APS/DS/JTS/6071/2012 de fecha 13 de agosto de 2012.

2. NO PODEMOS PERDER DE VISTA QUE TODAS LAS NOTAS REFERIDAS ANTERIORMENTE TIENEN COMO ORIGINE (sic) UN RECLAMO DE PAGO PRESENTADO ANTE LA APS POR LA INSTITUCIÓN QUE SE HACE LLAMAR HOSPITAL AGRAMONT SIN TENER DICHA CALIDAD.

3. TAMPOCO PODEMOS PERDER DE VISTA QUE, HEMOS ADVERTIDO OPORTUNAMENTE A LA APS MEDIANTE NOTA EXPRESA Y ADJUNTANDO LA CORRESPONDIENTE DOCUMENTACIÓN QUE EL RECLAMO DEL ASI AUTO DENOMINADO HOSPITAL AGRAMONT ANTE LA APS SE HALLA DUPLICADO PUES DICHA ENTIDAD MANTIENE UN PROCESO ORDINARIO CONTRA SEGUROS ILLIMANI S.A. MEDIANTE EL CUAL RECLAMA EL PAGO DE LOS MISMOS CONCEPTOS QUE DIERON LUGAR A LAS NOTAS RELACIONADAS EN EL PUNTO 1.

4. DICHS ANTECEDENTES QUE LA APS NO HA COMPULSADO NI LES HA DADO VALOR LEGAL ALGUNO SON LOS QUE DETERMINANAN EL OBJETO MISMO DEL ACTO RECURSIVO AHORA DE CONOCIMIENTO DE LA AUTORIDAD JERÁRQUICAMENTE SUPERIOR.

5. POR ENDE NO ES EVIDENTE QUE LA APS HA ENVIADO LAS NOTAS ANTES REFERIDAS A SEGUROS ILLIMANI S.A. POR IMPULSO PROPIO SINO QUE LAS MISMAS FUERON MOTIVADAS POR UN RECLAMO DE PAGO EFECTUADO POR EL HOSPITAL AGRAMONT RELACIONADO AL SOAT extremo este fundamental para determinar la competencia de la APS en el caso presente conforme los antecedentes expuestos.

6. EN CONSECUENCIA LA APS NO PUEDE DEJAR DE VALORAR QUE CON EL AUTODENOMINADO HOSPITAL AGRAMONT MANTENEMOS UN PROCESO CIVIL Y OTRO PENAL POR EL MISMO OBJETO ESTABLECIDO EN LAS CARTAS DE RECLAMO QUE FUERON ENVIADOS A LA APS POR EL HOSPITAL AGRAMONT Y QUE DIERON ORIGEN A LAS NOTAS RELACIONADAS EN EL PUNTO 1.

7. En consecuencia, la solicitud de pronunciamiento referida en el punto 1. Se realizo a la APS, en el marco antes descrito, amparados en el artículo 8vo. Inc. 1. del D.S. 27175, norma que debió ser cumplida por la APS y que mediante la Resolución ahora recurrida ha establecido que dicho cumplimiento seria meramente un acto potestativo de dicho ente regulador incumpliendo así con premisas mayores contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo que establece taxativamente que las Autoridades Administrativas deben motivar sus actos.

8. Como respuesta a dicha solicitud la APS nos envió la nota CITE APS/DS/JTS/9572/2012 de fecha 3 de diciembre de 2012; - dicha nota condiciona la obligación y deber legal de la APS de fundamentar su competencia en el caso concreto a la presentación previa, por parte de Seguros Illimani S.A., de la información requerida en las notas APS/DS/JTS/4810/2012 de fecha 28 de junio de 2012 y APS/DS/JTS/6071/2012 de fecha 13 de agosto de 2012 (LAS MISMAS CUYA FUNDAMENTACION RELATIVA A SU COMPETENCIA SE HA REQUERIDO A LA APS !!!!!).

- a. La APS en la resolución ahora recurrida tergiversa el sentido literal de la nota CITE APS/DS/JTS/9572/2012 de fecha 3 de diciembre de 2012 y trata de hacer ver que en la misma no se dice lo que materialmente se lee en la misma.

b. Señala la APS que jamás condiciono el cumplimiento de la explicación relativa a su competencia; a través de una explicación aislada de términos y su significado semántico descontextualizado de la nota a la que me refiero intenta inducir en error a la Autoridad Jerárquica que revisara en tema en cuestión.

c. A fin de que la Autoridad Jerárquica Superior tenga cabal entendimiento de lo establecido en la nota CITE APS/DS/JTS/9572/2012 de fecha 3 de diciembre de 2012 paso a transcribirla a fin de que no quede duda alguna de que la APS materialmente condiciono el cumplimiento de su obligación al cumplimiento previo por parte del administrado de ciertos requisitos que no se hallan contenidos en norma alguna: **"Acusamos recibo de su cite GO No 2257/2012, por el que solicita que este órgano de fiscalización se pronuncie sobre la competencia respecto a las siguientes notas que han sido dirigidas a Seguros Illimani S.A. ASFI/DDC/R-43968 de fecha 6 de octubre de 2009, APS/DS/JTS/4810/2012 de fecha 28 de junio de 2012. APS/DS/JTS/6071/2012 de fecha 13 de agosto de 2012. Al respecto y con carácter previo al pronunciamiento solicitado por Seguros Illimani S.A. instruimos a la aseguradora que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso i) remita la información requerida por el cite APS/DS/JTS/4810/2012 de fecha 28 de junio de 2012 y cite APS/DS/JTS/6071/2012 de fecha 13 de agosto de 2012 en un plazo de 5 días administrativos a partir de la recepción de la Presente. "** (el resaltado es nuestro)

9. En atención a que la APS condiciono su pronunciamiento al cumplimiento previo, por parte de Seguros Illimani S.A., de las notas citadas y a la vez observadas conforme la facultad que se nos otorga en el artículo 8vo. Inc. I. del D.S. 27175; por nuestra parte mediante nota de 20 de diciembre de 2012 solicitamos a la APS elevar a rango de resolución **MOTIVADA Y FUNDAMENTADA** la nota CITE APS/DS/JTS/9572/2012 de fecha 3 de diciembre de 2012 conforme lo manda imperativamente la Ley.

10. En atención a lo señalado la APS emitió la Resolución APS/DJ/DS/No 997 - 2012 de fecha 28 de diciembre de 2012 sin motivar y mucho menos fundamentar dicho acto administrativo en franca contravención al deber legal que tiene toda Autoridad Administrativa en fundamentar y motivar sus actos.

11. Así mismo se soslayo por completo la solicitud de Seguros Illimani S.A. contenida en la nota: GO No.-2257/2012 de fecha 6 de noviembre de 2012 que a la fecha permanece sin respuesta y a cambio hemos recibido evasivas por parte de la APS, evasivas en las que dicen que no cumplirán con la obligación de responder dicha nota pues según se infiere del contenido de sus respuestas el ente regulador no se halla obligado a responder dicha nota y puede soslayarla por imperio del contenido del DS 27175 SOSLAYANDO normas de mayor jerarquía como la Ley del Procedimiento Administrativo y vinculantes Sentencias Constitucionales.

12. En atención a ello se presento el correspondiente recurso de revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/No 997 - 2012 de fecha 28 de diciembre de 2012 que fue resuelta (sic) por la Resolución ahora recurrida que es una reiteración de todos los demás actos administrativos que se han dado a lo largo del tema que se expone, sin que se haya dado respuesta a ninguno de los requerimientos expuestos por nuestra parte.

13. En consecuencia no se ha dado cumplimiento al deber legal que le impone la norma a la APS contenido en el artículo 8vo. y siguientes del D.S. 27175. (SIC) Y se han vulnerado varios preceptos legales: como paso a exponer:

1.- VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PETICIÓN.- Entendemos Que (sic) el accionar de la APS ha vulnerado dicho derecho que goza de rango constitucional; frente a una petición realizada por el administrado, dicho ente ha decidido no dar respuesta alguna; ni positiva ni negativa a la petición formulada, peticiona que además se halla respaldada por el artículo 8vo. Inc. I. del D.S. 27175 estableciéndose adicionalmente que dicho accionar representa un incumplimiento a la norma y a los deberes de la APS.

En pocas palabras la resolución ahora recurrida establece que la APS podrá dar respuesta si quiere al requerimiento que hacemos y si no quiere no lo hace, extremo este que así pedestremente expuesto es el argumento principal de la APS para incumplir con el mandato contenido en la Ley del Procedimiento Administrativo que establece como obligación de toda entidad administrativa de motivar sus actos, extremo que se halla contenido en el artículo 30 de la Ley del Procedimiento Administrativo. La APS no puede escudar su falta de competencia en el tema en el artículo 8 del DS 27175 e interpretar un termino de forma aislada y descontextualizada de otras nomas como la Ley del Procedimiento Administrativo, la propia Constitución Política del Estado y VINCULANTES SENTENCIAS CONSTITUCIONALES.

Entienda su Autoridad que no buscamos se resuelva la solicitud que hacemos de forma positiva, tan solo queremos entender las razones de la APS para semejante comportamiento, petición que además se halla respaldada por las norma citadas (sic) y las VINCULANTES sentencias constitucionales.

La Jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la petición tiene e siguiente alcance: SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURIN ACIÓN AL 0981/2012 Sucre, 5 de septiembre de 2012: "**El derecho a la petición. En el nuevo orden constitucional, el derecho de petición está reconocido en el art. 24 de la CPE, en el que se hace un desarrollo más amplio que en el art. 7 inc. h) de la Constitución Política del Estado abrogada (CPE abrog), señalando textualmente que este derecho puede ser ejercido: "...de manera individual o colectiva, sea oral o escrita...", generando una obligación, tanto para autoridades como para particulares, que consiste en otorgar una respuesta formal y pronta; es decir, responder en el menor tiempo y de forma clara. La SCP 0162/2012 de 14 de mayo, estableció que: "Por otra parte la doctrina constitucional, se refiere al derecho de petición como un derecho fundamental del ser humano que nace en un sistema social cualquiera que fuese el régimen político, lo que no significa un favor a las personas, sino un reconocimiento de un derecho natural que hoy forma parte de las garantías contenidas en la Constitución Política del Estado vigente, teniendo el Estado como función esencial garantizar su cumplimiento para 'vivir bien' (SC 0235/2010-R de 31 de mayo). De acuerdo a la norma constitucional, el derecho a la petición puede ser ejercido de manera oral o escrita, sin la exigencia de formalidades, pues sólo se requiere la identificación del peticionario. En cuanto a su contenido esencial, la Constitución Política del Estado hace referencia a una respuesta formal y pronta, entendiéndose que ésta, entonces debe ser escrita, dando una respuesta material a lo solicitado ya sea en sentido positivo o**

negativo, dentro de los plazos previstos en las normas aplicables ó, a falta de éstas, en términos breves y razonables. Respecto al derecho de petición este Tribunal, a través de la SC 0310/2004-R de 10 de marzo, estableció que: '...en caso de alegarse la violación del derecho a formular peticiones, corresponde que el recurrente, demuestre los siguientes hechos: a) la formulación de una solicitud expresa en forma escrita; b) que la misma hubiera sido formulada ante una autoridad pertinente o competente; c) que exista una falta de respuesta en un tiempo razonable; y, d) se haya exigido la respuesta y agotado las vías o instancias idóneas de esa petición ante la autoridad recurrida y no existan otras vías para lograr la pretensión'. Empero, mediante la SC 1995/2010-R de 26 de octubre, se moduló la SC 0571/2010-R de 12 de julio, señalando que: '...el primer requisito señalado por dicha Sentencia, es decir, la formulación de una solicitud en forma escrita no es exigible, pues la Constitución expresamente establece que la petición puede ser escrita u oral. Con relación al segundo requisito que establece que la solicitud debe ser presentada ante autoridad competente o pertinente, se debe precisar que esta no es una exigencia del derecho de petición, pues aún cuando la solicitud se presente ante una autoridad incompetente, ésta tiene la obligación de responder formal y oportunamente sobre su incompetencia, señalando, en su caso, a la autoridad ante quien debe dirigirse el peticionario; conclusión a la que se arriba por el carácter informal del derecho a la petición contenido en la Constitución Política del Estado, que exige como único requisito la identificación del peticionario, y en la necesidad que el ciudadano, encuentre respuesta y orientación respecto a su solicitud, en una clara búsqueda por acercar al administrado con el Estado, otorgándole a aquél un medio idóneo para obtener la respuesta buscada o, en su caso, la información sobre las autoridades ante quienes debe acudir, lo que indudablemente, fortalece el carácter democrático del Estado boliviano'. En ese entendido, cuando la petición es dirigida a un servidor público, éste debe orientar su actuación en los principios contemplados en el art. 232 de la CPE, entre otros, el principio de compromiso e interés social, eficiencia, calidad, calidez y responsabilidad. Respecto al tercer requisito, el mismo es compatible con el texto de la Constitución vigente, pues sólo si en un plazo razonable, o en el plazo previsto por las normas legales -si existiese- no se ha dado respuesta a la solicitud se tendrá por lesionado el derecho a la petición. Finalmente, el cuarto requisito, referido a que el peticionante debe haber reclamado una respuesta y agotado las vías o instancias idóneas de esa petición ante la autoridad recurrida, corresponde señalar que dicho requisito es exigible cuando dichos medios de impugnación estén previstos expresamente en el ordenamiento jurídico con dicho objetivo, es decir, resguardar el derecho de petición; a contrario sensu, no será exigible cuando no existan esos medios; pues, se entiende que este derecho - como se tiene señalado- busca acercar al administrado al Estado, otorgando a la persona de un instrumento idóneo, expedito e inmediato para acudir ante el servidor público con la finalidad de requerir su intervención en un asunto concreto o de solicitar una determinada información o documentación que cursa en poder de esa autoridad. Lo señalado también se fundamenta en la naturaleza informal del derecho de petición y en el hecho que el mismo sea un vehículo para el ejercicio de otros derechos que requieren de la información o la documentación

solicitada para su pleno ejercicio; por tal motivo, la respuesta solicitada debe ser formal y pronta, dando respuesta material a lo solicitado ya sea en sentido positivo o negativo, dentro de un plazo razonable. Consecuentemente, para que la justicia constitucional ingrese al análisis de fondo de la presunta lesión al derecho de petición, es exigible: 1. La existencia de una petición oral o escrita; 2. La falta de respuesta material y en tiempo razonable a la solicitud; y, 3. La inexistencia de medios de impugnación expresos con el objetivo de hacer efectivo el derecho de petición' (SC 1434/2011-R de 10 de octubre). Rememorando la SC 0299/2006-R de 29 de marzo, respecto al derecho a petición en relación al silencio administrativo, concluyó que el derecho de petición "...no encuentra satisfacción en el silencio administrativo negativo, porque SU Contenido esencial y legal es el de generar una respuesta formal y motivada por escrito, que resuelva el fondo del asunto peticionado, sea notificado al peticionante y en el plazo de ley; por tanto, el silencio administrativo negativo no exime la responsabilidad de las autoridades administrativas por lesión del derecho a petición, afectación que puede ser reclamada en la vía de la jurisdicción constitucional, y también en la ordinaria, pudiendo el afectado por falta de respuesta acudir a la que corresponda de acuerdo a ley". Entendimiento compatible con lo previsto en el art. 24 de la CPE."

Consecuentemente, la APS no ha dado cumplimiento a la VINCULANTE Sentencia Constitucional citada; frente al requerimiento de Seguros Illimani SA. contenido en la nota GO No. 2257/2012 el ente regulador HA CONDICIONADO SU PRONUNCIAMIENTO A QUE POR NUESTRA PARTE ADJUNTEMOS LOS DOCUMENTOS SOLICITADOS PRECISAMENTE EN LAS NOTAS OBSERVADAS POR LA CITADA COMUNICACIÓN (GO No. 2257/2012), dicho ilegal acto se halla contenido en la nota APS/DS/JTS/9572/2012 (cuyo contenido ha sido transcrito) Así mismo la Resolución ahora recurrida señala que la respuesta a dicha nota no es un acto meramente potestativo de la APS; SI QUIERE LA RESPONDE SINO NO - en pocas palabras eso es lo que dice el acto administrativo ahora impugnado :.¿ Extremo que no condice con una sana practica procesal y demuestra fehacientemente que la APS no se ajusta a derecho en su accionar. La Resolución ahora impugnada al igual que los actuados previos ha soslayado nuestra petición (es decir la misma no se ha resuelto) y no se refiere a la misma ni de forma tangencial solo dice que la petición nuestra se resolverá solo a juicio potestativo de la APS ¿????????????????, hasta la fecha no hemos recibido explicación alguna de los fundamentos legales que tiene la APS para acreditar su competencia en el caso concreto, hasta la fecha no hemos recibido una respuesta FORMAL Y MOTIVADA sobre nuestra petición, la misma sencillamente ha sido SOSLAYADA, la APS HA CONDICIONADO LA RESPUESTA A LA MISMA A ACTOS PREVIOS A SER REALIZADOS POR NUESTRA PARTE (sic) QUE SON PRECISAMENTE A LOS QUE NOS Oponemos y de los cuales hemos solicitado una explicación inherente a la competencia de la APS en el caso específico, respuesta QUE NO EXISTE !

La APS no puede CONDICIONAR el cumplimiento de sus obligaciones a que por nuestra parte cumplamos con actos que se hallan observados por la empresa que represento. Con dicho accionar la APS no solo comete una ilegalidad que tiene varias aristas sino que vulnera de forma flagrante el derecho a la petición.

Existen los mecanismos legales en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley (Sentido Amplio) por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la **norma** omitida. De no obtener justicia con este procedimiento acudiremos a ellos una vez habilitados para ello.

2.-ESTADO DE INDEFENCION (sic).- De acuerdo a la **VINCULANTE** jurisprudencia constitucional a la que me referiré más adelante, se considera que cuando la autoridad jurisdiccional, administrativa o de cualquier otra índole; encargada de administrar justicia, por cualquier medio, menoscaba, dificulta o reprime el derecho de acceso a los medios de defensa que aseguran el ejercicio a la defensa a los administrados, conculca con dicho accionar el derecho a la defensa que asiste a estos y consiguientemente los sume en indefensión; en el presente caso un mecanismo de defensa establecido por el inciso I, artículo 8vo del D.S. No.- 27175 ha sido condicionado al cumplimiento previo, por parte de Seguros Ilimani S.A. de acuerdos que han sido observados por la misma empresa. En la Resolución ahora impugnada la APS señala que al no estar en proceso el derecho a la defensa y su contenido material no se activa a favor del administrado, es decir que la APS no tiene la obligación de respetar este derecho constitucional en actos preparativos a un proceso sancionatorio como bien lo señala la propia resolución impugnada, nada más absurdo y temerario, la APS en TODOS sus actuados debe asegurar que el derecho a la defensa sea ejercitado de forma amplia e irrestricta por parte de los administrados lo (sic) contrarios tomaría a la APS en un ente dictatorial apartado de la norma y cuyo accionar es absolutamente contrario a las normas que regulan un Estado de Derecho.

Así tenemos las siguientes Sentencias Constitucionales que VINCULAN el accionar de toda autoridad encargada de administrar justicia: La SC 377/2003/2003-R ha establecido que se entiende por **derecho a la defensa** lo siguiente: "(...) **no es un derecho que concierna al querellante o víctima, sino más bien al imputado asegurándole la posibilidad de todo recurso o medio para defenderse y desvirtuar la acusación presentada en su contra, de modo que podrá presentar y producir cuanta prueba lícita la considere favorable, podrá presentar incidentes, recursos, excepciones y otros, para probar su inocencia (...), resultado obvio, que cuando esa posibilidad es impedida por la autoridad jurisdiccional a través de algún acto o resolución, no hace más que incurrir en un acto ilegal que suprime el derecho de acceso a la justicia.**" - Quedando absolutamente claro que por nuestra parte hemos ejercido un mecanismo de defensa frente al accionar de la APS y del HOSPITAL AGRAMONT, mecanismo de defensa que ha sido soslayado por la entidad a su cargo sumiéndonos en evidente estado de indefensión, lo que es peor el mecanismo de defensa ha sido supeditado al cumplimiento previo por parte nuestra de extremos contenidos en notas que han sido objeto precisamente del recurso condicionado, sencillamente absurdo y aberrante.

3.- FALTA DE MOTIVACIÓN.- En el caso específico no solo que se ha dado la falta de motivación en la resolución recurrida sino que la APS no se ha referido para nada a nuestros argumentos condicionado su deber de fundamentar el acto a acciones previas a ser realizadas por el administrado, extremo que lacera penosamente una sana práctica administrativa, así mismo ha establecido que la atención a nuestra petición es un ACTO POTESTATIVO si quiere la APS responde a

nuestro requerimiento sino quiere no lo hace, eso es lo que señala la APS en la resolución ahora recurrida.

En consecuencia dicho acto constituye un acto inmotivado de su Autoridad el mismo que lesiona derechos y garantías constitucionales conforme la **VINCULANTE** Sentencia Constitucional No. 0905/2006-R Sucre, 18 de septiembre de 2006 que señala: "**En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que: "cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución", y que "cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma" (SSCC 717/2006-R, 0505/2006-Ry 1369/2001-R, entre otras).**". -VINCULANTE Sentencia Constitucional que es plenamente aplicable a su Autoridad por imperio de los artículos 28 y 30 de la Ley 2341 que señala que todo acto administrativo debe ser fundamentado; expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto así como la causa del mismo y el derecho aplicable, extremos que se hallan AUSENTES en la Resolución recurrida.

4.- INCOMPETENCIA DE LA APS.- Es claro colegir que en un caso como el que nos ocupa en el que existe un proceso penal y otro civil sobre el mismo extremo que invoca el HOSPITAL AGRAMONT; la APS debe explicar su competencia pues las notas cuya explicación relativa a la competencia que asiste a la APS se ha solicitado y que son motivo del presente acto recursivo fueron motivadas por el propio HOSPITAL AGRAMONT solicitando a la APS intervenga en un requerimiento de pago que ya es de conocimiento de la Autoridad Jurisdiccional.

La Resolución Administrativa SB No. 077/2006 de 14 de junio del mismo año(sic) ha establecido claramente lo siguiente: "**La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras no alcanza a resolver situaciones controversiales entre las entidades reguladas y sus clientes o usuarios emergentes de contratos o acuerdos suscritos en el uso privativo de facultades civiles y comerciales establecidas en la legislación boliviana ...**"(SIC) - La competencia del ente regulador, en este caso de la APS se halla limitada a emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la actividad de seguros, cualquier cuestión relativa al cumplimiento de contratos o su incumplimiento es atribución privativa de los juzgados ordinarios de la república, la APS carece de competencia para referirse o analizar cuestión alguna relativa a dicho punto, así lo ha ratificado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 84/006 de 19 de diciembre de 2006 en forma incuestionable. En el mismo orden de razonamiento halla coincidencia la Resolución Jerárquica De Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2005 de fecha 12 de septiembre de 2005.

PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en el Decreto Supremo No. 27175 y la Ley 2341, establecidos para la presentación del Recurso Jerárquico tenga presente su Autoridad el presente recurso y póngase el mismo en conocimiento de la Autoridad Jerárquica Superior.

Otrosí.-1.- Así mismo tenga en cuenta su Autoridad que el anuncio de la utilización de vías legales para la defensa de los administrados no es una amenaza, la jurisprudencia constitucional y la ordinaria han establecida ya hace muchos años que el anuncio de la utilización de mecanismos legales constituye un derecho de los administrados por el cual no podemos ser reprendidos NI AMENAZADOS como lo hace su Autoridad en la resolución ahora impugnada. Su autoridad señala que Seguros Illimani la amenaza, nada más alejado de la realidad, Seguros Illimani establece que ejercerá sus derechos para reponer la presente ilegalidad, extremo que no puede nublar el entendimiento objetivo de su Autoridad en el caso específico ni puede provocar el exabrupto contenido en la resolución ahora impugnada, exabrupto que sí es una amenaza. Su Autoridad señala que tomara debida nota del anuncio que hacemos de utilizar el derecho que nos asiste a accionar, no entendemos con qué objeto ¿?, cual la finalidad de ello ¿?. En todo caso solicitamos a la Autoridad Jerárquica Superior se pronuncie sobre este delicado extremo que a juicio nuestro por así estar contenido en la Resolución impugnada devela que la misma fue pronunciada en un momento de ofuscación y sin que la Autoridad Administrativa que pronuncio el Acto ahora impugnado tenga la objetividad debida para discernir el caso que se le expuso.

Otrosí 2.- Ratifico de forma inextensa el recurso de revocatoria pues el mismo fue soslayado por la APS a fin de que todos sus argumentos sean nuevamente considerados ahora por la Autoridad Jerárquica..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES

Seguros Illimani S.A., mediante nota CITE: GO N° 2257/2012 de 6 de noviembre de 2012, solicitó al Ente Regulador pronunciamiento respecto a la competencia que tendría en relación a las Notas ASFI/DDC/R-43968 de fecha 6 de octubre de 2009, ASP/DS/JTS/4810/2012 de fecha 28 de junio de 2012, APS/DS/JTS/6071/2012 de fecha 13 de agosto de 2012, mismas relacionadas a la cobertura de SOAT en el Hospital Agramont.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota Cite APS/DJ/DS/JTS/ 9572/2012 de 3 de diciembre de 2012, responde a Seguros Illimani S.A en sentido de **que con carácter previo al pronunciamiento** solicitado por la Entidad Aseguradora, instruye a la misma a remitir la información requerida por los cites

APS/DS/JTS/4810/2012 de fecha 28 de junio de 2012, APS/DS/JTS/6071/2012 de fecha 13 de agosto de 2012 consistente en:

- Informe Técnico y Legal que determine las causales por las que la aseguradora no habría otorgado la cobertura a cada uno de los accidentados atendidos en el Hospital Agramont.
- Informe que establezca el cumplimiento de la Resolución Administrativa N° 595, para observar la documentación proporcionada por el Hospital Agramont para cada uno de los accidentados.
- Informe Técnico y Legal que establezca si el Hospital Agramont incumplió o infringió la normativa establecida por el Decreto Supremo N° 27295.
- Informe con corte al mes de junio de 2012, que establezca la constitución de las correspondientes reservas por cada uno de los accidentados durante las gestiones 2007 y 2008.

Asimismo y en la misma nota el Ente Regulador recuerda a la Aseguradora que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 734-2012 de fecha 14 de septiembre de 2012, se ha declarado improcedente el recurso de revocatoria interpuesto por Seguros Illimani S.A. contra la Nota APS/DS/JTS/6071, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros

Seguros Illimani S.A., mediante Nota de 20 de diciembre de 2012, solicita que la Nota APS/DJ/DS/JTS/ 9572/2012 de 3 de diciembre de 2012, sea elevada al rango de Resolución.

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 997-2012 de 28 de diciembre de 2012, la Autoridad Fiscalizadora consignó en Resolución Administrativa la Carta APS/DS/JTS/9572-2012 de 3 de diciembre de 2012.

En fecha 16 de enero de 2013, Seguros Illimani S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/N°997/2012 de 28 de diciembre de 2012, mismo que ha sido resuelto mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 107-2013 de 13 que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 997-2012 de 28 de diciembre de 2012.

En fecha 28 de febrero de 2013 Seguros Illimani S.A., interpuso Recurso Jerárquico, mismo que pasa a resolverse.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto al derecho a la petición.-

La recurrente argumenta que la APS no habría dado respuesta positiva ni negativa a la petición formulada, a través de la Nota CITE: GO N° 2257/2012 de 6 de noviembre de 2012, ni a través de los demás actos administrativos emitidos por el Ente Regulador.

Por lo que importa antes de entrar en el control de legalidad respectivo, referirnos a los alcances del derecho a la petición, para ello revisemos la Sentencia Constitucional 0273/2012, quien claramente ha establecido:

“...Respecto al núcleo esencial del derecho a la petición, conforme a las SSCC

1742/2004-R y 0684/2010-R, reiteradas por la SCP 0085/2012, mínimamente comprende los siguientes contenidos: a) La petición de manera individual o colectiva, escrita o verbal aspecto que alcanza a autoridades públicas incluso incompetente pues "...ésta tiene la obligación de responder formal y oportunamente sobre su incompetencia, señalando, en su caso, a la autoridad ante quien debe dirigirse el peticionario..." (SC 1995/2010-R de 26 octubre), órganos jurisdiccionales (SSCC 1136/2010-R y 0560/2010-R) o a particulares (SCP 0085/2012); y, **b) La obtención de una respuesta, ya sea favorable o desfavorable, aun exista equivocación en el planteamiento de la petición** (SC 0326/2010-R de 15 de junio)(...) c) La prontitud y oportunidad de la respuesta (SSCC 2113/2010-R y 1674/2010-R) debiendo notificarse oportunamente con la misma al peticionante (SC 0207/2010-R de 24 de mayo); y, d) **La respuesta al fondo de la petición de forma que resulte pertinente, debiendo efectuarla de manera fundamentada** (SSCC 0376/2010-R y 1860/2010-R) **por lo que no se satisface dicho derecho con respuestas ambiguas o genéricas** (SC 0130/2010-R de 17 de mayo). Respecto al núcleo esencial del derecho a la petición, conforme a las SSCC 1742/2004-R y 0684/2010-R, reiteradas por la SCP 0085/2012, mínimamente comprende los siguientes contenidos: a) La petición de manera individual o colectiva, escrita o verbal aspecto que alcanza a autoridades públicas incluso incompetente pues "...ésta tiene la obligación de responder formal y oportunamente sobre su incompetencia, señalando, en su caso, a la autoridad ante quien debe dirigirse el peticionario..." (SC 1995/2010-R de 26 octubre), órganos jurisdiccionales (SSCC 1136/2010-R y 0560/2010-R) o a particulares (SCP 0085/2012); (...)"

(Las negrillas y subrayado insertos en las presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El derecho a la petición, por lo tanto se constituye en un derecho fundamental consagrado constitucionalmente en su artículo 24, y consiguientemente conlleva al derecho de obtener una respuesta formal y pronta.

Asimismo, la propia Ley de Procedimiento Administrativo (No. 2341), pregona el derecho de petición como uno de sus objetivos (Artículo 1), y por lo tanto determina como obligación de la Administración Pública el pronunciamiento sin importar la forma de iniciación (Artículo 17).

Ahora bien, subsumiéndonos al caso de autos, se tiene que conforme se ha evidenciado de la lectura de la respuesta dada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), mediante nota APS/DJ/DS/JTS/ 9572/2012 de 3 de diciembre de 2012, la misma transgrediendo el derecho a la petición, ha otorgado una respuesta evasiva sin mayor fundamento, exigiendo la realización de acciones previas por parte de la peticionante, cual se observa de la transcripción realizada en el segundo Considerando de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Es más, dicha irregularidad subsiste en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 997-2012 de 28 de diciembre de 2012, que eleva a dicho rango la nota de respuesta, hecho que además de transgredir el derecho de petición, infringe la determinación expresa del artículo 20 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en cuanto la obligación de la motivación y fundamentación.

Que, por lo tanto la respuesta otorgada, de ninguna manera puede ser entendida como el cabal cumplimiento del derecho a la petición a la que estaba obligada la Administración

Pública, más por el contrario denota todos los elementos contrarios al derecho constitucional del peticionante, cuales son la ausencia de fundamentación, de precisión, claridad y pronunciamiento sobre el fondo de la solicitud.

No debe olvidar la Autoridad Fiscalizadora, que por el sólo hecho de dar una respuesta a través de una simple nota, no se está garantizando el derecho a la petición, ya que no se ha atendido el fondo mismo, dejando al peticionante sin la respuesta fundamentada a la que tenía derecho, sostener la tesis contraria equivaldría a limitar o condicionar la eficacia jurídica de la garantía Constitucional del derecho a la petición, lo que simplemente resulta inadmisibles, en consecuencia, cuando el regulado formula a la Administración Pública una petición, la misma debe ser respondida sea favorable o desfavorablemente pero fundamentalmente con la debida fundamentación.

Ahora bien, si la Autoridad consideraba que no podía otorgar una respuesta al peticionante, la misma debió fundamentar el porqué de la imposibilidad de dar una solución al fondo, respaldada en la legalidad y realidad de los hechos solicitados.

Situación que no ocurrió en el caso de autos, ni en la Nota APS/DJ/DS/JTS/ 9572/2012 de 3 de diciembre de 2012, y menos en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 997-2012 de 28 de diciembre de 2012, que elevaba la respuesta a Resolución Administrativa, actos administrativos que carecen de fundamentación alguna.

Por lo que, se deja evidenciado que la actuación de la Administración Pública ha vulnerado el derecho a la petición de la recurrente y transgredido los principios de motivación y fundamentación que estaba obligada a tiempo de emitir sus actos administrativos.

2.2. En cuanto a la condición establecida.-

La recurrente, refiere que la APS no podía condicionar la obligación que tiene de pronunciarse sobre su solicitud, a que la primera cumpla con actos que se hallan observados por su empresa.

Sobre dicha argumentación, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 107-2013 de 13 de febrero de 2013, ha señalado:

*“...Que entrando en materia de fondo y considerando las alegaciones de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** en el punto 1 del séptimo Considerando de la presente resolución, se debe señalar que esta compañía incurre en equívocos semánticos que es imprescindible aclarar definitivamente, ya que interpreta el término “previo” con “condicionar”. En efecto, “previo (a)” es un adjetivo que denota precedencia o antecedente, o anterior a alguna cosa o situación pero no expresa “condición”, o sea, hacer depender una cosa de una o más condiciones.*

*Por si esta acepción semántica de la lengua castellana no fuera suficiente y esclarecedora, recordemos que (según el Diccionario Jurídico de Manuel Ossorio) jurídicamente, “previo (a)” significa “anterior a algo, de anticipación necesaria” y de ninguna manera subordinación temporal de un fenómeno a la ocurrencia de otro. Mientras que **condición** alude a que las consecuencias de un acto jurídico quedan supeditadas a un acontecimiento incierto y futuro que puede llegar o no, o a la*

resolución de un derecho ya adquirido; **ergo**, se puede colegir prístinamente que “previo” no es sinónimo de “condición”.

Que expuesto lo anterior, esta entidad reguladora afirma categóricamente que su carta APS/DS/JTS/9572/2012 de 3 de diciembre de 2012 no condiciona nada, como mal ha interpretado **SEGUROS ILLIMANI S.A.** En todo caso, es obvio que los fenómenos siempre tienen un orden de precedencia sin que los mismos importen condición, y en ese contexto, la APS simplemente ha señalado en la carta aludida, que la respuesta a la solicitud de la compañía se encuentra precedida de anteriores requerimientos que la entidad reguladora había efectuado.

Al respecto y si bien estamos de acuerdo con el Ente Regulador de que previo y condicionar no son sinónimos y que uno sería un adjetivo y no aludiría a ninguna condición, sin embargo de ello la palabra previo debe ser entendida en el contexto en el que fue escrita por la APS y que amerita nuevamente su transcripción:

“...Al respecto y con carácter previo al pronunciamiento solicitado por Seguros Illimani S.A. instruimos a la aseguradora que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 12 inciso j) remita la información requerida...”

Claramente se evidencia que la determinación “carácter previo” si fue utilizada para condicionar su pronunciamiento a la presentación de documentación.

Ahora bien, más allá de la concepción misma de las palabras “condicionar” y “previo (a)”, que resultan por sí solas diferentes, el hecho que la Administración Pública -para el caso de autos y sin mayor fundamentación-, determine un previo (o una condición), tiene **el mismo efecto legal**, cual es que la Administración no está otorgando la respuesta fundamentada, sino más bien evasiva, en contraposición a los derechos de su regulado, cual se tiene analizado en el numeral 2.1 anterior.

Por lo que, la trascendencia de las definiciones a las que la APS ha centrado su mayor esfuerzo, no condicen con la esencia del derecho fundamental a la petición, debiendo la Administración, haber fundamentado su determinación si consideraba que para pronunciarse sobre la competencia que tenía del caso, necesitaba que su regulado le dé respuestas, situación que a primera vista resultaría contradictorio, sin embargo es la propia Administración la llamada a fundamentar sus decisiones, caso contrario, resultan las mismas arbitrarias y alejadas del principio de legalidad.

Ahora bien y en cuanto a la solicitud de información se tiene que conforme lo establece el artículo artículo 12 inc. j) la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene facultades de solicitar documentación a sus regulados sin embargo de ello, en ningún caso la solicitud de documentación puede condicionar un pronunciamiento por parte del Ente Regulador, resultando que dicha acción en el presente caso, resulte en una respuesta simple y evasiva.

Finalmente, cabe aclarar que si bien, es cierto que, el caso de autos, corresponde a la petición realizada en cuanto a la competencia que tendría el Ente Regulador al emitir las notas ASFI/DDC/R-43968 de fecha 6 de octubre de 2009, APS/DS/JTS/4810/2012 de fecha 28 de junio de 2012 y APS/DS/JTS/6071/2012 de fecha 13 de agosto de 2012, esto no significa que se trate de un mismo acto administrativo o que a través de la consulta, que hace la

recurrente, los actos firmes en sede administrativa puedan ser revisados, ya que los mismos mantienen su individualidad así como su eficacia y su cumplimiento.

2.3. En cuanto a la vulneración al derecho a la defensa.-

La recurrente, refiere que se le hubiera vulnerado el derecho a la defensa y se la habría dejado en indefensión ya que ésta no pudo hacer uso del mecanismo de defensa establecido en el inciso i del artículo 8 del Decreto Supremo N° 27175, conforme a la Sentencia Constitucional vinculante a decir de la recurrente, al caso de autos, SC.377/2003, que establece:

"(...) no es un derecho que concierna al querellante o víctima, sino más bien al imputado asegurándole la posibilidad de todo recurso o medio para defenderse y desvirtuar la acusación presentada en su contra, de modo que podrá presentar y producir cuanta prueba lícita la considere favorable, podrá presentar incidentes, recursos, excepciones y otros, para probar su inocencia..."

Conforme a la propia sentencia citada por la recurrente y la jurisprudencia constitucional, se tiene que el derecho a la defensa, en principio, corresponde exclusivamente al **denunciado o procesado**, implicando que éste debe tener acceso a toda la prueba de cargo y presentar cuanta prueba considere necesaria en el marco de su derecho de defensa, así como también hacer uso de todos los recursos y medios que le franquea la ley para desvirtuar la acusación y demostrar su inocencia, todo ello dentro del marco del poder punitivo del Estado que se desenvuelve a través de una imputación, acusación y nota de cargos.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, se debe precisar que no sólo en los procedimientos sancionadores se deben respetar las garantías del debido proceso y derechos constitucionales, no es menos cierto que, en el presente caso, la recurrente no puede alegar una vulneración a su derecho a la defensa y menos el habersele dejado en indefensión en razón a que como ya se dijo líneas arriba no existe ningún procedimiento sancionador contra la recurrente, que revisados los antecedentes se tiene que el procedimiento a cumplido con el principio de legalidad y debido proceso hecho que claramente puede ser constatado del uso de la vía recursiva, no existiendo por ende una vulneración al principio de inocencia, y derecho a la defensa como sugiere la recurrente.

Que, por lo tanto, en el caso de autos, no se ha iniciado un proceso sancionador, por lo que no hubiera podido haberse vulnerado el derecho a la defensa, sino que emerge de un proceso voluntario de petición donde requirió el pronunciamiento de la Administración Pública.

2.4. En cuanto a la falta de motivación.-

La recurrente, señala que el Ente Regulador no sólo no habría motivado la resolución objeto de impugnación, sino que también el mismo no se habría referido para nada a sus argumentos de competencia.

Que, la Sentencia Constitucional No. 0905/2006-R de 18 de septiembre de 2006, citada por la recurrente, señala que:

"...cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución", y que "cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma..."

Que a su vez en cuanto a la motivación de los actos administrativos la Ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI en su libro de Jurisprudencia Administrativa en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 a señalado:

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

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

(Las negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Que en el caso de autos, y conforme se desarrolló en los numerales anteriores, se tiene que los actos administrativos que dan origen al presente recurso administrativo no han observado el debido proceso, careciendo de motivación y fundamentación.

CONSIDERANDO:

Que, en cuanto a la falta de competencia de la APS argüida por la recurrente, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas carece de facultades que le permitan ingresar al análisis del mismo, al corresponder el presente recurso sobre sí el Ente Regulador habría actuado conforme a derecho, al solicitar mayor documentación a la recurrente, y en definitiva la transgresión o no al derecho a la petición.

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concluye que la Entidad Fiscalizadora no ha obrado conforme a derecho en el caso de autos y ha vulnerado el núcleo esencial del derecho de petición, por el cual debió otorgar una respuesta clara, pronta y sustancial con relación estricta a lo solicitado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. b) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre

de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá REVOCAR la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°107-2013 de 13 de febrero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 997-2012 de 28 de diciembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros así como la nota APS/DJ/DS/JTS/9572/2012 de 3 de diciembre de 2012, dejando sin efectos los tres actos administrativos, conforme los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se exhorta a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a dar cumplimiento estricto al procedimiento legalmente establecido, **debiendo pronunciarse sobre la petición** de Seguros Illimani, en estricto marco de la Ley.

Regístrese notifíquese y archívese

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



RECURRENTE

LUIS ARTEMIO LUCCA SUÁREZ

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 102/2013 DE 21 DE FEBRERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPT/SIREFI N° 045/2013 DE 10 DE JULIO DE 2013

FALLO

CONFIRMA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPT/SIREFI N° 045/2013

La Paz, 10 de julio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico presentado por el señor Luis Artemio Lucca Suárez, contra la Resolución Administrativa ASFI No. 102/2013, de 21 de febrero de 2013, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) dentro de su denuncia contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

CONSIDERANDO:

Que, en fecha 21 de febrero de 2013, en trámite de Recurso de Revocatoria, la ASFI emitió la Resolución ASFI/No. 102/2013, por la que resuelve confirmar la Resolución Administrativa ASFI/No. 030/2013 de 14 de marzo de 2013, la que eleva a rango de Resolución Administrativa la carta ASFI/DDC/R-60126/2012 de 17 de mayo de 2012, la que en atención a los memoriales de fechas 14 de junio, 17 de noviembre, 22 de diciembre de 2011, 16 de febrero, 19 de marzo, 12 y 13 de abril de 2012 presentados por el señor Lucca, se pronuncia sobre el reclamo de este contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., sobre supuestas irregularidades cometidas por el ex Banco Santa Cruz S.A.

Que, contra la mencionada Resolución ASFI/No. 102/2013 de 21 de febrero de 2013, el señor Lucca planteó, en fecha 05 de marzo de 2013, el Recurso Jerárquico que se resuelve por el presente.

Que, mediante oficio ASFI/DAJ/R-34959/2013, presentado en fecha 11 de marzo de 2013, la ASFI remitió a conocimiento del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico interpuesto por el señor Lucca, con sus antecedentes.

Que, por auto de fecha 14 de marzo de 2013, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, en razón de habersele delegado *“la emisión y firma de todo actuado administrativo, decreto, providencia y Auto necesario para el cumplimiento de las obligaciones y atribuciones establecidas en la normativa administrativa y conexas”* (Resolución Ministerial No. 276 de 23 de julio de 2009), admite en su artículo primero, el Recurso Jerárquico interpuesto por el señor Lucca, contra la Resolución Administrativa ASFI No. 102/2013 de 21 de febrero de 2013.

Que, asimismo, por auto de fecha 14 de marzo de 2013, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros dispone se proceda a la notificación del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., con el Recurso Jerárquico interpuesto en fecha 05 de marzo de 2013 por el señor Lucca, contra la Resolución Administrativa ASFI No. 102/2013 de 21 de febrero de 2013, notificación que sucedió en fecha 21 de marzo de 2013.

Que, por auto de fecha 27 de marzo de de 2013, como por Resolución Ministerial No. 166^A de fecha 02 de abril de 2013, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas dispone la separación, para el conocimiento y sustanciación del Recurso Jerárquico, del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, y de la Jefe de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, designándose al señor Viceministro de Política Tributaria, para que asuma las responsabilidades y obligaciones que fueran conferidas al primero en la tramitación del proceso recursivo.

Que, mediante nota interna MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 028/2013, de 9 de abril de 2013, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros remitió a conocimiento del señor Viceministro de Política Tributaria, el Recurso Jerárquico interpuesto por el señor Lucca, con sus antecedentes, el mismo que fue radicado por decreto de fecha 16 de abril de 2013, notificado en fecha 19 siguiente.

Que, mediante Resolución Administrativa Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013, pronunciada por el señor Viceministro de Política Tributaria en fecha de 29 de mayo de 2013 y notificada en fecha 05 de junio de 2013, se resolvió ampliar el plazo para resolver el recurso jerárquico, hasta un máximo de noventa días hábiles administrativos, conforme lo permiten el Parágrafo I del Artículos 67° de la Ley N° 2341, y el Parágrafo I del Artículo 59°, del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

CONSIDERANDO:

Que, a los fines de precisar los antecedentes del caso, como de fijar el objeto de la controversia que se analiza y se decide, corresponde aclarar que, conforme consta de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPT/SIREFI No. 78/2012 de 27 de diciembre de 2012 (entonces, dentro del proceso administrativo fenecido), en la anterior oportunidad se pronunció la suscrita Autoridad Jerárquica en lo que hace al alegato del señor Lucca, referido a la de su parte acusada lesión al procedimiento administrativo y vulneración al derecho de petición, por haber, en su criterio, la ASFI prolongado la realización de las diligencias preliminares de investigación.

Que, al presente, se evidencia del numeral 2 (*VULNERACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE PETICIÓN*) del Recurso interpuesto en fecha 05 de marzo de 2013, que la circunstancia anterior ha sido nuevamente alegada por el señor Lucca, extremo evidenciable en que, más allá del replanteo del agravio, la generalidad de actuaciones relacionadas ahora por el recurrente, corresponden a hechos sucedidos con anterioridad al pronunciamiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPT/SIREFI No. 78/2012.

Que, en tal sentido, resulta que por el Recurso Jerárquico presente se pretende sean considerados aspectos que ya han sido, entonces, oportuna y debidamente evaluados y dilucidados por el suscrito, por cuanto, fueron materia del Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 251/2012 de 25 de junio de 2012, emitida por la ASFI, y que dieron lugar a la precitada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPT/SIREFI No. 78/2012 de

27 de diciembre de 2012, misma que no se conoce hubiera sido impugnada por ninguna de las partes, y que por lo tanto, se mantiene firme, vigente y subsistente.

Que, entonces, habiendo sido atendido anteriormente tal extremo por la suscrita Autoridad Jerárquica, ha adquirido la firmeza en sede administrativa a la que se refiere el Art. 51° de la Ley N° 2314, de Procedimiento Administrativo, por lo que su reiteración actual, de la forma en que señala el Sr. Lucca, es impertinente.

Que, no obstante, habiéndose pronunciado sobre ello la ASFI en la resolución al presente recurrida, corresponde ahora reproducir y ratificar los fundamentos que, sobre el tema en concreto, salen de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPT/SIREFI No. 78/2012 de 27 de diciembre de 2012, extremo que, dando lugar también a la decisión que consta en el presente fallo, evita mayor consideración al respecto.

Que, entonces, haciendo abstracción de los restantes agravios del Recurso Jerárquico (al resultar los mismos el objeto de la controversia que al presente corresponde analizarse y decidirse), queda establecido que mediante Resolución ASFI/No. 102/2013 de 21 de febrero de 2013, la que confirma en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 030/2013 de 14 de enero de 2013, la ASFI se ha pronunciado con los fundamentos que de allí se rescatan y que, en lo trascendental, se presentan en los rótulos que siguen a continuación:

Antecedentes.

- En fecha 14 de junio de 2011, el Sr. Lucca solicitó a la ASFI iniciar diligencias preliminares sobre supuestos ilícitos cometidos por el ex Banco Santa Cruz S.A., debido a que dicha entidad habría suscrito y emitido contratos y cartas de crédito *leoninos* en sus sucursales de Panamá y Miami y que se realizaban con cargo a líneas de crédito y préstamo en Bolivia; mediante memorial de 13 de abril de 2012, en atención al requerimiento de la nota ASFI/DDC/R-42175/2012 de 9 de abril de 2012, el Sr. Lucca identificó la normativa presuntamente infringida.
- Mediante carta ASFI/DDC/R-60126/2012 de 17 de mayo de 2012, la ASFI respondió sin dar lugar a proceso sancionatorio alguno, por lo que el denunciante, mediando memorial de 08 de junio de 2012, solicitó la consignación de la carta señalada, lo que se atendió mediante Resolución Administrativa ASFI N° 251/2012 de 25 de junio de 2012.
- Habiendo lo anterior determinado el inicio de un primer proceso recursivo, el mismo concluyó con el pronunciamiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPT/SIREFI N° 78/2012 de 27 de diciembre de 2012, que dispone anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 251/2012 de 25 de junio de 2012.
- Por su efecto, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 030/2013 de 14 de enero de 2013, se elevó al grado de Acto Administrativo definitivo la carta ASFI/DDC/R-60126/2012 de 17 de mayo de 2012, contra la que el Sr. Lucca interpuso recurso de revocatoria.

Fundamentos.

- Las gestiones de la ASFI tuvieron como propósito establecer elementos de convicción y certeza, a fin de dar inicio al procedimiento sancionatorio, si es que correspondía, actividad que insumió un considerable tiempo; la documentación es de antigua data, en algunos casos con más de diez años de antigüedad.

Resultado de la valoración (también en el informe ASFI/DDC/R-14700/2013 de 30 de enero de 2013) se tienen las consideraciones siguientes:

- Sobre la presunta vulneración al debido proceso, la ASFI se encontraba en una fase preliminar de investigación y no en un eventual proceso sancionador, donde las partes pueden controvertir u objetar pruebas.

Asimismo, mantuvo informado al recurrente de las actuaciones y resultados del reclamo, enviándosele las siguientes cartas: ASFI/DDC/R-82057 (recepcionada en fecha 15 de agosto de 2011) por la que se informó el inicio de las diligencias preliminares de investigación; ASFI/DDC/R-109311/2011 (24 de octubre de 2011) por la que se comunicó que se evaluaban *“los antecedentes presentados por ambas partes relacionados a los aspectos denunciados en su memorial de fecha 14 de junio de 2011”*; ASFI/DDC/R-60126/2012 (17 de mayo de 2012) por la que se le entregó fotocopia legalizada del Informe ASFI/DDC/R-141519/2011 de 30 de diciembre de 2011, con los resultados de la inspección realizada al Banco Mercantil Santa Cruz S.A.; y ASFI/DDC/R-167279/2012 (26 de diciembre de 2012) por la que se entregaron al Sr. Lucca, copias de los contratos suscritos por él mismo, que fueran proporcionados por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., todos con reconocimiento de firmas, conforme a la relación siguiente:

- Préstamo de fecha 22 de febrero de 1999 por \$us. 16.071,40.- otorgado por la sucursal Panamá del ex Banco Santa Cruz S.A.
- Carta de crédito de fecha 01 de marzo de 1999 por \$us. 24.711,38.- otorgado por la sucursal Panamá del ex Banco Santa Cruz S.A.
- Préstamo por \$us. 22.282,90.- otorgado por la agencia Miami del ex Banco Santa Cruz S.A.
- Préstamo por \$us. 8.725.- otorgado por la agencia Miami del ex Banco Santa Cruz S.A.
- Préstamo por \$us. 21.580.- por la agencia Miami del ex Banco Santa Cruz S.A.
- Préstamo por \$us. 23.000.- otorgado por la agencia Miami del ex Banco Santa Cruz S.A.
- Carta de crédito por \$us. 26.912,31.- otorgada por la agencia Miami del ex Banco Santa Cruz S.A.
- Carta de crédito por \$us. 49.428,49.- otorgada por la agencia Miami del ex Banco Santa Cruz S.A.
- Carta de crédito por \$us. 35.000.- otorgada por la agencia Miami del ex Banco Santa Cruz S.A.
- Carta de crédito por \$us. 27.500.- otorgada por la agencia Miami del ex Banco Santa Cruz S.A.

- Carta de crédito por \$us. 21.570,84.- otorgada por la agencia Miami del ex Banco Santa Cruz S.A.
- La ASFI evaluó la documentación presentada por el Sr. Lucca, realizó una inspección (entre el 31 y 01 de noviembre de 2011) a dependencias del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., y solicitó -al Banco- documentación adicional; resultado de todo ello, emitió el informe ASFI/DDC/R-141519/2011 de 30 de diciembre de 2011, por el que concluye en que no se observaron incumplimientos a la normativa prudencial.

No obstante, en atención a lo establecido por los Incs. d) y e) del Art. 39 de la Ley N° 2341, se solicitó al denunciante que identifique la normativa infringida por el ex Banco Santa Cruz S.A. (carta ASFI/DDC/R-42175/2012), y en fecha 13 de abril de 2012, el Sr. Lucca procedió a identificar tal normativa.

De ello resulta que la afirmación de que no se hubiera realizado una investigación adecuada carece de fundamento.

- Se verificó en la documentación original que se encuentra en poder del Banco, que los contratos contienen la identificación del representante legal o personero de las agencias en Panamá y Miami.
- A los contratos en concreto, se detalla lo siguiente:
 - Línea de Crédito rotativa por la cantidad de \$us. 210.000.- (Testimonio N° 1274 de 28 de octubre de 1996): no existe limitación alguna al alcance geográfico; *“El deudor garantiza (...) el fiel cumplimiento del presente contrato y de todas la obligaciones que asume (...) con (...): 1. La garantía y fianza personal de la señora Ana María Arteaga de Lucca, (...) 2. La garantía hipotecaria (...) sobre el siguiente inmueble: De propiedad del Deudor, quien con la conformidad de su esposa Sra. Ana María Arteaga de Lucca (...) como garantía de todas las obligaciones que realice con el Banco el deudor utilizando la Línea de Crédito y las inherentes y emergentes (...) Ubicado sobre una calle sin denominación, frente a la Plaza Don Bosco, manzana 22, U.V. 7, zona Sud Este de la ciudad de Santa Cruz, con una superficie de trescientos sesenta y cinco 15/100 metros cuadrados (365.15 Mts.2)...”*
 - Concesión de Línea de Crédito (Testimonio N° 735/98 de 19 de agosto de 1998) por la suma de \$us. 450.000,00.-: *“Las operaciones con cargo a la Línea de Crédito serán préstamos a corto plazo y posteriormente pueden... realizarse en cualquier oficina, agencia sucursal del Banco que funcionen en Bolivia o en el exterior del país”.*
“El deudor garantiza al Banco el fiel cumplimiento del presente contrato y de todas la obligaciones que asume en virtud de las operaciones que realice utilizando la Línea de Crédito, con (...): La hipoteca que constituyen en favor del Banco sobre los siguientes inmuebles: (...) inscrito en Derechos Reales bajo la Partida Computarizada No. 010186218 (...) inscrito en Derechos Reales bajo la Partida Computarizada N° 010186219 (...) en su integridad, sin reservas, restricciones ni limitaciones de ninguna clase quedan reatados y gravados

como garantías hipotecarias en favor del Banco, por todas las obligaciones que asuman los deudores por concepto de todas las operaciones en que utilicen y con cargo a la Línea de Crédito hasta que estos las cumplan y paguen en su totalidad y a satisfacción del Banco".

- Ampliación de Plazo e Inclusión de Garantías (Testimonio N° 521/2000 de 10 de mayo de 2000): "El ACREDITADO garantiza al Banco el fiel cumplimiento del presente contrato y de todas las obligaciones que asumidas y que asuma en virtud de las operaciones que realice utilizando la Línea de Crédito, con las siguientes garantías: (...) Con la garantía y fianza personal de la señora Ana María Arteaga de Lucca, (...) garante del ACREDITADO de todas las obligaciones contraídas y que contraiga con el Banco en este contrato y todas la operaciones con cargo a la Línea de Crédito sea que estas sean formalizadas o realizadas en las oficinas del Banco en Bolivia o en sus agencias de Panamá, Banco Santa Cruz S.A., Sucursal Panamá o en Miami, Estado de Florida, Estados Unidos de América, Banco Santa Cruz, Miami Agency (...) La prenda con desplazamiento de medicamentos (...) hipoteca a favor del Banco como garantía real de todas las obligaciones en que utilice la Línea de Crédito o con cargo a esta y las asumidas mediante este contrato (...) inscrito en Derechos Reales bajo la partida computarizada N° 010358100 (...) inscrito en la partida computarizada N° 010353718 (...) inscrito en Derechos Reales (...) Actualmente, le corresponde la Partida Computarizada No. 010031789 (...), los referidos inmuebles con todas sus mejoras, construcciones, instalaciones, usos, costumbres, servidumbres, etc. Es decir su integridad, sin reservas, restricciones, ni limitaciones de ninguna clase quedan reatados y gravados como garantías de todas las obligaciones que asuma el acreditado por concepto de todas las operaciones en que utilicen la Línea de Crédito y esta ampliación, hasta que estos las cumplan y paguen en su totalidad...

... Todas las cláusulas del presente contrato de Línea de Crédito, en lo pertinente, se consideran incorporadas a todas y cada una de las operaciones, documentos y contratos realizados con cargo a la Línea de Crédito, constituyendo parte integrante e indivisible de los mismos".

- Ampliación de Plazo e Inclusión de Garantías (Testimonio N° 522/2000 de 10 de mayo de 2000): "Los Acreditados garantizan al Banco el fiel cumplimiento del presente contrato y de todas la obligaciones que asumidas y que asuma en virtud de las operaciones que realice utilizando la Línea de Crédito, (...): La hipoteca (...) sobres los siguientes inmuebles (...) inscrito en Derechos Reales bajo la Partida Computarizada N° 010186218 (...) inscrito en Derechos Reales bajo la Partida Computarizada N° 010186219 (...) inscrito en Derechos Reales bajo la partida computarizada N° 010358100 (...) inscrito en la partida computarizada N° 010353718 (...) con todas sus mejoras, construcciones, instalaciones, usos, costumbres, servidumbres, etc., es decir en su integridad, sin reservas, restricciones ni limitaciones de ninguna clase quedan reatados y gravados como garantías de todas las obligaciones que asuman los Acreditados por concepto de todas las operaciones en que utilicen la Línea de Crédito y esta ampliación, hasta que estos las cumplan y paguen en su totalidad y a satisfacción del Banco".

“El Acreditado garantiza al Banco el fiel cumplimiento del presente contrato y de todas las obligaciones que asumidas y que asuma en virtud de las operaciones que realice utilizando la Línea de Crédito, con las siguientes garantías: (...) Con la garantía y fianza personal de la señora Ana María Arteaga de Lucca, (...) garante del acreditado de todas las obligaciones contraídas y que contraiga con el Banco en este contrato y todas la operaciones con cargo a la Línea de Crédito sea que estas sean formalizadas o realizadas en las oficinas del Banco en Bolivia o en sus agencias de Panamá, Banco Santa Cruz S.A., Sucursal Panamá o en Miami, Estado de Florida, Estados Unidos de América, Banco Santa Cruz, Miami Agency (...) La prenda con desplazamiento de medicamentos (...) hipoteca a favor del Banco como garantía real de todas las obligaciones en que utilice la Línea de Crédito o con cargo a esta y las asumidas mediante este contrato (...) inscrito en Derechos Reales bajo la partida computarizada N° 010358100 (...) inscrito en la partida computarizada N° 010353718 (...) inscrito en Derechos Reales (...) Actualmente, le corresponde la Partida Computarizada No. 010031789 (...), los referidos inmuebles con todas sus mejoras, construcciones, instalaciones, usos, costumbres, servidumbres, etc. Es decir su integridad, sin reservas, restricciones, ni limitaciones de ninguna clase quedan reatados y gravados como garantías de todas las obligaciones que asuma el acreditado por concepto de todas las operaciones en que utilicen la Línea de Crédito y esta ampliación, hasta que estos las cumplan y paguen en su totalidad...”

“Los Acreditados garantizan al Banco el fiel cumplimiento del presente contrato y de todas la obligaciones que asumidas y que asuma en virtud de las operaciones que realice utilizando la Línea de Crédito, (...): La hipoteca (...) sobres los siguientes inmuebles (...) inscrito en Derechos Reales bajo la Partida Computarizada N° 010186218 (...) inscrito en Derechos Reales bajo la Partida Computarizada N° 010186219 (...) inscrito en Derechos Reales bajo la partida computarizada N° 010358100 (...) inscrito en la partida computarizada N° 010353718 (...) con todas sus mejoras, construcciones, instalaciones, usos, costumbres, servidumbres, etc., es decir en su integridad, sin reservas, restricciones ni limitaciones de ninguna clase quedan reatados y gravados como garantías de todas las obligaciones que asuman los Acreditados por concepto de todas las operaciones en que utilicen la Línea de Crédito y esta ampliación, hasta que estos las cumplan y paguen en su totalidad y a satisfacción del Banco”.

El Art. 519 del Código Civil señala que *“El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la Ley”*; las eventuales divergencias de las partes corresponden a la vía jurisdiccional.

Consiguientemente, al momento de la suscripción de los contratos, el Sr. Lucca dio su pleno consentimiento y conocimiento del contenido de los mismos, así como el ex Banco Santa Cruz S.A. contaba con las autorizaciones correspondientes para operar en las ciudades de Miami y Panamá.

El prestatario – acreditado y sus garantes otorgaron su consentimiento para que los bienes citados garanticen todas las obligaciones contraídas (operaciones con cargo a las Líneas de Crédito incluidas) por el señor Lucca, sea que estas fueron formalizadas o efectuadas en las oficinas del Banco Santa Cruz S.A. en Bolivia, o en su sucursal Panamá o en su agencia Miami.

Mediante Resolución SB N° 131/2006 de 16 de octubre de 2006, se autorizó la incorporación del ex Banco Santa Cruz S.A. al Banco Mercantil S.A., por lo que el incorporante, bajo la razón social Banco Mercantil Santa Cruz S.A., adquirió los derechos y obligaciones de la sociedad incorporada.

Consiguientemente, los bienes dados en garantía que respaldan las operaciones crediticias se encuentran gravados, en razón a que dichas obligaciones en algunos casos, están pendientes de pago, consecuentemente, mientras el Sr. Lucca no regularice dichas operaciones, dichas garantías continuarán gravadas en favor del acreedor.

Con relación a las cartas de crédito que se aperturaron en la agencia Miami, tenían constituidas garantías específicas las que quedaron extinguidas como consecuencia de la cancelación de la obligación principal, no habiéndose hipotecado bienes para su realización; referente a los préstamos de la sucursal Panamá, fueron otorgados con cargo a las Líneas de Crédito suscritas en Bolivia, por lo que las garantías han sido constituidas en Bolivia a favor del ex Banco Santa Cruz S.A., actual Banco Mercantil Santa Cruz S.A., quedando desvirtuado que los gravámenes estén gravados a favor de la agencia Miami o sucursal Panamá, que a la fecha no existen. Los antecedentes de las referidas operaciones se encuentran actualmente en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

Con referencia a que no existiría constancia documentada de que los contratos hubieran guardado las formalidades requeridas, la ASFI sólo tiene competencia administrativa para pronunciarse sobre aspectos que se encuentren enmarcados en ese ámbito, no contando con atribuciones para determinar la validez o inexistencia de documentos que se encuentran en poder o en registro de notarios; la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 84/2006 de 19 de diciembre de 2006, establece que *“si en la tramitación de una investigación de naturaleza administrativa se evidencia que existe documentación tachada de falsedad y/o datos entendidos como delictivos, (...) la documentación y hechos que le sirvan de motivo para su decisión no serían lo suficientemente idóneos para tal cometido y ello generaría una decisión contraproducente...”*

El Sr. Lucca conocía las condiciones así como los derechos y obligaciones a que se sujetaban las partes al momento de suscribir las referidas operaciones crediticias con ex Banco Santa Cruz S.A.

La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 23/2008 se remite a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto, que expresa: *“que la Ley de Procedimiento Administrativo, en su Artículo 73 consagra*

el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual sólo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en la leyes y disposiciones reglamentarias”; y la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/2006 de 25 de mayo de 2006, expresa que “el principio de tipicidad impone la exigencia material de la predeterminación normativa de conductas y de las sanciones correspondientes...”

La respuesta de la ASFI se enmarcó en el principio de tipicidad, por cuanto el señor Lucca cito normativa que en algunos casos no existía al momento de la suscripción de los contratos, por lo cual la actuación del ex Banco Santa Cruz S.A. no observó los incumplimientos descritos por el reclamante.

En alusión a que existiría múltiple normativa administrativa que no se da a conocer al público, esta afirmación no es correcta por cuanto, toda la información de la ASFI se encuentra contenida en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, publicada y disponible en la página www.asfi.gob.bo, de acceso libre e irrestricto al público en general.

- El Sr. Lucca, mediante memoriales de fechas 14 de julio, 2 y 19 de agosto de 2010, solicitó a la ASFI certificación sobre el Banco Santa Cruz S.A. Miami Agency, habiéndose atendido dichos requerimientos y proporcionando fotocopias de la documentación requerida; corresponde reiterar el contenido de la nota ASFI/DAJ/R-106249/2010:

“...Las operaciones efectuadas por el Banco Santa Cruz Miami Agency, estaban bajo los alcances de la Resolución SB N° 082/89 de 27 de noviembre de 1989 (...), se autorizó al Banco de Santa Cruz de la Sierra S.A., la apertura e instalación de una Sucursal en la ciudad de Miami, Estado de Florida de los Estados Unidos de Norte América, (...)

...la citada Sucursal estaba sujeta a las leyes bancarias de su domicilio, debiendo presentar al Organismo de Regulación, estados de situación financiera trimestral y al fin de cada ejercicio anual el Balance General de gestión consolidado con su Oficina Central (...)

El ex Banco de Santa Cruz S.A. de manera voluntaria decidió concluir sus operaciones de la Sucursal de Miami, habiendo remitido para el efecto, fotocopia simple del Certificado de Cancelación emitido por “The Office of Financial Regulation” del Estado de Florida, en la cual consta como fecha de cancelación el 4 de diciembre de 2006, (...)

...adjunto (...) se remiten 3 juegos de fotocopias de la referida documentación, de acuerdo al siguiente detalle:

- *Memorial de 10 de octubre de 1989, mediante el cual el Banco Santa Cruz S.A., solicita autorización para la apertura de una Agencia Bancaria Internacional en Miami, Florida U.S.A.*

- *Acta de la reunión de Directorio N° 35/89 del Banco Santa Cruz S.A. de fecha 13 de septiembre de 1989, por el que se aprueba la apertura de la Agencia Internacional Bancaria en Miami - Florida, Estados Unidos.*
- *Circular S.B. N° 76/88 de 4 de noviembre de 1988, referida a la Normativa para la Apertura de Sucursales, Subsidiarias y Oficinas en el Exterior.*
- *Informe IAB/0182/89 de 30 de octubre de 1989, sobre la solicitud del Banco Santa Cruz S.A. para la apertura de Agencia Internacional en Miami, Florida, U.S.A.*
- *Carta GG-109-/90 a-3120/90 de 19 de septiembre de 1990, remitida por el Banco Santa Cruz S.A. a la ex SBEF remitiendo Testimonio del Instrumento N° 238/90 mediante la cual se acredita la protocolización de la Resolución SB N° 082/89.*
- *Carta GG-175/2000 de 13 de octubre de 2000, remitida por el Banco Santa Cruz S.A. a la ex SBEF relativa a la solicitud de cierre temporal de la Sucursal Miami (USA).*
- *Fotocopia del Certificado de cancelación de 5 de enero de 2007 de la Licencia N° 83-IBA, otorgada al Banco Santa Cruz de la Sierra S.A. Sucursal Miami.*

Fue entregada al Sr. Lucca, documentación sobre la autorización y las operaciones que realizaba el ex Banco Santa Cruz S.A. en sus Sucursales de Miami y Panamá, legalmente autorizadas por las Autoridades de Supervisión de Bolivia y de los Estados Unidos de Norte América.

Al hecho de no haber advertido oportunamente las supuestas irregularidades del ex Banco Santa Cruz S.A., corresponde se considere lo señalado por el Art. 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, relativo a la prescripción de infracciones y de sanciones, precepto desarrollado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre de 2006.

No obstante lo anterior, la nota de respuesta ASFI/DDC/R-60126/2012 de 17 de mayo de 2012, establece que la ASFI, conforme lo manifestado en la carta ASFI/DDDC/R-42175/2012 de 9 de abril de 2012, dispuso realizar una visita de inspección al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. el mes de octubre de 2011.

El artículo 39 y los incs. d) y e) del artículo 41 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señalan que "Los procedimientos administrativos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada", "Si el procedimiento se inicia a solicitud de los interesados, el escrito que ellos presenten hará constar lo siguiente: d) Los hechos, motivos y solicitud en la que se concrete con toda claridad lo que se pretende; e) ofrecer toda la prueba de la que el interesado pueda favorecerse", en cuyo marco se solicitó al solicitante identificar los presuntos incumplimientos.

El actual Reglamento para la Atención del Cliente y Usuario contenido en el Título XI, Capítulo I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, aprobado, mediante Resolución SB N° 007/2001 de 29 de enero de 2001, no existía al

momento de suscribirse las líneas de crédito, así como los contratos de Panamá y Miami suscritos entre los años 1996 y el 2000.

Lo relativo a los contratos y cartas de créditos involucrados, con relación al Reglamento para la Apertura, Cierre y Traslado de Sucursales y Agencias Nacionales, fue aclarado en su oportunidad por la ASFI, a través de las cartas ASFI/DAJ/R-81717/2010 de 16 de agosto de 2010 y ASFI/DAJ/R-106249/2010 de 14 de octubre de 2010.

El Banco Mercantil Santa Cruz S.A. exhibió la documentación correspondiente artículo 94 de la Ley N° 1488, conforme se expone en el Informe de Inspección ASFI/DDC/R-141519/2011 de 30 de diciembre de 2011.

Las competencias de la ASFI no alcanzan a ordenar la cancelación y liberación de garantías hipotecarias y el desistimiento por pago de cualquier acción judicial de cobro, así como la extinción legal y contable de la deuda de los prestatarios, encontrándose dichos aspectos sujetos a pronunciamiento judicial.

La competencia administrativa de la ASFI no alcanza sobre controversias que se encuentran bajo conocimiento jurisdiccional, a ser resuelto en dicha instancia, conforme lo establece el artículo 4, Sección 5, Capítulo I, Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Se adjunta copia legalizada del Informe ASFI/DDC/R-141519/2011 de 30 de diciembre de 2011, sobre los resultados de la gestión realizada por la Dirección de Derechos del Consumidor Financiero de ASFI, con relación a los puntos planteados en el reclamo.

La entrega de las copias de los contratos no incidió en el análisis y resultado del caso; mediante carta ASFI/DDC/R-167279/2012 de 18 de diciembre de 2012, se entregó al Sr. Lucca la documentación legalizada y proporcionada por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

En fecha 26 de diciembre de 2012, la ASFI entregó al Sr. Lucca, dos ejemplares legalizados del expediente administrativo que dio lugar a la emisión de la Resolución Administrativa N° 251/2012 de 25 de junio de 2012, aspecto corroborado por el propio reclamante en su memorial de 21 de enero de 2013.

- Sobre la presunta violación al debido proceso alegado por el Sr. Lucca, la doctrina y los precedentes administrativos señalan que: *"al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse"* (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004), y que *"es la columna vertebral de la actuación administrativa y por ello puede concebirse como externo al procedimiento, constituyendo simultáneamente la condición esencial para su existencia... Como consecuencia de este principio, el procedimiento se caracteriza por ser instructorio, de impulsión de oficio y con objetivos de verdad material"* (Dromi).

- Sobre la presunta vulneración al derecho a la petición, se mencionan las consideraciones de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 06/2005 de 26 de enero de 2005: *“es aquella facultad, que tiene toda persona, para acudir ante cualquier autoridad para elevar solicitudes, las cuales deben tener pronta y fundamentada resolución... no debe entenderse lesionado este derecho cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa... la limitación de derechos sólo podrá darse por aspectos establecidos por Ley con el propósito de promover el bienestar general de una sociedad democrática y sin afectar el núcleo central del derecho...”*
- Sobre los supuestos incumplimientos e infracciones a la normativa regulatoria, los precedentes administrativos (contenidos en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre de 2006), señalan que *“En nuestra economía jurídica, la prescripción administrativa se encuentra regulada en la Ley de procedimiento Administrativo, capítulo VI relativo al “Procedimiento Sancionador”, Artículo 79”*.
- De acuerdo a los artículos 28, incisos b) y e), y 29 de la Ley No. 2341, el Organismo Supervisor debe basar y sustentar sus actos administrativos en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable; en tal sentido, de acuerdo al análisis y a la normativa vigente, se concluye que los contratos observados por el señor Lucca datan de la década a partir de 1990, razón por la cual la Entidad Financiera solicitó varias ampliaciones de plazo para la atención de la documentación solicitada por la ASFI; las aseveraciones respecto a la demora hacen referencia al parágrafo II del artículo 17 de la Ley N° 2341, artículo aplicable a procedimientos administrativos generales y no a las diligencias preliminares previas de investigación. Respecto a que no se informó al reclamante sobre tales diligencias, no es evidente al habersele informado como se puede evidenciar en las cartas que le fueron remitidas anteriormente, y tuvo conocimiento de los resultados de la inspección porque se le entregó copia legalizada del informe de inspección.
- Copia de los contratos observados por el señor Lucca, que se encuentran a disposición en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., le fueron entregados al mismo mediante carta ASFI/DDC/R-167279/2012 de 18 de diciembre de 2012; de acuerdo a la información proporcionada por la citada Entidad Bancaria mediante carta BMSC/GAL/1640/2011 de 30 de noviembre de 2011, *“los reconocimientos de firmas y rubricas que corresponden a las operaciones de Luís Artemio Lucca Suárez, cumplen con lo establecido por el artículo 1297 del Código Civil”*. En consecuencia, se establece que el señor Lucca tenía conocimiento pleno de los contratos, no pudiendo alegar desconocimiento de los mismos.

De acuerdo a la información que cursa en la nota BMSC/GAL/1205/2011 de 30 de agosto de 2011, *“Los contratos correspondientes a las mencionadas cartas de crédito (agencia Miami)... evidencian que estas operaciones han sido celebradas conforme los términos estipulados en sus respectivos contratos, los cuales fueron debidamente suscritos por el denunciante Luís Artemio Lucca Suárez, su fiador Orlando Suarez Guillaux y los representantes de la Agencia Miami del ex Banco Santa Cruz S.A., habiendo sido canceladas dentro del plazo de vigencia”*.

El señor Lucca conocía sobre el contenido de los contratos que suscribió, no pudiendo alegar desconocimiento de los mismos ni del reconocimiento de firmas en el que participó, aspecto que se demuestra en su firma y las de los personeros de la entidad, así como por el pago de los créditos.

En búsqueda de la verdad material, la ASFI realizó diferentes acciones tendientes a comprobar las afirmaciones del Sr. Lucca; el informe ASFI/DDC/R-141519/2011 de 30 de diciembre de 2011 estableció que no se determinó incumplimiento a procesos operativos, ni prácticas abusivas por parte del ex Banco Santa Cruz S.A.

- Se desvirtúan las denuncias efectuadas por el Sr. Lucca en lo concerniente a supuestos incumplimientos y prácticas abusivas por parte del ex Banco Santa Cruz S.A., emergentes de los contratos suscritos que son de su conocimiento y fueron debidamente reconocidos en su oportunidad por el recurrente ante la Notario de Fe Pública Ma. Del Carmen Urey S. Notario de Fe Pública N° 10 de Primera Clase de la ciudad de Santa Cruz - Bolivia.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 05 de marzo de 2013, el señor Lucca interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI/No. 102/2013, señalando los alegatos siguientes:

- La ASFI señala "*falazmente*" que se habría mantenido informado al denunciante acerca del desarrollo de las diligencias llevadas a cabo, aseveración que no corresponde a la realidad, por cuanto, las notas ASFI/DDC/R-109311/2011 (entregada después de cuatro meses de presentada la denuncia) y ASFI/DDC/R-60126/2012, no fueron emitidas de oficio por la ASFI, en cumplimiento de su obligación de información, sino a consecuencia de los memoriales de 28 de septiembre y 14 de octubre de 2011, la primera, y de 14 de junio, 17 de noviembre, 22 de diciembre de 2011, 16 de febrero, 19 de marzo, 12 y 13 abril de 2012, la otra, ninguna de las cuales extendieron las fotocopias solicitadas a la ASFI. En consecuencia, se ha violado el Art. 16-d) de la Ley de Procedimiento Administrativo.
- Con el antecedente de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006 de 2 de agosto de 2006, debe entenderse que el principio de verdad material emerge como una garantía ante la existencia de una múltiple normativa administrativa que no se encuentra codificada sino mas bien dispersa, por ello es cambiante y no precisamente se da a conocer al público en general, garantía por la cual, se confiere al órgano administrativo el ejercer una investigación incluso normativa, por encima de lo enunciado por el interesado.
- En el caso, la ASFI se limitó a señalar que las normas que fueron identificadas por el reclamante "*no existían*" a momento de haberse suscrito los contratos, sin ejercer una investigación adecuada **más allá de lo denunciado**, pretendiendo que la conducta del Banco quede en la impunidad.

Contrariamente a lo afirmado por la ASFI, el reclamante cumplió con el Art. 39-d) y e) de la Ley 2341, por cuanto ofreció prueba consistente en copias de los contratos suscritos en Panamá y Miami, que resultaron diferentes a los manejados por el Banco.

En violación al principio de verdad material, la ASFI afirma “de manera despreciable”, que no existen gravámenes “que recaen sobre los bienes otorgados en garantía por el señor Lucca... a favor de las Agencias o Sucursales de Panamá y Miami”, por cuanto de la revisión de los folios reales se puede observar, que “A CONSECUENCIA DE LOS CRÉDITOS OTORGADOS EN MIAMI MIS PROPIEDADES ESTÁN GRAVADAS A NOMBRE DE DICHA SUCURSAL”, lo que comprueba la existencia de argumentos falsos por parte de la ASFI.

La ASFI “hábilmente” cita la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 84/2006, jurisprudencia no aplicable al tema puesto que, no se pretende una declaración de “falsedad”, sino simplemente, se sancione al Banco por la falta de responsabilidad en el manejo de la documentación de las propiedades del Sr. Lucca.

- La ASFI “demostrando una sorprendente mala fe y temeridad, de manera desvergonzada y en su afán de colaborar con el Banco denunciado”, refiere el instituto de la prescripción, debiéndose señalar que la prescripción debe ser alegada por la parte interesada en la misma, situación que tiene fundamento porque es un medio defensivo que incumbe al interesado, sin que por esta razón pueda el juez declararlo de oficio, la demostración corresponde a la parte interesada a quien no puede suplir de oficio el juez, quedando claro que la autoridad administrativa se encuentra impedida de aplicar (o sugerir) la existencia de prescripción.

A la ASFI no le correspondía mencionar absolutamente nada respecto a la existencia o no de prescripción, “actitud procaz e impertinente” muestra como la ASFI, “de forma artera”, viola la imparcialidad administrativa, dando oficiosamente fundamentos al Banco denunciado para que ejerza su defensa.

- Existe una categórica falta de motivación y fundamentación en la recurrida Resolución ASFI No. 102/2013, debido a que el regulador omitió considerar:
 - a) El Art. 786 del Código de Comercio en relación a los Arts. 450,452-1, 453, 467, 468 y 804 del Código Civil, que señalan que el contrato debe ser suscrito por dos o más personas, por lógica, plenamente identificadas; para el caso de personas jurídicas, debe existir un representante que los suscriba.

Revisados los contratos de préstamo y las cartas de crédito (proporcionados por el recurrente), no contienen la identificación del representante legal o del personero de las agencias del Banco en Panamá y Miami, siendo curioso que la documentación que fue obtenida por mi persona demuestra a cabalidad la inexistencia de las firmas del representante del Banco, empero de manera posterior “al parecer” el Banco presenta a la ASFI los contratos con la firma del supuesto representante.
 - b) Revisados los contratos de préstamo y de cartas de crédito, ninguno cuenta con la firma de personero o representante legal de las sucursales del Banco en Panamá y Miami y menos aún, en referencia al Art. 790 del Código de Comercio, cuentan con algún procedimiento por el cual se determine que el apoderado de dichas sucursales no sabía o no podía firmar el documento.

- c) El Art. 803 del Código de Comercio instituye la buena fe que debe primar en los contratos; en ese sentido, revisados los contratos de préstamo y de cartas de crédito, se advierte que:
- Los mismos no fueron entregados al reclamante por el Banco una vez que fueron suscritos.
 - A partir de la Certificación emitida por el Notario de Fe Pública, que señala que estos contratos no existen en los registros públicos, no existe constancia de que los contratos hubieran guardado las formalidades requeridas.
 - El Banco nunca previó contractualmente, que las líneas o cartas de crédito serían otorgadas por sus agencias extranjeras en Panamá y Miami y menos aún se dispuso que los bienes del acreditado podrían ser embargados a favor de dichas sucursales.
 - No se informó al acreditado, cuál sería el destino de los créditos otorgados por éstas sucursales ante el cierre de las mismas en Panamá y Miami y menos se comunicó si existiría alguna cesión de los créditos conforme dispone el Reglamento para la Transferencia de Cartera de Crédito.
 - Tampoco se dio a conocer cuál sería el destino de los bienes embargados a favor de estas sucursales siendo que las mismas fueron cerradas.
- d) La ASFI ha olvidado el Art. 61 del Reglamento de Sanciones, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debiendo hacer notar que en ningún momento o lugar se ha solicitado que se declare la validez o eficacia de los contratos antes referidos, sino que se fiscalice la conducta administrativa irregular del Banco a tiempo de haber elaborado los documentos de crédito, además que los contratos señalados no se encuentran a la fecha en conocimiento de ninguna autoridad jurisdiccional dilucidándose hecho controvertido alguno.
- e) En cuanto a la presunta infracción al Reglamento para la Apertura, Cierre y Traslado de Sucursales y Agencias, la ASFI no resuelve el reclamo específico y simplemente señala que *"dichos aspectos fueron aclarados a través de las cartas ASFI/DAJ/R-81717/2010 Y ASFI/DAJ/R-106249/2010"*; situación que no es real por cuanto dichas misivas resuelven situaciones genéricas que no guardan relación directa con lo manifestado y expuesto en los memoriales de 14 de junio de 2011 y 13 de abril de 2012.
- f) El informe ASFI/DDC/R-141519/2011 de 30 de diciembre de 2011, recomendó que se emitiera una carta al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. para que se haga entrega de copias legalizadas de los contratos no proporcionados, y que recién fueron proporcionados el mes de diciembre de 2012 a pesar de haber solicitado dicha documentación con una antelación de más de seis meses

La ASFI deja de pronunciarse expresamente y de manera completa sobre los puntos indicados, comprobándose con ello la lesión al debido proceso por falta de motivación y fundamentación.

- Solicita se revoque la Resolución ASFI No. 102/2013 de 21 de febrero y se disponga el inicio de procesos disciplinarios contra los personeros de la ASFI.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión del recurso jerárquico presentado por el señor Lucca de fecha 05 de marzo de 2013, así como del acto administrativo impugnado y de los restantes elementos propuestos, y observando lo dispuesto por el Art. 63º, Par. II, que señala que “*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente...*”, corresponden pasar a exponerse los fundamentos que hacen a las conclusiones del presente fallo.

1. Derecho a conocer el estado del procedimiento.-

El recurrente, Sr. Lucca, fundamenta su agravio en las circunstancias que han rodeado a la correspondencia sostenida entre su persona y el Ente Regulador, expresada en dos notas en concreto (la ASFI/DDC/R-109311/2011 y la ASFI/DDC/R-60126/2012) y en sentido de que no fueron emitidas de oficio por la ASFI en cumplimiento de su obligación de información.

No obstante y conforme se ha visto, la recurrida Resolución ASFI No. 102/2013 no se circunscribe a considerar, sobre este extremo, únicamente a esas dos notas, sino también a la ASFI/DDC/R-82057 (recepcionada en fecha 15 de agosto de 2011) por la que se informó el inicio de las diligencias preliminares de investigación, y la ASFI/DDC/R-167279/2012 (26 de diciembre de 2012) por la que se entregaron al Sr. Lucca copias de los contratos suscritos por él mismo.

En tal sentido, no haciendo parte de la controversia las dos últimas notas señaladas, se entiende que sobre las mismas no pesa presunción alguna acerca de que no se hubieran emitido en cumplimiento de la obligación de información de la ASFI, lo que per sé determina el carácter infundado del alegato, por cuanto el criterio del mismo, dentro de los términos de lo recurrido, no alcanza a las dos últimas notas señaladas.

Por otra parte, puede que el origen de las controvertidas cartas ASFI/DDC/R-109311/2011 y la ASFI/DDC/R-60126/2012, sean las peticiones que salen de los diversos memoriales del reclamante (14 de junio, 28 de septiembre, 14 de octubre, 17 de noviembre y 22 de diciembre de 2011, 16 de febrero, 19 de marzo, 12 de abril y 13 de abril de 2012); el señalamiento de la ASFI de que mediante tales cartas -entre otras- se mantuvo informado al interesado, no está necesariamente reñido con el criterio del artículo 16º, inciso d), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, por cuanto, si es derecho de los administrados el *conocer el estado del procedimiento en que sea parte*, los diversos memoriales y el resultado de los mismos (conforme lo expresado por el recurrente), determinan que el Sr. Lucca reclamó ese su derecho, y de esa manera le fue atendido.

El artículo 16º, inciso d), de la Ley N° 2341, no establece como obligatoriedad del Ente Regulador, el deber de informar al administrado de oficio -como mal señala el recurrente- del estado del procedimiento en el que es parte, empero se entiende que no puede negar hacerlo, lo que, se recalca, fue atendido (al tenor del memorial del Recurso).

Por otra parte, el derecho a conocer el estado del procedimiento, no se limita únicamente, a recibir informes que se hubieran solicitado expresamente, sino fundamentalmente, a acceder irrestrictamente a la información (Art. 28, Reglamento aprobado por D.S. No. 27175 de 15 de septiembre de 2003), lo que no consta se le hubiera impedido al recurrente.

Por último, en cuanto a la publicidad que debe hacer a las actuaciones administrativas (Arts. 4, Inc. m) Ley N° 2341, y 28 del Reglamento aprobado por D.S. No. 27175), el deber concreto de la Administración es el referido por el 25, Par. I del Reglamento aprobado por el D.S. No. 27175: "*deberán notificar... las resoluciones que emitan*", es decir, los actos administrativos por antonomasia y que, desde luego, no hacen a la fase investigativa, sino cuando la misma concluye mediante la resolución que corresponda.

2. Impugnación al resultado de la investigación.-

Señala el recurrente, que en el caso, la ASFI se limitó a señalar que las normas que fueron identificadas por el reclamante "*no existían*" a momento de haberse suscrito los contratos, sin ejercer una investigación adecuada más allá de lo denunciado, pretendiendo que la conducta del Banco quede en la impunidad.

Sin embargo, la conclusión del recurrente está determinada por el resultado de la investigación que ha hecho constar la ASFI, el que obviamente no es de su satisfacción, y no por criterios objetivos y concretos que se hubieran expresado en el alegato: en el recurso no existen elementos que permitan concluir que la investigación no hubiera sido adecuada (señala que la investigación no ha sido adecuada empero no justifica el porqué de tal conclusión), entonces no la desvirtúa.

Lo anterior, sumado a lo afirmado por la ASFI en sentido de no haber encontrado incumplimiento a la norma a la conclusión de su investigación, determina el carácter injustificado del alegato, por cuanto, si para el Ente Regulador no existe infracción, entonces mal se le puede exigir, sin mayor justificativo, que investigue más allá de lo denunciado.

Más aún, cuando el Ente Regulador se expresa en función de la inexistencia de determinada normativa a tiempo de las contrataciones controvertidas, resulta obvia que se está pronunciando en base a un criterio de temporalidad o irretroactividad, el que como tal, se halla previsto por el artículo 123 de la Constitución Política del Estado. Sobre este respecto, no consta impugnación ni controversia alguna en el Recurso Jerárquico, entonces resulta firme y subsistente.

Por otra parte, señala el recurrente *simplemente* pretender la sanción "*por la falta de responsabilidad en el manejo de la documentación*", empero tal extremo difiere de lo denunciado (que hace mas bien a una supuesta operación contractual irregular -leonina, dice el denunciante- originada en la interactividad crediticia entre el ex Banco Santa Cruz, su sucursal Panamá y su agencia Miami).

En tal sentido, un supuesto mal manejo de determinada documentación, no ha hecho parte de lo denunciado por el Sr. Lucca, de lo por su emergencia investigado, ni del conflicto de relevancia jurídica sustanciado en la vía recursiva.

3. El interés colectivo inherente a la Administración Pública.-

Aqueja el recurrente que la ASFI, oficiosamente y sin que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. lo hubiera invocado, ha referido la existencia dentro del caso, de la prescripción establecida por el Art. 79 de la Ley N° 2341 ("*Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años*"), resultando ello en una parcialización a favor de la entidad financiera.

Al respecto, la resolución impugnada considera el tema de la prescripción en dos menciones concretas, la primera, cuando al hecho de no haber advertido oportunamente las supuestas irregularidades del ex Banco Santa Cruz S.A., sugiere se considere lo señalado por el Art. 79 precitado, empero dejando constancia inmediata, que tal consideración no obsta, es decir, no perjudica, los restantes fundamentos de la resolución impugnada, los que no teniendo que ver con la referida prescripción, han servido de base para su decisión, entonces quedando lo alegado por el recurrente, en una mera susceptibilidad, por ello, sin lugar a mayor tutela jurídica.

Empero después, cuando trata sobre los supuestos incumplimientos e infracciones a la normativa regulatoria, y al mencionar el precedente contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre de 2006, referido precisamente al tema de la prescripción, el Ente Regulador hace una alusión directa y fundamental a tal figura, por cuanto le sirve para desvirtuar el alegato en concreto, que ha sido planteado a tiempo del Recurso de Revocatoria.

En este sentido, por su carácter funcional y su finalidad, la Administración no actúa en la relación procesal administrativa, íntegramente como un juzgador, sino también como parte interesada, en tanto sirva a los intereses de la colectividad (Art. 4, Inc. a, Ley N° 2341) y los imponga con preferencia a los de los particulares, siendo este el principio fundamental de la función pública.

El hecho de que el instituto jurídico prescripción, halle legislación administrativa en apenas un artículo (el mencionado Art. 79, Ley N° 2341), debe compeler, en lo que sea necesario, a remitir sus alcances a los del Derecho general, como lo ha hecho el recurrente; sin embargo, no es precisamente la legitimidad de su interposición la que encuentre insuficiente legislación, por cuanto y como se ha dicho, si lo que se ha controvertido es el carácter de interesado o de parte interesada que debe hacer a quien oponga tal prescripción, la Administración Pública conlleva tal carácter por cuanto hace ello al principio fundamental de la Administración Pública, es decir, a aquella que debe oponerse con primacía a los otros principios administrativos.

Entonces, es posible que el Ente Regulador, como integrante de la relación procesal administrativa (en la que actúa como juzgador pero también como parte interesada, en tanto representa los intereses de la colectividad), considere la concurrencia de la prescripción a una controversia en concreto, por cuanto, como interesado, le incumbe la legitimidad para ello.

4. Motivación y fundamentación a otros temas concretos.-

El Recurso Jerárquico alega una categórica falta de motivación y fundamentación en la recurrida Resolución ASFI No. 102/2013, por los extremos concretos que se señalan y evalúan a consideración:

4.1. Identificación y firmas de los partícipes en los contratos controvertidos.-

El recurrente señala que los controvertidos contratos de préstamo y cartas de crédito, según los ejemplares por él proporcionados, no contienen la identificación del representante legal o del personero de las agencias del ex Banco Santa Cruz S.A. en Panamá y Miami, y no cuentan con la firma de personero o representante legal de las mismas, menos aún, con la constancia del procedimiento por el cual se determine que el apoderado de dichas sucursales no sabía o no podía firmar el documento.

A ello se opone la documentación presentada por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en la que sí aparecen identificados, como en su mérito firmados los contratos y las cartas de referencia, y que desvirtúa el agravio expresado.

En este sentido, resulta que el objeto de lo recurrido, es que la documentación obtenida por el recurrente demuestra “a cabalidad” la inexistencia de las firmas e identificación de los representantes del Banco, por lo que así expuesto, resultaría *iure et iure*, en una verdad jurídica incontrastable; sin embargo, los restantes antecedentes determinan que no existe tal suficiencia en la prueba del Sr. Lucca, sino que a la misma se opone la prueba acreditada por la entidad financiera, en la que no existen las irregularidades denunciadas.

Se hace referencia a la existencia de una certificación notarial que determinaría, a su vez, la inexistencia de los contratos: empero a lo mismos, bien ha dicho el Ente Regulador que hace a un plano no conocible por la sede administrativa, por ser ajeno a sus atribuciones.

En tal sentido además, el recurrente señala que no busca una tutela jurisdiccional sobre una eventual nulidad de los documentos presentados por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., sino únicamente, que se fiscalice la conducta administrativa irregular del Banco por la gestión irregular de las contrataciones específicas; no obstante, no es posible esto último sin tener por fundamento lo primero, haciendo aplicable al caso el *in dubio pro administrado*, principio que crea una presunción de inocencia en favor del administrado, en este caso el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., máxime si se tiene en cuenta que, por la data de las distintas contrataciones, corresponderá acreditarse ante la autoridad que corresponda, la exigibilidad de las formalidades que ahora son observadas por el Sr. Lucca.

En todo caso, esto permite concluir que, más allá de lo señalado por el recurrente, no se encuentra el agravio a sus intereses en la acusada falta de fundamentación, la que en todo caso sí existe, sino en que el resultado de esa fundamentación, expresado en la decisión final de la recurrida, no es de su satisfacción, por cuya razón en definitiva, se ha interpuesto el Recurso Jerárquico con la generalidad de alegatos que lo conforman y que se vienen analizando en el presente.

4.2. Buena fe contractual.-

Según el recurrente, el ex Banco Santa Cruz S.A. ha actuado en infracción a la buena fe que debe primar en los contratos, según lo dispone el Art. 803 del Código de Comercio, conclusión a la que llega por varias circunstancias específicas, entre las que se halla aquello de la certificación notarial, ya considerada líneas arriba, así como que tales contratos no fueron entregados al reclamante por el Banco una vez que fueron suscritos.

En cuanto a esto, no consta que el recurrente hubiera reclamado al ex Banco Santa Cruz S.A., en oportunidad de las distintas contrataciones, las copias que ahora reclama, como tampoco que, ante una negativa para ello, se hubiera reclamado el tema por ante el Órgano Supervisor; entonces, se entiende la conformidad del ahora recurrente, con el proceder de la entidad financiera, habiendo de esa manera convalidado la actuación de esta última y, dado el tiempo transcurrido, sin lugar a reclamo al presente.

Además, señala el Sr. Lucca que no se encontraba previsto contractualmente que las líneas o cartas de crédito serían otorgadas por sus agencias extranjeras en Panamá y Miami, que los bienes del acreditado podrían ser embargados a favor de dichas sucursales, que no se informó al entonces

acreditado, cuál sería el destino de los créditos otorgados por éstas sucursales en caso de cierre, menos se comunicó si existiría alguna cesión de los créditos conforme dispone el Reglamento para la Transferencia de Cartera de Crédito, como tampoco se dio a conocer cuál sería el destino de los bienes embargados a favor de estas sucursales siendo que las mismas fueron cerradas.

Cabe la aclaración que, las cartas de crédito que se aperturaron en la agencia Miami, tenían constituidas garantías específicas las que quedaron extinguidas como consecuencia de la cancelación de la obligación principal, no habiéndose hipotecado bienes para su realización, y referente a los préstamos de la sucursal Panamá, fueron otorgados con cargo a las Líneas de Crédito suscritas en Bolivia, por lo que las garantías han sido constituidas en Bolivia a favor del ex Banco Santa Cruz S.A., actual Banco Mercantil Santa Cruz S.A., quedando desvirtuado que los gravámenes estén gravados a favor de la agencia Miami o sucursal Panamá, que a la fecha no existen.

En ese sentido, los gravámenes salientes en las columnas B-1 de los certificados de folio real correspondientes a las matrículas de folio real Nro. 7.01.1.06.0007879 y 7.01.1.99.0008924, y que en concreto y en ambos casos mencionan "**CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA (A FAVOR DE) BANCO SANTA CRUZ MIAMI AGENCY**", como emergentes de la escritura pública Nro. 1138 de 20 de julio de 1999 (notaria María Luisa Lozada Bravo), si bien merecen toda la fe probatoria a la que se refieren los Arts. 1296 y 1523 del Código Civil a los fines de establecer "*la constitución de hipoteca como garantía de operaciones de créditos, que hace el señor Luis Artemio Lucca Suarez, a favor del Banco Santa Cruz, Miami Agency*", en cambio, no determina que la persona jurídica Banco Santa Cruz S.A. sea distinta de su oficina en Miami, que resulta lo sugerido por el Recurso Jerárquico.

Por el contrario, la denominación "Agencia", en función de lo señalado por el artículo 1º de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, redacción original del 14 de abril de 1993 (vigente a tiempo de las contrataciones entre el ex Banco Santa Cruz S.A. y el señor Lucca), está referida a la acepción siguiente:

"Agencia Internacional: *Oficina urbana de una entidad financiera nacional autorizada, localizada en el exterior del país, dependiente de una sucursal internacional o directamente de su oficina central*" (Negrillas insertas en la presente Resolución).

Entonces, el criterio de *Agencia Internacional* (y también el de *Sucursal Internacional*) obedece a un criterio netamente comercial, referido a la inserción de una entidad financiera nacional, en un determinado mercado financiero internacional, pero que de ninguna manera lo hace independiente, distinto o diferente de su Oficina Central.

Tal criterio se confirma por la Resolución SB N° 082/89 de 27 de noviembre de 1989, de autorización al Banco de Santa Cruz de la Sierra S.A. para la apertura e instalación de su oficina en la ciudad de Miami, Estado de Florida de los Estados Unidos de Norte América.

En todo caso, de la revisión de antecedentes y conforme lo expresado por la ASFI en la resolución impugnada, no se ha evidenciado incumplimiento a la normativa prudencial; tal revisión en concreto ha establecido los extremos siguientes:

- Sobre la apertura de línea de crédito rotativa por la cantidad de \$us. 210.000.- (Testimonio N° 1274 de 28 de octubre de 1996): no existe limitación alguna al alcance

geográfico; "El deudor garantiza (...) el fiel cumplimiento del presente contrato y de todas la obligaciones que asume (...) con (...): 1. La garantía y fianza personal de la señora Ana María Arteaga de Lucca, (...) 2. La garantía hipotecaria (...) sobre el siguiente inmueble: De propiedad del Deudor, quien con la conformidad de su esposa Sra. Ana María Arteaga de Lucca (...) como garantía de todas las obligaciones que realice con el Banco el deudor utilizando la Línea de Crédito y las inherentes y emergentes (...) Ubicado sobre una calle sin denominación, frente a la Plaza Don Bosco, manzana 22, U.V. 7, zona Sud Este de la ciudad de Santa Cruz, con una superficie de trescientos sesenta y cinco 15/100 metros cuadrados (365.15 Mts.2)..."

- Sobre la apertura de línea de crédito (Testimonio N° 735/98 de 19 de agosto de 1998) por la suma de \$us. 450.000,00.-: "Las operaciones con cargo a la Línea de Crédito serán préstamos a corto plazo y posteriormente pueden... realizarse en cualquier oficina, agencia sucursal del Banco que funcionen en Bolivia o en el exterior del país".

"El deudor garantiza al Banco el fiel cumplimiento del presente contrato y de todas la obligaciones que asume en virtud de las operaciones que realice utilizando la Línea de Crédito, con (...): La hipoteca que constituyen en favor del Banco sobre los siguientes inmuebles: (...) inscrito en Derechos Reales bajo la Partida Computarizada No. 010186218 (...) inscrito en Derechos Reales bajo la Partida Computarizada N° 010186219 (...) en su integridad, sin reservas, restricciones ni limitaciones de ninguna clase quedan reatados y gravados como garantías hipotecarias en favor del Banco, por todas las obligaciones que asuman los deudores por concepto de todas las operaciones en que utilicen y con cargo a la Línea de Crédito hasta que estos las cumplan y paguen en su totalidad y a satisfacción del Banco".

- Sobre la ampliación de Plazo e Inclusión de Garantías (Testimonio N° 521/2000 de 10 de mayo de 2000): "El ACREDITADO garantiza al Banco el fiel cumplimiento del presente contrato y de todas las obligaciones que asumidas y que asuma en virtud de las operaciones que realice utilizando la Línea de Crédito, con las siguientes garantías: (...) Con la garantía y fianza personal de la señora Ana María Arteaga de Lucca, (...) garante del ACREDITADO de todas las obligaciones contraídas y que contraiga con el Banco en este contrato y todas la operaciones con cargo a la Línea de Crédito sea que estas sean formalizadas o realizadas en las oficinas del Banco en Bolivia o en sus agencias de Panamá, Banco Santa Cruz S.A., Sucursal Panamá o en Miami, Estado de Florida, Estados Unidos de América, Banco Santa Cruz, Miami Agency (...) La prenda con desplazamiento de medicamentos (...) hipoteca a favor del Banco como garantía real de todas las obligaciones en que utilice la Línea de Crédito o con cargo a esta y las asumidas mediante este contrato (...) inscrito en Derechos Reales bajo la partida computarizada N° 010358100 (...) inscrito en la partida computarizada N° 010353718 (...) inscrito en Derechos Reales (...) Actualmente, le corresponde la Partida Computarizada No. 010031789 (...), los referidos inmuebles con todas sus mejoras, construcciones, instalaciones, usos, costumbres, servidumbres, etc. Es decir su integridad, sin reservas, restricciones, ni limitaciones de ninguna clase quedan reatados y gravados como garantías de todas las obligaciones que asuma el acreditado por concepto de todas las operaciones en

que utilicen la Línea de Crédito y esta ampliación, hasta que estos las cumplan y paguen en su totalidad...

... Todas las cláusulas del presente contrato de Línea de Crédito, en lo pertinente, se consideran incorporadas a todas y cada una de las operaciones, documentos y contratos realizados con cargo a la Línea de Crédito, constituyendo parte integrante e indivisible de los mismos".

- Sobre la ampliación de Plazo e Inclusión de Garantías (Testimonio N° 522/2000 de 10 de mayo de 2000):

"Los Acreditados garantizan al Banco el fiel cumplimiento del presente contrato y de todas la obligaciones que asumidas y que asuma en virtud de las operaciones que realice utilizando la Línea de Crédito, (...): La hipoteca (...) sobres los siguientes inmuebles (...) inscrito en Derechos Reales bajo la Partida Computarizada N° 010186218 (...) inscrito en Derechos Reales bajo la Partida Computarizada N° 010186219 (...) inscrito en Derechos Reales bajo la partida computarizada N° 010358100 (...) inscrito en la partida computarizada N° 010353718 (...) con todas sus mejoras, construcciones, instalaciones, usos, costumbres, servidumbres, etc., es decir en su integridad, sin reservas, restricciones ni limitaciones de ninguna clase quedan reatados y gravados como garantías de todas las obligaciones que asuman los Acreditados por concepto de todas las operaciones en que utilicen la Línea de Crédito y esta ampliación, hasta que estos las cumplan y paguen en su totalidad y a satisfacción del Banco".

Asimismo, la ASFI bien ha señalado, que el Art. 519 del Código Civil señala que "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la Ley"; consiguientemente, al momento de la suscripción de los contratos, el Sr. Lucca dio su pleno consentimiento y conocimiento del contenido de los mismos, así como el ex Banco Santa Cruz S.A. contaba con las autorizaciones correspondientes para operar en las ciudades de Miami y Panamá.

En definitiva, el prestatario-acreditado y sus garantes, otorgaron su consentimiento para que los bienes citados garanticen todas las obligaciones contraídas (operaciones con cargo a las Líneas de Crédito incluidas) por el señor Lucca, sea que estas fueron formalizadas o efectuadas en las oficinas del Banco Santa Cruz S.A. en Bolivia, o en su sucursal Panamá o en su agencia Miami; los bienes dados en garantía que respaldan las operaciones crediticias se encuentran gravados, en razón a que dichas obligaciones en algunos casos, están pendientes de pago, consecuentemente, mientras el Sr. Lucca no regularice dichas operaciones, dichas garantías continuarán gravadas en favor del acreedor.

En definitiva, ha quedado claro en la sustanciación del proceso, que el Sr. Lucca esta consciente de haber realizado las diversas contrataciones con el ex Banco Santa Cruz S.A. (de hecho no ha negado lo mismo), así como era conocedor de las condiciones así como los derechos y obligaciones a que se sujetaban las partes al momento de

suscribir las referidas operaciones crediticias; además, de los contratos se infiere que las líneas o cartas de crédito podían ser otorgadas por sus agencias extranjeras en Panamá y Miami, resultando un efecto jurídico natural el embargo del patrimonio de quien resulte deudor, siendo impertinente referirse a cesión de créditos alguna, por cuanto, como se ha visto, la ley no establece distinción de la sucursal o de la agencia con respecto a la entidad en sí misma, de la que en definitiva forman parte.

4.3. Falta de pronunciamiento expreso por parte de la ASFI.-

El recurrente aqueja que a su reclamo, a la presunta infracción al Reglamento para la Apertura, Cierre y Traslado de Sucursales y Agencias (Art. 8), la ASFI se hubiera limitado a señalar que *“dichos aspectos fueron aclarados a través de las cartas ASFI/DAJ/R-81717/2010 y ASFI/DAJ/R-106249/2010”*, además que aquello no es real, por cuanto, dichas cartas se refieren a situaciones genéricas y no a lo concreto manifestado y expuesto en los memoriales de 14 de junio de 2011 (de reclamo) y 13 de abril de 2012 (de identificación de la normativa supuestamente incumplida).

El reclamo está en concreto referido a la obligación que tenía el ex Banco Santa Cruz S.A., de incluir las colocaciones efectuadas por sus subsidiarias y sucursales en el exterior (Miami y Panamá), extremo que se desprende del memorial presentado por el Sr. Lucca el 13 de abril de 2012, según es mencionado en la Resolución Administrativa ASFI N° 251/2012, donde además sugiere que, habiendo desaparecido en la actualidad las oficinas del ex Banco Santa Cruz S.A. en Panamá y Miami, no se hubieran liberado las garantías por él constituidas y que resultaron a favor de las mismas, dando lugar a que los bienes del acreditado-prestatario se encuentren gravados a favor de agencias que a la fecha no existen, dejando su patrimonio en incertidumbre e inseguridad jurídica, en abuso de posición dominante contractual.

Entonces, el recurrente observa el que la Autoridad recurrida no se hubiera pronunciado expresamente y con claridad, acerca de su reclamo, habiéndose limitado a señalar que los extremos se encontraban ya aclarados mediante las dos notas remitidas.

De la forma señalada por el recurrente, se encuentra su agravio plenamente justificado, por cuanto, es obligación de la Autoridad recurrida, fundamentar su decisión *“expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto”* (Art. 28, inciso e), Ley Nro. 2341), debiendo contener la decisión *“Los fundamentos de hecho y de derecho que la motivan y respaldan”* (Art. 17, Par. II, Inc. d), Reglamento aprobado por el D.S. 27175), extremo que ha sido evidentemente incumplido, al no haberse justificado la decisión, y habérsela remitido a lo que del extremo pudieran señalar dos notas previas, sin mayor justificativo ni desarrollo.

No obstante ello, en ejercicio de la economía procesal dispuesta por el Art. 4, inciso k), de la Ley N° 2341, se tiene en cuenta que la situación de los bienes gravados a favor de agencias que a la fecha no existen, se encuentra plenamente esclarecida, infiriéndose de ello el que el Ente Regulador no hubiera realizado mayor pronunciamiento y menos aún haber ingresado a un análisis más específico, como el pretendido por el recurrente, por cuanto, es evidente que la carta ASFI/DAJ/R-1062459/2010 de 14 de octubre de 2010, dirigida al señor Lucca y recibida por él mismo en fecha 19 siguiente, menciona en un párrafo concreto, que:

“...Asimismo, la citada Sucursal -Miami- estaba sujeta a las leyes bancarias de su domicilio, debiendo presentar al Organismo de Regulación, estados financieros de situación financiera

trimestral y al fin de cada ejercicio anual el Balance General de gestión consolidado con su Oficina Central..."

Por otra parte, establecida la firmeza, vigencia y subsistencia de los gravámenes a favor del ex Banco Santa Cruz S.A., ahora a favor del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., independientemente de aquellas oficinas que el primero tenía en el exterior (Panamá y Miami) hubieran desaparecido, entonces resulta inviable pasar a considerar la improcedente liberación de las garantías.

4.4. Demora en la francatura de copias.-

Lo anterior no significa pasar por alto la omisión señalada por el Ente Regulador, como tampoco la tardanza acusada en la francatura de copias, cuando el recurrente señala que las por él solicitadas, recién le fueron proporcionados con una diferencia de seis meses, extremo sobre el que, no incidiendo sobre la cuestión de fondo y al no constar mayores antecedentes, se limita a la disposición que sigue a continuación.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad al Art. 43º, Par. I, Inc. a) de la Ley N° 2341, corresponde confirmar con alcance total el procedimiento administrativo, cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en uso de las facultades conferidas por el Artículo 37º, del Decreto Supremo N° 0071, de 9 de abril de 2009, que crea las Autoridades de Fiscalización y Control Social;

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución Administrativa ASFI N° 102/2013, de 21 de febrero de 2013, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).

ARTÍCULO SEGUNDO: Se llama la atención a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), por cuanto, como responsable en la sustanciación del proceso recursivo y de las resoluciones recurridas dentro del mismo, no ha observado en su integridad el necesario fundamento que les debió caracterizar, exhortándosele a corregir estas falencias en la generalidad de sus actuaciones futuras, así como también a franquear con la necesaria celeridad, los requerimientos legítimos que le hagan presente los Administrados.

Regístrese, notifíquese y cúmplase.

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



RECURRENTE

FEDERACIÓN BOLIVIANA DE COOPERATIVAS DE
AHORRO Y CRÉDITO – FEBOCAC

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 066/2013 DE 30 DE ENERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI Nº 046/2013 DE 10 DE JULIO DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 046/2013

La Paz, 10 de Julio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **FEDERACIÓN BOLIVIANA DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO - FEBOCAC**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 066/2013 de 30 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 043/2013 de fecha 03 de junio de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 093/2013 de fecha 20 de junio de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 1 de marzo de 2013, la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito - FEBOCAC, legalmente representada por el señor Aldo Yani Moro Gutiérrez, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 0666/2012 de 4 de julio de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 59 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra, a cargo de la Dra. Gaby Elfy Caballero C., interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 066/2013 de 30 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 8 de marzo de 2013, notificado en fecha 11 de marzo de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 066/2013 de 30 de enero de 2013.

Que, mediante Auto de 8 de marzo de 2013, publicado en el matutino La Razón de fecha 13 de marzo de 2013, se notificó a los terceros interesados, Cooperativas de Ahorro y Crédito, para que en el término de diez (10) días administrativos presenten alegatos.

Que, el 19 de abril de 2013, a horas 15:00, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito – FEBOCAC.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES.-

Que, antes de ingresar al análisis de fondo, es importante hacer referencia a los antecedentes que dieron lugar al presente Recurso Jerárquico.

1.1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 080/2012 DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012.-

El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en fecha 28 de diciembre de 2012, emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 080/2012, misma que determinó, en su parte resolutive, lo siguiente:

“...ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR El Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 378/2012 de 2 de agosto de 2012, inclusive, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.”

Los argumentos expuestos en la referida Resolución Ministerial Jerárquica, son los siguientes:

“...2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

De los antecedentes referidos, tenemos que, el presente recurso versa sobre si la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero actuó conforme a derecho, al declarar improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por Aldo Yany Moro Gutiérrez, en representación de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC).

Por lo que, previo al análisis de fondo, es necesario analizar si el recurrente cumplió con los requisitos de admisión.

La Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 en su artículo 13, parágrafo I y II, señala:

*“I. Toda persona que formule solicitudes a la Administración Pública podrá actuar por sí o por medio de su **representante** o mandatario **debidamente acreditado.**”*

*II. El representante o mandatario, **deberá exhibir poder notariado** para todas las actuaciones administrativas...” (Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

Que, el artículo 16 parágrafo I, del Decreto Supremo 27175, refiere:

“I. Los sujetos regulados y las personas señaladas en el artículo anterior podrán actuar por sí o por medio de sus representantes o mandatario, debidamente acreditado, **mediante la representación del respectivo poder notarial...**” (Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De la norma transcrita, se tiene que, la recurrente no sólo debe cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera “SIREFI”, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, sino también, deberá acreditar el respectivo poder notarial, cuando el Recurso sea presentado por su representante legal, conforme lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo en su artículo 13 parágrafos I y II, artículo 16 parágrafo I, del Decreto Supremo 27175, o, en su caso, el recurso podrá ser declarado improcedente, conforme lo señala el artículo 43 inc. d) del Decreto Supremo N° 27175, de 15 de septiembre de 2003.

2.1. Sobre la legitimación y el Principio de Informalismo.-

La recurrente señala que no corresponde, al procedimiento administrativo, solicitar mayores requisitos, que no sea la presentación del poder del Sr. Aldo Yani Moro Gutiérrez como representante de la FEBOCAC, como la exigencia formal del reconocimiento de los Consejos de Administración y Vigilancia ante la Dirección General de Cooperativas que, en el presente caso, al haberse presentado el poder en el Recurso de Revocatoria, debió haber sido admitido y resuelto en el fondo en virtud al principio de informalismo.

Sobre el particular tenemos que la Sentencia Constitucional 1337/2011-R citada por la recurrente, en lo pertinente hace referencia a:

“...El **principio de informalismo** consiste en la **excusación de la observancia de exigencias formales no esenciales y que pueden cumplirse después**, por ejemplo la errónea calificación del recurso (Juan Francisco Linares, Derecho Administrativo, Editorial Astrea, pág. 348); la excusación referida, debe ser **interpretada siempre a favor del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica in dubio pro actione**, o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio al derecho a la acción, para asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento.” (Las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

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

Ahora bien, revisados los antecedentes tenemos que la recurrente sí presentó la siguiente documentación:

- El Testimonio Poder N° 218/2012 de 27 de febrero de 2012.
- El Testimonio N° 700/2012 de 16 de julio de 2012, de Administración, que complementa el instrumento Poder N° 218/2012, conferidos por la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito de Bolivia (FEBOCAC), en favor de los señores Lic. Hoggier Hurtado Añez, Jaime González Alanes, Reinaldo Burgos Fernández y Eloy Edgar Urquizu.
- Los Testimonios Poder N° 666/2012 de fecha 4 de julio de 2012 y N° 701/2012 de 16 de julio de 2012, mediante los cuales, la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC), otorga poder amplio y suficiente a favor de Aldo Yani Moro Gutiérrez, mismo que interpuso Recurso de Revocatoria y Jerárquico como representante legal de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC). Todos los citados poderes fueron otorgados ante Notaría de Fe Pública N° 59 a cargo de la Dra. Gaby Ely Caballero C. del Distrito Judicial de Santa Cruz.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, solicitó a la recurrente que, además de los poderes presentados, ésta debió **acreditar su personería reconocida por la Dirección General de Cooperativas** en virtud al Inciso n), numeral 3 del Decreto Supremo N° 28631 de 8 de marzo de 2006, adicionado por Decreto Supremo No. 29108 de 25 de abril de 2007.

Al respecto de este requisito, tenemos que, en el caso de Autos, la Administración Pública no puede solicitar mayores requisitos que los establecidos en la norma para la procedencia de un recurso y que al haber adjuntado los Testimonios Poderes N° 666/2012 de fecha 4 de julio de 2012, N° 700/2012 de 16 de julio de 2012 y N° 218/2012 de 27 de febrero de 2012, la recurrente habría cumplido con lo expresado en la Ley del Procedimiento Administrativo en su artículo 13 parágrafos I y II, artículo 16 parágrafo I, del Decreto Supremo 27175.

Por lo que, la **Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mal pudo declarar improcedente el recurso de revocatoria amparándose en la** presentación de la Resolución Administrativa emitida por la Dirección General de Cooperativas, en la cual se acredite a los Consejos de Administración y Vigilancia, **debido a que el Ente Regulador no tiene competencias para regular a Entes Federativos ni solicitar mayor documentación para la admisión del Recurso de Revocatoria, que las establecidas en la ley.**

Por lo que, en el caso de autos, corresponderá al Ministerio de Trabajo y a su Dirección General de Cooperativas solicitar a la Federación FEBOCAC, presidida por el Lic. Hoggier Hurtado Añez, que cumpla con estos requisitos establecidos en la Ley General de Sociedades Cooperativas N° 5053 de 13 de septiembre de 1958, así como en el Decreto Supremo N° 28631 de 8 de marzo de 2006, adicionado por el Decreto Supremo No. 29108 de 25 de abril de 2007. Siendo que este no es un requisito para la procedencia del Recurso de Revocatoria.

2.2.- En cuanto a la existencia de dos federaciones paralelas.-

La recurrente refiere que si bien el Ente Regulador habría declarado improcedente el Recurso de Revocatoria debido a que existirían dos Federaciones paralelas una

precedida por el Sr. Johnny Revollo López, como Presidente de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC) y otra precedida por Sr. Hoggier Hurtado Añez, también como Presidente de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC), la Autoridad Fiscalizadora debió verificar mínimamente la existencia de la personería jurídica de la FEBOCAC que preside el Sr. Jhony Revollo, y a su vez debió poner en conocimiento de la recurrente la existencia de ésta otra Federación Paralela, que el no haberlo hecho ha dado lugar a la indefensión de la recurrente.

Al respecto, se debe precisar, que el presente caso se lleva a consecuencia de la determinación adoptada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, misma que aprobó y puso en vigencia el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, inmerso en el Título I, Capítulo III de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y no así para demostrar cuál de las dos FEBOCAC tendría mejor derecho.

Esta aclaración se realiza debido a que **ni esta Instancia Jerárquica ni el Ente regulador tiene competencia para pronunciarse sobre estos aspectos**, por lo que no corresponde a esta Instancia Jerárquica ni a la Entidad Fiscalizadora, solicitar la personería de la otra FEBOCAC o poner en conocimiento, la documentación presentada por esta, a la recurrente, toda vez que los problemas que existan entre estos dos Entes Federativos, deberán ser resueltos ante las instancias judiciales o ante los organismos llamados por Ley para ello.

Por lo que en el caso de autos, el pronunciamiento de esta Instancia Jerárquica sólo se circunscribirá a determinar si la FEBOCAC presidida por el Sr. Hoggier Hurtado Añez, estaría legitimada para presentar Recurso de Revocatoria.

Para ello, pasaremos a revisar la documentación adjunta al expediente administrativo:

1. Nota con Cite FDC.CAR-54/0612-CA de 22 de junio de 2012, firmada por el Sr. Johnny Revollo López, como Presidente de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC)
2. Nota con Cite PDCIA.OF. No. 38/2012 de 22 de junio de 2012, firmada por el Sr. Hoggier Hurtado Añez, como Presidente de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC).
3. Nota con Cite FBC- CA-003/2012 de 14 de junio de 2012, suscrita por el Sr Johnny Revollo, como Presidente del Consejo de Administración de la FEBOCAC, comunicando a la ASFI la nueva conformación del Directorio de la FEBOCAC, posesionado y reconocido por la Dirección General de Cooperativas el 8 de junio del presente año.
4. Nota con Cite ASFI/DNP/R-81378/2012 de 4 de julio de 2012, mediante la cual, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, solicita al Director de la Dirección General de Cooperativas, acreditar y manifestar cuál es la persona reconocida, por esa Dirección, como Presidente y Representante legal de la FEBOCAC, así como los miembros que conformarían la directiva correspondiente.
5. Nota del Director General de Cooperativas del Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, con Cite MTEPS/DGCOOP N° 372/2012, misma que referiría:

“...En atención al Cite de referencia, tengo a bien comunicarle que todos los antecedentes relacionados con la representación de la **Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito-FEBOCAC**, están siendo trasladadas a la Confederación Nacional de Cooperativas de Bolivia CONCOBOL...” (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

6. Resolución 005/2012 de 29 de junio de 2012, de la Confederación Nacional de Cooperativas de Bolivia CONCOBOL, mediante la cual se resuelve:

“Primero.- Se rechaza todo acto de parte de la Dirección General de Cooperativas dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social que pretenda dividir u orientar a debilitar el sistema cooperativo nacional, por lo que **se ratifica el reconocimiento de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC) y la representación legal del hermano Hoggier Hurtado como Presidente del Consejo de Administración.**

Segundo.- Se desconoce cualquier otra Federación y/o Cooperativa paralela del Sistema Cooperativo que no esté debidamente reconocida por la CONCOBOL por lo que ASFI y toda entidad de regulación deberá consensuar cualquier normativa de los sectores cooperativos correspondientes, a través de la Federaciones reconocidas por la CONCOBOL, en observancia del artículo 242 de la Constitución Política del Estado y normas legales en vigencia...” (Las negrillas han sido insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito, tenemos que, si bien, en primera instancia, hubiera existido controversia y duda en cuanto a quien ostentaría la representación de la Federación de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC), se tiene que, la misma se habría resuelto ante la Confederación Nacional de Cooperativas de Bolivia (CONCOBOL), a través de la Resolución 005/2012 de 29 de junio de 2012, donde claramente ésta se habría pronunciado en sentido de que se ratificaría el **reconocimiento de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito FEBOCAC y la representación legal del señor Hoggier Hurtado como Presidente del Consejo de Administración**, elegido mediante asamblea de fecha 17/09/2011.

Sin embargo de ello, **en ningún caso correspondía que el Ente Regulador declare improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por Aldo Yany Moro Gutiérrez, en representación legal de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC) presidida por el Sr. Hoggier Hurtado Añez, bajo el argumento de que éste no habría cumplido con presentar su personería reconocida por la Dirección General de Cooperativas, ni bajo el argumento de que existiría controversia entre cuál de las dos federaciones paralelas ostentaría representación, ya que, ante este caso, la Autoridad no puede negar el derecho a la impugnación, y si existiere controversia de la legitimación de la Entidad o Federación solicitante, hubiera podido suspender plazos por fuerza mayor hasta contar con el pronunciamiento de la Autoridad llamada por Ley, sobre dicha controversia.**

Por lo que, el Ente Regulador, al haber declarado improcedente el Recurso de Revocatoria no ha actuado conforme a derecho, correspondiendo, por ende, anular el

presente proceso por encontrarse viciado, con las causales de anulabilidad al haberse vulnerado el debido proceso de la recurrente...”

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 233/2012 DE 12 DE JUNIO DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI, aprobó y puso en vigencia el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, del cual extractamos las partes pertinentes, para el presente caso:

“CAPÍTULO III: REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO

SECCIÓN 1: ASPECTOS GENERALES

Artículo 1° - (Objeto). El presente Reglamento tiene por objeto regular el proceso de incorporación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito (CAC) Societarias a las que se refiere la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008. La forma de constitución y obtención de licencia de funcionamiento de nuevas CAC (Abiertas o Societarias), así como el funcionamiento de las CAC (Abiertas o Societarias) autorizadas por ASFI.

Artículo 2° - (Ámbito de aplicación). El presente reglamento se aplica a las CAC Abiertas y a las CAC Societarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Bancos y Entidades Financieras (LBEF) y la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008 que modifica la LBEF e incorpora al ámbito de supervisión de la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (SBEF), actualmente denominada Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), a las CAC Cerradas de Carácter Comunal, bajo la denominación de CAC Societarias. Las Cooperativas de Ahorro y Crédito de vínculo laboral, al estar excluidas de la LBEF se encuentran fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento.

Artículo 3° - (Definiciones). Para efectos del presente Reglamento se utilizarán las siguientes definiciones:

a) Certificado de aportación: Es el documento que acredita las aportaciones obligatorias o voluntarias de los socios, representa el capital social de una CAC (Abierta o Societaria) de carácter individual, nominativo, igual e inalterable en su valor y transferible únicamente en las condiciones que establezca el estatuto de la CAC (Abierta o Societaria). El certificado de aportación está disponible para absorber pérdidas, en caso que la CAC (Abierta o Societaria) incurra en ellas.

b) Cooperativa de ahorro y crédito abierta: Entidad de intermediación financiera no bancaria, constituida como sociedad cooperativa, de objeto único, autorizada a realizar operaciones de intermediación financiera y, a prestar servicios financieros al público, en el marco de la LBEF, en el territorio nacional, de acuerdo al Artículo 1° de la LBEF.

c) Cooperativa de ahorro y crédito societaria: Entidad de intermediación financiera no bancaria, constituida como sociedad cooperativa, de objeto único, autorizada a realizar operaciones de ahorro y crédito exclusivamente con sus socios, en el marco de la LBEF, en el territorio nacional, de acuerdo al Artículo 1° de la LBEF.

d) Cooperativa de ahorro y crédito societaria en proceso de adecuación: Sociedad cooperativa de objeto único, en proceso de adecuación para ser considerada entidad de intermediación financiera no bancaria y sujeta al ámbito de aplicación de la LBEF, a partir de la obtención de la licencia de funcionamiento.

e) Cooperativa de ahorro y crédito de vínculo laboral: Sociedad sin fines de lucro de objeto único que realiza operaciones de ahorro únicamente con sus socios y otorga créditos para el mejoramiento económico y social de los mismos y se organiza en el seno de una institución o empresa, pública o privada, o un gremio profesional. La afiliación es libre y voluntaria. En ningún caso podrán establecerse mecanismos obligatorios de afiliación como condición de trabajo y no pueden mantener oficinas abiertas para la atención al público, de acuerdo al Artículo 1° de la LBEF.

Artículo 4° - (Constitución de una nueva cooperativa de ahorro y crédito). Para constituir una nueva CAC bajo la forma de CAC Abierta o CAC Societaria, los interesados deben cumplir con las siguientes etapas:

a) Primera: Realizar el trámite para la obtención del Permiso de Constitución ante ASFI

b) Segunda: Efectuar el trámite de obtención de su Personalidad Jurídica ante la Autoridad Correspondiente

c) Tercera: Tramitar la obtención de su Licencia de Funcionamiento ante ASFI

Artículo 5° - (Proceso de adecuación de una cooperativa de ahorro y crédito societaria en funcionamiento al ámbito de la regulación). La CAC Societaria que a la fecha de la promulgación de la Ley N° 3892 se encontraba en funcionamiento, para ser incorporada al ámbito de aplicación de LBEF debe cumplir con dos etapas:

1) Etapa 1. Certificado de adecuación: Etapa que inicia la CAC Societaria con la presentación de la carta de intención de inicio del proceso de adecuación y concluye con la obtención del Certificado de Adecuación emitido por ASFI, conforme lo establecido en la Sección 2 del presente Reglamento. En esta etapa la CAC Societaria no podrá abrir sucursales, agencias u otros puntos de atención.

2) Etapa 2. Licencia de funcionamiento: Etapa que se inicia con la obtención del Certificado de Adecuación y que concluye con la obtención de la Licencia de Funcionamiento emitida por ASFI. En esta etapa, la apertura de sucursales, agencias u otros puntos de atención de la CAC Societaria en proceso de adecuación, podrá ser aprobada previa evaluación técnica y legal realizada por ASFI y cumpliendo los requisitos establecidos en el Reglamento para Sucursales, Agencias y Otros Puntos de Atención, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF).

Durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorro de sus socios a través de certificados de aportación voluntarios.

La CAC Societaria que obtenga la licencia de funcionamiento, quedará incorporada al ámbito de aplicación de la LBEF y será considerada entidad de intermediación financiera no bancaria autorizada.

Artículo 6° - (Atribuciones de ASFI). A partir de la aprobación del presente Reglamento y en aplicación del Artículo 96° de la LBEF, ASFI podrá:

- 1) Realizar visitas de inspección a la CAC Societaria en proceso de adecuación y, recabar información y declaraciones de cualquier persona que considere pertinente
- 2) Convocar a los miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, ejecutivos o socios de la CAC Societaria en proceso de adecuación que ASFI considere necesario
- 3) Emitir instructivos a la Gerencia General, Consejo de Administración y Consejo de Vigilancia, así como recomendaciones a la Asamblea General de Socios de la CAC Societaria en proceso de adecuación, con el fin de precautelar los intereses de los socios
- 4) Convocar a Asamblea Extraordinaria de la CAC Societaria en proceso de adecuación cuando exista un hecho relevante que afecte negativamente la posición jurídica, económica o financiera de la Cooperativa, o cuando el Consejo de Administración o el Consejo de Vigilancia no la realizaran
- 5) Declarar como entidad no autorizada para realizar actividades de intermediación financiera, a la CAC Societaria en proceso de adecuación que no cumpla las instrucciones emitidas por ASFI

Artículo 7° - (Remisión de información a ASFI). A partir de la información correspondiente al mes de octubre de 2008, la CAC Societaria debe remitir a ASFI los Estados Financieros correspondientes al cierre de cada mes.

Los estados financieros deben ser presentados en forma impresa y electrónica a las direcciones establecidas mediante Circular hasta el día 20 del mes siguiente. Adicionalmente, al final de cada gestión debe presentar el informe de Auditoría Externa correspondiente.

En caso de no elaborar Estados Financieros mensuales, la CAC Societaria debe informar a ASFI el motivo y la periodicidad con la que éstos serán presentados.

SECCIÓN 2: CERTIFICADO DE ADECUACIÓN PARA LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIAS EN PROCESO DE ADECUACIÓN

Artículo 1° - (Proceso para la obtención del certificado de adecuación de las cooperativas de ahorro y crédito societarias). La CAC Societaria que presentó la carta de intención de inicio del proceso de adecuación, para la obtención del Certificado de Adecuación, debe cumplir con las siguientes fases:

- 1) **Fase I:** Diagnóstico de Requisitos.
- 2) **Fase II:** Elaboración del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.
- 3) **Fase III:** Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación, previa visita de inspección y evaluación Técnica - Legal de ASFI.

Artículo 2° - (Fase I: Diagnóstico de requisitos). Una vez que la CAC Societaria en proceso de adecuación comunique a ASFI su intención de iniciar el proceso de adecuación, debe contratar a una firma de Auditoría Externa inscrita en el Registro de ASFI en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles administrativos, para que efectúe el diagnóstico y la evaluación sobre la capacidad de la CAC Societaria en proceso de adecuación de cumplir con los requisitos operativos y documentales detallados en el Anexo 1 del presente Reglamento.

Artículo 3° - (Fase II: Elaboración del plan de acción de requisitos operativos y documentales). La CAC Societaria en proceso de adecuación en base al diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, debe elaborar un Plan de Acción para el cumplimiento de Requisitos Operativos y Documentales que considere como mínimo lo siguiente:

- 1) Un cronograma de reconversión y reclasificación contable de los Certificados de Aportación de sus socios, instrumentados bajo modalidades diferentes a las establecidas en el Decreto Supremo N° 25703, que permita la exposición correcta de los mismos.
- 2) Un cronograma de cumplimiento de las recomendaciones del diagnóstico.
- 3) Adecuación a límites y observancia a las prohibiciones de acuerdo con lo establecido en el Anexo 4 del presente Reglamento.

El Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, aprobado por el Consejo de Administración, debe ser remitido a ASFI dentro de los ciento veinte (120) días hábiles administrativos posteriores a la recepción del diagnóstico realizado por la firma de Auditoría Externa, el cual deberá ser informado en la próxima Asamblea General de Socios.

Para la elaboración e implementación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, la CAC Societaria en proceso de adecuación podrá recurrir al apoyo de un consultor independiente o dependiente de una firma de Auditoría Externa.

Artículo 4° - (Fase III: Evaluación y emisión del Certificado de Adecuación). ASFI efectuará la evaluación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales elaborado por la CAC Societaria en proceso de adecuación y en caso de existir observaciones, la CAC Societaria debe efectuar las modificaciones y correcciones que sean necesarias.

Asimismo, ASFI realizará visitas de inspección, con el objeto de evaluar aspectos técnicos y legales. En caso de existir observaciones, la CAC Societaria en proceso de adecuación, debe remitir un Plan de Acción Complementario en el plazo establecido por ASFI, que incluya la reformulación del Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales.

De no existir observaciones, ASFI emitirá el Certificado de Adecuación previo informe técnico y legal.

Artículo 5° - (Revocatoria del Certificado de Adecuación). ASFI dejará sin efecto el Certificado de Adecuación, si previa evaluación técnica y legal, determina que la CAC Societaria en proceso de adecuación incurre en una o más de las siguientes causales:

- 1) Incumplimiento a lo establecido en el Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales y/o al Plan de Acción Complementario.
- 2) Incumplimiento de manera reiterada a instrucciones expresas emitidas y/o ajustes contables determinados por ASFI.
- 3) Prácticas contables que no cumplen Principios Contables Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad.
- 4) Pérdidas iguales o mayores al treinta por ciento (30%) del Capital Primario.

Revocado el Certificado de Adecuación, la CAC Societaria en proceso de adecuación debe publicar sus estados financieros en un medio de circulación nacional y local, por tres (3) días consecutivos, notificando sobre la revocatoria del certificado de adecuación conforme lo informado en Asamblea Extraordinaria de Socios.

Una vez que ASFI deje sin efecto el Certificado de Adecuación, la CAC Societaria no podrá:

- 1) Publicitarse como una CAC Societaria en proceso de adecuación que cuenta con Certificado de Adecuación otorgado por ASFI.
- 2) Abrir sucursales, agencias u otros puntos de atención.
- 3) Canalizar u operar con recursos del Estado.
- 4) Implementar y promocionar nuevas operaciones y/o servicios.
- 5) Realizar actos de disposición de bienes, no contemplados en el Plan de Regularización.
- 6) Otras restricciones establecidas por ASFI.

En un plazo de treinta (30) días hábiles administrativos, a partir de la revocatoria del Certificado de Adecuación, la CAC Societaria en proceso de adecuación deberá presentar un Plan de Regularización, el mismo que debe ser aprobado por ASFI.

La revocatoria del Certificado de Adecuación, no impide que la CAC Societaria en proceso de adecuación pueda obtener un nuevo Certificado de Adecuación, previo cumplimiento del Plan de Regularización.

Artículo 6° - (Certificado de aportación). La CAC (Societaria) en proceso de adecuación, debe incluir en cada uno de los certificados de aportación a ser emitidos, que el mismo está disponible para absorber pérdidas en caso que la CAC (Abierta o Societaria) incurra en ellas...

(...)

SECCIÓN 5: LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO PARA COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIAS EN PROCESO DE ADECUACIÓN

Artículo 1° - Obtención de la Licencia de Funcionamiento.- La CAC Societaria en proceso de adecuación que haya obtenido su certificado de adecuación, para poder obtener su licencia de funcionamiento dentro del plazo establecido en Artículo 6° de la presente Sección, debe cumplir con los requisitos operativos y documentales establecidos en el Artículo 2° de la presente Sección.

Artículo 2° - Requisitos mínimos para la obtención de la Licencia de Funcionamiento.-

Los requisitos mínimos que debe cumplir la CAC Societaria para obtener su Licencia de funcionamiento, son los que a continuación se detallan:

1. Contar con un capital mínimo de cien mil (100.000) derechos especiales de giro (DEG).
2. Mantener un Coeficiente de Adecuación Patrimonial equivalente al 10% o mayor respecto a sus activos ponderados por riesgo.
3. Contar con una situación financiera que no comprometa la sostenibilidad y continuidad de la CAC Societaria o CAC Abierta.
4. Contar con:
 - 1.1 Infraestructura y/o instalaciones de acuerdo a lo establecido en el numeral 1.3 del Anexo I del presente Reglamento.
 - 1.2 Las medidas de seguridad física e informática establecidas en el numeral 1.4 del Anexo I del presente Reglamento.
 - 1.3 La tecnología de Información y comunicaciones requeridas en el numeral 1.5 del Anexo I del presente Reglamento.
 - 1.4 Sistemas de Información requeridos en el numeral 1.7 del Anexo I del presente Reglamento.
 - 1.5 Procedimientos de continuidad del procesamiento de la información de acuerdo a lo señalado en el numeral 1.6 del Anexo I del presente Reglamento.
5. Tener ajustada la apropiación contable y el reporte de la información sobre las operaciones activas y pasivas, conformación del patrimonio e ingresos y egresos, conforme el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por ASFI.
6. Haber remitido a ASFI todos los documentos detallados en el numeral 2 del Anexo I del presente Reglamento.
7. Acta de la Asamblea General de Socios en la que se exprese la decisión de obtener la licencia de funcionamiento como CAC Abierta o CAC Societaria.
8. Contar con estatutos modificados y aprobados por las instancias competentes que contengan como mínimo lo establecido en el Anexo V del presente Reglamento.

Artículo 3° - Licencia de Funcionamiento.- Una vez cumplidos los requisitos exigidos en el Artículo 2° precedente, el(a) Director(a) Ejecutivo(a) ordenará la realización de las inspecciones que considere pertinentes. Concluido el proceso de inspección, el(a) Director(a) Ejecutivo(a) mediante Resolución Administrativa, podrá:

1. Conceder la Licencia de Funcionamiento, con las restricciones que considere pertinentes.
2. Postergar la concesión de la Licencia de Funcionamiento, señalando plazo para que se subsanen las causales de la postergación.

Artículo 4° - Publicación.- La Licencia de Funcionamiento debe ser publicada durante tres (3) días consecutivos por cuenta de la CAC Societaria en proceso de adecuación en un medio de comunicación escrito de circulación nacional y en otro medio de comunicación masivo (audiovisual y/o impreso) de la localidad en la que se encuentra la CAC Societaria en proceso de adecuación. Una copia de la última publicación y el respaldo documental correspondiente deberán ser remitidos a ASFI.

Artículo 5° - Implementación del Plan de Acción de Requisitos Documentales y Operativos.- La CAC Societaria en proceso de adecuación que obtenga su Licencia de Funcionamiento y no hubiese cumplido con los requisitos operativos establecidos en los numerales 1.9 y 1.10 del Anexo I del presente Reglamento, dentro del plazo establecido en su plan de acción debe:

1. Adoptar todas las disposiciones y reglamentos específicos aplicables a la CAC Societaria, que se encuentran en la LBEF y Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF).
2. Cumplir con los requisitos operativos establecidos en los numerales 1.9 y 1.10 del Anexo I del presente Reglamento, cuyo cumplimiento no fue requerido para la obtención de la Licencia de Funcionamiento.
3. Cumplir con los límites y prohibiciones establecidos en el Anexo II del presente Reglamento.

Plazo para la obtención de la Licencia de Funcionamiento.- La CAC Societaria que cuente con Certificado de Adecuación, tendrá doce (12) meses para obtener su Licencia de Funcionamiento previa visita de inspección, pudiendo continuar con la implementación de su Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales, después de obtenida la mencionada licencia. A solicitud expresa de la CAC Societaria y previa evaluación técnica y legal ASFI podrá ampliar este plazo.

SECCIÓN 6: FUNCIONAMIENTO DE LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO

Artículo 1° - Operaciones.- La Cooperativa de Ahorro y Crédito que cuente con Licencia de Funcionamiento como CAC Abierta o CAC Societaria (según corresponda), podrá realizar las actividades de intermediación financiera que se detallan a continuación:

Operaciones Pasivas	CAC Abierta	CAC Societaria
1. Recibir depósitos de dinero en cuentas de ahorro, a la vista y a plazo	✓	✓ Solo de sus socios
2. Recibir depósitos de dinero en cuenta corriente	✓ Con autorización de ASFI	✓ Con autorización de ASFI Solo de sus socios
3. Emitir y colocar cédulas hipotecarias conforme a lo establecido en el Art. 40° de la LBEF	✓	✓
4. Emitir y colocar bonos	✓ No operaciones con el exterior del país	✓ No operaciones con el exterior del país
5. Contraer obligaciones subordinadas	✓	✓
6. Contraer créditos u obligaciones con el BCB, con entidades bancarias y financieras nacionales o extranjeras	✓ No operaciones con el exterior del país	✓ No operaciones con el exterior del país

7. Aceptar letras giradas a plazo contra sí mismo, cuyo vencimiento no exceda los 180 días desde la fecha de aceptación y que provengan de operaciones de comercio, internas o externas, de bienes y/o servicio	✓ No operaciones con el exterior del país	✓ No operaciones con el exterior del país
---	--	--

Operaciones Activas, Contingentes y de Servicios	CAC Abiertas	CAC Societarias
1. Otorgar créditos y efectuar préstamos a corto, mediano y largo plazo con garantía personal, hipotecaria, prendaria o combinada	✓ Solo a sus socios	✓ Solo a sus socios
2. Descontar y/o negociar títulos valores u otros documentos de obligaciones de comercio, cuyo vencimiento no exceda de un año	✓ Solo de sus socios	✓ Solo de sus socios
3. Otorgar avales, fianzas y otras garantías a 1er. requerimiento éstas últimas sujetas a reglamentación de ASFI	✓ Solo a sus socios	✓ Solo a sus socios
4. Recibir letras de cambio u otros efectos de cobranza	✓	✓ Solo con sus socios
5. Efectuar operaciones de cobranza, pagos y transferencias	✓	✓
6. Realizar giros	✓ No operaciones con el exterior del país	✓ No operaciones con el exterior del país
7. Emitir órdenes de pago exigibles en el país	✓ No operaciones con el exterior del país	✓ No operaciones con el exterior del país Con autorización de ASFI
8. Realizar operaciones de cambio y compraventa de monedas	✓	✓
9. Comprar, conservar y vender monedas y barras de oro, plata y metales preciosos, así como certificados de tenencia de dichos metales	✓	✓
10. Comprar, conservar y vender por cuenta propia, valores registrados en el Registro del Mercado de Valores	✓	✓ Previa Autorización de ASFI
11. Comprar, conservar y vender por cuenta propia, documentos representativos de obligaciones cotizadas en bolsa, emitidas por entidades financieras	✓	✓ Previa Autorización de ASFI
12. Comprar y vender por cuenta propia documentos mercantiles	✓	✓ Previa Autorización de ASFI
13. Actuar como intermediario por cuenta de sus clientes en la suscripción, colocación y compraventa de títulos valores, previa consignación de fondos	✓ Previa Autorización de ASFI	✓ Previa Autorización de ASFI

Operaciones Activas, Contingentes y de Servicios	CAC Abiertas	CAC Societarias
14. Alquilar cajas de seguridad	✓	✓
15. Ejercer comisiones de confianza y operaciones de fideicomiso, de acuerdo a normativa vigente	✓	✓ Previa Autorización de ASFI
16. Adquirir y vender bienes inmuebles para ser utilizados por la CAC (Abierta o Societaria) en actividades propias del giro	✓	✓
17. Actuar como agente originador en procesos de titularización, sujeto a reglamentación de ASFI	✓	✓
18. Servir de agente financiero para las inversiones o préstamos en el país, de recursos provenientes del exterior	✓	✓
19. Sindicarse con otros bancos o entidades de intermediación financiera no bancarias para otorgar créditos o garantías, sujeto a reglamentación de ASFI	✓	✓

Artículo 2° - Certificado de aportación.- La Cooperativa de Ahorro y Crédito que cuente con Licencia de Funcionamiento como CAC Abierta o CAC Societaria, debe incluir en cada uno de los certificados de aportación a ser emitidos, que el mismo está disponible para absorber pérdidas en caso que la CAC (Abierta o Societaria) incurra en ellas...

(...)

SECCIÓN 9: CAPITAL Y PATRIMONIO

Artículo 1° - Capital primario.- El capital primario tiene carácter institucional y no podrá ser menor del equivalente en moneda nacional de cien mil (100.000) derechos especiales de giro (DEG) y está constituido por: i) aportes de los socios cooperativistas, representados por certificados de aportación, ii) fondo de reserva, constituido por los excedentes de percepción que arroje el balance y iii) donaciones recibidas de libre disposición.

Artículo 2° - Capital secundario.- El capital secundario está constituido por: i) obligaciones subordinadas con plazo de vencimiento superior a cinco años, hasta el cincuenta por ciento (50%) del capital primario y ii) provisiones genéricas voluntarias para cubrir pérdidas futuras aún no identificadas hasta el dos por ciento (2%) de sus activos.

En ningún caso, el capital secundario podrá exceder el cien por ciento (100%) del capital primario.

Artículo 3° - Fondo de reserva.- La CAC (Abierta o Societaria) para cubrir eventuales

pérdidas, debe constituir el fondo de reserva legal dispuesto por el Artículo 26° de la LBEF pudiendo la Asamblea General de Socios fijar un porcentaje mayor al establecido, el mismo deberá constar en el estatuto.

Artículo 4° - Distribución de excedentes de percepción.- La distribución anual de excedentes de percepción se hará a prorrata, según el monto y tiempo de permanencia de los certificados de aportación de cada socio. Para proceder con dicha distribución se deberá contar con informe de auditoría externa sin salvedades.

Solo podrán distribuir excedentes siempre que no exista pérdidas acumuladas, deficiencias en la constitución de provisiones y reservas o si con dicha distribución no se incumple cualquier límite legal establecido en la LBEF...

ANEXO 1

REQUISITOS OPERATIVOS Y DOCUMENTALES

A continuación se presentan los requisitos operativos y documentales en base a los cuales la firma de Auditoría Externa, realizará su diagnóstico de la CAC Societaria en proceso de adecuación.

a) Requisitos Operativos:

- 1) **Capital Primario.** La CAC Societaria debe contar con un capital primario equivalente a cien mil (100.000) derechos especiales de giro (DEG's).
- 2) **Coeficiente de adecuación patrimonial (CAP).** La CAC Societaria debe mantener un coeficiente de adecuación patrimonial mínimo equivalente al 10%, respecto a sus activos ponderados por riesgo.
- 3) **Infraestructura y/o Instalaciones.** La infraestructura destinada a la oficina central debe cumplir con lo señalado a continuación, tomando en cuenta el tamaño y los volúmenes de sus operaciones:
 - i) Áreas de trabajo para el desarrollo de operaciones y servicios.
 - ii) Espacio físico para la atención y espera de socios y usuarios.
 - iii) Mobiliario y espacio adecuado para la atención de cajas.
 - iv) Bóveda o Cajas fuertes.
 - v) Ambiente destinado al archivo.
 - vi) Ambiente para el área de sistemas.
 - vii) Ambiente separado para servidores y comunicaciones con condiciones ambientales según especificaciones técnicas requeridas para los equipos.
 - viii) Equipo y mobiliario necesarios para el desarrollo operativo de la CAC Societaria.

En el caso de Agencias, la CAC Societaria debe contar con el Informe del Gerente General dirigido al Consejo de Administración, refrendado por el Auditor Interno (a falta de este por el Consejo de Vigilancia), certificando que la Agencia cuenta con la infraestructura y medios tecnológicos necesarios para llevar adelante sus operaciones.

- 4) **Seguridad física e Informática.** La CAC Societaria en su oficina central debe contar como mínimo con el conjunto de medidas de seguridad física e

informática que se detalla a continuación, tomando en cuenta el tamaño y los volúmenes de sus operaciones:

- i)* Identificación de las áreas críticas que contienen activos o documentación de valor.
- ii)* Acceso restringido a las áreas críticas.
- iii)* Sistema de Video Vigilancia para áreas críticas.

- iv)* Detectores de calor y humo.
- v)* Extintores de incendio.
- vi)* Seguridad física (guardias, alarmas, etc.).
- vii)* Asignación de perfiles de acceso de acuerdo a los niveles de confidencialidad de los datos.
- viii)* Estándares para la definición de usuarios y creación de contraseñas.
- ix)* Procedimientos para la incorporación y desvinculación de funcionarios.
- x)* Existencia de pistas de auditoría para operaciones o transacciones críticas.
- xi)* Restricciones de acceso a utilitarios sensitivos que permitan modificar datos en el ambiente de producción.
- xii)* Separación lógica de las funciones de operación y desarrollo y mantenimiento de sistemas.
- xiii)* Procedimiento para la puesta en producción de los programas.
- xiv)* Mecanismos de protección de información en las redes de datos y telecomunicaciones.

En el caso de Agencias, la CAC Societaria debe contar con el Informe del Gerente General dirigido al Consejo de Administración, refrendado por el Auditor Interno (a falta de este por el Consejo de Vigilancia), certificando que la Agencia cuenta con la seguridad física e informática necesaria para llevar adelante sus operaciones.

- 5) Tecnología de información y comunicaciones.** La CAC Societaria que realice operaciones activas y capte depósitos de sus socios debe contar con:
- i)* Una gerencia, jefatura o unidad, que le permita gestionar la Tecnología de la Información y Comunicaciones con independencia funcional y una clara segregación de funciones.
 - ii)* Políticas, procesos y procedimientos para la evaluación de sus sistemas y aplicaciones relacionadas con las operaciones que realiza acorde con el Plan Estratégico de la entidad.
 - iii)* Documento de análisis técnico que justifique las características de la infraestructura tecnológica del negocio, acorde al tamaño y condiciones de la actividad financiera, las operaciones que ésta realiza, el número de clientes atendidos y/o el número de operaciones realizadas.
- 6) Continuidad del procesamiento de información.** La CAC Societaria debe contar con procedimientos de resguardo de datos ("backups"), que establezcan el número, frecuencia, los lugares apropiados de almacenamiento tanto internos como externos, inventarios detallados, responsable y forma de la administración de los medios magnéticos, asegurando su recuperación ante cualquier evento que interrumpa el normal funcionamiento de los sistemas de información.

7) Sistemas de información. La CAC Societaria debe contar cuando menos con sistemas de información, aplicaciones o módulos automatizados para:

i) Socios.

ii) Colocaciones.

iii) Captaciones.

iv) Contabilidad.

iv) Información gerencial.

La CAC Societaria debe contar con la documentación técnica de los aplicativos señalados los que deben considerar: objetivos, alcance, diagrama del sistema, registro de modificaciones, lenguaje de programación, problemas o limitaciones conocidos, descripción del "hardware" y "software" utilizados, diagrama de las redes de telecomunicaciones y se establezca la propiedad de los programas fuentes.

La documentación señalada en el párrafo anterior debe estar actualizada y en caso de que la propiedad de los programas fuente sea del proveedor la CAC Societaria debe asegurarse de tener la disponibilidad de dichos programas.

Los sistemas de información deben contener y permitir realizar lo siguiente:

i) Socios:

- Alta, baja y modificación de información del socio.
- Controles de validación de datos del socio.

ii) Colocaciones:

- Alta, baja y modificación de las operaciones de crédito.
- Procesos de calificación de deudores (manual o automática) por tipo de crédito.
- Proceso de reprogramación de operaciones de créditos.
- Proceso de devengamiento de intereses.
- Proceso de calificación y previsión de la cartera.
- Proceso para la determinación días mora.
- Proceso de aplicación de tasas de interés según la normativa.
- Clasificación de cartera por tipo de garantía.

iii) Captaciones:

- Proceso de Encaje Legal.
- Apertura de Caja de Ahorro.
- Proceso de capitalización de intereses.
- Cierre de Caja de Ahorro.
- Proceso de retenciones judiciales.
- Apertura de Depósitos a Plazo Fijo (DPF) o Certificados de aportación remunerados.
- Renovaciones automáticas de DPF o Certificados de aportación remunerados.
- Proceso de cancelación de DPF o Certificados de aportación remunerados.
- Proceso de aplicación de tasas de interés según la normativa.
- Proceso de devengamiento de intereses según normativa vigente.
- Proceso de reportes DPF mayores a 360 días al BCB.
- Proceso de aplicación del Sistema Único de Depósitos (SUD) de ASFI.

iv) Contabilidad:

- Cálculo de ponderación de activos de acuerdo a disposiciones del Libro 3º, Título II, Capítulo I de la RNBEF.

- Proceso para la determinación de la Posición Cambiaria de acuerdo a disposiciones vigentes.
- Consolidación de la información contable proveniente de los demás sistemas, módulos o aplicativos relacionados.

v) Información Gerencial:

- Procesamiento de información agregada para ser utilizada por las máximas autoridades en la toma de decisiones.

Los sistemas de información de la CAC Societaria deben incorporar módulos específicos que permitan generar información con la periodicidad requerida en el Libro 5º, Título I, Capítulo III de la RNBEF, según el Manual del Sistemas de Información y Comunicaciones de ASFI y circulares normativas.

8) Manual de Cuentas. La apropiación contable y el reporte de la información sobre las operaciones activas y pasivas, conformación del patrimonio e ingresos y egresos, debe ser registrada conforme al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras emitido por ASFI.

9) Recursos Humanos. La CAC Societaria debe contar con manual de funciones que responda a la estructura organizacional.

10) Control Interno. La CAC Societaria debe contar con controles internos estructurados adecuadamente que actúen como salvaguarda de sus activos, promuevan operaciones eficaces, brinden confianza y transparencia de los reportes de información contable y financiera y garanticen el cumplimiento de normas legales y políticas internas.

El control interno debe ser objeto de verificación por parte del Auditor Interno, el cual manteniendo su carácter independiente debe reportar cualquier desviación directamente al Consejo de Vigilancia.

b) Requisitos Documentales. Todos los documentos que se detallan a continuación deben ser remitidos a ASFI:

- 1) Copia legalizada de la Resolución de obtención de personalidad jurídica emitida por la Autoridad competente y número de registro en la misma.
- 2) Copia legalizada por Notario de Fe Pública del Acta de Fundación de la CAC Societaria.
- 3) Estatutos.
- 4) Relación nominal de los socios y estado de los certificados de aportación.
- 5) Nómina de los miembros de los Consejos de Administración y de Vigilancia y, de los funcionarios a nivel gerencial adjuntando Currículum Vitae (Anexo 2), declaración jurada con detalle de activos, pasivo, ingresos y egresos; documento de autorización individual (Anexo 3) y certificado de antecedentes personales emitido por autoridad competente para cada uno de ellos.
- 6) Currículum Vitae de los responsables de la unidad de Auditoría Interna y de la Unidad de Sistemas.
- 7) Actas legalizadas de la elección de los miembros de los Consejos de Administración y de Vigilancia, de la designación de los administradores y del Auditor Interno.

- 8) Poderes de administración otorgados a sus ejecutivos, así como la constitución de fianzas y cauciones de acuerdo a lo establecido en la RNBEF.
- 9) Número de Identificación Tributaria (NIT) y Licencia de Funcionamiento otorgada por el Gobierno Autónomo Municipal.
- 10) Proyecciones financieras para al menos tres años con detalle de las operaciones a ser realizadas.
- 11) Manuales organizativos y manuales de los procedimientos de cada una de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realiza la CAC Societaria, debiendo estar encabezados estos manuales por las políticas que les dan origen.
- 12) Informe del Auditor Interno sobre la cobertura de seguros con los que cuenta la CAC Societaria.

ANEXO VI

SITUACIÓN FINANCIERA, PATRIMONIAL Y DE GOBIERNO DE LAS CAC SOCIETARIAS

Para efectos de la evaluación financiera, patrimonial y de gobierno de las CAC Societarias, que no iniciaron su proceso de adecuación hasta el 30 de junio de 2010, ASFI tomará en cuenta lo siguiente:

1. Se entenderá como viabilidad financiera a la capacidad de la CAC Societaria de soportar sus gastos financieros, administrativos y operativos a corto, mediano y largo plazo mediante una suficiente generación de ingresos financieros. Es decir, no exponer y hacer uso de los recursos de sus socios para gastos corrientes, poniendo en riesgo la devolución de estos.
2. La viabilidad financiera también se evaluará en función a criterios técnicos que establezcan si la CAC Societaria puede prevalecer en el tiempo, que incluyan solvencia, liquidez, generación de recursos y estructura financiera.
3. En el cálculo de los criterios financieros mínimos a ser aplicados para determinar la viabilidad se tomarán en cuenta posibles ajustes, reclasificaciones y reversiones determinadas a los Estados Financieros de la CAC Societaria, en función a la Recopilación de Normas de Bancos y Entidades Financieras, Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, Principios de Contabilidad Generalmente aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad, que se evidencien en la inspección realizada y se plasmen en un informe técnico legal.

Los socios que formen parte del Consejo de Administración o del Consejo de Vigilancia, o sea inspector de vigilancia no deben encontrarse en ninguno de los impedimentos o limitaciones establecidos en el Artículo 2º de la Sección 4 el presente Reglamento."

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 4 de julio de 2012, el Sr. Aldo Yani Moro Gutiérrez en representación de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito "FEBOCAC" interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012 argumentando lo siguiente:

"II. SOBRE LA RESOLUCIÓN ASFI N°233/2012 DE 12 DE JUNIO DE 2012

La resolución impugnada determina la modificación del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, de acuerdo a los siguientes términos:

1. Incorporación de las definiciones de: Certificado de Aportación, Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria en proceso de adecuación, Abierta y de Vínculo Laboral.
2. Se establece que solo podrán realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703, aclarando que dichos ahorros solo pueden ser instrumentados mediante certificados de aportación voluntarios
3. Determina que la apertura de nuevos puntos de atención sólo se pueden efectuar una vez que la CAC Societaria obtenga su certificado de adecuación, previa evaluación técnica y legal efectuada por la Autoridad Supervisora.
4. Se incluye la posibilidad de revocar el Certificado de Adecuación, así como las medidas que se deberán adoptar cuando se encuentren en dicha situación.
5. Se determina que la CAC Abierta o Societaria, coloque en cada uno de los Certificados de Aportación a ser emitido, una leyenda que contenga la característica del mismo de absorber pérdidas, en caso de que la CAC incurra en ellas, en atención a la naturaleza de dichas aportaciones.
6. Se establece que con el fin de establecer incentivos a las cooperativas societarias que iniciaron el proceso de adecuación, se ha determinado que las mismas podrán canalizar recursos de los programas y proyectos gubernamentales cuando cuenten con Certificado de Adecuación emitido por ASFI.

La RESOLUCIÓN ASFI N°233/2012 de 12 de junio de 2012. (sic) carece del cumplimiento de los elementos esenciales del Acto Administrativo previstos en el artículo 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que se menciona a continuación:

ARTÍCULO 28°.- (ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO). Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

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

La Resolución ASFI No. 233/2012 es un acto administrativo definitivo, el cual está haciendo referencia a derechos de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, por lo que para su legal emisión corresponde que contenga el fundamento necesario.

Asimismo, esta normativa es concordante con el Decreto Supremo N° 27113, reglamentaria a la Ley de Procedimiento Administrativo, que respecto a la motivación señala:

ARTÍCULO 31º (MOTIVACIÓN)

I. Serán motivados los actos señalados en el Artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo y además los que:

- a) **Decidan sobre derechos subjetivos e intereses legítimos.***
- b) Resuelvan peticiones, solicitudes o reclamaciones de administrados.*
- c) Resulten del ejercicio de atribuciones discrecionales.*

II. La motivación expresará sucintamente los antecedentes y circunstancias que resultan del expediente; consignaré las razones de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto; individualizará la norma aplicada, y valorará las pruebas determinantes para la decisión.

III. La remisión a propuesta, dictámenes, antecedentes o resoluciones previas, no reemplazará a la motivación exigida en este Artículo.

En la norma emitida, se definen muchos aspectos que están directamente vinculados sobre los derechos subjetivos e intereses legítimos de las cooperativas de ahorro y crédito que están en el proceso de adecuación, por lo que en aplicación a la señalada norma, correspondía que la Resolución No. 233/2012 contenga la motivación necesaria, que otorgue a los recurrentes la oportunidad de conocer los argumentos que dieron origen a la modificación de la norma impugnada.

Al respecto del tema del fundamento y la motivación, corresponde realizar las siguientes precisiones:

II.I SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Conforme se ha señalado, la motivación de las Resoluciones es un elemento de la garantía del debido proceso, exigible tanto en sede judicial como administrativa. Así lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que la Administración debe desarrollar los fundamentos de sus decisiones y ponerlos a disposición de los administrados. En el caso, la Corte señaló: "...La autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de la Convención.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Boliviano ha sentado abundante jurisprudencia respecto a la necesidad de que los jueces y autoridades administrativas, emitan sus resoluciones de manera fundamentada, explicando las razones de hecho y de derecho para asumir una determinación.

Así, en la SC 752/2002-R, el Tribunal Constitucional expresó la siguiente doctrina: "(...el derecho al debido proceso, entre su ámbito de presupuestos exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma.

Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión”

La motivación de las Resoluciones también es exigible en el ámbito administrativo, así lo sostuvo la SC 1583/2005-R, al resolver un amparo constitucional presentado contra el Gerente Distrital de Oruro del Servicio de impuestos Nacionales, dictó el Auto 013/2004 sin una debida motivación legal y objetiva.

En la indicada sentencia, se argumentó: “(...) el derecho al debido proceso no sólo es aplicable al ámbito judicial, sino que alcanza además a los procedimientos administrativos, en los que las autoridades competentes, ya sea porque asumen la calidad de jueces, comisiones de investigación, tribunales sumariantes o tribunales de apelación; o porque el ejercicio de sus atribuciones y competencias les obliga a tomar determinaciones y resoluciones que afectan los derechos de los ciudadanos; estando obligados a garantizar el respeto al debido proceso en todas las etapas y actuados que sean de su conocimiento, lo cual implica también el respeto de ese derecho traducido en la emisión de las resoluciones debidamente fundamentadas y motivadas”.

El Tribunal Constitucional, luego de sostener que en todo procedimiento administrativo se deben respetar los derechos y garantías consagrados por la Constitución Política del estado y, por ende, la obligación de fundamentar las resoluciones administrativas, concluyó que el Auto Impugnado carecía de fundamentación legal que justificara la decisión: “mientras no se justifique con base en normas legales una sanción o una afectación a los derechos de las personas, la autoridad ejerce acciones de hecho no de derecho”.

Por otra parte, la fundamentación de las resoluciones está vinculada al derecho a la defensa, en la medida en que el administrado sólo podrá impugnar una determinación cuando estén claramente explicados los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan una determinada

Resolución. Ese fue el entendimiento de la SC 1173/20G5-R, pronunciada dentro de un proceso disciplinario seguido contra una jueza:

“(...) del detenido análisis de la Resolución 024/04 de primera instancia, se puede percibir en ella la ausencia total de relación fáctica o de los hechos denunciados, así como de una fundamentación legal, limitándose a una recapitulación de los actuados del proceso disciplinario: lo que evidentemente lesiona el derecho al debido proceso y a la defensa, pues es inmanente a estos derechos, la obligación de fundamentar las resoluciones que dan fin con un proceso de orden sancionador.

De lo expuesto, se confirma lo denunciado por la recurrente; lo que debió ser analizado por el Tribunal de apelación, y verificando la omisión descrita, que también afecta a la esfera comprensiva del derecho al debido proceso y a la defensa consagrados en el art. 16 de la CPE, debió ser subsanado.

Aquí es necesario aclarar que la observación de la falta de motivación de la Resolución de primera instancia, por ausencia de la fundamentación fáctica y jurídica, no puede dar lugar que sea el Tribunal ad quem el que efectuó esa fundamentación, ya que de hacerlo así, se afectaría el derecho a recurrir el fallo de la primera instancia,

pues se supone que tal derecho será ejercido conociendo y refutando la fundamentación que llevó a la toma de la decisión; empero, si esa fundamentación la hace el Tribunal de segunda instancia, el procesado declarado culpable, queda sin posibilidades de recurrir esos argumentos, para que un segundo Tribunal pueda compulsar, de un lado los fundamentos de la Resolución de primera instancia, y del otro, los razonamientos de la impugnación a esa Resolución y a su fundamentación. En consecuencia, **el Tribunal de segunda instancia, en caso de verificar la falta de motivación de una Resolución, debió anular obrados, porque resultaron lesionados los derechos al debido proceso y a la defensa** consagrados en el artículo 16 de la CPE, para que sea el Tribunal de primera instancia, el cual, dictando nuevamente la Resolución, en respeto del derecho al debido proceso, en sus elementos de los derechos a la defensa y a la segunda instancia, dicte **nueva Resolución debidamente fundamentada en la relación fáctica y jurídica que correspondiese**, sustentada también en el derecho aplicable al caso enjuiciado".

Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha relacionado la falta de fundamentación de las Resoluciones con la lesión al derecho a la defensa y, en ese entendido, en todos los supuestos en que ha comprobado la ausencia de motivación ha anulado la Resolución, esto con la finalidad de que la autoridad judicial o administrativa dicte un nuevo fallo con la fundamentación fáctica y legal correspondiente, y la persona afectada, conociendo los motivos de dicha Resolución, pueda presentar los medios de impugnación previstos en la Ley.

Por otra parte, la necesidad de fundamentar las Resoluciones - como se ha visto - está presente en la Ley del Procedimiento Administrativo, que, al margen de contener normas vinculadas al debido proceso, dentro de los derechos del sujeto pasivo, contempla el que la Administración Tributaria resuelva expresamente las cuestiones planteadas en los procedimientos previstos por el Código y disposiciones reglamentarias, dentro de los plazos establecidos.

Consecuentemente, y de acuerdo a los argumentos de orden legal señalados se puede evidenciar que la Resolución ASFI No. 233/2012 de 12 de junio de 2012, carece absolutamente de fundamento, uno de los elementos esenciales del Acto Administrativo, toda vez que en el primero, segundo y tercer considerandos, se limita a enunciar normativa vinculada al caso la misma que en las Resoluciones emitidas por ASFI contiene errores que pueden llevar a confusión al regulado los cuales se los desarrollará posteriormente; en el cuarto considerando de la Resolución impugnada simplemente se mencionan cuáles son los aspectos del **Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito** que están siendo modificados, sin realizar una motivación de cada uno de ellos, por lo que el regulado se encuentra en una situación de inseguridad jurídica absoluta, al no conocer cuáles son los aspectos que motivaron a la Autoridad Administrativa a emitir tal normativa, en (sic) mas, al tratarse de una norma que tiene alcance general, correspondía que en la resolución impugnada se establezcan cuáles son los motivos técnicos y legales para emitir una norma que modifica sustancialmente el documento original.

Por lo señalado, se determina que la falta de motivación de la Resolución ASFI No. 233/2012 ha vulnerado los artículos 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 31 del Decreto Supremo 27113 Reglamentario a la citada Ley, aspecto que acarrea la anulabilidad del acto administrativo, previsto en el artículo 36 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 53 del ya mencionado

Decreto Reglamentario, por lo que corresponde que la autoridad administrativa **DETERMINE LA ANULABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA POR CONTENER ERRORES ESENCIALES EN LA FORMACIÓN DEL MISMO.**

II.II. ERRORES DE FORMA

Corresponde establecer los errores de forma que contiene la Resolución ASFI No. 233/2012, los mismos que generan inseguridad jurídica en los regulados y que se mencionan a continuación:

- ✓ En la página tres (3), existen errores al referirse a la Resolución ASFI No. 142/2009 de 23 de noviembre de 2000, la misma que en realidad corresponde al número 412/2009 de la misma fecha.
- ✓ En la misma página, existe error al referirse a la Resolución ASFI No. 038/2010, debiendo ser lo correcto la Resolución ASFI No. 157/2010 y la Circular que pone en conocimiento del sistema financiero este documento es la Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010.
- ✓ En la página dos (2), segundo considerando, segundo considerando, se señala "Que, la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005 en su numeral IV artículo 1, señala que al respecto en la citada norma no existe el artículo 1.
- ✓ Respecto al anexo de la Resolución ASFI 233/2012, en el Título I, Capítulo III, Sección 2, página 3, artículo 2, FASE I. Diagnóstico de requisitos, se señala 'Una vez que la CAC Societaria en proceso de adecuación comunique a ASFI su intención de iniciar el proceso de adecuación (...)', al respecto se aclara que una cooperativa que ya está inmersa en el proceso de adecuación, no puede solicitar su intención de iniciar el proceso de adecuación.
- ✓ Respecto al anexo de la Resolución ASFI 233/2012, en el Título I, Capítulo III, Sección 5, página 2, artículo 2, Requisitos mínimos para la obtención de la Licencia de Funcionamiento, parágrafo III, señala: 'Contar con una situación financiera que no comprometa la sostenibilidad y continuidad de la CAC Societaria o CAC abierta', al respecto no corresponde que haga referencia a CAC abierta.

La inobservancia en la mención de la normativa que emite ASFI es un error que no puede ser permitido por la Autoridad y debe ser subsanado conforme lo establece la norma para este tipo de casos, a través de la anulabilidad del acto administrativo.

III. CON RELACIÓN A LA MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO

Con relación a los aspectos modificados en el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, a continuación se hace un análisis de cada uno de los aspectos impugnados:

III.I. Se establecen complementaciones en las etapas que conforman el proceso de adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias (CAC Societarias), estableciendo entre ellas que la apertura de NUEVOS PUNTOS DE ATENCIÓN SOLO SE PUEDE EFECTUAR UNA VEZ QUE LA CAC SOCIETARIA OBTENGA SU CERTIFICADO DE ADECUACIÓN Y PREVIA EVALUACIÓN TÉCNICA Y LEGAL EFECTUADA POR LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO (ASFI)

Al respecto, la Constitución Política del Estado (CPE), en su artículo 330, parágrafo I, establece “El Estado regulará el Sistema Financiero con criterio de igualdad de oportunidades, solidaridad, distribución y redistribución equitativa”

La igualdad de oportunidades es una forma de justicia social que propugna que un sistema es socialmente justo cuando todas las personas potencialmente iguales tienen básicamente las mismas posibilidades y poseen los mismos derechos políticos y civiles.

La CPE reconoce el criterio de igualdad de oportunidades en el Sistema Financiero, el mismo que debe ser aplicado en cada norma emitida por el Órgano Regulador, más aún cuando nos referimos a entidades que están en proceso de fortalecimiento financiero y que requieren el apoyo del Estado para tal emprendimiento.

En el caso analizado, se tiene que el criterio de igualdad de oportunidades no está siendo aplicado a las cooperativas que no cuentan con el Certificado de Adecuación, en vista de que estas si bien se encuentran en el proceso de adecuación, no significa que no cumplan con los requisitos previstos para la apertura de Sucursales, Agencias y nuevos Puntos de Atención, por lo que corresponde que todas las cooperativas tengan la posibilidad de que ASFI valore la solicitud en base a argumentos técnicos ya la situación de la entidad solicitante, y en su caso declarar la procedencia o improcedencia de la solicitud, siempre y cuando, en este último caso, se expongan los argumentos que sustenten el rechazo.

Se debe considerar además que las cooperativas tienen mayor presencia en zonas en las que la banca tradicional no presta sus servicios, por lo que al momento de que ASFI valore la solicitud de apertura de puntos de atención, tendrá que considerar la presencia de servicios financieros en lugares no atendidos.

Por lo expuesto, en cumplimiento a la CPE se considera que es necesario que ASFI incluya en su normativa la posibilidad de que todas las Cooperativas de Ahorro y Crédito puedan acceder a la apertura de puntos de atención.

III.II. La CAC Societaria durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, solo podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, ACLARANDO QUE DICHOS AHORROS SOLO PUEDEN SER INSTRUMENTADOS MEDIANTE CERTIFICADOS DE APORTACIÓN VOLUNTARIOS

El Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, determina cuales son las operaciones permitidas para las cooperativas Comunes, actualmente denominadas Societarias, de acuerdo a lo siguiente:

ARTÍCULO 8°.- (OPERACIONES DE LAS COOPERATIVAS COMUNALES) Las Cooperativas Comunes sólo podrán realizar las siguientes operaciones:

- a) **Emitir certificados de aportación obligatorios de acuerdo a la Ley, sus Reglamentos y a sus Estatutos.**
- b) **Emitir certificados de aportación voluntarios mediante libretas o boletas de aportaciones voluntarias. Los certificados de aportación voluntarios que no estuvieran garantizando préstamos, podrán ser retirados de acuerdo con las normas vigentes en cada Cooperativa.**
- c) Recibir créditos de personas jurídicas nacionales o extranjeras
- d) Recibir créditos del Estado e instituciones públicas

- e) Recibir donaciones
- f) Otorgar préstamos de corto, mediano y largo plazo, con garantías solidarias, personales, hipotecarias, prendarías o combinadas, en las mismas condiciones y límites establecidos para las Cooperativas de Ahorro y Crédito Abiertas
- g) Adquirir bienes durables, previo compromiso de compra suscrito por sus asociados, para ser colocados a éstos bajo la modalidad de venta a plazo con reserva de propiedad.
- h) Realizar giros y emitir Órdenes de pago exigibles en el país
- i) Realizar operaciones de cambio y compraventa de monedas.
- j) Comprar, conservar y vender por cuenta propia certificados de depósito emitidos por entidades financieras y títulos emitidos por el Banco Central de Bolivia y por el Tesoro General de la Nación.
- k) Adquirir bienes inmuebles únicamente para ser utilizados por la Cooperativa en actividades propias de su giro.
- l) Recibir letras u otros efectos en cobranza, así como, efectuar operaciones de cobranza de luz, agua, teléfono y otros servicios
- m) Celebrar contratos de corresponsalía con entidades financieras bancadas y no bancarias, de acuerdo al Reglamento que emita la Superintendencia.

La Resolución ASF) N° 157/2010 de 22 de febrero de 2012, con relación a las operaciones permitidas establece lo siguiente:

- ✓ Sección 3, Artículo 1°._Señala que durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento como CAC Abierta, la CAC Societaria podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 26703 de fecha 14 de marzo de 2000, además de la captación de ahorros de sus socios.
- ✓ Sección 2, Artículo 3', Punto 1: Menciona elaborar un Plan de Acción que considere un cronograma de reconversión y reclasificación contable de los certificados de aportación de sus socios que tengan la condición de depósitos.
La Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, al modificar lo señalado establece:
- ✓ Precisa que la CAC Societaria durante el tiempo que transcurra la promulgación de la Ley 3892 y Licencia de Funcionamiento solo podrá realizar las **operaciones establecidas en el Decreto Supremo 25703** de 14 de marzo de 2000, aclarando que dichos ahorros solo pueden ser instrumentados mediante Certificados de Aportación Voluntarios.
- ✓ Sección 2, Artículo 3°, Punto 1: Menciona elaborar un Plan de Acción donde se considere un **cronograma de reconversión y reclasificación contable de los certificados de aportación** de sus socios, instrumentados bajo modalidades diferentes a las establecidas en el DS 25703, que permita la correcta exposición de los mismos.
Se mantienen en ambas Resoluciones y respectivos reglamentos:
- ✓ Anexo 1: Requisitos Operativos y Documentales: Presenta los requisitos en base a los cuates la firma de auditoría externa, realizará su Diagnóstico de la CAC Societaria

en Proceso de Adecuación.

Punto 1.7, inciso c), *Sistemas de información*: Señala que la CAC Societaria debe contar con sistemas de información, aplicaciones o módulos automatizados para Captaciones como: Apertura de Caja de Ahorro, proceso de capitalización de intereses, cierre de caja de ahorro, apertura de depósitos a plazo fijo (DPF) o Certificados de Aportación Remunerados, renovaciones automáticas de DPF, proceso de cancelación de DPF, proceso de aplicación de tasas de interés, devengamiento de intereses y proceso de reportes DPF mayores a 360 días.

Anexo II, Punto 2, inciso c) *Capital Secundario*: Se conforma con **Certificados de Aportación (Diferentes a los Certificados de Aportación Obligatorios)** hasta el 10% del Total Activo.

A continuación se exponen algunos argumentos sobre el punto referido:

- ✓ El DS 25703, en sus numerales 1) y 2), establece la posibilidad de que las CAC Societarias, emitan Certificados de Aportación Voluntarios, mediante libretas o boletas de aportaciones voluntarias, al respecto, este texto ha sido interpretado por el Órgano Regulador, emitiendo en consecuencia las Resoluciones SB 198/2008, SB 264/2008, ASFI 412/2009 y ASFI 157/2010, estableciendo de esta manera a lo largo de su normativa referida a las CAC, la posibilidad de que las Cooperativas realicen captaciones de sus socios a través de Cajas de Ahorro y Depósitos a Plazo Fijo. Consecuentemente, el Sistema Cooperativista de Ahorro y Crédito a lo largo de su existencia, ha venido realizado las operaciones de captación con sus socios, las mismas que han sido reglamentadas y homologadas por el regulador, toda vez que en las diferentes inspecciones realizadas y en los planes de fortalecimiento presentados por las entidades a ASFI, nunca se observó esta forma de captación de sus socios, es más estos planes están siendo sujetos de seguimiento y de cumplimiento, y en este marco se han entregado Certificados de Adecuación a entidades que realizaban este tipo de captaciones, por lo que las operaciones señaladas han sido ampliamente reconocidas por el ente regulador como forma aceptada para mejorar la situación financiera de las entidades, A través de décadas de funcionamiento las Cooperativas de Ahorro y Crédito han utilizado éstas formas de captación, como un medio de subsistencia, las cuales han significado la base de su desarrollo y por consiguiente de sus socios, repercutiendo en el crecimiento de las familias y del Estado como tal. No no (sic) se debe olvidar que el mercado en el que se encuentra las CAC es altamente competitivo, en el cual sin estas formas de captación, no sería viable la sostenibilidad de las Cooperativas en el tiempo.
- ✓ El establecer en el Reglamento Modificado que las CAC Societarias en Proceso de Adecuación dejen de tener depósitos, obligaciones con sus socios y reclasificarlos en el Patrimonio como Certificados de Aportación Voluntarios, ocasionará un efecto adverso en el sistema cooperativo debido a que por la delicada situación financiera en que se encuentran varias entidades, estos no podrán ser devueltos y se produciría un efecto contagio, ocasionando un serio problema social y económico, El artículo 1, de la Sección 6, Capítulo III, Título I, de la RNBEF, señala que las Cooperativas de Ahorro y Crédito que cuentan con Licencia de Funcionamiento como CAC Abierta o CAC Societaria (según corresponda), podrá realizar las

actividades de intermediación financiera tales como recibir depósitos de dinero en cuentas de ahorro, a la vista y a plazo, en tal sentido corresponde que aquellas entidades que se encuentran en proceso de adecuación, tengan un tratamiento igualitario, ya que en función a la naturaleza y esencia, toda vez que la Ley de Bancos y Entidades Financieras en su artículo 70 establece que las CAC abiertas y societarias se consideran entidades especializadas de objeto único para la intermediación financiera, adoptando el régimen de responsabilidad limitada.

III.III. Debido a que existen CAC Societarias con Certificado de Adecuación que presentan observaciones dentro del proceso de adecuación, se incluye en la normativa un artículo QUE REGULA EL PROCESO DE REVOCATORIA DEL CERTIFICADO DE ADECUACIÓN, ASÍ COMO LAS MEDIDAS QUE DEBERÁN ADOPTAR CUANDO SE ENCUENTREN EN DICHA SITUACIÓN

Con relación a la revocatoria del Certificado de Adecuación, nos referiremos a los siguientes puntos:

- a. Al punto 4 “**Pérdidas iguales o mayores al 30% del Capital Primario**”, se determina que no corresponde establecer como causal de revocatoria del Certificado de Adecuación, debido a lo siguiente:
 - i. La Sección 2, Artículo 4, relacionado con la Evaluación y emisión del Certificado de Adecuación no establece como requisito para su otorgación no contar con una pérdida igual o mayor al 30% del Capital Primario, en este sentido el Certificado de Adecuación no debe ser revocado por un requisito no exigido previamente.
 - ii. El porcentaje establecido para la revocatoria por pérdidas iguales o mayores al 30% del Capital Primario, es el mismo que se menciona en el Artículo 112 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras aplicado para entidades con licencia de funcionamiento en Proceso de Regularización, mismo que no puede ser comparado con entidades en Proceso de Adecuación, debido principalmente a que estas últimas no han tenido una supervisión y fiscalización por parte de la Dirección General de Cooperativas (DGCOOP), hasta antes de la promulgación de la Ley 3892, situación que ha conllevado a un deterioro financiero de varias de estas entidades.
- b. Con relación a la publicación de los estados financieros en un medio de circulación nacional y local, por tres (3) días consecutivos, notificando sobre la revocatoria del Certificado de Adecuación, conforme a lo informado en Asamblea Extraordinaria de Socios. Al respecto, esta disposición atenta contra los intereses de la entidad pudiendo generar principalmente una corrida de depósitos que afectaría su estabilidad financiera, provocando un conflicto social, que podría afectar al sistema cooperativo de ahorro y crédito en general, aspecto que contradice la Constitución Política del Estado en su artículo 310, referente a que el Estado reconoce y protege las cooperativas como formas de trabajo solidario y de cooperación.
- c. Con relación a que una vez que ASFI deje sin efecto el Certificado de Adecuación, la CAC Societaria no podrá:
 - i. Inciso 2. Abrir sucursales, agencias u otros puntos de atención. No corresponde, remitirse al análisis efectuado en el punto III.I.

- ii. Canalizar u operar con recursos del Estado. No corresponde, remitirse al análisis efectuado en el punto III.V.
- iii. Implementar y promocionar nuevas operaciones y/o servicios. Al respecto, esta disposición sería atentatoria contra la situación financiera de la entidad, ya que de no generar ingresos financieros y operativos sería condenar al colapso financiero y como consecuencia el cierre de la misma.
- iv. Otras disposiciones establecidas por ASFI. Al respecto, es importante establecer claramente los términos y condiciones en los que se desarrollarán las entidades cooperativas, sin dejar lugar a interpretaciones o ambigüedades, tanto del Supervisor como de los supervisados, por lo tanto, toda disposición que se emane de la Autoridad debe ser clara y específica.

Con relación a la retroactividad de la norma, corresponde señalar lo siguiente:

El artículo 123 de la **Constitución Política del Estado** determina: "La Ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la constitución".

Por su parte, **la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo**, en su artículo 77 (Principio de Irretroactividad), establece que: "Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa".

La CPE claramente lo señala que **LA LEY SOLO DISPONE PARA LO VENIDERO**, estableciendo claramente cuáles son las excepciones a esta norma, las mismas que se configuran solo y únicamente cuando existe beneficio al reo, al imputado, al trabajador, etc., y en ningún caso la norma prevé la retroactividad en el ámbito administrativo.

La irretroactividad de la Ley en el ámbito constitucional también ha sido ampliamente analizada, por lo que a continuación se desglosa lo señalado por el Tribunal Constitucional:

La SC 1795/2010-R de 25 de octubre señala: "Respecto al principio de irretroactividad de la norma a que hace referencia el accionante y en función al cual gira la problemática a definir, este Tribunal mediante la SC 0334/2010-R de 15 de junio señala lo siguiente: "El art. 33 de la CPE abrogada, disponía que la ley solo tiene efecto para lo venidero; y no así retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente; es decir, **UNO DE LOS PRINCIPIOS MÁS ELEMENTALES QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LA LEY ES SU IRRETROACTIVIDAD, QUE SIGNIFICA QUE ÉSTA NO DEBE TENER EFECTOS HACIA ATRÁS EN EL TIEMPO; SUS EFECTOS SOLO OPERAN DESPUÉS DE LA FECHA DE SU PROMULGACIÓN, ASÍ TAMBIÉN LO HA ESTABLECIDO EL ART. 123 DE LA CPE.**"

El fundamento jurídico del principio de irretroactividad, es la necesidad de dar estabilidad al ordenamiento jurídico, porque sin el mencionado principio se presentan confusiones sobre la oportunidad de regulación, en muchas ocasiones con una conveniencia presente se regulaba una situación pasada, que resultaba exorbitante al sentido de la justicia, por falta de adecuación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale

a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas. La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad es la premisa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídica, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común, de manera concurrente.

“En general -escribe Valencia Zea-, el efecto retroactivo está prohibido por razones de orden público. Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas. Además especialmente cuando se trata de la reglamentación de toda una institución jurídica, existe verdadera imposibilidad para regular el efecto retroactivo”. A. VALENCIA ZEA. Derecho Civil. Tomo I. Bogotá, Temis, 1989. p. 184.

Al respecto son pertinentes las anotaciones que trae Juan José Soler en la Enciclopedia Jurídica Omeba:

“La irretroactividad de la ley es una medida técnica escogida para dar seguridad al ordenamiento jurídico. Su zona ontológica no está, pues, en la filosofía jurídica sino en la jurisprudencia o ciencia del derecho (...). La irretroactividad es dentro de la técnica jurídica, un principio de aplicación más que de interpretación previa. La interpretación y la aplicación son operaciones de tracto sucesivo (...). Un error corriente que conviene disipar; es el de considerar a la irretroactividad como un principio que solo sirve al interés privado. Esto explica su inclusión en casi todas las constituciones del mundo entre las garantías y derechos individuales. Pero sin negar su importancia en el Derecho Privado, resalta su trascendencia en el derecho público. Sirve al individuo pero también a la colectividad, acaso en mayor grado, porque tiende a dar firmeza el ordenamiento jurídico, que es de carácter social”.

La irretroactividad del acto administrativo, tiene componentes garantistas de protección a los particulares, fundamentalmente si consideramos que a través del acto administrativo se imparten órdenes, cuyo contenido es el de poner límites a la actividad de los regulados.

En tal sentido la jurisprudencia y doctrina esbozada y el sistema jurídico universal, determina que la irretroactividad de la Ley otorga seguridad jurídica, en consecuencia este concepto está íntimamente ligado a lo señalado por la Resolución ASFI No. 233/2012, respecto a la revocatoria del Certificado de Adecuación, la misma que no puede tener un efecto retroactivo en su aplicación, es decir que la revocatoria del señalado Certificado de Adecuación a aquellas entidades a las que se les fue entregado con el anterior Reglamento, no es viable toda vez que esta norma rige solamente para aquellos Certificados de Adecuación entregados a partir de la emisión de la Resolución No. 233/2012.

Dicho de otro modo, las entidades que obtuvieron su Certificado de Adecuación hasta este momento, lo hicieron con la seguridad jurídica y bajo un esquema legal ya establecido, que no contemplaba la posibilidad de la revocatoria de su Certificado de Adecuación, aspecto que bajo ningún argumento técnico o legal puede ser refutado o modificado, toda vez que de darse dicha situación se estaría vulnerando flagrantemente la Ley de Procedimiento Administrativo y la misma Constitución Política del Estado.

III.IV. Se establece la necesidad de que se coloque en cada uno de los CERTIFICADOS DE APORTACIÓN UNA LEYENDA QUE CONTENGA LA CARACTERÍSTICA DEL MISMO DE ABSORVER (sic) PÉRDIDAS, en caso de que la CAC incurra en ellas, en atención a la naturaleza de dichas aportaciones

El colocar una leyenda que contenga la característica de absorber pérdidas debe aplicarse solamente en los certificados de aportación obligatorios que se registran en el patrimonio de la entidad, considerando que los certificados de aportación voluntarios remunerados (cajas de ahorro) y certificados de aportación voluntarios remunerados a plazo (depósitos a plazo fijo), son por su naturaleza captaciones de los socios que corresponde registrarlas en el Pasivo como obligaciones, de acuerdo a lo establecido en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras. Este aspecto determina la inaplicabilidad de la disposición emitida y es importante mencionar que de mantenerse la misma generará incertidumbre e inestabilidad entre los socios ya que sus recursos depositados en cada entidad estarían en riesgo, situación que ocasionaría una corrida de depósitos y un conflicto económico-social no solo en el sector Cooperativista sino en el sistema financiero nacional.

III.V. CON EL FIN DE ESTABLECER INCENTIVOS A LAS COOPERATIVAS SOCIETARIAS QUE INICIARON EL PROCESO DE ADECUACIÓN, SE HA CONSIDERADO PERTINENTE DETERMINAR QUE LAS MISMAS PODRÁN CANALIZAR RECURSOS DE LOS PROGRAMAS Y PROYECTOS GUBERNAMENTALES, cuando cuenten con Certificado de Adecuación emitidos por ASFI.

El Reglamento, al referirse a "incentivos" a las Cooperativas que iniciaron el proceso de adecuación, más bien está limitando las operaciones que puedan realizar las Cooperativas que han ingresado al Proceso de Adecuación pero que aún no cuentan con el Certificado de Adecuación, es decir que más que un incentivo para el sector, este aspecto genera una vez más, desigualdad entre las cooperativas.

Al respecto, es necesario remitirnos nuevamente a lo establecido por el Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, el cual en su artículo 8, literal d) establece: **"Las cooperativas comunales (societarias) sólo podrán realizar las siguientes operaciones: recibir créditos del Estado e instituciones públicas"**, en tal sentido se entiende con absoluta claridad que el mencionado Decreto autoriza a las cooperativas societarias a recibir créditos del Estado e instituciones públicas, por lo que se demuestra la confianza del Estado en el sistema Cooperativo en general en concordancia con el Art. 330 parágrafo I. que señala: El estado regulará el sistema financiero con criterios de igualdad de oportunidades, solidaridad, distribución y redistribución equitativa.

IV. SOBRE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

La Constitución Política del Estado en su artículo 55 establece: "El sistema cooperativo se sustenta en los principios de solidaridad, igualdad, reciprocidad, equidad en la distribución, finalidad social y no lucro de sus asociados. El Estado fomentará y regulará la organización de cooperativas mediante la Ley.

La norma superior establece la obligación que tiene el Estado de fomentar la organización de cooperativas, a través de la normativa regulatoria a ser emitida; sin embargo vemos que la Resolución 233/2012, a través de las modificaciones introducidas

al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, está limitando los derechos de las entidades en Proceso de Adecuación, al determinar que no pueden realizar operaciones que fueron ya reconocidas por la Autoridad y establecer limitaciones en cuanto al alcance de sus derechos, aspectos que no coinciden con la obligatoriedad que tiene el Estado de fomentar el desarrollo cooperativista.

El artículo 310. "El Estado reconoce y protege las cooperativas como forma de trabajo solidario y de cooperación, sin fines de lucro (...)"

Por su parte el artículo 312, parágrafo II, establece. "Todas las formas de organización económica tienen la obligación de generar trabajo digno y contribuir a la reducción de las desigualdades y a la erradicación de la pobreza".

Asimismo, la CPE, en los mencionados artículos reconoce a las cooperativas como fuente de trabajo, toda vez que las mismas constituyen una fuente de trabajo para miles de personas, las mismas que se verán afectadas por las nuevas normas emitidas, en caso de que las mismas no sean reconsideradas.

El Artículo 330, parágrafo I, determina: "El Estado regulará el Sistema Financiero con criterios de igualdad de oportunidad, solidaridad, distribución y redistribución equitativa" Este artículo está enfocado a los criterios de igualdad que debe regir entre las cooperativas de Ahorro y Crédito, aspecto que fue vulnerado en muchos aspectos con el nuevo reglamento emitido, y que fue desarrollado en el presente Recurso.

V. CONCLUSIONES

Las modificaciones incluidas en la Resolución impugnada, han causado preocupación en las diferentes cooperativas, afectando de manera directa al funcionamiento regular de las entidades cooperativas; en este entendido, es necesario que la Autoridad de Regulación del Sistema Financiero, analice las repercusiones que está generando el reglamento emitido, las mismas que pueden causar perjuicios irreparable (sic) para el sector cooperativista, entre los cuales se mencionan principalmente, la desconfianza de los socios en las entidades ocasionando que sus ahorros no sean depositados en las cooperativas, y a su vez influya en la no colocación de estos recursos para el desarrollo de los niveles sociales más desprotegidos, así mismo podría originar la corrida de los recursos confiados a las cooperativas y con ello el resquebrajamiento del sistema en su conjunto.

VI. DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECURRIDO

En aplicación del parágrafo I, artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175 Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, solicitamos la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, toda vez que la emisión de la Resolución ASFI 233/2012 de 12 de junio de 2012, ocasiona daños graves a las cooperativas de Ahorro y Crédito en proceso de adecuación, y las medidas contenidas en ella vulneran los derechos de los socios cooperativistas; aspecto sobre el cual solicitamos su previo y especial pronunciamiento.

VII. PETITORIO

Por lo expuesto y toda vez que la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, vulnera los derechos subjetivos e intereses legítimos de las Cooperativas afiliadas a FEBOCAC, ocasionando inseguridad jurídica y vulnerando la Ley de Procedimiento

Administrativo y la Constitución Política del Estado, pido a usted la emisión de una Resolución Administrativa que determine la Revocatoria en todas sus partes de la Resolución impugnada, de acuerdo a los fundamentos establecidos en el presente Recurso."

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 066/2013 DE 30 DE ENERO DE 2013.-

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por emergencia de la Resolución Ministerial Jerárquica, emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 066/2013 de 30 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012.

Los argumentos expuestos, por la Autoridad Administrativa, en la mencionada Resolución Administrativa, son los siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que, en el punto VI DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECURRIDO y el Otrosí III del memorial de impugnación, la entidad recurrente solicita previo y especial pronunciamiento sobre la suspensión del acto recurrido, habiendo para ello expuesto las razones contenidas en el parágrafo VI del indicado memorial.

Que, la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) N° 1488, manifiesta en el artículo 153, numeral 1, que uno de los objetivos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es mantener un sistema financiero sano y eficiente.

Que, el artículo 154 de la misma Ley N° 1488 señala como atribuciones de esta Autoridad de Supervisión, entre otras, las siguientes: "2. Normar el sistema de control interno y externo de toda intermediación financiera; 3. Ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas, que realicen en el territorio de la República intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros prestables; 7. Elaborar y aprobar los reglamentos de las normas de control y supervisión sobre las actividades de intermediación financiera."

Que, la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005, en el artículo 1 dispone: "La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros."

Que, el Estatuto Orgánico de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, aprobado mediante Decreto Supremo N° 22203 de 26 de mayo de 1989 señala: "ARTÍCULO 3.- La Superintendencia tiene las siguientes funciones: (...) h) Dictar disposiciones normativas y reglamentarias, concernientes al control, estabilidad y solidez económica y financiera de las entidades bajo su fiscalización."

Que, la Ley N° 3892 de 18 de junio de 2008, incorpora al ámbito de supervisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a las cooperativas de ahorro y crédito societarias (antes cerradas de carácter comunal).

Que, el artículo 331° de la Constitución Política del Estado establece que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público.

Que, la condición de interés público prevista en la Constitución, implica que la entidad pública encargada del control y supervisión de la actividad financiera, debe controlar que esta actividad esté al servicio de los intereses de la colectividad y, en el marco de sus atribuciones previstas en la ley, precautele que este interés no sea burlado por los actores financieros.

Que, desde la puesta en vigencia del Reglamento para la Incorporación, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, se han detectado ciertas debilidades que implicaban riesgo al ahorro de los socios de las cooperativas de ahorro y crédito societarias, por lo que en el ejercicio de su mandato y atribuciones, esta Autoridad ha visto por conveniente realizar los ajustes necesarios para garantizar la solvencia y salud del Sistema Financiero, en particular de las cooperativas de ahorro y crédito societarias.

Que, dentro de sus atribuciones, esta Autoridad de Supervisión considera que las modificaciones al Reglamento para la Incorporación, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito aprobados mediante Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, constituyen un elemento necesario para precautelar el aprovechamiento del ahorro como actividad de interés público.

Que, la entidad impetrante no ha demostrado que las modificaciones al Reglamento para la Incorporación, Adecuación y Funcionamiento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito aprobadas mediante Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012 causan un perjuicio irreversible o que exista la posibilidad de irrogar daños graves o perturbe el interés general o derechos de terceros, no es procedente la suspensión temporal del acto administrativo dispuesto mediante Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012.

CONSIDERANDO:

Que, en el Otrosí IV del memorial de impugnación, la entidad recurrente solicita apertura del periodo probatorio.

Que, el artículo 50, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 dispone: "El Superintendente Sectorial podrá disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte, cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso. Esta apertura deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles administrativos de interpuesto el recurso y el período de prueba no deberá exceder los cinco (5) días hábiles administrativos desde su apertura."

Que, revisado el memorial de impugnación presentado por la FEBOCAC en fecha 4 de julio de 2012 contra la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, que se constituye en el acto administrativo recurrido, se advierte que los argumentos y fundamentos expuestos versan sobre el contenido de dicha resolución, de la cual se

observa una supuesta ausencia de fundamentación y motivación; asimismo se observan errores de forma, complementaciones, modificaciones y otras disposiciones concernientes al Reglamento de Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, mediante la referida Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012.

Que, los elementos de análisis necesarios y suficientes para evaluar el recurso y lograr el convencimiento de este Órgano Fiscalizador para resolver el recurso, se encuentran ampliamente referidos en el memorial de impugnación, la resolución recurrida, el Reglamento de Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, los precedentes administrativos señalados en el recurso, y la normativa vigente que regula a las cooperativas de ahorro y crédito.

Que, conforme a la discrecionalidad otorgada por el artículo 50, parágrafo I. del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera al Órgano Regulador para disponer la apertura del término de prueba cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no sean suficientes para resolver el recurso, esta Autoridad considera que, en aplicación del principio de economía, simplicidad y celeridad establecido en el artículo 4, inciso k) de la Ley N° 2341 y a fin de evitar la realización de trámites y diligencias innecesarias, no es necesaria la consideraciones (sic) de otros elementos para emitir su pronunciamiento.

CONSIDERANDO:

Que, adentrándonos al análisis sobre el fondo del recurso en base a los argumentos expuestos por la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito – FEBOCAC en el memorial de impugnación presentado en fecha 4 de julio de 2012 y las consideraciones del Informe ASFI/DAJ/R-13415/2013 de 28 de enero de 2013, se tiene lo siguiente:

1. "...la Resolución ASFI No. 233/2012 de 12 de junio de 2012, carece absolutamente de fundamento, uno de los elementos esenciales del Acto Administrativo, toda vez que en el primero, segundo y tercer considerandos, se limita a enunciar normativa vinculada al caso la misma que en las Resoluciones emitidas por ASFI contiene errores que pueden llevar a confusión al regulado los cuales se los desarrollará posteriormente; en el cuarto considerando de la Resolución impugnada simplemente se mencionan cuáles son los aspectos del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito que están siendo modificados, sin realizar una motivación de cada uno de ellos, por lo que el regulado se encuentra en una situación de inseguridad jurídica absoluta, al no conocer cuáles son los aspectos que motivaron a la Autoridad Administrativa a emitir tal normativa ..."
- Al respecto, corresponde complementar la apreciación del recurrente, manifestando que la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012 expone ampliamente del cuarto al décimo cuarto considerando el marco normativo aplicable al caso y del décimo quinto considerando en adelante, la reglamentación necesaria en forma específica que motiva la modificación al Reglamento para la Incorporación, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Es pertinente recalcar que al existir normativa expresa que otorga a ASFI la facultad de elaborar y aprobar los reglamentos de las normas de control y supervisión de las entidades bajo su ámbito de supervisión, facultad que no ha sido observada ni cuestionada por el recurrente, ésta se constituye en el fundamento suficiente que motiva la emisión de actos conforme a su prudente criterio de fiscalización y control.

2. II.II. ERRORES DE FORMA

Corresponde establecer los errores de forma que contiene la Resolución ASFI No. 233/2012, los mismos que generan inseguridad jurídica en los regulados y que se mencionan a continuación:

- a. En la página tres (3), existen errores al referirse a la Resolución ASFI No. 142/2009 de 23 de noviembre de 2009, la misma que en realidad corresponde al número 412/2009 de la misma fecha.
- b. En la misma página, existe error al referirse a la Resolución ASFI No. 038/2010, debiendo ser lo correcto la Resolución ASFI No. 157/2010 y la Circular que pone en conocimiento del sistema financiero este documento es la Circular ASFI/038/2010 de 22 de febrero de 2010.
- c. En la página dos (2), segundo considerando, segundo considerando, se señala "Que la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005 en su numeral IV artículo 1, señala que (...)", al respecto en la citada norma no existe el artículo 1.
- d. Respecto al anexo de la Resolución ASFI 233/2012, en el Título I, Capítulo III, Sección 2, página 3, artículo 2, FASE I Diagnóstico de requisitos, se señala "Una vez que la CAC Societaria en proceso de adecuación comunique a ASFI su intención de iniciar el proceso de adecuación (...)", al respecto se aclara que una cooperativa que ya está inmersa en el proceso de adecuación, no puede solicitar su intención de iniciar el proceso de adecuación.
- e. Respecto al anexo de la Resolución ASFI 233/2012, en el Título I, Capítulo III, Sección 5, página 2, artículo 2, Requisitos mínimos para la obtención de la Licencia de Funcionamiento, párrafo III, señala: "Contar con una situación financiera que no comprometa la sostenibilidad y continuidad de la CAC Societaria o CAC Abierta", al respecto no corresponde que se haga referencia a la CAC Abierta.

- Estas observaciones evidencian ciertos errores de redacción contenidos en el Reglamento de Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, que no hacen al fondo de la reglamentación establecida por este Órgano de Fiscalización.

Al respecto, el artículo 31 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, prevé que los errores materiales, de hecho o aritméticos en los actos administrativos, serán corregidos por la entidad pública en cualquier momento, en consecuencia resulta errado el criterio de la FEBOCAC al considerar que dichos errores importan la anulabilidad de acto administrativo, correspondiendo proceder a la corrección de dichos errores materiales.

Sin embargo de lo anterior, se establece que la tercera observación de este subtítulo (II. II. ERRORES DE FORMA) en sentido que en la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005 no existiría el artículo 1, no corresponde, toda vez que la señalada Ley 3076 de 20 de junio de 2005, Modificatoria de las Leyes N° 2427 del BONOSOL y N° 2341 del Procedimiento Administrativo y N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, en su artículo 1, modifica los artículos 23 y 24 del Bonosol, señalando en el Inciso IV lo siguiente: “La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financieras y servicios auxiliares financieros.”

3. III.I. Se establecen complementaciones en las etapas que conforman el proceso de adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias (CAC Societarias), estableciendo entre ellas que la apertura de NUEVOS PUNTOS DE ATENCIÓN SOLO SE PUEDE EFECTUAR UNA VEZ QUE LA CAC SOCIETARIA OBTENGA SU CERTIFICADO DE ADECUACIÓN Y PREVIA EVALUACIÓN TÉCNICA Y LEGAL EFECTUADA POR LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO (ASFI)

Al respecto, la Constitución Política del Estado (CPE), en su artículo 330, parágrafo I, establece “El Estado regulará el Sistema Financiero con criterio de igualdad de oportunidades, solidaridad, distribución y redistribución equitativa”

En el caso analizado, se tiene que el criterio de igualdad de oportunidades no está siendo aplicado a las cooperativas que no cuentan con el Certificado de Adecuación, en vista de que éstas, si bien se encuentran en el proceso de adecuación, no significa que no cumplan con los requisitos previstos para la apertura de Sucursales, Agencias y nuevos Puntos de Atención, por lo que corresponde que todas las cooperativas tengan la posibilidad de que ASFI valore la solicitud en base a argumentos técnicos y a la situación de la entidad solicitante, y en su caso declarar la procedencia o improcedencia de la solicitud, siempre y cuando, en este último caso, se expongan los argumentos que sustenten el rechazo.

- Resulta también una medida prudencial, establecer que las cooperativas societarias cuya situación financiera no garantice la capacidad de inversión y expansión no agraven su situación sobredimensionando su capacidad administrativa y ejecutiva, sustentando su crecimiento con la recepción de mayores y nuevas aportaciones de sus socios cuya inversión no está necesariamente destinada a la constitución de activos de riesgo, sino a sostener la administración de la entidad.

4. III.II. La CAC Societaria durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, solo podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, ACLARANDO QUE DICHOS AHORROS SOLO PUEDEN SER INSTRUMENTADOS MEDIANTE CERTIFICADOS DE APORTACIÓN VOLUNTARIOS

El D.S. 25703, en sus numerales 1) y 2), establece la posibilidad de que las CAC Societarias, emitan Certificados de Aportación Voluntarios, mediante libretas o boletas de aportaciones voluntarias, al respecto, este texto ha sido interpretado por

el Órgano Regulador, emitiendo en consecuencia las Resoluciones SB 198/2008, SB 284/2008, ASFI 412/2009 y ASFI 157/2010, estableciendo de esta manera a lo largo de su normativa referida a las CAC, la posibilidad de que las Cooperativas realicen captaciones de sus socios a través de Cajas de Ahorro y Depósitos a Plazo Fijo.

Consecuentemente, el Sistema Cooperativista de Ahorro y Crédito a lo largo de su existencia, ha venido realizado las operaciones de captación con sus socios, las mismas que han sido reglamentadas y homologadas por el regulador, toda vez que en las diferentes inspecciones realizadas y en los planes de fortalecimiento presentados por las entidades a ASFI, nunca se observó esta forma de captación de sus socios, es más estos planes están siendo sujetos de seguimiento y de cumplimiento, y en este marco se han entregado Certificados de Adecuación a entidades que realizaban este tipo de captaciones, por lo que las operaciones señaladas han sido ampliamente reconocidas por el ente regulador como forma aceptada para mejorar la situación financiera de las entidades.

El establecer en el Reglamento Modificado que las CAC Societarias en Proceso de Adecuación dejen de tener depósitos, obligaciones con sus socios y reclasificarlos en el Patrimonio como Certificados de Aportación Voluntarios, ocasionará un efecto adverso en el sistema cooperativo debido a que por la delicada situación financiera en que se encuentran varias entidades, estos no podrán ser devueltos y se produciría un efecto contagio, ocasionando un serio problema social y económico.

- En efecto, el Decreto Supremo N° 25703, en el artículo 8 prevé que las cooperativas societarias sólo podrán emitir certificados de aportación obligatorios y voluntarios como mecanismo de instrumentación para el ahorro de sus socios. En ningún acápite del citado decreto u otra normativa conexas, están autorizadas a recibir depósitos bajo modalidades diferentes.

Habiendo realizado algunas cooperativas societarias operaciones similares a la captación de recursos en caja de ahorro y depósitos a plazo fijo, producto de una mala interpretación a la normativa regulatoria, corresponde que estos recursos sean contablemente registrados de acuerdo a la naturaleza de su realización, por lo cual es necesario que las entidades establezcan un cronograma de conversión, pudiendo continuar con la recepción de certificados de aportación obligatorios y voluntarios conforme al Decreto 25703.

No puede pretenderse, tal como lo expone la entidad recurrente, que las entidades que se encuentran en proceso de adecuación tengan el mismo tratamiento que las entidades reguladas, puesto que las primeras, por su condición no contemplan en sus operaciones los requisitos de prudencia y seguridad que sí lo hacen las entidades reguladas.

5. III.III. Debido a que existen CAC Societarias con Certificado de Adecuación que presentan observaciones dentro del proceso de adecuación, se incluye en la normativa un artículo QUE REGULA EL PROCESO DE REVOCATORIA DEL CERTIFICADO DE ADECUACIÓN, ASÍ COMO LAS MEDIDAS QUE DEBERÁN ADOPTAR CUANDO SE ENCUENTREN EN DICHA SITUACIÓN.

- Las pérdidas de una entidad regulada o no, que alcancen al 30% de su capital, representa, en un criterio prudencial técnico, una mala situación financiera que no permite prever mecanismo que reviertan tal situación, en tal caso, no es

prudente ni responsable permitir que una entidad continúe captando aportaciones o depósitos que necesariamente serán destinados a absorber las pérdidas y no a invertirse en una inversión de riesgo.

- Respecto a la publicación de la revocatoria del certificado de adecuación, constituye una medida de transparencia, prudencia y cautela, que corresponde a los objetivos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, destinados a dar a conocer de forma oportuna a los socios la situación de la entidad dentro del proceso de adecuación.
 - La revocatoria del certificado de adecuación, prevista en las modificaciones al Reglamento de Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, no es una medida retroactiva, simplemente especifica que el incumplimiento al plan elaborado por la propia cooperativa en proceso de adecuación, instructivas o prácticas contables hacen inviable la ejecución del plan, previéndose que el mismo no concluirá exitosamente. Por tanto la revocatoria del certificado de adecuación como consecuencia del incumplimiento atribuible a la negligencia de la propia cooperativa societaria no es una medida retroactiva.
6. "III.IV Se establece la necesidad de que se coloque en cada uno de los CERTIFICADOS DE APORTACIÓN UNA LEYENDA QUE CONTENGA LA CARACTERÍSTICA DEL MISMO DE ABSORBER PÉRDIDAS, en caso de que la CAC incurra en ellas, en atención a la naturaleza de dichas aportaciones."

El colocar una leyenda que contenga la característica de absorber perdidas debe aplicarse solamente en los certificados de aportación obligatorios que se registran en el patrimonio de la entidad, considerando que los certificados de aportación voluntarios remunerados (cajas de ahorro) y certificados de aportación voluntarios remunerados a plazo (depósitos a plazo fijo), son por su naturaleza captaciones de los socios que corresponde registrarlas en el Pasivo como obligaciones, de acuerdo a lo establecido en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

- El artículo 4 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, prevé que las cooperativas de ahorro y crédito cerradas (hoy societarias) adoptarán el régimen de responsabilidad limitada, que es la obligación de los socios de responder por las operaciones sociales hasta el monto de sus certificados de aportación. El artículo 8 del mismo decreto supremo, contempla certificados de aportación obligatorios y voluntarios.

No existe disposición alguna que discrimine o establezca diferenciación alguna entre certificados de aportación obligatorios y voluntarios, respecto a la obligación de los socios de responder por las operaciones de la cooperativa hasta el monto de sus certificados de aportación.

No debe perderse de vista que las cooperativas societarias tienen por objeto realizar operaciones exclusivamente con sus socios, quienes de ninguna manera se constituyen en clientes o usuarios de la cooperativa, sino se relacionan en condición de socios, tal como lo prevé el artículo 2 del D.S. 25703.

Por lo anterior, la leyenda observada constituye una medida de prevención y transparencia para que todo aquel que se vincula a una cooperativa de ahorro

y crédito societaria, tenga la información oportuna y necesaria para saber que lo hace en calidad de socio y su aportación se encontrará sometida a lo previsto en el artículo 4 del referido Decreto Supremo N° 25703.

7. III.V. CON EL FIN DE ESTABLECER INCENTIVOS A LAS COOPERATIVAS SOCIETARIAS QUE INICIARON EL PROCESO DE ADECUACIÓN, SE HA CONSIDERADO PERTINENTE DETERMINAR QUE LAS MISMAS PODRÁN CANALIZAR RECURSOS DE LOS PROGRAMAS Y PROYECTOS GUBERNAMENTALES, cuando cuenten con Certificado de Adecuación emitidos por ASFI.

El Reglamento, al referirse a "Incentivos" a las Cooperativas que iniciaron el proceso de adecuación, más bien está limitando las operaciones que puedan realizar las Cooperativas que han ingresado al Proceso de Adecuación pero que aún no cuentan con el Certificado de Adecuación, es decir que más que un incentivo para el sector, este aspecto genera una vez más, desigualdad entre las cooperativas.

Al respecto, es necesario remitimos nuevamente a lo establecido por el Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, el cual en su artículo 8, literal d) establece: "Las cooperativas comunales (societarias) sólo podrán realizar las siguientes operaciones: recibir créditos del Estado e instituciones públicas".

- La entidad recurrente confunde los términos empleados en la normativa legal y la reglamentaria; en efecto, el artículo 8, inciso d), del Decreto Supremo N° 25703 autoriza a las cooperativas de ahorro y crédito societarias a "Recibir créditos del Estado e instituciones públicas", es decir les autoriza a realizar operaciones pasivas de financiamiento con instituciones públicas, destinadas a fortalecer sus operaciones activas con sus socios.

La referencia del artículo 1, Sección 12 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, se refiere a la limitación de las cooperativas societarias sin certificado de adecuación para para (sic) constituirse en agentes recaudadores, intermediadores o corresponsales de entidades públicas.

Es también lógico precautelar que los recursos públicos no sean invertidos o utilizados por personas cuya solvencia y viabilidad no esté garantizada.

8. IV. SOBRE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

El Artículo 330, parágrafo I, determina: "El Estado regulará el Sistema Financiero con criterios de igualdad de oportunidad, solidaridad, distribución y redistribución equitativa."

Este artículo está enfocado a los criterios de igualdad que debe regir entre las cooperativas de Ahorro y Crédito, aspecto que fue vulnerado en muchos aspectos con el nuevo reglamento emitido, y que fue desarrollado en el presente Recurso.

- La previsión constitucional de igualdad de oportunidad, solidaridad, distribución y redistribución equitativa, contemplada en el artículo 55 de la Constitución Política del Estado, no se contrapone a la facultad reglamentaria de ASFI prevista en el artículo 154 de la Ley 1488 ni al criterio, también constitucional, del artículo 331 de la Constitución Política del Estado, que determina que el

aprovechamiento del ahorro es de interés público, por tanto su fiscalización y supervisión, se constituye en prioridad y objetivo estatal.

CONSIDERANDO:

Que, los argumentos y fundamentos expuestos por la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito en el memorial de 4 de julio de 2012 no constituyen elementos que justifiquen la revocatoria de la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012 que aprueba y pone en vigencia las modificaciones al Reglamento de Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Que, el artículo 43 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, manifiesta que las resoluciones sobre recursos de revocatoria serán "Confirmatorias", cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

Que, el artículo 49 del mismo Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo señala que "La Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria tendrá un plazo de veinte (20) días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución."

Que, el Informe ASFI/DAJ/R-13415/2013 de 28 de enero de 2013, recomienda emitir resolución confirmando la Resolución Administrativa N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, impugnada por la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito mediante recurso de revocatoria interpuesto en fecha 4 de julio de 2012."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial de 1 de marzo de 2013, la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito – FEBOCAC, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 066/2013 de 30 de enero de 2013, con los siguientes argumentos:

"II. SOBRE LOS ARGUMENTOS IMPUGNADOS EN LA RESOLUCIÓN ASFI N°233/2012 DE 12 DE JUNIO DE 2012 Y NO ANALIZADOS POR ASFI

La resolución impugnada confirma en todas sus partes la Modificación al Reglamento de Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, sin embargo del análisis de la Resolución emitida se tiene que esta no ha desvirtuado los argumentos expuestos por la FEBOCAC en el Recurso de Revocatoria, de manera satisfactoria, por lo que a continuación exponemos los argumentos siguientes:

1. Incorporación de las definiciones de: Certificado de Aportación, Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria en proceso de adecuación, Abierta y de Vínculo Laboral.
2. Se establece que solo podrán realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703, aclarando que dichos ahorros solo pueden ser instrumentados mediante certificados de aportación voluntarios
3. Determina que la apertura de nuevos puntos de atención sólo se pueden efectuar una vez que la CAC Societaria obtenga su certificado de adecuación, previa evaluación técnica y legal efectuada por la Autoridad Supervisora.

4. Se incluye la posibilidad de revocar el Certificado de Adecuación, así como las medidas que se deberán adoptar cuando se encuentren en dicha situación.

5. Se determina que la CAC Abierta o Societaria, coloque en cada uno de los Certificados de Aportación a ser emitido, una leyenda que contenga la característica del mismo de absorber pérdidas, en caso de que la CAC incurra en ellas, en atención a la naturaleza de dichas aportaciones.

6. Se establece que con el fin de establecer incentivos a las cooperativas societarias que iniciaron el proceso de adecuación, se ha determinado que las mismas podrán canalizar recursos de los programas y proyectos gubernamentales cuando cuenten con Certificado de Adecuación emitido por ASFI.

II. SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La Resolución ASFI 066, con relación al tema de la fundamentación observada, simplemente se limita a señalar que: "La Resolución ASFI 233/2012 expone ampliamente del cuarto al décimo cuarto considerando el marco normativo aplicable al caso y del décimo quinto considerando en adelante, la reglamentación necesaria en forma específica que motiva la modificación al reglamento para la incorporación, adecuación y funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito".

Al respecto, llama la atención que el órgano regulador simplemente exponga estas justificaciones ante la falta de motivación de sus actos, sin explicar de manera clara cuál es la motivación que la Resolución impugnada contiene.

De la revisión de la Resolución ASFI 233 se puede evidenciar que del décimo quinto considerando en adelante son siete considerandos de no más de seis líneas cada uno, en los cuáles de ninguna manera se está fundamentando las causales de la modificación del reglamento, simplemente se limita a señalar cuales (sic) son las modificaciones pero de ninguna manera otorga una motivación al acto administrativo impugnado, por lo que se reitera los argumentos expuestos en el Recurso de Revocatoria conforme a lo siguiente:

ARTÍCULO 28°.- (ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO). Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

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

La Resolución ASFI No. 233/2012 es un acto administrativo definitivo, el cual está

haciendo referencia a derechos de las Cooperativas de Ahorro y Crédito, por lo que para su legal emisión corresponde que contenga el fundamento necesario.

Asimismo, esta normativa es concordante con el Decreto Supremo N° 27113, reglamentaria a la Ley de Procedimiento Administrativo, que respecto a la motivación señala:

ARTÍCULO 31° (MOTIVACIÓN)

I. Serán motivados los actos señalados en el Artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo y además los que:

- a) **Decidan sobre derechos subjetivos e intereses legítimos**
- b) Resuelvan peticiones, solicitudes o reclamaciones de administrados.
- c) Resulten del ejercicio de atribuciones discrecionales.

II. La motivación expresará sucintamente los antecedentes y circunstancias que resultan del expediente; consignará las razones de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto; individualizará (sic) la norma aplicada, y valorará las pruebas determinantes para la decisión.

III. La remisión a propuesta, dictámenes, antecedentes o resoluciones previas, no reemplazará (sic) la motivación exigida en este Artículo.

En la norma emitida, se definen muchos aspectos que están directamente vinculados sobre los derechos subjetivos e intereses legítimos de las cooperativas de ahorro y crédito que están en el proceso de adecuación, por lo que en aplicación a la señalada norma, correspondía que la Resolución No. 233/2012 contenga la motivación necesaria, que otorgue a los recurrentes la oportunidad de conocer los argumentos que dieron origen a la modificación de la norma impugnada.

Al respecto del tema del fundamento y la motivación, corresponde realizar las siguientes precisiones:

La motivación de las Resoluciones es un elemento de la garantía del debido proceso, exigible tanto en sede judicial como administrativa. Así lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que la Administración debe desarrollar los fundamentos de sus decisiones y ponerlos a disposición de los administrados. En el caso, la Corte señaló: "...La autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de la Convención".

Por su parte, el Tribunal Constitucional Boliviano ha sentado abundante jurisprudencia respecto a la necesidad de que los jueces y autoridades administrativas, emitan sus resoluciones de manera fundamentada, explicando las razones de hecho y de derecho para asumir una determinación.

Así, en la SC 752/2002-R, el Tribunal Constitucional expresó la siguiente doctrina: "(...) el derecho al debido proceso, entre su ámbito de presupuestos exige que toda Resolución

sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión".

La motivación de las Resoluciones también es exigible en el ámbito administrativo, así lo sostuvo la SC 1583/2005-R, al resolver un amparo constitucional presentado contra el Gerente Distrital de Oruro del Servicio de Impuestos Nacionales, dictó el Auto 013/2004 sin una debida motivación legal y objetiva.

En la indicada sentencia, se argumentó:"(...) el derecho al debido proceso no sólo es aplicable al ámbito judicial, sino que alcanza además a los procedimientos administrativos, en los que las autoridades competentes, ya sea porque asumen la calidad de jueces, comisiones de investigación, tribunales sumariantes o tribunales de apelación; o porque el ejercicio de sus atribuciones y competencias les obliga a tomar determinaciones y resoluciones que afectan los derechos de los ciudadanos; estando obligados a garantizar el respeto al debido proceso en todas las etapas y actuados que sean de su conocimiento, lo cual implica también **el respeto de ese derecho traducido en la emisión de las resoluciones debidamente fundamentadas y motivadas**".

El Tribunal Constitucional, luego de sostener que en todo procedimiento administrativo se deben respetar los derechos y garantías consagrados por la Constitución Política del Estado y, por ende, la obligación de fundamentar las resoluciones administrativas, concluyó que el Auto Impugnado carecía de fundamentación legal que justificara la decisión: "mientras no se justifique con base en normas legales una sanción o una afectación a los derechos de las personas, la autoridad ejerce acciones de hecho no de derecho".

Por otra parte, la fundamentación de las resoluciones está vinculada al derecho a la defensa, en la medida en que el administrado sólo podrá impugnar una determinación cuando estén claramente explicados los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan una determinada Resolución. Ese fue el entendimiento de la SC 1173/2005-R, pronunciada dentro de un proceso disciplinario seguido contra una jueza:

"(...) del detenido análisis de la Resolución 024/04 de primera instancia, se puede percibir en ella la ausencia total de relación tática o de los hechos denunciados, así como de una fundamentación legal, limitándose a una recapitulación de los actuados del proceso disciplinario; lo que evidentemente lesiona el derecho al debido proceso y a la defensa, pues es inmanente a estos derechos, la obligación de fundamentar las resoluciones que dan fin con un proceso de orden sancionador.

De lo expuesto, se confirma lo denunciado por la recurrente; lo que debió ser analizado por el Tribunal de apelación, y verificando la omisión descrita, que también afecta a la esfera comprensiva del derecho al debido proceso y a la **defensa** consagrados en el art. 16 de la CPE, debió ser subsanado.

Aquí es necesario aclarar que la observación de la falta de motivación de la Resolución de primera instancia, por ausencia de la fundamentación tática y jurídica, no puede

dar lugar que sea el Tribunal ad quem el que efectuó esa fundamentación, ya que de hacerlo así, se afectaría el derecho a recurrir el fallo de la primera instancia, pues se supone que tal derecho será ejercido conociendo y refutando la fundamentación que llevó a la toma de la decisión; empero, si esa fundamentación la hace el Tribunal de segunda instancia, el procesado declarado culpable, queda sin posibilidades de recurrir esos argumentos, para que un segundo Tribunal pueda compulsar: de un lado los fundamentos de la Resolución de primera instancia, y del otro, los razonamientos de la impugnación a esa Resolución y a su fundamentación. En consecuencia, **el Tribunal de segunda instancia, en caso de verificar la falta de motivación de una Resolución, debió anular obrados, porque resultaron lesionados los derechos al debido proceso y a la defensa** consagrados en el artículo 16 de la CPE, para que sea el Tribunal de primera instancia, el cual, dictando nuevamente la Resolución, en respeto del derecho al debido proceso, en sus elementos de los derechos a la defensa y a la segunda instancia, **dicte nueva Resolución debidamente fundamentada en la relación fáctica y jurídica que correspondiese**, sustentada también en el derecho aplicable al caso enjuiciado".

Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha relacionado la falta de fundamentación de las Resoluciones con la lesión al derecho a la defensa y, en ese entendido, en todos los supuestos en que ha comprobado la ausencia de motivación **ha anulado la Resolución**, esto con la finalidad de que la autoridad judicial o administrativa dicte un nuevo fallo con la fundamentación fáctica y legal correspondiente, y la persona afectada, conociendo los motivos de dicha Resolución, pueda presentar los medios de impugnación previstos en la Ley.

Por otra parte, la necesidad de fundamentar las Resoluciones - como se ha visto - está presente en la Ley del Procedimiento Administrativo, que, al margen de contener normas vinculadas al debido proceso, dentro de los derechos del sujeto pasivo, contempla el que la Administración Tributaria resuelva expresamente las cuestiones planteadas en los procedimientos previstos por el Código y disposiciones reglamentarias, dentro de los plazos establecidos.

Consecuentemente, y de acuerdo a los argumentos de orden legal señalados se puede evidenciar que la Resolución ASFI No. 233/2012 de 12 de junio de 2012, carece absolutamente de fundamento, uno de los elementos esenciales del Acto Administrativo, toda vez que en el primero, segundo y tercer considerandos, se limita a enunciar normativa vinculada al caso la misma que en las Resoluciones emitidas por ASFI contiene errores que pueden llevar a confusión al regulado los cuales se los desarrollará posteriormente; en el cuarto considerando de la Resolución impugnada simplemente se mencionan cuáles son los aspectos del **Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito** que están siendo modificados, sin realizar una motivación de cada uno de ellos, por lo que el regulado se encuentra en una situación de inseguridad jurídica absoluta, al no conocer cuáles son los aspectos que motivaron a la Autoridad Administrativa a emitir tal normativa, en mas, al tratarse de una norma que tiene alcance general, correspondía que en la resolución impugnada se establezcan cuáles son los motivos técnicos y legales para emitir una norma que modifica sustancialmente el documento original.

Por lo señalado, se determina que la falta de motivación de la Resolución ASFI No. 233/2012 ha vulnerado los artículos 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 31 del Decreto Supremo 27113 Reglamentario a la citada Ley, aspecto que

acarrea la anulabilidad del acto administrativo, previsto en el artículo 36 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con el (sic) artículo 53 del ya mencionado Decreto reglamentario, por lo que corresponde que la autoridad administrativa **DETERMINE LA ANULABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA POR CONTENER ERRORES ESENCIALES EN LA FORMACIÓN DEL MISMO.**

II.II. CON RELACIÓN A LA MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO

En el Recurso de Revocatoria en contra de la Resolución ASFI 233/2012 se han impugnado aspectos técnicos contenidos en la Resolución mencionada, los cuales no han sido desvirtuados por ASFI en la Resolución ASFI 066/2013 ahora impugnada en jerárquico, a continuación se hace un análisis de estos aspectos:

III.I. Se establecen complementaciones en las etapas que conforman el proceso de adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias (CAC Societarias), estableciendo entre ellas que la apertura de NUEVOS PUNTOS DE ATENCIÓN SOLO SE PUEDE EFECTUAR UNA VEZ QUE LA CAC SOCIETARIA OBTENGA SU CERTIFICADO DE ADECUACIÓN Y PREVIA EVALUACIÓN TÉCNICA Y LEGAL EFECTUADA POR LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO (ASFI).

Con relación a este punto, ASFI señala: "Resulta también una medida prudencial establecer que las cooperativas societarias cuya situación financiera no garantice la capacidad de inversión y expansión no agraven su situación sobredimensionando su capacidad administrativa y ejecutiva, sustentando su crecimiento con la recepción de mayores y nuevas aportaciones de sus socios cuya inversión no está necesariamente destinada a la constitución de activos de riesgo, sino a sostener la administración de la entidad".

Al respecto, la Constitución Política del Estado (CPE), en su artículo 330, parágrafo I, establece "El Estado regulará el Sistema Financiero con criterio de igualdad de oportunidades, solidaridad, distribución y redistribución equitativa".

Al respecto en el Recurso de Revocatoria se señalaba que este aspecto vulneraba el principio de igualdad ya que en el caso analizado, se tiene que el (sic) criterio de igualdad de oportunidades no está siendo aplicado a las cooperativas que no cuentan con el Certificado de Adecuación, en vista de que estas si bien se encuentran en el proceso de adecuación, no significa que no cumplan con los requisitos previstos para la apertura de Sucursales, Agencias y nuevos Puntos de Atención, por lo que corresponde que todas las cooperativas tengan la posibilidad de (sic) que ASFI valore la solicitud en base a argumentos técnicos y a la situación de la entidad solicitante, y en su caso declarar la procedencia o improcedencia de la solicitud, siempre y cuando, en este último caso, se expongan los argumentos que sustenten el rechazo, sobre tales argumentos el regulador no ha emitido criterio alguno por lo que se mantiene la vulneración al Principio de Igualdad, adicionalmente se debe considerar que lo señalado en la Resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria aplicaría en el caso de que todas las cooperativas que están en proceso de adecuación se encuentren en una situación crítica, sin embargo esta no es la realidad ya que existen muchas cooperativas que cumplen las condiciones del regulador en el proceso en el que se encuentran pero que se ven afectadas por la prohibición de abrir sucursales y/o agencias, por lo que consideramos que se debe dar la oportunidad a las cooperativas de solicitarla (sic) apertura de estos puntos de atención.

Se debe considerar además que las cooperativas tienen mayor presencia en zonas en

las que la banca tradicional no presta sus servicios, por lo que al momento de que ASFI valore la solicitud de apertura de puntos de atención, tendrá que considerar la presencia de servicios financieros en lugares no atendidos.

Es necesario que ASFI incluya en su normativa la posibilidad de que todas las Cooperativas de Ahorro y Crédito puedan acceder a la apertura de puntos de atención.

III.II. La CAC Societaria durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, solo podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, ACLARANDO QUE DICHS AHORROS SOLO PUEDEN SER INSTRUMENTADOS MEDIANTE CERTIFICADOS DE APORTACIÓN VOLUNTARIOS.

Con relación a este punto ASFI señala que: "En el marco del Decreto Supremo N° 25703 las cooperativas sólo podrán emitir certificados de aportación obligatorios y voluntarios como mecanismo de instrumentación para el ahorro de sus socios, en ningún acápite del citado decreto u otra normativa conexas, están autorizadas a recibir depósitos bajo modalidades diferentes. Asimismo señala que habiendo realizado algunas cooperativas societarias operaciones similares a la captación de recursos en caja de ahorro y depósitos a plazo fijo, producto de una mala interpretación a la norma regulatoria, corresponde que estos recursos sean contablemente registrados de acuerdo a la naturaleza de su realización, por lo cual es necesario que las entidades establezcan un cronograma de conversión, pudiendo continuar con la recepción de certificados de aportación obligatorios y voluntarios conforme al DS 25703".

Al respecto, se debe señalar que el Recurso de Revocatoria contiene aspectos que no han sido desvirtuados por ASFI, quien simplemente se limita a señalar el cumplimiento del Decreto Supremo N° 25703, sin tomar en cuenta que ellos mismos a través de su normativa regulatoria ha reconocido ampliamente como forma de captación las Cajas de Ahorro y Depósitos a Plazo Fijo, como se expone a continuación:

La Resolución ASFI N° 157/2010 de 22 de febrero de 2012, con relación a las operaciones permitidas establece lo siguiente:

- ✓ Sección 3, Artículo 1º: Señala que durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento como CAC Abierta, la CAC Societaria podrá realizar **las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703** de fecha 14 de marzo de 2000, **además de la captación de ahorros de sus socios.**
- ✓ Sección 2, Artículo 3º, Punto 1: Menciona elaborar un Plan de Acción que considere un cronograma **de reconversión y reclasificación contable de los certificados de aportación** (sic) sus socios que tengan la condición de **depósitos.**

La Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, al modificar lo señalado establece:

- ✓ Precisa que la CAC Societaria durante el tiempo que transcurra la promulgación de la Ley 3892 y Licencia de Funcionamiento solo podrá realizar las **operaciones establecidas en el Decreto Supremo 25703** de 14 de marzo de 2000, aclarando que dichos ahorros solo pueden ser instrumentados mediante **Certificados de Aportación Voluntarios.**

- ✓ Sección 2, Artículo 3º, Punto 1: Menciona elaborar un Plan de Acción donde se considere un **cronograma de reconversión y reclasificación contable de los certificados de aportación** de (sic) sus socios, **instrumentados bajo modalidades diferentes a las establecidas en el DS 25703**, que permita la correcta exposición de los mismos.

Se mantienen en ambas Resoluciones v respectivos reglamentos:

✓ Anexo 1: Requisitos Operativos y Documentales: Presenta los requisitos en base a los cuales la firma de auditoría externa, realizara su Diagnóstico de la **CAC Societaria en Proceso de Adecuación**.

Punto 1.7, inciso c). Sistemas de Información: Señala que la CAC Societaria debe contar con sistemas de información, aplicaciones o módulos automatizados para **Captaciones** como (sic): Apertura de Caja de Ahorro, proceso de capitalización de intereses, cierre de caja de ahorro, apertura de depósitos a plazo fijo (DPF) o Certificados de Aportación Remunerados, renovaciones automáticas de DPF, proceso de cancelación de DPF, proceso de aplicación de tasas de interés, devengamiento de intereses y proceso de reportes DPF mayores a 360 días.

Anexo II, Punto 2, inciso c) Capital Secundario: Se conforma con **Certificados de Aportación (Diferentes a los Certificados de Aportación Obligatorios)** hasta el 10% del Total Activo.

A continuación se exponen algunos argumentos sobre el punto referido:

- ✓ El DS 25703, en sus numerales 1) y 2), establece la posibilidad de que las CAC Societarias, emitan Certificados de Aportación Voluntarios, mediante libretas o boletas de aportaciones voluntarias, al respecto, este texto ha sido interpretado por el Órgano Regulador, emitiendo en consecuencia las Resoluciones SB 198/2008, SB 264/2008, ASFI 412/2009 y ASFI 157/2010, estableciendo de esta manera a lo largo de su normativa referida a las CAC, la posibilidad de que las Cooperativas realicen captaciones de sus socios a través de Cajas de Ahorro y Depósitos a Plazo Fijo. Consecuentemente, el Sistema Cooperativista de Ahorro y Crédito a lo largo de su existencia, ha venido realizando las operaciones de captación con sus socios, las mismas que han sido reglamentadas y homologadas por el regulador, toda vez que en las diferentes inspecciones realizadas y en los planes de fortalecimiento presentados por las entidades a ASFI, nunca se observó esta forma de captación de sus socios, es más estos planes están siendo sujetos de seguimiento y de cumplimiento, y en este marco se han entregado Certificados de Adecuación a entidades que realizaban este tipo de captaciones, por lo que las operaciones señaladas has sido ampliamente reconocidas por el regulador como forma aceptada para mejorar la situación financiera de las entidades.

A través de décadas de funcionamiento las Cooperativas de Ahorro y Crédito han utilizado éstas formas de captación, como un medio de subsistencia, las cuales han significado la base de su desarrollo y por consiguiente de sus socios, repercutiendo en el crecimiento de las familias y del Estado como tal. No no (sic) se debe olvidar que el mercado en el que se encuentra las CAC es altamente

competitivo, en el cual sin estas formas de captación, no sería viable la sostenibilidad de las Cooperativas en el tiempo.

- ✓ El establecer en el Reglamento Modificado que las CAC Societarias en Proceso de Adecuación dejen de tener depósitos, obligaciones con sus socios y reclasificarlos en el Patrimonio como Certificados de Aportación Voluntarios, ocasionara un efecto adverso en el sistema cooperativo debido a que por la delicada situación financiera en que se encuentran varias entidades, estos no podrán ser devueltos y se produciría un efecto contagio, ocasionando un serio problema social y económico.

El artículo 1, de la Sección 6, Capítulo III, Título I, de la RNBEF, señala que las Cooperativas de Ahorro y Crédito que cuentan con Licencia de Funcionamiento como CAC Abierta o CAC Societaria (según corresponda), podrá realizar las actividades de intermediación financiera tales como recibir depósitos de dinero en cuentas de ahorro, a la vista y a plazo, en tal sentido corresponde que aquellas entidades que se encuentran en proceso de adecuación, tengan un tratamiento igualitario, ya que en función a la naturaleza y esencia, toda (sic) vez que la Ley de Bancos y Entidades Financieras en su artículo 70 establece que las CAC abiertas y societarias se consideran entidades especializadas de objeto único para la intermediación financiera, adoptando el régimen de responsabilidad limitada.

Finalmente se debe aclarar que la ASFI en el Reglamento de Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, reconoce como operaciones autorizadas para las CAC Abiertas o Societarias que tengan Licencia de Funcionamiento el recibir depósitos de dinero en cuentas de ahorro a la vista y a plazo, estas cooperativas no tienen diferencia alguna en cuanto al objeto de su funcionamiento (sic) las que no tienen Licencia de Funcionamiento, no existiendo ninguna diferencia entre ambas para que se prohíba como forma de captación las Cuentas de Ahorro y Depósitos a Plazo Fijo a las cooperativas que aún no obtuvieron la Licencia de Funcionamiento, siendo ambas supervisadas por ASFI en el marco de la Ley N° 3892.

III.III. Debido a que existen CAC Societarias con Certificado de Adecuación que presentan observaciones dentro del proceso de adecuación, se incluye en la normativa un artículo QUE REGULA EL PROCESO DE REVOCATORIA DEL CERTIFICADO DE ADECUACIÓN, ASI COMO LAS MEDIDAS QUE DEBERÁN ADOPTAR CUANDO SE ENCUENTREN ENDICHA (sic) SITUACIÓN.

Con relación a la revocatoria del Certificado de Adecuación, en el Recurso de Revocatoria se mencionaron argumentos de orden técnico que ASFI no los ha tomado en cuenta en la Resolución ahora impugnada, los mismos que se mencionan a continuación:

- a. Al punto 4 **"Perdidas iguales o mayores al 30% del Capital Primario"**, se determina que no corresponde establecer como causal de revocatoria del Certificado de Adecuación, debido a lo siguiente:
 - i. La Sección 2, Artículo 4, relacionado con la Evaluación y emisión del Certificado de Adecuación no establece como requisito para su otorgación no contar con una pérdida igual o mayor al 30% del Capital Primario, en este sentido el Certificado de Adecuación no debe ser revocado por un requisito no exigido previamente.

- ii. El porcentaje establecido para la revocatoria por perdidas iguales o mayores al 30% del Capital Primario, es el mismo que se menciona en el Artículo 112 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras aplicado para entidades con licencia de funcionamiento en Proceso de Regularización, mismo que no puede ser comparado con entidades en Proceso de Adecuación, debido principalmente a que estas últimas (sic) han tenido una supervisión y fiscalización por parte de la Dirección General de Cooperativas (DGCOOP), hasta antes de la promulgación de la Ley 3892, situación que ha conllevado a un deterioro financiero de varias de estas entidades,
- b. Con relación a que una vez que ASFI deje sin efecto el Certificado de Adecuación, la CAC Societaria no podrá:
 - i. Inciso 2. Abrir sucursales, agencias u otros puntos de atención. No corresponde, remitirse (sic) al análisis efectuado en el punto III.I.
 - ii. Canalizar u operar con recursos del Estado. No corresponde, remitirse al análisis efectuado en el punto III.V.
 - iii. Implementar y promocionar nuevas operaciones y/o servicios. Al respecto, esta disposición sería atentatoria contra la situación financiera de la entidad, ya que de no generar ingresos financieros y operativos sería condenar al colapso financiero y como consecuencia el cierre de la misma.
 - iv. Otras disposiciones establecidas por ASFI. Al respecto, es importante establecer claramente los términos y condiciones en los que se desarrollarán las entidades cooperativas, sin dejar lugar a interpretaciones o ambigüedades, tanto del Supervisor como de los supervisados, por lo tanto, toda disposición que se emane de la Autoridad debe ser clara y específica.

Asimismo en el Recurso de Revocatoria se ha realizado un análisis detallado de la retroactividad de la norma, a lo cual ASFI simplemente señala que no es una medida retroactiva, por lo que a continuación se exponen estos argumentos para que sean considerados por su autoridad:

Con relación a la retroactividad de la norma, corresponde señalar lo siguiente:

El artículo 123 de **la Constitución Política del Estado** determina (sic): "La Ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la constitución".

Por su parte, **la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo**, en su artículo 77 (Principio de Irretroactividad), establece que: "Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa".

La CPE claramente lo señala que **LA LEY SOLO DISPONE PARA LO VENIDERO**, estableciendo claramente cuáles son las excepciones a esta norma, las mismas que se configuran solo y únicamente cuando existe beneficio al reo, al imputado, al trabajador, etc, y en ningún caso la norma prevé la retroactividad (sic) en el ámbito administrativo.

La irretroactividad de la Ley en el ámbito constitucional también ha sido ampliamente analizada, por lo que a continuación se desglosa lo señalado por el Tribunal Constitucional:

La SC 1795/2010-R de 25 de octubre señala: "Respecto al principio de irretroactividad de

la norma a que hace referencia el accionante y en función al cual gira la problemática a definir, este Tribunal mediante la SC 0334/2010-R de 15 de junio señala lo siguiente: "El art. 33 de la CPEabrogada, (sic) disponía que la ley solo tiene efecto para lo venidero; y no así retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente; es decir, **UNO DE LOS PRINCIPIOS MÁS ELEMENTALES QUE RIGEN LA APLICACIÓN DE LA LEY ES SU IRRETROACTIVIDAD, QUE SIGNIFICA QUE ÉSTA NO DEBE TENER EFECTOS HACIA ATRÁS EN EL TIEMPO; SUS EFECTOS SOLO OPERAN DESPUÉS DE LA FECHA DE SU PROMULGACIÓN, ASÍ TAMBIÉN LO HA ESTABLECIDO EL ART. 123 DE LA CPE.**"

El fundamento jurídico del principio de irretroactividad, es la necesidad de dar estabilidad al ordenamiento jurídico, porque sin el mencionado principio se presentan confusiones sobre la oportunidad de regulación, en muchas ocasiones con una conveniencia presente se regulaba una situación pasada, que resultaba exorbitante al sentido de la justicia, por falta de adecuación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas. La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad es la premisa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídica, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común, de manera concurrente. "En general -escribe Valencia Zea-, el efecto retroactivo está prohibido por razones de orden público. Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas. Además especialmente cuando se trata de la reglamentación de toda una institución jurídica, existe verdadera imposibilidad para regular el efecto retroactivo". A. VALENCIA ZEA. Derecho Civil. Tomo I. Bogotá, Temis, 1989. p. 184.

Al respecto son pertinentes las anotaciones que trae Juan José Soler en la Enciclopedia Jurídica Omeba:

"La irretroactividad de la ley es una medida técnica escogida para dar seguridad al ordenamiento jurídico. Su zona ontológica no está, pues, en la filosofía jurídica sino en la jurisprudencia o ciencia del derecho (...). La irretroactividad es dentro de la técnica jurídica, un principio de aplicación más que de interpretación previa. La interpretación y la aplicación son operaciones de tracto sucesivo (...). Un error corriente que conviene disipar, es el de considerar a la irretroactividad como un principio que solo sirve al interés privado. Esto explica su inclusión en casi todas las constituciones del mundo entre las garantías y derechos individuales. Pero sin negar su importancia en el Derecho Privado, resalta su trascendencia en el derecho público. Sirve al individuo pero también a la colectividad, acaso en mayor grado, porque tiende a dar firmeza al ordenamiento jurídico, que es de carácter social".

La irretroactividad del acto administrativo, tiene componentes garantistas de protección a los particulares, fundamentalmente si consideramos que a través del acto administrativo se imparten órdenes, cuyo contenido es el de poner límites a la actividad de los regulados.

En tal sentido la jurisprudencia y doctrina esbozada y el sistema jurídico universal, determina que la retroactividad de la Ley otorga seguridad jurídica, en consecuencia este concepto está íntimamente ligado a lo señalado por la Resolución ASFI No. 233/2012, respecto a la revocatoria del Certificado de Adecuación, la misma que no puede tener un efecto retroactivo en su aplicación, es decir que la revocatoria del señalado Certificado de Adecuación a aquellas entidades a las que se les fue entregado con el anterior Reglamento, no es viable toda vez que esta norma rige solamente para aquellos Certificados de Adecuación entregados a partir de la emisión de la Resolución No. 233/2012.

Dicho de otro modo, las entidades que obtuvieron su Certificado de Adecuación hasta este momento, lo hicieron con la seguridad jurídica y bajo un esquema legal ya establecido, que no contemplaba la posibilidad de la revocatoria de su Certificado de Adecuación, aspecto que bajo ningún argumento técnico o legal puede ser refutado o modificado, toda vez que (sic) de darse dicha situación se estaría vulnerando flagrantemente la Ley de Procedimiento Administrativo y la misma Constitución Política del Estado.

III.IV. Se establece la necesidad de que se coloque en cada uno de los CERTIFICADOS DE APORTACIÓN UNA LEYENDA QUE CONTENGA LA CARACTERÍSTICA DEL MISMO DE ABSORVER (sic) PÉRDIDAS, en caso de que la CAC incurra en ellas, en atención a la naturaleza de dichas aportaciones.

Con relación a este aspecto ASFI señala que: "En el marco del Decreto Supremo N° 25703, prevé que las cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias adoptarán el régimen de responsabilidad limitada y que es obligación de los socios responder por las operaciones sociales hasta el monto de sus certificados de aportación. El artículo 8 del mismo DS, contempla Certificados de Aportación obligatorios y voluntarios. No existe disposición alguna que discrimine o establezca diferenciación alguna entre certificados obligatorios y voluntarios, respecto a la obligación de los socios de responder por las operaciones de la cooperativa hasta el monto de sus certificados de aportación.

No debe perderse de vista que las cooperativas societarias tienen por objeto realizar operaciones exclusivamente con sus socios, quienes de ninguna manera se constituyen en clientes o usuarios de la cooperativa, sino se relacionan en condición de socios, tal como prevé el artículo 2 del DS 25703.

Por lo anterior, la leyenda observada constituye una medida de prevención y transparencia para que todo aquel que se vincula a una CAC de Ahorro y Crédito Societaria, tenga la información oportuna y necesaria para saber que lo hace en calidad de socio y su aportación se encontrara sometida a lo previsto en el artículo 4 del referido DS 25703".

Al respecto, los argumentos descritos por ASFI no hacen referencia a que las cooperativas societarias denominan como certificado de aportación voluntarios a las captaciones en Cajas de Ahorro y Depósitos a Plazo Fijo que mantienen todas estas entidades, desde hace bastante tiempo y que por su naturaleza corresponde registrarlas en el pasivo como obligaciones y no en el patrimonio aspecto que es corroborado por ASFI mediante Resolución ASFI N° 631/2012 de 20 de noviembre de 2012- Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, específicamente en la parte resolutive segunda aprueba y pone en vigencia las modificaciones al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, que señala que para el registro contable de las operaciones debe

prevalecer la esencia económica sobre la forma jurídica, permitiendo el registro de los ahorros de sus socios instrumentados mediante modalidades diferentes a las establecidas en el DS N° 25703, en el grupo otras cuentas por pagar.

Adicionalmente y con relación al cumplimiento de la normativa Cooperativista, se debe señalar que la Ley General de Sociedades Cooperativas en su artículo 80 señala que los beneficios obtenidos como consecuencia de las actividades de las sociedades cooperativas una vez deducidos los gastos de operación, se denominarán excedentes de percepción, los cuales nunca serán limitados a ningún socios, complementando con el artículo 81 que señala que los excedentes de percepción serán repartibles después de cada ejercicio anual y determinados por el Consejo de Administración de acuerdo con los resultados del balance y en proporción a las operaciones realizadas entre el socio y la cooperativa, sobre lo señalado corresponde que en caso de que la leyenda sea insertada en los Certificados de Aportación deberá contemplarse además la posibilidad de que estos pueden generar beneficios que serán repartidos entre los socios de las cooperativas, como resultado de las actividades de la cooperativa.

Por lo expuesto anteriormente no corresponde que la leyenda sea incorporada a los mal denominados Certificados de Aportación voluntarios en cualquiera de sus modalidades.

III.V. CON EL FIN DE ESTABLECER INCENTIVOS A LAS COOPERATIVAS SOCIETARIAS QUE INICIARON EL PROCESO DE ADECUACIÓN, SE HA CONSIDERADO PERTINENTE DETERMINAR QUE LAS MISMAS PODRÁN CANALIZAR RECURSOS DE LOS PROGRAMAS Y PROYECTOS GUBERNAMENTALES, cuando cuenten con Certificado de Adecuación emitidos por ASFI.

Al respecto, la Resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria señala que: "La entidad recurrente confunde los términos empleados en la normativa legal y la reglamentaria; en efecto; el artículo 8 inciso dj del decreto Supremo N° 25703, autoriza a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias a "Recibir créditos del Estado e Instituciones Públicas", es decir les autoriza a realizar operaciones pasivas de financiamiento con instituciones públicas, destinadas a fortalecer sus operaciones activas con sus socios.

La referencia del artículo 1 sección 12 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, se refiere a la limitación de las cooperativas societarias sin certificado de adecuación para constituirse en agentes recaudadores, intermediadores o corresponsales de entidades públicas.

Es también lógico precautelar que los recursos públicos no sean invertidos o utilizados por personas cuya solvencia y viabilidad no esté garantizada."

Al respecto se debe hacer nota que el primer párrafo respalda lo expuesto por la FEBOCAC en el Recurso de Revocatoria, ya que el inciso d) del mencionado DS 25703, afectivamente autoriza a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias a recibir créditos del Estado de instituciones públicas, no obstante en el segundo párrafo al mencionar que la normativa en su artículo 1, sección 12 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, menciona textualmente que la CAC Societaria en Proceso de Adecuación podrá canalizar y operar con recursos del Estado, siempre y cuando cuenten con Certificado de Adecuación emitido por ASFI, sin mencionar que las cooperativas societarias sin Certificado de Adecuación se encuentran limitadas para constituirse en agentes

recaudadores, intermediadores o corresponsales de entidades públicas, lo cual es un interpretación que no está contemplada en la norma y que contradice al primer párrafo.

Con relación al tercer párrafo sobre precautelar que los recursos públicos no sean invertidos o utilizados por personas cuya solvencia y viabilidad no esté garantizada, la entidad pública debe evaluar individualmente la situación económica financiera de cada entidad. Asimismo, no se puede generalizar y mencionar que todas las cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que no cuentan con certificado de Adecuación son insolventes e inviables financieramente, limitando el derecho de igualdad de oportunidades, lo cual está en contra de lo establecido en la Constitución Política del Estado en su artículo 14, parágrafo I y III.

IV. SOBRE LA FALTA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA Y LA SOLICITUD DE APERTURA DE PERIODO PROBATORIO.

En el Recurso de Revocatoria y en atención al parágrafo I, artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175 Reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, se solicitó la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, toda (sic) vez que la emisión de la Resolución ASFI 233/2012 de 12 de junio de 2012, ocasiona daños graves a las cooperativas de Ahorro y Crédito en proceso de adecuación, y las medidas contenidas en ella vulneran los derechos de los socios cooperativistas; solicitando expresamente su previo y especial pronunciamiento, aspecto que ha sido ignorado por el Órgano Regulador y que acarrea un vicio de nulidad en el presente proceso ya que a la fecha no sabemos si la aplicación de la resolución ha sido suspendida o no, generando una vez más inseguridad jurídica.

V. CONCLUSIONES

Las modificaciones incluidas en la Resolución impugnada, han causado preocupación en las diferentes cooperativas, afectando de manera directa al funcionamiento regular de las entidades cooperativas; en este entendido, es necesario que la Autoridad de Regulación del Sistema Financiero, analice las repercusiones que está generando el reglamento emitido, las mismas que pueden causar perjuicios irrevocables para el sector cooperativista, entre los cuales se mencionan principalmente, la desconfianza de los socios en las entidades ocasionando que sus ahorros no sean depositados en las cooperativas, y a su vez influya en la colocación de estos recursos para el desarrollo de los niveles sociales más desprotegidos, así mismo podría originar la corrida de los recursos confiados a las cooperativas y con ello el resquebrajamiento del sistema en su conjunto. Asimismo en el Recurso de Revocatoria y en el marco del artículo 50 del DS 27175, solicitamos la apertura de periodo probatorio, aspecto que también ha sido omitido por el Órgano Regulador vulnerando nuestro derecho a la defensa y al debido proceso, por lo cual solicitamos su especial pronunciamiento, finalmente se solicitó copia legalizada del Informe Técnico - Legal ASFI/DNP/R-68600/2010 de 6 de junio de 2012, el mismo que a la fecha no ha sido entregado.

VII. (sic) PETITORIO

Por lo expuesto y toda vez que la Resolución ASFI N° 066/2011 de 30 de enero de 2013, vulnera los derechos subjetivos e intereses legítimos de los cooperativistas, ocasionando inseguridad jurídica y vulnerando la Ley de Procedimiento Administrativo y la Constitución Política del Estado interponemos el presente Recurso Jerárquico,

solicitando a usted la emisión de una Resolución Administrativa que determine la Revocatoria en todas sus partes de la Resolución impugnada, de acuerdo a los fundamentos establecidos en el presente Recurso...”

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada, por la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito – FEBOCAC, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

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

1. ANTECEDENTES.-

El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en fecha 28 de diciembre de 2012, emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 080/2012, misma que determinó anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 378/2012 de 2 de agosto de 2012 inclusive, debido a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiera declarado improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por Aldo Yany Moro Gutiérrez, en representación de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FEBOCAC).

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por emergencia de la Resolución Ministerial Jerárquica, emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 066/2013 de 30 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, asimismo y en su segundo resuelve dispuso que por la Dirección de Normas y Principios, se proceda a la corrección de errores materiales.

En fecha 1 de marzo de 2013, la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito – FEBOCAC, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 066/2013 de 30 de enero de 2013, refiriendo que el Ente Regulador no sólo no habría motivado la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, sino que también la Resolución Administrativa ASFI N° 066/2013 de 30 de enero de 2013, no habría desvirtuado los aspectos técnicos que fueron impugnados como ser:

- Que, la Revocatoria del Certificado de Adecuación, se estaría aplicando retroactivamente;
- Que, las cooperativas que no cuentan con el Certificado de Adecuación no podrían aperturar nuevas Agencias, Sucursales o Puntos de Atención a diferencia de las que sí cuentan con dicho certificado, vulnerando así el principio de igualdad,

- Que, el DS 25703, en sus numerales 1) y 2), establece la posibilidad de que las CAC Societarias emitan Certificados de Aportación Voluntarios, mediante libretas o boletas de aportaciones voluntarias, siendo esto normado por el Órgano Regulador.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Revocatoria del Certificado de Adecuación.-

La recurrente señala que la determinación de la existencia de **pérdidas iguales o mayores al treinta por ciento (30%) del Capital Primario**, no correspondería establecerlas como causal de revocatoria del Certificado de Adecuación, debido a que este requisito, no fue exigido previamente y correspondía a las entidades reguladas en proceso de regularización, mismas que no pueden ser comparadas con entidades en Proceso de Adecuación –cuál es el caso-, debido principalmente a que estas últimas no han tenido una supervisión y fiscalización por parte de la Dirección General de Cooperativas hasta antes de la promulgación de la Ley No. 3892, situación que ha conllevado a un deterioro financiero de varias de estas entidades.

De igual manera, señalan que una vez que la ASFI, deje sin efecto el Certificado de Adecuación, la CAC Societaria no podrá abrir sucursales, agencias u otros puntos de atención, canalizar u operar con recursos del Estado e implementar y promocionar nuevas operaciones y/o servicios, por lo que, ésta disposición sería atentatoria contra la situación financiera de la entidad, ya que al no generar ingresos financieros y operativos, se le estaría condenando al colapso financiero y, como consecuencia, el cierre de la misma.

Finalmente, argumentan la aplicación retroactiva de la norma (Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, respecto a la Sección 2 artículo 5), ya que las entidades que cuentan con el Certificado de Adecuación lo obtuvieron en cumplimiento a la norma anterior, en la cual no se contemplaba la revocatoria del certificado mencionado.

De forma previa al análisis de fondo, corresponde referirnos a lo expuesto por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su Resolución ASFI N° 066/2013 de 30 de enero de 2013.

“(...) Las pérdidas de una entidad regulada o no, que alcancen al 30% de su capital, representa, en un criterio prudencial técnico, una mala situación financiera que no permite prever mecanismo que reviertan tal situación, en tal caso, no es prudente ni responsable permitir que una entidad continúe captando aportaciones o depósitos que necesariamente serán destinados a absorber las pérdidas y no a invertirse en una inversión de riesgo.

- *Respecto a la publicación de la revocatoria del certificado de adecuación, constituye una medida de transparencia, prudencia y cautela, que corresponde a los objetivos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, destinados a dar a conocer de forma oportuna a los socios la situación de la entidad dentro del proceso de adecuación.*
- *La revocatoria del certificado de adecuación, prevista en las modificaciones al Reglamento de Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, no es una medida retroactiva, simplemente especifica que el*

incumplimiento al plan elaborado por la propia cooperativa en proceso de adecuación, instructivas o prácticas contables hacen inviable la ejecución del plan, previéndose que el mismo no concluirá exitosamente. Por tanto la revocatoria del certificado de adecuación como consecuencia del incumplimiento atribuible a la negligencia de la propia cooperativa societaria no es una medida retroactiva.”

Conforme a dichas aseveraciones, corresponde efectuar el análisis que a continuación se realiza.

2.1.1. En cuanto a la retroactividad.-

La Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, que aprueba y pone en vigencia el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, señala:

“...Artículo 5° - Revocatoria del Certificado de Adecuación.- ASFI dejará sin efecto el Certificado de Adecuación, si previa evaluación técnica y legal, determina que la CAC Societaria en proceso de adecuación incurre en una o más de las siguientes causales:

1. *Incumplimiento a lo establecido en el Plan de Acción de Requisitos Operativos y Documentales y/o al Plan de Acción Complementario.*
2. *Incumplimiento de manera reiterada a instrucciones expresas emitidas y/o ajustes contables determinados por ASFI.*
3. *Prácticas contables que no cumplen Principios Contables Generalmente Aceptados y Normas Internacionales de Contabilidad.*
4. **Pérdidas iguales o mayores al treinta por ciento (30%) del Capital Primario...”**

(Negritas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Conforme se tiene de la norma transcrita *supra*, se evidencian los siguientes extremos:

- a) Conforme dicta la normativa legal, la medida de revocatoria del Certificado de Adecuación, sólo podrá ser aplicada a partir de la vigencia del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito emitido por la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012.
- b) En el evento que el Certificado hubiera sido obtenido bajo un esquema legal distinto, esto no implica que la misma no pueda ser revocada de manera posterior, ya que el Certificado de Adecuación sólo implica que la Cooperativa, ha cumplido la primera fase del proceso de obtención de Licencia de Funcionamiento.

Por lo que, conforme al argumento presentado por la recurrente, que expresa “... la revocatoria del señalado Certificado de Adecuación a aquellas entidades a las que se les fue entregado con el anterior Reglamento, no es viable...” no condice con la determinación dada en el Reglamento, toda vez que –conforme se tiene analizado- el hecho de se haya obtenido el Certificado de Adecuación, no quiere decir que la situación de la Cooperativa no pueda cambiar de manera posterior y caiga dentro de las causales del artículo 5 transcrito *ut supra*, ya que no debemos olvidar que para la obtención de la

Licencia de funcionamiento, (fin del proceso), las Cooperativas todavía tienen que completar la segunda etapa.

Asimismo, la recurrente debe considerar que el hecho de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, haya establecido la posibilidad de revocatoria del Certificado de Adecuación, obedece a un aspecto de regulación, tomando en cuenta que éstos procesos tuvieron su génesis con la emisión de la Ley 3892 de 18 de junio de 2008 y que hasta junio de 2012 (cuatro años después), donde varias Cooperativas continuaban con el Certificado de Adecuación, sin haber cumplido con el proceso de obtención de la Licencia de Funcionamiento.

Por lo que, bajo el marco de su competencia, la Autoridad Reguladora teniendo la permanente responsabilidad de mantener un sistema financiero sano y eficiente, así como velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera, ha determinado que las Cooperativas que cuenten con el Certificado de Adecuación, puedan ser sujetos de revocación en el evento de que la Cooperativa incurra en alguna de las causales del tantas veces citado artículo 5, y ello previo evaluación técnica y legal.

Por todo lo esgrimido, analizado y desarrollado, se llega a la conclusión cierta que no existe, ninguna vulneración al principio de irretroactividad, como señala la recurrente, en cuanto a la aplicación de lo dispuesto del artículo 5 Sección Dos del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito.

2.1.2. En cuanto a las pérdidas mayores al treinta por ciento (30%) del Capital Primario.-

En cuanto a la revocatoria del Certificado de Adecuación emergente de la existencia de **pérdidas iguales o mayores al treinta por ciento (30%) del Capital Primario**, se evidencia que la Autoridad Fiscalizadora cuenta con la facultad legal para emitir dicha norma de prudencia.

Se debe tomar en cuenta que la solvencia financiera de una entidad, cualquiera sea su rubro, es necesaria para poder emprender sus actividades de manera responsable, mucho más si dicha entidad pretende manejar recursos de terceros y participar en un sistema financiero regulado, dado que éste exige que las entidades que quieran ingresar a ser parte del mismo, presenten, mínimamente una situación financiera estable que demuestre seriedad y responsabilidad en el manejo de las finanzas, para que los potenciales clientes, así como la entidad reguladora, tengan la plena seguridad de que los recursos que reciban serán administrados de manera eficiente y confiable.

Por tanto, un nivel de pérdidas de hasta el treinta por ciento (30%) del capital primario, para una entidad que maneje recursos de terceros, es por demás tolerable y prudencial, considerando que el Código de Comercio obliga a la reducción de capital cuando las pérdidas superan el cincuenta por ciento (50%) del mismo, que inclusive podría ocasionar su disolución y liquidación, en caso que dicha disminución no permita que la empresa cumpla con su objeto social.

El sólo hecho de que una empresa financiera tenga pérdidas, muestra que la actividad no es rentable en las condiciones en las que se está administrando la misma, dado que, si bien

las pérdidas pueden darse por factores ajenos al control de la empresa, también es cierto que la responsabilidad de su administración debe llevarla a tomar las medidas necesarias para evitar tales pérdidas.

El evento de que una entidad financiera tenga pérdidas acumuladas de hasta el treinta por ciento (30%) de su capital, no es buena señal de responsabilidad y buena administración, mucho más en un sistema regulado que, como ya se dijo, exige una salud financiera de las empresas participantes, por la importancia que significa brindar confianza a sus usuarios para la estabilidad del mismo.

Por la misma razón de tener la responsabilidad de cuidar la salud financiera y solidez del sistema financiero, el Ente Regulador, al emitir una norma prudencial debe aplicarla a todas las entidades que se encuentren dentro del ámbito de su regulación, sin diferenciar si cuenta con licencia de funcionamiento o se encuentra en proceso de obtenerla, dado que el efecto que pueda ocasionar una de ellas, repercutiría en todo el sistema bajo su supervisión. No debe olvidarse que la responsabilidad de la Autoridad Reguladora no es solamente con los clientes de entidades reguladas, sino también con los de las que se encuentran en proceso de adecuación.

Finalmente se debe precisar que las normas de regulación se aplican todas en su generalidad y no a discreción, como parece pretender, al cuestionar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

De lo desarrollado y expuesto se concluye que no existe transgresión alguna, por parte de la Entidad Reguladora.

2.2. De la apertura de sucursales, agencias y nuevos puntos de atención.-

La recurrente, señala que la ASFI habría incumplido el principio de igualdad establecido en el artículo 330 de la Constitución Política del Estado, parágrafo I, ya que las Cooperativas que no cuentan con el Certificado de Adecuación no podrán aperturar nuevas Agencias, Sucursales o Puntos de Atención a diferencia de las que sí cuentan con dicho certificado, señalando que todas las Cooperativas deberían tener la posibilidad de que la ASFI evalúe las solicitudes en base argumentos técnicos y la situación de la entidad solicitante, declarando la procedencia o improcedencia de dichas solicitudes.

En el presente caso, se tiene que, el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, en la Sección 3 Artículo 1, (Etapa 1), señala que las Cooperativas que no cuentan con el Certificado de Adecuación no podrán aperturar nuevas Agencias, Sucursales u otros puntos de atención, a diferencia de las que sí cuentan con dicho certificado.

Por lo que corresponde ingresar –en primer término- a analizar cómo debemos aplicar el Principio de Igualdad, para ello, se trae a colación lo determinado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, quien expresa: "*... la igualdad no únicamente debe entenderse como un valor supremo, sino también como un principio motor de todo el aparato jurídico, siempre en procura del logro de un régimen de igualdad real....*". "*El principio de igualdad (...), en su doble vertiente de igualdad de trato y de no discriminación, se proyecta, como*

ya tuvimos oportunidad de decir, sobre todos los poderes públicos, operando por ello mismo en dos planos distintos: igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley...”, (Sentencia Constitucional N° 0365/2010-R de fecha 22 de junio de 2010).

Subsumiéndonos al caso de autos, se puede determinar que la imposibilidad de apertura de sucursales, agencias u otros puntos, en la primera Etapa, no puede ser entendido como una vulneración al Principio de Igualdad, en razón a que la norma no discrimina dentro de la misma categoría, es decir aplica para todas las Cooperativas que no tengan el Certificado de Adecuación, y se encuentran en la etapa inicial.

Por lo que, congruentemente con lo desarrollado, tenemos que no podemos asimilar como iguales a las Cooperativas que se encuentran en la Etapa 1 con las de la Etapa 2, toda vez que conforme señala la propia norma, las primeras han pasado la primera etapa, es decir ya han obtenido el Certificado de adecuación, han cumplido con las tres fases: Diagnóstico de Requisitos, Elaboración del Plan de Acción y Evaluación del Plan de Acción y emisión del Certificado de Adecuación.

Por lo que, en ningún caso se podría aplicar las mismas reglas a todas las Cooperativas si éstas se encuentran en las diferentes etapas, por lo tanto dicha conclusión merece la inaplicabilidad del principio de igualdad, al no ser casos idénticos y corresponder a situaciones distintas.

Es así que, en base a lo desarrollado precedentemente, podemos concluir que la norma observada, no vulnera el principio de igualdad.

2.3. De los ahorros con certificación de aportación voluntaria.-

La recurrente, señala que el Decreto Supremo No. 25703 en sus numerales 1) y 2), establece la posibilidad de que las CAC Societarias emitan Certificados de Aportación Voluntarios, mediante libretas o boletas de aportaciones voluntarias, concordante con la normativa emitida por el Órgano Regulador a través de las Resoluciones SB 198/2008, SB 264/2008, ASFI 412/2009 y ASFI 157/2010, donde establece la posibilidad de que las Cooperativas realicen captaciones de sus socios a través de Cajas de Ahorro y Depósitos a Plazo Fijo, situación que evidencia que el Sistema Cooperativista de Ahorro y Crédito ha venido realizando las operaciones de captación con sus socios.

Continúa argumentando que, dichas operaciones, en las diferentes inspecciones realizadas por la Entidad Reguladora y en los planes de fortalecimiento presentados por las entidades al mismo, nunca fueron observadas y en este marco se han entregado Certificados de Adecuación a entidades que realizaban este tipo de captaciones, por lo que, tales operaciones, han sido ampliamente reconocidas por el regulador como forma aceptada para mejorar la situación financiera de las entidades.

Además, señalan que el establecer en el Reglamento que las CAC Societarias en Proceso de Adecuación dejen de tener depósitos, obligaciones con sus socios y reclasificarlos en el Patrimonio como Certificados de Aportación Voluntarios, “...ocasionará un efecto adverso en el sistema cooperativo debido a que por la delicada situación financiera en que se

encuentran varias entidades, estos no podrán ser devueltos y se produciría un efecto contagio, ocasionando un serio problema social y económico.”.

Terminan señalando que, de acuerdo a la normativa vigente, las Cooperativas de Ahorro y Crédito que cuentan con Licencia de Funcionamiento, pueden realizar las actividades de intermediación financiera tales como recibir depósitos de dinero en cuentas de ahorro, a la vista y a plazo, por lo que correspondería que aquellas entidades que se encuentran en proceso de adecuación, tengan un tratamiento igualitario.

Al respecto ya la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su Resolución Administrativa ASFI N° 066/2013 de 30 de enero de 2013, ha considerado y expresado lo siguiente:

“...En efecto, el Decreto Supremo N° 25703, en el artículo 8 prevé que las cooperativas societarias sólo podrán emitir certificados de aportación obligatorios y voluntarios como mecanismo de instrumentación para el ahorro de sus socios. En ningún acápite del citado decreto u otra normativa conexas, están autorizadas a recibir depósitos bajo modalidades diferentes.

Habiendo realizado algunas cooperativas societarias operaciones similares a la captación de recursos en caja de ahorro y depósitos a plazo fijo, producto de una mala interpretación a la normativa regulatoria, corresponde que estos recursos sean contablemente registrados de acuerdo a la naturaleza de su realización, por lo cual es necesario que las entidades establezcan un cronograma de conversión, pudiendo continuar con la recepción de certificados de aportación obligatorios y voluntarios conforme al Decreto 25703.

No puede pretenderse, tal como lo expone la entidad recurrente, que las entidades que se encuentran en proceso de adecuación tengan el mismo tratamiento que las entidades reguladas, puesto que las primeras, por su condición no contemplan en sus operaciones los requisitos de prudencia y seguridad que sí lo hacen las entidades reguladas....”

Importa traer a colación lo determinado por el Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, que en su artículo 8°, señala que las Cooperativas podrán realizar, entre otras, las siguientes operaciones:

- “a) Emitir certificados de aportación obligatorios de acuerdo a la Ley, sus Reglamentos y a Estatutos.*
- b) Emitir certificados de aportación voluntarios mediante libretas o boletas de aportaciones voluntarias. Los certificados de aportación voluntarios que no estuvieran garantizando préstamos, podrán ser retirados de acuerdo con las normas vigentes en cada Cooperativa.”*

Es decir que existen dos tipos de Certificados de Aportaciones, Obligatorios y Voluntarios, y considerando que el artículo 8 de la nueva Ley General de Cooperativas N° 356, establece que:

“Las aportaciones de las asociadas y los asociados, a las cooperativas, consistentes en efectivo, bienes, derechos y/o trabajo, constituyen propiedad colectiva. El instrumento

de trabajo podrá ser de propiedad individual.” (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De igual manera, el numeral 3 del artículo 1º de la Ley de Sociedades Cooperativas de 13 de septiembre de 1958, señalaba: *“Se establece un régimen en el que **las aportaciones individuales consistentes en certificados de aportación en efectivo**, bienes, derechos, trabajo, **constituyen una propiedad común** con funciones de servicio social o de utilidad pública.”* (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo expuesto en los párrafos precedentes, se puede establecer que la Ley actual, así como la anterior, considera a los aportes de los y las asociadas, independientemente de si son voluntarios u obligatorios, una propiedad colectiva, lo que equivale a decir, en términos contables, que ambos constituyen el patrimonio de la Cooperativa, razón por la cual dichos aportes deben ser registrados dentro de dicho rubro contable, y por lo tanto el acto administrativo recurrido, no contradice la normativa aplicable y vigente de mayor jerarquía.

Por último es importante señalar que el Patrimonio está constituido por el conjunto de bienes, en este caso, de la Cooperativa, y por su parte el Pasivo corresponde al conjunto de deudas u obligaciones que tiene la entidad con terceros, por lo que, siendo consistentes con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N° 356, los aportes de los asociados, al ser de propiedad colectiva, representan los bienes de la Cooperativa, por lo que tienen que formar parte del Patrimonio.

En cuanto a que, por la delicada situación financiera en que se encuentran varias Cooperativas, las mismas no tendrían la posibilidad de devolver los aportes voluntarios, se tiene que, actualmente tales aportes están previstos como obligaciones, por lo que también tiene que estar prevista su devolución o pago, razón por la cual deben ser devueltos a solicitud de los asociados y asociadas.

Sin embargo de ello, la Autoridad Reguladora deberá considerar dentro del marco de su competencia, el tratamiento de la regularización de los aportes voluntarios, a fin de evitar conflictos a las Cooperativas con sus asociados y asociadas.

Por lo tanto, la Autoridad Reguladora se encuentra facultada por norma a establecer limitaciones y prohibiciones a las Cooperativas en proceso de Adecuación, por lo que, siendo este Proceso una etapa previa al ingreso pleno a la regulación, la Autoridad está obligada a tomar las previsiones que considere necesarias para poder garantizar la estabilidad del sistema financiero, tal como lo establece el artículo 153º de la Ley N° 1488, cuando señala los objetivos del Ente Regulador *“1. Mantener un sistema financiero sano y eficiente y 2. Velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera.”*

Por lo tanto, dicha medida se encontraría dentro de las atribuciones de la Autoridad Reguladora, por lo que no correspondería lo argumentado por la recurrente.

2.4. De la leyenda de absorción de pérdidas en el Certificado de Aportación.-

La recurrente argumenta que la Ley General de Sociedades Cooperativas, en su artículo 80,

señala que los beneficios obtenidos se denominarán excedentes de percepción y que dicha disposición estaría complementada con lo dispuesto en el artículo 81 del mismo cuerpo normativo, donde señala que los excedentes de percepción serán repartibles después de cada ejercicio anual y determinados por el Consejo de Administración, de acuerdo con los resultados del balance y en proporción a las operaciones realizadas entre el socio y la cooperativa. Por lo expuesto, correspondería que además de insertar la leyenda de que se absorberán las pérdidas, también se debería insertar otra que indique que se distribuirán los beneficios obtenidos.

Asimismo, argumenta que la Autoridad reguladora, en la Resolución ASFI N° 066/2013, no hace referencia a que las Cooperativas vienen captando recursos de sus socios a través de certificado de aportación voluntarios (en las formas de Cajas de Ahorro y Depósitos a Plazo Fijo), y que por su naturaleza corresponde registrarlas en el pasivo como obligaciones y no en el patrimonio, para lo cual hacen referencia a la Resolución ASFI N° 631/2012 de 20 de noviembre de 2012, Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, específicamente en la parte resolutive segunda que señala que para el registro contable de las operaciones debe prevalecer la esencia económica sobre la forma jurídica, permitiendo el registro de los ahorros de sus socios instrumentados mediante modalidades diferentes a las establecidas en el DS N° 25703, en el grupo otras cuentas por pagar.

La Autoridad Administrativa, en la Resolución Administrativa ASFI N° 066/2013, señala que:

“El artículo 4 del Decreto Supremo N° 25703 de 14 de marzo de 2000, prevé que las cooperativas de ahorro y crédito cerradas (hoy societarias) adoptarán el régimen de responsabilidad limitada, que es la obligación de los socios de responder por las operaciones sociales hasta el monto de sus certificados de aportación. El artículo 8 del mismo decreto supremo, contempla certificados de aportación obligatorios y voluntarios.

No existe disposición alguna que discrimine o establezca diferenciación alguna entre certificados de aportación obligatorios y voluntarios, respecto a la obligación de los socios de responder por las operaciones de la cooperativa hasta el monto de sus certificados de aportación.

No debe perderse de vista que las cooperativas societarias tienen por objeto realizar operaciones exclusivamente con sus socios, quienes de ninguna manera se constituyen en clientes o usuarios de la cooperativa, sino se relacionan en condición de socios, tal como lo prevé el artículo 2 del D.S. 25703.

Por lo anterior, la leyenda observada constituye una medida de prevención y transparencia para que todo aquel que se vincula a una cooperativa de ahorro y crédito societaria, tenga la información oportuna y necesaria para saber que lo hace en calidad de socio y su aportación se encontrará sometida a lo previsto en el artículo 4 del referido Decreto Supremo N° 25703.”

Tal como lo señala la ASFI, la responsabilidad de los socios está establecida por el artículo 4 del Decreto Supremo N° 25703, cuando señala que las Cooperativas “...adoptarán el régimen de responsabilidad limitada...”, por lo que “...es la obligación de los socios de

responder por las operaciones sociales de la Cooperativa hasta el monto de sus certificados de aportación.”, como también lo establece el Código de Comercio en su artículo 195 y la nueva Ley General de Cooperativas N° 356, en su artículo 14, cuando establece que las cooperativas adoptarán el régimen de Responsabilidad Limitada.

Por lo tanto, el hecho de que la Autoridad Reguladora instruya la inserción de una leyenda que señale que en caso de pérdidas, éstas serán absorbidas con los aportes, no va en contra de lo establecido por la normativa, es más, simplemente aclara o hace más evidente aquello que establece el Decreto Supremo N° 25703 en su artículo 4°, así como el propio Código de Comercio en el artículo 195 y el artículo 14 de la nueva Ley General de Cooperativas N° 356, de 10 de abril de 2013.

Sin embargo, respecto a lo solicitado por la recurrente, en relación a que también debería incluirse una leyenda que haga referencia a que los beneficios serán distribuidos entre sus asociados, se tiene dicha solicitud no es contraria a la misma, es más, la nueva Ley General de Cooperativas N° 356, en su artículo 37, parágrafo I, numeral 3, establece como derecho de las asociadas y asociados, *“Percibir la cuota parte que les corresponde de los excedentes de percepción.”*, por lo que, siguiendo el procedimiento legalmente establecida, la recurrente puede formular al Ente Regulador -por cuerda separada- la inclusión de esta leyenda en los Certificados de Aportación.

En relación a la forma de contabilización de los Certificados de Aportación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 154°, numeral 14, de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la Autoridad Reguladora tiene atribuciones para instruir regularizaciones contables:

“Artículo 154°. *Son atribuciones de la Superintendencia:*

...14. Instruir ajustes y regularizaciones contables a las entidades de intermediación financiera, resultantes de su labor de supervisión y control...”

En el presente caso, la instrucción dada respecto a que las aportaciones voluntarias que fueron registradas como pasivo, sean reclasificadas al patrimonio constituye una regularización contable y tal regularización está fundamentada con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto supremo N° 25703, cuando señala que las Cooperativas *“...adoptarán el régimen de responsabilidad limitada...”*, por lo que *“...es la obligación de los socios de responder por las operaciones sociales de la Cooperativa hasta el monto de sus certificados de aportación.”*, si bien aquí no se hace una discriminación a sí son aportes voluntarios u obligatorios, se debe entender que el socio es responsable por todas las aportaciones que realiza y, siendo así, las mismas deben ser registradas como parte del patrimonio ya que no existiría tal responsabilidad si las aportaciones voluntarias se encuentran registradas como pasivo, pues los terceros no son responsables de la empresa sino -en este caso-, los asociados. Además, la Ley General de Cooperativas N° 356, en su artículo 8, establece:

“Las aportaciones de las asociadas y los asociados, a las cooperativas, consistentes en efectivo, bienes, derechos y/o trabajo, *constituyen propiedad colectiva.* El instrumento de trabajo podrá ser de propiedad individual.” (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Así también, dicha Ley, en su artículo 7, Valores Cooperativos, establece “**El sistema cooperativo, en el desarrollo de sus actividades asume, respeta y practica los valores de ayuda mutua, complementariedad, honestidad, transparencia, responsabilidad y participación equitativa.**” (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo expuesto, se desprende que toda aportación es de propiedad colectiva y, las asociadas y asociados, deben practicar la participación equitativa, por lo que para mostrar dicha propiedad colectiva, necesariamente las aportaciones deben ser registradas, contablemente, en el patrimonio pues aquí es donde se muestra la propiedad, ya que al presentar algunas aportaciones en el Pasivo y otras en el Patrimonio, se estaría desvirtuando el Valor Cooperativo de **participación equitativa**, y ante la necesidad de absorber pérdidas o participar de las ganancias, las aportaciones registradas en el pasivo no serían tomadas en cuenta.

Es por ello que la Autoridad Reguladora exige la inserción de una leyenda que indique que en caso de pérdidas éstas serán absorbidas con los aportes, precisamente porque los aportes, en general, deben ser considerados como patrimonio de la Cooperativa dado que la norma al señalar la responsabilidad de los socios hace mención a sus aportes sin discriminar si son voluntarios u obligatorios. Por su parte, la propia recurrente, al solicitar incluir (también en los certificados de aportes) una leyenda en sentido de señalar que se distribuirán los beneficios obtenidos, reconoce implícitamente que todos los aportes deben ser registrados en el patrimonio, dado que no se podría realizar una distribución de beneficios a aportes que no formen parte del patrimonio.

2.5. Respecto a la motivación y fundamentación.-

La recurrente señala que, el Ente Regulador, no sólo no habría motivado la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, sino que también la Resolución Administrativa ASFI N° 066/2013 de 30 de enero de 2013, no habría desvirtuado los aspectos técnicos que fueron impugnados como ser que la apertura de nuevos puntos de atención sólo se pueden efectuar una vez que la CAC Societaria obtenga el certificado de adecuación, que la revocatoria del certificado de adecuación vulneraría el principio de igualdad, a su vez señala que el DS 25703, en sus numerales 1) y 2), establece la posibilidad de que las CAC Societarias emitan Certificados de Aportación Voluntarios, mediante libretas o boletas de aportaciones voluntarias.

Que la Ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI en su libro de Jurisprudencia Administrativa en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 a señalado:

“Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso. Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la

voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda."

Del análisis ut supra, realizado en los puntos 2.1, 2.2, 2.3 y 2.4, se tiene que, la Resolución ASFI N° 066/2013 de 30 de enero de 2012, se encuentra debidamente fundamentada y motivada en cuanto a todos los argumentos vertidos por la recurrente en su Recurso de Revocatoria, exponiendo los hechos y fundamentos que sustentan la parte resolutive, cumpliendo así la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con su deber de motivar sus actos, no existiendo por ende ninguna vulneración al Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 30, literal a) de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Ahora bien y en cuanto a que, la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012 que aprueba y pone en vigencia las modificaciones al Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, no señalaría los justificativos para modificar el anterior reglamento, se tiene que, revisada la Resolución ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, la misma sí señalaría en sus páginas 3 y 4 los justificativos, como veremos a continuación:

"...Que es necesario incorporar un artículo que comprenda las definiciones de Certificado de Aportación, Cooperativa de Ahorro y Crédito Societaria en proceso de adecuación, incluyendo las definiciones de Cooperativas de Ahorro y Crédito Societaria, Abierta y de Vínculo Laboral establecidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), modificada por la Ley N° 3892.

Que, corresponde realizar precisiones y complementaciones en las etapas que conforman el proceso de adecuación de las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societaria (CAC Societaria), estableciendo entre ellas que la apertura de nuevos puntos de atención sólo se puede efectuar una vez que la CAC Societaria obtenga su certificado de adecuación y previa evaluación técnica y legal efectuada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).

Que, se ha determinado la necesidad de reiterar y precisar que la CAC Societaria durante el tiempo que transcurra entre la promulgación de la Ley N° 3892 y la obtención de la Licencia de Funcionamiento, solo podrá realizar las operaciones establecidas en el Decreto Supremo N° 25703 de fecha 14 de marzo de 2000, aclarando que dichos ahorros solo pueden ser instrumentados mediante certificados de aportación voluntarios.

Que, debido a que existen CAC Societarias con Certificado de Adecuación que presentan observaciones dentro del proceso de adecuación, se incluye en la normativa un artículo que regula el proceso de revocatoria del certificado de adecuación, así como las medidas que deberán adoptar cuando se encuentren en dicha situación.

Que, es necesario establecer dentro de la normativa, que la CAC Abierta o Societaria coloque en cada uno de los certificados de aportación a ser emitido, una leyenda que

contenga la característica del mismo de absorber pérdidas, en caso de que la CAC incurra en ellas, en atención a la naturaleza de dichas aportaciones.

Que, con el fin de establecer incentivos a las Cooperativas Societarias que iniciaron el proceso de adecuación, se ha considerado pertinente determinar que las mismas podrán canalizar recursos de los programas y proyectos gubernamentales cuando cuenten con Certificado de Adecuación emitidos por ASFI.

Que, corresponde incluir una Sección en el Reglamento que regule el proceso de adecuación que deben seguir aquellas CAC Societarias que fueron identificadas en el censo realizado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y que manifiesten su interés de iniciar el proceso de adecuación..."

Que, en este sentido, lo aseverado por la recurrente no condice con lo expresado en el acto administrativo hoy impugnado, ya que se advierte que la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, se encuentra debidamente fundamentada respecto a las razones por las cuales se modifica el Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Que, a su vez, no se debe olvidar que el fin teleológico de la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, impugnada, no es más que el de precautelar el mantenimiento de un sistema financiero sano y solvente para el caso de las Cooperativas, más aún si consideramos que es la propia Constitución Política del Estado que establece que: *"Las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo y aprovechamiento e inversión del Ahorro, son de interés público..."*.

2.6. En cuanto a la vulneración al derecho a la defensa.-

La recurrente, refiere que se le hubiera vulnerado el derecho a la defensa y se la habría dejado en indefensión al no saber cuáles habrían sido los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la resolución.

Que, al respecto, del derecho a la defensa la Sentencia Constitucional N°0377/2003- R de 26 de marzo de 2003, señala:

"...Que con relación al derecho a la defensa, en la problemática planteada, no puede considerarse como lesionado, puesto que no es un derecho que concierna al querellante o víctima, sino más bien al imputado asegurándole la posibilidad de todo recurso o medio para defenderse y desvirtuar la acusación presentada en su contra, de modo que podrá presentar y producir cuanta prueba lícita la considere favorable, podrá presentar incidentes, recursos, excepciones y otros, para probar su inocencia. En cambio si bien el querellante o la víctima también puede hacer uso de los recursos, incidentes y otros actos que le permita el procedimiento, no lo hace para asumir defensa sino que está ejerciendo su derecho de accionar para lograr el castigo al supuesto autor del delito, resultando obvio, que cuando esa posibilidad es impedida por la autoridad jurisdiccional a través de algún acto o resolución, no hace más que incurrir en un acto ilegal que suprime el derecho de acceso a la justicia. (...) no es un derecho que concierna al querellante o víctima, sino más bien al imputado asegurándole la

posibilidad de todo recurso o medio para defenderse y desvirtuar la acusación presentada en su contra, de modo que podrá presentar y producir cuanta prueba lícita la considere favorable, podrá presentar incidentes, recursos, excepciones y otros, para probar su inocencia...."

Conforme a la sentencia citada y la jurisprudencia constitucional, queda entendido que el derecho a la defensa, **en principio**, corresponde exclusivamente al **denunciado o procesado**, garantizando que éste acceda a toda la prueba de cargo como también la oportunidad de presentar las de descargo, y hacer uso de todos los recursos y medios que le franquea la Ley para desvirtuar la acusación y consiguientemente demostrar su inocencia.

Que, en el caso de autos, no se ha iniciado un proceso sancionador, sin embargo y bajo la concepción integral del derecho a la defensa, es evidente, que el mismo no sólo responde a los procedimientos sancionadores, debiendo en todo proceso respetarse las garantías de debido proceso y derechos constitucionales, donde al regulado no se le prive de los derechos que le asisten.

Por lo que, revisado el expediente administrativo, se evidencia la inexistencia de vulneración a su derecho a la defensa y consiguientemente al debido proceso en razón a que las Resoluciones Administrativas ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012 y ASFI N° 066/2013 de 30 de enero de 2013, habiéndose garantizado en todas las etapas del presente proceso administrativo, que las mismas se han desarrollado conforme a derecho, respetando en todo momento el principio de legalidad y debido proceso, no existiendo por ende ninguna al derecho de impugnación.

2.7. En cuanto a la imposibilidad de canalizar recursos de los programas y proyectos gubernamentales.-

Al respecto, la recurrente señala que en el Recurso de Revocatoria mencionaron que el Decreto Supremo N° 25703, artículo 8, inciso d), autoriza a las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias a recibir créditos del Estado y de instituciones públicas, sin embargo, la ASFI, al referir que en el artículo 1, sección 12 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, menciona textualmente que la CAC Societaria en Proceso de Adecuación podrá canalizar y operar con recursos del Estado, siempre y cuando cuente con Certificado de Adecuación, emitido por ASFI, dejando de lado a las Cooperativas Societarias sin Certificado de Adecuación, lo cual es una interpretación que no está contemplada en la norma y que contradice lo señalado en el Decreto Supremo antes mencionado.

No se puede generalizar y mencionar que todas las Cooperativas de Ahorro y Crédito Societarias que no cuentan con Certificado de Adecuación son insolventes e inviables financieramente, limitando el derecho de igualdad de oportunidades, lo cual está en contra de lo establecido en la Constitución Política del Estado en su artículo 14, parágrafo I y III.

Al respecto, como ya lo señaló la ASFI en la Resolución ASFI N° 066/2013:

"La entidad recurrente confunde los términos empleados en la normativa legal y la reglamentaria; en efecto, el artículo 8, inciso d) del Decreto Supremo N° 25703 autoriza a las cooperativas de ahorro y crédito societarias a "Recibir créditos del Estado e

instituciones públicas”, es decir les autoriza a realizar operaciones pasivas de financiamiento con instituciones públicas, destinadas a fortalecer sus operaciones activas con sus socios.

La referencia del artículo 1, Sección 12 del Reglamento para la Constitución, Adecuación y Funcionamiento de Cooperativas de Ahorro y Crédito, se refiere a la limitación de las cooperativas societarias sin certificado de adecuación para constituirse en agentes recaudadores, intermediadores o corresponsales de entidades públicas.

Es también lógico precautelar que los recursos públicos no sean invertidos o utilizados por personas cuya solvencia y viabilidad no esté garantizada.”

Tal como ya se mencionó en los puntos 2.1. y 2.3., anteriores, la ASFI se encuentra facultada a establecer limitaciones y prohibiciones a las Cooperativas en proceso de Adecuación, por lo que, la Autoridad está obligada a tomar las medida que considere pertinentes para poder garantizar y mantener un sistema financiero, sólido, sano y eficiente, tal como son lo establece la Ley de Bancos y Entidades Financieras. En tal sentido el velar porque recursos del estado sean manejados por entidades financieras que presenten solvencia patrimonial y un nivel de administración y gobierno profesional y eficiente, es parte de su responsabilidad y dicha medida está dentro de sus atribuciones.

2.8. En cuanto a la solicitud de Suspensión.-

Que, el artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala:

“I La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa...”

Que, si bien, en el presente caso, el Ente Regulador no se ha pronunciado sobre la solicitud de la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito FEBOCAC, de dejar en suspensión la resolución impugnada, la misma se entiende que fue negada en virtud, justamente, al silencio del órgano regulador, sin embargo de ello, la recurrente al momento de conocer la Resolución, en el plazo de tres días, pudo solicitar una complementación y enmienda sobre cuestiones esenciales que a juicio del recurrente no fueron motivo de pronunciamiento por parte del ente regulador, el no haberlo hecho ha dado lugar a que la solicitud de suspensión sea entendida, situación que importa la inexistencia de vicios que pueda permitir la nulidad absoluta del acto como requiere al recurrente y ello en estricta sujeción a la Ley del Procedimiento Administrativo en su artículo 35 que claramente establece:, *“...son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes: a) Los que se hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de materia y territorio; b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible; c) Los que se hubiesen dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal establecido d) Los que sean contrarios a la CPE; y e) Cualquier otro expresamente establecido en la Ley.”*

Por lo tanto, se concluye que no existe ninguno de los presupuestos legales dados por la normativa aplicable, para considerar la nulidad del acto administrativo.

Por último, en cuanto a la solicitud del término probatorio, se tiene que, revisado el Recurso de Revocatoria presentado por la Federación Boliviana de Cooperativas de Ahorro y Crédito –FEBOCAC, en fecha 4 de julio de 2012, así como su memorial presentado el 18 de julio de 2012, no debe dejarse de lado, que ha existido la determinación de anulación dada por esta instancia jerárquica a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 080/2012, que retrotraía el procedimiento hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 378/2012 de 2 de agosto de 2012, por lo que la recurrente tuvo oportunidad de solicitar un nuevo término probatorio o presentar cuanta documentación hubiese considerado necesaria a momento de haberse resuelto su Recurso de Revocatoria, el hecho de que la misma no haya solicitado un nuevo término de prueba ha hecho, que se convalide el acto.

De lo expuesto, tenemos que, las cuestiones omitidas por el Ente Regulador no son cuestiones de fondo, debido a que las mismas no afectan a la emisión del Reglamento para la incorporación al Proceso de Adecuación para las Cooperativas, introducidas al Capítulo III, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, emitido mediante Resolución Administrativa ASFI/233/2012, de 12 de junio de 2012, sino más bien son cuestiones de forma.

Por lo que conforme lo determina el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado a través de Decreto Supremo de 15 de septiembre de 2003, Artículo 37 I) refiere lo siguiente:

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

CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI N° 066/2013 de 30 de enero de 2013, determinó **confirmar** la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, entendiéndose por ésta como confirmatoria total de la Resolución impugnada, al no determinar en el mismo acto ninguna modificación, sin embargo en el segundo artículo, nos muestra la instrucción de modificaciones al reglamento, al disponer *“que por la Dirección de Normas y Principios, en lo que corresponda se proceda a la corrección de los errores materiales observados por la entidad recurrente en el memorial de impugnación presentado en fecha 4 de julio de 2012, para su posterior aprobación.”*, implicando una **confirmatoria parcial**.

Siguiendo la misma línea de razonamiento, debe traerse a colación lo determinado en el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, que en su artículo 43 inc. a), determina:

“I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán:

a) Confirmatorias. *Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...”*

De lo transcrito, tenemos que, la norma es clara al señalar que las Resoluciones serán

confirmatorias cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida, siendo total si no existe ninguna modificación y parcial si se modifica en parte.

Que, en el caso de autos, la Autoridad Reguladora, debió ser clara al momento de emitir su determinación, es decir consignar el término "Confirmatoria Parcial", toda vez que las modificaciones instruidas a la Dirección de Normas y Principios, debieron ser corregidas en el mismo acto administrativo y no así de manera posterior, cual ocurrió en el caso de autos.

Sin embargo, se debe precisar que dicha omisión no puede considerarse como una "cuestión de fondo", sino de forma, por tanto no sujeta a la anulabilidad o nulidad total, conforme lo prevén los artículos 35 y 36 de la Ley del Procedimiento Administrativo, pese a ello importa exhortar a la Autoridad Fiscalizadora a dar cumplimiento estricto de la norma.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, y en estricto cumplimiento de la normativa del sector, se ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha hecho un correcto análisis de la norma y ha cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo, en cuanto se refiere al objeto, a la motivación y a la fundamentación del mismo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar totalmente la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 066/2013 de 30 de enero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 233/2012 de 12 de junio de 2012, actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese

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



RECURRENTE

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/N° 116/2013 DE 15 DE FEBRERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 047/2013 DE 15 DE JULIO DE 2013

FALLO

DECLARA CONCLUÍDO

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 047/2013

La Paz, 15 de Julio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 116-2013 de fecha 15 de febrero de 2013, que en Recurso de Revocatoria, resolvió no ingresar a considerar el recurso de revocatoria debido a que el acto administrativo impugnado fue dejado sin efecto previamente, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 044/2013 de 6 de junio de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 094/2013 de 20 de junio de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 5 de marzo de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada legalmente por su Gerente General, Lic. Alvaro Toledo Peñaranda, según el Testimonio Poder N° 251/2009, suscrito en fecha 28 de septiembre de 2009 por ante la Notaría de Fe Pública N° 100 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Margarita Suárez Arana Ribera, interpuso Recurso Jerárquico contra

la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 116-2013 de fecha 15 de febrero de 2013, que resolvió no ingresar a considerar el Recurso de Revocatoria interpuesto por la misma recurrente, contra la nota APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012, al haber sido dejada sin efecto por otra (APS/DS/JTS/359/2013 de 14 de enero de 2013), todas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/4204/2013, con fecha de recepción 8 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 116-2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 12 de marzo de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, mismo que le fue notificado el 15 de marzo de 2013.

Que, en fecha 12 de abril de 2013, se llevó adelante la Audiencia de exposición oral de fundamentos, solicitada por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, misma a la que asistieron los representantes de dicha entidad, señores René Darío Mostajo Otasevic y Miguel Ángel Jemio Mendoza.

CONSIDERANDO:

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

1. ANTECEDENTES AL MEMORIAL DE 18 DE DICIEMBRE DE 2012.-

Mediante nota NAVI-GR-0704/2012 de 15 de noviembre de 2012, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** solicita la autorización y registro de un proyecto de anexo que, según la Entidad Aseguradora, contiene información relevante del cambio de Plan de Seguro de Vida Entera al Seguro de Vida Flexible, con información técnica escrita y resumida y con un nivel de precisión que permitirá a los asegurados tomar conocimiento con exactitud de las características y los efectos del cambio de Plan.

Mediante nota APS/DS/JTS/9228/2012 de 22 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, responde a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, en sentido de que cualquier cambio de Plan debe ser efectuado conforme lo establecido por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425/2011 de 17 de noviembre de 2011, por lo que le concede un plazo de tres días hábiles administrativos para aclarar el porqué de la solicitud de registro.

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA, mediante nota NAVI-GG-365/2012 de 4 de diciembre de 2012, informa a la APS, que el objeto de su petición es proporcionar al usuario interesado en el cambio de Plan de Póliza de Vida Entera al Plan de la póliza de Vida Flexible, información escrita que ratifique en forma textual el asesoramiento verbal detallado que se le proporcione.

Mediante CITE: APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012, la Autoridad de

Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, responde a la Entidad Aseguradora, señalando que el registro solicitado no es procedente, toda vez que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425/2011 de fecha 17 de noviembre de 2011 se encuentra en vigencia.

Mediante memorial de fecha 18 de diciembre de 2012, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** solicita a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que al amparo del párrafo I del artículo 20° del Decreto Supremo N° 27175, de fecha 15 de septiembre de 2003, se consigne el contenido de la nota APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012, en Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada.

2. NOTA CITE: APS/DS/JTS/359/2013 DE 14 DE ENERO DE 2013.-

Mediante nota APS/DS/JTS/359/2013 de 14 de enero de 2013, recibida por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros **dejó sin efecto la nota APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012**, en tanto se resuelva el proceso administrativo relacionado a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425/2011 de 17 de noviembre de 2011.

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por el memorial presentado el 18 de enero de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso de Revocatoria contra la nota APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012, con los siguientes argumentos:

“...III - FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN

El Art. 14 de la Ley 1883 de fecha 25 de junio de 1998, establece en su Art. 14 la siguiente regla:

*“...ARTICULO 14.- PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS.- Las Entidades Aseguradoras quedan prohibidas, de:...” “...a) Publicitar y entregar **información inexacta** o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...”*

De manera concordante con ésta regla, el Art. 38 de la misma norma dice lo siguiente:

*“...ARTICULO 38.- DISPOSICIONES GENERALES.- La equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, **se concretará en la regulación** del contrato de **seguro por la Superintendencia**” “ ... **La protección jurídica a los asegurados**, tomadores y beneficiarios del seguros, **se concretará** en los siguientes aspectos:...” “...Todo asegurado, tomador o beneficiario de seguros, **tiene derecho** a una **información clara**, veraz y **suficiente** sobre los productos y servicios ofertados por las entidades aseguradoras. La publicidad de los productos ofertados por las entidades aseguradoras, no podrá inducir a confusión o engaño y **resaltará las características** del seguro o plan ofertado de manera **fácilmente comprensible**”*

para el público en general. Las entidades aseguradoras deberán promover el desarrollo de **una mayor** capacidad, racionalidad y **transparencia** en **las decisiones para la compra de seguros y planes** de seguros por el público en general, facilitando la elección fundada en el precio y la **calidad de los productos**. Difundirán el conocimiento de las normas, acciones y procedimientos e instituciones del sector y **precautelarán** los **riesgos** derivados de la oferta de productos **que puedan perjudicar** a los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro...”

Note su autoridad que el texto de ésta norma establece con claridad y en forma textual que nuestra entidad tiene el deber de promover una mayor transparencia en las decisiones que puedan precautelar riesgos y evitar perjuicio a los asegurados.

El pedido dirigido por nosotros a su autoridad, tenía el objeto de cumplir con ese deber y su negativa nos ha causado un perjuicio al no permitírnos introducir el anexo que proporcionará claridad y transparencia al cambio de planes en nuestra sociedad para promover mayor transparencia en las decisiones de los usuarios.

El Anexo propuesto y promovido por nuestra entidad en el cumplimiento del deber que nos impone la ley para ser incluido en todos los casos de cambio de planes de nuestra sociedad, es un texto que tiene el único objeto de lograr que el usuario ejerza el derecho a una información clara, veraz y suficiente, sin importar el grado de formación del usuario y en apego a una claridad técnica y conceptual que establece la norma y es un derecho del usuario.

Pero además su autoridad nos impide el ejercicio del derecho a lograr que nuestro producto sea conocido en su verdadero contexto por el usuario de modo que pueda tomar una decisión ilustrada que no derive en quejas posteriores por falta de claridad en la información o por haber recibido información inexacta.

La negativa de su autoridad no solo ha conculcado el ejercicio de un deber de nuestra sociedad sino que ha violado el derecho del usuario para recibir información clara veraz y suficiente, como expresamente lo establece la Ley.

IV – PETITORIO

En base a lo anterior, y en apego al Art. 65 de la LPA y del Art. 46 y siguientes del D.S. 27175, pedimos a Ud. tenga a bien dictar la respectiva Resolución, revocando totalmente la CITE: APS/DS/JTS/9792/2012 de fecha 10 de diciembre de 2012 que adquirió el estatus y Rango de Resolución Administrativa luego de transcurrido el plazo otorgado por la norma a su autoridad para pronunciarse en algún sentido, disponiendo en consecuencia la autorización expresa para que el anexo propuesto forme parte de los procesos de cambio de plan, tal y como fue solicitado por nuestra sociedad, reservándonos el derecho, conforme a ley, de interponer el Recurso Jerárquico correspondiente, ante el superior en grado...”

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 116-2013 DE 15 DE FEBRERO DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 116-2013 de 15 de febrero de 2013, resolvió:

*“...**PRIMERO.-** No ingresar a considerar el recurso de revocatoria planteado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., mediante memorial de fecha 18 de enero de 2013, debido a que el acto administrativo impugnado fue dejado sin efecto mediante CITE:APS/DS/JTS/359/2013 de 14 de enero de 2013.*

***SEGUNDO.-** Disponer que la Dirección de Seguros de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, atienda el pedido realizado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., mediante CITE: NAVI-GR-0704/2012 de 15 de noviembre de 2012, previo análisis y evaluación técnica”.*

Los fundamentos presentados para tal determinación, son los siguientes:

“...Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, mediante CITE: APS/DS/JTS/359/2013 de 14 de enero de 2013 y notificada a la Entidad Aseguradora en fecha 16 de enero de 2013 a hrs. 16:00, deja sin efecto la CITE: APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012, acto administrativo que según la Entidad Aseguradora ha conculcado el deber que tiene la sociedad y el derecho del usuario a recibir información clara, veraz y suficiente.

Que de la revisión de antecedentes se puede inferir que Nacional Vida Seguros de Personas S.A., mediante memorial de fecha 18 de enero de 2013, interpuso recurso de revocatoria contra la CITE: APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012, acto administrativo que dos (2) días antes fue dejado sin efecto mediante CITE: APS/DS/JTS/359/2013 de 14 de enero de 2013, es decir, que dos (2) días antes desaparece de nuestra economía jurídica el acto administrativo que en su momento habría ocasionado algún perjuicio a la Entidad Aseguradora, sociedad y usuarios.

Que en este sentido, no existiendo acto administrativo vulneratorio no corresponde hacer uso de los recursos previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 y Decreto Supremo N° 27175.

CONSIDERANDO:

Que sin embargo, al haber desaparecido el acto administrativo que en primera instancia negaba a la Entidad Aseguradora el registro solicitado, es preciso que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, se pronuncie sobre esta solicitud en merito a lo dispuesto por el inciso h) del artículo 16 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341.

*Que La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425/2011 de fecha 17 de noviembre de 2011, aprobó para su correspondiente registro el **“Anexo por Cambio de Plan para Seguros de Vida de Corto o Largo Plazo”**, instruyendo a las Entidades Aseguradoras en la modalidad de Seguros de Personas registren dicho anexo en un plazo máximo de 5 días administrativos.*

Que contra esta Resolución Administrativa Nacional Vida Seguros de Personas S.A., dentro del plazo señalado por norma interpuso recurso de revocatoria, habiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, emitido la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 009/2012 de 11 de enero de 2012 desestimando el recurso de revocatoria formulado por la Entidad Aseguradora.

Que dentro de plazo Nacional Vida Seguros de Personas S.A., dentro del plazo señalado por norma interpone recurso jerárquico, habiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS remitido antecedentes ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Cartera de Estado que mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 036/2012 de 12 de junio de 2012, anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 009/2012 de 11 de enero de 2012, inclusive, disponiendo se dicte nueva Resolución Administrativa.

Que en mérito a lo dispuesto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 036/2012 de 12 de junio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 678/2012 de 29 de agosto de 2012, desestimando nuevamente el recurso de revocatoria planteado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., mediante memorial de fecha 7 de diciembre de 2011.

Que nuevamente Nacional Vida Seguros de Personas S.A. dentro del plazo señalado por norma mediante memorial de fecha 12 de septiembre de 2012 interpone recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 678/2012 de 29 de agosto de 2012, remitiéndose antecedentes ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Cartera de Estado que mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 072/2012 de 6 de diciembre de 2012, nuevamente anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 678/2012 de 29 de agosto de 2012 y dispone se dicte nueva Resolución.

Que en mérito a lo dispuesto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 072/2012 de 6 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 04/2013 de 07 de enero de 2013, confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425/2011 de 17 de noviembre de 2011.

Que mediante memorial de fecha 29 de enero de 2013 y dentro del plazo que establece la norma Nacional Vida Seguros de Personas S.A., interpone recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 04/2013 de 07 de enero de 2013, remitiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, antecedentes al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, sin que a la fecha exista nuevo pronunciamiento de la Unidad de Recursos Jerárquicos.

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a lo relacionado en la presente resolución se llegan a las siguientes conclusiones:

- Al haberse dejado sin efecto la CITE: APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012, mediante CITE: APS/DS/JTS/359/2013 de 14 de enero de 2013, desaparece de nuestra economía jurídica el acto administrativo que lesionaba los intereses de Nacional Vida Seguros de Personas S.A., la sociedad y el usuario, por lo tanto, no corresponde hacer uso de la vía recursiva por inexistencia de vulneración de derechos.
- Si bien es cierto que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, ha emitido la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425/2011 de 17 de noviembre de 2011, con la finalidad de transparentar las operaciones del mercado y proteger a los aseguradores, tomadores y beneficiarios del seguro, no es menos evidente que el **“Anexo por Cambio de Plan para Seguros de Vida de Corto o Largo Plazo”**, que forma parte integrante e inseparable de la mencionada Resolución Administrativa es general y aplicable a todas las Entidades Aseguradoras en la modalidad de Seguros de Personas.
- Esto no implica que cualquiera de las Entidades Aseguradoras dedicadas a la modalidad de Seguros de Personas puedan ampliar el espectro del Anexo por Cambio de Plan para Seguros de Vida de Corto o Largo Plazo, en el marco de lo dispuesto por la Resolución Administrativa IS Nº 070 de 23 de abril de 1999, registrando otros aspectos que consideren necesarios para que el usuario se encuentre debidamente informado o en otras palabras tenga información clara, veraz y suficiente.
- Por lo que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 38 e inciso d) artículo 43 de la Ley de Seguros, es deber de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, regular y supervisar el contrato de seguro o póliza de seguro, realizando un análisis pormenorizado de su contenido evitando condiciones discriminatorias, indefensión, ambigüedades, dudas, malas interpretaciones, duplicidades y otros, velando estrictamente porque tanto el contrato de seguro o póliza, así como la información que la Entidad Aseguradora preste sea clara, veraz y suficiente...”

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 5 de marzo de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 116-2013 de 15 de febrero de 2013, expresando lo siguiente:

“...II -FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN CUESTIONES DEC (sic) FORMA O DE RITO

El Art. 43 del DS 27175 establece la siguiente regla:

“...Artículo 43.- (Formas de Resolución en Recurso de Revocatoria). I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: **a) Confirmatorias.** Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen Co dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida. **b) Revocatorias.** Cuyo alcance podrá ser total, cuando pronunciándose sobre el

fondo dejen sin efecto la resolución recurrida o, parcial cuando pronunciándose sobre el fondo, dejen efecto parte de la resolución recurrida, **c) Desestimatorias**. Cuando el recurrente no haya demostrado vulneración a sus derechos subjetivos o lesiones a sus intereses legítimos, sin cumplir con el Artículo 15 del presente Reglamento **d) Improcedentes**. Cuando el recurso se hubiere interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumplierse con los requisitos exigidos...”

Verá su autoridad que dentro del “Procedimiento Legalmente Establecido”, no existe la forma de resolver un recurso de revocatoria “...no ingresando a considerar el recurso de revocatoria...”, de modo que una autoridad pueda dictar una resolución de ese tipo sin viola el “Procedimiento Legalmente Establecido” por la LPA y por consiguiente sin violar de nulidad sus actos. La citada norma, al respecto dice:

“...ARTÍCULO 35º.- (Nulidad del Acto).-

I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:...”
“...c) Los que hubiesen sido **dictados prescindiendo** total y absolutamente del **procedimiento legalmente establecido**:...” II. Las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la **interposición de los recursos** administrativos previstos en la presente Ley...”

Su autoridad ha actuado cual si no existiera un acto que pueda ser objeto de impugnación y no ha tomado en cuenta los siguientes hechos claros y puntuales con efectos expresamente previstos en la Ley:

1. En fecha 14 de diciembre de 2012, fuimos notificados en nuestras oficinas con el acto administrativo instructivo contenido en la nota CITE: APS/DS/JTS/9792/2012 de fecha 10 de diciembre de 2012.
2. En fecha 19 de diciembre de 2012, dentro del plazo previsto por el párrafo I del Art.20 del Decreto Supremo 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, solicitamos a su autoridad pueda consignar dicho Acto Administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.
3. Este trámite se sujetó Al (sic) procedimiento del Art. 209 del DS 27175 que dice:

“...El Superintendente Sectorial **deberá** emitir Resolución Administrativa en el plazo de **diez (10) días** hábiles administrativos de haber recibido la solicitud. En caso de negativa del Superintendente Sectorial **o de no haberse pronunciado** dentro de dicho plazo, el interesado **podrá interponer el recurso de revocatoria**, contra el acto administrativo que motivo su solicitud...”

4. El plazo de 10 días comenzó a correr en fecha 20 de diciembre de 2012, venciendo en fecha 4 de enero de 2013.

5. Hasta el vencimiento del citado plazo, su autoridad no se pronunció y menos dictó una Resolución Administrativa, como lo dispone la norma en forma expresa.
6. Su autoridad no tomó en cuenta que pasado el plazo, el acto administrativo adquirió el rango de Resolución Administrativa formal "ex lege" (por disposición de la Ley) y un acto de esa naturaleza no puede dejarse sin efecto por una mera nota, como lo hizo su autoridad con la nota CITE APS/DS/JTS/359/2013 de 14 de enero de 2013.

Con éstos actos de total omisión del "Procedimiento Legalmente Establecido" que para éstos casos establece nuestro derecho positivo, nuevamente su autoridad actuó haciendo total abstracción de la Ley en sus actuaciones.

Por último, y asumiendo que el acto impugnado no fuera nulo por las causales anotadas, como lo denunciarnos aquí, es necesario remarcar que su autoridad no dispuso el registro sobre tablas del anexo, como debió hacerlo, con base en la facultad de avocación que le otorgaba la Ley respecto de su inferior, sino que dispuso la "atención del pedido..." "...previo análisis y evaluación técnica..." por la Dirección de Seguros, en una suerte de delegación de sus atribuciones que tenía la obligación de ejercitar respecto de nuestro recurso, con el agravante de que dicha disposición hasta la fecha y luego de transcurrido el plazo máximo de 10 días desde la fecha de dictación de la resolución hoy impugnada, no ha sido cumplida por dicha Dirección.

CUESTIONES DE FONDO O DE MERITO

Finalmente, su respetable autoridad, al disponer dicha delegación ha agravado a nuestra sociedad y no ha considerado los siguientes argumentos de fondo que los planteamos sin perjuicio de las denuncias por las nulidades de forma que invocamos aquí y que afectan de manera insubsanable al acto de su autoridad:

1. El Art. 14 de la Ley 1883 de fecha 25 de junio de 1998, establece en su Art. 14 la siguiente regla:

"ARTÍCULO 14.- PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS.-Las Entidades Aseguradoras quedan prohibidas de..." "...a) Publicitar y entregar **información inexacta** o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos..."

De manera concordante con ésta regla, el Art. 38 de la misma norma dice lo siguiente:

"...ARTÍCULO 38.- DISPOSICIONES GENERALES.- La equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y Beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, **se concretará en la regulación** del contrato de **seguro por la Superintendencia...**" "...**La protección jurídica a los asegurados**, tomadores y beneficiarios del seguros (sic), **se concretará** en los siguientes aspectos:..."

“...Todo asegurado, tomador o beneficiario de seguros, **tiene derecho** a una **información clara**, veraz y **suficiente** sobre los productos y servicios ofertados por las entidades aseguradoras. La publicidad de los productos ofertados por las entidades aseguradoras, no podrá inducir a confusión o engaño y **resaltará las características** del seguro o plan ofertado de manera **fácilmente comprensible** para el público en general. **Las entidades aseguradoras deberán promover** el desarrollo de **una mayor** capacidad, racionalidad y **transparencia** en **las decisiones para la compra de seguros y planes** de seguros por el público en general, facilitando la elección fundada en el precio y la calidad de los productos. Difundirán el conocimiento de las normas, acciones y procedimientos e instituciones del sector y **precautelarán los riesgos** derivados de la oferta de productos **que puedan perjudicar** a los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro...”

2. Usted ha desconocido que el texto de ésta norma establece con claridad y en forma textual que nuestra entidad tiene el deber de promover una mayor transparencia en las decisiones que puedan precautelar riesgos y evitar perjuicio a los asegurados.

El pedido dirigido por nosotros a su autoridad, tenía el objeto de cumplir con ese deber y su negativa nos ha causado un perjuicio al no permitimos introducir el anexo que proporcionará claridad y transparencia al cambio de planes en nuestra sociedad para promover mayor transparencia en las decisiones de los usuarios.

3. El Anexo propuesto y promovido por nuestra entidad en el cumplimiento del deber que nos impone la ley para ser incluido en todos los casos de cambio de planes de nuestra sociedad, es un texto que tiene el único objeto de lograr que el usuario ejerza el derecho a una información clara, veraz y suficiente, sin importar el grado de formación del usuario y en apego a una claridad técnica y conceptual que establece la norma y es un derecho del usuario.
4. Pero además su autoridad nos impide el ejercicio del derecho a lograr que nuestro producto sea conocido en su verdadero contexto por el usuario de modo que pueda tomar una decisión ilustrada que no derive en quejas posteriores por falta de claridad en la información o por haber recibido información inexacta.

La negativa de su autoridad no sólo ha conculcado el ejercicio de un deber de nuestra sociedad sino que ha violado el derecho del usuario para recibir información clara veraz y suficiente, como expresamente lo establece la Ley, lo que constituye una cuestión de mérito en base a la cual también impugnamos el ilegal acto de su autoridad.

IV – PETITORIO

En base a lo anterior, y en apego al Art. 66 de la LPA, interponemos recurso Jerárquico en contra de la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 116/2013 DE 15 DE**

FEBRERO DE 2013 (“RA 116”), invocando la nulidad de todo lo actuado por no haberse sujetado al procedimiento legalmente establecido en el derecho positivo boliviano y por ser violatoria de la constitución (sic) Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

En ese sentido, pedimos se sirva remitir el expediente del exordio a consideración del superior en grado, quien con seguridad anulara (sic) todo lo obrado hasta el inicio mismo del legal procedimiento sancionador del exordio la RA 116 y lo dispuesto por su autoridad...”

6. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 12 de abril de 2013, se llevó adelante la Audiencia de exposición oral de fundamentos, solicitada por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA, mediante nota NAVI-GR-0704/2012 de 15 de noviembre de 2012, solicitó la autorización y registro de un proyecto de anexo con información relevante para los clientes que soliciten el cambio de Plan de Seguro de Vida Entera al Seguro de Vida Flexible, solicitud que la Autoridad Reguladora, mediante nota APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012, respondió negativamente, al señalar que, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425/2011 de 17 de noviembre de 2011, sobre Registro de Anexo por cambio de Plan para seguros de vida de corto o largo plazo, se encuentra en vigencia.

Mediante memorial de fecha 18 de diciembre de 2012, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** solicita al Ente Regulador, que consigne la nota APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012 en una Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada; en lugar de ello, mediante nota APS/DS/JTS/359/2013 de 14 de enero de 2013, la Autoridad Reguladora dejó sin efecto la nota APS/DS/JTS/9792/2012, en tanto se resuelva el proceso administrativo relacionado a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425/2011 de 17 de noviembre de 2011.

Por su parte, la Entidad Aseguradora presentó Recurso de Revocatoria en fecha 18 de enero de 2013, el mismo que generó la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 116-

2013 de 15 de febrero de 2013, y mediante memorial de fecha 5 de marzo de 2013, la misma presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 116-2013 de 15 de febrero de 2013, recurso que se pasa a analizar y resolver a continuación:

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En principio, es pertinente dejar constancia que, así como el Ente Regulador ha fundamentado su decisión en la necesidad de que se resuelva el proceso administrativo relacionado a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425/2011 de 17 de noviembre de 2011, ha correspondido a la suscrita autoridad jerárquica pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica RMJ/VPSF/URJ-SIREFI Nº 33/2013 de 11 de junio de 2013, la que ha señalado que:

*"...Siendo que la información que pretende insertar la recurrente al Anexo aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 y complementado mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 04-2013 de 7 de enero de 2013, contiene información que muestra las diferencias (ventajas y/o desventajas) entre la nueva oferta del plan de seguro de vida versus la anterior, que, por su naturaleza, **obedecería más a un tema comercial y no contractual, la recurrente debería ver la posibilidad de que dicha información y/o documentación, en especial la que desean proporcionar a sus clientes que desean efectuar el cambio de plan de seguro de vida, sea proporcionada a través de publicidad, promoción u otro material informativo, sin perjuicio de señalar que en ningún caso la información o documentación adicional pueda ser contraria a la contenida en el Anexo en cuestión y que debe sujetarse a la normativa que rige el mercado asegurador.***

La recurrente, debe tomar en cuenta que lo que hace el referido Anexo es fijar la información básica que, a criterio del Ente Regulador, deben proporcionar las aseguradoras a sus usuarios al momento de que éstos tomen la decisión de cambiar de plan o producto. Todo ello en razón a que, el cliente o asegurado, debe contar con la información mínima de lo que implica ese cambio y tenga un conocimiento básico de las diferencias que puede conllevar el referido cambio de plan o producto..."

De lo transcrito, queda sentado que el hecho de que el Anexo aprobado por la Autoridad Reguladora, no contemple todos los requerimientos que hagan a la aspiración particular de la ahora recurrente, no implica que la misma ni ninguna otra operadora del sector seguros, se vea limitada a proporcionar a sus clientes mayor información en cuanto a los beneficios de sus productos y conforme a sus propias estrategias comerciales.

Asimismo, le es posible a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, proporcionar mayor información en cuanto a los beneficios del cambio de Plan de seguro de vida, esto a través de publicidad, promoción u otro material informativo, inclusive la posibilidad de solicitar el registro de un nuevo Anexo, siguiendo los procedimientos correspondientes y dentro del marco normativo correspondiente.

2.1. Inexistencia de agravio.-

En la secuencia que sale del expediente, se establecen los elementos siguientes:

1. Mediante nota APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012, el Ente Regulador le comunica a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, que “*el registro solicitado... -referido al Anexo sobre información relevante al cambio de Plan de Seguro de Vida Entera al Seguro de Vida Flexible- no es procedente, toda vez que la Resolución APS/DJ/DS/JTS/Nº 425-2011 de fecha 17 de noviembre de 2011, se encuentra en vigencia*”.
2. Por memorial presentado en fecha 19 de diciembre de 2012, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** solicita que, “*al amparo del párrafo I del Art. 20 del Decreto Supremo 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003... se sirva consignar dicho Acto Administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada*”.
3. En fecha 14 de enero de 2013 (17 -diecisiete- días hábiles administrativos posteriores al memorial precitado), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DS/JTS/359/2013, a tiempo de acusar recibo del memorial de fecha 19 de diciembre de 2012, comunica que deja sin efecto la nota APS/DS/JTS/9792/2012, por cuanto, “*es necesario que concluya el proceso administrativo*” referido a la Resolución Administrativa APS/ DJ/DS/JTS/Nº 425-2011, haciendo -en su criterio- innecesaria la emisión de resolución requerida en el memorial de 19 de diciembre de 2012.
4. La nota APS/DS/JTS/359/2013 de 14 de enero de 2013, es recibida por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 16 de enero de 2013.
5. En fecha 18 de enero de 2013, la misma recurrente interpone Recurso de Revocatoria contra la nota “CITE: APS/DS/JTS/9792/2012”, por los fundamentos que en el memorial pertinente se señalan, entre ellos:

“...Hasta el vencimiento del plazo precedente (4 de enero de 2013), su respetable autoridad no emitió pronunciamiento alguno en ningún sentido y menos dictó una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada, como lo dispone la norma en forma expresa. Esta omisión, ha ocasionado que el acto administrativo adquiera la firmeza necesaria y el rango de Resolución Administrativa formal “ex lege” (por disposición de la Ley) de tal manera que se que (sic) nos habilita para la presentación de un Recurso de Revocatoria en contra del mismo...”

La última mención, entonces, tiene relación con lo señalado por el artículo 20º, párrafo III, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

6. Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 116-2013 de 15 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó:

“...No ingresar a considerar el recurso de revocatoria planteado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A., mediante memorial de fecha 18 de enero de

2013, debido a que el acto administrativo impugnado fue dejado sin efecto mediante CITE:APS/DS/JTS/359/2013 de 14 de enero de 2013..."

Tal Resolución Administrativa determina la interposición del Recurso Jerárquico que al presente se resuelve.

Al respecto, se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012, rechazó la solicitud de la recurrente, sobre registro de un nuevo Anexo para los clientes que soliciten el cambio de Plan de Seguro de Vida Entera al Seguro de Vida Flexible; asimismo, **es el propio Ente Regulador quien, mediante nota APS/DS/JTS/359/2013 de 14 de enero de 2013, deja sin efecto la nota anterior,** en razón a que la instancia jerárquica se encontraba conociendo el Recurso Jerárquico presentado por la misma recurrente, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 425/2011 de 17 de noviembre de 2011, que pone en vigencia el anexo por cambio de Plan para seguros de vida de corto o largo plazo.

Este último hecho determina **que haya quedado sin efecto alguno** la nota APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012, implicando que no exista al presente, acto que haya nacido a la vida administrativa, por tanto no existe decisión adoptada por parte de la Administración, que pueda causar, estar causando perjuicio o vulnerando derechos.

Al respecto, el artículo 56°, parágrafo I, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), establece que:

"...I. los recursos administrativos proceden contra toda clase de *resolución de carácter definitivo o actos administrativos de carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieran causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos...*" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, el artículo 15° del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina:

"...Artículo 15.- (Personas Interesadas y Legitimación). Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia Sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, **cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos...**" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En este entendido, es un presupuesto jurídico de procedencia del Recurso Jerárquico, el que el interesado que considere lesionados o perjudicados sus derechos subjetivos o intereses legítimos, demuestre la manera en la que el acto que pretende impugnar, le causa tales

perjuicio o lesión, situación que no se produce dentro del caso de autos, situación inequívoca y por demás ostensible, si se tiene en cuenta que la recurrente, al interponer su Recurso Jerárquico, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS//N° 116/2013 de 15 de febrero de 2013, solicita la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso, entonces sin tener en cuenta que la nota primigenia que, como tal, da lugar al proceso, **ya ha sido dejada sin efecto**, entonces esa pretensión ha sido ya satisfecha.

En tal sentido, la recurrente tiene expresiones como las siguientes:

“...dentro del “Procedimiento Legalmente Establecido”, no existe la forma de resolver un recurso de revocatoria “...no ingresando a considerar el recurso de revocatoria...”, de modo que una autoridad pueda dictar una resolución de ese tipo sin viola el “Procedimiento Legalmente Establecido” por la LPA y por consiguiente sin violar de nulidad sus actos (...)

Con éstos actos de total omisión del “Procedimiento Legalmente Establecido” que para éstos casos establece nuestro derecho positivo, nuevamente su autoridad actuó haciendo total abstracción de la Ley en sus actuaciones...”

No obstante, con ello no tiene en cuenta el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF-URJ N° 030/2010 de 26 de noviembre de 2010 (en el mismo sentido, las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas N° 012/2013 de 7 de marzo de 2013 y N° 017/2013 de 8 abril de 2013), transcrita en lo que interesa, a continuación:

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

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

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

del SIREFI señala:

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

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

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

Por consiguiente y en definitiva, el Ente Regulador, así como tiene la facultad de pronunciarse y decidir una nulidad relativa de obrados en tanto responda a igual naturaleza, por el mismo fundamento tiene la facultad para determinar "No ingresar a considerar el recurso de revocatoria planteado", como lo ha hecho en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 116-2013 de 15 de febrero de 2013, lo que evita mayor consideración al presente.

En definitiva, no le corresponde a la suscrita Autoridad Jerárquica pasar a considerar un tema extinguido, por tanto inexistente, y que al presente no genera agravio susceptible de tutela jurídica alguna.

Sin perjuicio de lo anterior, se deben tener en cuenta los extremos siguientes:

1. Todo proceso administrativo debe regirse bajo el principio de legalidad, aquel que refiere que las actuaciones de la Administración Pública deben estar sometidas al cumplimiento de la norma.

En tal sentido, el artículo 20º, párrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece la carga para el interesado, de solicitar al Ente Regulador, que consigne el contenido de un acto de menor jerarquía, por tanto no recurrible, en uno que sí lo sea.

Subsumido ello al caso de autos, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** ejerció tal carga al requerir la consignación, en Resolución Administrativa, de la nota APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012, se entiende que a los efectos de interponer el Recurso de Revocatoria que le asistía.

No obstante de ello, la propia normativa administrativa prevé que, ante la omisión de ello, la Autoridad Reguladora está en la obligación de reencauzar el procedimiento, cual mandan los artículos 42º y 43º de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo;

por tanto, el Ente Regulador se encontraba en la obligación de elevar a rango de Resolución la nota APS/DS/JTS/9792/2012 de fecha 10 de diciembre de 2012 y en el plazo previsto de 5 días, no así, emitir una segunda nota (la APS/DS/JTS/9792/2012 de fecha 14 de enero de 2013), por la cual deja sin efecto la primera nota.

Entonces, si era decisión de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dejar sin efecto la nota APS/DS/JTS/9792/2012 de fecha 10 de diciembre de 2012, **le correspondía fundamentar y motivar ello en una resolución administrativa, no así hacerlo a través de un acto administrativo de menor jerarquía, quedando claro que el Ente Regulador, no siguió el procedimiento administrativo establecido para el efecto, conforme se tiene anotado en líneas precedentes.**

2. Por otra parte, la recurrente señala que la Autoridad Reguladora no podría haber resuelto el Recurso de Revocatoria, determinando "No ingresar a considerar el recurso de revocatoria planteado por Nacional Vida Seguros de Personas S.A.", sin mayor observancia a las formas de resolución previstas por el artículo 43° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Al respecto, se tiene que, efectivamente el precitado artículo 43° no establece una forma de resolución como la que sale de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 116-2013 de 15 de febrero de 2013; sin embargo debe considerarse el fundamento expuesto en la mencionada Resolución Administrativa, y consecuentemente en la determinación del artículo 51° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), que señala:

"...I. El procedimiento administrativo terminará por medio de una resolución dictada por el órgano administrativo competente, salvando los recursos establecidos por Ley.

*II. También podrán fin al procedimiento administrativo, el desistimiento la extinción del derecho, la renuncia al derecho en que se funden la solicitud y la **imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevivientes**" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

En el caso de autos, el Ente Regulador debió haberse pronunciado en sentido de que, al haberse dejado sin efecto la nota APS/DS/JTS/9792/2012 de fecha 10 de diciembre de 2012, el procedimiento administrativo se encontraba concluido en razón a la imposibilidad material de continuarlo, debido a que no existía acto vigente susceptible de impugnación en la oportunidad de resolverse el Recurso de Revocatoria, **evidenciándose nuevamente, que el Ente Regulador se ha abstraído del principio de legalidad y sometimiento pleno a la Ley.**

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, se ha llegado a la conclusión que no existe materia de Recurso, así como tampoco derechos vulnerados a la recurrente, por cuanto la

Resolución Administrativa recurrida que podría irrogarlos, fue dejada sin efecto por el Ente Regulador, con antelación a la interposición al Recurso de Revocatoria.

Que, la materia del presente recurso jerárquico tiene estricta y exclusiva relación con la nota APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012, que motivó la impugnación, la cual, al haber sido dejada sin efecto por el mismo órgano que la emitió, produce la extinción de sus efectos jurídicos y por tanto no permite continuar con el procedimiento de Recurso Jerárquico, el que, por dicha razón, corresponde darse por concluido.

Que, de conformidad con el artículo 51º, parágrafo II, de la Ley N° 2341 cde Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá dar por concluido cuando no exista la posibilidad jurídica de proseguirlo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- DECLARAR CONCLUIDO el proceso administrativo por extinción de su objeto y causa, emergente de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 116-2013 de fecha 15 de febrero de 2013, referida a la solicitud de autorización y registro del proyecto de Anexo inherente al cambio de Plan de Seguro de Vida Entera al Seguro de Vida Flexible, que fuera presentada por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** mediante nota NAVI-GR-0704/2012 de 15 de noviembre de 2012, y atendida negativamente mediante nota APS/DS/JTS/9792/2012 de 10 de diciembre de 2012, en razón de haberse esta última dejado sin efecto mediante nota APS/DJ/JTS/359/2013 de 14 de enero de 2013.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

MIRIAN MARGOT TORRES ARMAS

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/JPO/N°867/2012 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°048/2013 DE 19 DE JULIO DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 048/2013

La Paz, 19 de Julio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la Sra. **MIRIAN MARGOT TORRES ARMAS** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/JPO/N° 867-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 045/2013 de fecha 07 de junio de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 095/2013 de fecha 20 de junio de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 25 de marzo de 2013, la Sra. Mirian Margot Torres Armas, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/JPO/N° 867-2012 de 13 de noviembre de 2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, en fecha 28 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió el memorial correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por la Sra.

Mirian Margot Torres Armas, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/JPO/Nº 867-2012 de 13 de noviembre de 2012.

Que, mediante proveído de fecha 3 de abril de 2013, se comunica a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para que remita todos los antecedentes del proceso Recursivo Jerárquico, el cual es atendido mediante nota APS/DESP/DJ/4790/2013 de 5 de abril de 2012, recepcionado en el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros el 8 de abril de 2013.

Que, en fecha 16 de abril de 2013, se notifica a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con el proveído de 11 de abril de 2013, para que con carácter previo, remita la Resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria presentado por la Sra. Mirian Margot Torres Armas o en su caso certifique la inexistencia de la misma.

Que en fecha 17 de abril de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DESP/DJ/4972/2013, se pronunció en sentido de que no se tiene emitida la Resolución Administrativa que resuelva el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Sra. Mirian Margot Torres Armas.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 18 de abril 2013, notificado en fecha 24 de abril de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/JPO/Nº 867-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012.

CONSIDERANDO:

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/JPO/RAC/7185/2012 de 19 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, comunica a la Sra. Mirian Margot Torres Armas lo siguiente:

"...Nos dirigimos a usted en atención a sus notas presentadas a esta Autoridad, en las que consulta sobre (sic) trámite de Jubilación, incluido (sic) Proceso Coactivo Social iniciado por BBVA Previsión AFP S.A., al Kinder Flori Nicol.

Al respecto, la Administradora a requerimiento de esta, (sic) Autoridad ha informado con nota Cite PREV-OP 1380/2012 (sic) con remisión de antecedentes del caso, sobre la gestión de Acreditación de Aportes y el Proceso Coactivo Social al Empleador Kinder Flori Nicol, que se adjuntan a la presente.

Por lo expuesto, de acuerdo a lo manifestado por BBVA Previsión AFP S.A., el Proceso Coactivo Social está siendo desistido, debido a que actualmente el empleador no cuenta con deuda..."

Que mediante nota de 27 de septiembre de 2012, la Sra. Mirian Margot Torres Armas, solicita se eleve a rango de Resolución Administrativa, la nota APS/JPO/RAC/7185/2012 de 19 de septiembre de 2012.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/JPO/N° 867-2012 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/JPO/N° 867-2012 de 13 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, consigna en Resolución Administrativa la nota APS/JPO/RAC/7185/2012 de 19 de septiembre de 2012.

Los argumentos de la mencionada resolución, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que en fecha 14 de junio de 2012, la Sra. Mirian Margot Torres Armas con CUA 19909986, afiliada en BBVA Previsión AFP S.A., presenta su solicitud a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), expresando lo siguiente:

“...durante el mes de enero del presente año, he iniciado trámite de jubilación ante la AFP Previsión BBVA (sic), sin que hasta la fecha dicho trámite haya culminado, en virtud a que dicha AFP me ha informado que existen aportes en mi Estado de cuentas, que no pueden ser tomados en cuenta para efectos de mi jubilación.

He requerido a la AFP Previsión BBVA (sic) el motivo por el cual no se han tomado en cuenta los aportes que he efectuado por el periodo agosto de 2000 a diciembre de 2010, habiéndome hecho entrega de la carta con cite APS/DPC/CO/5636/2011 de fecha 14 de diciembre de 2011, en la que su Autoridad menciona que no es posible efectuar aportes por periodos pasados, salvo que la persona en cuestión sea Asegurada de la Minería Estatal, Socio Cooperativista Minero, Asegurado PMM o Consultor.

Considero que la consulta que la AFP Previsión (sic) ha efectuado a su Autoridad no ha sido bien formulada y ha dado lugar a una respuesta genérica, sin que se le haya explicado a su autoridad que lo que ha acontecido con mi caso particular, es que por el periodo antes mencionado, se ha procedido a regularizar la contribución correspondiente a la Cuenta Individual, más la prima de riesgo común, YA QUE DURANTE TODO EL PERIODO MENCIONADO, HE APORTADO TANTO LA PRIMA DE RIESGO PROFESIONAL, COMO LA COMISIÓN A LA AFP, situación que se puede evidenciar en mi Estado de Cuenta individual, donde se puede observar que he sido funcionaria del Kinder Flori Nicol durante todo el periodo pagando regularmente Y EN LOS PLAZOS PREVISTOS POR NORMA, las contribuciones correspondientes.

Comprendo que su Autoridad ha efectuado su pronunciamiento asumiendo que pueden existir personas que procedan a efectuar aportes por periodos pasados a objeto de incrementar su densidad de contribuciones al SIP de forma artificial y que consiguientemente no es pertinente admitirles contribuciones por periodos pasados, sin embargo su pronunciamiento no es correcto en mi caso, dado que yo demuestro en el Estado de Cuentas que adjunto, que he trabajado efectivamente durante

dicho periodo, situación que puede asimilarse al caso del Consultor, que puede pagar por periodos pasados, en la medida que demuestre que ha tenido una vinculación contractual con un determinado contratante y por la vigencia de dicho Contrato.

En mi caso he demostrado fehacientemente que he sido trabajadora del Kinder Flori Nicol por el periodo agosto de 2000 a diciembre 2010, por lo que solicito a su Autoridad autorizar a la AFP Previsión (sic) a proceder con mi trámite de jubilación considerando dichos periodos, de manera equivalente a como se ha autorizado por parte de su Autoridad mediante Resolución 432-2011 de 23 de noviembre de 2011 a los Consultores a pagar por periodos pasados."

Que mediante nota APS/UAC/4776/2012 de fecha 27 de junio de 2012, la APS requiere a BBVA Previsión AFP S.A. remita informe documentado sobre el caso, respecto a la cual, la AFP mediante nota PREV PR JUB 758/2012 de fecha 05 de julio de 2012 solicitó ampliación de plazo de 3 (tres) días hábiles administrativos.

Que posteriormente en fecha 11 de julio de 2012 mediante nota PREV PR JUB 773/2012, BBVA Previsión AFP S.A. responde la nota APS/UAC/4776/2012, informando que la Asegurada no se apersonó a las oficinas de la AFP a fin de informarle sobre el monto que debe reponer a su Cuenta de Ahorro Previsional por haber efectuado Retiros Mínimos.

Que en fecha 23 de julio de 2012 mediante nota APS/JPO/AC/5487/2012, se responde la solicitud de la Asegurada, insinuando se apersona a la AFP para que pueda ser informada respecto a su trámite.

Que al respecto la Asegurada Mirian Torres Armas, en fecha 03 de agosto de 2012, acusa recibo de la nota descrita en el anterior párrafo y señala que, su persona se habría hecho presente en diferentes oportunidades en la AFP a efectos de proseguir con el trámite de jubilación. Asimismo señala que la solicitud formulada no se ha referido al monto que debe reponer por haber llevado adelante el trámite de Retiros Mínimos, monto que conoce perfectamente, por lo que considera que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no atendió adecuadamente lo que habría solicitado y no ha resuelto en absoluto el problema planteado, por lo que reitera el requerimiento realizado mediante nota del 14 de junio de 2012.

Que en fecha 27 de agosto de 2012, la Asegurada reitera su solicitud de 14 de junio de 2012 a la APS reclamando respuesta a la problemática surgida en torno al trámite de jubilación inconcluso presentado en BBVA Previsión AFP S.A.

Que en ese contexto, se emite la nota APS/JPO/AC/6598/2012 de fecha 03 de septiembre de 2012 dirigida a la AFP, solicitando informe documentado sobre el trámite de jubilación de la Asegurada.

Que en fecha 10 de septiembre de 2012, la Entidad Gestora BBVA Previsión AFP S.A. por medio de nota PREV-OP 1087/2012, solicita ampliación de plazo de 3 (tres) días hábiles para emitir el informe documentado solicitado.

Que mediante nota PREV-OP 1380/2012 de fecha 12 de septiembre de 2012 la AFP informó lo siguiente:

“... ”

1. Detalle sobre la gestión de Acreditación.

- a) La señora Mirian Torres Armas, con cédula de identidad N°380375, se encuentra asegurada en esta Administradora con el CUA N° 19909986, y tiene una relación de dependencia laboral con el Kinder Flori Nicol.
- b) Cumpliendo lo establecido por el Artículo (sic) 21 de la Ley N°1732, su empleador pagó sus contribuciones como asegurada dependiente al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo a partir del mes de Mayo de 1997 a julio 2000, pagando la cotización del 10%, la prima de Riesgo Común del 2%, la prima de Riesgo Profesional del 2%, y la Comisión del 0,5%.
- c) La asegurada Mirian Torres Armas, en su calidad de Rentista del sistema de Reparto (menor de 65 años), **el 23 de agosto de 2000 gestionó la suspensión** de aportes al Seguro Social Obligatorio, **la cual entró en vigencia** a partir del periodo de **Agosto/2000**, conforme a normativa vigente.
- d) Durante los periodos de agosto 2000 a diciembre de 2010, su empleador **pagó únicamente la Prima de Riesgo Profesional y la Comisión**, conforme a la normativa de contribuciones y la decisión del afiliado en la suspensión de aportes.
- e) En fecha **17 de febrero de 2011**, sin que exista gestión de cobro alguno, el **Kinder Flori Nicol pagó la cotización obligatoria y la prima de Riesgo Común** por la asegurada Mirian Torres Armas **por los periodos de agosto 2000 a diciembre 2010**, periodos en los que la asegurada Mirian Torres tenía suspensión de pago de aportes. Estos nuevos periodos de aportes **al momento de acreditarse** en nuestro sistema informático **generó deuda real** a estas planillas, por los conceptos de Riesgo Profesional y comisión, puesto que la declaración del empleador la reportaba como dependiente normal.
- f) Realizado el análisis de los FPC, se determinó que éstos constituyen aportes en demasía por parte del empleador, porque la asegurada Mirian Torres cuenta con suspensión de aportes vigente desde el periodo de Agosto/2000.
- g) En virtud a la suspensión de Aportes con la que cuenta la señora Mirian Torres, los aportes cancelados por el empleador no pueden ser acreditados a su Cuenta de Ahorro Previsional. Ante la eventualidad, de que la asegurada decidiera aportar nuevamente al sistema, debería formalizar su decisión en forma escrita y la misma entraría en vigencia a partir de que la Administradora recibe la solicitud previo conocimiento del empleador.

2. Detalle de notas emitidas a la Asegurada:

Se remiten copias de las notas: PREV GR LOTE3695 DC 31061/11/11, PREV GR LOTE3956 DC 33399/12/11, OP NOT 03/01/2012.

3. Actuaciones sobre proceso coactivo social (sic)

Al acreditarse los aportes efectuados por el empleador en fecha 17/02/2011 (de acuerdo al punto 1 inciso e), se produjo una gestión de cobro por la deuda real que estas planillas generaron, la cual derivó en un proceso coactivo social (sic).

Luego del análisis realizado y al identificar que los aportes que estaban generando deuda real eran los efectuados por el empleador en fecha 17/02/2011, **se efectuó la desacreditaron** (sic) de estas planillas, por lo que actualmente el **empleador no cuenta con deuda**, ya que los aportes cancelados en manera oportuna están correctamente acreditados.

En este sentido, **el Proceso Coactivo Social está siendo desistido y los aportes cancelados el 17/02/2011 están siendo considerados como contribuciones en exceso**, ya que existe una decisión del asegurado para no aportar en esos periodos." (Las negrillas son nuestras)

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, mediante nota APS/JPO/RAC/7185/2012 de 19 de septiembre de 2012, se dirige a la señora Mirian Margot Torres Armas, comunicando lo siguiente:

"Al respecto, la Administradora a requerimiento de esta, autoridad ha informado con nota Cite PREV-OP 1380/2012 con remisión de antecedentes del caso, sobre la gestión de Acreditación de Aportes y el Proceso Coactivo Social al Empleador Kinder Fiori Nicol, que se adjuntan a la presente.

Por lo expuesto, de acuerdo a lo manifestado por BBVA Previsión AFP S.A., el Proceso Coactivo Social está siendo desistido, debido a que actualmente el empleador no cuenta con deuda.

Esta Autoridad queda a su disposición para cualquier consulta adicional que usted pudiese precisar."

Que la señora Mirian Margot Torres Armas mediante nota de 27 de septiembre de 2012, solicita se consigne la carta APS/JPO/RAC/7185/2012 en Resolución Administrativa, argumentando lo siguiente:

"Debo hacerle notar que pese a la claridad de los requerimientos efectuados en mis notas de fechas 14 de junio y 3 de agosto de 2012, su autoridad responde de manera incompleta, adjuntando a su respuesta inclusive notas con falsificación de mi firma, como la nota PREV-GR-LOTE3956-DC-333999/12/11, sin que se haya efectuado por parte de su entidad un mínimo de análisis de la documentación proporcionada por la AFP Previsión BBVA (sic).

Siendo que se está vulnerando una serie de mis derechos, establecidos en la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, como ser la dilación que le ha dado su Autoridad a mi trámite (Artículo 4, inciso j), dados los más de tres meses transcurridos desde mi primera carta, sin que se haya revisado que su respuesta contenga una respuesta a los elementos solicitados en mis notas anteriores y la falta de respuesta fundada y motivada a las peticiones formuladas (Artículo 16, inciso h), dado que su carta simplemente omite hacer referencia a mi trámite de jubilación, y da respuesta sólo al tema del proceso iniciado injustificadamente contra mi empleador, **solicito se sirva consignar en Resolución Administrativa el contenido de la nota APS/JPO/RAC/7185/2012, en el marco de lo establecido en la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo y normas complementarias y sea en el plazo establecido normativamente."**

Que mediante nota APS/JPO/RAC/7649/2012 de 03 de octubre de 2012 se solicitó a BBVA Previsión AFP S.A. informe documentado, conteniendo al menos lo siguiente:

“(…)

- Detalle de forma específica y documentada sobre la gestión y trámites para otorgación de una posible Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez, llevadas adelante por la Asegurada y respuestas otorgadas a sus solicitudes,
- Cálculo y componentes para el acceso a Pensión de Vejez o Solidaria de Vejez, si corresponde (Adjuntar la hoja de cálculo),
- Estado de Ahorro Previsional a la fecha.
- Detalle sobre trámite de Retiros Mínimos y cálculo a la fecha sobre posible devolución de los mismos, si corresponde.
- Franquear fotocopias legalizadas de notas cites: PREV-GR-LOTES3695-DC-31061/11/11, PREV-GR-LOTE3956-DC-33399/12/11 (adjuntar fotocopia de Documento de Identidad de persona que fue notificada), OP NOT 03/01 2012 y PREV OP 1380/2012 remitidas a esta Autoridad.
- Otra información respecto al caso que la AFP considere relevante.”

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Auto de 09 de octubre de 2012, requirió lo siguiente:

“**PRIMERO.-** Se determina la apertura del término de prueba, por diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir de la notificación con el presente Auto, para que la Sra. Mirian Margot Torres Armas presente la documentación señalada en su nota de 14 de junio de 2012, como ser: Boletas de pago de los periodos que señala, memorándum, contrato de trabajo y otra que considere conveniente a objeto de respaldar su pretensión.

SEGUNDO.- Dentro del término probatorio aperturado, BBVA Previsión AFP S.A. deberá pronunciarse puntualmente sobre las dos notas presentadas por la Sra. Mirian Margot Torres Armas en fecha 14 de junio y 03 de agosto de 2012 respectivamente, adjunto al presente Auto.”

Que en fecha 15 de octubre de 2012, en respuesta a la nota APS/JPO/RAC/7649/2012 de 03 de octubre de 2012, mediante nota PRV PR JUB 1142/2012 de 11 de octubre de 2012, la AFP informó lo siguiente:

“(…)

- La Asegurada de referencia no se ha presentando por nuestra Administradora a objeto de darle continuidad a su solicitud.
- La Asegurada no accede a la Pensión Solidaria de Vejez ya que realizó (sic) Retiros Mínimos de su cuenta de ahorro previsional, y a pesar de las gestiones efectuadas, la Asegurada no se apersono (sic) por nuestras oficinas para que se le informe el monto que debe reponer.
- Así mismo le informo (sic) que los aportes mencionados por la Asegurada efectuados por (sic) Kinder Flori Nicol que corresponden a los periodos agosto 2000

a diciembre 2010 no cuentan con el 10% de cotización obligatoria, motivo por el cual estos periodos no fueron considerados para el calculo (sic)."

Que esta Autoridad reiteró la instrucción de informe documentado a la Gestora con nota APS/JPO/RAC/8183/2012 de fecha 18 de octubre de 2012, respecto a información y documentación no remitida anteriormente:

"(...)

1. Estado de Ahorro Previsional actualizado a la fecha.
2. Detalle el cálculo a la fecha sobre posible devolución de Retiros Mínimos de la Asegurada.
3. Franquear fotocopias legalizadas de notas cites: PREV-GR-LOTES3695-DC-31061/11/11, PREV-GR-LOTE3956-DC-33399/12/11 (adjuntar fotocopia de Documento de Identidad de persona que fue notificada), OP NOT 03/01 2012 y PREV OP 1380/2012 remitidas a esta Autoridad.
4. Otra información respecto al caso que la AFP considere relevante."

Que BBVA Previsión AFP S.A. con nota PREV PR JUB 1211/2012 de fecha 30 de octubre de 2012, remite la siguiente documentación:

- Estado de Ahorro Previsional, actualizado a la fecha (30/10/2012).
- Detalle del Cálculo a la fecha considerando posible devolución de Retiros Mínimos.
- Fotocopia legalizada de notas cites PREV-GR-LOTES 3695-DC31061/11/11 y PREV-GR-LOTESA3956-DC-33399/12/11.

Que con respecto al Auto de 09 de octubre de 2012, la Asegurada Mirian Torres Armas mediante nota de 26 de octubre de 2012, remite la siguiente documentación:

- Finiquito de 22 de diciembre de 2008.
- Finiquito de 20 de diciembre de 2010
- Finiquito de 29 de diciembre de 2011.
- Certificado de Trabajo expedido por el Kinder Flori Nicol de 26 de octubre de 2012.

Que por otro lado, la Asegurada en su nota de 26 de octubre de 2012, ha señalado lo siguiente:

"Hago referencia al Auto referido a mi solicitud, que se me ha notificado el día 16 de octubre, para hacer llegar a su Autoridad lo siguiente:

1. Finiquitos elaborados en el Formulario del Ministerio de Trabajo en copia, según el siguiente detalle:
 - a. Finiquito sellado por el Ministerio de Trabajo en fecha 26 de diciembre de 2008, donde se me ha pagado indemnización correspondiente a tres años, dado que el Kinder Flori Nicol tiene por política liquidar la indemnización anual cada cierto tiempo, donde se puede apreciar en los Datos Generales, que mi fecha de ingreso a dicha entidad ha sido el 17 de febrero de 1992 y la Fecha de Retiro el 31 de diciembre de 2008, lo que implicaba que mi Tiempo de Servicio,

tal como está establecido en el mismo Formulario era a esa fecha de DIECISÉIS AÑOS, DIEZ MESES Y ONCE DÍAS. Hago notar que en el mismo formulario se resalta que la indemnización al 31.12.06 se pagó en febrero de 2006, habiéndose me mantenido el contrato de forma ininterrumpida desde el año 1992.

- b. Finiquito sellado por el Ministerio de Trabajo en fecha 20 de diciembre de 2010, donde se me ha pagado indemnización correspondiente a dos años, del 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2010.
- c. Finiquito sellado por el Ministerio de Trabajo con número correlativo 00045 de fecha 29 de diciembre de 2011, donde se me ha pagado indemnización correspondiente al año 2011.

Los Finiquitos adjuntos corroboran mi relación laboral ininterrumpida desde febrero del año 1992 hasta diciembre del año 2011, situación que se puede evidenciar en mi Estado de cuenta individual de la AFP, donde se consignan aportes efectuados desde mayo de 1997.

- 2. Certificado de Trabajo extendido por el Kinder Flori Nicol, donde se hace constar mi relación laboral con dicha entidad desde el 17 de febrero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 2011.

Con relación a la carta de la AFP Previsión (sic) PREV-OP 1380 de 12 de septiembre de 2012, que su entidad ha adjuntado a la nota APS/JPO/RAC/7185/2012, corresponde efectuar las siguientes precisiones:

(...)

La última frase del inciso e) de la carta de la AFP es falsa, ya que en las planillas en las que se pagaron los aportes de Riesgo Común y a la Cuenta Individual (completando los aportes correspondientes a la Prima de Riesgo Profesional y Comisión), la propia AFP consignó a tiempo de liquidarlas la leyenda "pago por jubilados y extranjeros", por tanto no se ha reportado a mi persona como dependiente normal.

Debo hacer notar que estas planillas fueron previamente revisadas y visadas por la AFP Previsión (sic), ya que como es de conocimiento de su Autoridad, en caso de planillas con intereses, los bancos que reciben los pagos, exigen que los formularios estén Verificados previamente por la AFP, lo que demuestra que la AFP no ha acreditado correctamente planillas que se encontraban debidamente identificadas para que se haga una acreditación especial de los aportes complementarios, no siendo mi culpa que los mismos no se hayan acreditado correctamente y se haya generado "deuda real" a los pagos, ya que la AFP debió efectuar una acreditación especial de los aportes complementarios referidos a la prima de Riesgo Común y a la Cuenta Individual."

CONSIDERANDO:

Que de la revisión a la información y documentación atinente al caso, se tiene lo siguiente:

Respecto a la acreditación de los periodos agosto/2000 a diciembre/2010:

- La Asegurada Mirian Torres Armas, en su calidad de rentista del sistema de Reparto (menor de 65 años), el 23 de agosto de 2000 gestionó la suspensión de aportes al Seguro Social Obligatorio, la cual entró en vigencia a partir del periodo Agosto/2000, según se tiene informado por la AFP.
- En fecha 17 de febrero de 2011, sin que exista gestión de cobro alguno, el Kinder Flori Nicol pagó en la entidad bancaria y con conocimiento de la AFP, la cotización y la prima de Riesgo Común por la Asegurada Mirian Torres Armas, por los periodos de agosto 2000 a diciembre 2010, en los que la Asegurada Mirian Torres tenía suspensión de pago de aportes.
- Según el Informe de la AFP, se determinó que estas contribuciones se constituyen en demasía por parte del Empleador, porque la Asegurada Mirian Torres contaba con suspensión de aportes vigente desde el periodo de Agosto/2000, la cual se mantuvo hasta la finalización de la relación laboral con el Empleador, la cual según Certificado de Trabajo fue hasta el 31 de diciembre de 2011.
- Asimismo la AFP en virtud a la suspensión señalada con la que contaba la señora Mirian Torres, los aportes pagados por el Empleador no debían ser acreditados a la Cuenta de Ahorro Previsional de la Asegurada, criterio que comparte esta Autoridad, tal como se tiene del Estado de Ahorro Previsional emitido el 13 de diciembre de 2011. Ante la eventualidad, de que la Asegurada hubiera decidido aportar nuevamente al Sistema Integral de Pensiones, debía haber formalizado ésta en forma escrita ante su Empleador o AFP, para que la misma sea considerada; sin embargo en los antecedentes del presente trámite, no consta documentación alguna que demuestre que la Asegurada hubiese presentado solicitud para levantar la suspensión de aportes requerida el año 2000, pese a que durante el término de prueba se requirió la presentación de documentación que respalde la pretensión de la Asegurada.

Respecto al trámite de jubilación:

- La Asegurada por el momento no podría aún acceder a la Pensión Solidaria de Vejez, ya que realizó Retiros Mínimos de su Cuenta de Ahorro Previsional, y a pesar de las gestiones efectuadas por la AFP la Asegurada no se apersonó para que se le informe el monto a reponer y posibilitar la otorgación de una prestación de Vejez en el Sistema Integral de Pensiones, previo cumplimiento de requisitos.

Respecto al Proceso Coactivo Social:

- Al haber acreditado la AFP los aportes efectuados por el Empleador dio lugar a la gestión de cobro, derivando en el inicio del Proceso Coactivo Social, que no correspondía su inicio considerando que estos periodos imputados en la Nota de Débito eran inconsistentes y la solicitud de suspensión de aportes vigente.
- Posteriormente, la AFP verificó que los aportes efectuados en exceso por el Empleador, estaban generando deuda motivo por el que la AFP efectuó la desacreditación de estas planillas y desistió del proceso, toda vez que no correspondía la retención de aportes de la Asegurada, en virtud a la solicitud de suspensión de aportes que la misma presentó el año 2000. De esta manera, el Empleador actualmente no cuenta con deuda y el Proceso Coactivo Social fue

desistido, por lo que aportes cancelados están siendo considerados como contribuciones en exceso.

Respecto a la documentación aportada mediante nota de 26 de octubre de 2012:

- Los Formularios de Finiquito N° 15266 de 22 de diciembre de 2008 suscrito por conclusión de gestión, el N° 20526 de 20 de diciembre de 2010 signado por retiro voluntario y el N° 45 de 29 de diciembre de 2011 firmado por retiro voluntario, emitidos por el Ministerio de Trabajo, son pruebas fehacientes que demuestran la relación laboral entre el Empleador Kinder Flori Nicol y la Asegurada Mirian Torres Armas, por los periodos de tiempo insertos de manera individual en cada Formulario.

Sin embargo, estos documentos no modifican la situación de la Asegurada, respecto a la suspensión de aportes al Seguro Social Obligatorio que comprendía los periodos entre agosto/2000 hasta diciembre/2010 y en forma posterior la suspensión de aportes al Sistema Integral de Pensiones; porque como se manifestó anteriormente, existe una solicitud de la Asegurada que requería la suspensión de aportes atendida por la AFP y, para levantar dicha medida era y es necesario, que la interesada manifieste su decisión de aportar nuevamente al Sistema Integral de Pensiones. Entonces, al no haberse demostrado tal extremo, no correspondía la retención de los aportes de la Asegurada por parte del Empleador o su acreditación por la AFP, aún cuando estos hayan sido pagados.

- Con relación al Certificado de Trabajo de 26 de octubre de 2012, se realiza la misma observación que con los Finiquitos, pues es un documento que prueba la existencia de la relación laboral desde el 17 de febrero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 2010 y desde el 1ro. de febrero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011, entre el Empleador Kinder Flori Nicol y la Asegurada Mirian Torres Armas y que coincide con los finiquitos en cuanto a la duración de la relación laboral; pero no tienen relación con la suspensión del pago de aportes a la Seguridad Social.

Que asimismo es pertinente señalar que, la Asegurada no señala en forma precisa que derecho habría sido vulnerado. Al respecto, esta Autoridad considera no haber vulnerado ningún derecho de la Asegurada, sino que más bien ha procurado contar con toda la información y documentación posible para proceder a su análisis, en resguardo de los derechos de la Asegurada, hecho que es demostrable a través de las siguientes notas cursadas a la AFP: APS/UAC/4776/2012 de 27 de junio de 2012, APS/JPO/AC/5487/2012 de 23 de julio de 2012, APS/JPO/AC/6598/2012 de 03 de septiembre de 2012, APS/JPO/RAC/7185/2012 de 19 de septiembre de 2012, APS/JPO/RAC/7649/2012 de 03 de octubre de 2012, APS/JPO/RAC/8183/2012 de 18 de octubre de 2012. Consiguientemente se considera que no hubo dilación alguna.

Que por lo señalado, es razonable pensar que esta Autoridad ha actuado conforme manda y establecen los principios que guían su accionar, con sometimiento pleno a la Ley, asegurando el debido proceso, motivo por el cual se ha requerido a la AFP la documentación e información necesarias, para analizar la misma y pronunciarse en base a hechos reales y demostrables, sin intención de favorecer o perjudicar a la Asegurada, en aplicación al principio de imparcialidad.

Que por otra parte es pertinente señalar que dentro del trámite revisado no se advirtió la vulneración de derechos de la Asegurada, la existencia de cierta demora se ha debido a la numerosa correspondencia de solicitud de información que era necesaria para el análisis de la casuística presentada, lo que no significa una vulneración de derechos.

Que finalmente, se considera que de conformidad con el artículo 16 incisos a) y b) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, la Asegurada tiene derecho a formular peticiones, así como a solicitar que se consigne en Resolución Administrativa la nota APS/JPO/RAC/7185/2012 de 19 de septiembre de 2012, para los fines que considere pertinentes, por lo que corresponde atender la referida solicitud de consignación, en el marco de lo establecido por el artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003....”

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 12 de diciembre de 2012, la Sra. Mirian Torres Armas, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/JPO/N° 867-2012 de 13 de noviembre de 2012, con los siguientes argumentos:

“...1.- Respecto a los criterios de la APS en relación a la acreditación de los periodos agosto/2000 a diciembre/2010:

Dice la APS en el último punto de su pronunciamiento sobre este aspecto lo siguiente:

"Asimismo la AFP en virtud o lo suspensión señalada con la que contaba la Señora Mirian Torres, los aportes pagados por el Empleador no debían ser acreditados a la Cuenta de Ahorro Previsional de la Asegurada, criterio que comparte esta Autoridad, tal como se tiene del Estado de Ahorro Previsional emitido el 13 de diciembre de 2011. Ante la eventualidad, de que la Asegurada hubiera decidido aportar nuevamente al Sistema Integral de Pensiones, debía haber formalizado ésta en forma escrita ante su Empleador o AFP, para que la misma sea considerada; sin embargo en los antecedentes del presente trámite, no consta documentación alguna que demuestre que la Asegurada hubiese presentado solicitud para levantar la suspensión de aportes requerida el año 2000, pese a que durante el termino (sic) de prueba se requirió la presentación de documentación que respalde la pretensión de la Asegurada."

Sobre el particular, corresponde hacer notar a la APS que mi decisión de levantar la suspensión de aportes se evidencia en el pago de las Cotizaciones Mensuales (10%), y Primas de Riesgo Común (1,71%) por el periodo Agosto 2000 hasta diciembre de 2011, mismas que se han efectuado en el Formulario de Pago de Contribuciones normado por el propio organismo regulador, por lo que llama la atención que ahora la APS manifieste que no se ha formalizado mi decisión de aportar.

Adicionalmente, de manera totalmente impertinente la APS aduce a que pese a que requirió la presentación de documentación que respalde mi pretensión con el Auto de 9 de octubre de 2012, mi persona no proporcionó la solicitud de levantar la suspensión de aportes, cuando el Auto mencionado tenía como objeto requerir información acerca de mi situación laboral durante el periodo aludido, como se transcribe a continuación.

"Se determina la apertura del término de prueba, por diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir de la notificación con el presente Auto, para que la Señora Miriam (sic) Margot Torres Armas **presente la documentación señalada en su nota de 14 de junio de 2012**, como ser: Boletas de pago de los periodos que señala, memorándum, contrato de trabajo y otra que considere conveniente a objeto de respaldar su pretensión."

En mi nota de 14 de junio, he hecho mención a que se me debe admitir efectuar los aportes de regularización por el periodo Agosto 2000 a diciembre 2010, dado que he demostrado fehacientemente ser dependiente del Kinder Flori Nicol durante dicho periodo, situación por la que se requirió que presente los respaldos de mi relación laboral, por lo que no es cierto que en el Auto de 9 de octubre de 2012, se me hubiera requerido que presente alguna solicitud de levantar la suspensión de aportes, sino facilitar documentación que acredite mi condición de dependencia laboral, consiguientemente su Autoridad no obra adecuadamente al aducir que no se presentó documentación que en realidad nunca se requirió con anterioridad. Por otra parte, tampoco su Autoridad puede decir que yo no hubiera "formalizado" mi decisión de levantar la suspensión de aportes, cuando dicha decisión, se encuentra plasmada en el pago de las contribuciones realizadas nada menos que en los correspondientes Formularios de Pago de Contribuciones, Formularios Autorizado por la APS, mismos que fueron revisados y aprobados por la AFP Previsión antes de ser pagados.

Ahora bien, habiendo aclarado estos elementos, corresponde reiterar que los aportes que he efectuado por el periodo Agosto 2000 a Diciembre 2010, deben ser considerados para el cálculo de mi potencial jubilación, dado que como he manifestado desde el principio de las comunicaciones que he dirigido a la APS, no existe ninguna normativa que me prohíba reintegrar dichos aportes a mi cuenta individual y la prima de riesgo común por el periodo antes mencionado, periodo en el que he demostrado de forma fehaciente mi relación de dependencia laboral.

2.- Respecto a los criterios de la APS en relación al trámite de jubilación

Dice la APS en su pronunciamiento sobre este aspecto lo siguiente:

"La Asegurada por el momento no podría aún acceder a la Pensión Solidaria de Vejez, ya que realizó Retiros Mínimos de su Cuenta de Ahorro previsional, y a pesar de las gestiones efectuadas por la AFP la asegurada no se apersonó para que se le informe el monto a reponer y posibilitar la otorgación de una prestación de Vejez en el Sistema Integral de Pensiones, previo cumplimiento de requisitos."

Sobre el particular, sorprenden las afirmaciones de la APS, ya que se sustentan exclusivamente en las declaraciones de la AFP, dando por cierto lo que dicha AFP ha manifestado, desconociendo por completo lo que se le ha informado mediante mi nota de fecha 3 de agosto del presente año, recibida por la APS en la misma fecha, donde le he informado que me he apersonado por dicha entidad durante el mes de junio, momento en el cual me han devuelto el original de mi carta de fecha 19 de enero de 2012 (adjunto fotocopia de dicha carta, que puedo exhibir en original en cualquier momento), junto a los Formularios de Pago también originales que se entregaron adjuntos a la carta antes mencionada.

También en dicha carta le hice conocer a la APS que el monto a reponer por Retiros mínimos era de mi conocimiento ya que en otra visita a la AFP me informaron que dicho monto ascendía a Bs. 29.000.

Consiguientemente, queda claro que la APS sin el menor escrúpulo me acusa de mentir y sustenta su acusación en información de la AFP, información que es claramente falsa, ya que de otra manera ¿cómo es que poseo el original de una carta que en su momento fue entregada en calidad de original a la AFP?, o ¿cómo es que conozco el monto que me informaron en dicha entidad debía reponer por haber efectuado los retiros mínimos?

Tal como he mencionado en mi comunicación anterior, la información que proporciona la AFP presenta serios vicios, como la falsificación de mi firma en la carta PREV-GR-LOTE3956-DC-333999/12/11, denuncia que por cierto no ha merecido ningún pronunciamiento por parte de su entidad, situación señor Director que en su momento será objeto de otro tipo de procedimientos, dado que resulta inaceptable esta forma de proceder.

Con base en lo anterior, de acuerdo a la normativa legal vigente, requiero a su Autoridad se sirva Revocar la Resolución Administrativa impugnada, e instruir a la AFP Previsión la inmediata acreditación de los pagos por concepto de Cotización a mi cuenta individual y la prima de riesgo común, ya que ninguna norma me impide efectuar tal regularización, dado que he demostrado de forma por demás amplia mi vinculación laboral con el Kinder Flori Nicol por el mencionado periodo y proceder una vez efectuada dicha acreditación con mi trámite de jubilación..."

Mediante Auto de 11 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, solicitó la presentación de documentación a la Sra. Mirian Margot Torres Armas y a BBVA Previsión AFP S.A., la cual es atendida por la Asegurada mediante nota de fecha 4 de febrero de 2013 y mediante memorial presentado por BBVA Previsión AFP S.A. el 13 de marzo de 2013.

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 25 de marzo de 2013, la Sra. Mirian Margot Torres Armas, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/JPO/Nº 867-2012 de 13 de noviembre de 2012, argumentado lo siguiente:

"...En fecha 12 de diciembre de 2012, he presentado Recurso de Revocatoria en contra de la Resolución Administrativa APS/DJ/JPO/No. 867 de 13 de noviembre de 2012, debiendo la APS haberse pronunciado acerca del mismo a más tardar el día 11 de enero de 2013 y consiguientemente haberme notificado a más tardar el día 18 de enero de 2013 con la Resolución Administrativa correspondiente.

En fecha 18 de enero de 2013, en una nueva demostración de la acción dilatoria de la APS en cuanto a mi caso, situación que se puede apreciar en la simple revisión de los antecedentes de mi caso, cuyo primer reclamo data del 14 de junio del año 2012, dicha entidad me notifica con un Auto fechado el día 11 de enero de 2013, requiriendo lo siguiente:

"PRIMERO.- I. Requerir a la señora Mirian Torres Armas para que en plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir de la notificación con el presente Auto, cumpla con la forma de presentación del Recurso de Revocatoria y subsane la denominación correcta de la Resolución Administrativa que impugna, bajo apercibimiento de rechazo del recurso.

II. En el mismo plazo, la señora Mirian Margot Torres Armas debe presentar la siguiente documentación:

1. Copia con sello de recepción de la solicitud dirigida a la AFP con la que requiere se levante la suspensión de aportes.
2. Aclarar su condición de independiente o dependiente del Empleador - Kinder Flori Nicols (sic), durante las gestiones de agosto/2000 a diciembre/2010 dado que en las notas presentadas señala ser dependiente y en el recurso ser independiente.

SEGUNDO.- Correr en traslado el recurso de revocatoria a BBVA Previsión AFP S.A., para que se pronuncie y presente informe documentado dentro de los diez (10) días hábiles administrativos de notificado con el presenta Auto, respecto a todos los cuestionamientos planteados por la Señora Mirian Torres Armas en su Recurso de Revocatoria. Asimismo deberá presentar copia de los FPC aludidos por la recurrente en caso de contar con los mismos, debiendo explicar el cobro de las cotizaciones mensuales del 10%, Primas de Riesgo Común, Prima por Riesgo profesional y la comisión de la AFP por los periodos agosto/2000 (sic) hasta diciembre/2011, cuando existía la suspensión de aportes, presentada por la recurrente.

Asimismo, deberá remitir copia de la nota de solicitud de suspensión de pago de aportes efectuada por la Asegurada Mirian Torres Armas, así como la nota de solicitud de la misma para levantar la suspensión de aportes."

En fecha 4 de febrero de 2013, dentro el plazo establecido por la APS, he respondido al Auto de fecha 11 de enero.

Con base en lo anterior, corresponde que el cómputo del plazo para que dicha entidad se pronuncie acerca del Recurso de Revocatoria, se efectúe a partir de dicha fecha, consiguientemente, el plazo para la emisión de la Resolución correspondiente ha fenecido el día 6 de marzo del presente año, y el plazo para notificarme vencía el día 13 de marzo.

Habiendo transcurrido el plazo previsto en el Artículo (sic) 49 del Decreto Supremo 27175, sin que la APS se haya pronunciado sobre el Recurso de Revocatoria planteado por mi persona, procedo a presentar Recurso Jerárquico sobre la Resolución Administrativa antes citada.

PETICIÓN

De acuerdo a lo anterior y en base a las normas citadas precedentemente y al amparo del Art. 52 y siguientes del D.S. 27175, interpongo Recurso Jerárquico en contra de la Resolución Administrativa Resolución Administrativa APS/DJ/JPO/No. 867 de 13 de noviembre de 2012 y requiero a su autoridad se sirva remitir los antecedentes correspondientes al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en el plazo establecido en la norma vigente, para que sea dicha entidad la que proceda conforme a ley..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/JPO/RAC/7185/2012 de 19 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, atendió la consulta realizada por la Sra. Mirian Margot Torres Armas, sobre el trámite de Jubilación y Proceso Coactivo Social iniciado por BBVA Previsión AFP S.A. contra el Kinder Flori Nicol, señalando que de acuerdo a lo manifestado por la AFP, el Proceso Coactivo Social estaba siendo desistido, debido a que el empleador no contaba con deuda.

Mediante nota de 27 de septiembre de 2012, la Sra. Mirian Margot Torres Armas, solicita se eleve a rango de Resolución Administrativa la nota APS/JPO/RAC/7185/2012 de 19 de septiembre de 2012.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/JPO/Nº 867-2012 de 13 de noviembre de 2012, consigna en Resolución Administrativa la nota APS/JPO/RAC/7185/2012 de 19 de septiembre de 2012, la cual es recurrida por la Sra. Mirian Margot Torres Armas en fecha 12 de diciembre de 2012.

Mediante memorial presentado el 25 de marzo de 2013, la Sra. Mirian Margot Torres Armas, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/JPO/Nº 867-2012, alegando silencio administrativo, al no existir ningún pronunciamiento por parte de la Entidad Reguladora, y al haberse cumplido los plazos establecidos para resolver el Recurso de Revocatoria.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En primer término, corresponde revisar la normativa administrativa aplicable al caso de autos, para luego ingresar al control de legalidad correspondiente.

Es así que tenemos:

2.1. Normativa Aplicable.-

- **Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 (Reglamento a Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI):**

“ARTICULO 46.- (Impugnación con Recurso de Revocatoria) Las Resoluciones Administrativas de las Superintendencias Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió.

Artículo 47.- (Procedencia)

- I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento.

(...)

Artículo 48.- (interposición) El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la Resolución impugnada.

Artículo 49.- (Tramitación y Plazo) La Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria tendrá un plazo de veinte (20) días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

Artículo 50.- (Prueba)

- I. El Superintendente Sectorial podrá disponer la producción de **prueba de oficio** o a solicitud de parte, cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso. Esta apertura deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles administrativos de interpuesto el recurso y el periodo de prueba no deberá exceder los cinco (5) días hábiles administrativos desde su apertura.
- II. Producida la prueba dentro de los cinco días, el Superintendente Sectorial **resolverá el recurso en el plazo señalado a partir del vencimiento del plazo para la presentación de la pruebas.**

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

(...)

Artículo 51.- (Impugnación Jerárquica y Silencio Administrativo Negativo)

(...)

- II. Si al vencimiento del plazo para pronunciarse sobre el recurso de revocatoria el Superintendente Sectorial no dicta la resolución correspondiente, este hecho producirá los efectos de la resolución confirmatoria total, habilitando el recurso de revocatoria, bajo responsabilidad del Superintendente Sectorial..."

2.2. De la tramitación del proceso.-

Revisado el expediente de autos, se tienen los siguientes antecedentes:

- En fecha 13 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emite la Resolución Administrativa APS/DJ/JPO/Nº 867-2012, misma que es notificada a la Sra. Mirian Margot Torres Armas en fecha **20 de noviembre de 2012**, dentro del plazo establecido en normativa vigente.
- Mediante nota de fecha 11 de diciembre de 2012, recepcionada en la Entidad Reguladora el **12 de diciembre de 2012** (dentro del plazo de quince (15) días hábiles administrativos establecidos en norma), la Sra. Mirian Margot Torres Armas interpone

Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/JPO/Nº 867-2012 de 13 de noviembre de 2012.

- La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, transcurridos los veinte (20) días hábiles administrativos desde la interposición del Recurso de Revocatoria, emite en fecha **11 de enero de 2013**, Auto de apertura de término de prueba otorgando diez (10) días hábiles administrativos para su atención.
- El señalado Auto es notificado el **18 de enero de 2013** a la Sra. Mirian Margot Torres Armas (al quinto día hábil administrativo de su emisión) y el **28 de febrero de 2013** a Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A. (treinta y un (31) días hábiles administrativos siguientes de la emisión del auto de fecha 11 de enero de 2013).
- En fecha **4 de febrero de 2013**, dentro de los diez (10) días hábiles administrativos otorgados para la presentación de prueba, la Sra. Mirian Margot Torres Armas, responde el Auto de fecha 11 de enero de 2013.
- BBVA Previsión AFP S.A. mediante memorial de **13 de marzo de 2013** (un día antes del vencimiento del plazo otorgado mediante Auto de 11 de enero de 2013), presenta sus alegatos y la documentación solicitada.
- En fecha **25 de marzo de 2013** la Sra. Mirian Margot Torres Armas interpone Recurso Jerárquico, señalando silencio administrativo (a los sesenta y ocho (68) días de haberse interpuesto Recurso de Revocatoria.)

Nótese en este punto que el Auto de apertura de prueba, es emitido el último día para emitir Resolución que Resuelva el Recurso de Revocatoria, es decir a los veinte (20) días transcurridos desde la interposición del Recurso.

Que, el artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27175 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, refiere:

“Artículo 32.- (Plazos). *Los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y obligatorios para los Superintendentes del SIREFI, así como para los sujetos regulados y personas interesadas...*”

“Artículo 33.- (Cómputo de Plazos).

- I. Los plazos comenzarán a correr a partir del día hábil administrativo siguiente al de la notificación con las resoluciones, o del día de la celebración del acto administrativo. El cómputo de los plazos fenecerá la última hora hábil del día del vencimiento del plazo...*”

De la norma transcrita, se tiene que la Autoridad de Fiscalización, debe tomar en cuenta que los plazos establecidos son máximos y obligatorios, por lo que deben ser cumplidos tanto por los regulados, como por los Entes Reguladores, por consiguiente emitirse o notificarse los actos administrativos fuera de los plazos establecidos en la norma, caso contrario se está trasgrediendo el principio de legalidad.

Ahora bien, siguiendo la compulsa del expediente, se tiene que si bien la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emite en fecha 11 de enero de 2013 el Auto de apertura de término de prueba, otorgando un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, el mismo es notificado el 18 de enero de 2013 a la Sra. Mirian Margot Torres

Armas y el 28 de febrero de 2013 a Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A. (31 días hábiles administrativos de haberse emitido el Auto).

Al respecto, la Ley del Procedimiento Administrativo, en su artículo 33 párrafo III, señala que:

*“...III. La notificación deberá ser realizada **en el plazo máximo de cinco (5) días a partir de la fecha en la que el acto haya sido dictado** y deberá contener el texto íntegro del mismo...”*

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

Por lo que en el caso de autos y conforme lo señala la norma, correspondía que se notifique al tercer interesado, Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A., con el Auto de apertura de término de prueba, hasta el 18 de enero de 2013, es decir cinco (5) días hábiles administrativos después de su emisión, sin embargo, tal como se señaló fue notificado recién el 28 de febrero de 2013.

Que el hecho de que el Ente Regulador, haya notificado al tercer interesado (Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A.), **31 días hábiles después de haberse emitido el Auto de apertura de prueba**, ha dado lugar a que se incumpla lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo y que se vulneren los Principios de Legalidad y Sometimiento Pleno a la Ley.

2.3. En cuanto al silencio administrativo.-

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no habría emitido pronunciamiento respecto al Recurso de Revocatoria presentado en fecha 12 de diciembre de 2012, hecho que habría dado lugar al silencio administrativo.

Al respecto, es importante señalar que si bien en el caso de autos, se entendería que al haberse emitido el Auto de Apertura de Prueba en fecha 11 de enero de 2013, el plazo para la emisión de la Resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria, hubiera quedado suspendido, conforme lo que establece el Artículo 50 del Reglamento a Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, tomando como caso excepcional, conforme lo estableció ya éste Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 072/2012 de 6 de diciembre de 2012, al expresar:

“...si bien, existen casos excepcionales en los que la Administración puede dar lugar a que los plazos sean extendidos, cual ocurre con la apertura de nuevos términos de prueba y ello responde a la aplicación del principio de verdad material, al constituirse en una exigencia a la Administración de conocer la verdad de los hechos. O en su caso la suspensión excepcional cual se da por la extinción de una Entidad Pública, sin embargo, cual fuere la razón, la misma es excepcional y debe encontrarse debidamente fundamentada y motivada y no puede bajo ningún concepto menos legal, responder a la arbitrariedad de la Autoridad, como ocurrió en el caso de autos...”

Sin embargo de ello, este criterio no puede ser aplicado al caso de autos, ya que los plazos para la emisión de las Resoluciones no pueden ser suspendidos de manera indefinida, ni pueden dar lugar a que un procedimiento que debe resolverse en veinte (20) días hábiles administrativos, pueda extenderse en más de sesenta y ocho (68) días hábiles administrativos, desde la interposición del Recurso de Revocatoria hasta la presentación del Recurso Jerárquico de fecha 25 de marzo de 2013 y fundada en razones de falta de cumplimiento en los plazos de notificación. Que si bien excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes a objeto de buscar la verdad material y permita a la Administración Pública contar con los elementos necesarios y firmes de convicción para la emisión de sus actos, ello no implica que se transgreda el Principio de Legalidad.

Que, el hecho de que el Ente Regulador, haya aperturado un plazo de término de prueba y haya notificado el acto de apertura de término al tercer interesado Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A. **31 días después de su emisión, no puede dar lugar a una suspensión de los plazos**, más aún cuando esta decisión no ha sido motivada, ni tiene respaldo legal que la justifique, hecho que no sólo ha dado lugar a que se vulnere el procedimiento legalmente establecido, sino que también ha dado lugar a que se aplique el silencio administrativo.

Ahora bien y quedando claro que el silencio administrativo existe, se tiene que, el Tribunal Constitucional Plurinacional en su Sentencia Constitucional 0353/2012 de 22 de junio de 2012, ha señalado que:

"...El silencio administrativo y sus efectos procesales constituye una verdadera garantía constitucional en virtud de la cual, se da certeza jurídica al administrado, toda vez que las peticiones realizadas, no quedan en incertidumbre de manera indefinida. En ese sentido, en el orden jurídico interno, como regla general opera el silencio administrativo negativo, salvo que la normativa especial, de manera específica reconozca el silencio administrativo positivo, así lo determinó la SC 0032/2010-RDN, decisión que al ser coherente con el régimen constitucional, debe ser adoptada por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

En este orden de ideas, debe precisarse que el silencio administrativo negativo, genera para el administrado dos efectos jurídicos esenciales: 1) Se considera que la petición realizada fue negada de manera inmotivada; y, 2) Una vez que opera el silencio administrativo negativo, el administrado o peticionante, se encuentra facultado para activar los mecanismos de impugnación reconocidos en el bloque de legalidad imperante, entre los cuales en materia administrativa se encuentran los recursos de revocatoria y jerárquico.

En el marco de lo indicado, debe establecerse que la figura del silencio administrativo se encuentra disciplinada de manera específica en la Ley de Procedimientos Administrativos y en particular, los plazos regulados para efectos de determinación del silencio administrativo negativo, están establecidos en el Reglamento a la Ley de Procedimientos Administrativos, así el art. 71.I inc. g), dispone que para las resoluciones de fondo, la administración pública tiene un plazo de

veinte días para la respuesta a la petición, salvo que exista plazo delimitado de emisión de una resolución o acto administrativo determinado; en ese contexto, el art. 72 del Reglamento a la Ley de Procedimientos Administrativos, señala que el silencio administrativo negativo de la administración resultante de no emitir pronunciamiento en los plazos determinados por la normativa vigente con relación a la solicitud, dará lugar a que el administrado considere el trámite o procedimiento denegado, y en consecuencia, según esta disposición normativa, el afectado podrá hacer uso de los recursos administrativos vigentes en el ordenamiento administrativo aplicable a cada caso concreto.

Por tanto y en mérito a lo señalado, cuando se realiza una petición y esta no es respondida por la administración en el plazo dispuesto en el art. 70 del Reglamento a la LPA, el afectado, a partir de la expiración del plazo máximo reglamentado, debe activar los recursos de revocatoria y jerárquico..."

De la jurisprudencia citada, así como del análisis realizado *ut supra*, se tiene que si bien en el Auto de Admisión en instancia jerárquica, ésta Autoridad señaló que el plazo para emitir la Resolución Administrativa que resuelva el Recurso de Revocatoria, era el 11 de marzo de 2013, se ha evidenciado previa compulsión y valoración del expediente administrativo, que el proceso ha sido llevado con vicios de anulabilidad, generando indefensión a la recurrente y fundamentalmente produciéndose Silencio Administrativo, como se tiene desarrollado en líneas precedentes.

Que el haberse determinado que el proceso ha durado sesenta y ocho (68) días hábiles administrativos desde que la Sra. Mirian Torres Armas interpuso Recurso de Revocatoria, hacen que esta instancia no pueda dar por válido este acto de suspensión, debido a que como se señaló, se han incumplido los plazos legalmente establecidos en la norma.

Finalmente y antes de concluir este análisis, corresponde señalar que si bien se ha determinado la existencia de Silencio Administrativo, al no haber pronunciamiento que resuelva el Recurso de Revocatoria presentado por la recurrente y por tanto se tendría por denegada la solicitud de la Sra. Mirian Margot Torres Armas, correspondería a esta instancia jerárquica pronunciarse en el fondo.

Es así que verificados los actos, y contrastados con los antecedentes, se evidencia que no ha existido en ningún momento materia de pronunciamiento en cuanto a la solicitud de la recurrente y al evidenciar, dentro del presente procedimiento administrativo, que el Ente Regulador se ha abstraído del Principio de Legalidad y sometimiento pleno a la Ley, corresponde a esta instancia jerárquica, anular el presente proceso para que sea la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sea quien rectifique el proceso administrativo y se pronuncie en primera instancia sobre el Recurso de Revocatoria, y sobre lo alegado por el tercer interesado con el objeto de dar respuesta y certeza a sus administrados.

De lo precedentemente citado tenemos que, el presente proceso, debe anularse debido a que el mismo ha vulnerado derechos de la recurrente, así como ha vulnerado Principios de sometimiento pleno a la Ley y de legalidad.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concluye que la Entidad Fiscalizadora no ha cumplido con el principio de sometimiento pleno a la Ley y de legalidad, por lo que el presente proceso debe anularse a objeto de resolverse el Recurso de Revocatoria presentado por la Sra. Mirian Margot Torres Armas.

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

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al haberse vulnerado derechos del recurrente y el principio de sometimiento pleno a la ley y legalidad.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

PORTANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el Procedimiento Administrativo, hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/JPO/N° 867-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012 **inclusive**, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se exhorta a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a dar cumplimiento estricto al procedimiento legalmente establecido, debiendo cumplirse con los plazos establecidos en la normativa, conforme dicta el procedimiento administrativo.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

MARCELINA ESPADA RIVERA

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPNC/N° 146-2013 DE 21 DE FEBRERO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 049/2013 DE 23 DE JULIO DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 049/2013

La Paz, 23 de Julio de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la Sra. **MARCELINA ESPADA RIVERA** en representación de su madre Sra. **MARGARITA RIVERA DE ESPADA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 146-2013 de 21 de febrero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N°866-2012 de 13 de noviembre de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 046/2013 de 13 de junio de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 095/2013 de 25 de junio de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, con nota presentada el 15 de marzo de 2013, la Sra. Marcelina Espada Rivera, en representación de su madre Sra. Margarita Rivera de Espada, interpuso el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 146-2013 de 21 de febrero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 866-2012 de 13 de noviembre de 2012.

Que, en fecha 20 de marzo de 2013 mediante nota APS/DJ/4508/2013 la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por la Sra. Marcelina Espada Rivera, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 146-2013 de 21 de febrero de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 25 de marzo de 2013, notificado en fecha 4 de abril de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 146-2013 de 21 de febrero de 2013.

Que, en fecha 6 de mayo de 2013, a horas 15:00, se recibió la exposición oral de fundamentos, a solicitud de Sra. Marcelina Espada Rivera.

Que, en fecha 27 de mayo de 2013, la Dra. Ericka Balderrama Pérez, presentó su excusa, para intervenir en la tramitación y consiguiente resolución del presente Recurso Jerárquico.

Que, en fecha 29 de mayo de 2013, se acepta y aprueba la excusa de la Dra. Ericka Balderrama Pérez y se designa a la Dra. Patricia Mirabal Fanola, para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas a la Dra. Ericka Balderrama Pérez en la tramitación del presente proceso.

CONSIDERANDO:

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

1. ANTECEDENTES.-

Que en fecha 17 de agosto de 2011 y 2 de mayo de 2012, la Sra. Marcelina Espada Rivera, hija de la Sra. Margarita Rivera de Espada, presentó su reclamo ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por la Suspensión del Pago del BONOSOL a la Sra. Margarita Rivera de Espada.

1.1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/Nº 866-2012 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 866-2012 de 13 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

***"PRIMERO.-** La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros APS, se pronuncia con relación a las cartas enviadas por Marcelina Espada Rivera, hija de la Beneficiaria señora MARGARITA RIVERA DE ESPADA, rechazando las mismas y ratificando la suspensión del beneficio dispuesto por Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 038 de 03 de febrero de 2005.*

***SEGUNDO.-** Se reconoce expresamente el derecho que tiene la Beneficiaria MARGARITA RIVERA DE ESPADA de aclarar su situación legal ante la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, a efectos de poder restituir el beneficio suspendido conforme a la documentación debida que pueda desvirtuar los motivos que motivan (sic) la suspensión, conforme lo establece el parágrafo II. del artículo 4 del Decreto Supremo Nº*

27090 de 18 de junio de 2003 y el artículo 19 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007.

TERCERO.- Se instruye a la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI la atención al presente caso, para que por los medios que correspondan y las actuaciones que sean necesarias, se oriente a la Beneficiaria y/o sus familiares realizando las aclaraciones que precise y para los fines consiguientes.

CUARTO.- Una vez notificada la señora Marcelina Espada Rivera o la Beneficiaria señora MARGARITA RIVERA DE ESPADA con la presente Resolución Administrativa y, en caso de considerar que con la misma se le ha ocasionado perjuicio a sus derechos o intereses, impugne por la vía recursiva conforme establece los artículos 46 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003...”

Los argumentos de la mencionada resolución, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS ha emitido la Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 038 de 03 de febrero de 2005, que tiene por objeto suspender el pago del BONOSOL a la Beneficiaria Margarita Rivera de Espada por doble cobro de beneficio señalando:

“Que, como emergencia de la actualización de datos realizada por la Dirección de Beneficios de la Intendencia de Pensiones, se observa que la ciudadana Margarita Rivera de Espada, boliviana y mayor de edad, nacida en la localidad de Villa Serrano, Provincia Belisario Boeto del departamento de Chuquisaca, en fecha 23 de febrero de 1929, titular del RUN 1000-230229V y NUB 100224024; titular de la cédula de identidad No 1055122 Ch y NUB 100086574, se concluye que cobró el beneficio del Bolívica de la gestión 1998-1999 en dos oportunidades utilizando para ello, dos diferentes documentos de identidad.”

Seguidamente añade:

“Que, de conformidad al Reporte Técnico CITE-RT-IP-DBFCC 004/2005 de 17 de enero de 2005 emitido por la Intendencia de Pensiones, Margarita Rivera de Espada cobra el Bolívica correspondiente a la gestión 1998-1999, por un importe total de Mil Quinientos Ochenta 00/100 Bolivianos (Bs.1580.-{sic}) presentando para este cobro la Cédula de Identidad 1055122 Ch y el RUN 1000-230229V.”

Luego dice:

“Que, el Informe Legal SPVS-DL-I-044/2005 de 28 de enero de 2005 emitido por la Dirección Legal de la SPVS, recomienda la suspensión del pago del Bonosol de Margarita Rivera de Espada.”

Además apunta:

“Que, el doble cobro realizado por Margarita Rivera de Espada con dos documentos de identificación distintos (RUN y Cédula de Identidad) se ajusta a las previsiones del artículo 12-c)-1 del Decreto Supremo N° 25994 de 24 de noviembre de 2000 relacionado con el pago del Bolívida, debiendo procederse a la suspensión del pago de los beneficios de la Capitalización”.

CONSIDERANDO

Que la hija de la Beneficiaria, Marcelina Espada Rivera, ha presentado dos notas, de 17 de agosto de 2011 y de 02 de mayo de 2012 señalando en su primera nota que:

“Esta decisión de representar, la efectúo en contra la decisión de mis padres...”

Que sin perjuicio de la situación que se plantea sobre la representación que hace la hija de la Beneficiaria Margarita Rivera de Espada, en la nota de 17 de agosto de 2012, se hacen afirmaciones subjetivas sin sustento cuando afirma:

*“**Por esta razón**, sin pedir lo que dispone la Ley quiero dar a conocer que **la falacia interpuesta a ella** por tapar una corrupción instalada, **mellan el honor** de muchos individuos injuriados por estos hechos; y qué, de los que efectúan estos y salen ganadores en contra de gente honesta y respetable”.*

Que afirmando que hace representación de su madre contra la decisión de sus padres, afirma también que:

“...no necesito la reposición económica, lo que quiero es beneficiar a mi madre que salga limpia con la frente en alto al ser víctima de lo injuriado”.

Que la nota de 17 de agosto de 2011, divide su análisis en dos campos: Tiempo (en el que se hicieron dos cobros del BOLÍVIDA a nombre de Margarita Rivera de Espada) y Pruebas que sostendrían su posición.

Que el planteamiento bajo el título 1) Tiempo señala:

“Esto porqué; si la pagaron, cuanto (sic) tiempo demora una persona de edad en el recuento del dinero, estaba sola o acompañada, a cuantos más se atendió, volvió la misma anciana sin hacer cola para cobrar la segunda boleta? no la reconoció el cajero?, la base de datos no bajo la cobranza de minutos antes? Todos estos movimientos existen y se pueden comprobar en las cámaras de grabación de seguridad de la ventanilla”.

También sostiene que:

“Ahora bien, en esos 10 minutos y 8 segundos (10' y 8'') que son pocos, no había cola?, no había otra persona para ser atendida? Ella misma burlo y altero la fila o el orden de

atención y el cajero no se dio cuenta que era la misma persona?, porque en esa cantidad de tiempo no se puede realizar un cobro por un anciano, entregar documentación, procesar esta, hacer firmar, acomodar las fotocopias con las boletas, imposición de huellas digitales con guardia, contar el dinero, entregar a la persona, recontar el monto por la persona, devolver su documentación, entregar recibo, guardar el dinero la persona y recién retirarse de la ventanilla para de nuevo acercarse y cobrar nuevamente?, y no darse cuenta el cajero y el guardia?.....No será culpa del cajero y estará inculcando a su víctima?...porqué, no se ve las cámaras de seguridad y/o menciona esto el abogado investigador?, o que causas justifica? Y si son reales por el escaso tiempo transcurrido de **un cobro a otro**, estaría distraído el cajero para no reconocerle a la señora?, la maquina no bajaría el proceso de datos con el mismo nombre y apellido(s), la misma foto y los mismos datos tanto el RUN y el CI.? (persona no preparada para identificar su documentación que es una sola y no dos diferentes) y se puede describir más ampliamente esta transacción siendo consultada con un cajero y un profesional que efectúa estos mismos pagos”.

Para finalizar su análisis dice:

“Quisiera saber que pruebas adjuntan para demostrar el abogado, y/o es una verdad o falsedad encubierta ó que negocio se da entre estos personajes, se efectuó un análisis científico?, ó solamente **un parecer del profesional** (Dr. Rudy F. Laruta Rodriguez)”.

Que el planteamiento bajo el título 2) Pruebas señala:

“No existe examen grafológico y análisis de huellas dactilares por Laboratorio de los comprobantes cobrados y/o con los de identidad en sus: **crestas y surcos, terminaciones y bifurcaciones de crestas, el núcleo ó foco, las islas, el delta, el poro y sobre cruz ó el encima**. (Método NBIS-Nist Biometric Image Software y otros).

Se menciona todo esto por las diferencias existentes en documentos personales, con las boletas de pago; **las primeras**, son gruesas, anchas y chatas de punta y espacio grueso en separaciones de falange (por el trabajo que desempeña), mientras que la **segunda** o del Banco, son puntiagudas, delgadas y alargadas en uno y el otro medio cuadrado y sin espacio de falanges en certificación de la policía también son como se describe en la primera parte. (En todas las certificaciones efectuadas)”.

Más adelante añade:

“**No existe** el mismo examen en **la firma del cajero y/o mosca del cajero** en el transcurso de los 10 minutos, o segundos (10' y 8'') de una transacción a otra (recuento de lo cobrado firmas, comprobación de datos, datos en la base de datos para su identificación, imposición de huellas y muchos pasos más que nos darían que se registró ese cobro) los cuales difieren uno a otro y no concuerdan en el registro de datos de la computadora del Banco, acaso no salió los datos de la persona y no se registró su cobro? Ó, será una falsedad o un acontecimiento mucho mayor a una imputación **apócrifa, o falso testimonio** para tapar un **fraude** ya que la persona apenas puede moverse de un lado a otro (72 años), como se pescaron a algunos cajeros y

complicidad con los guardias que cometían esta clase de delitos (ver grabación de hechos en registro de cámaras de control)".

También afirma:

"Si ocurrió estos hechos, porqué se siguió pagando posteriormente; usted cree, que los pagos posteriores no hubiera incidido en estos mismos?, porqué (sic) también estos pagos eran con montos variables o recién se dieron cuenta y la base de datos no andaba bien para poderla engañar (cajero) que no acumulaba estos datos?"

Por todas estas anomalías y muchas ó muchísimas otras que se obtuvieron con una persona profesional que usó análisis científico, **pediría a su altísima autoridad de fiscalización** tener opción de agrandar más las observaciones y/o acudir a una **audiencia** para nombrarle más anomalías reproducidas y acumuladas, para darnos cuenta que **se procedió de una manera mal intencionada, una falacia**, la cual debería ser sancionada por el daño imputado a una persona que **no puede defenderse** (Hay demasiadas preguntas que saldrían de estas dudas por no efectuar un análisis científico y no solamente un parecer personal)".

Continúa:

"También preguntar porqué los pagos no fueron uniformes, los primeros años cantidades menores (Bs. 790.-Gestión 98/99 – Bs. 840.- Gestión 2000/2001) para que posteriormente recién se llegue a lo que indica el decreto de Bs. 1.800.- Gestión 2003.

Como también; si esto se produjo, porqué recién en la gestión 2004 le quitan ese beneficio, esperaron 3 años para decirle que cobro dos veces?.

Por todas estas razones, mi persona se **atrevió** a reclamar de esta injusticia que **tramaron contra mi madre** y la perjudicaron en todo lo que ella imaginó realizar de su beneficio, **maltratándole** en sus aspiraciones y **frustrándole** en su desarrollo como persona de la tercera edad".

Finaliza sus argumentos:

"Para lo cual adjunto a su autoridad toda la documentación que se pudo reunir, la cual ustedes calificarán y nos darán su respuesta lógica, razonable examinando los hechos en tiempos y materias reales y no un parecer sin su análisis científico para darle valor a la documentación que le presentan".

Que en la nota de 02 de mayo de 2012, la señora Marcelina Espada Rivera, hija de la Beneficiaria Margarita Rivera de Espada, señala:

"Me parece que con esta se lavan las manos y amén todo pasa porque la autoridad de Fiscalización no sabe de esta palabra "Fiscalización" y todavía **Autoridad** como para pedir una investigación como nosotros demostramos una lógica analítica dando tiempos, espacios de efectuar una transacción, analizar y comparar firmas, huellas

(indicamos con descripción científica) no a simple vista ni con pareceres, manipuleo de documentos (papeletas firmas conteo y recuento de billetes devolución de documentos y otros) que no es suficiente para efectuar el doble cobro en 10 minutos y 01 segundos **como se demuestra** en las dos boletas que operó el cajero (este negligente que con el proceso de datos del equipo no se dio cuenta que era la misma persona) y qué de la grabación en cámara? Del banco (seguridad) y tantos otros análisis que se pueden describir por profesionales preparados y no por que se pueden describir por profesionales preparados y no por pareceres ó iríamos al vulgarismo que está en boga hoy día (mediante las hojas de coca)".

CONSIDERANDO

Que antes de entrar en el análisis de fondo es necesario hacer (sic) algunas precisiones ante sugerencias, preguntas y suposiciones que plantea la señora Marcelina Espada Rivera.

De los cobros y de las pruebas

La posibilidad de hacer dos cobros en poco más de diez minutos es discutible según se tomen los recaudos que la señora Marcelina Espada señala reiteradamente como: contar dinero, recomtar dinero, verificar datos en la pantalla del cajero, etc.

En el caso de los cajeros, por ejemplo, es esencial hacer notar que como empleados de instituciones ajenas a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, dependen de otra relación jurídica diferente a la que esta Autoridad mantiene con las entidades encargadas de la administración y pago de beneficios como la Renta Dignidad o antes de ella, el BONOSOL.

Se pregunta la señora Espada si el servidor público a cargo del caso adjunta alguna prueba conducente a tomar la determinación mediante la Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 038 de 03 de febrero de 2005. Pues bien, es aquél instrumento legal que se sostiene en virtud al Informe Legal SPVS-DL-I-044/2005 de 28 de enero de 2005, el cual aplicando la normativa en vigencia para cobros del BOLIVIDA en más de una oportunidad de una misma gestión y a su vez, también se apoya en el Reporte Técnico de 17 de enero de 2005, que señala que la Beneficiaria Margarita Rivera de Espada habría cobrado dos veces el BOLIVIDA de las gestiones 1998 y 1999 utilizando la Cédula de Identidad RUN 1000-230229V correspondiente al registro con NUB 100224024 y luego cobrando con Cédula de Identidad N° 1055122 Chuquisaca correspondiente al registro con NUB 100086574 cuyas Boletas de Pago y fotocopias de Cédulas se tienen como prueba.

No solamente constan fotocopias de las Boletas de Pago acompañadas de las fotocopias de las Cédulas de Identidad usadas para los cobros, sino que además, constan en la Base de Datos de Beneficiarios del BOLIVIDA dos registros diferentes, uno con Cédula de Identidad RUN y otra de Cédula de Identidad, por lo que, los pagos se hicieron según exige la normativa en vigencia ante la presencia del Beneficiario y la presentación de los documentos alternativos.

Es importante señalar que la base sobre la cual se fundamenta la averiguación de la verdad material debe sostenerse en documentación que demuestre los hechos y las acciones sobre las cuales se debe manifestar. Es contundente la prueba que se analizó al ver dos documentos de identidad y dos boletas de pago por el mismo beneficio y a la misma Beneficiaria y por contrapartida, no ver ninguna documentación que apoye la posición de la interesada.

A cambio de los documentos mencionados en los párrafos anteriores, la señora Espada solamente hace presunciones subjetivas de alguna falsedad o negocio, de haberse aplicado sólo un parecer del servidor público encargado del caso, de una falacia dice ella (falacia = engaño, fraude, mentira según el diccionario de la Real Academia de la Lengua).

La señora Espada aporta las mismas Boletas de Pago consideradas para la emisión de la Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 038 de 03 de febrero de 2005; acompaña las Boletas con una Cédula de Identidad RUN y con Cédula de Identidad, ambas de la misma persona y no afirma ni niega que alguna de ellas estuviera falsificada. Además adjunta una fotocopia de algún texto (no revelado en su fuente) sobre ciertas características de la huella digital.

De las funciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, actúa dentro de un ámbito administrativo y no jurisdiccional. Su administración, como bien dice su nombre consiste en fiscalizar la administración que hace la Entidad Gestora y las aún vigentes Administradoras de Fondos de Pensiones además de controlar la manera efectiva y eficiente que ellas tienen de administrar los fondos de pensiones y los pagos de beneficios como la Renta Dignidad y en su momento el BOLIVIDA y el BONOSOL.

El ámbito jurisdiccional por el cual se administra justicia y se disponen actuaciones conducentes a la aplicación de las normas, a la identificación de actos delictivos, la imposición de sanciones de tipo penal, etc., no están en la esfera de atribuciones, facultades y responsabilidades de esta Autoridad.

Ha afirmado la señora Espada que: "...la autoridad de Fiscalización no sabe de esta palabra "Fiscalización" y todavía Autoridad como para pedir una investigación...".

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, antes Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP y antes la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS no tiene como facultad la de hacer análisis periciales en cuanto a posibles cobros suplantados o fraudes que revisten un carácter plenamente investigativo no paralelo al de Fiscalización y Control, que hace de los Entes encargados del pago y administración de beneficios como por ejemplo del BOLIVIDA o del BONOSOL.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en concordancia con el principio de la verdad material, tiene la posibilidad de instruir a quien

corresponda la materialización de pruebas que conduzcan al conocimiento de la verdad que pueda resolver dudas o situaciones aparentemente anómalas.

Al mismo tiempo, esta Autoridad le recuerda a la interesada, que en sujeción a las facultades que le reconoce la normativa en vigencia, se salva el derecho del ciudadano de aclarar su situación ante la Administradora de Fondos de Pensiones (ahora la Entidad Gestora) en la que se encuentre registrada, en el marco del Parágrafo II del artículo 4 del Decreto Supremo N° 27090, de 18 de junio de 2003; tal cual se le ha dicho a la Beneficiaria Margarita Rivera de Espada, en la página tres (3) de la Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 038 de 03 de febrero de 2005.

En otras palabras, todo aquello que reclama la señora Marcelina Espada en cuanto al proceso investigativo que involucra cámaras de seguridad, cajero involucrado, análisis pericial de huellas dactilares, análisis grafológico, etc., estaba entre sus posibilidades para que, desde el mismo momento de la notificación con la Resolución Administrativa de Suspensión de Pago de BONOSOL, procediera y planteara el caso ante la Administradora de Fondos de Pensiones donde se encontraba registrada.

Del Petitório

La señora Marcelina Espada ha pedido formalmente una audiencia para:

“...nombrarle más anomalías reproducidas y acumuladas, para darnos cuenta que **se procedió de una manera mal intencionada, una falacia**, la cual debería ser sancionada por el daño imputado a una persona que **no puede defenderse...**”.

También ha pedido:

“...mejor retribución que nos pueden dar **“es la disculpa por el error cometido”** en una inculpación fuera de la normativa, de la mala investigación a criterio de un mal profesional y como dice la Ley, **a las víctimas de suplantación por aprovecharse de ellas.**”

Esta Autoridad concuerda con la señora Marcelina Espada en cuanto a que en caso de descubrirse alguna anomalía y poderse sindicar a un responsable, debería sancionarse por la vía legal que corresponda, sin embargo no cabe la posibilidad de adelantar criterios cuando no hay ningún proceso investigativo en curso y tampoco un resultado contundente que de este salga para determinar responsabilidades.

Ante todo, existe un procedimiento señalado por norma para reponer un beneficio cuando se han aclarado las observaciones que motivaron la suspensión del mismo y, en estricto apego a la Constitución Política del Estado, a las Leyes generales y especiales y a la normativa del sector en vigencia, corresponde actuar según procedimiento.

Asimismo corresponde indicar que, no es preciso señalar la indefensión de la Beneficiaria Margarita Rivera de Espada por cuanto como prueba se le está respondiendo a las notas remitidas a esta Autoridad en virtud a los principios de apego estricto a la ley, al

derecho constitucional de petición y respuesta debida, al debido proceso y al principio de legítima defensa.

Del beneficio que se puede reponer

El artículo 1 de la ley N° 2427 de 28 de noviembre de 2002 (derogado por Ley N° 3791 de 28 de noviembre de 2007), señala que todos los ciudadanos bolivianos residentes en el territorio nacional que hubieren cumplido veintiún (21) años al 31 de diciembre de 1995, tienen derecho, a partir de los sesenta y cinco (65) años de edad y hasta su muerte el beneficio anual y vitalicio denominado BONOSOL.

El artículo 2 de la Ley N° 3791 de 28 de noviembre de 2007, establece la Renta Universal de Vejez (Renta Dignidad), dentro del régimen de Seguridad Social no Contributivo, instrumento legal que, en su artículo 12 deroga los artículos 1 al 21 de la Ley N° 2427 de 28 de noviembre de 2002, del BONOSOL.

Visto lo anterior, no existe más el BONOSOL y en cambio, está vigente la Renta Dignidad para quienes tengan mínimamente sesenta (60) años de edad.

El parágrafo II, artículo 19 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, establece que el Beneficiario a quien se le hubiera suspendido el derecho al cobro de beneficio, podía aclarar su situación ante la Administradora de Fondos de Pensiones en la que se encontrara registrado, sin embargo, en la normativa vigente es la Entidad Gestora a la que se debe dirigir y ésta, mediante una nota firmada por su máximo ejecutivo respaldada con los documentos que acrediten tal condición, informe a la Entidad Reguladora para que, previo Informe Técnico y Legal, en caso de corresponder, levante la suspensión del pago del beneficio.

El inciso c) del artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 175 de 27 de febrero de 2008, establece la normativa para la actualización de la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Dignidad cuando haya un registro en estado de bloqueo preventivo para el pago de la Renta Dignidad y que, según el artículo 6 de la misma Resolución la atención de reclamos por pago de los beneficios es responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones, en la actualidad la Entidad Gestora, hasta su conclusión.

Por lo tanto, cabe la posibilidad de reponer el derecho al cobro del beneficio vigente aclarando los hechos que en primera instancia determinaron la emisión de una Resolución de suspensión y que en virtud a nueva documentación los desvirtúen.

DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE CORRESPONDE

En el presente caso, se han vertido juicios de valor y adjetivos que se deben rechazar desde todo punto de vista en base al principio de buena fe y de la legalidad de los actos de una institución nacional, cuyo objetivo si bien tiene que ver con las entidades encargadas del pago y la administración de beneficios y prestaciones, también debe atender las justas solicitudes de todo aquello que afecte a los intereses y derechos de los subordinados.

Sin embargo y ante las dudas planteadas por Marcelina Espada Rivera, hija de la beneficiaria Margarita Rivera de Espada, y con el objeto de encontrar la verdad material se debe responder ante las inquietudes de la señora espada, pero en interés de la Beneficiaria.

Por lo tanto y reorientando el proceso en virtud al principio de eficacia para el presente caso y vista la facultad privativa de esta autoridad, para remover los obstáculos formales, que le reconoce la propia Resolución Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2012, se debe responder a la Beneficiaria con la emisión de esta resolución administrativa ajustada a los principios que rigen la actividad administrativa y a la normativa vigente...”.

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 5 de diciembre de 2012, la Sra. Marcelina Espada Rivera en representación de su madre Sra. Margarita Rivera de Espada, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 866-2012 de 13 de noviembre de 2012, argumentando lo siguiente:

*“Mediante la presente, solicitó a su Dirección la **revocatoria a la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 866-2012** ya que no estoy de acuerdo con lo que resuelve dicha resolución, por considerar que el perjuicio a mis **derechos deberían ser impugnados por la vía recursiva de revocatoria** ante la misma autoridad como se establece en los artículos 46 y siguientes a las resoluciones no definitivas del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 emitido por el Presidente Interino Carlos D. Mesa Gisbert.*

*Fui y me presente (sic) a la asociación accidental (sic) **la Vitalicia-BISA SAFI**, a efectos de poder aclarar la situación Legal de poder restituir el beneficio suspendido de acuerdo con la documentación y análisis efectuados como establece el párrafo II, del Art. 4°, inc. a).- del D.S. 27090 de 18 de junio de 2003, Art 19° del D. S. 29400 de 29 de diciembre de 2007, reglamentación considerada en Ley 082, Art. 3°, inc. b).- de buena fe y bajo juramento, pero en reiteradas oportunidades no pudo efectuarse.*

*Pedí audiencia y no tengo respuesta hasta el momento por las demasiadas tareas del Director Ejecutivo de la APS; por lo que reitero, **mi pedido de reposición del Beneficio** de la Renta Dignidad para mi señora Madre, **Margarita Rivera de Espada con C.I. N° 1055122 Ch y RUN 1000 - 230229 V** que implementaron en las Provincias de la Localidad de Villa Serrano Provincia Belisario Boeto del Departamento de Chuquisaca, nacida el 23 de Febrero de 1929 con la edad de 93 años, quien se encuentra viviendo actualmente en ese lejano lugar.*

*Asimismo, también considerar lo que sus autoridades plantean que **son Privativas en remover estos obstáculos al no tener estas Facultades** en la justificación de Resolución....”.*

3.- RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/N° 146-2013 DE 21 DE FEBRERO DE 2013.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 146-2013 de 21 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve confirmar la

Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 866-2012 de 13 de noviembre de 2012.

Los argumentos de la mencionada resolución, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que en virtud al principio de la verdad material, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, con el objeto no sólo de revelar los denominados elementos fácticos sino además prever las medidas necesarias para ajustar la atención de los Beneficiarios de parte de la Entidad Gestora, ha emitido Auto de 02 de enero de 2013 para que la Beneficiada o su representante, demuestren documentalmente las denuncias no atendidas que dicen hicieron ante la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI.

Que por encontrarse fuera de su lugar habitual de residencia, la señora Marcelina Espada Rivera, fue recién notificada el 14 de enero de 2013, cuando previamente y por vía telefónica, se le comunicó la emisión del Auto de 02 de enero de 2013 y se acordó su notificación en cuanto estuviera de regreso a su domicilio.

Que en el plazo perentorio de cinco (5) días hábiles administrativos posteriores a la notificación, la Beneficiaria o su representante debieron presentar documentación que sostenga sus afirmaciones del Recurso de Revocatoria que a la letra dicen:

"Fui y me presente (sic) a la asociación accidental (sic) la Vitalicia-BISA SAFI, a efectos de poder aclarar la situación Legal de poder restituir el beneficio suspendido de acuerdo con la documentación y análisis efectuados como establece el párrafo II. del Art. 4º, inc. a).- del D.S. 27090 de 18 de junio de 2003, Art. 19º del D.S. 29400 de 29 de diciembre de 2007, reglamentación considerada en Ley 082, Art. 3º, inc. b).- de buena fe y bajo juramento pero en reiteradas oportunidades no pudo efectuarse".

Que sin la presentación de documentación que pruebe las afirmaciones de la Beneficiaria, no hay hechos que demuestren las diligencias de la interesada ni la falta de atención de la Entidad Gestora.

CONSIDERANDO:

Que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 866-2012 de 13 de noviembre de 2012, se ha referido a lo que argumenta la representante de la Beneficiaria y que, en virtud al derecho al debido proceso que tiene todo regulado para que la respuesta que se le dé, esté basada en una decisión fundada conforme prevé el parágrafo II. del Artículo 115 de la Constitución Política del Estado, se procede a recordar en el presente caso:

“De los cobros y de las pruebas

La posibilidad de hacer dos cobros en poco más de diez minutos es discutible según se tomen los recaudos que la señora Marcelina Espada señala reiteradamente como: contar dinero, recontar dinero, verificar datos en la pantalla del cajero, etc.

En el caso de los cajeros, por ejemplo, es esencial hacer notar que como empleados de instituciones ajenas a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, dependen de otra relación jurídica diferente a la que esta Autoridad mantiene con las entidades encargadas de la administración y pago de beneficios como la Renta Dignidad o antes de ella, el BONOSOL.

Se pregunta la señora Espada si el servidor público a cargo del caso adjunta alguna prueba conducente a tomar la determinación mediante la Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 038 de 03 de febrero de 2005. Pues bien, es aquél instrumento legal que se sostiene en virtud al Informe Legal SPVS-DL-I-044/2005 de 28 de enero de 2005, el cual aplicando la normativa en vigencia para cobros del BOLIVIDA en más de una oportunidad de una misma gestión y a su vez, también se apoya en el Reporte Técnico de 17 de enero de 2005, que señala que la Beneficiaria Margarita Rivera de Espada habría cobrado dos veces el BOLIVIDA de las gestiones 1998 y 1999 utilizando la Cédula de Identidad RUN 1000-230229V correspondiente al registro con NUB 100224024 y luego cobrando con Cédula de Identidad N° 1055122 Chuquisaca correspondiente al registro con NUB 100086574 cuyas Boletas de Pago y fotocopias de Cédulas se tienen como prueba.

No solamente constan fotocopias de las Boletas de Pago acompañadas de las fotocopias de las Cédulas de Identidad usadas para los cobros, sino que además, constan en la Base de Datos de Beneficiarios del BOLIVIDA dos registros diferentes, uno con Cédula de Identidad RUN y otra de Cédula de Identidad, por lo que, los pagos se hicieron según exige la normativa en vigencia ante la presencia del Beneficiario y la presentación de los documentos alternativos.

Es importante señalar que la base sobre la cual se fundamenta la averiguación de la verdad material debe sostenerse en documentación que demuestre los hechos y las acciones sobre las cuales se debe manifestar. Es contundente la prueba que se analizado al ver dos documentos de identidad y dos boletas de pago por el mismo beneficio y a la misma Beneficiaria y por contrapartida, no ver ninguna documentación que apoye la posición de la interesada.

A cambio de los documentos mencionados en los párrafos anteriores, la señora Espada solamente hace presunciones subjetivas de alguna falsedad o negocio, de haberse aplicado sólo un parecer del servidor público encargado del caso, de una falacia dice ella (falacia = engaño, fraude, mentira según el diccionario de la Real Academia de la Lengua).

La señora Espada aporta las mismas Boletas de Pago consideradas para la emisión de la Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 038 de 03 de febrero de 2005; acompaña las Boletas con una Cédula de Identidad RUN y con Cédula de Identidad, ambas de la misma persona y no afirma ni niega que alguna de ellas estuviera falsificada. Además adjunta una fotocopia de algún texto (no revelado en su fuente) sobre ciertas características de la huella digital".

“De las funciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, actúa dentro de un ámbito administrativo y no jurisdiccional. Su administración, como bien dice su nombre consiste en fiscalizar la administración que hace la Entidad Gestora y las aún vigentes Administradoras de Fondos de Pensiones además de controlar la manera efectiva y eficiente que ellas tienen de administrar los fondos de pensiones y los pagos de beneficios como la Renta Dignidad y en su momento el BOLIVIDA y el BONOSOL.

El ámbito jurisdiccional por el cual se administra justicia y se disponen actuaciones conducentes a la aplicación de las normas, a la identificación de actos delictivos, la imposición de sanciones de tipo penal, etc., no están en la esfera de atribuciones, facultades y responsabilidades de esta Autoridad.

Ha afirmado la señora Espada que: “...la autoridad de Fiscalización no sabe de esta palabra “Fiscalización” y todavía Autoridad como para pedir una investigación...”.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, antes Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP y antes la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS no tiene como facultad la de hacer análisis periciales en cuanto a posibles cobros suplantados o fraudes que revisten un carácter plenamente investigativo no paralelo al de Fiscalización y Control, que hace de los Entes encargados del pago y administración de beneficios como por ejemplo del BOLIVIDA o del BONOSOL.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, en concordancia con el principio de la verdad material, tiene la posibilidad de instruir a quien corresponda la materialización de pruebas que conduzcan al conocimiento de la verdad que pueda resolver dudas o situaciones aparentemente anómalas.

Al mismo tiempo, esta Autoridad le recuerda a la interesada, que en sujeción a las facultades que le reconoce la normativa en vigencia, se salva el derecho del ciudadano de aclarar su situación ante la Administradora de Fondos de Pensiones (ahora la Entidad Gestora) en la que se encuentre registrada, en el marco del Parágrafo II del artículo 4 del Decreto Supremo N° 27090, de 18 de junio de 2003; tal cual se le ha dicho a la Beneficiaria Margarita Rivera de Espada, en la página tres (3) de la Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 038 de 03 de febrero de 2005.

En otras palabras, todo aquello que reclama la señora Marcelina Espada en cuanto al proceso investigativo que involucra cámaras de seguridad, cajero involucrado, análisis pericial de huellas dactilares, análisis grafológico, etc., estaba entre sus posibilidades para que, desde el mismo momento de la notificación con la Resolución Administrativa de Suspensión de Pago de BONOSOL, procediera y planteara el caso ante la Administradora de Fondos de Pensiones donde se encontraba registrada”.

Del Petitorio

La señora Marcelina Espada ha pedido formalmente una audiencia para:

“...nombrarle más anomalías reproducidas y acumuladas, para darnos cuenta que **se procedió de una manera mal intencionada, una falacia**, la cual debería ser sancionada por el daño imputado a una persona que **no puede defenderse...**”

También ha pedido:

“...mejor retribución que nos pueden dar **“es la disculpa por el error cometido”** en una inculpación fuera de la normativa, de la mala investigación a criterio de un mal profesional y como dice la Ley, **a las víctimas de suplantación por aprovecharse de ellas**”.

Esta Autoridad concuerda con la señora Marcelina Espada en cuanto a que en caso de descubrirse alguna anomalía y poderse sindicarse a un responsable, debería sancionarse por la vía legal que corresponda, sin embargo no cabe la posibilidad de adelantar criterios cuando no hay ningún proceso investigativo en curso y tampoco un resultado contundente que de este salga para determinar responsabilidades.

Ante todo, existe un procedimiento señalado por norma para reponer un beneficio cuando se han aclarado las observaciones que motivaron la suspensión del mismo y, en estricto apego a la Constitución Política del Estado, a las Leyes generales y especiales y a la normativa del sector en vigencia, corresponde actuar según procedimiento.

Asimismo corresponde indicar que, no es preciso señalar la indefensión de la Beneficiaria Margarita Rivera de Espada por cuanto como prueba se le está respondiendo a las notas remitidas a esta Autoridad en virtud a los principios de apego estricto a la ley, al derecho constitucional de petición y respuesta debida, al debido proceso y al principio de legítima defensa”.

“Del beneficio que se puede reponer

El artículo 1 de la Ley N° 2427 de 28 de noviembre de 2002 (derogado por Ley N° 3791 de 28 de noviembre de 2007), señala que todos los ciudadanos bolivianos residentes en el territorio nacional que hubieren cumplido veintiún (21) años al 31 de diciembre de 1995, tienen derecho, a partir de los sesenta y cinco (65) años de edad y hasta su muerte el beneficio anual y vitalicio denominado BONOSOL.

El artículo 2 de la Ley N° 3791 de 28 de noviembre de 2007, establece la Renta Universal de Vejez (Renta Dignidad), dentro del régimen de Seguridad Social no Contributivo, instrumento legal que, en su artículo 12 deroga los artículos 1 al 21 de la Ley N° 2427 de 28 de noviembre de 2002, del BONOSOL.

Visto lo anterior, no existe más el BONOSOL y en cambio, está vigente la Renta Dignidad para quienes tengan mínimamente sesenta (60) años de edad.

El párrafo II, artículo 19 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, establece que el Beneficiario a quien se le hubiera suspendido el derecho al cobro de beneficio, podía aclarar su situación ante la Administradora de Fondos de Pensiones en la que se encontrara registrado, sin embargo, en la normativa vigente es la Entidad

Gestora a la que se debe dirigir y ésta, mediante una nota firmada por su máximo ejecutivo respaldada con los documentos que acrediten tal condición, informe a la Entidad Reguladora para que, previo Informe Técnico y Legal, en caso de corresponder, levante la suspensión del pago del beneficio.

El inciso c) del artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 175 de 27 de febrero de 2008, establece la normativa para la actualización de la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Dignidad cuando haya un registro en estado de bloqueo preventivo para el pago de la Renta Dignidad y que, según el artículo 6 de la misma Resolución la atención de reclamos por pago de los beneficios es responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones, en la actualidad la Entidad Gestora, hasta su conclusión.

Por lo tanto, cabe la posibilidad de reponer el derecho al cobro del beneficio vigente aclarando los hechos que en primera instancia determinaron la emisión de una Resolución de suspensión y que en virtud a nueva documentación los desvirtúen”.

“De la Justificación de la Resolución que corresponde

En el presente caso, se han vertido juicios de valor y adjetivos que se deben rechazar desde todo punto de vista en base al principio de buena fe y de la legalidad de los actos de una institución nacional, cuyo objetivo si bien tiene que ver con las entidades encargadas del pago y la administración de beneficios y prestaciones, también debe atender las justas solicitudes de todo aquello que afecte a los intereses y derechos de los subordinados.

Sin embargo y ante las dudas planteadas por Marcelina Espada Rivera, hija de la Beneficiaria Margarita Rivera de Espada, y con el objeto de encontrar la verdad material se debe responder ante las inquietudes de la señora Espada, pero en interés de la beneficiaria.

Por lo tanto y reorientando el proceso en virtud al principio de eficacia para el presente caso y vista la facultad privativa de esta autoridad, para remover los obstáculos formales, que le reconoce la propia Resolución Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2012, se debe responder a la beneficiaria con la emisión de esta resolución administrativa ajustada a los principios que rigen la actividad administrativa y a la normativa vigente.”

Que sin perjuicio de lo dispuesto por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 866 – 2012 de 13 de noviembre de 2012, el recurso de revocatoria no ha sido suficientemente claro en demostrar los derechos que aquel acto administrativo hubiera perjudicado tal cual se desprende del texto que la beneficiaria presenta.

Que respetando el principio del debido proceso y en busca de la verdad material, esta Autoridad emitió el Auto de 02 de enero de 2013, pero la Beneficiaria no ha dado respuesta al mismo y con ello no ha presentado la documentación indicativa de sus diligencias ante la Entidad Gestora, tendientes a resolver su problema y demostrar la responsabilidad de la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI.

Que antes de instaurado el proceso administrativo, la solicitud de Audiencia con la Máxima Autoridad Ejecutiva ha sido respondida atendiendo todas las solicitudes de la beneficiaria con la emisión del correspondiente acto administrativo en concordancia al derecho constitucional por el cual a toda pregunta o solicitud de los administrados, corresponde la debida respuesta.

Que durante el proceso administrativo, ni la Beneficiaria ni su representante han solicitado nuevamente la Audiencia con la MAE por lo que el reclamo que plantea el recurso de revocatoria también se responde con la emisión del presente acto administrativo.

Que finalmente, esta Autoridad efectivamente no tiene las facultades de carácter técnico-investigativo-pericial que puedan resolver los obstáculos que señala la Beneficiaria, sin embargo, nos sobrecartamos a lo que dispone la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 866 – 2012 de 13 de noviembre de 2012.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por la señora MARCELINA ESPADA RIVERA, el Ente Regulador llega a la conclusión que la Beneficiaria no ha presentado fundamentos que permitan modificar lo resuelto por esta Autoridad. En consecuencia, debe confirmarse la Resolución Administrativa/APS/DJ/DPNC/N° 866 – 2012 de 13 de noviembre de 2012, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003...”.

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante nota presentada el 15 de marzo de 2013, la Sra. Marcelina Espada Rivera hija de la Sra. Margarita Rivera de Espada, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N°146-2013 de 21 de febrero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 866-2012 de 13 de noviembre de 2012, argumentado lo siguiente:

“...I. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO

Al ratificar lo expresado en revocatoria, la dirección que presidía el Ing. Javier Ligerón (sic) Loayza nos quisieron acallar entregándonos la fotocopia no muy legible de la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 038 de 3 de febrero de 2005 después de pasados 7 años y 2 meses (2 de abril de 2012 a Hrs. 11:00) de habida, sin tener ninguna respuesta a nota primera enviada en fecha 17 de agosto de 2011.

No obteniendo nada a los reclamos que se hicieron en el lugar (Sucre) decidieron los padres o beneficiarios, no reclamar y dejarlo como la calificaban, ya que ella (mi Madre) se la pasaba llorando por semejante impugnación, luego decidieron pedir documentación de la misma entidad y la poca documentación que acompañamos al proceso fueron los recolectados para que inicie este reclamo, tal fue la situación que ni la RES. ADM. 038 de 03/02/2005 no les llegó, peor a la provincia lejana donde habitan muy lejos de la Capital donde cobraba ella (tenia (sic) que viajar más o menos 190 Kms. unas 8 horas de viaje).

Luego cuando se hizo cargo su persona, vino las respuestas y consideraciones en Resoluciones Administrativas anteriores y en especial la N° 866/2012 donde recién se comprueba el análisis de su personal profesional ya que con el anterior director no hubo una sola contestación; puede que su personal, esté molesto pero **usted es la única persona** que esta (sic) haciendo analizar y examinar estas notas con objetividad por las observaciones que se tiene para llegar a una respuesta lógica, palpable y llegar a lo que describe en varios párrafos de la Resolución "**la verdad material**" con **elementos fácticos**, razonables, lógicos y reales, no solo mencionando el **ámbito administrativo de actuación**, pero si (sic) debería ser también el administrativo jurisdiccional para que esa verdad material tenga su peso por ser una realidad lo que se efectúa, lo que se realiza, lo que se actúa y no solo una opinión.

Sabemos que presentamos fotocopias simples de lo muy poco recabado (mis padres) de las autoridades del lugar (poco o casi nada de lo que se requiere) que la posición hace que no se pueda: más pedir; es así (sic) que, en esta misma situación es imposible pedir a las secretarias o recepcionistas que nos certifiquen nuestra asistencia pidiendo entrevistas o audiencias a estos entes, como el caso solicitado a la **VITALICIA - BISA SAFI** para que **la prueba sea más conducente y real** de presentación con hechos reales en **situ** bajo controles de tiempo y edades.

Porqué de la dureza de actuación, por la incredulidad de ser aceptada si no se acompaña lo demostrado empleando lógicas y fundamentos como los creadores de tantos inventos que demoraron décadas al tener razón de sus pruebas.

Esta verdad fáctica hace que un anciano (como un niño) en ese momento con 74 años, ama de casa sin fundamentos como los letrados, engañe a una persona preparada (cajero) ya que este es lento, desconfiado y dudoso de lo demostrado; **por eso la demora de 10 minutos y 08 segundos** que puedan superarse en la transacción de 2 cobros en un mismo instante aunque exista las 2 boletas o documentos de identidad (Carnet y Run), este último (Run) impuesto en provincias para las elecciones presidenciales llamadas recarnetización.

Por esta razón, se hace constar y fundamentar el recurso de este acto producido en tan poco tiempo y preguntarnos no existía (sic) otras personas en el banco? **para que este cobro sea uno detrás de otro** en una misma cantidad de tiempo? (ver constancia de boletas de banco donde la misma máquina automáticamente imprime día y hora de realizada la transacción, **el cajero** no podía darse cuenta de que **era la misma persona** en las transacciones ya que eran seguidas, al acompañante lo mandaron a que sacase fotocopias del carnet de identidad y al regreso no lo dejaron pasar y fue el policía el que entregó estos al cajero pagador, en la computadora tuvo que salir todos los datos del beneficiario e igual en la segunda, pero el atufamiento o mala experiencia de este (suponemos) no le permitió ver y comprobar que era la misma persona? y el monto pagado lo que la RES. ADM. 038 de 03/02/05 indica no lo es, ya que ella solamente cobro Bs. 790.-

Por todas estas afirmaciones y/o verdades es que me decidí a representarla y dejar su nombre limpio de una mala investigación o solo criterio personal como dice la Ley a las "personas víctimas (sic) de suplantación..... etc.

Por todas estas razones, en nuestra fundamentación y exposición se presentan razones de estos movimientos dándonos a pronunciarnos a la **revocatoria de la Resolución Administrativa N° 866-2012** por perjuicio a mis derechos por la vía **recursiva de revocatoria** ampulando (sic) la investigación y además mencionando las notas cite: de la previsora BBVA previsión AFP S.A. (sic) Nos. 3272/2004 de 12/10/2004 y 3273/2004 de 05/10/2004 remitiendo primero comprobantes de pago de la gestión 2003 que es correcto su cobro y no como primero de los anteriores años y numeración fuera de lo consecutivo que debería ser por orden y fecha (3272 y 3273) gestiones 1998 - 1999 y 1998 - 2001 que difieren a lo que debería **salir dos vez** (sic) **de la gestión 1998 a 1999**.

II. COLISIÓN DE NORMAS

En relación a los argumentos vertidos y toda normativa empleada en nuestras cartas y notas de reclamo, fundamentando en lo que califica la Ley, Decretos Supremos, Resoluciones y/o otros, la vulnerabilidad, la igualdad, la ecuanimidad, la dignidad y el derecho para lograr la equidad y la justicia social que nos garantice condiciones específicas para el goce y ejercicio de nuestros derechos, libertades y garantías reconocidas por la Constitución Política del Estado, Derechos Humanos, Política Social, Recursos Administrativos, Impugnaciones y Principios Morales que mencionan; asimismo **las señaladas y recapituladas por sus autoridades** para el cumplimiento necesario de la configuración del daño y/o la práctica del hecho incorruptible que no se a (sic) dispuesto daño al individuo.

III. RETITORIO (sic)

Con base a lo fundamentado a nuestros planteamientos en su retórica labor de sus autoridades de Fiscalización y Control de sus atribuciones, **reitero y solicito** la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 866-2012, admitiendo sea (sic) el recurso a su digna autoridad en conformidad a lo establecido por el Artículo 46° y siguientes y 58° del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, emitido por el Presidente Interino Carlos D. Mesa Gisbert y se sirva concedernos audiencia para que podamos explicar y exponer nuestros fundamentos de nuestro caso y los pasos seguidos en lo planteado a su autoridad; por lo cual, creemos que actuamos con justo razonamiento lógico y moral para recibir una justa respuesta a nuestro recurso...".

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 12 de febrero de 2001, la señora Margarita Rivera con RUN 1000-230229V, registrada en la Base de Datos con NUB 100224024, realizó el cobro del BOLIVIDA correspondiente a las gestiones 1998 y 1999, en el Banco de Crédito de Bolivia S.A. por setecientos noventa 00/100 Bolivianos (Bs. 790.-).

En la misma fecha (12 de febrero de 2001), existe el registro de que la señora Margarita Rivera de Espada, habría realizado un nuevo cobro del BOLIVIDA, con Carnet de Identidad N° 1055122 Ch., correspondiente al registro con NUB 100086574, por las gestiones 1998 y 1999, en el Banco de Crédito de Bolivia S.A., por setecientos noventa 00/100 Bolivianos (Bs. 790.-).

La ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 038 de 3 de febrero de 2005, resolvió lo siguiente:

*“...**ARTÍCULO ÚNICO.-** Suspender el derecho al pago del Bonosol a la señora Margarita Rivera de Espada, boliviana y mayor de edad, nacida en la localidad Villa Serrano, Provincia Belisario Boeto del Departamento de Chuquisaca, en fecha 23 de febrero de 1929, titular del RUN 1000-230229V y NUB 100224024; titular de la cédula de identidad N° 1055122 Ch y NUB 100086574.*

La Intendencia de Pensiones, deberá proceder a inhabilitar en la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol, el registro de la señora Margarita Rivera de Espada.

Se salva el derecho de dicha ciudadana de aclarar su situación ante la Administradora de Fondos de Pensiones en la que se encuentre registrada, en el marco del Parágrafo II del artículo 4 del Decreto Supremo N° 27090 de 18 de junio de 2003...”

En fechas 17 de agosto de 2011 y 2 de mayo de 2012, la Sra. Marcelina Espada Rivera hija de la Beneficiaria Sra. Margarita Rivera de Espada, presentó el reclamo a la Entidad Reguladora, por la Suspensión del Pago del BONOSOL, en sentido de que su madre habría sido objeto de suplantación de identidad.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 866-2012 de 13 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (Entidad Reguladora), resuelve en el primer numeral, ratificar la suspensión del pago del BONOSOL a la Sra. Margarita Rivera de Espada y en su segundo numeral, reconoce expresamente el derecho que tiene la Beneficiaria Sra. Margarita Rivera de Espada, de aclarar su situación legal ante la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, a efectos de poder restituir el beneficio suspendido conforme a la documentación debida, que pueda desvirtuar los motivos que originaron la suspensión, tal como lo establece el parágrafo II del artículo 4 del Decreto Supremo N° 27090 de 18 de junio de 2003 y el artículo 19 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007.

En fecha 5 de diciembre de 2012, la Sra. Marcelina Espada Rivera, en representación de su madre Sra. Margarita Rivera de Espada, interpuso el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 866-2012 de 13 de noviembre de 2012, solicitando la reposición del Beneficio de la Renta Dignidad para su madre Margarita Rivera de Espada.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 146-2013 de 21 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 866-2012 de 13 de noviembre de 2012.

En tal sentido, la Sra. Marcelina Espada Rivera hija de la Beneficiaria Margarita Rivera de Espada, en fecha 15 de marzo de 2013, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 146-2013, el cual se pasa a analizar.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Antecedentes Normativos.-

Previo al análisis de la controversia, corresponde traer a colación la normativa referida al caso de autos, como sigue:

- La Ley Nº 1864 de 15 de junio de 1998, establece que los ciudadanos bolivianos que se encuentren registrados en la Cuenta Solidaria, serán beneficiados con una anualidad vitalicia variable denominada BOLIVIDA, que será pagada a partir de los sesenta y cinco (65) años de edad.
- El Decreto Supremo Nº 26024 de 12 de diciembre de 2000, señala que el valor de un BOLIVIDA será pagadero en moneda nacional, equivalente a trescientos noventa y cinco 00/100 Bolivianos (Bs.395.-) y cuando correspondan a dos BOLIVIDAS se pagará setecientos noventa 00/100 Bolivianos (Bs.790.-).
- El Decreto Supremo Nº 25994 de 24 de noviembre de 2000, establece lo siguiente:
 - “...**Artículo 12º.- (Anulación del pago de beneficios)** El derecho a recibir el Bolívida quedará anulado mediante Resolución Administrativa de la SPVS... por las siguientes causas:
(...)
c) *Por actos fraudulentos debido a las siguientes causales:*
 - 1. *Haber cobrado dos o más veces el Bolívida o los Gastos Funerarios correspondientes a una misma gestión...”*.
- La Ley Nº 2427 de 28 de noviembre de 2002, señala:
 - “**ARTÍCULO 1º (BONOSOL).** Todos los ciudadanos bolivianos residentes en el territorio nacional que hubieren cumplido veintiún años al 31 de diciembre de 1995, tienen derecho, a partir de los sesenta y cinco años de edad y hasta su muerte, al beneficio anual y vitalicio denominado BONOSOL...”.
- El Decreto Supremo Nº 27090 de 18 de junio de 2003, establece:
 - “**Artículo 4º.- (Suspensión del pago)**
(...)
II. *El beneficiario podrá aclarar su situación ante la Administradora de Fondos de Pensiones en la que se encuentre registrado. La Superintendencia, levantará la suspensión cuando la Administradora le envíe una nota firmada por el máximo*

ejecutivo respaldada con los documentos que acrediten tal condición, informando que el beneficiario ha regularizado su situación....”.

- La Ley N° 3791 de 28 de noviembre de 2007, determina:

“ARTÍCULO 2. (OBJETO).- La presente Ley, tiene por objeto establecer la Renta Universal de Vejez (Renta Dignidad), dentro del régimen de Seguridad Social no Contributivo...”

“ARTÍCULO 12. (DEROGACIONES).- Se derogan los Artículos 1 al 21 de la Ley 2427 de 28 noviembre de 2002 (Ley del BONOSOL), a partir de la promulgación de la presente Ley, y todas las disposiciones contrarias a esta Ley...”.

- El Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, señala:

“ARTÍCULO 19.- (SUSPENSIÓN DEL PAGO).
(...)

II. El beneficiario podrá aclarar su situación ante la Entidad Gestora (La Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI), ... La Entidad Encargada de la Regulación, levantará la suspensión cuando la Entidad Gestora le envíe una nota firmada por el máximo ejecutivo respaldada con los documentos que acrediten que el beneficiario no habría incurrido en las causales de los incisos a), b) y c) del presente artículo...”.

2.2.- De la posibilidad de aclarar su situación.-

La Sra. Marcelina Espada Rivera, hija de la Beneficiaria Sra. Margarita Rivera de Espada, señala en su Recurso Jerárquico lo siguiente:

“...un anciano (como un niño) en ese momento con 74 años, ama de casa sin fundamentos como los letrados, engañe a una persona preparada (cajero) ya que este es lento, desconfiado y dudoso de lo demostrado; **por eso la demora de 10 minutos y 08 segundos** que puedan superarse en la transacción de 2 cobros en un mismo instante aunque exista las 2 boletas o documentos de identidad (Carnet y Run), este último (Run) impuesto en provincias para las elecciones presidenciales llamadas recarnetización.

Por esta razón, se hace constar y fundamentar el recurso de este acto producido en tan poco tiempo y preguntarnos no existía (sic) otras personas en el banco? **para que este cobro sea uno detrás de otro** en una misma cantidad de tiempo? (ver constancia de boletas de banco donde la misma máquina automáticamente imprime día y hora de realizada la transacción, **el cajero** no podía darse cuenta de que **era la misma persona** en las transacciones ya que eran seguidas, al acompañante lo mandaron a que sacase fotocopias del carnet de identidad y al regreso no lo dejaron pasar y fue el policía el que entregó estos al cajero pagador, en la computadora tuvo que salir todos los datos del beneficiario e igual en la segunda, pero el atufamiento o mala experiencia de este (suponemos) no le permitió ver y comprobar que era la misma persona? y el monto pagado lo que la RES. ADM. 038 de 03/02/05 indica no lo es, ya que ella solamente cobro Bs. 790...”.

De lo referido en el Recurso Jerárquico y conforme al principio de verdad material, entendido como la búsqueda de la verdad independientemente de cómo ésta haya sido alegada o probada, se entendería entonces que la recurrente solicitaría a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros y a esta Instancia Jerárquica, el levantamiento de la suspensión del pago del BONOSOL de su señora madre.

Que es importante señalar que esta Instancia Jerárquica, conforme prevé el artículo 52 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, resuelve los Recursos Jerárquicos interpuestos de puro derecho.

Por lo tanto, esta instancia administrativa jerárquica, no tiene competencia para determinar el levantamiento de la suspensión del pago de la Sra. Margarita Rivera de Espada, sino simplemente hacer el control de legalidad sobre los actos emitidos por la Autoridad inferior, para constatar la compatibilidad de estos con la Constitución Política del Estado y las leyes que la sustentan.

En este sentido tenemos que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 866-2012 de 13 de noviembre de 2012, señaló:

*“...La posibilidad de hacer dos cobros en poco más de diez minutos es discutible según se tomen los recaudos que la señora Marcelina Espada señala reiteradamente como: contar dinero, recontar dinero, verificar datos en la pantalla del cajero, etc.
(...)”*

*No solamente constan fotocopias de las Boletas de Pago acompañadas de las fotocopias de las Cédulas de Identidad usadas para los cobros, sino que además constan en la Base de datos de Beneficiarios de BOLIVIDA dos registros diferentes, uno con Cédula de Identidad RUN y otra de Cédula de Identidad.
(...)”*

*La señora Espada aporta las mismas Boletas de Pago consideradas para la emisión de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 038 de 03 de febrero de 2005, acompaña las Boletas con una Cédula de Identidad RUN y con Cédula de Identidad, ambas de la misma persona y no afirma ni niega que alguna de ellas estuviera falsificada.
(...)”*

*La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, actúa dentro de un ámbito administrativo y no jurisdiccional. Su administración, como bien dice su nombre consiste en fiscalizar la administración que hace la Entidad Gestora y las aún vigentes Administradoras de Fondos de Pensiones además de controlar la manera efectiva y eficiente que ellas tienen de administrar los fondos de pensiones y los pagos de beneficios como la Renta Dignidad y en su momento el BOLIVIDA y el BONOSOL.
(...)”*

*La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, antes Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP y antes la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS, **no tiene como facultad la de hacer análisis***

periciales en cuanto a posibles cobros suplantados o fraudes que revisten un carácter plenamente investigativo no paralelo al de Fiscalización y Control, que hace de los Entes encargados del pago y administración de beneficios como por ejemplo del BOLIVIDA o del BONOSOL.

(...)

Al mismo tiempo, esta Autoridad le recuerda a la interesada, que en sujeción a las facultades que le reconoce la normativa en vigencia, **se salva el derecho del ciudadano de aclarar su situación ante la Administradora de Fondos de Pensiones (ahora la Entidad Gestora)** en la que se encuentre registrada, en el marco del Parágrafo II del artículo 4 del Decreto Supremo N° 27090, de 18 de junio de 2003; tal cual se le ha dicho a la Beneficiaria Margarita Rivera de Espada, en la página tres (3) de la Resolución Administrativa-SPVS-IP No. 038 de 03 de febrero de 2005.

En otras palabras, todo aquello que reclama la señora Marcelina Espada en cuanto al proceso investigativo que involucra cámaras de seguridad, cajero involucrado, análisis pericial de huellas dactilares, análisis grafológico, etc., estaba entre sus posibilidades para que, desde el mismo momento de la notificación con la Resolución Administrativa de Suspensión de Pago de BONOSOL, procediera y planteara el caso ante la Administradora de Fondos de Pensiones donde se encontraba registrada.”

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

De lo transcrito, si bien la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 866-2012 de 13 de noviembre de 2012, ratificó la suspensión del pago del BONOSOL a la señora Rivera, en razón a que ésta no tendría competencia para realizar la investigación del cobro suplantado del BOLIVIDA y levantar la suspensión del registro de la Beneficiaria en la Base de Datos.

Sin embargo de ello, el Ente Regulador también se pronuncia en el resuelve segundo y tercero de la señalada Resolución Administrativa, que la Beneficiaria Margarita Rivera de Espada, tiene la posibilidad de apersonarse a la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI y presentar cuanta documentación sea necesaria a fin de aclarar su situación legal, a efectos de poder restituir el beneficio suspendido, conforme lo establece el parágrafo II. del artículo 4, del Decreto Supremo N° 27090 de 18 de junio de 2003 y el artículo 19 del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007.

Asimismo, es importante señalar que mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 175 de 27 de febrero de 2008, la Entidad Reguladora estableció el procedimiento para levantar el bloqueo en la Base de Datos de Renta Dignidad, por doble cobro en gestiones anteriores, como sucede en el presente caso, estableciendo lo siguiente:

“...ARTÍCULO 9.

(...)

III. Desbloqueo de Registros

Cuando el Beneficiario se encuentre con estado de Bloqueo en la BDRD, deberá presentar a la AFP correspondiente por sí mismo o a través de la EPI, la siguiente documentación:

- a) *Fotocopia de Cédula de Identidad.*
 - b) *Fotocopia de la última papeleta de pago de renta o Pensión.*
 - c) *Los requisitos establecidos en el “Manual de Bloqueos” (Anexo 2), según el Estado de Bloqueo...”.*
- El Manual de Bloqueos de BDRD (Anexo 2), señala:

“2. BLOQUEO POR SUSPENSIÓN MEDIANTE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

2.1. Descripción.-

Estado de Bloqueo AFP – IAS (Inactivo Suspendido).

Estado de Bloqueo SPVS – IFS (Inactivo Fraude o Suspensión).

2.2. Causas:

Se encuentran con este bloqueo los registros que cuentan con Resolución Administrativa de Suspensión por doble cobro en gestiones anteriores o por haber cobrado sin contar con la edad requerida.

2.3. Solución:

*El Beneficiario debe realizar su reclamo en la **AFP adjuntando la documentación mediante la cual aclare su situación y Originales de Certificado de Nacimiento y Certificado de Cédula de Identidad o Certificación de la Tarjeta Prontuario. Con dicha documentación, la AFP analizará el caso y si el reclamo es rechazado, comunicará a la persona que reclama de manera escrita el resultado del análisis.***

En caso de que la AFP considere que la Resolución Administrativa de Suspensión no corresponde, remitirá informe técnico/legal a la SPVS, para la emisión de la Resolución Administrativa que reponga el derecho al cobro del beneficio. La SPVS podrá solicitar a la AFP un informe técnico o documentación adicional en caso de ser necesario...”.

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

En tal sentido, la Sra. Marcelina Espada Rivera en representación de su madre Sra. Margarita Rivera de Espada, puede apersonarse ante la Entidad Gestora (La Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI), para presentar la documentación establecida por norma, para que dicha entidad, realice la evaluación respectiva, y remita un Informe Técnico/Legal a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, y ésta realice una revisión minuciosa de la documentación, y si corresponde, **reponga el derecho al cobro del Beneficio**, a través de la emisión de una Resolución Administrativa.

Ahora bien y en el evento que la Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI rechace el reclamo, comunicará de manera escrita a la Beneficiaria el resultado.

2.3. De las víctimas de suplantación de identidad.-

La Sra. Marcelina Espada Rivera señala en su Recurso Jerárquico que: “...por todas estas afirmaciones y/o verdades es que me decidí a representarla y dejar su nombre limpio de una mala investigación o solo criterio personal como dice la Ley a las “personas victimas (sic) de suplantación...”.

Es importante señalar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, es la responsable de regular, controlar y supervisar la correcta **administración y seguridad** de la Base de Datos, por lo tanto, no corresponde la solicitud realizada por la señora Marcelina Espada Rivera, ya que la Autoridad Fiscalizadora, no puede realizar las investigaciones sobre los pagos realizados en fecha 12 de febrero de 2001, respecto a los tiempos de pago, si existían o no otras personas en el banco, las transacciones realizadas, etc.

Asimismo, con relación al cajero, se tiene que el pago, tal como lo señala la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 866-2012 de 13 de noviembre de 2012: “...depende de otra relación jurídica diferente a la que esta Autoridad mantiene con las entidades encargadas de la administración y pago de beneficios como la Renta Dignidad o antes de ella, el BONOSOL...”, por lo tanto es evidente que el mismo no le compete a la Autoridad Fiscalizadora, ni a esta instancia jerárquica.

Ahora bien, respecto a que la señora Rivera fue víctima de suplantación de identidad, corresponde señalar que la Ley Nº 082 de 20 de enero de 2011 establece que por única vez se realizará la reposición económica a las víctimas de suplantación de identidad en el cobro del **ex BONOSOL y Renta Dignidad**, sufrido en el periodo comprendido entre el **1 de enero de 2003 al 30 de septiembre de 2010**, cuya denuncia curse ante el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros.

Asimismo, el Decreto Supremo Nº 966 de 24 de agosto de 2011, que reglamenta la Ley Nº 082 de 20 de enero de 2011, señala en su artículo 2 lo siguiente:

“...ARTÍCULO 2.- (VÍCTIMAS DE SUPLANTACIÓN).

I. Para efectos de la Ley Nº 082, son víctimas de suplantación:

1. Los beneficiarios del Ex Bonosol y Renta Dignidad, según corresponda, cuyas denuncias de suplantación cursen hasta el 20 de enero del 2011, fecha de publicación de la Ley Nº 082, ante el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, o entidades bajo tuición del mencionado Ministerio; ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP, ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS y entidades reguladas o contratadas para fines de pago de los beneficios reclamados; y,

2. Cuyo periodo suplantado se encuentre comprendido entre el 1 de enero del año 2003 y el 30 de septiembre del año 2010...”.

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

De igual manera, la Resolución Administrativa APS/DPNC/Nº 296-2011 de 12 de septiembre de 2011, establece:

“...PRIMERO (ÁMBITO DE APLICACIÓN)

*Se efectuará la reposición económica por única vez a los Beneficiarios del ex Bonosol y de la Renta Dignidad **que fueron afectados con suplantación de identidad, en el***

periodo comprendido entre el 01 de enero del año 2003 y el 30 de septiembre del año 2010, y que hubiesen presentado la denuncia de suplantación hasta el 20 de enero del 2011, fecha de publicación de la Ley N° 082...".

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

De la normativa señalada, se tiene que la reposición económica por única vez hace referencia a las víctimas de suplantación de identidad en el cobro del **ex BONOSOL y/o actual Renta Dignidad**, sufrido entre el periodo comprendido entre el **1° de enero de 2003 al 30 de septiembre de 2010**, sin embargo, el doble cobro del BOLIVIDA realizado por la Beneficiaria Margarita Rivera de Espada, ocurrió mucho antes (12 de febrero de 2001).

Por lo tanto, al no cumplir con los requisitos establecidos para la reposición por única vez de víctimas de suplantación de identidad, la Beneficiaria no puede acogerse a lo establecido en dicha norma.

2.4. De la supuesta colisión de normas.-

La señora Marcelina Espada Rivera, señala en su Recurso Jerárquico lo siguiente:

"II. COLISIÓN DE NORMAS

*En relación a los argumentos vertidos y toda normativa empleada en nuestras cartas y notas de reclamo, fundamentado en lo que califica la Ley, Decretos Supremos, Resoluciones y/o otros, la vulnerabilidad, la igualdad, la ecuanimidad, la dignidad y el derecho para lograr la equidad y la justicia social que nos garantice condiciones específicas para el goce y ejercicio de nuestros derechos, libertades y garantías reconocidas por la Constitución Política del Estado, Derechos Humanos, Política Social, Recursos Administrativos, impugnaciones y Principios Morales que mencionan; asimismo **las señaladas y recapituladas por sus autoridades** para el cumplimiento necesario de la configuración del daño y/o práctica del hecho incorruptible que no se a dispuesto daño al individuo...".*

Que en el presente caso, no existe una colisión de normas, debido a que la misma haría referencia a la existencia de un conflicto de normas, es decir a que norma debería ser aplicada, que en el caso concreto no existe el conflicto planteado, ya que no existe una decisión que dependa del predominio de una norma sobre otra.

Ahora bien y en cuanto a la vulneración de los principios de igualdad, la dignidad y el derecho para lograr la equidad y la justicia social.

Se tiene que si bien la recurrente señalaría que existiría una violación a estos principios, la misma hace una simple cita de ellos omitiendo cumplir con su obligación de expresar de que manera se le hubieran vulnerado estos principios, y que el hecho de que el recurrente haga una referencia a una vulneración de estos principios, pero no explique de que manera y como las mismas fueron vulneradas, hacen que esta instancia Jerárquica no pueda emitir un pronunciamiento sobre el particular.

Sin perjuicio de ello, corresponde señalar de manera general algunos aspectos, como sigue:

2.4.1. En cuanto al Principio de Igualdad.-

Respecto a este principio, el Tribunal Constitucional en la SC 2189/2010-R de 19 de noviembre, señaló:

"En lo referido al derecho a la igualdad, cabe señalar que ésta es la condición que imponen las leyes para todo habitante de un Estado; significa que ante la ley nadie tiene preferencias de ningún tipo, sean estas por su ubicación, clase social, raza, sexo, educación. La igualdad jurídica importa el mínimo de equidad que una sociedad debe respetar, ya que de ninguna manera puede operar la democracia sin este concepto, también la igualdad, está íntimamente relacionada con la libertad, que únicamente puede desarrollarse en un ambiente igualitario. El contenido esencial de la igualdad no se encuentra en la prohibición de establecer tratamientos normativos diferenciados, sino en la interdicción de normas diferenciadas no justificadas, esto es, arbitrarias o discriminatorias; para decirlo claramente, lo esencial para entender la igualdad jurídica, es que ésta no radica en la 'no diferenciación' sino en la 'no discriminación entre pares', desplazándose el problema a la determinación del criterio que nos permita establecer cuando una diferenciación es o no discriminatoria, esto implica, que todas las personas sujetas a una misma norma o que se encuentren en una misma condición jurídica, deben someterse a la misma ley aplicable a los individuos de ese grupo. Lo contrario implicaría que la autoridad al aplicar la ley vulnerara el principio de igualdad e impusiera una discriminación antijurídica. La esencia de este derecho está dada por el reconocimiento de que los hombres son iguales".

Respecto al tema, la igualdad jurídica, implica esa equidad que busca la justicia, debiendo al respecto para hacer efectiva una igualdad material, tomar muy en cuenta los aspectos particulares de cada persona, de cada caso, de cada hecho o circunstancia. Más aún, se debe tomar en cuenta dicha igualdad en el caso donde existen distintos imputados, para los cuales, se dieron distintas valoraciones dentro de los hechos ocurridos. En el presente caso, se tendrá que valorar los hechos expuestos dentro del recurso de casación planteado por el accionante, para así, establecer si efectivamente se vulneró el derecho a la igualdad".

2.4.2. En cuanto al Principio de Equidad.-

Respecto a este principio, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, Pensiones, establece:

"...Es el otorgamiento ecuánime de prestaciones por las contribuciones efectuadas a la Seguridad Social de Largo Plazo y de beneficios reconocidos en la presente Ley..."

2.4.3. En cuanto a la Dignidad.-

De igual forma la SC 0483/2010-R de 5 de julio, al respecto afirma que:

"...cabe señalar que el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DHDH), señala que: 'Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y

derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. La dignidad personal, implica reconocer al otro como otro yo, y al Estado, le corresponde reconocer, garantizar y promover la dignidad y los derechos humanos, desechando los obstáculos que se oponen a ello, su acatamiento es la base del Estado. Definir la dignidad de la persona no es posible, solo podemos apreciar su vulneración, la que se concreta cuando se perturba, amenaza o priva de los derechos e esenciales de la persona, o se denigra o humilla, cada vez que se discrimina. De esta forma, la dignidad de la persona, constituye una realidad ontológica constitucional, siendo la esencia y fundamento de los derechos humanos”.

2.4.4. En cuanto al Derecho a la Justicia.-

El mismo haría referencia al derecho al acceso a la justicia, también denominado por la doctrina española como derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual implica la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica, social o de cualquier otra naturaleza, de acudir ante los tribunales para formular pretensiones o defenderse de ellas, de obtener un fallo de esos tribunales y, que la Resolución pronunciada sea cumplida y ejecutada.

De lo anteriormente citado se tiene que si bien la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha ratificado la suspensión del pago del BONOSOL realizado a la Beneficiaria Margarita Rivera de Espada, este hecho se encuentra respaldado en la normativa vigente, por lo que no existiría ninguna vulneración a los principios citados y conforme se tiene del análisis ut supra, la Beneficiaria puede presentar su reclamo y documentación de respaldo, ante la Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI (Entidad Gestora), para que la misma pueda ser evaluada y si corresponde se pueda levantar el bloqueo de la Beneficiaria.

2.5. De la documentación presentada por la Beneficiaria.-

Por último, se puede evidenciar que la Beneficiaria presentó los siguientes Formularios de Reclamo:

- Formulario de Reclamo del BONOSOL N° 7048 (fojas 10) a BBVA Previsión AFP S.A. en fecha **30 de julio de 2004**, adjuntando Certificado de Nacimiento, Certificado de Matrimonio, Informe de la Policía Nacional, fotocopia del Carnet de Identidad, registro domiciliario y Tarjeta Prontuario, Tipo de Reclamo: **Solicitud de desbloqueo por el Beneficiario.**
- Formulario de Reclamo del BONOSOL N° 35921 (fojas 31) en fecha **27 de marzo de 2006**, adjuntando fotocopia del Carnet de Identidad y carta de solicitud Resolución Administrativa Suspensión IFS-IAR, Tipo de Reclamo: **Otros.**
- Formulario de Reclamo de Renta Dignidad N° 69053 (fojas 40), en fecha **17 de noviembre de 2009**, adjuntando el Certificado de Cédula de Identidad original, Fotocopia del Documento de Identidad del Beneficiario N° 1055122 y Certificado de Nacimiento original. Tipo de Reclamo: **Registro de Alta de Beneficiario.**

De la documentación señalada se tiene que la misma debe ser presentada a La Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI (Entidad Gestora), si es que la recurrente así lo considera, para que la misma sea valorada dentro del procedimiento para levantar la suspensión del pago de la Beneficiaria.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, y en estricto cumplimiento de la normativa del sector, se ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma y ha cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo, en cuanto se refiere al objeto, a la motivación y a la fundamentación del mismo que implica que la Administración Pública se ha pronunciado sobre todas las cuestiones alegadas de hecho y de derecho que correspondían al presente caso.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar totalmente la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 146-2013 de 21 de febrero de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº866-2012 de 13 de noviembre de 2012.

Regístrese, notifíquese y archívese

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



RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/N° 206-2013 DE 14 DE MARZO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013 DE 23 DE AGOSTO DE 2013

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013

La Paz, 23 de Agosto de 2013

VISTOS:

Los Recursos Jerárquicos interpuestos por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** y por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 048/2013 de 25 de junio de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 104/2013 de 18 de julio de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 5 de abril de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, representada legalmente por su Gerente Comercial y de Servicio al Afiliado, Sr. René Nicolás Nogales Rodríguez, conforme acredita el Testimonio de Poder N° 627/2008, otorgado en fecha 24 de noviembre de 2008 por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de

la Dra. Juana Mery Ortíz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de fecha 14 de marzo de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de fecha 11 de enero de 2013.

Que, por memorial presentado en fecha 5 de abril de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, representada legalmente por su Gerente General, Sr. Julio Antonio Vargas León, conforme al Testimonio de Poder N° 563/2001 de fecha 3 de octubre de 2001, suscrito por ante la Notaría de Fe Pública N° 035 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de fecha 14 de marzo de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de fecha 11 de enero de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/4863/2013, con fecha de recepción 10 de abril de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, los Recursos Jerárquicos interpuestos por cada Administradora de Fondos de Pensiones, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de fecha 14 de marzo de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 15 de abril de 2013, notificado en fecha 16 de abril de 2013, se admiten los Recursos Jerárquicos interpuestos por cada Administradora de Fondos de Pensiones, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de fecha 14 de marzo de 2013.

Que, en fecha 26 de abril de 2013 se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

Que , mediante Auto de 30 de abril de 2013, notificado en fecha 8 de mayo de 2013, se dispuso hacer de conocimiento de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** y a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, a cada cual con el Recurso Jerárquico de la otra, para que en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, formulen sus criterios o fundamentos con respecto a los de la otra recurrente.

Que, mediante memorial presentado en fecha 21 de mayo de 2013, con la suma "*FUNDAMENTA Y OFRECE PRUEBA DOCUMENTAL...*", **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** presentó documentación complementaria en referencia al "*Recurso Jerárquico presentado por FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*".

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/Nº 26-2013 DE 11 DE ENERO DE 2013, QUE APRUEBA LA NORMA GENERAL PARA LA GESTIÓN JUDICIAL EN EL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 26-2013 de 11 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros:

“...aprueba la “Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones”, cuyo texto ordenado se encuentra adjunto a la presente en Anexo I, que forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa...”

La Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones al que se refiere la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 26-2013 (Anexo I), es la que se transcribe a continuación:

“...NORMA GENERAL PARA LA GESTIÓN JUDICIAL EN EL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES

ARTÍCULO 1. (OBJETO).- *Las normas generales detalladas a continuación, tienen por objeto establecer las gestiones judiciales mínimas que debe observar la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo – GPS y transitoriamente las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), en el Proceso Coactivo Social de la Seguridad Social (PCS) y/o en el Proceso Penal (PP), en el Sistema Integral de Pensiones (SIP).*

ARTÍCULO 2. (DEFINICIONES Y TERMINOLOGÍA PREVISIONAL).- *Las definiciones y terminología establecidas en la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, y disposiciones reglamentarias, son de aplicación al presente reglamento.*

ARTÍCULO 3. (PROCESO COACTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL).- **I.** *De conformidad con el artículo 22 del Decreto Supremo Nº 0778, la GPS deberá iniciar obligatoriamente el Proceso Coactivo de la Seguridad Social en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyó en Mora o Presunción de Mora, cuando se persiga el cobro de Contribuciones, Aportes, Primas y Comisión, el Interés por Mora y el Interés Incremental, y recargos cuando corresponda. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar el PCS.*

II. *El PCS se registrará bajo los principios del ámbito social procesal, conforme el artículo 110 de la Ley Nº 065 y el artículo 22 del Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011.*

ARTÍCULO 4. (PROCESO PENAL POR DELITOS PREVISIONALES).- **I.** *De conformidad con el artículo 23 del Decreto Supremo Nº 0778, la GPS deberá iniciar obligatoriamente el Proceso Penal por el Delito Previsional de Apropiación Indevida de Aportes establecido en el artículo 118 párrafo I de la Ley Nº 065 de Pensiones, en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, computables desde que el Empleador se constituyó en mora. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar la acción penal.*

II. La GPS cuando tenga conocimiento de la comisión de un Delito Previsional, previsto en el artículo 118 y/o 119 de la Ley N° 065, tiene la obligación de presentar denuncia ante la autoridad competente en el plazo máximo de cinco (5) días calendario, computable a partir del conocimiento del delito, y tramitar el proceso hasta su conclusión. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar la acción penal, la cual será comunicada a la APS.

Las acciones que tome la GPS deberán ser respaldadas con elementos probatorios pertinentes e idóneos.

III. El plazo de cinco (5) días calendario, no es de aplicación al Delito Previsional de Apropiación Indevida de Aportes, sujeto al plazo establecido en el artículo 23 del Decreto Supremo N° 0778.

ARTÍCULO 5. (FORMA Y CONTENIDO DE LA DENUNCIA PENAL).- *I. La GPS al momento de la presentación de la denuncia penal deberá cumplir con las exigencias mínimas de forma y contenido de la denuncia, de acuerdo a lo previsto por el artículo 285 parágrafo II del Código de Procedimiento Penal - CPP.*

II. En el caso de tratarse de persona jurídica, será responsable penal la persona o personas naturales que funjan o hayan fungido como representantes legales en el período en el que se tiene que cumplir con la obligación de pago de Contribuciones. Asimismo, podrá determinarse la corresponsabilidad penal de otras personas que tomaron la decisión de no pagar, en aplicación al artículo 118 de la Ley N° 065.

ARTÍCULO 6. (DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS O PREPARATORIAS).- *I. En virtud a lo establecido en el artículo 111 parágrafo I de la Ley N° 065, la GPS a tiempo de plantear la demanda coactiva social, deberá solicitar a la autoridad jurisdiccional se dicte las medidas precautorias necesarias para precautelar el cobro de los adeudos al SIP.*

II. La GPS al momento de plantear la denuncia penal por Delitos Previsionales, deberá solicitar las medidas precautorias necesarias con la finalidad de asegurar la reparación de daños y perjuicios ocasionados.

III. Las medidas precautorias concedidas en los procesos judiciales PCS y/o PP deberán ejecutarse con toda responsabilidad, diligencia y eficacia, con el fin de garantizar los resultados del juicio.

ARTÍCULO 7. (DOCUMENTACIÓN MÍNIMA).- *I. A tiempo de plantear la demanda coactiva, la GPS deberá adjuntar obligatoriamente la Nota de Débito y la Liquidación correspondiente debidamente firmada por el responsable de su emisión, en conformidad a los artículos 110 y 111 de la Ley N° 065.*

II. A momento de interponer la acción penal por el delito de Apropiación Indevida de Aportes, la GPS deberá presentar adjunto a la denuncia, la Nota de Débito y Liquidación correspondiente, así como toda prueba documental de la gestión

administrativa de cobro de aportes y toda aquella documentación y elementos probatorios que considere pertinente que puedan conducir a la comprobación del delito y su tipificación.

III. En los demás Delitos Previsionales, señalados en los artículos 118 y 119 de la Ley N° 065, deberá adjuntar los elementos probatorios correspondientes.

ARTÍCULO 8. (DILIGENCIA).- **I.** La GPS tiene la obligación de llevar adelante los procesos judiciales, PCS y/o PP por Delitos Previsionales, con absoluta diligencia y responsabilidad, hasta su conclusión.

II. En el marco conceptual de buen padre de familia deberá consecuentemente realizar las gestiones y actuaciones necesarias ante las autoridades competentes, inclusive encontrándose éstos en despacho de la autoridad jurisdiccional o fiscal para su respectivo pronunciamiento (providencias, decretos, autos, sentencias, autos de vista, requerimientos, etc.), y cuando la autoridad no se haya pronunciado dentro del plazo determinado por ley por motivos injustificados, realizar las gestiones que correspondan por el incumpliendo (sic) a sus funciones y retardación de justicia.

III. La GPS para aquellos procesos donde el expediente o el cuaderno de investigación no sea habido en el juzgado o fiscalía, deberá solicitar a la autoridad correspondiente la certificación que acredite el tiempo y la repartición o persona con quien formalmente se encuentra; y en caso de extravío requerir se ponga a la vista el mismo o la reposición inmediata de obrados, a fin de no generar retraso en la gestión judicial.

IV. No será admisible la paralización injustificada del PCS y/o PP, o el pre-archivo o archivo del expediente o cuaderno de investigación, en el Juzgado o Fiscalía, por falta de actividad procesal atribuible a la GPS, postergando los efectos de los procesos judiciales.

ARTÍCULO 9. (DEBER DE ATESTIGUAR).- El representante legal de la GPS, que se apersona en el PP, deberá prestar su Declaración Informativa Policial dentro de la investigación preliminar, en el plazo máximo de veinte (20) días hábiles administrativos de iniciada la prevención, y atestiguar conforme a lo establecido en el procedimiento penal.

ARTÍCULO 10. (OBLIGACIÓN DE CONSTITUIRSE EN PARTE QUERELLANTE).- La GPS con la finalidad de tener plena intervención en el proceso penal, deberá constituirse obligatoriamente en parte querellante de los Delitos Previsionales, querella que deberá cumplir con las exigencias o requisitos formales y materiales del procedimiento penal.

ARTÍCULO 11. (CONVERSIÓN DE ACCIONES).- **I.** En el supuesto que en el PP, el Fiscal disponga el rechazo de la denuncia o querella penal, la GPS deberá objetar la resolución de rechazo dentro del plazo establecido por ley, bajo su entera responsabilidad.

II. En el caso que el Fiscal superior en jerarquía determinara la ratificatoria del rechazo y archivo de obrados, la GPS, deberá solicitar a la autoridad competente la conversión de

acciones conforme a procedimiento penal.

III. En el caso que el Fiscal decretara el sobreseimiento del imputado(s), la GPS se encuentra en la obligación de objetar el mismo conforme a procedimiento.

ARTÍCULO 12. (ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS).- I. El monto consignado en la Nota de Débito, dentro del PCS, podrá actualizarse al vencimiento de nuevos periodos en mora en cualquier etapa del proceso, hasta antes del remate, conforme dispone el artículo 116 de la Ley N° 065.

II. En los PP por Apropriación Indebida de Aportes, al haberse acreditado nuevos períodos apropiados (adeudados) por el imputado (Empleador), la GPS, deberá solicitar la ampliación de la denuncia o querrela o acusación hasta antes de la sentencia, considerando la indivisibilidad de juzgamiento, y atendiendo el procedimiento legal establecido.

ARTICULO 13. (DE LAS EXCEPCIONES E INCIDENTES).- I. La GPS en los PCS y PP deberá obligatoriamente responder fundadamente a todas las excepciones e incidentes que presenten o planteen los demandados y/o denunciados.

II. El responder las excepciones e incidentes en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables conllevará a las responsabilidades administrativas correspondientes.

ARTÍCULO 14. (DE LA OBLIGACIÓN DE RECURRIR).- I. La GPS en los PCS y PP deberá obligatoriamente presentar los recursos o impugnaciones que le franquea la ley contra toda decisión desfavorable en todo o en parte emitida por el órgano jurisdiccional, el juez, tribunal o Ministerio Público.

II. El presentar recursos en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables conllevará las responsabilidades administrativas correspondientes, que de esta omisión emanen.

III. En el caso que el recurso fuera planteado por los demandados o denunciados, la GPS, deberá obligatoriamente responder a los mismos dentro de los plazos y procedimiento establecido por ley.

ARTÍCULO 15. (OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR).- En caso de verificar o detectar indicios de la comisión de delitos por parte de las autoridades jurisdiccionales o fiscales, en ejercicio de sus funciones, la GPS deberá formular la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público o autoridad competente, y será comunicada a la APS.

ARTÍCULO 16. (SUSPENSIÓN DE LA GESTIÓN JUDICIAL DE COBRO).- De conformidad a lo dispuesto por el artículo 27 parágrafo I del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, los PCS y/o PP por Apropriación Indebida de Aportes, se suspenderán temporalmente cuando se haya suscrito Convenio de Pago debidamente homologado por la APS, debiendo mantenerse subsistentes las medidas precautorias dispuestas por la autoridad competente hasta la cancelación total de la obligación al SIP.

ARTÍCULO 17. (RETIRO DE LA DEMANDA Y DESISTIMIENTO DEL PROCESO). I. La GPS podrá retirar la demanda coactiva social, conforme a procedimiento legal, siempre que el demandado haya cancelado el total de la obligación al SIP.

II. Únicamente se podrá desistir en los procesos judiciales, PCS y/o PP por Apropiación Indebida de Aportes, con la cancelación total de las Contribuciones o Aportes Solidarios en mora, más los intereses y recargos si correspondiese.

III. En ambos casos, la GPS necesariamente deberá presentar el memorial correspondiente ante la autoridad competente; quedando terminante (sic) prohibido suspender o paralizar las acciones judiciales, mientras no se haya cancelado el monto total adeudado.

ARTÍCULO 18. (SOLICITUD DE INFORMACIÓN).- I. En atención a lo establecido en el artículo 185 de la Ley N° 065, la GPS antes de presentar la demanda coactiva social y/o la denuncia penal por Apropiación Indebida de Aportes, deberá contar con la suficiente información que le permita verificar si el Empleador objeto de proceso legal sea el acreditado legalmente en registros públicos y se encuentre con vida.

II. Para tal efecto la GPS realizará las gestiones necesarias ante las reparticiones públicas como privadas, para la verificación de información idónea y actualizada a utilizar, para el inicio de los procesos legales del SIP.

ARTÍCULO 19. (COLABORACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN).- I. En los PP por Apropiación Indebida de Aportes y previsionales, la GPS se encuentra en la obligación de atender todos los requerimientos fiscales como judiciales de forma idónea y oportuna.

II. Asimismo, la GPS deberá prestar colaboración y coadyuvar en la investigación con el Ministerio Público, en cuanto a la realización de diligencias.

ARTÍCULO 20. (PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES).- De conformidad al artículo 149 literal j) de la Ley N° 065, la GPS tiene la obligación de iniciar, tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial cuando corresponda, con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados al SIP."

2. RECURSOS DE REVOCATORIA.-

2.1. RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP.-

Por memorial presentado el 13 de febrero de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, con los siguientes argumentos:

“...**II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.**

1) DE LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCESOS COACTIVOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS PREVISIONALES.-

El artículo 1 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 señala

que "Las normas generales detalladas a continuación, **tienen por objeto establecer las gestiones judiciales mínimas que debe observar la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo – GPS y transitoriamente las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)**, en el Proceso Coactivo Social de la Seguridad Social (PCS) y/o en el Proceso Penal (PP), en el Sistema Integral de Pensiones (SIP)" (las negrillas son nuestras). Ahora bien, conforme a lo establecido por el último párrafo del artículo 110 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (sic) de pensiones, "El Proceso Coactivo de la Seguridad Social se regirá bajo los principios del ámbito social procesal"; y asimismo, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 112, parágrafo II de la citada Ley, "El Remate se desarrollará conforme lo establecido en el Procedimiento Civil". Resultado de ello, es que nos encontramos con un proceso híbrido o peor aun (sic), confuso, ya que por una parte debe regirse por las normas del ámbito social procesal y por otra, conforme a las reglas del Procedimiento Civil.

En todo caso hay que puntualizar que el Proceso Coactivo de la Seguridad Social es un proceso distinto y diferente al Proceso Coactivo Social, cuya sustanciación se encuentra reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 5315 de 30 de Septiembre de 1959; fruto se (sic) ello es que los jueces del Trabajo y seguridad Social deben aplicar a los Procesos Coactivos de la Seguridad Social las reglas del Procedimiento Civil, ajustando el procedimiento en cuanto a plazos, excepciones y apelaciones, según lo establecido por la Ley N° 065 de 10 de Diciembre de 2010 de Pensiones.

En cuanto a los Proceso Penales por delitos previsionales, toda la actividad procesal se encuentra reglamentada en el Código de Procedimiento Penal.

Por lo previamente glosado, y siendo que la actividad procesal se encuentra claramente establecida por el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal; y además complementada por la Ley N° 065 de Pensiones, y tomando en cuenta que los actuados procesales se realizan en función a la oportunidad procesal de acuerdo a norma por los abogados que patrocinan los casos; la "Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones" aprobada mediante la Resolución Administrativa ASP/DPC/DJ/N° (sic) 26-2013 que se impugna se constituye en un exceso que simplemente impone obligaciones que en lugar de allanar la sustanciación de los procesos, los entorpecerá ocasionando una mayor retardación de justicia.

Asimismo, debe manifestarse además que las obligaciones del abogado en caso de litigio, sea como patrocinante o apoderado siempre son de Medios, es decir las obligaciones adquiridas son representar a su mandante o patrocinado pero no puede garantizar que el resultado del juicio le sea favorable, ya que éste resultado depende de la administración de un tercero, en el presente caso, el de los operadores de justicia.

2) DE LA OBLIGACIÓN DE INICIAR EL PROCESO COACTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN UN PLAZO MAXIMO DE 120 DÍAS DESDE QUE EL EMPLEADOR SE CONSTITUYO EN MORA O PRESUNCIÓN DE MORA.-

El artículo 3 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013,

determina en su parágrafo I que: "De conformidad con el artículo 22 del D.S. N° 0778, la GPS deberá iniciar obligatoriamente el Proceso Coactivo de la Seguridad Social **en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyó en Mora o Presunción de Mora**, cuando se persiga el cobro de Contribuciones, Aportes, Primas y Comisión, el Interés por Mora y el Interés Incremental, y recargo cuando corresponda. Sin perjuicio de las sanciones que corresponda, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar el PCS" (las negrillas son nuestras).

Sin embargo de ello, el artículo 22 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en Materia de Contribuciones y Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora, aprobado mediante Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, titulado Obligatoriedad de Iniciar Acción Procesal, en el Parágrafo I, establece que: "**El Proceso Coactivo de la Seguridad Social** para la recuperación de Contribuciones y Aportes Nacionales Solidario **por mora del Empleador, deberá ser iniciado** por la GPS **en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que éste se constituyó en mora**, debiendo tener la correspondiente constancia de la presentación de la demanda, conforme lo previsto en el Capítulo I del Título IV de la Ley 065, ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, y seguir con la tramitación del proceso hasta su conclusión. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social". Dicha previsión normativa es concordante con lo establecido por el Artículo 107 de la Ley N° 065 de Pensiones la misma que señala de manera expresa que: "El Empleador incurre en mora al día siguiente de vencido el plazo establecido para el pago de contribuciones..."

La sola lectura de ambos artículos permite concluir que es absolutamente evidente que el Regulador, de manera excesiva y sin tener facultades para modificar instrumentos jurídicos como son las leyes y Decretos Supremos, incluye en la Resolución Administrativa **un elemento que desnaturaliza la esencia misma del Título Coactivo** e incide en el desarrollo normal del proceso coactivo, dicho elemento **es el de la "Presunción de Mora"** que como figura o instituto jurídico que viabilice acciones coactivas **no existe**.

Lo anteriormente expuesto tiene sustento en aspectos conceptuales y doctrinales que, siendo de pleno y perfecto conocimiento del Regulador, deben merecer su atención y son los que se detallan a continuación.

EN LO CONCERNIENTE A LA MORA:

Según tratadistas de Derecho Civil, la mora es el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación" (José Decker Morales, página 19 - EL PROCESO EJECUTIVO).

"La mora consiste sólo en la tardanza, retardo o demora en el cumplimiento" (Código Civil, Carlos Morales Guillén).

De acuerdo al Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, Mora es "Tardanza en el cumplimiento de una obligación. De modo más específico, retraso en el pago de una cantidad de dinero líquida y vencida".

El mismo diccionario respecto de la mora del deudor refiere: "Situación en que se coloca quien deja de cumplir a su vencimiento la obligación que le incumbe, y una vez que ha sido intimado para su cumplimiento por el acreedor. Ahora bien, la mora se puede producir de pleno derecho; es decir, sin necesidad de intimación, cuando se ha convenido que corra desde el día del vencimiento o cuando así lo determina la ley".

"Mora ex Lege" o Mora por el ministerio de la ley, ese el caso de las previsiones legales contenidas en los Arts. 107 y 108 de la Ley 065; es decir la mora de los Empleadores está prevista en la ley.

En sentido estricto mora es la dilación en el pago de una cantidad de dinero líquida y vencida.

Por una parte, deuda líquida es la de existencia cierta y reconocida, por ejemplo una cantidad determinada de dinero. Deuda cierta, por otra parte, es aquella sobre cuya existencia y exactitud, ya sea en cantidad de dinero u otra prestación cualquiera, no hay discusión; es una deuda sin duda.

Como contraparte, la deuda ilíquida es la pendiente de ser estimada o liquidada y que genera dudas relativas a la exigibilidad del acreedor o relativas al pago del deudor.

El Regulador introduce el elemento "presunción de mora" en el artículo 3 del Anexo I de de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 026-2013 sin considerar que presunción es una proposición acerca de la verdad, **no es la verdad en sí** afectando con ello la esencia del Título Coactivo.

Inclusive en materia probatoria, la presunción cuando no admite prueba en contra es absoluta y relativa si admite prueba en contra. Así la presunción si es absoluta surtirá eficacia plena en contraparte a la presunción relativa, conforme se trate de presunción iures et de iure o iures tantum, conforme nuestra legislación establece en los Arts. 477 Código de Pdto. Civil y Arts. 1317, 1318, 1319 y 1320 del Código Civil.

Por lo antes expuesto es perfectamente coherente concluir que solamente la deuda real y mora efectiva hacen a la naturaleza y esencia de los procesos coactivos sociales, en consecuencia resulta manifiestamente impertinente introducir la presunción de mora en la norma general para la gestión judicial en el Sistema Integral de Pensiones; ya que como se glosó precedentemente, las deudas presuntas no ingresan en la categoría de deuda líquida y exigible, menos de mora; y deberían ingresar en su sustanciación y resolución a procesos de naturaleza ordinaria para que juez competente determine si existe o no deuda, criterio así expresado por Carlos Morales Guillén en su Código de Pdto. Civil Concordado cuando señala que "La

exigencia de cantidad líquida para proceder ejecutivamente, **responde a la necesidad de certeza que debe darse sobre lo que tiene derecho a percibir el acreedor, porque no siendo líquida la cantidad, sería necesario un previo proceso de liquidación, sujeto a comprobaciones y pruebas propias del proceso ordinario.**

Siempre que la ley se refiere a cantidad líquida, se refiere indudablemente a cantidades ciertas de dinero efectivo, representación común de todos los valores y de ello se infiere, por algunos autores, que el objeto de la ejecución ha de ser sumas de dinero (Manresa y Reus...)" (las negrillas son nuestras).

Por otra parte, conoce el Regulador que la Ley 065, tratando de hacer una adaptación al proceso coactivo civil en un ámbito procesal social, incurre en falencias y yerros, pues las administradoras transitoriamente, -y en su momento la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, no cuentan ni contarán con la garantía real, ni hipotecaria, ni prendaria, debidamente inscrita en DRR para su ejecución; pero ésta norma, aún con falencias, no dispone en ninguno de sus artículos que se deba iniciar un proceso Coactivo de la Seguridad Social en base a una presunción de mora o presunción de deuda, por el contrario establece claramente en su Título IV Capítulo I sobre la Gestión de Cobro, Proceso Coactivo y Tipos Penales que la cobranza debe ser realizadas por montos adeudados, especificando en su Art. 107 que: **El Empleador incurre en mora al día siguiente de vencido el plazo establecido para el pago de contribuciones** (las negrillas son nuestras); en consecuencia, no puede por una incorrecta reglamentación del Regulador, convertirse aún más inaplicable con la introducción de elementos que desnaturalizan la esencia de los títulos coactivos y contradicen flagrantemente la Ley N° 065 en lo concerniente a la cobranza de la mora.

3) DE LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR DELITOS PREVISIONALES.-

Con relación a lo dispuesto por el artículo 4 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 debe tenerse en cuenta que el "**conocimiento de un delito**" significa un comportamiento subjetivo e independiente en cada persona, el mismo que no puede estar determinado por un tiempo preciso, es decir, que no se puede tener certeza efectiva del momento exacto en que la persona natural o jurídica a través de sus representantes legales tengan conocimiento cierto de la comisión de un delito, por ejemplo aquella persona que conociendo de un robo decide no comunicarlo a ninguna otra persona, mucho menos denunciarlo entonces, determinar el momento exacto en que ese sujeto conoció del delito, es lógicamente imposible.

Para el caso nuestro, los parágrafos II y III del artículo 4 citado, arbitrariamente establecen un plazo de cinco (5) días desde que se tomo (sic) el conocimiento de la comisión de alguno de los Delitos Previsionales previstos en los Arts. 118 y/o 119 de la Ley de Pensiones N° 065, a excepción de la Apropriación Indebida de Aportes, para efectuar la denuncia ante la Fiscalía o el Ministerio Público. Ahora bien, la interrogante es como determinar el momento en que la institución en si misma tuvo conocimiento cierto de la comisión de un delito?

Con relación al plazo de cinco (5) días para interponer denuncia; debe considerarse a la luz del principio de búsqueda de la verdad material consagrado en la CPE y Ley de Procedimiento Administrativo, que la propia Resolución Administrativa recurrida, establece que debe obtenerse documentación probatoria idónea y pertinente que forme convicción y nos de certeza sobre la consumación de ese presumible hecho ilícito **detectado**, para así presentar la Denuncia. Este proceso de obtención de documentación consiste per se, en una recolección de pruebas que implica con absoluta seguridad **exceder los cinco (5) días normados por la ahora Resolución Administrativa ahora recurrida**; pero aquí surge un nuevo (sic) interrogante ¿Si el conocimiento del delito se presenta en el momento en que se detectó el posible hecho ilícito o el momento en que, luego de recabada la documentación idónea y pertinente, se tuvo por consumado el delito y se decidió denunciarlo ante el Ministerio Público?. Es por esos argumentos que, imponer un plazo para presentar la Denuncia en cinco días de conocido el delito, constituye una disposición arbitraria y autoritaria que estaría sujeta a diferentes interpretaciones, pero claro está que el más fuerte la interpretaría y aplicaría contra el más débil.

Surge también la necesidad de citar el Art. 284 (Denuncia) del Código de Procedimiento Penal, que expresa lo siguiente: **"Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito de acción pública (sic) podrá denunciarlo ante la Fiscalía o la Policía Nacional"**.

Es decir que el propio legislador, ha visto conveniente no imponer ningún plazo para presentar una Denuncia debido al interés que unos puedan tener en denunciar el acto ilícito y otros no, es por ello es que nuestro Código Procesal Penal clasifica los delitos en tres: **1) Delitos de Acción Pública (Art. 16 del CPP) , 2) Delitos de Acción Penal Pública a Instancia de Parte (Art. 19 del CPP)** entre los que se encuentran los Delitos Previsionales por disposición del Art. 118.V de la Ley 065 y **3) Delitos de Acción Privada (Art. 18 y 20 del CPP)**

4) DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS O PREPARATORIAS.-

Otro error de esta resolución administrativa constituye el título del Art. 6º, al confundir y asemejar las medidas precautorias con medidas preparatorias cuando ambas están perfectamente delimitadas en los Arts. 156 y siguientes y el Art. 319 (este modificado por la Ley 1760) ambos del Código de Pdto. Civil.

Asimismo dentro del Proceso Penal no existen las medidas precautorias. Sin embargo, por imperio de la Ley de Modificaciones al Código de Procedimiento Penal Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, se modificó el Art. 252 (**Medidas Cautelares Reales**) del Código de Procedimiento Penal, bajo el siguiente texto **"La anotación preventiva de los bienes propios del imputado puede ser dispuesta por el fiscal desde el primer momento de la investigación, a través de resolución fundamentada, la que deberá ser informada al juez que ejerce control jurisdiccional en el plazo de veinticuatro (24) horas de haber sido efectivizada, debiendo el juez ratificar, modificar o revocar la medida en el plazo de tres (3) días de comunicada la misma"**; si bien esta norma procesal tiende a garantizar y asegurar la reparación de daños y perjuicios, esta

acción se interpone una vez que se cuenta con una Sentencia Ejecutoriada, tal cual lo dispone el Art. 14, 382 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

5) DE LA DOCUMENTACIÓN MÍNIMA.-

El artículo 7, parágrafo II, del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 26-2013 señala que junto a la denuncia debe presentarse la Nota de Débito y Liquidación correspondiente; sin embargo la Ley de Pensiones Nº 065, no dispone expresamente la presentación de Dicha Nota de Débito como documento esencial para la presentación junto a la Denuncia Penal, máxime si se tiene en cuenta que los artículos 110 y 111 de la Ley Nº 065 hablan de la Nota de Debito (sic) como un Título (sic) Coactivo para el Proceso Coactivo por el que se solicita el pago de una obligación vencida que se constituye en suma líquida (sic) y exigible; sin embargo en el Proceso Penal, durante el transcurso de las investigaciones y según las estrategias a seguirse se verá conveniente si es necesario o no contar con los datos del Proceso Coactivo y específicamente con la Nota de Debito (sic).

Por otra parte, es preciso señalar que el original de la Nota de Débito como título coactivo, se presenta junto a la demanda Coactiva de la Seguridad Social, por lo que no puede presentarse otro original ni copia dentro del Proceso Penal, documentos que carecerían de todo valor legal. En todo caso una vez asignado un Fiscal al caso, y como se expreso previamente, cuando se considere oportuno, el fiscal podrá solicitar a través del juzgado donde se sustancia el PCS, se remita una copia legalizada de la Nota de Débito como un elemento probatorio a efectos de formar convicción en la comisión del delito denunciado.

Asimismo cabe resaltar que tal como lo indica la propia Resolución Administrativa en sus Artículos 3 y 4 las Notas de Debito presentan diferentes tipologías de Mora clasificadas en M1 y/o M2 (Mora Real) y M3 y/o M4 (Mora Presunta) siendo las dos primeras las únicas que pueden ser objeto de Denuncia Penal, debido a que la atribución de la comisión de un delito a una determinada persona para el caso nuestro el empleador debe tenerse suficiente convicción y certeza sobre la existencia del delito, es decir la efectiva mora del empleador, no siendo correcto atribuir un delito que se PRESUME como es el caso de la Mora Presunta. Bajo ese entendido, está claro que la presentación de la Nota de Debito (sic) junto al memorial de Denuncia o durante el transcurso de las investigaciones forma parte del análisis y estrategia que el abogado patrocinante realiza, para llevar adelante un Proceso con las pruebas lícitas, **pertinentes e idóneas, Art. 13 del Código de Procedimiento Penal**, toda vez que presentar indiscriminadamente la Nota de Debito (sic) junto a la Denuncia, como lo impone la Resolución Administrativa, tendría efectos contraproducentes y perjudiciales para el proceso penal porque debe tenerse en cuenta que la consecuencia de una Denuncia por un hecho presumible y acreditado como falso posteriormente, constituye una conducta ilícita prevista en el Art. 166 de CP (Acusación y Denuncia Falsa); y exponiéndonos a denunciar una posible comisión de un delito, acto totalmente ilegal y lesivo contrario a los derechos estipulados en la Constitución Política del Estado.

6) DE LA DILIGENCIA.-

El artículo 8 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 en lo referido a realizar "gestiones que correspondan por el incumplimiento de su funciones y retardación de justicia, nuevamente podría dar lugar a considerar estas opciones:

1. Gestiones ante instancias superiores del Órgano Judicial, Ministerio Público y Comando General de la Policía Boliviana que permitan que sus altas autoridades impartan instrucciones a: **1)** los jueces para que los mismos den cumplimiento a disposiciones legales contenidas en los Arts. 180-1 CPE, Arts. 30-3-8-10, 73-5 de la Ley 025 de 24 de junio de 2010, Arts. 2o, 3o -2-6, 89, 202, 203, 204, del Código de Pdto. Civil, cuando de procesos coactivos sociales se trate, **2)** Los Fiscales de Materia, para que de igual forma en la Dirección Funcional de las Investigaciones por Delitos Previsionales del Art. 118 y los otros tipos penales del Art. 119 de la Ley 065 de Pensiones 065 den cumplimiento a todas sus facultades previstas en los Arts. 5, 12 y 40 de la Ley 260 del Ministerio Público, Art. 70, 71, 72, 73 y 297 de la Ley 1970 Código de Procedimiento Penal y toda otra atribución dispuesta por ley; y **3)** Los Funcionarios Policiales que ejerzan funciones de policía judicial o de investigación, para que en la investigación de Delitos Previsionales cumplan a cabalidad sus facultades dispuestas por el Art. 69, 295 y 298 del CPP, Arts. 77 al 82 de la Ley 260 del Ministerio Público y toda otra atribución dispuesta por ley con absoluta diligencia.
2. La obligación dispuesta por el ente regulador de Denunciar ante las Representaciones Departamentales del Consejo de la Magistratura, Régimen Disciplinario del Ministerio Público y Policía Nacional el incumplimiento de funciones y deberes de jueces, fiscales y funcionarios policiales investigadores solamente ocasionará duplicar los procesos que se atienden ya que se estarían creando procesos administrativos disciplinarios adicionales que gestionar en contra de los administradores de justicia, y no constituiría un mecanismo idóneo para lograr que el juez, fiscal e investigador policial denunciado cumpla con plazos al dictar resoluciones, mas (sic) aún si es de conocimiento público y constante reclamo del mundo litigante, el retraso y dilación del desarrollo de procesos, la acefalia (sic) de jueces, fiscales y el constante movimiento rotatorio de investigadores, lo que necesariamente constituye un obstáculo y perjuicio social cuya solución depende de las altas autoridades ejecutivas de cada Órgano Administrador de Justicia.

No queda duda que la opción jurídica más viable constituirá encarar una gestión altamente ejecutiva de parte de la APS ante el Tribunal Supremo de Justicia, Ministerio Público y Comando General de la Policía Nacional, para que entendiendo la problemática de la retardación de justicia como punto estructural, podría encarar políticas institucionales serias que solucionen este problema,- y/o podría encarar acciones concretas vía instrucciones o circulares a los diferentes distritos judiciales y en especial a los jueces de partido en materia laboral, fiscales de materia a nivel nacional y comandantes departamentales de la FELCC en cada departamento y por conducto regular, de estos a los jefes de las Divisiones Económicos Financieros y

Corrupción Pública, quienes debería comunicar lo instruido a los investigadores policiales.

El artículo referido, de manera implícita establece que se deba denunciar a la autoridad jurisdiccional en el Consejo de la Magistratura, cuya sustanciación corresponderá a las autoridades competentes para sustanciar procesos disciplinarios, al tenor del Art. 189 de la Ley del Órgano Judicial, que son los Jueces Disciplinarios, Tribunales Disciplinarios y la Sala Disciplinaria del Consejo de la Magistratura.

Esta obligación de manera incuestionable genera para la AFP la obligación de duplicar esfuerzos procesales para acumular prueba y efectuar la denuncia, que por ley está sujeta a plazos: si de proceso disciplinario por faltas leves y graves se trata, 5 días para investigar y que en casos complejos pueden ser prorrogables, para que el juez disciplinario emita fallo declarando probada la denuncia cuando se concluya que si se han cometido faltas leves o graves. Si de faltas gravísimas se trata, el juez otorga un plazo de 10 días hábiles para que se presenten descargos, se procede al sorteo de 2 ciudadanos del padrón electoral para conformar el tribunal disciplinario con señalamiento de audiencia, en la misma se recibe la declaración informativa del funcionario judicial, se reciben pruebas de cargo y descargo y el tribunal emite la resolución que puede ser probada o improbadamente. Procede la apelación en cinco días perentorios a partir de la notificación con la resolución, el juez remite la apelación al Consejo de la Magistratura que debe emitir resolución final en cinco días de radicado el proceso disciplinario que solamente pueden revisarse por el Tribunal Constitucional cuando se hayan afectado derechos y garantías reconocidos en la CPE (Arts. 195 al 210 de la ley del Órgano Judicial). En síntesis, a la finalización de cualquiera de las dos formas de procesamiento, se podrá obtener o no una exoneración o una sanción contra la autoridad jurisdiccional, pero lo más importante es que, pese a la denuncia y en su caso el proceso disciplinario, **aún no obtendrá la resolución pertinente en el caso por el cual se ha denunciado.**

Similar actuación es aplicable a los Fiscales y Funcionarios Policiales que ejercen la investigación de los casos, aplicando a cada caso concreto la Ley Orgánica del Ministerio Público y Ley Orgánica de la Policía Nacional.

Considerando el número de procesos ejecutivos sociales que, al 31 de diciembre de 2012, aproximadamente llega a más de cuatro mil, coactivos sociales que aproximadamente llegan a dos mil y penales en un número aproximado de quinientos, que se vienen sustanciando a nivel nacional, debería bajo esta normativa general para la gestión judicial en el Sistema Integral de Pensiones - SIP sustanciarse más de siete mil denuncias en el país contra los Jueces de Partido en Materia Laboral, hecho que importa que la AFP, mediante sus departamentos coactivo y penal destinen un 50% de su tiempo, de sus recursos humanos a la "gestión" en procesos disciplinarios y restando este porcentaje de manera incuestionable a su función propia de recuperar los montos adeudados. Esta conclusión evidencia de manera objetiva y real el perjuicio que causaría esta normativa a la AFP y principalmente a los registrados por erogar esfuerzos innecesarios en buscar sanciones disciplinarias y no en la recuperación de sus aportes.

Puede concluirse que esta normativa nuevamente pretende incluir como una **labor adicional no correspondida para la AFP** la "solución" al problema de retardación de justicia que vive el país.

7) DEL DEBER DE ATESTIGUAR.-

El plazo previsto por la Resolución Administrativa de 20 días para que el o la Representante Legal de FUTURO DE BOLIVIA S.A. preste su declaración informativa, si bien es un plazo que está prevista por el Art. 300 del CPP (Termino (sic) de la Investigación Preliminar) que dispone **"Las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía, deberán concluir en el plazo máximo de veinte (20) días de iniciada la prevención..."** esta normativa no es limitativa para que la Denunciante no lo haga en un plazo mayor, así el Art. 301 núm. 2 del CPP, establece **"Recibida las actuaciones policiales, el fiscal analizará su contenido para: (...) 2) Ordenar la complementación de diligencias policiales fijando plazo para el efecto..."** entendimiento que ha sido modulado por la Sentencia Constitucional 1036/2002 bajo el siguiente texto **"...Esto no significa, sin embargo, que el fiscal carezca en absoluto de plazo para presentar la imputación formal; pues, tal entendimiento no guardaría sujeción al mandato constitucional de celeridad procesal consagrado por el Art. 116.X CPE, de lo que se extrae que el fiscal está impelido a presentar la imputación formal en un plazo que debe ser fijado por el juez, atendiendo la complejidad del asunto, en los casos en que el fiscal no lo haga en un plazo razonable; plazo que en ninguna circunstancia, puede exceder al establecido por el Art. 134 CPP, para la conclusión de la Etapa Preparatoria..."** es decir seis meses.

En síntesis, el Tribunal Constitucional ha impuesto **un plazo máximo de 1 año, aproximadamente, de duración de la etapa de investigación (fase inicial, etapa preparatoria y fase conclusiva)**, donde pueden colectarse todos los elementos de prueba que el Código de Procedimiento Penal prevé, entre ellos está la declaración de la víctima (sic) y/o querellante por su facultad prevista en el Art. 82 del CPP, la del denunciante, testigo, etc. prevista en el Art. 295 del CPP, así como toda actuación investigativa necesaria para el esclarecimiento del hecho y la participación del imputado en el mismo. Así interpretada la norma, queda claro que la imposición de un plazo para que el o la Representante Legal de la AFP preste su declaración informativa en calidad de testigo, es un acto arbitrario y usurpador de las funciones del legislador, quien ha impuesto un plazo mucho mayor para estas actuaciones, que recalco, pueden darse en cualquiera de las fases antes descritas, que constituyen la etapa de investigación.

8) DE LA OBLIGACIÓN DE CONSTITUIRSE EN PARTE QUERELLANTE.-

La Ley de Pensiones, en su Art. 106 determina la Cobranza Judicial por el Proceso Coactivo y/o Penal, en ese sentido según el Sistema Procesal Actual, la forma de iniciar una Acción Penal es mediante la Denuncia (Art. 284 y siguientes del Código de Procedimiento Penal), Querrela (Art. 78, 290 del CPP) o Intervención Policial o Acción Directa (Art. 293, 295 del CPP), sin embargo para el caso nuestro, generalmente son aplicables las dos primeras; es así que en calidad de víctimas (sic) tenemos la opción

de iniciar la Acción Penal como denunciante o Querellante, empero se ha tomado la primera opción debido a ser la más accesible e inmediata por la poca exigencia en cuanto a sus requisitos, lo cual no impide que posteriormente pueda formalizarse en una Querrela, toda vez que según el Art. 79 del CPP con total certeza establece, **"...La querrela podrá interponerse hasta el momento de la Acusación Fiscal de conformidad con lo previsto en el Art. 340 de este Código"** y el momento de la presentación de la Acusación, límite para interponer la querrela, es a la conclusión de la etapa preparatoria, es decir seis meses de iniciado el proceso, luego de una Imputación Formal, que recordemos esta (sic) constituida por los actos iniciales, la etapa preparatoria propiamente dicha y los actos conclusivos, según la SC 1036/2002-R. Entonces tampoco es legal que una Resolución Administrativa imponga una sola forma de iniciar la Acción Penal, mediante Querrela, cuando el Legislador ha impuesto otras formas de iniciar la acción penal, según las circunstancias del caso mediante Denuncia y posteriormente formalizar la Querrela respectiva hasta antes de la Acusación Fiscal.

9) DEL RECHAZO, SOBRESEIMIENTO O CONVERSIÓN DE ACCIONES.-

Con relación a lo establecido por el artículo 11 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013, cabe mencionar que el Rechazo es un acto que de acuerdo a sus circunstancias puede considerarse como una forma de extinción de la acción penal, Art. 27 num. 9 y el Sobreseimiento, Art. 323 del CPP es un Requerimiento Conclusivo que pone fin a la investigación desvinculando del proceso al imputado beneficiado con esta resolución, es decir también es considerado como una forma de conclusión del Proceso. Ambas resoluciones si bien son objetables e impugnables, son también los de mayor aplicación por los Fiscales de Materia cuando evidencian el acuerdo de partes o la presentación de un memorial de Desistimiento, que para el caso nuestro es la regularización y/o pago de la Mora (que es el fin que se busca); y la consiguiente extinción de la Acción Penal establecida en la Ley N° 065 de Pensiones en su artículo 118, parágrafo I.

Es así, que por la amplia doctrina aplicable al caso, una Resolución solo es impugnable, objetable (expresiones del derecho a recurrir) cuando es perjudicial al recurrente, que en el caso de haberse regularizado la deuda y todas las contribuciones, no se sufre ningún agravio o perjuicio, por ende no es lógica la objeción e impugnación

10) DE LA ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS.-

Con relación a lo expresado por el artículo 12, del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013; es de conocimiento de derecho, que el objeto del Proceso penal es el esclarecimiento de un posible hecho antijurídico y la correspondiente sanción al autor del mismo, y no la suma económica, -ya que el proceso penal sanciona la conducta delictiva del autor- que si bien es resarcible por disposición del Art. 14 del CPP, no es el objeto del proceso penal. En ese sentido una Actualización de períodos, no es merecedora de una Ampliación de Denuncia, toda vez que este acto procesal obedece únicamente cuando se amplía el tipo penal y

se amplía el hecho contra otros coautores, y no por una actualización de periodos en mora; lo contrario significaría desnaturalizar la esencia de esta figura jurídica y contravenir a la amplia doctrina que se ha sentado en el Derecho Penal, que a diferencia del Derecho Civil no tiene por objeto perseguir el patrimonio de una persona (en su amplio concepto) sino a la persona misma para que sufra una sanción penal (presidio, reclusión, días multa o medida de seguridad) por su conducta delictiva.

Sin embargo, debido a la previsión del Art. 13 del CPP, al ser la Actualización de Periodos un documento lícitamente obtenido, puede ser puesta en conocimiento del Ministerio Público únicamente con el fin de que conozca los periodos en mora adicionales que se hubieran generado, pero reitero, no bajo la figura de "AMPLIACION DE DENUNCIA" debido a la desnaturalización que sufriría ese acto procesal y el propio objeto del proceso penal.

En lo que toca al Proceso Coactivo, tampoco corresponde la ampliación de deuda en cualquier etapa del proceso, ya que de acuerdo a la instancia procesal en la que se encuentre se puede perjudicar el avance del proceso o resultar imposible realizarlo en caso de apelación, por lo que lo que correspondería sería que las ampliaciones se realicen de acuerdo a lo estipulado en el Código de Procedimiento Civil, que como en el presente caso en caso de vacío o duda se debe recurrir a la aplicación de esta norma jurídica.

11) DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.-

El artículo 13 parágrafo II del Anexo I de La R.A. 026-2012 establece que "El responder las excepciones e incidentes en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables **conllevará a las responsabilidades administrativas correspondientes**" (las negrillas son nuestras); en el mismo sentido el Artículo 14, parágrafo II del Artículo 14 de la R.A. 026-2013 prescribe que "El presentar recursos en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables **conllevará a las responsabilidades administrativas correspondientes**, que de esta omisión emanen" (las negrillas son nuestras).

Sobre la normativa reglamentaria glosada previamente, es importante señalar que de acuerdo a lo establecido por el Artículo 29 de la Ley N° 1178 de Administración y Control Gubernamental "La responsabilidad es administrativa **cuando la acción u omisión** -en la que incurre el servidor público, o ex servidor público en el ejercicio de sus funciones- **contraviene el ordenamiento jurídico- administrativo y las normas que regulan la conducta funcionaría del servidor público...**". Por lo tanto la responsabilidad administrativa **es de naturaleza EXCLUSIVAMENTE DISCIPLINARIA** y sujeta a un procedimiento administrativo interno a efectos de su determinación. Concordante con lo anotado, el artículo 17 de la Ley del Estatuto del Funcionario Público establece el Régimen Disciplinario definido como el régimen jurídico que establece el tratamiento a las contravenciones al referido Estatuto, así como el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la **conducta funcionaría en cada entidad**. Dichas contravenciones se rigen por lo dispuesto en el

Régimen de Responsabilidad por la Función Pública regulado por la Ley No 1178, de Administración y Control Gubernamentales y sus disposiciones reglamentarias.

Con las precisiones normativas citadas, cabe puntualizar que la "Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones" aprobada mediante la resolución Administrativa ASP/DPC/DJ/Nº (sic) 26-2013, está enfocada a orientar el desarrollo de los actuados procesales de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo realizados por sus funcionarios públicos cuya responsabilidad y eventuales contravenciones administrativas se encuentran alcanzadas por la Ley No. 1178. Consecuentemente la predicha responsabilidad administrativa, sólo es aplicable a los futuros servidores públicos que ejerzan funciones en dicha entidad pública en estricta aplicación de la normativa que regula la responsabilidad funcionaría.

Las AFP como Sociedades Anónimas son responsables del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios suscrito con el Estado Boliviano. Justamente, el artículo 177 de la Ley Nº 065 establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones **continuarán** realizando todas las obligaciones determinadas mediante el referido Contrato de prestación de servicios en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, asumiendo en consecuencia las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición, sin que por ello deba interpretarse que las responsabilidades del Contrato de Prestación de Servicios pueden calificarse o atribuirse que las mismas corresponden a la comisión u omisión de funcionarios públicos.

Las AFP's mantienen su naturaleza jurídica de sociedades anónimas sujetas a la regulación normativa que emerge de la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios y la normativa regulatoria en materia social. Consecuentemente, en estricta aplicación de la normativa vigente, su autoridad colegirá que solamente corresponde el ejercicio de su potestad sancionadora respecto de infracciones emergentes del incumplimiento al Contrato o la normativa regulatoria, y siempre que su tipificación se halle previamente establecida y comprobada a través de un debido procedimiento administrativo.

12) DE LA OBLIGACION DE DENUNCIAR.-

El artículo 15 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 26-2013 establece que **"...la obligación de verificar o detectar indicios de la comisión de delitos por parte de las autoridades jurisdiccionales o fiscales, en ejercicio de sus funciones, la GPS deberá formular la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público o autoridad competente, será comunicado a la APS"** (las negrillas son nuestras); texto normativo claramente genérico y excesivo, toda vez que nos imponen a estar vigilantes de cualquier anomalía o irregularidad de los fiscales o autoridades jurisdiccionales, sin especificar si esa labor corresponde únicamente a los casos iniciados por la AFP o también los casos ajenos a los nuestros. Esta observación

denota con toda claridad la poca seriedad y cuidado con la que esta Resolución Administrativa fue elaborada, vulnerando los principios que rigen la emisión de una norma reglamentaria.

13) DE LA PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES.-

Finalmente, respecto del Art. 20 de la Res. Adm. nuevamente evidencia un exceso (la ley dice: iniciar y tramitar procesos judiciales), la resolución dice iniciar tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial, hecho que ameritaría que la AFP tenga que conocer cuanto proceso judicial ordinario se tramita en el país (demandas civiles por acciones reales, acciones personales, acciones ejecutivas, coactivas, acciones sucesorias, hasta las de división y partición de bienes gananciales en demandas matrimoniales, etc., etc.), hecho que es imposible y contrario a la Ley.

III. PETITORIO.-

En mérito a los argumentos jurídicos expuestos, su Autoridad advertirá que la Resolución Administrativa impugnada no ha cumplido con los requisitos de legalidad ni se ajusta a la realidad que se vive en los estrados judiciales por lo que al amparo de lo establecido por el artículo 24 de nuestra Constitución Política del Estado, Artículo (sic) 43° y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su Autoridad como Director Ejecutivo de la APS, dictar Resolución Administrativa de Revocatoria con el consiguiente archivo de tramite (sic)..."

2.2. RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR BBVA PREVISIÓN AFP S.A.-

Por el memorial presentado el 13 de febrero de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, con los siguientes argumentos:

"...III. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN III.1. PROCESO COACTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. La Resolución Administrativa Regla que el Proceso Coactivo de la Seguridad Social deberá iniciarse en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que el empleador se constituyo (sic) en mora o Presunción de mora...
2. El Artículo 107 de la Ley 065 trata sobre la mora del empleador y determina que la recuperación de la misma será conforme a reglamento, a decir, conforme al Decreto Supremo N° 778.
3. La Ley N° 065 en su Artículo 107 dispone: (MORA DEL EMPLEADOR). El Empleador incurre en mora al día siguiente de vencido el plazo establecido para el pago de contribuciones y deberá pagar el Interés por Mora y el Interés Incremental por las contribuciones no pagadas, de acuerdo a reglamento.

4. El Decreto Supremo N° 778, Reglamento a la Ley N° 065, determina dos definiciones inequívocas claramente distintas una de otra:

ARTÍCULO 1.- (Definiciones)...

e) Mora. Es la situación en la que se encuentran las Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios no pagados por los Empleadores al SIP, en los plazos establecidos en la Ley N° 065,

f) Presunción de Mora. Se presume que las Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios están en mora cuando el Empleador no pagó éstas en el plazo establecido, o efectúa un pago notoriamente inferior al del mes anterior, sin haber informado las causales que lo justifiquen, salvo que se pruebe lo contrario.

5. Queda claro que los Artículos 20, 22, y 23 del Decreto Supremo N° 778, en relación a las definiciones inequívocas determinadas en el Artículo 1 del mismo cuerpo legal, reglamentan la recuperación de las contribuciones en "Mora" y no sobre la "Mora Presunta" que será gestionada administrativamente.
6. Por tanto conforme a las normas legales citadas queda claro que: tanto para el Proceso Coactivo de la Seguridad Social como la Acción Penal por Apropiación Indevida, se deberá considerar únicamente las contribuciones y aportes que se encuentran en mora, no para aquellas que se encuentran en mora presunta, ya que para ésta se estará conforme a la gestión administrativa de cobro.
7. ARTÍCULO 20.- (COBRANZA JUDICIAL). Los procesos judiciales que se inicien en el marco de la Ley N° 065 para la recuperación de las contribuciones en mora, deberán considerar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal.
8. ARTÍCULO 22.- (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR ACCIÓN PROCESAL). El Proceso Coactivo de la Seguridad Social para la recuperación de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios por mora del Empleador, deberá ser iniciado por la GPS en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que éste se constituyó en mora, debiendo tener la correspondiente constancia de la presentación de la demanda, conforme lo previsto en el Capítulo I del Título IV de la Ley N° 065, ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social y seguir con la tramitación del proceso hasta su conclusión. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social.
9. ARTÍCULO 23.- (ACCIÓN PENAL POR APROPIACIÓN INDEBIDA DE APORTES). El Proceso Penal por Apropiación Indevida de Aportes, establecida en el Artículo 118 de la Ley N° 065, deberá ser iniciado por la GPS en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyó en mora. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar la acción penal.

III.2. INICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN EL PLAZO DE CIENTO VEINTE (120) DÍAS CALENDARIO.

1. *La Resolución Administrativa en concordancia con el Decreto Supremo 778 establece el plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, computables desde que el Empleador se constituyó en mora. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar la acción penal.*
2. *El Ministerio Público para el inicio de la Acción Penal Pública a Instancia de Parte, a tiempo de recibir las denuncias realizadas por la AFP manifiesta la vigencia y aplicación del principio de "ULTIMA RATIO" del Derecho Penal.*
3. *El citado principio hace referencia a que el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no existiesen otras formas de control menos lesivas si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, es a la facultad punitiva del Estado.*
4. *Este principio se construye sobre bases eminentemente altruistas, "mayor bienestar con un menor costo social", es decir que el Derecho Penal deberá intervenir cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social.*
5. *La normativa que regula el Sistema Integral de Pensiones, para el cobro de Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios instituye el Proceso Coactivo de la Seguridad Social, que se tramita ante el Juez de Trabajo y Seguridad Social bajo los preceptos y principios del ámbito social procesal.*
6. *La normativa vigente que regula el Sistema Integral de Pensiones establece que el Proceso Coactivo de la Seguridad Social, debe gestionarse ante el Juez de Trabajo y Seguridad Social, una vez vencido el plazo de 120 días de que el Empleador se constituye en mora.*
7. *El Ministerio Público no acepta las denuncias de apropiación indebida sin antes no se hubiera realizado la cobranza judicial a través del Proceso Coactivo de la Seguridad Social.*
8. *Por los argumentos expuestos, el hecho de que existan denuncias del ilícito de Apropiación Indebida presentadas por la AFP fuera de los plazos legales no es por causas no atribuibles a la misma, sino que es por cumplir con los requerimientos del Ministerio Público.*
9. *La APS no hace diferencia alguna entre la deuda real y la deuda presunta para el inicio de la acción penal, únicamente establece la obligación de dar inicio a la acción penal una vez cumplido el plazo de 120 días.*
10. *La APS no considera las consecuencias de una denuncia penal por "deuda*

presunta", misma que constituiría un delito contra la Actividad Judicial, porque este tipo de deuda no permite comprobar la existencia del delito de Apropiación Indevida de Aportes.

11. La APS al no excluir la "deuda presunta" de la denuncia penal, actúa contraviniendo su facultad y función principal que le es conferida por la Ley N° 065 en el Artículo 168, que es la de cumplir la CPE, la Ley 065 y demás disposiciones legales vigentes.
12. Realizar la denuncia por una "deuda Presunta" es ilegalmente (sic), sin considerar los presupuestos legales establecidos en el Artículo 15 del Código Penal que dispone: "(CULPA). Actúa culposamente quien no observa el cuidado al que está obligado conforme a las circunstancias y sus condiciones personales y, por ello: 2) Tiene como posible la realización del tipo penal y, no obstante esta previsión, lo realiza en la confianza de que evitará el resultado."
13. Por lo expuesto y conforme a lo determinado en Ley, la APS tiene la obligación de actuar con responsabilidad y excluir de la denuncia penal la "Deuda Presunta", máxime proviniendo de una autoridad pública regulatoria que por disposición del artículo 168 inciso a) de la Ley N° 065 "Debe cumplir y hacer cumplir la Ley y sus reglamentos...", ello en concordancia con el artículo 1 de la Ley 065 que dispone que la Ley tiene por objeto establecer la administración del Sistema Integral de Pensiones, así como las prestaciones y beneficios que otorga a los bolivianos y las bolivianas, en sujeción a lo dispuesto en la Constitución Política del Estado.

III.3. INICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN EL PLAZO DE CINCO (5) DÍAS CALENDARIO.

1. La Resolución Administrativa establece la obligación de presentar denuncia de la comisión de un Delito Previsional, previsto en el artículo 118 y/o 119 de la Ley N° 065 en el plazo máximo de cinco (5) días calendario, computable a partir del conocimiento del delito, y tramitar el proceso hasta su conclusión.
2. El Código de Procedimiento Penal en su Artículo 29 establece:

"ARTICULO 29°.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN
La acción penal prescribe:
1) En ocho años, para los delitos que tengan señalada una pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea de seis o más de seis años;
2) En cinco años, para los que tengan señaladas penas privativas de libertad cuyo máximo legal sea menor de seis y mayor de dos años;
3) En tres años, para los demás delitos sancionados con penas privativas de libertad; y,
4) En dos años para los delitos sancionados con penas no privativas de libertad."
3. El numeral II del Artículo 410 de la CPE norma sobre la aplicación de las normas jurídicas según su jerarquía estableciendo el siguiente orden:

"1. Constitución Política del Estado.

2. Los tratados internacionales

3. Las Leyes Nacionales, los Estatutos Autonómicos, las Cartas Orgánicas y el resto de legislación departamental e indígena.

4. Los Decretos, Reglamentos y demás Resoluciones emanadas de los Órganos Ejecutivos competentes."

4. Como su autoridad podrá concluir, la Resolución Administrativa 26/2013 no puede reglar por encima de una disposición jurídica de mayor jerarquía, en consecuencia, el Artículo 29 del Código de Procedimiento Penal establece los plazos que tiene toda víctima (sic) para iniciar la acción penal que corresponda ante el conocimiento de un ilícito.
5. El plazo de cinco (5) días calendario que se otorga a la AFP para la presentación de la denuncia de los ilícitos establecidos en los Artículos 118 y 119 de la Ley N° 065, contraviene a los plazos establecidos por una norma de mayor jerarquía como es el Código de Procedimiento Penal porque no tiene relación alguna con las sanciones penales establecidas en el citado Código.
6. El plazo de cinco (5) días calendario que se otorga a la AFP para la presentación de la denuncia de los ilícitos establecidos en los Artículos 118 y 119 de la Ley N° 065, son insuficientes para realizar la denuncia, en virtud a que previamente la AFP debe revisar la información y debe obtener la documentación que sustente la denuncia.
7. Por los argumentos expuestos, el plazo de cinco (5) días debe adecuarse conforme a la normativa establecida en el Código de Procedimiento Penal.

III.4. DENUNCIA PENAL

1. La APS con referencia a la denuncia penal en el numeral II del Artículo 5 regla: que será responsable penal la persona o personas naturales que funjan o hayan fungido como representantes legales en el período en el que se tiene que cumplir con la obligación de pago de Contribuciones. Asimismo, podrá determinarse la corresponsabilidad penal de otras personas que tomaron la decisión de no pagar, en aplicación al artículo 118 de la Ley N° 065.
2. La doctrina del Derecho Penal realiza una clasificación de los delitos, dentro de la cual se encuentran los delitos permanentes e instantáneos. El Diccionario Jurídico del Dr. Osorio define: Delito permanente: Según Soler, aquel en que "todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación", o, como dice Carrara, se trata del delito en que la prolongación indefinida de la consumación o de la violación jurídica constituyen su característica esencial. Delito instantáneo: El que produce la violación del derecho en un solo momento. Maggiore lo define como aquel en que la acción se extingue en un solo momento, al coincidir con la consumación. El delito instantáneo representa un término opuesto al delito permanente (v.), criterio diferencial aceptado por muchos penalistas, entre ellos

Carrara.".

3. *La Apropiación Indevida Aportes tipificada como delito en el Artículo 345 Bis del Código Penal, es un delito doloso y de carácter permanente, se consuma en el momento en que el Empleador no deposita las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios retenidos a sus dependientes, destinados al Sistema Integral de Pensiones, en el plazo de treinta (30) días a partir de la fecha en que devengan sus salarios, hasta el momento en que decide pagar las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora.*
4. *Por lo expuesto, La Resolución Administrativa 26/2013 norma estableciendo la responsabilidad penal del representante legal que fungía funciones en el periodo que debería pagar las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios, contradiciendo la teoría del delito de Apropiación Indevida y su carácter permanente.*
5. *Regla para que la AFP actúe con absoluta precisión al momento de identificar al personero legal del Empleador del periodo en que incurrió en mora, desconociendo que la actualización de los datos del Registro del Empleador es una obligación legal de éste, y pese a ello, se encuentra a voluntad de éste, quien dificulta la obtención de información por la escasa colaboración que presta el Empleador cuando se constituye en mora al SIP.*
6. *La Circular APS/DPC/152/2012 de 29 de octubre de 2012, otorga la facultad de "proceder a la actualización, cuando corresponda la información de contacto (dirección, teléfono, fax, etc.) y representante legal de la Base de Datos de Empleadores registrados al Sistema Integral de Pensiones - SIP utilizando las información del Servicio de Impuestos Nacionales-SIN, Fundación para el Desarrollo Empresarial-FUNDEMPRESA, Formularios del SIP, Otros documentos emergentes de acciones o solicitudes judiciales y de los Entes Gestores del Seguro Social a Corto Plazo".*
7. *Con la R.A. impugnada, se traslada toda la responsabilidad de actualizar la información de la Base de Datos del Empleador a la AFP, desconociendo que la misma se obtiene a través de la actualización del Empleador realizado en el Formulario, mismo que se constituye en una "Declaración Jurada".*

III.5. DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS O PREPARATORIAS.

1. *La Resolución Administrativa regla que al momento de plantear la demanda Coactiva Social la AFP deberá solicitar se dicte las medidas precautorias las que deberán ejecutarse con responsabilidad, diligencia y eficacia. Asimismo, regla que la denuncia penal por los Delitos Previsionales, deberá solicitar las medidas precautorias para asegurar la reparación de daños y perjuicios ocasionados.*
2. *La AFP realiza todas las medidas precautorias que se encuentra a su alcance y las que son concedidas por los jueces; pero sin embargo, esta Administradora tiene un problema constante en la gestión de las Medidas Precautorias (i) la sobre carga*

procesal en los Juzgados Laborales y (ii) las acefalías en los distintos cargos correspondiente a los funcionarios judiciales. Como podrán constatar estos problemas son a consecuencia de la administración de justicia del Órgano Judicial que no cuenta con los mecanismos suficientes para llevar a cabo una excelente labor en la administración y control de los procesos que llevan a cabo, temas que son de conocimiento público (sic) y de los Tribunales Departamentales de Justicia a nivel nacional; todo estos problemas imposibilitan que las medidas precautorias sean gestionadas con diligencia y eficacia como la APS regla, como vera esta situación escapa de nuestra manos y de nuestra buena voluntad de realizar una buena gestión.

3. Otros de los problemas que esta administradora tropieza, es que a criterio de algunos jueces no admiten las medidas precautoria de Retención de Fondos, siendo que esta medida tiene un mayor resultado en la recuperación de aportes en mora, argumentado que la Retención de Fondos no se encuentra normada en la Ley del Trabajo, asimismo existen jueces que se niegan a conceder la misma indicando que primero se debe de citar al demandado para no afectar a los empleadores, dejando en indefensión a los Afiliados, debido a estos casos los empleadores morosos toman sus provisiones y proceden a dar de baja todas sus cuentas, la APS al imponer esta normativa demuestra desconocimiento del procedimiento en los juzgados.
4. Por lo expuesto, la APS debe realizar una mayor gestión con los representantes del Órgano Judicial para que puedan solucionar los problemas que atraviesan los Juzgados Laborales por la sobrecarga procesal y cooperar con la creación de nuevos Juzgados, para que de esta forma se pueda hacer efectivo todo lo normado por la entidad reguladora, caso contrario, nos vemos imposibilitados de dar cumplimiento a la normativa emitida. Por todo lo expuesto, se entiende que al no ser responsabilidad de esta Administradora el no cumplimiento de los preceptos señalados en la resolución, dichos preceptos deberán ser dirigidos a las autoridades competentes para el cumplimiento de los mismos.
5. El código de Procedimiento Penal en su Artículo 14 establece: "De la comisión de todo delito nacen: la acción penal para la investigación del hecho, su juzgamiento y la imposición de una pena o medida de seguridad y la acción civil para la reparación de los daños y perjuicios emergentes.". En su concordancia, el Artículo 36 del citado cuerpo legal manda y ordena: "La acción civil para la reparación o indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito, sólo podrá ser ejercida por el damnificado, contra el autor y los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable. En caso de fallecimiento del damnificado, pueden ejercitarla sus herederos."
6. De las citadas disposiciones legales se colige que la reparación del daño está reglada únicamente para la persona damnificada y sus herederos, cuando corresponda, afectados por el delito, por consiguiente, en el delito de Apropiación Indevida la AFP no puede solicitar la reparación del perjuicio, porque en este ilícito el damnificado o víctima es el Asegurado al Sistema Integral de Pensiones y no la AFP.

III.6. DOCUMENTACIÓN MÍNIMA.

1. El numeral II del Artículo 7 de la Resolución dispone que la Nota de Débito, la Liquidación correspondiente y la documentación de Gestión de Cobro Administra se constituyen en una prueba documental para demostrar la Apropiación Indevida de Aportes, asimismo, dispone toda aquella documentación o elementos probatorios que considere necesario.
2. Si la APS pretende determinar cuales son las "pruebas documentales idóneas" que demuestran plenamente la comisión del delito de Apropiación Indevida, ésta debería de reglar de manera específica y no general manifestando cualquier otra documentación o elementos probatorios que se considere necesario. Asimismo, debería reglar conforme al razonamiento constitucional del entonces Tribunal Constitucional de Bolivia.
3. Las Sentencias Constitucionales por mandato del Artículo 15 del Código Procesal Constitucional tiene carácter vinculante, razón por la que la SC N° 103/2004 de 21 de enero de 2004, debe ser considerada por la APS al momento de reglar la presentación de pruebas en la etapa preparatoria, sentencia que manifiesta: "el nuevo sistema de investigación no tiene carácter probatorio, esto es, que todos los actos que durante él se desarrollen, y que de algún modo pueden contribuir al esclarecimiento del caso, sólo tienen un valor informativo para quienes llevan adelante la persecución, pero no se constituirán en elementos de prueba susceptibles de ser valorados en la sentencia, en tanto no sean producidos en el juicio oral, en las formas que el Código de procedimiento penal establece, salvo las excepciones previstas por el art. 333.1) y 3) CPP, entre las que puede encontrarse la prueba pericial, cuando ha sido solicitada por el fiscal o cualquiera de las partes, y ha sido recibida conforme a las reglas del anticipo de prueba (art. 307 CPP). Así por ejemplo, la declaración de un testigo ante el Ministerio Público le permite a los fiscales contar con información importante para formar su convicción acerca del caso y para recopilar nuevos antecedentes respecto del mismo, pero esa declaración no tienen ningún valor probatorio mientras el testigo no comparezca al juicio oral y preste nuevamente en conformidad a las reglas que regulan tal etapa del procedimiento."
4. Si la APS se refiere a la obtención de certificaciones o copias legalizadas de las Planillas de Salarios a obtenerse de los Entes Gestores de Salud o del Ministerio de Trabajo y sus Direcciones Departamentales, es importante recordar que estas entidades no atienden oportuna ni eficazmente la obtención de la documentación a sola solicitud, para obtener esta documentación e información es imprescindible realizar a través de una Orden Judicial o un Requerimiento Fiscal, mismas que se gestionan en la etapa de investigación de la comisión del delito y no a la presentación de la denuncia.
5. Es importante recordar que de acuerdo a los presupuestos legales establecidos en el Artículo 278 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, en los delitos de Acción Pública o delitos de Acción Pública a Instancia de Parte, es el Ministerio

Público tiene la obligación legal de promover y dirigir la investigación y es responsabilidad de éste la obtención de otros medios de prueba y no de la AFP.

III.7. DILIGENCIA Y OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR

1. En los Artículos 8 numeral II y Artículo 15 de la Resolución Administrativa, la APS norma para que la AFP realice las gestiones y actuaciones para conseguir el pronunciamiento oportuno de las Autoridades Jurisdiccionales y del Ministerio Público. Asimismo, norma que la AFP debe denunciar la existencia de indicios de la comisión de delitos en el ejercicio sus funciones.
2. La AFP realiza todos los actos procesales establecidos en los Códigos de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal del Trabajo, según corresponda, de manera oportuna.
3. Es importante recordar que las Autoridades Jurisdiccionales y el Ministerio Público tienen el deber legal de pronunciarse y de realizar las actuaciones procesales que les compete dentro de los plazos procesales que establecen las disposiciones legales citadas en el numeral anterior.
4. Esta AFP ha realizado y sigue realizando gestiones ante las instancias que corresponden, reclamando la demora en los procesos judiciales, que en su generalidad son por la afección de los diferentes cargos en los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social en todos los Distrito Judiciales, conforme se demuestra en los Cites PREV-CBBA-574/11/12, 28/11/2012, 574/11/2012, 18/06/2012, 08/01/2013, Potosí 03/04/2012, 04/01/2013, 06/07/2012, La Paz 19/12/2012, 06/12/2012, 31/07/2012, Santa Cruz 10/12/2012, 13/10/2011, 22/06/2012, Sucre 13/08/2012, 26/06/2012, 28/08/2012. Lamentablemente, pese a nuestras reiteradas solicitudes, el problema persiste y consideramos que vanas son las gestiones de solicitud de nombramiento de funcionarios judiciales, lo que demuestra que lo reglado por la APS no obedece a la realidad en la que se encuentra el Órgano Judicial.
5. La APS pretende desconocer la crisis del Órgano Judicial y la retardación de justicia de la cual es presa, prueba de ello se adjunta y se transcribe decreto del Juzgado Segundo de la Ciudad de Cbba., en la cual indica lo siguiente "A, 12 de diciembre de 2012. VISTOS.-Pasado a despacho en la fecha. La causa se resolverá bajo un orden cronológico y teniendo en cuenta el Art. 210 del Código de Procedimiento Civil, así tal cual se ha indicado oportunamente, recomendando a esta parte que por el numero (sic) de tramites (sic) que realiza en el juzgado del cual soy titular que van mas (sic) de un mil causas es humanamente imposible abarcar a otro juzgado y dictar sentencia, debiendo en este caso comprender y evitarse la presentación de memoriales con "reiterada Sentencia", que únicamente motiva una carga procesal teniendo en cuenta que el titular de este juzgado no se encuentra ejerciendo a partir del 15/01/2011, notifique funcionario"
6. Es de conocimiento publico (sic) que los Juzgados Labores a Nivel Nacional se encuentran con mucha sobrecarga procesal debido a la gran cantidad de

procesos (14.481 a diciembre/2012) que se inician mes a mes no solamente por esta AFP, sino del mundo litigante, se adjunta cartas presentadas a los diferentes distritos como ser: Tarija de fecha 20 de junio de 2012, PREV-CBBA-574/11/12, 28/11/2012, 574/11/2012, 18/06/2012, 08/01/2013, Potosí 03/04/2012, La Paz 19/12/2012, 06/12/2012, 31/07/2012, Santa Cruz 10/12/2012, 13/10/2011, 22/06/2012, Sucre 13/08/2012, 26/06/2012, 28/08/2012 estas fueron dirigidas al presidente de los Tribunales departamentales, en las cuales ponemos a conocimiento la Mora Procesal en los Juzgados Laborales.

7. La Obligación de gestionar y obtener una certificación de la Autoridad Jurisdiccional o del Ministerio Público en el que se acredite que no cumplió sus funciones es prácticamente imposible, conforme manda la CPE en su Artículo 121, en materia penal nadie está obligado a declarar contra sí (sic) mismo y el silencio no es considerado como un indicio de culpabilidad. En su concordancia el Código de Procedimiento Penal en su Artículo 6 párrafo segundo dispone: "No se podrá obligar al imputado a declarar en contra de sí mismo y su silencio no será utilizado en su perjuicio."
8. El Artículo 3 del Código de Procedimiento Civil norma los deberes de los Jueces y Tribunales de la simple lectura del mismo la certificación solicitada no se encuentra dentro de las mismas, el Juez al emitir esta certificación estaría incumplido (sic) quedando expuesto a un juicio por incumplimiento de deberes, retardación de justicia y la suspensión del cargo sin goce de haber, es por esta razón que vemos imposible en la practica (sic) la obtención de la mencionada certificación.
9. La APS regla que toda denuncia de la comisión de un delito por parte de la AFP debe ser seguido hasta su conclusión. Asimismo, dispone que se denuncie los indicios de comisión de delitos por parte de las Autoridades Jurisdiccionales y del Ministerio Público, contraviniendo el presupuesto legal establecido en el Código de Procedimiento Penal en su Artículo 286 que dispone: "ARTICULO 286°.- OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR. Tendrán obligación de denunciar los delitos de acción pública: 1) Los funcionarios y empleados públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones; y, 2) Los médicos, farmacéuticos, enfermeros y demás personas que ejerzan cualquier rama de las ciencias médicas, siempre que conozcan el hecho en el ejercicio de su profesión u oficio...". Es de conocimiento de su autoridad que la AFP no tiene la calidad de entidad pública ni sus representantes son considerados como funcionarios públicos, motivo por el que no existe obligación legal de parte de la AFP de denunciar estos indicios y posibles delitos.

III.8. DEBER DE ATESTIGUAR

1. La APS regla en el Artículo 9 de la Resolución para que los representantes legales de la AFP presente su declaración informativa en el plazo de veinte días hábiles administrativos de iniciada la prevención en la etapa de Investigación preliminar.
2. De acuerdo a los presupuestos legales establecidos en el Artículo 278 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, en los delitos de Acción Pública o delitos de

Acción Pública a Instancia de Parte, es el Ministerio Público tiene la obligación legal de promover y dirigir la investigación, en consecuencia, será el Ministerio Público quien de acuerdo a los antecedentes de la denuncia verá la conveniencia y pertinencia de citar al representante legal de la AFP para recibir su declaración Informativa, fijando día y hora de audiencia, la que puede ser fijada en fecha posterior al vencimiento del plazo de 20 días establecidos en la R.A. 26/2013.

3. *Además de lo expresado es importante manifestar que, desde la recepción de la denuncia en la Fiscalía corre un plazo (no definido) de varios días hasta que se sorte a un Fiscal de Materia que queda asignado al caso. Posteriormente, ese Fiscal de Materia informa del inicio de las investigaciones al Juez de Instrucción en lo Penal y luego cursa un requerimiento al Director de la FELCC para que designe un investigador para el caso. Recién cuando está el investigador asignado al caso, se debe coordinar con él para que el Gerente Regional se apersona a ratificar la denuncia. La definición del momento en que se producirá la Declaración Informativa Policial es atribución del Fiscal de Materia y en coordinación a la disponibilidad que tenga el Policía Investigador, por lo tanto imponer la APS un plazo perentorio demuestra desconocimiento del proceso y abuso de autoridad.*

III.9. CONVERSIÓN DE ACCIÓN PÚBLICA A INSTANCIA DE PARTE A ACCIÓN PRIVADA.

1. *La APS regla que en caso que el Fiscal superior en jerarquía determina la ratificatoria del rechazo y archivo de obrados dispuesto por el Fiscal, la GPS deberá solicitar a la autoridad competente la conversión de acciones conforme al procedimiento penal.*
2. *El Artículo 26 del Código de Procedimiento Penal dispone: "ARTICULO 26°.- CONVERSIÓN DE ACCIONES A pedido de la víctima, la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes casos:*
 - 1) *Cuando se trate de un delito que requiera instancia de parte, salvo las excepciones previstas en el Artículo 17° de este Código;*
 - 2) *Cuando se trate de delitos de contenido patrimonial o de delitos culposos que no tengan por resultado la muerte siempre que no exista un interés público gravemente comprometido; y,*
 - 3) *Cuando se haya dispuesto el rechazo previsto en el Artículo 304° o la aplicación del criterio de oportunidad previsto en el numeral 1) del Artículo 21° de este Código y la víctima o el querellante hayan formulado oposición.*

En los casos previstos en los numerales 1) y 2) la conversión será autorizada por el Fiscal de Distrito o por quien él delegue, autorización que será emitida dentro de los tres días de solicitada. En el caso del numeral 3) la conversión será autorizada por el juez de la instrucción."

3. *La APS regla exclusivamente para el numeral 3 del citado Artículo, es decir que cuando el representante del Ministerio Público al amparo del Artículo 304 del Código de Procedimiento Penal rechace una denuncia de Apropiación Indevida*

de Aportes realizada por la AFP, ésta debe solicitar la Conversión de Acción Pública a Instancia de Parte a Acción Privada, para que prosiga con la acción sin participación del Ministerio Público, una vez formulada la oposición mediante la objeción al amparo del Artículo 305 del Código de Procedimiento Penal.

4. A tal efecto, es importante considerar el Auto de Vista N° 32 de la Corte Superior de Justicia de Santa Cruz de 02 de marzo de 2005 que declaró probada una excepción de falta de acción, dentro de una causa donde se solicitó la conversión de acción, que manifiesta: "JRS resulta ser un simple consignatario de la mercadería y no es la persona ofendida por el supuesto querellado; y con referencia al argumento del querellante de haber cancelado el valor total del maíz, al propietario, no existe ningún documento probatorio que demuestre tal situación, por consiguiente resulta obvio la falta de acción de para de (sic) JRS, por lo que en atención a lo expuesto, corresponde declarar improcedente la apelación".
5. El código de Procedimiento Penal en su Artículo 76 establece:

"ARTICULO 76°.- VICTIMA
Se considera víctima:
1) A las personas directamente ofendidas por el delito;
2) Al cónyuge o conviviente, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, al hijo o padre adoptivo y al heredero testamentario, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido;
3) A las personas jurídicas en los delitos que les afecten; y,
4) A las fundaciones y asociaciones legalmente constituidas, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la fundación o asociación se vincule directamente con estos intereses."
6. El Artículo citado determina con mucha precisión quien tiene la calidad de víctima, para efectos de conocer quienes están legitimados para intervenir dentro del Proceso Penal, la citada norma es clara al considerar víctima (sic) a la persona directamente afectada por el delito, en caso de fallecimiento, su cónyuge o conviviente, los parientes consanguíneos, afines y por adopción.
7. La citada Resolución Judicial aclara un aspecto esencial e importante, que para solicitar la conversión de la Acción Pública a Instancia de Parte a Acción Privada, el solicitante necesaria e imprescindiblemente debe tener la calidad de víctima, calidad que de conformidad al artículo 76 del CPP carece la AFP, porque se debe entender que en el delito de Apropiación Indebida de Aportes la víctima (sic) es el trabajador dependiente, persona a quien el empleador realizó la retención de las Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios de sus salarios y/o haberes, y no así la AFP.
8. Por lo expuesto, la Resolución Administrativa regla contra lo establecido por el Código de Procedimiento Penal y el razonamiento judicial de las autoridades

jurisdiccionales al ordenar que sea la AFP quien realice la conversión de acción sin tener la calidad de víctima (sic) del delito.

III.10. ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS EN PROCESOS PENALES.

1. El Artículo 12 Párrafo II: De acuerdo a lo determinado por los artículos 91 párrafo I inciso a) y artículo 96 párrafo I de la Ley 065, la deuda de los empleadores se genera mensualmente y al momento del incumplimiento el Sistema genera una Nota de Débito que refleja el periodo adeudado, lo cual tipifica el delito de Apropriación Indevida de Aportes señalado en el artículo 345 Bis del Código Penal.
2. Asimismo, dicho artículo 345 Bis del Código Penal en el último párrafo del párrafo I señala que quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante el Sistema Integral de Pensiones, quedando extinguida la acción penal". Esta figura jurídica es un derecho que le corresponde al Empleador que regulariza la deuda.
3. En el caso de acumularse los procesos penales, también se acumulan los periodos de la deuda y en el caso que el Empleador cancele el periodo que señale una de las Notas de Débito, correspondiéndole el derecho a que quede extinguida la acción penal, ello no podrá suceder ya que al acumularse los procesos existirán otros periodos de deuda vigente y por lo tanto no se podrá presentar desistimiento en el proceso penal acumulado. Esta circunstancia perjudica al imputado y violenta lo establecido en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal que señala (Textual) "Cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste".
4. Asimismo, el artículo 72 del Código de Procedimiento Penal establece (Textual) "(OBJETIVIDAD). Los fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la constitución política del estado, las convenciones y tratados internacionales vigentes y las leyes. En su investigación tomarán en cuenta no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; formulando sus requerimientos conforme a este criterio"

III.11. DE LAS EXCEPCIONES E INCIDENTES

1. La APS en el Artículo 13 de la Resolución Administrativa regla: La GPS en los PCS y PP deberá obligatoriamente responder fundadamente a todas las excepciones e incidentes que presenten o planteen los demandados y/o denunciados. II.- El responder las excepciones e incidentes en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables conllevara a las responsabilidades administrativas correspondientes.
2. Las respuestas a las excepciones, incidentes se responden conforme a la documentación proporcionada por el empleador, la Ley N° 065 y por los

lineamientos emitidos por la APS, el Art. 2 del Decreto Supremo No. 29537 de 01 de mayo de 2008, establece que todo empleador se encuentra obligado a llenar, firmar y presentar al Ente Gestor del Seguro Social Obligatorio a Largo Plazo, el formulario de Inscripción del Empleador al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, a través de su Representante Legal, adjuntando para tal efecto el Testimonio del Poder que acredite su representación, cuando corresponda. El Formulario de Inscripción del Empleador al Seguro Social Obligatorio de largo plazo tendrá calidad de Declaración Jurada, por tanto los datos consignados en dicho documento se consideraran (sic) como validos (sic) y correctos para todos los efectos legales y en especial para el inicio y prosecución de los Procesos Ejecutivos Sociales.

3. Es importante dejar en claro que la función de la AFP no es el de investigar, es así que esta administradora contesta las excepciones e incidentes cumpliendo los plazos procesales y de acuerdo a la normativa emitida por el ente regulador APS y por lo datos proporcionados por el empleador.
4. La disposición contenida en el Art. 13 numeral II, no se adecúa a las actividades propia de los trabajadores de esta administradora de pensiones toda vez que estos se encuentran sujetas a la LEY GENERAL DEL TRABAJO, la relación es directa entre BBVA PREVISIÓN AFP S.A., y su dependientes; las responsabilidades administrativas se adecúa y aplica a funcionarios que están sujetos al estatuto del funcionario publico (sic) Art. 17 que a la letra indica "(régimen disciplinario).- El régimen disciplinario define el tratamiento a las situaciones que contravienen el presente Estatuto, el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la conducta funcionaría (sic) en cada entidad. Se rigen por lo dispuesto en el Régimen de Responsabilidad por la Función Publica (sic) regulado en la Ley No. 1178, de la administración y control gubernamentales y sus disposiciones reglamentarias".

III.12. DE LA OBLIGACIÓN DE RECURRIR.

1. La APS en el Artículo 14 de la Resolución Administrativa regla: la GPS y PP deberá obligatoriamente presentar los recursos o impugnaciones que le franquea la ley contra toda decisión desfavorable en todo o en parte emitida por el órgano jurisdiccional, el juez, tribunal o Ministerio. II.- El presentar recursos en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables conllevara (sic) las responsabilidades administrativas correspondientes, que de esta omisión emanen.
2. La AFP recurre toda disposición que tenga fundamento legal, para ello es tarea de la APS coordinar con el Órgano Judicial, ya que los Jueces interpretan de diferente manera la Ley N° 065, por ejemplo: los Jueces de la regional La Paz y Cochabamba, realizan una interpretación distinta a la norma que la de otros Distritos Judiciales; la APS en su calidad de ente regulador de la Seguridad Social a Largo Plazo, tiene la obligación de dictar normas y lineamientos y emitir normativas claras para que estos puedan aplicar la ley que permitan la correcta valoración de los principios que sustentan la Ley 065 de manera que los Jueces comprendan la

intención que tuvo el legislador al momento de emitir la Ley 065, ya que en la práctica (sic) jurídica se puede advertir que los tribunales de justicia no están haciendo una correcta interpretación de la ley o el espíritu de la ley.

3. La AFP ha pedido a la APS, mediante insistentes cartas, su colaboración y coordinación con el Órgano Judicial para hacer más (sic) efectivo (sic) la recuperación de los aportes de los trabajadores, hasta el momento no hemos tenido respuesta, dejando en indefensión a los trabajadores debido a que esta Administradora no tiene respuesta del Ente Regulador a las consultas y/o aclaraciones solicitadas para ser derivadas a las Autoridades Jurisdiccionales, tal es el caso de los Cites PREV-CO 164/05/2012, 26/06/2011, 25/04/2011, 33/02/2012, 121/04/2012, 01/11/2011, 13/01/2012, 1107/08/2011, 0208/02/2011, 191/06/2012, hemos puesto a conocimiento a la APS, sobre los Procesos rechazados por los jueces de los diferentes distritos, hasta la fecha no hemos recibido respuesta en la cual nos ordene la forma de proceder con estos casos.
4. La disposición contenida en el Art. 14 numeral II, no se adecúa a las actividades propias de los trabajadores de esta administradora de pensiones toda vez que estos se encuentran sujetas a la LEY GENERAL DEL TRABAJO, la relación es directa entre BBVA PREVISIÓN S.A., y su (sic) dependientes; las responsabilidades administrativas se adecúa y aplica a funcionarios que están sujetos al estatuto del funcionario público (sic) Art. 17 que a la letra indica "(régimen disciplinario).- El régimen disciplinario define el tratamiento a las situaciones que contravienen el presente Estatuto, el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la conducta funcionaría en cada entidad. Se rigen por lo dispuesto en el Régimen de Responsabilidad por la Función Pública (sic) regulado en la Ley No. 1178, de la administración y control gubernamentales y sus disposiciones reglamentarias".

III.13. SUSPENSIÓN DE LA GESTIÓN JUDICIAL DE COBRO.

1. La APS en el Artículo 16 de la Resolución Administrativa regla: De conformidad a lo dispuesto por el artículo 27 parágrafo 1 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, los PCS y/o PP por Apropiación Indevida de Aportes, se suspenderán temporalmente cuando se haya suscrito Convenio de Pago debidamente homologado por la APS, debiendo mantenerse subsistentes las medidas precautorias dispuestas por la autoridad competente hasta la cancelación total de la obligación al SIP.
2. El artículo 27 del Decreto Supremo 0778 hace referencia al artículo 113 de la Ley 065 y dicho artículo está contemplado en el Título IV Capítulo I que se refiere a la Gestión de Cobro Administrativo y al Proceso Coactivo Social; por lo tanto dichas disposiciones no corresponde que sean aplicadas al Proceso Penal, que está contemplado en el Capítulo II del Título IV.
3. La Acción Penal se rige bajo los principios y presupuestos legales establecidos en el Código de Procedimiento Penal, disposición normativa especial que en su artículo 16 expresa:

“ARTICULO 16°.- ACCIÓN PENAL PÚBLICA. La acción penal pública será ejercida por la Fiscalía, en todos los delitos perseguibles de oficio, sin perjuicio de la participación de este Código reconoce a la víctima.

La acción penal pública será ejercida a instancia de parte sólo en aquellos casos previstos expresamente en este Código.

El ejercicio de la acción penal pública no se podrá suspender, interrumpir ni hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley.”

3. *(sic) Por mandato de la Constitución Política del Estado las disposiciones legales son de cumplimiento obligatorio a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial de Bolivia.*
4. *Por lo expuesto la APS al reglar la suspensión del Proceso Penal a sola suscripción del Convenio de Pago de Contribuciones en Mora; norma en contradicción a lo establecido en la Constitución Política del Estado y de una norma especial y de mayor jerarquía como es el Código de Procedimiento Penal.*

Por consiguiente, el citado artículo de la Resolución Administrativa no cumple con los requisitos exigidos por la Ley de Procedimiento Administrativo y el principio de legalidad. Ante lo expuesto es ilegal que la Norma amplíe la suspensión de la gestión judicial de cobro al proceso penal.

III.14. RETIRO DE DEMANDA Y DESISTIMIENTO DEL PROCESO

1. *La APS en el Artículo 17 de la Resolución Administrativa regla: La GPS podrá retirar la demanda coactiva social, conforme a procedimiento legal, siempre que el demandado haya cancelado el total de la obligación al SIP.*
2. *Es importante aclarar que el Retiro y/o desistimiento corresponde cuando se haya cancelado el total de la obligación demandada dentro del caso específico (sic), ya que se da la casuística que a un empleador se le ha iniciados (sic) varios juicios con diferentes Notas de Debitos (sic), el empleador cancela la deuda total de un proceso, motivo por el cual si corresponde el Retiro y/o desistimiento del caso específico (sic).*
3. *El no presentar el retiro de demanda y/o desistimiento cuando la empresa cancele la deuda y/o presente bajas por un proceso a través de una ND, ocasionará que la demanda presente al Juez excepción de pago documentado y dará por retirada y/o desistida la acción conforme a lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil.*

III.15. SOLICITUD DE INFORMACIÓN.

1. *El Artículo 18° de la Resolución Párrafo I confunde entre “Empleador” y “Representante Legal del Empleador”. La información a la que hace referencia (la acreditación legal en registros públicos y que se encuentre con vida) se refiere al*

representante legal de la empresa (Empleador).

2. Por el Párrafo II: Está comprobado que las AFP no logran tener el ACCESO IRRESTRICTO DE LA INFORMACIÓN que señala el artículo 185 de la Ley 065.
3. Además, al imponer la Norma la obligación de contar con esa información, antes de presentar la demanda coactiva y/o la denuncia penal, producirá un retraso que impedirá cumplir con el plazo establecido en los artículos 22 y 23 del Decreto Supremo 0778.
4. En atención a lo establecido en el Art. 185 de la Ley, la GPS antes de presentar la demanda Coactiva Social y/o Denuncia Penal por Apropiación Indevida de Aportes, deberá contar con la suficiente información que le permita verificar si el Empleador objeto de proceso legal sea el acreditado legalmente en registros públicos y se encuentre con vida. II.- Para tal efecto la GPS realizara (sic) las gestiones necesarias ante las reparticiones publicas (sic) como privadas; para la verificación de información idónea y actualizada a utilizar, para el inicio de los procesos del SIP.
5. Mediante Cite PREV-OP-0204-02-11, PREV-OP-1485-10-11 y PREV-COB 493/12/2012, esta Administradora puso a conocimiento de la APS, que las instituciones como ser el SIN, MINISTERIO DE TRABAJO y CAJA NACIONAL DE SALUD no quieren otorgar las respectiva (sic) certificaciones mismas que solicitamos por la vía judicial, también se ha pedido que la APS interceda ante estas instituciones pero sin embargo hasta la fecha no hemos recibido respuesta, no pudiendo tener acceso de manera directa a la información de estas instituciones, debiendo hacerlos a través de su autoridad; hacer esta gestión antes de iniciar los Procesos Judiciales imposibilitara (sic) cumplir con los plazo (sic) legales para la presentación en termino (sic) de las demandas y denuncias, ante lo cual se debería considerar la ampliación de dichos plazo (sic) por parte de la autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.
6. Ante esta situación nos vemos imposibilitados en realizar las gestiones ante las reparticiones publicas (sic), para la verificación de información idónea y actualizada debido a los motivos expuestos y que son de conocimiento de la APS.
7. Además no debemos olvidar que el Art. 2 del Decreto Supremo N° 29537 de 01 de mayo de 2008, establece que todo Empleador se encuentra obligado a llenar, firmar y presentar al Ente Gestor del Seguro Social Obligatorio a Largo Plazo, el formulario de inscripción del Empleador al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, a través de su Representante Legal, adjuntando para tal efecto el Testimonio del Poder que acredite su representación, cuando corresponda. El Formulario de Inscripción del Empleador al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, tendrá calidad de Declaración Jurada, por tanto los datos consignados en dicho documento se consideraran (sic) como validos (sic) y correctos para todos los efectos letales y en especial para el inicio y prosecución de los Procesos Ejecutivos Sociales.

III.16. PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES.

1. El Artículo 20° de (sic) Resolución: El artículo 149 inciso j) de la Ley 0065 no menciona la obligación de la GPS de "tomar participación en todo proceso judicial", por lo tanto es una arbitrariedad que la Norma disponga por encima de la Ley 065 de Pensiones pretendiendo modificar lo dispuesto por la misma.
2. Hacemos conocer a la APS que el Art. 149 literal j) de la Ley N° 065 establece lo siguiente: "iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran a fin de precautelar los intereses de los Fondos Administrados y de los Asegurados" como podrá evidenciar el Artículo mencionado únicamente ordena que esta Administradora debe INICIAR Y TRAMITAR procesos y no así tomar participación en todo proceso judicial, sin que estemos legalmente citado (sic).
3. Hacemos conocer a su autoridad que esta Administradora cuando es citada con alguna resolución contraria a los Fondos Administrados y de los Asegurados realizamos la representación correspondiente en beneficio de los Asegurados.
4. En la practica (sic) nos vemos imposibilitados en tomar participación en otros procesos judiciales debido a que los Jueces niegan cualquier solicitud realizada por esta Administradora argumentando que no somos parte del proceso, es así que presentamos como prueba las gestiones realizadas al CONSEJO DE LA MAGISTRATURA por la negativa del Juez PRIMERO LABORAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE COCHABAMBA, presentada el 20 de diciembre de 2012, misma que a la fecha no tenemos respuesta.

IV. PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución disponiendo **LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/N° 26/2013 DE 11 DE ENERO DE 2013**, tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2013, en virtud a que la resolución administrativa impugnada a través del Recurso de Revocatoria pretendiendo reglar desconociendo (sic) por completo la actividad jurisdiccional que se realiza en el diario vivir en los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio Público, en todos los Distritos Judiciales del Estado Plurinacional..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 206-2013 DE 14 DE MARZO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 816-2012 de 17 de octubre de 2012, con base en los fundamentos siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que en función a los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS emite el pronunciamiento correspondiente:

a) Del análisis de los fundamentos expuestos por **Futuro de Bolivia S.A. AFP** en el recurso, se tiene lo siguiente:

Futuro de Bolivia S.A. AFP, en el memorial presentado en fecha 13 de febrero de 2013, en su fundamento 1 del recurso, con relación al artículo 1 de la norma administrativa impugnada, manifiesta lo siguiente: “...la resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 26 – 2013 que se impugna se constituye en un exceso que simplemente impone obligaciones que en lugar de allanar la sustanciación de los procesos, los entorpecerá ocasionado una mayor retardación de justicia”. Asimismo afirma: “...las obligaciones adquiridas son representar a su mandante o patrocinado pero no puede garantizar que el resultado del juicio le sea favorable...”.

La R.A.26-2013 dictada por la APS en el marco de su competencia, artículo 197 de la Ley Nº 065, establece en su Anexo I, las Gestiones Judiciales mínimas que deben observar las AFP, en el Proceso Coactivo Social de la Seguridad Social y/o en el Proceso Penal en el Sistema Integral de Pensiones; norma administrativa, que no entorpece ni obstaculiza la tramitación de los Procesos Judiciales, todo lo contrario, busca que los mismos sean gestionados con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, en sujeción estricta a lo dispuesto por el artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley de Pensiones.

Asimismo, el sólo señalar que la norma administrativa es un exceso y que ocasionará una mayor retardación de justicia, se constituye en una apreciación subjetiva e impertinente que no tiene sustento legal alguno, puesto que no señala a través de qué artículo (s) de la resolución se cometería el exceso o cómo se ocasionaría la retardación de justicia.

Por otra parte, es evidente que el abogado, en el litigio, no puede asegurar los resultados del mismo, pero también es evidente que está obligado a actuar con responsabilidad y lealtad; en todo caso, la norma administrativa impugnada, no señala en sus artículos que el abogado deba garantizar o asegurar los resultados del proceso como malintencionadamente expresa la AFP; pero sí se conduzca diligentemente.

Por otro lado, considerando las etapas que tiene el procedimiento penal, estas cuentan con plazos previstos por el Código de Procedimiento Penal los cuales son insoslayables para las partes procesales, considerando que el vencimiento de una (sic) implica la perención de instancia y el paso a otra, obviamente con la determinación jurisdiccional o fiscal correspondiente; en ese entendido los actuados procesales y estrategias que realice el actor deben ser oportunamente efectuados,

pero claro está, dentro de la etapa procesal correspondiente el plazo que se tiene señalado.

Asimismo habrá que señalar que la AFP debe considerar la norma procesal vigente para llevar los Procesos Coactivos de la Seguridad Social, acudiendo a las pertinentes y necesidades procesales de la regulada demandante.

- La Administradora, en su **fundamento 2** de su memorial, señala lo siguiente: **“La sola lectura de ambos artículos permite concluir que es absolutamente evidente que el Regulador, de manera excesiva y sin tener facultades para modificar instrumentos jurídicos como son las leyes y decretos supremos, incluye un elemento que desnaturaliza la esencia misma del Título Coactivo e incide en el desarrollo normal del proceso coactivo, dicho elemento es el de la Presunción de Mora que como figura o instituto jurídico que viabilice acciones coactivas no existe”**.

Al respecto, el artículo 3 del Anexo I de la R.A.26-2013, recoge el espíritu plasmado en el artículo 22 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011. El alegar que introducir la “presunción de mora” es un exceso que desnaturaliza la esencia misma del Título Coactivo, no es cierto ni evidente, aspecto que es de conocimiento de la AFP, que curiosamente impugna la resolución administrativa, cuando sabe que ha girado y gira Notas de Débito por mora presunta.

El hecho de girar la Nota de Débito por mora presunta, no desvirtúa de ninguna manera el Título Coactivo, y que tiene por antecedente la Resolución Administrativa - SPVS-P N° 259 de 23 de junio de 2000 sobre la “Norma General Para la Gestión de Cobro” actualmente en vigencia.

- La AFP en el **fundamento 3** de su recurso, respecto al artículo 4 de la norma administrativa, manifiesta en la parte pertinente lo siguiente: **“...los parágrafos II y III del artículo 4 citado, arbitrariamente establecen un plazo de cinco (5) días desde que se tomo (sic) el conocimiento de la comisión de alguno de los Delitos Previsionales...”**. Asimismo, argumenta: **“...el propio legislador, ha visto conveniente no imponer ningún plazo para presentar una Denuncia debido al interés que unos pueden tener en denunciar el acto ilícito y otros no...”**.

El Código de Procedimiento Penal (CPP) permite que **“toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito de acción pública podrá denunciarlo ante la fiscalía o policía nacional...”** (Artículo 284).

Por otra parte, el artículo 17 (**Acción Penal Pública a Instancia de Parte**) del Código de Procedimiento Penal, señala: **“Cuando el ejercicio de la acción penal pública requiera de instancia de parte, la Fiscalía la ejercerá una vez que ella se produzca, sin perjuicio de realizar los actos imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que no afecten el interés de la víctima. Se entenderá que la instancia se ha producido cuando se formule la denuncia del hecho”**.

Asimismo, el artículo 118 de la Ley N° 065, incorpora el artículo 345 bis al Código Penal, definiendo como Delitos Previsionales a la Apropiación Indevida de Aportes,

Declaraciones Falsas, Información Médico o Declaración, y Uso Indebido de Recursos. Delitos que conforme a su parágrafo V, se clasifican como **delitos públicos a instancia de parte**. Además, el artículo 119 de la citada disposición legal, establece otros tipos penales.

En ese sentido, se denomina delito de acción pública a instancia de parte o delito semipúblico, en Derecho Procesal Penal, a un tipo de delito que, **por sus especiales características, exige que medie al menos una denuncia por parte de la víctima como condición indispensables para que los poderes públicos puede perseguir el delito y enjuiciar al acusado.**

La norma administrativa impugnada, recoge la normativa legal antes citada, puesto que las Administradoras conforme a lo establecido en el artículo 149 de la Ley de Pensiones, tienen la obligatoriedad de iniciar y tramitar los procesos judiciales penales descritos en el artículo 345 bis del Código Penal, delitos que conforme a su clasificación son semipúblicos o perseguibles a instancia de parte, que requieren determinados presupuestos procesales, como la denuncia.

En ese sentido, siendo obligatoria la participación de la AFP, al cumplimiento del acto procesal para la iniciación del procedimiento, y teniendo el deber de **iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados**, al conocimiento de un hecho delictivo (Delitos Previsionales), deben actuar con la seriedad necesaria y presentar la denuncia a conocimiento del Ministerio Público o Policía para las investigaciones correspondientes.

Por otra parte, en cuanto a la expresión **“conocimiento”** que la AFP en su recurso objeta realizando apreciaciones confusas, se debe tener presente que la misma también es empleada por el artículo 284 del CPP que señala: **“Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito...”**, por lo tanto no amerita mayores comentarios.

Por último, en cuanto al plazo máximo de cinco (5) días calendario, establecido en la norma administrada, para interponer la denuncia, éste **se computa a partir del conocimiento del hecho delictivo**, siendo un plazo prudente, reiterando que la AFP (transitoriamente) tiene la obligación de denunciar hechos ilícitos velando o precautelando los intereses de los Fondos administrados y de los asegurados.

Aclarando que el Artículo 4 del Anexo I de la R.A.26-2013, en su parágrafo I señala: **“El plazo de cinco (5) días calendario, no es de aplicación al Delito Previsional de Apropiación Indebida de Aportes, sujeto al plazo establecido en el artículo 23 del Decreto Supremo N° 0778”**.

- La AFP en su **fundamentación 4** de su recurso, observa las Medidas Precautorias o Preparatorias señalando: **“Otro error de esta resolución administrativa constituye el título del Art. 6º, al confundir y asemejar las medidas precautorias con las medidas preparatorias cuando ambas están perfectamente delimitadas en los Arts. 156 y siguientes y el Art. 319...”**. Asimismo, refiere: **“...dentro del Proceso penal no existen las medidas precautorias”**.

Al respecto, es menester señalar que el artículo 11 numeral 1 parágrafo 3) de la Ley N° 065, señala: **“A tiempo de plantear la demanda, la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, acompañará la Nota de Débito y solicitará las medidas precautorias necesarias para precautelar el cobro”**.

Asimismo, la Medida Precautoria Civil, se constituye en un acto procesal de Tribunal plasmado en una providencia que tiende a mantener una situación jurídica o expectativa o un derecho futuro con el fin de asegurar el resultado de la acción.

La norma administrativa impugnada, en su artículo 6 del Anexo I, es bastante clara al señalar que las AFP en los procesos judiciales que llevan adelante deben solicitar, tramitar y ejecutar las Medidas Precautorias con la finalidad de asegurar la reparación de daños y perjuicios ocasionados. La norma administrativa en su título, observado por la AFP, en ningún momento asemeja las Medidas Precautorias a las Medidas Preparatorias, delimitadas y señaladas en la norma procesal, todo lo contrario, aclara que las primeras son de carácter obligatorio, pudiendo las segundas solicitarlas si así lo estiman necesario.

Por otra parte, precisamente con la finalidad de asegurar la reparación de daños y perjuicios ocasionados, en cuanto a las Medidas Precautorias en el Proceso Penal, las Administradoras, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 252 del CPP, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, deberán solicitar al Fiscal que emita requerimientos por separado a Derechos Reales, Tránsito, Cooperativas de Teléfonos, etc., para que posteriormente disponga mediante Resolución Fundamentada la **Anotación Preventiva** de estos bienes.

Aclarando que las **Medidas Cautelares de Carácter Real son las previstas en el Código de Procedimiento Civil, entre ellas, se consideran el embargo, la fianza, la anotación preventiva, la hipoteca legal, etc. (artículos 222 parágrafo II, 252 del CPP y artículo 156 del Código de Procedimiento Civil)**.

En ese sentido, no existe confusión o error alguno, además la AFP debe tener presente, que **conforme expresa el artículo 1 del Anexo I de la R.A.26-2013, tiene por objeto establecer las gestiones judiciales mínimas que debe observar la GPS, transitoriamente las AFP en el Proceso Coactivo Social de la Seguridad Social y/o Proceso Penal, en el Sistema Integral de Pensiones.**

- La AFP en su **fundamentación 5** de su memorial, señala lo siguiente: **“...que junto a la denuncia debe presentarse la Nota de Débito y Liquidación correspondiente; sin embargo la Ley de Pensiones N° 065, no dispone expresamente la presentación de Dicha (sic) Nota de Débito como documento esencial para la presentación junto a la Denuncia Penal...”**.

Al respecto, **en cuanto a la prueba**, se debe considerar que como concepto jurídico es un estado de cosas, apropiado de evidencia y argumentaciones, que tiene su lugar en el proceso judicial, de conformidad con lo establecido en la Ley, y que tiene por finalidad producir certeza, no sólo en el Juez, sino en las partes, dicha prueba

revela la autenticidad o simulación de hechos, al momento de tomar una decisión y a su vez instruye y respalda al Juez (Tribunal) de una manera objetiva sobre la sentencia a tomar.

En ese sentido, la función esencial de la prueba en el proceso penal, es la de confirmar verosimilitud o inverosimilitud, total o aproximada, como idea respecto a las características de existencia de una cosa o suceso, ocurrido en el mundo externo que tiene efectos jurídicos en el proceso.

Cabe señalar, que en nuestro sistema de persecución penal, rige el principio de libertad probatoria conforme establece el artículo 171 del CPP, salvo las limitaciones previstas en el artículo 172 del Código Adjetivo Penal, es decir que todo elemento lícito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado, será admitido como medio de prueba.

En ese orden, la actividad probatoria es uno de los aspectos más importantes de la prueba como concepto general, en tal virtud, la parte acusadora (AFP) tiene la necesidad y hasta obligación de realizar actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión de un litigio sometido a proceso.

Ello significa que para demostrar el ilícito penal, Apropiación Indebida de Aportes, previsto y sancionado en el artículo 345 bis del Código Penal, **la parte acusadora (AFP) deberá utilizar todos los medios probatorios vinculados al hecho histórico, y no limitarse al ofrecimiento de la Nota de Débito como elemento único o absoluto de prueba, reiterando que la práctica de la prueba sirve como una base firme para condenar o absolver al imputado de la acusación.**

En ese sentido, es evidente que la Ley de Pensiones N° 065 (artículo 118) o el Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 (artículo 23), no señalan que en la Denuncia Penal por Apropiación Indebida de Aportes, se debe adjuntar la Nota de Débito y Liquidación correspondiente, pero tampoco lo prohíbe; asimismo dichas normas, no señalan expresamente que se presente como prueba, toda prueba (sic) documental de la gestión administrativa de cobro de aportes y toda aquella documentación y elementos probatorios que considere pertinente que puedan conducir a la comprobación del delito y su tipificación, empero, considerando que **la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a las partes acusadoras y no a la defensa,** la AFP, debe cumplir con la actividad probatoria en todo su alcance.

Ello significa que, **la AFP tiene la obligación de realizar la actividad probatoria de manera prolija, a lo cual, tendrá que presentar todos los elementos de prueba suficientes para acreditar el ilícito penal;** cabe señalar que esta exigencia tiene por finalidad lograr una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones.

- La Administradora en el **fundamento 6** de su recurso, con relación al artículo 8 de la norma impugnada, manifiesta lo siguiente: **“No queda duda que la opción jurídica más viable constituirá encarar una gestión altamente ejecutiva de parte de la APS**

ante el Tribunal Supremo de Justicia, Ministerio Público y Comando General de la Policía Nacional, para que entendiendo la problemática de la retardación de justicia, como punto estructura, podría encarar políticas institucionales serias...". Además señala: **"Puede concluirse que esta normativa nuevamente pretende incluir como una labor adicional no correspondida para la AFP la solución al problema de retardación de justicia..."**.

Al respecto, el artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065, señala que la GPS, tiene las funciones y atribuciones de iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos, así como, iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados, y prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

Bajo ese contexto jurídico, el artículo 8 del Anexo I de la R.A.26-2013, establece que la GPS (transitoriamente la AFP) **tiene la obligación de llevar adelante los procesos judiciales con absoluta diligencia y responsabilidad**; asimismo señala que **cuando la autoridad no se haya pronunciado dentro del plazo determinado por ley "por motivos injustificados", realizar las gestiones que correspondan por el incumplimiento a sus funciones y retardación de justicia**; además, establece que **no será admisible la paralización injustificada del PCS y/o PP, o el pre-archivo, o archivo del expediente o cuaderno de investigación por falta de actividad procesal atribuible a la GPS (transitoriamente la AFP)**.

No obstante que la norma administrativa es clara y de fácil entendimiento, la AFP erróneamente arguye que se pretende incluir una labor adicional, que puede ser resuelto encarando una labor altamente ejecutiva de parte de la APS, cuando tiene la obligación legal de llevar adelante los procesos judiciales con absoluta diligencia y responsabilidad, consecuentemente, debe realizar las gestiones y actuaciones necesarias y pertinentes ante las autoridades competentes, y de evidenciar dilaciones injustificadas de parte de los operadores de justicia, corresponde hacer uso de los mecanismos y recursos que la Constitución y las leyes franquean para hacer valer sus derechos y pretensiones jurídicas.

En ese sentido, el hecho que deban, las AFP (transitoriamente), cumplir con sus obligaciones impuestas por ley, no constituye de ninguna forma una labor adicional o una erogación de esfuerzos innecesarios como erróneamente argumenta.

Cuando la AFP señala que el crear procesos disciplinarios contra autoridades que ven con los casos penales y coactivos, crearían retraso y dilación; esta aseveración llama la atención del regulador considerando que la AFP ante ciertas irregularidades que presenten los procesos tome una actitud pasiva, que no necesariamente es la de plantear una denuncia, sino la de promover diligentemente los procesos judiciales a su cargo. Por el contrario la obligación establecida y a cumplir por la AFP demuestra el interés del actor, quien no debe estar en una actitud pasiva, cuando tiene el deber de recuperar las obligaciones en mora del empleador.

Finalmente en cuanto a las gestiones a realizar, nada impide a las AFP que por cuerda separada realicen las mismas ante las reparticiones correspondientes como ser: Defensor del Pueblo, Órgano Judicial, etc.

- La AFP en el **fundamento 7** de su memorial, con relación al deber de atestiguar, argumenta lo siguiente: **“En síntesis, el Tribunal Constitucional ha impuesto un plazo máximo de 1 año, aproximadamente, de duración de la etapa de la investigación (fase inicial, etapa preparatoria y fase conclusiva), donde pueden colectarse todos los elementos de prueba..... queda claro que la imposición de un plazo para que el o la Representante Legal de la AFP preste su declaración informativa en calidad de testigo, es un acto arbitrario y usurpador...”**.

Conforme a la **SC 1036/2002-R de 29 de agosto**, invocada por la AFP, se tiene que **“el procedimiento ordinario del juicio penal en tres etapas: 1) La Etapa Preparatoria; 2) La Etapa Intermedia y 3) El juicio propiamente dicho oral y público. A su vez, cada Etapa está integrada por subetapas claramente marcadas, cumpliendo cada una de ellas una finalidad específica dentro de la genérica que todas ellas tienen en su conjunto. Así, la Etapa Preparatoria, que es la que nos interesa analizar por su pertinencia, se halla integrada por tres fases: 1) Actos iniciales; 2) Desarrollo de la etapa preparatoria y, 3) Conclusión de la etapa preparatoria”**.

Asimismo, el artículo 300 del CPP, modificado por la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, señala: **“Las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía deberán concluir en el plazo máximo de veinte (20) días de iniciada la prevención...”**. Por otra parte, el artículo 82 del CPP, establece: **“La intervención de una persona como querellante no la exime de la obligación de declarar como testigo en el proceso”**.

Por otro lado, se debe tener presente que la GPS, transitoriamente **la AFP, tiene la obligación de llevar adelante los procesos judiciales, con diligencia, prontitud, eficiencia y responsabilidad**, conforme establece el artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065.

Precisamente, el artículo 9 (Deber de Atestiguar) del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26 – 2013, ha recogido el espíritu de las disposiciones legales citadas, puesto que fija un plazo máximo de veinte (20) días hábiles administrativos, para que el denunciante (víctima) AFP, preste su declaración informativa policial, plazo que no se constituye en un acto arbitrario o usurpador como erróneamente arguye la Administradora, puesto que debe considerar que, iniciada la prevención, tiene la obligación de deponer (declarar) en calidad de testigo dentro de un plazo prudente.

- La AFP en el **fundamento 8** de su memorial, con relación a la obligación de constituirse en parte querellante, señala lo siguiente: **“...tampoco es legal que una Resolución Administrativa imponga una sola forma de iniciar la Acción Penal, mediante Querrela, cuando el Legislador ha impuesto otras formas de iniciar la acción penal, según las circunstancias del caso mediante Denuncia y posteriormente formalizar la Querrela respectiva...”**.

Al respecto, la Administradora arguye erróneamente que de acuerdo al artículo 10 del Anexo I de la R.A.26-2013, se impone una sola forma de iniciar el proceso, mediante querrela, hecho que no es cierto ni evidente, ya que conforme a los artículos 4 y 5 de la norma administrativa, se establece que la GPS (transitoriamente la AFP), deberán presentar la **denuncia** penal por la comisión de los delitos previsionales previstos en el artículo 345 bis del Código Penal, atendiendo los presupuestos señalados en el artículo 285 del CPP.

Ahora bien, la obligación de constituirse en parte querellante, responde a lo establecido en el artículo 290 del CPP, que señala: **“El querellante tendrá plena intervención en el proceso con la sola presentación de la querrela, la misma que será puesta en conocimiento del imputado”**.

En ese sentido, el espíritu de la norma administrativa responde los postulados procesales penales, siendo así, que la AFP podrá iniciar la acción penal a través de la denuncia o querrela, empero, tendrá la obligación de constituirse durante el proceso en querellante a los efectos de la intervención plena, conforme establece el artículo 290 del CPP, considerando además que los delitos previsionales son delitos de acción pública a instancia de parte o semipúblicos, y que contrariamente a la denuncia, la querrela es un acto de postulación de la acción penal, mediante el cual el querellante asume la cualidad de parte acusadora a lo largo del proceso.

- La AFP en el **fundamento 9** de su recurso, señala lo siguiente: **“...que por la amplia doctrina aplicable al caso, una Resolución es impugnabile, objetable (expresiones del derecho a recurrir) cuando es perjudicial al recurrente, que en caso de haberse regularizado la deuda y todas las contribuciones, no sufre ningún agravio o perjuicio, por ende no es lógica la objeción e impugnación”**

Al respecto, de la simple lectura del artículo 11 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 26 – 2013, se advierte que es bastante claro al señalar bajo qué circunstancias la GPS (transitoriamente la AFP) debe objetar o impugnar la Resolución (Requerimiento) Fiscal y en qué casos debe solicitar la conversión de acciones.

Obviamente, si la GPS (transitoriamente la AFP) presentó desistimiento en la acción penal, conforme al artículo 345 bis parágrafo I del Código Penal que establece: **“Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante el Sistema Integral de Pensiones...”**, no corresponde objeciones o impugnaciones, aspecto también contemplado en el artículo 17 numeral II de la norma administrativa que señala: **“Únicamente se podrá desistir en los procesos judiciales, PCS y/o PP por Apropiación Indevida de Aportes, con la cancelación total de las Contribuciones o Aportes Solidarios en mora, más los intereses y recargos si correspondiese”**.

Bajo ese entendimiento, está acreditado que la observación y la interpretación realizada por la AFP del artículo 11 del Anexo I de la R.A.26-2013, es errónea y sesgada, puesto que de la norma administrativa, se deduce por simple lógica que las

objeciones o impugnaciones se presentan cuando el fallo es contrario o perjudicial a los intereses del denunciante o querellante, y que naturalmente no existe desistimiento de la denuncia penal.

- La Administradora en el **fundamento 10** de su recurso, referente a la actualización de nuevos periodos, argumenta lo siguiente: **“...una Actualización de periodos, no es merecedora de una Ampliación de Denuncia, toda vez que este acto procesal obedece únicamente cuando se amplía el tipo penal y se amplía el hecho contra otros coautores...”**. Además, señala: **“En lo que toca al Proceso Coactivo, tampoco corresponde la ampliación de deuda en cualquier etapa del proceso...”**.

En lo referente al Proceso Coactivo el artículo 116 (Actualización de Nuevos Periodos) de la Ley N° 065, establece. (sic) **“El monto consignado en la Nota de Débito podrá actualizarse al vencimiento de nuevos periodos en mora en cualquier etapa del proceso, antes del remate”**. Dicha disposición legal fue recogida por el artículo 12- del Anexo I de la R.A.26-2013, que señala: **“El monto consignado en la Nota de Débito, dentro del PCS, podrá actualizarse al vencimiento de nuevos periodos en mora en cualquier etapa del proceso, hasta antes del remate, conforme dispone el artículo 116 de la Ley N° 065”**.

La norma legal citada como la norma administrativa, son claras al señalar hasta qué momento del proceso se podrá actualizar nuevos periodos en mora, lógicamente, como es de conocimiento de todo abogado, existen etapas del proceso en los que no se puede solicitar la ampliación de los periodos en mora, como por ejemplo cuando el proceso se encuentra en grado de alzada o apelación. En ese sentido, **conforme expresa el artículo 1 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26 – 2013, tiene por objeto establecer las gestiones judiciales mínimas que debe observar la GPS, transitoriamente las AFP en el Proceso Coactivo Social de la Seguridad Social y/o Proceso Penal, en el Sistema Integral de Pensiones.**

Ello significa, que la norma administrativa, impugnada, no es ni será un añadido de los Códigos Procesales aplicables a cada materia, sea Social, Civil o Penal, como pretende la Administradora, tratando erróneamente que cada circunstancia o casuística sea atendida, hecho ajeno al fin de la R.A.26-2013.

En lo que respecta al Proceso Penal, es evidente que al tenor del artículo 14 del CPP, de la comisión de todo delito nacen la acción penal para la investigación del hecho, su juzgamiento y la imposición de una pena o medida de seguridad y la acción civil para la reparación de los daños y perjuicios emergentes. Pero también **es evidente la indivisibilidad de juzgamiento**, conforme dispone **el artículo 45 del CPP** que establece: **“Por un mismo hecho no se podrá seguir diferentes procesos aunque los imputados sean distintos”**, y la persecución penal única establecido por **el artículo 4 del CPP** que señala: **“Nadie será condenado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias”**, como la aplicación de principios procesales y aplicación de las normas materiales (el de economía, o el de

evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa).

Ello significa, que conforme a las disposiciones legales enunciadas, si se acreditaran nuevos periodos apropiados (adeudados), la GPS (transitoriamente la AFP) deberá solicitar la ampliación de la denuncia, puesto que lo contrario, obligaría a iniciar otro proceso penal por los nuevos periodo apropiados, cuando la norma exige **indivisibilidad de juzgamiento**.

En ese sentido, la Administradora ha solicitado la Ampliación de la Denuncia o Querrela por nuevos periodos apropiados, en los siguientes procesos penales que tienen a su cargo y patrocinio:

1. Futuro c/ Juan Carlos Baya Camargo (Hotelería Nacional S.A.), memorial de 12 de junio de 2012. Petición que mereció el memorial de 26 de junio de 2012 del Fiscal de Materia del Distrito de La Paz Dr Jhonny Garnica Zurita, dirigido al Juez Tercero de Instrucción Cautelar de la ciudad de La Paz, para que a los efectos del control jurisdiccional tenga presente la ampliación de denuncia solicitada.
2. Futuro c/ Raúl Antonio Valda Ibáñez (Textiles Punto Blanco S.A.), memorial de 26 de abril de 2012.
3. Futuro c/ Ewaldo Fischer Albuquerque (Industria Textil Grigota S.A.), memorial de 11 de junio de 2012.
4. Futuro c/ Guillermo Núñez Del Prado Vaca (Nupra LTDA), memorial de 11 de junio de 2012.
5. Futuro c/ Claudia Liliana Rodríguez Espitia (Agrocol SRL), memorial de 18 de junio de 2012.

De lo expuesto, se acredita y evidencia que la Administradora ha solicitado en varias oportunidades la Ampliación de la Denuncia o Querrela por nuevos periodos apropiados, peticiones que se han tenido presente por los Fiscales y autoridades jurisdiccionales, y que se efectuaron con anterioridad a la dictación de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26 – 2013 de 11 de enero de 2013, por lo que resulta extraño y contradictorio que ahora argumenten que la ampliación no corresponde, desconociendo sus propios actos.

- La AFP en el **fundamento 11** de su memorial, respecto de la responsabilidad administrativa, argumenta lo siguiente: **“Por lo tanto la responsabilidad administrativa es de naturaleza exclusivamente disciplinaria y sujeta a un procedimiento administrativo interno a efectos de su determinación”**. Asimismo, dice: **“Consecuentemente, en estricta aplicación de la normativa vigente, su autoridad colegirá que solamente corresponde el ejercicio de su potestad sancionadora respecto de infracciones emergentes del incumplimiento al Contrato...”**.

Al respecto, la R.A.26-2013, expresamente señala: **“ARTÍCULO 13. (DE LAS EXCEPCIONES E INCIDENTES).**- I. La GPS en los PCS y PP deberá obligatoriamente

responder fundadamente a todas las excepciones e incidentes que presenten o planteen los demandados y/o denunciados.

I. El responder las excepciones e incidentes en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables conllevará a las responsabilidades administrativas correspondientes”. Asimismo, establece: “**ARTÍCULO 14. (DE LA OBLIGACIÓN DE RECURRIR).**- I. La GPS en los PCS y PP deberá obligatoriamente presentar los recursos o impugnaciones que le franquea la ley contra toda decisión desfavorable en todo o en parte emitida por el órgano jurisdiccional, el juez, tribunal o Ministerio Público.

II. El presentar recursos en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables conllevará las responsabilidades administrativas correspondientes, que de esta omisión emanen.

III. En el caso que el recurso fuera planteado por los demandados o denunciados, la GPS, deberá obligatoriamente responder”.

Por otra parte, el artículo 111 numeral 2) de la Ley N° 065, establece que en el Proceso Coactivo de la Seguridad Social, se podrá oponer excepciones: a) Pago Documentado; b) Inexistencia de Obligación de Pago; c) Incompetencia. Asimismo, el coactivado, en el PCS podrá plantear incidentes, en consideración a que se trata de un instrumento procesal legal.

En cuanto a los procesos penales, el imputado (las partes), también podrá plantear excepciones de acuerdo al artículo 308 del CPP, como también podrá plantear incidentes conforme a procedimiento.

En lo referente a **los recursos**, el tratadista Carlos Rubianes, señala que son “**medios de impugnación que la ley concede a las partes que han sufrido un gravamen, con motivo de una resolución judicial desfavorable que contiene, a su entender, un error de juicio o un error formal, siendo, pues, injusta o irregular, con la finalidad de obtener, mediante un nuevo estudio de las cuestiones resueltas, su revocatorio, modificación o nulidad, de modo más favorable a su interés, por el mismo tribunal o uno en superior en grado**”.

Bajo ese contexto normativo, las partes, podrán interponer excepciones, incidentes y recursos en los procesos judiciales (PCS y/o PP), consecuentemente, si los demandados y/o denunciados las plantean, naturalmente de simple lógica jurídica se entiende que las AFP deberán responder obligativamente, con la mayor responsabilidad.

El hecho de no responder, por parte de la GPS (transitoriamente AFP) una excepción, incidente o recurso, o responder forma extemporánea (fuera de plazo) o con defectos formales insubsanables, que comporta un perjuicio, conllevará a las responsabilidades correspondientes, atendiendo naturalmente el debido proceso, la calidad de la entidad y disposiciones legales que regulan la materia.

En ese sentido, la apreciación de la AFP no es correcta, pretendiendo dar un sentido diferente a lo establecido en los artículos 13 y 14 del Anexo I de la norma administrativa, cuando la misma es entendible de una deducción lógica mental.

- La Administradora en el **fundamento 12** de su memorial, sobre la obligación de denunciar, en la parte pertinente, señala lo siguiente: “...**texto normativo claramente genérico y excesivo, toda vez que nos imponen a estar vigilantes a cualquier anomalía o irregularidad de los fiscales o autoridades jurisdiccionales, sin especificar si esa labor corresponde únicamente a los casos iniciados por la AFP o también los casos ajenos a los nuestros...**”.

Al respecto, el artículo 1 (**OBJETO**) del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26 – 2013, señala: “**Las normas generales detalladas a continuación, tienen por objeto establecer las gestiones judiciales mínimas que debe observar la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo – GPS y transitoriamente las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), en el Proceso Coactivo Social de la Seguridad Social (PCS) y/o en el Proceso Penal (PP), en el Sistema Integral de Pensiones (SIP)**”.

De un proceso lógico mental, se entiende que la norma administrativa es para los Procesos Judiciales que inicia y lleva adelante la GPS (transitoriamente la AFP), por lo que llama profundamente la atención el poco cuidado que ha tenido la Administradora en su revisión, realizando interpretaciones sin fundamento o lógica.

Asimismo, causa extrañeza que la AFP desconozca su responsabilidad en cuanto a la gestión judicial, al indicar que el artículo 15 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26 – 2013, es excesivo al imponer a estar vigilante a cualquier anomalía o irregularidad (¿?), cuando es su deber denunciar irregularidades o delitos cometidos por los servidores judiciales en los procesos que tiene a su cargo y responsabilidad.

- Finalmente, la AFP respecto al artículo 20 de la norma administrativa impugnada, en el **fundamento 13** de su recurso, parte pertinente señala lo siguiente: “...**la resolución dice iniciar o tramitar o tomar participación en todo proceso judicial, hecho que ameritaría que la AFP tenga que conocer cuanto proceso judicial ordinario se tramita en el país...**”.

El artículo 149 en su literal j) de la Ley de Pensiones, señala que la GPS (transitoriamente la AFP), tiene entre sus funciones y atribuciones: “**Iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los asegurados**”.

A los efectos de cumplimiento de la disposición legal citada, la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26 – 2013, en su artículo 20 del Anexo I, expresamente señala: “**De conformidad al artículo 149 literal j) de la Ley N° 065, la GPS tiene la obligación de iniciar, tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial**”.

cuando corresponda, con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados al SIP”.

De la lectura de la norma administrativa se evidencia que en ningún momento se obliga o impone a la AFP a participar en todo proceso judicial que se tramita en el Estado como erróneamente alega, inequívocamente establece que en cumplimiento al artículo 149 literal j) de la Ley N° 065, tiene la obligación de iniciar, tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial cuando corresponda, con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados al SIP.

De lo expuesto se acredita que la AFP pretende a través de una interpretación sesgada confundir el alcance y finalidad de la norma administrativa, realizando apreciaciones subjetivas fuera de la realidad.

b) Del análisis de los fundamentos expuestos por **BBVA Previsión AFP S.A** en el recurso, se tiene lo siguiente:

- La Administradora, en su **fundamento 1** de su memorial, menciona: **“Por tanto conforme a las normas legales citadas queda claro que: tanto para el Proceso Coactivo de la Seguridad Social como la Acción Penal por Apropiación Indevida, se deberá considerar únicamente las contribuciones y aportes que se encuentran en mora, no para aquellas que se encuentran en mora presunta, ya que para ésta se estará conforme a la gestión administrativamente de cobro”.**

Al respecto, se reitera que el artículo 3 del Anexo I de la R.A.26-2013, recoge el espíritu plasmado en el artículo 22 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 y conforme señala la Administradora tiene por antecedente la Resolución Administrativa - SPVS-P N° 259 de 23 de junio de 2000 sobre la “Norma General Para la Gestión de Cobro” actualmente en vigencia.

El cuanto al artículo 4 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26 – 2013, se encuentra acorde con el artículo 23 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, y señala expresamente: **“...la GPS deberá iniciar obligatoriamente el Proceso Penal por el Delito Previsional de Apropiación Indevida de Aportes establecido en el artículo 118 parágrafo I de la Ley N° 065 de Pensiones, una vez vencidos los ciento veinte (120) días calendario, computables desde que el Empleador se constituyó en mora...”.**

Por lo expuesto, la norma administrativa, se encuentra acorde y en conformidad a las disposiciones legales citadas, consecuentemente, no amerita mayores comentarios.

- La Administradora, en su **fundamento 2** de su memorial, respecto al artículo 4 de la norma impugnada, en la parte pertinente señala: **“El Ministerio Público no acepta denuncias de apropiación indebida sin antes no se hubiera realizado la cobranza judicial a través del Proceso Coactivo de la Seguridad Social”.** Asimismo, señala: **“La APS no hace diferencia alguna entre deuda real y la deuda presunta para el inicio de**

la acción penal, únicamente establece la obligación de dar inicio a la acción penal una vez cumplido el plazo de los 120 días”

En cuanto a la concurrencia de procesos, el artículo 120 de la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010, dispone que el Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal, son procesos judiciales independientes, entendiéndose que podrán ser llevados adelante en forma paralela (concurrente), es decir que, para ejecutar uno de ellos, no hace falta que se haya ejecutado el otro, no admitiéndose la prejudicialidad.

Disposición legal que no puede ser desconocida por los funcionarios del Ministerio Público, quienes además han aceptado la concurrencia de procesos, en los diferentes Departamentos, aspecto que es de conocimiento de la Administradora, que ahora de forma extraña y desconociendo sus actos, arguye que el Ministerio Público no los acepta.

En cuanto a las diferencias entre la deuda real y la presunta, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 778, es bastante claro en cuanto a sus definiciones y alcance, como también es claro el hecho que el artículo 4 del Anexo I de la R.A.26-2013, tiene por sustento legal el artículo 23 del Decreto Supremo N° 778. Aclarando que en ningún momento expresa, la norma administrativa, que la GPS (transitoriamente AFP) deberá realizar acciones judiciales penales por deuda presunta, como erróneamente afirma la Administradora.

- La AFP, en su **fundamento 3** de su memorial, en la parte pertinente señala: **“El plazo de cinco (5) días calendario que se otorga a la AFP para la presentación de la denuncia en los ilícitos establecidos en los Artículos 118 y 119 de la Ley N° 065, contraviene a los plazos establecidos por una norma de mayor jerarquía como es el Código de Procedimiento Penal porque no tiene relación alguna con las sanciones penales establecidas en el citado Código”**.

Es menester mencionar que el artículo 4 III del Anexo I de la R.A.26-2013 precisa que: **“El plazo de cinco (5) días calendario, no es de aplicación al Delito Previsional de Apropiación Indevida de Aportes, sujeto al plazo establecido en el artículo 23 del Decreto Supremo N° 0778”**.

Por otra parte, “la obligación de presentar denuncia ante la autoridad competente en el plazo máximo de cinco (5) días calendario, computable a partir del conocimiento del delito”, no contraviene el Código Procesal Penal, puesto que esta disposición legal expresamente no lo prohíbe, es más, no establece un plazo.

En el caso que nos ocupa, el plazo máximo de cinco (5) días calendario, se computa a partir del conocimiento del hecho delictivo, siendo un plazo prudencial, que considera los siguientes aspectos: 1) Se trata de delitos de acción pública a instancia de parte, cuya participación procesal de la GPS (transitoriamente AFP) es ineludible, 2) La obligatoriedad que tiene la GPS (transitoriamente la AFP) de “iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los

Fondos administrados y de los Asegurados” en cumplimiento de un mandato legal (artículo 149 literal j) de la Ley N° 065).

- La Administradora, en su **fundamento 4** de su recurso, respecto al artículo 5 de la norma administrativa, señala: **“Por lo expuesto, la Resolución Administrativa 26/2013 norma estableciendo la responsabilidad penal del representante legal que fungía funciones en el período que debería pagar las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios, contradiciendo la teoría del delito de Apropiación Indevida y su carácter permanente”**.

Al respecto, el artículo 118-V de la Ley N° 065 establece: **“A los efectos de la aplicación del presente Artículo, si el Empleador fuere una persona jurídica, serán responsables la persona o personas individuales que funjan como representantes legales en el período en el que se tenía que cumplir con la obligación del pago de Contribuciones a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.”**

Podrá determinarse la corresponsabilidad de otras personas que tomaron la decisión de no pagar, si el Representante Legal actuó en cumplimiento de las determinaciones de un cuerpo colegiado de decisión, como el Directorio, la Asamblea o la Junta”

La R.A.26-2013, en su **artículo 5 – II** señala: **“En el caso de tratarse de persona jurídica, será responsable penal la persona o personas naturales que funjan o hayan fungido como representantes legales en el período en el que se tiene que cumplir con la obligación de pago de Contribuciones.**

Asimismo, podrá determinarse la corresponsabilidad penal de otras personas que tomaron la decisión de no pagar, en aplicación al artículo 118 de la Ley N° 065”.

La norma administrativa, en su artículo 5, recoge el espíritu y sentido del artículo 118-V de la Ley N° 065, siendo compatible, consecuentemente no contradice a la teoría del delito de Apropiación Indevida de Aportes y su carácter permanente como confusamente afirma la AFP.

En cuanto a la identificación del imputado, esa labor naturalmente le corresponde a la GPS (transitoriamente AFP), gestión que se encuentra acorde a lo señalado por el artículo 83 del CPP concordante con el artículo 5 del mismo cuerpo legal. A cuyo efecto, es importante mencionar que a los efectos de identificar a la persona que ha cometido el hecho punible previsto por el artículo 345 bis. del Código Penal, la GPS (AFP) no debe limitarse a la Base de Datos del Empleador pudiendo a través de una orden judicial o fiscal acceder a la información que requiera.

- La AFP, en su **fundamento 5** de su recurso, respecto al artículo 6 de la norma administrativa impugnada, señala: **“...estos problemas son a consecuencia de la administración de justicia del Órgano Judicial que no cuenta con los mecanismos suficientes...como vera esta situación escapa de nuestras manos y de nuestra buena voluntad...”**. Asimismo, argumenta: **“...la reparación del daño está reglada únicamente para la persona damnificada y sus herederos, cuando corresponda...”**.

La R.A.26-2013, en su artículo 6 del Anexo I, establece que la GPS (transitoriamente la AFP) en los procesos judiciales que tengan a su cargo, sean PCS y/o PP, deberán solicitar y ejecutar las medidas precautorias concedidas, con responsabilidad, diligencia y eficacia con el fin de garantizar los resultados del juicio. El argumentar que se ven imposibilitados para el cumplimiento de la normativa por aparentes problemas del Órgano Judicial, carece de toda lógica y resulta contradictorio a las actuales gestiones judiciales inherentes a las medidas precautorias que realiza la Administradora.

Por otra parte, el argüir que en los procesos penales que llevan adelante y que se encuentran bajo su cargo y responsabilidad, no podrán solicitar la reparación del daño civil, porque en este ilícito el damnificado o víctima es el Asegurado al SIP y no la AFP, resulta una afirmación sorprendente que no se encuentra acorde a las disposiciones que regulan la materia, puesto que se debe tener presente que la titularidad de la acción penal, deviene del cumplimiento de la Ley N°065 en su artículo 149; consecuentemente, si se tiene facultades (la AFP) para iniciar procesos penales en representación de los asegurados, también se tiene facultades para promover el ejercicio de la reparación de los daños causados, considerando además que el fundamento legal de la responsabilidad civil se encuentra tanto en el Código Penal (artículo 87) como en el Código Procesal Penal (artículo 14).

- La AFP, en su **fundamento 6** de su memorial, con relación al artículo 7 de la Resolución impugnada, señala: **“Si la APS pretende determinar cuáles son las pruebas idóneas que demuestran plenamente la comisión del delito de Apropiación Indevida, ésta debería reglamentar de manera específica y no general...”**. Además aduce: **“...es el Ministerio Público tiene la obligación legal de promover y dirigir la investigación y es responsabilidad de este la obtención de otros medios de prueba y no la AFP”**

Cabe señalar, que en nuestro sistema de persecución penal, rige el principio de libertad probatoria conforme establece el artículo 171 del CPP, salvo las limitaciones previstas en el artículo 172 del Código Adjetivo Penal, es decir que todo elemento lícito de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad histórica del hecho, de la responsabilidad y de la personalidad del imputado, será admitido como medio de prueba.

En ese orden, la actividad probatoria es uno de los aspectos más importantes de la prueba como concepto general, en tal virtud, la parte acusadora tiene la necesidad y hasta obligación de realizar actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión de un litigio sometido a proceso.

De donde resulta ilógico que la AFP pretenda que la APS reglamente acerca de las pruebas que tienen que presentar en los procesos penales que se encuentran bajo su cargo y responsabilidad, como también resulta errónea la afirmación de que la actividad probatoria es de exclusividad y responsabilidad del Ministerio Público, cuando la AFP, en su condición de acusador tiene la obligación de realizar la

actividad probatoria de manera prolija, a lo cual, tendrá que presentar todos los elementos de prueba suficientes para acreditar el ilícito penal y no esperar que el Ministerio Público realice únicamente dicha gestión procesal.

En cuanto a la SC N° 103/2004 de 21 de enero de 2004, invocada por la AFP, la misma es clara al señalar: "...no se constituirán en elementos de prueba susceptibles de ser valoradas en la sentencia, en tanto no sean producidos en el juicio oral, en las formas que el Código de Procedimiento Penal establece...", significa que la actividad probatoria incumbe a las partes, quienes al introducir los hechos fácticos delimitan la prueba y tienen que proponerla y ejecutarla atendiendo lo dispuesto por el artículo 340 del CPP.

- La AFP, en su **fundamento 7** de su memorial, con relación al artículo 8 numeral II y artículo 15 de la Resolución Administrativa, en la parte pertinente señala: **"Lamentablemente, peses a nuestras reiteradas solicitudes, el problema persiste y consideramos que vanas son las gestiones de solicitud de funcionarios judiciales, lo que demuestra que lo reglado por la APS no obedece a la realidad en la que se encuentra el Órgano Judicial"**. Añade: **"Es de conocimiento de su autoridad que la AFP no tiene la calidad de entidad pública ni sus representantes son considerados funcionarios públicos, motivo por el que no existe obligación legal de parte de la AFP de denunciar estos indicios y posibles delitos"**.

La R.A.26-2013, en su artículo 8 del Anexo I, establece que la GPS (transitoriamente la AFP) tiene la obligación de llevar adelante los procesos judiciales, PCS y/o PP, con absoluta diligencia y responsabilidad, y que en el marco de buen padre de familia deberá realizar las gestiones y actuaciones necesarias ante las autoridades competentes, además señala que cuando la autoridad no se haya pronunciado dentro del plazo determinado por ley por motivos injustificados realizar las gestiones correspondientes.

Como se podrá apreciar la norma administrativa, en ningún momento impone obligaciones que no podrán cumplirse, todo lo contrario, se trata de actividades naturales (diligencia, responsabilidad, actuar en el marco de buen padre de familia) que no pueden soslayar y que son inherentes a las funciones que cumplen (artículo 149 de la Ley N° 065), consecuentemente, señalar que las mismas no se ajustan a la realidad del Órgano Judicial, se trata de afirmaciones sin sustento.

Por otra parte, la actividad señalada en el artículo 15 del Anexo I de la R.A.26-2013, es clara y coherente, y se encuentra acorde a las funciones y responsabilidad que tiene la AFP respecto a los procesos judiciales que patrocina; en ese sentido, de verificar o detectar la comisión de delitos por parte de las autoridades jurisdiccionales o fiscales en el ejercicio de sus funciones y en relación a los procesos judiciales al SIP, la AFP deberá presentar la denuncia correspondiente.

En esa línea, si un juez tiene bajo su conocimiento un PCS o un PP inherente al SIP, y comete un delito (ej. Prevaricato), la AFP, tiene la obligación y deber de denunciar, y

no como extrañamente afirma que no le compete (denunciar hechos ilícitos) porque no tiene la calidad de entidad pública.

- La Administradora, en su **fundamento 8** de su recurso, con relación al artículo 9 de la Resolución Administrativa, en la parte pertinente señala: **“La definición del momento en que se producirá la Declaración Informativa Policial es atribución del Fiscal de Materia y en coordinación a la disponibilidad que tenga el Policía Investigador, por lo tanto imponer la APS un plazo perentorio demuestra desconocimiento del proceso y abuso de autoridad”**.

Al respecto, se debe tener presente que la GPS (transitoriamente la AFP) tiene la **obligación de llevar adelante los procesos judiciales, con diligencia, prontitud, eficiencia y responsabilidad**, conforme establece el artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065.

Por otra parte, el artículo 300 del CPP, modificado por la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, señala: **“Las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía deberán concluir en el plazo máximo de veinte (20) días de iniciada la prevención...”**. Además, el artículo 82 del CPP, establece: **“La intervención de una persona como querellante no la exime de la obligación de declarar como testigo en el proceso”**.

El artículo 9 (Deber de Atestiguar) del Anexo I de la R.A.26-2013, ha recogido el espíritu de las disposiciones legales citadas, puesto que fija un plazo máximo de veinte (20) días hábiles administrativos, para que el denunciante preste su declaración informativa policial, plazo que no es arbitrario ni contraviene disposición legal alguna como argumenta erróneamente la AFP, todo lo contrario, se encuentra acorde a los plazos establecidos para la conclusión de la investigación preliminar, siendo un plazo suficiente para la declaración. Haciendo notar que la AFP, en su calidad de denunciante o querellante tiene la obligación de solicitar oportunamente se lleva adelante este actuado procesal, y no esperar que, en su calidad de acusador, sea convocado por el Fiscal de Materia para declarar, cuando es su obligación realizar dicha gestión a la brevedad posible.

- La Administradora, en su **fundamento 9** de su recurso, con relación al artículo 11 de la Resolución Administrativa, señala: **“...para solicitar la conversión de la Acción Pública a Instancia de Parte a Acción Privada, el solicitante necesaria e imprescindible debe tener la calidad de víctima, calidad que de conformidad al artículo 76 del CPP carece la AFP...”**.

El artículo 305 del CPP establece claramente **“El archivo de obrados no impedirá la conversión de acciones a pedido de la víctima o del querellante”**. Asimismo, el artículo 76 del CPP en su numeral 3), señala que **se considera víctima** (entre otros) **“A las personas jurídicas en los delitos que les afecten”**.

En ese sentido, la GPS (transitoriamente la AFP) en su calidad de víctima podrá solicitar la conversión de acciones cuando corresponda, atendiendo además que las gestiones judiciales penales, las lleva adelante en cumplimiento a un deber legal

impuesto por la Ley N° 065 (artículo 149 con relación a los artículos 188, 119 y 120), hecho que no puede ser desconocido por las autoridades jurisdiccionales o fiscales, por tanto, lo argumentando por la Gestora carece de sustento legal, siendo su interpretación totalmente errónea.

- La AFP, en su **fundamento 10** de su memorial, con relación al artículo 12 párrafo II de la norma administrativa, señala: **“En el caso de acumularse los procesos penales, también se acumulan los periodos de la deuda y en el caso que el Empleador cancele el periodo que señala una de las Notas de Débito, correspondiéndole el derecho a que quede extinguida la acción penal...”**.

Al respecto, el artículo 345-I del Código Penal, incorporado en virtud del artículo 118 de la Ley N° 065, establece: **“Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante el Sistema Integral de Pensiones, en relación con la Contribuciones o Aportes Solidarios no pagados, más los intereses y recargos si correspondiese quedando extinguida la acción”**.

Precisamente, el artículo 12 del Anexo I de la R.A.26-2013, recoge el espíritu y sentido de la disposición legal citada, puesto que, condiciona la extinción de la acción penal cuando el imputado (Empleador) a la (sic) regularizado su situación ante el SIP, con la cancelación de lo adeudado (apropiado). Consecuentemente no existe contradicción alguna, atendiendo además la naturaleza del proceso penal y la indivisibilidad de juzgamiento.

Por otra parte, llama profundamente la atención que la AFP, señale que la “actualización de nuevos periodos” perjudica al imputado (Empleador) cuando en realidad los perjudicados son los Asegurados al no contar con sus Contribuciones y tengan dificultades al acceso de un beneficio o prestación.

- La Administradora en su **fundamento 11** de su recurso, con relación al artículo 13 de la norma administrativa impugnada, señala: **“Es importante dejar en claro que la función de la AFP no es el de investigar, es así que esta administradora contesta excepciones e incidentes cumpliendo los plazos procesales de acuerdo a la norma emitida por el ente regulador APS y por los datos proporcionados por el empleador”**. Asimismo argumenta: **“La disposición contenida en el Art. 13 numeral II, no se adecua a las actividades propia (sic) de los trabajadores de esta administradora de pensiones (sic)...”**.

Es evidente que la AFP no realiza labores investigativas pero también es evidente que la norma administrativa no señala que realice dicha labor, dispone que en los PCS y/o PP, responda a las excepciones o incidentes planteados por los demandados y/o denunciados, atendiendo precisamente su calidad de demandante y/o denunciante que deviene del cumplimiento de la Ley de Pensiones en su artículo 149.

Por otra parte, carece de toda lógica legal argumentar que la AFP responderá a las excepciones o incidentes de acuerdo a la normativa emitida por el ente regulador y por los datos proporcionados por el empleador, cuando corresponde que responda

con responsabilidad, atendiendo las características procesales, de cada caso particular.

Por último, existe confusión de parte del administrado, puesto que las "responsabilidades administrativas" que hace referencia la norma administrativa, se debe entender en todo su alcance, importa que ante la eventualidad de que se responda las excepciones e incidentes en forma extemporánea (fuera de Plazo) o con defectos formales insubsanables, conllevará a las responsabilidades correspondientes, previo proceso.

- La AFP en su **fundamento 12** de su recurso, con relación al artículo 14 de la Resolución Administrativa impugnada, señala: **"La AFP recurre toda disposición que tenga fundamento legal, para ello es tarea de la APS coordinar con el Órgano Judicial, ya que los Jueces interpretan de diferente manera la Ley N° 065..."**. Asimismo aduce: **"...hemos puesto a conocimiento a la APS, sobre los Procesos rechazados por los jueces de los diferentes distritos..."**.

La Ley N° 25 de 24 de junio de 2010, del Órgano Judicial, en su artículo 3 numeral 2), señala que uno de los principios que sustenta el Órgano Judicial, es la **Independencia**. **Significa que la función judicial no está sometida a ningún otro órgano de poder público**. Asimismo, el artículo 180-II de la CPE, señala: **"Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales"**.

Por otra parte, el artículo 3 (Imparcialidad e Independencia) del CPP, establece: **"Los jueces serán imparciales e independientes, sometidos únicamente a la Constitución, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y a las Leyes. Por ningún motivo, los órganos estatales, ni personas naturales o jurídicas interferirán en la sustanciación de un procesos concreto..."**.

Conforme a las disposiciones legales citadas, se establece que uno de los principios fundamentales que se organiza el Poder Judicial, es la independencia, implica que sus miembros, no están sometidos ni dependen de ninguno de los otros órganos de poder, y que sus decisiones son absolutamente libres.

El argüir que corresponde a la APS coordinar con el Órgano Judicial para que los jueces que tienen bajo su conocimiento los diferentes procesos que llevan adelante tengan un criterio único y uniforme, demuestra un desconocimiento de la normativa señalada. Ya que como se sabe las decisiones del órgano jurisdiccional son absolutamente libres.

Además, conforme establece la CPE, la impugnación o el recurrir, se constituye en una garantía constitucional, consecuentemente, si un fallo es contrario a los intereses de la Administradora y los Asegurados, dentro de un PCS y/o PP, corresponde a la AFP presentar el recurso correspondiente, para ello naturalmente no se necesita la autorización de la APS, siendo un deber ineludible.

Asimismo, se entiende que al no recurrir un fallo contrario, o presentar el recurso en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables, o no responder el recurso interpuesto por el contrario, contraviene las labores propias de la GPS (transitoriamente AFP) dentro del proceso judicial, puesto ocasionará un perjuicio, consecuentemente, de ello devendrá un proceso para determinar las responsabilidades y sanciones, de corresponder.

- La AFP en su **fundamento 13** de su memorial, respecto al artículo 16 de la Resolución Administrativa, manifiesta: **“...el citado artículo de la resolución Administrativa no cumple con los requisitos exigidos por la Ley de Procedimiento Administrativo y el Principio de legalidad. Ante lo expuesto es ilegal que la Norma amplíe la suspensión de la gestión judicial de cobro al proceso penal”**.

Es menester señalar, para conocimiento de la AFP, que el delito de Apropiación Indevida de Aportes conforme al artículo 345-V del Código Penal, está clasificado como **delito público a instancia de parte**, consecuentemente, invocar el artículo 16 del CPP, no corresponde, porque es para los delitos de acción penal pública.

En ese sentido, la suspensión temporal del proceso penal (Apropiación Indevida de Aportes) por suscripción de Convenio de Pago, no contraviene la CPE tampoco el Código de Procedimiento Penal, como afirma erróneamente la Administradora.

Asimismo, es necesario recordar a la AFP, que el artículo 16 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013, tiene estrecha relación con la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°456-2012 de 28 de junio de 2012 (actualmente en vigencia), que aprueba el “Procedimiento para la Suscripción y Homologación de Convenios de Pago por Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en Mora al Sistema Integral de Pensiones - SIP”, que señala: **“Artículo 15. (EFECTOS).-** Los efectos de los Convenios son los siguientes:

- a) Los plazos para el inicio de las acciones judiciales se interrumpirán desde la fecha de homologación del Convenio de Pago.
 - b) **Los procesos judiciales coactivos sociales y/o penales iniciados contra los Empleadores y/o Contratantes deudores al SIP, se suspenderán temporalmente desde la fecha de la homologación del Convenio Pago, manteniéndose subsistente las medidas precautorias dispuestas por el juez hasta la cancelación total de la obligación. Quedando terminantemente prohibido desistir de la acción judicial antes de la cancelación total de los periodos pactados en el Convenio de Pago”**.
- La AFP en su **fundamento 14** de su memorial, respecto al artículo 17 de la norma administrativa, manifiesta lo siguiente: **“El no presentar el retiro de demanda y/o desistimiento cuando la empresa cancele la deuda y/o presente bajas por un proceso a través de una ND, ocasionará que la demandada presente al Juez excepción de pago documentado y dará por retirada y/o desistida la acción conforme a lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil”**.

El artículo 17 de la R.A.26-2013, versa sobre el retiro de la demanda y desistimiento del proceso (PCS y/o PP), en ambos casos condiciona a la cancelación total de la obligación al SIP, y que materialice a través de un memorial.

No obstante que la norma administrativa citada es clara y coherente, la AFP de manera confusa menciona que el hecho de no presentar el desistimiento o retiro de la demanda, el demandado (coactivado) podrá interponer ante el juez la excepción de pago documentado. Precisamente, en ese ámbito el artículo 17 de la R.A.26-2013 establece que la GPS (transitoriamente la AFP) deberá presentar el memorial de retiro de demanda o desistimiento conforme a procedimiento legal.

- La Administradora en su **fundamento 15** de su recurso, respecto al artículo 18 de la norma administrativa, señala: **“El Artículo 18° de la Resolución Párrafo I confunde entre Empleador y Representante Legal del Empleador. La información a la que hace referencia (la acreditación legal en registros públicos y que se encuentre con vida) se refiere al representante legal de la empresa (Empleador)”**. Además alega: **“...al imponer la Norma la obligación de contar con esa información, antes de presentar la demanda coactiva y/o la denuncia penal, producirá un retraso que impedirá cumplir con el plazo establecido en los artículos 22 y 23 del Decreto Supremo 0778”**.

Se debe aclarar que no existe confusión alguna en cuanto a la terminología empleada, en ese sentido, el artículo 107 de la Ley N° 065, señala: **“El Empleador incurre en mora...”**, de igual forma, el artículo 111-I de la citada ley, menciona: **“A tiempo de plantear la demanda, la Gestora Pública de la Seguridad Social girará la Nota de Débito al Empleador...”**, asimismo, el artículo 345 bis numeral I) del Código Penal, señala: **“El Empleador que se apropiare de las Contribuciones destinadas al Sistema Integral de Pensiones...”**.

En cuanto a que la GPS (transitoriamente la AFP) deberá realizar las gestiones necesarias ante las reparticiones públicas como privadas, para verificar si el Empleador objeto del proceso (PCS y/o PP) sea el acreditado legalmente en los registros públicos y se encuentre con vida, dicha gestión tiene por finalidad evitar dilaciones en el proceso, como el de tramitar una demanda contra un fallecido; consecuentemente, no perjudicará ni entorpecerá la gestión judicial como erróneamente arguye la AFP.

Por otra parte, el plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario establecido en los artículos 23 y 23 del Decreto Supremo N° 0778, son inherentes a la obligatoriedad de iniciar la acción procesal (PCS y/o PP por Apropiación Indevida de Aportes), que no se verán afectados, puesto que se entiende que con anterioridad al vencimiento del plazo señalado se pueden realizar las gestiones descritas anteriormente.

- La AFP en su **fundamento 16** de su recurso, respecto al artículo 20 de la norma administrativa, señala: **“...el Artículo mencionado únicamente ordena que esta Administradora debe de iniciar y tramitar procesos y no así tomar participación, sin que estemos legalmente citado (sic)”**.

El artículo 149 en su literal j) de la Ley N° 065, señala que la GPS (transitoriamente la AFP), tiene entre sus funciones y atribuciones: **“Iniciar y tramitar los procesos judiciales**

que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los asegurados”.

El artículo 20 del Anexo I la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26 – 2013, recoge el espíritu y sentido de la disposición legal citada, puesto que señala: **“De conformidad al artículo 149 literal j) de la Ley N° 065, la GPS tiene la obligación de iniciar, tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial cuando corresponda, con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados al SIP”.**

La norma administrativa en ningún momento obliga a la AFP a participar en todo proceso judicial, como arguye, establece de manera clara que en cumplimiento al artículo 149 literal j) de la Ley N° 065, tiene la obligación de iniciar, tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial cuando corresponda, con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados al SIP.

En ese sentido, se evidencia que la AFP a través de una interpretación totalmente subjetiva que pretende confundir el alcance y finalidad de la norma administrativa, dándole un sentido diferente fuera de la realidad.

- Con respecto a las notas (adjuntas al recurso) remitidas a la APS sobre consultas efectuadas sobre (sic) dudas de cómo encarar los procesos penales, luego de su evaluación se establece que esta Autoridad en su oportunidad ha dado respuesta integral y amplia al regulado con nota APS/DPC/DJ/424/2012 de 19 de enero de 2012. En lo que atañe a las notas relativas a las notas (sic) de consulta sobre los procesos coactivos, corresponde señalar que la norma de pensiones es clara, en cuanto a las formas, procedimiento y documentos que deben presentarse para iniciar este tipo de proceso (sin perjuicio se respondieron con notas APS/DPC/CO/1436/2011, APS/DPC/CO/1169/2011, entre otras), con los cuales la AFP debe tomar en cuenta para iniciar y desarrollar estos procesos.

Que por otro lado, la AFP debe tener presente que con la emisión de la R.A.26-2013, se dio los mecanismos legales a contemplar, para que ésta pueda diligentemente mejor desenvolverse en los procesos judiciales del SIP, absolviéndose claro está, las dudas puestas en conocimiento del regulador, por ejemplo, retiro de procesos coactivos, prueba en materia penal, desistimiento, la Nota de Débito en procesos penales y coactivos, etc.

Sin embargo, con respecto a los rechazos de procesos u otras irregularidades que afectan a los procesos judiciales del SIP, la AFP debe considerar que los mismos deben ser objeto particular de análisis por el regulador, sobre las causas y consecuencias que generaron, a fin de establecerse responsabilidades según corresponda a través del proceso administrativo correspondiente.

Que en virtud a los fundamentos expuestos precedentemente, que responden a los argumentos plasmados por las AFP en sus impugnaciones, se concluye que los mismos no son suficientes para revocar total o parcialmente la R.A.26-2013, por lo que corresponde confirmarse.

Que por otro lado, con relación a la solicitud de Futuro de Bolivia S.A. AFP plasmada en el OTROSI de su memorial de Recurso de Revocatoria, respecto a que se pueda disponer el traslado como tercero interesado al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas porque dicha norma acarrearía responsabilidades para la aun (sic) no existente Gestora Pública; corresponde pronunciarse por la no atención de dicha solicitud en virtud a que al presente son las AFP quienes se hallan ahora transitoriamente a cargo de la administración y pago de la seguridad social de largo plazo, por lo que las normas emitidas por el ente regulador son de cumplimiento obligatorio..."

4. RECURSOS JERÁRQUICOS.-

4.1. RECURSO JERÁRQUICO INTERPUESTO POR BBVA PREVISIÓN AFP S.A. .-

En fecha 5 de abril de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 206-2013 de 14 de marzo de 2013, expresando lo siguiente:

“III. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN. A tiempo de ratificar todos los argumentos expuestos en el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC Nº 26-2013 de 11 de enero de 2013, a continuación expongo a su autoridad los fundamentos del presente Recurso de Revocatoria.

PROCESO COACTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. (...)

1. Si bien es cierto que el Reglamento aprobado con la Resolución Administrativa APS/DPC Nº 26-2013 de 11 de enero de 2013, se encuentra acorde y conforme a las disposiciones legales citadas, la APS tiene por obligación reglar las actividades del Sistema Integral de Pensiones con mucha precisión y claridad.
2. En el ejercicio de sus funciones la APS debe reglar de manera expresa que el inicio de la acción Coactiva de la Seguridad Social y la Acción Penal corresponde única y exclusivamente a las contribuciones en "Mora" y no a la "Mora Presunta".

INICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN EL PLAZO DE CIENTO VEINTE (120) DÍAS CALENDARIO. (...)

1. La APS olvida que en el Distrito Judicial de Potosí, el Ministerio Público en general para el inicio de la Acción Penal Pública por el ilícito de apropiación indebida manifiesta la vigencia y aplicación del principio de "ULTIMA RATIO" del Derecho Penal y no acepta las denuncias de apropiación indebida sin antes verificarla (sic) demanda de la cobranza judicial a través del Proceso Coactivo de la Seguridad Social.
2. La puesta en práctica del citado principio por parte del Ministerio Público tiene como efecto inmediato que las denuncias del ilícito de Apropiación Indebida presentadas por la AFP se encuentren fuera de los plazos legales no es por causas no atribuibles a la misma, sino que es por cumplir con los requerimientos

del Ministerio Público, conforme se ha informado con los Cites: PREV-OP-03/01/2012 de 05 de enero de 2012; PREV.OP-02/01/2012 de 06 de enero de 2012; PREV-OP-09/01/2012 de 16 de enero de 2012; PREV-OP- 10/01/2012 de 16 de enero de 2012; y PREV-OP- 19/01/2012 de 24 de enero de 2012, con el fin de unificar criterio la APS debería capacitar a los fiscales, realizar un seguimiento a los mismo directamente en el Ministerio Publico de todos los Distritos y mantener una relación fluida con los Fiscales.

3. La APS al momento de emitir el Reglamento que norma la Gestión de Cobro tiene la obligación de ser clara y precisa, es decir que debe manifestar expresamente que no corresponde la denuncia penal por una "deuda Presunta".

INICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN EL PLAZO DE CINCO (5) DÍAS CALENDARIO. (...)

1. El Código de Procedimiento Penal es una norma especial que regla sobre los actos procesales y los plazos de las acciones penales, consiguientemente, mal puede la APS normar otorgando plazos para el inicio de acciones penales que no están establecidos en el citado Código.
2. Considerando el precepto constitucional de la jerarquía de las disposiciones jurídicas, la Resolución Administrativa 26/2013 no puede reglar por encima de una disposición jurídica de mayor jerarquía, que en su Artículo 29 establece los plazos que tiene toda víctima (sic) para iniciar la acción penal que corresponda ante el conocimiento de un ilícito (Código de Procedimiento Penal).
3. El plazo de cinco (5) días calendario que se otorga a la AFP para la presentación de la denuncia de los ilícitos establecidos en los Artículos 118 y 119 de la Ley N° 065, es insuficiente para realizar la denuncia, en virtud a que previamente la AFP debe revisar la información y debe obtener la documentación que sustente la denuncia.

4. DENUNCIA PENAL. (...)

1. La Resolución Administrativa 26/2013 regla para que la AFP actúe con absoluta precisión al momento de identificar al personero legal del Empleador del periodo en que incurrió en mora, soslayando la existencia de los Decretos Supremos N° 27324 y 29537 de 22 de enero de 2004 y 01 de mayo de 2008, respectivamente, disponiendo que el Formulario de Inscripción del Empleador tiene calidad de Declaración Jurada cuyos datos consignados se consideran como válidos y correctos para todos los efectos legales y en especial para el inicio y prosecución de los Procesos Ejecutivos Sociales. Asimismo, disponen que tienen la obligación de dar a conocer a la AFP en el plazo de siete días cualquier modificación referida a: (i) propietario, transferencia, fusión, disolución o transformación de la sociedad, (ii) denominación o razón social, (iii) domicilio, (iv) representante legal.
2. La Resolución impugnada contraviene el precepto constitucional de jerarquía

jurídica reglando contra disposiciones jurídicas de mayor jerarquía como son los Decretos Supremos citados. Asimismo, traslada toda la responsabilidad de actualizar la información de la Base de Datos del Empleador a la AFP, desconociendo que la misma se obtiene a través de la actualización del Empleador realizado en el Formulario, mismo que se constituye en una "Declaración Jurada".

DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS O PREPARATORIAS. (...)

1. La APS malinterpreta lo aseverado por esta Administradora de Pensiones y pretende desconocer la crisis por la cual se encuentra el Órgano Judicial misma que es de conocimiento publicopúblico (sic), pese a la visitas diarias a los juzgados y de realizar todas las gestiones no podemos cumplir con los plazos otorgados por la APS, la mora procesal debido a la gran cantidad de demandas que se incrementan mes a mes, sin considerar las demandas que ingresan permanentemente a los juzgados de trabajadores que reclaman sus derechos, demandas de la otra AFP, de Seguridad a Corto Plazo y otros que acuden al juzgado, acefalías existentes esta sobre carga procesal se refleja en todos los distritos judiciales, ocasionando la paralización de los procesos, lo cual se tiene abundantemente demostrado por los medios de prensa y por las cartas de solicitud de pronunciamiento por los Jueces; que informan que las causas se resolverán bajo un orden cronológico, recomendando que por el numero de tramite (sic) que realiza el juzgado del cual soy titular que van mas (sic) de un mil causas es humanamente imposible dictar sentencia, debiendo en este caso comprender y evitarse la presentación de memoriales "con reitera sentencia" que únicamente motiva una carga procesal, decreto de fecha 12/12/2012 del Distrito de Cbba.
2. Otra de las varias e insistentes gestiones que realiza esta Administradora y con la finalidad de dar cumplimiento a la Resolución 26/2013 para llevar todos sus procesos con absoluta diligencia y responsabilidad como lo establece el principio del Buen Padre de Familia recurre a diferentes gestiones como por Ejemplo la presentación de Cartas al Presidente del Tribunal Departamental de Justicia del Distrito Judicial de Sucre haciéndole conocer la obligación de la AFP de llevar todos sus procesos con absoluta diligencia y responsabilidad bajo el principio del Buen Padre de Familia.
3. Esta Administradora presenta reiterando memoriales de solicitud de pronunciamiento debido a que la Administradora se encuentra obligada a no permitir la paralización de las causas generando mas (sic) sobre carga laboral causando un grave perjuicio a los procesos e indirectamente a los asegurados, por mandato expreso del Art. 56 del Código Procesal del Trabajo corresponde al Juez y al Tribunal, sin perjuicio del derecho de defensa de las partes, promover el proceso adoptando las medidas tendientes a evitar su paralización, como se evidencia en la actualidad.

4. En respuesta a dichas gestiones realizadas la Lic. Margot Flores Lizarazu JUEZ DE PARTIDO PRIMERO DE TRABAJO DE SEGURIDAD SOCIAL ADMINISTRATIVO COACTIVO FISCAL Y TRIBUTARIO DEL DISTRITO JUDICIAL DE CHUQUISACA, en su Nota No. 110/2012 de fecha 22 de marzo de 2013, expone la siguiente fundamentación legal: "Sin embargo es oportuno también señalar que en la gestión 2012, desde marzo se ha tenido acefalia tanto para la Auxiliatura y Oficial de Diligencias y cuando estos cargos fueron asumidos por becarios correspondientes, solo trabajaron alrededor de un mes o cinco meses y finalmente habiendo tenido la designación completa con la ultima (sic) auxiliar solo ha trabajado un mes y se ha tenido que otorgar el derecho de Licencia por maternidad hasta el 14/04/2013.

Con todas esas limitaciones de personal subalterno, el juzgado a otorgado mayor atención a la institución referido pero además se le a (sic) asignado una media mañana a la semana en forma exclusiva, para proceder a las notificaciones muy aparte de las diligencias que se encuentran dentro de las 10 cuadras para la misma institución, medida que también se a tomado con la institución de la Caja Nacional de Salud y de la Jefatura Departamental del Trabajo de Chuquisaca, con la finalidad de coordinar en el procesamiento que tienen mayor numero (sic) de trámites. Sin embargo aun (sic) con las limitaciones de personal y procesar los demás tramites(sic), sociales, coactivos fiscales y contenciosos tributarios se le a (sic) dado mayor atención a la AFP Previsión misma que exige atención como si fuera el juzgado DE EXCLUSIVIDAD PARA DICHA INSTITUCIÓN, sin tomar en cuenta las limitaciones de personal temporal que esta (sic) atravesando el juzgado, aun (sic) así el informe de secretaria y del oficial de diligencia reflejan en forma general el procesamiento de los tramites (sic) en el juzgado. Finalmente si bien esta (sic) en el informe de la secretaria (sic), en el mes de noviembre y diciembre del 2012 solo se a faccionado (sic) a favor de la AFP 270 oficios aparte de los emitidos durante el año, eso a (sic) implicado un trabajo fuera del horario normal para la auxiliar y en la presente gestión se han emitido 50 oficios a la fecha concluyendo que a dicha institución se le otorga mayor atención aun (sic) en la limitaciones de personal.

Por último señor presidente el personal subalterno, becarios, si bien asume funciones sin embargo las limitaciones del SALARIO Y LA AUSENCIA DE DERECHOS SOCIALES DE SEGURO SOCIAL DE CORTO PLAZO Y LARGO PLAZO, SON UNOS DE LOS MOTIVOS para que ellos BUSQUEN OTRAS OPCIONES LABORALES, toda vez que no están libres de las responsabilidades funcionarias que asumen, debiendo ser este el motivo para que se busque, no solo (sic) la designación de personal subalterno en forma inmediata sino que las condiciones salariales y sociales sean de mayor expectativa para que dicho funcionario pueda otorgar un mayor servicio y tener un mejor resultado en el servicio publico (sic) de la administración de justicia a favor de la sociedad en su conjunto."

5. Por todo lo expuesto es claro y evidente que más de las gestiones que realiza esta administradora es imposible cumplir a cabalidad la diligencia que exige la norma recurrida, tal como se encuentra claramente señalado por los mismos Jueces Laborales.
6. Se entiende que al no ser responsabilidad de esta Administradora el no cumplimiento de los plazos establecidos por la diligencia que hace referencia la Norma recurrida, dichos preceptos deberán ser dirigidos a las autoridades competentes para el cumplimiento de los mismos o en todo caso la APS debería interponer sus buenos oficios con el órgano judicial para la creación de nuevos Juzgados laborales, la designación de funcionarios para que de esta forma se pueda exigir el cumplimiento de la presente norma.

El código de Procedimiento Penal en su Artículo 14 establece: "De la comisión de todo delito nacen: la acción penal para la investigación del hecho, su juzgamiento y la imposición de una pena o medida de seguridad y la acción civil para la reparación de los daños y perjuicios emergentes.". En su concordancia, el Artículo 36 del citado cuerpo legal manda y ordena: " La acción civil para la reparación o indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito, sólo podrá ser ejercida por el damnificado, contra el autor y los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable. En caso de fallecimiento del damnificado, pueden ejercitarla sus herederos."

1. De las citadas disposiciones legales se colige que la reparación del daño está reglada únicamente para la persona damnificada y sus herederos, cuando corresponda, afectados por el delito, por consiguiente, en el delito de Apropiación Indevida la AFP no puede solicitar la reparación del perjuicio, porque en este ilícito el damnificado o víctima es el Asegurado al Sistema Integral de Pensiones y no la AFP.
2. En el evento de iniciar una acción para la reparación de los daños y culminada la misma, que se hará con los dineros recibidos. La Resolución impugnada no regula nada al respecto pero si obliga a iniciar la misma.

DOCUMENTACIÓN MÍNIMA. (...)

1. La APS cita artículos del Código de Procedimiento Penal con referencia al principio de libertad probatoria, empero, regla estableciendo cuáles son las "pruebas documentales idóneas" que demuestran plenamente la comisión del delito de Apropiación Indevida.
2. La norma emitida por la APS da a entender que con la frase "y toda aquella documentación y elementos probatorios..." se refiere a la obtención de certificaciones o copias legalizadas de las Planillas de Salarios a obtenerse de los Entes Gestores de Salud o del Ministerio de Trabajo y sus Direcciones Departamentales, es importante recordar que estas entidades no atienden oportuna ni eficazmente la obtención de la documentación a sola solicitud, para obtener esta documentación e información es imprescindible realizar a través de una Orden Judicial o un Requerimiento Fiscal, mismas que se

gestionan en la etapa de investigación de la comisión del delito y no a la presentación de la denuncia.

3. Es importante recordar que de acuerdo a los presupuestos legales establecidos en el Artículo 278 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, en los delitos de Acción Pública o delitos de Acción Pública a Instancia de Parte, es el Ministerio Público tiene la obligación legal de promover y dirigir la investigación y es responsabilidad de éste la obtención de otros medios de prueba y no de la AFP que actúa como denunciante en la etapa investigativa del ilícito.

DILIGENCIA Y OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR. (...)

1. La AFP realiza todos los actos procesales establecidos en los Códigos de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal del Trabajo, según corresponda, de manera oportuna.
2. Es importante recordar que las Autoridades Jurisdiccionales y el Ministerio Público tienen el deber legal de pronunciarse y de realizar las actuaciones procesales que les compete dentro de los plazos procesales que establecen las disposiciones legales citadas en el numeral anterior.
3. La APS no se manifiesta con referencia a las gestiones que se realizó ante las Autoridades Jurisdiccionales, reclamando la demora en los procesos judiciales acompañando abundante prueba documental. Lamentablemente, pese a nuestras reiteradas solicitudes, el problema persiste y consideramos que vanas son las gestiones de solicitud de nombramiento de funcionarios judiciales, lo que demuestra que lo reglado por la APS no obedece a la realidad en la que se encuentra el Órgano Judicial.
4. La Obligación de gestionar y obtener una certificación de la Autoridad Jurisdiccional o del Ministerio Público en el que se acredite que no cumplió sus funciones es prácticamente imposible, conforme manda la CPE en su Artículo 121, en materia penal nadie está obligado a declarar contra si (sic) mismo y el silencio no es considerado como un indicio de culpabilidad. En su concordancia el Código de Procedimiento Penal en su Artículo 6 párrafo segundo dispone: "No se podrá obligar al imputado a declarar en contra de sí mismo y su silencio no será utilizado en su perjuicio."

(...)

1. Se transcribe in extenso el Artículo 286 del Código de Procedimiento Penal "ARTICULO 286°.- OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR. Tendrán obligación de denunciar los delitos de acción pública: 1) Los funcionarios y empleados públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones; y, 2) Los médicos, farmacéuticos, enfermeros y demás personas que ejerzan cualquier rama de las ciencias médicas, siempre que conozcan el hecho en el ejercicio de su profesión u oficio...".
2. Las AFP por mandato de la Ley N° 1732 se constituyeron como Sociedades

Anónimas, las que están regladas por el Código de Comercio, en consecuencia no tiene la calidad de entidad pública ni sus representantes son considerados como funcionarios públicos, motivo por el que no existe obligación legal de parte de la AFP de denunciar estos indicios y posibles delitos.

DEBER DE ATESTIGUAR. (...)

1. El Artículo 278 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, establece la obligación del Ministerio Público de promover y dirigir la investigación, en consecuencia, será éste quien vea la conveniencia y pertinencia de citar al representante legal de la AFP para recibir o no su declaración Informativa, fijando día y hora de audiencia, la que será fijada a voluntad del Fiscal y que puede ser posterior al vencimiento del plazo de 20 días establecidos en la R.A. 26/2013.

CONVERSIÓN DE ACCIÓN PÚBLICA A INSTANCIA DE PARTE A ACCIÓN PRIVADA. (...)

1. La APS con referencia a la conversión de acción no considera el razonamiento jurídico de las Autoridades Jurisdiccionales en el Auto de Vista N° 32 de la Corte Superior de Justicia de Santa Cruz de 02 de marzo de 2005 que declaró probada una excepción de falta de acción, dentro de una causa donde se solicitó la conversión de acción, que manifiesta: "JRS resulta ser un simple consignatario de la mercadería **y no es la persona ofendida por el supuesto querellado;** y con referencia al argumento del querellante de haber cancelado el valor total del maíz, al propietario, no existe ningún documento probatorio que demuestre tal situación, por consiguiente resulta obvio la falta de acción de parte de JRS, por lo que en atención a lo expuesto, corresponde declarar improcedente la apelación."
2. La citada Resolución Judicial aclara un aspecto esencial e importante, que para solicitar la conversión de la Acción Pública a Instancia de Parte a Acción Privada, el solicitante necesaria e imprescindiblemente debe tener la calidad de víctima, calidad que de conformidad al artículo 76 del CPP carece la AFP, porque la persona directamente ofendida con el delito de apropiación indebida es el Asegurado a quien le retuvieron de su salario las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios, es decir, que la víctima es el trabajador dependiente, persona a quien el empleador realizó la retención de las Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios de sus salarios y/o haberes, y no así la AFP.

ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS EN PROCESOS PENALES. (...)

1. La APS con el sustento que expresa, descontextualiza lo expresado por la AFP, habiéndose manifestó (sic): En el caso de acumularse los procesos penales, también se acumulan los periodos de la deuda y en el caso que el Empleador cancele el periodo que señale una de las Notas de Débito, correspondiéndole

el derecho a que quede extinguida la acción penal, ello no podrá suceder ya que al acumularse los procesos existirán otros periodos de deuda vigente y por lo tanto no se podrá presentar desistimiento en el proceso penal acumulado. Esta circunstancia perjudica al imputado y violenta lo establecido en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal que señala (Textual) "Cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del Imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste".

DE LAS EXCEPCIONES E INCIDENTES. (...)

1. Las respuestas a las excepciones, incidentes se responden conforme a la documentación proporcionada por el empleador en el proceso judicial, sus obligaciones establecidas en la Ley N° 065 y las disposiciones administrativas emitidas por la APS, ejemplo: "...el Formulario de Inscripción del Empleador al Seguro Social Obligatorio de largo plazo tendrá calidad de Declaración Jurada, por tanto los datos consignados en dicho documento se consideraran como validos (sic) y correctos para todos los efectos legales y en especial para el inicio y prosecución de los Procesos Ejecutivos Sociales."
2. La disposición contenida en el Art. 13 numeral II, no se adecúa a las actividades propias de los trabajadores de esta administradora de pensiones toda vez que estos se encuentran sujetas a la LEY GENERAL DEL TRABAJO, la relación es directa entre BBVA PREVISIÓN AFP S.A., y su dependientes; las responsabilidades administrativas se adecúa y aplica a funcionarios que están sujetos al estatuto del funcionario público Art. 17 que a la letra indica "(régimen disciplinario).- El régimen disciplinario define el tratamiento a las situaciones que contravienen el presente Estatuto, el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la conducta funcionaría en cada entidad. Se rigen por lo dispuesto en el Régimen de Responsabilidad por la Función Publica (sic) regulado en la Ley No. 1178, de la administración y control gubernamentales y sus disposiciones reglamentarias".

DE LA OBLIGACIÓN DE RECURRIR. (...)

1. La AFP recurre toda disposición que tenga fundamento legal, para ello es tarea de la APS coordinar con el Órgano Judicial jordanas de información de la Ley N° 065 como lo hacía la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ya que los Jueces interpretan de diferente manera la Ley N° 065, por ejemplo: los Jueces de la regional La Paz no aceptan demanda con periodos anteriores a la Ley de Pensiones y Cochabamba no acepta la medida precautoria de retención de fondos, realizan esto demuestra una interpretación distinta a la norma que la de otros Distritos Judiciales Ejm. (sic) Santa Cruz, Sucre, aceptan demanda coactivas con periodos anteriores a la Ley de igual forma la medida precautoria de retención de fondos.
2. La APS descontextualiza la solicitud de la AFP, se solicitó su colaboración ante

el Órgano Judicial para hacer más efectiva la recuperación de los aportes de los trabajadores, a las consultas y/o aclaraciones solicitadas para ser derivadas a las Autoridades Jurisdiccionales, como por Ejemplo organizar capacitaciones a los Jueces, Fiscales de la Ley de Pensiones, asimismo se podría coordinar con los Colegios de Abogados Departamentales para implementar algunos cursos de capacitación. De igual forma Asimismo (sic), se puso a conocimiento a la APS los Procesos rechazados por los jueces de los diferentes Distritos Judiciales y hasta la fecha no se recibió ninguna respuesta

3. La disposición contenida en el Art. 14 numeral II, no se adecúa a las actividades propias de los trabajadores de esta Administradora de Pensiones toda vez que estos se encuentran sujetas a la LEY GENERAL DEL TRABAJO y no están sujetos al Estatuto del Funcionario Publiconi (sic) a la Ley No. 1178.

SUSPENSIÓN DE LA GESTIÓN JUDICIAL DE COBRO. (...)

1. El Proceso Penal, para los delitos previsionales está normado en el Capítulo II del Título IV de la Ley N° 065 y en el citado capítulo no hace referencia alguna a los suspensión de la Acción Penal por la suscripción del Convenio de Pago.
2. La Acción Penal se rige bajo los principios y presupuesto legal establecido en el Código de Procedimiento Penal, disposición normativa especial que en sus artículos 16 y 17 con (sic) concordantes y en ningún caso contradictorio. La APS confunde cuando manifiesta que no corresponde citar al Artículo 16 del CPP porque esta norma la Acción Pública y no la Acción Pública a Instancia de Parte, desconoce que en los párrafos segundo y tercero del citado artículo expresa: "La acción penal pública será ejercida a instancia de parte sólo en aquellos casos previstos expresamente en este Código" "El ejercicio de la acción penal pública, no se podrá suspender, interrumpir ni hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por ley".

SOLICITUD DE INFORMACIÓN. (...)

1. Dentro del Recurso se ha demostrado que con Cites PREV-OP-0204-02-11, PREV-OP-1485-10-11 y PREV-COB 493/12/2012 se puso a conocimiento de la APS, que las instituciones como ser el SIN, MINISTERIO DE TRABAJO, CAJA NACIONAL DE SALUD y SIRESI no otorgan las certificaciones solicitadas por vía administrativa; piden que esta solicitud sea realizada por la vía judicial
2. Ante esta situación nos vemos imposibilitados en realizar las gestiones ante las reparticiones públicas, para la verificación de información idónea y actualizada debido a los motivos expuestos y que son de conocimiento de la APS.

PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES. (...)

1. La APS tiene la obligación legal de reglar con precisión cuáles son esos

procesos en los que la AFP debe participar y no de manera general y abstracta manifestar que debe participar cuando corresponda.

2. El Artículo 149 literal j) de la Ley No. 065 dispone: "iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran a fin de precautelar los intereses de los Fondos Administrados y de los Asegurados", el Artículo mencionado únicamente ordena que esta Administradora debe de INICIAR Y TRAMITAR procesos y no así tomar participación en todo proceso judicial, sin que estemos legalmente citados.
3. La APS no se manifiesta con respecto a la negativa de los jueces de dar participación en otros procesos judiciales pese a la prueba presentada en Recurso de Revocatoria.

IV. PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución, disponiendo **LA REVOCATORIA DE LA APS/DJ/DPC/Nº 206/2013 DE 14 DE MARZO DE 2013 QUE CONFIRMA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC Nº 26-2013 DE 11 DE ENERO DE 2013**, tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en virtud a que la resolución administrativa impugnada regla desconociendo por completo la actividad jurisdiccional que se realiza en el diario vivir en los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio Público, en todos los Distritos Judiciales del Estado Plurinacional..."

4.2. RECURSO JERÁRQUICO INTERPUESTO POR FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP.-

En fecha 5 de abril de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 206-2013 de 14 de marzo de 2013, expresando lo siguiente:

"...Apreciación subjetiva y error de la APS:

En la página 3, en el tercer apartado refiere: "Asimismo, el sólo señalar que la norma administrativa es un exceso y que ocasionará una mayor retardación de justicia, se constituye en una apreciación subjetiva e impertinente que no tiene sustento legal alguno, puesto que no señala a través de qué artículo (s) de la resolución se cometería el exceso o cómo se ocasionaría la retardación de justicia".

Establecer de manera subjetiva que en el contexto del recurso se ha referido a excesos que de manera evidente tiene la R.A 026-2013 y calificar de impertinente dicho contexto, sin la lectura completa de todo el recurso sí constituye una apreciación totalmente subjetiva y alejada de la verdad de la instancia que ha resuelto el recurso de revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia.

Señalar que no tiene sustento legal dicho contexto, que no tiene cita de artículo con el cual se cometería el exceso, constituye un error del Regulador, que entre sus funciones tiene la obligación de analizar no solo el contexto del recurso sino el recurso en su conjunto.

El recurso de revocatoria deducido por nuestra entidad de **manera contextual** refiere lo siguiente:

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

1) DE LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCESOS COACTIVOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS PREVISIONALES.-

El artículo 1 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 señala que "Las normas generales detalladas a continuación, **tienen por objeto establecer las gestiones judiciales mínimas que debe observar la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo - GPS y transitoriamente las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)**, en el Proceso Coactivo Social de la Seguridad Social (PCS) y/o en el Proceso Penal (PP), en el Sistema Integral de Pensiones (SIP)" (las negrillas son nuestras). Ahora bien, conforme a lo establecido por el último párrafo del artículo 110 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (sic) de pensiones, "El Proceso Coactivo de la Seguridad Social se regirá bajo los principios del ámbito social procesal"; y asimismo, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 112, parágrafo II de la citada Ley, "El Remate se desarrollará conforme lo establecido en el Procedimiento Civil". Resultado de ello, es que nos encontramos con un proceso híbrido que por una parte debe regirse por las normas del ámbito social procesal y por otra, conforme a las reglas del Procedimiento Civil.

En todo caso hay que puntualizar que el Proceso Coactivo de la Seguridad Social es un proceso distinto y diferente al Proceso Coactivo Social, cuya sustanciación se encuentra reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 5315 de 30 de Septiembre de 1959; fruto de ello es que los jueces del Trabajo y seguridad (sic) Social deben aplicar a los Procesos Coactivos de la Seguridad Social las reglas del Procedimiento Civil, ajustando el procedimiento en cuanto a plazos, excepciones y apelaciones, según lo establecido por la Ley N° 065 de 10 de Diciembre de 2010 de Pensiones.

En cuanto a los Proceso Penales por delitos previsionales, toda la actividad procesal se encuentra reglamentada en el Código de Procedimiento Penal.

Por lo previamente glosado, y siendo que la actividad procesal se encuentra claramente establecida por el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal; y además complementada por la Ley N° 065 de Pensiones, y tomando en cuenta que los actuados procesales se realizan en función a la oportunidad procesal de acuerdo al criterio de los abogados que patrocinan los casos; la "Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones" aprobada mediante la Resolución Administrativa ASP/DPC/DJ/N°(sic) 26-2013 que se impugna **se constituye en un exceso que simplemente impone obligaciones que en lugar de allanar la sustanciación de los procesos**, los entorpecerá ocasionando una mayor retardación de justicia.

Asimismo, debe manifestarse además que las obligaciones del abogado en caso de litigio, sea como patrocinante o apoderado siempre son de Medios, es decir las obligaciones adquiridas son representar a su mandante o patrocinado pero no puede garantizar que el resultado del juicio le sea favorable.

Sobre este apartado el Regulador, sin ser Juez Penal, excediéndose en sus funciones, califica de malintencionadamente lo expresado por nuestra Administradora. Aquí advertirá la Instancia Jerárquica la subjetividad del Regulador.

El Regulador, sin comprender todo el contenido del recurso, por omisión de la lectura de la cita expresa de artículos que contiene el mismo, omisión de la lectura la fundamentación legal, doctrinal y absolutamente racional del recurso inmerso en el numeral 2, que se transcribe a continuación, erróneamente confirma el fallo de primera instancia. Nuestro recurso de revocatoria si contiene cita expresa de artículos y fundamentación legal, a saber:

2) DE LA OBLIGACIÓN DE INICIAR EL PROCESO COACTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN UN PLAZO MÁXIMO DE 120 DÍAS DESDE QUE EL EMPLEADOR SE CONSTITUYO EN MORA O PRESUNCIÓN DE MORA.-

El artículo 3 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013, determina en su parágrafo I que: "De conformidad con el artículo 22 del D.S. N° 0778, la GPS deberá iniciar obligatoriamente el Proceso Coactivo de la Seguridad Social **en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyó en Mora o Presunción de Mora**, cuando se persiga el cobro de Contribuciones, Aportes, Primas y Comisión, el Interés por Mora y el Interés Incremental, y recargo cuando corresponda. Sin perjuicio de las sanciones que corresponda, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar el PCS" (las negrillas son nuestras). (ARTÍCULO EXPRESAMENTE CITADO EN EL RECURSO DE REVOCATORIA Y QUE EVIDENCIA EL ERROR EN EL CUAL HA INCURRIDO EL REGULADOR AL ESTABLECER QUE NO SE CITA ARTÍCULOS QUE EVIDENCIE EN EL CUAL SE HA INCURRIDO EN LA NORMATIVA REGULATORIA)

Sin embargo de ello, el artículo 22 del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en Materia de Contribuciones y Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora, aprobado mediante Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, titulado Obligatoriedad de Iniciar Acción Procesal, en el Parágrafo I, establece que: "**El Proceso Coactivo de la Seguridad Social** para la recuperación de Contribuciones y Aportes Nacionales Solidario **por mora del Empleador, deberá ser iniciado** por la GPS **en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que éste se constituyó en mora**, debiendo tener la correspondiente constancia de la presentación de la demanda, conforme lo previsto en el Capítulo I del Título IV de la Ley 065, ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, y seguir con la tramitación del proceso hasta su conclusión. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social".

Dicha previsión normativa es concordante con lo establecido por el Artículo 107 de la Ley N° 065 de Pensiones la misma que señala de manera expresa que: "El Empleador

incurre en mora al día siguiente de vencido el plazo establecido para el pago de contribuciones...".

La sola lectura de ambos artículos permite concluir que es absolutamente evidente que el Regulador, de manera excesiva y sin tener facultades para modificar instrumentos jurídicos como son las leyes y Decretos Supremos, incluye en la Resolución Administrativa **un elemento que desnaturaliza la esencia misma del Título Coactivo** e incide en el desarrollo normal del proceso coactivo, dicho elemento **es el de la "Presunción de Mora"** que como figura o instituto jurídico que viabilice acciones coactivas **no existe**.

Lo anteriormente expuesto tiene sustento en aspectos conceptuales y doctrinales que, siendo de pleno y perfecto conocimiento del Regulador, deben merecer su atención y son los que se detallan a continuación.

EN LO CONCERNIENTE A LA MORA:

Según tratadistas de Derecho Civil, la mora es "el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación" (José Decker Morales, página 19 - EL PROCESO EJECUTIVO).

"La mora consiste sólo en la tardanza, retardo o demora en el cumplimiento" (Código Civil, Carlos Morales Guillen).

De acuerdo al Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales de Manuel Ossorio Mora es "Tardanza en el cumplimiento de una obligación. De modo más específico, retraso en el pago de una cantidad de dinero líquida y vencida".

El mismo diccionario respecto de la mora del deudor refiere: "Situación en que se coloca quien deja de cumplir a su vencimiento la obligación que le incumbe, y una vez que ha sido intimado para su cumplimiento por el acreedor. Ahora bien, la mora se puede producir de pleno derecho; es decir, sin necesidad de intimación, cuando se ha convenido que corra desde el día del vencimiento o cuando así lo determina la ley".

"Mora ex Lege" o Mora por el ministerio de la ley, ese el caso de las previsiones legales contenidas en los Arts. 107 y 108 de la Ley 065; es decir la mora de los Empleadores está prevista en la ley.

En sentido estricto mora es la dilación en el pago de una cantidad de dinero líquida y vencida.

Por una parte, deuda líquida es la de existencia cierta y reconocida, por ejemplo una cantidad determinada de dinero. Deuda cierta, por otra parte, es aquella sobre cuya existencia y exactitud, ya sea en cantidad de dinero u otra prestación cualquiera, no hay discusión; es una deuda sin duda.

Como contraparte, la deuda ilíquida es la pendiente de ser estimada o liquidada y que genera dudas relativas a la exigibilidad del acreedor o relativas al pago del deudor.

El Regulador introduce el elemento "presunción de mora" en el artículo 3 del Anexo I de de (sic) la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 026-2013 sin considerar que

presunción es una proposición acerca de la verdad, **no es la verdad en sí**, afectando con ello la esencia del Título Coactivo. (CITA TEXTUAL DEL RECURSO DE REVOCATORIA QUE EL REGULADOR NO PARECE COMPRENDER, PUES ESTABLECE QUE NO SE CITA ARTICULADO QUE EVIDENCIE EXCESO).

Inclusive en materia probatoria, la presunción cuando no admite prueba en contra es absoluta y relativa si admite prueba en contra. Así la presunción si es absoluta surtirá eficacia plena en contraparte a la presunción relativa, conforme se trate de presunción jures et de jure o jures tantum, conforme nuestra legislación establece en los Arts. 477 Código de Pdto. Civil y Arts. 1317, 1318, 1319 y 1320 del Código Civil.

Por lo antes expuesto es perfectamente coherente concluir que solamente la deuda real y mora efectiva hacen a la naturaleza y esencia de los procesos coactivos sociales, en consecuencia resulta manifiestamente impertinente introducir la presunción de mora en la norma general para la gestión judicial en el Sistema Integral de Pensiones; ya que como se glosó precedentemente, las deudas presuntas no ingresan en la categoría de deuda líquida y exigible, menos de mora; y deberían ingresar en su sustanciación y resolución a procesos de naturaleza ordinaria para que (sic) juez competente determine si existe o no deuda, criterio así expresado por Carlos Morales Guillen en su Código de Pdto. Civil Concordado cuando señala que "La exigencia de cantidad líquida para proceder ejecutivamente, **responde a la necesidad de certeza que debe darse sobre lo que tiene derecho a percibir el acreedor, porque no siendo líquida la cantidad, sería necesario un previo proceso de liquidación, sujeto a comprobaciones y pruebas propias del proceso ordinario.**

Siempre que la ley se refiere a cantidad líquida, se refiere indudablemente a cantidades ciertas de dinero efectivo, representación común de todos los valores y de ello se infiere, por algunos autores, que el objeto de la ejecución ha de ser sumas de dinero (Manresa y Reus..." (las negrillas son nuestras).

Por otra parte, conoce el Regulador que la Ley 065, tratando de hacer una adaptación al proceso coactivo civil en un ámbito procesal social, incurre en falencias y error, pues las administradoras transitoriamente; y en su momento la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, no cuentan ni contarán con la garantía real, ni hipotecaria, ni prendaria, debidamente inscrita en DRRR para su ejecución; pero ésta norma, aún con falencias, no dispone en ninguno de sus artículos que se deba iniciar un proceso Coactivo de la Seguridad Social en base a una presunción de mora o presunción de deuda, en consecuencia, no puede por una incorrecta reglamentación del Regulador, convertirse aún más inaplicable con la introducción de elementos que desnaturalizan la esencia de los títulos coactivos.

Sobre la desnaturalización de los títulos coactivos, refiere el Regulador: "El hecho de girar la Nota de Débito por mora presunta, no desvirtúa de ninguna manera el Título Coactivo, y que tiene por antecedente la Resolución Administrativa - SPVS-P N° 259 de 23 de junio de 2000 sobre la Norma General Para la gestión de Cobro, actualmente en vigencia".

Esta afirmación del Regulador, al margen de ser errónea, no convalida de manera alguna que esté permitido per normativa regulatoria y de manera contraria a la ley

iniciar procesos coactivos en base de notas de débito por deudas presuntas, como ampliamente se tiene expuesto en el recurso de revocatoria. Por ello, es necesario que la Instancia Jerárquica, al evidenciar la incoherencia del Regulador proceda a REVOCAR LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA (sic) APS/DJ/DPC/Nº 206-2013 de 14 de marzo de 2013.

3) DE LA OBLIGACIÓN DE DENUCIAR (sic) DELITOS PREVISIONALES.-

Respecto a este artículo (sic), la Resolución Administrativa impugnada, se limita únicamente a realizar una simple cita de disposiciones legales respecto a la **forma de Iniciar una Acción Penal Pública a Instancia de Parte**, acto procesal que no está en discusión, y mucho menos cuestionada por FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP; sino que lo que se cuestiona es la imposición arbitraria de cinco (5) días de plazo para iniciar la Acción Penal desde el conocimiento de uno de los siguientes delitos: 1) Declaraciones Falsas; 2) Información Médico o Declaración; y, 3) Uso Indebido de Recursos del Art. 118; o 4) los otros tipos penales previstos en el Art 119, ambos de la Ley 065 de Pensiones, es decir que el argumento esencial para impugnar este artículo (sic) es que el plazo de cinco días desde el conocimiento de un delito no es una disposición que este (sic) determinada por el Procedimiento Penal, ni por ninguna otra norma legislativa o ejecutiva que derive de la Jerarquía normativa vigente en nuestro país y por el mismo motivo no es jurídicamente posible que una Resolución Administrativa reglamente una Ley (065 Ley de Pensiones o 1970 Código de Procedimiento Penal).

Es evidente que el plazo de cinco días no es una disposición relativa al delito de Apropiación Indevida de Aportes cuyo plazo está determinado por el Art. 23 del D.S. 0778, pero como se expuso en el recurso de Revocatoria y se reitera en el presente memorial, es subjetivamente imposible determinar cual (sic) el momento preciso en que FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP tuvo **conocimiento de la comisión de alguno del resto de delitos del Art. 118 y/o 119 de la Ley 065 de Pensiones a partir del cual empiecen a correr los cinco (5) días de plazo.** Criterio que fue expuesto con mayor detalle en el memorial del Recurso de Revocatoria, pero que extrañamente y sin mayor consideración la presente Resolución impugnada la considera confusa.

En síntesis, **"el momento preciso en que se tiene conocimiento del hecho ilícito"** es de imposible determinación y por ello no puede estar sujeto a ningún plazo, toda vez que en su interpretación pueden presentarse diversas circunstancias que a criterio del administrador pueden ser justas pero injustas para el administrado.

Con esos argumentos complementarios y ratificándome íntegramente en los argumentos expuestos en el memorial del Recurso de Revocatoria, los cinco (5) días de plazo que imponen, se constituye en un acto por demás arbitrario y atentatorio que va contra la norma y la ley. Porque de acuerdo a la teoría de Kelsen en la pirámide de leyes, primero se encuentra la C.P.E. y en orden las demás leyes como D.S., D.L., R.S., A.S. y por último la R.A.

4) DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS O PREPARATORIAS.-

La impugnación a éste artículo (sic) obedece a la mala transcripción y equivocada redacción de la disposición que puede provocar confusiones al momento de

interpretarla, toda vez que las Medidas Precautorias son actos procesales propios de los Procesos Coactivos y/o Civiles pero no de los Penales.

El Procedimiento Penal ha establecido una figura jurídica como es (sic) las Medidas Cautelares de Carácter Real que si bien tiene similitud con las Medidas Precautorias, su aplicación, materia y competencia es distinta, motivo por el que debe dejarse sin efecto este artículo (sic) a causa de su errónea redacción inaplicable a los criterios del derecho penal.

Debe quedar claro que si bien una Medida Cautelar de Carácter Real tiene a garantizar la reparación de daños y perjuicios ocasionados a la víctima, ello es ejecutado una vez ejecutoriada la Sentencia Condenatoria.

En el segundo párrafo de la página 6 de la Resolución que se impugna en grado jerárquico, refiere sic. "...es menester señalara (sic) que el artículo 11 numeral I parágrafo 3) de la Ley N° 065, señala: "**a tiempo de plantear la demanda, la gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, acompañara la Nota de Débito y solicitará las medidas precautorias necesarias para precautelar el cobro**". Sin embargo dicha cita solo causa mayor confusión, toda vez que ese artículo de la Ley, es decir el 11, se refiere a la ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES y no dice nada de las MEDIDAS PRECAUTORIAS, por lo que los considerandos de la Resolución impugnada, carecen de fundamento y claramente son incongruentes.

5) DE LA DOCUMENTACIÓN MÍNIMA.-

A efectos de establecer la verdad material, es necesario hace (sic) cita del siguiente texto expuesto en la Resolución Administrativa impugnada "**...la parte acusadora (AFP) deberá utilizar todos los medios probatorios vinculados al hecho histórico y no limitarse al ofrecimiento de la Nota de Debito (sic) como elemento único o absoluto de prueba, reiterando que la práctica de la prueba sirve como una base firme para condenar o absolver al imputado de la acusación**"

El mismo criterio es el asumido por FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria, por ello, no es lógico ni jurídicamente posible imponer la presentación de la Nota de Debito (sic) como elemento de prueba junto a la Denuncia, toda vez que ello obedecerá a la valoración del conjunto de pruebas que se estime pertinente presentar, o en su caso de acuerdo al estado de las investigaciones y las pruebas cursantes en ella, toda vez que, reitero, una Nota de Debito (sic) con deudas efectivas y presuntas, vulneraría el derecho a la defensa del imputado, por atribuírsele la apropiación indebida de aportes por periodos que solamente se PRESUMEN EN MORA, en consecuencia ese documento carecería de valor legal según el Art. 13 del CPP y sujeto a la exclusión probatoria del Art. 172 del CPP.

6) DEL DEBER DE ATESTIGUAR.-

Con relación plazo previsto por el artículo 9 de la Resolución Administrativa, Su autoridad refirma la disposición de que el denunciante preste su declaración informativa en el plazo de 20 días hábiles administrativos, criterio que según la Resolución administrativa impugnada, constituiría el recojo del "**espíritu de las disposiciones legales citadas**" que

casualmente forman parte de la misma línea jurisprudencial citada en el Recurso de Revocatoria, pero que erradamente son interpretadas de distinta manera.

Es distinta y errada por lo siguiente: Su autoridad admite la clasificación de las subfases de la etapa preparatoria en a) inicial; b) fase preparatoria; y c) fase conclusiva, la fase inicial compuesta por el plazo del Art. 300 del CPP (20 días) susceptibles de ampliación por la Complementación de Diligencias que el Fiscal puede emitir hasta antes de formalizar la Imputación Formal prevista en el Art. 301 núm. 2) del CPP; circunstancia que fue modulada por la misma Sentencia Constitucional 1036/2002 - R que con lógica jurídica dispone "**...plazo que en ninguna circunstancia, puede exceder al establecido por el art. 134 CPP...**". Ésta última (sic) norma que establece el plazo de seis meses; es decir, **en síntesis una fase preliminar antes de la Imputación que no puede exceder el plazo de los seis meses.**

La línea jurisprudencial antes citada, describe con total precisión que el cómputo (sic) de los seis meses del Art. 134 del CPP, corre a partir de la notificación al imputado con la Imputación Formal, es decir que luego de culminar la fase preliminar se abre el nuevo periodo de investigación de seis meses luego de la notificación al imputado con la imputación formal que sumadas a los otros seis meses de la fase preliminar llegan a sumarse un (1) año para la colección de elementos de prueba que demuestran (sic) la existencia del hecho y la participación del imputado en el mismo.

A diferencia de la errónea interpretación de su Autoridad, queda totalmente demostrado que el **verdadero espíritu del plazo** impuesto por el legislador e interpretado por el Tribunal Constitucional, es de un (1) año como plazo máximo para lograr una investigación eficaz y diligente donde el Fiscal emita uno de los Requerimientos Conclusivos o Salidas Alternativas, según la fase del proceso.

Debe tenerse en cuenta que por imperio del Art. 287 del CPP el Denunciante no es parte en el proceso, por ello tampoco impelido a prestar su declaración informativa, como lo dispone el Art. 82 de la misma norma para el caso de los querellantes. Puede presentarse el caso que el fiscal requiera mayor información del denunciante, para lo cual por imperio del Art. 224 del CPP, debe citarse previamente al testigo hábil para que amplíe los argumentos de su denuncia.

Queda así demostrado que el criterio asumido por su autoridad, además de errado es totalmente contradictoria a la normativa legal vigente y que la imposición de un plazo de veinte (20) días para que el denunciante preste una declaración que no está determinada por ley, vulnera el principio de legalidad.

7) DE LA OBLIGACIÓN DE CONSTITUIRSE EN PARTE QUERELLANTE.-

Es necesario hacer cita al razonamiento expuesto en la Resolución Administrativa impugnada en grado jerárquico, que señala respecto a este artículo (sic) "**...ya que conforme a los artículos 4 y 5 de la norma administrativa, se establece que la GPS (transitoriamente la AFP), deberán presentar la denuncia penal...**" es decir que su autoridad admite la posibilidad de iniciar la acción penal mediante denuncia penal; sin embargo queda claro que, como lo dispone el Art. 79 del CPP la Querrela podrá ser

presentada hasta antes de formalizada la Acusación Fiscal, con el único objetivo de asumir las facultades de un acusador particular.

Si bien su autoridad asume ese criterio, que no necesariamente debe presentarse querrela, sino que como lo disponen los artículos 4 y 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013, también puede presentarse la denuncia, por lo que la presente Resolución impugnada, debería modificar su contenido y no CONFIRMARLO como lo hace en la parte dispositiva, circunstancia que provoca activar este recurso administrativo para ser corregida por el superior jerárquico.

Como último análisis sobre la presentación de la querrela, su autoridad cita el Art. 290 del CPP sobre la **"plena intervención del querellante en el proceso"** pero omite considerar el Art. 11 del CPP que establece **"La víctima por sí sola o por intermedio de un abogado, sea particular o del Estado, podrá intervenir en el proceso penal aunque no se hubiera constituido en querellante"**. Debe tenerse en cuenta que las Denuncias Penales presentadas por FUTURO DE BOLIVIA se la realiza también en calidad de víctima, y así, son admitidas por el Ministerio Público, en consecuencia amparados en ésta última (sic) norma procesal, asumimos la plena participación en el proceso

Por todo ello, corresponde dejar sin efecto esa imposición de iniciar la Acción Penal solamente mediante Querrela, sino optarse también por la Denuncia.

8) DE LA ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS.-

Su autoridad, en varios artículos hace una cita de disposiciones legales e inclusive aplica conceptos doctrinarios en el derecho, sin embargo en el presente caso resaltan dos claras conclusiones, una objetiva y otra fáctica: 1) el argumento que hace sobre la indivisibilidad de juzgamiento, por el que nadie puede ser procesado ni condenado por dos veces consecutivas aunque varíen sus circunstancias, criterios que forman parte del principio del non bis idem y 2) Que en reiteradas oportunidades se hayan presentado otras ampliaciones de denuncia que habrían sido admitidas por los Fiscales de Materia; pero **de ninguna manera esclarecen o contradicen con argumentos lógicos y jurídicos sobre la correcta conceptualización de la Ampliación de Denuncia,** no siendo pertinente llegar a la conclusión, que "de presentarse actualizaciones de periodos debe presentarse la ampliación de denuncia".

FUTURO DE BOLIVIA, en ningún momento trato (sic) de evadir la presentación de la actualización de periodos, mucho menos iniciar una nueva acción penal, sino que vio (sic) inconveniente y fuera de norma presentar una AMPLIACIÓN DE DENUNCIA sino únicamente un memorial donde se coloque en CONOCIMIENTO DEL FISCAL los nuevos periodos en mora, identificando así el incorrecto texto que pretende ser aplicado al desarrollo de los Procesos Penales que inició y prosigue FUTURO DE BOLIVIA S.A. Por último, si bien en algunas oportunidades se presentaron memoriales de Ampliación de Denuncia, a medida en que se desarrollan las investigaciones debemos acomodar las actuaciones procesales al correcto camino del Derecho Procesal Penal, sin que ello signifique perjuicios al proceso, toda vez que no se está causando agravio o perjuicio a ninguna de las partes procesales, principios fundamentales del Sistema de Nulidades.

9) DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.-

Toda vez que durante el periodo de administración transitorio de las AFP, la responsabilidad no corresponde a la función pública y recae en la empresa, previo cumplimiento de las formalidades que garanticen el debido procedimiento administrativo sancionatorio; es imperativo reiterar a la luz del Principio de Búsqueda de la Verdad Material, que **no existe un marco reglamentario sancionador** aplicable al incumplimiento de las obligaciones o comisión de infracciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo; reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia; aspecto sobre el cual no se ha pronunciado la APS, careciendo el acto administrativo de la debida fundamentación y congruencia.

10) DE LA PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES.-

Finalmente, respecto del Art. 20 de la Res. Adm. nuevamente evidencia un exceso (la ley dice: iniciar y tramitar procesos judiciales), la resolución dice iniciar tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial, hecho que ameritaría que la AFP tenga que conocer cuanto proceso judicial ordinario se tramita en el país (demandas civiles por acciones reales, acciones personales, acciones ejecutivas, coactivas, acciones sucesorias, hasta las de división y partición de bienes gananciales en demandas matrimoniales, etc, etc), hecho que es imposible.

III. PETITORIO.-

Con base en los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso y el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, reitero y solicito a su Autoridad disponga la Revocatoria total de la APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de fecha 14 de marzo de 2013 y en consecuencia de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013, con el consiguiente archivo del tramite (sic)..."

5. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 26 de abril de 2013 se llevó a efecto la Audiencia de exposición oral de fundamentos que fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES.**

6. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 21 de mayo de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, a tiempo de solicitar:

“...dictar Resolución disponiendo LA REVOCATORIA DE LA APS/DJ/DPC/N° 206/2013 DE 14 DE MARZO DE 2013 QUE CONFIRMA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC (sic) N° 26-2013 DE 11 DE ENERO DE 2013, tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en virtud a que la resolución administrativa impugnada regla desconociendo por completo la actividad jurisdiccional que se realiza en el diario vivir en los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio Público, en todos los Distritos Judiciales del Estado

Plurinacional presentó documentación complementaria en referencia al "Recurso Jerárquico presentado por FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES".

Hace presente la documentación que el mismo memorial señala, conforme a la transcripción siguiente:

"...Habiendo sido notificado con el Recurso Jerárquico presentado por FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, con el fin de demostrar a su autoridad de que la norma recurrida es un exceso debido a que solo impone obligaciones a las Administradoras que solo generara (sic) mayor retardación de justicia, a consecuencia que los Juzgados Laborales a nivel nacional se encuentran colapsados, misma que es de conocimiento público, adjuntamos en calidad de prueba las siguientes gestiones que demuestran lo anteriormente aseverado:

1.- Carta de Mora Procesal en Juzgados de Partido de Trabajo y Seguridad Social y solicita creación de nuevos juzgados dirigida a la Encargada Distrital de la Magistratura de la ciudad de Cochabamba.

2.- Denuncia contra la Juez CUARTO DE PARTIDO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DEL DISTRITO DE SANTA CRUZ.

3.- Carta dirigida a los Jueces de los Juzgado (sic) Primero, Segundo y Tercero de la ciudad de Cochabamba, haciéndole (sic) conocer las dificultades por las que atraviesa esta administradora a consecuencia de la mora procesal debido a la gran cantidad de procesos que se ingresan mes a mes.

4.- Carta dirigida a los Jueces de los Juzgado (sic) Primero, Segundo, Tercero, Cuarto, Sexto, Séptimo, de la ciudad de La Paz y los Juzgados Primero y Segundo de El Alto, haciéndole (sic) conocer las dificultades por las que atraviesa esta administradora a consecuencia de la mora procesal debido a la gran cantidad de procesos que se ingresan mes a mes y a las acefalías de funcionarios.

5.- Certificación otorgada por el Consejo de la Magistratura del Beni de fecha 25/03/2013.

6.- Certificación otorgada por el Consejo de la Magistratura del Beni de fecha 25/03/2013.

7.- Carta dirigida a la Jefa de oficina de citaciones del Tribunal Departamental de Justicia de Tarija.

8.- Carta dirigida al Tribunal Departamental de Justicia de Tarija, haciéndole conocer la mora procesal en juzgados de Partido de Trabajo y Seguridad Social..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 26-2013 de 11 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros aprobó la "Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones" contenida en su Anexo I (en adelante, mencionada simplemente como el controvertido Anexo I), cuyo objeto, según su artículo 1º, es:

"...establecer las gestiones judiciales mínimas que debe observar la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo - GPS y transitoriamente las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), en el Proceso Coactivo Social de la Seguridad Social (PCS) y/o en el Proceso Penal (PP), en el Sistema Integral de Pensiones (SIP)..." (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Norma contra la que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** y **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en fecha 13 de febrero de 2013, interpusieron por separado, Recursos de Revocatoria, y ante su confirmación total, que sale de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 206-2013 de 14 de marzo de 2013, los Recursos Jerárquicos, ahora contra la última mencionada, los que pasan a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En principio y por ser necesario a los fines del análisis correspondiente, se tienen presentes los extremos siguientes:

- **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala en su memorial de Recurso Jerárquico, cuando en el preámbulo a sus alegatos, aqueja del Ente Regulador, una "Apreciación subjetiva y error de la APS", que:

"...Establecer de manera subjetiva que en el contexto del recurso se ha referido a excesos que de manera evidente tiene la R.A 026-2013 y calificar de impertinente dicho contexto, sin la lectura completa de todo el recurso sí constituye una apreciación totalmente subjetiva y alejada de la verdad (...)

Señalar que no tiene sustento legal dicho contexto, que no tiene cita de artículo con el cual se cometería el exceso, constituye un error del Regulador, que entre sus funciones tiene la obligación de analizar no solo el contexto del recurso sino el recurso en su conjunto..."

Asimismo y pese a encontrarse contenido en otro acápite ("DE LA TRAMITACIÓN

DE LOS PROCESOS COACTIVOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS PREVISIONALES”), hace también a tal preámbulo -por la razón que se explica infra-, la mención del artículo 1º (Objeto) del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 26-2013, cuando la misma recurrente hace alusión concreta a tal artículo (el que se constituiría “en un exceso”), como a obligaciones de los abogados, para alegar que:

“...el Regulador, sin ser Juez Penal, excediéndose en sus funciones, califica de malintencionadamente lo expresado por nuestra Administradora. Aquí advertirá la Instancia Jerárquica la subjetividad del Regulador...”

Tales alusiones tienen relación con lo expresado en la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 206-2013 de 14 de marzo de 2013, la que al referirse a su vez, al Recurso de Revocatoria de la misma recurrente, establece:

“...el sólo señalar que la norma administrativa es un exceso y que ocasionará una mayor retardación de justicia, se constituye en una apreciación subjetiva e impertinente que no tiene sustento legal alguno, puesto que no señala a través de qué artículo (s) de la resolución se cometería el exceso o cómo se ocasionaría la retardación de justicia...”

En tal sentido, es esclarecedor lo señalado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, cuando al expresar, que “Nuestro recurso de revocatoria si contiene cita expresa de artículos y fundamentación legal”, se remite a su restante recurso, lo que confirma la apreciación de que, más que una impugnación concreta contra el artículo 1º (Objeto) del Anexo I, los fundamentos que al efecto ha expresado, hacen a sus restantes alegatos (incluido aquello acerca de la responsabilidad sobre los medios y no sobre los resultados, que hace a la función de los abogados, extremo en el que coinciden tanto la recurrente como el Ente Regador).

Así, tal extremo resulta el origen del primer agravio (numeral 1) del Recurso Jerárquico de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en el que señala haber recurrido de Revocatoria, en fecha 13 de febrero de 2013, porque:

“...la Resolución Administrativa ASP/DPC/DJ/Nº (sic) 26-2013 que se impugna se constituye en un exceso que simplemente impone obligaciones que en lugar de allanar la sustanciación de los procesos, los entorpecerá ocasionando una mayor retardación de justicia...”

Y luego señala que, lo alegado está en función de la normativa legal que en el Recurso de Revocatoria, se ha mencionado (en sus numerales del 2 al 13), de tal manera que no encuentra razón al fundamento de la consiguiente Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 206-2013 de 14 de marzo de 2013, cuando ésta última señala que:

“...el sólo señalar que la norma administrativa es un exceso y que ocasionará una mayor retardación de justicia, se constituye en una apreciación subjetiva e impertinente que no tiene sustento legal alguno, puesto que no señala a través de qué artículo (s) de la resolución se cometería el exceso o cómo se ocasionaría la retardación de justicia...”

A este respecto, la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** debe reconocer que, a diferencia de su Recurso Jerárquico, donde concluye su numeral 1 con: “*Nuestro recurso de revocatoria si contiene cita expresa de artículos y fundamentación legal, a saber:...*”, pasando inmediatamente a los numerales del 2 al 10 (entonces, en relación directa del primero con los restantes numerales), su Recurso de Revocatoria no establece similar planteamiento entre su numeral 1 y los restantes 12, de manera tal que, al encontrarse expuesto, precisamente, mediante numerales distintos, determina excusable la interpretación que de lo mismo ha hecho el Ente Regulador, por cuanto en función de lo ahora esclarecido por la recurrente, el Recurso de Revocatoria resulta confuso en cuanto a su numeral 1.

Por consiguiente, aclarado ahora que lo alegado en el numeral 1 del Recurso Jerárquico de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, está planteado en función de los restantes numerales del mismo (resulta en su preámbulo y no en un agravio propiamente dicho), evita al presente mayor evaluación con respecto a ese artículo y mas bien remitirse al análisis de los restantes numerales, conforme sigue infra.

- Asimismo, cabe dejar constancia del carácter puntual de los dos Recursos Jerárquicos (tanto de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** como de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**), es decir, sobre extremos determinados, en relación a artículos también específicos, del controvertido Anexo I (excepción hecha de la inexistencia de marco reglamentario sancionador, alegada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, que por ello, se considera al final, en el numeral 2.17 infra).

Ello por cuanto, al señalar el artículo 63º, párrafo II, de la Ley N° 2341 de 3 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, que: “*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente,...*”, permite igual tratamiento metodológico, entonces, remitirse específicamente a los agravios concretos expresados en los Recursos Jerárquicos, estos son, los de ambas recurrentes contra los artículos 3º, 4º, 8º, 9º, 10º, 12º y 20º, los exclusivamente de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** contra los artículos 5º, 11º, 13º, 14º, 15º, 16º y 18º, y los exclusivamente de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra los artículos 6º y 7º, todos del controvertido Anexo I, aprobado por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013.

En la pretensión de que la evaluación sea ordenada, varios argumentos dispersos en los Recursos, pero que tienen que ver con la diligencia que se les exige a las

recurrentes, son relacionados en oportunidad del análisis infra, a los alegatos contra el artículo 8° (*Diligencia*) del controvertido Anexo I.

Todo lo anterior sirve para establecer la inexistencia de agravios contra los artículos 1° (visto lo señalado en el acápite precedente, de que lo dicho al respecto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP**, no constituye un agravio propiamente dicho, sino mas bien un preámbulo a todo lo demás), 2°, 17° y 19, del mismo Anexo I, por lo que ésta instancia jerárquica considera que esos cuatro artículos, no le irrogan, a ninguna de las recurrentes, ningún perjuicio, postura que por sí sola basta para ahorrarse mayores consideraciones de orden jurídico a ese respecto.

Por consiguiente, no existiendo pretensión de las recurrentes referidas a los artículos 1°, 2°, 17° y 19 del controvertido Anexo I (dando lugar a la inexistencia de fundamento concreto para la impugnación sobre los mismos, conforme consta de los Recursos Jerárquicos), en observancia del artículo 58° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, que establece que los recursos deben presentarse de manera **fundada**, determina que, conforme al tenor de ambos Recursos Jerárquicos, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se circunscriba a la consideración de la impugnación referida a los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 18° y 20°, del controvertido Anexo I.

Se aclara también que, si bien en los Recursos Jerárquicos no existe una mención expresa contra el artículo o 15° del controvertido Anexo I, las referencias acerca de la sustancia que importa (*Obligación de denunciar*), presentada por la recurrente **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, justifica su consideración particular, conforme consta en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

- Por otra parte, se deja constancia que al margen de los dos memoriales de Recursos Jerárquicos de 5 de abril de 2013, ninguna de las recurrentes ha realizado mayor expresión escrita -**FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** se limitó a su alusión en oportunidad de la audiencia de la exposición oral de fundamentos de 26 de abril de 2013-, no obstante lo determinado en el Auto de 30 de abril de 2013, notificado en fecha 8 de mayo siguiente, a efectos que formulen sus criterios o alegatos con respecto al recurso de la otra recurrente, aclaración pertinente con respecto al memorial presentado en fecha 21 de mayo de 2013 por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, el que amén de su suma "*FUNDAMENTA...*", se limita mas bien, al ofrecimiento y producción de la literal que allí se menciona (y que se evalúa en tal calidad pertinentemente).

Entonces, dentro del carácter puntual supra señalado, corresponde el análisis que sigue a continuación:

2.1. Proceso Coactivo de la Seguridad Social (Art. 3° del Anexo I).-

Ambas recurrentes, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** y

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A., observan que el controvertido Anexo 1, en su artículo 3º, sobre "PROCESO COACTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL", hubiera contemplado la Presunción de Mora, como uno de los criterios alternativos de obligatoria observancia, para el inicio del Proceso Coactivo de la Seguridad Social.

En el caso de la primera (**FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP**), además de "en aspectos conceptuales y doctrinales", se sustenta en los Códigos Civil (Arts. 1317º, 1318º, 1319º y 1320º) y de Procedimiento Civil (Art. 477º), con respecto a los que dice, que "deberían ingresar en su sustanciación y resolución a procesos de naturaleza ordinaria...", empero que hacen a normas de impertinente mención al caso, por cuanto, están referidas al instituto jurídico presunción como medio de probanza, y no así a una situación contable, sospechosa o dudosa (presunta), susceptible de comprobación, como la señalada en el controvertido Anexo I.

En lo que respecta a los "aspectos conceptuales y doctrinales", señala además la recurrente, que:

"... el Regulador, de manera excesiva y sin tener facultades para modificar instrumentos jurídicos como son las leyes y Decretos Supremos, incluye en la Resolución Administrativa un elemento que desnaturaliza la esencia misma del Título Coactivo e incide en el desarrollo normal del proceso coactivo, dicho elemento es el de la "Presunción de Mora" que como figura o instituto jurídico que viabilice acciones coactivas no existe (...)

...es perfectamente coherente concluir que solamente la deuda real y mora efectiva hacen a la naturaleza y esencia de los procesos coactivos sociales, en consecuencia resulta manifiestamente impertinente introducir la presunción de mora en la norma general para la gestión judicial en el Sistema Integral de Pensiones;..."

Al respecto, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, adiciona que:

"...la APS debe reglar de manera expresa que el inicio de la acción Coactiva de la Seguridad Social y la Acción Penal corresponde única y exclusivamente a las contribuciones en "Mora" y no a la "Mora Presunta (...)

...tiene la obligación de ser clara y precisa, es decir que debe manifestar expresamente que no corresponde la denuncia penal por una "deuda Presunta..."

Se debe aclarar que, la mora presunta, como criterio propio de la materia de pensiones, no obedece a una concepción particular del Anexo 1, sino que se halla implementado por el Procedimiento de Gestión de Cobro, aprobado por la Resolución Administrativa SPVS-P No. 259 de 23 de junio de 2000, y modificado por la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 935 de 1º de septiembre de 2006, en cuyo mérito, corresponde su acepción propia, antes que disquisiciones conceptuales, doctrinales o de índole -adjetiva o sustantiva- civil.

Del artículo segundo, inciso b), del Procedimiento aprobado por la Resolución Administrativa

SPVS-P No. 259 de 23 de junio de 2000, en concreto, se entiende que la mora presunta en materia de pensiones, corresponde a la presunción de no pago de las Contribuciones por parte de los Empleadores, cuando un Empleador que ha mantenido un comportamiento regular en la declaración y pago de las Contribuciones al Seguro Social Obligatorio por sus trabajadores, no cancela éstas en un mes determinado, o hace un pago por un monto notoriamente inferior al del mes anterior, sin haber informado novedades, en el Formulario de Pago de Contribuciones, que lo justifiquen.

Tal presunción obedece a la posibilidad de que estas circunstancias, no obedezcan, necesariamente, al no pago de Contribuciones retenidas por los Empleadores a sus trabajadores, o a aquellas de cargo de éstos, que no han sido pagadas a las Administradoras al finalizar el plazo legal de que disponen para ello (Art. segundo, Inc. a), Procedimiento aprobado por Res. Adm. SPVS-P No. 259), sino que efectivamente, se hubiera reducido el número de trabajadores de un determinado Empleador, o hasta se hubiera desvinculado del mismo la generalidad de sus trabajadores, no correspondiendo, por tanto, el pago de las Contribuciones en una cuantía regular determinada.

En todo caso, el acusar una *desnaturalización* de “*la esencia misma del Título Coactivo*”, su incidencia “*en el desarrollo normal del proceso coactivo*”, si a este respecto “*la Ley 065,...* *incurre en falencias y error*”, si “*la introducción de elementos... desnaturalizan la esencia de los títulos coactivos*”, o si la *afirmación del Regulador* “*al margen de ser errónea, no convalida... que esté permitido... iniciar procesos coactivos en base de notas de débito por deudas presuntas*”, no tiene en cuenta la propia naturaleza autónoma de la materia de pensiones, y que se manifiesta, precisamente, en la posibilidad jurídica de apartarse de criterios y principios que hacen al Derecho general, para implementar, con especialidad, los suyos propios.

Debe quedar claro que, la mora presunta sí es susceptible de constituir una suma líquida y exigible, por cuanto, la **liquidez** importa, en la acepción a *Deuda líquida* que señala Cabanellas, “*una cantidad concreta de dinero*”, y la **exigibilidad**, “*que el plazo concedido en el contrato ha vencido*” (Decker Morales en *Proceso Ejecutivo*), circunstancias ambas que pueden darse y así determinarse en el caso del no pago, al que se refiere el artículo segundo, inciso b), del Procedimiento aprobado por la Resolución Administrativa SPVS-P No. 259, conforme al mecanismo dispuesto por el artículo tercero de la misma norma; empero, deben diferenciarse esas definiciones (**liquidez** y **exigibilidad**), de la de **mora**, la que consiste en que “*no habiendo cumplido éste -se refiere al deudor- la obligación contraída en el plazo fijado, el acreedor lo intima haciéndole saber (...) u otro acto equivalente*” (idem), quedando con ello claro que, **la mora exige, para su existencia, la concurrencia de una actividad especial y específica.**

En tal sentido, el artículo quinto del Procedimiento aprobado por la Resolución Administrativa SPVS-P No. 259, modificado por la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 935, prevé que una vez determinadas las contribuciones que presumiblemente se encuentran en mora, las Administradoras de Fondos de Pensiones deben aplicar el procedimiento para su aclaración, el que deberá consistir, como mínimo, de las siguientes actividades: a) el envío de una primera comunicación escrita al Empleador, en el plazo de cinco (5) días calendario de vencido el plazo para la verificación de la mora presunta, y b), el envío de una segunda

comunicación escrita al Empleador, antes del día treinta y cinco (35) de vencido el plazo para la verificación de la mora presunta.

Ahora bien; la mora responde a la necesidad, no de determinar si una obligación es exigible (ya se ha visto la diferencia), sino si la misma se encuentra efectivamente vencida, es decir, si pese a su cobro (la intimación o cualquier otro acto equivalente), no ha existido su pago voluntario y por tanto, justifica forzar tal pago a través de la promoción de la actividad judicial, en este caso, a través del Proceso Coactivo de la Seguridad Social (Art. 110º, Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones).

No obstante, la permanente práctica forense determina que, el carácter presunto de la mora no es óbice para su procesamiento judicial en la sustanciación de los Procesos Ejecutivos Sociales, extremo admitido por los diversos operadores de justicia, conforme a las sentencias por ellos pronunciadas, lo que se explica, precisamente, en la naturaleza jurisdiccional que importa la administración de justicia, es decir, en la posibilidad que tienen las partes, en particular el demandado -ejecutado o coactivado- de hacer valer sus defensas mediante los medios que le franquea la norma procesal, estos son las excepciones de pago u otras, y que permiten sea por esa vía que se determine y establezca, el monto del definitivo del adeudo cuyo pago se busca.

Tal extremo determina sea infundado lo señalado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en sentido que *“solamente la deuda real y mora efectiva hacen a la naturaleza y esencia de los procesos coactivos sociales”*.

En todo caso, la mora presunta no impide establecer la fecha de su ocurrencia, y que de aclararse (confirmarse) como mora efectiva, resultará *“al día siguiente de vencido el plazo establecido para el pago de contribuciones”* (Art. 107º, Ley N° 065, de Pensiones), por cuanto, tal criterio es invariable tanto para la mora presunta como para la mora efectiva, toda vez que la determinación recae sobre la ocurrencia misma de la mora.

Sobre la exigencia particular de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, en sentido que *“la APS debe reglar de manera expresa que el inicio de la acción Coactiva de la Seguridad Social y la Acción Penal corresponde única y exclusivamente a las contribuciones en “Mora” y no a la “Mora Presunta”*, la recurrente debe estar a lo señalado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, la que establece que:

“...Aclarando que el Artículo 4 del Anexo I de la R.A.26-2013, en su párrafo I señala: “El plazo de cinco (5) días calendario, no es de aplicación al Delito Previsional de Apropriación Indevida de Aportes, sujeto al plazo establecido en el artículo 23 del Decreto Supremo N° 0778”...”

En definitiva, son injustificados los alegatos expresados por ambas recurrentes, sobre los extremos señalados.

2.2. Proceso penal por delitos previsionales (Art. 4º del Anexo I).-

2.2.1. Conocimiento de la comisión de los delitos previsionales.-

Señala **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, que:

*“...es subjetivamente imposible determinar cual (sic) el momento preciso en que FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP tuvo **conocimiento de la comisión de alguno del resto de delitos del Art. 118 y/o 119 de la Ley 065 de Pensiones a partir del cual empiecen a correr los cinco (5) días de plazo...**”* (Tal expresión exceptúa el delito de Apropiación Indevida de Aportes (Art. 118º, Par. I, Ley Nº 065, en razón del Art. 23º, Reglamento aprobado por D.S. Nº 0778 de 26 de enero de 2011).

“...los cinco (5) días de plazo que imponen, se constituye en un acto por demás arbitrario y atentatorio que va contra la norma y la ley (sobre esto último, antes había señalado que “no es jurídicamente posible que una Resolución Administrativa reglamente una Ley (065 Ley de Pensiones o 1970 Código de Procedimiento Penal”)...”

Sobre esto último, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** ha referido que:

“...Considerando el precepto constitucional de la jerarquía de las disposiciones jurídicas, la Resolución Administrativa 26/2013 no puede reglar por encima de una disposición jurídica de mayor jerarquía, que en su Artículo 29 establece los plazos que tiene toda víctima (sic) para iniciar la acción penal que corresponda ante el conocimiento de un ilícito (Código de Procedimiento Penal)...”

Y además agrega, que:

“...El plazo de cinco (5) días calendario que se otorga a la AFP para la presentación de la denuncia (...), es insuficiente para realizar la denuncia, en virtud a que previamente la AFP debe revisar la información y debe obtener la documentación que sustente la denuncia...”

Lo anterior importa, entonces, dos agravios concretos:

2.2.1.1. Determinación del momento en que se asume el conocimiento.-

En los agravios expresados, sería imposible determinar el momento en que se tiene conocimiento de la comisión de un Delito Previsional, haciendo impracticable lo dispuesto por el controvertido Anexo I.

Al respecto, la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 206-2013 de 14 de marzo de 2013, señala que:

“..., en cuanto al plazo máximo de cinco (5) días calendario, establecido en la norma administraba, para interponer la denuncia, éste se computa a partir del conocimiento del hecho delictivo, siendo un plazo prudente,...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

El alegato del Recurso Jerárquico de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, no se apoya en elemento probatorio alguno, compeliendo a la compulsa de su Recurso de Revocatoria interpuesto en fecha 13 de febrero de 2013, para concluir que, el elemento concreto que determina el agravio, es la expresión que sale en el artículo 4º, parágrafo II, segundo párrafo, del controvertido Anexo I: “Las acciones que tome la GPS - aquí léase las Administradoras de Fondos de Pensiones- **deberán ser respaldadas con elementos probatorios pertinentes e idóneos**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Con lo mismo tiene que ver lo señalado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, en sentido que el plazo para interponer la denuncia sería insuficiente, en virtud a que para ello, se debe revisar la información y obtener la documentación que la sustente.

Ahora bien; el Código de Procedimiento Penal -Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999-, sienta las bases aplicadas del ejercicio del derecho de denuncia y del cumplimiento de la carga de denuncia (Sección I, Capítulo II, Título I, Libro Primero, Segunda Parte), ninguno de cuyos artículos hace referencia a un imprescindible o necesario respaldo instrumental a tal actuación.

Más por el contrario, el artículo 285º del mismo Código, hace alusión a que “La denuncia podrá presentarse en forma escrita o **verbal**”, y que “La denuncia contendrá, **en lo posible**,... elementos que puedan conducir a su comprobación y su tipificación” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), todo ello, porque:

“...Artículo 277º.- (Finalidad). La etapa preparatoria tendrá por finalidad la preparación del juicio oral y público, mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y la defensa del imputado...” (Ley N° 1970, Cód. Pcdto. Penal).

Es decir que, la denuncia en la órbita del Derecho Procesal Penal, no constituye per sé, un acto de comprobación (y que exija elementos probatorios), sino uno de declaración con respecto a la presumible ocurrencia de un delito, y que como tal, va a dar lugar, en su caso, al inicio de la investigación, donde -recién- se acumulen los elementos probatorios que determinen, o el sobreseimiento del denunciado, o su imputación y eventual acusación.

No es ese el criterio que ha adoptado el Ente Regulador en el controvertido Anexo I, puesto que a diferencia del Código de Procedimiento Penal, y como se ha visto, exige de la denunciante, respalde sus acciones mediante “*elementos probatorios pertinentes e idóneos*”.

Vale aquí mencionar (en observancia a la verdad material a que se refiere el artículo 4º, inciso d) de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo) que, es de conocimiento público, entonces es un hecho notorio, que el Ministerio Público requiere de facto, la acreditación de elementos de prueba a la denuncia, a efectos de disponer su admisión o rechazo, pudiendo ser ese el fundamento del artículo 4º controvertido, extremo que queda en el campo de la suposición.

En tal sentido, ninguna de las dos impugnaciones expresan un agravio concreto, sobre cómo el controvertido Anexo I o la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 (en cuanto disponen respaldar la denuncia “con elementos probatorios pertinentes e idóneos”, y el “plazo -prudente- máximo de cinco (5) días calendario” para interponer la denuncia) resulten de imposible cumplimiento y que, por tanto, afecten de alguna manera a sus intereses legítimos.

Asimismo, está demás sugerir una dificultad o imposibilidad de determinar el momento en que se conoció de la existencia de la comisión de un probable delito, por cuanto, circunstancias de esa naturaleza son valoradas, desde el punto de vista procedimental penal, usual y permanentemente, de manera tal que los criterios referidos a este extremo son los comunes a ese instituto, lo que si bien, en líneas tan generales, puede tender a generar conflicto o duda en otro tipo de delitos, no debe prescindir del hecho de que, la administración de las Contribuciones y del Aporte Nacional Solidario, es fundamentalmente documentada, por tanto, con constancias de fechas sobre el ejercicio de tal administración (conocimiento acerca de la existencia de delitos, inclusive), por lo que, a diferencia de otras figuras penales -no previsionales-, es plenamente factible la determinación de la fecha de comisión de un supuesto delito, como del conocimiento que se asumió del mismo.

Por consiguiente y a este respecto, los alegatos de ambas recurrentes resultan infundados.

2.2.1.2. Posibilidad jurídica de reglamentar Leyes mediante una Resolución Administrativa.-

En lo recurrido, la imposición del plazo para interponer la denuncia vendría a reglamentar las Leyes N° 065 (de Pensiones) y N° 1970 (del Código de Procedimiento Penal, en especial su Art. 29°), lo que sería jurídicamente imposible.

Contrariamente a tal criterio, el artículo 197° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, establece claramente que:

“...El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentarán y regularán la presente Ley en el marco de su competencia...”

Tal disposición tiene base constitucional, por cuanto, así como la Presidenta o el Presidente del Estado, al tenor de su artículo 172°, tiene entre otras, las atribuciones de:

“...1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes (...)

8. Dictar decretos supremos y resoluciones...”

Dada la tuición que de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ejerce el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (Art. 167°, Ley N° 065), es, en definitiva, integrante del Órgano Ejecutivo (encabezado por la Presidenta o el Presidente del Estado), por tanto y en cuanto resulte de su competencia, le son extensibles los criterios constitucionales señalados, siéndole aplicable idéntico criterio con respecto a la Ley N° 1970 (del Código de Procedimiento Penal), amén de la facultad expresa señalada por el inciso h) del artículo 168°, de la citada Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, en sentido de hacer a sus funciones y atribuciones:

“...h) **Regular**, controlar y supervisar la prestación de servicios de sistemas computarizados, procesamiento de planillas, recaudaciones, cobro de mora, pago de prestaciones, pensiones y beneficios de la Seguridad Social de Largo Plazo...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En cuanto a que el criterio de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, contravendría lo dispuesto por el artículo 29° de la Ley N° 1970 (del Código de Procedimiento Penal), referido a la prescripción de la acción penal, hay que aclarar que, si bien lo mismo puede interpretarse como un límite temporal para su ejercicio, no puede confundírsele con el plazo señalado en el controvertido Anexo I, toda vez que este es de naturaleza meramente regulatoria, por tanto, independiente de los plazos que señala la norma penal adjetiva toda vez que hace al ejercicio privativo de la regulación, determinando que la imposición del plazo de los cinco días no contraviene, de ninguna manera, la disposición de la precitada Ley N° 1970.

2.2.2. El Proceso penal como *ultima ratio* para el cobro de Contribuciones apropiadas por el Empleador.-

El Recurso Jerárquico hecho presente por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, establece un extremo fáctico, de innegable como permanente suceso en los estrados del Órgano Judicial Plurinacional, conforme a la abundante prueba que de ello se ha acreditado, y referido a que:

“...en el Distrito Judicial de Potosí, -también en los de La Paz y Cochabamba- el Ministerio Público en general para el inicio de la Acción Penal Pública por el ilícito de apropiación indebida manifiesta la vigencia y aplicación del principio de “ULTIMA RATIO” -principio de subsidiariedad- del Derecho Penal y no acepta las denuncias de apropiación indebida sin antes verificarla (sic) demanda de la cobranza judicial a través del Proceso Coactivo de la Seguridad Social...”

Con respecto a lo mismo, consta que la recurrente ha limitado su actuación, a varias reuniones con representantes del Ministerio Público, y a comunicar los sucesos al Ente Regulador (notas PREV-OP-03/01/2012 de 5 de enero de 2012, PREV.OP-02/01/2012 de 6 de enero de 2012, PREV-OP-09/01/2012 de 16 de enero de 2012, PREV-OP- 10/01/2012 de 16 de enero de 2012 y PREV-OP- 19/01/2012 de 24 de enero de 2012), empero no las actuaciones que, por efecto de las determinaciones del Ministerio Público, hubiera adoptado en ejercicio de la representación que ejerce de los intereses de los Afiliados, Asegurados y Beneficiarios (no así la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la que teniendo competencias concretas, entre las mismas no se encuentra aquello de la representación).

En tal entendido, es obvio que dentro de la lógica que importa la autonomía de los Órganos del Estado, no puede la Administración, materializada en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros e inclusive, en el suscrito Ministro, pretender imponer forzosamente un criterio ante el Ministerio Público.

Empero corresponde a las ahora recurrentes, en ejercicio de los derechos e intereses que les sean inherentes, hacer valer en tanto corresponda, que “Los principios del Derecho -como

reconoce amplia y unánimemente la doctrina- se constituyen en enunciados normativos que (...), en caso de insuficiencia normativa específica, se emplean como fuente integradora del Derecho..." (Principios de Derecho Administrativo, autores varios, publicación del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, 2012).

Sin pretender desvirtuar la trascendencia del sistema de principios de Derecho (cuando, a diferencia de la legislación penal de otros países, el principio penal de subsidiariedad no se halla expresamente previsto en la normativa penal boliviana), hay que aclarar que para el caso concreto, **no existe la señalada insuficiencia normativa**, por cuanto, se encuentra plenamente vigente el artículo 120° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, el que a la letra, señala:

"...Artículo 120. (CONCURRENCIA DE PROCESOS). El Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal por delitos previsionales, son procesos judiciales independientes y, en ningún caso se admitirá prejudicialidad en un proceso penal por delitos previsionales..." (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Se infiere que la actuación del Ministerio Público, obedece a la aspiración de limitar el poder punitivo del Estado (porque eventualmente atacaría legítimamente la fundamental garantía de libre tránsito -que importa en principio la sanción penal- de los imputados, procesados y/o reos), cuando la protección del conjunto de la sociedad puede producirse, mas bien, con medios menos lesivos que los del Derecho Penal, prescindiéndose de la tutela penal al hacerse uso del legislado Proceso Coactivo de la Seguridad Social, desde el punto de vista penal, menos grave y contundente.

No obstante, la restricción a la libertad de circulación personal (que importa, normalmente, una sentencia condenatoria penal), no resulta en un mero criterio de Derecho Natural, sino que trasciende al mismo y tiene necesariamente esencia constitucional, cuando el artículo 23° (...derecho a la libertad y seguridad personal), parágrafo III, de la Constitución Política del Estado, establece que:

"Nadie podrá ser detenido, aprehendo o privado de su libertad, salvo en los casos y según las formas establecidas por la ley" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De manera tal que, si bien es cierta la garantía fundamental de la persona a la libre circulación, la misma se restringe, legítimamente, en los casos que la ley lo señala, siendo uno de ellos el del artículo 120° de la Ley N° 065, de Pensiones, concebido no como una irrazonada pretensión de cobro sin remisión y a toda costa, sino legitimada en defensa del derecho de las bolivianas y bolivianos, de acceso a la seguridad social (Art. 45, Par. I, Const. Pol. Estado), lo que en definitiva, hace la diferencia con respecto al común de las denuncias y acciones penales que se sustancian por ante el Ministerio Público y por ante el Órgano de la administración de justicia.

Asimismo, quedando claro que, a diferencia de la disposición de inexistencia de interdependencia entre los procesos Coactivo de la Seguridad Social y Penal por delitos

previsionales (Art. 120º, Ley N° 065), el principio penal de subsidiariedad no se halla previsto en norma alguna (ni en la Constitución Política del Estado, ni en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, ni en la Ley Orgánica del Ministerio Público), haciendo pertinente rescatar lo señalado por el artículo 4º de la Ley 254 de 5 de julio de 2012, del Código Procesal Constitucional:

“...Se presume la constitucionalidad de toda norma de los Órganos del Estado en todos sus niveles, en tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional no declare su inconstitucionalidad...”

Por lo que, a simple criterio de los fiscales, no es posible señalar de inconstitucional al artículo 120º de la Ley N° 065, de Pensiones, y con ello, pretender su inaplicabilidad, extremo que no consta, hubiera sido hecho valer por las representantes de los Beneficiarios, Afiliados y Asegurados (estás son, las Administradoras de Fondos de Pensiones).

En todo caso y en los términos expresados por la recurrente: sobre la mora procesal debido a la gran cantidad de demandas, las acefalías existentes, la sobrecarga procesal, las limitaciones de salario y de derechos sociales en los funcionarios subalternos del Órgano Judicial, entre otros (entonces ya no sólo en lo referido a sus alegatos sobre la gestión para los delitos previsionales, sino también sobre los procesos coactivos sociales), la deficiencia alegada se origina en omisiones de los Órganos de Justicia (Ministerio Público incluido), y no en la ausencia de contenido jurídico en la Norma impugnada.

Entonces, no es el controvertido Anexo I, el que “afecte, lesione o cause perjuicios en su derechos subjetivos o intereses legítimos” (Art. 37º, Reglamento aprobado por D.S. N° 27175 de 15 de septiembre de 2013), sino la inactividad del Ministerio Público al evitar la sustanciación de las denuncias penales sobre delitos previsionales, o de los Juzgados Laborales y de Seguridad Social, al no despachar las causas con la debida celeridad, lo que no hace a la materia de las Norma recurrida, sino a reclamos concretos de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, sobre cuestiones específicas, que deben ser sustanciadas en la oportunidad que correspondiere, por la vía pertinente y por ante quien sea competente para ello, determinando la improcedencia de lo alegado.

2.3. Forma y contenido de la denuncia penal (Art. 5º del Anexo I).-

El Recurso Jerárquico de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, señala que:

*“...La Resolución Administrativa 26/2013 regla para que la AFP actúe con absoluta precisión al momento de identificar al personero legal del Empleador **del periodo en que incurrió en mora**, soslayando la existencia de los Decretos Supremos N° 27324 y 29537 de 22 de enero de 2004 y 01 de mayo de 2008, respectivamente, disponiendo que **el Formulario de Inscripción del Empleador tiene calidad de Declaración Jurada cuyos datos consignados se consideran como válidos y correctos para todos los efectos legales y en especial para el inicio y prosecución de los Procesos Ejecutivos Sociales...**”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal alegato tiene que ver con lo señalado por el artículo 5º, parágrafo II, del controvertido Anexo I, el que señala:

*“...II. En el caso de tratarse de persona jurídica, **será responsable penal la persona o personas naturales que funjan o hayan fungido como representantes legales en el período en el que se tiene que cumplir con la obligación de pago de Contribuciones.** Asimismo, podrá determinarse la corresponsabilidad penal de otras personas que tomaron la decisión de no pagar, en aplicación al artículo 118 de la Ley N° 065...”*
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Determinación necesaria, por cuanto, el régimen penal patrio no prevé la autoría delictual, ni el procesamiento penal, de personas jurídicas, sino únicamente, de físicas o naturales, de tal manera que, sin una mención expresa en ese sentido, sólo los Empleadores físicos o naturales serían susceptibles de procesamiento, no así los responsables de los otros Empleadores (personas jurídicas).

La controversia en este punto, radica en que de la compulsas del controvertido Anexo I, con “los Decretos Supremos N° 27324 y 29537 de 22 de enero de 2004 y 01 de mayo de 2008, respectivamente”, resultaría una contradicción en cuanto a la determinación del responsable de la parte denunciada, imputada y procesada.

Así, la recurrente dice que la determinación de ello sale, suficientemente, del Formulario de Inscripción del Empleador, el que tiene la calidad de Declaración Jurada; si bien el Recurso no señala cuál el agravio concreto que le ocasiona la determinación del controvertido Anexo I, en función de los dos Decretos Supremos supra mencionados, se infiere que lo que quiere sugerir es, que la introducción del nuevo criterio genera una confusión innecesaria, cuando ya el criterio anterior era suficiente al fin buscado.

No obstante, no existe lugar a tal confusión, por cuanto, el Formulario de Inscripción **del Empleador**, hace al manejo administrativo de la supervisión, lo que es totalmente distinto de la determinación del Responsable penal de la persona jurídica, criterios que bien pueden ser coincidentes entre sí, como también pueden ser divergentes, lo que no le resta validez ni legalidad alguna.

En definitiva, la apreciación de cuál de los dos criterios es mejor, sin que para ello exista fundamento técnico, no resulta, sino, en una opinión subjetiva.

Amén de ello, se debe tener presente que la citación con cualquier acción, y más si se trata de materia penal, debe garantizar el conocimiento pleno de su existencia por parte del demandado o denunciado, sobre la acción intentada en su contra, por lo que el Ministerio Público y la autoridad judicial, bien pueden pasar por alto el domicilio que el actor o denunciante señale al efecto, con tal de efectivizar el cumplimiento de aquella garantía básica.

Lo anterior determina que el señalamiento del controvertido Anexo I, a este respecto, es un criterio válido pero no absoluto, determinando la intrascendencia de lo reclamado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** puesto que, en el ejercicio que le corresponde de la acción penal en representación de los Afiliados, Asegurados y

Beneficiarios, bien puede hacer valer cuando corresponda, el domicilio señalado en el mencionado Formulario de Inscripción del Empleador, en interés de sus representados; lo importante es garantizar el conocimiento del denunciado, sobre la existencia de la denuncia o acción penal, sea por interés ético en el cumplimiento de tal garantía, o sea para evitar nulidades procesales.

En cuanto a que *“La Resolución impugnada contraviene el precepto constitucional de jerarquía jurídica reglando contra disposiciones jurídicas de mayor jerarquía como son los Decretos Supremos citados”*, es pertinente reproducir los criterios expresados en el numeral 2.2.1.2 supra, es decir, que el artículo 197° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, establece claramente que:

“...El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentarán y regularán la presente Ley en el marco de su competencia...”

Tal disposición tiene base constitucional, por cuanto, así como la Presidenta o el Presidente del Estado, al tenor de su artículo 172°, tiene entre otras, las atribuciones de:

“...1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes (...)

8. Dictar decretos supremos y resoluciones...”

Conforme se ha supra señalado, dada la tuición que de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ejerce el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (Art. 167°, Ley N° 065), es, en definitiva, integrante del Órgano Ejecutivo (encabezado por la Presidenta o el Presidente del Estado), por tanto y en cuanto resulte de su competencia, le son extensibles los criterios constitucionales señalados, siéndole aplicable idéntico criterio con respecto a la Ley N° 1970 (del Código de Procedimiento Penal), amén de la facultad expresa señalada por el inciso h) del artículo 168°, de la citada Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, en sentido de hacer a sus funciones y atribuciones:

*“...h) **Regular**, controlar y supervisar la prestación de servicios de sistemas computarizados, procesamiento de planillas, recaudaciones, cobro de mora, pago de prestaciones, pensiones y beneficios de la Seguridad Social de Largo Plazo...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En definitiva, el alegato es infundado.

2.4. Medidas precautorias o preparatorias (Art. 6° del Anexo I).-

La recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, señala que:

“...la mala transcripción y equivocada redacción de la disposición que puede provocar confusiones al momento de interpretarla, toda vez que las Medidas Precautorias son actos procesales propios de los Procesos Coactivos y/o Civiles pero no de los Penales.

El Procedimiento Penal ha establecido una figura jurídica como es (sic) las Medidas Cautelares de Carácter Real que si bien tiene similitud con las Medidas Precautorias, su aplicación, materia y competencia es distinta, motivo por el que debe dejarse sin efecto este artículo (sic) a causa de su errónea redacción inaplicable a los criterios del derecho penal.

Debe quedar claro que si bien una Medida Cautelar de Carácter Real tiene a garantizar la reparación de daños y perjuicios ocasionados a la víctima, ello es ejecutado una vez ejecutoriada la Sentencia Condenatoria.

*(...) la Resolución que se impugna en grado jerárquico, refiere sic. "...es menester señalara (sic) que el artículo 11 numeral I parágrafo 3) de la Ley N° 065, señala: "**a tiempo de plantear la demanda, la gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, acompañara la Nota de Débito y solicitará las medidas precautorias necesarias para precautelar el cobro**".*

Sin embargo dicha cita solo causa mayor confusión, toda vez que ese artículo de la Ley, es decir el 11, se refiere a la ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES y no dice nada de las MEDIDAS PRECUATORIAS, por lo que los considerandos de la Resolución impugnada, carecen de fundamento y claramente son incongruentes..."

De la propia redacción del alegato -de allí que se lo hubiera transcrito *in extenso*-, se establece que la recurrente, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, ha entendido perfectamente el sentido, finalidad y espíritu del artículo 6° del Anexo I controvertido, en la intencionalidad normativa del aseguramiento de los bienes del Empleador deudor, los que serán motivo de un eventual remate posterior, a efectos del pago efectivo de las adeudadas Contribuciones, Aportes, Primas y Comisión, Interés por Mora e Interés Incremental.

En este sentido, se debe tener presente que, estando la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones, dirigida "*transitoriamente las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)*" (Art. 1° del Anexo I), así como **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** ha demostrado, contrariamente a lo que quiere sugerir, un entendimiento cabal de su artículo 6°, no existe impugnación ni controversia manifiesta por parte de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** y que recaiga sobre el mismo extremo, por lo que en definitiva, se confirma el carácter injustificado del Recurso.

No obstante, es perceptible en la redacción de la Norma del Anexo I, la falta de delimitación al lenguaje técnico que hace a la materia procesal social con respecto a la penal; así, la normativa penal (Ley N° 1970, Cód. Pcdto. Penal), al referirse a la posibilidad legal de "*garantizar la reparación del daño y los perjuicios*" (Art. 252°), hace uso de la frase: Medidas Cautelares de Carácter Real, correspondiente a una figura así implementada, que en homenaje a la técnica normativa resulta en la expresión pertinente y que se extraña en el artículo 6° del Anexo I controvertido, por cuanto, en los parágrafos II y III del mismo, se generaliza la figura de las "*medidas precautorias*" (terminología más propia de procesos civiles y extensible a sociales), cual si fuera también adecuada a los procesos penales, extremo que, conforme lo visto, no es correcto, ameritando su aclaración al presente.

Sin perjuicio de ello, es recomendable exigir a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, una mayor precisión en la redacción de las normas que emite, lo mismo en referencia a su mención del “**artículo 11** (...) de la Ley N° 065” (negrillas insertas en la presente) que sale de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, lo que sin embargo, es susceptible de la corrección a la que se refiere el artículo 31°, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo y, en todo caso, no obsta se remita cualquier interesado mas bien, en función de la transcripción que de la norma hace la Resolución precitada, al **artículo 111°** (Sustanciación) de la Ley N° 065, de Pensiones, por cuanto, si es deber de todas las bolivianas y de todos los bolivianos, “Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes”, entonces y conforme al principio abstracto de eficacia normativa, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** no puede alegar desconocimiento de la ley.

2.5. Documentación mínima (Art. 7° del Anexo I).-

Es rescatable la lealtad procesal, en defensa de los derechos de su contrario en juicio -el imputado- que sugiere **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, cuando señala que:

*“...una Nota de Debito (sic) **con deudas** efectivas y **presuntas**, vulneraría el derecho a la defensa del imputado, por atribuírsele la apropiación indebida de aportes por periodos que solamente se PRESUMEN EN MORA, en consecuencia ese documento carecería de valor legal según el Art. 13 del CPP y sujeto a la exclusión probatoria del Art. 172 del CPP...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A este extremo, sin embargo, ya se ha señalado que en los diversos juzgados y en la sustanciación de los Procesos Ejecutivos Sociales, el carácter presunto de la mora no es óbice para su procesamiento judicial, extremo admitido por los diversos operadores de justicia, conforme a las sentencias por ellos pronunciadas, lo que se explica, precisamente, en la naturaleza jurisdiccional que importa la administración de justicia, es decir, en la posibilidad que tienen las partes, en particular el demandado -ejecutado o coativado- de hacer valer sus defensas mediante los medios que le franquea la norma procesal, estos son las excepciones de pago u otras, y que permiten sea por esa vía que se determine y establezca, el monto del definitivo del adeudo cuyo pago se busca.

Tal extremo determina sea infundado lo señalado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, ahora en sentido que con ello, se “vulneraría el derecho a la defensa del imputado”.

Asimismo, toda vez que para arribar a tal conclusión, la recurrente hace referencia a “la Resolución Administrativa impugnada”, en mención directa de lo señalado por la APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, en sentido que “la parte acusadora (AFP) deberá utilizar todos los medios probatorios vinculados al hecho histórico, y no limitarse al ofrecimiento de la Nota de Débito como elemento único o absoluto de prueba, reiterando que la práctica de la prueba sirve como una base firme para condenar o absolver al

imputado de la acusación", no se observa en tal Resolución Administrativa incidencia alguna en el sentido señalado.

Antes mas bien, lo que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha establecido, es que:

*"...para demostrar el ilícito penal, Apropiación Indevida de Aportes, previsto y sancionado en el artículo 345 bis del Código Penal, **la parte acusadora (AFP) deberá utilizar todos los medios probatorios vinculados al hecho histórico, y no limitarse al ofrecimiento de la Nota de Débito como elemento único o absoluto de prueba, reiterando que la práctica de la prueba sirve como una base firme para condenar o absolver al imputado de la acusación.***

*En ese sentido, es evidente que la Ley de Pensiones N° 065 (artículo 118) o el Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 (artículo 23), no señalan que en la Denuncia Penal por Apropiación Indevida de Aportes, se debe adjuntar la Nota de Débito y Liquidación correspondiente, pero tampoco lo prohíbe; asimismo dichas normas, no señalan expresamente que se presente como prueba, toda prueba (sic) documental de la gestión administrativa de cobro de aportes y toda aquella documentación y elementos probatorios que considere pertinente que puedan conducir a la comprobación del delito y su tipificación, empero, considerando que **la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a las partes acusadoras y no a la defensa,** la AFP, debe cumplir con la actividad probatoria en todo su alcance.*

*Ello significa que, **la AFP tiene la obligación de realizar la actividad probatoria de manera prolija, a lo cual, tendrá que presentar todos los elementos de prueba suficientes para acreditar el ilícito penal;** cabe señalar que esta exigencia tiene por finalidad lograr una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones..."*

Es pertinente dejar constancia que, el Procedimiento de Gestión de Cobro, aprobado por la Resolución Administrativa SPVS-P No. 259 de 23 de junio de 2000 y modificado por la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 935 de 1° de septiembre de 2006, ha implementado el proceder para el trámite de la aclaración de la presunción de mora (depuración y verificación), conforme a la transcripción ordenada siguiente:

"...CUARTO.- (IDENTIFICACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES EN MORA).-

La mora, correspondiente a un período de cotización (t), corresponderá a los pagos en defecto por las diferencias observadas entre lo que debió pagar cada empleador, según los datos consignados en los FPC, y lo que efectivamente pagó; además de aquella presunción de mora que se transforma en efectiva cuando se obtienen antecedentes suficientes que la confirman. La mora efectiva por pagos en defecto se debe determinar en los diez (10) primeros días del segundo mes posterior a aquel en que realizó la recaudación, siempre y cuando se hayan obtenido posteriormente los FPC correspondientes.

Una vez identificada la mora, en el plazo establecido en el párrafo primero, las AFP realizarán una depuración de la mora presunta (por no pago y por defecto) antes del primer envío de comunicación de cobranza a los empleadores. El plazo para esta depuración y verificación es de 15 días calendario contados a partir del día siguiente de vencido el plazo para identificar la mora.

QUINTO.- (PROCEDIMIENTO DE COBRO Y DE ACLARACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE MORA).

Una vez identificadas las contribuciones en mora y determinadas aquellas que presumiblemente se encuentren en esta situación, las Administradoras deberán aplicar el Procedimiento de Gestión de Cobro y de aclaración, el que deberá contener como mínimo las siguientes actividades:

- a) Envío de comunicación escrita al empleador, dentro del plazo de 5 días calendarios de vencido el plazo para la depuración y verificación de la mora presunta, en la que se le informe sobre este hecho; dándole a conocer los antecedentes de respectivos para que en el plazo de 15 días calendario concurra a las oficinas de la Administradora para aclarar o regularizar su situación o envíe por correo a las oficinas de la Administradora copia de los antecedentes necesarios para descartarla.*
- b) Envío de una segunda comunicación escrita al empleador, antes del día 35 de vencido el plazo para la depuración y verificación de la mora presunta, en la que se reitere lo informado en la primera comunicación y se le informe que de no concurrir a las oficinas de la Administradora o enviar por correo copia de los antecedentes que permitan aclarar la presunta mora o a descartarla, en un plazo de 15 días calendario; la Administradora iniciará las acciones legales que correspondan, de conformidad a la legislación vigente, asumiendo que todas las contribuciones se encuentran en mora efectiva..."*

Sobre la posibilidad de incluir en la Nota de Débito a la mora presunta, se ha referido supra, la presente Resolución Ministerial Jerárquica, fundado ello en la permanente práctica judicial y en admitir tal Nota de Débito las defensas procesales que le sean inherentes, extremo valedero también en cuanto a la invocación en el Recurso Jerárquico, del artículo 172° (*Exclusiones probatorias*) del Código de Procedimiento Penal, referido a los actos que carecen de toda eficacia probatoria.

En todo caso, es impertinente la mención del artículo 13° (*Legalidad de la prueba*) de la Ley N° 1970, del mismo Código, que realiza la recurrente, al sugerir que la inclusión de la mora presunta en la Nota de Débito, le despojaría a este documento de su valor legal, por cuanto tal artículo hace referencia a que "*No tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito*", calidades a las que no se acomoda una Nota de Débito que, por algún motivo, llegue a consignar mora presunta verdadera.

Asimismo, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala también, que:

"...no es lógico ni jurídicamente posible imponer la presentación de la Nota de Debito (sic) como elemento de prueba junto a la Denuncia, toda vez que ello obedecerá a la valoración del conjunto de pruebas que se estime pertinente presentar, o en su caso de acuerdo al estado de las investigaciones y las pruebas..."

Se aclara que la recurrente hace depender tal afirmación, de su postulado anterior -supra evaluado- sobre "una Nota de Debito (sic) con deudas efectivas y presuntas", entonces, fundamenta tal apreciación precisamente en el caso de la mora presunta (supra analizado); no obstante, es pertinente rescatar por su trascendencia, la pretensión de reservarse el derecho de valorar la prueba en su conjunto, en defensa, se infiere, de los intereses de los Beneficiarios, Asegurados y/o Afiliados a quienes representa, sugiriendo que, de resultar de aquella valoración ser inconveniente la Nota de Débito, no procedería a su presentación a tiempo de la denuncia.

Por consiguiente, en lo que hace a este aspecto, el alegato es injustificado.

2.6. Diligencia (Art. 8º del Anexo I).-

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. señala, en Recurso Jerárquico, que "La APS cita artículos del Código de Procedimiento Penal con referencia al principio de libertad probatoria, empero, regla estableciendo cuáles son las "pruebas documentales idóneas" que demuestran plenamente la comisión del delito de Apropiación Indebida..."; además añade:

"...La norma emitida por la APS da a entender que con la frase "y toda aquella documentación y elementos probatorios..." se refiere a la obtención de certificaciones o copias legalizadas de las Planillas de Salarios a obtenerse de los Entes Gestores de Salud o del Ministerio de Trabajo y sus Direcciones Departamentales, es importante recordar que estas entidades no atienden oportuna ni eficazmente la obtención de la documentación a sola solicitud, para obtener esta documentación e información es imprescindible realizar a través de una Orden Judicial o un Requerimiento Fiscal, mismas que se gestionan en la etapa de investigación de la comisión del delito y no a la presentación de la denuncia.

...de acuerdo a los presupuestos legales establecidos en el Artículo 278 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, en los delitos de Acción Pública o delitos de Acción Pública a Instancia de Parte, es el Ministerio Público tiene la obligación legal de promover y dirigir la investigación y es responsabilidad de éste la obtención de otros medios de prueba y no de la AFP que actúa como denunciante en la etapa investigativa del ilícito..."

Es bueno dejar establecido que, las actuaciones que se les exigen a las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen su fundamento en lo que bien señalan los artículos 30º, inciso a) ("La Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) deberá tener objeto social único consistente en: Administrar y representar los fondos de pensiones..."), y 31º, inciso e) ("Las

Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes obligaciones: Representar a los afiliados ante las entidades aseguradoras y autoridades competentes, con relación a las prestaciones de invalidez, muerte y riesgo profesional...”), de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, aplicable al caso por imperio de la Disposición Transitoria Única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011.

Así también, debe considerarse lo señalado por el artículo 168° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, cuando establece que “...El Organismo de Fiscalización tiene las siguientes funciones y atribuciones: ...d) Vigilar la correcta prestación de los servicios por parte de las personas y entidades bajo su jurisdicción...”, dando lugar a la procedencia en la actuación recurrida del Ente Regulador.

Tal representación se encuadra en lo que señalan el Contrato para la Prestación de Servicios que han suscrito las mismas con el Estado, de manera tal que las Administradoras de Fondos de Pensiones, se han obligado a prestar los Servicios “cumpliendo con la Ley de Pensiones”, entonces y en lo específico, con los artículos precitados, debiéndose conducir y realizar sus actividades “con el cuidado exigible a un buen padre de familia”, figura de Derecho esta última, referida a la necesaria diligencia con la que se deben desarrollar las actuaciones, y que ha sido definida por Beltrán de Heredia y Castaño, de la siguiente manera:

“...al buen padre de familia no se le exige la “diligencia exacta” o “mediana” sino “diligencia exactísima” (...)

Y esa diligencia no mediana ni normal, sino exigente, superior, exactísima, etc., es la que sigue configurando actualmente la responsabilidad del buen padre de familia (...)

...Es preciso tener presente que en la moderna economía son cada vez más frecuentes las obligaciones cumplidas a través de una “empresa”. Así las cosas, en el concepto de diligencia no sólo entra el “esfuerzo” llevado a cabo por el empresario y por sus auxiliares en el cumplimiento de la obligación sino también la “dotación” de la necesaria “organización” adecuada al puntual cumplimiento...”

Siendo esa la diligencia exigible a las Administradoras de Fondos de Pensiones, no existe excepción a tal regla en cuanto a su comportamiento dentro del proceso penal, como representante de los Afiliados, Beneficiarios y Asegurados, pero además y tratándose de una representación legal, las Administradoras de Fondos de Pensiones no son representantes comunes y corrientes, no obedeciendo la contratación con ellas a una mera casualidad, sino, conforme lo señalado por Beltrán de Heredia y Castaño, a criterios de especialización y tecnificación de, entre muchos otros, la gestión de la recuperación judicial de los montos de dinero adeudados a los Fondos de Pensiones.

Tratándose de procesos judiciales, entonces relaciones jurídicas especiales, y que por ello, por hacer a su esencia, requieren del necesario asesoramiento legal idóneo y profesional, esa especialización se manifiesta fundamentalmente, en la participación del o de los profesionales abogados que las asisten en los procesos penales, de manera que la

conducta dentro de tales procesos, resulta, salvo decisión expresa en contrario, del resultado de aquel asesoramiento.

En tal sentido, a la conducta de las Administradoras de Fondos de Pensiones, en el desarrollo de la gestión procesal penal, le es aplicable el criterio de ética propio del desenvolvimiento jurídico, de manera tal que, consubstancialmente al cumplimiento de las cargas expresamente impuestas por la Ley N°1970 de 25 de marzo de 1999, del Código de Procedimiento Penal (no sólo en lo que hace a la denuncia, sino a la generalidad de cualidades que en el desarrollo sucesivo del proceso, les van a ir correspondiendo), les son inherentes también la probidad, la veracidad y la lealtad para con sus representados, entendida esta última, al tenor del *Diccionario* de Cabanellas, como la fidelidad, es decir, la observancia de la confianza debida y que, desde luego, depende en gran medida, además de la formación profesional adecuada, del sentido común del representante, para todo aquello que por su naturaleza, no puede estar previsto en la norma.

Esto hace a las cargas procesales de las ahora recurrentes, independientes de las que correspondan al propio Ministerio Público, y que pudiendo recaer sobre objetos comunes, no se sobreponen entre sí, por cuanto, así como *"de acuerdo a los presupuestos legales establecidos en el Artículo 278 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, ... es el Ministerio Público tiene la obligación legal de promover y dirigir la investigación"* (**BBVA PREVISIÓN AFP S.A.**), le corresponde al denunciante *"la relación circunstanciada del hecho, con indicación de los autores y partícipes, víctimas, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y su tipificación"* (Art. 285°, Cód. Pcdto. Penal; las negrillas y el subrayado son nuestros).

Tales reflexiones son ahora pertinentes, por cuanto, las recurrentes reclaman para sí, *"la valoración del conjunto de pruebas que se estime pertinente presentar, o en su caso de acuerdo al estado de las investigaciones y las pruebas"* (**FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP**) y *"libertad probatoria"* (**BBVA PREVISIÓN AFP S.A.**), las que entienden inobservadas, por la imposición del artículo 7° del controvertido Anexo I.

Dentro de este contexto, el deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones, de actuar fielmente para con sus representados, no ha perdido ni firmeza, ni vigencia, ni subsistencia, así como, conforme lo establecido en el numeral supra, es inverosímil que una Nota de Débito, en la cual no debe consignarse la mora presunta, pueda resultar en contraria a los intereses de los Beneficiarios, Afiliados y Asegurados.

Por lo demás, la mención *"así como toda prueba documental de la gestión administrativa de cobro de aportes y toda aquella documentación y elementos probatorios que considere pertinente que puedan conducir a la comprobación del delito y su tipificación"*, que sale del controvertido Anexo I, lejos de la susceptibilidad gratuita expresada por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, resulta mas bien en una confirmación de la libertad probatoria invocada.

En definitiva, los alegatos en este sentido son también infundados.

Sin perjuicio de ello, a lo señalado por la misma recurrente en sentido que, las diversas oficinas de las que se requieren certificaciones e informes probatorios, *“no atienden oportuna ni eficazmente... es imprescindible realizar a través de una Orden Judicial o un Requerimiento Fiscal, mismas que se gestionan en la etapa de investigación de la comisión del delito y no a la presentación de la denuncia”*, hay que señalar, como en un análisis anterior (numeral 2.2.2 supra), que no resulta el controvertido Anexo I, el que *“afecte, lesione o cause perjuicios en su derechos subjetivos o intereses legítimos”* (Art. 37°, Reglamento aprobado por D.S. N° 27175), sino, en este caso, la inactividad de esas diversas oficinas, al demorar en el despacho de los certificados e informes requeridos, lo que no hace a la materia de las Norma recurrida, sino a reclamos concretos de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** sobre cuestiones específicas, que deben ser sustanciadas, como se tiene dicho, en la oportunidad que corresponda, por la vía pertinente y por ante quien sea competente para ello, determinando la improcedencia de lo alegado.

En el mismo sentido e igual conclusión, sobre los varios reclamos de la misma recurrente, en cuanto a *“la demora en los procesos judiciales”*, *“la crisis por la cual se encuentra el Órgano Judicial”*, *“la mora procesal debido a la gran cantidad de demandas”*, *“acefalías existentes”*, *“paralización de las causas generando mas (sic) sobre carga laboral”*, imposibilidad de *“cumplir a cabalidad la diligencia”*, o *“no ser responsabilidad de esta Administradora el no cumplimiento de los plazos establecidos por la diligencia”*, extremos que recaen sobre circunstancias específicas y que superan la simple regulación que sale de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones (el controvertido Anexo I), por tanto, pueden dar lugar a otras determinaciones del Ente Regulador que a su vez, y a criterio de la interesada, podrían ocasionarle agravios, en los términos del supra citado artículo 37° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175.

Consiguientemente, no resultan las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013 y APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013 -sobre las que trata el proceso recursivo presente-, aquellas que le ocasionen a la recurrente, los agravios supra mencionados, determinando sobre ello, la improcedencia de sus alegatos.

Asimismo, con referencia a que *“obtener una certificación de la Autoridad Jurisdiccional o del Ministerio Público en el que se acredite que no cumplió sus funciones es prácticamente imposible, conforme manda la CPE en su Artículo 121, en materia penal nadie está obligado a declarar contra si (sic) mismo”*, también alegado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, corresponde a una apreciación subjetiva, si bien en apariencia resultante de una praxis, inatendible en Derecho, por cuanto, la recurrente confunde la situación de jueces y fiscales dentro de la relación jurídica procesal penal, en la que, obviamente, no son los señalados, denunciados, imputados o procesados, sino, en su caso, juzgadores o accionantes públicos, que ejercen funciones y responsabilidades públicas.

Entonces, no están pues ello, en situación jurídica de negarse a certificar los extremos a los que se refiere el artículo 8°, párrafo III, del controvertido Anexo I, lo que además constituye un derecho de los usuarios de los servicios judiciales y fiscales, conforme lo

dispone el artículo 24° (*derecho a la petición... y a la obtención de respuesta formal y pronta*), además que tanto jueces como fiscales, están sujetos a la responsabilidad emergente de sus acciones u omisiones (Arts. 8°, Ley N° 025 de 24 de junio de 2010, del Org. Judicial, y 5°, Num. 4, Ley N° 260 de 11 de julio de 2012, Org. Min. Público).

De manera que, asentir, como lo sugiere la recurrente, en la supuesta inconducta de jueces y de fiscales, en su tentativa de evitar sus responsabilidades acerca de informar y certificar los extremos señalados en el artículo 8°, parágrafo III del controvertido Anexo I, no puede sino merecer el rechazo presente y determinar que la eventualidad sugerida por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, debe dar lugar al ejercicio de los medios de reclamo y representación que, en Derecho, se impongan.

En cuanto a lo señalado por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en sentido que:

“...no es lógico ni jurídicamente posible imponer la presentación de la Nota de Debito (sic) como elemento de prueba junto a la Denuncia, toda vez que ello obedecerá a la valoración del conjunto de pruebas que se estime pertinente presentar, o en su caso de acuerdo al estado de las investigaciones y las pruebas cursantes en ella, toda vez que, reitero, una Nota de Debito (sic) con deudas efectivas y presuntas, vulneraría el derecho a la defensa del imputado, por atribuírsele la apropiación indebida de aportes por periodos que solamente se PRESUMEN EN MORA, en consecuencia ese documento carecería de valor legal según el Art. 13 del CPP y sujeto a la exclusión probatoria del Art. 172 del CPP...”

Corresponde dejarse constancia que, el extremo ha sido considerado supra, en oportunidad de considerar la viabilidad procesal a incluir en la Nota de Debito, como título base de la ejecución, además de la deuda efectiva, también la deuda presunta, por lo que al presente no cabe mayor consideración y sí la ratificación de lo todo lo señalado hasta ahora.

2.7. Deber de atestiguar (Art. 9° del Anexo I).-

2.7.1. Factibilidad para la declaración a pedido de propia denunciante.-

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. alega que:

“...El Artículo 278 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, establece la obligación del Ministerio Público de promover y dirigir la investigación, en consecuencia, será éste quien vea la conveniencia y pertinencia de citar al representante legal de la AFP para recibir o no su declaración Informativa, fijando día y hora de audiencia, la que será fijada a voluntad del Fiscal y que puede ser posterior al vencimiento del plazo de 20 días establecidos en la R.A. 26/2013...”

Y **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, además señala que:

“...Debe tenerse en cuenta que por imperio del Art. 287 del CPP el Denunciante no

es parte en el proceso, por ello tampoco impelido a prestar su declaración informativa, como lo dispone el Art. 82 de la misma norma para el caso de los querellantes. Puede presentarse el caso que el fiscal requiera mayor información del denunciante, para lo cual por imperio del Art. 224 del CPP, debe citarse previamente al testigo hábil para que amplíe los argumentos de su denuncia...”

Cabe advertir la impertinencia para lo afirmado, de los artículos 82° y 224° de la Ley N° 1970 (Cód. Pcdto. Penal), por cuanto, el primero, lejos de *impeler a prestar una **declaración informativa***, determina la obligación del querellante “*de declarar como testigo **en el proceso***”; y el 224° no habla acerca del requerimiento de “*mayor información **del denunciante***”, sino del libramiento del mandamiento de aprehensión, para **el imputado** renuente a la citación (a efectos de la consideración de medidas cautelares).

Aclarado ello, el extremo tiene relación con lo dispuesto en el artículo 9° del controvertido Anexo I, denominado “*DEBER DE ATESTIGUAR*”, y que establece que “*El representante legal (...), deberá prestar su Declaración Informativa Policial dentro de la investigación preliminar, en el plazo máximo de veinte (20) días hábiles administrativos de iniciada la prevención, y atestiguar conforme a lo establecido en el procedimiento penal...”*

Cabe aquí apreciar el uso apropiado de la palabra *atestiguar* que realiza al Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, toda vez que, en tanto el denunciante no adquiera la calidad de querellante, su declaración se limita a una testimonial (Art. 193°, Cód. Pcdto. Penal), también llamada, en la terminología penal pasada, prueba testifical; no obstante, la testimonial (testificación) no es, per sé y necesariamente, sinónimo de declaración informativa policial.

En todo caso, la declaración informativa policial corresponde a las facultades previstas para los miembros de la Policía Nacional, de “*Recibir las denuncias levantando acta de las verbales, así como **las declaraciones de los denunciantes***” y “*Recibir **declaraciones** de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos e identificarlos*” (Art. 295°, Nums. 2), Ley N° 1970, Cód. Pcdto. Penal; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Dentro de lo mismo, el artículo 285° de la Ley N° 1970, establece que “*La denuncia podrá presentarse en forma **verbal** o escrita. Cuando sea verbal **se hará constar en acta** firmada por el denunciante y el funcionario interviniente...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

No existe disposición en la Ley, que establezca el que aún de haberse presentado la denuncia de manera escrita (como se entiende, es la forma en la que la realizan las Administradoras de Fondos de Pensiones), se la debe ratificar, reproducir o confirmar también de manera verbal, es decir, mediante una declaración informativa policial, por tanto, no existe un deber legal con respecto a ello.

No obstante, la práctica demuestra la insistencia del investigador (miembro de la Policía Nacional) en tomar del denunciante, su declaración informativa policial, aún en caso de que la denuncia hubiera sido presentada por escrito; el investigador lo asume, de facto,

como una fase procesal dentro del trámite de investigación de la denuncia.

Amén de ello, el artículo 11° de la Ley N° 1970, del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 1° de la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, de Modificaciones al Sistema Normativo Penal, establece que “La víctima por sí sola o por intermedio de un abogado, sea particular o del Estado, podrá intervenir en el proceso penal aunque no se hubiera constituido en querellante”, y el artículo 77° del mismo Código, que:

“...Artículo 77°.- (Información a la víctima). Aun cuando la víctima no hubiera intervenido en el proceso, deberá ser informada por la autoridad responsable de la persecución penal sobre sus derechos y por el juez o tribunal sobre los resultados del proceso, bajo responsabilidad que corresponda en caso de incumplimiento...”

Disposiciones que tienen fundamento constitucional, en concreto, en el artículo 121°, párrafo II, de la Constitución Política del Estado, el que a la letra señala que:

“...II. La víctima en un proceso penal podrá intervenir de acuerdo con la ley, y tendrá derecho a ser oída antes de cada decisión judicial. En caso de no contar con los recursos económicos necesarios, deberá ser asistida gratuitamente por una abogada o abogado asignado por el Estado...”

Entonces, impuesta la calidad jurídico procesal de víctimas a los Beneficiarios, Asegurados y Afiliados de los Fondos de Pensiones, y que son representados legalmente -conforme lo supra analizado en el numeral 2.6- por las Administradoras de Fondos de Pensiones, da motivo a la calidad de denunciante en cuanto existe la denuncia, empero que por la responsabilidad que importa la gestión judicial, no se limita a lo mismo, pues no puede justificarse su existencia y naturaleza, sin tener también en cuenta que, desde el momento en que se ha promulgado la Ley N° 065, de Pensiones, y con ella, implementados y tipificados los delitos previsionales (Arts. 118° y 119°), el interés de aquellos Fondos de Pensiones no es únicamente el de acreedores con respecto a los Empleadores morosos, sino también, el de penalmente víctimas u ofendidos, con los derechos y obligaciones que de ello emergen, y que en definitiva, son la razón a la interposición de la denuncia, la que es susceptible de dar origen a un proceso penal (en el sentido estricto de la palabra) y a la consiguiente imposición de una sanción.

Consiguientemente, desde el punto de vista punitivo, los Fondos de Pensiones tienen que ser primero y esencialmente, víctimas de delitos previsionales, y luego, por su mérito, denunciante de los mismos, determinando que la normativa supra señalada -de la Constitución Política del Estado, de la Ley N° 1970 (del Código de Procedimiento Penal) y de la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010-, otorguen a esas víctimas u ofendidos, un tratamiento más trascendental que el de simples anoticiadores o avisadores de la ocurrencia de un delito, lo que les permite una amplia consideración y un amplio campo de acción, dentro de las investigaciones y dentro del proceso penal mismo.

Entonces, no puede existir impedimento legítimo alguno, a efectos que el representante legal de la Administradora de Fondos de Pensiones, en caso de no ser citado de oficio para el mismo fin, solicite de acuerdo a su propia conveniencia (no únicamente la del fiscal o la

del investigador policial), le sea tomada su testimonial -declaración informativa policial-, y de esta manera dar cumplimiento a la disposición del controvertido Anexo I.

2.7.2. Plazo para el cumplimiento del deber de atestiguar.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES además señala, que:

*“...A diferencia de la errónea interpretación de su Autoridad, queda totalmente demostrado que el **verdadero espíritu del plazo** impuesto por el legislador e interpretado por el Tribunal Constitucional, es de un (1) año como plazo máximo para lograr una investigación eficaz y diligente donde el Fiscal emita uno de los Requerimientos Conclusivos o Salidas Alternativas, según la fase del proceso (...)*

Queda así demostrado que el criterio asumido por su autoridad, además de errado es totalmente contradictoria a la normativa legal vigente y que la imposición de un plazo de veinte (20) días para que el denunciante preste un declaración que no está determinada por ley, vulnera el principio de legalidad...”

Entonces, la controversia ahora radica, en que el plazo que el representante legal de la Administradora de Fondos de Pensiones tiene para declarar dentro del trámite de la investigación (de acuerdo a la Ley N° 1970 -Cód. Pcdto. Penal- y a lo que sobre la misma ha interpretado el Tribunal Constitucional), es uno mayor a los veinte (20) días a los que se refiere el controvertido Anexo I.

No obstante, existe en la propuesta de la recurrente una confusión que no ha sabido esclarecer la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (en oportunidad de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013 -ahora recurrida-), y es que el plazo que impone el controvertido Anexo I, es un plazo administrativo de naturaleza regulatoria, y no así un plazo legal (como el determinado por los artículos 134°, 300° y 301° de la Ley N° 1970, y la Sentencia Constitucional 1036/2002-R, todos mencionados por la recurrente).

Dentro de lo mismo, es intrascendente que el plazo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (en su controvertido Anexo I), no sea concordante con lo que establece la normativa adjetiva penal (no así contrario o divergente al de la ley), por cuanto, el Ente Regulador no ha infringido sus atribuciones de “*velar por el pago de prestaciones, la captación de cotizaciones, la seguridad, solvencia, liquidez, rentabilidad y otras actividades relacionadas...*” (Art. 47°, Ley N° 1732, de Pensiones, aplicable al caso por imperio del Art. 34°. Inc. a), del D.S. 0071 de 9 de abril de 2009), siendo por ello plenamente competente para “*regular... -a las- entidades bajo su jurisdicción*” (Art. 168°, Inc. b), ley N° 065, de pensiones).

Por tanto, no se puede confundir el plazo reglamentario impuesto, legítimamente, a las Administradoras de Fondos de Pensiones, para prestar su declaración informativa policial, con el plazo legal de, nada menos, duración del periodo investigativo, determinando ello el carácter infundado de lo alegado y recurrido, empero además, porque **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en definitiva, no señala el porqué

considera que, el plazo de los veinte (20) días para que su representante legal preste su correspondiente declaración informativa policial, sería inconveniente, le estaría afectando a sus intereses legítimos, o le estuviera causando agravio alguno.

Se entiende que la efectiva realización de una declaración policial, es mas bien dependiente de la efectiva disponibilidad del correspondiente funcionario policial que la vaya a tomar; el extremo debe sopesar para liberar de responsabilidad a quien tiene el deber de atestiguar y no se realiza lo mismo por causales que no le sean imputables, de manera tal no se señale al plazo determinado por el controvertido Anexo I, como de insuficiente.

En tal sentido, no es posible sujetar un deber de atestiguar a un plazo de tiempo definido, cuando lo mismo no depende de la voluntad del obligado a declarar, sino de la efectiva predisposición de quien va a recibir la declaración -sea el funcionario policial o el propio fiscal-, circunstancia que de suceder, no es susceptible de demostración porque, no estando dirigida la norma a esas autoridades, no es posible obtener de ellas un reconocimiento a su propia irresponsabilidad

Entonces, la norma del artículo 9º del controvertido Anexo I, resulta en un exceso que es menester corregir, de manera tal que, les sea exigible a las Administradoras de Fondos de Pensiones, la mayor diligencia posible en su actuación, empero no sujetar lo mismo a un plazo.

2.8. Obligación de constituirse en parte querellante (Art. 10º del Anexo I).-

2.8.1. La denuncia y la querella como institutos diversos y de obligatorio cumplimiento.-

La recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, a este respecto señala, que:

"...su autoridad asume ese criterio, que no necesariamente debe presentarse querella, sino que como lo disponen los artículos 4 y 5 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 26-2013, también puede presentarse la denuncia, (...)

*...su autoridad cita el Art. 290 del CPP sobre la **"plena intervención del querellante en el proceso"** pero omite considerar el Art. 11 del CPP que establece **"La víctima por sí sola o por intermedio de un abogado, sea particular o del Estado, podrá intervenir en el proceso penal aunque no se hubiera constituido en querellante"**.*

...las Denuncias Penales presentadas por FUTURO DE BOLIVIA se la realiza también en calidad de víctima, y así, son admitidas por el Ministerio Público, en consecuencia amparados en ésta última (sic) norma procesal, asumimos la plena participación en el proceso..."

Esta controversia, entonces, consiste en que, estando dispuesta por el artículo 4º del controvertido Anexo I, la obligación para la Administradora de Fondos de Pensiones de interponer la denuncia, misma que de acuerdo a la trascendencia del artículo 11º de la Ley Nº 1970 (Cód. Pcdto. Penal, modificado por el 1º de la Ley Nº 007 de 18 de mayo de 2010,

determina el que en calidad de víctima, “podrá intervenir en el proceso penal aunque no se hubiera constituido en querellante”, entonces haría innecesaria la presentación de la querella, por cuanto, con la denuncia referida, la ahora recurrente ya habría asumido las facultades de un acusador particular (efecto fundamental de la querella).

No obstante, tal presupuesto de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, es incongruente con su solicitud de que “corresponde dejar sin efecto esa imposición de iniciar la Acción Penal solamente mediante Querella, sino optarse también por la Denuncia”, por cuanto, su alegato inicial no se refiere a alternancia discrecional alguna, entre denuncia y querella (como lo hace ahora), sino a lo innecesario de presentar una querella, cuando como ofendida, tuvo que haber interpuesto, imprescindiblemente, la denuncia.

Hay que señalar que el artículo 11º de la Ley N° 1970, de Código de Procedimiento Penal, señalaba en su redacción original lo siguiente:

“...Artículo 11º.- (Garantías de la víctima). La víctima podrá intervenir en el proceso penal conforme a lo establecido en este Código, tendrá derecho a ser escuchada ante de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal y, en su caso, a impugnarla...”

Habiendo sido modificado por efecto de la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, de manera tal que un Código que, en general, era garantista a favor del denunciado o procesado, ha sido modulado a favor también de la víctima, a la que de ésta manera se le garantiza un conocimiento pleno e igual participación, dentro de un trámite del que, iuris tantum, se presume su directo y legítimo interés, al resultar la ofendida del delito que se sustancia, al establecer ahora que:

“...Artículo 11º.- (Garantías de la víctima). La víctima por sí sola o por intermedio de un abogado, sea particular o del Estado, podrá intervenir en el proceso penal aunque no se hubiera constituido en querellante...”

Si bien la figura de la víctima constituye, en los delitos previsionales, el común denominador entre los institutos denuncia y querella, no importa que por efecto del precitado artículo 11º, éstas últimas hubieran alcanzado una sinonimia que justifique que la actividad se limite a la interposición de la primera, o a una elección discrecional entre una y otra.

Es el carácter de víctima el que otorga, de facto, la cualidad de querellante, pero no sustituye a la denunciante, toda vez que si la víctima, expectativamente, tiene facultades de acusador particular que, al no haber hecho valer expresamente como querellante, puede hacer valer en cualquier momento de la causa, la denuncia como acto inicial de la investigación, debe constar haber sucedido necesariamente, sea que se la hubiera realizado de manera verbal o escrita.

Entonces, más allá de lo determinado por la última redacción del artículo 11º de la Ley N° 1970 (Cód. Pcdto. Penal), los institutos denuncia y querella no configuran realidades jurídicas idénticas o al menos similares, quedando sujeto el inejercicio de cualquiera de ellas, a la

valoración del interés de la Administradora de Fondos de Pensiones, que la autoridad fiscal o jurisdiccional pudiera realizar.

En este entendido, nótese que el artículo 78° de la Ley N° 1970 (Cód. Pcdto. Penal), establece el nexo sustancial entre víctima y querrela (“*La víctima podrá promover la acción penal mediante querrela...*”), empero por la naturaleza de los institutos, no existe una norma similar entre víctima y denuncia, explicado ello que se puede ser denunciante (actividad voluntaria) sin ser la víctima (sujeto pasivo -involuntario- del delito).

El carácter modificadorio que, como a cualquier otra norma, hace al Código nombrado (evidenciado ahora en todo lo supra señalado con respecto a su artículo 11°) y la determinación constitucional, de que:

“...Artículo 123.

La ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo excepto (...), en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado...”

Justifica plenamente, la subsistencia de la denuncia y de la querrela, como cargas administrativas distintas, y de inexcusable cumplimiento y observancia por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

2.8.2. Legitimidad para demandar el resarcimiento del daño.-

Por su parte, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** alega:

“...la reparación del daño está reglada únicamente para la persona damnificada y sus herederos, cuando corresponda, afectados por el delito, por consiguiente, en el delito de Apropiación Indevida la AFP no puede solicitar la reparación del perjuicio, porque en este ilícito el damnificado o víctima es el Asegurado al Sistema Integral de Pensiones y no la AFP...”

Por necesario y pertinente, se reitera aquí -empero con justificado mayor énfasis- lo señalado a tiempo del numeral 2.6 supra, en sentido que, es bueno dejar establecido que las actuaciones que se les exigen a las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen su fundamento en lo que bien señalan los artículos 30°, inciso a) (“*La Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) deberá tener objeto social único consistente en: Administrar y **representar** los fondos de pensiones...*”; Las negrillas son insertas en la presente), y 31°, inciso e) (“*Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes obligaciones: **Representar** a los afiliados ante las entidades aseguradoras y autoridades competentes, con relación a las prestaciones de invalidez, muerte y riesgo profesional...*”; ídem), de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, aplicable al caso por imperio de la Disposición Transitoria Única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011.

Tal representación ES DE ORIGEN LEGAL, por cuanto, al devenir de los artículos 30° y 31° de LA LEY N° 1732 (de Pensiones), corresponde a “La que el Derecho positivo -léase LA LEY- establece con carácter imperativo y complementario de la capacidad de determinadas

personas (...) por causas especiales...” (Cabanellas; el subrayado es inserto en la presente), y se encuadra en lo que señalan el Contrato para la Prestación de Servicios que han suscrito las mismas con el Estado, de manera tal que las Administradoras de Fondos de Pensiones, se han obligado a prestar los Servicios “cumpliendo con la Ley de Pensiones”, entonces y en lo específico, con los artículos precitados, debiéndose conducir y realizar sus actividades “con el cuidado exigible a un buen padre de familia”, figura de Derecho esta última, referida a la necesaria diligencia (“exigente, superior, exactísima”, dice Beltrán de Heredia y Castaño) con la que se deben desarrollar sus actuaciones.

Entonces, es pues obvio, que si las Administradoras de Fondos de Pensiones ostentan la representación legal de los Afiliados, Asegurados y Beneficiarios de tales Fondos, están facultadas legalmente, para querellarse por sus representados, en razón de ser los mismos los damnificados, ofendidos y victimados de los delitos previsionales.

Lo anterior determina el carácter injustificado de lo alegado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, no dejando de llamar la atención, el que no obstante los aproximadamente quince años en los que el contrato suscrito por la misma con el Estado boliviano ha tenido plena subsistencia, y encontrándose en las postrimerías de su vigencia (por efecto de la Ley N° 065, de Pensiones), de hecho, encontrándose en una situación transitoria previa a su fenecimiento definitivo, aún no hubiera tal entidad asumido su posición de representante de los Afiliados, con todo lo que ello conlleva (y que en caso de generar injustificados conflictos, debe hacerse valer ante la autoridad que corresponda).

Por otra parte, con respecto al alegato referido a que:

“...En el evento de iniciar una acción para la reparación de los daños y culminada la misma, que se hará con los dineros recibidos. La Resolución impugnada no regula nada al respecto pero si obliga a iniciar la misma...”

Es oportuno definir lo que es el daño, con base en el *Diccionario* de Cabanellas:

“...el deterioro, perjuicio o menoscabo que por la acción de otro se recibe en la propia persona o bienes...” (Acepción de “Daño”).

“...Perjuicio que resulta de éste -el delito- en la esfera de los bienes ajenos, por su destrucción, deterioro o desaparición. Como efecto de la responsabilidad civil nacida del delito, el responsable penal de una infracción ha de resarcir tal daño...” (Acepción de “Daño del delito”).

Establecido ello, conviene remitirse ahora, a lo que al efecto señala la disposición del artículo 382° de la Ley N° 1970, del Código de Procedimiento Penal, cuando establece que el procedimiento para la reparación del daño, tiene por objeto “*la reparación del daño causado o la indemnización correspondiente*”.

Demás está aclarar que, los delitos previsionales tienen trascendencia patrimonial, por cuanto, el autor de este tipo de delitos, los comete con la intencionalidad de beneficiarse o beneficiar a otro, con rentas superiores a las que en circunstancias normales les

corresponderían, o, en el caso de la *Apropiación Indebida de Aportes*, de apropiarse de las Contribuciones de los trabajadores.

Por consiguiente y siguiendo el aforismo que establece que, de todo delito o falta nace la acción penal para el castigo del culpable, y **puede nacer también la acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible**, resulta obvio, por lo lógico, que el procedimiento para la reparación del daño señalado por el Código de Procedimiento Penal, no es sino, en el caso delitos previsionales, un procedimiento de cobranza forzosa, por lo que de su resultado natural (el pago por parte del reo deudor, o el cobro *-dineros recibidos*, dice la recurrente- por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones) debe ser aplicado, como es de esperar, donde corresponda y de acuerdo a las normas contables que le son inherentes, extremo que no amerita la aclaración que reclama el Recurso Jerárquico de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, resultando nuevamente injustificado.

2.9. Conversión de acciones (Art. 11° del Anexo I).-

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A., alega también:

“...que para solicitar la conversión de la Acción Pública a Instancia de Parte a Acción Privada, el solicitante necesaria e imprescindiblemente debe tener la calidad de víctima, calidad que de conformidad al artículo 76 del CPP carece la AFP, porque la persona directamente ofendida con el delito de apropiación indebida es el Asegurado a quien le retuvieron de su salario las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios, es decir, que la víctima es el trabajador dependiente, persona a quien el empleador realizó la retención de las Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios de sus salarios y/o haberes, y no así la AFP...”

Al extremo, debe reiterársele nuevamente a la recurrente, su calidad de representante legal de sus Afiliados (Arts. 30°, Inc. a), y 31°, Inc. e), Ley N° 1732, de Pensiones, aplicable por imperio de la Disposición Transitoria Única, D. S. N° 0778 de 26 de enero de 2011), por lo que le corresponde el ejercicio de las cargas y derechos procesales que a ellos les incumben, por cuyo mérito, los efectos sustanciales del proceso (el resarcimiento del daño civil), no recaen sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, las que evidentemente no son víctimas, sino en favor de los Afiliados ofendidos por ellas representadas.

Por lo demás, debe tenerse presente que, establecido por el parágrafo V del artículo 345° bis del Código Penal (modificado por el Art. 118° de la Ley N° 065, de Pensiones), que los delitos previsionales han sido establecidos “*como delitos públicos a instancia de parte*”, a los mismos, como lo ha dispuesto el Ente Regulador, les es aplicable la disposición del artículo 26° (*Conversión de Acciones*) de la Ley N° 1970, del Código de Procedimiento Penal, por cuanto, la procedencia para lo mismo está determinada por el numeral 1 del último señalado, el que establece que “*...A pedido de la víctima, la acción penal podrá ser convertida en acción privada en los siguientes casos: 1) Cuando se trate de un delito que requiera instancia de parte,...*” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En definitiva, el extremo en el alegato de la recurrente, es también infundado.

2.10. Actualización de nuevos periodos (Art. 12° del Anexo I).-

A efectos del tratamiento de los agravios referidos al artículo 12° del controvertido Anexo 1, se retrotraen lo antecedentes a lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, toda vez, conforme se evidencia de los términos de su redacción, los alegatos actuales, tanto de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, como de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, están dirigidos contra los fundamentos de la Resolución mencionada, antes que contra la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones - Anexo I.

2.10.1. Ampliación de la denuncia dentro del Proceso Penal, por actualización de nuevos periodos.-

2.10.1.1. Los alegatos de FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP.-

Del alegato original de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, hecho presente en oportunidad de su Recurso de Revocatoria de 13 de febrero de 2013, se tiene que:

“...el objeto del Proceso penal es el esclarecimiento de un posible hecho antijurídico y la correspondiente sanción al autor del mismo, y no la suma económica, -ya que el proceso penal sanciona la conducta delictiva del autor- que si bien es resarcible por disposición del Art. 14 del CPP, no es el objeto del proceso penal. En ese sentido una Actualización de períodos, no es merecedora de una Ampliación de Denuncia, toda vez que este acto procesal obedece únicamente cuando se amplía el tipo penal y se amplía el hecho contra otros coautores, y no por una actualización de periodos en mora; lo contrario significaría desnaturalizar la esencia de esta figura jurídica y contravenir a la amplia doctrina que se ha sentado en el Derecho Penal, que a diferencia del Derecho Civil no tiene por objeto perseguir el patrimonio de una persona (en su amplio concepto) sino a la persona misma para que sufra una sanción penal (presidio, reclusión, días multa o medida de seguridad) por su conducta delictiva.

... al ser la Actualización de Periodos un documento lícitamente obtenido, puede ser puesta en conocimiento del Ministerio Público únicamente con el fin de que conozca los periodos en mora adicionales que se hubieran generado, pero reitero, no bajo la figura de “AMPLIACION DE DENUNCIA” debido a la desnaturalización que sufriría ese acto procesal y el propio objeto del proceso penal...”

Por su parte, señala el Ente Regulador en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013, que:

“...es evidente que al tenor del artículo 14 del CPP, de la comisión de todo delito nacen la acción penal para la investigación del hecho, su juzgamiento y la imposición de una pena o medida de seguridad y la acción civil para la reparación

de los daños y perjuicios emergentes. Pero también **es evidente la indivisibilidad de juzgamiento**, conforme dispone **el artículo 45 del CPP** (...), y la persecución penal única establecido por **el artículo 4 del CPP** (...), como la aplicación de principios procesales y aplicación de las normas materiales (el de economía, o el de evitar sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa).

Ello significa, que conforme a las disposiciones legales enunciadas, si se acreditaran nuevos periodos apropiados (adeudados), la GPS (transitoriamente la AFP) deberá solicitar la ampliación de la denuncia, puesto que lo contrario, obligaría a iniciar otro proceso penal por los nuevos periodo apropiados, cuando la norma exige **indivisibilidad de juzgamiento**.

(...) la Administradora ha solicitado en varias oportunidades la Ampliación de la Denuncia o Querrela por nuevos periodos apropiados, peticiones que se han tenido presente por los Fiscales y autoridades jurisdiccionales, y que se efectuaron con anterioridad a la dictación de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 26 – 2013..."

Ahora, en su Recurso Jerárquico de 5 de abril de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala:

"...en el presente caso resaltan dos claras conclusiones, una objetiva y otra fáctica: 1) el argumento que hace sobre la indivisibilidad de juzgamiento, por el que nadie puede ser procesado ni condenado por dos veces consecutivas aunque varíen sus circunstancias, criterios que forman parte del principio del non bis idem y 2) Que en reiteradas oportunidades se hayan presentado otras ampliaciones de denuncia que habrían sido admitidas por los Fiscales de Materia; pero **de ninguna manera esclarecen o contradicen con argumentos lógicos y jurídicos sobre la correcta conceptualización de la Ampliación de Denuncia,** no siendo pertinente llegar a la conclusión, que "de presentarse actualizaciones de periodos debe presentarse la ampliación de denuncia" (...)

...si bien en algunas oportunidades se presentaron memoriales de Ampliación de Denuncia, a medida en que se desarrollan las investigaciones debemos acomodar las actuaciones procesales al correcto camino del Derecho Procesal Penal,..."

En principio, la finalidad primordial del Derecho Penal, tanto del aplicado con en la doctrina, es determinar conductas consideradas como delitos punibles (tipificadas), y en su mérito, sancionarlas mediante la aplicación de una pena.

En tal sentido, resultaría evidente lo señalado por la recurrente, en cuanto a que el objeto del Proceso Penal es el esclarecimiento de un posible hecho antijurídico y la correspondiente sanción al autor del mismo, no así perseguir la recuperación de una suma económica, por no hacer al objeto del Proceso Penal en su concepción general que consta en la Ley Nº 1970 de 25 de marzo de 1999, del Código de Procedimiento Penal.

No obstante, ese criterio del Derecho Penal general, está superado por la norma especial

del Derecho previsional, cuando el artículo 106° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, claramente establece que:

"...Artículo 106. (COBRANZA). La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo -aquí léase Las Administradoras de Fondos de Pensiones- **deberá efectuar el cobro de montos adeudados** por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, **a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal...**" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal disposición da observancia a la última parte del artículo 117°, parágrafo III, de la Constitución Política del Estado, que establece que:

"...III. No se impondrá sanción privativa de libertad por deudas u obligaciones patrimoniales, excepto en los casos establecido por la ley..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Criterio de aplicación fundamental en las ramas del Derecho Social, entonces, para la defensa de los derechos sociales, siendo la Seguridad Social una de ellas.

Por consiguiente, el legislador de la Ley N° 065, sin desvirtuar la finalidad primordial del Derecho Penal, comparte la misma con la del Proceso Penal para delitos previsionales, determinando en este último caso, que así como su objeto es el esclarecimiento del hecho antijurídico previsional y la consiguiente aplicación de la pena, también lo es el cobro de la suma económica adeudada.

Asimismo, en lo que hace a los delitos económicos dolosos, como lo son los previsionales, el objeto del proceso penal es el determinar la existencia del ilícito y de su autoría, lo que no se establece por la cuantía del objeto de lo delinquido, sino por la efectiva ocurrencia del delito, independientemente del monto al que se refiera; entonces, no es la cuantía del monto delinquido el que importa la existencia del delito, sino la existencia plenamente comprobada de una conducta transgresora y susceptible de subsunción al tipo penal correspondiente.

No obstante, la importancia del objeto de lo delinquido puede influir, agravando o atenuando la situación del delincuente, tanto en el trámite mismo (caso de los denominados *delitos de bagatela*), como en la sanción, cuando la ley penal no establece expresamente una pena concreta y fija, sino una serie de alternativas cuya decisión discrecional le corresponde al Juzgador, siendo ese el caso de los delitos previsionales señalados por el artículo 118° de la Ley N° 065, de Pensiones: Apropiación Indevida de Aportes ("de cinco a diez años"), Declaraciones Falsas ("de tres a cinco años"), Información Médica o Declaración ("de dos a cuatro años") y Uso Indevido de Recursos ("de cinco a diez años").

En este sentido, se tiene presente lo señalado por el artículo 38°, numeral 2), del Código Penal (según texto ordenado a 18 de marzo de 1997, conforme lo dispone la Ley N° 1768 de

esa fecha) y que se halla contenido en su capítulo denominado “**Aplicación de las penas**”:

“...Artículo 38.- (Circunstancias) (...)

2. Para apreciar la gravedad del hecho, se tendrá en cuenta: la naturaleza de la acción, de los medios empleados, **la extensión del daño causado** y del peligro corrido...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Resulta obvio que, en cuanto a los delitos previsionales, por esencia dolosos y de naturaleza económica financiera, la extensión del daño causado tiene que ver, necesariamente, con el quantum de lo delinquido, de donde se concluye que, no incidir en el monto del daño ocasionado, puede influir en el juzgador, para atenuar la pena a ser aplicada, de donde resulta la trascendencia, como lo ha dispuesto en Ente Regulador en el artículo 12° del controvertido Anexo I, de ampliar la denuncia, no en cuanto a los montos resultantes de la actualización de nuevos periodos de mora, como tales, sino como prueba de la comisión del delito en sí mismo, determinando ello no ser atendibles los alegatos evaluados.

Aun así, la recurrente ha sugerido que:

“...la Actualización de Periodos (...) puede ser puesta en conocimiento del Ministerio Público únicamente con el fin de que conozca los periodos en mora adicionales que se hubieran generado, pero reitero, no bajo la figura de “AMPLIACION DE DENUNCIA” debido a la desnaturalización que sufriría ese acto procesal y el propio objeto del proceso penal”.

Así expuesto, no sería necesario para hacer constar la Actualización de Periodos, ningún acto especial y expreso, propio de la dinámica procesal penal, sino simplemente, un sencillo escrito de solicitud para que se la tenga en cuenta a los fines que correspondieren en Derecho.

Sobre tal extremo, no existe por parte del Ente Regulador, la fundamentación que le exigen los artículos 28°, inciso e), de la Ley N° 2314 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17°, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, fundamentalmente a tiempo de dar resolución a los Recursos de Revocatoria, cuando el extremo ya había sido impugnado, de manera tal que al presente subsiste la incertidumbre acerca de si, para que la Ampliación de Periodos adquiera trascendencia presente o futura, dentro de los efectos del Proceso Penal, no está imponiendo innecesariamente la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, un trámite sobre una de por sí trascendental ampliación de denuncia, cuando simplemente se requiere, como lo sugiere **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, un mero y sencillo escrito.

Por consiguiente, dentro del trámite del Recurso de Revocatoria, corresponde que el Ente Regulador fundamente su decisión de mantener firme, vigente y subsistente la exigencia que sale del artículo 11° del controvertido Anexo I.

2.10.1.2. El alegato de BBVA PREVISIÓN AFP S.A. .-

Por su parte, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, tanto en el alegato original que sale de su Recurso de Revocatoria de 13 de febrero de 2013, como en el de su Recurso Jerárquico de 5 de abril de 2013 (con el añadido de que en este último acusa además una *descontextualización* por parte del Órgano Regulador, empero sin fundamentar en que radica la misma ni demostrar mayormente aquello), ha señalado que:

*"...En el caso de **acumularse** los procesos penales, también **se acumulan** los periodos de la deuda y en el caso que el Empleador cancele el periodo que señale una de las Notas de Débito, correspondiéndole el derecho a que quede extinguida la acción penal, ello no podrá suceder ya que al acumularse los procesos existirán otros periodos de deuda vigente y por lo tanto no se podrá presentar desistimiento en el proceso penal acumulado. Esta circunstancia perjudica al imputado y violenta lo establecido en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal que señala (Textual) "Cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la Resolución recurrida, se ha pronunciado en sentido que *"el artículo 12 del Anexo I (...), condiciona la extinción de la acción penal cuando el imputado (Empleador) a la (sic) regularizado su situación ante el SIP, con la cancelación de lo adeudado"*, amén de llamarle la atención lo afirmado por la recurrente, en sentido que *"la "actualización de nuevos periodos" perjudica al imputado (Empleador) cuando en realidad los perjudicados son los Asegurados al no contar con sus Contribuciones y tengan dificultades al acceso de un beneficio o prestación"*.

Sin embargo, lo que no ha esclarecido el Ente Regulador, es la permanente confusión en la que incurre la recurrente (tanto en su Recurso de Revocatoria como en el Jerárquico), cuando atribuye al artículo 12° del controvertido Anexo I, disposición alguna sobre *"acumulación de procesos penales"*, extremo al que no se refiere ese artículo 12°, ni en general el Anexo referido.

En efecto, el artículo 12° del controvertido Anexo I, concordante con el 116° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, está referido a la **actualización del monto** consignado en la Nota de Débito al vencimiento de nuevos periodos en mora, dentro de **un (único) proceso** determinado, mientras que el Recurso alude a una **acumulación de (varios) procesos penales**, o sea, unirlos para que sean resueltos por una sola sentencia, conforme se encontraba previsto en el artículo 23°, quinto párrafo, de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 2006: *"Los procesos contra un mismo empleador... podrán se acumulados a solicitud de la Administradora de Fondos de Pensiones..."* (Las negrillas son insertas en la presente), infiriéndose ser ese el origen de la confusión.

Cabe aclarar además, que es el párrafo I del artículo 12° el que refiere la actualización del monto en cualquier etapa procesal, y lo hace **en función exclusiva del Proceso Coactivo Social, no así del Proceso Penal** (como mal señala la recurrente), puesto que para este

último, disposición distinta se halla reservada en el párrafo II.

Siendo tales extremos fundamentales en el alegato, por cuanto hacen al argumento central, determina ser inatendible lo recurrido.

No obstante, corresponde a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, considerar el extremo que tiene que ver con una eventual acumulación de procesos, en función a su trascendencia procesal, empero también en su efecto con respecto a los periodos adeudados, a efectos el extremo quede también reglamentado, si así se viere por conveniente y correspondiere.

2.10.2. Actualización de nuevos periodos dentro del Proceso Coactivo Social.-

Conforme al Recurso de Revocatoria de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, la misma pretende que:

“...de acuerdo a la instancia procesal en la que se encuentre se puede perjudicar el avance del proceso o resultar imposible realizarlo en caso de apelación, por lo que lo que correspondería sería que las ampliaciones se realicen de acuerdo a lo estipulado en el Código de Procedimiento Civil, que como en el presente caso en caso de vacío o duda se debe recurrir a la aplicación de esta norma jurídica...”

A este respecto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 206-2013 de 14 de marzo de 2013, ha señalado:

*“...el artículo 116 (Actualización de Nuevos Periodos) de la Ley Nº 065, establece. (sic) **“El monto consignado en la Nota de Débito podrá actualizarse al vencimiento de nuevos periodos en mora en cualquier etapa del proceso, antes del remate”**. Dicha disposición legal fue recogida por el artículo 12-I del Anexo I de la R.A.26-2013, que señala: **“El monto consignado en la Nota de Débito, dentro del PCS, podrá actualizarse al vencimiento de nuevos periodos en mora en cualquier etapa del proceso, hasta antes del remate, conforme dispone el artículo 116 de la Ley Nº 065”** (...)*

Ello significa, que la norma administrativa, impugnada, no es ni será un añadido de los Códigos Procesales aplicables a cada materia, sea Social, Civil o Penal, como pretende la Administradora, tratando erróneamente que cada circunstancia o casuística sea atendida, hecho ajeno al fin de la R.A.26-2013...”

A efectos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se entiende la expresión “no es ni será un añadido” como que la norma del controvertido Anexo I, no admite complementación, mención impertinente, por cuanto lo mismo no hace a lo que en su oportunidad se recurrió de Revocatoria.

En todo caso, es innegable, y no por ello reprochable, la concordancia -como válida y frecuente técnica jurídica de interpretación- que existe entre el artículo 116º (“ACTUALIZACIÓN DE NUEVOS PERIODOS”) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, de

Pensiones, y los artículos 494° (“AMPLIACIÓN ANTERIOR A LA SENTENCIA”) y 495° (“AMPLIACIÓN ANTERIOR DE LA SENTENCIA”) del Código de Procedimiento Civil (Art. 1º, Ley N° 1760, 28 de febrero de 1997), a los que, se infiere, se refiere la recurrente.

Aún así, siendo evidente que el artículo 12º, párrafo I, del controvertido Anexo I, “recoge”, en términos del Ente Regulador, la disposición del precitado artículo 116º de la Ley N° 065 (existe entonces mayor concordancia entre estos, que entre el último artículo señalado y los mencionados del Código de Procedimiento Civil), no hay lugar a mayor controversia al respecto.

2.11. Excepciones e incidentes (Art. 13º del Anexo I).-

Señala **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, que:

*“...La disposición contenida en el Art. 13 numeral II, no se adecúa a las actividades propias de los trabajadores de esta administradora de pensiones toda vez que estos se encuentran sujetas a la LEY GENERAL DEL TRABAJO, (...) **las responsabilidades administrativas** se adecúa y aplica a funcionarios que están sujetos al estatuto del funcionario público...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Lo mismo tiene relación con lo señalado por el controvertido Anexo I:

“...ARTICULO 13. (DE LAS EXCEPCIONES E INCIDENTES).- (...)

II. El responder las excepciones e incidentes en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables conllevará a **las responsabilidades administrativas correspondientes...”** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La controversia aquí radica en la creencia de la recurrente, que el artículo 13º, párrafo II, supra citado, le impondría, ante el presupuesto de haber respondido excepciones o incidentes, fuera del plazo legal para ello o con defectos formales insubsanables, las responsabilidades administrativas como las señaladas en las leyes N° 1178 de 20 de julio de 1990 (de Administración y Control Gubernamentales), N° 2027 de 27 de octubre de 1999 (del Estatuto del Funcionario Público), o N° 004 de 31 de marzo de 2010 (de Lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”).

Al respecto, la Resolución recurrida se pronuncia en sentido que:

“...existe confusión de parte del administrado, puesto que las “responsabilidades administrativas” que hace referencia la norma administrativa, se debe entender en todo su alcance, importa que ante la eventualidad de que se responda las excepciones e incidentes en forma extemporánea (fuera de Plazo) o con defectos formales insubsanables, conllevará a las responsabilidades correspondientes, previo proceso...”

Respuesta insuficiente, por cuanto, la impugnación planteada no ataca a la sanción como efecto de la infracción señalada por el artículo 13° del controvertido Anexo I, sino el carácter administrativo de la responsabilidad sancionable que establece el mismo.

Al respecto y desde el punto de vista subjetivo, corresponde rescatar dos acepciones (de entre las varias que le son inherentes) que el ejercicio de la Ciencia Administrativa importa:

a) Carácter ontológico.-

Está referido al conjunto de “*servidoras y servidores públicos (...) que desempeñan funciones públicas*” (Art. 233°, Const. Pol. Estado), es decir, los actores de la Administración Pública, en su relación funcional con otras servidoras o servidores públicos, o con los administrados.

En el sentido íntegro de la idea, la Administración Pública (Art. 232°, Const. Pol. Estado) se conceptualiza como:

“...la actividad administrativa que realiza el Estado para satisfacer sus fines, a través del conjunto de organismos que componen la rama ejecutiva del gobierno y de las entidades descentralizadas, desconcentradas, autárquicas y autónomas, y de los procedimientos que ellos aplican...” (Celín Saavedra en *Administración Pública*).

“...la administración pública tiene por objeto utilizar eficaz y eficientemente los recursos de la sociedad puestos a su disposición, eliminar el despilfarro, reducir los gastos, conservar y utilizar con criterio las máquinas y edificios, así como proteger el bienestar y el interés de los servidores públicos...” (Ídem).

Si bien determina una vinculación externa (*hacia afuera*), internamente se rige por los varios Sistemas de Administración y Control a los que se refiere la Ley N° 1178 de 20 de julio de 1990, por tratarse de “*recursos del Estado*” (Art. 1°), es decir, recursos públicos.

La función pública o administrativa (es importante recalcar, **inherente exclusivamente a las servidoras y servidores públicos**), es “*toda la actividad que realizan los órganos administrativos*” (ibídem, citando a Gordillo), y determina una serie de responsabilidades, entre las que se encuentra la responsabilidad administrativa, que se produce cuando el servidor público, en el ejercicio de sus funciones, incurre en una acción u omisión que contraviene el ordenamiento jurídico-administrativo y las normas que regulan la conducta funcionaria del servidor público (Art. 29°, Ley N° 1178).

Por tanto, cuando el artículo 1° del controvertido Anexo I, determina el ámbito de aplicación transitorio a las Administradoras de Fondos de Pensiones, siendo que las mismas no constituyen al conjunto de servidoras y servidores públicos, entonces las responsabilidades establecidas por el artículo 13° del mismo Anexo I, por esencia, no les son extensibles a ellas, siendo impertinente tal sugerencia.

b) Carácter axiológico.-

La función pública importa la relación jurídica Administrador-administrado; el administrado, por su parte, es el usuario de la Administración Pública, pudiendo ser una persona (natural o

jurídica) de Derecho privado, o una persona (jurídica o natural) de Derecho público pero que a estos efectos, ocupa el lugar de una de Derecho Privado.

El hecho de que el administrado, factor pasivo de la relación jurídica descrita, resulte básicamente en una persona particular o privada, no significa despojarle a tal relación de su naturaleza administrativa, por cuanto, como dice el *Diccionario* de la Academia de la Lengua (a la que se remite Cabanellas), el Derecho Administrativo es:

*“... (El) Conjunto de normas doctrinales y de disposiciones positivas concernientes a los órganos e institutos de la Administración pública, a la ordenación de los servicios que legalmente le están encomendados y **a sus relaciones con las colectividades o los individuos a quienes tales servicios atañen...**”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, por esencia, se encuentran entre esas “colectividades o los individuos a quienes tales servicios atañen”, las personas de Derecho privado a las que se ha hecho referencia supra.

Dice la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), que:

*“...**ARTÍCULO 1º (Objeto de la Ley).**- La presente Ley tiene por objeto:*

a) Establecer las normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público;

b) Hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la Administración Pública:

c) Regular la impugnación de actuaciones administrativas que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados; y,

d) Regular procedimientos especiales (...)

ARTÍCULO 11º (Acción Legítima del Administrado).-

I. Toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda...”

Quedando con ello claro, que la relación jurídica administrativa es, la de la Administración Pública, con las personas, sean estas públicas **o privadas**.

Para confirmar tal apreciación, se cita el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que señala:

“...Artículo 3.- (**Ámbito de Aplicación**). Las normas del presente Reglamento, se aplicarán por las Superintendencias del SIREFI (aquí léase las Autoridades de Regulación) en su relación regulatoria con los sujetos regulados e interesados, en toda tramitación de procedimientos administrativos, (...)

Artículo 14.- (**Sujetos Regulados**).

I. Se consideran operadores financieros y se constituyen en los sujetos regulados del SIREFI, las personas jurídicas que actúan en los mercados financieros -como lo es el de pensiones- ofertando o intermediando servicios de carácter financiero, constituidas en el tipo societario que según su actividad, establecen las respectivas normas sectoriales y que, habiendo cumplido los requisitos para su habilitación legal, cuenten con autorización de funcionamiento -como lo son las Administradoras de Fondos de Pensiones- (...)

II. Las personas naturales o jurídicas que a través de los servicios financieros prestados por los operadores financieros depositen, inviertan, aporten recursos financieros o se encuentren registrados en los Registros Públicos establecidos (...), serán considerados sujetos regulados...”

En cuanto a la responsabilidad, según Cabanellas, es -entre otras definiciones- el “Deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa”; y en específico a la responsabilidad administrativa (aquella que es mencionada por la recurrente), es “toda la derivada de los actos de gestión”.

Así, el artículo 71° de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, hace referencia a “Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas...”, y los artículos del 62° al 64° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, a la legalidad de la potestad sancionatoria.

Y en cuanto a la facultad sancionatoria que hace, en concreto, al Ente Regulador, es pertinente remitirse a lo que se señala en el numeral 2.13 infra.

De todo lo hasta aquí relacionado, debe concluirse que, la responsabilidad administrativa a la que se refiere el artículo 13° del controvertido Anexo I, le es aplicable a la recurrente, dentro del marco sancionatorio imponible a “la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo – GPS y transitoriamente las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)” (artículo 1° del controvertido Anexo I), por infracción a las normas regulatorias que le son inherentes, no así por una función pública que, en el caso de las recurrentes Administradoras de Fondos de Pensiones, no ejercen, dada su calidad y naturaleza, de personas de derecho privado.

No obstante, tal conclusión es producto de la evaluación, al supra análisis, de las normas legales que se han mencionado en su contexto, antes que de la simple aplicación del artículo 13° del controvertido Anexo I, disposición confusa porque, alcanzando principalmente a la futura Gestora Pública de la Seguridad Social a Largo Plazo (“**Empresa Pública Nacional Estratégica, de derecho público**”, al tenor del Art. 147° de la Ley N° 065; las

negrillas son insertas en la presente), y no precisamente a las Administradoras de Fondos de Pensiones -de existencia transitoria-, viene a pronunciarse sobre la responsabilidad administrativa en un sentido abstracto, haciendo lógico pensar que engloba tanto a la responsabilidad por la función pública como a la responsabilidad por la actividad regulatoria, sin tener en cuenta que, para el caso de tales Administradoras, la responsabilidad, por esencia, se limita sólo a la última (la regulatoria).

Lo anterior hace razonable, sino justificado, representar un agravio por ello, como lo ha hecho la recurrente, por cuanto, afecta a su derecho a obtener una resolución debidamente fundamentada y justificada, o, como señala la Sentencia Constitucional 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010, que contenga una exposición concisa y razonable que permita conocer, de forma indubitable, las razones que llevaron a tomar la decisión, extremo que se extraña en las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, y APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013.

Con la interpretación y valoración presentes, el extremo ha quedado esclarecido, en mérito al principio de economía al que hace referencia el artículo 4º, inciso k), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo; sin embargo y siendo deber de la Administración el pronunciamiento de normas lo suficientemente claras, a efectos de que ganen en efectividad, y resultando la palabra “responsabilidades” suficiente para cumplir con ese objetivo, corresponde omitir la palabra “administrativas” que en el artículo controvertido (Par. II) le sigue, de manera tal quede satisfecha la legítima pretensión de la recurrente.

2.12. Obligación de recurrir (Art. 14º del Anexo I).-

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A., alega que:

“...los Jueces interpretan de diferente manera la Ley N° 065, por ejemplo: los Jueces de la regional La Paz no aceptan demanda con periodos anteriores a la Ley de Pensiones y Cochabamba no acepta la medida precautoria de retención de fondos, realizan esto demuestra una interpretación distinta a la norma que la de otros Distritos Judiciales Ejm. (sic) Santa Cruz, Sucre, aceptan demanda coactivas con periodos anteriores a la Ley de igual forma la medida precautoria de retención de fondos (...)

La APS descontextualiza la solicitud de la AFP, se solicitó su colaboración ante el Órgano Judicial para hacer más efectiva la recuperación de los aportes de los trabajadores, a las consultas y/o aclaraciones solicitadas para ser derivadas a las Autoridades Jurisdiccionales...”

Amén de que nuevamente se omite señalar, en qué radicaría la aludida descontextualización, el Recurso Jerárquico adolece también de coherencia, por cuanto alega extremos (tales como que “es tarea de la APS coordinar con el Órgano Judicial, ya que los Jueces interpretan de diferente manera la Ley N° 065”, que “La AFP ha pedido a la APS (...) su colaboración y coordinación con el Órgano Judicial”, o que “hemos puesto a conocimiento a la APS, sobre los Procesos rechazados por los jueces...”), que no hacen al controvertido Anexo I, extremo ya hecho constar en el supra numeral 2.6, por tanto, no

resulta tal Anexo I, el que “afecte, lesione o cause perjuicios en su derechos subjetivos o intereses legítimos” (Art. 37º, Reglamento aprobado por D.S. N° 27175), sino, en este caso, la falta de respuesta del Ente Regulador con respecto a los conflictos de interpretación en los que incurrirían los operados de justicia, lo que, se recalca, no hace a la materia de las Norma recurrida, sino a reclamos concretos de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** sobre cuestiones específicas, que deben ser sustanciadas, como se tiene dicho, en la oportunidad que corresponda, por la vía pertinente y por ante quien sea competente para ello, determinando la improcedencia de lo alegado.

Además, señala la recurrente que:

“...La disposición contenida en el Art. 14 numeral II, no se adecúa a las actividades propias de los trabajadores de esta Administradora de Pensiones toda vez que estos se encuentran sujetas a la LEY GENERAL DEL TRABAJO y no están sujetos al Estatuto del Funcionario Publico (sic) a la Ley No. 1178...”

Sobre ello, son pertinentes las consideraciones que sean aplicables, y la conclusión, que se han hecho constar en el numeral 2.11 supra, entonces, se recalca que siendo deber de la Administración el pronunciamiento de normas lo suficientemente claras, a efectos de que ganen en efectividad, y resultando la palabra “responsabilidades” suficiente para cumplir con ese objetivo, corresponde omitir la palabra “administrativas” que en el artículo controvertido (Par. II) le sigue, de manera tal quede satisfecha la legítima pretensión de la recurrente.

2.13. Obligación de denunciar (Art. 15º del Anexo I).-

A la desafortunada alusión de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, en sentido que “no existe obligación legal de parte de la AFP de denunciar estos indicios y posibles delitos”, debe quedar claro que, amén que la obligación impuesta por el Ente Regulador a las Administradoras de Fondos de Pensiones, no tiene origen legal (en el sentido de que no deviene de una ley), la misma es plenamente legítima, por cuanto, dentro del objetivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, de “velar por el pago de prestaciones, la captación de cotizaciones, la seguridad, solvencia, liquidez, rentabilidad y otras actividades relacionadas...” (Art. 47º, Ley N° 1732, de Pensiones, aplicable al caso por imperio del Art. 34º. Inc. a), del D.S. 0071 de 9 de abril de 2009), la misma es plenamente competente para “regular... -a las- entidades bajo su jurisdicción” (Art. 168º, Inc. b), ley N° 065, de pensiones).

Por tanto, no se puede confundir la obligación reglamentaria de denunciar, privativa de las Administradoras de Fondos de Pensiones, con “la obligación legal... de denunciar” que establece el artículo 286º de la Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999, del Código de Procedimiento Penal.

Antes mas bien, sea que se trate de una sociedad comercial reglada por el Código de Comercio, y no de una entidad pública, la recurrente pasa por alto que, axiológicamente, la razón de su propia existencia radica en que “Todas las bolivianas y los bolivianos tienen el derecho a acceder a la seguridad social” (Art. 45º, Par. I, Const. Pol. del Estado, cuyo

precedente en el 7º, inciso k), Const. de 2 de febrero de 1967), por tanto, los fondos que administra no obedecen a un interés privado sino mas bien a uno público, en tanto la seguridad social hace a una función social.

De manera tal que, corresponde rechazar de plano el alegato y mas bien, recordarle a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, su calidad de representante de los Afiliados, Beneficiarios y Asegurados, con toda la trascendencia que sobre ello se ha hecho constar en el numeral 2.6 supra, por lo que lejos de evitar su carga de denunciar, debiera asumir la responsabilidad de hacer valer su derecho para ello (Art. 284º, Ley N° 1970).

Sin perjuicio de ello, cuando el artículo 15º del controvertido Anexo I, establece el presupuesto "*indicios de la comisión de delitos por parte de las autoridades jurisdiccionales o fiscales, en ejercicio de sus funciones*", resulta evidentemente amplio y en exceso genérico, por cuanto, así señalado, hace al universo de delitos que en ejercicio de sus funciones, pudieran cometer las autoridades jurisdiccionales o fiscales, cuando el extremo debiera estar mas bien delimitado a tales figuras, empero en su ocurrencia dentro de los procesos que lleven adelante y en función de las facultades que les son inherentes, lo que corresponde ser aclarado a los fines de evitar iguales excesos en la interpretación y aplicación futura de la norma.

2.14. Suspensión de la gestión judicial de cobro (Art. 16º del Anexo I).-

En su Recurso Jerárquico, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** señala:

"...La Acción Penal se rige bajo los principios y presupuesto legal establecido en el Código de Procedimiento Penal, disposición normativa especial que en sus artículos 16 y 17 con (sic) concordantes y en ningún caso contradictorio. La APS confunde cuando manifiesta que no corresponde citar al Artículo 16 del CPP porque este norma la Acción Pública y no la Acción Pública a Instancia de Parte,..."

La expresión anterior tiene su origen en lo señalado por el mismo recurrente, a tiempo del Recurso de Revocatoria:

"...La Acción Penal se rige bajo los principios y presupuestos legales establecidos en el Código de Procedimiento Penal, disposición normativa especial que en su artículo 16 expresa:

"ARTICULO 16º.- ACCIÓN PENAL PÚBLICA (...)

...El ejercicio de la acción penal pública no se podrá suspender, interrumpir ni hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley..."

Extremo al que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 206-2013 de 14 de marzo de 2013, ha respondido, en sentido que:

*“...el delito de Apropiación Indebida de Aportes conforme al artículo 345-V del Código Penal, está clasificado como **delito público a instancia de parte**, consecuentemente, invocar el artículo 16 del CPP, no corresponde, porque es para los delitos de acción penal pública...”*

Ahora, como se tiene relacionado, la recurrente alega que existiría una concordancia entre los artículos 16° (Acción penal pública) y 17° (Acción penal pública a instancia de parte) de la Ley N° 1970 (Cód. Pcdto. Penal), por lo que, requiriendo los delitos previsionales de la instancia de las Administradoras de Fondos de Pensiones (como parte denunciante y víctima, en razón de la representación que ostentan), a los mismos les es aplicable la disposición del primer artículo nombrado (16°), en sentido que *“El ejercicio de la acción penal pública no se podrá suspender, interrumpir ni hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley”*.

En realidad, no existe una concordancia entre los artículos 16° y 17° de la Ley N° 1970 (Cód. Pcdto. Penal), por cuanto, no se trata de presupuestos distintos pero que tengan cierta correspondencia, sino que, dentro de la sistematización que importa una codificación, existe una secuencia lógica en la redacción del artículo 17°, con relación a la del 16°.

Así, el artículo 16° establece lo que se debe entender por Acción penal pública, y el 17°, lo que sucede cuando **esa** Acción penal pública, requiere de una instancia de parte.

Por tanto, se equivoca el Ente Regulador cuando pretende una clasificación de la Acción penal pública (en Acción penal pública propiamente dicha, y Acción penal pública a instancia de parte), por cuanto, de la lectura del Capítulo pertinente de la Ley N° 1970 (Cód. Pcdto. Penal), se evidencia que la Acción penal pública es una sola, no haciendo a una división el que pueda ser ejercida únicamente por el Ministerio Público, o ser instada además por una parte.

Entonces y para el caso, es correcto señalar que *“la acción penal pública -aun fuera a instancia de parte- no se podrá suspender, interrumpir ni hacer cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley”*.

Con respecto a lo último señalado, es decir, en la necesario determinación si lo señalado en el artículo 16° del controvertido Anexo I corresponde a uno de *“los casos expresamente previstos por la ley”*, conviene establecer el origen de la suspensión de la gestión judicial de cobro que refiere tal artículo.

Así y cronológicamente, se han pronunciado las disposiciones normativas siguientes:

- a)** El artículo 113° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, establece que:

*“...**Artículo 113. (PAGO DE CONTRIBUCIONES EN MORA).** El Empleador o el Aportante Nacional Solidario en mora podrá, en cualquier momento del proceso, realizar pagos parciales o totales de lo adeudado. Los pagos de las*

contribuciones deberán considerar periodos completos, de acuerdo a reglamento...”

Entonces, el presupuesto permite el pago no obstante encontrarse la acreencia en conocimiento de la autoridad judicial a efectos de su cobranza; sin embargo, el artículo no establece que, por su efecto, se deba suspender tal proceso judicial.

Conforme lo señalado por la recurrente, el artículo 113° de la Ley N° 065 se halla contenido en el Capítulo I, referido a la “*GESTIÓN DE COBRO ADMINISTRATIVO Y PROCESO COACTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL*”, de su Título IV, no pudiéndose extender sus criterios al Proceso Penal, por cuanto el mismo se halla diferenciado en el Capítulo II (*TIPOS PENALES*) del mismo Título IV.

Con respecto a lo que se entiende por gestión de cobro, es necesario remitirse al artículo 106° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, cuando dice:

“...Artículo 106. (COBRANZA). La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal...”

La diferencia entra la Gestión Administrativa de Cobro y los otros dos mencionados (Proceso Coactivo de la Seguridad Social y Proceso Penal), radica en que estos últimos consisten en procesos por ante la autoridad judicial (en su caso, por ante el Ministerio Público pero con igual finalidad), por lo que es correcto hablar de la existencia de una Gestión Administrativa de Cobro y de una gestión judicial de cobro.

En todo caso, constituyendo ambas gestiones de cobro (aunque de diversa vía), hacen en general, a la gestión de cobro a la que se refiere la norma.

- b) El artículo 27° del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, aprobado mediante Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, señala in extenso:

“...ARTÍCULO 27.- (PAGO DE CONTRIBUCIONES EN MORA).

I. En aplicación a lo previsto en el Artículo 113 de la Ley N° 065, la GPS podrá suscribir Convenios de Pago con el Empleador para el pago de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora al SIP. Una vez suscrito el Convenio de Pago, la GPS podrá suspender la prosecución de la gestión de cobro.

*II. La GPS deberá iniciar o continuar **el Proceso Coactivo de la Seguridad Social** en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos de*

incumplido el Convenio de Pago por parte del Empleador. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar o continuar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social.

III. *El Convenio de Pago podrá establecer el pago de la deuda en un plazo máximo de un (1) año a partir de su suscripción.*

IV. *El Convenio de Pago no libera al Empleador del pago de Interés por Mora, Interés Incremental y Recargos con posterioridad a la suscripción del Convenio de Pago.*

V. *Los periodos comprendidos en el Convenio de Pago deberán contemplar siempre el pago del mes vigente, a efectos de que el Empleador no genere nuevos periodos en mora.*

VI. *Una vez suscrito el Convenio de Pago por el Empleador y la GPS, el mismo deberá contar con la homologación de la APS...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Entonces, el presupuesto que permite el pago, no obstante encontrarse la acreencia en conocimiento de la autoridad judicial a efectos de su cobranza, es aplicable en cuanto se refiere al Proceso Coactivo de la Seguridad Social, no así en lo que respecta al Proceso Penal por delitos previsionales.

Nótese que el artículo prevé “suspender la prosecución de la gestión de cobro”, empero “En aplicación a lo previsto en el Artículo 113 de la Ley N° 065”, entonces, únicamente en lo referido a la “Gestión de Cobro Administrativo y Proceso Coactivo de la Seguridad Social” y no así al Proceso Penal.

- c)** Finalmente, el artículo 16° del controvertido Anexo I, el que al disponer la suspensión de la gestión judicial de cobro en los Procesos Coactivos Sociales y en los Procesos Penales, señala pronunciarse “de conformidad a lo dispuesto por el artículo 27 párrafo I del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011”; no obstante, en cuanto a los Procesos Penales, no guarda conformidad con el mismo, por cuanto y conforme lo visto, el precitado artículo 27°, al encontrarse pronunciado “En aplicación a lo previsto en el Artículo 113 de la Ley N° 065”, resulta estar referido únicamente a los Procesos Coactivos Sociales.

Por lo demás, ni la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones (Anexo I) al que se refiere la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013, ni la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°456-2012 de 28 de junio de 2012, “que aprueba el “Procedimiento para la Suscripción y Homologación de Convenios de Pago por Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en Mora al Sistema Integral de Pensiones” (según menciona la recurrente), constituyen leyes en los términos del artículo 16° de la Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999 (Cód. Pcdto. Penal).

Se deja constancia que la última norma señalada (Ley N° 1970, del Código de Procedimiento Penal), establece en su artículo 23°, la posibilidad de la suspensión condicional del proceso, figura a la que debe acomodarse cualquier normativa que se pretenda al respecto.

Conforme se puede percibir de todo lo hasta aquí relacionado, se ha afectado el derecho de las ahora recurrentes, a obtener una resolución debidamente fundamentada y justificada en los términos de la Sentencia Constitucional 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010 (ya supra mencionada), y que contenga una exposición concisa y razonable que permita conocer, de forma indubitable, las razones que llevaron a tomar la decisión, extremo que se extraña en las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, y APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013.

Para el caso, resultando tal extremo insubsanable, corresponde disponer la reposición de obrados, a efectos se corrija el vicio señalado, esto es y en tanto corresponda, se pronuncie una nueva disposición que se encuentra debidamente justificada, fundamentalmente en lo que atañe a los Procesos Penales, dada la concepción jurídica que imposibilitaría una suspensión de la forma que pretende el Regulador.

2.15. Solicitud de información (Art. 18° del Anexo I).-

El extremo hace a igual idea que fuera expuesta por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** en oportunidad de su Recurso de Revocatoria de 13 de febrero de 2013; en razón a resultar más clara en el último nombrado, se la transcribe a continuación:

“Mediante Cite PREV-OP-0204-02-11, PREV-OP-1485-10-11 y PREV-COB 493/12/2012, esta Administradora puso a conocimiento de la APS, que las instituciones como ser el SIN, MINISTERIO DE TRABAJO y CAJA NACIONAL DE SALUD no quieren otorgar las respectiva (sic) certificaciones mismas que solicitamos por la vía judicial, también se ha pedido que la APS interceda ante estas instituciones pero sin embargo hasta la fecha no hemos recibido respuesta, no pudiendo tener acceso de manera directa a la información de estas instituciones, debiendo hacerlos a través de su autoridad; hacer esta gestión antes de iniciar los Procesos Judiciales imposibilitara (sic) cumplir con los plazo (sic) legales para la presentación en termino (sic) de las demandas y denuncias, ante lo cual se debería considerar la ampliación de dichos plazo (sic) por parte de la autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros...”

El extremo permite las dos consideraciones siguientes:

- Conforme se ha señalado en los supra numerales 2.2.2 y 2.6, no resulta el controvertido Anexo I, el que “afecte, lesione o cause perjuicios en su derechos subjetivos o intereses legítimos” (Art. 37°, Reglamento aprobado por D.S. N° 27175), sino, en este caso, la demora de las diversas entidades mencionadas, lo que no hace a la materia de las Norma recurrida, sino a reclamos concretos de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** sobre cuestiones específicas, que deben ser sustanciadas, como se tiene dicho, en la oportunidad

que corresponda, por la vía pertinente y por ante quien sea competente para ello, determinando la improcedencia de lo alegado.

- No obstante, el tema pudiera tener trascendencia en lo que atañe al controvertido Anexo I, en concreto a lo que establecen sus artículos 3 y 4, en cuanto a que:
 - *“...la GPS deberá iniciar obligatoriamente el Proceso Coactivo de la Seguridad Social en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyó en Mora o Presunción de Mora...”* (Art. 3, PROCESO COACTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL).
 - *“...la GPS deberá iniciar obligatoriamente el Proceso Penal por el Delito Provisional de Apropiación Indevida de Aportes establecido en el artículo 118 parágrafo I de la Ley N° 065 de Pensiones, en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, computables desde que el Empleador se constituyó en mora...”* (Art. 4, PROCESO PENAL POR DELITOS PREVISIONALES).

Sin embargo, la recurrente no señala y menos justifica, el porqué esos plazos, cada uno de ciento veinte días (en apariencia, suficientemente amplios), le resultan a ella, breves a los fines buscados por el artículo 18° del Anexo I, por cuanto los fundamentos que ha señalado y la prueba que ha acompañado, hacen a las conocidas dificultades en la gestión de trámites por ante diversas dependencias de la Administración Pública, empero ello no importa que tales trámites no puedan ser concluidos, satisfactoriamente, a tiempo para su presentación.

Debe tenerse presente además, que, como se establece de la redacción de los propios los artículos impugnados, los mismos devienen y guardan conformidad, con las previsiones de los artículos 22° y 23° (respectivamente) del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, aprobado mediante Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, es decir, que la norma ahora impugnada no ha introducido el plazo de inicio de los procesos, sino que el mismo corresponde al Reglamento precitado, el que se encuentra en plena vigencia sin lugar a oportuna controversia.

Por consiguiente, corresponde rechazar el alegato.

2.16. Participación en otros procesos judiciales (Art. 20° del Anexo I).-

Sobre el artículo 20° del controvertido Anexo I, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala que:

“...ameritaría que la AFP tenga que conocer cuanto proceso judicial ordinario se tramita en el país (demandas civiles por acciones reales, acciones personales, acciones ejecutivas, coactivas, acciones sucesorias, hasta las de división y partición

de bienes gananciales en demandas matrimoniales, etc, etc), hecho que es imposible...”

Y PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. amplía la idea, al establecer que:

“...La APS tiene la obligación legal de reglar con precisión cuáles son esos procesos en los que la AFP debe participar y no de manera general y abstracta manifestar que debe participar cuando corresponda (...)

...el Artículo mencionado -se refiere al 149º, inciso j,) de la Ley N° 065, de Pensiones- únicamente ordena que esta Administradora debe de INICIAR Y TRAMITAR procesos y no así tomar participación en todo proceso judicial, sin que estemos legalmente citados (...)

La APS no se manifiesta con respecto a la negativa de los jueces de dar participación en otros procesos judiciales pese a la prueba presentada en Recurso de Revocatoria...”

Ambas expresiones hacen a lo señalado en el controvertido Anexo I, aquí transcrito a la letra:

“...ARTÍCULO 20. (PARTICIPACIÓN EN OTROS PROCESOS JUDICIALES).- De conformidad al artículo 149 literal j) de la Ley N° 065, la GPS tiene la obligación de iniciar, tramitar o de tomar participación en todo proceso judicial cuando corresponda, con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados al SIP”.

No obstante, los agravios así expresados, si bien resultan en una pretensión legítima de las recurrentes, se encuentran fundados más bien, en su propia susceptibilidad (como tal, inatendible en derecho), extremo al que se concluye cuando, de la atenta lectura del artículo 20º, resulta el mismo ser aplicable en el presupuesto **“cuando corresponda”**, lo que determina que, su incumplimiento no les sea imputables a las ahora recurrentes, en la eventualidad que no haga a su responsabilidad la imposibilidad, de participar en los otros juicios a los que se refiere la norma.

Por consiguiente, los alegatos a este respecto resultan también infundados.

2.17. Marco reglamentario sancionador.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES señala también, que:

*“...Toda vez que durante el periodo de administración transitorio de las AFP, la responsabilidad no corresponde a la función pública y recae en la empresa, previo cumplimiento de las formalidades que garanticen el debido procedimiento administrativo sancionatorio; es imperativo reiterar a la luz del Principio de Búsqueda de la Verdad Material, que **no existe un marco reglamentario sancionador** aplicable al incumplimiento de las obligaciones o comisión de infracciones de la Gestora*

Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo; reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia; aspecto sobre el cual no se ha pronunciado la APS, careciendo el acto administrativo de la debida fundamentación y congruencia...”

Al respecto, es pertinente reproducir el precedente de regulación financiera, de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 042/2013 de 4 de julio de 2013, conforme a su transcripción siguiente:

“...se considera lo que la propia recurrente ha señalado, en sentido de encontrarse vigente lo dispuesto por artículo 168° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que en lo pertinente, a la letra señala:

“...Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN). El Organismo de Fiscalización -se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- tiene las siguientes funciones y atribuciones: (...)

*b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y **sancionar a** la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras **entidades bajo su jurisdicción**, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

*Entonces, en principio, es plenamente legítimo el ejercicio sancionatorio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realiza sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, así sea que “por... nuestra Constitución Política del Estado,... la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia”, o que “por imperio de la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I “...**abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones** y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley”, como lo señala la recurrente.*

*Con respecto a lo expresado supra (la dispuesta abrogación de las disposiciones normativas que resulten **contrarias** a la Ley N° 065), en particular, habiendo sido señalado “el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones”, cabe dejar constancia que, si por contrario, en el diccionario, se entiende a lo “Que se muestra completamente diferente a otra; en el otro extremo”, y no resultando la normativa sancionatoria señalada contraria a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), como lo exige el artículo 198°, parágrafo II, de la misma, sino más bien, concordante con su artículo 168, inciso b), extremo*

evidenciable de la compulsión de las mismas, entonces, debe concluirse en que la normativa sancionatoria en la que ha fundamentado su accionar el Ente Regulador, es plenamente aplicable al caso.

En este sentido, corresponde dejar establecido que, pese a lo referido en su alegato, la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** no ha demostrado que la normativa sancionatoria sea contraria a la Ley precitada.

Asimismo, estando clara la legitimidad sancionatoria que de la que se encuentra embestida la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la aplicación de los criterios rectores del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, constituye una garantía de que el Ente sancionador no habrá de obrar en base a criterios discrecionales y arbitrarios en contra de los sancionados, sino todo lo contrario; en este sentido, es válido el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013, que a la letra se pronuncia:

“...Quedando claro entonces que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios, **en el marco** de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y la propia normativa del Sistema Integral de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que hubiere lugar.

Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VIII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No. 065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicado en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación.”

Consiguientemente, amén de no haber existido en el caso, una aplicación forzosa de tal normativa, cual lo sugiere la recurrente al utilizar el adverbio a ultranza, se concluye más bien en su aplicación razonada y fundamentada, como efecto de la consideración del propio Reglamento señalado...”

Por consiguiente y siendo innecesario pasar a mayores consideraciones al respecto, corresponde rechazar el alegato.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis a tiempo de implementar los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 7°, 8°, 10°, 11°, 17°, 18° y 19°, del Anexo I a la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, no sucediendo lo mismo en cuanto a sus artículos 4°, 6°, 9°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16° y 20°, con respecto a los cuales, se extraña el

fundamento que permita establecer los alcances a la obligación de respaldar la denuncia, que resulte en “*un plazo prudente*” y suficiente para su cumplimiento (en el caso del artículo 4º), y la disposición sobre producción de la prueba a lo alegado por la recurrente (en el caso del artículo 12º), habiéndose determinado además que en el caso del artículo 16º, no guarda conformidad con la norma que dice que lo fundamenta, y por último, en el caso del artículo 20º, resulta en exceso abstracto y genera fundada y justificadamente susceptibilidad, lo que lo hace no recomendable en Derecho.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance parcial cuando ratifique en parte y modifique parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- I. CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, modificándola y ratificándola en parte, conforme a lo siguiente:

- a) Se ratifican los artículos **1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 10º, 11º, 17º, 18º, 19º y 20º**, del Anexo I aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013 que fuera confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013 .
- b) Se modifican los artículos **6º, 9º, 13º, 14º y 15º** el Anexo I de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, conforme lo siguiente:

“ARTÍCULO 6. (DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS O PREPARATORIAS).- I. En virtud a lo establecido en el artículo 111 parágrafo I de la Ley N° 065, la GPS a tiempo

de plantear la demanda coactiva social, deberá solicitar a la autoridad jurisdiccional se dicte las medidas precautorias necesarias para precautelar el cobro de los adeudos al SIP.

II. La GPS al momento de plantear la denuncia penal por Delitos Previsionales, deberá solicitar las medidas cautelares de carácter real, necesarias con la finalidad de asegurar la reparación de daños y perjuicios ocasionados (sin perjuicio de otras medidas cautelares que correspondan).

III. Las medidas precautorias concedidas en los procesos judiciales PCS, y las medidas cautelares de carácter real concedidas en lo proceso judiciales PP, deberán ejecutarse con toda responsabilidad, diligencia y eficacia, con el fin de garantizar los resultados del juicio."

"ARTÍCULO 9. (DEBER DE ATESTIGUAR).- El representante legal de la GPS, que se apersona en el PP, con la necesaria y suficiente diligencia, deberá prestar su Declaración Informativa Policial dentro de la investigación preliminar, y atestiguar conforme a lo establecido en el procedimiento penal, guardando la debida diligencia."

"ARTICULO 13. (DE LAS EXCEPCIONES E INCIDENTES).- **I.** La GPS en los PCS y PP deberá obligatoriamente responder fundadamente a todas las excepciones e incidentes que presenten o planteen los demandados y/o denunciados.

II. El responder las excepciones e incidentes en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables conllevará a las responsabilidades y sanciones correspondientes."

"ARTÍCULO 14. (DE LA OBLIGACIÓN DE RECURRIR).- **I.** La GPS en los PCS y PP deberá obligatoriamente presentar los recursos o impugnaciones que le franquea la ley contra toda decisión desfavorable en todo o en parte emitida por el órgano jurisdiccional, el juez, tribunal o Ministerio Público.

II. El presentar recursos en forma extemporánea o con defectos formales insubsanables conllevará las responsabilidades y sanciones correspondientes, que de esta omisión emanen.

III. En el caso que el recurso fuera planteado por los demandados o denunciados, la GPS, deberá obligatoriamente responder a los mismos dentro de los plazos y procedimiento establecido por ley."

"ARTÍCULO 15. (OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR).- En caso de que en cumplimiento de las obligaciones señaladas por la Ley N° 065, de Pensiones, y dentro de los procesos PP y PCS que se lleven adelante, se verifique o detectaren indicios de la comisión de delitos por parte de las autoridades jurisdiccionales o fiscales, en

ejercicio de sus funciones, la GPS deberá formular la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público o autoridad competente, y será comunicada a la APS."

II. ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, **inclusive**, únicamente en lo referido a los **artículos 12° y 16°** del Anexo I aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

III. La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, deberá ajustar y adecuar la terminología de medidas cautelares en todo el Reglamento.

IV. La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, deberá emitir la versión ordenada de la Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones, conforme las determinaciones de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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



RECURRENTE

MARTHA EMILIA DOTZAUER DE ELLEFSEN

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/N° 440-2013 DE 08 DE MAYO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 051/2013 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 051/2013

La Paz, 10 de Septiembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **Sra. MARTHA EMILIA DOTZAUER DE ELLEFSEN** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 440-2013 de 8 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 219-2013 de 18 de marzo de 2013, emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 047/2013 de fecha 22 de junio de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 099/2013 de fecha 04 de julio de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 28 de mayo de 2013, la **Sra. MARTHA EMILIA DOTZAUER DE ELLEFSEN**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 440-2013 de 8 de mayo de 2013, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/5773/2013 recepcionada en fecha 31 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió el Recurso Jerárquico interpuesto por la **Sra. MARTHA EMILIA DOTZAUER DE ELLEFSEN**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 440-2013 de 8 de mayo de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 5 de junio de 2013, notificado en fecha 12 de junio de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 440-2013 de 8 de mayo de 2013.

CONSIDERANDO:

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/DPC/128/2012 (sic) con fecha de recepción del 26 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, comunica a la **Sra. MARTHA EMILIA DOTZAUER DE ELLEFSEN**, lo siguiente:

"...Mediante la presente, acusamos recibo de su Memorial de referencia, en la que adjunta copias de las notificaciones realizadas por BBVA Previsión AFP S.A. respecto a la anulación de su trámite de Pensión de Vejez.

Sobre el particular, corresponde señalar, que los beneficios otorgados por el Sistema Integral de Pensiones, deben disponerse de conformidad con los requisitos establecidos en la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y su Decreto Reglamentario N° 0822 de 16 de marzo de 2011. En el presente caso, usted no cumple los requisitos de acceso establecidos en el Artículo 8 inciso c) de la Ley N° 065 de Pensiones.

"Artículo 8 (CONDICIONES DE ACCESO). El Asegurado accederá a la Prestación de Vejez cuando cumpla una de las siguientes condiciones:

(...)

- c) *A partir de los cincuenta y ocho (58) años de edad independientemente del monto acumulado en su Cuenta Personal Previsional, **siempre y cuando cuente con una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos** y financie un monto de Pensión de Vejez, mayor al monto de la Pensión Solidaria de Vejez que el correspondería de acuerdo a su Densidad.*

De conformidad con la información remitida, usted cuenta con un Certificado de Compensación de Cotizaciones Global con una Densidad de cuarenta y tres (43) Aportes efectuados al Sistema de Reparto, cuyo monto fue acreditado en su Cuenta Personal Previsional en fecha 26 de noviembre de 2010. Asimismo, se observa en su Estado de Ahorro Previsional, el registro de cinco (5) Aportes, con lo que alcanza a una Densidad de cuarenta y ocho (48) Aportes en el Sistema Integral de Pensiones, densidad que no cumple con la condición "sine qua non" establecida en el Artículo 8 inciso c) de la Ley N° 065 de Pensiones.

Por otra parte, informamos el requisito para el acceso a Retiros Mínimos ó Retiro Final que establece el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011 (D.S. 0822/2011), el cual es propio a su caso:

"ARTÍCULO 172.- (REQUISITOS DE ACCESO). El Asegurado o sus Derechohabientes, podrán de manera voluntaria acceder al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, cuando el Asegurado cumpla alguna de las siguientes condiciones:

"...

b) Tenga sesenta (60) o más años de edad, y con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional más la CCM cuando corresponda, financie una Pensión de Vejez **menor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional** vigente y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez..." (Las negrillas no forman parte del texto).

De conformidad con lo establecido por el Artículo 172 inciso b) del D.S. 0822/2011, usted no cumple con la condición de acceso a Retiro Final, debido a que el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional le financia una Pensión de Vejez mayor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente.

Sin embargo, la AFP otorgó a usted una Pensión, sin cumplir los requisitos que (sic) establecidos en norma vigente, razón por la que, la AFP procedió con la notificación de la suspensión del pago de la Pensión, así como la restitución del cien por ciento (100%) de las Cuotas transferidas al Fondo de Vejez, a su Cuenta Personal Previsional. Asumiendo con recursos propios los pagos efectuados a su persona desde la suscripción de la Solicitud de Pensión de Vejez.

En relación a su requerimiento de Resolución Administrativa que exprese la negativa a su solicitud, comunicamos a usted que el mismo será considerado una vez que éste sea solicitado a esta Autoridad dentro del plazo de los cinco (5) días hábiles administrativos de entregada la presente nota, conforme establecen los artículos 19 y 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

En consecuencia, en virtud a lo establecido por el Artículo 168 incisos a), d), h), y n) de la Ley N° 065 de Pensiones, no es posible atender su solicitud, toda vez que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debe cumplir y hacer cumplir la normativa vigente en el marco de las atribuciones que la Ley le confiere.

Adicionalmente, es importante señalar que este tipo de casuística, ha sido puesta en conocimiento del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, para su consideración y fines consiguientes..."

Que mediante memorial presentado en fecha 4 de marzo de 2013, la **Sra. MARTHA EMILIA DOTZAUER DE ELLEFSEN**, solicita a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, consignar en Resolución Administrativa la nota APS/DPC/128/2012 (sic) con fecha de recepción del 26 de febrero de 2013.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/Nº 219-2013 DE 18 DE MARZO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 219-2013 de 18 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, consigna en Resolución Administrativa la nota APS/DPC/128/2012 (sic) con fecha de recepción del 26 de febrero de 2013, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Los argumentos de la mencionada Resolución Administrativa, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que de la evaluación y análisis a los antecedentes del presente caso, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) considera lo siguiente:

Que en fecha 14 de diciembre de 2012, la Asegurada Martha Emilia Dotzauer de Ellefsen con CUA 25999187 presenta en esta Autoridad memorial, haciéndonos conocer que BBVA Previsión AFP S.A. mediante nota PREV-PR-JUB-699-2012 de 29 de junio de 2011 (sic), le comunicó la suspensión de la Pensión de Vejez a partir de junio 2012, al no cumplir las condiciones establecidas en el inciso c) del Artículo 8 de la Ley Nº 065 de Pensiones. Asimismo, la Sra. Dotzauer solicita acceder al pago de la Compensación de Cotizaciones Global cuyo monto asciende a Bs136.226,16 (CIENTO TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS 16/100 BOLIVIANOS).

Que mediante nota APS/DPC/128/2012 de 08 de enero de 2013, la APS da respuesta al memorial presentado por la Asegurada mencionada, señalando que no cumple los requisitos de acceso establecidos en el Artículo 172 inciso b) del Decreto Supremo Nº 822 de 16 de marzo de 2011.

Que en fecha 04 de marzo de 2013, la Asegurada con memorial de 01 de marzo 2013 solicita a la APS consignar en Resolución Administrativa la nota APS/DPC/128/2012 de 08 de enero de 2013(sic), argumentado lo siguiente:

*“**MARTHA EMILIA DOTZAUER DE ELLEFSEN**, abogada de profesión, mayor de edad, titular de la cedula de identidad **Nº 75393 Cbba.**, dentro la **SOLICITUD DE PAGO GLOBAL**, mediante memorial de fecha 31 de diciembre de 2012 y **RESPUESTA** mediante **CITE: APS/DPC/128/2012(sic) de 08 de enero de 2012(sic)**, ante esa Superioridad con el debido respeto digo:*

*En tiempo hábil cumplo con lo determinado en la **RESPUESTA CITE: APS/DPC/128/2012 de 08 de enero de 2012**, conforme a lo establecido en los artículos 19 y 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicitando se sirva consignar el acto administrativo: **RESPUESTA CITE: APS/DPC/128/2012(sic) de 08 de enero de 2012(sic) en una RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DEBIDAMENTE FUNDADA Y MOTIVADA** con el fin de hacer uso del recurso de revocatoria que me otorga la ley de especial pronunciamiento para los*

efectos impetrados, así como aquellos recursos ordinarios, extraordinarios y constitucionales establecidos Ley(sic).

Su Autoridad indica que en virtud a lo establecido por el Artículo 168 incisos a), d), h) y n) de la Ley N° 055 (sic) de pensiones no es posible atender mi solicitud, por cuanto indica que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debe cumplir y hacer cumplir la normativa vigente en el marco de las atribuciones que la ley le confiere.

Sin embargo la Superioridad deberá en forma previa considerar, que si bien el artículo 8 de la Ley 065 no me permite ACCEDER A LA PRESTACIÓN DE VEJEZ por no contar con la densidad de aportes requeridos, mi petición de PAGO GLOBAL se encuentra amparada en los artículos 27, 149 Inc. b) c) d) n) r) de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2012 y en la correcta interpretación del art. 172 del D/S(sic) 0822/2011, mismos que a la letra dicen:

El Art 27 "Si el asegurado ha realizado menos de sesenta (60) cotizaciones al Sistema de Reparto hasta el 30 de abril de 1997, recibirá una Compensación de Cotizaciones Global por una sola vez, equivalente a 100 veces la Compensación de Cotizaciones Global resultante del cálculo previsto en la presente ley; cabe señalar que yo realice antes de abril de 1997 menos de sesenta cotizaciones.

Por su parte el Art. 149 Inc. a) b) c) d) dice: La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes atribuciones: a) Cumplir con la Constitución Política del Estado, b) Administrar la totalidad de los registros generados en el Sistema Integral de Pensiones b) Administrar la totalidad de los registros(sic) c) Gestionar y pagar las prestaciones, beneficios y pagos conforme a la ley y sus reglamentos d) Prestar servicios a los asegurados o a quienes tengan derecho a ser asegurados sin discriminación. r) No efectuar actos que generen conflictos de interés.

Su Autoridad cita in extenso el Art. 172 del D/S(sic) 0822/2011, indicando que es mi caso. De la lectura e interpretación cuidadosa de la citada normativa se tiene que, el asegurado(sic) podrá de manera voluntaria acceder al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional cuando el asegurado(sic) **cumpla con alguna de las siguientes condiciones:** Inc. b) Tenga sesenta (60) años o más de edad, y con el saldo acumulado en su cuenta(sic) Personal Previsional, más la CCM cuando corresponda, financie una pensión de vejez menor al sesenta por ciento (60%), del Salario Mínimo Nacional vigente y no cumpla los requisitos de acceso a la pensión solidaria de vejez (sic).

Al parecer la interpretación de la AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS, en mi caso, se debe a que no cumplo con **una pensión de vejez menor al sesenta por ciento (60%), del Salario mínimo(sic) nacional(sic)**, interpretación errónea ya que cumplo plenamente con dos de los requisitos: 1) tengo más de más de sesenta años (en unos días cumplo 68), 2) No puedo acceder a la pensión solidaria de vejez según el art. 8 inc. c) de la Ley 065 de Pensiones.

En consecuencia al ordenar el art. 172 in fine, que el asegurado(sic) podrá de manera voluntaria acceder al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional cuando el asegurado(sic) cumpla con **alguna** de las siguientes condiciones y yo cumpla con dos de las(sic) ellas, corresponde plenamente el **PAGO GLOBAL** impetrado.”

Que de la evaluación del caso de autos, es pertinente señalar la normativa aplicable al presente caso.

- **Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.**

“**Artículo 8 (CONDICIONES DE ACCESO).** El Asegurado accederá a la Prestación de Vejez cuando cumpla una de las siguientes condiciones:

...

c) A partir de los cincuenta y ocho (58) años de edad, independientemente del monto acumulado en su Cuenta Personal Previsional, siempre y cuando cuente con una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos y financie un monto de Pensión de Vejez, mayor al monto de la Pensión Solidaria de Vejez que el (sic) correspondería de acuerdo a su Densidad de Aportes.”

“**Artículo 27 (COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES GLOBAL).** Si el Asegurado ha realizado menos de sesenta (60) cotizaciones al Sistema de Reparto hasta el 30 de abril de 1997, recibirá una Compensación de Cotizaciones Global por una sola vez, equivalente a cien (100) veces la Compensación de Cotizaciones resultante del cálculo previsto en la presente Ley.

El monto de la Compensación de Cotizaciones Global será acreditado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, una vez que el Asegurado cumpla la edad de cincuenta y cinco (55) años para hombres y cincuenta (50) años para mujeres, previo cumplimiento de requisitos establecidos en reglamento.”

- **Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011.**

ARTÍCULO 172.- (REQUISITOS DE ACCESO). El Asegurado o sus Derechohabientes, podrán de manera voluntaria acceder al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, cuando el Asegurado cumpla alguna de las siguientes condiciones:

b) Tenga sesenta (60) o más años de edad, y con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional más la CCM cuando corresponda, financie una Pensión de Vejez menor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez...”

- **Decreto Supremo N° 1213 de 01 de mayo de 2012,** el cual establece el Salario Mínimo Nacional de Bs1.000,00 (sic) (Un Mil 00/100 Bolivianos).

Que en virtud a lo expuesto anteriormente, corresponde realizar el siguiente análisis técnico – jurídico de la solicitud de la Asegurada Martha Emilia Dotzauer de Ellefsen.

Que respecto a los argumentos presentados por la Asegurada, corresponde señalar que conforme dispone el Artículo 27 de la Ley N° 065 de Pensiones, la Sra. Dotzauer realizó menos de sesenta (60) cotizaciones, razón por la que el SENASIR en reconocimiento a sus aportes emitió en fecha 22 de junio de 2010 a su favor, el Certificado de Compensación de Cotizaciones Global (CCG) por un monto de Bs136.226,16 (CIENTO TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS MIL 16/100 BOLIVIANOS).

Que corresponde aclarar que cuando el Artículo 27 señala: "Si el Asegurado ha realizado menos de sesenta (60) cotizaciones al Sistema de Reparto hasta el 30 de abril de 1997, recibirá una Compensación de Cotizaciones Global por una sola vez..." se refiere al proceso de reconocimiento de aportes que el SENASIR debe efectuar mediante la emisión del Certificado de CCG, sin embargo, el pago o desembolso se encuentra normado en el Parágrafo II del mismo Artículo 27, el cual señala que la CCG será acreditada en la Cuenta Personal Previsional (CPP). En el presente caso, la totalidad de los recursos reconocidos por el SENASIR fueron transferidos por el TGN a la CPP de la Sra. Dotzauer, aspecto que verificado el Estado de Ahorro Previsional de la Asegurada efectivamente sucedió, en cumplimiento a la norma vigente.

Que una vez acreditado el monto en la CPP, el Saldo Acumulado en la misma, debe ser dispuesto conforme a Ley y Decreto Reglamentario. Los requisitos de acceso a Retiro Final se detallan en el Artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822, que señala:

"ARTÍCULO 172.- (REQUISITOS DE ACCESO). El Asegurado o sus Derechohabientes, podrán de manera voluntaria acceder al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, cuando el Asegurado cumpla alguna de las siguientes condiciones:

a) Tenga cincuenta y ocho (58) años de edad, no cuente con ciento veinte (120) aportes al SSO y al SIP y no financie una pensión igual o mayor al sesenta por ciento (60%) del salario mínimo nacional vigente y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez.

b) Tenga sesenta (60) o más años de edad, y con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional más la CCM cuando corresponda, financie una Pensión de Vejez menor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez.

c) Independientemente de la edad, cuando el Asegurado sea declarado inválido con cincuenta por ciento (50%) o más de grado de invalidez y no cumpla los requisitos de cobertura para acceder a la Prestación de Invalidez por Riesgo Común. Profesional o Laboral, ni los requisitos de acceso a la Pensión de Vejez.

d) Hubiera fallecido siendo menor de cincuenta y ocho (58) años de edad y no cumpla los requisitos de cobertura para acceder a la Pensión por Muerte derivada de Riesgo Común, Profesional o Laboral, ni los requisitos de acceso a la Pensión por Muerte derivada de Vejez o de Solidaria de Vejez.

e) Fallezca habiendo generado el derecho a Pensión por Muerte derivada de Riesgos y tenga en su Cuenta Personal Previsional, Cotizaciones Adicionales.

f) Que hubiera suscrito un Contrato de Jubilación de Mensualidad Vitalicia Variable o Seguro Vitalicio en el SSO, y tuviera aportes acreditados con posterioridad a la fecha de solicitud de jubilación.

g) Que sea rentista del Sistema de Reparto.”

Que conforme señala la disposición transcrita se establece el cumplimiento de **alguna** de las siete (7) condiciones señaladas en los incisos a), b), c), d), e), f) y g), y no así el cumplimiento de **alguno de los requisitos** establecidos en cada inciso.

Que considerando el caso de la Asegurada, corresponde la aplicación del inciso b) que determina el **cumplimiento conjunto** de los siguientes requisitos:

1. Tenga sesenta (60) o más años de edad, **y**
2. con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional más la CCM cuando corresponda, financie una Pensión de Vejez menor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente **y**
3. no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez.

Que la Sra. Dotzauer cumple con el primer requisito ya que tiene 68 años de edad.

Que asimismo cumple con el tercer requisito, ya que cuenta con una Densidad de 48 aportes al Sistema Integral de Pensiones.

Que sin embargo, **no cumple** con el segundo requisito debido a que financia una pensión mayor al sesenta por ciento (60%) del SMN vigente. De acuerdo a los antecedentes, la Asegurada accedió a una Pensión de Vejez con una Fracción de Saldo Acumulado de Bs931,19, mayor al sesenta por ciento (60%) del SMN de Bs600. Es importante indicar, que la Pensión de Vejez actualmente se encuentra suspendida por BBVA Previsión AFP S.A., habiéndose restituido las Cuotas transferidas al Fondo de Vejez, a la CPP de la Asegurada.

Que **al no cumplir con todos los requisitos** establecidos en el inciso b) del Artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822, corresponde ratificar lo manifestado por esta Autoridad en nota APS/DPC/128/2012 (sic) de 08 de enero de 2013, respecto a la imposibilidad de que la Sra. Dotzauer acceda al Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional.

Que finalmente, corresponde atender la solicitud de la Asegurada Martha Emilia Dotzauer de Ellefsen, para lo cual se debe consignar en Resolución Administrativa la nota APS/DPC/128/2012 (sic) de 08 de enero de 2013...”

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial de 5 de abril de 2013, la **Sra. MARTHA EMILIA DOTZAUER DE ELLEFSEN**, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 219-2013 de 18 de marzo de 2013, con los siguientes argumentos:

“...**II FUNDAMENTOS DE ORDEN LEGAL y (sic) CONSTITUCIONAL.-** La RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/N° 219-2013 en el tercer párrafo del **primer CONSIDERANDO** a la letra dice “Que el Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, se crea la ex autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP como una

institución que Fiscaliza, Controla, Supervisa y Regula la Seguridad Social de largo Plazo, **considerando la normativa de pensiones, la Ley 3791 de 28 de noviembre de 2007 de la Renta Universal de Vejez; y sus reglamentos en tanto no contradigan lo dispuesto a la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**". (las negrillas y rayado son nuestras).

Más adelante en el **tercer CONSIDERANDO** señala la siguiente normativa: art. 8 Inc. c) y 27 de la Ley N° 065 de 10.12.2010; D/S (sic) N° 0822 de 16.03.2011 y D/S (sic) N° 1213 de 01.05.2012 y evalúa el caso de autos apartándose diametralmente del principio esgrimido en primer CONSIDERANDO, mismo que por su importancia vuelvo a repetir: "la normativa de pensiones, la Ley 3791 de 28 de noviembre de 2007 de la Renta Universal de Vejez; y sus reglamentos **en tanto no contradigan lo dispuesto a la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**". (las negrillas y rayado son nuestras)

La CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA en su art. 14 Inc. III establece a la letra que: **"El Estado garantiza a todas las personas y colectividades sin limitación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución y las leyes."** por su parte el art. 45 Inc. II e Inc. IV de la misma Ley de Leyes ordena y garantiza a la letra: **"La seguridad social se presta bajo los principios de universalidad, integridad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad, interculturalidad y eficacia..."**, **"El Estado garantiza el derecho a la jubilación, con carácter universal, solidario y equitativo"**.

Cabe señalar que, de ser correcta y evidente la interpretación de la evaluación técnica del caso Autos emitida por la Superioridad, podemos concluir que no existe una norma expresa que regule la devolución de aportes en el caso de autos, en cuyo caso, será necesario que proceda la Superioridad a reglamentar la ley, con las atribuciones que le confiere el art. 168 Inc. j) de la Ley de Pensiones N° 065, de 10.12.2010, ya que una interpretación contraria a la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia únicamente puede ser subsanada con una reglamentación específica para los casos como el mío, en el que ni me pueden otorgar una renta de vejez, ni me pueden devolver mis aportes, a pesar de estar plenamente verificada la existencia de mi saldo(sic) acumulado(sic) en mi Cuenta Personal Previsional.

La interpretación errada(sic) de la ley efectuada por la Superioridad, o la Ley en sí misma si la interpretación es correcta; es absolutamente discriminatoria ya que por el simple hecho de **no cumplir** con una pensión mayor al 60 por ciento (60 %) del SMN se me está excluyendo de un derecho establecido y garantizado por nuestra Ley de Leyes.

Es irrenunciable el derecho a percibir un pago global por cuanto existe en los hechos un saldo acumulado, ya sea porque se funda en una correcta interpretación de la ley, o ya sea porque la ley deberá ser fundamentada en una reglamentación adecuada que no vulnere principios constitucionales.

III.- PETITORIO.- Por lo expuesto, al amparo de los artículos 167, 168 Inc. k) y j) de la Ley de Pensiones 065 de 10/12/2010; artículo 64 de la Ley de Procedimiento Administrativo,

arts. 18, 19 y 20 del D/S(sic) 27175; art. 14 Inc. 3 y art. 45 Incs. II y IV, de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, interpongo **RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/N° 229-2013, dictada por LA AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA**, por estar fundada **EN UNA INTERPRETACIÓN ERRADA** de la normativa de especial pronunciamiento para el caso de Autos, o porque la ley en sí misma **NO CUMPLE** con los principios y garantías constitucionales establecidas y ordenados por la **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA**, debiendo declararse **EN FORMA EXPRESA EN RESOLUCIÓN** que **mi derecho de cobro al saldo(sic) acumulado(sic) en mi Cuenta individual(sic) es irrenunciable, por cuanto está garantizado por la Ley de Leyes, en mérito a que, la Seguridad Social debe ser prestada bajo los principios de universalidad, integridad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, oportunidad interculturalidad y eficacia, siendo el Estado el que garantiza el derecho a la jubilación con carácter universal y al serme negado este derecho, el mismo ESTADO PLURINACIONAL(sic) DE BOLIVIA tiene que garantizarme a mí y a quienes se encuentran en situaciones igual a la mía a restituirme mediante pago global del saldo(sic) acumulado(sic) en mi cuenta(sic) individual,(sic) en razón de equidad."...**

Mediante memorial recepcionado en fecha 29 de abril de 2013, la **Sra. MARTHA EMILIA DOTZAUER DE ELLEFSEN**, complementó su Recurso refiriendo lo siguiente:

"...Encontrándose en curso de (sic) referido recurso y en forma previa a dictar resolución fundamentada, pido con el debido respeto, se sirva considerar los siguientes documentos que acompaño:

1.- Documento Comparativo N° 002354 de 20 de mayo de 2010, en el que tomé la elección SECCIÓN 4 – CC Global, suscribiendo en constancia y declarando estar en conocimiento a cabalidad de todos los datos registrados, cabe señalar que el indicado documento se encuentra suscrito por el Oficial de CC del SENASIR(sic)

2.- CARTA NOTARIADA DE 19 DE MAYO DE 2010 mediante la cual decido de manera libre y voluntaria ELEGIR "CC GLOBAL" otorgada ante Notaría de fe pública de primera clase N° 44 Dra. Mariana Céspedes.

*Teniendo los referidos documentos valor de declaración jurada, efectuados dentro (sic) término hábil, pido sean considerados, máxime si mi derecho de cobro al saldo acumulado en mi Cuenta Individual es irrenunciable, por cuanto está garantizado por la Ley de Leyes y porque la Seguridad Social debe ser prestada bajo los principios de universalidad, integridad, **equidad, solidaridad**, unidad de gestión, oportunidad interculturalidad y eficacia."...*

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 440-2013 DE 8 DE MAYO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 440-2013 de 8 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 219-2013 de 18 de marzo de 2013.

Los argumentos de la mencionada Resolución, son los siguientes:

“...Que de la evaluación de los fundamentos que respaldan el Recurso de Revocatoria y su complementación, corresponde señalar lo siguiente:

Que el SENASIR en reconocimiento a los aportes efectuados por la Asegurada Martha Emilia Dotzauer al Sistema de Reparto, emitió a su favor el Certificado de Compensación de Cotizaciones Global (CCG) por un monto de Bs136.226,16 (CIENTO TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS 16/100 BOLIVIANOS), mismo que se encuentra acreditado en la Cuenta Personal Previsional (CPP) conforme determina el Parágrafo II del Artículo 27 de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010.

Que el acceso al Saldo Acumulado en la CPP que incluya el monto acreditado de la CCG; debe ser dispuesto conforme establece la Ley de Pensiones y su Decreto Reglamentario.

Que en ese sentido, el inciso b) del Artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, determina:

“ARTÍCULO 172.- (REQUISITOS DE ACCESO). *El Asegurado o sus Derechohabientes, podrán de manera voluntaria acceder al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, cuando el Asegurado cumpla alguna de las siguientes condiciones:*

...

b) Tenga sesenta (60) o más años de edad, y con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional más la CCM cuando corresponda, financie una Pensión de Vejez menor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez.”

Que en el presente caso, la Asegurada no cumple con la condición de poder financiar una Pensión de Vejez menor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional (SMN); por lo tanto, no puede acceder al Saldo Acumulado de su CPP a través de Retiros Mínimos o Retiro Final.

Que en cuanto a lo manifestado por la Asegurada de no poder acceder a una Pensión de Vejez, ni a los recursos de la Cuenta Personal Previsional, corresponde señalar que el Artículo 8 inciso c) de la Ley de Pensiones determina:

“Artículo 8 (CONDICIONES DE ACCESO). *El Asegurado accederá a la Prestación de Vejez cuando cumpla una de las siguientes condiciones:*

...

c) A partir de los cincuenta y ocho (58) años de edad, independientemente del monto acumulado en su Cuenta Personal Previsional, siempre y cuando cuente con una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos y financie un monto de Pensión de Vejez, mayor al monto de la Pensión Solidaria de Vejez que el correspondería de acuerdo a su Densidad de Aportes.”

Que de la norma transcrita anteriormente, se determina una Densidad de 120 Aportes para el acceso a la Pensión de Vejez, condición que no cumple la Asegurada, ya que

cuenta solamente con 48 aportes al SIP y financia una Pensión de Vejez de Bs931,19 que corresponde a más del sesenta por ciento (60%) del SMN.

Que en conclusión, la señora Martha Emilia Dotzauer de Ellefsen, no puede acceder a la Pensión de Vejez, debido a que no cumple los requisitos establecidos en el inciso c) del Artículo 8 de la Ley N° 065 de Pensiones, asimismo, tampoco puede acceder a los recursos de su Cuenta Personal Previsional, debido a que financia un monto superior al sesenta por ciento (60%) del SMN, vulnerando lo establecido en el inciso b) del Artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011.

Que sin perjuicio de lo señalado anteriormente y ante escenario legal en el que se encuentra el caso de la Asegurada, esta Autoridad con nota APS/DPC/128/2012 (sic) de 08 de enero de 2013, ha hecho conocer a la Asegurada que este tipo de casuística fue puesta en conocimiento del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, para su consideración.

Que por otra parte, la Asegurada al inicio de los Fundamentos de su impugnación advierte que, entre el tercer párrafo del primer Considerando y el tercer Considerando de la R.A.219-2013, no existiría concordancia al "apartarse diametralmente del principio esgrimido en el primer CONSIDERANDO". Al respecto, es importante aclarar a la recurrente que las resoluciones emitidas por esta Autoridad expresan en un Considerando específico el marco general de competencias, por el cual se desenvuelve esta Autoridad, atendiendo y resolviendo trámites y procesos sujetos a su competencia.

Que en ese comprendido se debe tener claro que, el primer Considerando de la R.A.219-2013 sólo establece el marco de competencias de esta Autoridad, y el tercer Considerando corresponde a la evaluación y análisis de los antecedentes del caso.

Que asimismo es necesario señalar que, la APS dentro de sus competencias fiscaliza, controla, supervisa y regula a las entidades bajo su jurisdicción, dentro del marco legal previsto en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, Ley N° 3791 de 28 de noviembre de 2007 de la Renta Universal de Vejez y Ley de Seguros. Es decir que la jurisdicción y competencia de esta Autoridad alcanza estos sectores.

Que con relación a la Constitución Política del Estado, en lo referente a la Seguridad Social, esta determina lo siguiente:

“Artículo 45. I. Todas las bolivianas y bolivianos tienen derecho a acceder a la seguridad social.

II. La seguridad social se presta bajo los principios de universalidad, integralidad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad, interculturalidad y eficacia. Su dirección y administración corresponde al Estado, con control y participación social.”

“Artículo 48. I. Las disposiciones sociales y laborales son de cumplimiento obligatorio.”

Que de la transcripción de los artículos pertinentes de la norma suprema constitucional se colige que, evidentemente todo connacional tiene el derecho a la seguridad social que ofrece el Estado Plurinacional de Bolivia, considerando que es (sic) ente que representa y protege los derechos de las bolivianas y bolivianos, con el fin de precautelarse los medios de subsistencia.

Que por otro lado, no es menos cierto que en lo que se refiere a la Seguridad Social de Largo Plazo, se tienen disposiciones legales expresas que reglamentan y regulan el sector de pensiones, entre las cuales se encuentran aquellas que disponen el acceso a una prestación o pago de un beneficio. Por lo que si bien el marco legal del SIP tiene un carácter social, el mismo exige la atención de requisitos ineludibles, los cuales deben ser cumplidos por los Asegurados y también por esta Autoridad.

Que en ese comprendido, se concluye que la normativa jurídica que rige el SIP es de cumplimiento obligatorio. Por tanto su inobservancia vulneraría derechos y garantías constitucionales, generando de esta manera inseguridad jurídica.

Que con relación al argumento presentado por la Asegurada, respecto a los principios de la Seguridad Social establecidos en el Artículo 45 de la Constitución Política del Estado; corresponde señalar que los mismos han sido aplicados al presente caso dentro de la normativa vigente que rige el Sistema Integral de Pensiones (SIP). En ese sentido, se tienen emitidas por esta Autoridad la nota APS/DPC/128/2012 (sic) de 08 de enero de 2013, así como la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 219/2013 de 18 de marzo de 2013, que explican con meridiana claridad la situación legal de la Asegurada, dentro de los márgenes principistas relativos a la seguridad social.

Que por otro lado, la Asegurada señala que la APS debiera emitir regulación que sea atinente a su caso; al respecto es importante aclarar que este Ente Regulador tiene por función cumplir y hacer cumplir la Ley y sus reglamentos, conforme establece el inciso a) del Artículo 168 de la Ley de Pensiones. En ese comprendido, de acuerdo a la competencia administrativa de esta Autoridad, no podría contravenir norma de jerarquía superior, como lo son las Leyes y Decretos Supremos emitidos por el Órgano Legislativo y Ejecutivo, respectivamente.

Que finalmente, la Asegurada en la parte del Petitorio ampara su impugnación en el inciso j) del Artículo 168 de la Ley de Pensiones N° 065, el cual textualmente señala: "j) Elaborar y publicar información estadística de la seguridad social de largo plazo, y otra información bajo su jurisdicción.". Por lo cual, resulta incoherente la norma señalada respecto al asunto sujeto a controversia, ya que no guarda relación con el pedido de reglamentación a la Ley de Pensiones, tal como manifiesta la Asegurada.

Que en virtud a lo expuesto, se establece que los argumentos presentados en la impugnación no son suficientes para revocar la R.A.219-2013, por lo que corresponde su ratificación.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto, el Ente Regulador llega a la conclusión de que la recurrente no ha presentado argumentos con fundamento suficiente que permitan modificar la R.A.219-2013, en consecuencia,

se debe confirmar la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 28 de mayo de 2013, la **Sra. MARTHA EMILIA DOTZAUER DE ELLEFSEN**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 440-2013 de 8 de mayo de 2013, argumentado lo siguiente:

"...En fecha 17 de mayo de 201 (sic), he sido notificada con la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 440-2013 DE 8 DE MAYO DE 2013** mediante la cual **CONFIRMA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ2192013 (sic) DE 18 DE MARZO DE 2013**, dentro término de ley y al amparo de los artículos 66 Inc. I) - II)- IV) y 68 Inc. I) de la Ley 2341 de 23.04.2002; del artículo 123 Inc. c) del Decreto Supremo N° 27113, de 23 de julio de 2003 y del art. 169 y 173 de la Ley de Pensiones 065 de 10 de diciembre de 2010, 24 de la CPE, **INTERPONGO RECURSO DE REVOCATORIA (sic) JERÁRQUICO** ante su Autoridad, para que la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Entidad: **DIRECTORA O DIRECTOR EJECUTIVO DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS** deje sin efecto la precitada resolución administrativa: **APS/DJ/DPC N° 440-2013 DE 8 DE MAYO DE 2013**, debiendo esta Superioridad resolver el recurso de conformidad a las atribuciones que le concede la Ley, en franco apego a la normativa de especial pronunciamiento, a los principios fundamentales ordenados por la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, a los antecedentes y fundamentos de orden legal que siguen:

La **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 440-2013**, ha sido dictada sin tomar en cuenta los siguientes aspectos fundamentales:

- 1) Que, la **IMPUGNACIÓN AL RECURSO DE REVOCATORIA** está fundamentado en el art. 45 Inc. II y IV, de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.
- 2) Que, interpuso el **RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/N° 219-2013** (ahora confirmada) porque la ley en sí misma no cumple con los principios y garantías constitucionales establecidos y ordenados por la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.
- 3) Que, mi derecho de cobro al saldo acumulado en mi Cuenta Personal Previsional es irrenunciable, por cuanto está garantizado por la Ley de Leyes, en mérito a que, la Seguridad Social debe ser prestada bajo los principios de universalidad, integridad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, oportunidad Interculturalidad y eficacia, siendo el Estado el que garantiza el derecho a la jubilación con carácter universal, y al serme negado este derecho, el mismo ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA tiene que garantizar a mi persona y al sector de los connacionales que se encuentran en situaciones igual a la mía, a restituirme mediante pago global del saldo acumulado en

mi Cuenta individual (sic) Previsional, en razón a los principios constitucionales de universalidad y equidad enunciados.

4) Que, al haberme sido otorgada mi jubilación por espacio de algunos meses, por seguir un mal asesoramiento de BBVA PREVISIÓN AFP, para luego ser suprimida mediante una Nota de " NO COBRO DE PENSIÓN" citando el art. 8 de la Ley de Pensiones 065, por no cumplir con la densidad de aportes de 120 períodos, me corresponde acceder el pago global, máxime si se trata de dineros (sic) que me pertenecen en mi condición de asegurada aportante.

Desde el momento en el que fueron depositados en mi Cuenta Personal Previsional, mal puede el Estado Plurinacional de Bolivia dictar leyes confiscatorias de dineros (sic) que no le pertenecen, ya que se trata de dineros (sic) de los asegurados, mismos que no pueden ni deben beneficiar a terceros y/o a las Arcas del Estado Plurinacional de Bolivia.

5) Que, en forma previa a tramitar mi jubilación tuve a bien tramitar mi pago global según se desprende de los documentos que adjunte para conocimiento de la Autoridad recurrida: 1) Documento Comparativo N° 002354 de 20 de mayo de 2010, en el que tomé la elección SECCIÓN 4 - CC Global, suscribiendo en constancia y declarando estar en conocimiento a cabalidad de todos los datos registrados, cabe señalar que el indicado documento se encuentra suscrito por el Oficial de CC del SENASIR y 2) CARTA NOTARIADA DE 19 de mayo de 2010, mediante la cual decido de manera libre y voluntaria ELEGIR "CC GLOBAL" otorgada ante Notaría de fe pública de primera clase N° 44 Dra. Mariana Céspedes. Sin embargo de citar este antecedente la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 440-2013**, al momento de dictar dicha resolución, la Autoridad recurrida basa su fundamento en la Ley 065 de 10 de diciembre de 2010 y en el Decreto Supremo N° 0822 de 16 d marzo de 2001, dictados con posterioridad a mi solicitud de pago global, vulnerando el principio de irretroactividad de la Ley.

6. Que, LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS, al referirse al Art. 45 Inc. I y II) de la norma suprema hace una correcta interpretación cuando a la letra dice; "que, evidentemente todo connacional tiene el derecho a la seguridad social que ofrece el Estado Plurinacional de Bolivia, considerando que es ente que representa y protege los derechos de las bolivianas y los bolivianos con el fin de precautelar los medios de subsistencia".

7) Que, la misma Autoridad cita posteriormente el art. 48 inc i) de la Constitución Política del Estado en relación al art. 168 de la Ley de Pensiones e indica a la letra "de acuerdo a la competencia administrativa de esta Autoridad, no podría contravenir norma de jerarquía superior, como son las Leyes y Decretos Supremos emitidos por el Órgano Legislativo y Ejecutivo, respectivamente", pero al parecer, sí puede contravenir principios constitucionales vulnerando el derecho que tiene todo connacional a que el Estado precautele sus medios de subsistencia.

Finalmente, la Autoridad recurrida concluye a la letra: "La Sra. Martha Emilia Dotzauer de Ellefsen no puede acceder a la Pensión de Vejez, debido a que no cumple con los requisitos establecidos en el Inc. c) del artículo 8 de la Ley N° 065 de Pensiones, así

mismo, tampoco puede acceder a los recursos de la Cuenta Personal Previsional debido a que financia un monto superior al 60% del SMN, vulnerando lo establecido en el Inc. b) del Art. 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 d(sic) marzo de 2001".

En consecuencia, de esta parte podemos concluir que, la Autoridad recurrida está vulnerando el principio de irretroactividad de la ley garantizado por el art. 123 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, al citar y fundamentar su fallo en la Ley 065 y en el Decreto Supremo N° 0822 de 16 d (sic) marzo de 2001", normativa dictada con posterioridad a mi elección de acceder al "CC GLOBAL" vigente para ese entonces, cabe señalar que de no existir al presente una norma expresa que regule la devolución de aportes mediante pago global por el simple hecho de que se financio (sic) un monto superior al 60%, deberá procederse a la reglamentación correspondiente por tratarse la Ley 065 de una ley discriminadora al igual que el D/S(sic) N° 0822, citado por la Autoridad de Fiscalización.

Sin embargo, la Autoridad recurrida dentro de un criterio sano indica a la letra; "Que sin perjuicio de lo señalado anteriormente y ante escenario legal en el que se encuentra el caso de la Asegurada, esta Autoridad con Nota APS/DPC/128/2012 (sic) de 08 de enero de 2013 ha hecho conocer a la Asegurada que este tipo de causídica (sic) fue puesta en conocimiento de (sic) del Viceministro de Pensiones y Servicios Financiero (sic) dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas para su consideración".

Por lo expuesto, en mérito a los antecedentes, documentos que cursan en obrados, fundamentos de orden legal y constitucional que anteceden, interpongo RECURSO DE REVOCATORIA (sic) JERÁRQUICO, para que sea LA MÁXIMA AUTORIDAD EJECUTIVA DE LA ENTIDAD dependiente del Viceministro de Pensiones y Servicios Financiero (sic) del Ministerio de Economía y Finanzas Publicas (sic), para que proceda a dejar sin efecto la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 440-2013, dictada por la AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS, debido a que se basa en una normativa discriminatoria y contraria a la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA que únicamente puede ser subsanada con una reglamentación específica para los casos de otros connacionales, que como el mío en el que ni pueden otorgar una renta de vejez, ni pueden devolver aportes.

Solicito a la Máxima Autoridad de alzada, se sirva definir y resolver el presente recurso jerárquico en el fondo y sea de conformidad a los antecedentes expuestos a los principios fundamentales protegidos por nuestra Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, que garantizan la irretroactividad de la ley, la Seguridad Social y la protección de los medios de subsistencia, que debe ser prestada bajo los principios de universalidad, integridad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, oportunidad interculturalidad y eficacia, revocando y dejando sin efecto alguno la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 440-2013.**"..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 14 de diciembre de 2012, la Sra. Martha Emilia Dotzauer de Ellefsen con CUA 25999187 presenta ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, su solicitud mediante memorial, por el cual hace conocer que BBVA Previsión AFP S.A. le comunicó la suspensión de la Pensión de Vejez a partir de junio 2012, al no cumplir las condiciones establecidas en el inciso c) del Artículo 8 de la Ley N° 065 de Pensiones. Asimismo y por lo tanto solicita acceder al pago de la Compensación de Cotizaciones Global cuyo monto asciende a Bs136.226,16.

Mediante Nota APS/DPC/128/2012 de 8 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, comunica a la Sra. Martha Emilia Dotzauer de Ellefsen que no puede acceder al pago de la Compensación de Cotizaciones Global, debido a que conforme lo establecido por el Artículo 172 inciso b) del D.S. 0822/2011, no cumple con la condición de acceso a Retiro Final, debido a que el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional, le financia una Pensión de Vejez mayor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente.

A solicitud de la Asegurada, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 219-2013 de 18 de marzo de 2013, consigna en Resolución Administrativa, la nota APS/DPC/128/2012 (sic), Resolución Administrativa que fue recurrida por la Sra. Martha Emilia Dotzauer de Ellefsen en fecha 4 de marzo de 2013.

En tal sentido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 440-2013 de 8 de mayo de 2013, resuelve el recurso planteado, confirmando la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 219-2013 de 18 de marzo de 2013.

Mediante memorial de fecha 28 de mayo de 2013, la recurrente interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución APS/DJ/DPC/N° 440-2013 de 8 de mayo de 2013, mismo que pasa a resolverse.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa Aplicable.-

Previo al análisis de fondo, corresponde revisar la normativa aplicable al caso de autos, para luego ingresar al control de legalidad correspondiente, como sigue:

- Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones:

"Artículo 8 (CONDICIONES DE ACCESO). El Asegurado accederá a la Prestación de Vejez cuando cumpla una de las siguientes condiciones:

- a) Independientemente de su edad, **siempre y cuando** no haya realizado aportes al **Sistema de Reparto** y financie con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional:
- i. Una Pensión igual o superior al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez,
 - ii. El monto necesario para financiar los Gastos Funerarios y,
 - iii. La Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

- b) A los cincuenta y cinco (55) años hombres y cincuenta (50) años mujeres, siempre y cuando haya realizado aportes al Sistema de Reparto que le generen el derecho a una Compensación de Cotizaciones y financie con ésta más el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional:

- i. Una Pensión igual o superior al sesenta por ciento (60%) de su Referente Salarial de Vejez,
- ii. El monto necesario para financiar los Gastos Funerarios y,
- iii. La Pensión por Muerte para sus Derechohabientes.

- c) A partir de los cincuenta y ocho (58) años de edad, independientemente del monto acumulado en su Cuenta Personal Previsional, **siempre y cuando cuente con una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos** y financie un monto de Pensión de Vejez, mayor al monto de la Pensión Solidaria de Vejez que le correspondería de acuerdo a su Densidad de Aportes...”
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

“**Artículo 13 (REQUISITOS).** Para acceder a la Prestación Solidaria de Vejez el Asegurado deberá **cumplir conjuntamente** los siguientes requisitos:

- a) Tener al menos cincuenta y ocho (58) años de edad.
- b) **Contar con una Densidad de Aportes de al menos ciento veinte (120) periodos.**
- c) **Cumplir con las demás determinaciones de la presente Ley y sus reglamentos...**”
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

“**Artículo 27 (COMPENSACIÓN DE COTIZACIONES GLOBAL).** Si el Asegurado ha realizado menos de sesenta (60) cotizaciones al Sistema de Reparto hasta el 30 de abril de 1997, recibirá una Compensación de Cotizaciones Global por una sola vez, equivalente a cien (100) veces la Compensación de Cotizaciones resultante del cálculo previsto en la presente Ley.

El monto de la Compensación de Cotizaciones Global será acreditado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, una vez que el Asegurado cumpla la edad de cincuenta y cinco (55) años para hombres y cincuenta (50) años para mujeres, previo cumplimiento de requisitos establecidos en reglamento...”

“**Artículo 81 (RETIROS MÍNIMOS O RETIRO FINAL).** Cuando los Asegurados **no cumplan los requisitos para acceder a una prestación o pago del Sistema Integral de Pensiones**, o tenga una renta en curso de pago del Sistema de Reparto podrán retirar el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional,

mediante **Retiros Mínimos o Retiro Final**, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en reglamento..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

- Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011:

"ARTÍCULO 172.- (REQUISITOS DE ACCESO). El Asegurado o sus Derechohabientes, podrán de manera voluntaria acceder al Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, cuando el Asegurado cumpla alguna de las siguientes condiciones:

- a) Tenga cincuenta y ocho (58) años de edad, no cuente con ciento veinte (120) aportes al SSO y al SIP y no financie una pensión igual o mayor al sesenta por ciento (60%) del salario mínimo nacional vigente y no cumpla requisitos de acceso a la pensión solidaria de vejez.
- b) Tenga sesenta (60) o más años de edad, y con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional más la CCM cuando corresponda, financie una Pensión de Vejez menor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez.
- c) Independientemente de la edad, cuando el Asegurado sea declarado inválido con cincuenta por ciento (50%) o más de grado de invalidez y no cumpla los requisitos de cobertura para acceder a la Prestación de Invalidez por Riesgo Común. Profesional o Laboral, ni los requisitos de acceso a la Pensión de Vejez.
- d) Hubiera fallecido siendo menor de cincuenta y ocho (58) años de edad y no cumpla los requisitos de cobertura para acceder a la Pensión por Muerte derivada de Riesgo Común, Profesional o Laboral, ni los requisitos de acceso a la Pensión por Muerte derivada de Vejez o de Solidaria de Vejez.
- e) Fallezca habiendo generado el derecho a Pensión por Muerte derivada de Riesgos y tenga en su Cuenta Personal Previsional, Cotizaciones Adicionales.
- f) Que hubiera suscrito un Contrato de Jubilación de Mensualidad Vitalicia Variable o Seguro Vitalicio en el SSO, y tuviera aportes acreditados con posterioridad a la fecha de solicitud de jubilación.
- g) Que sea rentista del Sistema de Reparto..."

2.2. De los antecedentes del caso de autos.-

De los antecedentes que se cuenta en el expediente de autos, se tiene que la Sra. Martha Emilia Dotzauer de Ellefsen, con CUA 25999187, cuenta con menos de sesenta (60) cotizaciones **al Sistema de Reparto**, motivo por el cual en fecha 19 de mayo de 2010, accedió de manera voluntaria, a la Compensación de Cotizaciones Global, la cual fue acreditada -conforme dicta la normativa- en la Cuenta Personal Previsional de la Asegurada, en fecha 26 de noviembre de 2010.

Debido a un error, BBVA Previsión AFP S.A. certifica en fecha 14 de diciembre de 2010 que la Sra. Martha Emilia Dotzauer de Ellefsen, contaba con un Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional, de Bs. 159,018.88, por lo que le otorgó una Pensión de Vejez, sin embargo, en fecha 29 de junio de 2012, la misma fue suspendida por BBVA Previsión S.A. AFP, al no cumplir los requisitos establecidos en normativa vigente, cual es contar con al menos diez años de aportes.

En tal sentido, la Asegurada, solicitó la devolución de sus aportes, alegando en su Recurso Jerárquico, que el derecho al cobro del Saldo Acumulado en Cuenta Personal Previsional, es irrenunciable y por la tanto debe restituirse mediante Pago Global.

Al respecto, corresponde inicialmente revisar la normativa aplicable, y establecer a ciencia cierta, si la misma cumple los requisitos para acceder al Saldo Acumulado en Cuenta Personal Previsional, mediante el pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, cual se procede a continuación.

2.2.1. Del derecho al acceso a Retiros Mínimos o Retiro Final.-

Tal como se señaló en el numeral anterior, el artículo 81 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que cuando los Asegurados **no cumplan los requisitos para acceder a una prestación o pago del Sistema Integral de Pensiones**, podrán retirar de manera voluntaria el Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, mediante **Retiros Mínimos o Retiro Final, previo cumplimiento de los requisitos** establecidos para el efectos, mismos que a la fecha se encuentran plasmados en el artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011.

Es así que el citado artículo 172 transcrito *ut supra*, permite el acceso a Retiros Mínimos o Retiro Final de la Cuenta Personal Previsional, siempre y cuando se cumpla con alguno de los siete requisitos. Por lo que, a efectos de constatar si la Asegurada Sra. Martha Emilia Dotzauer de Ellefsen cumple con alguno de ellos, pasemos a compulsarlos:

- Requisito a)

*“Tenga cincuenta y ocho (58) años de edad, no cuente con ciento veinte (120) aportes al SSO y al SIP y **no financie** una pensión **igual o mayor** al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez.”*

Del referido inciso se tiene que existen tres elementos concurrentes que deben ser cumplidos por la Asegurada, cuales son:

1er. elemento: La edad, tener 58 años o más, mismo que es cumplido por la recurrente, al contar con 68 años.

2do. elemento: No contar con ciento veinte (120) aportes al SSO y al SIP, mismo que a su vez es cumplido por la recurrente, al contar con cuarenta y tres (43) aportes efectuados al Sistema de Reparto y cinco (5) aportes al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo.

3er. elemento: No financiar una pensión igual o mayor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente.

Condición que es incumplida por la recurrente, toda vez que conforme se evidencia del expediente administrativo, la Sra. Dotzauer financia una pensión de Bs. 931.19, monto que corresponde al 93.11% de un Salario Mínimo Nacional, por consiguiente el mismo es mayor al 60% (sesenta por ciento) del Salario Mínimo Nacional exigido, tomando en cuenta que éste último ha sido fijado en Bs. 1.000, mediante el Decreto Supremo N° 1213 de 1° de mayo de 2012.

- **Requisito b)**

*“b) Tenga sesenta (60) o más años de edad, y con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional más la Compensación de Cotizaciones Mensual cuando corresponda, **financie** una Pensión de Vejez **menor** al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional vigente y no cumpla requisitos de acceso a la Pensión Solidaria de Vejez.”*

La Sra. Dotzauer, si bien cuenta con la edad requerida y el no cumplimiento del acceso a la Pensión Solidaria de Vejez por contar con una Densidad menor a ciento veinte (120) aportes, sin embargo, con el Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional, **no financia** una Pensión de Vejez **menor** al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional, ya que tal como se señaló precedentemente, la Fracción de Saldo Acumulado de la Asegurada le financia una pensión de Bs. 931.19, monto mayor al sesenta por ciento (60%) del Salario Mínimo Nacional, no cumpliendo con ésta condición.

- **Demás Requisitos.-**

Con relación a las demás condiciones, la Asegurada tampoco cumple los mismos, ya que i) no fue declarada inválida, ii) no falleció, iii) si bien se tenía un Contrato de Prestación de Vejez, el mismo fue suspendido y no cuenta con aportes posteriores a la fecha de solicitud de jubilación y iv) no es rentista del Sistema de Reparto.

Por lo tanto, se llega a la conclusión que la determinación a la que arribó la Autoridad Fiscalizadora, es correcta, al evidenciarse que la Asegurada no puede acceder al Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional (donde se encuentra ya acreditada su Compensación de Cotizaciones Global), a través del pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, ya que no cumple con ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011.

2.3. Del derecho a la Seguridad Social de Largo Plazo.-

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 440-2013 es contraria a la Constitución Política del Estado, específicamente al artículo 45 parágrafos II y IV, en razón a que este artículo garantiza el acceso a la Seguridad Social, la cual debe ser prestada bajo los principios de universalidad, integridad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, oportunidad, interculturalidad y eficacia.

Al respecto se tiene que, si bien la recurrente argumenta que se ha vulnerado el artículo 45 de la Constitución Política del Estado, la misma hace una simple cita de éste artículo y sus

principios, omitiendo cumplir con su obligación de expresar de manera clara, cómo se hubiera vulnerado su derecho al acceso a la Seguridad Social.

Que, el hecho de que la recurrente haga una referencia de la norma, pero no explique de qué manera y como, la misma fue vulnerada, hace que ésta instancia jerárquica no pueda emitir un pronunciamiento sobre el particular.

Sin perjuicio de ello, corresponde precisar algunos aspectos:

El artículo 45 en sus parágrafos II y IV de la Constitución Política del Estado, señala:

“ ...

II. *La Seguridad Social se presta bajo los principios de universalidad, integralidad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad, interculturalidad y eficacia.*

(...)

IV. *El Estado garantiza el derecho a la jubilación, con carácter universal, solidario y equitativo...”*

Asimismo, conforme lo establece el artículo 3 de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, los señalados principios se entenderían como:

“...a) Universalidad: *Es la garantía de protección y acceso de las bolivianas y los bolivianos a la Seguridad Social de Largo Plazo sin que exista discriminación por la clase de trabajo que realizan, por la forma de remuneración que perciben, por el nivel económico en que se encuentran, y sin que exista discriminación por sexo, intra genérica, ni religión.*

b) Interculturalidad: *Es el reconocimiento de la igualdad de oportunidades y derechos de convivencia entre las culturas del Estado Plurinacional de Bolivia respecto a la Seguridad Social de Largo Plazo, en aplicación a lo dispuesto en el Artículo 8, parágrafo II de la Constitución Política del Estado.*

c) Integralidad: *Se refiere al otorgamiento de las prestaciones de la Seguridad Social de Largo Plazo, acorde con los colectivos que se van a proteger, a través de la articulación de los regímenes que componen el Sistema Integral de Pensiones*

d) Equidad: *Es el otorgamiento ecuánime de prestaciones por las contribuciones efectuadas a la Seguridad Social de Largo Plazo y de beneficios reconocidos en la presente Ley.*

e) Solidaridad: *Es la protección a los Asegurados menos favorecidos con participación de todos los aportantes al Sistema Integral de Pensiones y de las bolivianas y los bolivianos con mayores ingresos, de acuerdo a lo establecido en la presente Ley.*

f) Unidad de gestión: *Es la articulación de políticas, procedimientos y prestaciones en la Seguridad Social de Largo Plazo, a fin de cumplir el objeto de la presente Ley.*

g) Economía: Es la gestión efectiva, racional y prudente de los recursos de la Seguridad Social de Largo Plazo, manteniendo el equilibrio actuarial y financiero necesarios para otorgar las prestaciones y beneficios, establecidos en la presente Ley.

h) Oportunidad: Es el reconocimiento y otorgamiento de prestaciones y beneficios de la Seguridad Social de Largo Plazo en el momento que en derecho correspondan.

i) Eficacia: Es el correcto uso de los recursos de la Seguridad Social de Largo Plazo, para garantizar el pago de las prestaciones y beneficios que esta Ley otorga.

j) Igualdad de Género: Es proveer mecanismos necesarios y suficientes para cerrar brechas de desigualdad, en las prestaciones y beneficios de la Seguridad Social de Largo Plazo entre hombres y mujeres..."

De lo transcrito se tiene que, si bien la norma señalada establece que toda persona tiene derecho a la Seguridad Social, la Asegurada tiene que tener claro que para acceder a alguna Prestación, Pago o Beneficio, en el Sistema Integral de Pensiones, debe cumplir con los requisitos exigidos por normativa.

De igual manera, en cuanto a los principios vulnerados del artículo 45 de la Constitución Política del Estado alegados por la recurrente, se tiene que éstos principios han sido cumplidos, cual se infiere de la revisión del expediente administrativo, donde no existiría vulneración por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al estar su pronunciamiento restringido a la normativa aplicable.

2.4. De la irretroactividad.-

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico que el Ente Regulador refirió lo siguiente:

"...La Sra. Martha Emilia Dotzauer de Ellefsen no puede acceder a la Pensión de Vejez, debido a que no cumple con los requisitos establecidos en el Inc. c) del artículo 8 de la Ley N° 065 de Pensiones, asimismo, tampoco puede acceder a los recursos de la Cuenta Personal Previsional, debido a que financia un monto superior al 60% del SMN, vulnerando lo establecido en el Inc. b) del Art. 172 del Decreto Supremo N° 0822 de 16 d (sic) marzo de 2001 (sic)..."

Que este hecho, hubiera dado lugar a que se vulnerara el principio de irretroactividad, establecido en el artículo 123 de la Constitución Política del Estado, en razón a que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, hubiera fundamentado su resolución, aplicando la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, normativa emitida con posterioridad a su elección Compensación de Cotizaciones Global.

Previo al análisis, corresponde traer a colación lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Política del Estado que señala:

*“La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, **excepto** en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado, **en materia de corrupción, para investigar procesar y sancionar delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado**; y en el resto de los casos señalados en la Constitución”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Tanto la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, vigente a la fecha de elección de la Compensación de Cotizaciones Global por parte de la Asegurada (19 de mayo de 2010), como la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establecen que la Compensación de Cotizaciones Global se otorgará cuando el Asegurado cuente con menos de sesenta (60) cotizaciones al Sistema de Reparto hasta el 30 de abril de 1997 y por una sola vez, el equivalente a cien (100) veces la Compensación de Cotizaciones, cuyo monto será acreditado en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 62.- (EXIGIBILIDAD DE LA CCG). I. La CCG se hará exigible en las siguientes situaciones:

- a) Cuando el Asegurado cumpla las edades de cincuenta (50) años mujeres y cincuenta y cinco (55) años varones ya la CCG se encuentre en el Registro de Emisión y Actualización de Certificados de CC a cargo de la APS, o
- b) Cuando la CCG se registre en el Registro de Emisión y Actualización de Certificados de CC, si esto ocurriera en fecha posterior al cumplimiento de las edades señaladas en el inciso anterior.

II.- Cuando ocurra una de las situaciones señaladas en el párrafo I. precedente, la Gestora solicitará al SENASIR, el desembolso de la CCG al momento de realizar la solicitud de desembolso mensual para el pago de CCM...”

“ARTÍCULO 94.- (CÁLCULO DE LA FRACCIÓN DE SALDO ACUMULADO). La Gestora realizará el cálculo de la Fracción de Saldo Acumulado considerando lo siguiente:

- a. Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional: Corresponde al conjunto de recursos acreditados en la Cuenta Personal Previsional del Asegurado, más los rendimientos generados, incluida la CCG cuando corresponda...”

De la norma señalada, se tiene que los Asegurados que cuentan con menos de sesenta (60) cotizaciones al Sistema de Reparto, podrán elegir la Compensación de Cotizaciones Global, pudiendo acceder a la misma, una vez se encuentre acreditada en su Cuenta Personal Previsional, a través de:

- 1) La Pensión de Vejez, cuyo monto se encuentra incluido en el cálculo del Saldo Acumulado en la Cuenta Personal Previsional, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos para el efecto, o

2) El pago de Retiros Mínimos o Retiro Final, previo cumplimiento de requisitos.

Si bien la recurrente habría optado por la Compensaciones de Cotizaciones Global antes de que se promulgue la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, la recurrente no debe olvidar que la elección de la Compensación de Cotizaciones Global, es un trámite previo y distinto a la Pensión de Vejez y Retiros Mínimos o Retiro Final.

Por lo tanto una vez que la Asegurada eligió la Compensación de Cotizaciones Global, y ésta fue acreditada en su Cuenta Personal Previsional, para acceder a la misma, debe cumplir con los requisitos establecidos en norma, sin embargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 219-2013 de 18 de marzo de 2013, señaló que BBVA Previsión AFP S.A. con nota PREV-PR-JUB-699-2012 de 29 de junio de 2012, comunicó a la Asegurada la suspensión de la Pensión de Vejez a partir de junio 2012, debido a que no cumple con el inciso c) del artículo 8 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones. Asimismo, tal como se señaló en el punto 2.2. de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, la Asegurada tampoco cumple con ninguna de las condiciones para acceder al pago de Retiros Mínimos o Retiro Final.

En tal sentido, independientemente de la elección de la Compensación de Cotizaciones Global ante el SENASIR y su trámite de Pensión de Vejez, es evidente que el reclamo para la devolución del Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional, que dio lugar a la presente controversia, fue presentado por la Asegurada, en fecha posterior a junio de 2012, no existiendo por lo tanto, una aplicación retroactiva de la norma, ya que a dicha fecha se encontraba vigente tanto la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, como el Decreto Supremo N° 822 de 16 de marzo de 2011.

Por lo señalado, se tiene que la Entidad Reguladora aplicó correctamente la norma vigente, debiendo considerarse que uno es el trámite de Compensación de Cotizaciones Global y otro es el acceso al mismo.

2.5. En cuanto a que se emita normativa específica.-

La recurrente señala que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 440-2013, se basó en una normativa discriminatoria y contraria a la Constitución Política del Estado, considerando que no se cuenta con una reglamentación específica para casos similares como el de la Sra. Dotzauer, y pide que sea este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el que emita un reglamento específico, para todas las personas, que al igual que ella no podrían ser beneficiados con una Prestación de Vejez, ni tampoco con el acceso a su Saldo Acumulado en su Cuenta Personal Previsional vía Retiro Final.

Asimismo, señala que los aportes realizados en su Cuenta Personal Previsional, no pueden, ni deben beneficiar a terceros y/o a las arcas del Estado.

De todo lo señalado precedentemente, debe dejarse en claro, que en ningún momento el Estado Plurinacional de Bolivia se está apropiando del dinero acreditado en la Cuenta Personal Previsional de la Asegurada, ni beneficiando a terceros, ya que tal como señala la Entidad Reguladora, una vez realizada la suspensión de la Pensión de Vejez, la

Administradora de Fondos de Pensiones, restituyó en su Cuenta Personal Previsional, el cien por ciento (100%) de las cuotas transferidas al Fondo de Vejez, asumiendo con recursos propios, los pagos efectuados desde la suscripción de la Solicitud de Pensión de Vejez y estos dineros no podrán ser utilizados por terceros sino por el titular de la Cuenta Personal Previsional, cual se tiene garantizado por la propia Ley No. 065 de Pensiones, pero claro siguiendo la normativa establecida para el efecto.

Asimismo, en cuanto a su solicitud de emisión de normativa, debe dejarse constancia que esta instancia jerárquica ante quien se interpuso el recurso de impugnación, tiene delimitada su competencia a la resolución de los recursos jerárquicos, por lo que, impide se pueda atender por este medio la solicitud planteada por la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, y en estricto cumplimiento de la normativa del sector, se ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma y ha cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar totalmente la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 440-2013 de 8 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 219-2013 de 18 de marzo de 2013, conforme a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

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



RECURRENTE

BANCO SOLIDARIO S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 228/2013 DE 22 DE ABRIL DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 052/2013 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 052/2013

La Paz, 10 de Septiembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO SOLIDARIO S.A.**, representado legalmente por los señores Kurt Paul Koenigfest Sanabria, por sí y en su calidad de Gerente General, Gonzalo Fernando Valdez García Meza, Gerente Nacional de Operaciones y Finanzas y Juan Gonzalo Flores Sandí, por sí y como Gerente Nacional de Auditoría Interna, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 228/2013 de 22 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013 y declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por José Gonzalo Flores Sandí, Gerente Nacional de Auditoría Interna, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 049/2013 de 28 de junio de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 105/2013 de 19 de julio de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 07 de mayo de 2013, Kurt Paul Koenigfest Sanabria, por sí y en su calidad de Gerente General y representante legal; Gonzalo Fernando Valdez García Meza, como Gerente Nacional de Operaciones y Finanzas del **BANCO SOLIDARIO S.A.**,

conforme lo acredita el Testimonio Poder N° 189/2002 extendido en fecha 22 de marzo de 2002, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 07 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna, y Juan Gonzalo Flores Sandi, por sí y como Gerente Nacional de Auditoría Interna, interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 228/2013 de 22 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria, primero, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Gonzalo Flores Sandi, por haber presentado fuera del plazo establecido, segundo, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 15 de mayo de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **BANCO SOLIDARIO S.A.**, mismo que fue notificado el 21 de mayo de 2013.

CONSIDERANDO:

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

1. NOTAS DE CARGO.-

Mediante nota ASFI/DSR II/R-6140/2013 de fecha 14 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó al señor Kurt Paul Koenigfest Sanabria, Gerente General del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, conforme la siguiente imputación:

"En el proceso de trámite para la autorización de apertura de las agencias: "Villa Armonía" y "Obrajes", el 2 de febrero y 13 de abril de 2012 se realizaron inspecciones a las instalaciones en las que funcionarían dichas agencias, observándose que las mismas no contaban con todos los requisitos necesarios para el inicio de operaciones según detalle en Anexos adjuntos, situaciones que contradicen lo afirmado en los informes de Gerencia General GNO&F-617/2011 y GNO&F-695/2011 de 15 y 14 de diciembre de 2011, respectivamente, dirigidos al Directorio de la entidad, estableciéndose la siguiente presunta inobservancia:

- *Al artículo 2, Sección 6 del Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención, contenido en el Capítulo XV del Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, normativa vigente al momento de producirse los hechos citados en el párrafo anterior y al haberse identificado inexactitud en el contenido de los informes remitidos al Directorio y a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, relacionados a los trámites de autorización para la apertura de las agencias "Villa Armonía" y "Obrajes".*

Mediante nota ASFI/DSR II/R-6135/2013, de fecha 14 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó al señor Gonzalo Flores Sandi, Gerente Nacional de Auditoría Interna del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, con el siguiente cargo:

"En el proceso de trámite para la autorización de apertura de las agencias: "Villa Armonía" y "Obrajes", el 2 de febrero y 13 de abril de 2012 se realizaron inspecciones a las instalaciones en las que funcionarían dichas agencias, observándose que las mismas no contaban con todos los requisitos necesarios para el inicio de operaciones según

detalle en Anexos adjuntos, situaciones que contradicen lo afirmado en los informes de Gerencia General GNO&F-617/2011 y GNO&F-695/2011 de 15 y 14 de diciembre de 2011, respectivamente, refrendados por su persona y dirigidos al Directorio de la entidad, estableciéndose las siguientes presuntas inobservancias:

- A los artículos 98 y 100 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con el inciso j), artículo 7 de la Sección 6 del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en el Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al no haber advertido lo previsto en el artículo 2, Sección 6 del Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención, contenido en el Capítulo XV, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, normativa vigente al momento de producirse los hechos citados en el párrafo anterior y haber refrendado los informes de Gerencia General relacionados a las solicitudes de autorización de apertura de las Agencias citadas, cuyas afirmaciones no guardaban relación con el estado real de su infraestructura y contenido."

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 107/2013 DE 22 DE FEBRERO DE 2013.-

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Resolución Administrativa ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013, determinando:

"PRIMERO.- Sancionar al señor Kurt Koenigfest S. **Gerente General del BANCO SOLIDARIO S.A.**, con **MULTA PERSONAL**, equivalente al cincuenta por ciento (50%) de una remuneración mensual total, por el incumplimiento al artículo 2, Sección 6 del "Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención", contenido en el Capítulo XV del Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, normativa vigente al momento de producirse los trámites de aperturas de las agencias: "Villa Armonía" y "Obrajes".

SEGUNDO.- Sancionar al señor Gonzalo Flores Sandi **Gerente Nacional de Auditoría Interna del BANCO SOLIDARIO S.A.**, con **MULTA PERSONAL**, equivalente a una (1) vez su remuneración mensual total, por el incumplimiento a los artículos 98 y 100 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con el inciso j), artículo 7 de la Sección 6 del "Reglamento de Control Interno y Auditores Internos" contenido en el Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al no haber advertido lo previsto en el artículo 2, Sección 6 del "Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención", contenido en el Capítulo XV, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, normativa vigente al momento de producirse los trámites de aperturas de las agencias: "Villa Armonía" y "Obrajes".

TERCERO.- Las multas impuestas deberán depositarse en la Cuenta Fiscal N° 1-4678352 (Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas) del Banco Unión S.A., dentro los siguientes 15 días hábiles posteriores a la notificación con la presente Resolución, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir las papeletas de depósito

correspondientes en el transcurso de dicho plazo.

CUARTO.- La presente Resolución deberá ser notificada al señor Kurt Koenigfest S. Gerente General y al señor Gonzalo Flores Sandi Gerente Nacional de Auditoría Interna del **BANCO SOLIDARIO S.A.**

QUINTO.- Disponer que la presente Resolución sea puesta en conocimiento del Directorio del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), debiendo remitirse a este Órgano de Supervisión copia de las Actas respectivas."

Los argumentos expuestos en la Resolución Administrativa, son los siguientes:

“CONSIDERANDO:

Que, el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), determina que cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de sanciones administrativas, señalando en el numeral 5) la sanción de multa personal a gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta (5) veces la remuneración mensual del infractor. Estas sanciones serán aplicadas a la entidad, quien deberá repetir contra la persona sancionada.

Que, el numeral 10 del artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) se establece que: "Son atribuciones de la Superintendencia: (...) 10. imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales".

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

Que, el artículo 98 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) determina que la responsabilidad de quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, es absoluta en términos jurídicos. (...) Los auditores internos advertirán al Directorio u órgano equivalente de la entidad de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales.

Quienes ejercen las funciones de control y fiscalización interna, no sólo deben realizar funciones relacionadas con la fiscalización de los aspectos contables, sino también vigilar por el cumplimiento, aplicación y difusión de la presente Ley, sus normas reglamentarias y de las disposiciones de la Superintendencia, en todos los niveles de decisión y gobierno de la entidad...".

Que, el artículo 100 del mismo cuerpo normativo dispone que los auditores internos de entidades de intermediación financiera, que en el cumplimiento de sus funciones, lleven a tomar acciones erróneas y no oportunas, serán sancionados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su inciso d), artículo 4 determina que la actividad administrativa se rige, entre otros, por el principio de verdad material y dispone que: "...La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.

Que, el Estatuto Orgánico de la ex Superintendencia de Bancos Entidades Financieras, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, aprobado mediante Decreto Supremo N° 22203 de 26 de mayo de 1989, determina que las agencias de las entidades financieras deberán encontrarse debidamente autorizadas por este Órgano de Supervisión, cumpliendo al efecto las formalidades establecidas en la normativa regulatoria.

Que, la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en el Título I, Capítulo XV, Sección 2, del "Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención", vigente al momento de producirse los hechos observados, señala:

- Artículo 1 referente al Trámite de Apertura: "Para la apertura de una sucursal, de una agencia fija o de una agencia móvil, la entidad supervisada debe presentar su solicitud ante ASFI, mencionando su ubicación y denominación, acompañando copia del Acta de reunión de Directorio u órgano Equivalente que apruebe la apertura de la sucursal o agencia y el informe actualizado del Gerente General al Directorio u Órgano Equivalente, refrendado por el Auditor Interno que señale lo siguiente: (...) **4.** Las sucursales o agencias fijas que sirven de punto de atención cuenta con:
 - a)** Local e infraestructura adecuados, que al menos consideren:
 - i. Áreas de trabajo para el desarrollo de operaciones y servicios.
 - ii. Espacio físico para la espera y atención de clientes y usuarios dentro de las instalaciones del punto de atención.
 - iii. Mobiliario y espacio para la atención en cajas.
 - iv. Ambiente separado para servidores y comunicaciones.
 - b)** Medios tecnológicos de información y de comunicación adecuados para llevar a cabo sus operaciones.
 - c)** Medidas de seguridad adecuadas a los servicios a prestar, que incluyan entre otras: existencia de bóveda, sistema de alarmas, sistemas de video vigilancia y pólizas de seguro. (...)

Acompañando al referido informe, la entidad supervisada debe remitir el Acta de Directorio que lo aprueba y la información solicitada en los Anexos 1-1 al 1-3 para el caso de la apertura de una sucursal; los Anexos 1-4 al 1-6 para el caso de la apertura de una agencia fija o de una agencia móvil. (...) ASFI se reserva el derecho de verificar las características estructurales del local, las medidas de seguridad, la cobertura de seguros y los medios tecnológicos de información y de comunicación que tiene la sucursal o agencia."

- Artículo 2 referente a la Resolución de Autorización: "ASFI analizará la información proporcionada y en caso de no existir observaciones, en un plazo de quince (15) días hábiles de recibida la solicitud de apertura, otorgará la autorización para la apertura de la sucursal o agencia mediante Resolución expresa (...)".

Que, la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en el Título I, Capítulo XV, Sección 6, del "Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención", normativa vigente al momento de producirse los hechos observados, señala:

- Artículo 1: "**Responsabilidad.**- El Gerente General o instancia equivalente de la entidad supervisada, es responsable del cumplimiento, difusión interna del presente reglamento y de velar por la calidad y seguridad de las operaciones que se realicen en su oficina central, sucursales, agencias y otros puntos de atención".
- Artículo 2: "**Carácter de los informes** - Los informes señalados en el presente Reglamento, así como las comunicaciones de la entidad supervisada a ASFI, conllevan el carácter de declaración jurada de las personas que suscriben tales documentos, para todos los efectos, de conformidad con el Artículo 1322° del Código Civil y el Artículo 426° del Código de Procedimiento Civil, sujetas en caso de inexactitud o falsedad a la aplicación del Reglamento de Sanciones Administrativas, contenido en la RNBEF".
- Artículo 4: "**Sanciones.**-El incumplimiento o inobservancia al presente Reglamento, dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo al Reglamento de Sanciones Administrativas, contenido en la RNBEF."

Que, el inciso j), artículo 7 de la Sección 6 del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos, contenido en el Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece entre otras funciones de Auditoría Interna, la de: "...Evaluar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias que rigen a las entidades de intermediación financiera...".

Que, el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título XIII, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, específicamente en la Sección 2, artículo 61, normativa vigente al momento de producirse los hechos observados, determina que: "Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el o la Director (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse."

CONSIDERANDO:

Que, es importante precisar que la estructura de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras fue modificada mediante Resolución ASFI N° 008/2013 de 7 de enero de 2013 y en el presente caso corresponde la aplicación de la normativa vigente al momento de las observaciones efectuadas a los trámites de autorización de apertura de las agencias Villa Armonía y Obrajes.

Que, evaluados los descargos remitidos por el Gerente General del Banco, mediante carta G.G. - 006/2013 recibida el 6 de febrero de 2013 y del análisis de las explicaciones del Gerente Nacional de Auditoría Interna, remitidas mediante carta G.Audt.Nal-008/2013 recibida el 6 de febrero de 2013, se establece que los descargos son similares en su contenido, evaluándose a continuación los mismos:

1. En relación a los descargos expuestos en los numerales 1 de la presente Resolución:

- Tanto el Gerente General como el Gerente Nacional de Auditoría Interna señalan que en cumplimiento a la Constitución Política del Estado y recomendaciones de esta Autoridad de Supervisión, se solicitó la autorización de aperturas de las agencias. Sin embargo, esas aperturas tienen que cumplir con la normativa específica que rige para todo trámite de apertura de agencias de entidades financieras reguladas, es el "Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención", contenido en el Título I, Capítulo XV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.
- El "Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención", contenido en el Título I, Capítulo XV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en su Sección 2, artículo 1, numeral 4, dispone para la apertura de una agencia, que la entidad supervisada debe acompañar a su solicitud el informe actualizado del Gerente General que señale que la agencia que sirve de punto de atención cuenta con local e infraestructura adecuados, medios tecnológicos de información y de comunicación adecuados para llevar a cabo sus operaciones y medidas de seguridad adecuadas a los servicios a prestar; requisitos no cumplidos al momento del inicio de los trámites y que fueron evidenciados por esta Autoridad de Supervisión en las inspecciones a las agencias Villa Armonía y Obrajes. Más al contrario, el Gerente General deslinda su responsabilidad establecida en el artículo 1, Sección 6 del citado Reglamento y expone que: "...e/ trámite normal de Autorización de las Agencias sufrieron una externalidad provocada por el propio regulador...", aspecto contradictorio a la regulación citada.
- Tampoco consideraron que conforme al citado Reglamento, los informes relativos a los trámites de aperturas de agencias tienen calidad de declaración jurada y que en caso de inexactitud se encuentran sujetos a la aplicación de sanciones administrativas.
- Los descargos explican que la falta de espacios para el Gerente de Agencia y Encargado de Operaciones fueron observados por la Autoridad de Supervisión mediante carta ASFI/DSR II/R-5290/2012 de 16 de enero de 2012. Al respecto, el texto de la citada carta, observa que el Anexo I-5 no consigna en el cuadro de "Personal requerido" los ítems de Gerente de Agencia y Encargado de Operaciones, siendo que el Banco remitió hojas de vida, poderes y Manuales. Cabe precisar que para el presente proceso sancionatorio, la carta ASFI/DSR II/R- 5290/2012 sólo corresponde al trámite de apertura de la Agencia Villa Armonía y no así al trámite de apertura de la Agencia Obrajes. Adicionalmente, se establece que en dicha carta se observó deficiencias en la documentación presentada y no así la falta de espacios para el Gerente de Agencia y Encargado de Operaciones.

2. En relación a los descargos expuestos en los numerales 2 y 7 de la presente Resolución:

- Señalan sobre una "...externalidad provocada por el propio regulador...", por la observación efectuada en la carta ASFI/DSR II/R-5290/2012 de 16 de enero de 2012, producida justamente entre medio de la emisión de los Informes de Gerencia General y las inspecciones realizadas por esta Autoridad de Supervisión, tomando en cuenta que los movimientos realizados por el Banco habrían sido por observaciones realizadas del propio regulador. Al respecto, corresponde distinguir y precisar lo siguiente:
 - ✓ Respecto al Trámite de la Agencia Villa Armonía, en las cartas ASFI/DSR I/139511/2011, ASFI/DSR II/R-5290/2011 y ASFI/DSR II/R-15875/2012 de 28 de diciembre de 2011, 16 de enero y 9 de febrero de 2012, respectivamente, esta Autoridad de Supervisión no observó la falta de espacio para el Gerente de Agencia ni Encargado de Operaciones.
 - ✓ En la carta del Banco GNO&F-017/2012 recibida el 19 de enero de 2012, el Banco señala como justificativos al Trámite de la Agencia "Villa Armonía", que la estructura no cuenta con los cargos de Gerente de Agencia ni Encargado de Operaciones por que sus funcionarios se trasladarían de agencias cercanas, aspecto que implica la falta de personal y no así de espacio arquitectónico.
 - ✓ En el Trámite de la Agencia Villa Armonía, el Banco con carta GNO&F- 223/2012, recibida el 21 de marzo de 2012, en atención a la carta ASFI/DSR II/R-15875/2012 de 9 de febrero de 2012, señala la designación de un Encargado de Operaciones y la ubicación donde estaría la bóveda, evidenciando que en ningún momento señaló sobre trabajos para generar espacio suficiente para dicho cargo.
 - ✓ Del trámite referido a la Agencia Obrajes, se establece que la carta ASFI/DSR II/R-5290/2012 de 16 de enero de 2012, no hace referencia al trámite de la Agencia Obrajes.
 - ✓ Respecto al trámite de la Agencia Obrajes, la Carta GNO&F-266/2011 recibida el 10 de abril de 2012, referida a la solicitud de apertura de la Agencia Obrajes es de fecha posterior a las observaciones realizadas sobre la Agencia Villa Armonía, por lo que el Banco ya tenía conocimiento sobre la estructura de las agencias, desvirtuándose las explicaciones presentadas.
- Respecto a la afirmación del principio de verdad material, en atención al artículo 4 inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, esta Autoridad de Supervisión cumplió con dicho principio al evidenciar físicamente en las inspecciones del 2 de febrero y 13 de abril de 2012, que las instalaciones de las agencias Villa Armonía y Obrajes no cumplían con todos los requisitos establecidos en el citado Reglamento, contrariamente de lo manifestado por el **Gerente General** refrendado por el **Gerente Nacional de Auditoría Interna** en los informes GNO&F-617/2011 y GNO&F-695/2011 de 15 y 14 de diciembre de 2011, respectivamente, por lo que la verdad material de la infracción queda demostrada.

3. En relación a los descargos expuestos en los numerales 3 de la presente Resolución:

- Los descargos referidos a que los servidores, equipo de computación y sistemas de seguridad tuvieron que ser resguardados en otro ambiente, por causas del polvo y escombros realizados por trabajos de construcción, ratifican los cargos notificados, en atención a que esta Autoridad de Supervisión al inspeccionar las agencias Villa Armonía y Obrajes, evidenció que las mismas no cumplían con los requisitos detallados en los anexos adjuntos a las cartas de notificación.

4. En relación a los descargos expuestos en los numerales 4 de la presente Resolución:

- En los anexos adjuntos a las cartas de notificaciones de cargos antes señaladas, respecto a la Agencia Villa Armonía se observó la falta de bóveda lista para funcionar, así como la falta de sistemas de control para la apertura de bóveda, aspecto sobre el cual no presentaron descargo alguno.

5. En relación a los descargos expuestos en los numerales 5 y 6 de la presente Resolución:

- La actualización de los informes de **Gerencia General** de acuerdo a la “nueva realidad” de las agencias Villa Armonía y Obrajes, ratifica que las agencias observadas no contaban con las condiciones establecidas en el “Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención”, contenido en el Capítulo XV del Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al momento de inicio de trámite de autorización de las agencias señaladas. De lo contrario no existiría necesidad alguna de “actualizar” los informes de **Gerencia General** y no existiría una “nueva realidad” si estos no contuvieran inexactitudes entre lo afirmado y lo evidenciado por este Órgano de Supervisión.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis de los argumentos anteriormente analizados, se determina que las explicaciones presentadas son contradictorias, no guardan correspondencia con la evidencia obtenida por esta Autoridad de Supervisión, no desvirtúan los cargos notificados, más por el contrario, ratifican la inexactitud y la falta de relación entre el contenido de los Informes GN08.F-617/2011 y GNO&F-695/2011 y la situación de las instalaciones de las agencias observadas, mismas que al momento de las visitas de inspecciones realizadas por esta Autoridad de Supervisión, no cumplían con todos los requisitos establecidos en la normativa antes citada.

Que, el cumplimiento del “Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención”, es responsabilidad de la **Gerencia General**, así como la remisión de informes íntegros y exactos que den cuenta de la observancia de los requisitos establecidos para la apertura de agencias. La justificación presentada por la **Gerente General**, demuestra que dicha instancia no cumplió a cabalidad con sus funciones y responsabilidades.

Que, en consideración a la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), el artículo 28 establece que es obligación de sus administradores, velar por el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes, tal el caso de las previsiones del

Título I, Capítulo XV, Sección 6, artículo 2, del “Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención” contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que en el presente caso se refiere, a que el **Gerente General del BANCO SOLIDARIO S.A.**, presentó al Directorio y a esta Autoridad de Supervisión, informes inexactos que no demostraron el cumplimiento de los requisitos para la apertura de agencias Fijas, tomando en cuenta que los mismos tienen el carácter de declaración jurada para los efectos de ley.

Que, con relación a la responsabilidad del Gerente **Nacional de Auditoría Interna del BANCO SOLIDARIO S.A.**, debe considerarse los artículos 98 y 100 de la Ley antes citada, concordantes con el inciso j), artículo 7 de la Sección 6 del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos, contenido en el Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que determinan la responsabilidad del auditor interno de ejercer la función de control y fiscalización interna, debiendo advertir al Directorio de la entidad financiera sobre el incumplimiento de las normas y disposiciones legales, vigilando por el cumplimiento, aplicación y difusión de las mismas y en caso de que lleve a tomar acciones erróneas y no oportunas, será aplicable el proceso administrativo sancionatorio.

Que, en el presente caso, el **Gerente Nacional de Auditoría Interna** refrendó los informes del **Gerente General del BANCO SOLIDARIO S.A.**, referidos a los trámites de aperturas de las agencias Villa Armonía y Obrajes, que señalaban el cumplimiento de todos los requisitos para abrir las citadas agencias en conformidad con lo establecido en el “Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención”, contenido en el Título I, Capítulo XV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, refrendos que fueron desvirtuados por esta Autoridad de Supervisión con las visitas de inspección a las agencias mencionadas, evidenciando que el **Gerente Nacional de Auditoría Interna** no verificó los requisitos establecidos en el citado Reglamento, infringiendo de esta manera sus funciones de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales que rigen a las entidades de intermediación financiera, tal como manda el inciso j), artículo 7 de la Sección 6 del “Reglamento de Control Interno y Auditores Internos”, contenido en el Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Que, en consecuencia corresponde imponer sanciones administrativas al señor Kurt Koenigfest S. **Gerente General** y al señor Gonzalo Flores Sandi **Gerente Nacional de Auditoría Interna** del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, al no haberse desvirtuado los incumplimientos notificados con cartas ASFI/ DSR II/R-6140/2013 y ASFI/ DSR II/R-6135/2013, ambas emitidas el 14 de enero de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, para la gradación de las sanciones, se ha establecido parámetros que fundamentan la aplicación de sanciones, basada principalmente en los incumplimientos incurridos por el **Gerente General y el Gerente Nacional de Auditoría Interna del BANCO SOLIDARIO S.A.**, debiendo considerar los aspectos siguientes:

Que, para la modulación de la sanción debe tomarse en cuenta la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 que

cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que señala que: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".

Tipificación. En el presente caso se ha evidenciado los siguientes incumplimientos:

1. Del Gerente General del Banco, al artículo 2, Sección 6 del "Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención", contenido en el Capítulo XV del Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haberse identificado inexactitud en el contenido de los informes remitidos al Directorio y a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero relacionados a los trámites de autorización para la apertura de las agencias Villa Armonía y Obrajes, toda vez que, de acuerdo al artículo 1 del mismo cuerpo normativo, se establece que es responsabilidad de la Gerencia General el cumplimiento del mencionado Reglamento.
2. Del Gerente Nacional de Auditoría de la entidad bancaria, a los artículos 98 y 100 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordantes con el inciso j), artículo 7 de la Sección 6 del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos, contenido en el Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al no haber advertido lo previsto en el artículo 2, Sección 6 del "Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención", contenido en el Capítulo XV, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, normativa vigente al momento de producirse los hechos observados en los trámites de aperturas solicitadas por el Banco y haber refrendado los informes de Gerencia General relacionados a las solicitudes de autorización de apertura de las agencias Villa Armonía y Obrajes, cuyas afirmaciones no guardaban relación con el estado real de su infraestructura y contenido.

Que, el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título XIII, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, específicamente en la Sección 2, artículo 61, que determina que cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI no contempladas en dicho Reglamento, serán analizadas, evaluadas y, de ser el

caso, sancionadas, dentro del marco de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), en cada oportunidad en que pudieran presentarse.

Calificación. Conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), las inobservancias a las disposiciones legales así como a las normas reglamentarias, circunscriben las conductas del Gerente General y Gerente Nacional de Auditoría Interna del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, en el ámbito de la imposición de sanciones administrativas.

Gradación. Al considerarse que las inobservancias promueven el proceso sancionatorio bien pudieron evitarse de haberse considerado las disposiciones legales vigentes, por cuanto se configuran acciones por negligencia por parte del Gerente General y el Gerente Nacional de Auditoría Interna de la entidad por:

1. El Gerente General, al haberse identificado inexactitud en el contenido de los informes remitidos al Directorio y a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, relacionados a los trámites de autorización para la apertura de las agencias Villa Armonía y Obrajes.
2. El Gerente Nacional de Auditoría Interna, al haber refrendado los informes de Gerencia General relacionados a las solicitudes de autorización de apertura de las agencias Villa Armonía y Obrajes, cuyas afirmaciones no guardaban relación con el estado real de su infraestructura y contenido, que según el inciso j), artículo 7 de la Sección 6 del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos, contenido en el Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece para Auditoría Interna, la función de evaluar el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias que rigen a las entidades de intermediación financiera.

Modulación. A los efectos de modular la sanción aplicable al Gerente General y Gerente Nacional de Auditoría Interna del Banco, se debe tomar en cuenta lo establecido en el artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con el numeral 5) del artículo 99 del mismo cuerpo normativo, que dispone la imposición de sanción administrativa de **multa personal** a los gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad, sanción que se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse. Determinando como parámetro sancionatorio, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual.

Que, debiendo considerar que las infracciones en el presente caso, no han sido sancionadas con anterioridad por faltas similares, situación que debe tomarse en cuenta para la aplicación de la sanción. Asimismo, se ha analizado la inexistencia de daños en contra de terceros, así como las medidas de regularización adoptadas por la entidad al haber subsanado las observaciones y por tanto haber reiniciado los trámites de las respectivas agencias, llegando a regularizar los requisitos establecidos en el Reglamento mencionado.

Que, en ese sentido, en el presente proceso corresponde la imposición de sanción administrativa de **MULTA PERSONAL** al señor Kurt Koenigfest S. en su condición de **Gerente General** equivalente al 0.50 de una remuneración mensual total. Con relación

al señor Gonzalo Flores Sandi, **Gerente Nacional de Auditoría Interna del BANCO SOLIDARIO S.A.**, una **MULTA PERSONAL** equivalente a una vez la remuneración mensual total."

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 22 de marzo de 2013, el **BANCO SOLIDARIO S.A.**, representado legalmente por los señores Kurt Paul Koenigfest Sanabria, por sí y en su calidad de Gerente General, Gonzalo Fernando Valdez García Meza, Gerente Nacional de Operaciones y Finanzas y Juan Gonzalo Flores Sandi, por sí y como Gerente Nacional de Auditoría Interna presentaron Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013.

"(...)

5.1. Fundamentación

5.2. Errática aplicación de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras.

Señora Directora Ejecutiva, de la revisión atenta de la resolución que es objeto de impugnación, se puede llegar a verificar un error Inexcusable en la aplicación de las medidas sancionatorias emergentes de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, lo cual obliga ineludiblemente que la Entidad Reguladora a reparar este accidente jurídico revocando totalmente la sanción establecida en la misma.

Lo anteriormente expuesto halla sustento y pertinencia legal toda vez que la Resolución ASFI N° 107/2013 del 22 de febrero de 2013, claramente admite en la página 16, Segundo Párrafo, lo siguiente:

"Que debiendo considerar que las infracciones en el presente caso, no han sido sancionadas con anterioridad por faltas similares, situación que debe tomarse en cuenta para la aplicación de la sanción. Asimismo, se ha analizado la inexistencia de daños contra terceros, así como las medidas de regularización adoptadas por la entidad al haber subsanado las observaciones y por lo tanto haber reiniciado los trámites de las respectivas agencias, llegando a regularizar los requisitos establecidos en el Reglamento Mencionado".

Lo anteriormente expuesto, denota con absoluta claridad que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, admitió que la presunta infracción identificada en los trámites de apertura de las Agencia de Villa Armonía y Obrajes, es **extremadamente leve** y además fue reparada mediante la iniciación de nuevos trámites conforme instrucciones regulatorias, aspecto que además muestra la buena predisposición de la entidad a las instrucciones emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Corresponde aclarar que la aplicación del artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, no puede ser subsumida a los hechos generados durante este proceso de tramitación de apertura de Agencias, debido a la existencia del requisito fundamental que defina su aplicación de la sanción que es la concurrencia de **BENEFICIO PARA LA ENTIDAD EN CUALQUIER FORMA.**

Por ello es importante el revisar el contenido in extenso del artículo 102 de la Ley N° 1488, que se intenta erráticamente aplicar en contra del Banco Solidario S.A. que dispone: "Las multas, establecidas en las numerales 2 y 5 del artículo 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, **cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma**; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse

Como se puede apreciar, a lo largo de todo el proceso sancionatorio desde la Notificación de Cargos, hasta la propia declaración de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no existe evidencia legal, técnica o material, que permita demostrar que el **BANCO SOLIDARIO S.A.** se haya **beneficiado de alguna manera con algo**, por lo cual es improcedente jurídicamente el aplicarlas sanciones de multa y afectación de la remuneración mensual del Gerente General, bajo el presupuesto del artículo 102 de la Ley N° 1488.

El Derecho Administrativo sancionador en Sede Regulatoria ha definido que para el establecimiento de una sanción deben concurrir obligatoriamente **todos** los preceptos descritos como imperativos hipotéticos del tipo sancionador, lo cual no se cumple en el presente caso ya que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no tiene posibilidades materiales de demostrar la existencia de BENEFICIO ALGUNO, durante los procesos de autorización de Apertura de las Agencias observadas.

Esta ausencia total del requisito de "beneficio" descrito en el artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, la hace totalmente inaplicable y en todo caso, corresponderá que sea revocada.

Conclusión

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, moduló la aplicación de la sanción en función del artículo 102 de la Ley N° 1488, lo cual es jurídicamente improcedente, toda vez que durante los trámites de Apertura de las Agencias y su posterior regularización, no concurrió en lo absoluto algún "BENEFICIO" en favor de la entidad, el cual es un requisito indispensable al momento de subsumir la conducta institucional al tipo sancionatorio, en ese sentido, dada la inexistencia de evidencia jurídica, técnica o administrativa de beneficio para la entidad y la declaración de la página 16, segundo párrafo de la Resolución N° 107/2013 del 22 de febrero de 2013, corresponde que sea totalmente revocada.

5.3. Omisión de fundamentación en relación a la externalidad provocada por el Regulator

Durante el proceso de respuesta a la Notificación de Cargos se manifestó que las modificaciones realizadas a la infraestructura de la (sic) Agencias fueron producto de una externalidad provocada por la propia ASFI a través de la carta ASFI/DSR II/R-5290/2012, aspecto que no fue fundamentado o explicado en la Resolución 107/2013 del 22 de febrero de 2013.

Al respecto el Regulador en relación al argumento de la externalidad provocada por efecto de la Comunicación ASFI/DSR II /R-5290 /2012 recibida el 18/01/12, únicamente se limitó a dedicarle tres líneas en el segundo párrafo de la página 10 manifestando lo siguiente:

"... el trámite normal de Autorización de las Agencias sufrieron una externalidad provocada por el propio regulador..." aspecto contradictorio a la regulación citada".

A mayor abundamiento, es importante manifestar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, admitió en el último párrafo de la página 10 de la Resolución ASFI N° 107/2013 del 22 de febrero de 2013 que la externalidad enunciada en nuestros descargos **estaba directamente relacionada al trámite de apertura de la Agencia de Villa Armonía**, lo cual implica que no es posible el establecimiento de sanción alguna respecto a dicho trámite, provocando inevitablemente, en el menor de los casos la eliminación del 50% del cargo inicial y en lógica consecuencia se libera de responsabilidad a ambos Ejecutivos de la entidad sobre la mala aplicación del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, por la tramitación de la Autorización de la Agencia de Villa Armonía.

Se debe tomar en cuenta que la admisión de que la externalidad provocada por la carta ASFI/DSR II/R-5290/2012, estaba directamente relacionada a la apertura de la Agencia de Villa Armonía, también tiene efectos sobre el trámite de la Agencia de Obrajes, toda vez que, era previsible que esta observación también le sea aplicable, motivo por el cual se puede deducir que dicha carta tuvo un impacto directo sobre el trámite de la Agencia de Villa Armonía y un efecto indirecto sobre el trámite de la Agencia obrajes.

Continuando con la fundamentación y demostrando la contradicción en la que incurrió la Resolución 107/2013 del 22 de febrero de 2013, corresponde poner en su atención que en la página 11 de dicha resolución, se realizan una serie de argumentaciones que tienen un común denominador:

"... esta Autoridad de Supervisión no observó la falta de espacio para el Gerente General ni el Encargado de Operaciones".

"...aspecto que implica la falta de persona y no así de espacio arquitectónico".

Al respecto, se debe tomar en cuenta que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al final del camino no tiene certeza sobre cuál es el objeto de la observación, toda vez que realiza 5 argumentaciones sobre cinco puntos diferentes, que están totalmente disociados de la Notificación de Cargos, lo cual es una violación al Principio de Congruencia de la Sede Administrativa, mediante la cual, el regulado al momento de preparar sus descargos debe tener con absoluta claridad la certeza sobre cuáles son las observaciones específicas que nutren la posible contravención, toda vez que el identificarlos recién en la resolución sancionatoria, implica una generación de escenario de indefensión y una fractura del Principio de congruencia, entre los (sic) que se acusa y lo que se sanciones (sic), aspecto que es penalizado en el Derecho Administrativo con la nulidad del acto Administrativo.

Conclusión

En mérito a lo expuesto queda demostrado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, **admitió que la externalidad provocada por la carta ASFI/DSR II/R-5290/2012, estaba**

directamente relacionada con el trámite de apertura de la Agencia Villa Armonía, motivo por el cual no debe existir sanción por dicho trámite, en su caso dentro de la tasación de posibles contravenciones todo lo referido a dicha Agencia debe ser descargado y no constituir parte del establecimiento de sanción, no obstante que ambos procesos está indisolublemente unidos y uno es parte constituyente del otro.

5.4. Incumplimiento de presupuestos de la Jurisprudencia Regulatoria

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a tiempo de fundamentar el establecimiento de las presuntas infracciones identificadas, invocó la Resolución SG SIREFI RJ 014/2008 del 31 de enero de 2008 que cita la Resolución SG SIREFI 38/2005 del 15 de septiembre de 2005, en la que señala que:

"El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se debe tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio. Como ser a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o Infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) que el ejercicio de las potestades sancionadoras debe ponderar, en todo caso, las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos Imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios de gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador a) la existencia de intencionalidad, dolo o culpa, negligencia, imprudencia, Impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados; d) de reincidencia en la comisión".

Sobre el particular, basados en la propia jurisprudencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se observa que la Resolución ASFI N° 107/2013 del 22 de marzo de 2013, incumple con los presupuestos establecidos en dicho precedente regulatorio, lo cual pasamos a demostrar en el presente cuadro.

PRESUPUESTO Resolución SG SIREFI RJ 014/2008 del 31 de enero de 2008.	CASO CONCRETO Trámites de Autorización de las Agencias Villa Armonía y Obrajes	EFFECTO JURIDICO Sobre la Resolución ASFI Nro. 107/2013 del 22 de marzo de 2013 y Resolución ASFI/228/2013 DEL 22 DE ABRIL DE 2013.
<i>que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable</i>		
<i>que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado</i>	No es posible la comprobación de la infracción debido a que la propia ASFI admite en la resolución que la Carta ASFI/DSR II/R-5290/2012, estaba directamente relacionada con el trámite de apertura de la Agencia Villa Armonía, lo cual es una externalidad que afectó el normal desenvolvimiento de los trámites.	Provoca que en virtud del Principio de Favorabilidad ² de la Sede Administrativa, se levante el Cargo. Sentencias Constitucionales SSCC. 136/03.R de 6 de febrero de 2003, 642/03-R de 10 de mayo de 2003 1785/03-R de 5 de diciembre de 2005 y 878/05-R de 29 de julio de 2005

que el ejercicio de las potestad sancionadora debe ponderar	No existe evidencia de ponderación, toda vez que la ASFI acudió directamente al artículo 102 de la Ley Nro. 1488,	Provoca la revocatoria total de la resolución debido a la fractura del Principio de Proporcionalidad del artículo 75 de la Ley N° 2341
La existencia de intencionalidad, dolo o culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración	No existe evidencia que pueda demostrar que se actuó en forma dolosa o culposa, toda vez que la externalidad esta validada en la propia resolución de la ASFI.	Establece la obligación de revocatoria, toda vez que no es aplicable el artículo 102 de la Ley N° 1488.
La naturaleza de los perjuicios causados;	No existe perjuicio causada ninguna persona natural o jurídica	Se debe revocar la resolución sancionatoria, por inexistencia de este presupuesto.
De reincidencia en la comisión	No existe Reincidencia	No existe perjuicio ocasionado, por lo cual se debe revocar la resolución sancionatoria, debidamente admitido por la ASFI en la propia Resolución ASFI N° 107/2013

² “El intérprete (en este caso la ASFI) está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los Derechos, Principios y Valores que mejor consagran el Orden Constitucional, es por ello que la Autoridad Administrativa está en la potestad de realizar una interpretación favorable al administrado, que habría corregido esas equivocaciones formales en la que incurrió”.

Conclusión

Como se podrá apreciar, los propios presupuestos invocados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la vía jurisprudencial, no se han cumplido, por lo cual resulta absolutamente improcedente la aplicación de las sanciones en contra del Gerente General y el Gerente Nacional de Auditoría Interna y en todo caso corresponde la aplicación del Principio de Favorabilidad del Administrado, modulado por las Sentencias Constitucionales 136/03.R de 6 de febrero de 2003, 642/03-R de 10 de mayo de 2003 1785/03-R de 5 de diciembre 2005 y 878/05-R de 29 de julio de 2005.

6. Petitorio.

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 46 a 50 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. Revocar totalmente la Resolución ASFI N° 107/2013 del 22 de febrero de 2013, toda vez que la misma ha incurrido en error esencial y absoluto de aplicación de la norma y gradación de la proporcionalidad de las sanciones, tal como fura fundamentado en el contenido del presente recurso de revocatoria.
2. A los efectos de correcta aplicación del artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, en caso de inesperada reiteración de cargos, solicito respetuosamente que se proceda a exhibir el "beneficio" que percibió la entidad, como requisito fundamental para la aplicación de artículo anteriormente enunciado, concordante con el artículo 99 numeral 5 del mismo cuerpo normativo.
3. Se tenga presente en la aplicación del Principio de Proporcionalidad del

Procedimiento Sancionador, establecido en el artículo de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero **admitió que la externalidad provocada por la Carta ASFI/DSR II/R-5290/2012, estaba directamente relacionada con el trámite de apertura de la Agencia Villa Armonía.**

4. Se tenga presente que en ambos casos no existe precedente jurídico, administrativo o sancionatorio, durante el (sic) ejercicio de funciones en el Sector Financiero, que denote una conducta contraria u observable a las normas regulatorias y prudenciales por periodos superiores a 20 años, aspecto atenuante que no fue consideración al momento de la gradación de la proporcionalidad de la sanción."

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 228/2013 de 22 de abril de 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 228/2013 de 22 de abril de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Resuelve:

"PRIMERO.- Declarar **IMPROCEDENTE** el Recurso de Revocatoria interpuesto por Gonzalo Flores Sandi Gerente Nacional de Auditoría Interna del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, contra la Resolución ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013, por haber presentado el mismo fuera del plazo establecido por el artículo 48 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013."

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"CONSIDERANDO:

Que, ingresando al análisis del Recurso de Revocatoria interpuesto por el señor Gonzalo Flores Sandi Gerente Nacional de Auditoría Interna del BANCO SOLIDARIO S.A., se advierte "prima facie", que dicho recurso fue presentado fuera del plazo establecido en el artículo 48 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que, es necesario emitir un pronunciamiento previo sobre el recurso de revocatoria presentado por el señor Gonzalo Flores Sandi Gerente Nacional de Auditoría Interna del BANCO SOLIDARIO S.A., con carácter previo a ingresar al análisis de fondo de la problemática planteada.

Que, el párrafo I del artículo 32 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, señala que los actos de la administración pública se presumen válidos y producen efectos desde la fecha de su notificación, consecuentemente, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero así como el recurrente se encuentran obligados a dar cumplimiento a los plazos, mismos que son fatales al estar expresamente determinados en la norma aplicable.

Que, concordante con lo señalado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2010 de 19 de enero de 2010, señala que "El Recurso de Revocatoria, es un acto de impugnación en sede administrativa, que requiere del cumplimiento de ciertos requisitos que se establecen desde dos esferas normativas: a) requisitos formales (presentación por escrito ante autoridad competente en razón de materia en forma fundamentada, con especificación de la resolución impugnada, acreditando personería, señalando domicilio y dentro de la oportunidad de interposición, artículos 38 y 48 del Decreto Supremo N° 27175; b) requisitos de orden material o sustancial traducido en el perjuicio actual o razonablemente potencial que limite, desconozca o menoscabe derechos subjetivos o intereses legítimos (artículos 37 y 47 del Decreto Supremo N° 27175), requisitos que no pueden ser soslayados o incumplidos, bajo el principio de legalidad por lo que se debe regir el administrador y el administrado, además se debe tomar en cuenta que las normas legales son de orden público y cumplimiento obligatorio".

Que, en tal sentido, efectuada la revisión de la diligencia de notificación con la Resolución ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013, se advierte que el señor Gonzalo Flores Sandi Gerente Nacional de Auditoría Interna del BANCO SOLIDARIO S.A., ha sido notificado con la citada Resolución el 28 de febrero de 2013, en este marco, el recurso de revocatoria fue presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 22 de marzo de 2013, según consta el sello de recepción del memorial, debiendo haber sido interpuesto dicho recurso hasta el 21 de marzo de 2013, conforme lo establece el artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre 2003.

Que, en atención a los antecedentes señalados, se advierte que el señor Gonzalo Flores Sandi Gerente Nacional de Auditoría Interna del BANCO SOLIDARIO S.A. ha interpuesto un recurso de revocatoria fuera del plazo establecido por el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175, habiéndose presentado dicho recurso 1 día hábil administrativo después de su legal notificación con el acto administrativo ahora impugnado.

Que, la notificación de la Resolución ASFI N° 107/2013, aseguró de manera inequívoca que la decisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sea conocida por el recurrente logrando con ello la finalidad de toda notificación a objeto de garantizar el procedimiento administrativo y evitar la indefensión del administrado.

Que, habiendo presentado el señor Gonzalo Flores Sandi el recurso de revocatoria en forma extemporánea (22 de marzo de 2013) de conformidad al inciso d) del artículo 43 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, corresponde declarar improcedente el Recurso de Revocatoria.

CONSIDERANDO:

Que, es importante precisar que la estructura de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras fue modificada mediante Resolución ASFI N° 008/2013

de 7 de enero de 2013 y en el presente caso corresponde la aplicación de la normativa vigente al momento de cometida la infracción

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el señor Kurt Koenigfest Gerente General del BANCO SOLIDARIO S.A se establece los aspectos siguientes:

- Los informes GNO&F-695/2011 y GNO&F 617/2011 de 14 y 15 de diciembre de 2011, respectivamente remitidos al Directorio del BANCO SOLIDARIO S.A., y a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en relación a la apertura de las Agencias Villa Armonía y Obrajes, describen que dichas agencias cuentan con "local e infraestructura adecuados, medios tecnológicos de información y de comunicación adecuados para llevar a cabo sus operaciones, medios de seguridad adecuados a los servicios a prestar, que incluyen entre otras; la existencia de bóveda, sistema de alarmas, sistema de video de vigilancia y pólizas de seguro".

En tal sentido, posterior a la solicitud de apertura de agencias de Villa Armonía y Obrajes, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero realizó inspecciones a las instalaciones en las que funcionarían dichas agencias cuyos resultados se encuentran en los informes ASFI/DSR II/R-13460/2012 y ASFI/DSR II/R-48089/2012 de 2 de febrero y 19 de abril de 2012, respectivamente, los cuales concluyen señalando que "las mismas no cumplen con los requisitos exigidos en la normativa vigente relativa a la apertura de agencias", así se desprende de la pagina 3, de los citados informes.

Lo expuesto demuestra, inexactitud en el contenido de los informes GNO&F-695/2011 y GNO&F 617/2011, remitidos al Directorio y a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero incumpliendo el recurrente el artículo 2, Sección 6, Capítulo XV del Título I del Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de atención, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, aspecto que dio lugar a la emisión de la Resolución ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013.

En este marco, la Resolución ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013, respecto a la carta ASFI/DSR II/R-5290/2012, contrariamente a lo aseverado por el recurrente en la página 10 señala "La carta ASFI/DSR II/R-5290/2012 solo corresponde al trámite de apertura de la agencia Villa Armonía y no así al trámite de apertura de la Agencia Obrajes. Adicionalmente, se establece que en dicha carta se observó deficiencias en la documentación presentada y no así la falta de espacios para el Gerente de Agencia y Encargado de Operaciones"

De lo descrito precedentemente, se advierte que la externalidad a la que hace referencia el recurrente (ASFI/DSR II/R-5290/2012), no puede ser considerada como una causal propia para la inexactitud en el contenido de los informes GNO&F-695/2011 y GNO&F 617/2011, por cuanto los hallazgos evidenciados por esta Autoridad de Supervisión, conforme a las inspecciones realizadas a dichas Agencias no guardan relación con el estado real de su infraestructura y contenido.

Adicionalmente, dicha carta observó deficiencias en la documentación presentada y no así la infraestructura.

En tal sentido, teniendo los informes GNO&F-695/2011 y GNO&F 617/2011, el carácter de declaración jurada conforme lo establece el artículo 2, Sección 6, Capítulo XV, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el recurrente debe conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia, entendida como "Una figura abstracta creada en el Derecho Romano para poder determinar el grado de culpa de una persona en una determinada situación jurídica. Esta figura abstracta del "bonus" o "diligens pater familias" demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo haría todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona o entidad que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestre el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho en esa misma situación" (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 14/2007 de 6 de febrero de 2007), aspecto que no se advierte en el presente caso por las situaciones descritas precedentemente.

- El artículo 1, Sección 2, Capítulo XV, Título I Reglamento para la Apertura, Traslado o Cierre de Sucursales o Agencias y Traslado de Oficina Central contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras dispone que para la apertura de una sucursal, de una agencia fija o de una agencia móvil, la entidad supervisada debe presentar su solicitud ante ASFI, mencionando su ubicación y denominación, adjuntando una copia del Acta de Reunión de Directorio u Órgano Equivalente, donde se apruebe la apertura de la sucursal o agencia, así como el informe actualizado del Gerente General al Directorio u Órgano equivalente refrendado por el auditor interno, asimismo, señala los requisitos mínimos exigidos en la normativa vigente relativa a la apertura de agencias.

El artículo 2, Sección 6, Capítulo XV, Título I del Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención establece que "Los informes señalados en el presente Reglamento, así como las comunicaciones de la entidad supervisada a ASFI, conllevan el carácter de declaración jurada de las personas que suscriben tales documentos, para todos los efectos, de conformidad con el artículo 1322 el Código Civil y el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, sujetas en caso de inexactitud o falsedad a la aplicación del Reglamento de Sanciones Administrativas".

De la interpretación lógica y sistemática de la normativa transcrita se advierte que para la apertura de una agencia es necesario un informe actualizado del Gerente General que señale que la agencia cuenta con local e infraestructura adecuados, medios tecnológicos de información y de comunicación adecuados a los servicios a prestar, en este marco el citado informe tiene el carácter de declaración jurada, entendida como "la manifestación personal, verbal o escrita, donde se asegura la veracidad de esa misma declaración bajo juramento ante autoridades administrativas o judiciales. Como consecuencia se presume como cierto lo

señalado por el declarante hasta que se pueda acreditar lo contrario" (Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual).

Por lo descrito precedentemente, el señor Kurt Koenigfest Gerente General del BANCO SOLIDARIO S.A., no puede pretender exonerarse de responsabilidad arguyendo que las modificaciones realizadas a la infraestructura de las agencias habrían sido producto de una externalidad provocada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de la nota ASFI/DSR II/R-5290/2012, cuando el propio Reglamento de Apertura, Traslado o Cierre de Sucursales o Agencias y Traslado de Oficina Central, establece que para la apertura de agencias la entidad supervisada debe acompañar a su solicitud el informe actualizado del Gerente General debiendo señalar que las agencias cuentan con local e infraestructura adecuados, medios tecnológicos de información y de comunicación adecuados a los servicios a prestar.

En consecuencia el Gerente General no puede aludir desconocimiento de la normativa, y menos aun cuando parte de sus funciones radica precisamente en emitir informes respecto a la apertura de agencias señalando que las mismas cumplen o no cumplen con lo establecido en el Reglamento de Apertura, Traslado o Cierre de Agencias contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

- En relación a que la Resolución ASFI N° 107/2013, vulnera el principio de congruencia, al respecto dicho principio en materia administrativa de acuerdo a la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 79/2007 de 26 de septiembre de 2007, dispone que "La notificación de cargos, como acto jurídico-administrativo, además de los requisitos de validez y forma que exige la Ley y las normas reglamentarias, necesariamente, debe contener la mención de las infracciones específicas atribuidas a la persona, puesto que de ello derivará o dependerá la resolución definitiva dictada por la autoridad. En ese entendido, la formulación o notificación de cargos al derivar en una Resolución Administrativa, debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final".

En el presente caso, la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-6140/2013 de 14 de enero de 2013, señala que el recurrente "habría incumplido el artículo 2, Sección 6 del Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención, contenido en la Capítulo XV del Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras", en este marco la Resolución ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013, desde las páginas 9 al 13, describe, analiza y evalúa los descargos presentados por el recurrente, aspecto por el cual en la parte considerativa se consigna la evaluación de los cinco puntos.

En tal sentido, la Resolución ASFI N° 107/2013, es clara, precisa y coherente no solo en la parte considerativa, sino también identifica el incumplimiento en el que

incurrió el recurrente a los fines de que el señor Kurt Koenigfest tenga conocimiento en todo momento; cual fue la norma infringida y cual la gradación que se le impuso por tal incumplimiento, aspecto que va estrechamente relacionado con el principio de congruencia, como se puede advertir en la página 13, que textualmente expresa "En consideración a la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), el artículo 28 establece que es obligación de sus administradores, velar por el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes, tal el caso de las precisiones del Título I, Capítulo XV, Sección 6, artículo 2, del "Reglamento para Sucursales, Agencia y otros Puntos de Atención" contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que en el presente caso se infiere, a que el Gerente General del BANCO SOLIDARIO S.A., presentó al Directorio y a esta Autoridad de Supervisión, informes inexactos que no demostraron el cumplimiento de los requisitos para la apertura de agencias fijas, tomando encuentra que los mismos tienen el carácter de declaración jurada para los efectos de ley".

- En lo que respecta (sic) a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada el autor Alejandro Nieto García señala que "La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase" (Derecho Administrativo sancionador, 4 ed. Madrid 2005, pág. 347).

Aplicando los razonamientos señalados (adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada) los mismos deben someterse a los criterios para su graduación, por lo tanto en el presente caso se tiene el siguiente análisis respecto al Principio de Proporcionalidad:

- **Tipificación.** El principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto y de la sanción es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir, de no realizar algo o de cumplir determinada acción, en el presente caso, conforme lo señala la Resolución ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013, página 14, se identificó inexactitud en el contenido de los informes (GNO&F-695/2011 y GNO&F 617/2011) remitidos al Directorio y a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero relacionados a los trámites de autorización para la apertura de las agencias Villa Armonía y Obrajes, incumpliendo el artículo 2, Sección 6 del Reglamento para Sucursales, Agencias y Otros Puntos de Atención contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.
- **Gradación.** Las infracciones cometidas por el recurrente son incumplimientos susceptibles de sanción por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuya competencia emana de la Ley, misma que faculta imponer

sanciones administrativas a las entidades supervisadas, ponderando el grado de la infracción, en el presente caso, dicha inobservancia se encuentra establecida en el artículo 2, Sección 6 del Reglamento para Sucursales, Agencias y Otros Puntos de Atención contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras el cual dispone que "Los informes señalados en el presente Reglamento así como las comunicaciones de la entidad supervisada a ASFI, conllevan el carácter de declaración jurada de las personas que suscriben tales documentos, para todos los efectos, de conformidad con el artículo 1322 del Código Civil y el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, sujetas en caso de inexactitud o falsedad a la aplicación del reglamento de Sanciones Administrativas", por lo tanto, la multa a imponerse debe enmarcarse en el principio de proporcionalidad y legalidad con sometimiento pleno a la Ley, ponderando los elementos configurativos y circunstancias que concurrieron a tiempo de imponer sanción.

Adicionalmente, se ha considerado los siguientes criterios de graduación: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión de las infracciones.

Aplicando el razonamiento citado precedentemente en el presente caso, se tiene lo siguiente:

- a) De la evaluación de los antecedentes presentados por el recurrente, se advierte la conducta negligente¹ a tiempo de elaborar los informes GNO&F-695/2011 y GNO&F 617/2011, elemento configurativo dado por la falta de diligencia, toda vez que de acuerdo a los informes de inspección ASFI/DSR II/R-13460/2012 y ASFI/DSR II/R-48089/2012 de 2 de febrero y 19 de abril de 2012, respectivamente las Agencias Villa Armonía y Obrajes, no cumplen con los requisitos mínimos exigidos en la normativa vigente.

¹ De acuerdo al Diccionario de la Real Academia se entiende por negligencia como la **"omisión, el descuido en la tarea cotidiana que se despliega o bien en el ejercicio de la profesión a través de la realización de un acto contrario a lo que el deber que esa persona realiza exige y supone"**.

- b) Respecto a la naturaleza de los perjuicios ocasionados, cabe señalar que los informes GNO&F-695/2011 y GNO&F 617/2011, se caracterizan porque revisten el carácter de declaración jurada de las personas que suscriben los mismos, en este marco dicho informe no guarda relación con el (sic) hallazgos advertidos en la inspección a las Agencias Villa Armonía y Obrajes, cuyos resultados se encuentran en los informes ASFI/DSR II/R-13460/2012 y ASFI/DSR II/R-48089/2012, consiguientemente las conclusiones arribadas en los citados informes emitidos por el recurrente revisten de importancia ya que los mismos deben ser objetivos basados en hechos reales que coadyuven a la eficacia de la administración de la entidad, sin embargo de ello, no se advierte que dichos incumplimientos hubieran ocasionado perjuicio a terceros.

- c) En relación a la reincidencia, de acuerdo a lo señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 3 de mayo de 2011, que cita a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2009 de 17 de diciembre de 2009, "Según el Diccionario de sinónimos y antónimos 2005 Espasa-Calpe reiteración es la repetición de una cosa que se ha dicho o ejecutado antes. Palabra que tiene los siguientes sinónimos: reincidencia, repetición, insistencia, ratificación, redundancia.", asimismo señala que "Tanto para la aplicación de la reincidencia así como de la reiteración, debe existir previamente un proceso administrativo que tenga la calidad de cosa juzgada, esto en resguardo al principio de inocencia y debido proceso", en el presente caso, no existen resoluciones por las que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiere sancionado al señor Kurt Koenigfest Gerente General del BANCO SOLIDARIO S.A. por incumplimiento al artículo 2, Sección 6 del Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos (sic) de Atención.
- d) Respecto a la cuantía para la imposición de la sanción, el artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) establece una discrecionalidad reglada para la modulación de la sanción, que no debe confundirse con arbitrariedad, sino que la adecuación de la sanción debe ser en función a las circunstancias de la infracción y por los principios sancionadores que ingresan en su función integradora del sistema normativo.

El artículo 2, Sección 6 del Reglamento para Sucursales, Agencias y Otros Puntos de Atención contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras el cual dispone que "Los informes señalados en el presente Reglamento así como las comunicaciones de la entidad supervisada a ASFI, conllevan el carácter de declaración jurada de las personas que suscriben tales documentos, para todos los efectos, de conformidad con el artículo 1322 del Código Civil y el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, sujetas en caso de inexactitud o falsedad a la aplicación del reglamento de Sanciones Administrativas".

El artículo 1, Sección 2, Capítulo XV, Título I de Reglamento de Apertura, Traslado o Cierre de Sucursales o Agencias dispone los requisitos necesarios para la apertura de agencias.

En el caso de examen se han aplicado todos los criterios de graduación bajo dichas consideraciones y al no haberse evidenciado reincidencia y perjuicio ocasionado por la infracción cometida por el señor Kurt Koenigfest Gerente General del BANCO SOLIDARIO S.A., se aplicó la multa mínima, equivalente al (0.50) de una remuneración mensual, de conformidad al numeral 5 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) que determina: "Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco veces la remuneración mensual del infractor", por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero cumplió con el contenido del artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) que determina que: "las multas establecidas en los numerales 2 y 5

del artículo 99, se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia e imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse", por lo que se aplicó una sanción que no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta de los recurrentes, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad.

Que, consiguientemente los argumentos expuestos por el señor Kurt Koenigfest Gerente General del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, no son suficientes para desvirtuar los alcances de la Resolución ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013, por cuanto es obligación del recurrente cumplir con la normativa vigente para la apertura de Agencias.

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Estado Plurinacional, como parte de la política financiera, prescribe en su artículo 332, parágrafo I que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de Bancos y entidades financieras (sic), de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia ha designado a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, dispone que los recursos administrativos previstos en la presente ley, serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término.

Que, el artículo 43 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes.

Que, el artículo 49 de la citada disposición legal dispone que la Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria tendrá un plazo de veinte días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 1, Sección 2, Capítulo XV, Título I del Reglamento, Traslado o Cierre de Sucursales o Agencias y Traslado contenido en la Recopilación de Normas para Bancos

y Entidades Financieras señala los requisitos mínimos que debe contemplar las entidades de intermediación financiera para la apertura de una agencia.

Que, el artículo 2, Sección 6, Capítulo XV, Título I del citado Reglamento dispone que los informes señalados en el presente Reglamento, así como las comunicaciones de la entidad supervisada a ASFI, conllevan el carácter de declaración jurada de las personas que suscriben tales documentos, para todos los efectos, de conformidad con el artículo 1322 del Código Civil y el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, sujetas en caso de inexactitud o falsedad a la aplicación del Reglamento de Sanciones Administrativas.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo al Informe Legal ASFI/DAJ/R-53178/2013 de 12 de abril de 2013, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados por el señor Gonzalo Flores Sandi Gerente Nacional de Auditoría del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, concluyendo que el recurrente ha presentado el recurso de revocatoria fuera del plazo de quince días hábiles, por lo que en virtud del inciso d) del artículo 43 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, corresponde declarar improcedente el recurso de revocatoria.

Que, respecto al recurso de revocatoria presentado por el señor Kurt Koenigfest Gerente General del BANCO SOLIDARIO S.A., el citado Informe Legal ASFI/DAJ/R-55614/2013, concluye que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013, al haber incumplido el recurrente lo dispuesto por el artículo 2, Sección 6 del Reglamento para Sucursales, agencias y otros Puntos de atención, contenido en el Capítulo XV del Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.”

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 7 de mayo de 2013, el **BANCO SOLIDARIO S.A.**, representado por los señores Kurt Paul Koenigfest Sanabria, por sí y en su calidad de Gerente General, Gonzalo Fernando Valdez García Meza, Gerente Nacional de Operaciones y Finanzas y Juan Gonzalo Flores Sandi, por sí y como Gerente Nacional de Auditoría Interna, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 228/2013 de 22 de abril de 2013, argumentado lo siguiente:

“...4. Relación de Derecho y Fundamentación jurídica del Recurso Jerárquico

4.1. Omisión de pronunciamiento por parte de la ASFI en petitorio específico en el Recurso de Revocatoria

Señor Viceministro, como es de su conocimiento uno de los requisitos básicos para la validez de un acto administrativo es que el mismo cumpla con todas las previsiones legales establecidas en el artículo 28 inciso e) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, la cual refiere específicamente al deber de **“FUNDAMENTACIÓN”!**

1 ARTICULO 28° (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).- Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

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

Lamentablemente en el presente caso, no ha existido por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, una actitud acorde a este requisito legal, ya que como Ud. podrá apreciar en el contenido del punto N° 2 del Petitorio del memorial de Recurso de Revocatoria, hemos pedido específicamente al Regulador lo siguiente:

"A los efectos de correcta aplicación del artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, en caso de inesperada reiteración de cargos, solicito respetuosamente que se proceda a exhibir el "beneficio" que percibió la entidad, como requisito fundamental para la aplicación de artículo anteriormente enunciado, concordante con el artículo 99 numeral 5 del mismo cuerpo normativo".

Como podrá apreciar con absoluta nitidez en todo el contenido de la Resolución N° ASFI 228/2013 de 22 de abril de 2013 que resuelve el recurso de Revocatoria interpuesto por nuestras personas, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, **no ha podido exhibir el "beneficio"** que habría percibido la entidad financiera por la cual se hace viable la aplicación del artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras.

La carencia anteriormente manifestada, convierte a la Resolución ASFI N° 228/2013 del 22 de abril de 2013, en una resolución carente de "fundamentación y motivación" lo cual es penalizado en el "sano" Derecho Administrativo con la nulidad respectiva.

A mayor abundamiento se debe invocar necesariamente lo previsto en el artículo 78 párrafo I de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que claramente manifiesta lo siguiente:

Artículo 78° (Responsabilidad).

Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas individuales o colectivas que resulten responsables.

Como se puede evidenciar, sólo es posible la generación de sanciones administrativas, cuando los actos u omisiones de una persona, se adecúan a lo previsto en una norma legal preestablecida. Es por ello que en el caso que a la fecha es analizado, se puede apreciar que la ASFI se ha visto IMPOSIBILITADA MATERIALMENTE de demostrar la existencia de algún "beneficio", por el cual se haga viable la acusación administrativa bajo la previsión del artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras.

Conclusión

En mérito a lo expuesto, queda demostrado que la Autoridad de supervisión del Sistema

Financiero, omitió pronunciarse sobre el punto 2 del petitorio del Recurso de Revocatoria, en lo relativo a la exhibición del "Beneficio" para hacer viable la acusación bajo el artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, lo cual es violatorio de lo establecido en el artículo 28 inciso e) y 78 parágrafo I de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, determinando en forma indubitable la nulidad absoluta de la Resolución ASFI N° 228/2013 del 22 de abril de 2013.

4.2. Sobre la alusión al Principio de Buen Padre de Familia

Señor Viceministro, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la parte considerativa de su Resolución N° 228/2013 del 22 de abril de 2013, señala lo siguiente:

"En tal sentido, teniendo los Informes GNO&F-695/2011 y GNO&F 617/2011, carácter de declaración jurada conforme lo establece el artículo 2, Sección 6, Capítulo XV, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el recurrente debe conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un Buen Padre de Familia, entendida como: "una figura abstracta creada por el Derecho Romano para poder determinar el grado de culpa de una persona en una determinada situación jurídica. Esta figura abstracta del bonus diligens pater familias demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones como lo harían todos los hombres que se encuentren en la misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona o entidad que en sus obligaciones, negocios o actuaciones no demuestre el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho en la misma situación jurídica. (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG/SIREFI RJ/14/2007 del 6 de febrero de 2007), aspecto que no se advierte en el presente caso por las actuaciones descritas precedentemente.

En ese sentido, en relación a este argumento expuesto por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, corresponde esgrimir los siguientes elementos de orden legal y administrativo, por lo cual es inadmisibles la alusión de este Precepto Legal en el contenido de la Resolución que resolvió el Recurso de Revocatoria:

- a) *La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al acudir al Principio de Buen Pater Familias, por dos informes que fueron elaborados bajo el contexto interferente de las propias instrucciones del Regulador, nuevamente realiza una acción totalmente desproporcional, debido a que la fractura del Principio de Buen Pater Familias, se da únicamente cuando existen acciones u omisiones que son reiterativas, continuadas en el tiempo y evidentemente generadoras de daño considerable a las entidades o usuarios, todo ello con presencia de beneficios. En el presente caso, resulta evidente que luego de una trayectoria de muchos años, ninguno de nosotros como cuestionados en la Notificación de Cargos, ha tenido jamás una sola sanción, lo cual denota que en ningún momento podría ser causal de acercamiento a un incumplimiento del Buen Pater Familias, en todo caso el Regulador olvida que la fractura del Principio de Buen Pater Familias, sólo puede darse dentro de la evaluación de una "Gestión" y no así por dos trámites aislados que están contaminados por las propias acciones de la ASFI, y que en ningún momento causaron beneficio a la entidad, aspecto que fue claramente confesado por el regulador y que advertido de su error, no quiere aceptar el mismo y adecuar su sanción a lo que realmente corresponde.*

- b) Uno de los Principios que no puede estar ausente en todo procedimiento administrativo, es el descrito en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, bajo el rótulo de **VERDAD MATERIAL**. Al respecto corresponde poner en su atención que el hecho de insinuar la existencia de incumplimiento al Principio de Buen Pater Familias, ciertamente demuestra una posición sesgada y ultra desproporcional de la visión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, toda vez que los precedentes personales y profesionales de ambos profesionales involucrados en la Notificación de Cargos, ninguno de ellos presentan observaciones anteriores a sus gestiones como ejecutivos de la entidad, lo cual implica que desde ningún punto de vista se puede cuestionar la excelente forma de manejo de su Sistema Principal de Negocios, en virtud a dos informes que como manifestamos anteriormente, fueron llevados a confusión por la propia intervención de la ASFI.

Conclusión.

En mérito a lo expuesto queda demostrado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en una nueva acción e interpretación desproporcionada, intenta asumir que la existencia de dos informes que fueron interferidos por el propio regulador, se instituyen en una (sic) factor de calificación del 100% de la Gestión, al invocar erráticamente el incumplimiento del Principio de Buen Pater Familias, aspecto que denota desde todo punto de vista el incumplimiento al Principio de Proporcionalidad, establecido en la (sic) Reglas del Procedimiento Sancionador de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

4.3. Reitera a errática (sic) y falta de subsunción en la aplicación de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras.

Señor Viceministro, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la resolución del Recurso de Revocatoria no se pronunció en lo ABSOLUTO en relación a este punto donde se verifica un error inexcusable en la aplicación de las medidas sancionatorias emergentes de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, lo cual obliga ineludiblemente que en la instancia de fin de vía administrativa se repare este accidente jurídico revocando totalmente la sanción establecida en la misma, toda vez que ante la falta de cumplimiento de los imperativos hipotéticos que son requisitos sine quanum (sic) para el establecimiento de una infracción no es posible que concurra la sanción.

Lo anteriormente expuesto halla sustento y pertinencia legal toda vez que la Resolución ASFI N° 107/2013 del 22 de febrero de 2013, claramente admite en la página 16, Segundo Párrafo, lo siguiente:

"Que debiendo considerar que las infracciones en el presente caso, no han sido sancionadas con anterioridad por faltas similares, situación que debe tomarse en cuenta para la aplicación de la sanción. Asimismo, se ha analizado la inexistencia de daños contra terceros, así como las medidas de regularización adoptadas por la entidad al haber subsanado las observaciones y por lo tanto haber reiniciado los trámites de las respectivas agencias, llegando a regularizar los requisitos establecidos en el Reglamento Mencionado".

Lo anteriormente expuesto, denota con absoluta claridad que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, admitió que la presunta infracción identificada en los trámites de apertura de las Agencias de Villa Armonía y Obrajes, es **extremadamente leve** y además fue reparada mediante la iniciación de nuevos trámites conforme instrucciones regulatorias, aspecto que además muestra la buena predisposición de la entidad a las instrucciones emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Con el objetivo de reafirmar este argumento, es importante que su Autoridad ya en esta instancia jerárquica, considere y evalúe que la Resolución Nro. ASFI/228/2013 del 22 de abril de 2013, elude el pronunciarse sobre este tema, ya que únicamente invoca aspectos de la Doctrina del Derecho Administrativo, pero en ningún momento llega a determinar o demostrar que la entidad financiera regulada, habría sido sujeto de algún beneficio, por el cual se haga aplicable el artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras.

Es por ello que reiteramos que la aplicación del artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, no puede ser subsumida a los hechos generados durante este proceso de tramitación de apertura de Agencias, debido a la existencia del requisito fundamental que detona su aplicación de la sanción que es la concurrencia de **BENEFICIO PARA LA ENTIDAD EN CUALQUIER FORMA.**

Por ello es importante el revisar el contenido in extenso del artículo 102 de la Ley N° 1488, que se intenta erráticamente aplicar en contra del Banco Solidario S.A. que dispone:

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

Como se puede apreciar, a lo largo de todo el proceso sancionatorio desde la Notificación de Cargos, hasta la propia declaración de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la instancia de Revocatoria no existe evidencia legal, técnica o material, que permita demostrar que el BANCO SOLIDARIO S.A. se haya **beneficiado de alguna manera con algo**, por lo cual es improcedente jurídicamente el aplicar las sanciones de multa y afectación de la remuneración mensual del Gerente General, bajo el presupuesto del artículo 102 de la Ley N° 1488, aspecto que deberá ser reparado en la instancia jerárquica por corresponder en Derecho.

El Derecho Administrativo sancionador en Sede Regulatoria ha definido que para el establecimiento de una sanción deben concurrir obligatoriamente **todos** los preceptos descritos como imperativos hipotéticos del tipo sancionador, lo cual no se cumple en el presente caso ya que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no tiene posibilidades materiales de demostrar la existencia de BENEFICIO ALGUNO, durante los procesos de autorización de Apertura de las Agencias observadas.

Esta ausencia total del requisito de "beneficio" descrito en el artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, la hace totalmente inaplicable y en todo caso,

corresponderá que sea revocada.

Conclusión

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la emisión de la Resolución que resuelve (sic) la Revocatoria N° ASFI 228/2013 del 22 de abril de 2013, omite flagrantemente el pronunciarse sobre este aspecto, toda vez que el mismo modularía la aplicación de la sanción en función del artículo 102 de la Ley N° 1488, determinando que en el peor de los casos se podría aplicar una sanción de amonestación, pero no así una sanción pecuniaria, toda vez que durante los trámites de Apertura de las Agencias y su posterior regularización, no concurrió en lo absoluto algún **"BENEFICIO"** en favor de la entidad, el cual es un requisito indispensable al momento de subsumir la conducta institucional al tipo sancionatorio, en ese sentido, dada la inexistencia de evidencia jurídica, técnica o administrativa de beneficio para la entidad y la declaración de la página 16, segundo párrafo de la Resolución N° 107/2013 del 22 de febrero de 2013, corresponde que sea totalmente revocada y siendo que curiosamente en la resolución que resuelve la revocatoria la ASFI no se pronuncia sobre el particular, corresponderá que en la instancia jerárquica se emita resolución en el marco de lo establecido en el artículo 43 p. I inciso b) del reglamento aprobado por D.S. 27175.

4.4. En instancia de Revocatoria desvirtúa Omisión de fundamentación en relación a la externalidad provocada por el Regulador

Durante el proceso de respuesta a la Notificación de Cargos se manifestó que las modificaciones realizadas a la infraestructura de la Agencias fueron producto de una externalidad provocada por la propia ASFI a través de la carta ASFI/DSR II/R-5290/2012, aspecto que no fue fundamentado o explicado en la Resolución 107/2013 del 22 de febrero de 2013 y en la Resolución N° ASFI 228/2013 del 22 de abril de 2013, fue totalmente desvirtuado por la ASFI dada la imposibilidad que tiene de fundamentar su posición y la fractura de la seguridad jurídica de los procesos recursivos.

Al respecto el Regulador en relación al argumento de la externalidad provocada por efecto de la Comunicación ASFI/DSR II /R-5290 /2012 recibida el 18/01/12, únicamente se limitó a dedicarle tres líneas en el segundo párrafo de la página 10 manifestando lo siguiente:

"...el trámite normal de Autorización de las (sic) Agencia sufrieron una externalidad provocada por el propio regulador..." aspecto contradictorio a la regulación citada".

A mayor abundamiento, es importante manifestar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, admitió en el último párrafo de la página 10 de la Resolución ASFI N° 107/2013 del 22 de febrero de 2013 que la externalidad enunciada en nuestros descargos **estaba directamente relacionada al trámite de apertura de la Agencia de Villa Armonía**, lo cual implica que no es posible el establecimiento de sanción alguna respecto a dicho trámite, provocando inevitablemente, en el menor de los casos la eliminación del 50% del cargo inicial y en lógica consecuencia se libera de responsabilidad a ambos Ejecutivos de la entidad sobre la mala aplicación del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, por la tramitación de la Autorización de la Agencia de Villa Armonía.

Se debe tomar en cuenta que la admisión de que la externalidad provocada por la

carta ASFI/DSR II/R-5290/2012, estaba directamente relacionada a la apertura de la Agencia de Villa Armonía, también tiene efectos sobre el trámite de la Agencia de Obrajes, toda vez que, era previsible que esta observación también le sea aplicable, motivo por el cual se puede deducir que dicha carta tuvo un impacto directo sobre el trámite de la Agencia de Villa Armonía y un efecto indirecto sobre el trámite de la Agencia obrajes.

Continuando con la fundamentación y demostrando la contradicción en la que incurrió la Resolución 107/2013 del 22 de febrero de 2013, corresponde poner en su atención que en la página 11 de dicha resolución, se realizan una serie de argumentaciones que tienen un común denominador:

"...esta Autoridad de Supervisión no observó la falta de espacio para el Gerente General, ni el Encargado de Operaciones".

"...aspecto que implica la falta de persona y no así de espacio arquitectónico".

Al respecto, se debe tomar en cuenta que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al final del camino no tiene certeza sobre cuál es el objeto de la observación, toda vez que realiza 5 argumentaciones sobre cinco puntos diferentes, que están totalmente disociados de la Notificación de Cargos, lo cual es una violación al Principio de Congruencia de la Sede Administrativa, mediante la cual, el regulado al momento de preparar sus descargos debe tener con absoluta claridad la certeza sobre cuáles son las observaciones específicas que nutren la posible contravención, toda vez que el identificarlos recién en la resolución sancionatoria, implica una generación de escenario de indefensión y una fractura del Principio de congruencia, entre los que se acusa y lo que se sanciones (sic), aspecto que es penalizado en el Derecho Administrativo con la nulidad del acto Administrativo.

Es importante mencionar que no obstante el precedente administrativo anteriormente mencionado, en la Resolución ASFI N° 228/2013 del 22 de abril de 2013, en relación a este tema, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se limita a la (sic) reiterar que la infracción converge en el Reglamento de apertura de Agencias, establecido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y en todo caso, omite analizar el hecho de que para que exista congruencia debe existir identidad tanto en la tipificación de la sanción, como en el análisis de los hechos y no ir variando en el tiempo, con el objetivo de intentar justificar una posición indefendible.

Se debe considerar que el hecho de generar o insertar otros elementos o hechos dentro de un proceso sancionatorio ya establecido por simple conveniencia del Regulador, involucra la generación de un escenario de INDEFENSIÓN, el cual es proscrito incluso en la vía constitucional.

Conclusión

En mérito a lo expuesto queda demostrado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, **admitió que la externalidad provocada por la Carta ASFI/DSR II/R-5290/2012, estaba directamente relacionada con el trámite de apertura de la Agencia de Villa Armonía,** motivo por el cual no debe existir sanción por dicho trámite, en su caso dentro de la tasación de posibles contravenciones todo lo referido a dicha Agencia debe ser descargado y no constituir parte del establecimiento de sanción, no obstante que

ambos procesos esta (sic) indisolublemente unidos y uno es parte constituyente del otro.

4.5. Incumplimiento de presupuestos de la Jurisprudencia Regulatoria

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a tiempo de fundamentar el establecimiento de las presuntas infracciones identificadas, invocó la Resolución SG SIREFI RJ 014/2008 del 31 de enero de 2008 que cita la Resolución SG SIREFI 38/2005 del 15 de septiembre de 2005, en la que señala que:

"El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se debe tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio. Como ser a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) que el ejercicio de las (sic) potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso, las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios de gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador a) la existencia de intencionalidad, dolo o culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados; d) (sic) de reincidencia en la comisión".

Sobre el particular, basados en la propia jurisprudencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se observa que la Resolución ASFI N° 107/2013 del 22 de marzo (sic) de 2013, incumplió con los presupuestos establecidos en dicho precedente regulatorio, aspecto que también fue obviado en la emisión de la Resolución ASFI N° 228/2013 del 22 de abril de 2013, lo cual pasamos a demostrar en el presente cuadro, el cual no fue debidamente valorado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la emisión de la resolución que resolvía la instancia de revocatoria.

PRESUPUESTO Resolución SG SIREFI RJ 014/2008 del 31 de enero de 2008.	CASO CONCRETO Trámites de Autorización de las Agencias Villa Armonía y Obrajes	EFFECTO JURIDICO Sobre la Resolución ASFI Nro. 107/2013 del 22 de marzo de 2013 y Resolución ASFI/228/2013 DEL 22 DE ABRIL DE 2013.
que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable		
que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado	No es posible la comprobación de la infracción debido a que la propia ASFI admite en la resolución que la Carta ASFI/DSR II/R-5290/2012, estaba directamente relacionada con el trámite de apertura de la Agencia Villa Armonía, lo cual es una externalidad que afectó el normal desenvolvimiento de los trámites.	Provoca que en virtud del Principio de Favorabilidad ² de la Sede Administrativa, se levante el Cargo. Sentencias Constitucionales SSCC. 136/03.R de 6 de febrero de 2003, 642/03-R de 10 de mayo de 2003 1785/03-R de 5 de diciembre de 2005 y 878/05-R de 29 de julio de 2005

que el ejercicio de las (sic) potestad sancionadora debe ponderar	No existe evidencia de ponderación, toda vez que la ASFI acudió directamente al artículo 102 de la Ley Nro. 1488.	Provoca la revocatoria total de la resolución debido a la fractura del Principio de Proporcionalidad del artículo 75 de la Ley N° 2341
La existencia de intencionalidad, dolo o culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración	No existe evidencia que pueda demostrar que se actuó en forma dolosa o culposa, toda vez que la externalidad esta validada en la propia resolución de la ASFI.	Establece la obligación de revocatoria, toda vez que no es aplicable el artículo 102 de la Ley N° 1488.
La naturaleza de los perjuicios causados;	No existe perjuicio causado a ninguna persona natural o jurídica	Se debe revocar la resolución sancionatoria, por inexistencia de este presupuesto.
De reincidencia en la comisión	No existe Reincidencia	No existe perjuicio ocasionado, por lo cual se debe revocar la resolución sancionatoria, debidamente admitido por la ASFI en la propia Resolución ASFI N° 107/2013

² “El intérprete (en este caso la ASFI) está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los Derechos, Principios y Valores que mejor consagran el Orden Constitucional, es por ello que la Autoridad Administrativa está en la potestad de realizar una interpretación favorable al administrado, que habría corregido esas equivocaciones formales en la que incurrió”.

Conclusión

Como se podrá apreciar, los propios presupuestos invocados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la vía jurisprudencial, no se han cumplido, por lo cual resulta absolutamente improcedente la aplicación de las sanciones en contra del Gerente General y el Gerente Nacional de Auditoría Interna y en todo caso corresponde la aplicación del Principio de Favorabilidad del Administrado, modulado por las Sentencias Constitucionales 136/03.R de 6 de febrero de 2003, 642/03-R de 10 de mayo de 2003 1785/03-R de 5 de diciembre de 2005 y 878/05-R de 29 de julio de 2005.

4.6. Invoca Principio PRO ACTIONE para el caso del Gerente Nacional de Auditoría Interna.

Otro de los elementos que es por demás curioso y sugerente en la emisión de la Resolución ASFI N° 228/2013 del 22 de abril de 2013, es el hecho de que en el caso del Lic. Gonzalo Flores Sandi, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, intenta escudarse en la "Desestimación" que otorga la Ley N° 2341 debido a que dicho funcionario habría presentado el Recurso en forma extemporánea. (Un día hábil)

Esta actitud evasiva denota nuevamente la intención de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de intentar excluir a una persona por un aspecto formal de la presentación, no obstante que los hechos que están en controversia son indisolubles.

Lamentablemente para la ASFI, el Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, ha amparado en favor de los administrados el **PRINCIPIO PRO ACTIONE DE LA VIA RECURSIVA**, el cual está en texto constitucional consagrado de la siguiente forma.

"...el Principio Pro Actione, tiende a garantizar a toda persona el acceso a los Recursos y medios impugnatorios, desechando todo rigorismo o formalismo excesivo, que impida obtener un pronunciamiento judicial o administrativo sobre las pretensiones o agravios invocados..."

(SS.CC. s. 1044/03 DE 22 DE JULIO/1707/03-R DE 24 DE NOVIEMBRE Y 1111/04 -R DE 14 DE JULIO).

En consecuencia, no obstante la desestimación realizada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en relación al Lic. Gonzalo Flores Sandi, siendo que es parte del circuito de la responsabilidad administrativa imputada ilegalmente por parte de la ASFI, corresponde que se reconozca la calidad de recurrente por legitimación o en su caso, igualmente participen en el proceso de recurrencia, a través de la aplicación de tercero interesado y legitimado, tal como lo establece el artículo 12 de la Ley N° 2341 de procedimiento (sic) Administrativo.

Conclusión

En mérito a lo expuesto queda demostrada la viabilidad procesal de la recurrencia del Lic. Gonzalo Flores Sandi, a través de la aplicación extensiva del Principio Pro-Actione de la instancia recursiva.

Petitorio.

Por lo expuesto, por corresponder en derecho, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, buscando restituir nuestros derechos y aplicación de la ley, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 66, 67 y 68 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y los artículos 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 60 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de aplicación específica para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) solicito:

1. Revocar Totalmente en el fondo la Resolución ASFI N° 228/2013/2013 del 22 de abril de 2013 en la que ratifica la Resolución ASFI N° 107/2013/2013 (sic) del 12 de febrero de 2013 emitida por la Autoridad del Sistema Financiero, por ser desproporcionada e ilegal en el marco del ordenamiento sancionatorio y regulatorio del Sistema Financiero.
2. Debido a la omisión de pronunciamiento por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en relación al punto N° 2 del Petitorio del Recurso de Revocatoria se solicita se instruya a la entidad de primera instancia que a los efectos de correcta aplicación del artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, emita informe específico que demuestre el "beneficio" que percibió la entidad, como requisito fundamental para la aplicación de artículo anteriormente enunciado, concordante con el artículo 99 numeral 5) del mismo cuerpo normativo.
3. En relación al Lic. Gonzalo Flores Sandi, solicito tenga presente nuestra recurrencia en vía alusión del Principio Pro-Actione desarrollado en el punto 4.6. de la fundamentación del jerárquico, bajo alternativa de la legitimación vía artículo 13 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.
4. En anticipo a la admisión del presente recurso jerárquico, solicito tenga presente la

intención de los recurrentes de acudir a la Audiencia de Fundamentación Oral en el marco de lo previsto en el artículo 58 del reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de aplicación preferente al SIREFI, en cuya oportunidad se podrá fundamentar sobre la forma de desarrollo del proceso administrativo ejecutado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.”

6. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

Atendiendo la solicitud del recurrente y en cumplimiento a lo establecido en el artículo 58 del Decreto Supremo N° 27175, mediante Auto de 15 de mayo de 2013, se señaló audiencia de exposición oral de fundamentos para el 7 de junio de 2013, la misma que no se llevó a cabo, dejándose sin efecto a petición del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, a través de memorial presentado en la misma fecha de la audiencia señalada.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota ASFI/DSR-II/R-6140/2013 de fecha 14 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó al señor Kurt Paul Koenigfest Sanabria, Gerente General del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, por presunta inobservancia a lo dispuesto en el artículo 2, Sección 6 del Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención, contenido en el Capítulo XV del Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras por haberse identificado inexactitud en el contenido de los informes remitidos al Directorio y a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, respecto a los trámites de autorización para la apertura de las agencias Villa Armonía y Obrajes.

De igual manera, mediante nota ASFI/DSR-II/R-6135/2013, de fecha 14 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó al señor Gonzalo Flores Sandi, Gerente Nacional de Auditoría Interna del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, por presunta inobservancia a los artículos 98 y 100 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con el inciso j), artículo 7 de la Sección 6 del Reglamento de Control Interno y Auditores Internos contenido en el Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, “*al no haber advertido lo previsto en el artículo 2, Sección 6 del Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención, contenido en el Capítulo XV, Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, normativa vigente al momento de producirse los hechos citados en el párrafo anterior y haber refrendado los informes de Gerencia General*

relacionados a las solicitudes de autorización de apertura de las Agencias citadas, cuyas afirmaciones no guardaban relación con el estado real de su infraestructura y contenido...".

Luego del análisis de los descargos presentados, la Autoridad Reguladora, emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013, mediante la cual sancionó al señor Kurt Paul Koenigfest Sanabria, Gerente General, con una multa personal equivalente al cincuenta por ciento (50%) de su remuneración mensual total por incumplimiento al artículo 2, Sección 6 del Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención y al señor Gonzalo Flores Sandi, Gerente Nacional de Auditoría Interna, con una multa personal equivalente a una (1) vez su remuneración mensual total por incumplimiento a los artículos 98 y 100 de la Ley N° 1488.

Como emergencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por los señores Kurt Paul Koenigfest Sanabria por sí y en su calidad de Gerente General, conjuntamente con Juan Gonzalo Flores Sandi por sí y en su calidad de Gerente Nacional de Auditoría Interna del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, contra la Resolución sancionatoria, antes citada, la Autoridad Reguladora emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 228/2013 de 22 de abril de 2013, mediante la cual resolvió declarar improcedente el mismo que fuera interpuesto por Gonzalo Flores Sandi, contra la Resolución ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013, por haberse presentado fuera del plazo establecido por el artículo 48 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 y, con relación a la impugnación del señor Kurt Paul Koenigfest Sanabria, confirmó en todas sus partes la Resolución ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013.

Mediante memorial presentado el 7 de mayo de 2013, el **BANCO SOLIDARIO S.A.** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 228/2013 de 22 de abril de 2013, el mismo que pasa a ser considerado en el siguiente punto.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. De los argumentos presentados con relación al Sr. Juan G. Flores Sandi.-

2.1.1 En cuanto al plazo para la interposición del Recurso de Revocatoria.-

De forma conjunta, los recurrentes señalan que: *"(...) Otro de los elementos que es por demás curioso y sugerente en la emisión de la Resolución ASFI N° 228/2013 del 22 de abril de 2013, es el hecho de que en el caso del Lic. Gonzalo Flores Sandi, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, intenta escudarse en la "Desestimación" que otorga la Ley N° 2341 debido a que dicho funcionario habría presentado el Recurso en forma extemporánea".*

De la revisión de antecedentes y conforme se expuso precedentemente, se tiene que, en fecha 22 de febrero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Resolución Administrativa ASFI N° 107/2013, en la que se sanciona a los señores Kurt Koenigfest S. y Gonzalo Flores Sandi, Gerente General y Gerente Nacional de Auditoría Interna del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, por incumplimiento a normativa citada en numeral anterior.

Que, en fecha 28 de febrero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero,

notificó personalmente al señor Gonzalo Flores Sandi, Gerente Nacional de Auditoría Interna del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, con la citada Resolución Administrativa ASFI N° 107/2013.

Que, en fecha 1 de marzo de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó al señor Kurt Paul Koenigfest S. Gerente General del **BANCO SOLIDARIO S.A.** con la Resolución Administrativa ASFI N° 107/2013.

Que, en fecha 22 de marzo de 2013, el **BANCO SOLIDARIO S.A.** representado legalmente por los señores Kurt Paul Koenigfest Sanabria, por sí y en su calidad de Gerente General, Gonzalo Fernando Valdez García Meza, Gerente Nacional de Operaciones y Finanzas y Juan Gonzalo Flores Sandi, por sí y como Gerente Nacional de Auditoría Interna, presentan ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en fecha 22 de abril de 2013, emite Resolución ASFI N° 228/2013, resolviendo los recursos de revocatoria interpuestos contra la Resolución ASFI N° 107/2013 del 22 de febrero de 2013, disponiendo: "Primero.- Declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por Gonzalo Flores Sandi (...) por haber presentado fuera del plazo establecido por el artículo 48 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo (...). Segundo.- Confirmar en todas sus partes la Resolución ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013".

Que, es obligación de esta instancia jerárquica verificar y controlar que todos los procesos se lleven conforme dispone nuestro ordenamiento jurídico y que los mismos cumplan con todos los requisitos y exigencias legales para su validez, en esta vía, es necesario revisar y analizar los actos administrativos desarrollados a lo largo del presente proceso.

Que, es muy importante dejar expresamente establecido que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que aprueba el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, constituye un procedimiento especial para la tramitación de los procesos, recursos e impugnaciones de la actividad regulatoria financiera, siendo de especial y previa aplicación a cualquier otra disposición legal; es así que dicha norma, establece el plazo máximo y perentorio para la interposición del recurso de revocatoria:

"Artículo 48 (Interposición).

El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada".

"Artículo 32 (Plazos).

Los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para los Superintendentes del SIREFI, así como para los sujetos regulados y personas interesadas. Se contarán en días hábiles administrativos, entendiéndose por tales todos los días de la semana con excepción de los sábados, domingos y feriados determinados por ley".

"Artículo 33 (Cómputo de Plazos).

I. Los plazos comenzarán a correr a partir del día hábil administrativo siguiente al

de la notificación con las resoluciones, o del día de la celebración del acto administrativo. El cómputo de los plazos fenecerá la última hora hábil del día del vencimiento del plazo, de acuerdo al horario de trabajo de las Superintendencias del SIREFI.

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

Consiguientemente, los plazos están establecidos por Ley y son máximos, obligatorios, perentorios, y de cumplimiento obligatorio, tanto, para las autoridades administrativas, así como para sus regulados o personas interesadas, plazos que deben ser computados en días y horas hábiles administrativos.

Es así que subsumiendo al caso de autos tenemos que, de la revisión de antecedentes, se advierte que el Recurso de Revocatoria interpuesto por el señor Gonzalo Flores Sandi, Gerente Nacional de Auditoría Interna del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, fue presentado extemporáneamente ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debido a que fue presentado el 22 de marzo de 2013; empero, el Recurso de Revocatoria interpuesto por el señor Kurt Paul Koenigfest Sanabria, por sí y en su calidad de Gerente General del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, se encuentra presentado dentro del plazo establecido por ley, tomando en cuenta que, al señor Juan Gonzalo Flores Sandi se le notificó el 28 de febrero de 2013, y al señor Kurt Paul Koenigfest Sanabria, el 01 de marzo de 2013.

Que, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 012/2011 de 30 de marzo de 2011, en cuanto a los requisitos para la admisión y posterior resolución del recurso de revocatoria, determinó:

*"...Los Recursos de Revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, **debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil,** demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento".*

De lo anotado, se puede evidenciar que uno de los requisitos esenciales para la interposición del Recurso de Revocatoria, es justamente que el mismo sea interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.

Que, por lo analizado y expuesto sobre el punto en particular, al haberse declarado improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por el señor Juan Gonzalo Flores Sandi, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha actuado conforme a ley, no existiendo vulneración a sus derechos, más por el contrario, se evidencia, mediante hechos de legal trascendencia, que el recurrente no dio cumplimiento al plazo establecido en el procedimiento administrativo, no pudiendo ahora pretender que el mismo sea considerado.

2.1.2 En cuanto al principio Pro Actione.-

Los recurrentes señalan que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debió haber admitido y resuelto el recurso interpuesto por el señor Gonzalo Flores Sandi, en virtud al principio *Pro Actione*.

Por lo que, corresponde remitirnos y traer a colación lo ya determinado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en su Libro de Principios de Derecho Administrativo, en cuanto a lo referido por la doctrina y por el Tribunal Constitucional, con relación a la aplicación de estos principios.

Así tenemos que, el principio *Pro Actione*, constituye una garantía a favor del administrado, que se basa en que la Administración Pública se encuentra obligada a asegurar la prosecución del proceso administrativo, más allá de las dificultades de índole formal. Sin embargo, este principio no puede ser aplicado cuando se han incumplido plazos fatales que afecten el proceso y resulten ser decisivos.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Miguel Ángel Sendín García, sobre el Principio *Pro Actione*, señalan:

*“Este principio postula que el cumplimiento de los requisitos formales sean examinados de forma flexible, **dando preferencia a las cuestiones de fondo respecto a las puramente procedimentales, que tiene un carácter secundario.** Facilitando de este modo que pueda dictar una resolución sobre el fondo del asunto. Sin que esto suponga obviamente la desaparición de las formas (...)*

Dicha regla debe aplicarse exclusivamente a favor del administrado pues nada justifica que la Administración quede eximida del cumplimiento de las formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico.

De este principio se deriva, además, una importante regla de interpretación en virtud de la cual, en el caso de duda debe interpretarse en el sentido más favorable a la continuación del procedimiento.”

Como se aprecia, el principio que citan los recurrentes no hace al caso de autos, toda vez que, el mismo tiene como fin garantizar el acceso a los recursos legales **desechando todo rigor o formalismo excesivo** que impida obtener pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones, sin embargo, éste no puede ser interpretado en el sentido de que los requisitos procesales formales no son exigibles, pues los mismos tienen como finalidad el propio cumplimiento de la ley; sino el sentido de interpretación debe ser, respecto a la presentación de los escritos de los recursos, siempre y cuando cumplan los requisitos de claridad, certeza, especificidad, suficiencia y plazo, y el recurrente exponga los argumentos mínimos que den lugar al debate jurídico, es posible flexibilizar la exigencia del cumplimiento de requisitos meramente formales y que en su esencia son insustanciales a la hora de emitir un pronunciamiento; de esta manera, la autoridad administrativa realiza una interpretación tendiente a que se desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad el proceso en garantía de los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional.

Por lo tanto, de ninguna manera puede entenderse que, la presentación extemporánea de un Recurso, pueda ser considerada como una mera formalidad dentro de un proceso, como refieren los recurrentes, toda vez que, es la propia norma la que establece el plazo máximo y perentorio para la impugnación vía recurso de revocatoria, expresamente los artículos 48, 32 y 33 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que, en dicha línea de razonamiento, este Ministerio no puede entrar al análisis de fondo, en cuanto a los argumentos expuestos por el señor Juan Gonzalo Flores Sandi, al no abrirse la competencia para el efecto, ya que el Recurso Jerárquico fue interpuesto extemporáneamente y versa en cuanto a la procedencia o improcedencia del Recurso de impugnación.

2.2. Recurso Jerárquico presentado por el Gerente General Kurt Paul Koenigfest Sanabria por sí y como Gerente General del Banco Solidario S.A..-

En cuanto a lo alegado por el recurrente de que: *“a los efectos de correcta aplicación del artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, en caso de inesperada reiteración de cargos, solicito respetuosamente que se proceda a exhibir el “beneficio” que percibió la entidad, como requisito fundamental para la aplicación del artículo anteriormente enunciado, concordante con el artículo 99 numeral 5 del mismo cuerpo normativo”*; alegación reiterada en el punto de falta de subsunción en la aplicación de la Ley N° 1488, refiriendo que, *“...esta ausencia total del requisito de “beneficio” a favor de la entidad, descrito en el artículo 102 de la Ley N° 1488, la hace totalmente inaplicable y en todo caso, corresponderá que sea revocada (...)”*; que sobre estas alegaciones, la ASFI no ha demostrado ni se ha pronunciado.

Que, respecto de los artículos que hubieran sido considerados para determinar y aplicar la multa, estos son el 99 y 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, importando su revisión, por lo cual se transcriben:

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

1. Amonestación

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

(...)

5 Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados: de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor...”

*“Artículo 102.- Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; **serán aplicados***

a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados gerentes y empleados, según el grado de responsabilidad la sanción se aplica por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse.

De la norma transcrita, se tiene que el artículo 102, norma dos situaciones diferentes; la primera parte, establece que, sólo se podrá imponer sanción o multa a la entidad, como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera.

La segunda parte de la citada norma y que nos ocupa, dispone que, serán aplicados a directores, (...) gerentes y empleados, **según el grado de su responsabilidad, y que la sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse.**

Que, en este sentido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha sancionado como persona natural en su calidad de Gerente General del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, al señor Kurt Paul Koenigfest Sanabria, con el cincuenta por ciento (50%) de su remuneración mensual, siendo que, en el caso de autos, el señor Kurt Koenigfest Sanabria es responsable de brindar información, relacionada a los trámites de autorización para la apertura de las agencias Villa Armonía y Obrajés.

Que, el hecho de que el señor Kurt Koenigfest Sanabria, ha emitido y suscrito los informes GNO&F-617/2011 de 15 de diciembre de 2011 y GNO&F-695/2011 de 14 de diciembre de 2011, que tienen la calidad de declaración jurada, con información que no se ajustaba a la realidad, hacen que su conducta deba ser sancionada, y conforme determinó el Ente Regulador, estos hechos pudieron ser evitados si el señor Kurt Koenigfest Sanabria, en su condición de Gerente General del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, hubiera conducido y realizado sus actividades propias "con el cuidado exigible a un buen padre de familia", figura de Derecho referida a la necesaria diligencia con la que se deben desarrollar las actuaciones, y que ha sido definida por Beltrán de Heredia y Castaño, de la siguiente manera:

"...al buen padre de familia no se le exige la "diligencia exacta" o "mediana" sino "diligencia exactísima" (...)

Y esa diligencia no mediana ni normal, sino exigente, superior, exactísima, etc., es la que sigue configurando actualmente la responsabilidad del buen padre de familia (...)

...Es preciso tener presente que en la moderna economía son cada vez más frecuentes las obligaciones cumplidas a través de una "empresa". Así las cosas, en el concepto de diligencia no sólo entra el "esfuerzo" llevado a cabo por el empresario y por sus auxiliares en el cumplimiento de la obligación sino también la "dotación" de la necesaria "organización" adecuada al puntual cumplimiento..."

Por lo que no corresponde la interpretación realizada por el recurrente, en cuanto a que la figura de buen padre de familia, únicamente puede ser aplicada en los casos donde existan acciones u omisiones que son reiterativas, continuadas en el tiempo y evidentemente

generadoras de daño a la entidad o a sus usuarios.

Por último, aclarar al recurrente que para el establecimiento de un "beneficio", y posterior aplicación de la sanción pecuniaria, dicho presupuesto corresponde cuando se sanciona a la entidad financiera como persona jurídica y no así, cuando el destinatario de la sanción pecuniaria sea un funcionario como persona natural, cual es el caso de autos. Por lo que, es impertinente lo alegado por el recurrente, en sentido de que con carácter previo a la sanción, se debió establecer el beneficio que se habría generado para la entidad, ya que conforme se expuso, la Autoridad de Supervisión no ha sancionado al **BANCO SOLIDARIO S.A.** como persona jurídica.

De lo expuesto y de la lectura de las Resoluciones Administrativas ASFI N° 228/2013 de 22 de abril de 2013, y ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013, se tiene que las mismas han cumplido con el principio de legalidad, al haber determinado la clase de infracción, que contraviene el Título I, Capítulo XV, Sección 6, artículo 2, del "Reglamento para Sucursales, Agencias y Otros Puntos de Atención" contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, que en el presente caso se infiere, a que el Gerente General del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, presentó al Directorio y a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, informes inexactos que no demostraron el cumplimiento de los requisitos para la apertura de agencias fijas, tomando en cuenta que los mismos tienen el carácter de declaración jurada para los efectos de ley; y la clase de sanción, aplicando una multa mínima, equivalente al cincuenta por ciento (50%) de una remuneración mensual, de conformidad al numeral 5 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado).

2.3. En relación a la externalidad provocada por el Regulador.-

La recurrente, argumenta que conforme se señaló en sus descargos, las modificaciones realizadas a la infraestructura de las Agencias fueron producto de una externalidad provocada por la propia Autoridad Reguladora, a través de la carta ASFI/DSR II/R-5290/2012, situación que no ha merecido un pronunciamiento fundamentado por la ASFI, sea en la Resolución 107/2013 del 22 de febrero de 2013 o en la Resolución Nro. ASFI 228/2013 del 22 de abril de 2013, y menos desvirtuado dada la imposibilidad que tiene de fundamentar su posición y la fractura de la seguridad jurídica de los procesos recursivos.

Asimismo, señala que la Autoridad Reguladora admitió en el último párrafo de la página 10 de la Resolución Administrativa ASFI N° 107/2013 que la externalidad manifestada por la recurrente en sus descargos estaba directamente relacionada al trámite de apertura de la Agencia de Villa Armonía, por lo que se debe tomar en cuenta que dicha admisión de la externalidad provocada por la carta ASFI/DSR II/R-5290/2012, también tiene efectos sobre el trámite de la Agencia de Obrajes, toda vez que, era previsible que esta observación también le sea realizada, motivo por el cual manifiesta que dicha carta tuvo un impacto directo sobre el trámite de la Agencia de Villa Armonía y un efecto indirecto sobre el trámite de la Agencia Obrajes.

Al respecto, la Autoridad Reguladora menciona que si bien la observación realizada mediante nota ASFI/DSR II/R-5290/2012, fue para el trámite de la apertura de la Agencia Villa

Armonía, la misma fue a la inconsistencia entre el personal requerido para la Agencia que no incluye al Gerente de Agencia y Encargado de Operaciones cuando en las hojas de vida, poderes y manuales sí envió dichos cargos, es decir que en ningún momento observó la falta de espacio para los cargos referidos. Adicional pero fundamentalmente, la Autoridad Reguladora efectuó una inspección ocular en fecha 2 de febrero de 2012, en la cual observó que el espacio físico donde se encontraba la caja fuerte se hallaba muy expuesta, lo cual va en contra de las medidas de seguridad con las que se debe contar y se relacionan con la imputación misma que ha sido imputada.

Asimismo, es importante precisar que, revisados los antecedentes, la nota ASFI/DSR II/R-5290/2012 fue recibida por el Banco Solidario S.A. en fecha 18 de enero de 2012 y la inspección realizada por la Autoridad Reguladora (a las instalaciones de la Agencia Villa Armonía) fue en fecha 2 de febrero de 2012, es decir 15 días después.

Sin embargo, lo que no ha merecido la debida fundamentación –cual hubiere correspondido-, es la valoración por parte del Ente Regulador, respecto al argumento presentado por el Banco Solidario S.A., referido a que éste procedió a efectuar modificaciones a su infraestructura para generar espacios físicos para los cargos de Gerente de Agencia y Encargado de Operaciones, -según expresa el recurrente- tanto para la Agencia Villa Armonía así como para la Agencia Obrajes, situación que incide **en la constatación** si al momento cometerse la infracción (es decir de haber presentado al Directorio del Banco y a la Autoridad Reguladora, el informe donde el Gerente General afirma que se cumple con todos los requisitos para la apertura de las Agencias) habría existido la omisión del cumplimiento de los requisitos de contar con Bóveda lista para funcionar y con sistemas de seguridad para apertura de la misma.

Esta omisión dada por la Autoridad Reguladora, ha generado indefensión a su regulado, quien debió en base a los argumentos planteados por el recurrente, y bajo estricta sujeción al principio de verdad material, constatar tal situación y fundamentarla, sin embargo y más al contrario se limitó a señalar que no fue lo instruido, olvida su implicación respecto al cargo imputado.

Por lo que, en base dicha compulsas se llega a la conclusión que habiéndose transgredido el debido proceso, es obligación de esta instancia jerárquica proceder con la anulación para que se siga el debido proceso.

2.4. En cuanto a la vulneración al principio de proporcionalidad y gravedad de la multa.-

El recurrente Kurt Paul Koenigfest Sanabria, señala que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría vulnerado el principio de proporcionalidad, ya que, en el presente caso, no existiría forma de comprobar la infracción imputada.

Que, en cuanto a la proporcionalidad y gravedad de la multa, el artículo 71 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, determina: las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas, entre otros, en el principio de proporcionalidad, que se traduce, en la necesidad de que exista equilibrio o

modulación del poder punitivo del Estado, exigiéndole a éste que la imposición de las sanciones no sean arbitrarias, sino justas y equitativas, guardando relación con las circunstancias objetivas y subjetivas que hacen a la infracción que sanciona.

Por lo tanto, la sanción que aplique la Administración Pública en el marco de sus atribuciones, debe tener íntima relación con la infracción cometida, y debe estar sujeta a criterios objetivos. Estos criterios emergen de la aplicación de parámetros y, especialmente, de la correcta aplicación de criterios concurrentes para poder determinar así la graduación de la sanción.

La Administración Pública para aplicar una sanción debe verificar que:

- Los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable, fijándose, en orden a la interpretación del precepto sancionador, un criterio restrictivo.
- El hecho sancionado se encuentre plenamente probado.
- El ejercicio de la potestad discrecional debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Por lo tanto, dicha graduación de la sanción importa un correcto ejercicio de discrecionalidad por parte de la Administración.

Que, en cuanto a la discrecionalidad reglada por parte del órgano regulador, importa realizar ciertas disgregaciones de carácter conceptual, referente al tema de la discrecionalidad y la potestad reglada, así el Dr. Jaime Pozo Chamorro, refiere:

*“La **potestad reglada** es aquella que se halla debidamente normada por el ordenamiento jurídico; en consecuencia, es la misma ley que determina cuál es la autoridad que debe actuar, en qué momento y la forma como ha de proceder, por lo tanto, no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva, por tanto “La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo.*

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

La discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal, sólo cuando la norma legal la determina de esta manera. En consecuencia, la discrecionalidad no puede

ser total sino parcial, pues, debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala.

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

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

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

Asimismo, y revisando la normativa de la materia, tenemos que el artículo 99 -5) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, establece:

“5. Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor. En el caso de...”.

Por su parte, el artículo 102 de la Ley Bancos y Entidades Financieras, dispone:

“Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, (...) serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejo de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos

cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse”.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su Resolución Administrativa ASFI N° 107/2013 de 22 de febrero de 2013, se ha pronunciado en sentido de que:

“.. incumplimientos:”

1. Del Gerente General del Banco, al artículo 2, Sección 6 del “Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención”, contenido en el Capítulo XV del Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, **al haberse identificado inexactitud en el contenido de los informes remitidos al Directorio y a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero relacionados a los trámites de autorización para la apertura de las agencias Villa Armonía y Obrajes**, toda vez que, de acuerdo al artículo 1 del mismo cuerpo normativo, se establece que es responsabilidad de la Gerencia General el cumplimiento del mencionado Reglamento.

(...)

“Que, el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título XIII, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, específicamente en la Sección 2, artículo 61, que determina que cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI no contempladas en dicho Reglamento, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas, dentro del marco de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), en cada oportunidad en que pudieran presentarse.

Calificación. Conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), las inobservancias a las disposiciones legales así como a las normas reglamentarias, circunscriben las conductas del Gerente General y Gerente Nacional de Auditoría Interna del **BANCO SOLIDARIO S.A.**, en el ámbito de la imposición de sanciones administrativas.

Gradación. Al considerarse que las inobservancias promueven el proceso sancionatorio bien pudieron evitarse de haberse considerado las disposiciones legales vigentes, por cuanto se configuran acciones por negligencia por parte del Gerente General y el Gerente Nacional de Auditoría Interna de la entidad por:

1. El Gerente General, al haberse identificado inexactitud en el contenido de los informes remitidos al Directorio y a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, relacionados a los trámites de autorización para la apertura de las agencias Villa Armonía y Obrajes.

Modulación. A los efectos de modular la sanción aplicable al Gerente General y Gerente Nacional de Auditoría Interna del Banco, se debe tomar en cuenta lo establecido en el artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con el numeral 5) del artículo 99 del mismo cuerpo normativo, que dispone la imposición de sanción administrativa de **multa personal** a los gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad, sanción que se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario

y que pudieron o debieron evitarse. Determinando como parámetro sancionatorio, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual.

Que, debiendo considerar que las infracciones en el presente caso, no han sido sancionadas con anterioridad por faltas similares, situación que debe tomarse en cuenta para la aplicación de la sanción. Asimismo, se ha analizado la inexistencia de daños en contra de terceros, así como las medidas de regularización adoptadas por la entidad al haber subsanado las observaciones y por tanto haber reiniciado los trámites de las respectivas agencias, llegando a regularizar los requisitos establecidos en el Reglamento mencionado.

Que, en ese sentido, en el presente proceso corresponde la imposición de sanción administrativa de **MULTA PERSONAL** al señor Kurt Koenigfest S. en su condición de **Gerente General** equivalente al 0.50 de una remuneración mensual total. Con relación al señor Gonzalo Flores Sandi, **Gerente Nacional de Auditoría Interna del BANCO SOLIDARIO S.A., una MULTA PERSONAL...**"

Al respecto y considerando la fundamentación del Ente Regulador, se tiene que la infracción ha sido determinada y sancionada, al evidenciarse que los Informes GNO&F-695/2011 y GNO&F 617/2011 remitidos al Directorio y a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero por Gerencia General, contenían información inexacta relacionados a los trámites de autorización para la apertura de las agencias Villa Armonía y Obrajes, en consecuencia, lo referido por el recurrente Kurt Paul Koenigfest Sanabria, de que no existiría forma de probar la infracción no condice con la verdad, ya que en el presente caso se ha constatado y se ha demostrado el incumplimiento del artículo 2, Sección 6 del "Reglamento para Sucursales, Agencias y otros Puntos de Atención", contenido en el Capítulo XV del Título I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, normativa vigente al momento de producirse los trámites de aperturas de las agencias: Villa Armonía y Obrajes.

Ahora bien, del análisis conceptual y de la propia norma transcrita precedentemente, tenemos que el artículo 99 -5) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras faculta al órgano regulador a sancionar con multa al Gerente, de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco veces la remuneración mensual del infractor, este hecho justamente evidencia una facultad discrecional por parte del órgano fiscalizador para graduar y determinar el importe de la multa dentro del límite establecido en la norma de hasta cinco veces la remuneración mensual del infractor.

Por lo que, tenemos que el Ente Regulador apoyado en su facultad discrecional así como el principio de proporcionalidad, ha determinado una multa correspondiente a las circunstancias del caso, detectándose que la misma se encuentra fundamentada y no ha respondido al capricho o a la arbitrariedad de la Autoridad como sugiere el recurrente Kurt Paul Koenigfest Sanabria, sino que las sanciones se han dado atendiendo, las circunstancias del caso consistentes en la gravedad y trascendencia del hecho, conforme se evidenció previamente.

En este contexto, se tiene que esta instancia jerárquica sólo tiene competencia para revisar los criterios que se habrían dado para la sanción, y no así determinar el porcentaje de la misma, ni pronunciarse si la sanción debería ser mayor o menor, ya que ésta es una facultad discrecional, en el marco de la norma exclusiva del Ente Regulador.

CONSIDERANDO:

Que, en cuanto al Recurso presentado por el señor Kurt Koenigfest Gerente General del **BANCO SOLIDARIO SA.**, y de la revisión de la documentación y antecedentes cursantes en el expediente, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha sometido su actuar a lo establecido por norma, sin embargo y en lo fundamental, se ha detectado una vulneración al debido proceso administrativo, al no haberse pronunciado y seguido la búsqueda de la verdad material respecto a las pretensiones del recurrente, dando lugar a su indefensión, debiendo en consecuencia procederse **con la anulación de todo el proceso administrativo**, tomando en cuenta la unidad del mismo y sin perjuicio de los pronunciamientos desarrollados en el Considerando anterior, que deberán ser tomados en cuenta.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la ANULACIÓN de la Resolución impugnada.

PORTANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 228/2013 de 22 de abril de 2013 inclusive, conforme a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

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



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SEGUROS ILLIMANI S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/N°274-2013 DE 05 DE ABRIL DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°053/2013 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 053/2013

La Paz, 10 de Septiembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 274-2013 de 5 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°149-2013 de 25 de febrero de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 050/2013 de 29 de junio de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 106/2013 de 19 de julio de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 30 de abril de 2013, Fernando Arce Grandchant en representación de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 0488/2010, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 101 del Distrito Judicial La Paz a cargo de la Dra. Mariana Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°274-2013 de 5 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°149-2012 de 25 de febrero de 2013,

Que, mediante nota cite: APS/DESP/DJ/DS/Nº 5280/2013, con fecha de recepción 6 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº274-2013 de 5 de abril de 2013,

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 9 de mayo de 2013, notificado en fecha 16 de mayo de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº274-2013 de 5 de abril de 2013.

Que, mediante Auto de fecha 13 de mayo de 2013, se dispuso la notificación a Corredores y Asesores de Seguros CORRESUR S.R.L., con el Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI S.A.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº274-2013 de 5 de abril de 2013, el mismo que fue notificado el 20 de mayo de 2013, para que en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, en su calidad de terceros interesados formulen sus alegatos.

Que, mediante CITE: SG/1013/2013 de fecha 31 de mayo de 2013, recibida el 3 de junio de 2013, la compañía Corredores y Asesores de Seguros CORRESUR S.R.L., presentó sus alegatos.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 149-2013 DE 25 DE FEBRERO DE 2013.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 149-2013 de 25 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió:

“PRIMERO.- I.- DEJAR SIN EFECTO la carta APS/DS/JTS/764/2103 de 29 de enero de 2013.

SEGUNDO.- Se suspende el plazo para resolver la solicitud del memorial de 30 de agosto de 2012 efectuada por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, hasta que esta compañía presente las circunstancias aclaratorias, en la jurisdicción que corresponda, de las contradicciones e insuficiencias anotadas en los considerandos precedentes a esta Resolución Administrativa, quedando los antecedentes documentales en esta autoridad de regulación, a disposición de la autoridad competente.”

Los argumentos de la citada Resolución Administrativa, son los siguientes:

“CONSIDERANDO:

Que el artículo 20 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece que: **“I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber revido (sic) la respectiva notificación, que**

consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada”.

Que cumpliendo con lo descrito en el artículo 20.II de dicho Decreto Supremo, la APS debe emitir la resolución en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud...”.

Que el artículo 20.I (sic) del Decreto Supremo N° 27715 de 15 de septiembre de 2003, concede a los regulados la facultad de solicitar a la entidad reguladora, la consignación en resolución administrativa de ciertos actos administrativos de orden operativo, y tal cual reza el artículo 19 del referido decreto supremo, entre otros, están las circulares, órdenes, instructivos y directivas.

CONSIDERANDO:

Que amparada en aquella norma, mediante carta CITE PE 0280/2013 de 5 de febrero de 2013 y recibida en esta APS en fecha 7 de febrero del mismo año, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** solicita consignar en Resolución Administrativa la carta APS/DS/JTS/764/2013 de 29 de enero de 2013 en la que el ente regulador manifiesta que, en relación a la denuncia interpuesta contra CORRESUR S.R.L. CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS por infracción del artículo 23.e) de la Ley de Seguros, la corredora ha expuesto argumentos que han sido corroborados por el asegurado, por lo que no existe evidencia del incumplimiento denunciado.

CONSIDERANDO:

Que la carta CITE: APS/DS/JTS/764/2013 de 29 de enero de 2013 señala textualmente:

“De nuestra consideración:

En atención a su nota PE/2598/2012 respecto a su reclamo en contra de CORRESUR Corredores y Asesores de Seguros, le comunicamos que después de la evaluación de la documentación correspondiente, se observa que el argumento de CORRESUR, es que el asegurado Sr. Juan Ángel Quispe Quispe, fue quien presentó el documento transaccional que es observado por Seguros Ilimani, lo cual ha sido ratificado por el propio asegurado, de acuerdo a las notas cuyas copias tenemos a bien adjuntar.

Asimismo, en relación a su denuncia por infracción al artículo 23 inciso e) por parte de CORRESUR, dicha corredora ha expuesto sus argumentos que han sido corroborados por el asegurado.

En este sentido, no existe evidencia de incumplimiento al artículo 23 inciso e) de la Ley de Seguros por parte de CORRESUR Corredores y Asesores en Seguros...”

CONSIDERANDO:

Que en este contexto, el asunto se origina en el accidente de tráfico ocurrido en cercanías de Pomata, Departamento de Puno, Perú, en fecha 1 de junio de 2011, de cuya consecuencia, falleció la menor Migary Dayana Quispe Vásquez. A este respecto, se llega al acuerdo transaccional de 4 de junio de 2011 entre los padres de la niña

fallecida y el representante (del conductor del camión tráiler con placa de control N° 1792-LYL) *Juán Quispe Quispe* por el que se acuerda pagar la suma de \$us.4.500 en concepto de resarcimiento por el fallecimiento de aquella menor.

Posteriormente, surgen contradicciones documentales de dicho acuerdo transaccional en lo tocante al monto comprometido a pagar; en uno se menciona la suma de \$us.4.500 y en otro, la suma de \$us.1.500, y en el proceso de activación de la Póliza de Responsabilidad Civil N° LPRC1002557, contratada por la asegurada EMPRESA DE TRANSPORTE SALQUI, sucede intercambio de correspondencia abundante pues se solicita original del acuerdo transaccional de 4 de junio a fin de hacer efectiva la citada póliza, no pudiendo satisfacerse el requerimiento por razones ajenas tanto a la aseguradora como a la corredora.

Que en efecto, la anterior afirmación tiene sustento en la documentación que cursa en el expediente ya que se evidencia que el beneficiario del acuerdo transaccional no puede obtener copia original del acuerdo pre dicho por cuestiones extrañas y pese a solicitud escrita de CORRESUR S.R.L. CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS.

Que en efecto y a guisa (sic) de ilustración, se tiene que en el expediente administrativo consta dos versiones del Acuerdo Transaccional de 4 junio de 2011; una certificación notariada de Segundo Quispe Quispe sobre la autenticidad del acuerdo transaccional de 6 de junio de 2011 por \$us.1.500; diversas cartas intercambiadas entre **SEGUROS ILLIMANI S.A.** y la Corredora; fotocopias de documentos presentados por CORRESUR S.R.L. CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS.

Que en esta generación de correspondencia entre **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, CORRESUR S.R.L. CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS, y Segundo Quispe Quispe (padre de la niña fallecida), y las contradicciones evidentes en el tenor de un mismo documento (acuerdo transaccional de 4 de junio de 2011) se observa que subyacen circunstancias que deben ser esclarecidas en ámbitos que exceden a las competencias de la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros, conforme al artículo 23.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

Que teniendo en cuenta la limitación señalada en el anterior párrafo, y la documentación que cursa en el expediente administrativo y que da lugar a la carta APS/DJ/DS/N°764/2013 de 29 de enero de 2013 y a la carta CITE PE 0280/2013 de 5 febrero de 2013 de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** es insuficiente para emitir juicio de valor respecto del incumplimiento del artículo 23.e) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 por parte de **CORRESUR SRL CORREDORES Y ASESORES EN SEGUROS**, es imperativo que se activen otros mecanismos legales sobre cuya base, esta APS pueda deferir a la denuncia de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** mediante memorial de 30 de agosto de 2012."

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 18 de marzo de 2013, **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/N°149/2013 de 25 de febrero de 2013, con los siguientes argumentos:

(...)

“2. Consideraciones legales pertinentes.- El procedimiento (sic) Administrativo se halla regido por varios principios rectores entre los que tenemos el principio de “*verdad material*” contenido en el inciso c) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y el “*principio de eficacia*” que se halla contenido en el inciso j) de la supra citada norma. La Resolución (sic) ahora impugnada incumple dichos principios generales rectores de la actividad administrativa y otros conforme paso a exponer:

a. **Principio de Eficacia:** El Tribunal Constitucional Plurinacional ha definido dicho principio (sic) estableciendo (sic) en relación al mismo que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Así la Sentencia Constitucional Plurinacional No.- 0661/2012 de 2 de agosto de 2012 ha establecido en relación a este principio lo siguiente: “*el principio de eficacia, supone el cumplimiento de todas las disposiciones legales y que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo, de oficio los obstáculos puramente formales, sin demoras innecesarias; este principio esta ligado con la prevalencia del derecho sustancial respecto al formal y el principio de verdad material; con el principio de eficiencia se pretende mayor seguridad en las resoluciones y que las personas puedan obtener un oportuno reconcomiendo (sic) de sus derechos a través de la ejecución de las resoluciones judiciales, y el principio de verdad material buscará por todo los medios la verdad pura.*” - Es indudable que la resolución ahora impugnada vulnera el ante dicho principio pues con la misma el procedimiento carece de eficiencia y efectividad, iniciado (sic) un procedimiento este debe culminar y debe tener una resolución objetiva motivada, ética (sic) y sobre todo que busque la verdad material en el hecho que se expone. La APS no puede bajo ningún pretexto de orden legal dejar de aplicar el principio de eficacia que se halla íntimamente relacionado con el de la búsqueda de la verdad material. Frente a la exposición de motivos contenidos en las notas mediante las cuales hemos referido al singular comportamiento de la empresa CORRESUR es obligación de la APS buscar la VERDAD MATERIAL., en la búsqueda de dicha verdad debe ser eficaz, es decir que la APS está obligada a iniciar un procedimiento a raíz del reclamo efectuado por Seguros Illimani S.A. que sea eficaz y tendente a la búsqueda de la VERDAD MATERIAL, con la resolución pronunciada se inhibe el derecho que nos asiste de conocerla y la APS con ello vulnera los principios (sic) generales rectores (sic) de su accionar y no solo que el procedimiento pierde toda eficacia sino también que el mismo hace prevalecer la verdad formal en oposición a la material que es la que debe buscar el procedimiento administrativo.

b. **Principio de Verdad Material.-** Es aquella que busca en el procedimiento **administrativo**, el conocimiento de la realidad, de esa **verdad**, en la acepción latina del término veritas: lo exacto, riguroso. No permite contentarse con el mero estudio de las actuaciones sino que deben arbitrarse los medios por los cuales, al momento del dictado de la decisión, se conozcan todas aquellas cuestiones, permitiendo así el conocimiento exacto o lo más aproximado a los hechos que dieron origen al procedimiento”. (ABELAZTURY, CILURZO, Curso de Procedimiento

Administrativo Abeledo - Perrot, pág. 29). El principio de **verdad material** previsto por el art. 4 inc. d) de la Ley de Procedimiento Administrativo, determina que la administración pública investigará la verdad material, en virtud de la cual, la decisión de **la Administración debe ceñirse a los hechos y no limitarse únicamente al contenido literal del expediente, incluso más allá de lo estrictamente aportado por las partes, siendo obligación de la administración la averiguación total de los hechos, no restringiendo su actuar a simplemente algunas actuaciones de carácter administrativo formal que no son suficientes para asumir decisiones.** La tarea investigativa de la administración pública, en todos los casos sometidos al ámbito de su jurisdicción, debe basarse en documentación, datos y hechos ciertos con directa relación de causalidad, que deben tener la calidad de incontrastables, en base a cuya información integral la autoridad administrativa con plena convicción y sustento, emitirá el pronunciamiento que corresponda respecto al tema de fondo en cuestión. Esta VERDAD MATERIAL que rige el procedimiento administrativo debe ser averiguada por la APS, esa responsabilidad no puede ser soslayada ni impedida por cuestión previa alguna. El personal de Seguros Illimani S.A está a disposición de la APS para la averiguación de la VERDAD MATERIAL del tema que se ha espuesto (sic), así mismo todos los mecanismos probatorios de los que se dispone se hallan al alcance de la APS a fi (sic) de que se cumpla con la averiguación de la verdad material en un hecho concreto que se presenta ante la Autoridad Administrativa.

- c. **Falta de Motivación.-** Así mismo nos es imposible determinar cuales las razones legales para suspender el plazo para resolver la solicitud contenida en el memorial de fecha 30 de agosto de 2012. No entendemos que circunsntancias (sic) aclaratorias debemos presentar?; tampoco ha quedado claro en que jurisdiccion prtende (sic) la APS sean presentadas estas circunsntancias (sic) aclaratorias ?; no se entiende de que contradicones (sic) e insuficiencias se habla en la parte resolutive de la resolución ahora impugnada; cual es la Autoridad Competente ¿? - Son generalidades en las que la APS no puede incurrir pues ello vulnera nuestros derechos constitucionales, la administración no da la pauta a fin de que el administrado pueda entender ua (sic) determinada decisión y en consecuencia se vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa pues nos es imposible defendernos de algo que no es posible entender y que es vago y general, absolutamente (sic) impreciso, la norma establece que las resoluciones sean motivadas, las mismas deben, en consecuencia explicar claramente a que se refieren, deben ser puntuales y precisas, deben referirse al caso concreto y en el presente caso debe explicar puntualmente que circunstancias aclaratorias deben ser presentadas por Seguros Illimani S.A., ante que jurisdicon (sic) aeuales (sic) las razones para ello, de que contradicciones hablamos, que es insuficiente ... Conforme los antecentes (sic) abordados y la explicación expuesta solicito se revoque la resolución impugnada (sic) y se de inicio al trámite correspondiente o en su caso se explique adecuadamente el contenido de la presente resolución a fin de que por *nuestra parte podamos conocer y entender las razones legales de la decisión adoptada por su Autoridad y podamos recurrir de la misma conforme a la VINCULANTE Sentencia Constitucional No. 0905/2006-R Sucre, 18 de septiembre de 2006 que señala: "En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que: "cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte*

estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución”, y que “cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma” (SSCC 717/2006-R, 0505/2006-R y 1369/2001-R, entre otras).” Sea con las formalidades de Ley.

- d. **El Debido Proceso.-** El debido proceso está intrínsecamente relacionado al derecho del debido proceso, garantías que se encuentran plasmadas en los Arts. 120 parágrafo I y 115 parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, que son transcritos a continuación: “I. Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, **independiente e imparcial**, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa (las negrillas son nuestras).” II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones (las negrillas son nuestras).” Los principios constitucionales plasmados en la norma transcrita garantizan a los gobernados y/o administrados la independencia e imparcialidad por parte del juzgador ya sea en un proceso judicial o en proceso administrativo. En efecto el cumplimiento de los derechos antes citados acarrea la protección de los administrados y el cumplimiento de la seguridad jurídica, considerada como garantía para el ejercicio de los derechos; pues sólo en tanto y en cuanto se cumpla con la dimensión objetiva y subjetiva de la seguridad jurídica, estarán dadas las condiciones necesarias para el pleno goce y disfrute de los derechos. De ahí nace también la facultad que tiene la persona natural o jurídica de exigir al Estado el cumplimiento de sus fines y funciones, entre ellas, garantizar la protección de las personas, los derechos, garantías y principios reconocidos por nuestra Carta Magna. Para el caso concreto, las facultadas de administración de justicia dadas a la APS fueron empleadas en el proceso administrativo sancionatorio sin imparcialidad ni independencia ya que pretende no conocer ni dar curso a un trámite administrativo para determinar la verdad material de los hechos y simplemente determinar la SUSPENSIÓN DEL PLAZO PARA RESPONDER A LA DENUNCIA PRESENTADA POR SEGUROS ILLIMANI S.A. El debido proceso es identificado por nuestra jurisprudencia nacional, en la **vinculante** Sentencia Constitucional N°1021/2010-R Sucre de fecha 23 de agosto de 2010 que es transcrita parcialmente a continuación: “III.5.El debido proceso y su relación con el derecho al juez natural. Ahora bien, conforme a la doctrina, el derecho al juez natural es uno de los elementos que integra la garantía del debido proceso, entendida esta última como: “...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar...” (SC 0418/2000-R de 2 de mayo). Esta garantía jurisdiccional, encuentra su sustento en el art. 117.1 de la CPE: “Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada”, de donde se extrae que la autoridad competente para conocer una causa, es aquella que de

acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas conforme a criterios de territorio, materia y cuantía, es la llamada para conocer y resolver un conflicto, constituyendo en consecuencia, el juez natural uno de los elementos del debido proceso como garantía jurisdiccional constitucionalmente establecida, y por consiguiente, susceptible de efectivizarla a través de los recursos constitucionales determinados para el efecto. En ese sentido, la SC 0585/2005-R de 31 de mayo, puntualiza: "...Entre los derechos fundamentales protegidos por el amparo constitucional se tiene el debido proceso, consagrado por la Constitución como una garantía y por las normas internacionales, como el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica o el art 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagrado como derecho humano. (...) Conforme a las normas previstas por los arts. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, uno de los elementos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho al juez natural competente, independiente e imparcial. Al respecto, este Tribunal, en su SC 0491/2003-R de 15 de abril, ha señalado que es: 'Juez competente aquel que de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas, conforme criterios de territorio, materia y cuantía, es el llamado para conocer y resolver una controversia judicial: Juez independiente aquel que, como se tiene referido, resuelve la controversia exenta de toda injerencia o intromisión de otras autoridades o poderes del Estado: y Juez imparcial aquel que decida la controversia judicial sometida a su conocimiento exento de todo interés o relación personal con el problema, manteniendo una posición objetiva al momento de adoptar su decisión y emitir la resolución". Agrega luego: "Es indudable que, si dentro de un proceso judicial en curso, se lesiona el derecho al debido proceso en su elemento del derecho al juez natural competente, independiente e imparcial, se activa el amparo constitucional para otorgar la protección efectiva e inmediata al referido derecho, claro está que se activará esta vía procesal una vez agotadas las vías procesales previstas en la legislación ordinaria, en las que se podría lograr la reparación de la lesión..." "

PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en el Decreto Supremo No. 27175 y la Ley 2341, establecidos para la presentación del Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, invocando nuestro derecho a la petición ante la Autoridad Administrativa, reconocido por el artículo 16 literal a) de la Ley No.2341 de Procedimiento Administrativo solicitamos:

- i. Admita el presente Recurso de Revocatoria**
- ii. Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso de revocatoria disponiendo la REVOCATORIA TOTAL Del ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.**

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 274-2013 DE 5 DE ABRIL DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 274-2013 de 5 de abril de 2013, la

Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 149-2012 de 25 de febrero de 2013.

Los argumentos presentados, en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

“(…) CONSIDERANDO:

Que visto y revisado lo anterior, corresponde analizar las alegaciones de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**

Que en el **punto 1 del sexto Considerando** de la presente Resolución, se alude a la omisión de los principios de verdad material e impulsión (sic) de oficio (se supone que contenidos en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002) y del artículo 23 de la Resolución Administrativa 195 de 2 de abril de 2012. Veamos:

Que de acuerdo al artículo 4.d) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, el principio de verdad material consiste en investigar la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil, lo que en buen romance significa asumir un rol proactivo para llegar a conocer la realidad de los hechos, superando (si cabe) el análisis de la información que en un primer momento pudiera disponerse.

Que el principio de Impulsión (sic) de Oficio establecido en el artículo 4.n) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 señala que corresponde a la Administración Pública impulsar el procedimiento en los trámites en los que medie el interés público; es decir, la acción proactiva y diligente de la Administración en la gestión y tramitación del proceso administrativo.

Que el Principio de Eficacia contenido en el artículo 4.j) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 señala que, todo procedimiento debe lograr su finalidad evitando dilaciones indebidas. En otras palabras, este principio se refiere a que el procedimiento debe adoptar las decisiones más apropiadas al fin que se supone, debe cumplir tal procedimiento; otorgar tutela jurídica administrativa en este caso.

Que en lo que toca al artículo 23.3) de la Resolución Administrativa 195/2012 de 2 de abril de 2012, se señala como prohibición: “proporcionar al asegurado y/o tomador del seguro información errónea, inexacta o falsa”. Veremos más adelante cómo este último argumento del recurso de revocatoria de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** no condice con su memorial de 1° de agosto de 2012, recibido en la APS el 30 de agosto del mismo año.

Que efectuada esta digresión conceptual, corresponde anotar que es precisamente en búsqueda de la verdad material y aplicación del principio de eficacia, que la APS decidió (a través de la resolución que se impugna) que la documentación cursante en antecedentes es insuficiente y contradictoria a los fines de procesar la denuncia de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**

Que en efecto, analizadas las distintas versiones del acuerdo transaccional suscrito entre las partes, el 4 de junio de 2011, a raíz de la muerte de la niña Migary Quispe en Perú, la

imposibilidad de la propia aseguradora así como de **CORRESUR S.R.L. CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS** en la consecución del documento definitorio, las versiones que denotan amenazas del funcionario peruano que elaboró aquél documento transaccional, el hecho de que el siniestro se haya verificado en territorio extranjero con las limitaciones de acceso a información y documentación que ello implica, revelan contradicción en los elementos documentales y por ello, insuficiencia de base para sustentar decisiones ulteriores, llevando al convencimiento del ente regulador que, a los fines de proseguir con la sustanciación de la denuncia, es menester e imprescindible que **SEGUROS ILLIMANI S.A.** proceda a averiguar la verosimilitud de aquél acuerdo transaccional necesario a los fines de ejecución de la póliza en cuestión. No es desconocido para nadie y menos para los regulados, como **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, que la APS no puede llevar a cabo **per se** actividades tales como el esclarecimiento del acuerdo transaccional de 4 de junio de 2011 por ingresar dicho tema a la esfera de la jurisdicción ordinaria, ya que de hacerlo estaría excediendo el marco de las competencias, funciones y objetivos delimitados en el artículo 41 y 43 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

Que la aclaración de montos y de hechos ocurridos fuera del territorio boliviano corresponde a los interesados o a la Autoridad competente llamada por ley. Es a esto que la APS se refiere cuando en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 149-2013 de 25 de febrero de 2013 señala: “Que en esta generación de correspondencia entre **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, **CORRESUR S.R.L. CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS**, y Segundo Quispe Quispe (padre de la niña fallecida), y las contradicciones evidentes en el tenor de un mismo documento (acuerdo transaccional de 4 de junio de 2011) **se observa que subyacen circunstancias que deben ser esclarecidas en ámbitos que exceden a las competencias de la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros**, conforme al artículo 23.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998” (el subrayado y las negritas son de la APS).

Que puede juzgarse fácilmente por lo expuesto que la APS ha demostrado esas “contradicciones e insuficiencias documentales” incontestablemente. Cabe preguntarse si sobre la base de un documento controvertido (como es el acuerdo transaccional de 4 de junio de 2011 y el monto unas veces de 1.500\$us y otra, 4.000\$us) puede la autoridad administrativa asumir decisión definitiva, debiendo destacarse en adición, que tal documento es simplemente una fotocopia.

Que no debe perderse de vista que es precisamente la contradicción entre dos versiones de acuerdo transaccional y las dificultades en obtener una copia original de dicho documento lo que ha determinado la no ejecución de la Póliza de Responsabilidad Civil N° LPRC1002557, quedando por establecer el alcance del cumplimiento o no de obligaciones de **CORRESUR S.R.L. CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS**. Sin duda que el ente regulador tiene que asumir sus decisiones sobre la base de elementos ciertos.

Que consecuentemente, la APS decidió suspender plazos de atención a la denuncia, hasta tanto **SEGUROS ILLIMANI S.A.** accione en la jurisdicción que corresponda, la aclaración de aquél documento transaccional. Se trata en verdad, de una auténtica

aplicación del principio de búsqueda de la verdad material, y más allá de documentos controvertidos y en homenaje al principio de impulsión (sic) de oficio, el ente regulador pondrá a disposición de la autoridad competente, los antecedentes del caso cuidando que a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** no le corra plazo ni le venza término en sede administrativa, proveyendo así el tiempo y la oportunidad necesarias a esta aseguradora para que aclare la situación del documento transaccional, útil a los fines de determinación de responsabilidad de **CORRESUR S.R.L. CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS.**

Que en lo que atañe al artículo 23.3) de la Resolución Administrativa 195/2012 de 2 de abril de 2012, que señala como prohibición: “proporcionar al asegurado y/o tomador del seguro información errónea, inexacta o falsa”, llama la atención que no es sino en el memorial de interposición de Recurso de Revocatoria que **SEGUROS ILLIMANI S.A.** acuda al argumento de denunciar que **CORRESUR S.R.L. CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS** incurrió en esa prohibición, argumento que resulta una verdadera novedad cuando de la lectura del memorial de denuncia de 30 de agosto de 2012 no se lee ninguna alusión a aquella prohibición. En realidad lo que ese memorial acusa es que la corredora incurrió en lo previsto en artículo 23.3) de la Resolución Administrativa 195/2012 de 2 de abril de 2012; en la omisión de asesorar al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro acerca de sus derechos y obligaciones, en particular en materia de siniestros y pago de primas. Esta contradicción demuestra la inconsistencia del recurso de revocatoria en cuestión.

Que en el **punto 2 del sexto Considerado** (sic) de la presente Resolución, se alude a la omisión dar curso al trámite de un proceso sancionatorio conforme a los artículos 41 y 43 de la Ley de Seguros incumpliendo también el artículo 1 del Decreto Supremo N° 27113. A este respecto, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** “omite” especificar de qué manera la APS ha incumplido el artículo 1 y siguientes del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, por lo que no se tiene elementos para juzgar esta afirmación deviniendo por lo mismo en inconsistente.

Que respecto de la omisión de dar curso al trámite del proceso sancionatorio, será esclarecedor transcribir las partes pertinentes de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 149-2013 de 25 de febrero de 2013, que señalan:

1. “Que en esta generación de correspondencia entre **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, **CORRESUR S.R.L. CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS**, y Segundo Quispe Quispe (padre de la niña fallecida), y las contradicciones evidentes en el tenor de un mismo documento (acuerdo transaccional de 4 de junio de 2011) se observa que subyacen circunstancias que deben ser esclarecidas en ámbitos que exceden a las competencias de la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros, conforme al artículo 23.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998” (página 5 de la resolución impugnada)

2. “RESUELVE:

SEGUNDO.- Se **suspende** el plazo para resolver la solicitud del memorial de 30 de agosto de 2012 efectuada por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, hasta que esta compañía presente las circunstancias aclaratorias, en la jurisdicción que corresponda, de las contradicciones e

insuficiencias anotadas en los considerandos precedentes a esta Resolución Administrativa, quedando los antecedentes documentales en esta autoridad de regulación, a disposición de la autoridad competente" (página 6 de la resolución que se impugna).

Puede inferirse de la lectura de las anteriores transcripciones que la APS no ha omitido dar curso al proceso administrativo que corresponda a la denuncia de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, sino que ha decidido **suspender** el plazo de resolución de la solicitud hasta que la aseguradora sustancie la controversia entre dos versiones distintas del acuerdo transaccional de 4 de junio de 2011 y obtenga el original del mismo, sustanciación que escapa a las atribuciones y facultades del ente regulador ya que el esclarecimiento de aquél acuerdo apunta a un proceso de conocimiento, documento que tal cual se encuentra en antecedentes, es insuficiente y contradictorio. La APS, en ningún momento ha decidido "omitir"; o sea, no dilucidar la denuncia, simplemente que ha decidido suspender el plazo de resolución de la solicitud hasta que la denunciante aclare la controversia del acuerdo transaccional, otorgándole de esta manera, la más amplia libertad de acción para la producción de sus probanzas.

Que en cuanto al incumplimiento supuesto de los artículos 41 y 43 de la Ley de Seguros, ellos hacen a las funciones, objetivos y atribuciones del ente regulador (mismos que contienen varios incisos), por lo que la generalidad con que **SEGUROS ILLIMANI S.A.** enuncia los incumplimientos sin precisar en qué consiste o cuáles han sido los incisos incumplidos de aquellos artículos, inhibe al ente regulador entrar en mayores consideraciones. Pero en el supuesto de que **SEGUROS ILLIMANI S.A.** se refiera a los artículos 41 y 43 en su totalidad, ni siquiera en este extremo la APS ha incurrido en incumplimiento alguno, ya que no ha negado ni desconocido sus propias competencias, atribuciones, funciones y facultades por ello, ha dispuesto suspender el plazo de atención de la solicitud incurso en el memorial de 30 de agosto de 2012, situación que no puede ni debe ser interpretado como que la APS rehuye sus obligaciones.

Que la entidad Aseguradora alega que, la APS ha incumplido los principios de verdad material y principio de eficacia, aspectos que en un razonamiento precedente, ya nos hemos referido, por lo que reiteramos aquél análisis.

Que en relación a la obligación de iniciar procedimiento a raíz de una denuncia, si bien ello es verdad, no menos cierto es que el ente regulador, por mandato del artículo 4.b) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, puede dictar actos con efectos sobre los ciudadanos pudiendo ejecutar, según corresponda, por sí misma sus propios actos. En adición, el artículo 39.II de la Ley sustantiva administrativa, determina que antes de adoptar la decisión de iniciar procedimiento, el órgano administrativo competente podrá abrir un periodo de información previa con el fin de conocer y determinar las circunstancias del caso. Como se puede evidenciar, tales son los argumentos y sustento legales para que la APS hubiera decidido en su momento, otorgar tiempo a la aseguradora para que resuelva la controversia del documento esencial para dilucidar su denuncia, para la consecución del original del acuerdo transaccional y la subsecuente ejecución o no de la Póliza de Responsabilidad Civil N° LPRC1002557. Ergo, la APS ha actuado dentro los márgenes que la Ley le ha definido indubitablemente.

Que la APS actuó apegada a los principios que se acusan de incumplidos por **SEGUROS ILLIMANI S.A.** como el principio de verdad material. Añadir solamente que la pretensión del ente regulador es ir más allá de las contradicciones del acuerdo transaccional de 4 de junio de 2011 y de la dificultad de conseguir el original de tal acuerdo, otorgando a la aseguradora la posibilidad procesal de accionar incluso fuera de nuestras fronteras. Huelga decir que al actuar de este modo, la APS no rehuye sus responsabilidades como mal interpreta **SEGUROS ILLIMANI S.A.**

Que en cuanto a ser “imposible para ella determinar las razones legales para suspender el plazo para resolver la solicitud contenida en el memorial de 30 de agosto de 2012, tampoco entiende las circunstancias aclaratorias que debe presentar ni la jurisdicción a la que se debe presentar esas circunstancias aclaratorias, no entiende las contradicciones e insuficiencias que habla la parte resolutive de la resolución impugnada. Son generalidades en las que incurre la APS y con ello, vulnera derechos constitucionales pues no da pauta a fin de que el administrado pueda entender una determinada decisión vulnerado así el debido proceso y derecho a la defensa, pues es imposible defenderse de algo que no se entiende”, conviene manifestar previamente lo siguiente:

Que con relación a la **motivación**, diremos que se debe distinguir dos acepciones; el **motivo** y la **motivación** de los actos administrativos. En cuanto al **motivo**, es el antecedente que provoca el acto; es decir, una situación legal o de hecho prevista por la Ley como presupuesto necesario de la actividad administrativa. En cuanto a la **motivación**, es el juicio que se forma la autoridad al apreciar el motivo y ligarlo con la disposición legal pertinente aplicable. Es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad. En la notificación de cargos concreta, se objetiva la situación legal y de hecho que provoca el acto (motivo) así como el juicio que la APS se ha formado a raíz de la situación legal creada (motivación).

El **Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales** de Ossorio, entiende por Motivación: la causa, razón o fundamento de un acto. El **motivo** será jurídico cuando se refiera a actos de esa índole. Abarca todas las ramas no solo del Derecho Substantivo, sino también del Adjetivo, porque no se concibe ningún acto, inclusive los que tengan configuración delictiva, que no obedezca a una motivación, generalmente consciente, pero que puede serlo también inconsciente. La determinación de los **motivos es**, pues, necesaria para la investigación penal (léase investigación administrativa), para la interpretación de contratos y obligaciones, para la declaración judicial de los derechos, etc.

Huelga añadir que la motivación no es un requisito esencial del Acto Administrativo, de acuerdo al artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo; sin embargo, esta APS, por extensión y al expresar sus decisiones, siempre “motiva” sus resoluciones (ver artículo 30 de la citada Ley). Pero aún hay más, nuestra norma administrativa exige que la motivación sea **concreta**; esto es, que sea precisa y determinada y eso es lo que caracteriza a la resolución que ahora se impugna, que evita caer en exposiciones largas y laberínticas, tediosas, que pueden llevar al terreno de la imprecisión y la indeterminación.

Que conforme lo expuesto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 149-2013 de 25 de febrero de 2013 expresa la **motivación** exigida por Ley cuando formula el razonamiento del ente regulador al confrontar hechos y normas; hechos como la incertidumbre en el contenido auténtico del Acuerdo Transaccional de 4 de junio de 2011, la dificultad de obtener un original de dicho acuerdo, hechos que apuntan a que tanto la aseguradora como la corredora han llevado a cabo acciones para la superación de estas limitaciones, la posibilidad de que la controversia del acuerdo transaccional citado tenga que ser resuelto en un proceso de conocimiento, escapando de esta manera del ámbito de las atribuciones y competencias de la APS definidas en los artículos 41 y 43 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, y la norma que impele al ente regulador a substanciar la denuncia sobre bases ciertas y no sobre simples fotocopias contradictorias entre sí.

Que dicho esto, la supuesta falta de entendimiento de los razonamientos de la APS contenidos en la resolución que se impugna carece de sustento ya que, incluso, el lenguaje es claro y corriente. Ilustremos la situación:

a) Imposibilidad de determinar las razones para suspender el plazo para resolver la situación. La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 149-2013 de 25 de febrero de 2013 establece esta situación jurídica procesal a fin de permitir a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** la superación de las limitaciones del acuerdo transaccional en cuanto a la forma y al fondo (cantidades inscritas en el original del documento).

b) Tampoco entiende las circunstancias aclaratorias que debe presentar ni la jurisdicción a la que se debe presentar esas circunstancias aclaratorias. De lo expuesto precedentemente, se concluye que esas circunstancias aclaratorias en la resolución impugnada, se refieren a la discordancia en los montos en un mismo acuerdo transaccional (de 4 de junio de 2011) y la dificultad en obtener el original de dicho acuerdo, tal como meridianamente señala la resolución APS/DJ/DS/N° 149 de 25 de febrero de 2013:

“...Que en esta generación de correspondencia entre **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, **CORRESUR S.R.L. CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS**, y Segundo Quispe Quispe (padre de la niña fallecida), y **las contradicciones** evidentes en el tenor de un mismo documento (acuerdo transaccional de 4 de junio de 2011) se observa que **subyacen circunstancias** que deben ser esclarecidas en ámbitos que exceden a las competencias de la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros, conforme al artículo 23.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

Que teniendo en **cuenta la limitación** señalada en el anterior párrafo, y la documentación que cursa en el expediente administrativo y que da lugar a la carta APS/DJ/DS/N°764/2013 de 29 de enero de 2013 y a la carta CITE PE 0280/2013 de 5 febrero de 2013 de **SEGUROS ILLIMANI S.A. es insuficiente** para emitir juicio de valor respecto del incumplimiento del artículo 23.e) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 por parte de **CORRESUR SRL CORREDORES Y ASESORES EN SEGUROS**, es imperativo que **se activen otros mecanismos legales** sobre cuya base, esta APS pueda deferir a la denuncia de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** mediante memorial de 30 de agosto de 2012 (las negritas son de la APS).

Que en cuanto a que no se entiende a qué jurisdicción se deban presentar esas circunstancias aclaratorias, la APS respetuosa del derecho que asiste a sus regulados deja en libertad de la Compañía la jurisdicción a la que pueda ocurrir para el esclarecimiento de la verdad. Es por eso que el regulador se ha limitado a otorgar pautas como cuando se indica que se deben activar otros mecanismos legales cuyos ámbitos exceden las competencias del ente regulador. Se ha manifestado que el esclarecimiento del contenido verdadero del acuerdo transaccional de 4 de junio de 2011 apunta a un procedimiento de conocimiento.

Que en cuanto al argumento de que no se entienden las contradicciones e insuficiencias a las que se refiere la APS en la parte resolutive de la Resolución impugnada, las transcripciones precedentes reflejan incontestablemente cuáles son esas contradicciones e insuficiencias; distintos montos en un mismo acuerdo transaccional, posesión de una simple fotocopia del acuerdo y la dificultad de obtener el original del mismo, además de la correspondencia generada entre la apelante y la corredora que revela actitudes de ambas partes en la resolución de la no ejecución de la Póliza en cuestión.

La supuesta falta de entendimiento de estas cuestiones por parte de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** constituye simple argumentación inconsistente pues se ha demostrado que el contenido de la Resolución Administrativa PS/DJ/DS/N° 149-2013 de 25 de febrero de 2013 es legible e inteligible hasta el extremo.

Que queda demostrado que las generalidades que acusa **SEGUROS ILLIMANI S.A.** no son tales si se lee con cuidado la resolución impugnada. En cuanto a la vulneración al derecho de defensa y debido proceso, dichos principios son aplicables cuando se está inmerso en un procedimiento administrativo en puridad, situación que la APS ha decidido mantener en compás de espera, mientras la aseguradora satisfaga el artículo segundo de la resolución impugnada.

La APS no ha (sic) agravió ni accionó contra la recurrente, de manera de dejarla "indefensa" ni tampoco ha soslayado etapas y formalidades inherentes al procedimiento administrativo con la consecuencia de que **SEGUROS ILLIMANI S.A.** se vea privada de facultades procesales subjetivas que la Ley le concede. Este extremo es fácilmente verificable ya que la APS no ha emitido juicio de mérito o demérito respecto de la denuncia de la aseguradora en ninguna parte de la Resolución Administrativa PS/DJ/DS/N° 149-2013 de 25 de febrero de 2013.

Que en cuanto a la alegación de que la APS actúa con parcialidad y dependencia al inhibirse de la aplicación de facultades de justicia, debe previamente señalarse que, el **Debido Proceso** está consagrado como una garantía constitucional en el artículo 115.II; norma que establece que "Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal" complementado con el axioma de que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa.

Que de esta sencilla digresión conceptual se puede concluir que **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, como consecuencia de la interposición de su denuncia de 30 de agosto de 2012, no se

encuentra inmersa en ningún proceso en el que ella sea sujeto pasivo; es decir, el hecho de que sea denunciante no la convierte en “acusada”, “condenada”, “procesada” o “juzgada”, por lo que mal hace al acudir e invocar el incumplimiento del **debido proceso**, garantía pertinente a los que son acusados o constituyen sujetos pasivos de un procedimiento (administrativo).

Que en relación a este punto, tampoco **SEGUROS ILLIMANI S.A.** especifica o desarrolla por qué y cómo la APS ha actuado sin imparcialidad y sin independencia pues cabe preguntar si no actuó con imparcialidad, a quién benefició con la resolución APS/DJ/DS/Nº 149 de 25 de febrero de 2013? o con quién o cómo se paralizó? A quién o a qué se sometió abjurando de su independencia? En fin, son preguntas que por la generalidad y abstracción con que la aseguradora lanza la acusación, la APS no puede ingresar en especulaciones causales de tal actitud.

Que en cuanto a los supuestos incumplimientos de los artículos 4 y 62 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, es necesario traer a la memoria lo que los mismos disponen:

“Artículo 4.d). Principio de Verdad Material. La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.

Artículo 4.n). Principio de Impulsión (sic) de Oficio. La Administración Pública está obligada a impulsar el procedimiento en todos los trámites en los que medie el interés público.”

Que en acápites anteriores ya se ha referido con amplitud y generosidad a estos dos incisos, aspecto que hace innecesario volver a repetirlos.

Que no obstante, se debe proseguir con el siguiente artículo acusado de incumplido. El memorial de la recurrente refiere cinco incisos: a), c), d), e) y m) pero no indica de qué artículo o de qué norma (queremos entender de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002). Transcribamos dicho memorial en la parte pertinente:

“En mérito al recurso de revocatoria presentado en fecha 18 de marzo de 2013, por el presente tenemos a bien solicitar a su autoridad considere que por los fundamentos expuestos en contra de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 149/2012(sic) de fecha 25 de febrero del año en curso (entendemos que se refiere al año 2013) esta disposición se ha incurrido en el incumplimiento **de los incisos d) y n) del artículo 4, incisos a), c), d) e) y m) (?) y artículo 62** de la Ley del procedimiento Administrativo...”. (el subrayado, negrillas y (sic) son de la APS).

Observemos, aparte de la sintaxis muy particular del párrafo transcrito, que el memorial se refiere a tres incumplimientos:

1. A los incisos d) y n) del artículo 4.
2. A los incisos a), c), d), e) y m) sin especificar el artículo, y
3. Al artículo 62 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Que en cuanto al artículo 4, reiteramos, ya la presente resolución se ha referido en considerandos precedentes. En cuanto a los 5 incisos no es posible analizarlos pues la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2003 tiene 84 artículos, varios transitorios y uno final y no es posible saber a cuál de ellos se refiere la recurrente.

Que en lo concerniente al artículo 62 de la citada ley administrativa, se entiende referido al artículo total, es decir a sus 4 párrafos discriminados en números romanos. Pues bien, tal artículo hace alusión al término de prueba y su invocación será pertinente cuando se esté en la etapa procesal de **"prueba"**; es decir, cuando se haya emitido la carta de notificación de cargos conforme prevé el artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003. Ergo, no siendo ese el escenario actual, el incumplimiento acusado contra la APS carece de asidero legal.

CONSIDERANDO:

Que por lo analizado, se concluye que no existe mérito para la revocación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 149-2013 de 25 de febrero de 2013, correspondiendo confirmar la misma en todas sus partes."

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 30 de abril de 2013, **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 274-2013 de 5 de abril de 2013, argumentando lo siguiente:

"(...)

1. **Antecedentes propios del recurso que se plantea.**- El ente regulador ha emitido la nota APS/DS/JTS/764/2013 de 29 de enero de 2013, por la denuncia presentada por Seguros Illimani S.A. en contra de CORRESUR, quien claramente ha incumplido el Art. 23 inciso e) de la Ley de Seguros así como la reglamentación concordante emitida por la APS que regula a los corredores de Seguros. Puesto que de la relación de los hechos existen contradicciones documentales tanto en lo informado por el asegurado, el beneficiario por el fallecimiento de la menor (Migary Quispe) y en el caso del Corredor de Seguros CORRESUR, siendo que el hecho deviene de un siniestro con relación a la Póliza de responsabilidad Civil N° LPRC1002557, contratada por la Empresa de Transporte Salqui, quien mediante su conductor en fecha 04 de junio de 2011 acordaron el pago del siniestro por el fallecimiento de la menor. No obstante a momento de solicitar el pago de este siniestro en nuestra compañía, se (sic) presentados documentos distintos en montos, ahora como bien lo menciona las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N°149/2013 y APS/DJ/DS/N° 274/2013, existen dos versiones sobre la existencia del Acuerdo Transaccional uno emitida por el asegurado y otra por el beneficiario, en el que no solamente existe una notoria variación de montos, limitándose el ente regulador determinar que sea nuestra compañía la que proceda averiguar la verosimilitud de aquél acuerdo transaccional, el ente regulador no ha evaluado la responsabilidad de CORRESUR, en prestar el asesoramiento en particular en materia de siniestros. En ningún momento nuestra compañía ha solicitado que la competencia del ente regulador, se pronuncie fuera de

sus alcances, pero en el presente caso el principio de celeridad, que persigue como principal objetivo que el proceso se concrete a las etapas esenciales y que cada una de ellas se cumpla dentro de los plazos dispuestos por la norma legal, razonamiento del cual puede inferirse que a partir de la observancia de este principio, no es posible concebir la adición de términos de manera unilateral a una determinada etapa del proceso, situación que podrá darse; sin embargo, en los casos en los que estos plazos surgen como resultado de prórrogas o ampliaciones legalmente establecidas; por lo que, este principio lleva implícita la obligación de llevar adelante los actos procesales de la manera más sencilla posible a efectos de evitar dilaciones innecesarias; es decir, la administración de justicia debe ser rápida y oportuna en la tramitación de las causas puestas en su conocimiento, una actuación contraria, conlleva no sólo a la vulneración de derechos y garantías, sino también al fomento del crecimiento de uno de los mayores problemas de la administración de justicia cual es la retardación. En este contexto, es preciso mencionar que el principio de celeridad se encuentra relacionado con los principios procesales de eficacia y eficiencia como componentes de la seguridad jurídica, toda vez que, conforme razonó el Tribunal Constitucional de Bolivia mediante la SC 0010/2010-R de 6 de abril, la eficacia "supone el cumplimiento de las disposiciones legales y que los procedimientos deban lograr su finalidad"; y la eficiencia, "persigue acortar el tiempo de duración de los procesos y obtener una mayor certeza en las resoluciones, de manera que las personas obtengan un oportuno reconocimiento de sus derechos"; estos elementos forman parte del concepto de seguridad jurídica pues es a partir de ellos que logra alcanzarse la estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, que se materializan en la oportunidad y prontitud de la administración de justicia a cuyo efecto deberá ser el administrador de justicia el encargado de impulsar el proceso y garantizar la celeridad procesal.

2. No obstante, reiteramos que de acuerdo con lo establecido en la Resolución Administrativa 195/2012, mediante su Art. 23 numeral tres PROHIBE A LOS CORREDORES DE SEGUROS BRINDAR INFORMACION ERRONEA, INEXACTA O FALSA, y se observa que el ente regulador mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N³ 274/2013, señala: "...la atención que no es sino en el memorial de interposición de Recurso de Revocatoria que SEGUROS ILLIMANI S.A., acuda al argumento de denunciar que CORRESUR S.R.L. CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS incurrió en esa prohibición, argumento que resulta una verdadera novedad cuando de la lectura del memorial de denuncia de 30 de agosto de 2012 no se lee ninguna alusión a aquella prohibición... ", siendo claro que no es un impedimento que el denunciante pueda ampliar los argumentos del hecho por el cual se ve afectado, más aun corresponde que el ente regulador sea quien, como parte de sus funciones y objetivos cumplir y hacer cumplir de la Ley y sus reglamentos, así como los principios, políticas y objetivos, teniendo la tuición de regular a los corredores de seguros, conforme se determina en la Ley 1883, evaluando así todas las circunstancias del hecho.
3. La nota APS/DS/JTS/764/2013 de 29 de enero de 2013, señala: **"...En este sentido, no existe evidencia de incumplimiento al artículo 23 inciso e) de la Ley de Seguros por parte de CORRESUR Corredores y Asesores de Seguros..."**, dado que mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N^o149/2013, si bien se ha dispuesto dejar sin efecto la nota APS/DS/JTS/764/2013 de 29 de enero de 2013, no es menos cierto que la

Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros APS, ha omitido la aplicación de los principios de verdad material e Impulso de Oficio claramente determinados en el Art. 4 incisos d) y n), puesto que dentro un proceso administrativo en trámite, es obligación de la administración pública impulsar todos los actos en los que medio (sic) el interés público, siendo también el deber del ente regulador investigar la verdad material en oposición a la verdad formal que establecería otro procedimiento. Es decir mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº149/2012 de fecha 25 de febrero del año en curso, la Autoridad reguladora ha vulnerado y omitido dar curso al trámite de un proceso sancionatorio establecido en el Art. 41 y 43 de la Ley de Seguros, siendo que ante la denuncia de la entidad que represento, no ha dado continuidad al proceso correspondiente, omitiendo la obligación de la administración pública de dar cumplimiento a lo determinado en el Art. 1 y siguientes del Decreto Supremo Nº 27113.

4. Consideraciones legales pertinentes.- El procedimiento (sic) Administrativo se halla regido por varios principios rectores entre los que tenemos el principio de **“verdad material”** contenido en el inciso c) del artículo (sic) 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y el **“principio de eficacia”** que se halla contenido en el inciso j) de la supra citada norma. La Resolución (sic) ahora impugnada incumple dichos principios generales rectores de la actividad administrativa y otros conforme paso a exponer:

a. Principio de Eficacia: El Tribunal Constitucional Plurinacional ha definido dicho principio estableciendo (sic) en relación al mismo que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Así la Sentencia Constitucional Plurinacional No.- 0661/2012 de 2 de agosto de 2012 ha establecido en relación a este principio lo siguiente: **“el principio de eficacia, supone el cumplimiento de todas las disposiciones legales y que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo, de oficio los obstáculos puramente formales, sin demoras innecesarias; este principio esta (sic) ligado con la prevalencia del derecho sustancial respecto al formal y el principio de verdad material; con el principio de eficiencia se pretende mayor seguridad en las resoluciones y que las personas puedan obtener un oportuno reconcomiendo de sus derechos a través de la ejecución de las resoluciones judiciales, y el principio de verdad material buscará por todo los medios la verdad pura.”** - Es indudable que la resolución ahora impugnada vulnera el ante dicho principio pues con la misma el procedimiento carece de eficiencia y efectividad, iniciado un procedimiento este debe culminar y debe tener una resolución objetiva motivada, eficaz (sic) y sobre todo que busque la verdad material en el hecho que se expone. La APS no puede bajo ningún pretexto de orden legal dejar de aplicar el principio de eficacia que se halla íntimamente relacionado con el de la búsqueda de la verdad material. Frente a la exposición de motivos contenidos en las notas mediante las cuales hemos referido al singular comportamiento de la empresa CORRESUR es obligación de la APS buscar la VERDAD MATERIAL, en la búsqueda de dicha verdad debe ser eficaz, es decir que la APS está obligada a iniciar un procedimiento a raíz del reclamo efectuado por Seguros Illimani S.A. que sea eficaz y tendente a la búsqueda de la VERDAD MATERIAL, con la resolución

pronunciada se inhibe el derecho que nos asiste de conocerla y la APS con ello vulnera los principios (sic) generales rectorres (sic) de su accionar y no solo que el procedimiento pierde toda eficacia sino también que el mismo hace prevalecer la verdad formal en oposición a la material que es la que debe buscar el procedimiento administrativo.

- b. **Principio de Verdad Material.**- Es aquella que busca en el procedimiento **administrativo**, el conocimiento de la realidad, de esa **verdad**, en la acepción latina del término veritas: lo exacto, riguroso. No permite contentarse con el mero estudio de las actuaciones sino que deben arbitrarse los medios por los cuales, al momento del dictado de la decisión, se conozcan todas aquellas cuestiones, permitiendo así el conocimiento exacto o lo más aproximado a los hechos que dieron origen al procedimiento". (ABELAZTURY, CILURZO, Curso de Procedimiento **Administrativo** Abeledo - Perrot, pág. 29).

El principio de **verdad material** previsto por el art. 4 inc. d) de la Ley de Procedimiento Administrativo, determina que la administración pública investigará la verdad material, en virtud de la cual, la decisión de **la Administración debe ceñirse a los hechos y no limitarse únicamente al contenido literal del expediente, incluso más allá de lo estrictamente aportado por las partes, siendo obligación de la administración la averiguación total de los hechos, no restringiendo su actuar a simplemente algunas actuaciones de carácter administrativo formal que no son suficientes para asumir decisiones.** La tarea investigativa de la administración pública, en todos los casos sometidos al ámbito de su jurisdicción, debe basarse en documentación, datos y hechos ciertos con directa relación de causalidad, que deben tener la calidad de incontrastables, en base a cuya información integral la autoridad administrativa con plena convicción y sustento, emitirá el pronunciamiento que corresponda respecto al tema de fondo en cuestión. Esta VERDAD MATERIAL que rige el procedimiento administrativo debe ser averiguada por la APS, esa responsabilidad no puede ser soslayada ni impedida por cuestión previa alguna. El personal de Seguros Illimani S.A. está (sic) a disposición de la APS para la averiguación de la VERDAD MATERIAL del tema que se ha espuesto (sic), así (sic) mismo todos los mecanismos probatorios de los que se dispone se hallan al alcance de la APS a fin (sic) de que se cumpla con la averiguación (sic) de la verdad material en un hecho concreto que se presenta ante la Autoridad Administrativa.

- c. **Falta de Motivación.**- Así mismo nos es imposible determinar cuáles (sic) las razones legales para suspender el plazo para resolver la solicitud contenida en el memorial de fecha 30 de agosto de 2012. No entendemos que circunstancias (sic) aclaratorias debemos presentar?; tampoco ha quedado claro en que jurisdicción pretende (sic) la APS sean presentadas estas circunstancias (sic) aclaratorias?; no se entiende de que contradicciones (sic) e insuficiencias se habla en la parte resolutive de la resolución ahora impugnada; cual es la Autoridad Competente? - Son generalidades en las que la APS no puede incurrir pues ello vulnera nuestros derechos constitucionales, la administración no da la pauta a fin de que el administrado pueda (sic) entender una (sic) determinada decisión y en

consecuencia se vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa pues nos es imposible defendemos de algo que no es posible entender y que es vago y general, absolutamente (sic) impreciso, la norma establece que las resoluciones sean motivadas, las mismas deben, en consecuencia explicar claramente a que se refieren, deben ser puntuales y precisas, deben referirse al caso concreto y en el presente caso debe explicar puntualmente que circunstancias aclaratorias deben ser presentadas por Seguros Ilimani S.A., ante que jurisdiccion acuales (sic) las razones para ello, de que contradicciones hablamos, que es insuficiente ... Conforme los antecedentes (sic) abordados y la explicación expuesta solicito se revoque la resolución impugnada (sic) y se de inicio (sic) al tramite (sic) correspondiente o en su caso se explique adecuadamente el contenido de la presente resolución a fin de que por nuestra parte podamos conocer y entender las razones legales de la decisión adoptada por su Autoridad y podamos recurrir de la misma conforme a la **VINCULANTE** Sentencia Constitucional No. 0905/2006-R Sucre, 18 de septiembre de 2006 que señala: **“En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que: “cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución”, y que “cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma” (SSCC 717/2006-R, 0505/2006-R y 1369/2001-R, entre otras).**” Sea con las formalidades de Ley.

- d. **El Debido Proceso.**- El debido proceso está intrínsecamente relacionado al derecho del debido proceso, garantías que se encuentran plasmadas en los Arts. 120 parágrafo I y 115 parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, que son transcritos a continuación: **“I.- Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa (las negrillas son nuestras). ” II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones (las negrillas son nuestras).**” Los principios constitucionales plasmados en la norma transcrita garantizan a los gobernados y/o administrados la independencia e imparcialidad por parte del juzgador ya sea en un proceso judicial o en proceso administrativo. En efecto el cumplimiento de los derechos antes citados acarrea la protección de los administrados y el cumplimiento de la seguridad jurídica, considerada como garantía para el ejercicio de los derechos; pues sólo en tanto y en cuanto se cumpla con la dimensión objetiva y subjetiva de la seguridad jurídica, estarán dadas las condiciones necesarias para el pleno goce y disfrute de los derechos. De ahí nace también la facultad que tiene la persona natural o jurídica de exigir al Estado el cumplimiento de sus fines y funciones, entre ellas, garantizar la protección de las personas, los derechos, garantías y principios reconocidos por nuestra Carta Magna. Para el caso concreto, las facultadas de administración de justicia dadas a la APS fueron empleadas en el proceso administrativo sancionatorio sin imparcialidad ni

independencia ya que pretende no conocer ni dar curso a un trámite administrativo para determinar la verdad material de los hechos y simplemente determinar la SUSPENSIÓN DEL PLAZO PARA RESPONDER A LA DENUNCIA PRESENTADA POR SEGUROS ILLIMANI S.A. El debido proceso es identificado por nuestra jurisprudencia nacional, en la **vinculante** Sentencia Constitucional N°1021/2010-R Sucre de fecha 23 de agosto de 2010 que es transcrita parcialmente a continuación: "III. 5. El debido proceso y su relación con el derecho al juez natural. Ahora bien, conforme a la doctrina, el derecho al juez natural es uno de los elementos que integra la garantía del debido proceso, entendida esta última como: "...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar..." (SC 0418/2000-R de 2 de mayo). Esta garantía jurisdiccional, encuentra su sustento en el art. 117.1 de la CPE: "Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada", de donde se extrae que la autoridad competente para conocer una causa, es aquella que de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas conforme a criterios de territorio, materia y cuantía, es la llamada para conocer y resolver un conflicto, constituyendo en consecuencia, el juez natural uno de los elementos del debido proceso como garantía jurisdiccional constitucionalmente establecida, y por consiguiente, susceptible de efectivizarla a través de los recursos constitucionales determinados para el efecto. En ese sentido, la SC 0585/2005-R de 31 de mayo, puntualiza: "...Entre los derechos fundamentales protegidos por el amparo constitucional se tiene el debido proceso, consagrado por la Constitución como una garantía y por las normas internacionales, como el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica o el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagrado como derecho humano. (...) Conforme a las normas previstas por los arts. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, uno de los elementos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho al juez natural competente, independiente e imparcial. Al respecto, este Tribunal, en su SC 0491/2003-R de 15 de abril, ha señalado que es: 'Juez competente aquel que de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas, conforme criterios de territorio, materia y cuantía, es el llamado para conocer y resolver una controversia judicial; Juez independiente aquel que, como se tiene referido, resuelve la controversia exenta de toda injerencia o intromisión de otras autoridades o poderes del Estado; y Juez imparcial aquel que decida la controversia judicial sometida a su conocimiento exento de todo interés o relación personal con el problema, manteniendo una posición objetiva al momento de adoptar su decisión y emitir la resolución"'. Agrega luego: "Es indudable que, si dentro de un proceso judicial en curso, se lesiona el derecho al debido proceso en su elemento del derecho al juez natural competente, independiente e imparcial, se activa el amparo constitucional para otorgar la protección efectiva e inmediata al referido derecho, claro está que se activará esta vía procesal una vez agotadas las vías procesales previstas en la legislación ordinaria, en las que se podría lograr la reparación de la lesión..." "

PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en el Decreto Supremo No. 27175 y la Ley 2341, establecidos para la presentación del Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, invocando nuestro derecho a la petición ante la Autoridad Administrativa competente, reconocido por el artículo 16 literal a) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo solicitamos:

i. Admita el presente Recurso Jerárquico en contra de la Resolución Administrativa APS/DS/JTS/764/2013.

ii. Instancia en el que se resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso de jerárquico disponiendo la NULIDAD del ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO."

5. ALEGATOS DE CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS – CORRESUR S.R.L., TERCER INTERESADO.-

Mediante nota CITE: SG/1013/2013 de fecha 31 de mayo de 2013 y recibida el 3 de junio de 2013, CORRESUR S.R.L. Corredores y Asesores en Seguros, presentó alegatos en relación al recurso Jerárquico presentado por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, con los siguientes argumentos:

"(..) ALEGATOS

Conforme cursa en los antecedentes remitidos a su autoridad por Seguros Illimani S.A. y el órgano de regulación Sres. Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, se puede evidenciar que la APS ha efectuado el seguimiento correspondiente al reclamo formulado por Seguros Illimani S.A. contra **CORRESUR S.R.L. CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS**, efectuando el requerimiento de información que correspondía en su oportunidad.

Es así que esta corredora de seguros ha remitido en su oportunidad la información que el órgano de regulación ha solicitado, para que se efectúe el correspondiente análisis dando como resultado la emisión del cite: APS/DS/JTS/764/2013, del 29 de enero de 2013, **que no fue notificado** a esta corredora de seguros y cuyo párrafo final establece claramente lo siguiente:

"En este sentido, no existe evidencia de incumplimiento al artículo 23 inciso e) de la Ley de Seguros por parte de CORRESUR Corredores y Asesores en Seguros..."

Este pronunciamiento no fue notificado a esta corredora, salvo la notificación efectuada por su despacho, recibida por nosotros en fecha 20 de mayo de 2013, en la que se pone en conocimiento de esta corredora todo lo obrado y producido desde la emisión del cite APS/DS/JTS/764/2013 de fecha 29 de enero de 2013.

Consideramos que la falta de notificación del mencionado cite y todo lo actuado y producido con posterioridad, han vulnerado los siguientes principios de Derecho Administrativo:

1. **PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO**, cual es la Garantía Constitucional que nos asiste como administrados, de ser procesados ejerciendo nuestro derecho a la defensa, a ser oídos y a producir prueba y a conseguir la emisión de resoluciones

debidamente fundamentadas.

En el presente caso usted podrá verificar que la APS si bien ha emitido un pronunciamiento a nuestro favor, contenido en el cite APS/DS/JTS/764/2013 de fecha 29 de enero de 2013 como corresponde en ley de acuerdo a los argumentos y prueba presentada en su oportunidad por nosotros, no ha notificado este pronunciamiento a esta corredora lo que ha propiciado que Seguros Illimani S.A, haga uso de los recursos que le franquea la ley y ha conseguido que la APS deje sin efecto tal pronunciamiento favorable a nosotros, sin brindarnos la oportunidad de ser escuchados y de aportar mayor prueba que en su momento hubiere sido fundamento suficiente para mantener la posición de la APS.

2. **PRINCIPIO DE PUBLICIDAD**, cual es la garantía a favor nuestro como administrados de ser titulares del derecho que el órgano regulador ponga en conocimiento nuestro la sustanciación del proceso, la práctica de prueba, los alegatos y fundamentos de las resoluciones.

En el presente caso usted podrá verificar que la APS nunca puso en conocimiento nuestro la emisión del cite APS/DS/JTS/764/2013 de fecha 29 de enero de 2013, y tampoco los actuados posteriores.

Estos principios son concordantes con lo establecido por el artículo 16 (Derechos de las Personas) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 en sus incisos:

- d) A conocer el estado del procedimiento en que sea parte.

Al no haber puesto en conocimiento nuestro la emisión del cite APS/DS/JTS/764/2013 de fecha 29 de enero de 2013, la APS no ha mantenido a esta corredora de seguros como directa interesada en el presente caso el resultado de la investigación efectuada a la infundada denuncia que formuló Seguros Illimani S.A. y por consiguiente tal omisión tiene como resultado que Seguros Illimani S.A. pretenda que el órgano de regulación busque pruebas o fundamentos que no existen para sancionarnos.

- e) A formular alegaciones y presentar pruebas.

Al no haber puesto en conocimiento nuestro la emisión del cite APS/DS/JTS/764/2013 de fecha 29 de enero de 2013, la APS no ha brindado la oportunidad a esta corredora de seguros para ejercer su legítimo derecho a la defensa, cuando Seguros Illimani S.A. continuó solicitando y argumentando falacias en contra de esta corredora de

Debemos reiterar que el artículo 33 (Notificación) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, es clara al establecer en su numeral I lo siguiente:

"La Administración Pública notificará a los interesados todas las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos subjetivos o intereses legítimos"

Como podrá verificar reiteramos que jamás fuimos notificados oportunamente con la emisión del cite APS/DS/JTS/764/2013, de fecha 29 de enero de 2013 y tampoco con los demás actuados en su oportunidad.

PETITORIO

Al configurarse las omisiones arriba descritas en actos viciados de nulidad tal como lo establece el Artículo 35 (Nulidad del Acto) numeral I inciso c) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, cuyo contenido establece que serán nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:

“Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”

Como usted podrá verificar el hecho de que se haya llevado adelante un proceso administrativo en el cual fuimos participes hasta unan (sic) cierta parte y el resto fue continuado prescindiendo de nuestra posición y al no haber sido notificados oportunamente con el resultado de tal investigación es que consideramos que el proceso está viciado de nulidad.

Es por estas razones que solicitamos se proceda a anular todo lo actuado posterior a la emisión del cite APS/DS/JTS/764/2013, de fecha 29 de enero de 2013, con cuya notificación brindará a esta corredora de seguros la oportunidad de continuar asumiendo la defensa que corresponda.”

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANTECEDENTES

Por memorial de fecha 30 de agosto de 2012, la Aseguradora **SEGUROS ILLIMANI S.A.** presenta denuncia ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, contra la empresa Corresur Corredores y Asesores de Seguros, por contravención a lo dispuesto en el artículo 23, literal e) de la Ley N° 1883.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, a través de CITE: APS/DS/JTS/7129/2012 de fecha 17 de septiembre de 2012, solicita informes a Corresur S.R.L. Corredores y Asesores de Seguros, respecto de la denuncia efectuada por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**

Corresur S.R.L. Corredores y Asesores de Seguros, mediante CITE: GG/1710/2012 de fecha 25 de septiembre de 2012, responde informando lo solicitado.

Mediante CITE: APS/DS/JTS/7612/2012 de fecha 02 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, solicita a Corresur S.R.L. Corredores y Asesores de Seguros, complemente documentación remitida por éstos.

Corresur S.R.L. Corredores y Asesores de Seguros a través de CITE: GG/1885/2012 de fecha 16 de octubre de 2012, solicita ampliación de plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, la misma que es aceptada por la Autoridad Fiscalizadora, mediante CITE: APS/DS/JTS/8397/2012 de fecha 24 de octubre de 2012.

En fecha 30 de octubre de 2012, Corresur S.R.L. Corredores y Asesores de Seguros por medio del CITE: GG/1990/2012, remite la información solicitada.

Mediante CITE: APS/DS/JTS/9204/2012 de fecha 20 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remite la información recibida de Corresur S.R.L. Corredores y Asesores de Seguros a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** para su evaluación.

A través del CITE: PE/2598/2013 de fecha 08 de enero de 2013, la Aseguradora **SEGUROS ILLIMANI S.A.** ratifica su denuncia en contra de Corresur S.R.L. Corredora de Seguros y solicita iniciar un proceso sancionatorio a dicha Corredora.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante CITE: APS/DS/JTS/764/2013 de fecha 29 de enero de 2013, responde a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** que no existe evidencia de incumplimiento al Artículo 23 inciso e) de la Ley de Seguros por parte de Corresur S.R.L. Corredores y Asesores de Seguros.

La Aseguradora **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, a través del CITE: PE/0280/2013 de fecha 05 de febrero de 2013, solicita se eleve a rango de Resolución la nota APS/DS/JTS/764/2013 del 29 de enero de 2013.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 149-2012 de 25 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió **DEJAR SIN EFECTO** la carta APS/DS/JTS/764/2103 de 29 de enero de 2013 y suspender el plazo para resolver la solicitud del memorial de 30 de agosto de 2012, presentado por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, hasta que esta compañía presente las circunstancias aclaratorias, en la jurisdicción que corresponda, de las contradicciones e insuficiencias anotadas en los considerandos de la Resolución Administrativa.

En fecha 18 de marzo de 2013, **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/N°149/2013 de 25 de febrero de 2013, solicitando la revocatoria total de la mencionada Resolución.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 274-2013 de 5 de abril de 2013, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 149-2013 de 25 de febrero de 2013.

Mediante memorial presentado el 30 de abril de 2013, **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 274-2013 de 5 de abril

de 2013, solicitando la nulidad del acto administrativo.

A través de nota CITE: SG/1013/2013 del 31 de mayo de 2013 y recibida en fecha 3 de junio de 2013, CORRESUR S.R.L. Corredores y Asesores en Seguros, presentó alegatos en relación al recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, solicitando **la anulación de todo** lo actuado luego de la emisión del CITE: APS/DS/JTS/764/2013, de fecha 29 de enero de 2013, para que tenga la oportunidad de continuar con la defensa que corresponda.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

De los antecedentes cursantes en el expediente administrativo, transcritos ut supra, importa precisar que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se pronunciará sólo respecto al procedimiento administrativo que ha sido iniciado mediante Nota CITE: APS/DS/JTS/764/2013 de fecha 29 de enero de 2013, y consiguientemente, realizará el control de legalidad sobre el mismo, constatando la compatibilidad de éstos con la Constitución Política del Estado, las leyes que la sustentan y el límite del accionar de la instancia inferior.

Esta última precisión es pertinente, por cuanto la recurrente **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, en su Recurso Jerárquico de fecha 30 de abril de 2013, abunda en alegatos referidos al fondo de la causa (y que en la presente instancia conforme lo establecido, resultan inatendibles).

Por lo que a continuación se procederá con la compulsa respectiva.

2.1. En cuanto a la supuesta omisión del proceso sancionatorio a Corredores y Asesores de Seguros S.R.L.-

SEGUROS ILLIMANI S.A. argumenta que la APS, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°149/2013 de 25 de febrero de 2013, si bien ha dispuesto dejar sin efecto la nota APS/DS/JTS/764/2013 de 29 de enero de 2013, no es menos cierto que, ha vulnerado y omitido dar curso al trámite de un proceso sancionatorio establecido en el Art. 41 y 43 de la Ley de Seguros, siendo que ante la denuncia de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, no habría dado continuidad al proceso correspondiente, omitiendo la obligación de la administración pública de dar cumplimiento a lo determinado en el Art. 1 y siguientes del Decreto Supremo N° 27113.

Al respecto, se tiene que, la denuncia presentada por **SEGUROS ILLIMANI S.A.** contra Corresur S.R.L. Corredores y Asesores de Seguros, por incumplimiento al artículo 23 inciso e) de la Ley N° 1883, correspondería a los siguientes hechos:

Que, en fecha 1 de junio de 2011, se hubiera originado un accidente de tránsito ocurrido en cercanías de Pomata, Departamento de Puno, Perú, de cuya consecuencia falleció la menor Migary Dayana Quispe Vásquez.

Que, en fecha 4 de junio de 2011, dentro del accidente de tránsito mencionado, se hubiera llegado a un acuerdo transaccional entre los padres de la niña fallecida y el señor (representante del conductor del camión tráiler con placa de control N° 1792-LYL) Juan Quispe Quispe.

Que, Corresur S.R.L. habría remitido a **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, un acuerdo transaccional por \$us4.500.- (Cuatro Mil Quinientos 00/100 Dólares Americanos), suscrito por los padres de la menor atropellada y el representante de la empresa de Transportes Salqui.

Que, en fecha 3 de febrero de 2012, el señor Segundo Quispe Quispe con DNI N° 01809160, padre de la menor accidentada, se hubiera apersonado a **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, y hubiera presentado un acuerdo transaccional por la suma de \$us1.500.- (Un Mil Quinientos 00/100 Dólares Americanos). Por lo que considera que estos hechos deben ser investigados y posteriormente ser sancionada Corresur S.R.L., por incumplimiento al Artículo 23, literal e), de la Ley 1883.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 149-2013 de 25 de febrero de 2013, señaló:

*“...Que en esta generación de correspondencia entre **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, **CORRESUR S.R.L. CORREDORES Y ASESORES DE SEGUROS**, y **Segundo Quispe Quispe** (padre de la niña fallecida), y las contradicciones evidentes en el tenor de un mismo documento (acuerdo transaccional de 4 de junio de 2011) se observa que subyacen circunstancias que deben ser esclarecidas en ámbitos que exceden a las competencias de la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros, conforme al artículo 23.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.*

*Que teniendo en cuenta la limitación señalada en el anterior párrafo, y la documentación que cursa en el expediente administrativo y que da lugar a la carta APS/DJ/DS/N°764/2013 de 29 de enero de 2013 y a la carta CITE PE 0280/2013 de 5 febrero de 2013 de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** es insuficiente para emitir juicio de valor respecto del incumplimiento del artículo 23.e) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 por parte de **CORRESUR SRL CORREDORES Y ASESORES EN SEGUROS**, es imperativo que se activen otros mecanismos legales sobre cuya base, esta APS pueda deferir a la denuncia de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** mediante memorial de 30 de agosto de 2012...”*

De lo transcrito y antecedentes remitidos junto al recurso jerárquico, se evidencia la existencia de contradicciones y hechos controvertidos, primordialmente, entre las copias de los Acuerdos Transaccionales cursantes en obrados, discordancias que previamente deben ser esclarecidas y determinadas por Autoridad Competente.

Consecuentemente, la inquietud del denunciante, de la aparente omisión de iniciar el proceso sancionador, ha sido atendida por el Órgano de Regulación en el marco de su competencia, emitiendo pronunciamiento de acuerdo a normativa legal en el ámbito administrativo, no correspondiendo iniciar proceso sancionador, en razón a que existen hechos controvertidos sobre la existencia y autenticidad de ambos acuerdos transaccionales presentados, incoherencias que deben ser previamente dilucidados por autoridad jurisdiccional competente; fallo judicial definitivo que facultará a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, retomar la continuidad del procedimiento administrativo de la denuncia presentada por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, contra Corresur S.R.L..

Que, si bien, los Entes Reguladores deben investigar la comisión de infracciones, éstas deben encontrarse dentro el área de su competencia, conforme se tiene establecido en el artículo

65 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, debido a que todo acto administrativo debe ser emitido con competencia, en este entendido, debe precisarse que la competencia como elemento esencial del acto administrativo implica el poder o aptitud legal de asumir y ejecutar decisiones que generen consecuencias jurídico-administrativas, siendo por tanto la medida de la potestad administrativa asignada por la Constitución y las leyes a los órganos de la Administración Pública en cualquiera de sus niveles de administración u organización territorial; que en el caso de autos, al existir documentación contradictoria presentada, tanto, por Corresur S.R.L., como, por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, la Autoridad Reguladora apropiadamente, ha solicitado que las observaciones y documentos contradictorios previamente sean esclarecidas en el ámbito jurisdiccional competente, actuando así conforme a derecho.

2.3. En cuanto a la vulneración al principio de verdad material y eficacia.-

La recurrente señala que la APS, habría vulnerado el principio de verdad material y el de eficacia, ya que en virtud a estos dos principios, la administración estaría en la obligación de pronunciarse en la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias, tal cuál aquella y éstas son independientes de cómo hayan sido alegadas y en su caso probadas por las partes, removiendo los obstáculos de oficio.

Efectivamente, es deber del Ente Regulador la búsqueda de la verdad material, sin embargo de ello, la recurrente, no debe olvidar que la búsqueda de la verdad material por parte de la Entidad Reguladora, debe estar estrictamente enmarcada en la competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que de ninguna manera, bajo el principio de verdad material, el Órgano Regulador está facultado para pronunciarse sobre cuestiones que exceden su competencia, mucho menos de aquellas que no corresponden ser probadas o esclarecidas en la vía administrativa.

En consecuencia, el no pronunciamiento sobre estos aspectos controvertidos, no puede entenderse como una vulneración al principio de eficacia y verdad material, más aún cuando el Ente Regulador, en resguardo de los citados principios, ha determinado que, existen cuestiones contradictorias que previamente deben ser investigadas en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, no correspondiendo a la vía administrativa, a través de la Autoridad Fiscalizadora pronunciarse sobre documentación contradictoria; en virtud y sujeción al principio de separación de los cuatro órganos, que se encuentran impelidos a ejercer las competencias expresamente atribuidas a cada uno de ellos, bajo los subprincipios de: independencia, separación, coordinación y cooperación, conforme se encuentra establecido en el artículo 12 de la Constitución Política del Estado.

2.4. En cuanto a la falta de motivación.-

La recurrente señala que, el Ente Regulador, no habría motivado debidamente sus Resoluciones, hechos que ocasionarían la vulneración del principio de motivación.

Que, en cuanto a la motivación de los actos administrativos la Ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI, en su libro de Jurisprudencia Administrativa, en la Resolución

Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, ha señalado:

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

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

De la lectura de las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N° 149-2013 de 25 de febrero de 2013 y APS/DJ/DS/N° 274-2013 de 5 de abril de 2013, se evidencia que las mismas se encuentran debidamente fundamentadas y motivadas sobre los argumentos vertidos por la recurrente, y en especial en cuanto a los fundamentos para suspender el plazo para resolver la denuncia presentada por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, exponiendo la forma cómo se arribó a la convicción de los hechos a partir de la documentación cursante en obrados y, plasmó el razonamiento de cómo se arribó a la aplicación del derecho; cumpliendo así con lo establecido por el artículo 30, inciso a) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, consiguientemente, no existió falta de motivación y fundamentación alguna.

2.5. En cuanto a la vulneración al debido proceso.-

SEGUROS ILLIMANI S.A., señala que se habría vulnerado el debido proceso al no haber dado inicio al procedimiento sancionador contra Corresur S.R.L.

Al respecto, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSE/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, con relación al debido proceso estableció la siguiente línea:

“...por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010-Sucre, 10 de agosto de 2010, ha determinado sobre el derecho al debido proceso lo siguiente:

“Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en “...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos” (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal

cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes" (las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el mismo sentido, el Tribunal ha pronunciado la reciente jurisprudencia mediante SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otras, señalando que:

"...En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 01 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (...) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es

extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)....”

De la lectura de la citadas Sentencias Constitucionales, se tiene que, el debido proceso fundamentalmente garantiza los derechos del acusado, imputado, sindicado o denunciado y si bien, en ciertos casos, los mismos pueden tutelar los derechos del denunciante o víctima, esto sólo sería en la connotación al derecho que le asiste a la víctima o denunciante de participar desde su inicio hasta la conclusión de un proceso justo, el mismo que deberá desenvolverse conforme a norma.

Es así que, en resguardo del Principio del Debido Proceso, la Autoridad Fiscalizadora ha determinado suspender plazos para atender la denuncia presentada por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, ya que conforme se señaló, éste no es sólo un derecho o garantía que le asiste al denunciante, sino fundamentalmente al denunciado que; en este sentido, al existir fotocopias de dos acuerdos transaccionales diferentes, no haberse presentado originales de dichos documentos y encontrándose cuestionada la autenticidad y veracidad de uno de ellos, previamente deben esclarecer y dilucidar estas discrepancias ante autoridad jurisdiccional competente; una vez se cuente con fallo judicial definitivo, la Autoridad Reguladora retomará la continuidad de la denuncia presentada por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, conforme dispone la Resolución Administrativa emitida por nombrada Autoridad.

Por otro lado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, poniendo de manifiesto el principio de autotutela, es decir, la posibilidad de la administración de controlar, no sólo la legalidad, sino la oportunidad o conveniencia de sus actos en virtud de los intereses generales que le corresponde tutelar y, como consecuencia de la carta CITE: PE 0280/2013 de 05 de febrero de 2013, presentada por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, emite Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 149-2013, determinando dejar sin efecto la Carta APS/DS/JTS/Nº 764/2013 de 29 de enero de 2013, misma que señalaba la inexistencia de evidencia de incumplimiento al artículo 23, inciso e), de la Ley de Seguros Nº 1883, por parte de **Corresur S.R.L. Corredores y Asesores de Seguros**. Este acto es perfectamente legal, pero ya no se acomoda al interés público y la APS decide dejarlo sin efecto, en mérito al poder con que cuenta de revisar sus propios actos y dejar sin efecto aquellos que contravienen el ordenamiento jurídico, respondiendo al principio de autotutela, como en el presente caso; por tanto, no puede ser considerada como causal de nulidad, conforme lo prevé el artículo 35 de la Ley del Procedimiento Administrativo.

2.6 En cuanto a los planteamientos de tercer interesado.-

Respecto al planteamiento de **Corresur S.R.L. Corredores y Asesores de Seguros**, como tercer interesado, que en el presente caso correspondería anular todo el procedimiento, debido a que se habrían vulnerado los derechos de éste, al no habersele notificado con la nota APS/DS/JTS/764/2013 de fecha 29 de enero de 2013.

Sobre el particular, de la revisión de obrados se ha evidenciado la inexistencia de constancia de notificación a **Corresur SRL**, con la nota APS/DS/JTS/764/2013 de 29 de enero de 2013, carta que a la fecha ha dejado de existir, en razón a la determinación dada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº149-2012 emitida el 25 de febrero de 2013, por la

Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros por la que deja sin efecto la nota citada.

Ahora bien, es claro que **Corresur SRL**, se ha constituido como tercero directo interesado en el proceso de denuncia, por lo que debió haberse notificado cuanto actuado fue emitido dentro del proceso de autos, sin embargo y en sujeción al principio de economía procesal y a los antecedentes mismos, no puede determinarse la nulidad relativa, debido a que es menester tomar en cuenta que el presente proceso, no corresponde a un proceso sancionador que evidencie la vulneración de los derechos subjetivos de la corredora, y fundamentalmente a la propia determinación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°149-2012 de 25 de febrero de 2013 que fuera confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 274-2013 de 5 de abril de 2013, que ha **determinado la suspensión del plazo para atender y resolver** la denuncia presentada por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho una correcta valoración de los antecedentes documentales, así como una correcta interpretación de la norma, por lo que, en el presente caso, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no tiene competencia para pronunciarse sobre documentación incongruente, la misma que deberá ser dilucidada en instancias competentes y de acuerdo a ley.

Sin embargo de ello y en los aspectos concernientes a su competencia, a fin de poder establecer el cumplimiento de todas las obligaciones inherentes al proceso de cobertura del siniestro, la Autoridad de Supervisión y Control de Pensiones y Seguros, deberá establecer si la **Corresur S.R.L. Corredores y Asesores en Seguros**, ha cumplido cabalmente con las responsabilidades dadas por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, así como también deberá establecer si la **Entidad Aseguradora Illimani S.A.** ha cumplido con todas las obligaciones a que se encontraba sujeto por la póliza del seguro.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR TOTALMENTE la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°274-2013 de 5 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°149-2013 de 25 de febrero de 2013.

ARTÍCULO SEGUNDO.- El no pronunciamiento administrativo, no inhibe a las partes de recurrir los derechos que se crean vulnerados por la jurisdicción llamada por ley, para el caso en controversia.

ARTÍCULO TERCERO.- La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se encuentra obligada a notificar al tercero directo interesado empresa **Corresur S.R.L.**, cuanto acto administrativo vaya a emitirse, en el marco del debido proceso que debe regir sus actos.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/N° 445-2013 DE 09 DE MAYO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 054/2013 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 054/2013

La Paz, 10 de septiembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 445-2013 de fecha 9 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 051/2013 de 4 de julio de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 107/2013 de 23 de julio de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 31 de mayo de 2013, **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada legalmente por sus apoderados, Sres. Jorge Mauricio Álvarez Pol, en mérito al poder N°, y Hugo Vía Escalante, en mérito a los poderes Nros. 703/2012 de 26 de junio de 2012 y 712/2012 de 27 de junio de 2012, ambos otorgados por ante la Notaria de Fe Pública N° 101 del Distrito Judicial La Paz, a cargo de la Dra. Diomar Ovando Polo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa

APS/DJ/DS/N° 445-2013 de fecha 9 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/5801/2013, con fecha de recepción 5 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 445-2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 10 de junio de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA**, mismo que le fue notificado el 17 de junio de 2013.

Que, mediante Auto de la misma fecha, notificado mediante órgano de prensa de circulación nacional en fecha 18 de junio de 2013, se dispuso la notificación de todas las Entidades Aseguradoras de Personas, acerca de la existencia del Recurso Jerárquico presentado por **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 445-2013 de 9 de mayo de 2013, a los fines que las mismas, como terceras interesadas, se apersonen y presenten sus alegatos.

Que, en fecha 19 de junio de 2013, se llevó adelante la Audiencia de exposición oral de fundamentos, solicitada por **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA**.

Que, adjunta a la nota GNJ/SP/066/2013, presentada en fecha 4 de julio de 2013, **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó documentación complementaria.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 210-2013 DE 15 DE MARZO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros estableció los extremos siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que el artículo 5 de la Ley de Seguros N° 1883, establece que la reserva técnica es el valor correspondiente a pasivos emergentes de las operaciones del seguros y del reaseguro que las entidades se encuentran obligadas a constituir y mantener permanentemente mediante procedimientos de cálculo preestablecidos.

Que el inciso c) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883, dispone que las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras deberán cumplir con la obligación de mantener reservas técnicas.

Que el artículo 30 de la Ley de Seguros N° 1883, señala que las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras deberán constituir y mantener permanentemente, al menos:

- a) Reservas Matemáticas
- b) Reservas para Riesgos en Curso
- c) Reservas para Siniestros Pendientes
- d) Reservas para Primas por Cobrar

Que el artículo 14 del Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998, establece las clases de Reservas para Siniestros Pendientes, entre las que se encuentra la Reserva para Siniestros Ocurridos y no Reportados, que constituyen una estimación de aquellos siniestros que a la fecha de cálculo de la reserva han ocurrido y no han sido denunciados a la Entidad Aseguradora.

Que mediante Resolución Administrativa IS N° 381 de 9 de diciembre de 1999, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS, aprueba el Reglamento de Desgravamen Hipotecario, aplicable a las Entidades Aseguradoras de Personas.

Que el artículo 3 del Reglamento de Desgravamen Hipotecario, dispone que las Entidades Aseguradoras que operen en la modalidad de personas pueden ofrecer seguros de desgravamen hipotecario con coberturas inferiores a un año y que la constitución de reservas para riesgos en curso será calculada de acuerdo a lo establecido en la Resolución Administrativa IS 031/98 (Reglamento de Reservas para Riesgos en Curso).

Que éste mismo artículo dispone que en el caso particular de coberturas mensuales, la reserva para riesgos en curso será constituida por el cien por ciento (100%) de la prima mensual neta de reaseguro.

Que la parte in fine del artículo 3 del Reglamento de Desgravamen Hipotecario aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 381 de 9 de diciembre de 1999, determina que la prima de los seguros de desgravamen hipotecario de carácter mensual, será calculada en función del saldo al vencimiento mensual y deberán ser pagadas en efectivo.

Que al artículo 41 de la Ley de Seguros N° 1883, dispone que la Autoridad de Fiscalización, tiene como uno de sus objetivos proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro, así como cumplir y hacer cumplir la ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Que el inciso s) del artículo 43 de la Ley de Seguros N° 1883, establece que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, tiene entre sus atribuciones la de emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la ley y sus reglamentos.

CONSIDERANDO:

Que en mérito a las fiscalizaciones realizadas por la Jefatura de Control y Fiscalización de la Dirección de Seguros, a Entidades Aseguradoras de Personas, se pudo

evidenciar que éstas comercializan seguros de desgravamen hipotecario y que algunas entidades no constituyen reservas para riesgos en curso, argumentando que las mismas tienen calidad de vigencia vencida, es decir, que la Entidad Financiera reporta el pago de la prima vencido el mes de cobertura.

Que de la revisión de la normativa relacionada con el seguro de desgravamen hipotecario podemos observar que se ha establecido la constitución de reservas para riesgos en curso para los siguientes casos:

1. Pólizas de Desgravamen Hipotecario con cobertura anual (vigencia de un año), donde la reserva para riesgos en curso se calcula de forma mensual bajo el método de veinticuatroavos.
2. Pólizas de Desgravamen Hipotecario con cobertura mayor a un año (vigencia mayor a un año), donde la reserva para riesgos en curso se calcula estableciendo la prima correspondiente a un año que será equivalente a un n -avo del total de la prima, donde "n" es el número de años de cobertura.
3. Pólizas de Desgravamen Hipotecario con cobertura inferior a un año, (vigencia menos a un año) donde la reserva para riesgos en curso se realiza póliza por póliza, entre las que se encuentran los siguientes casos:
 - a) Cobertura inferior a un mes (vigencia menor a un mes), la reserva para riesgos en curso es igual al total de la prima neta de reaseguro, durante el mes de vigencia.
 - b) Cobertura superior a un mes (vigencia mayor a un mes), la reserva para riesgos en curso se calcula aplicando factores de cálculo en función al mes de constitución.
 - c) Coberturas mensuales (vigencia de un mes), la reserva para riesgos en curso será constituida por el cien (100%) por ciento de la prima mensual neta de reaseguro.

Que las reservas técnicas tienen como finalidad hacer frente a las obligaciones contraídas por las Entidades Aseguradoras a través de los contratos de seguros.

Que en el caso específico (sic) de las pólizas de desgravamen hipotecario con cobertura mensual y vigencia vencida que están siendo comercializadas por las compañías de seguros de personas, se observa una ausencia total de reservas que respalden la obligación contraída debido a que el pago de la correspondiente prima se produce vencido el mes de cobertura.

Que en este sentido la Jefatura de Control y Fiscalización de la Dirección de Seguros, recomienda que se instruya a las Entidades Aseguradoras la constitución de una reserva sobre Siniestros Ocurridos y no Reportados.

CONSIDERANDO:

Que las reservas para Siniestros Ocurridos y No Reportados constituyen una provisión que realiza la Entidad Aseguradora para hacer frente a siniestros realmente ocurridos pero que no han sido reportados.

Que en el caso de las pólizas de desgravamen hipotecario por ser pólizas mensuales cuyo riesgo ha vencido no pueden constituir reserva para riesgos en curso, sin

embargo, es preciso que las Entidades Aseguradoras realicen una provisión que permita hacer frente a los siniestros que pudiera ocurrir.

Que técnicamente se considera que la reserva aplicable a estos casos es la de Siniestros Ocurridos y no Reportados, con la finalidad que el beneficiario vea cubierto su riesgo en caso de producirse...”

En base a tales fundamentos, el Ente Regulador resuelve:

“...ARTÍCULO PRIMERO.- Se modifica el párrafo tercero del artículo 3 (Coberturas Inferiores a un Año) del Reglamento de Desgravamen Hipotecario aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 381 de 9 de diciembre de 1999, por el siguiente texto:

“Las Entidades Aseguradoras que operen en la modalidad de Seguros de Personas, que comercialicen pólizas de desgravamen hipotecario cuya cobertura sea igual a un mes y con vigencia vencida, deberán constituir Reservas para Siniestros Ocurridos y no Reportados sobre el cien por ciento (100%) de la prima neta de reaseguro del mes vencido”.

ARTÍCULO SEGUNDO.- La presente Resolución Administrativa entrará en vigencia a partir del 1 de mayo de 2013.

ARTÍCULO TERCERO.- El incumplimiento a la presente Resolución Administrativa será sancionado de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de Sanciones del Sector Seguros.

ARTÍCULO CUARTO.- La Dirección de Seguros queda encargada del cumplimiento de la presente Resolución Administrativa...”

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado en fecha 10 de abril de 2013, **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013, expresando los alegatos siguientes:

“...II. FUNDAMENTOS

Es necesario aclarar de inicio que LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A. está de acuerdo en que se reglamente este aspecto relativo al IBNR, es decir, a la constitución de Reservas para Siniestros Ocurridos y no Reportados, tomando en cuenta aspectos técnicos como el cálculo en función de los siniestros ocurridos, como dice la norma y orienta la doctrina.

Al margen de lo señalado, aclaramos que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 constituye el Acto Administrativo impugnado, puesto que esta resolución

vulnera claramente principios del derecho administrativo (sic), tal como pasamos a demostrar a continuación:

1. Principio de legalidad.

En la RA 210/2013, ese respetable órgano de fiscalización y control define una nueva forma de cálculo del IBNR, en contra de lo que está señalado expresamente en el artículo 14 del Decreto Supremo N° 25201, Reglamento de la Ley de Seguros. En otras palabras, al emitir la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 impugnada, la APS está actuando en contra de una norma SUPERIOR EXPRESA, vulnerando el principio de legalidad, reconocido expresamente por la Constitución en el Art. 109 II, que supone el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho, tomando en cuenta que las regulaciones que emita un órgano administrativo deben sujetarse al bloque de legalidad. En otras palabras, este principio implica la sujeción de las regulaciones que emite la administración a sus propias normas superiores: los Reglamentos y las Leyes. En el presente caso el bloque de legalidad al que hacemos referencia se identifica en principio por la norma superior que regula el sector de Seguros como es la Ley de Seguros que en su Artículo 57 8(Reglamentación) claramente señala "El Poder Ejecutivo reglamentará la presente Ley mediante Decreto Supremo", y el Artículo 30 de la citada Ley de Seguros que lleva el nomen juris (sic) de "Reservas Técnicas" establece que las entidades aseguradoras y reasegurados deberán constituir y mantener permanentemente las siguientes reservas: a) Reservas Matemáticas exclusivamente para los Seguros de Vida a Largo Plazo, b) Reserva para riesgos en curso, c) Reserva para siniestros pendientes, y d) Reserva para primas por cobrar, concluyendo esta referencia con la siguiente disposición: "**las reservas mencionadas se determinarán reglamentariamente** y los parámetros de cálculo serán establecidos por la Superintendencia." (El resaltado es nuestro).

Precisamente en cumplimiento y consonancia con la Ley se emitió el Decreto Supremo 25201 de 16 de octubre de 1998, el mismo que en la literal d) del Artículo 14, establece que las Reservas para estos siniestros ocurridos y no reportados corresponde a una estimación de aquellos siniestros que a la fecha de cálculo de la reserva han ocurrido y no han sido denunciados a la entidad aseguradora. En ese marco la autoridad reguladora en principio emitió la Resolución Administrativa IS N° 381 de 9 de diciembre de 1999, relacionada a las reservas para riesgos en curso que establecía:

"La constitución de reservas para riesgos en curso de aquellos seguros de desgravamen hipotecario con cobertura inferior a un año será efectuada de acuerdo a lo establecido en la Resolución Administrativa IS/No. 031/98. En el caso particular de coberturas mensuales, la reserva para riesgos en curso será constituida por el cien por cien (100%) de la prima mensual, neta de reaseguro."

En términos del autor Alexi, en su obra "Teoría de la Argumentación Jurídica": "Por principio de legalidad no podemos entender simplemente el cumplimiento de los principios constitucionales, el Estado de derecho es impensable a partir exclusivamente de principios generales y valoraciones constitucionales, pues es indispensable un desarrollo normativo de rango inferior y sistemático, que resuelva los

conflictos entre principios y valores de orden superior. Además, solo la interpretación valorista de la Constitución aniquila la legalidad a cambio del decisionismo del juez..." Y en otro sus (sic) textos que titula: "Teoría de los Derechos Fundamentales" señala: "El principio de la legalidad significa pues la obediencia a toda norma del sistema jerárquico que no viole la Constitución, es decir de aquella norma que establezca la restricción legítima de un principio a favor de otro".

En este contexto, al emitir la RA 210/2013, la APS no tomó en cuenta el principio de jerarquía normativa que para fines ilustrativas (sic) se refleja en la famosa pirámide Kelsen y que prescribe que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma en grado superior, principio que está recogido en el Art. 4 h) de la Ley de Procedimiento Administrativo. En consecuencia, al emitir la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 210-2013 sin considerar lo señalado expresamente en el artículo 14 del Reglamento de la ley de Seguros (Decreto Supremo Nº 25201) se infringe el Principio de Legalidad; por lo que se concluye, que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 210-2013 debe ser revocada. Este principios e encuentra totalmente reconocido en la literal ii) del Artículo 410 de la Constitución Política del Estado.

De conformidad a lo señalado por el Tribunal Constitucional a través de la SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 1089/2012 "...cuando se analiza el art. 180.1 de la CPE, que dictamina que: "La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principio de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos", se denota que el debido proceso se configura como un principio que emerge del Estado de Derecho y del principio de legalidad en su vertiente procesal, lo cual no solo debe ser observado en instancias jurisdiccionales, **sino también en administrativas;**..." (las negrillas son nuestras).

Por otro lado, en el mismo sistema de regulación financiera se tienen precedentes importantes en cuanto a la aplicación de este principio como la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 15/2004 de 30 de septiembre de 2004, que claramente señala: "Al respecto, es menester hacer presente que el principio de legalidad de la actividad administrativa está garantizado, en cuanto a la formación de sus decisiones, por el permanente respeto a los procedimientos legalmente establecidos. Este importante principio obedece a que la administración le es connatural el bienestar general y el interés de la comunidad y para estos efectos debe necesariamente sujetarse a reglas de comportamiento que deben estar (sic) previamente determinadas en el ordenamiento jurídico. Es así que los actos administrativos deben necesariamente formarse en el ordenamiento jurídico. Es así que los actos administrativos deben necesariamente formarse cumpliendo previamente los procedimientos legalmente establecidos..... Ahora bien, uno de los deberes fundamentales de la Administración Pública radica precisamente en velar que todo procedimiento administrativo se ajuste al mandato de las normas que se aplican, vetando por que el mismo se desarrolle sin vicios invalidantes del acto administrativo."

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta se refiere a que con la Resolución Administrativa, ahora impugnada, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no está cumpliendo sus funciones y objetivos como es el de cumplir y hacer cumplir la Ley de Seguros y sus reglamentos.

2. Principio de equidad.

Uno de los principios aplicables a la instancia administrativa es la equidad, desde la perspectiva de aquello que la autoridad debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada en una resolución administrativa (es decir para un caso singular).

En el presente caso, la APS no ha tomado en consideración lo señalado en el artículo 14 del Reglamento de la Ley de Seguros (Decreto Supremo N° 25201), centrando su atención solamente al hecho de que: "...algunas entidades no constituyen reservas para riesgos en curso, argumentando que las mismas tienen calidad de vigencia vencida, es decir, que la Entidad Financiera reporta el pago de la prima vencido el mes de cobertura...; y, que en el caso específico de las pólizas de desgravamen hipotecario con cobertura mensual y vigencia vencida que están siendo comercializadas por las compañías de seguros de personas, se observa una ausencia total de reservas que respalden la obligación contraída debido a que el pago de la correspondiente prima se produce vencido el mes de cobertura."

La recomendación de instruir a las Entidades Aseguradoras la constitución de una reserva sobre Siniestros Ocurridos y No Reportados es correcta pero debería estar en concordancia con lo que reglamentariamente se ha establecido, el principio de equidad aludido y en base a criterios técnicos que respalden y justifiquen esta constitución. Debe considerar que la reserva de siniestros ocurridos y no reportados corresponde a los siniestros que se producen durante la vigencia de la póliza, pero que se conocen con posterioridad a la fecha de cierre de la información financiera, por lo que la constitución de reservas debe hacerse sobre los siniestros y no calcular en base a las primas.

Por otra parte, así como está planteada la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013, es inequitativo el tratamiento que se pretende hacer sobre las reservas ya que define el cálculo de IBNR como el 100% de las primas, por lo que se está suponiendo que a fin de mes, no se han pagado ni reservado siniestros correspondientes a esas mismas primas (incurrido igual a cero) y que la siniestralidad esperada alcanza el 100% de las primas. Basándonos en que las pólizas en promedio se emiten a mitad del mes, sería más razonable que el porcentaje a aplicar fuera del 50% y sobre una estimación de los siniestros ocurridos en base de la experiencia reciente y de años anteriores.

III. DERECHO COMPARADO.

Adicionalmente a lo mencionado, basta con hacer referencia breve, a las normas de otros países para permitirnos contar con elementos que se han utilizado en otras regulaciones para el cálculo del IBNR, que demuestran que siempre estas reservas se

basen o estimen en función a un criterio de siniestralidad. Posteriormente al cálculo de IBNR en función de los siniestros ocurridos, es posible definir un porcentaje de las primas netas de reaseguro de manera indirecta y con mayor sustento técnico que respalde la decisión del órgano regulador, dentro del marco legal superior como es el Decreto reglamentario de la Ley de Seguros.

En ese sentido, tenemos a bien adjuntar al presente memorial las partes pertinentes de esa normativa a efectos de mejor ilustración de nuestro recurso.

IV. PETITORIO

Por lo anteriormente expresado y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38 y 48 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.** solicita:

1. Admita el presente Recurso de Revocatoria al tenor del artículo 52 literal a) del Decreto Supremo N° 27113.
2. Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso de Revocatoria disponiendo la REVOCATORIA de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210/2013 de fecha 15 de marzo de 2013 y fallando nuevamente en derecho, se establezca la constitución de reservas sobre Siniestros Ocurridos y No Reportados en estricto lineamiento legal..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 445-2013 DE 9 DE MAYO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 445-2013 de fecha 9 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en Recurso de Revocatoria, resuelve confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013, con base en los fundamentos que se transcriben a continuación:

"...CONSIDERANDO:

Que es útil tener presente que **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.** impugna la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013 sobre la base de que la misma, vulnera los principios de legalidad al no respetar la jerarquía normativa a aplicarse cuando se tiene una resolución administrativa y un decreto supremo, y el principio de equidad ya que se define el cálculo sobre el 100% de las primas cuando sería más razonable sobre el 50% y una estimación de los siniestros ocurridos.

Que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013 justifica su decisión sobre la base de que las reservas técnicas tiene como finalidad hacer frente a las obligaciones contraídas por las aseguradoras a través de los contratos de seguros y la constatación empírica de que estas aseguradoras comercializan pólizas de desgravamen hipotecario con ausencia total de reservas

que respalden la obligación contraída.

CONSIDERANDO:

Que expuestos de esta manera los argumentos del recurso de revocatoria de **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.** corresponde su análisis y respuesta consiguiente.

CONSIDERANDO:

Que en relación al **argumento 1** descrito en el cuarto Considerando de la presente resolución, se debe manifestar que efectivamente, "**Los siniestros ocurridos pero no reportados** son aquellos eventos que se producen en un intervalo de tiempo, durante la vigencia de la póliza, pero que se conocen con posterioridad a la fecha de cierre o de valuación del período contable".

Que en relación al **argumento 2** descrito en el cuarto Considerando de la presente resolución respecto de la vulneración del Principio de Legalidad, consideremos lo que:

1. El artículo 14, en lo pertinente, del **Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998** indica: "**RESERVAS PARA SINIESTROS PENDIENTES.-** A efectos de la presente norma, se entenderá como reservas para siniestros pendientes, la reserva técnica correspondiente al cumplimiento de las obligaciones netas de reaseguro, emergentes de siniestros ocurridos, denunciados o no, que aún no hayan sido indemnizados. ...Las reservas para siniestros pendientes son: ...**d)** Para Reservas de Siniestros Ocurridos y No reportados: Corresponde a una estimación de aquellos siniestros que a la fecha de cálculo han ocurrido y no han sido denunciados a la entidad aseguradora".

2. El artículo 109.II de la CPE (Garantías Jurisdiccionales y Acciones de defensa) establece: "Los derechos y sus garantías sólo podrán ser reguladas por la ley."

Se puede evidenciar que este artículo 109.II de la CPE no se refiere para nada al principio de jerarquía.

3. El artículo 57 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 señala: "El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley mediante Decreto Supremo".

4. El artículo 30 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 señala: "**RESERVAS TÉCNICAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir y mantener permanentemente, al menos, las siguientes reservas:

a) Reserva Matemática exclusivamente para los seguros de vida a largo plazo. La tabla de mortalidad utilizada para el cálculo de dicha reserva, será aprobada por la Superintendencia.

La tasa de interés técnico utilizada para el cálculo de dicha reserva no podrá ser mayor al interés de Mercado de los Valores del Tesoro Nacional de Bolivia de mayor largo plazo, menos dos puntos porcentuales (2%).

- b) Reserva para riesgos en curso.
- c) Reserva para siniestros pendientes.
- d) Reserva para Primas por cobrar.

Las reservas mencionadas se determinarán reglamentariamente y los parámetros de cálculo serán establecidos por la Superintendencia.

Las reservas de cualquier póliza de Seguro de Vida no pueden ser negativas, sino cuando menos equivalentes al valor de rescate de la cobertura de la póliza.

La Superintendencia podrá establecer, mediante reglamento, la constitución de reservas para riesgos catastróficos o extraordinarios, cuando la experiencia siniestral en determinados tipos de riesgos así lo aconseje”.

Que a las anteriores normas transcritas precedentemente, corresponde añadir lo siguiente:

5. El artículo 4. “OBJETIVOS” de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 señala que uno de los objetivos de esta norma es regular la actividad aseguradora para que cuenten con la suficiente **credibilidad, solvencia y transparencia**, estableciendo los principios de equidad y **seguridad jurídica** para la protección a los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro.

Citar esta norma es esencial a fin de verificar que los operadores de dicha Ley en cuanto a su aplicación y vigencia (léase, APS) es velar por la seguridad jurídica del asegurado (cuando contrata una póliza en la modalidad de seguros de personas que es el ámbito de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013) velando porque la aseguradora sea solvente, creíble y transparente a momento de que esta deba atender sus obligaciones contractuales pertinentes; es decir, que el asegurado confíe en que las aseguradoras cuentan con el respaldo suficiente para responde a la eventualidad de la ocurrencia del siniestro, siendo deber del ente regulador asegurar que tal respaldo sea evidente en las aseguradoras.

6. El artículo 12.n) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 establece que es obligación de las entidades aseguradoras (léase, LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS DE PERSONAS S.A.) cumplir con otras obligaciones y actividades establecidas por la presente ley **o por sus reglamentos**. Como es facultad y atribución institucional de la APS la emisión de resoluciones administrativas reglamentarias, es lógico concluir que la recurrente tiene el deber de cumplir inexcusablemente lo dispuesto por este ente regulador, en el marco estricto de sus funciones.

7. Si bien el artículo 57 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 señala que el Poder Ejecutivo reglamentará la ley citada mediante decreto supremo, tal, no tiene carácter absoluto ni excluyente. En efecto, basta reproducir lo que **el último párrafo del artículo 30 de aquella norma** determina en sentido de que la APS podrá establecer, mediante reglamento, la constitución de reservas para riesgos catastróficos o extraordinarios cuando la experiencia, etc. Luego, es evidente que más allá de que el Poder Ejecutivo u Órgano Ejecutivo se encuentre facultado para reglamentar la ley mediante decretos supremos, no menos cierto es que tal facultad no es, repetimos, absoluto ni excluyente cuando se ve que es la propia Ley la que

faculta a la APS a emitir instrumentos reglamentarios a través de resoluciones administrativas, calidad y naturaleza por antonomasia, típicas de la Administración.

8. Como todas estas transcripciones devienen de la Ley de Seguros, **el artículo 41, en sus incisos a) y e) de la misma norma**, atribuyen a la APS como función y objetivo velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, y hacer cumplir y cumplir la Ley de Seguros **y sus reglamentos**, respectivamente. **Ergo**, si la APS tiene la función y objetivo de cumplir y hacer cumplir la Ley de Seguros, correlativamente, tiene la facultad de emitir instrumentos reglamentarios a través de resoluciones administrativas típicas para cumplir sus funciones institucionales.

Necesario es señalar que cuando la APS emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº210-2013 de 15 de marzo de 2013, está haciendo exactamente lo que la norma espera de ella, velar por la seguridad, solvencia y transparencia de las entidades aseguradoras, por intermedio de la constitución de las Reservas para Siniestros Ocurridos y No Reportados para garantizar que la aseguradora tenga la capacidad de responder ante la eventualidad de la ocurrencia del siniestro. En adición, este instrumento preventivo como es la resolución recurrida, cubre, protege y alimenta la confianza del asegurado.

9. El **artículo 43.s) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998** señala que es atribución de la APS, emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la Ley de Seguros y de sus reglamentos. Disposición concordante con lo dispuesto por **el artículo 17.1 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003** donde determina que la decisión de la autoridad reguladora se expresa a través de una Resolución Administrativa (exactamente como es la resolución recurrida) que puede tener carácter general cuando sus efectos afectan a la totalidad de un sector (artículo 18 del mismo Decreto Supremo).

Que se puede concluir definitivamente que el marco legal expuesto en esta resolución, de ninguna manera revela posibles quiebres o incumplimientos del principio de jerarquía normativa consagrados tanto en nuestra norma fundamental como en la doctrina; precisamente lo contrario, el legislador, aunque reconoce la potestad reglamentaria al Poder Ejecutivo, no lo hace de manera excluyente a otras instancias del Órgano Ejecutivo como es la APS, disponiendo que el ente regulador puede emitir normas operativas dentro el marco de sus atribuciones como bien se ha demostrado.

Que debe tenerse presente y no soslayar que la APS no está creando nuevos tipos de reservas, sino, está determinando **reglamentariamente** (a través de una resolución administrativa) los parámetros de cálculo de las mismas; o sea, simplemente está cumpliendo lo que la propia le obliga y manda a hacerlo, como dispone el antepenúltimo párrafo del artículo 30 de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998. Concluyéndose, una vez más, que la APS no ha incurrido en ninguna vulneración del principio de jerarquía normativa.

Que en relación a los **argumento** (sic) **3, 5, 6 y 7 del cuarto Considerando** de la presente resolución, **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.** señala que se ha vulnerado el principio de legalidad al actuar en contra de una norma superior

expresa que es el Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998 sustentando su posición en que el cálculo debe realizarse en función de los siniestros ocurridos tal como señalaría la Ley de Seguros, el Decreto Supremo N° 25201 citado.

Añadiendo además que en la Resolución Administrativa N° APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013, la APS define una nueva forma de cálculo de las reservas para siniestros ocurridos y no reportados, contrariando al Decreto Supremo N° 25201, instrumento que define a dicha reserva de la siguiente manera: "Reservas de Siniestros ocurridos y No Reportados: Corresponde a una estimación de aquellos siniestros que a la fecha de cálculo han ocurrido y no han sido denunciados a la entidad aseguradora"

Que al respecto, de la evaluación a lo establecido en el Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998, se observa que en ninguna parte del texto, se determina que el cálculo de la reserva deba realizarse en función a los siniestros ocurridos, tampoco determina una fórmula de cálculo; simplemente establece que la reserva corresponde a una **estimación** de aquellos siniestros que han ocurrido y no han sido denunciados, lo cual efectivamente es lo que se ha regulado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210 de 15 de marzo de 2013 al disponer que la estimación será del 100% de la prima neta de reaseguro del mes vencido.

Que es fácilmente verificable que la resolución recurrida, no está inaugurando una nueva fórmula de cálculo contrariando la normativa reglamentaria, limitándose a seguir el lineamiento establecido en el Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998.

Que es necesario disgregar en 3 partes lo señalado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210/2013 de 15 de marzo de 2013 a fin de despejar dudas sobre el significado y alcance de la misma:

1. LAS ENTIDADES ASEGURADORAS QUE OPEREN EN LA MODALIDAD DE SEGUROS DE PERSONAS QUE COMERCIALIZEN PÓLIZAS DE DESGRAVAMEN HIPOTECARIO CUYA COBERTURA SEA IGUAL A UN MES Y CON VIGENCIA VENCIDA: En esta parte, simplemente se establece a qué tipo de pólizas se debe aplicar la reserva técnica.

2. DEBERÁN CONSTITUIR RESERVAS PARA SINIESTROS OCURRIDOS Y NO REPORTADOS: Se está determinando que se deberá constituir una reserva cuyo monto corresponde a una estimación de aquellos siniestros que a la fecha de cálculo de la reserva han ocurrido y no han sido denunciados a la entidad aseguradora.

3. POR EL CIEN POR CIENTO (100%) DE LA PRIMA NETA DE REASEGURO DEL MES VENCIDO: Se determina claramente que la estimación determinada es del 100% de la prima neta de reaseguro del mes vencido, quedando claro que no existe ninguna nueva fórmula de cálculo que signifique incumplir el Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998.

Que asimismo, **el artículo 30 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998** establece claramente que los parámetros de cálculo de las reservas técnicas serán establecidos por la APS en virtud de la facultad reglamentaria otorgada al ente regulador, así

como también **el artículo 43 inciso g) de la Ley de Seguros** determina que la APS tiene como atribución el establecer y actualizar métodos de cálculo de los factores y parámetros técnicos de los seguros, y es sobre la base de estos lineamientos que se ha determinado que el parámetro de cálculo de los siniestros ocurridos y no reportados sea del cien por ciento (100%) de la prima neta de reaseguro del mes vencido.

Que en relación a lo afirmado por la Entidad Aseguradora respecto de que no se ha tomado en cuenta el artículo 14 del Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998, tal extremo es inconsistente toda vez que el tercer considerando de la Resolución recurrida, claramente hace referencia a la definición de las reservas de siniestros ocurridos y no reportados establecidos precisamente en el artículo 14 del Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998.

Asimismo, efectivamente la no constitución de reservas de riesgos en curso es una causal para instituir una nueva reserva. Si efectuamos la evaluación de la información financiera que **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.** ha reportado en sus Estados Financieros durante los últimos 8 años en el ramo de desgravamen hipotecario, se tiene el siguiente cuadro.

**INDICADORES FINANCIEROS PERIODOS 2005 – 2012
RAMO DE DESGRAVAMEN HIPOTECARIO
LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS DE PERSONAS S.A.
(Expresado en miles de dólares americanos)**

AÑO	Producción Neta de Anulaciones	Siniestros Directos	Reserva de Riesgos en Curso	Índice de Siniestralidad Directa	Ratio Reservas/Producción
2005	2.935	1.283	339,35	43,71%	11,56%
2006	2.873	1.141	321,38	39,71%	11,19%
2007	3.557	1.234	1,52	34,69%	0,04%
2008	3.158	1.012	7,13	32,05%	0,23%
2009	4.897	1.619	10,11	33,06%	0,21%
2010	5.605	2.345	0,41	41,84%	0,01%
2011	7.228	2.678	127,53	37,05%	1,76%
2012	6.889	3.187	39,64	46,26%	0,58%

Como es posible observar, las reservas de riesgos en curso constituidas por la Entidad Aseguradora, a excepción de los periodos 2005 y 2006, ha constituido reservas mínimas de riesgos en curso, lo cual se demuestra con el ratio Reservas/Producción que determina claramente que en la última gestión se ha constituido apenas un 0.58% de la producción neta de anulación.

Asimismo, el siguiente cuadro ilustra de mejor manera la constitución de las reservas de riesgos en curso que **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.** constituye respecto a las compañías aseguradoras del Mercado.

**INFORMACION FINANCIERA DESGRAVAMEN HIPOTECARIO
POR COMPAÑIAS ASEGURADORAS
GESTION 2012**

ENTIDAD ASEGURADORA	Producción Desgravamen (Miles de \$us)	Participación de Mercado	Reservas de Riesgo en Curso (Miles de \$us)	Participación Reservas
ENTIDAD 1	2.526	7%	1.589,67	44%
BOLIVIANA SP	6.889	18%	39,64	1%
ENTIDAD 2	1.903	5%	902,77	25%
ENTIDAD 3	16.572	43%	-	0%
ENTIDAD 4	9.140	24%	56,50	2%
ENTIDAD 5	1.340	3%	1.061,15	29%
MERCADO	38.370	100%	3.649,74	100%

De la evaluación a este cuadro, se aprecia claramente que la Aseguradora, a pesar de tener el 18% de participación de mercado en el seguro de desgravamen, apenas constituye el 1% de las reservas de mercado, lo cual definitivamente es preocupante y es lo que ha determinado la necesidad de crear la constitución de un nuevo tipo de reserva.

Es importante resaltar que la constitución de reservas técnicas son fundamentales para que la Entidad Aseguradora pueda hacer frente a las reclamaciones de siniestros futuras que puedan hacer los asegurados, lo cual lamentablemente la Entidad Aseguradora pretende eludir, poniendo en riesgo su capacidad de hacer frente a los siniestros de sus asegurados e incluso su propia estabilidad financiera, aspecto que la APS tiene obligación de proteger.

Que, reiterando, se ha demostrado que la norma no determina que las reservas deban constituirse sobre los siniestros y no sobre la base de las primas, siendo atribución de la APS el determinar los parámetros de cálculo de las reservas técnicas por atribución institucional como se ha demostrado generosamente a lo largo de esta resolución administrativa.

Que en relación al principio de equidad presuntamente vulnerado porque, a través de la resolución que se impugna, no ha habido una justa conversión de la norma abstracta en la norma individualizada como es la resolución recurrida, la interpretación de **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.**, en sentido de que el cálculo debe efectuarse sobre la base de los siniestros y no del 100% de la prima neta, es subjetiva conforme se ha demostrado y no resiste el menor análisis legal ni técnico ya que en ninguna parte de las normas examinadas se determina expresamente este extremo argüido por la recurrente.

Que **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.** omite señalar en sus alegaciones que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013 no utiliza el término "prima" a secas, sino, asociado al adjetivo "neto", o sea, "prima neta". Omisión crucial a momento de impugnar dicha resolución, porque contiene elementos que diferencian radicalmente lo que se entiende por prima simplemente, y prima neta subsecuentemente; diferencia conceptual que no escapa

al entendimiento de la Aseguradora con seguridad.

Que para mayor claridad, ilustremos las diferencias de contenido que existen entre "prima" a secas y "prima neta":

Impuestos y Accesorios		PRIMA NETA	PRIMA TOTAL
Gastos de Administración + Gastos de Producción + Utilidad			
Esperanza Matemática del Sinistros (sic)	PRIMA PURA		

Que por intermedio de aquella omisión, la Entidad Aseguradora pretende tergiversar lo establecido en la Resolución ahora recurrida, al señalar que lo que se pretende es que la reserva sea del 100% de las primas. Lo evidente es que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 210-2013 de 15 de marzo de 2013 establece que la reserva debe ser constituida por el 100%, pero de las primas netas de reaseguro, es decir descontando la proporción de las primas cedidas al reasegurador.

Que tomando en cuenta el contrato de reaseguro vigente en el ramo de desgravamen hipotecario de **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.**, el siguiente cuadro ilustra 15 ejemplos de cuál sería el importe que debería constituir por concepto de reservas de siniestros ocurridos y no reportados para la cobertura de fallecimiento, según los términos del contrato de reaseguro y suponiendo ningún tipo de recargos:

**CALCULO DE LA RESERVA DE SINIESTROS OCURRIDOS Y NO REPORTADOS
SEGÚN CONTRATO DE REASEGUROS VIGENTE
LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS DE PERSONAS S.A.**

ITEM	Valor Asegurado \$us	Prima mensual de Reaseguro \$us (Tasa 0,175%o (sic))	Retención de la Aseguradora \$us	Cesión al Reasegurador (En exeso (sic) de \$us. 15,000) \$us	Reserva de Siniestros Ocurridos y no Reportados \$US	Reserva de Siniestros respecto a la prima
1	10.000	1,75	1,75	-	1,75	100%
2	15.000	2,63	2,63	-	2,63	100%
3	20.000	3,50	2,63	0,88	2,63	75%
4	25.000	4,38	2,63	1,75	2,63	60%
5	30.000	5,25	2,63	2,63	2,63	50%
6	35.000	6,13	2,63	3,50	2,63	43%
7	40.000	7,00	2,63	4,38	2,63	38%
8	45.000	7,88	2,63	5,25	2,63	33%
9	50.000	8,75	2,63	6,13	2,63	30%
10	55.000	9,63	2,63	7,00	2,63	27%
11	60.000	10,50	2,63	7,88	2,63	25%
12	65.000	11,38	2,63	8,75	2,63	23%
13	70.000	12,25	2,63	9,63	2,63	21%
14	75.000	13,13	2,63	10,50	2,63	10%
15	80.000	14,00	2,63	11,38	2,63	19%
TOTAL		118,13	38,50	79,63	38,50	33%

De la evaluación a este cuadro, se observa claramente que la Entidad Aseguradora en este ejemplo constituiría el 33% de la prima mensual, quedando desvirtuada la afirmación de que se constituiría el 100% de la prima.

Esta constitución es razonable tomando en cuenta que la Entidad Aseguradora constituye reservas de riesgos en curso mínimas y el índice de siniestralidad directa de la aseguradora es mayor (46,26% la última gestión) y tomando en cuenta que en el seguro de desgravamen hipotecario con pólizas de vigencia mensual, se presentan muchos siniestros que han ocurrido durante la vigencia pero que no se han reportado en la misma, lo cual se debe a los siguientes aspectos:

- Las Entidades Aseguradoras, en sus carteras de desgravamen hipotecario, otorgan anexos de ampliación de aviso de siniestros a 10 días hábiles, a 15 días hábiles e incluso a 30 días hábiles, con lo cual, un siniestro que se haya suscitado el día 10 del mes o siguiente tiene alta probabilidad de ser denunciado recién a la Entidad Aseguradora el próximo mes, configurándose perfectamente como un siniestro que se suscitó durante el mes pero no fue reportado a la fecha de cálculo, es decir, hasta fin de mes.
- Los procesos administrativos que debe llevar a cabo el tomador del seguro no necesariamente son ágiles, dado que el aviso de siniestro de un asegurado al tomador, no implica que éste último avise inmediatamente a la aseguradora, tomándose un tiempo razonable para remitir el aviso formal a la Entidad Aseguradora, lo cual respalda que varios siniestros ocurridos en un mes pueden ser reportados el mes siguiente.

Que en cuanto al argumento de que otras jurisdicciones basan las reservas IBNR en función a un criterio de siniestralidad, se debe entender que tal tales (sic) criterios no obligan a que en el Estado Plurinacional de Bolivia se deban aplicar las mismas; más aún, tomando en cuenta que los artículos 30 y 43.g) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 establece claramente que los parámetros de cálculo de las reservas técnicas serán establecidos por la APS ampliando a la actualización de los métodos de cálculo de los factores y parámetros técnicos de los seguros.

Que en relación al **argumento 4 del cuarto Considerando** de la presente resolución asociado al Principio de Jerarquía Normativa, ya nos hemos referido ampliamente en la exposición precedente a este acápite, por lo que huelgan mayores comentarios.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo analizado precedentemente, se concluye que no existe mérito para la revocación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°210-2013 de 15 de marzo de 2103, correspondiendo confirmar la misma en todas sus partes..."

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por el memorial presentado el 31 de mayo de 2013, **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 445-2013 de 9 de mayo de 2013, expresando lo siguiente:

“...FUNDAMENTOS DEL RECURSO JERÁRQUICO

LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A. interpone el presente recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 445-2013, puesto que esta resolución vulnera claramente principios del derecho administrativo (sic), tal como lo hicimos notar en nuestro Recurso de Revocatoria que la APS no puede contradecir ni explicar, tal como pasamos a demostrar a continuación:

1. Principio de legalidad.

El órgano regulador en ningún momento aclara porque la RA APS/DJ/DS/N° 210/2013 no vulnera el principio de legalidad aludido y relativo a que la norma superior que regula el sector de Seguros es la Ley de Seguros N° 1883 que en su Artículo 57 (Reglamentación) claramente señala “El Poder Ejecutivo reglamentará la presente Ley mediante Decreto Supremo”, y el Artículo 30 de la citada Ley de Seguros que lleva el nomen juris (sic) de “Reservas Técnicas” establece que las entidades aseguradoras y reasegurados deberán constituir y mantener permanentemente las siguientes reservas: a) Reservas Matemáticas exclusivamente para los Seguros de Vida a Largo Plazo, b) Reserva para riesgos en curso, c) Reserva para siniestros pendientes, y d) Reserva para primas por cobrar, concluyendo esta referencia con la siguiente disposición: **“las reservas mencionadas se determinarán reglamentariamente** y los parámetros de cálculo serán establecidos por la Superintendencia.” (El resaltado es nuestro).

En ese sentido el Decreto Supremo 25201 determina claramente en el inciso d) del Artículo 14 que las Reservas para Siniestros Ocurridos y no Reportados corresponde a UNA ESTIMACION DE AQUILLOS (sic) SINIESTROS QUE A LA FECHA DE CAULCULO (sic) DE LA RESERVA HAN OCURRIDO Y NO HAN SIDO DENUNCIADOS A LA ENTIDAD ASEGURADORA, por lo que no se entiende porque la APS utiliza una (sic) parámetro totalmente diferente como es “las primas netas de reaseguro”.

La modificación que pretende imponer la APS se aleja y contradice lo señalado en el D.S. 25201, vulnerando el principio de legalidad.

2.- Principio de equidad.

En síntesis, la APS solamente se limita a señalar que tiene como atribución establecer y actualizar métodos de cálculo de los factores y parámetros técnicos de los seguros; sobre esta base, se ha determinado que el parámetro de cálculo de los siniestros ocurridos y no reportados sea del cien por ciento (100%) de la prima neta de reaseguro del mes vencido, por lo que no es consistente nuestra afirmación de que no se ha tomado en cuenta el Art. 14 del DS N° 25201 y no explica porque utiliza un parámetro que el DS 25201 no reconoce para el calculo de este tipo de reservas (IBNR).

La APS a compañía (sic) a su equivocada aseveración ejemplos que no son aplicables y no constituyen metodología aceptada ni contemplada por ningún método actuarial, porque no toman en cuenta los datos históricos correctos y funcionales, aspecto esencial para el cálculo de una reserva para desgravamen hipotecario.

Finalmente, el regulador no toma en cuenta lo expresado y solicitado por nuestra entidad aseguradora cuando expresamos nuestra conformidad con lo señalado por la APS en relación a la constitución de reservas pero tomando en cuenta criterios técnicos que respalden y justifiquen el porcentaje señalado.

Nuevamente queremos enfatizar que **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.** está de acuerdo con la instrucción a las Entidades Aseguradoras sobre la constitución de la reserva "Siniestros Ocurridos y No Reportados" pero debería estar en concordancia con lo que reglamentariamente se ha establecido, el principio de equidad aludido y en base a criterios técnicos que respalden y justifiquen esta constitución.

Finalmente, reiteramos que estamos de acuerdo con el tema de fondo y en ningún momento pretendemos esquivar este tema, como pretendiera sugerir la APS, prueba de ello es que a la fecha estamos procediendo de conformidad a lo establecido mediante Resolución Administrativa APS/DJ7DS N° 210 de fecha 15 de marzo de 2013 (se adjuntan registros al respecto). Sin embargo, un tema técnico tan delicado debe ceñirse cuidadosamente a parámetros técnicos adecuados y considerar criterios utilizados en países vecinos (de conformidad a métodos actuariales aceptados), simplemente esgrimiendo el criterio de que nuestro país puede adoptar el criterio que crea conveniente sin bases sólidas que lo expliquen. Reiteramos que este es un tema técnico y que se tienen métodos actuariales generalmente aceptados. Adicionalmente el mercado internacional e reaseguro considera serios a los países que por un lado se preocupan por la regulación de la reserva de siniestros incurridos pero no reportados así como por el uso de las metodologías actuariales utilizadas mundialmente.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial y al amparo del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, interponemos Recurso Jerárquico contra la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 445/2013, de 9 de mayo de 2013, notificada el 16 de mayo de 2013 a **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.**, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210/2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros APS.

En vista de las causales explicadas, solicitamos a su Autoridad remita el expediente a la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, correspondiente del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, para que esa autoridad:

- 1) Admita el presente recurso jerárquico por haber sido presentado dentro de plazo y con los requisitos esenciales de forma exigidos.
- 2) Reconozca la legitimidad de nuestra compañía para actuar dentro de este proceso
- 3) Y una vez ponderados nuestros argumentos declare fundado el presente recurso, revocando la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 445/2013 que confirmó a su vez la RA.210/2013.

- 4) *Se instruya a la APS la elaboración de otra Resolución Administrativa para la constitución de reservas de siniestros ocurridos pero no reportados con la metodología actuarial adecuada y en alineamiento a la normativa vigente.*

Otrosí 1ro.- *Ratificamos toda la documentación presentada en calidad de prueba y que cursa en el expediente administrativo, entre otros, al normativa relativa al cálculo del IBNR de Colombia, Chile y Argentina..."*

5. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 19 de junio de 2013, se llevó adelante la Audiencia de Exposición Oral de fundamentos, conforme fuera solicitada por **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA** a tiempo de interponer su Recurso Jerárquico, y fuera -entonces- señalada a tiempo del auto de admisión de 10 de junio de 2013.

6. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota presentada en fecha 4 de julio de 2013, **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA** adjuntó documentación complementaria, consistente en:

- Una explicación gráfica sobre "*el procedimiento de cálculo de la reserva IBNR en base a información estadística de siniestros*", atribuida a la empresa reaseguradora Munich Re; la presentación consta de dos gráficos: *Reserva de siniestros en el ramo de Vida, y Estimación siniestros IBNR según metodología Chain Ladder.*
- La *Norma de carácter general N° 306* de 14 de abril de 2011, expedida por la Superintendencia de Valores y Seguros de la República de Chile, y referida a "*instrucciones sobre constitución de Reservas Técnicas en seguros distintos de los seguros previsionales del DL N° 3.500, de 1980...*".

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sustituyó ("*Se modifica*" dice), mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013, el artículo 3° (*Coberturas Inferiores a un Año*), párrafo tercero, del Reglamento de

Desgravamen Hipotecario, aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 381 de 9 de diciembre de 1999, cuya redacción original establecía que:

*“...En el caso particular de coberturas mensuales, la reserva para riesgos en curso será constituida por el cien por cien (100%) **de la prima mensual neta de reaseguro...**”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De manera tal que, la nueva redacción establece que:

*“...Las Entidades Aseguradoras que operen en la modalidad de Seguros de Personas, que comercialicen pólizas de desgravamen hipotecario cuya cobertura sea igual a un mes y con vigencia vencida, deberán constituir Reservas para Siniestros Ocurredos y no Reportados sobre el cien por ciento (100%) **de la prima neta de reaseguro del mes vencido...**”* (Las negrillas y el subrayado, son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por los extremos que señalan los correspondientes memoriales, **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA** ha hecho manifiesta su impugnación contra tal determinación, primero en Recurso de Revocatoria, y ahora en el Recurso Jerárquico que a continuación, se pasa a analizar y resolverse.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Trascendencia del principio de legalidad en el caso de autos.-

LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA alega, en su Recurso Jerárquico, que:

*“...la Ley de Seguros N° 1883 que en su Artículo 57 (Reglamentación) claramente señala “El Poder Ejecutivo reglamentará la presente Ley mediante Decreto Supremo”, y el Artículo 30 de la citada Ley de Seguros (...) concluyendo esta referencia con la siguiente disposición: **“las reservas mencionadas se determinarán reglamentariamente** (...)*

En ese sentido el Decreto Supremo 25201 determina claramente en el inciso d) del Artículo 14 que las Reservas para Siniestros Ocurredos y no Reportados corresponde a UNA ESTIMACION DE AQUILLOS (sic) SINIESTROS QUE A LA FECHA DE CAULCULO (sic) DE LA RESERVA HAN OCURRIDO Y NO HAN SIDO DENUNCIADOS A LA ENTIDAD ASEGURADORA...”

El artículo último nombrado (14° del Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998, Reglamento a la Ley de Seguros), a la letra señala:

*“...**ARTICULO 14.- RESERVAS PARA SINIESTROS PENDIENTES.-** A efectos de la presente norma, se entenderá como reservas para siniestros pendientes, la reserva técnica correspondiente al cumplimiento de las obligaciones netas de reaseguro, emergentes de siniestros ocurridos, denunciados o no, que aún no han sido indemnizados.*

Las reservas para siniestro pendientes son:

a) Para Siniestros Liquidados y no Pagadas: Comprende todos aquellos siniestros cuya

liquidación ha sido aceptada por las partes en formas y plazo, y que a la fecha de los estados financieros se encuentran pendientes de pago.

b) *Para Siniestros Controvertidos: Comprende todos aquellos siniestros cuya liquidación ha sido controvertida por las partes. La Provisión de los recursos para Siniestros Controvertidos no implica reconocimiento de deuda por parte de la entidad asegurada.*

c) *Para Siniestros por Liquidar: Incluye todos aquellos siniestros denunciados a la entidad aseguradora y cuyo informe de liquidación aún no ha sido recibido a la fecha de los estados financieros. También deben considerarse aquellas denuncias que no han sido enviadas al liquidador.*

d) *Para Reservas de Siniestros Ocurridos y No Reportados: Corresponde a una estimación de aquellos siniestros que a la fecha de cálculo de la reserva han ocurrido y no han sido denunciados a la entidad aseguradora...*"

Entonces, en la lógica de la controversia, existiría una antinomia entre la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013 (la que, sustitución mediante, viene a regular la forma de cálculo de las Reservas para Siniestros Ocurridos y no Reportados, como parte del Reglamento de Desgravamen Hipotecario), con la disposición del artículo 14° del Decreto Supremo N° 25201, referido a la definición y clasificación de las reservas para siniestros pendientes.

Como quiera que el alegato es común al del Recurso de Revocatoria, sobre el extremo se ha pronunciado la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 445-2013 de fecha 9 de mayo de 2013, de la que, amén de la incoherencia de referir que "en relación a los argumento (sic)... de la presente resolución, **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.** señala...", cuando obviamente, la recurrente nada podía señalar de una Resolución que aún no era de su conocimiento (por cuanto se la emitía recién en ese momento), se transcribe a continuación la parte pertinente:

*"...de la evaluación a lo establecido en el Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998, se observa que en ninguna parte del texto, se determina que el cálculo de la reserva deba realizarse en función a los siniestros ocurridos, tampoco determina una fórmula de cálculo; simplemente establece que la reserva corresponde a una **estimación** de aquellos siniestros que han ocurrido y no han sido denunciados, lo cual efectivamente es lo que se ha regulado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210 de 15 de marzo de 2013 al disponer que la estimación será del 100% de la prima neta de reaseguro del mes vencido.*

Que es fácilmente verificable que la resolución recurrida, no está inaugurando una nueva fórmula de cálculo contrariando la normativa reglamentaria, limitándose a seguir el lineamiento establecido en el Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998..."

Dando razón a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, el contenido de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013, no contradice ni enerva al artículo 14° del Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998

(Reglamento a la Ley 1883, de Seguros), por cuanto, conforme se tiene dicho y evidenciado, el último nombrado fija los alcances ontológicos de lo que debe entenderse (tanto en el sentido amplio como en uno más disgregado) por Reservas para Siniestros Pendientes, mientras que el controversial artículo 3º, párrafo tercero, del Reglamento de Desgravamen Hipotecario, aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 381 de 9 de diciembre de 1999, y modificado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013, tiene que ver más bien, con la determinación, en función porcentual, de las reservas, y con su forma de cálculo, extremo que determina no exista la contradicción señalada por la recurrente.

Empero además, la recurrente pasa por alto lo establecido en el artículo 11º del Decreto Supremo N° 25201, el que a la letra señala:

*“...**ARTICULO 11.- RESERVAS TECNICAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir y mantener de manera permanente las reservas técnicas que establece el artículo 30 de la Ley de Seguros. Estas reservas deberán constituirse de conformidad con el presente reglamento.*

Los procedimientos de cálculo y manejo de las reservas serán establecidos mediante norma expresa emitida por la Superintendencia... (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, resulta que es la misma norma (el Decreto Supremo N° 25201) que la recurrente pretende sea la que la ampare, al alegar contraposición con la norma impugnada (la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013), la que, contrariamente al fundamento para ello, determina la facultad legítima del Ente Regulador, para establecer “Los procedimientos de cálculo y manejo de las reservas”, no existiendo por ello, infracción al principio de legalidad.

Tampoco existe en la actuación del Ente Regulador, infracción al principio de jerarquía normativa, toda vez que la norma recurrida, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no implementa nuevos tipos de reservas, sino que reglamenta su forma de cálculo, en virtud a la facultad que le ha sido conferida.

Por lo demás, es inatendible el alegato expresado por **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA**, en sentido de no corresponderle a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, reglamentar la Ley de Seguros (sino, al “Poder Ejecutivo”, conforme a los artículos 30º y 57º de la misma Ley, y que lo mismo ya se habría materializado en el Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998), toda vez que tal criterio resulta contrario al del artículo 197º de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, el que establece claramente que:

“...El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentarán y regularán la presente Ley en el marco de su competencia...”

Tal disposición tiene base constitucional, por cuanto, así como la Presidenta o el Presidente del Estado, al tenor de su artículo 172º, tiene entre otras, las atribuciones de:

“...1. *Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes (...)*
8. *Dictar decretos supremos y resoluciones...*”

Dada la tuición que de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ejerce el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (Art. 167º, Ley N° 065), es, en definitiva, integrante del Órgano Ejecutivo (encabezado por la Presidenta o el Presidente del Estado), por tanto y en cuanto resulte de su competencia, le son extensibles los criterios constitucionales señalados, amén de la facultad expresa señalada por el inciso h) del artículo 168º, de la citada Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, en sentido de hacer a sus funciones y atribuciones:

“...h) **Regular**, controlar y supervisar la prestación de servicios de sistemas computarizados, procesamiento de planillas, recaudaciones, cobro de mora, pago de prestaciones, pensiones y beneficios de la Seguridad Social de Largo Plazo...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Hace además pertinente ello cuestionar, el porqué se objeta -recién- ahora la norma de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013, cuando el extremo había sido regulado (sin participación directa del Órgano Ejecutivo y no obstante de encontrarse vigente ya el Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 1998) por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, el 9 de diciembre de 1999, en su Resolución Administrativa N° IS 381.

De ello, lógicamente, se infiere que la razón al recurso se encuentra en la diferencia de redacción -entre la anterior y la actual- del artículo 3º, párrafo tercero, de Resolución Administrativa IS N° 381 de 9 de diciembre de 1999, modificado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013, esta es, la frase “**sobre el cien por ciento (100%) de la prima neta de reaseguro del mes vencido**” (Las negrillas y el subrayado, son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), que aparece en la redacción vigente e impugnada, referida al caso de “*Las Entidades Aseguradoras que operen en la modalidad de Seguros de Personas, que comercialicen pólizas de desgravamen hipotecario cuya cobertura sea igual a un mes y con vigencia vencida*”, y que necesariamente determina una realidad contable distinta a la anterior, conforme la prueba que ha sido aportada por la recurrente, con probables efectos patrimoniales para la misma, empero con respecto a lo cual, no existe una real expresión de agravios en los Recursos (Revocatorio y Jerárquico), por cuanto, calificar de objetable una forma de cálculo y determinación, fundada únicamente en que es de distinta manera que se realiza en la normativa de otros países -así sea uniformemente-, no puede constituir un agravio susceptible de consideración, de análisis y de mayor pronunciamiento al presente.

Ello además hace inferible, que a tiempo de la interposición del Recurso Jerárquico, no se observó el presupuesto del artículo 56º, parágrafo I, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), por cuanto, amén de la apreciación subjetiva de disconformidad para con la norma impugnada, no se percibe aquí la existencia de afectación, lesión o perjuicio a los derechos o intereses de la recurrente.

Asimismo, queda claro que, contrariamente a lo señalado en el Recurso, el Ente Regulador ha fundamentado técnicamente en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 445-2013, conforme le ha sido recurrido en el de Revocatoria, la decisión que consta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013.

Por lo tanto, se concluye en el carácter infundado del alegato, a este respecto.

2.2. Trascendencia del principio de equidad en el caso de autos.-

El precedente Recurso de Revocatoria (de 10 de abril de 2013), había alegado que:

“...la APS no ha tomado en consideración lo señalado en el artículo 14 del Reglamento de la Ley de Seguros (Decreto Supremo N° 25201), centrando su atención solamente al hecho de que: “...algunas entidades no constituyen reservas para riesgos en curso, argumentando que las mismas tienen calidad de vigencia vencida, es decir, que la Entidad Financiera reporta el pago de la prima vencido el mes de cobertura...; y, que en el caso específico de las pólizas de desgravamen hipotecario con cobertura mensual y vigencia vencida que están siendo comercializadas por las compañías de seguros de personas, se observa una ausencia total de reservas que respalden la obligación contraída debido a que el pago de la correspondiente prima se produce vencido el mes de cobertura (...)

...es inequitativo el tratamiento que se pretende hacer sobre las reservas ya que define el cálculo de IBNR como el 100% de las primas, por lo que se está suponiendo que a fin de mes, no se han pagado ni reservado siniestros correspondientes a esas mismas primas (incurrido igual a cero) y que la siniestralidad esperada alcanza el 100% de las primas. Basándonos en que las pólizas en promedio se emiten a mitad del mes, sería más razonable que el porcentaje a aplicar fuera del 50% y sobre una estimación de los siniestros ocurridos en base de la experiencia reciente y de años anteriores...”

Ahora, el Recurso Jerárquico señala, que:

*“...la APS solamente se limita a señalar que tiene como atribución establecer y actualizar métodos de cálculo de los factores y parámetros técnicos de los seguros; sobre esta base, se ha determinado que el parámetro de cálculo de los siniestros ocurridos y no reportados sea del cien por ciento (100%) de la **prima neta** de reaseguro del mes vencido, por lo que no es consistente nuestra afirmación de que no se ha tomado en cuenta el Art. 14 del DS N° 25201 y no explica porque utiliza un parámetro que el DS 25201 no reconoce para el cálculo de este tipo de reservas (IBNR)...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En principio, dado que ni la Constitución Política del Estado, en su artículo 232° (sobre los principios que rigen la Administración Pública), ni la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo en su artículo 4° (*Principios Generales de la Actividad Administrativa*), permiten un acercamiento al principio o, mejor decir, garantía de equidad, es pertinente analizar el alegato desde el punto de vista propuesto por la propia recurrente, en su Recurso de Revocatoria:

“...la equidad, desde la perspectiva de aquello que la autoridad debe poner en práctica para lograr que resulte **justa** la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada en una resolución administrativa (es decir para un caso singular)...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ello permite establecer como base del presente análisis, que la equidad es un valor de connotación social, derivado de lo entendido también como igualdad, y consistente en la constante búsqueda de la justicia social, la que asegura a todas las personas condiciones igualitarias, sin hacer diferencias entre unas y otras.

Entonces, cuando la recurrente aqueja el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, hubiera fundamentado su Resolución hoy impugnada, en que “*algunas entidades no constituyen reservas para riesgos en curso, argumentando que las mismas tienen calidad de vigencia vencida, es decir, que la Entidad Financiera reporta el pago de la prima vencido el mes de cobertura*”, resultaría, en su particular entender, una visión sesgada e inequitativa, porque estaría imponiendo una realidad al común de Entidades Aseguradoras de Personas, cuando no todas incurren en lo señalado por el Ente Regulador.

Entonces, la generalidad pasiva que importa el artículo 14° (señalado también en el numeral supra) del Decreto Supremo N° 25201, estaría siendo infringida por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013, por cuanto, esta se fundamenta en una conducta particular (de “*algunas entidades*”): si para que una norma sea equitativamente justa, debe resultar en una general (aplicable a todos los particulares), razonando en sentido inverso, una norma con sentido particular -aplicable a *algunos*- no puede generalizarse, porque de ser así, resulta inequitativa e injusta.

No obstante, tal razonamiento no es correcto; si se concibe a la norma jurídica (dictada por una autoridad competente, como es el caso), con el objeto de regular las relaciones sociales, o la conducta del hombre que vive en sociedad, no puede resultar, sino, en una manifestación cultural para la satisfacción de determinadas necesidades sociales: existe primero el derecho natural y por su emergencia surge el derecho positivo.

Entonces, independientemente del origen de la motivación normativa, la misma se origina siempre en una percepción de la realidad social y de aquello que le resulte necesario y beneficioso, de manera tal que en su aplicación se generalice al común de los actores sociales.

Dentro de lo mismo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha percibido, que “*algunas entidades no constituyen reservas para riesgos en curso, argumentando que las mismas tienen calidad de vigencia vencida, es decir, que la Entidad Financiera reporta el pago de la prima vencido el mes de cobertura*”, y consecuente como lógicamente, en solución jurídica a la necesidad social emergente de ello, ha dispuesto que:

“...Las Entidades Aseguradoras que operen en la modalidad de Seguros de Personas, que comercialicen pólizas de desgravamen hipotecario cuya cobertura sea igual a

un mes y con vigencia vencida, deberán constituir Reservas para Siniestros Ocurridos y no Reportados sobre el cien por ciento (100%) de la prima neta de reaseguro del mes vencido” (Art. 3º, Pár. tercero, Reglamento de Desgravamen Hipotecario, aprobado mediante Res. Adm. IS N° 381, modificado por la Res. Adm. APS/DJ/DS/N° 210-2013).

No se observa en ello, infracción al principio de equidad, no sólo porque su formulación corresponde a la técnica normativa señalada, sino porque los alegatos ahora presentados por **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES SOCIEDAD ANÓNIMA**, no demuestran tratarse de una norma injusta, en los términos señalados por la propia recurrente.

Amén de ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la resolución ahora recurrida, señala que:

*“...la interpretación de **LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.**, en sentido de que el cálculo debe efectuarse sobre la base de los siniestros y no del 100% de la prima neta, es subjetiva conforme se ha demostrado y no resiste el menor análisis legal ni técnico ya que en ninguna parte de las normas examinadas se determina expresamente este extremo argüido por la recurrente (...)*

...la Entidad Aseguradora pretende tergiversar lo establecido en la Resolución ahora recurrida, al señalar que lo que se pretende es que la reserva sea del 100% de las primas. Lo evidente es que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013 establece que la reserva debe ser constituida por el 100%, pero de las primas netas de reaseguro, es decir descontando la proporción de las primas cedidas al reasegurador...”

De donde resulta que, al igual que lo concluido en el numeral supra, la razón al recurso se encuentra en el efecto patrimonial de la diferencia de redacción -entre la anterior y la actual- del artículo 3º, párrafo tercero, de Resolución Administrativa IS N° 381 de 9 de diciembre de 1999, modificado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013, sobre lo que no existe una real expresión de agravios, entonces en inobservancia del artículo 56º, párrafo I, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y que en todo caso, el Ente Regulador ha fundamentado técnicamente la resolución recurrida; por lo tanto, se concluye nuevamente en el carácter infundado del alegato.

Sin perjuicio de ello, se recomienda a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, precisión en el pronunciamiento de sus resoluciones, a efectos de evitar ambivalencias como la de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013, cuyo título resumen señal **“SE INCLUYE...”**, cuando, conforme se desprende de su tenor y parte resolutive (artículo primero), en realidad se trata de una modificación, que opera mediante la sustitución del párrafo tercero del artículo 3º de Resolución Administrativa IS N° 381 de 9 de diciembre de 1999, extremo que sin embargo y en definitiva, no influye ni trasciende en la decisión del presente fallo.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en el pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013, confirmada totalmente por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 445-2013 de fecha 9 de mayo de 2013, ha realizado un correcto análisis de la norma, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, la motivación y la fundamentación del mismo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, parágrafo I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR la Resolución impugnada, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 445-2013 de fecha 9 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 210-2013 de 15 de marzo de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

GIOVANA AURORA MARTÍNEZ ROYO, CARLA MICHEL BORDA, ROSARIO ARNEZ ZAPATA, IVÁN SIMÓN COSSÍO, MARCIA GISELA FERREL QUINTANA, LESLIE PADILLA DE REYES, OSCAR GARCÍA AROZQUETA Y MARCELO TERÁN GRANDI

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 199/2013 DE 09 DE ABRIL DE 2013

ASFI Nº 330/2013 DE 06 DE JUNIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 055/2013 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 055/2013

La Paz, 10 de Septiembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por las Sras. **GIOVANNA AURORA MARTÍNEZ ROYO, CARLA MICHEL BORDA** y **ROSARIO ARNEZ ZAPATA**, las dos primeras en su calidad de Directoras del Consejo de Administración de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Pio X" Ltda., y la última, como Gerente General de la misma entidad de intermediación financiera, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 199/2013 de 9 de abril de 2013, que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

El Recurso Jerárquico interpuesto por los Sres. **IVÁN SIMÓN COSSÍO, MARCIA GISELA FERREL QUINTANA, LESLIE PADILLA DE REYES, OSCAR GARCÍA AROZQUETA** y **MARCELO TERÁN GRANDI**, Directores del Consejo de Administración de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Pio X" Ltda., contra la Resolución Administrativa ASFI N° 330/2013 de 6 de junio de 2013 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 200/2013 de 9 de abril de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 53/2013 de 1 de agosto de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 126/2013 de 22 de agosto de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad, la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 2 de mayo de 2013, las Sras. **GIOVANNA AURORA MARTÍNEZ ROYO, CARLA MICHEL BORDA** y **ROSARIO ARNEZ ZAPATA**, las dos primeras en su calidad de Directoras del Consejo de Administración de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Pio X" Ltda., y la última como Gerente General de la misma entidad de intermediación financiera, interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 199/2013 de 9 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria, resolvió confirmar la Resolución Administrativa ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 9 de mayo de 2013, notificado en fecha 16 de mayo siguiente, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por las Sras. **GIOVANNA AURORA MARTÍNEZ ROYO, CARLA MICHEL BORDA** y **ROSARIO ARNEZ ZAPATA**.

Que, por memorial presentado el 24 de junio de 2013, los Sres. **IVÁN SIMÓN COSSÍO, MARCIA GISELA FERREL QUINTANA, LESLIE PADILLA DE REYES, OSCAR GARCÍA AROZQUETA** y **MARCELO TERÁN GRANDI**, Directores del Consejo de Administración de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Pio X" Ltda., interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 330/2013 de 6 de junio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 200/2013 de 9 de abril de 2013.

Que, por proveído de fecha 25 de junio de 2013, notificada el 2 de julio de 2013, se dispuso que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Pio X" Ltda. acredite su personería en un plazo no mayor a 3 días hábiles administrativos.

Que, en atención a lo anterior y en fecha 10 de julio de 2013, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Pio X" Ltda. remite el Acta N° 18/2013 de Reconfirmación de su Directorio, franqueada por la Notaría de Fe Pública N° 58 del Distrito Judicial Cochabamba, a cargo de la Dra. Karen Álvarez Royo.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 15 de julio de 2013, notificado en fecha 17 de julio de 2013, se admite el Recurso Jerárquico presentado por los Sres. **IVÁN SIMÓN COSSÍO, MARCIA GISELA FERREL QUINTANA, LESLIE PADILLA DE REYES, OSCAR GARCÍA AROZQUETA** y **MARCELO TERÁN GRANDI**.

Que, mediante Auto de fecha 31 de agosto de 2013, se procedió a la Acumulación de los Recursos Jerárquicos presentados por las Sras. **GIOVANNA AURORA MARTÍNEZ ROYO, CARLA MICHEL BORDA** y **ROSARIO ARNEZ ZAPATA**, y por los Sres. **IVÁN SIMÓN COSSÍO, MARCIA GISELA FERREL QUINTANA, LESLIE PADILLA DE REYES, OSCAR GARCÍA AROZQUETA** y **MARCELO TERÁN GRANDI**, contra las Resoluciones Administrativas ASFI N° 199/2013 de 9 de abril de 2013 y ASFI N° 330/2013 de 6 de junio de 2013, respectivamente, que en Recursos de Revocatoria, confirmaron las Resoluciones Administrativa ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013 y ASFI N° 200/2013 de 9 de abril de 2013, también respectivamente.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTAS DE CARGOS.-

1.1. Notas ASFI/DSR II/R-5783/2013, ASFI/DSR II/R-5786/2013 y ASFI/DSR II/R-5787, de fecha 11 de enero de 2013.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante notas ASFI/DSR II/R-5783/2013, ASFI/DSR II/R-5786/2013 y ASFI/DSR II/R-5787, todas de fecha 11 de enero de 2013 y dirigidas a las señoras **CARLA MICHEL BORDA, GIOVANNA AURORA MARTÍNEZ ROYO y ROSARIO ARNEZ ZAPATA**, respectivamente, con contenido similar en todos los casos, imputó a las mismas conforme a la transcripción siguiente:

“...Revisada la información reportada al Sistema de Información Financiera (SIF), se ha verificado que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta “Pío X” Ltda., presentó deficiencias en el Encaje Legal mayor al 1% del requerido durante dos periodos consecutivos, de acuerdo con el detalle siguiente:

ENCAJE LEGAL (EN BOLIVIANOS)							
PERIODO	TIPO	MONEDA	REQUERIDO	CONSTITUÍDO	DEFICIENCIA	TOTAL REQUERIDO	% DE LA DEFICIENCIA SOBRE EL ENCAJE TOTAL REQUERIDO
Del 02/04/2012 al 16/04/2012	En efectivo	ME	2,487,707.20	1,976,601.80	(511,105.60)	15,451,485.32	4.33%
	En Título		9,985,751.80	9,828,348.20	(157,403.60)		
Del 16/04/2012 al 30/04/2012	En efectivo	ME	2,512,532.10	1,813,209.70	(699,322.40)	15,608,310.95	4.48%

Como consecuencia de este incumplimiento, la entidad ingresó a un Proceso de Regularización conforme establece el Inciso c) del artículo 112 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), aspecto que no fue informado por el Consejo de Administración del cual forma parte (para la señora **ROSARIO ARNEZ ZAPATA** dice: “por esa Gerencia General”), incumpliendo presuntamente el artículo 113 de la señalada Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al no haber reportado a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el ingreso a proceso de Regularización.

En consecuencia, a los efectos del artículo 109 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y el artículo 1, Sección 3, Capítulo II, Título II, Libro 7° del Reglamento de Sanciones Administrativas de la Recopilación de Normas Para (sic) Bancos y Entidades Financieras, se notifica a su persona, en su condición de Miembro del Consejo de Administración (para la señora **ROSARIO ARNEZ ZAPATA** dice: “en su condición de Gerente General”) otorgándole el plazo de 7 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente hábil de la fecha de recepción de la presente notificación para que efectúe los descargos y explicaciones pertinentes debidamente documentados...”

1.2. Notas ASFI/DSR II/R-30330/2013, ASFI/DSR II/R-30329/2013, ASFI/DSR II/R-30328/2013, ASFI/DSR II/R-30326/2013 y ASFI/DSR II/R-30322/2013, de fecha 1° de marzo de 2013.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante notas **ASFI/DSR II/R-30330/2013, ASFI/DSR II/R-30329/2013, ASFI/DSR II/R-30328/2013, ASFI/DSR II/R-30326/2013 y ASFI/DSR II/R-30322/2013**, todas de fecha 1° de marzo de 2013, notificó a los Sres. **IVÁN**

SIMÓN COSSÍO, MARCIA GISELA FERREL QUINTANA, LESLIE PADILLA DE REYES, OSCAR GARCÍA AROZQUETA y MARCELO TERÁN GRANDI, respectivamente, con contenido similar en todos los casos, imputó a los mismos conforme a la transcripción siguiente:

"...Revisada la información reportada al Sistema de Información Financiera (SIF), se ha verificado que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Pío X" Ltda., presentó deficiencias en el Encaje Legal mayor al 1% del requerido durante dos periodos consecutivos, de acuerdo con el detalle siguiente:

ENCAJE LEGAL (EN BOLIVIANOS)							
PERIODO	TIPO	MONEDA	REQUERIDO	CONSTITUÍDO	DEFICIENCIA	TOTAL REQUERIDO	% DE LA DEFICIENCIA SOBRE EL ENCAJE TOTAL REQUERIDO
Del 02/04/2012*1 16/04/2012	En efectivo	ME	2.487,707.20	1.976.601.80	(511,105.60)	15,451,485.32	4.33%
			9,985,751.80	9,828,348.20	(157,403.60)		
Del 15/04/2012 al 30/04/2012	En efectivo	ME	2,512,532.10	1,813,209.70	(699,322.40)	15,608,310.95	4.48%

Como consecuencia de este incumplimiento, la entidad ingresó a un Proceso de Regularización conforme establece el Inciso c) del artículo 112 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), aspecto que no fue informado por el Consejo de Administración del cual forma parte, incumpliendo presuntamente el artículo 113 de la señalada Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al no haber reportado a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el ingreso a Proceso de Regularización.

En consecuencia, a los efectos del artículo 109 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y el artículo 1, Sección 3, Capítulo II, Título II, Libro V del Reglamento de Sanciones Administrativas de la Recopilación de Normas Para Bancos y Entidades Financieras, se notifica a su persona, en su condición de Miembro del Consejo de Administración otorgándole el plazo de 7 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente hábil de la fecha de recepción de la presente notificación para que efectúe los descargos y explicaciones pertinentes debidamente documentados..."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Con la aclaración de que la Gerente General, Sra. **ROSARIO ARNEZ ZAPATA** "no presentó documento o descargo alguno", según lo señala la ulterior Resolución Administrativa ASFI/N° 095/2013, se relacionan a continuación los descargos presentados por los señores Directores del Consejo de Administración de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Pío X" Ltda.:

2.1. Memorial presentado por las Sras. CARLA MICHEL BORDA y GIOVANNA AURORA MARTÍNEZ ROYO.-

Mediante memorial presentado en fecha 31 de enero de 2013, las señoras **CARLA MICHEL BORDA** y **GIOVANNA AURORA MARTÍNEZ ROYO** acreditaron sus descargos, refiriendo que, de las Credencial de habilitación emitidas por el Comité Electoral de la Cooperativa, se desprende que han sido posesionadas en el cargo de Directores del Consejo de Administración el día 17 de abril de 2012, aspecto que determina que los dos periodos consecutivos de incumplimiento en el Encaje Legal, para el caso de las mismas, no se cumplen, a saber:

Primer periodo: El primer periodo de incumplimiento está comprendido del 2 de abril de 2012 al 16 de abril de 2012, lapso de tiempo en el que no habrían fungido en el cargo de Directores del Consejo de Administración.

Segundo periodo: El segundo periodo de incumplimiento está comprendido del 16 de abril al 30 de abril; un día después del ingreso al segundo periodo (17 de abril de 2012) fueron posesionadas en el cargo de directores del Consejo de Administración

De los aspectos anotados, se desprendería que en el primer caso y en el segundo caso, no se cumple el presupuesto o requisito habilitador para ser objeto de sanción, es decir, las imputadas no han estado fungiendo en el cargo de directoras del consejo de administración en los dos periodos de incumplimiento.

Aclaran que el Consejo de Administración actúa fundamentalmente en base a informes técnicos, jurídicos y económicos, siendo los emisores de dichos informes los responsables de los efectos que pudieran ocasionar.

Mencionar que una vez anotadas del presunto incumplimiento, se ha realizado inmediatamente el plan de acción, donde se han asumido medidas correctivas y el cronograma de ejecución de las mismas.

2.2. Memoriales presentados por los Sres. IVÁN SIMÓN COSSÍO LLANOS, MARCIA GISELA FERREL QUINTANA, LESLIE PADILLA DE REYES y OSCAR GARCÍA AROZQUETA, MARCELO TERÁN GRANDI.-

Mediante memoriales, recibidos el 26 y 28 de marzo de 2013, los Sres. **IVÁN SIMÓN COSSÍO LLANOS, MARCIA GISELA FERREL QUINTANA, LESLIE PADILLA DE REYES y OSCAR GARCÍA AROZQUETA, MARCELO TERÁN GRANDI**, presentan sus descargos, refiriendo lo siguiente:

1) Mencionan que en concordancia al descargo realizado por Gerencia General con carta CPX/042/12.ASFI de 25 de julio de 2012, se habría regularizado la observación sobre el Encaje Legal en fecha 7 de mayo de 2012, último día del período de constitución, motivo por el cual no se comunicó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI). De la misma manera hacen referencia a que la herramienta de trabajo Sistema de Información Financiera (SIF) con la cual se monitoreaba los saldos de Encaje Legal, considera la totalidad del saldo registrado en la cuenta 111, no así los saldos requeridos de Encaje Legal en moneda extranjera, lo que generó confusión y que la Cooperativa no cuenta con una herramienta propia para procesar la información adecuadamente.

También señalan que la Cooperativa contaba con recursos constituidos en el Banco Central de Bolivia (BCB) que no fueron transferidos por el mismo, a Encaje Legal en efectivo en el plazo establecido por norma. Adicionalmente, indican que el encaje adicional en títulos para moneda extranjera, generó la inmovilización de sus recursos.

2) Se refieren a la inactivación del proceso de regularización por cumplimiento oportuno, mencionando los principios de la verdad material y de buena fe, indicando como verdad material, que la Cooperativa ha regularizado la observación el último día del plazo, es

decir, dentro del término. Citando la Sentencia Constitucional 0427/2010-R que hace referencia a la verdad material. Mencionando que dicha situación no activa el proceso de regularización, siendo inaplicable el mismo.

- 3) Señalan que los antecedentes del desencaje legal no fueron debidamente comunicados al Consejo de Administración, descargando que no tomaron conocimiento de las deficiencias de Encaje Legal, sino después del periodo en cuestión.

Mencionan que es responsabilidad del Gerente de Operaciones el Encaje Legal, en cuanto a su integridad, seguridad, consistencia, veracidad y confiabilidad y que Auditoría Interna debe realizar controles al sistema que genera los partes de Encaje Legal.

Por otra parte, comunican que recién el 2 de mayo de 2012 tomaron conocimiento sobre la deficiencia en la constitución de Encaje Legal y solicitaron un informe a Gerencia General, señalando además que las proyecciones de incremento de Encaje Legal realizadas en un reporte de 23 de marzo de 2012, no tenían consistencia y seguridad y que no se ajustaban a la realidad y montos que debían ser constituidos.

Indican que en el informe de monitoreo correspondiente al mes de abril de 2012 no se comunicó al Consejo de Administración las deficiencias de Encaje Legal, existiendo imposibilidad material y fuerza mayor de reportar la deficiencia ante la ASFI.

Hacen referencia a que la deficiencia legal fue regularizada el 7 de mayo de 2012, no debiendo aplicarse proceso sancionatorio y que el incumplimiento por parte del BCB a la normativa establecida en el artículo 3, Sección 3, Capítulo VIII, Título II, Libro 2º de la RNBEF, referido a la transferencia de Encaje Legal en efectivo dentro de los 7 días, ocasionó tal deficiencia no atribuible a la Cooperativa.

- 4) Oponen excepción sobreviniente de imposibilidad material de continuar el procedimiento por causas sobrevinientes, pues habrían zanjado presuntas infracciones a la constitución de Encaje Legal, demostrando la imposibilidad de continuar el proceso por no existir hechos que infrinjan la normativa.
- 5) Indican que en atención al inciso j), artículo 2, Sección I, Capítulo VIII, Título II del Libro 2º de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), la deficiencia de constitución de Encaje Legal fue regularizada el 7 de mayo de 2012, dentro del periodo de constitución, considerando innecesaria la presentación del plan de regularización, por no existir el hecho generador de los cargos.
- 6) Interponen nulidad de obrados de las notificaciones, entre tanto no se resuelva el recurso revocatorio presentado por las señoras Giovanna Aurora Martínez Royo y Carla Michel Borda como miembros del Consejo de Administración y la señora Rosario Arnez Z. Gerente General de la Cooperativa. Aducen la pluralidad de sujetos sindicados en la comisión de posibles infracciones y de sólo notificar a algunos miembros del Consejo de Administración sin antes resolver el recurso revocatorio, no pudiendo notificar a otros mientras no se resuelva dicho recurso, pretendiendo violar el principio de unidad y constituyendo la violación al debido proceso, conllevando a la falta de la aplicación

objetiva de la norma positiva, dando lugar a la nulidad de procedimiento en conformidad a la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y su reglamentación.

Señalan que la ASFI pretendería un tratamiento de procesos distintos, con hechos y causas diferentes, para cada caso, sin realizar una valoración de toda la prueba que debe ser aportada por todos los sujetos procesales, emitiendo sanción que atenta la igualdad y seguridad jurídica, sancionando solo a algunos miembros del Consejo de Administración y a otros notificando cargos, como si fuesen distintos, prosiguiendo trámites paralelos que implican incongruencia en la tramitación del proceso administrativo.

Indican que los cargos están endilgando a varios sujetos, existiendo pluralidad de procesados, mismos que deben ser notificados en su totalidad para cumplir las fases del procedimiento administrativo, llegando a dictarse la Resolución ASFI N° 095/2013 que violenta la unidad del procedimiento, el principio de preclusión y la aplicación objetiva de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, sin cumplir las etapas procedimentales, vulnerando el debido proceso y dando a lugar a la nulidad o reposición de obrados hasta el vicio más antiguo, debiendo notificarse a todos los miembros del Consejo de Administración.

Mencionan que existe un mismo hecho generador, mismo objetivo y finalidad, por tanto la Resolución debe recaer sobre todos los sujetos y no sólo sobre parte de los involucrados, viciándose de nulidad el proceso al dictarse una resolución sancionatoria sobre unos sujetos, sin haberse concluido la notificación a todos y que sin haberse agotado la primera etapa se pasa a la tercera etapa. Señalando que el plazo de siete días hábiles para descargos es un plazo común y perentorio para todos los miembros del Consejo de Administración y Gerencia General, sin ser un plazo individual, sin cumplirse la notificación a todos los responsables, por lo que dicho plazo para descargos no empezó a correr, menos concluyó y que sin cerrarse las etapas de notificación de cargos y presentación de descargos se dictó sentencia sancionatoria, incumpliendo el debido proceso.

3. RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS SANCIONATORIAS.-

3.1. Resolución Administrativa ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió:

*"...PRIMERO.- Sancionar a las señoras Giovanna Martínez Royo y Carla Michel Borda miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "PIO X" LTDA.**, con multa personal equivalente al 50% de la dieta mensual fijada por la Asamblea General de Socios de la Cooperativa, realizada el 30 de marzo de 2012, por incumpliendo (sic) al artículo 113 de la señalada Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al no haber reportado a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el ingreso a Proceso de Regularización como consecuencia de la deficiencia de encaje legal, mayor al 1% del requerido durante dos periodos consecutivos.*

SEGUNDO.- Sancionar a la señora Rosario Arnez Z., Gerente General de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "PIO X" LTDA.**, con multa personal equivalente al 25% de su remuneración total mensual, por incumplimiento al artículo 113 de la señalada Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al no haber reportado a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el ingreso a Proceso de Regularización como consecuencia de la deficiencia de encaje legal, mayor al 1% del requerido durante dos periodos consecutivos..."

Tal determinación se fundamenta en los extremos siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que, como parte de la administración de las entidades, conforme lo tiene previsto el artículo 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), es obligación de sus administradores, velar por el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes.

Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que determina: "Cuando la entidad de intermediación financiera incurra en cualquiera de las causales del artículo anterior, su Directorio u órgano equivalente y/o sus administradores deberán reportarlo de inmediato a la Superintendencia.

En caso de que sea la Superintendencia la que detecte la ocurrencia de cualquiera de las causales señaladas en el artículo anterior, se impondrá al Directorio u órgano equivalente y administradores las sanciones previstas en la presente ley.

Adicionalmente, la Superintendencia convocará al Directorio u órgano equivalente y a los administradores de la entidad de intermediación financiera, para notificarles el inicio del proceso de regularización obligatoria, indicando los hechos que los motivaron....".

Que, la observancia a lo dispuesto en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), en su artículo 99, numeral 5 determina: "Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor. En el caso de Directores, síndicos y miembros del Consejo de Administración u órgano equivalente que solo perciban dieta, la multa no podrá exceder de diez (10) veces dicho monto. Estas sanciones serán aplicadas a la entidad, quien deberá repetir contra la persona sancionada"

Que, el artículo 102 del mismo cuerpo normativo determina que: El artículo 102 del mismo cuerpo legal dispone: "Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99° serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualquier forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración,

apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse”.

Que el artículo 61 del Reglamento de Sanciones Administrativas, contenido en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, artículo 61 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente al momento de la infracción señalada anteriormente, determina un criterio para la imposición de la sanción, estableciendo que: “Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el o la Director (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse”.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis y evaluación de los descargos efectuados por las señoras Giovanna Martínez Royo y Carla Michel Borda, miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO “PIO X” LTDA.**, se establecen los aspectos siguientes:

- Al presentar como descargos las credenciales otorgadas por el Comité Electoral, como miembros del Consejo de Administración, efectivamente consta que fueron habilitadas desde el 17 de abril de 2012. Por consiguiente, a partir de esa fecha se encontraban en plenas facultades para efectuar el control de la entidad y tomar conocimiento de la situación del Encaje Legal, el mismo que se reporta por períodos bisemanales.

En el primer período bisemanal de desencaje comprendido del 2 al 16 de abril de 2012, la Cooperativa contaba con plazo hasta el 23 de abril para regularizar la deficiencia de Encaje Legal y constituirlo.

En el segundo período bisemanal comprendido del 16 al 30 de abril de 2012, en el cual también se produce desencaje, se contaba con plazo hasta el 7 de mayo de 2012. Esta deficiencia constituyó un segundo período consecutivo de desencaje, ocasionando el ingreso de la Cooperativa a Proceso de Regularización. Situación que sucedió mientras las señoras Giovanna Martínez Royo y Carla Michel Borda, ya se encontraban en ejercicio de sus funciones.

- Con relación al argumento de que el Consejo de Administración actúa fundamentalmente en base a informes técnicos, jurídicos y económicos, siendo los emisores de dichos informes los responsables por los efectos que pudieran ocasionar, no es un justificativo para deslindar sus responsabilidades, debido a que los miembros del consejo y

administradores, en el ejercicio de sus funciones y atribuciones que emanan de la Ley, son los encargados de la administración.

- De lo establecido anteriormente ha quedado demostrado que las señoras Giovanna Martínez Royo y Carla Michel Borda, miembros del Consejo de Administración no desvirtuaron el cargo notificado mediante cartas ASFI/DSR II/R- 5786/2013 y ASFI/DSR II/R-5783/2013 ambas de 11 de enero de 2013, por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al no haber reportado inmediatamente a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el ingreso a Proceso de Regularización a consecuencia de la deficiencia de encaje legal, mayor al 1% del requerido durante dos periodos consecutivos, correspondiendo la imposición de una sanción administrativa.

CONSIDERANDO:

Que con relación al cargo notificado a la señora Rosario Arnez Zapata, Gerente General de la Cooperativa, mediante carta ASFI/DSR II/R- 5787/2013 de 11 de enero de 2013, la misma no presentó descargo alguno, situación que ratifica el incumplimiento del artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) al no haber reportado inmediatamente a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el ingreso a Proceso de Regularización a consecuencia de la deficiencia de encaje legal, mayor al 1% del requerido durante dos periodos consecutivos, correspondiendo imposición de una sanción administrativa.

CONSIDERANDO:

Que, para la gradación de las sanciones se ha establecido parámetros que fundamentan la aplicación de sanción, basada principalmente en los incumplimientos incurridos por las señoras Giovanna Martínez Royo y Carla Michel Borda, miembros del Consejo de Administración y la señora Rosario Arnez Zapata, Gerente General de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "PIO X" LTDA.**, debiendo considerarse los aspectos siguientes:

Que, para la modulación de la sanción debe tomarse en cuenta la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que señala que: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su

gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".

Tipificación. En el presente caso se ha evidenciado el incumplimiento:

Al artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), tanto de las miembros del Consejo de Administración como de la Gerencia General al no haber reportado a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el ingreso a Proceso de Regularización, a consecuencia de la deficiencia de Encaje Legal, mayor al 1 % del requerido durante dos periodos consecutivos.

Es pertinente considerar que el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título XIII, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente al momento de la infracción señalada anteriormente, específicamente en la Sección 2, artículo 61, determina un criterio para la imposición de la sanción, estableciendo que: "Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el o la Director (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse".

Calificación. Conforme lo dispone el numeral 5 del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), las inobservancias a las disposiciones legales, se circunscriben a la conducta de las señoras Giovanna Martínez Royo, Carla Michel Borda, miembros del Consejo de Administración y de la señora Rosario Arnez Zapata, Gerente General, responsables en el ámbito de la imposición de sanciones administrativas.

Gradación. Al considerarse que las inobservancias que promueven el proceso sancionatorio, bien pudieron evitarse de haberse considerado las disposiciones legales vigentes, por cuanto se configuran acciones por negligencia por parte de sus administradores por no dar cumplimiento al artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Modulación. A los efectos de modular la sanción aplicable, se debe tomar en cuenta lo establecido en el artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con el numeral 5 del artículo 99 del mismo cuerpo normativo, que dispone la imposición de sanción de multa que será aplicada según el grado de responsabilidad, en el presente caso a las señoras Giovanna Martínez Royo y Carla Michel Borda, miembros del Consejo de Administración y a la señora Rosario Arnez Zapata, Gerente General, de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "PIO X" LTDA.**, responsables del incumplimiento al artículo 113 de la señalada Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al no haber

reportado a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el ingreso a Proceso de Regularización a consecuencia de la deficiencia de Encaje Legal, mayor al 1% del requerido durante dos periodos consecutivos.

En este sentido, se advierte que ha existido negligencia por parte de las Consejeras y la Gerente General, situación que ha producido el incumplimiento al artículo 113 de la citada Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), correspondiendo la imposición de sanción de multas personales por la infracción analizada en la presente Resolución, conforme dispone el numeral 5 del artículo 99 de la ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Adicionalmente, se debe considerar que la infracción analizada en la presente Resolución en la cual han incurrido las señoras Giovanna Martínez Royo y Carla Michel Borda, miembros del Consejo de Administración y Rosario Arnez Zapata, Gerente General; no ha causado daños o perjuicios a la entidad ni a terceros, situaciones que se consideran como atenuantes de las sanciones a imponerse.

Que, conforme lo expuesto precedentemente corresponde sancionar a las señoras Giovanna Martínez Royo y Carla Michel Borda con multa personal mínima, equivalente al 50% de la dieta mensual fijada por la Asamblea General de Socios de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "PIO X" LTDA.**, llevada a cabo el día 30 de marzo de 2012, al no haber dado cumplimiento al artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, con relación a la señora Rosario Arnez Zapata, Gerente General de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "PIO X" LTDA.**, corresponde imponerle una sanción de multa mínima equivalente al 25% de su remuneración total mensual percibida, al no haber dado cumplimiento al artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través del INFORME / ASFI/DSR II/22959/2013 de 15 de febrero de 2013, efectuó la evaluación de los descargos presentados por las señoras Giovanna Martínez Royo y Carla Michel Borda, miembros del Consejo de Administración, así como la no presentación de descargos por parte de la señora Rosario Arnez Zapata, Gerente General, concluyendo que no se desvirtuó la infracción notificada mediante cartas ASFI/DSR II/R- 5786/2013, ASFI/DSR II/R- 5783/2013 y ASFI/DSR II/ R- 5787/2013 todas de 11 de enero de 2013, ameritando la imposición de sanciones administrativas..."

3.2. Resolución Administrativa ASFI N° 200/2013 de 9 de abril de 2013.-

Que, mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 200/2013 de 9 de abril de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resolvió:

"PRIMERO.- Sancionar a los señores Iván Cossio Llanos, Marcia Ferrel Quintana, Leslie Padilla de Reyes, Oscar García Arozqueta y Marcelo Terán Grandi,

miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "PIO X" LTDA.**, con multa personal equivalente al 50% de la dieta mensual fijada por la Asamblea General de Socios de la Cooperativa, realizada el 30 de marzo de 2012, por el incumplimiento al artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al no haber reportado a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el ingreso a Proceso de Regularización como consecuencia de la deficiencia de Encaje Legal, mayor al 1% del requerido durante dos periodos consecutivos.

SEGUNDO.- Las multas impuestas deberán depositarse, en el plazo de 15 días posteriores a la notificación con la presente resolución, en la Cuenta Fiscal N° 1-4678352 a nombre de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – Multas, en el Banco Unión S.A., en moneda nacional, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir las papeletas de depósito correspondientes en el transcurso de dicho plazo.

TERCERO.- En cumplimiento con el artículo 110 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento de la Asamblea General de Socios de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "PIO X" LTDA.**, debiendo remitirse a este Órgano Supervisor copia de la correspondiente Acta con las determinaciones adoptadas..."

Los argumentos de la citada Resolución Administrativa, son los siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que, el artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia determina en su primer párrafo, que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de Bancos y Entidades Financieras de derecho público y con jurisdicción en todo el territorio boliviano

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece que la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) y asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, el numeral 3 del artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), dentro las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se encuentra la de exigir el cumplimiento de las normas legales, técnicas y reglamentarias a todas las entidades públicas, privadas y mixtas que realicen en el territorio de la República, actividades de intermediación financiera.

Que, la imposición de sanciones administrativas constituye una de las atribuciones conferidas por la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su condición de Órgano Regulador y Supervisor de las entidades de intermediación financiera, cuya aplicación se encuentra

sustentada por el artículo 99 de la citada Ley, ajustándose a los lineamientos establecidos en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera".

Que, en virtud de la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia designó a la ciudadana Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a. i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, como parte de la administración de las entidades, conforme lo tiene previsto el artículo 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), es obligación de sus administradores, velar por el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes.

Que, en observancia a lo dispuesto en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), el artículo 99, numeral 5 determina: "Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor. En el caso de Directores, síndicos y miembros del Consejo de Administración u órgano equivalente que solo perciban dieta, la multa no podrá exceder de diez (10) veces dicho monto. Estas sanciones serán aplicadas a la entidad, quien deberá repetir contra la persona sancionada".

Que, el artículo 102 del mismo cuerpo normativo determina que: "Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99° serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualquier forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse".

Que, conforme el artículo 112 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) dispone: "Una entidad de intermediación financiera se encuentra en proceso de regularización, cuando incurra en una o más de las situaciones siguientes: ... c) Deficiencias de encaje legal mayores al uno por ciento (1%) del requerido, por dos (2) períodos consecutivos o cuatro (4) períodos discontinuos dentro de un año...".

Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que determina: "Cuando la entidad de intermediación financiera incurra en cualquiera de las causales del artículo anterior, su Directorio u órgano equivalente y/o sus administradores deberán reportarlo de inmediato a la Superintendencia.

En caso de que sea la Superintendencia la que detecte la ocurrencia de cualquiera de las causales señaladas en el artículo anterior, se impondrá al Directorio u órgano equivalente y administradores las sanciones previstas en la presente ley...”.

Que, según el artículo 2, Sección I, Capítulo II, Título IX, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), normativa vigente al momento de observar la infracción, adopta definiciones concordantes con el Reglamento de Encaje Legal establecido por el Banco Central de Bolivia (BCB), establece:

“a) Encaje legal requerido, es el monto que toda entidad de intermediación financiera debe depositar en el BCB o en entidades autorizadas para el efecto, que surge de aplicar las tasas de encaje legal a los pasivos con el público y financiamientos externos de las entidades de intermediación financiera; (...)

i) Período de requerimiento del encaje legal, es el período de catorce días continuos determinados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de un calendario anual, para fines de cómputo del encaje legal;

j) Período de constitución del encaje legal, es el período de catorce días continuos, rezagado en ocho días en relación con el período de requerimiento de encaje legal, cuyo calendario, coincidente con los períodos bisemanales para el cálculo por deficiencias de encaje legal, se publica anualmente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero;...”.

Que, de acuerdo al artículo 2, Sección 6 del citado Reglamento, dispone: “Cuando la deficiencia de encaje legal sea superior al 1% del total de encaje legal requerido durante dos períodos consecutivos, o cuatro períodos discontinuos, dentro de un año, la entidad de intermediación financiera debe reportar esta situación a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dando inicio al proceso de regularización de acuerdo a lo establecido en el Capítulo I del Título Noveno de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, independientemente del inicio del proceso sancionatorio al que hace referencia el Artículo 8º, Sección 6 del presente Reglamento.”.

Que, el artículo 3, Sección 6 del mismo cuerpo normativo, determina el cálculo de deficiencia de Encaje Legal, determinando: “La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero computará los fondos de encaje legal en efectivo y en títulos en forma independiente, de acuerdo con lo establecido en los Artículos que forman parte de la Sección 3 “Cómputo de Encaje Legal” del presente Reglamento, no existiendo compensación entre denominaciones por los saldos constituidos en efectivo. Para la constitución del encaje legal en títulos, se considerará la participación de la entidad de intermediación financiera en el Fondo RAL-ME (que toma en cuenta la adición de los saldos de encaje legal constituido por los pasivos en MVDOL y en moneda extranjera), en el Fondo RAL-MN y en el Fondo RAL-MNUFV.

Las deficiencias de encaje legal para efectos de aplicación de multas a que hace referencia el Artículo 84º de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, se efectuará conforme se establece en los Artículos 8º y 9º, Sección 6 del presente Reglamento y se

calcularán en forma independiente por tipo de encaje legal, tomando en cuenta las consideraciones antes señaladas, de la siguiente manera:

1) Para cada período bisemanal, conforme el calendario establecido en el Anexo 3, Libro 2º, Título II, Capítulo VIII de la presente Recopilación, se obtendrán los montos promedio de encaje legal requerido y constituido en efectivo y en títulos, según lo siguiente:

1.1) El importe promedio de encaje legal requerido, en efectivo y en títulos, para los pasivos sujetos a encaje legal establecidos en el Artículo 1º de la Sección 2 del presente Reglamento, surgirá de aplicar las tasas previstas en el Artículo 4º de la Sección 1, a los saldos contables de dichos pasivos. En moneda nacional y MNUFV se deducirá el incremento de cartera correspondiente a cada moneda según lo establecido en el Artículo 7º, Sección 2. Por su parte, el monto promedio requerido del encaje legal adicional en títulos para depósitos en moneda extranjera y MVDOL, se obtendrá mediante la diferencia entre el monto resultante de aplicar las tasas establecidas en el Artículo 5º, Sección 1, a los saldos de la base de encaje legal adicional (BEA) a que se refiere el Artículo 7º de la Sección 2, y el monto resultante de aplicar las mismas tasas del Artículo 5º, Sección 1, a los saldos de la base de compensación descrita en el Artículo 8º de la Sección 2;

El importe promedio de encaje legal requerido, en efectivo para moneda extranjera, en Fondos de Custodia, surgirá de aplicar los porcentajes previstos en el Artículo 2º de la Sección 3 del presente Reglamento;

1.2) El monto promedio de encaje legal constituido para cubrir los requerimientos indicados en el punto 1.1 precedente, con desfase de ocho (8) días, se obtendrá según lo establecido en la Sección 3 del presente Reglamento;

El monto promedio de encaje legal constituido para cubrir los requerimientos de encaje legal requerido en efectivo para moneda extranjera, en Fondos de Custodia, con desfase de ocho (8) días, se obtendrá mediante la sumatoria de los saldos contabilizados en dicha moneda, en la subcuenta 111.01 "Billetes y Monedas";

1.3) La diferencia entre los montos promedio de encaje legal requerido y encaje legal constituido, obtenidos de acuerdo con los puntos 1.1 y 1.2 anteriores, determinará la existencia de excedentes o deficiencias por tipo de encaje y por moneda, durante un período bisemanal;

1.4) En cada período bisemanal contemplado en el calendario establecido en el Anexo 3, Libro 2º, Título II, Capítulo VIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, las entidades de intermediación financiera deben ejecutar el módulo del SIF correspondiente al cálculo por deficiencias de encaje legal;...".

CONSIDERANDO:

Que, del análisis y evaluación de los descargos efectuados mediante memoriales presentados el 26 y 28 de marzo de 2013, por los señores Iván Cossio Llanos, Marcia Ferrel Quintana, Leslie Padilla de Reyes, Oscar García Arozqueta y Marcelo Terán Grandi,

miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "PIO X" LTDA.**, se establecen los aspectos siguientes:

- 1) En relación al primer descargo que se basa en la carta CPX/042/12.ASFI de 25 de julio de 2012, emitida por Gerencia General, se precisa que los cargos notificados a los miembros del Consejo de Administración no fueron por la deficiencia de Encaje Legal, **sino por la falta de reporte a la ASFI** de la causal establecida en el inciso c) del artículo 112 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), notificando cargos por incumplimiento al artículo 113 de la citada Ley. Incumplimiento que no fue descargado por los señores Iván Cossio Llanos, Marcia Ferrel Quintana, Leslie Padilla de Reyes, Oscar García Arozqueta y Marcelo Terán Grandi, miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa.

No obstante lo anterior, analizado el argumento referido a que la deficiencia de Encaje Legal que habría sido regularizado el último día del periodo (7 de mayo de 2012), este Órgano de Supervisión determinó que para el cálculo total de excedente o deficiencia de Encaje Legal en un periodo bisemanal, se recurre al promedio de requerimiento y de constitución de los catorce (14) días que comprenden dicho periodo, este aspecto se observa en el siguiente cuadro:

DESGLOSE ENCAJE EFECTIVO EN ME RESPECTO AL 60%			
Del 16/04/2012 al 07/05/2012			
Expresado en Bolivianos			
Fecha	Req. 60% (A)	Saldo 112.01 ó 112.05 (B)	(A (Actual) - B (8 días atrás)
	E.L. Requerido	E.L. Constituido	Déficit/Excedente
16/04/2012	2.484.044	0	
17/04/2012	2.463.724	0	
18/04/2012	2.486.076	0	
19/04/2012	2.527.142	0	
20/04/2012	2.526.311	0	
21/04/2012	2.526.311	0	
22/04/2012	2.526.311	0	
23/04/2012	2.532.176	0	
24/04/2012	2.512.723	1.878.049	-605.995
25/04/2012	2.511.760	1.612.595	-851.129
26/04/2012	2.520.036	1.612.595	-873.481
27/04/2012	2.519.612	1.612.595	-914.547
28/04/2012	2.519.612	1.612.595	-913.716
29/04/2012	2.519.612	1.612.595	-913.716
30/04/2012	0	1.612.595	-913.716
01/05/2012	0	1.612.595	-919.581
02/05/2012	0	1.612.595	-900.128
03/05/2012	0	1.886.995	-624.765
04/05/2012	0	2.058.495	-461.541
05/05/2012	0	2.058.495	-461.117
06/05/2012	0	2.058.495	-461.117
07/05/2012	0	2.543.648	24.036
Promedio	2.512.532	1.813.210	-699.322
Deficiencia (I)			-699.322
Total requerido (MN; ME; CMV; UFV) (II)			15.608.311
Deficiencia de Encaje Requerido (I/II)			-4,48%

En ese sentido, la constitución de Encaje Legal por Bs2,543,648.00 (Dos millones quinientos cuarenta y tres mil seiscientos cuarenta y ocho 00/100 bolivianos), realizado el día 7 de mayo de 2012, en las cuentas 112.01 ó 112.05, **no fue suficiente** para que el promedio alcanzado por los catorce (14) días del periodo (Bs1,813,210) cubriera al promedio del Encaje Legal requerido (Bs2,512,532), de acuerdo a lo establecido en los numerales 1.1.), 1.2.) y 1.3.) del artículo 3, Sección 6, Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF),

normativa vigente al momento de observarse la infracción. Desvirtuando con la metodología del cálculo de excedente o deficiencia de Encaje Legal, antes citada, el descargo presentado.

Adicionalmente, los descargos referidos a que la Cooperativa no contaba con una herramienta para procesar adecuadamente la información, llegando a generar confusión, la falta de transferencia de efectivo por parte del BCB y la inmovilización de recursos, ratifican la deficiencia del Encaje Legal de la Cooperativa y no responden a los cargos notificados por la falta de Reporte a la ASFI de la causal establecida en el inciso c) del artículo 112 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), sin descargar el incumplimiento al artículo 113 de la citada Ley.

- 2) Con relación a la inactivación del presente proceso sancionatorio por regularización y cumplimiento oportuno de la Cooperativa, debe precisarse que el cargo notificado es por incumplimiento al artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que responsabiliza a los miembros del Consejo de Administración de reportar a la ASFI el ingreso al proceso de regularización por causales establecidas en el artículo 112 de dicha Ley. Adicionalmente, se establece que la ASFI detectó la deficiencia de Encaje Legal de la Cooperativa, ingresando la Cooperativa en proceso de regularización, proceso corroborado por la carta CPX/031/12.ASFI recibida el 25 de mayo de 2012 y nota Cons. Vig.052/2012 de 14 de junio de 2012, evidenciando en la primera carta, que existe reconocimiento expreso de la Cooperativa del plan de regularización, demostrando el verdadero sentido de los principios de buena fe y verdad material concordante este último con la Sentencia Constitucional 0427/2010-R, citada por los miembros del Consejo de Administración y quedando plenamente ratificado dicho proceso de regularización y la falta de comunicación del mismo a esta Autoridad de Supervisión.
- 3) El hecho de que los miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa hayan conocido tardíamente la deficiencia de Encaje Legal y que las proyecciones de incremento del Encaje Legal no tenían consistencia, seguridad y que no se ajustaban a la realidad ni a los montos que debió constituirse, es un hecho interno que debía ser corregido y controlado por sus administradores y fiscalizadores, entre estos el Consejo de Administración como instancia máxima de administración de la Cooperativa y que en cumplimiento del artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), que manda que estos deben reportar de inmediato a la ASFI la causal establecida en el inciso c) del artículo 112 de dicha Ley y dicho desconocimiento, no es válido para incumplir con lo que manda la Ley.
- 4) Con relación a la excepción de imposibilidad material de continuar el procedimiento por causas sobrevinientes, se determina que no existe causa sobreviniente, toda vez que el proceso de regularización por deficiencias en el Encaje Legal, no fue comunicado por el Consejo de Administración y Gerencia General a la ASFI, tal como obliga el artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), disposición que **no** señala que en caso de regularizarse no se

comunique a ASFI, no pudiendo eximirse a los miembros del Consejo de Administración de la responsabilidad establecida por Ley.

- 5) Esta Autoridad de Supervisión determinó que si bien el 7 de mayo de 2012, la Cooperativa no presentaba deficiencias en la constitución del Encaje Legal, esto no fue suficiente para que el promedio alcanzado por los catorce (14) días del periodo bisemanal, cubriera el promedio del Encaje Legal requerido, conforme lo establece el artículo 3, Sección 6, Capítulo II, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), normativa vigente al momento de evidenciar la infracción. Adicionalmente, el ingreso al proceso de regularización fue reconocido por la Cooperativa mediante la carta CPX/031/12.ASFI recibida el 25 de mayo de 2012.

Cabe aclarar nuevamente que el proceso de notificación de cargos fue por la falta de comunicación a esta Autoridad de Supervisión sobre el ingreso de la Cooperativa al proceso de regularización, conforme lo establece el artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y en ningún momento se notificó cargos por incumplimiento a la RNBEF, desvirtuando de esta manera los descargos presentados.

- 6) Sobre la nulidad de obrados mientras no se resuelva el recurso revocatorio presentado por las señoras Giovanna Aurora Martínez Royo y Carla Michel Borda como miembros del Consejo de Administración y la señora Rosario Arnez Z. Gerente General de la Cooperativa, corresponde precisar lo siguiente:

a) Las notificaciones de cargos fueron realizadas a todos los miembros del Consejo de Administración y Gerencia General de manera individual, presentando todas las personas notificadas sus descargos, conforme memoriales de descargos de fecha 31 de enero de 2013, emitiendo la ASFI las siguientes resoluciones:

- **Resolución ASFI/N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013**, que sancionó a las señoras Giovanna Martínez Royo y Carla Michel Borda miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa, con multa personal equivalente al 50% de la dieta mensual fijada por la Asamblea General de Socios de la Cooperativa, por incumpliendo al artículo 113 de la señalada Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al no haber reportado a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el ingreso a Proceso de Regularización como consecuencia de la deficiencia de Encaje Legal, mayor al 1% del requerido durante dos periodos consecutivos. Adicionalmente, la Resolución ASFI/N° 095/2013, sancionó a la señora Rosario Arnez Z., Gerente General de la Cooperativa, con multa personal equivalente al 25% de su remuneración total mensual, por incumplimiento al artículo 113 de la señalada Ley.
- **Resolución ASFI/N° 096/2013 de 18 de febrero de 2013**, que anuló el procedimiento sancionatorio iniciado contra los señores Ivan Cossio Llanos,

Marcia Ferrel Quintana, Marcelo Terán Grandi, Oscar García Arozqueta, Leslie Padilla de Reyes, miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa, hasta las cartas de notificación de cargos ASFI/DSR II/R-5745/2013, ASFI/DSR II/R- 5780/2013, ASFI/DSR II/R- 5759/2013, ASFI/DSR II/R-5763/2013 y ASFI/DSR II/R- 5785/2013 todas de 11 de enero de 2013, considerando que las mismas fueron objeto de notificación fuera del horario hábil, hecho descargado por los Consejeros de Administración que originó la anulación del procedimiento mediante Resolución ASFI N° 096/2013 de 18 de febrero de 2013.

- b) En cumplimiento a lo dispuesto por la Resolución ASFI/N° 096/2013 de 18 de febrero de 2013, se volvió a notificar cargos con cartas ASFI/DSR II/R-30329/2013, ASFI/DSR II/R-30330/2013, ASFI/DSR II/R- 30322/2013, ASFI/DSR II/R-30326/2013 y ASFI/DSR II/R-30328/2013, todas de 1 de marzo de 2013, dirigidas a los señores Iván Cossio Llanos, Marcia Ferrel Quintana, Leslie Padilla de Reyes, Oscar García Arozqueta y Marcelo Terán Grandi, miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa.
- c) En respuesta, las personas citadas en el párrafo anterior presentaron el 26 y 28 de marzo de 2013 sus memoriales de descargos, mismos que son analizados en la presente Resolución.

Por lo anteriormente descrito, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) respetó en todo momento el debido proceso, las etapas procedimentales, los principios procesales y las disposiciones legales que rigen en el presente trámite, respecto a todas y cada una de las personas notificadas.

No obstante lo anterior, esta Autoridad de Supervisión identificó y precisó a las personas naturales que infringieron el artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), estableciendo que en el presente caso, el alcance de los actos administrativos son de carácter particular, obligatorio, exigible, ejecutable, legítimo, eficaz y válido en conformidad con lo establecido por los artículos 27 y 32 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo (LPA) y normativa reglamentaria, cumpliendo con el debido proceso, al notificar individualmente. Adicionalmente, se establece que en el presente trámite no existió solicitud ni acto administrativo que determine la unificación ni acumulación procesal, desvirtuando la aseveración presentada.

Esta Autoridad de Supervisión cumplió con el debido proceso al notificar cargos de manera personal, considerándose las notificaciones de cargos en el presente trámite actos individuales que tienen alcance individual y producen efectos a sus interesados, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 del Decreto Supremo N° 27113 de 23 Julio 2003, que reglamenta la LPA. Adicionalmente, el artículo 18 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 Septiembre 2003, que reglamenta la citada Ley, precisa que las Resoluciones Administrativas son de alcance particular cuando sus determinaciones y efectos jurídicos alcanzan en forma individualizada a un sujeto regulado.

Respecto a la supuesta vulneración del principio de preclusión sin cumplir las etapas procedimentales, esta Autoridad de Supervisión al notificar cargos conforme lo dispuesto por los artículos 32 y 33 de la LPA, de manera individual, dio a conocer a los interesados los actos administrativos que afectarían sus derechos subjetivos o intereses legítimos, así como las etapas procesales, respetando el procedimiento para cada consejero y gerente.

Se debe diferenciar y precisar que la Resolución ASFI/N° 095/2013 que se encuentra con Recurso de Revocatoria, sancionó exclusivamente a las señoras Giovanna Aurora Martínez Royo y Carla Michel Borda como miembros del Consejo de Administración y la señora Rosario Arnez Z. como Gerente General de la Cooperativa, no ocasionando dicha Resolución, la indefensión ni lesión de derechos ni intereses de los señores Iván Cossio Llanos, Marcia Ferrel Quintana, Leslie Padilla de Reyes, Oscar García Arozqueta y Marcelo Terán Grandi. Toda vez que por vicios procedimentales establecidos en la Resolución ASFI/N° 096/2013 y cumpliendo con el debido proceso, se volvió a notificar cargos a los señores Iván Cossio Llanos, Marcia Ferrel Quintana, Leslie Padilla de Reyes, Oscar García Arozqueta y Marcelo Terán Grandi, miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa, presentando memoriales de descargos el 26 y 28 de marzo de 2013, mismos que son evaluados en la presente Resolución, cumpliendo de esta manera con las etapas procedimentales legalmente establecidas.

Respecto a la justificación de que el plazo de siete días hábiles para descargos es un plazo común y perentorio para todos los miembros del Consejo de Administración y Gerencia General, la misma atenta con lo establecido en el artículo 18 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 Septiembre 2003 y artículo 34 del Decreto Supremo N° 27113 de 23 Julio 2003, desconociendo los actos individuales establecidos en el procedimiento administrativo, toda vez que las notificaciones fueron realizadas de manera personal, no existiendo vicios procedimentales ni de indefensión.

En ese sentido, no se incurrió con lo establecido en los artículos 35 ni 36 de la LPA, referidos a la nulidad y anulabilidad del acto administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis anterior, los descargos presentados por los señores Iván Cossio Llanos, Marcia Ferrel Quintana, Leslie Padilla de Reyes, Oscar García Arozqueta y Marcelo Terán Grandi, miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "PIO X" LTDA.**, no desvirtúan el incumplimiento al artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), ratificándose los cargos notificados por esta Autoridad de Supervisión y ameritando de esta forma la imposición de sanción.

CONSIDERANDO:

Que, para la modulación de la sanción debe tomarse en cuenta la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que señala que: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria,

implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión”.

Tipificación. En el presente caso se ha evidenciado el incumplimiento:

Al artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), de los señores Iván Cossio Llanos, Marcia Ferrel Quintana, Leslie Padilla de Reyes, Oscar García Arozqueta y Marcelo Terán Grandi, miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA “PIO X” LTDA.**, al no haber reportado a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el ingreso a Proceso de Regularización, a consecuencia de la deficiencia de Encaje Legal, mayor al 1% del requerido durante dos periodos consecutivos.

Es pertinente considerar que el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título XIII, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente al momento de la infracción señalada anteriormente, específicamente en la Sección 2, artículo 61, determina un criterio para la imposición de la sanción, estableciendo que: “Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el o la Director (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse”.

Calificación. Conforme lo dispone el numeral 5 del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), las inobservancias a las disposiciones legales, se circunscriben a la conducta de los señores Iván Cossio Llanos, Marcia Ferrel Quintana, Leslie Padilla de Reyes, Oscar García Arozqueta y Marcelo Terán Grandi, miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA “PIO X” LTDA.**, responsables en el ámbito de la imposición de sanciones administrativas.

Gradación. Al considerarse que las inobservancias que promueven el proceso sancionatorio, bien pudieron evitarse de haberse considerado las disposiciones legales vigentes, por cuanto se configuran acciones por negligencia por parte de sus

administradores por no dar cumplimiento al artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Modulación. A los efectos de modular la sanción aplicable, se debe tomar en cuenta lo establecido en el artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con el numeral 5 del artículo 99 del mismo cuerpo normativo, que dispone la imposición de sanción de multa que será aplicada según el grado de responsabilidad, en el presente caso a los señores Iván Cossio Llanos, Marcia Ferrel Quintana, Leslie Padilla de Reyes, Oscar García Arozqueta y Marcelo Terán Grandi, miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "PIO X" LTDA.**, responsables del incumplimiento al artículo 113 de la señalada Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al no haber reportado a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el ingreso a Proceso de Regularización a consecuencia de la deficiencia de Encaje Legal, mayor al 1% del requerido durante dos periodos consecutivos.

Que, en este sentido, se advierte que ha existido negligencia por parte de las personas antes señaladas, situación que ha producido el incumplimiento al artículo 113 de la citada Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), correspondiendo la imposición de sanción de multas personales por la infracción analizada en la presente Resolución, conforme dispone el numeral 5 del artículo 99 de la ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, adicionalmente se debe considerar que la infracción analizada en la presente Resolución en la cual han incurrido los señores Iván Cossio Llanos, Marcia Ferrel Quintana, Leslie Padilla de Reyes, Oscar García Arozqueta y Marcelo Terán Grandi, miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "PIO X" LTDA.**; no ha causado daños o perjuicios a la entidad ni a terceros, situaciones que se consideran como atenuantes de las sanciones a imponerse.

Que, conforme lo expuesto precedentemente corresponde sancionar a los señores Iván Cossio Llanos, Marcia Ferrel Quintana, Leslie Padilla de Reyes, Oscar García Arozqueta y Marcelo Terán Grandi, miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "PIO X" LTDA.**, con multa personal mínima, equivalente al 50% de la dieta mensual fijada por la Asamblea General de Socios de la Cooperativa, llevada a cabo el día 30 de marzo de 2012, al no haber dado cumplimiento al artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través del INFORME / ASFI/DSR II/R-49156/2013 de 5 de abril de 2013, efectuó la evaluación de los descargos presentados por los señores Iván Cossio Llanos, Marcia Ferrel Quintana, Leslie Padilla de Reyes, Oscar García Arozqueta y Marcelo Terán Grandi, miembros del Consejo de Administración de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "PIO X" LTDA.**, concluyendo que no se desvirtuó la infracción notificada mediante cartas ASFI/DSR II/R- 30329/2013, ASFI/DSR II/R-30330/2013, ASFI/DSR II/R-30322/2013, ASFI/DSR II/R-

30326/2013 y ASFI/DSR II/R-30328/2013, todas de 1 de marzo de 2013, ameritando la imposición de sanciones administrativas...”

4. RECURSOS DE REVOCATORIA.-

4.1. Que, en fecha 8 de marzo de 2013, la señora **ROSARIO ARNEZ ZAPATA** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013, conforme a los alegatos siguientes:

“...I- **FUNDAMENTOS DE HECHO**

1.- Que en fecha 10 de julio de 2.012 se emiten los cargos ASFI/DSR II/R-83892 respecto al desengaje que se habría producido al interior de la Cooperativa por dos periodos consecutivos.

2.- Que, los cargos fueron notificados a la Gerente de la Institución quien en el plazo previsto por ley presenta los descargos respectivos a objeto de acreditar la inexistencia de responsabilidad sobre los hechos que motivaron el inicio del proceso administrativo.

3.- Que, concluido el periodo de prueba en fecha 10 de agosto de 2.012 se emite la Resolución ASFI No. 393/2012 mediante el cual se impone sanciones Administrativas a la Cooperativa como persona Jurídica con multa de 500 DEGs a ser repetidos contra los Directivos y Gerencia.

4.- Que, esta resolución fue objeto de impugnación por los Directores del Consejo de Administración mediante memorial de fecha 4 de agosto de 2.012 y memorial de 18 de septiembre de 2.012.

Como emergencia de la impugnación antes referida esa instancia de Supervisión **MEDIANTE RESOLUCIÓN No. 496/2.012 DE FECHA 12 DE SEPTIEMBRE DE 2.012 ANULA EL PROCESO SANCIONATORIO INICIADO CONTRA LA COOPERATIVA HASTA LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS ASFI/DSR II/R-83892 DE 10 DE JUUO DE 2.012**, así (sic) se tiene de la parte resolutive de la referida resolución, LO QUE SIGNIFICA QUE TODO LO OBRADO CARECE DE VALOR DEBIENDO REINICIARSE EL PROCESO ADMINISTRATIVO.

6.- (sic, debió decir “5”) Que, una vez anulado el procedimiento sancionatorio **QUE TRAE COMO EFECTO JURÍDICO LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 393/2012 Y POR ENDE SU INEFICACIA JURÍDICA**, se procede a la notificación con los cargos a los Directores del Consejo de Administración y Gerencia QUIENES IMPUGNAN LAS DILIGENCIAS DE NOTIFICACIÓN POR HABERSE PRACTICADO EN HORARIO NO HÁBILES PARA CUMPLIR CON ESTOS ACTOS PROCESALES. NULIDAD QUE FUERA DEFERIDA A FAVOR DE LOS DIRECTORES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN MISMOS QUE HASTA LA FECHA NO FUERON NOTIFICADOS LEGALMENTE CON DICHS CARGOS. LO QUE SIGNIFICA QUE EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO AÚN SE ENCUENTRA EN LA FASE DE NOTIFICACIÓN A LOS SUJETOS PROCESALES FORMALIDAD QUE NECESARIAMENTE DEBE CUMPLIRSE PARA PASAR A LA SIGUIENTE ETAPA QUE ES EL PERIDO DE LOS

DESCARGOS O PROBATORIO V MAL PODRÍA DICTARSE RESOLUCIÓN SI NO SE CUMPLIERON O NO CONCLUYERON LAS DOS PRIMERAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ASPECTOS ESTOS QUE VULENTRAN EL PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN QUE PRIMA AL INTERIOR DE TODO PROCESO YA SEA ADMINISTRATIVO O JUDICIAL YA QUE, POR PRINCIPIO Y LÓGICA JURÍDICA NO PUEDEN COEXISTIR O ESTAR ABIERTOS AL MISMO TIEMPO DOS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO COMO OCURRE EN EL PRESENTE CASO.

7.- Que, pese a las irregularidades de las notificaciones para dar celeridad al Proceso Sancionatorio en el ejercicio de nuestro Derecho a la Defensa, **vale decir los OTROS DIRECTORES que HASTA LA FECHA NO FUERON LEGALMENTE NOTIFICADOS CON LOS CARGOS, RESULTANDO TOTALMENTE IMPROCEDENTE EL DICTARSE RESOLUCIÓN SI LA ETAPA DE LAS NOTIFICACIONES NO SE CUMPLIERON Y EL PLAZO PARA LA PRESENTACIÓN DE PRUEBAS POR EL UNIVERSO DE LOS DIRECTORES (QUE EN SU CONJUNTO SON CO-DEMANDADOS) QUE ESTÁN SIENDO SOMETIDOS A PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO POR UN MISMO HECHO GENERADOR,** ASPECTOS ESTOS QUE AFECTAN AL DEBIDO PROCESO EN CUANTO AL DEBER QUE TIENEN LOS ADMINISTRADORES O JUZGADORES DE ADECUAR SUS ACTOS Y EL PROCESO A LA NORMA OBJETIVA Y EL DERECHO QUE LOS ADMINISTRADOS O JUZGADOS TENEMOS A UN PROCESO JUSTO EN EL QUE SE OBSERVEN LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, **inobservancia que motivan la nulidad de todo lo obrado hasta el estado de cumplirse con la formalidad de notificación de cargos a todos los Directores del Consejo de Administración.**

8.- Que, la resolución sancionadora No. 095/2013 de fecha 18 de febrero de 2.013 en su parte pertinente señala lo siguiente: **"VISTOS : La resolución ASFI No. 393/2012 de 10 de agosto de 2.012..." (sic.)** LO QUE IMPLICA QUE PARA SUSTENTAR LA PARTE RESOLUTIVA QUE IMPONE SANCIONES A MI PERSONA, SE TOMA EN CUENTA UNA RESOLUCIÓN QUE CARECE DE EFICACIA JURÍDICA, QUE NO TIENE EXISTENCIA LEGAL PUESTO QUE, **LA RESOLUCIÓN ANULADA Y EXPULSADA DEL PRESENTE PROCESO A TRAVÉS DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA RESOLUCIÓN No. 496/2.012 DE FECHA 12 DE SEPTIEMBRE DE 2.012,** lo que significa SRA. DIRECTORA QUE EL PRONUNCIAMIENTO DE LA RESOLUCIÓN 095/2013 SE SUSTENTA EN OTRA RESOLUCIÓN ANULADA POR SU PROPIA AUTORIDAD Y QUE CARECE DE EFICACIA Y VALOR JURÍDICO ASPECTO ESTE QUE ATENTA AL DEBIDO PROCESO EN CUANTO A AL APLICACIÓN MATERIAL Y OBJETIVA DE LA LEY VICIANDO DE NULIDAD TODO LO OBRADO.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

A.- Del contenido y alcance del D.S. 2717 y su respectivo Reglamento, **el procedimiento administrativo ésta constituido por un conjunto de actos concatenados entre sí que deben seguirse para imponer una sanción administrativa o imponer sanciones personales,** procedimiento integrado por varias Etapas o fases que deben seguirse sistemáticamente a cuyo interior se opera el principio de preclusión vale decir que, para ingresar a una etapa posterior se debe agotar la etapa anterior propiciando o garantizando en cada etapa la actividad de **todos los sujetos procesales y la instancia administrativa que intervienen,** en este entendido en el caso que nos ocupa **el Proceso Administrativo conlleva las siguientes etapas procesales:**

1.- **LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS.**- que constituye el inicio del proceso, mediante (sic) la cual la Administración o Autoridad respectiva hace conocer al o los procesados las supuestas infracciones cometidas por **LA INSTITUCIÓN y/o SUS REPRESENTANTES conformando todos los involucrados en los sujetos procesales A QUIENES SE DEBE NOTIFICAR LOS CARGOS y solo cumplida con la notificación de estos se concluye esta etapa para pasar a la siguiente**, en el caso presente Sra. Directora se debe advertir lo siguiente:

1.1.- Los cargos se **ESTÁN ENDILGANDO A VARIOS SUJETOS (Gerente y los siete miembros del Consejo de Administración)** VALE DECIR QUE EXISTEN (sic) PLURALIDAD DE PROCESADOS, MISMOS QUE EN SU TOTALIDAD DEBEN SER NOTIFICADOS PARA PASAR A LA SEGUNDA FASE **ASPECTO ESTE QUE NO OCURRIÓ YA QUE, SIN CONCLUIR CON LAS NOTIFICACIONES DE CARGOS A TODOS LOS DIRECTORES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN SE DICTA LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA No. 095/2013**, violentándose de esta manera la unidad del procedimiento, el principio de preclusión y la aplicación objetiva de la ley en cuanto a la secuencia de los actos procesales y las etapas procedimentales que deben cumplirse, cuya omisión trae consigo la vulneración del debido proceso y por ende la nulidad o reposición de obrados hasta el vicio mas (sic) antiguo que en este caso es hasta el estado de notificarse a todos los Directores con las notas de cargo.

1.2.- Los cargos que se endilga a los Directores y Gerente de la Cooperativa tienen su origen **EN UN MISMO HECHO GENERADOR, EL MISMO OBJETO Y FINALIDAD POR TANTO, LA RESOLUCIÓN DEBE RECAER SOBRE TODOS LOS SUJETOS Y NO SOLO SOBRE PARTE DE LOS INVOLUCRADOS COMO OCURRE EN EL PRESENTE CASO**, VICIÁNDOSE DE NULIDAD EL PROCESO AL DICTARSE UNA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA SOBRE UNOS SIN HABERSE CONCLUIDO CON LA NOTIFICACIÓN A TODOS LOS SUJETOS INVOLUCRADOS EN UN MISMO HECHO GENERADOR DEL PROCESO ADMINISTRATIVO, aspecto este que afecta al principio de preclusión y la unidad del procedimiento administrativo ya que sin haberse agotado aún la primera etapa del proceso se pasa a la tercera etapa del pronunciamiento de la resolución.

2.- **LA PRESENTACIÓN DE DESCARGOS O PERIDO (sic) DE LAS PROBANZAS.**- Que, **constituye la segunda del proceso**, que es abierto por la Autoridad Administrativa de oficio o a pedido de parte.

En el caso que nos ocupa esa instancia de Fiscalización para LA PRESENTACION (sic) **DE DESCARGO O PRUEBAS Y AVERIGUAR LA VERDAD MATERIAL RESPECTO AL HECHO GENERADOR DEL PROCESO CONCEDE A TODOS LOS SUJETOS PROCESALES EL PLAZO DE 7 días hábiles PLAZO QUE ES COMÚN Y PERENTORIO PARA TODOS LOS DIRECTORES Y GERENTE NO ES UN PLAZO INDIVIDUAL.**

Este plazo Sra. Directora en función al principio de preclusión **INICIA UNA VEZ CONCLUIDA LA FASE DE LAS NOTIFICACIONES, EN EL CASO PRESENTE AUN NO SE CUMPLIÓ CON LA NOTIFICACIÓN DEL RESTO DE LOS RESPONSABLES, MOTIVO POR EL CUAL DICHO PLAZO NO EMPEZÓ A CORRER MENOS CONCLUYO, CONSTITUYENDO UNA ABERRACIÓN JURÍDICA Y DESCONOCIMIENTO DE LA NORMA POSITIVA EL DICTAR RESOLUCIÓN SIN HABERSE CONCLUIDO LAS DOS PRIMERAS ETAPAS O FASES PRIMERAS**

(notificaciones y conclusión de periodo de prueba), aspectos estos que vulneran el debido proceso.

3.- LA RESOLUCIÓN. Que, constituye la tercera etapa el proceso, misma que es pronunciada una vez CERRADA LA FASE O ETAPA DE LAS NOTIFICACIÓN (que no ocurrió en el presente caso porque -reitero- no se concluyó con la notificación de cargos a todos los sujetos procesales) resolución que debe pronunciarse UNA VEZ CERRADA LA ETAPA DEL PERIDO DE LAS PROBANZAS O DESCARGOS (en el caso presente sin haberse agotado las dos primeras etapas con la participación efectiva de todos los sujetos procesales se pronuncia resolución.

4. - LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN. Constituye la cuarta etapa del proceso que tiene por finalidad el garantizar la doble instancia del proceso a los fines de buscar la revocación de una resolución que cause agravios, que carezca de fundamentos y valoración de la prueba o se aparte de la verdad material que todo proceso administrativo pretende acreditar.

B).- Si bien es cierto que al interior del proceso administrativo sancionatorio rige el principio de flexibilidad no es menos cierto que, esa flexibilidad se torne en un medio de transgresión y vulneración de las fases procesales previstas objetivamente por la norma positiva COMO OCURRE EN EL CASO PRESENTE QUE SIN CONCLUIR LA FASE DE LAS NOTIFICACIONES CON LAS NOTAS DE CARGO SE PASA A DICTAR LA RESOLUCIÓN, inobservancia discrecional de las fases ordenadas del procedimiento que son contrarias a la LEY y al DEBIDO PROCESO que traen consigo la nulidad de obrados.

III.- FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES DE LA NULIDAD.

1.- La Jurisprudencia Constitucional respecto al debido proceso que debe observarse tanto por la Jurisdicción Ordinaria como la administrativa, a través de la parte pertinente de la SC. 103/01-R de 8-02-2001, nos enseña lo siguiente

La garantía del debido proceso ha sido definida por el Tribunal Constitucional como: "...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que puedan afectar sus derechos (SC 0418/2000-R Y 1276/2001-R. Se entiende que el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las Autoridades Judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la FUNDAMENTACIÓN O MOTIVACIÓN de las resoluciones Judiciales o Administrativas.

En el caso presente al haberse dictado resolución sancionadora sin concluir con las notificaciones de cargos a todos los sujetos procesales se ha violentado el debido proceso en su componente AL PROCESO JUSTO QUE SE DEBE DESARROLLAR CONFORME A LAS NORMA OBJETIVA, DEBIDO PROCESO QUE TIENE POR FINALIDAD

TAMBIÉN EL GARANTIZAR LA IGUALDAD Y EQUIDAD JURÍDICA que debe existir en todo procedimientos, Y AL HABERSE OMITIDO POR SU AUTORIDAD PROPICIAR LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS A TODOS LOS PROCESADOS ESTA INCUMPLIENDO CON SUS DEBERES, DESCONOCIENDO SUS PROPIAS DETERMINACIONES (ya que a tiempo de anular obrados dispone la notificación con los cargos a los Directores acto que hasta la fecha no se cumplió) Y VULNERANDO LAS GARANTÍAS PROCESALES viciando el proceso con la nulidad, o reposición de obrados.

2.- Por su parte el máximo tribunal de justicia de nuestro país respecto a la nulidad actos viciados y la facultad conferida a la parte perjudicada de solicitar la declaración de nulidad reposición de las cosas al estado que tenían antes nulidad ante la evidente infracción de las normas procesales que tienen el carácter de formar parte del orden público, refiere lo siguiente:

"la facultad anulatoria no es discrecional sino fundada en INFRACCIONES QUE IRRITAN LAS REGLAS DEL DEBIDO PROCESO, ALTERAN LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD PROCE&VL, PROHIJAN LA INDEFENSIÓN DE CUALQUIERA DE LAS PARTES Y VIOLENTAN EL ORDEN PUBLICO.

En el caso presente la falta de conclusión de la etapa de la notificación con los cargos a todos los sujetos procesales constituyen una evidente violación al debido proceso con sus consecuencias de vulneración al debido proceso, las garantías y derechos fundamentales, que por principio deben ser interpretadas de la manera más amplia y menos restrictiva en pro de los derechos humanos.

3.- En el orden doctrinal la anulación de actos emergen de los vicios procesales que afectan denunciados o advertidos por la Autoridad sancionadora deben motivar la reposición de obrados, al respecto nos permitimos citar lo siguiente:

Al respecto, la doctrina administrativa considera que: " el instituto jurídico de los actos anulables, indica que los actos administrativos son y deberán ser considerados válidos hasta el momento en que sean declarados por Autoridad competente anulados o revocados, para lo cual es necesario que los mencionados vicios de procedimiento, sean denunciados por el interesado ante la Autoridad Administrativa competente, toda vez que cuando se trata de actos anulables, por lo general los vicios de los cuales adolecen no son manifiestos y requieren de una investigación de hecho" (Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, tomo 3, pág. XI, Ed. 2003).

Por los antecedentes de hecho y derecho expuestos precedentemente solicitamos a su Autoridad que, previa compulsas de los hechos y la revisión de antecedentes se sirva dictar auto motivado declarando la **NULIDAD O REPOSICIÓN DE OBRADOS HASTA EL VICIO MAS ANTIGUO VALE DECIR HASTA EL ESTADO DE NOTIFICARSE CON LAS NOTAS DE CARGO A TODOS LOS DIRECTORES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA COOPERATIVA PIO X LTDA A OBJETO DE GARANTIZAR EL DESARROLLO SECUENCIAL DEL PROCEDIMIENTO Y SU UNIDAD TOMANDO EN CUENTA EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EXISTE PLURALIDAD DE SUJETOS QUE SE ENCUENTRAN**

SOMETIDOS A SUS EMERGENCIAS COMO CONSECUENCIA DE UN MISMO HECHO GENERADOR, MISMA CAUSA Y OBJETO.

OTROSÍ.- Sin perjuicio de la nulidad planteada tengo a bien interponer recurso de revocatorio contra la resolución ASFI 095/ 2013 DE FECHA 18 DE FEBRERO DE 2.013 conforme a los siguientes fundamentos:

1- PROCEDENCIA DEL RECURSO POR SUSTENTARSE EN RESOLUCIONES ANULADAS POR LA PROPIA AUTORIDAD

A momento de dictarse la resolución motivo de impugnación se refiere a la Resolución ASFI No. 393/2012 mismo que carece de eficacia jurídica al haberse declarado su nulidad por su propia Autoridad a través del pronunciamiento de la resolución 496/2.012 DE FECHA 12 DE SEPTIEMBRE DE 2.012 QUE ANULA EL PROCESO SANCIONATORIO INICIADO CONTRA LA COOPERATIVA HASTA LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS ASFI/DSR n/R-83892 DE 10 DE JULIO DE 2.012

2.- PROCEDENCIA DEL RECURSO POR APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY 2341 Y EL D.S. 27113

A tiempo de pronunciarse la **Resolución Sancionadora** motivo del presente recurso, ha existido una incorrecta aplicación: interpretación de lo que establece el marco normativo de la Ley 2341 y su Decreto Supremo 27113 , resolución que es contrario al principio taxativo del derecho administrativo sancionador ya que, se nos aplica una sanción **económica indebida vulnerando el principio de la seguridad jurídica y el Debido Proceso** entendiéndose en arribos casos como la protección constitucional a la actuación arbitraria estatal; que determina que en la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado.

En ese orden de cosas al haberse fracciona (sic)el procedimiento administrativo pronunciándose resolución con imposición de sanciones económicas para unos y dejar pendiente la notificación de cargos para otros, se esta (sic) desconociendo el marco regulatorio de las fases que comprende el procedimiento sancionador y excluyendo sin razón ni motivación de los alcances de la sanción a otros que supuestamente habrían incurrido en las infracciones que motivaron los cargos haciendo recaer toda la responsabilidad solo EN PARTE DE LAS PERSONAS.

3.- PROCEDENCIA DEL RECURSO POR FALTA DE APLICACIÓN OBJETIVA DE LA LEY

La ley de procedimientos administrativos y su respectivo reglamento aplicable al presente caso, objetivamente regula la forma de tramitación del procedimiento sancionador DISPONIENDO QUE LOS INFRACTORES DEBEN SER NOTIFICADOS CON LOS CARGOS PARA LA PRESENTACIÓN DE DESCARGOS Y EL PRONUNCIAMIENTO DE LA RESOLUCIÓN, en el caso que nos ocupa SU AUTORIDAD NO SABEMOS SI SON POR SUS RECARGADAS LABORES O POR OMISIÓN NO SE PERCATA QUE EN ESTE TRAMITE EXISTEN PLURALIDAD DE SUJETOS SINDICADOS DE LA COMISIÓN DE POSIBLES INFRACCIONES Y

NO OBSTANTE HABERSE DISPUESTO LA NOTIFICACIÓN DE TODOS ELLOS CON LOS CARGOS CON LA SIMPLE NOTIFICACIÓN A NUESTRAS PERSONAS DICTA RESOLUCIÓN, errores que al margen de constituir incumplimiento de deberes conllevan la falta de aplicación objetiva de la norma positiva, que trae consigo la revocatoria de la resolución impugnada.

Por otra parte al interior de la Legislación Boliviana concretamente la Ley 2341 (LPA) en su art. 36-11 señala que serán anulables los actos administrativos cuando incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico; o cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados, asimismo el art. 55 del D.S. 27113 (RLPA), prevé que es procedente la revocación de un acto anulable por vicios de procedimiento, únicamente cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione el interés público.

Dentro este contexto, su **AUTORIDAD** cual si se tratase de procesos distintos con **HECHOS Y CAUSAS INDIVIDUALES DIFERENTES, para cada caso, y lo que es peor,** sin realizar una correcta valoración de toda la prueba que debe ser aportada por los demás sujetos procesales, emite una sanción que atenta totalmente a los intereses de nuestras personas, colocándonos en estado de indefensión, violentándose con ello las reglas de la igualdad y seguridad Jurídica que deben primar en todo proceso sancionador, en ese sentido nos preguntamos qué sucedería si con la **DOCUMENTACIÓN O PRUEBA QUE DEBEN APORTAR LOS DEMÁS SUJETOS PROCESALES EN EL PRESENTE CASO SU AUTORIDAD CONCLUYE DE QUE LA INFRACCIÓN ES INEXISTENTE Y EMERGENTE DE ELLO SE DECIDE PROCEDER AL ARCHIVO DE OBRADOS,** sin duda alguna, estaría confirmando nuestra posición de desigualdad jurídica. A no ser que estemos frente a distintos **HECHOS GENERADORES CON DISTINTA CAUSA-OBJETO Y CON DISTINTA IDENTIDAD DE SUJETOS,** consideramos que no, ya que el presente **PROCESO SANCIONADOR SE HA GENERADOR A PARTIR DE UN SOLO HECHO, DE UNA SOLA CAUSA Y UN MISMO OBJETO.**

4.- PROCEDENCIA DEL RECURSO POR FALTA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

La finalidad del procedimiento es establecer la verdad material de los hechos, que propiciara el pronunciamiento de la Autoridad respecto a la existencia o no de las infracciones, a cuyo efecto es necesario contar con todos los datos lógicos que inspiren, motiven y fundamenten el sentido de su decisión, vale decir que la averiguación de la verdad material se extrae del conjunto de los medios probatorios aportados por todos los sujetos procesales y los obtenidos por el Juzgador, en el caso presente existe una total ausencia de valoración probatorio sobre los enunciados de la sana crítica y racionalidad, EN EL CASO PRESENTE SU AUTORIDAD AL DICTAR RESOLUCIÓN CONTRA TRES PERSONAS Y DEJAR ABIERTA LA FASE DE LA NOTIFICACIÓN NO HA REALIZADO UNA CORRECTA VALORACIÓN PROBATORIA QUE NECESARIAMENTE DEBERÍA INCLUIR LOS DESCARGOS QUE PODRÍAN PRESENTAR LOS DEMÁS SUJETOS PROCESALES QUE NO FUERON AUN NOTIFICADOS CON LOS CARGOS, constituyendo una flagrante violación el emitirse resolución para otros con lo agravante de establecer responsabilidades e imponer sanciones solo respecto de unos y a otros se

los excluye de la resolución como si estos no fueran parte del proceso careciendo esta exclusión de motivación y fundamentación-

Asimismo es pertinente señalar que la falta de valoración de la prueba se refleja en el hecho de que, a través de los descargos presentados **en su debida oportunidad la deficiencia de constitución de encaje legal fue regularizada en fecha 7 de mayo de 2012, dentro del periodo de constitución plazo que establece el Inc. j, Art. 2, Sección 1, Capítulo VIII, Título II, del Libro 2, lo que significa que dentro ese periodo la cooperativa regularizo su deficiencia. Con fecha 15 de Mayo de 2012 mediante Carta ASFI/DSR II/R59179/2012, su entidad notifica a la cooperativa las deficiencias de encaje legal requerido mayor al 1% por dos periodos consecutivos por tanto con el ingreso a un periodo de regularización siendo que el mismo a esa fecha ya fue REGULARIZADO, considerando Innecesario la presentación del plan de regularización en virtud a que a esa fecha ya no existía el hecho generador de los cargos ya fue regularizado, así como adopto medidas tendientes a corregir y evitar ese hecho tan desagradable**

Por lo tanto al no existir dicha deficiencia no puede ni debe desarrollarse un procedimiento sancionatorio menos imponerse multas, toda vez de que existe fundamentos y descargos que no fueron verificados ni valorados por su Autoridad-

5.- PROCEDENCIA DEL RECURSO POR FALTA DE APLICACIÓN DEL ART. 51 DE LA LEY 2341.

De los descargos que fueran presentados se tiene que la deficiencias de encaje legal fueron corregidas en su oportunidad antes de advertirse ese hecho y el pronunciamiento de las notas de cargo, configurándose esta situación como un hecho sobreviniente que acredita la regularización del desencaje, habiendo desaparecido antes del pronunciamiento de la nota de cargo y la resolución motivo de impugnación las causales que dieron origen o nacimiento al procedimiento sancionatorio

Al respecto el Art. 51 de la Ley 2341 establece lo siguiente: (FORMAS DE TERMINACIÓN)
L- El procedimiento Administrativo terminará por medio de una resolución dictada por el órgano administrativo competente, salvando los recursos establecidos por Ley. II- También pondrán fin al procedimiento administrativo, el desistimiento, la extinción del derecho, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud Y LA IMPOSIBILIDAD MATERIAL DE CONTINUARLO POR CAUSAS SOBREVINIENTES.

Como podrá advertir su Autoridad la Ley reconoce LAS CAUSAS SOBREVINIENTES COMO MOTIVANTES PARA PONER FIN AL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO, disposición legal QUE EN FUNCIÓN AL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD (QUE RIGE AL INTERIOR DEL DERECHO SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO) ES DE APLICACIÓN EN EL PRESENTE CASO PUESTO QUE, LA LEY DEBE APLICARSE E INTERPRETARSE EN EL SENTIDO MAS FAVORARLE Y MENOS RESTRICTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, y que el procedimiento no solo tiene por finalidad averiguar la verdad material para imponer sanciones sino también para eximir de responsabilidad en su caso.

En ese orden de cosas en armonía con el tenor de la nota **CITE ASFI/DSR II/R-5745/2013 de 11 de enero de 2.013, el Consejo de Administración, oportunamente ha observado el procedimiento, habiendo coordinado acciones con Gerencia General para REGULAR LA OBSERVACIÓN** en fecha 7 de mayo 2012 último día dentro el periodo de constitución, es decir, antes de la notificación de cargo y el inicio del procedimiento sancionador por parte de la ASFI, situaciones estas que se configuran como causas sobrevinientes que traen consigo la imposibilidad material de la tramitación del procedimiento, ASPECTOS ESTOS NO CONSIDERADOS POR SU AUTORIDAD Y QUE COSTITUYEN CAUSAS DE REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.

Vale decir que estos aspectos señalados y que traducen la regularización oportuna de la deficiencia de encaje legal, no fueron tomadas en cuenta a tiempo de pronunciarse la ilegal determinación sancionatoria puesto que en función al principio de debe primar en el pronunciamiento de la resolución cuenta la situación **MAS** ventajosa para el infractor, las circunstancias de la comisión de la infracción la existencia o no de intencionalidad en la conducta, EN EL CASO PRESENTE LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES A LA INFRACCIÓN NO SON EXCLUSIVAS DE LA INSTITUCIÓN Y SUS REPRESENTANTES PUESTO QUE EN LA CONSTITUCIÓN DEL ENCAJE LEGAL EL B.C.B. TIENE UN MANDATO IMPERATIVO EMERGENTE DE LA NORMA CITADA. CABE REITERAR QUE NO EXISTIÓ INTENCIONALIDAD DE INCURRIR EN UNA CONDUCTA INFRACTORA, aspectos estos que constituyen eximentes de responsabilidad y que ameritan la revocatoria de la resolución dejándose sin efecto la sanción económica impuesta.

Dentro ese contexto estamos en armonía con el **CITE ASFI/DSR II/R-5745/2013 de 11 de enero de 2. de Administración y Gerencia, oportunamente ha observado el procedimiento, habiendo coordinado acciones y REGULARIZADO LA OBSERVACIÓN** en fecha 7 de mayo 2012 último día dentro el periodo de constitución, es decir, antes de la notificación por parte de la ASFI, motivo por el cual no se comunicó este aspecto a su autoridad.

7.- PROCEDENCIA DEL RECURSO POR AUSENCIA DE MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTACION DE LA RESOLUCIÓN.

La importancia del debido proceso esta ligad; orden justo, ya que no es solamente poner en movimiento reglas deL (sic) procedimiento sino el de buscar EL PRONUNCIAMIENTO DE UNA RESOLUCIÓN JUSTA SOBRE LA BASE DE LA DEBIDA FUNDAMENTACION DEL PRONUNCIAMIENTO.

En el caso presente existe una total ausencia de motivación y fundamentación de la resolución respecto a los alcances de la sanción y el grado de responsabilidad de los sujetos procesales.

8.- PROCEDENCIA DEL RECURSO POR LA INCORRECTA TIPIFICACIÓN DE FALTAS EINAPROPIADA APLICACIÓN DEL ART. 102 DE LA LEY DE BANCOS Y EL ART. 51 DE LA LEY 2341.

Como representantes y funcionarios de la COOPERATIVA "PIO X" LTDA., en lo posible y dentro las condiciones materiales de nuestra actividad estamos abocados al

cumplimiento y observancia de la ley y las normas que rigen la actividad de intermediación financiera.

Que, como emergencia de los desfases en el encaje legal no hemos generado daño económico a la institución y que las situaciones observadas fueron regularizadas y la multa impuesta fue cancelada por los funcionarios responsables incluido gerencia, que con anterioridad no se presento hecho similar atribuible a nuestras personas, la imposición de la multa pecuniaria no se ajusta a lo dispuesto por el art. 101 de la ley 1488 que señala lo siguiente:

"La amonestación será escrita, RECAERÁ SOBRE FALTAS. INFRACCIONES U OMISIONES LEVES A LOS REGLAMENTOS. ESTATUTOS. NORMAS Y POLÍTICAS INTERNAS INSTRUCCIONES Y CIRCULARES DE LA SUPERINTENDENCIA. INCURRIDAS POR NEGLIGENCIA O IMPRUDENCIA NO IMPUTABLES A LOS REPRESENTANTES LEGALES, APODERADOS Y EMPLEADOS DE LA ENTIDAD, QUE NO CAUSEN DAÑO O PERJUICIO ECONÓMICO A LA ENTIDAD FINANCIERA NI A SUS CLIENTES Y SE ENMIENDEN O REGULARICEN. LA REINCIDENCIA EN LA INFRACCIÓN SERA SANCIONADA CON MULTA."

Conforme se tiene de la resolución motivo de impugnación EXISTE SUPUESTO INCUMPLIMIENTO A NORMAS RELATIVAS AL ENCAJE LEGAL, SITUACIÓN ESTA QUE EN NINGÚN MOMENTO CAUSO DAÑO ECONÓMICO A LA COOPERATIVA A LOS SOCIOS O CLIENTES Y TAMPOCO SE PROPICIO NINGÚN BENEFICIO NI VENTAJA DE CARÁCTER INSTITUCIONAL O AMERITE IMPONERSE UNA SANCIÓN ECONOMICA COMO DE LA que fuimos objeto, **CONSIGUIENTEMENTE AL NO EXISTIR REINCIDENCIA, DAÑO ECONÓMICO NI VENTAJAS NO CORRESPONDÍA LA APLICACIÓN DE MULTAS SINO UNA AMONESTACIÓN ESCRITA, TODO ELLO DE CONFORMIDAD A LO PREVISTO POR EL ART. 101 DE LA ELY 1480, CUYA INOBSERVANCIA ACUSAMOS COMO FUNDAMENTO DE REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.**

A tiempo de pronunciarse la resolución impugnada se dice que nuestro actuar se Considera como una infracción u omisión grave de acuerdo a los alcances **del Art. 102 de la Ley 1488, la referida disposición legal establece lo siguiente:**

"Las multas establecidas en los numéales 2 y 5 del Art. 99, serán aplicables a la Institución Financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma, serán aplicados a directores, síndicos miembros de Consejos de Administración, apoderados, Gerentes y el grado de su responsabilidad. La sanción actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse.

De la norma transcrita se puede evidenciar que **LA INFRACCIÓN U OMISIÓN GRAVE SE CONFIGURA Y SE COMETE CUANDO FRUTO DE LAS MISMAS SE OBTIENE PARA LA INSTITUCIÓN UNA VENTAJA DE CUALQUIER TIPO, EN EL CASO PRESENTE NUESTRAS PERSONAS MENOS LA COOPERATIVA A OBTENIDO VENTAJAS INDEBIDAS MÁXIME SI TOMAMOS EN CUENTA QUE EL DESENCAJE QUE NO ES RESPONSABILIDAD PLENA DE LA COOPERATIVA. FUE REGULARIZADA ANTES DE LA NOTIFICACIÓN CON LAS NOTAS DE CARGO.**

PETITORIO

*Por los antecedentes expuestos y de conformidad a lo previsto por El art. 64 de la Ley 2341 que reconoce como medio de impugnación al Recurso de Revocatoria contra actos administrativos definitivos o su equivalente, como en el presente caso, por lo que aplicación de la mencionada norma tengo a bien interponer el recurso de revocatoria contra Resolución ASFI 095/2103 DE FECHA 18 DE FEBRERO DE 2.013 emitida por vuestra autoridad, y en función a los aspectos fácticos solicitamos respetuosamente a Ud. que previo el trámite de rigor en aplicación del art. 61 de la Ley 2341, se sirva revocar la resolución impugnada en todas sus partes y dejar sin efecto la sanción impuesta, tomando en cuenta la ausencia de valoración de la prueba, la falta de aplicación objetiva de la Ley, **que no existió beneficio personal ni institucional emergente del hecho generador de los cargos librados, que el mismo fue subsanado en su oportunidad antes de la notificación de cargos y que las diferencias suscitada son ajenas a nuestra voluntad fruto de las modificaciones de normas regulatorias sin la valoración de los tiempos necesarios para su adecuación, mismo que fueron reflejados mediante solicitud de ampliación de plazos para su vigencia...***

4.2. En fechas 8 y 11 de marzo de 2013, las señoras **GIOVANNA AURORA MARTÍNEZ ROYO** y **CARLA MICHEL BORDA**, respectivamente, presentan -por separado- Recursos de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013, con argumentos similares a los de la señora **ROSARIO ARNEZ ZAPATA**.

4.3. En fecha 9 de mayo de 2013, los Sres. **IVÁN SIMÓN COSSÍO LLANOS**, **MARCIA GISELA FERREL QUINTANA**, **LESLIE PADILLA DE REYES**, **OSCAR GARCÍA AROZQUETA** y **MARCELO TERÁN GRANDI** presentaron Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 200/2013 de 9 de abril de 2013, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS QUE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REVOCATORIA.-

5.1. Resolución Administrativa ASFI N° 199/2013 de 9 de abril de 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 199/2013 de 9 de abril de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió confirmar totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013, conforme a los argumentos siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, aplicando los principios de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en la evaluación de los argumentos expuestos por las recurrentes con relación a los fundamentos contenidos en la Resolución 095/2013 de 18 de febrero de 2013, esta Autoridad de Supervisión, en el presente Recurso de Revocatoria, ha procedido al análisis de la documentación que cursa en el expediente de una manera razonada, siguiendo las reglas de la lógica, el buen sentido y el entendimiento humano, compulsando los antecedentes que dieron origen a la controversia.

Antecedentes de la sanción

Del reporte del Sistema de Información Financiera (SIF) se pudo advertir que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta “PIO X” Ltda. presentó deficiencias en el

Encaje Legal mayor al 1% del requerido durante dos periodos consecutivos, contraviniendo el inciso el inciso c) del artículo 112 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), de acuerdo al siguiente detalle:

ENCAJE LEGAL (EN BOLIVIANOS)							
PERIODO	TIPO	MONEDA	REQUERIDO	CONSTITUÍDO	DEFICIENCIA	TOTAL REQUERIDO	% DE LA DEFICIENCIA SOBRE EL ENCAJE TOTAL REQUERIDO
Del 02/04/2012 al 16/04/2012	En efectivo	ME	2,487,707.20	1,976,601.80	(511,105.60)	15,451,485.32	4.33%
	En Título		9,985,751.80	9,828,348.20	(157,403.60)		
Del 16/04/2012 al 30/04/2012	En efectivo	ME	2,512,532.10	1,813,209.70	(699,322.40)	15,608,310.95	4.48%

Como consecuencia de estas deficiencias y no haberse informado a esta Autoridad de Supervisión, conforme lo dispone el artículo 113 de la referida Ley (LBEF), se sancionó a las señoras Giovanna Martínez Royo y Carla Michel Borda, miembros del Consejo de Administración con multa personal del 50% de la dieta mensual y a la Sra. Rosario Arnez Zapata con multa personal del 25% de su remuneración total mensual.

Recurso de Revocatoria

Mediante memoriales de 11 de marzo de 2013, las Directoras del Consejo de Administración Carla Karina Michel Borda y Giovanna Aurora Martínez Royo, así como la Gerente General Rosario Arnez Zapata, miembros de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Pío X" Ltda. interpusieron Recurso de Revocatoria contra la Resolución N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013, solicitando nulidad de obrados o la revocatoria de la misma, porque no existió beneficio personal, ni institucional emergente del hecho generador y porque fue subsanado en su oportunidad antes de la notificación de cargos, haciendo hincapié en las siguientes observaciones:

Observación N° 1.

Dentro del presente proceso aún no cursa la legal notificación a todas las partes a fin de que éstas produzcan y ofrezcan toda la prueba, viciando el proceso con la nulidad, porque atenta al debido proceso, derecho a la defensa, la seguridad jurídica y a la igualdad entre otros.

Análisis de la observación.

Sobre la observación realizada en el Recurso de Revocatoria, de que no se habría notificado a todas las partes, es decir a los demás miembros del Consejo de Administración, dando lugar a una indefensión, lesionando el debido proceso y la seguridad jurídica, por tanto debería anularse; es pertinente en la presente etapa, considerar las causales de nulidad establecida en el artículo 35 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

El artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, menciona: "Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los siguientes casos:

- a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio;

- b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;
- c) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;
- d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado y;
- e) Cualquier otro establecido expresamente por ley”.

En este sentido las recurrentes no señalan la causal de nulidad en que se ampara su petición, y sólo mencionan: “...hasta el presente aún no fueron notificados los demás sujetos procesales resulta ILÓGICO E IRRACIONAL que se prosiga con el trámite para unos hasta dictar RESOLUCIÓN como si para el caso se tratarán de distintos procesos a partir de distintos hechos generadores, aspecto que motiva la nulidad de todo lo obrado...”.

En principio se observa que la Resolución ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013, fue notificada en cumplimiento el artículo 25, parágrafo II del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que aprueba el Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, cumpliendo con el procedimiento correspondiente, dentro de los horarios establecidos y de manera individual a cada una de las recurrentes, por ello se debe señalar que al ser un proceso individual los aspectos que afectan a los demás miembros del Consejo de Administración, que no fueron notificados, no perjudican ni favorecen a las recurrentes, puesto que el acto notificado supone la debida defensa individual por el cargo notificado, ya que tanto la Notificación de Cargos como el Acto Administrativo correspondiente, es la consecuencia de un proceso administrativo cuyo origen está establecido en el artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que menciona: “En caso de que sea la Superintendencia la que detecte la ocurrencia de cualquiera de las causales señaladas en el artículo anterior, (artículo 12, inciso c) se impondrá al Directorio u órgano equivalente y administradores las sanciones previstas...”

Por otra parte, es preciso aclarar que si bien en esta primera etapa se ha notificado a dos miembros del Consejo de Administración y a la Gerente General, esta Autoridad de Supervisión está procediendo con las notificaciones a los demás miembros de esta instancia Directiva, a fin de dar cumplimiento al artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Por lo expuesto y luego de análisis realizado, queda establecido que la notificación a las Directoras del Consejo de Administración Carla Karina Michel Borda y Giovanna Aurora Martínez Royo, así como la Gerente General Rosario Arnez Zapata de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta “Pío X” Ltda., no contienen elementos establecidos en el artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, para considerar la nulidad.

Observación N° 2.

En fecha 31 de enero de 2013 se presentó “excepción de impersonería”, empero sólo era de apersonamiento y no para pronunciarse con la Resolución ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013, habida cuenta que el periodo o etapa procesal correspondía al de los descargos, los que aún estarían vigentes, en razón de que aún no fueron notificados los otros Directores.

Análisis de la observación.

Cuando las Recurrentes mencionan que presentaron la “excepción de impersonería” como descargo a la Notificación de Cargos y que sólo era para su apersonamiento, se entiende que las Recurrentes están confundiendo procedimiento, ya que ni la Ley N° 2341 de Proceso Administrativo, ni el Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, contemplan excepciones de ninguna naturaleza, siendo esta excepción propia del procedimiento civil.

Observación N° 3.

A tiempo de pronunciarse sobre la Resolución Sancionatoria, ha existido una incorrecta aplicación e interpretación de lo que establece el marco normativo del Decreto Supremo N° **27113**, lo que derivó en la aplicación de una sanción indebida que vulnera el principio de seguridad jurídica, el debido proceso, la igualdad jurídica, imparcialidad y a la aplicación objetiva de la ley.

Análisis de la observación.

El marco normativo que reglamenta la Ley N° 2341, para la regulación financiera es el **Decreto Supremo N° 27175** vigente a partir del 15 de septiembre de 2003, que tiene por objeto establecer las normas generales aplicables a los procedimientos administrativos en el sistema de regulación financiera, así como el procedimiento para la interposición de recursos administrativos. El alcance de dicha disposición es la referida a Bancos y Entidades Financieras, Entidades aseguradoras y Reaseguradas, Mercado de Valores y Empresas.

Ahora bien, con respecto a las actuaciones procesales administrativas, éstas se aplican de acuerdo a la norma señalada:

Artículo 25.- Notificación, I. Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI deberán notificar a los operadores de sus respectivos mercados financieros, las resoluciones que emitan (...) debiendo contar en todos los casos con una constancia de notificación que evidencie la diligencia. **II.** Las resoluciones de alcance particular, deberán ser notificadas personalmente a los interesados, remitiéndoles copia de las mismas a las direcciones que hayan fijado en la respectiva Superintendencia. El sello o firma de recepción constituirá constancia de la notificación.

Artículo 26.- Notificaciones con cargos y sanciones, Las notificaciones que deban ser efectuadas con cargos y sanciones, ya fuere a personas naturales o jurídicas, se practicarán mediante comunicación escrita, citando al presunto infractor (...).

Artículo 35.- Forma de Conclusión, Los procedimientos administrativos no recursivos concluyen por una de las siguientes formas:--- a) Resolución definitiva, b) Desistimiento y renuncia del sujeto regulado o interesado, c) Imposibilidad material, d) Inactividad del sujeto regulado o interesado, e) Silencio administrativo.

Consecuentemente, por la norma analizada, se puede inferir que la Resolución ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013 que sanciona a los miembros del Consejo de Administración, así como a la Gerente General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito

Abierta "Pio X" Ltda., fue emitida en estricta aplicación a la norma que rige el procedimiento administrativo para entidades financieras.

Observación N° 4.

No se ha considerado las causas sobrevinientes de la verdad material para imponer sanciones, vale decir que al haberse regularizado oportunamente la deficiencia de encaje legal, esta regularización no fue tomada en cuenta por ASFI, existiendo una falta de valoración en cuando a la deficiencia subsanada.

Análisis de la observación.

En primer término, es importante señalar que el Libro 2°, Título II, Capítulo VIII, Sección 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece la explicación de los periodos de Encaje Legal que deben cumplir las entidades de intermediación financiera:

- ✓ **Periodo de requerimiento de encaje legal**, es el periodo de catorce días continuos determinados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de un calendario anual, para fines de cómputo de encaje legal:
- ✓ **Periodo de constitución de encaje Legal**, es el periodo de catorce días continuos, rezagados en ocho días en relación con el período de requerimiento de encaje legal, cuyo calendario, coincide con los períodos bisemanales para el cálculo por deficiencias de encaje legal, se publica anualmente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

DESGLOSE ENCAJE EFECTIVO EN ME RESPECTO AL 60%			
Del 16/04/2012 al 07/05/2012			
Expresado en Bolivianos			
Fecha	Req. 60% (A)	Saldo 112,01 ó 112,05 (B)	(A (Actual) - B (8 días atrás)
	E.L. Requerido	E.L. Constituido	Déficit/Excedente
16/04/2012	2.484.044	0	
17/04/2012	2.463.724	0	
18/04/2012	2.486.076	0	
19/04/2012	2.527.142	0	
20/04/2012	2.526.311	0	
21/04/2012	2.526.311	0	
22/04/2012	2.526.311	0	
23/04/2012	2.532.176	0	
24/04/2012	2.512.723	1.878.049	-605.995
25/04/2012	2.511.760	1.612.595	-851.129
26/04/2012	2.520.036	1.612.595	-873.481
27/04/2012	2.519.612	1.612.595	-914.547
28/04/2012	2.519.612	1.612.595	-913.716
29/04/2012	2.519.612	1.612.595	-913.716
30/04/2012	0	1.612.595	-913.716
01/05/2012	0	1.612.595	-919.581
02/05/2012	0	1.612.595	-900.128
03/05/2012	0	1.886.995	-624.765
04/05/2012	0	2.058.495	-461.541
05/05/2012	0	2.058.495	-461.117
06/05/2012	0	2.058.495	-461.117
07/05/2012	0	2.543.648	24.036
Promedio	2.512.532	1.813.210	-699.322
Deficiencia (I)			-699.322
Total requerido (MN; ME; CMV; UFV) (II)			15.608.311
Deficiencia de Encaje Requerido (I/II)			-4,48%

Del análisis técnico realizado en el Informe ASFI/DSR II/R-22959/2013 de 15 de febrero de 2013, sobre el cuadro de referencia, se advierte que el PROMEDIO (cuarta columna-

Déficit/Excedente) de requerimiento y de constitución de los 14 días, registra un déficit por -699,322, situación que esta Autoridad de Supervisión advierte, de acuerdo a la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Como descargo, la Cooperativa menciona que el 7 de mayo de 2012 regularizo la observación, evidenciándose (columna tercera – E.L. Constituido), que en el saldo de Encaje Legal Constituido a esa fecha es de Bs2,543,648,00 el cual **(para ese día) no presenta deficiencias**, con respecto a los demás días (Del 24/04/2013 al 6/5/13), no obstante, el mismo es insuficiente para subsanar la deficiencia **PROMEDIO** generada en los 14 días.

Para una mejor comprensión, se explica los pasos de la siguiente manera:

- ✓ El primer periodo bisemanal de desencaje fue del **2 al 16 de abril de 2012**, donde la Cooperativa “PIO X” contaba con un plazo para su regularización hasta el **23 de abril de 2012**.
- ✓ El segundo periodo bisemanal fue del **16 al 30 de abril de 2012**, eso quiere decir 14 días, contando con un plazo adicional para su regularización hasta el **7 de mayo de 2012**.
- ✓ Realizado el seguimiento, se tiene que a partir del 24 de abril de 2012 la Cooperativa “PIO X”, empieza a presentar deficiencia en la conciliación entre el Monto requerido y el constituido en la cuenta 112.01 o 112.05.
- ✓ El 7 de mayo de 2012 (último día para regularizar el encaje), la Cooperativa “PIO X”, deposita el monto de Bs2.543,648,00 por concepto de Encaje Legal, situación que para ese día, no presenta deficiencia.
- ✓ Concluido el plazo para la contabilización y realizado el **PROMEDIO** de todos los saldos, el Sistema detecta que existe DEFICIENCIA EN EL ENCAJE LEGAL, ya que el depósito efectuado el último día, **NO FUE SUFICIENTE, para subsanar la deficiencia.**

En este sentido, se advierte que el segundo periodo de deficiencia de Encaje Legal, viabilizó un consecutivo desencaje, ocasionando el ingreso de la Cooperativa en proceso de regularización, situación que no se reportó a esta Autoridad de Supervisión, ocasionando la imposición de la sanción administrativa.

Observación N° 5.

Que el presente proceso existe una total ausencia de motivación y fundamentación de la Resolución respecto a los alcances de la sanción y el grado de responsabilidad de los sujetos procesales

Análisis de la observación.

De acuerdo al artículo 4, de la Sección 6, Capítulo VIII, Título II del Libro 2º, el porcentaje de multa a las deficiencias resultantes (...) será en aplicación del artículo 84 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras.

El artículo 84 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, refiere claramente, que si alguna entidad de intermediación financiera deja de constituir el encaje legal requerido, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero impondrá las multas correspondientes.

En concordancia con el mencionado artículo, se encuentra el inciso c) del artículo 112 que refiere que: "... una entidad de intermediación financiera se encuentra en proceso de regularización, cuando incurra en una o más de las situaciones siguientes: (...) c) Deficiencias de encaje legal mayores al uno por ciento (1%) del requerido, por dos (2) periodos consecutivos...".

Consecuentemente, se aplica el artículo 113 de la referida Ley (1488), la cual menciona: "cuando una entidad de intermediación financiera incurra en cualquier de las causales del artículo anterior, su Directorio u órgano equivalente y/o sus administradores deberán reportarlo de inmediato a la Superintendencia".

Por otra parte, el Consejo de Administración mediante Informe A.I. N° 036/2012 remitido por el Consejo de Vigilancia con nota Cons. Vig. No. 037/2012 de 2 de mayo de 2012, tomó conocimiento de que existía deficiencia en la Constitución de Encaje Legal, contando a partir de ese día con plazo hasta el 7 de mayo de 2012 para regularizar dicha deficiencia.

El Sistema de Información Financiera (SIF) permite generar reportes diarios, semanales y bisemanales de Encaje Legal, a fin de llevar un control de los saldos, según lo establecido en el Libro 2°, Título II, Capítulo VIII, Sección 5, artículo 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Por otra parte, la entidad financiera debe llevar un Libro Auxiliar de Encaje Legal, al cual se debe trasladar diariamente los saldos de los registros contables de la entidad, en aplicación del Libro 2°, Título II, Capítulo VIII, Sección 5, artículo 4 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Por esta razón, se puede concluir que las Directoras del Consejo de Administración, Sras. Carla Karina Michel Borda y Giovanna Martínez Rojo en cumplimiento al Libro 1°, Título I, Capítulo III, Sección 8, concordante con los incisos e) y l) del artículo 45 del Estatuto de la Cooperativa, son responsables de manera solidaria y mancomunada por no adoptar oportunamente las medidas correctivas que advirtió el Consejo de Vigilancia en su Informe de Auditoría A.I. N.036/2012 el mismo que fuera de conocimiento del Consejo de Administración en fecha 2 de mayo de 2012.

Con referencia a la responsabilidad de la Sra. Rosario Arnez Zapata, Gerente General de la Cooperativa, ésta se encuentra establecida en c) y h) del artículo 79 del Estatuto de la Cooperativa.

Observación N° 6.

Que en el caso de las Directoras, Carla Karina Michel Borda y Giovanna Martínez Rojo, no fungían como Directoras Titulares, durante el primer período, aspecto que exime de responsabilidad y que deben dar lugar a la revocatoria de la Resolución.

Análisis de la observación.

Luego del análisis de los documentos que cursan en el expediente, se verifica que las Consejeras Giovanna Martínez Royo y Carla Michel Borda, efectivamente asumieron el cargo en fecha 17 de abril de 2012 y fueron registradas en el Sistema de Directores, Ejecutivos y Funcionarios de esta Autoridad de Supervisión en fecha 25 de abril de 2012.

Los periodos bisemanales de requerimiento de Encaje Legal tienen un periodo de 8 días de rezago para su constitución. En este sentido el **primer periodo** bisemanal en el cual se generó la deficiencia en el Encaje Legal superior al 1% del total requerido, comprendió del 2 al 16 de abril de 2012 y tenía un plazo hasta el **23 de abril de 2012** para ser regularizado, fecha en la cual las señoras Directoras cumplían ya sus funciones.

En el **segundo periodo** bisemanal, éste se inició del 16 al 29 de abril de 2012, y con excepción del primer día, las Directoras ya estaban en el ejercicio pleno de sus funciones, teniendo hasta el 7 de mayo de 2012 para regularizar la deficiencia observada.

Por lo analizado, las Directoras del Consejo de Administración estaban en pleno ejercicio de sus funciones para subsanar las deficiencias presentadas, en razón de la responsabilidad que implica tal instancia de gobernabilidad las cuales son asumidas inmediatamente a su posesión, es decir, a partir del 17 de abril de 2012.

Observación N° 7.

Como emergencia de los desfases en el Encaje Legal, no se ha generado daño económico ya que la institución regularizó, haciendo énfasis en que este hecho no se presentó en otra oportunidad, por lo que la multa pecuniaria no se ajusta a la sanción impuesta.

Análisis de la observación.

Del presente análisis, se puede establecer que las Recurrentes solicitan que esta observación sea sancionada con una amonestación escrita, en apego al artículo 101 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), que dice: “La amonestación será escrita. Re caerá sobre altas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas (...) incurridas por negligencia o imprudencia no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad, que no causen daño o perjuicio económico a la entidad financiera ni a sus clientes y se enmienden o regularicen...”.

Sobre la solicitud de la Cooperativa, se puede establecer:

- ✓ La falta cometida por las Recurrentes, que forman parte del Consejo de Administración, por una parte y la Gerente General, no puede considerarse como una sanción de “amonestación”, en razón de que esta sanción se aplica a infracciones u omisiones leves a sus reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de esta Autoridad de Supervisión.
- ✓ La omisión en la que han incurrido los miembros del Consejo de Administración y la Gerencia General es considerada una infracción a la Ley de Bancos y Entidades Financieras, artículo 113 la cual menciona: “cuando la entidad de intermediación financiera incurra en cualquiera de las causales del artículo anterior (refiriéndose al

artículo 112, inc. c), su Directorio u órgano equivalente y/o sus administradores deberán reportarlo de inmediato a la Superintendencia”.

- ✓ Asimismo, el artículo 154 de la mencionada Ley (1488), refiere las atribuciones de esta Autoridad de Supervisión, entre las cuales se encuentra las de exigir el cumplimiento de las normas legales, técnicas y reglamentarias a todas las entidades públicas, privadas y mixtas que realicen en el territorio de la República, actividades de intermediación financiera.
- ✓ Finalmente, el artículo 60 del Reglamento de Sanciones de esta Autoridad de Supervisión, establecida en el Libro 7º, Título II, Capítulo II, autoriza a esta Autoridad de Supervisión analizar, evaluar y, de ser el caso, sancionar a quien corresponda, razón por la cual se procedió a aplicar la sanción que ameritaba el caso.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Auto de fecha 4 de abril de 2013, esta Autoridad de Supervisión dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio sobre reporte a esta Autoridad de Supervisión de la Deficiencia de Encaje Legal mayor al uno por ciento (1%) del requerido, por dos (2) periodos consecutivos de parte de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta “PIO X” Ltda., dispuso la acumulación de los trámites T-466046 de las señoras Giovanna Martínez Royo, Carla Michel Borda y Sra. Rosario Arnez Zapata, por tener identidad de interés y objeto, en aplicación 44 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo (...)

CONSIDERANDO:

Que, según el Informe Legal ASFI/DAJ/R-50334/2013 de 8 de abril de 2013, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos, en consideración a los fundamentos legales expuestos en el mismo, se efectuó la evaluación de los argumentos presentados en Recurso de Revocatoria por las recurrentes, señoras Giovanna Martínez Royo, Carla Michel Borda y Sra. Rosario Arnez Zapata, concluyéndose que no se desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013.”

5.2. Resolución Administrativa ASFI N° 045/2013 de 23 de enero de 2013.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 330/2013 de 6 de junio de 2013, mediante la cual confirmó la Resolución ASFI N° 200/2013 de 9 de abril de 2013.

Los argumentos presentados, en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, en aplicación los principios de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, esta Autoridad de Supervisión, en el presente Recurso de Revocatoria, ha procedido al análisis de la documentación que cursa en el expediente de una manera razonada, siguiendo las reglas de la lógica, el buen sentido y el entendimiento humano, compulsando los antecedentes que dieron origen a la controversia.

Antecedentes de la sanción

Del reporte del Sistema de Información Financiera (SIF), analizado en esta Autoridad de Supervisión, se pudo advertir que la Cooperativa de Ahorro y

Crédito Abierta "PIO X" Ltda. presentó deficiencias en el Encaje Legal mayor al 1% del requerido durante dos periodos consecutivos, contraviniendo el inciso c) del artículo 112 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), de acuerdo al siguiente detalle:

ENCAJE LEGAL (EN BOLIVIANOS)							
PERIODO	TIPO	MONEDA	REQUERIDO	CONSTITUÍDO	DEFICIENCIA	TOTAL REQUERIDO	% DE LA DEFICIENCIA SOBRE EL ENCAJE TOTAL REQUERIDO
Del 02/04/2012 al 16/04/2012	En efectivo	ME	2,487,707.20	1,976,601.80	(511,105.60)	15,451,485.32	4.33%
	En Título		9,985,751.80	9,828,348.20	(157,403.60)		
Del 16/04/2012 al 30/04/2012	En efectivo	ME	2,512,532.10	1,813,209.70	(699,322.40)	15,608,310.95	4.48%

Como consecuencia de estas deficiencias y no haberse informado a esta Autoridad de Supervisión, conforme lo dispone el artículo 113 de la referida Ley (LBEF), se sancionó a los miembros del Consejo de Administración y a la Gerente General de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "PIO X" Ltda. con multa personal del 50% de la dieta mensual y a la Gerente General con multa personal del 25% de su remuneración total mensual.

Recurso de Revocatoria

Mediante memorial de 9 de mayo de 2013, los Directores del Consejo de Administración de la Iván Cossio Llanos, Marcia Gisela Ferrel Quintana, Marcelo Terán Grandi, Oscar García Arozqueta, Leslie Padilla de Reyes miembros de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Pio X" Ltda. interpusieron Recurso de Revocatoria contra la Resolución N° 200/2013 de 9 de abril de 2013, solicitando por una parte la nulidad de obrados y por otra la revocatoria de la misma.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis y examen de los argumentos expuestos por el recurrente, se establece los siguientes aspectos:

- Sobre la solicitud de nulidad por parte de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "PIO X" Ltda., de que no se habría procedido con la notificación a todas las partes, es decir a los demás miembros del Consejo de Administración, dando lugar a una indefensión, lesionando el debido proceso y la seguridad jurídica; es pertinente considerar las causales de nulidad establecidas en el artículo 35 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

El artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, menciona: "Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los siguientes casos:

- a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio;
- b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;
- c) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido**
- d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado y;
- e) Cualquier otro establecido expresamente por ley".**

Cuando los recurrentes señalan como causal de nulidad el inciso c) **“Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”** y el inciso e) **“Cualquier otro establecido expresamente por ley”**, en que se ampara su petición de nulidad, se debe manifestar a los recurrentes que el procedimiento que sirve de sustento a los actos administrativos que emite esta Autoridad de Supervisión son: la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, el Decreto Supremo N° 27175 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera y demás normas análogas las que son la base legal en que se asientan los informes y las resoluciones emitidas.

El presente proceso administrativo, se inició con la Notificación de Cargos, dispuesto por el artículo 25 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, que menciona: “Las notificaciones que deban ser efectuadas con cargos y sanciones, ya fuere a personas naturales o jurídicas, se practicarán mediante comunicación escrita citando al presunto infractor...”. Asimismo, en el párrafo III del artículo 25, se establece en qué casos procede la notificación personal, estableciéndose: **“a)** Los de alcance particular que concluyen el procedimiento seguido ante una Superintendencia Sectorial y tengan carácter definitivo o los que sin serlo, impidan la prosecución de los trámites; (...) **d)** Los que determinen la apertura del periodo de prueba o del plazo para la presentación de descargos, e) La resolución que resuelva un recurso de revocatoria”.

A fin de que el plazo sea más favorable al administrado, la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, establece en su artículo 109 “El Superintendente, antes de la aplicación de una sanción, deberá notificar el cargo correspondiente a la institución o presunto infractor otorgándole un plazo no menor de dos (2) ni mayor de siete (7) días para efectuar su descargo o explicación pertinente”, es por esa razón que a las entidades financieras se les otorga un plazo de siete (7) días para su descargo correspondiente.

Es en este sentido, luego de la anulación dispuesta en la Resolución ASFI N° 096/2013 de 18 de febrero de 2013, por realizar una notificación fuera del horario hábil previsto en el artículo 19 de la Ley N° 2341, esta Autoridad de Supervisión inició nuevo proceso administrativo, notificando personalmente a cada uno de los miembros responsables de la contravención al artículo 112 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, de manera individual, a fin de que cada uno de ellos puedan presentar sus descargos correspondientes que los exima del cargo notificado y como ésta contravención no fue desvirtuada por ninguno de los recurrentes, se procedió de oficio a la acumulación de proceso, emitiéndose la resolución sancionadora ASFI N° 200/2013 de 9 de abril de 2013, contrario sensu se habría liberado y separado a alguno de los recurrentes de la multa establecida.

Por otra parte, son los mismos recurrentes que en su memorial de fecha 30 de agosto de 2012, solicitan enfáticamente se les notifique de manera personal, manifestando: “el periodo de información debió ser aperturado y notificado personalmente a todos y cada uno de nosotros, (...) vulnerando flagrantemente el debido proceso y nuestros derechos fundamentales...” (el subrayado es nuestro).

Con referencia al Principio de Unidad Procesal que alegan los recurrentes, siguiendo la doctrina del Derecho Administrativo, se tiene que cualquier actuación que se inicie ya sea de oficio por parte de la administración o a solicitud de parte, implica la formación de un expediente administrativo que debe contener la totalidad de actuaciones, diligencias y actos que se expidan en el transcurso de la misma. Se trata de un sistema de seguridad formal, que por razones de economía y eficacia debe ser respetado si se pretende que la Administración tenga una visión global e inmediata de toda la historia de la respectiva actuación.

De la misma forma lo entiende la instancia Jerárquica a través de la Resolución SG SIREFI RJ 72/2006 de 16 de octubre de 2006 que menciona: "la formación de un expediente administrativo, garantiza el principio de la unidad procesal que resguarda que toda actuación administrativa en procura, no sólo debe evitar dualidad de pronunciamiento sobre un mismo objeto, sino también de garantizar la economía procesal establecida en el artículo 4 literal k) de la Ley de Procedimiento Administrativo..." en la presente situación, esta Autoridad de Supervisión tiene conformado un solo expediente sobre el caso en particular que contiene toda la documentación inherente al caso en particular, por lo que la emisión de resoluciones sancionatorias estuvieron sujetas a los descargos personales que efectuados los miembros del Consejo de Administración y la Gerente General de la Cooperativa PIO X.

- El artículo 2º Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) (LBEF) establece que: "Las actividades de intermediación financiera y de prestación de servicios auxiliares financieros se encuentran sujetas al ámbito de aplicación de la presente ley, con el propósito de precautelar el orden financiero nacional y promover un sistema financiero sólido, confiable y competitivo. (...) La presente ley es de aplicación preferente frente a cualquier otra disposición legal en todo lo que dispone en sus distintos títulos". Asimismo, el artículo 154 dispone: "...9. Controlar el cumplimiento de las normas sobre encaje legal y liquidez en el sistema financiero. 10. Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales".

Cuando el artículo 112 de la citada ley, dispone: "Una entidad de intermediación financiera se encuentra en proceso de regularización, cuando incurra en una o más de las situaciones siguientes: (...) c) Deficiencias de encaje legal mayores al uno por ciento (1%) del requerido, por dos (2) periodos consecutivos...", está controlando el cumplimiento de las normas sobre el encaje legal. Ahora, cuando la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "PIO X" Ltda. incurre en contravención del artículo 112 de la LBEF, inmediatamente se debió aplicar el artículo 113º, que dice: "su Directorio u órgano equivalente y/o sus administradores deberán reportarlo de inmediato a la Superintendencia".

La segunda parte del referido artículo (113), que motivó la sanción de la Resolución ASFI N° 200/2013, menciona: "En caso de que sea la Superintendencia la que detecte la ocurrencia, de cualquiera de las causales señaladas en el artículo anterior, se impondrá al Directorio u órgano equivalente y administradores las sanciones previstas en la presente ley", ya que fue por revisión de la información reportada en el Sistema

de Información Financiera (SIF) que se evidenció las deficiencias presentadas por la entidad financiera.

Con referencia a la inapropiada modulación del artículo 102 de la Ley de Bancos, ésta modulación se basa en la contravención A LA LEY N° 1488 DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS (Art. 112 y 113) y no así a faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos o normas y políticas internas de la entidad financiera.

Sobre la regularización subsanada por la entidad financiera en fecha 7 de mayo de 2012, es importante explicar los periodos de encaje legal que se establecen para este tema:

La tipificación de la falta se encuentra establecida en el Libro 2º, Título II, Capítulo VIII, Sección 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y establece la explicación de los periodos de Encaje Legal que deben cumplir las entidades de intermediación financiera:

- Periodo de requerimiento de encaje legal, es el periodo de catorce días continuos determinados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a través de un calendario anual, para fines de cómputo de encaje legal:
- Periodo de constitución de encaje Legal, es el periodo de catorce días continuos, rezagados en ocho días en relación con el período de requerimiento de encaje legal, cuyo calendario, coincide con los períodos bisemanales para el cálculo por deficiencias de encaje legal, se publica anualmente por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Del análisis técnico realizado en el Informe ASFI/DSR II/R-49156/2013 de 5 de abril de 2013, sobre el cuadro de referencia, se advierte que la constitución de Encaje Legal por Bs2,543,648 (Dos millones quinientos cuarenta y tres mil seiscientos cuarenta y ocho 00/100 bolivianos) **realizado el 7 de mayo de 2012**, en las cuentas 112.01 ó 112.05 **no fue suficiente**, explicándose de la siguiente manera:

- El primer periodo bisemanal el desencaje fue del 2 al 16 de abril de 2012, donde la Cooperativa "PIO X" contaba con un plazo para su regularización hasta el 23 de abril de 2012.
- El segundo periodo bisemanal fue del 16 al 30 de abril de 2012, eso quiere decir 14 días, contando con un plazo adicional para su regularización hasta el **7 de mayo de 2012**.
- Realizado el seguimiento, se tiene que a partir del 24 de abril de 2012 la Cooperativa "PIO X", empieza a presentar deficiencia en la conciliación entre el Monto requerido y el constituido en la cuenta 112.01 o 112.05.
- El **7 de mayo de 2012** (último día para regularizar el encaje), la Cooperativa "PIO X", deposita el monto de Bs2.543,648,00 por concepto de Encaje Legal, situación que **para ese día**, no presenta deficiencia.

- Concluido el plazo para la contabilización y realizado el PROMEDIO de todos los saldos, el Sistema detecta que existe DEFICIENCIA EN EL ENCAJE LEGAL, ya que el depósito efectuado el último día, **NO FUE SUFICIENTE, para subsanar la deficiencia.**
- Guillermo Cabanelas define el non bis in ídem como un aforismo latino que significa “no dos veces sobre lo mismo”. Es así que éste supone la prohibición de castigar doblemente en el ámbito administrativo.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, evidentemente sancionó a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta “PIO X” Ltda. a través de la Resolución **ASFI N° 393/2012** de 10 de agosto de 2012, con una multa pecuniaria mínima de 500 (QUINIENTOS 00/100) Derechos Especiales de Giro (DEG), la cual quedó anulada por la Resolución ASFI N° 496/2012 porque se omitió notificar a los miembros del Consejo de Administración vulnerando el principio del Debido Proceso.

Al anularse el referido proceso administrativo, la entidad financiera tuvo la oportunidad de solicitar la devolución de la multa, ya que éste trámite se realiza a petición de parte, como claramente lo expresa la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 046/2011 de 16 de septiembre de 2011, que menciona: “La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no puede disponer de recursos que no son de su propiedad ya que al momento de anular la Resolución Administrativa (...) todos los actos procesales llevados a cabo hasta el momento de la anulación quedaron sin efecto legal alguno y esta disposición incluye el empozo de la multa realizada por el administrado, (...) a no ser que de manera expresa el recurrente manifieste su voluntad y solicite que el monto depositado con anterioridad pase a cubrir la sanción impuesta en el nuevo acto administrativo...” (el subrayado es nuestro).

En este sentido, la Cooperativa recién en fecha 13 de mayo de 2013 hace llegar su requerimiento de devolución de la multa impuesta de 500 DEG’s, equivalente a Bs5.292.28, la cual fue atendida oportunamente y depositada en la cuenta N° 10000004715831 del Banco Unión S.A. en fecha 29 de mayo de 2013, a nombre de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta “PIO X”, situación que se regulariza a petición de la entidad financiera.

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, determina en el parágrafo I del artículo 332, que las entidades financieras estén reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, de derecho público y con jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137 del Decreto Supremo No. 29894 de 7 de febrero de 2009, se establece que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema

Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, el artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993, señala entre las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, el vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera y el de ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades que intermedien recursos financieros.

Que, la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por disposición de la Ley, es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera, valores y seguros.

Que, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, designó a la ciudadana Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, "Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras" dispone en el parágrafo I que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva, asimismo el artículo 43 del citado Decreto Supremo, establece las formas de resolver el recurso de revocatoria interpuesto por los recurrentes.

Que, el artículo 48 del citado Decreto Supremo N° 27175, dispone que en el plazo de veinte días hábiles administrativos el Órgano de Supervisión deberá sustanciar el recurso y dictar resolución.

Que, el artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), dispone el reporte inmediato a esta Autoridad de Supervisión cuando las entidades de intermediación financiera incurran en cualquiera de las causales establecidas en el artículo 112 de la citada Ley..."

6. RECURSOS JERÁRQUICOS.-

6.1. Recurso Jerárquico de 2 de mayo de 2013.-

Mediante memorial presentado el 2 de mayo de 2013, por las Sras. **GIOVANNA AURORA MARTÍNEZ ROYO, CARLA MICHEL BORDA y ROSARIO ARNEZ ZAPATA**, las dos primeras en su calidad de Directoras titulares del Consejo de Administración de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Pío X" Ltda., y la última, como Gerente General de la misma entidad de intermediación financiera, interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 199/2013 de 9 de abril de 2013, alegando para ello lo siguiente:

“...I. FUNDAMENTOS DE HECHO

1.- Que en fecha 10 de julio de 2.012 se emiten los cargos ASFI/DSR ÍI/R-83892 respecto al desencaje que se habría producido al interior de la Cooperativa por dos periodos consecutivos.

2.- Que, los cargos fueron notificados a la Sra. Gerente de la Institución quien en el plazo previsto por ley presenta los descargos respectivos a objeto de acreditar la inexistencia de responsabilidad sobre los hechos que motivaron el inicio del proceso administrativo.

3.- Que, concluido el periodo de prueba en fecha 10 de agosto de 2.012 se emite la Resolución ASFI No. 393/2012 mediante el cual se impone sanciones Administrativas a la Cooperativa como persona Jurídica con multa de 500 DEGs a ser repetidos contra los Directivos y Gerencia.

4.- Que, esta resolución fue objeto de impugnación por los Directores del Consejo de Administración mediante memorial de fecha 4 de agosto de 2.012 y memorial de 18 de septiembre de 2.012.

5.- Como emergencia de la impugnación antes referida esa instancia de Supervisión **MEDIANTE RESOLUCIÓN No. 496/2.012 DE FECHA 12 DE SEPTIEMBRE DE 2.012 ANULA EL PROCESO SANCIONATORIO INICIADO CONTRA LA COOPERATIVA HASTA LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS ASFI/DSR II/R-83892 DE 10 DE JULIO DE 2.012**, así (sic) se tiene de la parte resolutive de la referida resolución.

6.- Que, una vez anulado el procedimiento sancionatorio **QUE TRAE COMO EFECTO JURÍDICO LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 393/2012 Y POR ENDE SU INEFICACIA JURÍDICA**, se procede a una nueva notificación con los cargos a los Directores del Consejo de Administración **NO OBSTANTE DE ELLO SIN PROCEDER CON LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS A TODOS LOS DIRECTORES CONFORME DISPONE LA RESOLUCIÓN QUE RESUELVE LA NULIDAD DE OBRADOS EN CONCORDANCIA A QUE TODA ETAPA PROCESAL POR PRINCIPIO DE UNIDAD PROCESAL RESULTA SER COMÚN Y PERENTORIO A TODOS LOS SUJETOS PROCESALES, LA AUTORIDAD DICTA UNA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA EN CONTRA DE ALGUNOS SUJETOS PROCESALES.**

Aspecto éste que VIOLENTA LA UNIDAD DEL PROCESO ADMINISTRATIVO POR LO QUE AMERITA LA NULIDAD DE OBRADOS HASTA EL ESTADO DE NOTIFICARSE A TODOS LOS DIRECTORES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN CON LA MISMA ETAPA PROCESAL PUESTO QUE, EN FUNCIÓN A ESE PRINCIPIO DE UNIDAD QUE LA MISMA AUTORIDAD RECONOCE MEDIANTE AUTO DE FECHA 04 DE ABRIL DEL 2013 NO PUEDE DICTARSE RESOLUCIÓN PARA UNOS ESTANDO PENDIENTE LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS PARA OTROS, PUES NO RESULTA COHERENTE JURÍDICA NI PROCEDIMENTALMENTE QUE EXISTAN DOS RESOLUCIONES SANCIONATORIAS EN UN MISMO PROCEDIMIENTO QUE TIENE COMO BASE UN MISMO HECHO GENERADOR Y LOS MISMOS SUJETOS PROCESALES

ASPECTOS ESTOS QUE AFECTAN AL DEBIDO PROCESO EN CUANTO AL DEBER QUE TIENEN LOS ADMINISTRADORES O JUZGADORES DE ADECUAR SUS ACTOS Y EL PROCESO A LA NORMA OBJETIVA Y EL DERECHO QUE LOS ADMINISTRADOS O JUZGADOS TENEMOS A UN PROCESO JUSTO EN EL QUE SE OBSERVEN LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, inobservancia que motivan la nulidad de todo lo obrado hasta el estado de cumplirse con la formalidad de notificación de cargos a todos los Directores del Consejo de Administración a partir de una misma etapa procesal.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

A.- Del contenido y alcance del D.S. 27175 y su respectivo Reglamento, **el procedimiento administrativo está constituido por un conjunto de actos concatenados entre sí que deben seguirse para imponer una sanción administrativa o imponer sanciones personales,** procedimiento integrado por varias Etapas (sic) o fases que deben seguirse sistemáticamente a cuyo interior se opera el principio de preclusión vale decir que, para ingresar a una etapa posterior se debe agotar la etapa anterior propiciando o garantizando en cada etapa la actividad de **todos los sujetos procesales y la instancia administrativa que intervienen,** en este entendido en el caso que nos ocupa **el Proceso Administrativo conlleva distintas etapas procesales que deben cumplirse:**

Dentro este contexto es necesario aclarar y volver a reiterar que los cargos se **ESTAN ENDILGANDO A VARIOS SUJETOS (Gerente y los nueve miembros del Consejo de Administración) VALE DECIR QUE EXISTEN PLURALIDAD DE PROCESADOS, MISMOS QUE EN SU TOTALIDAD DEBEN CONCLUIR CON LAS ACTIVIDADES DE UNA ETAPA PROCESAL ANTES DE PASAR A UNA SIGUIENTE ETAPA PROCESAL ASPECTO ESTE QUE NO OCURRIO EN EL PRESENTE CASO YA QUE,** violentándose de esta manera la unidad del procedimiento, el principio de preclusión y la aplicación objetiva de la ley en cuanto a la secuencia de los actos procesales y las etapas procedimentales que deben cumplirse, cuya omisión trae consigo la vulneración del debido proceso y por ende la nulidad o reposición de obrados hasta el vicio más antiguo que en este caso es hasta el estado de notificarse a todos los Directores con las notas de cargo.

Asimismo según nuestro Procedimiento Administrativo la segunda Etapa es la de las Probanzas la misma que una vez precluida por todos los Sujetos Procesales pasa a la siguiente Etapa que es la de la Resolución.

A mayor abundamientos, (sic) los cargos que se endilga a los Directores y Gerente de la Cooperativa tienen su origen **EN UN MISMO HECHO GENERADOR, EL MISMO OBJETO Y FINALIDAD POR TANTO, LA RESOLUCION DEBE RECAER SOBRE TODOS LOS SUJETOS Y NO SOLO SOBRE PARTE DE LOS INVOLUCRADOS COMO OCURRIO EN EL PRESENTE CASO,** VICIÁNDOSE DE NULIDAD EL PROCESO AL DICTARSE UNA RESOLUCION SANCIONATORIA SOBRE UNOS DIRECTORES SIN HABERSE CONCLUIDO INICIALMENTE CON TODAS LAS ACTIVIDADES DE UNA ETAPA PROCESAL POR TODOS LOS SUJETOS INVOLUCRADOS EN UN MISMO HECHO GENERADOR DEL PROCESO ADMINISTRATIVO, aspecto este que violenta e irrumpe el principio de preclusión y la unidad del

procedimiento administrativo ya que sin haberse agotado una etapa del proceso se pasa a una siguiente con pronunciamiento de resolución.

En ese sentido la AUTORIDAD AL EMITIR UNA SANCIÓN SÓLO EN RELACIÓN A UNOS SUJETOS PROCESALES YA ESTABLECIO UN JUICIO DE VALOR ANTICIPADO EN RELACIÓN A LOS OTROS, POR LO QUE QUEDA LA SUSCEPTIBILIDAD DE FALLO QUE PODIA DARSE EN RELACIÓN A LOS OTROS DIRECTORES QUE SE ENCUENTRAN EN UNA ETAPA INFERIOR, EN ESE SENTIDO NOS PREGUNTAMOS ¿PODIA FALLAR LA AUTORIDAD PARA LOS OTROS DE DISTINTA MANERA CUANDO DENTRO DE UN MISMO PROCESO YA EMITIO FALLO DE MANERA ANTICIPADA?, CONSIDERAMOS QUE NO.

Dentro de esta Lógica Jurídica la norma nos enseña a partir del Decreto Supremo Nro. 27113 de 23 de Julio del 2003, en su inciso e) del artículo 62 que en el **Procedimiento Administrativo TODA Autoridad Administrativa tiene el deber y la facultad de proveer en una sola resolución todos los trámites que, por su naturaleza y objeto admitan acumulación.**

Aspecto éste que para el presente caso no sucedió, ya que en primera instancia se tiene un FALLO QUE EMITE UNA SANCIÓN DE MANERA ANTICIPADA EN CONTRA DE UNOS SIN QUE LOS OTROS HAYAN AGOTADO TODAS LAS ACTIVIDADES QUE FRANQUEA UNA ETAPA PROCESAL, ABRIENDO DE ESTA MANERA LA SUSCEPTIBILIDAD DE QUE SE PUEDA EMITIR UN FALLO DISTINTO EN RELACIÓN A LOS OTROS DIRECTORES. Por otro lado, la Ley de Procedimiento Administrativo Nro. 2341 de 23 de abril del 2003, **determina en su artículo 44 que el órgano administrativo que inicie un trámite o procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer de oficio o a instancia de parte su acumulación a otro u otros procedimientos cuando éstos tengan una visión idéntico interés y objeto.**

Esta acumulación de procedimientos responde al principio de UNIDAD PROCESAL que a la vez **IMPLICA UN SISTEMA DE SEGURIDAD FORMAL. QUE POR RAZONES DE ECONOMIA Y EFICACIA DEBE SER RESPETADO. SI SE PRETENDE QUE LA ADMINISTRACIÓN TENGA UNA VISIÓN GLOBAL E INMEDIATA DE TODA LA HISTORIA DE LA RESPECTIVA ACTUACIÓN.**

LA MISMA AUTORIDAD MEDIANTE AUTO DE ACUMULACIÓN DE PROCESOS DE FECHA 04 DE ABRIL DEL 2013 RECONOCE QUE:

“La formación de un único expediente administrativo garantiza el ya señalado principio de la unidad procesal que resguarda toda actuación administrativa en procura de evitar dualidad de pronunciamiento y garantizar la economía procesal evitando la dispersión del procedimientos administrativo”

Por lo que Dispone la Acumulación de los trámites Nro. 466046 correspondientes solo al proceso ADMISNITRATIVO (sic) SEGUIDO EN CONTRA DE LAS SRAS. CARLA KARINA MICHEL BORDA, GIOVANNA AURORA MARTINEZ ROYO Y ROSARIO ARNEZ ZAPATA, ya que los mismos trámites dice “...guardan identidad de objeto e interés por cuanto las notificaciones de cargo cursadas a las nombradas Directoras y a la Gerente General

son idénticas y versan sobre los mismos hechos objeto del proceso administrativo refiriéndose, en todos los casos, al mismo incumplimiento. Sin embargo a partir de esta reflexión que la misma AUTORIDAD REALIZA nos preguntamos:

EL PROCESO SANCIONADOR EN CONTRA DE LOS DEMAS DIRECTORES ES DISTINTO?, TIENE OTRO HECHO GENERADOR? SON DISTINTAS CAUSAS? NO SON REFERENTES A CASO (sic) AL MISMO INCUMPLIMIENTO?

Y de manera irónica e incongruente en su parte fundamental establece que dando cumplimiento a la normativa vigente resuelve unificar el procedimiento sólo en relación a nuestras personas.

A tiempo de solicitar la Nulidad de Obrados habíamos solicitado a su Autoridad que justamente en mérito esos **CRITERIOS JURIDICOS CON LOS QUE RAZONA RARA EMITIR MEDIANTE AUTO DE FECHA 04 DE ABRIL DEL 2013**, se acumulen los procedimientos en relación a todos los sujetos procesales, sin embargo en total incongruencia hace caso omiso a esta petición y procede a la Acumulación en relación a unos cuantos. En este sentido la Autoridad no está cumpliendo con la aplicación de este principio procesal ya que nos encontramos frente a una resolución que resuelve diferente al petitorio, dentro este contexto, en casos similares las resoluciones son conocidas o denominadas como incongruentes, por lo tanto, dentro del mismo proceso deben ser revocadas o en su defecto ser declaradas nulas para solucionar el problema generado.

Por otro lado llama la atención **EN LA RESOLUCIÓN ASFI NRO. 199/2013 CUANDO LA AUTORIDAD RAZONA Y ESTABLECE QUE “...las recurrentes no señalan la causal de nulidad en que se ampara su petición.....”** en este sentido es menester aclarar que la causal de nulidad planteada en el RECURSO REVOCATORIO está sustentada en la norma referida por el Art. 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo que menciona que: **“Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los siguientes casos”...** entre ellos el inc. **c) Los que hubiesen sido dictados total (sic) y absolutamente del procedimiento legalmente establecido:**

e) Cualquier otro establecido expresamente por ley”

Dentro este contexto será que la Autoridad considera que la Resolución ha sido dictada cumpliendo con los procedimientos que rige la normativa Administrativa?

Acaso los antecedentes del presente proceso sancionador no constituyen elementos suficientes para establecer y determinar que existen **VICIOS DE NULIDAD EN EL ACTUAL PROCEDIMIENTO.**

Dentro este MARCO CONTEXTUAL Y LOGICO JURIDICO sobre las CAUSAS DE NULIDAD la Jurisprudencia Constitucional ha sentado línea en sentido de que cuando se atenta contra un derecho fundamental como el derecho de defensa, la seguridad jurídica, el debido proceso y a la propiedad entre otros, es viable interponer incidente de nulidad aún en Ejecución de Sentencia. Bajo esta línea de razonamiento y en resguardo de la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa, sostiene el Tribunal Constitucional en la SC. 103/01-R de 8- 02-2001, señalando que **“...los**

tribunales, jueces y Autoridades que administran Justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes, así lo prevé expresamente el art. 3-1) y 3) del Código de Procedimiento Civil, disposición que es de cumplimiento obligatorio por mandato del art. 90 del mismo cuerpo legal(...) Que, la calidad de cosa juzgada, si bien por disposición de la Ley, tiene carácter inalterable e irrevisable; empero, no puede invocarse dicha calidad, cuando se han infringido normas procedimentales que atañen y conciernen a derechos fundamentales dentro de un proceso, en cuyo caso la vía constitucional queda abierta y expedita para corregir y reparar dichas violaciones...”.

Asimismo, nuestra doctrina nos enseña que, la impugnación de nulidad procede mediante un incidente dirigido a obtener la invalidación de los actos procesales nulos. Cualquiera de las partes que sea perjudicada puede solicitar que, en la vía incidental, se declare la nulidad de los procedimientos consumados y se repongan las cosas al estado que tenían antes de consumarse la nulidad.

FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES DE LA NULIDAD.

1.- La Jurisprudencia Constitucional respecto al debido proceso que debe observarse tanto por la Jurisdicción Ordinaria como la administrativa, a través de la parte pertinente de la SC. 103/01-R de 8-02-2001, nos enseña lo siguiente:

La garantía del debido proceso ha sido definida por el Tribunal Constitucional como: “...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que puedan afectar sus derechos (SC 0418/2000-R Y 1276/2001-R. Se entiende que el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las Autoridades Judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la FUNDAMENTACIÓN O MOTIVACIÓN de las resoluciones Judiciales o Administrativas.”

En el caso presente al haberse dictado una primera resolución sancionadora en contra de unos y se ha violentado el debido proceso en su componente AL PROCESO JUSTO QUE SE DEBE DESARROLLAR CONFORME A LAS NORMA OBJETIVA, DEBIDO PROCESO QUE TIENE POR FINALIDAD TAMBIEN EL GARANTIZAR **LA IGUALDAD Y EQUIDAD JURIDICA** que debe existir en todo procedimientos,(sic)

3.- (sic, debió decir “2”) En el orden doctrinal la anulación de actos emergen de los vicios procesales que afectan al procedimiento administrativo, mismos que al ser denunciados o advertidos por la Autoridad sancionadora deben motivar la reposición de obrados, al respecto nos permitimos citar lo siguiente:

Al respecto, la doctrina administrativa considera que: “ el instituto jurídico de los actos anulables, indica que los actos administrativos son y deberán ser

considerados válidos hasta el momento en que sean declarados por Autoridad competente anulados o revocados, para lo cual es necesario que los mencionados vicios de procedimiento, sean denunciados por el interesado ante la Autoridad Administrativa competente, toda vez que cuando se trata de actos anulables, por lo general los vicios de los cuales adolecen no son manifiestos y requieren de una investigación de hecho” (Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, tomo 3, pág. XI, Ed. 2003).

Por los antecedentes de hecho y derecho expuestos precedentemente solicitamos a su Autoridad que, previa compulsas de los hechos y la revisión de antecedentes se sirva dictar auto motivado declarando la **NULIDAD O REPOSICIÓN DE OBRADOS HASTA EL VICIO MAS ANTIGUO VALE DECIR HASTA EL ESTADO DE UNIFICAR O ACUMULAR TODOS LOS EXPEDIENTES DENTRO DE UNA MISMA ETAPA PROCESAL, ELLO CONCERNIENTES A TODOS LOS SUJETOS PROCESALES, TOMANDO EN CUENTA QUE EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EXISTE PLURALIDAD DE SUJETOS QUE SE ENCUENTRAN SOMETIDOS A SUS EMERGENCIAS COMO CONSECUENCIA DE UN MISMO HECHO GENERADOR, MISMA CAUSA Y OBJETO, COMO ADEMAS FUE RECONOCIDA POR LA MISMA AUTORIDAD MEDIANTE AUTO DE 04 DE ABRIL DEL 2013 EN RELACIÓN SOLO A ALGUNOS SUJETOS PROCESALES.**

OTROSI.- Sin perjuicio de la nulidad planteada tengo a bien interponer recurso JERARQUICO en contra la resolución REVOCATORIA ASFI 199/2013 DE FECHA 09 DE ABRIL DE 2.013 conforme a los siguientes fundamentos:

1.- PROCEDENCIA DEL RECURSO POR APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY 2341 Y los (sic) D.S. 27175 Y EL D.S. 27113

A tiempo de pronunciarse la **Resolución Sancionadora** motivo del presente recurso, ha existido una incorrecta aplicación e interpretación de lo que establece el marco normativo de la Ley 2341 y su Decreto Supremo 27113, Así (sic) como su Decreto supremo 27175, resolución que es contraria al principio taxativo del derecho administrativo sancionador ya que, se nos aplica una sanción **económica indebida vulnerando el principio de la seguridad jurídica y el Debido Proceso** entendiéndose en ambos casos como la protección constitucional a la actuación arbitraria estatal; que determina que en la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado.

En ese orden de cosas al haberse fraccionado el procedimiento administrativo pronunciándose resolución con imposición de sanciones económicas que han generado que actualmente un **SOLO PROCEDIMIENTO SE FRACCIONE EN ETAPAS DISTINTAS, VALE DECIR QUE DENTRO UN SOLO PROCEDIMIENTO MIENTRAS UNOS SE PREDISPONEN A UTILIZAR EL RECURSO REVOCATORIO QUE FRANQUEA LA LEY, OTROS COMO EN EL PRESENTE CASO IMPUGNAN LA RESOLUCIÓN A TRAVÉS DEL RECURSO JERARQUICO, ASPECTO ESTE QUE INDUDABLEMENTE GENERA CIERTA SUSCEPTIBILIDAD E INSEGURIDAD JURIDICA DENTRO DE UN DEBIDO PROCESO, NOTE SU AUTORIDAD QUE EN EL PRESENTE CASO “SE PUEDE EMITIR NUEVAMENTE UN JUICIO DE VALOR ANTICIPADO**

EN RELACIÓN A LOS OTROS DIRECTORES". (EL PRESENTE CASOR (sic) RESULTA SER SUIGENERIS (sic) EN NUESTRA ECONOMIA (sic) JURIDICA PROCESAL)

2.- PROCEDENCIA DEL RECURSO POR UNA INADECUADA VALORACION EN LA TIPIFICACION DE FALTAS E INAPROPIADA MODULACIÓN DEL ART. 102 DE LA LEY DE BANCOS.

Consideramos que la **SANCION ECONOMICA QUE CONTIENE LA RESOLUCIÓN ASFI 095/2013 DE FECHA 18 DE FEBRERO DEL 2013 Y LA RESOLUCION REVOCATORIA 199/2013 CONFIRMATORIA DE FECHA 09 DE ABRIL DE 2013 CONTIENE UN EXCESO DE VALORACION NEGATIVA A MOMENTO DE ESTABLECER LA SANCION IMPUESTA**, dentro de este contexto, como representantes y funcionarios de la COOPERATIVA "PIO X" LTDA., en lo posible y dentro las condiciones materiales de nuestra actividad siempre estamos abocados al cumplimiento y observancia de la ley y las normas que rigen la actividad de intermediación financiera.

SEÑOR MINISTRO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS de la información y documentación que cursa ante ese ente de control y fiscalización se puede evidenciar.

1.- EN CUANTO AL DEENCAJE LEGAL NO EXISTENTEN (sic) ANTECEDENTES DE REINCIDENCIA Y QUE A TRAVES DE LOS DESCARGOS HEMOS DEMOSTRADO OBJETIVA Y FEHACIENTEMENTE QUE LAS FALENCIAS FUERON OBSERVADAS Y CORREGIDAS OPORTUNAMENTE, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE A MOMENTO DE PROMEDIARSE HAYA EXISTIDO AÚN DEFICIENCIA, SITUACIÓN ESTA QUE FUE RECONOCIDA EN LA PROPIA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA MOTIVO DE IMPUGNACIÓN.

"ASI LA AUTORIDAD EN REFERENCIA A LA OBSERVACIÓN NRO 4 EN LA RESOLUCION ASFI NRO199/2013 RECONOCE QUE EL 07 DE MAYO DEL 2012 (ULTIMO DIA PARA REGULARIZAR E (sic) ENCAJE). LA COOPERATIVA "PIO X". DEPOSITA EL MONTO DE Bs. 2.543.648.00 POR CONCEPTO DE ENCAJE LEGAL SITUACIÓN QUE PARA ESE DIA NO PRESENTA DEFICIENCIA"

Situación ésta que acredita que la deficiencia en el **ENCAJE LEGAL AL DIA 07 DE MAYO DEL 2012**, NO OBSTANTE DEL PROMEDIO REALIZADO HABIA SIDO CONSITUITIDA Y SUBSANADA EN ESA OPORTUNIDAD, POR LO QUE A MOMENTO DE MODULAR LA SANCIÓN **ESTE ASPECTO NO PARECE HABER SIDO CONSIDERADO COMO ATENUANTE.**

3.- PROCEDENCIA DEL RECURSO POR VALORACION CONTRADICTORIA DE LOS HECHOS ENTRE LA RESOLUCIÓN ASFI NRO. 393/2012 Y LA RESOLUCIÓN ASFI SANCIONATORIA 095/2013.

Dentro este contexto llama la atención que la **AUTORIDAD** mediante **LA RESOLUCIÓN ASFI NRO. 393/2012 de fecha 10 de Agosto del 2012 con los mismos hechos y antecedentes del presente proceso sancionador haya realizado la valoración y la modulación de manera distinta a la RESOLUCIÓN ASFI 095/2013 Y LA RESOLUCIÓN CONFIRMATORIA 099/2013**, a este efecto en la argumentación del caso y en su último **CONSIDERANDO** establece:

"...CONCURREN ATENUANTES COMO EL HECHO DE QUE LA PRESENTE INFRACCIÓN NO TENGA EL CARÁCTER DE RECURRENTE LA ADOPCIÓN DE

MEDIDAS CORRECTIVAS DE PARTE DE LA ENTIDAD Y LA INEXISTENCIA DE DAÑOS A TERCEROS USUARIOS Y CLIENTES DEL SISTEMA FINANCIERO.”

“...que la Dirección de Supervisión de Riesgos II mediante Informe/DSR II/R-97209/2012 de 09 de Agosto del 2012 habiendo analizado los antecedentes, descargos y demás explicaciones presentadas, por parte de la COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA “PIO X” LTDA., ha recomendado la imposición de una sanción pecuniaria mínima...”

Análisis y Evaluación que origina una SANCIÓN ECONOMICA MUY DISTINTA AL DE LA IMPUESTA POR LA RESOLUCIÓN ASFI 095/2013 Y LA RESOLUCIÓN CONFIRMATORIA NRO. 199/2013 DE FECHA 09 DE ABRIL DEL 2013.

Sobre este aspecto vale decir que la imposición de dos o más sanciones a un mismo sujeto por un mismo hecho o su doble enjuiciamiento implica, sin más, una desproporción y la correlativa arbitrariedad (toda desproporción es siempre arbitraria), constitucionalmente proscritas ambas, tal como ha señalado la más acreditada doctrina.

Por otro lado, el respeto al principio de seguridad jurídica debe permitir al ciudadano, al menos potencialmente, prever las consecuencias jurídicas de sus actos, incluida la actuación de los poderes públicos, y, por lo que respecta a la prohibición de bis in ídem, el administrado o justiciable, según los casos, debe tener la confianza - o, casi sería más adecuado decir, la certeza - de que unos mismos hechos no van a ser valorados, no al menos negativamente, dos veces.

3.1. Naturaleza del principio non bis in idem

SEÑOR MINISTRO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS, su autoridad de los antecedentes existentes en el proceso podrá evidenciar que existe desproporción en la SANCIÓN ECONÓMICA impuesta, entre una primera Resolución y ésta última, en ese sentido se vulnera el principio de legalidad reconocido por la actual C.P.E. Asimismo, consideramos que la misma CONTRARIA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ENTRE LA INFRACCIÓN Y LA SANCIÓN. QUE EXIGE MANTENER UNA ADECUACIÓN ENTRE LA GRAVEDAD DE LA SANCIÓN Y LA DE LA INFRACCIÓN.

Para el caso SEÑOR MINISTRO su Autoridad podrá evidenciar que se sanciona dos veces un mismo hecho pero se lo hace desde perspectivas jurídicas distintas.

Por otro lado es menester incidir en el hecho de que **LA EXISTENCIA DE UNA SANCIÓN DEBE TOMAR EN CUENTA** que, como emergencia de los desfases en el encaje legal no hemos generado daño económico a la institución y que las situaciones observadas fueron regularizadas como reconoce la propia **AUTORIDAD**, asimismo, que con anterioridad no se presentó hecho similar atribuible a nuestras personas, aspectos éstos que hacen que la imposición de una multa pecuniaria no se ajuste a lo dispuesto por el art. 101 de la ley 1488 que señala lo siguiente:

"La amonestación será escrita, RECAERÁ SOBRE FALTAS, INFRACCIONES U OMISIONES LEVES A LOS REGLAMENTOS, ESTATUTOS, NORMAS Y POLITICAS INTERNAS INSTRUCCIONES Y CIRCULARES DE LA SUPERINTENDENCIA. INCURRIDAS POR NEGLIGENCIA O IMPRUDENCIA NO IMPUTABLES A LOS REPRESENTANTES LEGALES, APODERADOS Y EMPLEADOS DE LA ENTIDAD, QUE NO CAUSEN DAÑO O PERJUICIO ECONOMICO A LA ENTIDAD FINANCIERA NI A SUS CLIENTES Y SE ENMIENDEN O REGULARICEN. LA REINCIDENCIA EN LA INFRACCION SERA SANCIONADA CON MULTA."

Conforme se tiene de la resolución motivo de impugnación **EXISTE SUPUESTO INCUMPLIMIENTO A NORMAS RELATIVAS AL ENCAJE LEGAL, SITUACION ESTA QUE EN NINGUN MOMENTO CAUSO DAÑO ECONOMICO A LA COOPERATIVA A LOS SOCIOS O CLIENTES Y TAMPOCO SE PROPICIPIO (sic) NINGUN BENEFICIO NI VENTAJA DE CARÁCTER INSTITUCIONAL O PERSONAS (sic) QUE AMERITE IMPONERSE UNA SANCION ECONOMICA COMO DE LA QUE FUIMOS OBJETO, CONSIGUIENTEMENTE AL NO EXISTIR REINCIDENCIA, DAÑO ECONOMICO NI VENTAJAS NO CORRESPONDIA LA APLICACIÓN DE MULTAS SINO UNA AMONESTACION ESCRITA, TODO ELLO DE CONFORMIDAD A LO PREVISTO POR EL ART. 101 DE LA ELY (sic) 1408, CUYA INORSERVANCIA ACUSAMOS COMO FUNDAMENTO DE REVOCATORIA DE LA RESOLUCION IMPUGNADA.**

A tiempo de pronunciarse la resolución impugnada se dice que nuestro actuar se Considera como una infracción u omisión grave de acuerdo a los alcances **del Art. 102 de la Ley 1488**, la referida disposición legal establece lo siguiente:

"Las multas establecidas en los numerales 2 y 5 del Art. 99, serán aplicables a la Institución Financiera como **persona jurídica**, cuando las infracciones u omisiones benefician a la entidad financiera en cualesquiera forma, serán aplicados a directores, síndicos miembros de Consejos de Administración, apoderados, Gerentes y empleados según el grado de su responsabilidad. **La sanción se aplicara por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario** y que pudieron o debieron evitarse."

De la norma transcrita se puede evidenciar que **LA INFRACCION U OMISION GRAVE SE CONFIGURA Y SE COMETE CUANDO FRUTO DE LAS MISMAS SE OBTIENE PARA LA INSTITUCION UNA VENTAJA DE CUALQUIER TIPO, EN EL CASO PRESENTE NUESTRAS PERSONAS MENOS LA COOPERATIVA A (sic) OBTENIDO VENTAJAS INDEBIDAS. Y QUE EL DESENCAJE FUE REGULARIZADA (sic) ANTES DE LA NOTIFICACION CON LAS NOTAS DE CARGO.**

PETITORIO

Por los antecedentes expuestos y de conformidad a lo previstos por El art. 66 de la Ley 2341 que reconoce como medio de impugnación al Recurso Jerárquico contra la **RESOLUCION REVOCATORIA ASFI NRO. 199/2013 DE 09 DE ABRIL DEL 2013**, por lo que ratificando la prueba cursante en el presente proceso solicito a su **AUTORIDAD SEÑOR MINISTRO DE ECONOMIA Y FINANZAS PÚBLICAS**, para que sea **USTED**, quien previa compulsas de antecedentes **ANALIZANDO EN EL FONDO DE LA RESOLUCIÓN REVOQUE**

Y/O EN SU CASO ANULE LA SANCIÓN IMPUESTA EN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DEL RECURSO DE REVOCATORIA ASFI NRO. 199/2013 DE FECHA 09 DE ABRIL DEL 2013.”

6.2. Recurso Jerárquico de 24 de junio de 2013.-

Mediante memorial presentado el 24 de junio de 2013, los Sres. **IVÁN SIMÓN COSSÍO LLANOS, MARCIA GISELA FERREL QUINTANA, LESLIE PADILLA DE REYES, OSCAR GARCÍA AROZQUETA, MARCELO TERÁN GRANDI** interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 330/2013 de 6 de junio de 2013, con los siguientes fundamentos:

“...I- FUNDAMENTOS DE HECHO

1.- Que en fecha 10 de julio de 2.012 se emiten los cargos ASFI/DSR II/R-83892 respecto al desengaje que se habría producido al interior de la Cooperativa por dos periodos consecutivos.

2.- Que, los cargos fueron notificados a la Sra. Gerente de la Institución quien en el plazo previsto por ley presenta los descargos respectivos a objeto de acreditar la inexistencia de responsabilidad sobre los hechos que motivaron el inicio del proceso administrativo.

3.- Que, concluido el periodo de prueba en fecha 10 de agosto de 2.012 se emite la Resolución ASFI No. 393/2012 mediante el cual se impone sanciones Administrativas a la Cooperativa como persona Jurídica con multa de 500 DEGs a ser repetidos contra los Directivos y Gerencia.

4.- Que, esta resolución fue objeto de impugnación por los Directores del Consejo de Administración mediante memorial de fecha 4 de agosto de 2.012 y memorial de 18 de septiembre de 2.012.

5.- Como emergencia de la impugnación antes referida esa instancia de Supervisión **MEDIANTE RESOLUCIÓN No. 496/2.012 DE FECHA 12 DE SEPTIEMBRE DE 2.012 ANULA EL PROCESO SANCIONATORIO INICIADO CONTRA LA COOPERATIVA HASTA LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS ASFI/DSR II/R-83892 DE 10 DE JULIO DE 2.012**, así se tiene de la parte resolutive de la referida resolución.

6.- Que, una vez anulado el procedimiento sancionatorio **QUE TRAE COMO EFECTO JURÍDICO LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 393/2012 Y POR ENDE SU INEFICACIA JURÍDICA**, se procede a una nueva notificación con los cargos a los Directores del Consejo de Administración **NO OBSTANTE DE ELLO SIN PROCEDER CON LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS A TODOS LOS DIRECTORES CONFORME DISPONE LA RESOLUCIÓN QUE RESUELVE LA NULIDAD DE OBRADOS EN CONCORDANCIA A QUE TODA ETAPA PROCESAL POR PRINCIPIO DE UNIDAD PROCESAL RESULTA SER COMÚN Y PERENTORIO A TODOS LOS SUJETOS PROCESALES, LA AUTORIDAD DICTA UNA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA EN CONTRA DE ALGUNOS SUJETOS PROCESALES.**

...Aspecto éste que VIOLENTA LA UNIDAD DEL PROCESO ADMINISTRATIVO POR LO QUE AMERITA LA NULIDAD DE OBRADOS HASTA EL ESTADO DE NOTIFICARSE A TODOS LOS DIRECTORES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN CON LA MISMA ETAPA PROCESAL PUESTO QUE, EN FUNCIÓN A ESE PRINCIPIO DE UNIDAD QUE LA MISMA AUTORIDAD RECONOCE MEDIANTE AUTO DE FECHA 04 DE ABRIL DEL 2013 NO PUEDE DICTARSE RESOLUCIÓN PARA UNOS ESTANDO PENDIENTE LA NOTIFICACIÓN DE CARGOS PARA OTROS, PUES NO RESULTA COHERENTE JURÍDICA NI PROCEDIMENTALMENTE QUE EXISTAN DOS RESOLUCIONES SANCIONATORIAS EN UN MISMO PROCEDIMIENTO QUE TIENE COMO BASE UN MISMO HECHO GENERADOR Y LOS MISMOS SUJETOS PROCESALES.

...ASIMISMO, LA MISMA AUTORIDAD ARGUMENTA, FUNDAMENTA Y RAZONA A PARTIR DE LA DOCTRINA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, HACIENDO NOTAR QUE LA DOCTRINA NOS ENSEÑA "QUE, CUALQUIER ACTUACIÓN QUE SE INICIE YA SEA DE OFICIO POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN O A SOLICITUD DE PARTE IMPLICA LA FORMACIÓN DE UN EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO QUE DEBE CONTENER LA TOTALIDAD DE ACTUACIONES, DILIGENCIAS Y ACTOS QUE SE EXPIDAN EN EL TRANCURSO DE LA MISMA. SE TRATA DE UN SISTEMA DE SEGURIDAD FORMAL, QUE POR RAZONES DE ECONOMÍA Y EFICACIA DEBE SER RESPETADO SI SE PRETENDE QUE LA ADMINISTRACIÓN TENGA UNA VISIÓN GLOBAL E INMEDIATA DE TODA LA HISTORIA DE LA RESPECTIVA SITUACIÓN".

...ASIMISMO, DE MANERA PARADÓJICA RESALTAN HACEN REFERENCIA A LO QUE ESTABLECE LA RESOLUCIÓN SIREFI RJ 72/2006 DE 16 DE OCTUBRE DEL 2006 QUE MENCIONA: "LA FORMACIÓN DE UN EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO GARANTIZA EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD PROCESAL QUE RESGUARDA QUE TODA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA EN PROCURA, NO SÓLO DERE EVITAR DUALIDAD DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE UN MISMO OBJETO, SINO TAMBIÉN DE GARANTIZAR LA ECONOMÍA PROCESAL ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 4 LITERAL 4) DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO..... " BAJO ESTE CONTEXTO, LA AUTORIDAD QUIERE HACER CREER QUE EN LA PRESENTE SITUACIÓN, TIENE CONFORMADO UN SOLO EXPEDIENTE SOBRE EL CASO EN PARTICULAR QUE CONTIENE TODA LA DOCUMENTACIÓN INHERENTE AL CASO EN PARTICULAR, OLVIDÁNDOSE DE QUE SOBRE EL MISMO HECHO. Y CON LOS OTROS COMPONENTES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, EXISTE YA UN RECURSO JERÁRQUICO, EMERGENTE DE QUE NO SE HA EMITIDO UNA RESOLUCIÓN ÚNICA EN UN PROCESO QUE ATAÑE A TODOS LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. SIENDO QUE SE DERE EVITAR LA DUALIDAD DE PRONUNCIAMIENTO. VULNERANDO DE ESTA MANERA, LO QUE ESTA AUTORIDAD RECONOCE COMO "LA UNIDAD DEL PROCESO"

...COMO USTED PODRA ADVERTIR SEÑOR MINISTRO SON ESTOS ASPECTOS LOS QUE SE RECLAMAN Y SE IMPUGNAN. PORQUE CONSIDERAMOS QUE A TODAS LUCES SON LOS QUE AFECTAN AL DEBIDO PROCESO EN CUANTO AL DERER QUE TIENEN LOS ADMINISTRADORES O JUZGADORES DE ADECUAR SUS ACTOS Y EL PROCESO A LA NORMA OOJETIVA Y EL DERECHO QUE LOS ADMINISTRADOS O JUZGADOS TENEMOS A UN PROCESO JUSTO EN EL QUE SE ORSERVEN LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, inobservancia que motivan la nulidad de todo lo obrado hasta el estado de cumplirse con la formalidad de notificación de cargos a todos los Directores del Consejo de Administración a partir de una misma etapa procesal.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

A.- Del contenido y alcance del D.S. 27175 y su respectivo Reglamento, **el procedimiento administrativo está constituido por un conjunto de actos concatenados entre sí que deben seguirse para imponer una sanción administrativa o imponer sanciones personales**, procedimiento integrado por varias Etapas o fases que deben seguirse sistemáticamente a cuyo interior se opera el principio de preclusión vale decir que, para ingresar a una etapa posterior se debe agotar la etapa anterior propiciando o garantizando en cada etapa la actividad de **todos los sujetos procesales y la instancia administrativa que intervienen**, en este entendido en el caso que nos ocupa **el Proceso Administrativo conlleva distintas etapas procesales que deben cumplirse:**

....Dentro este contexto es necesario aclarar y volver a reiterar que los cargos se **ESTÁN ENDILGANDO A VARIOS SUJETOS (Gerente y los nueve miembros del Consejo de Administración) VALE DECIR QUE EXISTEN PLURALIDAD DE PROCESADOS, MISMOS QUE EN SU TOTALIDAD DEREN CONCLUIR CON LAS ACTIVIDADES DE UNA ETAPA PROCESAL ANTES DE PASAR A UNA SIGUIENTE ETAPA PROCESAL ASPECTO ESTE QUE NO OCURRIÓ EN EL PRESENTE CASO YA QUE**, violentándose de esta manera la unidad del procedimiento, el principio de preclusión y la aplicación objetiva de la ley en cuanto a la secuencia de los actos procesales y las etapas procedimentales que deben cumplirse, cuya omisión trae consigo la vulneración del debido proceso y por ende la nulidad o reposición de obrados hasta el vicio más antiguo que en este caso es hasta el estado de notificarse a todos los Directores con las notas de cargo.

....Asimismo según nuestro Procedimiento Administrativo la segunda Etapa es la de las Probanzas la misma que una vez precluida por todos los Sujetos Procesales pasa a la siguiente Etapa que es la de la Resolución.

....A mayor abundamientos, los cargos que se endilga a los Directores y Gerente de la Cooperativa tienen su origen **EN UN MISMO HECHO GENERADOR, EL MISMO OBJETO Y FINALIDAD POR TANTO, LA RESOLUCIÓN DEBE RECAER SOBRE TODOS LOS SUJETOS Y NO SOLO SOBRE PARTE DE LOS INVOLUCRADOS COMO OCURRIÓ EN EL PRESENTE CASO**, VICIÁNDOSE DE NULIDAD EL PROCESO AL DICTARSE UNA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA SOBRE UNOS DIRECTORES SIN HABERSE CONCLUIDO INICIALMENTE CON TODAS LAS ACTIVIDADES DE UNA ETAPA PROCESAL POR TODOS LOS SUJETOS INVOLUCRADOS EN UN MISMO HECHO GENERADOR DEL PROCESO ADMINISTRATIVO, aspecto este que violenta e irrumpe el principio de preclusión y la unidad del procedimiento administrativo ya que sin haberse agotado una etapa del proceso se pasa a una siguiente con pronunciamiento de resolución.

....En ese sentido la **AUTORIDAD AL EMITIR UNA SANCIÓN SÓLO EN RELACIÓN A UNOS SUJETOS PROCESALES YA ESTABLECIÓ UN JUICIO DE VALOR ANTICIPADO EN RELACIÓN A LOS OTROS, POR LO QUE QUEDA LA SUSCEPTIBILIDAD DE FALLO QUE PODÍA DARSE EN RELACIÓN A LOS OTROS DIRECTORES QUE SE ENCUENTRAN EN UNA ETAPA INFERIOR, EN ESE SENTIDO NOS PREGUNTAMOS ¿PODÍA FALLAR LA AUTORIDAD PARA LOS OTROS DE**

DISTINTA MANERA CUANDO DENTRO DE UN MISMO PROCESO YA EMITIÓ FALLO DE MANERA ANTICIPADA? CONSIDERAMOS QUE NO.

....Dentro de esta Lógica Jurídica la norma nos enseña a partir del Decreto Supremo Nro. 27113 de 23 de Julio del 2003, en su inciso e) del artículo 62 que en el Procedimiento Administrativo TODA Autoridad Administrativa tiene el deber y la facultad de proveer en una sola resolución todos los trámites que, por su naturaleza y objeto admitan acumulación.

....Aspecto éste que para el presente caso no sucedió, ya que en primera instancia se tiene un FALLO QUE EMITE UNA SANCIÓN DE MANERA ANTICIPADA EN CONTRA DE UNOS SIN QUE LOS OTROS HAYAN AGOTADO TODAS LAS ACTIVIDADES QUE FRANQUEA UNA ETAPA PROCESAL, ABRIENDO DE ESTA MANERA LA SUSCEPTIBILIDAD DE QUE SE PUEDA EMITIR UN FALLO DISTINTO EN RELACIÓN A LOS OTROS DIRECTORES. Por otro lado, la Ley de Procedimiento Administrativo Nro. 2341 de 23 de abril del 2003, determina en su artículo 44 que el órgano administrativo que inicie un trámite o procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer de oficio o a instancia de parte su acumulación a otro u otros procedimientos cuando éstos tengan una visión idéntico interés y objeto.

Esta acumulación de procedimientos responde al principio de UNIDAD PROCESAL que a la vez IMPLICA UN SISTEMA DE SEGUBIDAD EOBMAL. QUE POR BAZONES DE ECONOMÍA Y EFICACIA DEBE SEB RESPETADO. SI SE PRETENDE QUE LA ADMINISTBACIÓN TENGA UNA VISIÓN GLOBAL E INMEDIATA DE TODA LA HISTORIA DE LA RESPECTIVA ACTUACIÓN.

....LA MISMA AUTORIDAD MEDIANTE AUTO DE ACUMULACIÓN DE PROCESOS DE FECHA 4 DE ABRIL DEL 2013 RECONOCE QUE:

"La formación de un único expediente administrativo garantiza el ya señalado principio de la unidad procesal que resguarda toda actuación administrativa en procura de evitar dualidad de pronunciamiento y garantizar la economía procesal evitando la dispersión del procedimientos administrativo"

....Por lo que Dispone la Acumulación de los trámites Nro. 466046 correspondientes solo al proceso ADMISNITRATIVO (sic) SEGUIDO EN CONTRA DE LAS SRAS. CARLA HARINA MICHEL BORDA, GIOVANNA AURORA MARTÍNEZ ROYO Y ROSARIO ARNEZ ZAPATA, ya que los mismos trámites dice "...guardan identidad de objeto e interés por cuanto las notificaciones de cargo cursadas a las nombradas Directoras y a la Gerente General son idénticas y versan sobre los mismos hechos objeto del proceso administrativo refiriéndose, en todos los casos, al mismo incumplimiento". Sin embargo a partir de esta reflexión que la misma AUTORIDAD REALIZA nos preguntamos.

El proceso sancionador en contra de los demás directores es distinto? Tiene otro hecho generador" son distintas causas? No son referentes a caso al mismo incumplimiento?

...Y de manera irónica e incongruente en su parte fundamental establece que dando cumplimiento a la normativa vigente resuelve unificar el procedimiento sólo en relación a nuestras personas.

...A tiempo de solicitar la Nulidad de Obrados habíamos solicitado a su Autoridad que justamente en mérito esos (sic) **CRITERIOS JURÍDICOS COMO LOS QUE RAZONA PARA EMITIR MEDIANTE AUTO DE FECHA 04 DE ABRIL DE 2013**, se acumulen los procedimientos en relación a todos los sujetos procesales, sin embargo en total incongruencia hace caso omiso a esta petición y procede a la Acumulación en relación a unos cuantos. En este sentido la Autoridad no está cumpliendo con la aplicación de este principio procesal ya que nos encontramos frente a una resolución que resuelve diferente al petitorio, dentro este contexto, en casos similares Las resoluciones son conocidas o denominadas como incongruentes, por lo tanto, dentro del mismo proceso deben ser revocadas o en su defecto ser declaradas nulas para solucionar el problema generado.

...Por otro lado es menester aclarar que la causal de nulidad planteada en el RECURSO REVOCATORIO esta sustentada en la norma referida por el Art. 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo que menciona que: "**Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los siguientes casos**" ...entre ellos el inc. **C) Los que hubiesen sido dictados total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido:**

e) Cualquier otro establecido expresamente por ley"

...Dentro este contexto será que la Autoridad considera que la Resolución ha sido dictada cumpliendo con los procedimientos que rige la normativa Administrativa?

....Acaso los antecedentes del presente proceso sancionador no constituyen elementos suficientes para establecer y determinar que existen **VICIOS DE NULIDAD EN EL ACTUAL PROCEDIMIENTO.**

...Dentro este MARCO CONTEXTUAL Y LÓGICO JURÍDICO sobre las CAUSAS DE NULIDAD la Jurisprudencia Constitucional ha sentado línea en sentido de que cuando se atenta contra un derecho fundamental como el derecho de defensa, la seguridad jurídica, el debido proceso y a la propiedad entre otros, es viable interponer incidente de nulidad aún en Ejecución de Sentencia. Bajo esta línea de razonamiento y en resguardo de la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa, sostiene el Tribunal Constitucional en la SC. 103/01-R de 8-02-2001, señalando que "**....los tribunales, jueces y Autoridades que administran Justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes, así lo prevé expresamente el art. 3-1) y 3) del Código de Procedimiento Civil, disposición que es de cumplimiento obligatorio por mandato del art. 90 del mismo cuerpo legal(...)** Que, la calidad de cosa juzgada, si bien por disposición de la Ley, tiene carácter inalterable e irrevisable; empero, no puede invocarse dicha calidad, cuando se han infringido normas procedimentales que atañen y conciernen a derechos fundamentales dentro de un proceso, en cuyo caso la vía constitucional queda abierta y expedita para corregir y reparar dichas violaciones..."

...Asimismo, nuestra doctrina nos enseña que, la impugnación de nulidad procede mediante un incidente dirigido a obtener la invalidación de los actos procesales nulos. Cualquier de las partes que sea perjudicada puede solicitar que, en la vía incidental, se declare la nulidad de los procedimientos consumados y se repongan las cosas al estado que tenían antes de consumarse la nulidad.

III.- FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES DE LA NULIDAD.

....1.- La Jurisprudencia Constitucional respecto al debido proceso que debe observarse tanto por la Jurisdicción Ordinaria como la administrativa, a través de la parte pertinente de la SC. 103/01-R de 8-02-2001, nos enseña lo siguiente

La garantía del debido proceso ha sido definida por el Tribunal Constitucional como: "...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que puedan afectar sus derechos (SC 0418/2000-R Y 1276/2001-R. Se entiende que el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las Autoridades Judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la FUNDAMENTACIÓN O MOTIVACIÓN de las resoluciones Judiciales o Administrativas.

....En el caso presente al haberse dictado una primera resolución sancionadora en contra de unos y se ha violentado el debido proceso en su componente AL PROCESO JUSTO QUE SE DEBE DESARROLLAR CONFORME A LAS NORMA OBJETIVA, DEBIDO PROCESO QUE TIENE POR FINALIDAD TAMBIÉN EL GARANTIZAR **LA IGUALDAD Y EQUIDAD JURÍDICA** que debe existir en todo procedimientos,

3.- En el orden doctrinal la anulación de actos emergen de los vicios procesales que afectan al procedimiento administrativo, mismos que al ser denunciados o advertidos por la Autoridad sancionadora deben motivar la reposición de obrados, al respecto nos permitimos citar lo siguiente:

...Al respecto, la doctrina administrativa considera que: "**el instituto jurídico de los actos anulables, indica que los actos administrativos son y deberán ser considerados válidos hasta el momento en que sean declarados por Autoridad competente anulados o revocados, para lo cual es necesario que los mencionados vicios de procedimiento, sean denunciados por el interesado ante la Autoridad Administrativa competente, toda vez que cuando se trata de actos anulables, por lo general los vicios de los cuales adolecen no son manifiestos y requieren de una investigación de hecho" (Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, tomo 3, pág. XI, Ed. 2003).**

...Por los antecedentes de hecho y derecho expuestos precedentemente solicitamos a su Autoridad que, previa compulsas de los hechos y la revisión de antecedentes se sirva dictar auto motivado declarando la **NULIDAD O REPOSICIÓN DE OBRADOS HASTA EL VICIO MAS ANTIGUO VALE DECIR HASTA EL ESTADO DE UNIFICAR O ACUMULAR TODOS LOS**

EXPEDIENTES DENTRO DE UNA MISMA ETAPA PROCESAL, ELLO CONCERNIENTES A TODOS LOS SUJETOS PROCESALES, TOMANDO EN CUENTA QUE EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EXISTE PLURALIDAD DE SUJETOS QUE SE ENCUENTRAN SOMETIDOS A SUS EMERGENCIAS COMO CONSECUENCIA DE UN MISMO HECHO GENERADOR, MISMA CAUSA Y OBJETO, COMO ADEMÁS FUE RECONOCIDA POR LA MISMA AUTORIDAD MEDIANTE AUTO DE 04 DE ABRIL DEL 2013 EN RELACIÓN SOLO A ALGUNOS SUJETOS PROCESALES.

...OTROSÍ.- Sin perjuicio de la nulidad planteada tengo a bien *interponer recurso JERÁRQUICO en contra la resolución REVOCATORIA ASFI 330/2013 DE FECHA 06 DE JUNIO DE 2.013 conforme a los siguientes fundamentos:*

1.- PROCEDENCIA DEL RECURSO POR APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY 2341 Y los D.S. 27175 Y EL P.S. 27113

....A tiempo de pronunciarse la **Resolución Sancionadora** motivo del presente recurso, ha existido una incorrecta aplicación e interpretación de lo que establece el marco normativo de la Ley 2341 y su Decreto Supremo 27113, Así como su Decreto supremo 27175 , resolución que es contraria al principio taxativo del derecho administrativo sancionador ya que, se nos aplica una sanción **económica indebida vulnerando el principio de la seguridad jurídica y el Debido Proceso** entendiéndose en ambos casos como la protección constitucional a la actuación arbitraria estatal; que determina que en la relación Estado ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado.

....En ese orden de cosas al haberse fraccionado el procedimiento administrativo pronunciándose resolución con imposición de sanciones económicas que han generado que actualmente un **SOLO PROCEDIMIENTO SE FRACCIONE EN ETAPAS DISTINTAS, VALE DECIR QUE DENTRO UN SOLO PROCEDIMIENTO MIENTRAS UNOS SE PREDISPONEN A UTILIZAR EL RECURSO JERÁRQUICO QUE FRANQUEA LA LEY, OTROS COMO EN EL PRESENTE CASO ESTÁN EN ESPERA DE LO QUE SU AUTORIDAD RESUELVAN DENTRO DEL RECURSO JERÁRQUICO PLANTEADO, ASPECTO ESTE QUE INDUDABLEMENTE GENERA CIERTA SUSCEPTIBILIDAD E INSEGURIDAD JURÍDICA DENTRO DE UN DEBIDO PROCESO, NOTE SU AUTORIDAD QUE EN EL PRESENTE CASO "SE PUEDE EMITIR NUEVAMENTE UN JUICIO DE VALOR ANTICIPADO EN RELACIÓN A LOS OTROS DIRECTORES". (EL PRESENTE CASO RESULTA SER SUIGENERIS EN NUESTRA ECONOMÍA JURÍDICA PROCESAL)**

2.- PROCEDENCIA DEL RECURSO POR UNA INADECUADA VALORACIÓN EN LA TIPIFICACIÓN DE FALTAS E INAPROPIADA MODULACIÓN DEL ART. 102 DE LA LEY DE BANCOS.

....Consideramos que la **SANCIÓN ECONÓMICA QUE CONTIENE LA RESOLUCIÓN ASFI 200/2013 DE FECHA 09 DE ABRIL DEL 2013 Y LA RESOLUCIÓN REVOCATORIA 330/2013 CONFIRMATORIA DE FECHA 06 DE JUNIO DE 2013 CONTIENE UN EXCESO DE VALORACIÓN NEGATIVA A MOMENTO DE ESTABLECER LA SANCIÓN IMPUESTA,** dentro de este contexto,

como representantes y funcionarios de la COOPERATIVA "PIO X" LTDA., en lo posible y dentro las condiciones materiales de nuestra actividad siempre estamos abocados al cumplimiento y observancia de la ley y las normas que rigen la actividad de intermediación financiera.

....SEÑOR MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS de la información y documentación que cursa ante ese ente de control y fiscalización se puede evidenciar.

1.- EN CUANTO AL DEENCAJE LEGAL NO EXISTENTEN ANTECEDENTES DE QUE SE ESTE COMETIENDO REINCIDENCIA Y QUE A TRAVÉS DE LOS DESCARGOS SE HA PODIDO DEMOSTRAR QUE LAS FALENCIAS FUERON OBSERVADAS Y CORREGIDAS DE MANERA OPORTUNA, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE LA AUTORIDAD TENGA EL CRITERIO DE QUE A MOMENTO DE PROMEDIARSE HAYA PERSISTIDO LA DEFICIENCIA, SITUACIÓN ESTA QUE ES RECONOCIDA EN LA PROPIA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA MOTIVO DE IMPUGNACIÓN.

ASI LA AUTORIDAD EN REFERENCIA A LA OBSERVACIONES LA RESOLUCIÓN ASFI NRO 330/2013 RECONOCE QUE EL 7 DE MAYO DEL 2012 (ULTIMO DÍA PARA REGULARIZAR EENCAJE), LA COOPERATIVA "PIO X", DEPOSITA EL MONTO DE Bs. 2.543,648.00 POR CONCEPTO DE ENCAJE LEGAL SITUACIÓN QUE PARA ESE DÍA NO PRESENTA DEFICIENCIA "

Situación ésta que acredita que la deficiencia en el **ENCAJE LEGAL AL DÍA 07 DE MAYO DEL 2012**, NO OBSTANTE DEL PROMEDIO REALIZADO HABÍA SIDO CONSITUITIDA Y SUBSANADA EN ESA OPORTUNIDAD, POR LO QUE A MOMENTO DE MODULAR LA SANCIÓN **ESTE ASPECTO NO PARECE HABER SIDO CONSIDERADO COMO ATENUANTE.**

3.- PROCEDENCIA DEL RECURSO POR VALORACIÓN CONTRADICTORIA DE LOS HECHOS ENTRE LA RESOLUCIÓN ASFI NRO. 393/2012 Y LA RESOLUCIÓN ASFI SANCIONATORIA 330/2013.

Dentro este contexto llama la atención que la **AUTORIDAD** mediante LA **RESOLUCIÓN ASFI NRO. 393/2012** de fecha 10 de Agosto del 2012 con los mismos hechos y antecedentes del presente proceso sancionador haya realizado la valoración y la modulación de manera distinta a la **RESOLUCIÓN ASFI 200/2013** Y LA **RESOLUCIÓN CONFIRMATORIA 330/2013**, a este efecto en la argumentación del caso y en su último **CONSIDERANDO** establece:

" CONCURREN ATENUANTES COMO EL HECHO DE QUE LA PRESENTE INFRACCIÓN NO TENGA EL CARÁCTER DE RECURRENTE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CORRECTIVAS DE PARTE DE LA ENTIDAD Y LA INEXISTENCIA DE DAÑOS A TERCEROS USUARIOS Y CLIENTES DEL SISTEMA FINANCIERO."

".....que, la Dirección de Supervisión de Riesgos II mediante Informe/DSR II/R-97209/2012 de 09 de Agosto del 2012, habiendo analizado los antecedentes, descargos y demás explicaciones presentadas, por parte de la COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO ABIERTA "PIO X" LTDA., ha recomendado la imposición de una sanción pecuniaria mínima...."

Análisis y Evaluación que origina una SANCIÓN ECONÓMICA MUY DISTINTA AL DE LA IMPUESTA POR LA RESOLUCIÓN ASFI 200/2013 Y LA RESOLUCIÓN CONFIRMATORIA NRO. 330/2013 DE FECHA 06 DE JUNIO DEL 2013.

....Sobre este aspecto vale decir que la imposición de dos o más sanciones a un mismo sujeto por un mismo hecho o su doble enjuiciamiento implica, sin más, una desproporción y la correlativa arbitrariedad (toda desproporción es siempre arbitraria), constitucionalmente proscritas ambas, tal como ha señalado la más acreditada doctrina.

....Por otro lado, el respeto al principio de seguridad jurídica debe permitir al ciudadano, al menos potencialmente, prever las consecuencias jurídicas de sus actos, incluida la actuación de los poderes públicos, y, por lo que respecta a la prohibición de bis in ídem, el administrado o justiciable, según los casos, debe tener la confianza - o, casi sería más adecuado decir, la certeza - de que unos mismos hechos no van a ser valorados, no al menos negativamente, dos veces

3.1. Naturaleza del principio non bis in idem

....SEÑOR MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, su autoridad de los antecedentes existentes en el proceso podrá evidenciar que existe desproporción en la SANCIÓN ECONÓMICA impuesta, entre una primera Resolución y ésta última, en ese sentido se vulnera el principio de legalidad reconocido por la actual C.P.E. Asimismo, consideramos que la misma **CONTRARIA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ENTRE LA INFRACCIÓN Y LA SANCIÓN, QUE EXIGE MANTENER UNA ADECUACIÓN ENTRE LA GRAVEDAD DE LA SANCIÓN Y LA DE LA INFRACCIÓN.**

.....Para el caso SEÑOR MINISTRO su Autoridad podrá evidenciar que se sanciona dos veces un mismo hecho pero se lo hace desde perspectivas jurídicas distintas

.....Por otro lado es menester incidir en el hecho de que **LA EXISTENCIA DE UNA SANCIÓN DEBE TOMAR EN CUENTA** que, como emergencia de los desfases en el encaje legal no hemos generado daño económico a la institución y que las situaciones observadas fueron regularizadas como reconoce la propia AUTORIDAD, asimismo, que con anterioridad no se presentó hecho similar atribuible a nuestras personas, aspectos éstos que hacen que la imposición de una multa pecuniaria **no** se ajuste a lo dispuesto por el art. 101 de la ley 1488 que señala lo siguiente: "La amonestación será escrita, RECAERÁ SOBRE FALTAS, INFRACCIONES U OMISIONES LEVES A LOS REGLAMENTOS, ESTATUTOS, NORMAS Y POLÍTICAS INTERNAS INSTRUCCIONES Y CIRCULARES DE LA SUPERINTENDENCIA, INCURRIDAS POR NEGLIGENCIA O IMPRUDENCIA NO IMPUTABLES A LOS REPRESENTANTES LEGALES, APODERADOS Y EMPLEADOS DE LA ENTIDAD, QUE NO CAUSEN DAÑO O PERJUICIO ECONÓMICO A LA ENTIDAD FINANCIERA NI A SUS CLIENTES Y SE ENMIENDEN O REGULARICEN, LA REINCIDENCIA EN LA INFRACCIÓN SERA SANCIONADA CON MULTA."

...Conforme se tiene de la resolución motivo de impugnación **EXISTE SUPUESTO INCUMPLIMIENTO A NORMAS RELATIVAS AL ENCAJE LEGAL, SITUACIÓN ESTA QUE EN NINGÚN MOMENTO CAUSO DAÑO ECONÓMICO A LA COOPERATIVA A LOS SOCIOS O CLIENTES Y TAMPOCO SE PROPICIO NINGÚN BENEFICIO NI VENTAJA DE CARÁCTER INSTITUCIONAL O PERSONAS QUE AMERITE IMPONERSE UNA SANCIÓN ECONÓMICA COMO DE LA QUE FUIMOS OBJETO, CONSIGUIENTEMENTE AL NO EXITRI REICIDENCIA DANO ECONOMICO NI VENTAJAS NO CORRESPONDIA LA APLICACIÓN DE MULTAS SINO UNA AMONESTACIÓN ESCRTA, TODO ELLO DE CONFORMIDAD A LO PREVISTO POR EL ART. 101 DE LA ELY (sic) 1488, CUYA INOBSERVANCIA ACUSAMOS COMO FUNDAMENTO DE REVOCATORIA DE LA RSOLOCIÓN IMPUGNADA .**

A tiempo de pronunciarse la resolución impugnada se dice que nuestro actuar se Considera como una infracción u omisión grave de acuerdo a los alcances **del Art. 102 de la Ley 1488, la referida disposición legal establece lo siguiente:**

"Las multas establecidas en los numerales 2 y 5 del Art 99, serán aplicables a la Institución Financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma, serán aplicados a directores síndicos miembros de Consejos de Administración, apoderados, Gerentes y empleados según el grado de su responsabilidad. La Sanción se aplicara por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse.

...De la norma transcrita se puede evidenciar que **LA INFRACCIÓN U OMISIÓN GRAVE SE CONFIGURA Y SE COMETE CUANDO FRUTO DE LAS MISMAS SE OBTIENE PARA LA INSTITUCIÓN UNA VENTAJA DE CUALQUIER TIPO, EN EL CASO PRESENTE NUESTRAS PERSONAS MENOS LA COOPERATIVA A OBTENIDO VENTAJAS INDEBIDAS. Y QUE EL DESENCAJE FUE REGULARIZADA ANTES DE LA NOTIFICACIÓN CON LAS NOTAS DE CARGO.**

3.2.- FALTA DE MOTIVACIÓN, VALORACIÓN PROBATORIA Y FUNDAMENTADA DE LA PRUEBA, QUE CONSTITUYEN VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO.-

En este sentido nuestra jurisprudencia es amplia al respecto cuando señala:

.....Con referencia a la forma y requisitos de la sentencia el Art. 192 inc.2) del Código de Procedimiento Civil, (aplicable por analogía a los requisitos de toda Resolución) refiere que las mismas deben contener: **"La parte considerativa con exposición sumaria del hecho o del derecho que se litiga, ANÁLISIS Y EVALUACIÓN FUNDAMENTADA DE LA PRUEBA, Y CITA DE LAS LEYES EN QUE SE FUNDA".**

....En el caso que nos ocupa la autoridad fiscalizadora al momento de dictar la resolución ASFI/NO.200/2013 de fecha 9 de abril de 2013, Y LA RESOLUCIÓN CONFIRMATORIA 330/2013 de fecha 06 de Junio del 2013, se limitaron a REALIZAR FUNDAMENTACIONES DE HECHO Y NO DE DERECHO, SIN ESTABLECER LAS DISPOSICIONES LEGALES EN LAS QUE SUSTENTAN SU ILEGAL RESOLUCIÓN, omitieron tomar en cuenta LAS PRUEBAS DE DESCARGO, derivando esta situación en la vulneración de la Garantía Constitucional en su elemento de la debida

fundamentación, PUESTO QUE LA RESOLUCIÓN REFERIDA CARECE DE LA FUNDAMENTACIÓN EXIGIDA POR LA NORMATIVA.

.....Al respecto el Tribunal Constitucional ha definido líneas jurisprudenciales respecto a la fundamentación que deben contener toda resolución y que por su carácter vinculante son de cumplimiento obligatorio, ha establecido lo siguiente: **"La jurisprudencia constitucional establece en la Sentencia Constitucional 1369/01-R que el derecho al debido proceso, entre su ámbito de presupuestos exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión"**. RATIO DECIDENDI QUE GUARDA RELACIÓN CON LA SS.CC.No.752/2002-R de 25 de junio de 2002.

Continuando con las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional la SS.CC.No. 0954/2004-R de fecha 18 de junio de 2004 hacen referencia en este sentido:

"La jurisprudencia de este Tribunal, contenida en las SSCC 752/2002-R, 1369/2001-R, entre otras, ha establecido que "que el derecho al debido proceso, entre su ámbito de presupuestos exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión".

....El Art. 109 de nuestra Constitución Política del Estado señala que todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección y solo podrán ser regulados por la ley.

....De igual forma el Art. 115-1 de nuestra Constitución señala que toda persona será protegida oportunamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, continuando señala que en su inc. II) El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

....Por su parte el Art. 116-1 también del mismo cuerpo legal señala que se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso en caso de duda sobre la norma

aplicable; regirá la más favorable al imputado o procesado, en este sentido cabe señalar al respecto que la SS.CC. 1810/2004-R de 23 de noviembre de 2004 determina en su Ratio Decidendi análoga a la presente acción que:

"EL debido proceso, no quiere decir que los actos que dan inicio a la etapa preparatorio no se ajusten al procedimiento señalado por Ley, por el contrario el denunciado goza de todos los derechos y garantías que la Constitución y las Leyes le otorgan, SIENDO DEBER DE LAS AUTORIDADES DAR CUMPLIMIENTO ESTRICTO A LAS MISMA, ENMARCÁNDOSE A SUS PRECEPTOS"

Es precisamente estos fundamentos que motivan para que la presente Resolución sea revocada por la autoridad superior, al solo constatar las flagrantes vulneraciones a garantías consagradas en nuestra Constitución Política del Estado.

PETITORIO

.....Por los antecedentes expuestos y de conformidad a lo previstos por El art. 66 de la Ley 2341 que reconoce como medio de impugnación al Recurso Jerárquico contra la **RESOLUCIÓN REVOCATORIA ASFI NRO. 330/2013 DE 06 DE JUNIO DEL 2013**, por lo que ratificando la prueba cursante en el presente proceso solicito a su **AUTORIDAD SEÑOR MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS**, para que sea **USTED**, quien previa compulsas de antecedentes **ANALIZANDO EN EL FONDO DE LA RESOLUCIÓN REVOQUE Y/O EN SU CASO ANULE LA SANCIÓN IMPUESTA EN LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DEL RECURSO DE REVOCATORIA ASFI NRO. 330/2013 DE FECHA 06 DE JUNIO DEL 2013...."**

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Que, mediante informe ASFI/DAJ/R-50334/2013 de 8 de abril de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a tiempo de la revisión del reporte del Sistema de Información Financiera (SIF), evidenció que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Pio X" Ltda., presentó durante dos periodos consecutivos, deficiencias mayores al 1%, en el Encaje Legal requerido, dando lugar a un Proceso de Regularización que no fue reportado a ese Ente Supervisor.

Por su efecto y mediando dos procesos sancionatorios por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 113° de la Ley N° 1844, devinieron las Resoluciones Administrativas sancionatorias siguientes:

- ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013, por la que se sancionó pecuniariamente a las señoras **GIOVANNA AURORA MARTÍNEZ ROYO** y **CARLA MICHEL BORDA**, miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa señalada, con el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la dieta mensual fijada por la Asamblea General de Socios realizada el 30 de marzo de 2013, y a la Gerente General, señora **ROSARIO ARNEZ ZAPATA**, con la multa personal equivalente al veinticinco por ciento (25%) de su remuneración total mensual.
- ASFI N° 200/2013 de 9 de abril de 2013, que sancionó a los Sres. **IVÁN COSSIO LLANOS**, **MARCIA FERREL QUINTANA**, **LESLIE PADILLA DE REYES**, **OSCAR GARCÍA AROZQUETA** y **MARCELO TERÁN GRANDI**, también miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa, con multa personal equivalente al 50% (cincuenta por ciento) de la dieta mensual fijada por la Asamblea General de Socios realizada el 30 de marzo de 2012.

Las mismas a su vez, han dado lugar a procesos recursivos, para que en definitiva, en fechas 9 de mayo de 2013 y 24 de junio de 2013, según corresponda, los recurrentes presentaron los Recursos Jerárquicos que pasan a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En principio, es pertinente dejar establecido que, de acuerdo a la técnica propia del procedimiento administrativo (en el que, a diferencia del procedimiento civil, no existe la figura del *incidente* como tal), *“Las anulabilidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos...”*, aclaración pertinente, por cuanto, los recurrentes señalan (nada menos que en lo principal de sus memoriales de los Recursos, es decir, imponiéndole mayor trascendencia que a los propios Recursos), deducir una nulidad de obrados, para luego después y recién en sus otrosí, pasar a interponer los Recursos Jerárquicos.

En observancia del artículo 35°, párrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, tal extremo compele a la suscrita Autoridad Jerárquica, a evaluar la señalada nulidad de obrados, como un alegato más del Recurso Jerárquico, a efectos de su resolución presente.

Asimismo y en principio, los argumentos expuestos en el Recurso Jerárquico (nulidad de obrados incluida), permiten concluir que los agravios señalados por las recurrentes, **no atacan la ocurrencia misma de la infracción sancionada**, la que por ello, y en todo caso, se tiene por admitida por las mismas.

En efecto, la visión sinóptica de los Recursos Jerárquicos supra relacionados, permite esquematizarlos de la siguiente manera:

- a. La común pretensión sobre nulidad de obrados (contenidas en lo principal de ambos Recursos), referida a que “EN UN MISMO HECHO GENERADOR, EL MISMO OBJETO Y FINALIDAD POR TANTO, LA RESOLUCIÓN DEBE RECAER SOBRE TODOS LOS SUJETOS Y NO SOLO SOBRE PARTE DE LOS INVOLUCRADOS COMO OCURRIÓ EN EL PRESENTE CASO”.
- b. El común alegato expresado en el numeral 1 (del otrosí, en ambos Recursos), referido a la “PROCEDENCIA DEL RECURSO POR APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY 2341 Y los (sic) D.S. 27175 Y EL D.S. 27113...”, que no obstante su falta de precisión (en cuanto a algún articulado en concreto), hace referencia, cual agravio, a que “un SOLO PROCEDIMIENTO SE FRACCIONE EN ETAPAS DISTINTAS, VALE DECIR QUE DENTRO UN SOLO PROCEDIMIENTO MIENTRAS UNOS SE PREDISPONEN A UTILIZAR EL RECURSO REVOCATORIO QUE FRANQUEA LA LEY, OTROS COMO EN EL PRESENTE CASO IMPUGNAN LA RESOLUCIÓN A TRAVÉS DEL RECURSO JERÁRQUICO”, es decir, expone reiterativamente, el criterio sobre la existencia de otros sujetos que debieran encontrarse integrados en un único proceso, conforme constituye el fundamento de la nulidad de obrados supra señalada.
- c. El alegato del numeral 2 (en el otrosí de ambos Recursos), acerca de la “PROCEDENCIA DEL RECURSO POR UNA INADECUADA VALORACIÓN EN LA TIPIFICACION DE FALTAS E INAPROPIADA MODULACIÓN DEL ART. 102 DE LA LEY DE BANCOS”, fundamentalmente con respecto a la **inexistencia de reincidencia**, a efectos de ser considerada como **atenuante** de la infracción.
- d. El alegato del numeral 3 (en el otrosí de ambos Recursos), sobre la “PROCEDENCIA DEL RECURSO POR VALORACIÓN CONTRADICTORIA DE LOS HECHOS ENTRE LA RESOLUCIÓN ASFI NRO. 393/2012 Y LA RESOLUCIÓN ASFI SANCIONATORIA 095/2013”, nuevamente referido a la concurrencia de **atenuantes** de la infracción (“como el hecho de que la presente infracción no tenga el **carácter de recurrente** la (sic) **adopción de medidas correctivas de parte de la entidad** y la **inexistencia de daños a terceros usuarios y clientes del sistema financiero** (...) ha recomendado la imposición de una sanción pecuniaria mínima”), con incidencia especial en el **principio non bis in idem**.

Como corolario a la serie de pretensiones de los Recursos Jerárquicos, concluyen impetrando, que:

“...AL NO EXISTIR REINCIDENCIA, DAÑO ECONÓMICO NI VENTAJAS NO CORRESPONDÍA LA APLICACIÓN DE MULTAS SINO UNA AMONESTACIÓN ESCRITA, TODO ELLO DE CONFORMIDAD A LO PREVISTO POR EL ART. 101 DE LA ELY (sic) 1488, CUYA INOBSERVANCIA ACUSAMOS COMO FUNDAMENTO DE REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA...”

Entonces:

- En lo sustancial, no existe agravio alguno referido a la determinación acerca de la existencia de infracción y de su imputación contra las ahora recurrentes, sino que

la impugnación se limita a la disconformidad con las sanciones impuestas, es decir, que para la mismas no han sido tenidas en cuenta las atenuantes propias de la materia, y que darían lugar -según los recurrentes-, a “una sanción pecuniaria mínima”, en lugar de las impuestas por las Resoluciones Administrativas ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013 y ASFI N° 200/2013 de 9 de abril de 2013.

- Y en lo adjetivo, se impugna el hecho de que, resultando que la infracción ha sido cometida por todo el Consejo de Administración de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Pio X" Ltda. -además de la Gerente General-, resulta que en lugar de procesarse a todos en un mismo trámite, se lo haga de manera separada, en procesos distintos.

Corresponde, por tanto, dentro de los alcances del artículo 63º, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), que dice que: “La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente,...”, sea sobre estos extremos que la suscrita Autoridad Jerárquica, pase a analizar y resolver los Recursos Jerárquicos interpuestos.

2.1. Subsunción y modulación de la sanción.-

Establecido, tal cual está, el efectivo suceso de la infracción, y determinada su autoría en las recurrentes (por cuanto, sobre estos extremos, en concreto, no existe manifestación de agravio alguno al presente), es pertinente relacionar la actuación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que ha determinado la imposición de las sanciones controvertidas.

Así, el Ente regulador ha argumentado que:

*“...A los efectos de modular la sanción aplicable, se debe tomar en cuenta lo establecido en el artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con el numeral 5 del artículo 99 del mismo cuerpo normativo, que dispone la imposición de sanción de multa que será aplicada según el grado de responsabilidad, en el presente caso a las señoras Giovanna Martínez Royo y Carla Michel Borda, miembros del Consejo de Administración y a la señora Rosario Arnez Zapata, Gerente General, de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA “PIO X” LTDA.**, responsables del incumplimiento al artículo 113 de la señalada Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al no haber reportado a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el ingreso a Proceso de Regularización a consecuencia de la deficiencia de Encaje Legal, mayor al 1% del requerido durante dos periodos consecutivos.*

En este sentido, se advierte que ha existido negligencia por parte de las Consejeras y la Gerente General, situación que ha producido el incumplimiento al artículo 113 de la citada Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), correspondiendo la imposición de sanción de multas personales por la infracción

analizada en la presente Resolución, conforme dispone el numeral 5 del artículo 99 de la ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Adicionalmente, se debe considerar que la infracción analizada en la presente Resolución (...) no ha causado daños o perjuicios a la entidad ni a terceros, situaciones que se consideran como atenuantes de las sanciones a imponerse.

Que, conforme lo expuesto precedentemente corresponde sancionar (aquí léase "los Directores miembros del Consejo de Administración") con multa personal mínima, equivalente al 50% de la dieta mensual fijada por la Asamblea General de Socios de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "PIO X" LTDA.**, llevada a cabo el día 30 de marzo de 2012, al no haber dado cumplimiento al artículo 113 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, con relación a la señora Rosario Arnez Zapata, Gerente General de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "PIO X" LTDA.**, corresponde imponerle una sanción de multa mínima equivalente al 25% de su remuneración total mensual percibida, al no haber dado cumplimiento al artículo 113 de la Ley N° 1488 e Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)..."

Al respecto, los recurrentes solicitan, según les corresponda, la revocatoria de la Resolución Administrativa ASFI N° 199/2013 de 9 de abril de 2013 y de la Resolución Administrativa ASFI N° 330/2013 de 6 de junio de 2013, por cuanto y a su entender, no correspondería la aplicación de la sanción al no existir antecedentes sobre reincidencia, y que con los descargos se habría demostrado que las "falencias fueron observadas y corregidas oportunamente, independientemente de que a momento de promediarse haya existido aún deficiencia, situación ésta que fue reconocida en la propia Resolución sancionatoria motivo de impugnación", añadiendo que el 7 de mayo de 2013, último día para regularizar el encaje legal, se regularizó la deficiencia.

Para entrar al análisis respectivo, corresponde transcribir la norma que se habría incumplido, esta es, el artículo 113° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488, que está directamente relacionada con su artículo 112°, los que señalan que:

"...**Artículo 112°.** Una entidad de intermediación financiera se encuentra en proceso de regularización, cuando incurra en una o más de las situaciones siguientes: (...)

c) **Deficiencias de encaje legal mayores al uno por ciento (1%) del requerido**, por dos (2) períodos consecutivos o cuatro (4) períodos discontinuos dentro de un año (...)

Artículo 113°. Cuando la entidad de intermediación financiera **incurra en cualquiera de las causales del artículo anterior, su Directorio u órgano equivalente y/o sus administradores deberán reportarlo de inmediato a la Superintendencia.**

En caso de que sea la Superintendencia la que detecte la ocurrencia de cualquiera de las causales señaladas en el artículo anterior, se impondrá al Directorio u órgano equivalente y administradores las sanciones previstas en la presente ley.

Adicionalmente, la Superintendencia convocará al Directorio u órgano equivalente y a los administradores de la entidad de intermediación financiera, para notificarles el inicio del proceso de regularización obligatoria, indicando los hechos que lo motivaron. En cualquiera de las situaciones descritas..." (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como se puede observar, las entidades de intermediación financiera están obligadas a constituir el Encaje Legal, en los porcentajes determinados por la norma, resultando que cualquier deficiencia con respecto a ello, debe ser informada inmediatamente al Ente Regulador.

Tales circunstancias no se observaron en el manejo del Encaje Legal que ha dado lugar al caso de autos, por cuanto, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Pío X Ltda., respecto a la constitución de Encaje Legal por los períodos del 16 al 29 de abril de 2012 y del 24 de abril al 7 de mayo de 2012, presentó deficiencias en trece de los catorce días comprendidos, razón por la cual, el **promedio del encaje legal constituido** presentó también deficiencia con respecto al **promedio de encaje legal requerido** en Bs699.322.- (seiscientos noventa y nueve mil trescientos veintidós 00/100 bolivianos), tal como se puede apreciar en el cuadro siguiente, elaborado por la Autoridad Reguladora:

"(...)

DESGLOSE ENCAJE EFECTIVO EN ME RESPECTO AL 60%			
Del 16/04/2012 al 07/05/2012			
Expresado en Bolivianos			
Fecha	Req. 60% (A)	Saldo 112,01 ó 112,05 (B)	(A (Actual) - B (8 días atrás)
	E.L. Requerido	E.L. Constituido	Déficit/Excedente
16/04/2012	2.484.044	0	
17/04/2012	2.463.724	0	
18/04/2012	2.486.076	0	
19/04/2012	2.527.142	0	
20/04/2012	2.526.311	0	
21/04/2012	2.526.311	0	
22/04/2012	2.526.311	0	
23/04/2012	2.532.176	0	
24/04/2012	2.512.723	1.878.049	-605.995
25/04/2012	2.511.760	1.612.595	-851.129
26/04/2012	2.520.036	1.612.595	-873.481
27/04/2012	2.519.612	1.612.595	-914.547
28/04/2012	2.519.612	1.612.595	-913.716
29/04/2012	2.519.612	1.612.595	-913.716
30/04/2012	0	1.612.595	-913.716
01/05/2012	0	1.612.595	-919.581
02/05/2012	0	1.612.595	-900.128
03/05/2012	0	1.886.995	-624.765
04/05/2012	0	2.058.495	-461.541
05/05/2012	0	2.058.495	-461.117
06/05/2012	0	2.058.495	-461.117
07/05/2012	0	2.543.648	24.036
Promedio	2.512.532	1.813.210	-699.322
Deficiencia (I)			-699.322
Total requerido (MN; ME; CMV; UFV) (II)			15.608.311
Deficiencia de Encaje Requerido (I/II)			-4,48%

(...)"

De acuerdo a lo establecido en la normativa vigente, el cumplimiento del Encaje Legal es diario, empero goza de un margen dentro del periodo de 14 días, para que se regularice cualquier deficiencia, de tal manera que, al promediar los encajes constituidos, dicho promedio sea igual o superior al promedio del encaje requerido.

De lo expuesto y de lo señalado en el cuadro supra precedente, se concluye que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Pío X Ltda., ha constituido un Encaje Legal menor al requerido durante los primeros 13 días (del 16 al 28 de abril de 2012), y recién para el día 14 (7 de mayo de 2012), efectúa un encaje de Bs 2.543.648.-, que si bien le permite cumplir con el encaje legal requerido para ese día, no fue suficiente para cumplir con el promedio del encaje legal requerido para el período de los 14 días, presentando una deficiencia de Bs 699.322.- .

Por lo tanto, ha incumplido con lo dispuesto en el Reglamento para el Control de Encaje Legal, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras; debe aquí tenerse en cuenta, que el cargo en concreto, de acuerdo a las notas ASFI/DSR II/R-5783/2013, ASFI/DSR II/R-5786/2013 y ASFI/DSR II/R-5787 mediante Notas ASFI/DSR II/R-30330/2013, ASFI/DSR II/R-30329/2013, ASFI/DSR II/R-30328/2013 ASFI, DSR II/R 30326/2013, ASFI/DSR II/R-30322/2013, se ha impuesto por *"no haber reportado a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el ingreso a proceso de Regularización"*, extremo que supera a la responsabilidad institucional de la Cooperativa y hace a la de los Directores miembros del Consejo de Administración, Sres. **CARLA MICHEL BORDA, GIOVANNA AURORA MARTÍNEZ ROYO, IVÁN SIMÓN COSSÍO LLANOS, MARCIA GISELA FERREL QUINTANA, LESLIE PADILLA REYES, OSCAR GARCÍA AROZQUETA y MARCELO TERÁN GRANDI**, y de la Gerente General, Sra. **ROSARIO ARNEZ ZAPATA**, conforme a los artículos 99° (numeral 5), 102° y 113° de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Al presente, los recurrentes alegan que les correspondía una sanción menor a la impuesta, considerando para ello, que el desencaje no les benefició, ni a la entidad ni a ellos mismos, además que tampoco existen antecedentes referidos a haberse cometido la misma infracción con anterioridad, por tanto, no ha existido una reincidencia en el incumplimiento a la norma.

Al respecto, hay que recordar que, a tiempo de imponer las sanciones, el Ente Regulador ha establecido que:

"...se debe considerar que la infracción analizada en la presente Resolución en la cual han incurrido las señoras Giovanna Martínez Royo y Carla Michel Borda, miembros del Consejo de Administración y Rosario Arnez Zapata, Gerente General; no ha causado daños o perjuicios a la entidad ni a terceros, situaciones que se consideran como atenuantes de las sanciones a imponerse..."

Entonces, así como la inexistencia de beneficio o -razonando en sentido inverso- de perjuicio, ha sido considerado como atenuante en la imposición de la sanción pecuniaria, una reincidencia (de la que sólo hablan los recurrentes), no ha sido tomado en cuenta, cual agravante de la misma sanción.

En ese estado de cosas, ha correspondido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ejercer su libertad de decisión, dentro de los márgenes establecidos por la norma, lo que hace a su potestad discrecional, principio fundamental en materia administrativa, y que debe ser entendido, conforme a Comadira, como:

“...un margen de apreciación conferido normativamente a la actuación administrativa, como una posibilidad de elección doblemente juridizada: primero, en tanto toda potestad, incluso la discrecional, presupone la existencia de la norma atributiva y, segundo en cuanto el propio despliegue de la potestad discrecional debe sujetarse a los límites jurídicos impuestos por el ordenamiento jurídico...”

Entonces, la facultad discrecional otorga, a la Administración, un margen de libertad en su actuar, así como diferentes opciones igual de justas para tomar una determinación administrativa.

García de Enterría señala, que *“no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto”*, encontrándose la misma sujeta, por tanto, al control de legalidad.

A efectos de la aplicación de estos criterios dentro del de autos, es pertinente rescatar lo señalado por los propios recurrentes, en cuanto a los artículos a los que han hecho referencia, estos son, el 99º, numerales 2 y 5, y 102º, de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, a continuación transcritos:

“...Artículo 99º. Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas (...)

2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo.

5. Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor. En el caso de directores, síndicos y miembros del Consejo de Administración u órgano equivalente que sólo perciban dieta, la multa no podrá exceder de diez (10) veces dicho monto. Estas sanciones serán aplicadas a la entidad, quien deberá repetir contra la persona sancionada (...)

Artículo 102º. *Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99º, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; **serán aplicados a directores**, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, **gerentes** y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse”* (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De ello y dentro de las exigencias propias de la legalidad que hace a la norma, debe concluirse en que, la existencia de beneficio resultante de la infracción, que hace al tipo sancionado, es exigible únicamente a las entidades de intermediación financiera, como personas jurídicas, lo que no hace al caso de autos, en el que las sanciones están siendo impuestas a los Directores y a la Gerente General -personales naturales-, de acuerdo al

grado de su responsabilidad, por lo que no se encuentra observación alguna a las sanciones impuestas por la Autoridad Reguladora, dado que la misma actuó de esa manera, en función a la responsabilidad que se estableció para cada uno de los ahora recurrentes.

Extremos todos estos, que determinan el carácter infundado de los alegatos.

Por último, en cuanto a los criterios contradictorios para imponer y graduar la multa a los que hacen alusión los recurrentes, y que se habrían dado en las Resoluciones Administrativas ASFI N° 393/2012 de 10 de agosto de 2012 y ASFI N° 330/2013 de 6 de junio de 2013, se tiene que, conforme lo ya supra expuesto, la Resolución Administrativa ASFI N° 393/2012 fue **anulada** por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través de la Resolución Administrativa ASFI N° 096/2013 de 18 de febrero de 2013, hecho que determina que ésta instancia jerárquica no pueda hacer la compulsión de los supuestos criterios contradictorios, en razón a que los mismos no existían, y por tanto carecían de cualquier validez jurídica, al momento de la emisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 330/2013 de 6 de junio de 2013.

2.2. Respecto a la motivación y fundamentación.-

Los recurrentes señalan, según les corresponda, que el Ente Regulador no habría fundamentado ni motivado, las Resoluciones Administrativas ASFI N° 330/2013 de 6 de junio de 2013, ASFI N° 200/2013 de 9 de abril de 2013, ASFI N° 199/2013 de 9 de abril de 2013 y ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013.

Al respecto de la motivación, corresponde traer a colación el criterio expuesto por la ex Superintendencia de Regulación Financiera, en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, la que señala:

"...Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda..."

De lo referido, así como de la lectura de las Resoluciones Administrativas ASFI N° 330/2013 de 6 de junio de 2013, ASFI N° 200/2013 de 9 de abril de 2013, ASFI N° 199/2013 de 9 de abril de 2013 y ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013 (respectivamente), se tiene que al contrario de lo referido por los recurrentes, dichas Resoluciones se encuentran debidamente motivadas y fundamentadas en cuanto al incumplimiento del artículo 113° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, así como a la consiguiente sanción impuesta a los ahora recurrentes, exponiendo los hechos y fundamentos que las sustentan, en sus partes resolutorias, cumpliendo así la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con su deber

de motivar sus actos, no existiendo, por ende, ninguna vulneración al artículo 28°, literales b) y e), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 30°, literal a), de la misma Ley.

Por último y en cuanto a las solicitudes de nulidad, ésta Autoridad no ha evidenciado ningún vicio del que se pueda inferir la nulidad absoluta del acto administrativo, como requieren los recurrentes, y ello, en estricta sujeción a la Ley N° 2341, del Procedimiento Administrativo, que en su artículo 35° claramente establece:

“...son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes: a) Los que se hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de materia y territorio; b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible; c) Los que se hubiesen dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal establecido d) Los que sean contrarios a la CPE; y e) Cualquier otro expresamente establecido en la Ley.”

Por lo tanto, se concluye que no existe ninguno de los presupuestos legales dados por la normativa aplicable, para considerar la nulidad del acto administrativo.

2.3. En cuanto al principio de non bis in idem.-

Los recurrentes señalan que existirían dos procesos con identidad de objeto, sujeto y causa, haciendo referencia para ello a la Resolución Administrativa ASFI N° 393/2013 de fecha 10 de agosto de 2012 y la Resolución Administrativa ASFI 200/2013 de 9 de abril de 2013.

Previo al análisis de este punto, corresponde referirse a lo establecido por el Tribunal Plurinacional Constitucional, que, en cuanto al non bis in ídem y en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0509/2012 de 9 de julio de 2012, ha señalado:

“...la SC 1044/2010-R de 23 de agosto, tiene el siguiente entendimiento: “En su oportunidad este Tribunal definió las implicancias y alcances del principio “non bis in idem”, en ese sentido, la SC 0506/2005-R de 10 de mayo, precisó: “El principio non bis in idem implica, en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos. En la doctrina y jurisprudencia española, el principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad”.

*El mencionado principio está contemplado por un aspecto sustantivo, **es decir, que nadie puede ser sancionado doblemente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado; y, el aspecto procesal o adjetivo, esto es, que nadie puede ser juzgado nuevamente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado.***

De las premisas antedichas, se tiene en una cabal dimensión, que se vulnera al “non bis in idem”, no sólo cuando se sanciona sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por un mismo hecho...”

De lo transcrito y aplicándolo para el caso de autos, se tiene que si bien los recurrentes hacen referencia a la Resolución Administrativa ASFI N° 393/2013, de fecha 10 de agosto de

2012, como al primer proceso por el cual fueron sancionados, sin embargo los mismos no hacen referencia a la Resolución Administrativa ASFI N° 096/2013 de 18 de febrero de 2013, por la cual la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría anulado el procedimiento sancionatorio iniciado contra los Sres. Iván Simón Cossío Llanos, Marcia Gisela Ferrel Quintana, Leslie Padilla Reyes, Oscar García Arozqueta y Marcelo Terán Grandi, hasta, inclusive, las cartas de notificación, en razón a que las mismas fueron notificadas fuera del horario hábil.

En este sentido, al haberse determinado la nulidad relativa por parte de la Autoridad Fiscalizadora, implica que el procedimiento se retrotrae hasta los vicios más antiguos, que en el caso de autos, son precisamente las cartas de notificación de cargos. Por lo tanto, no existe efecto alguno vigente a tiempo de haberse dispuesto las nuevas notificaciones de cargos para los recurrentes, implicando ello la inexistencia de una doble sanción o condena y, en consecuencia, la inexistencia de vulneración del principio de *non bis in ídem*.

2.4. En cuanto a la acumulación de procesos.-

En los alegatos de los recurrentes, la existencia de dos procesos paralelos y el hecho de que la Autoridad Reguladora no los hubiera acumulado en uno sólo, ha dado lugar a que se violente la unidad procesal y, a su vez, a que se emita una sanción sólo en relación a unos sujetos procesales, estableciéndose un juicio de valor anticipado en relación a los restantes, determinando que el presente proceso deba anularse.

Al respecto y conforme todo lo supra relacionado, se tienen los recursos interpuestos, por una parte, por las Sras. **GIOVANNA AURORA MARTÍNEZ ROYO, CARLA MICHEL BORDA y ROSARIO ARNEZ ZAPATA** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 199/2013 de 9 de abril de 2013, y por otra, el interpuesto por los Sres. **IVÁN SIMÓN COSSÍO LLANOS, MARCIA GISELA FERREL QUINTANA, LESLIE PADILLA DE REYES, OSCAR GARCÍA AROZQUETA y MARCELO TERAN GRANDI**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 330/2013 de 6 de junio de 2013, de cuyo contenido se evidencia, efectivamente, una identidad de objeto, lo que en su momento determinó en la instancia jerárquica, la acumulación que ahora consta en el Auto de fecha 31 de agosto de 2013.

El ejercicio de tal facultad, sin embargo, no demuestra un necesario deber de acumulación de obrados de la Administración, cual si de ello deviniera nulidad alguna, conforme a los razonamientos que siguen a continuación:

En el espíritu de lo recurrido, no es admisible que, habiendo sido cometida la infracción por varios Directores y determinando ello la existencia de una pluralidad de imputados, resulte que se procese por separado a tres infractores, mientras que a los restantes en proceso distinto y por cuerda separada, lo que los recurrentes entienden como una causal de nulidad.

No obstante, es el artículo 35°, párrafo I, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, el que establece los presupuestos en los que un acto administrativo debe considerarse nulo, siendo estos los siguientes:

“...a) Los que hubieren sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio;

b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;

c) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;

d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; y

e) Cualquier otro establecido expresamente por ley...”

Y su parágrafo II añade:

“...II. Las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley...”

De lo anterior y en función a los Recursos Jerárquicos presentes, no consta dentro del caso, la existencia de alguno de los presupuestos del artículo 35º, parágrafo I, de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, por cuanto, el proceder discrecional del Ente Regulador que, conforme se ha visto supra, es legítimo en tanto se acomode a la legalidad que debe hacer a sus actos, no infringe el derecho a la defensa de los Administrados imputados y después sancionados, toda vez que, la tramitación separada en dos procesos, no les ha coartado a los mismos, su derecho a asumir defensa; la evidencia de ello sale de la existencia misma de los Recursos Jerárquicos que se resuelven por el presente.

Asimismo, al establecer la norma legal, que *“las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley”*, reserva su interposición a la iniciativa del interesado y en uno de los recursos previstos por la misma norma, de manera tal que, una solicitud de esta naturaleza debe encontrarse *“de manera fundamentada”*, en los términos del artículo 38º, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

En ese entendido y no obstante lo espacioso del alegato sobre la nulidad invocada, sus fundamentos no inciden sobre esa pretensión concreta de los recurrentes; aquellos fundamentos que se dicen de hecho, hacen manifiesta su disconformidad para con el procedimiento asumido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, trasladándolo a un plano, si bien lógico, empero subjetivo y sin mayor asidero al respecto.

En cuanto a sus fundamentos de derecho, se limitan a concepciones generales que hacen a las prerrogativas de los Administrados dentro del procesos administrativo y sancionador administrativo, empero no concretizan alguna norma que, con la especificidad que al caso le es exigible, prohíba el procesamiento diverso de distintas personas por un mismo hecho, o que al menos disponga la imposibilidad sobre lo mismo.

Lo observable para el caso, desde el punto de vista subjetivo pasivo, es la disposición del artículo 78º, parágrafo I, de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, en sentido que *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas individuales o colectivas que resulten responsables”*, de manera tal que,

independientemente del proceso del que se trate, las responsabilidades se encuentren correctamente imputadas, en función de los infractores, lo que en el caso, ha sucedido.

Asimismo y en lo que atañe al factor subjetivo activo, está el artículo 44º, parágrafo I, también de la Ley N° 2341, el que establece que:

*"...**Artículo 44.- (Acumulación).** I. El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, **podrá** disponer de oficio o a instancia de parte su acumulación a otro u otros procedimientos cuando estos tengan idéntico interés y objeto..."* (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En este sentido, el **poder** al que se refiere la norma, importa una **facultad discrecional** de la Administración, entonces no una obligación taxativa o imperativa para la misma, lo que confirma lo supra señalado, en cuanto a que esa facultad es subsistente en tanto se encuentre encuadrada a la Ley, extremo que no han desvirtuado los recurrentes.

Los mismos recurrentes señalan que, la tramitación dual de una misma infracción, determinaría establecer un "juicio de valor anticipado" de un proceso con respecto al otro, empero no consta que hubieren ejercido el derecho procesal que le es atiente a ello, como tampoco reclamo de algún interesado que acuse haber sido perjudicado por un extremo como el ahora alegado en los Recursos Jerárquicos.

Antes mas bien, del contenido de los alegatos, se infiere existir una infracción, de parte de los recurrentes, al artículo 37º (*Procedencia*) del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, por cuanto, no se percibe aquí ninguna afectación, lesión o perjuicio, que el procesamiento dual (en función de dos grupos **distintos de personas**) les esté ocasionando a los recurrentes.

Ahora bien, en cuanto a que esa coexistencia de procesos determinaría un criterio anticipado, se tiene que las sanciones que constan en las Resoluciones Administrativas ASFI N° 199/2013 de 9 de abril de 2013 y N° 330/2013 de 6 de junio de 2013, tienen fundamentos objetivos y (de su atenta lectura) basados en los hechos que allí se analizan y evalúan, no existiendo ninguna evidencia, aportada por los recurrentes o de cualquier otra fuente, de que para la toma de tales determinaciones, el Ente Regulador se hubiera apartado de esa necesaria objetividad que debe hacer al caso, y se hubiese dejado influenciar por algún elemento extraño al proceso.

Asimismo, resultan infundados los recursos en cuanto a unas supuestas violaciones a principios como el de preclusión o de unidad del procedimiento administrativo (en esto último, téngase presente nuevamente, diferenciarse sustancialmente los dos procesos sancionatorios, en tratarse de dos grupos **distintos de personas**, no pudiendo alegar ninguno de los sancionados o recurrentes, haber sido procesado por doble partida), o a las garantías al debido proceso, a la seguridad jurídica y otras mencionadas en los Recursos, en tanto tales violaciones no han sido demostradas, sugiriendo más bien que su invocación en los Recursos Jerárquicos, es producto de la susceptibilidad de los recurrentes, como tal, inatendible en derecho.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que, la Entidad Fiscalizadora ha realizado una correcta valoración de los elementos producidos a tiempo de pronunciar la imposición de la sanción dentro del caso de autos, y confirmar después la misma en la Resolución Administrativa ahora recurrida.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE las Resoluciones Administrativas ASFI N° 199/2013 de 9 de abril de 2013 y ASFI N° 330/2013 de 6 de junio de 2013, que, en Recursos de Revocatoria, confirmaron las Resoluciones Administrativa ASFI N° 095/2013 de 18 de febrero de 2013 y ASFI N° 200/2013 de 9 de abril de 2013, respectivamente, todas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DFP/N° 325-2013 DE 10 DE ABRIL DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013 DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 056/2013

La Paz, 11 de Septiembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 325-2013 de fecha 10 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 40-2013 de fecha 15 de enero de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 054/2013 de fecha 23 de agosto de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 128/2013 de fecha 27 de agosto de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 2 de mayo de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)**, representada legalmente por su Gerente General, Sr. Julio Vargas León, en mérito al Testimonio de Poder N° 563/2001, otorgado en fecha 3 de octubre de 2001 por ante Notario de Fe Pública N° 035 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 325-2013 de fecha 10

de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 40-2013 de fecha 15 de enero de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/5305/2013, con fecha de recepción 7 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 325-2013 de fecha 10 de abril de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 9 de mayo de 2013, notificado en fecha 16 de mayo de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 325-2013 de fecha 10 de abril de 2013.

Que, mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 064/2013 de 30 de julio de 2013, el Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, la remisión en fotocopias de documentación complementaria sobre el presente caso de autos.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DFP/7085/2013, con fecha de recepción 8 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, remitió al Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, la documentación complementaria solicitada.

Que mediante Auto de fecha 27 de agosto de 2013, el señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros acepta la excusa presentada por la Dra. Ericka Marisol Balderrama Pérez, mediante Nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 054/2013, disponiendo la separación de la misma para el conocimiento y sustanciación del Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 325/2013 de 10 de abril de 2013, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS; designando a la Dra. Patricia Mirabal Fanola, Jefe de Unidad del Sistema de Reparto, para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas a la Dra. Ericka Marisol Balderrama Pérez, en la tramitación del proceso recursivo señalado hasta su conclusión.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS APS/DJ/DFP/8252/2012 DE 22 DE OCTUBRE DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, mediante nota APS/DJ/DFP/8252/2012 de 22 de octubre de 2012, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)**, con el siguiente cargo:

“...II.- DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS.

Cargo N° 1.

*De la revisión al trámite de Pensión por Muerte del **NUA 30586598** correspondiente al Sr. Feliciano Mariscal Mamani, se ha evidenciado que Futuro de Bolivia S.A. AFP no realizó*

una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, consistente en sus Certificados de Nacimiento, lo que generó que éstos no reciban la Pensión por Muerte en el porcentaje que les correspondía, desde la fecha de Solicitud de Pensión (03-11-2002), afectando de esta forma la cuantía de Pensión al Grupo Familiar de los Derechohabientes....”.

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota FUT.APS.BEN. 2580/2012 de fecha 30 de noviembre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)** presenta los descargos respectivos, señalando lo siguiente:

“...a) Imputación de Cargos:

Su Autoridad nos ha imputado como cargo en el sentido de que "...se ha evidenciado que Futuro de Bolivia S.A. AFP no realizó una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, consistente en sus Certificados de Nacimiento, lo que generó que éstos no reciban la Pensión por Muerte en el porcentaje que les correspondía, desde la fecha de solicitud de Pensión (03-11-2002), afectando de esta forma la cuantía de Pensión al grupo Familiar de los derechohabientes". La norma supuestamente infringida sería el artículo 142 del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y el punto primero del artículo (sic) segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566/2001 de 30 de octubre de 2001.

b) Descargos al Cargo N° 1:

Nuestra Administradora en cumplimiento a lo establecido por el punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P-N° 566/2001 de 30 de octubre de 2001 atendió la solicitud de Pensión por Muerte presentada por los derechohabientes del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani con CUA 30586598; y requirió la documentación de respaldo para la acreditación de los mismos. Una vez verificados los requisitos de cobertura, se remitió la carpeta del Asegurado a la Compañía La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A., en fecha 16 de diciembre de 2002, con toda la documentación correspondiente incluida la de acreditación de los derechohabientes, producto de lo (sic) dicha entidad Aseguradora, dio inicio al pago de la pensión.

En Apego (sic) al principio de búsqueda de la verdad material establecido por el artículo 180 parágrafo I de nuestra Constitución Política del Estado; y Art. 4. inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo solicitamos a su Autoridad considerar los siguientes aspectos:

- Conforme a lo establecido por el Art. 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años...". Considerando que nuestra AFP remitió el expediente completo a la EA La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. en fecha 16 de diciembre de 2002 y que no existió

ninguna observación por parte de dicha EA, ni de los beneficiarios de la Pensión, es evidente que han transcurrido más de dos (2) años; por lo que la supuesta infracción estaría prescrita.

- Por otra parte, considerando la composición del grupo familiar, (Cónyuge y más de dos hijos acreditados con derecho a pensión) desde la fecha de inicio de pago hasta la fecha, el porcentaje de asignación y pago de pensión ha sido y es del Cien por Ciento (100%). De cuyo hecho se desprende que **no se ha afectado la cuantía de Pensión del Grupo Familiar de los Derechohabientes.**
- A la fecha no sea (sic) recibido reclamo de ninguna naturaleza por parte algún (sic) derechohabiente o miembro del grupo familiar del Asegurado fallecido Feliciano Mariscal Mamani con CUA 30586598; y menos en relación al pago de la Pensión de los menores Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores. La observación de la no inclusión de los derechohabientes en el pago, surgió de la Orden de Fiscalización al procedimiento de asignación de (sic) Ente Gestor de Salud en el SSO.
- Los Certificados de Nacimiento de los menores que fueron remitidos en su oportunidad a la entidad (sic) Aseguradora consignan las siglas CM en el campo de Cédula de Identidad de los padres de los menores; dichas siglas y numeración corresponderían al Certificado de Matrimonio y el número del mismo documento con el cual se procedió a la inscripción de nacimiento de los menores. Aspecto que a la fecha esta (sic) siendo confirmado con el SIRECI (se adjunta nota FUT.GO.BEN. 3788/12).

En merito (sic) a los argumentos precedentemente expuestos; y considerando que por el transcurso del tiempo la supuesta infracción se encuentra prescrita; y que además no se ha afectado de manera alguna, la cuantía de Pensión del grupo Familiar de los derechohabientes; es que solicitamos a su Autoridad que como Director del procedimiento Administrativo, se sirva desestimar los cargos, disponiendo asimismo el archivo de los actuados...”.

Mediante Auto de fecha 12 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, determinó apertura del término de prueba de diez (10) días hábiles administrativos para que Futuro de Bolivia S.A. - AFP, remita la estructura de pagos reportada por la Entidad Aseguradora a la AFP, para el trámite de Pensión por Muerte del señor Feliciano Mariscal Mamani, la cual fue atendida por Futuro de Bolivia S.A. - AFP, con nota FUT.APS.BEN. 2867/2012 de 31 de diciembre de 2012.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/Nº 40-2013 DE 15 DE ENERO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 40-2013 de 15 de enero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, resuelve lo siguiente:

“...**PRIMERO.-** Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el **Cargo N° 1**, con multa en Bolivianos equivalente a \$US7.500,00 (SIETE MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de

17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566 de 30 de octubre de 2001.

SEGUNDO.- La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación CUT N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.

TERCERO.- I. En el plazo de diez (10) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa, la Administradora deberá reponer con recursos propios el diferencial del 20% de los pagos por los periodos de diciembre 2008, enero 2009 y abril a octubre de 2011, así como las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011, más los intereses de acuerdo con el artículo 301 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

II. Asimismo, al día siguiente hábil de finalizado el plazo señalado en el párrafo anterior, la AFP debe remitir a esta Autoridad un informe detallado que evidencie la reposición efectuada, adjuntando los asientos contables y los cálculos realizados en formato Excel, así como la copia de los comprobantes de pago, con constancia de recepción por parte de los derechohabientes...”.

Los argumentos de la precitada Resolución, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procede al análisis del presente caso:

CARGO N° 1.-

- El artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, señala:

“A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la Licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia”.

- El punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566/2001 de 30 de octubre de 2001, establece:

“...es obligación de las AFP representar a los Afiliados ante las Entidades Aseguradoras y autoridades competentes, con relación a las prestaciones de invalidez, muerte y gastos funerarios de los seguros de riesgo común, riesgo laboral y riesgo profesional, debiendo cumplir las siguientes actividades como mínimo:

- Atender las solicitudes de pensión y gastos funerarios, proporcionando a los afiliados (sic) o derechohabientes según corresponda, los formularios de solicitud respectivos y requerir la documentación de respaldo según normativa.

Se evidenció que Futuro de Bolivia S.A. AFP, en el trámite de Pensión por Muerte del **NUA 30586598** correspondiente al Sr. Feliciano Mariscal Mamani, no realizó una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, consistente en sus Certificados de Nacimiento, lo que generó que éstos no reciban la Pensión por Muerte en el porcentaje que les correspondía, desde la fecha de Solicitud de Pensión (03-11-2002), afectando de esta forma la cuantía de Pensión al Grupo Familiar de los Derechohabientes.

(...)

CONSIDERANDO:

Que la Administradora, en su nota FUT.APS.BEN 2580/2012 de 30 de noviembre de 2012, afirma que: “**...atendió la solicitud de Pensión por Muerte presentada por los derechohabientes del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani con CUA 30586598; y requirió la documentación de respaldo para la acreditación de los mismos. Una vez verificados los requisitos de cobertura se remitió la carpeta del Asegurado a La Compañía La Vitalicia "Seguros y Reaseguros de Vida S.A."**” (el subrayado y las negrillas son nuestros), en este sentido, si la AFP, hubiese verificado oportunamente y a cabalidad los requisitos exigidos por norma de la manera como señala en su nota “verificados los requisitos de cobertura” (el subrayado es nuestro), la Administradora habría detectado oportunamente las inconsistencias en los certificados de nacimiento de los Derechohabientes del Asegurado fallecido Feliciano Mariscal Mamani, Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores. Asimismo, hubiese procedido a solicitar la regularización de los documentos observados antes de derivar el expediente a La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A.

Que asimismo señala que: “...Considerando que nuestra AFP remitió el expediente completo a la EA La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. en fecha 16 de diciembre de 2002, y que no existió ninguna observación por parte de dicha EA, ni de los beneficiarios de la Pensión, es evidente que han transcurrido más de dos años (2), por lo que la supuesta infracción estaría prescrita”.

Que respecto al argumento de la Administradora, la Resolución Jerárquica de regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, señala: “La prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos (prescripción adquisitiva) para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la ocurrencia de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos

como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo. De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella. De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento o extinción de derechos subjetivos o acciones, es viable su interrupción y suspensión en consideración a especiales circunstancias de las personas involucradas dentro de la relación jurídica que impidan su ejercicio o la defensa frente la posible extinción del derecho.

En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, en virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios constituyan (sic), de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento ó n de la acción.

Por ello, reiterando la interpretación sistemática y teleológica, que se ha plasmado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 68/2006 de 28 de septiembre, tanto de la Ley de Procedimiento Administrativo así como del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, y aplicando el principio de inexcusabilidad expresado en el Artículo 52, Parágrafo II, de la indicada Ley de Procedimiento Administrativo, se tiene lo siguiente:

El Artículo 80, parágrafo I, de la Ley de Procedimiento Administrativo, referido a las etapas del procedimiento sancionador manifiesta que: "El procedimiento sancionador se regirá (...) por las disposiciones de los capítulos I, II, III y IV del Título Tercero de esta Ley" capítulos que comprenden los Artículos 39 al 55 de dicha Ley. Ahora bien, el Artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo especifica que los procedimientos administrativos -incluyéndose en ellos los sancionatorios-podrán iniciarse de oficio como a solicitud de persona interesada, determinando el Artículo 40, parágrafo I, de la Ley Adjetiva Administrativa que el inicio de oficio de un procedimiento se dará por la decisión e iniciativa del órgano administrativo correspondiente.

Por otra parte, el Artículo 65, Parágrafo I, del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, referido a las etapas del procedimiento sancionador, indica que "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento (sic) normativa, de oficio o a denuncia, investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento.

De las normas antes desarrolladas, y acudiendo a los métodos de interpretación ya señalados, se tiene que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 han reconocido la facultad de

las Superintendencias del SIREFI de poder iniciar de oficio las investigaciones que consideren pertinentes a los fines de detectar posibles conductas lesivas del ordenamiento jurídico administrativo por parte de los sujetos regulados en el Sistema de Regulación Financiero (sic). Más aun (sic) si se toma en cuenta que bajo el Artículo 1, Parágrafo V, de la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005, corresponde a la SPVS controlar, supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, la actividad aseguradora, reaseguradora y el mercado de valores.

En tal sentido, y atendiendo a lo anterior, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, y no así con la notificación de cargos que es el acta por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza ya sea con la presentación de una denuncia por parte de un usuario de los servicios financieros, que debe ser de conocimiento de la entidad infractora, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio por la entidad regulatoria, que también debe ser de conocimiento de la entidad infractora.

Finalmente, corresponde aclarar que si bien el Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que "(...) La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro esta previsión normativa, se reitera, se refiere únicamente a la interrupción de la prescripción de las sanciones ya impuestas a consecuencia de un procedimiento sancionatorio que no puede ser aplicado a la prescripción de la acción administrativa sancionatoria, ni confundida con la notificación de cargos como acto para su interrupción; y como ha dispuesto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo "La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y en el caso de la sanción desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa. Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento.

Una vez enseñando lo anterior, en lo que respecta al régimen de la prescripción, no se debe dejar de lado que la misma también tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese entendido se debe de marcar las diferencias existentes entre las infracciones instantáneas y las infracciones permanentes.

En las infracciones instantáneas, la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.

En las infracciones permanentes, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.

En consecuencia, cuando se trata de infracciones permanentes, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto... ”

Que asimismo, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007 establece que: “Respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento de la situación ilícita respectivamente” y la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008 en la cual se establece que: “cuando se trata de infracciones permanentes, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto... ”

Que es importante mencionar que el cargo sancionado corresponde a una infracción de carácter permanente, pues producto de la fiscalización realizada, se observó que no fue posible establecer que Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores sean hijos del Sr. Feliciano Mariscal Mamani debido a las inconsistencias identificadas en los documentos de identidad de los padres, considerando que Futuro de Bolivia S.A. AFP no cumplió con la revisión cuidadosa y diligente de los Certificados de Nacimiento de dichos Derechohabientes presentados en la solicitud de Pensión por Muerte el 03 de noviembre de 2002, mucho más considerando que La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. procedió al pago con los Derechohabientes debidamente acreditados, reportando a la Administradora mediante la Estructura 11 los pagos mensuales, sin que exista observación alguna de parte de dicha AFP al pago realizado.

Que lo referido en el párrafo anterior tuvo como consecuencia que, los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, al no estar correctamente acreditados, el monto de la Pensión por Muerte fue afectado en un veinte por ciento (20%) en los meses de diciembre 2008, enero 2009, abril a octubre de 2011 y las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011, afectando asimismo, la cuantía de Pensión que también le correspondía al Grupo Familiar.

Que (sic) lo señalado anteriormente, se puede evidenciar en la estructura de pagos remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP a esta Autoridad mediante nota FUT.APS.BEN.2867/2012 del 31 de diciembre de 2012, a través de la cual se verificó que **el monto de la pensión fue afectado en un veinte por ciento (20%) en los periodos de diciembre 2008, enero 2009 y abril a octubre de 2011**, ya que la composición del Grupo Familiar para estos periodos incluye a la cónyuge y a un solo hijo, de cuyo hecho se concluye que de haber estado correctamente acreditados: Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, el monto no habría sufrido alteración alguna y por tanto el porcentaje de asignación y pago de pensión hubiese sido del cien por ciento (100%), por tanto no es evidente la afirmación de la Administradora cuando señala **“que no se ha afectado la cuantía de Pensión del Grupo Familiar de los Derechohabientes”**.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP al afirmar que las observaciones determinadas surgieron como producto de una Fiscalización específica y no por reclamo de los

Derechohabientes, no está dando cumplimiento con sus actividades, es decir, **con el cuidado exigible a un buen padre de familia** establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, debido a que debía (sic) haber detectado oportunamente estas falencias antes de remitir la documentación a la Entidad Aseguradora, es decir que, debido al hecho de que no exista reclamo de parte de algún Derechohabiente o miembro del Grupo Familiar del Asegurado fallecido Feliciano Mariscal Mamani, no se constituye en justificativo de incumplimiento de la Administradora a la norma señalada anteriormente.

Que es importante mencionar que, el efecto de pagarse una pensión menor en los periodos antes citados, incide directamente en el pago de las duodécimas de **aguinaldo** respectivas **de las gestiones 2008, 2009 y 2011**. Por tanto, la afirmación que realiza la AFP en su nota FUT.APS.BEN 2580/2012: "(...), considerando la composición del grupo familiar, (Cónyuge y más de dos hijos acreditados con derecho a pensión) desde la fecha de inicio de pago hasta la fecha, el porcentaje de asignación y pago de pensión ha sido y es del Cien por Ciento (100%)", no corresponde, ya que se ha afectado la cuantía de la pensión del Grupo Familiar de los Derechohabientes del Sr. Feliciano Mariscal Mamani, por lo que corresponde que la Administradora reponga los periodos no pagados correctamente con recursos propios.

Que respecto a las inconsistencias en los números de documento de identidad correspondientes a los padres y evidenciada en los Certificados de Nacimiento de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, éstas recién fueron regularizadas y enviadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP a la Entidad Aseguradora el **14 de noviembre de 2011**, mediante nota FUT APS BEN 1993/2011, ya que como era de su conocimiento, La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. procedió al pago únicamente considerando a los Derechohabientes acreditados.

Que en relación a lo señalado por la Administradora: "...dichas siglas y numeración corresponderían al Certificado de Matrimonio y el número del mismo, documento con el cual se procedió a la inscripción de nacimiento de los menores. Aspecto que a la fecha está siendo confirmado con el SERECI (se adjunta nota FUT.GO.BEN. 3788/12), se puede concluir que la Administradora no realizó una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación de los dos Derechohabientes, ya que esta revisión debió efectuarse al momento de la presentación de la Solicitud de Pensión por Muerte, lo cual habría evitado la existencia de inconsistencias en los documentos observados.

Que conforme el análisis de los argumentos y descargos presentados por la Administradora, se concluye que éstos no justifican el incumplimiento al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566 de 30 de octubre de 2001, por lo que corresponde establecer sanción.

CONSIDERANDO:

Que en virtud a los argumentos señalados anteriormente y considerando que, Futuro de Bolivia S.A. AFP no presentó los descargos suficientes que desvirtúen el Cargo imputado

en su contra, se ratifica el incumplimiento de la Administradora al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566 de 30 de octubre de 2001.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP ha incumplido la norma referente a la obligación de las AFP de representar a los Afiliados ante las Entidades Aseguradoras y autoridades competentes, con relación a las prestaciones de invalidez, muerte y Gastos Funerarios de los seguros de riesgo común (sic), riesgo laboral (sic) y riesgo profesional(sic).

Que conforme el "Principio de Proporcionalidad" establecido en el artículo 75 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, "El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas". Por tanto el Ente Regulador, habiendo comprobado la infracción en el Cargo presente, los efectos y alcances que ésta acarrea y en cumplimiento a la norma referida anteriormente, considera pertinente imponer una sanción.

Asimismo, el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, establece lo siguiente:

"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida".

De acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se puede evidenciar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumplió con cada uno de los parámetros que forman parte del Principio de Proporcionalidad, refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

- a) Es indiscutible el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566 de 30 de octubre de 2001.
- b) La infracción se encuentra plenamente probada, pues se evidenció que en el trámite de Pensión por Muerte del **NUA 30586598** correspondiente al Sr. Feliciano Mariscal Mamani, se ha evidenciado que Futuro de Bolivia S.A. AFP no realizó una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, consistente en sus Certificados de Nacimiento.
- c) En lo que se refiere a la ponderación de la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, el incumplimiento de la Administradora a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566 de 30 de octubre de 2001, tuvo como consecuencia que los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, no reciban la Pensión por Muerte en el porcentaje que les correspondía, desde la fecha de Solicitud de Pensión, es decir desde el 03 de noviembre de 2002, afectando de esta forma la cuantía de pensión al Grupo Familiar de los Derechohabientes.

Asimismo, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, establece:

"Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: **a)** La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b)** La naturaleza de los perjuicios causados y **c)** La reincidencia en la comisión".

- a) La normativa establece que la AFP debe proceder con diligencia, realizando sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia. Asimismo establece que, debe representar a los Afiliados ante las Entidades Aseguradoras y autoridades competentes, con relación a las prestaciones de invalidez, muerte y gastos funerarios de los seguros de riesgo común (sic), riesgo laboral (sic) y riesgo profesional (sic), obligación que la Administradora no dio cumplimiento, pues demuestra su conducta negligente, al no haber realizado una evaluación adecuada y oportuna de los Certificados de Nacimiento de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, habiendo remitido

posteriormente dicha documentación a la Entidad Aseguradora, con inconsistencias en lo que se refiere a los números de documentos de identidad de los padres de ambos Derechohabientes.

b) El incumplimiento de la Administradora al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566 de 30 de octubre de 2001, ocasionó daño económico a los Derechohabientes así como al Grupo Familiar al cual corresponden, pues la cuantía de Pensión por Muerte fue afectada en un veinte (sic) (20%), en los meses de diciembre 2008, enero 2009, abril a octubre de 2011, y las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011.

c) No se cuenta con un antecedente de reincidencia sobre el presente caso.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones establece que (sic) "Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley N° 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición, ...".

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 (sic) Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al párrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana crítica y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

“b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño”.

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b), señala:

“b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media”.

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

b) Infracción calificada como gravedad media De (sic) cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses”.

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por el memorial presentado el 12 de marzo de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 40-2013 de 15 de enero de 2013, con los siguientes argumentos:

“...DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIONES Y SU NATURALEZA DE ORDEN PÚBLICO:

El factor tiempo influye en la adquisición y pérdida de derechos; en el segundo orden ocurre cuando el titular de un derecho que deja de ejercerlo por un período determinado señalado siempre en la ley, ocasiona con su inactividad que su derecho prescriba. Dicho de otra manera, se puede establecer que el tiempo tiene importancia vital en el Derecho, ya que las relaciones jurídicas quedan sujetas al transcurso del tiempo en su origen, desenvolvimiento y extinción. En síntesis el transcurso del tiempo produce consecuencias jurídicas.

Prescribir es un modo de extinción, más que de la obligación, de la acción que sanciona la obligación y que juega un papel importante en el mantenimiento de la seguridad jurídica, por ello constituye un instituto de orden público, que está normado con precisión en el Art. 1495 del Código Civil, pues no es posible modificar el régimen legal de la prescripción ni es posible prescindir de él, bajo sanción de nulidad.

En materia administrativa y concretamente el caso que nos ocupa, la Ley del Pdto. Administrativo en su Art. 79 establece que: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el artículo 2 de la presente Ley".

El artículo precedentemente citado resulta absolutamente claro al establecer el tiempo que debe transcurrir para producir la prescripción de las infracciones, así como de las sanciones impuestas y es esta disposición legal que el Regulador debe aplicar y no

remitirse a normativa regulatoria que no guarda correspondencia con la ley, no puede el Regulador referirse a la "interpretación sistemática y teleológica plasmada en Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 68/2006 de 28 de septiembre" para concluir que el inicio de investigaciones o diligencias interrumpe la prescripción y además para concluir que la infracción se constituye en permanente (atribuyéndose el Regulador la facultad legislativa de agregar un elemento, el de la permanencia de la infracción en el tiempo, la misma que no está contemplado (sic) en la norma), cuando claramente el Art. 82 de la Ley del Pdto. Administrativo establece que la etapa de iniciación se formaliza con la notificación a los presuntos infractores con los cargos imputados y es absolutamente pertinente y legal que su Autoridad compute desde esta notificación los cargos imputados y con criterio objetivo, legal y ecuaníme concluya admitiendo que evidentemente se ha producido la prescripción.

En consecuencia, con relación a la imputación y sanción con el cargo N° 1 no se puede aplicar el concepto de infracción permanente; y por lo tanto corresponde que sea desestimada por haberse producido la prescripción; para (sic) el Regulador pueda efectuar observación alguna y en consecuencia también ha prescrito el derecho del Regulador de imputar con cargos por supuestas infracciones, lo contrario importará que el Regulador esté prescindiendo del régimen legal de la prescripción incurriendo en nulidad.

III. DE LAS OBLIGACIONES POR IMPERIO DEL PRINCIPIO JURÍDICO DEL BUEN PADRE DE FAMILIA:

A tiempo de imponernos una sanción económica ha establecido "...que Futuro de Bolivia S.A. AFP, en el trámite de Pensión por Muerte del NUA 30585598 correspondiente al Sr. Feliciano Mariscal Mamani, no realizo (sic) una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación de los derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, consistente en sus certificados (sic) de Nacimiento (sic) que éstos no reciban la pensión (sic) por Muerte en el porcentaje que les correspondía, desde la fecha de S (sic) de Pensión (03-11-2002) afectando de esta forma la cuantía de Pensión del Grupo Familiar de los Derechohabientes.

Sobre lo expresado por su Autoridad y a la luz del principio de búsqueda de la verdad material se tienen que considerar dos hechos:

- 1) De acuerdo a las estructuras de pagos remitidas por la AFP al regulador, y de lo establecido por el RESULEVE (sic) TERCERO, parágrafo I de la R.A. recurrida, la afectación a la pensión del grupo familiar corresponde solamente a los periodos diciembre 2008, enero 2009; y abril a octubre 2011; y no así desde la fecha de Solicitud de Pensión (03-11-2002), por lo que los fundamentos esgrimidos carecen de la debida fundamentación y congruencia.
- 2) Los certificados de nacimiento (sic), son documentos públicos emitidos por autoridad competente por lo que mal puede nuestra AFP observar la legalidad de los mismos. La inscripción y registro de nacimientos puede ser efectuada con el C.I. de los padres, el certificado de matrimonio (sic) e inclusive con declaración jurada; por lo que al coincidir plenamente los nombre (sic) del padre y de la madre en los certificados de nacimiento (sic) de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y

Jhonny Mariscal Flores, los mismos son considerados suficientes para acreditar su condición de derechohabientes, más aun (sic) se cuenta con el certificado de matrimonio (sic), donde también figuran los nombres de ambos padres.

Lo expresado en nuestra nota de descargo y en el numeral 2) precedente, es totalmente corroborado por la nota SERECI-CBBA. N° 943/2012 en la que se adjunta certificación que ratifica la correcta filiación de los derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores.

Para mayor abundamiento y como su Autoridad fácilmente podrá colegir, las boletas de información rápida de ambos certificados de nacimiento (sic) refleja partidas sin observaciones; y para evidenciar que la evaluación efectuada por nuestra AFP fue correcta y no negligente ni con la falta de cuidado exigible para el caso particular, su Autoridad también podrá evidenciar en las fotocopias de registro de partidas de nacimiento, que conforme la norma lo permite, a tiempo de registrar el nacimiento de Ariel Mariscal Flores su padre el Sr. Feliciano Mariscal Mamani presento (sic) el Certificado de Matrimonio, y el N° 776896 corresponde al N° de valorado de dicho certificado, situación igual a la descrita ocurre en el registro de nacimiento de Jhonny Mariscal Flores donde figura como documento presentado por la madre, el Certificado de Matrimonio con el mismo N° de valorado, es decir el N° 776896.

Por todo lo expresado su Autoridad en una correcta apreciación y valoración de los hechos y de la prueba aportada, formara (sic) convicción de que nuestra AFP; dio cumplimiento a sus actividades dentro del marco del cuidado exigible establecido por el Art. 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; y como consecuencia de ello dando también cumplimiento al punto primero del artículo segundo de la resolución (sic) Administrativa SPVS- P N° 566/2011 de 30 de octubre de 2001, atendió la solicitud de pensión por muerte (sic) del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani con NUA 30586598, exigió la documentación de acreditación pertinente y la remitió a la Entidad Aseguradora, para que proceda al pago conforme a sus obligaciones establecidas por la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566/2011 de 30 de octubre de 2001, que en su artículo SEXTO señala que:

"Las Entidades Aseguradores, de acuerdo a la Póliza suscrita con la AFP, están obligadas a dar cumplimiento a toda la normativa que establece la Ley de Pensiones y sus normas reglamentarias en lo referente a las prestaciones de invalidez, muerte y gastos funerarios de los seguros de riesgo común (sic), riesgo laboral (sic) y riesgo profesional (sic), debiendo cumplir las siguientes actividades como mínimo:

- Absolver todas las consultas de las AFP según los beneficios de los afiliados.
- Respetar el cálculo de Salario Base efectuado por la AFP, no pudiendo modificarlo.
- Realizar el cálculo de la Pensión Base.
- Realizar el pago de aportes a los Entes Gestores de Salud.
- Realizar el descuento del 10% correspondiente a Cotización Mensual con destino a la Cuenta individual.
- **Hacer efectivo el pago de las pensiones a los beneficiarios.**
- Remitir información a la AFP sobre el pago de la primera pensión." (las negrillas son nuestras)..."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/N° 325-2013 DE 10 DE ABRIL DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 325-2013 de 10 de abril de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 40-2013 de 15 de enero de 2013, con base en los fundamentos siguientes:

“... CONSIDERANDO:

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP, incumplió lo establecido en el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y en el punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566/2001 de 30 de octubre de 2001.

CARGO N° 1.-

- El artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, señala:
“A menos que en la Ley de Pensiones, el presente realmento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia”.
- El punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566/2001 de 30 de octubre de 2001, establece:
“...es obligación de las AFP representar a los Afiliados ante las Entidades Aseguradoras y autoridades competentes, con relación a las prestaciones de invalidez, muerte y gastos funerarios de los seguros de riesgo común (sic), riesgo laboral (sic) y riesgo profesional (sic), debiendo cumplir las siguientes actividades como mínimo:
 - *Atender las solicitudes de pensión y gastos funerarios, proporcionando a los afiliados o derechohabientes según corresponda, los formularios de solicitud respectivos y requerir la documentación de respaldo según normativa...”.*

(...)

“...Que con referencia a la afirmación de la Administradora en el sentido de que el Regulador no puede referirse a la “interpretación sistemática y teleológica plasmada en Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 68/2006 de 28 de septiembre”, es necesario comprender previamente a que se refiere la interpretación sistemática, la cual permite interpretar la ley atendiendo a las conexiones de la misma pero con la totalidad del ordenamiento jurídico del cual forma parte, incluidos los principios generales del derecho. Por otra parte, la interpretación teleológica, es aquella que permite establecer el sentido o alcance de un precepto legal atendiendo al fin de esta, es decir, a los determinados objetivos que se buscó conseguir mediante su establecimiento. En ese sentido, el marco legal dentro del cual el SIREFI estableció la prescripción de infracciones con carácter permanente, tiene respaldo en la normativa administrativa vigente, al no contrariarla.

Que por otro lado, el tenor del artículo 3 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala: "Las normas del presente Reglamento, **se aplicarán por las Superintendencias del SIREFI en su relación regulatoria con los sujetos regulados e interesados**, en toda tramitación de procedimientos administrativos, incluyendo procedimientos para la protección a usuarios, y en los trámites de interposición de recursos de revocatoria y jerárquico". Asimismo el artículo 60 del mismo cuerpo legal establece: "Las Superintendencias sectoriales del SIREFI deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las resoluciones jerárquicas inmediatamente, adoptando las medidas necesarias y dictando las resoluciones administrativas pertinentes para su ejecución. El incumplimiento acarreará las responsabilidades señaladas en la Ley (sic) 1178 del Sistema de Administración y Control Gubernamentales". Conforme la normativa señalada anteriormente, se puede evidenciar la obligación que tienen tanto la Entidad Reguladora así como los sujetos regulados, de cumplir con lo establecido en las mismas.

Que en lo que se refiere a la observación de Futuro de Bolivia S.A. AFP, referente a que el inicio de las investigaciones o diligencias interrumpen la prescripción, tal como lo afirma la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre de 2006; en el caso presente, es necesario señalar que la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 han reconocido la facultad de las Superintendencias del SIREFI de poder iniciar de oficio las investigaciones que consideren pertinentes a los fines de detectar posibles conductas lesivas del ordenamiento jurídico administrativo por parte de los sujetos regulados en el Sistema de Regulación Financiera.

Que respecto al argumento de la Administradora en cuanto a la facultad legislativa del Regulador de agregar un elemento, el de la permanencia de la infracción en el tiempo, no se desconoce de manera alguna lo establecido en el artículo 82 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo el cual es concordante con el artículo 66 del Decreto Supremo N° 27175; sin embargo, es necesario considerar que el artículo 65 de la normativa señalada, establece que: **I.** "Los Superintendentes sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, de oficio o a denuncia, investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento". **II.** Para tal efecto, se podrán realizar todas las actuaciones o diligencias que sean necesarias y pertinentes, y que permitan comprobar, de modo fehaciente, la existencia y veracidad de las infracciones", concluyendo conforme lo señalado, que la Entidad Reguladora en su labor de investigar la comisión de una infracción, deberá realizar las diligencias necesarias para la comprobación de dicha infracción en cualquier momento. En ese sentido, la prescripción de la acción quedará interrumpida con la investigación de la comisión de infracciones y la identificación de las personas individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento, tal como señala la norma y no así con la notificación de cargos.

Que reiterando el criterio asumido por la Superintendencia General del SIREFI mediante la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, que establece: "...Respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente" y la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008 en la cual se establece que: "cuando se trata de infracciones permanentes, la prescripción deberá

computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto... ”.

Que se establece este carácter del hecho antijurídico administrativo, pues en el caso presente el Cargo sancionado corresponde a una infracción de carácter permanente, considerando que el monto de la Pensión por Muerte correspondiente a los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, fue afectado en un veinte por ciento (20%), en los meses de diciembre 2008, enero 2009, abril a octubre de 2011 y las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011, por no estar correctamente acreditados, afectando asimismo, la cuantía de Pensión que también le correspondía al Grupo Familiar, pues de haber estado correctamente acreditados Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, el monto no habría sufrido alteración alguna y por tanto el porcentaje de asignación y pago de pensión hubiese sido del cien por ciento (100%).

Que como se puede evidenciar, si bien la infracción tuvo su inicio a partir de la solicitud de Pensión por Muerte el 03 de noviembre de 2002, pues Futuro de Bolivia S.A. AFP no procedió a la revisión cuidadosa y oportuna de los Certificados de Nacimiento de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, teniéndose como consecuencia que no se realice un correcto pago de la prestación; dicha infracción fue evidenciada durante la fiscalización realizada en la gestión 2011 por la Entidad Reguladora, iniciándose el Proceso Sancionatorio correspondiente. En ese sentido, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 40-2012 (sic) de 15 de enero de 2013, se instruyó la reposición del diferencial del 20% de los pagos de las gestiones señaladas líneas arriba y duodécimas de aguinaldo más intereses, de acuerdo con el artículo 301 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Que considerando que de acuerdo a la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007, señala que: “Respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente”, en el caso presente no existe descargo alguno de parte de la Administradora que demuestre haber eliminado su incumplimiento, el cual se encuentra detallado en el párrafo anterior, sino hasta el momento en que dicha Entidad cumplió con la obligación establecida en la disposición tercera de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 40-2012 (sic) de 15 de enero de 2013.

Que continuando con el argumento de la Administradora, señala lo siguiente:

III. DE LAS OBLIGACIONES POR IMPERIO DEL PRINCIPIO JURÍDICO (sic) DEL BUEN PADRE DE FAMILIA:

(...)

Sobre lo expresado por su Autoridad y a la luz del principio de búsqueda de la verdad material se tienen que considerar dos hechos:

- 1) De acuerdo a las estructuras de pagos remitidas por la AFP al regulador, y de lo establecido por el RESUELVE TERCERO, parágrafo I de la R.A. recurrida, la afectación a la pensión del grupo familiar corresponde solamente a los periodos diciembre 2008, enero 2009; y abril a octubre 2011; y no así desde la fecha de Solicitud de Pensión (03-11-2002), por lo que los fundamentos esgrimidos carecen de la debida fundamentación y congruencia (el subrayado es nuestro).

- 2) Los certificados de nacimiento (sic), son documentos públicos emitidos por autoridad competente por lo que mal puede nuestra AFP observar la lealtad de los mismos. La inscripción y registro de nacimientos puede ser efectuada con el C.I. de los padres, el certificado de matrimonio (sic) e inclusive con declaración jurada; por lo que al coincidir plenamente los nombres del padre y de la madre en los certificados de nacimiento de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, los mismos son considerados suficientes para acreditar su condición de derechohabientes, más aun (sic) se cuenta con el certificado de matrimonio (sic), donde también figuran los nombres de ambos padres. Lo expresado en nuestra nota de descargo y en el numeral 2) precedente, es totalmente corroborado por la nota SERECI-CBBA. N° 943/2012 en la que se adjunta certificación que ratifica la correcta filiación de los derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores.

Para mayor abundamiento y como su Autoridad fácilmente podrá colegir, las boletas de información rápida de ambos certificados de nacimiento refleja partidas sin observaciones; y para evidenciar que la evaluación efectuada por nuestra AFP fue correcta y no negligente ni con la falta de cuidado exigible para el caso en particular, su Autoridad también podrá evidenciar en las fotocopias de registro de partidas de nacimiento, que conforme la norma lo permite, a tiempo de registrar el nacimiento de Ariel Mariscal Flores, su padre el Sr. Feliciano Mariscal Mamani presento (sic) el Certificado de Matrimonio, y el N° 776896 corresponde al N° de valorado de dicho certificado; situación igual a la descrita ocurre en el registro de nacimiento de Jhonny Mariscal Flores donde figura como documento presentado por la madre, el Certificado de Matrimonio con el mismo N° de valorado, es decir el N° 776896.

Por todo lo expresado su Autoridad en una correcta apreciación y valoración de los hechos y de la prueba aportada, formara (sic) convicción de que nuestra AFP; dio (sic) cumplimiento a sus actividades dentro del marco del cuidado exigible establecido por el Art. 142 del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; y como consecuencia de ello dando también cumplimiento al punto primero del artículo segundo de la resolución (sic) Administrativa SPVS-P N° 566/2011 (sic) de 30 de octubre de 2001, atendió la solicitud de pensión por muerte (sic) del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani con NUA 30586598, exigió la documentación de acreditación pertinente y la remitió a la Entidad Aseguradora, para que proceda al pago conforme a sus obligaciones establecidas por la Resolución Administrativa SPVS- P N° 566/2011 (sic) de 30 de octubre de 2001, que en artículo SEXTO señala que:

“Las Entidades Aseguradoras, de acuerdo a la Póliza suscrita con la AFP, están obligadas a dar cumplimiento a toda la normativa que establece la Ley de Pensiones y sus normas reglamentarias en lo referente a las prestaciones de invalidez, muerte y gastos funerarios de los seguros de riesgo común (sic), riesgo laboral (sic) y riesgo profesional (sic), debiendo cumplir las siguientes actividades como mínimo:

- Absolver todas las consultas de las AFP según los beneficios de los afiliados.

- Respetar el cálculo del Salario Base efectuado por la AFP, no pudiendo modificarlo.
- Realizar el cálculo de la Pensión Base.
- Realizar el pago de aportes a los Entes Gestores de Salud.
- Realizar el descuento del 10% correspondiente a la Cotización Mensual con destino a la Cuenta Individual.
- **Hacer efectivo el pago de las pensiones a los beneficiarios.**
- Remitir información a la AFP sobre el pago de la primera pensión." (las negrillas son nuestras)..."

Que respecto a los argumentos señalados arriba, en los cuales la Administradora señala: "De acuerdo a las estructuras de pagos remitidas por la AFP al regulador (...) **la afectación a la pensión del grupo familiar corresponde solamente a los periodos diciembre 2008, enero 2009; y abril a octubre 2011 (...)**" (las negrillas son nuestras). En ese sentido la AFP acepta el daño económico que habría causado al grupo familiar; asimismo, si bien el perjuicio no se habría dado a partir de la solicitud de pensión, la sanción impuesta se ha generado por el **hecho** de haber afectado la cuantía de la pensión a una familia y no así por la cuantificación de los periodos.

Que en relación a la confirmación y obtención de la documentación del Servicio de Registro Cívico SERECI, que efectuó la Administradora, respecto de la inscripción de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, se concluye que la Administradora afirma que no realizó una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación de los dos (2) Derechohabientes, ya que esta revisión y/o corroboración debió efectuarse en su oportunidad y no así recién el 13 de diciembre de 2012, lo cual hubiera evitado que no se presenten inconsistencias en los documentos observados.

Que de la documentación enviada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, respecto de la filiación del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, el SERECI - Cochabamba, certifica: siendo sus padres FELICIANO MARISCAL MAMANI con C.I. 2653170 Y SABINA FLORES CONDORI con C.I. 5243417, partida VIGENTE y **regularizada en fecha 10 de noviembre de 2011** por R.S.P. - T.S.E. 021/2010 ART 16 con trámite administrativo (...) **que regulariza el N° de C.I. de la madre 5243417**" (las negrillas son nuestras), asimismo, sobre Ariel Mariscal Flores, señala: "(...), siendo sus padres FELICIANO MARISCAL MAMANI con C.I. 2653170 Y (sic) SABINA FLORES CONDORI con C.I. 5243417, partida VIGENTE y **regularizada en fecha 10 de noviembre de 2011** por R.S.P. - T.S.E. 021/2010 ART 16 con trámite administrativo (...) **que regulariza el N° de C.I. de la (sic) Padre 2653170 y el N° de C.I. de la madre 5243417**" (las negrillas son nuestras), se concluye que, producto de la regularización efectuada en dichos documentos, la propia Administradora envía a la Entidad Aseguradora, el 14 de noviembre de 2011, mediante nota FUT APS BEN 1993/2011, los certificados regularizados, ya que como era de su conocimiento La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. procedió al pago de los Derechohabientes debidamente acreditados, toda vez que la Aseguradora reporta de forma mensual la estructura de los pagos realizados a la AFP, quien se encuentra en la obligación de verificar los mismos; más aún cuando conociendo el detalle total de Derechohabientes declarados, se presentó una disminución en el monto de la pensión. Por tanto, la AFP no dio cumplimiento con sus deberes, refiriéndonos al **cuidado exigible a un buen padre de familia**, pues en su momento debió detectar estas inconsistencias y aclararlas antes de remitir la

documentación a la Entidad Aseguradora, representando adecuadamente ante la Aseguradora a los Derechohabientes.

Que por tanto, considerando que producto de la regularización efectuada a los certificados de nacimiento (sic) de Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, la Entidad Aseguradora comenzó a pagar las pensiones a ambos Derechohabientes a partir del mes de noviembre de 2011, se concluye que los justificativos presentados por la Administradora, no son suficientes para desestimar el Cargo, por lo que corresponde ratificar la sanción impuesta.

CONSIDERANDO:

Que actúa con culpa quien causa un daño sin propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia o negligentemente y con infracción de reglamentos, en el caso presente, la Administradora en total y pleno conocimiento de la norma, actuó de manera negligente e imprudente al no realizar una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, consistentes en sus Certificados de Nacimiento, lo que generó que éstos no reciban la Pensión por Muerte en el porcentaje que les correspondía, afectando de esta forma la cuantía de Pensión al Grupo Familiar de los Derechohabientes.

Que en consecuencia, de haber aplicado la norma en la forma en la que se encuentra establecida, Futuro de Bolivia S.A. AFP, tenía la posibilidad de prever un resultado dañoso, pues a través de la infracción cometida, no sólo vulneró la norma sino que también ocasionó que los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, no reciban la Pensión por Muerte en el porcentaje que les correspondía, afectando de esta forma la cuantía de pensión al Grupo Familiar de los Derechohabientes.

Que conforme lo señalado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, mediante Resolución Sancionadora, impuso la sanción correspondiente conforme a norma, después de haber realizado la evaluación y el análisis de las pruebas aportadas por la Entidad Regulada, así como también habiendo comprobado el daño ocasionado a los Derechohabientes así como al grupo familiar de los mismos, determinó que la Administradora proceda a reponer con recursos propios el diferencial del 20% de los pagos por los periodos diciembre 2008, enero 2009 y abril a octubre de 2011, así como las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011, más los intereses de acuerdo con el artículo 301 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Que por tanto, en mérito al análisis de los argumentos, antecedentes y normativa referida anteriormente, se ratifica el incumplimiento de Futuro de Bolivia S.A. AFP, a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y al punto primero del artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566/2001 de 30 de octubre de 2001.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las Resoluciones sobre Recursos de Revocatoria podrán ser confirmatorias,

revocatorias, desestimatorias o improcedentes.

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado descargos y argumentos suficientes que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 40 - 2013 de 15 de enero de 2013. En consecuencia, debe confirmarse la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria Total, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "**I.** Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: **a)** Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cuenta con el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar resolución...".

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 2 de mayo de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 325-2013 de 10 de abril de 2013, expresando lo siguiente:

...I. RATIFICA FUNDAMENTOS:

Sin perjuicio de lo expresado en el presente memorial, tengo a bien ratificar in extenso lo expresado en nuestro memorial de recurso de revocatoria (sic) fechado y recibido por su Autoridad el 12 de marzo de 2013.

II. DE LA ACEPTACIÓN DEL DAÑO:

*Contraviniendo el principio procesal constitucional de la verdad material, su Autoridad ha establecido sobre una cita parcial de lo expresado en nuestro memorial de recurso de revocatoria que: "En ese sentido la AFP acepta el daño económico que habría causado al grupo familiar; asimismo, si bien el perjuicio no se habría dado a partir de la solicitud de pensión, la sanción impuesta se ha generado por el **hecho** de haber afectado la cuantía de la pensión a una familia y no así por la cuantificación de los periodos". Cuando de la lectura cabal de dicho recurso, se desprende que Futuro de Bolivia S.A. AFP, solicitó la Revocatoria Total del acto administrativo, lo que supone contrario al razonamiento suyo, que no aceptamos ninguno de los presupuestos formulados en los considerandos y la parte resolutive de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 040/2013 de 15 de enero de 2013.*

III. DE LAS OBLIGACIONES DEL BUEN PADRE DE FAMILIA:

A tiempo de confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 040/2013 de 15 de enero de 2013, su Autoridad ha señalado que: "...en relación a la confirmación y

obtención de la documentación del Servicio de Registro Cívico SERECI, que efectuó la Administradora, respecto de la inscripción de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, (sic.) **se concluye que la Administradora afirma que no realizó (sic) una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación de los dos (2) Derechohabientes**, ya que esta revisión y/o corroboración debió efectuarse en su oportunidad y no así recién el 13 de diciembre de 2012, lo cual hubiera evitado que no se presenten inconsistencias en los documentos observados".

Sobre lo expresado por su Autoridad y a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, nuevamente debemos señalar que nuestra AFP, en ningún momento afirmó no haber realizado una evaluación adecuada y oportuna de los documentos de acreditación de los derechohabientes Ariel y Jhonny Mariscal Flores, sino más bien por el contrario, es decir, después de hacer una valoración de los mismos, fueron remitidos junto con todo el expediente para que la Entidad Aseguradora proceda al pago, no recibiendo de ésta última ninguna observación; ya que de haberse producido alguna, nuestra AFP con las atribuciones conferidas por Ley, hubiera hecho la representación respectiva.

La evaluación de los Certificados de Nacimiento de los derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, fue efectuada considerando lo siguiente:

- Son documentos públicos emitidos por autoridad competente por lo que mal podría nuestra AFP observar la legalidad de los mismos.
- La inscripción y registro de las partidas de nacimientos puede ser efectuada con el C.I. de los padres, el certificado de matrimonio e inclusive con declaración jurada; por lo que al coincidir plenamente los nombre (sic) del padre y de la madre en los certificados de nacimiento (sic) de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, los mismos son considerados suficientes para acreditar su condición de derechohabientes, más aun (sic) cuando se cuenta con el certificado de matrimonio (sic), donde también figuran los nombres de ambos padres. Por lo que no existiría ninguna inconsistencia en los mismos.

Lo expresado precedente (sic), es corroborado totalmente por la nota SERECI-CBBA.Nº 943/2012 y por las boletas de información rápida de ambos certificados de nacimiento; documentos en los cuales se ratifica la correcta filiación de los derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores; y que reflejan partidas sin observaciones.

Por todo lo expresado su Autoridad en una correcta apreciación y valoración razonada de los hechos y de la prueba aportada en el recurso de revocatoria (sic), formara (sic) convicción de que nuestra AFP; dio cumplimiento a sus actividades dentro del marco del cuidado exigible exigido por el Art. 142 del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997; y como consecuencia de ello ha cumplido con el punto primero del artículo segundo de la resolución Administrativa SPVS-P 566/2001 de 30 de octubre de 2001, atendiendo la solicitud de pensión por muerte (sic) del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani con NUA 30586598, exigiendo la documentación de acreditación pertinente y remitiéndola a la Entidad Aseguradora, para que ésta proceda al pago conforme a sus

obligaciones establecidas en la referida R.A. SPVS-P 566/2011 de 30 de octubre de 2001, que en su artículo SEXTO señala que:

"Las Entidades Aseguradoras, de acuerdo a la Póliza suscrita con la AFP, están obligadas a dar cumplimiento a toda la normativa que establece la Ley de Pensiones y sus normas reglamentarias en lo referente a las prestaciones de invalidez, muerte y gastos funerarios de los seguros de riesgo común (sic), riesgo laboral (sic) y riesgo profesional (sic), debiendo cumplir las siguientes actividades como mínimo:

- Absolver todas las consultas de las AFP según los beneficios de los afiliados.
- Respetar el cálculo de Salario Base efectuado por la AFP, no pudiendo modificarlo.
- Realizar el cálculo de la Pensión Base.
- Realizar el pago de aportes a los Entes Gestores de Salud.
- Realizar el descuento del 10% correspondiente a Cotización Mensual con destino a la Cuenta Individual.
- **Hacer efectivo el pago de las pensiones a los beneficiarios.**
- Remitir información a la AFP sobre el pago de la primera pensión."*(las negrillas son nuestras).*

IV.PETITORIO:

Con base a los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso que han demostrado una correcta valoración de los documentos de acreditación de los derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores; y al amparo de lo establecido por el artículo 53 del Decreto Supremo 27175 de 15 de Septiembre de 2003, solicito a su Autoridad disponga la Revocatoria total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 325-2013 de fecha 10 de abril de 2013; y en consecuencia, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 40 -2013, con el consiguiente archivo del trámite..."

7. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota APS/DESP/DJ/DFP/7085/2013 de 8 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, adjunta la documentación complementaria que le ha sido solicitada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 064/2013, conforme la relación siguiente:

- Formulario de Solicitud de Pensión por Muerte.
- Certificados de Nacimiento de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, presentados a tiempo de la suscripción de la Solicitud de Pensión por Muerte.
- Certificado de Matrimonio.
- Detalle de la documentación remitida a la Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A.
- Nota FUT.GO.BEN 5240/2011 de 14 de noviembre de 2011, así como los nuevos Certificados de Nacimiento presentados por los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores.

- Notas FUT.GO.BEN 3856/2011 de 12 de agosto de 2011, FUT.GO.BEN 3909/2011 de 16 de agosto de 2011 y la Nota GSP-1081/2011 de 18 de agosto de 2011, en respuesta a las notas referidas, Nota FUT.GO.BEN 4231/2011 de 31 de agosto de 2011, Nota GSP-1334/2011 de 6 de octubre de 2011.
- La Nota GSP-1066/2011 de 15 de agosto de 2011, mediante la cual la Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. remite un informe al a Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros –APS.
- Nota FUT.APS.BEN 1993/2011 de 14 de noviembre de 2011, remitida por Futuro de Bolivia S.A. - AFP a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, remitiendo copia de los Certificados de Nacimiento corregidos.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/DJ/DFP/8252/2012 de 22 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)**, con el Cargo N° 1 (único), por infracción a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 y el Punto Primero del artículo Segundo de la Resolución Administrativa SPVS-P N° 566/2001 de 30 de octubre de 2001, al advertir que la Administradora de Fondos de Pensiones, no realizó una evaluación adecuada y oportuna de los Certificados de Nacimiento de los Derechohabientes: Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, generando que éstos no perciban la Pensión por Muerte en el porcentaje que les correspondía, desde la fecha de Solicitud de Pensión.

Sustanciado tal cargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 40-2013 de 15 de enero de 2013, en el Resuelve Primero, impone a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)**, una sanción de \$us 7.500,00 (Siete Mil Quinientos 00/100 Dólares Estadounidenses), asimismo, en el Resuelve Tercero, dispone que la AFP reponga con recursos propios el diferencial del 20% de los pagos por los períodos: diciembre/2008, enero/2009 y abril a octubre/2011, así como las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011, más los intereses que correspondan.

En fecha 12 de marzo de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)** presenta Recurso de Revocatoria, el cual fue resuelto mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 325-2013 de 10 de abril de 2013,

que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 40-2013 de 15 de enero de 2013.

Mediante memorial de fecha 2 de mayo de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. - AFP)**, interpone Recurso Jerárquico, mismo que se pasa a resolver.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable al caso de autos.-

Previo al análisis de la controversia, corresponde traer a colación las determinaciones normativas del caso, conforme se procede a continuación:

- **Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997:**

“ARTÍCULO 142. (CUIDADO EXIGIBLE). A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible de un buen padre de familia...”.

- **Resolución Administrativa SPVS-P Nº 566/2001 de 30 de octubre de 2001:**

“SEGUNDO. (OBLIGACIONES DE LAS AFP). De conformidad con el artículo 31 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, es obligación de las AFP representar a los Afiliados ante las Entidades Aseguradoras y autoridades competentes, con relación a las prestaciones de invalidez, muerte y gastos funerarios de los seguros de riesgo común (sic), riesgo laboral (sic) y riesgo profesional (sic), debiendo cumplir las siguientes actividades como mínimo:

- *Atender las solicitudes de pensión y gastos funerarios, proporcionando a los afiliados o derechohabientes según corresponda, los formularios de solicitud respectivos y requerir la documentación de respaldo según normativa...”.*

2.2. De la Prescripción.-

Futuro de Bolivia S.A. - AFP señala en su Recurso Jerárquico que: *“...sin perjuicio de lo expresado en el presente memorial, tengo a bien ratificar in extenso lo expresado en nuestro memorial de recurso de revocatoria fechado y recibido por su Autoridad el 12 de marzo de 2013...”.*

Que, en el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Administradora, expresa que: *“...se ha producido la prescripción, para que el Regulador pueda efectuar observación alguna y en consecuencia también ha prescrito el derecho del Regulador de imputar con cargos por supuestas infracciones...”.*

Con carácter previo, corresponde referirse a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre de 2006, que en cuanto a prescripción ha desarrollado lo siguiente:

“La prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos (prescripción adquisitiva), o para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la documentación de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo. De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella. De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento o extinción de derechos subjetivos o acciones, es viable su interrupción y suspensión en consideración a especiales circunstancias de las personas involucradas dentro de la relación jurídica que impidan su ejercicio o la defensa frente la posible extinción del derecho”.

“En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la Administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia Administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción”.

“En nuestra economía jurídica, la prescripción administrativa se encuentra regulada en la Ley de Procedimiento Administrativo, Capítulo VI relativo al “Procedimiento Sancionador”, Artículo 79 que a la letra expresa: “Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)”.

Por su parte, en cuanto a la **interrupción de la prescripción** la mencionada Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFIRJ 61/2006 de 08 de septiembre señaló que: *“...Como se tiene anotado, no se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción...”.*

El mencionado Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo manifiesta que: *“...Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción por las sanciones quedará*

interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)” empero, no establece con claridad los casos en los que la prescripción administrativa, respecto de la acción sancionatoria, puede ser interrumpida ya que solamente hace referencia a la interrupción **de las sanciones ya impuestas**, aspecto distinto de la acción.

Por ello, reiterando la interpretación sistemática y teleológica, que se ha plasmado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 68/2006 de 28 de septiembre, tanto de la Ley de Procedimiento Administrativo, así como del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 -Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI-, y aplicando el principio de inexcusabilidad expresado en el Artículo 52, Parágrafo II, de la indicada Ley de Procedimiento Administrativo, se tiene lo siguiente:

El Artículo 80, parágrafo I, de la Ley de Procedimiento Administrativo, referido a las etapas del procedimiento sancionador manifiesta que: "El procedimiento sancionador se registrará (...) por las disposiciones de los capítulos I, II, III y IV del Título Tercero de esta Ley" capítulos que comprenden los Artículos 39 al 55 de dicha Ley. Ahora bien, el Artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo especifica que los procedimientos administrativos - incluyéndose en ellos los sancionatorios - podrán iniciarse de oficio como a solicitud de persona interesada, determinando el Artículo 40, parágrafo I, de la Ley Adjetiva Administrativa que el inicio de oficio de un procedimiento, se dará por la decisión e iniciativa del órgano administrativo correspondiente.

Por otra parte, el Artículo 65, Parágrafo I, del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, referido a las etapas del procedimiento sancionador, indica que: "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, de oficio o a denuncia, investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento.

De las normas antes desarrolladas, y acudiendo a los métodos de interpretación ya señalados, se tiene que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo, así como el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 han reconocido la facultad de las Superintendencias del SIREFI de poder iniciar de oficio las investigaciones que consideren pertinentes a los fines de detectar posibles conductas lesivas del ordenamiento jurídico administrativo por parte de los sujetos regulados en el Sistema de Regulación Financiero. Más aun (sic) si se toma en cuenta que bajo el Artículo 1, Parágrafo V, de la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005, corresponde a la SPVS controlar, supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, la actividad aseguradora, reaseguradora y el mercado de valores.

En tal sentido, y atendiendo a lo anterior, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, y no así con la notificación de cargos que es el acta por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza ya sea con la presentación de una denuncia por parte de un usuario de los servicios

financieros, que debe ser de conocimiento de la entidad infractora, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio por la entidad reguladora, que también debe ser de conocimiento de la entidad infractora.

Finalmente, corresponde aclarar que si bien el **Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo** establece que: "(...) La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)". Esta previsión normativa, se reitera, **se refiere únicamente a la interrupción de la prescripción de las sanciones ya impuestas** a consecuencia de un procedimiento sancionatorio **que no puede ser aplicado a la prescripción de la acción administrativa sancionatoria, ni confundida con la notificación de cargos como acto para su interrupción**; y como ha dispuesto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo: "...La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, en el caso de la sanción desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa. Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento...".

Una vez enseñado lo anterior, en lo que respecta al régimen de la prescripción, no se debe dejar de lado que la misma también tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese entendido se debe de marcar las diferencias existentes entre las **infracciones instantáneas** y las **infracciones permanentes**.

En las **infracciones instantáneas**, la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.

En las **infracciones permanentes**, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.

En consecuencia, cuando se trata de **infracciones permanentes**, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto...".

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Asimismo, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 enero de 2007, expresa que: "...Respecto a las **infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes**, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita, respectivamente. El plazo para que opere la prescripción en este caso corre desde que se ha cometido un delito o falta, hasta que el procedimiento investigativo o sancionatorio se ha iniciado y dirigido contra el presunto culpable, de acuerdo al plazo que fija la ley, que de acuerdo al Artículo 79 es de 2 años que se computan como años calendario de conformidad al Artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Para que el cómputo de la prescripción se interrumpa, y por tanto, no pueda declararse la prescripción, es necesario que se inicie un procedimiento administrativo y que dicho procedimiento se dirija contra el regulado presuntamente culpable, y que sea de su conocimiento...".

De las precisiones hechas y de la revisión del expediente administrativo, nos encontramos ante una **infracción permanente**, es decir, que prorrogó sus efectos en el tiempo, en consecuencia, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria se interrumpió con la comunicación de los resultados de la fiscalización efectuada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, es decir, cuando se procedió a la identificación del hecho antijurídico generado, tomando, entonces, como interrupción de la prescripción el 5 de agosto de 2011, fecha en la que mediante nota APS/DF/2364/2011 se hizo conocer a Futuro de Bolivia S.A. - AFP los resultados de la fiscalización efectuada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, y hasta la nota de cargos cite: APS/DJ/DFP/8252/2012 de 22 de octubre de 2012, notificada en fecha 15 de noviembre de 2012, no se cumplieron los dos años exigidos por la norma, más aún cuando la falta de diligencia y omisión de verificación y revisión de pagos efectuados a los Derechohabientes del señor Feliciano Mariscal Mamani, se mantuvieron en el tiempo, desde el 5 de noviembre de 2002 (fecha de solicitud de Pensión por Muerte) hasta el 5 de agosto de 2011.

En consecuencia, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, ha actuado de acuerdo a ley y ha hecho una correcta apreciación, sobre la institución de la prescripción pretendida por Futuro de Bolivia S.A. - AFP.

2.3. De la responsabilidad de Futuro de Bolivia S.A. - AFP.-

De la revisión de los antecedentes y la documentación complementaria del caso de autos, se tiene que la Solicitud de Pensión por Muerte del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani, fue suscrita en fecha 5 de noviembre de 2002, por la cónyuge supérstite Sabina Flores Condori, por sí y en representación de sus ocho (8) hijos habidos dentro la vigencia del matrimonio con el extinto Asegurado.

Futuro de Bolivia S.A. - AFP en cumplimiento a la normativa vigente, en fecha 16 de diciembre de 2002, remitió el expediente a La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. (Entidad Aseguradora), para que dé curso al pago de la Pensión por Muerte; cuyos pagos mensuales fueron reportados a Futuro de Bolivia S.A. - AFP, por la Entidad Aseguradora mediante la Estructura 11.

Emergente de la fiscalización realizada en agosto de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, imputó y sancionó a Futuro de Bolivia S.A. - AFP, al evidenciar que no se realizó el pago de Pensión por Muerte a los menores Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, debido a que La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. los excluyó de la nómina de Derechohabientes del extinto Asegurado Feliciano Mariscal Mamani, porque existirían inconsistencias de información en los Certificados de Nacimiento de los señalados menores, referidas a los números de documento de identidad del padre y de la madre de éstos.

En el Recurso Jerárquico interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. - AFP, señala que luego de hacer una valoración de los Certificados de Nacimiento presentados, los mismos junto con todo el expediente fueron remitidos a la Entidad Aseguradora, para que proceda al pago mensual de la pensión, no recibiendo ninguna observación sobre la documentación, caso contrario, hubiera hecho la representación respectiva.

Al respecto, corresponde señalar que el artículo 44 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en lo pertinente, establece que el pago de la Pensión por Muerte, debe efectuarse para todos aquellos Derechohabientes **debidamente acreditados**; por su parte, el artículo 3 del citado Decreto Supremo dispone, que la acreditación de los Derechohabientes debe realizarse a través de la presentación del **Certificado de Nacimiento** y Cédula de Identidad, si corresponde; en consecuencia, Futuro de Bolivia S.A. - AFP debió tener presente, que a tiempo de recepcionar la documentación presentada, por los Derechohabientes, tenía el deber y obligación de revisar que toda la información registrada en dichos certificados y documentos públicos, sean consistentes entre sí.

Adicionalmente, a momento de remitir la documentación a la Entidad Aseguradora para que efectivice el pago de la Pensión por Muerte a favor de los Derechohabientes, Futuro de Bolivia S.A. - AFP tenía una nueva posibilidad de realizar una adecuada revisión y poner de manifiesto tal inconsistencia en la documentación, a fin de comunicar la misma a los Derechohabientes y realizar las aclaraciones y regularizaciones de manera oportuna, y no esperar, como en este caso, que sea a través de una fiscalización, realizada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, que vayan a detectarse omisiones en la revisión y evaluación de los documentos presentados, que perjudicaron a los Derechohabientes, ya que de no haberse encontrado tal inconsistencia en los Certificados de Nacimiento, persistiría el perjuicio económico en contra de los Derechohabientes.

Asimismo, independientemente de que la Entidad Aseguradora no haya comunicado específicamente sobre las inconsistencias encontradas en los Certificados de Nacimiento, Futuro de Bolivia S.A. - AFP, en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 31 de la Ley de Pensiones, N° 1732, debió, en representación de los Derechohabientes, verificar desde el inicio de la solicitud de Pensión por Muerte, que toda la documentación se encuentre completa, sea la necesaria, y que sea concordante entre sí, así como verificar que el monto de los pagos derivados de la Pensión por Muerte estén en proporción con el número de Derechohabientes habilitados, en cumplimiento de disposiciones legales vigentes.

Por lo señalado, es evidente que Futuro de Bolivia S.A. - AFP, no actuó con la diligencia necesaria de un buen padre de familia y tampoco verificó la consistencia de la información de los documentos presentados como corresponde.

Asimismo, se debe tener presente que la Administradora de Fondos de Pensiones, no sólo ha asumido determinadas obligaciones para con los Afiliados cuyos fondos administra, sino también para con los Derechohabientes de los mismos, es decir, beneficiarios directos y legales de los Asegurados, haciendo extensibles también sus deberes y obligaciones a esos Derechohabientes, así como representarlos ante las Entidades Aseguradoras y autoridades competentes con relación a las Prestaciones de Invalidez, Muerte y Riesgo Profesional.

2.4. De los Certificados de Nacimiento de Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores.-

Futuro de Bolivia S.A. - AFP, señala en su Recurso Jerárquico que la evaluación fue efectuada considerando que los Certificados de Nacimiento, son documentos públicos emitidos por autoridad competente, no pudiendo observar su legalidad y que las

inscripciones y registros de las partidas de nacimiento, pueden ser efectuadas con el Documento de Identidad de los Padres, Certificado de Matrimonio o Declaración Jurada, por lo que al coincidir plenamente los nombres de los padres en los Certificados de Nacimiento de Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, los mismos son suficientes para acreditar su condición de Derechohabientes, situación corroborada por la nota SERECI-CCBA N° 943/2012 y las boletas de información rápida que reflejan una correcta filiación y partidas sin observaciones.

Al respecto, si bien las Inscripciones de Partidas de Nacimiento pueden realizarse con documentos de identidad de los padres, Certificado de Matrimonio y Declaración Jurada, tal como argumenta Futuro de Bolivia S.A. - AFP, es importante señalar que no se está cuestionando y sancionando a la AFP por la legalidad de los Certificados de Nacimiento, ni su correcta emisión, ya que la presente controversia, tal como señala la Autoridad Fiscalizadora, versa sobre la inadecuada y extemporánea evaluación realizada por Futuro de Bolivia S.A. - AFP a los Certificados de Nacimiento de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, lo que generó que éstos no reciban la Pensión por Muerte en el porcentaje que les correspondía.

A efectos de ingresar en la compulsa necesaria, importa revisar previamente la documentación que se tiene en el expediente de autos y la documentación complementaria remitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, mediante nota APS/DESP/DJ/DFP/7085/2013 de 8 de agosto de 2013, la cual se detalla a continuación:

- La Solicitud de Pensión por Muerte suscrita en fecha 5 de noviembre de 2002, por la cónyuge supérstite Sabina Flores Condori, con número de Cédula de Identidad el **5243417 LP.**, asimismo, consigna como número de documento de Identidad del extinto Asegurado Feliciano Mariscal Mamani, el **2653170 LP.**
- Los Certificados de Nacimiento de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, presentados a fecha de suscripción de la Solicitud de Pensión por Muerte y remitidos por Futuro de Bolivia S.A. - AFP a La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. en fecha 16 de diciembre de 2002, contienen la siguiente información:
 - **Ariel Mariscal Flores**, Certificado con número de valorado N° 195608, emitido en fecha 31 de octubre de 2002, detalla como datos del padre: Feliciano Mariscal Mamani, con C.I. **776896**; y de la madre: Sabina Flores Condori, no figura número de documento de Identidad.
 - **Jhonny Mariscal Flores**, Certificado con número de valorado N° 739909, emitido en fecha 31 de octubre de 2002, señala como datos del padre: Feliciano Mariscal Mamani, con C.I. **2653170**; y de la madre: Sabina Flores Condori con C.I.: **CM 776896**.

- Certificado de Matrimonio emitido en fecha 4 de noviembre de 2002, que evidencia el matrimonio entre el señor Feliciano Mariscal Mamani y la señora Sabina Flores Condori.
- Mediante nota FUT.GO.BEN 5240/2011 de 14 de noviembre de 2011, Futuro de Bolivia S.A. - AFP remite a la Entidad Aseguradora los Certificados de Nacimiento corregidos y regularizados de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, que fueron emitidos el 11 de noviembre de 2011, ambos Certificados conteniendo los números correctos de los documentos de identidad de los padres, los cuales no tienen observación por parte de la Entidad Aseguradora y con los que se dio curso al pago de la Pensión por Muerte a partir del mes de noviembre de 2011 y la reposición del diferencial del veinte por ciento (20%) de los pagos de pensión por los periodos de: diciembre/2008, enero/2009, abril a octubre/2011 y las duodécimas de aguinaldo de las gestiones 2008, 2009 y 2011, tal como se estableció en el resuelve tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 40-2013 de 15 de enero de 2013.
- En fechas 26 de noviembre y 13 de diciembre de 2012, mediante notas FUT.GO.BEN 3788/2012 y GR.CBBA.PRT.9131/2012 Futuro de Bolivia S.A. - AFP, solicita al Servicio de Registro Cívico de Cochabamba, emita Certificación y verifique las Partidas de Nacimiento de los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, solicitudes que son atendidas mediante nota SERECI-CBBA N° 943/2012 de 27 de diciembre de 2012, remitiendo la siguiente documentación:
 - Certificación emitida el 17 de diciembre de 2012, que señala que las partidas de nacimiento de los Derechohabientes Ariel y Jhonny Mariscal Flores, fueron regularizadas en fecha **10 de noviembre de 2011**, aclarando que los padres son los señores Feliciano Mariscal Mamani con C.I. 2653170 y Sabina Flores Condori con C.I. 5243417.
 - Boleta de Información Rápida (a fojas 90) de Ariel Mariscal Flores, emitida el 17 de diciembre de 2012, por la Oficina Regional de Registro Cívico de Quillacollo, al margen de los datos de las Partidas de Nacimiento, en la Casilla de Observaciones señala: *"PTDA REGULARIZADA RSP 21/10 TSE QLLO 10/11/11 T-9639 ORC PMG N° 776896 CORRESPONDE AL VALORADO DEL CERT. MATRIMONIO DE LOS PADRES"*.
 - Fotocopia de Inscripción de Partida (a fojas 91) de Jhonny Mariscal Flores, que consigna como padres: Feliciano Mariscal Mamani con C.I. 2653170 y Sabina Flores Condori registrando en el campo del documento de identidad: **CM 776896**, y en observaciones señala: *"RSP TSE N° 021/10 ART 16 T-ADM N° 9641 SE REG N° de C.I. MADRE "5243417"."*

De lo transcrito, se tiene que el número de cédula de identidad del extinto Asegurado Feliciano Mariscal Mamani (padre) es el **2653170** LP, y el número de documento de identidad de la cónyuge superviviente, señora Sabina Flores Condori (madre) es el **5243417** LP.

Ahora bien, con el fin de constatar si corresponde o no la imputación y consiguiente sanción, corresponde analizar cada caso como sigue:

a) Ariel Mariscal Flores.-

El número de documento de identidad del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani (padre) registrado en el Certificado de Nacimiento del Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, es el **776896**, número que corresponde al valorado del Certificado de Matrimonio y no a su documento de identidad (2653170 LP).

Tal como se señaló precedentemente, el Certificado de Nacimiento es uno de los documentos que acredita la relación entre el Asegurado y el Derechohabiente, por lo tanto, los datos que se registran en el mismo, deben ser exactos y coincidentes con la demás documentación presentada.

En el presente caso, independientemente de que los datos del Derechohabiente y el nombre del padre se encuentren correctos, al evidenciar la diferencia en el número de documento de identidad del Asegurado, la Administradora de Fondos de Pensiones, debió observar tal situación y comunicar a los Derechohabientes que el mismo debía ser subsanado para acceder al pago de la pensión, toda vez que el número de documento de identidad, es el documento que acredita de forma única la identidad de una persona, y el hecho de que el Certificado de Nacimiento registre el nombre correcto, pero con otro número de documento de identidad, hace presumir que pueda tratarse de un homónimo.

Por lo tanto, es evidente que existió una falta de diligencia por parte de la AFP, ya que si bien atendió la solicitud de Pensión por Muerte del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani, exigió la documentación de acreditación pertinente y remitió el expediente a la Entidad Aseguradora para el pago de la pensión, no cumplió con la obligación y responsabilidad de verificar que toda la documentación se encuentre debidamente presentada y que la información sea consistente, a fin de evitar este tipo de perjuicios, mucho más si es de su conocimiento que no procede el pago de las pensiones, hasta que los Derechohabientes estén debidamente acreditados, lo cual no sucedió en el presente caso.

Si bien Futuro de Bolivia S.A. - AFP mediante nota FUT.GO.BEN 5240/2011 de 14 de noviembre de 2011, remitió el Certificado de Nacimiento regularizado, no se debe olvidar que esta remisión fue extemporánea, es decir 9 años después, por lo tanto este hecho evidencia la falta de cuidado a su deber de buen padre de familia y diligencia exigible que tiene la AFP, en cuanto a la obligación de verificar que la documentación presentada por los Derechohabientes, a momento de la suscripción de la Solicitud de Pensión, por lo tanto, es evidente que existió una inadecuada e inoportuna revisión por parte de Futuro de Bolivia S.A. - AFP, remitiendo la documentación con errores a la Entidad Aseguradora.

b) Jhonny Mariscal Flores.-

El Certificado de Nacimiento del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, registra el número **correcto** de documento de identidad del Asegurado Feliciano Mariscal

Mamani (**2653170**) y en los datos de la madre Sabina Flores Condori, registra en el campo del número de documento de identidad: **CM 776896**, correspondiente al número del valorado del Certificado de Matrimonio.

Al respecto, la norma es clara al señalar que la acreditación se da entre el Asegurado y el Derechohabiente, por lo tanto, en el presente caso al encontrarse los datos del Derechohabiente, como los datos del Asegurado, correctamente registrados en el Certificado de Nacimiento y con la información coincidente con los demás documentos, el Derechohabiente Jhonny Marsical Flores, se encontraba correctamente acreditado.

Si bien es evidente que el número de documento de identidad de la señora Sabina Flores Condori (madre), no era el correcto y al ser el Derechohabiente menor de edad, el mismo correspondía ser aclarado para fines del pago, no así para la acreditación con el Asegurado, la cual como se señaló precedentemente, se encontraba conforme a lo establecido en normativa vigente.

Por lo tanto, en el presente caso, Futuro de Bolivia S.A. AFP realizó una correcta recepción, revisión y envío a la Entidad Aseguradora, del Certificado de Nacimiento, por lo que correspondería a Entidad Reguladora valorar, si corresponde, la sanción para este caso.

Sin perjuicio de ello, es importante que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, considere lo establecido en la Circular SPVS-IP-DP-118/2000 de 11 de octubre de 2000, que señala lo siguiente:

“...Con el objeto de no perjudicar a los Derechohabientes de Afiliados fallecidos, se instruye:

- 1. Iniciar el pago de pensiones por muerte a los Derechohabientes que se encuentren acreditados de conformidad a normativa vigente, sin necesariamente esperar a que todos los Derechohabientes que hubieran suscrito una solicitud de pensión se encuentren acreditados.*
- 2. El pago a los Derechohabientes deberá realizarse tomando en cuenta la futura acreditación de los Derechohabientes que suscribieron solicitud de pensión y que faltan acreditarse. Vale decir que se deberán establecer los porcentajes de pensión tomando en cuenta a todos los Derechohabientes que suscribieron una solicitud de pensión...”*

Por todo lo señalado, se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP no cumplió con su deber de buen padre de familia en cuanto al caso del Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, y sí cumplió con la correcta revisión de la documentación presentada por el Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores.

Congruente con lo desarrollado, nos lleva a la única conclusión que el presente caso, ha sido llevado con vicios de anulabilidad, debido a que el mismo no goza de la debida fundamentación y motivación, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, realizar una nueva valoración de la prueba, así como establecer de

manera fundamentada a la decisión que arribe, de igual modo se deberá pronunciar en cuanto a la proporcionalidad de la multa si corresponde, tomando en cuenta que en el caso del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, la AFP sí cumplió con su deber de buen padre de familia, todo ello en el marco del debido proceso y en estricta sujeción al procedimiento administrativo.

2.5. Del Daño ocasionado al Grupo Familiar.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 40-2013 de 15 de enero de 2013, señala que: "...la AFP acepta el daño económico que habría causado al grupo familiar; asimismo, si bien el perjuicio no se habría dado a partir de la solicitud de pensión, la sanción impuesta se ha generado por el **hecho** de haber afectado la cuantía de la pensión a una familia y no así por la cuantificación de los periodos...".

Futuro de Bolivia S.A. - AFP en su Recurso Jerárquico, señala que no acepta ninguno de los presupuestos formulados por la Autoridad Fiscalizadora en los considerandos y la parte resolutive de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 040-2013 de 15 de enero de 2013.

Al respecto, corresponde señalar previamente lo establecido en la normativa vigente que establece:

- El artículo 5 de la Ley de Pensiones Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996:

*"...**Primer Grado:** Son, en orden de prelación, el cónyuge o conviviente supérstite, y los hijos del Asegurado, éstos sin prelación entre sí, desde concebidos aún no nacidos, hasta que cumplan dieciocho (18) años de edad, los hijos que sean estudiantes hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad o los que fueran inválidos antes de cumplir los veinticinco (25) años de edad, mientras vivan. Estas personas son Derechohabientes en forma forzosa..."*

- El artículo 41 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997:

"...

- b) El sesenta por ciento (60%), si se trata de cónyuge o conviviente sobreviviente con un hijo con derecho a Pensión. En este caso, al hijo le corresponde el veinte por ciento (20%), si existiera uno sólo con derecho a Pensión. Este porcentaje se elevará al ochenta por ciento (80%) para el cónyuge con derecho a Pensión, cuando el hijo único pierda el derecho a Pensión.*
- c) El cincuenta por ciento (50%), si se trata de cónyuge o conviviente con derecho a Pensión con dos o más hijos con derecho a Pensión. En este caso, se distribuye en partes iguales el cincuenta por ciento (50%) restante entre todos los hijos. El cincuenta por ciento (50%) del cónyuge o conviviente se elevará a ochenta por ciento (80%) cuando todos los hijos pierdan el derecho a Pensión..."*

La Solicitud de Pensión por Muerte del Asegurado Feliciano Mariscal Mamani, fue presentada por la señora Sabina Flores Condori (cónyuge) y sus ocho (8) hijos, siendo que a la fecha de Solicitud de Pensión (5 de noviembre de 2002), los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores (motivo de la presente controversia), eran menores de 18 años, 9 y 6 años de edad, respectivamente.

Considerando el grupo familiar, corresponde aplicar lo establecido en el señalado inciso c), cincuenta por ciento (50%) para la cónyuge y el cincuenta por ciento (50%) entre todos los hijos, siempre y cuando los Derechohabientes se encuentren debidamente acreditados.

Ahora bien, de los reportes remitidos mediante nota FUT.APS.BEN. 2867/2012 de 31 de diciembre de 2012, se tiene que los Derechohabientes Ariel Mariscal Flores y Jhonny Mariscal Flores, no recibieron ningún pago de pensión desde la fecha de solicitud de Pensión por Muerte, hasta noviembre de 2011, fecha en la cual, tal como se señaló precedentemente, se regularizaron los Certificados de Nacimiento.

Asimismo, se evidenció que la Entidad Aseguradora, realizó el pago del cien por ciento (100%) mensual de los Derechohabientes debidamente acreditados, sin embargo, durante los periodos de: diciembre/2008, enero/2009 y de abril a octubre/2011, el grupo de familiar de Derechohabientes recibió sólo el ochenta por ciento (80%), ya que de la información remitida, sólo se encontraban acreditados la señora Sabina Flores Condori (cónyuge) y Alexander Mariscal Flores (Hijo).

Si bien es evidente que el Derechohabiente Ariel Mariscal Flores, no percibió la Pensión por Muerte en el porcentaje que le correspondía conforme a normativa vigente, a consecuencia de una mala recepción y verificación de los documentos por parte de Futuro de Bolivia S.A. - AFP, este hecho no hubiese afectado el pago de la Pensión por Muerte del grupo familiar, ya que al encontrarse correctamente acreditado el Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, hubiesen percibido el cien por ciento (100%) de la Pensión por Muerte, y no así el ochenta por ciento (80%) durante los periodos de diciembre/2008, enero/2009 y de abril a octubre/2011 y por lo tanto, las duodécimas de aguinaldo de la gestión 2008, 2009 y 2011.

Lo señalado precedentemente no habría sido considerado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, a momento de determinar la proporcionalidad de la sanción, ya que en el presente caso se le atribuye el daño a la Administradora de Fondos de Pensiones para los dos Derechohabientes, sin embargo, del análisis *ut supra* se puede evidenciar que en el caso del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, el mismo se encontraba debidamente acreditado, correspondiéndole percibir la Pensión por Muerte que por derecho le corresponde, lo cual no le es atribuible a la Administradora de Fondos de Pensiones.

De lo precedentemente señalado, se evidencia que el Ente Regulador no ha cumplido con los principios de motivación, fundamentación y valoración de la prueba, por lo que el presente proceso se encuentra viciado de anulabilidad, situación que obliga a traer a colación lo ya determinado por este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 23 de octubre de 2009, que se pronuncia, de la siguiente manera:

“...El principio de motivación de los actos, como elemento esencial de todo acto administrativo, consagrado por la Ley del Procedimiento Administrativo, implicando que la Administración Pública debe motivar sus actos, estableciendo las bases sobre las cuales ha emitido su decisión, otorgando de esta manera garantía al administrado y seguridad jurídica del proceso.

“..Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en las que se funda”.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha sometido su actuar a lo establecido por norma, vulnerando así el principio de motivación y falta de valoración de la prueba en cuanto al caso del Derechohabiente Jhonny Mariscal Flores, aspectos que necesariamente deben ser valorados por la Autoridad inferior a momento de que la Administración adopte una decisión.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado el procedimiento y, en especial, derechos consagrados de la recurrente.

Que, en el presente caso, al haberse violado el principio de motivación corresponde anular el presente proceso.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 40-2013 de 15 de enero de 2013, **inclusive**, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/N° 305-2013 DE 09 DE ABRIL DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 057/2013 DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2013

FALLO

REVOCA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 057/2013

La Paz, 11 de Septiembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 305-2013 de fecha 9 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 935-2012 de 4 de diciembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 055/2013 de 23 de agosto de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 129/2013 de 27 de agosto de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 2 de mayo de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, legalmente representada por SU Gerente Comercial y de Servicio al Afiliado, Sr. René Nicolás Nogales Rodríguez, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 627/2008, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Juan Mery Orfíz Romero, presentó Recurso

Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 305-2013 de fecha 9 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 0935-2012 de 4 de diciembre de 2012.

Que, mediante nota APS/DJ/5310/2013, con fecha de recepción 7 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 305-2013 de 9 de abril de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 9 de mayo de 2013, notificado en fecha 16 de mayo de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 305-2013 de 9 de abril de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/5752/2012 de 1° de agosto de 2012, notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, con los siguientes cargos:

“...II.- Imputación de Cargos

Cargo 1.- *Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciarse la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador.- AEROSUR S.A.

Tipo de Proceso: Proceso Ejecutivo Social

Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social de Santa Cruz.

Período sin movimiento procesal: Por el período comprendido entre el 06 de diciembre de 2010 a 22 de marzo de 2012.

- *El Proceso Ejecutivo Social se inició a través de la nota de Débito N° 6210-172 de 08 de septiembre de 2008, juntamente el memorial de demanda presentado en fecha 28 de septiembre de 2009.*

- El Juez emite Auto Intimatorio de Pago de 29 de septiembre de 2009, mediante el cual requiere a la parte ejecutada el pago de lo adeudado y concede las medidas preventivas de Anotación Preventiva, Retención de Fondos y oficios ante la unidad de Tránsito, Derechos Reales y la empresa telefónica COTAS LTDA. contra bienes que AEROSUR S.A." pudiese tener a su nombre.
- El Oficial de Diligencias informa al Juez en fecha 26 de octubre de 2009, sobre la imposibilidad de poder notificar al representante legal de la parte demandada con la demanda y el Auto Intimatorio de Pago.
- La parte demandada se apersona y presenta memorial de 14 de noviembre de 2009, en el cual opone Excepciones de Impersoneria (sic), Falta de Fuerza Ejecutiva y Pago Documentado.
- La Administradora presenta memorial de 07 de diciembre de 2009, mediante el cual responde a las Excepciones presentadas por la parte ejecutada.
- Se presenta una nueva ampliación a través de la Nota de Débito N° 6210-532 de 24 de febrero de 2010, juntamente la presentación del correspondiente memorial de 05 de marzo de 2012.
- El Juez decreta la ampliación con la Nota de Débito N° 6210-532 de 24 de febrero de 2010, a través del Decreto de 06 de marzo de 2010.
- El Juez emite el Oficio N° 51/2010 de 19 de marzo de 2010, dirigido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI, para que ésta proceda a la retención y remisión de fondos de la empresa demandada hasta el monto de lo adeudado, notificando a todos los Bancos y Entidades Financieras del país.
- Mediante memorial de 19 de marzo de 2010, la Administradora ofrece y reproduce pruebas refutando las excepciones planteadas por la parte demandada.
- El Oficial de Diligencias informa al Juez en fecha 30 de abril de 2010, sobre la imposibilidad de poder notificar al representante legal de la parte demandada con los nuevos actuados presentados.
- En fecha 28 de mayo de 2010, la AFP mediante memorial solicita se rechace las pruebas ofrecidas por la parte demandada y dicte resolución correspondiente.
- La parte demandada presenta memorial de 31 de mayo de 2010, a través del cual opone nuevamente Excepciones de Incompetencia, Impersoneria (sic) y Falta de Fuerza Ejecutiva.
- La Administradora presenta una nueva ampliación a través de la Nota de Débito N° 6210-636 de 28 de julio de 2010, juntamente la presentación del correspondiente memorial de 31 de julio de 2010.
- El Juez decreta la ampliación con la Nota de Débito N° 6210-636 de 28 de julio de 2010, a través del Decreto de 03 de agosto de 2010.
- El Oficial de Diligencias informa nuevamente al Juez en fecha 03 de septiembre de 2010, sobre la imposibilidad de poder notificar al representante legal de la parte demandada con los nuevos actuados presentados.
- La parte demandada presenta nuevamente memorial de 13 de septiembre de 2009, a través del cual opone nuevamente Excepciones de incompetencia, Impersoneria (sic) y Falta de Fuerza Ejecutiva.
- Mediante memorial de 14 de septiembre de 2010, la Administradora reitera la retención de fondos a nombre de la empresa demandada.

- La Administradora presenta una nueva ampliación a través de la Nota de Débito N° 6210-642 de 25 de noviembre de 2010, juntamente la presentación del correspondiente memorial ampliatorio de 03 de diciembre de 2010.
- El Juez decreta la ampliación del monto inserto en la Nota de Débito N° 6210- 642 de 25 de noviembre de 2010, a través del Decreto de **06 de diciembre de 2010**.
- Mediante memorial presentado en fecha **22 de marzo de 2010** (sic), la Administradora reitera se proceda a la retención de fondos y demás medidas precautorias solicitadas.
- **Se puede evidenciar que desde el 06 de diciembre de 2010 al 22 de marzo de 2012, existen cuatrocientos setenta y dos (472) días sin movimiento procesal alguno en el PES, por parte de la AFP.**
- Por último, se tiene el memorial presentado en fecha 10 de abril de 2012, a través del cual la Administradora hace conocer al nuevo representante legal de la parte demandada.

Cargo 2.- Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, al evidenciarse la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Coactivo Social.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador.- AEROSUR S.A.

Tipo de Proceso: Proceso Coactivo Social

Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal: Por el período comprendido entre el 14 de noviembre de 2011 al 28 de marzo de 2012.

- El Proceso Coactivo Social se inició a través de la Nota de Débito N° 27615 de 07 de octubre de 2011, juntamente el memoria de demanda presentado en fecha 29 de octubre de 2011.
- Se dicta la Sentencia N° 263 de **14 de noviembre de 2011**, declarando probada la demanda presentada por la parte coactivante. En fecha 28 de marzo de 2012, el Juez emite el Oficio N° 568/2012, dirigido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI a través del cual instruye se notifique a los Bancos y distintas Entidades Financieras (sic) la retención de fondos que la parte coactivada pudiese tener a su nombre.
- Se puede evidenciar que desde el **14 de noviembre de 2011 al 28 de marzo de 2012, existen ciento treinta y cinco (135) días sin movimiento procesal alguno en el PES, por parte de la AFP.**

Cargo 3.- Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 118 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones y el artículo 23 del Decreto Supremo 0778 de 26 de enero de 2011, al

evidenciarse que la Administradora habría arbitrariamente omitido el inicio del proceso penal por el delito previsional de Apropiación Indevida de Aportes...”

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

2.1. Nota PREV-COB-298/09/2012 de 11 de septiembre de 2012.-

Mediante nota PREV-COB-298/09/2012 de fecha 11 de septiembre de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, presenta los siguientes descargos:

“...Cargo 1.- (...)

Respuesta.- Cabe informar que la empresa Aerosur S.A., firmo (sic) Convenio de Pago el 28 de Julio de 2011, se adjunta copia del mismo. Incumplido en convenio, el 13 de Octubre de 2011 se envió carta dirigida al Presidente del Tribunal Departamental de Justicia, haciendo conocer la demora Procesal en Juzgado de Partido Social.

Cargo 2.- (...)

Respuesta.- En este caso el expediente se encontraba en despacho del Juez, llegando a emitir sentencia en marzo 2012 con fecha atrasada, informar que el Juzgado no contaba con oficial de diligencia y el Juez estaba en suplencia legal del Juzgado Tercero, llegando a ocasionar que el Juzgado Cuarto exista sobrecarga procesal.

El 13 de Octubre de 2011 se envió carta dirigida al Presidente del Tribunal Departamental de Justicia, haciendo conocer la Mora Procesal en Juzgado de Partido Social, en la misma carta se informo (sic) que el Juzgado Cuarto contaba con una gran cantidad de procesos Coactivos Sociales esperando el turno para dictar Sentencia.

Cargo 3.- (...)

Respuesta.- Adjuntamos a la presente copia del Proceso Penal por deuda M2 de los periodos febrero/2011 y marzo/2011, mismo que fue desistido debido a la regularización de la deuda incluida en el mismo.

A la fecha el empleador Aerosur S.A. solo se tiene deuda presunta M4 y M3, lo cual imposibilita la demanda penal.

Es importante destacar que para accionar penalmente existe la necesidad de que se constate efectivamente que se trata de una deuda real.

Al efecto, debemos considerar los siguientes aspectos:

- a) *El ordenamiento jurídico boliviano es claro en el entendido de que la imputación falsa y la denuncia temeraria constituyen un delito que conlleva la*

responsabilidad del denunciante (Artículos 95, 166 y 203 del Código Penal y artículos 285 y 207 del Código de Procedimiento Penal).

- b) Las AFP están asumiendo, por disposición del artículo 177 de la Ley N° 065 de Pensiones, las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas por la mencionada ley a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo; es decir actuando como entidad pública del Estado Plurinacional de Bolivia.

Asimismo, luego del periodo de transición y una vez se establezca la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, será dicho órgano del Estado quién deberá continuar con los procesos penales en curso.

- c) Por disposición constitucional (Artículo 113) La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna y en caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño.

Asimismo, el artículo 112 de la CPE establece que los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad.

- d) El Sistema registra casos de deuda real y deuda presunta. Sobre estos últimos casos no es recomendable apoyarse para iniciar la acción penal, en razón de que puede no existir delito por parte del empleador y estaríamos denunciando falsamente, lo que podría derivar en que la víctima persiga el resarcimiento ante la empresa y el propio Estado Boliviano.

Ante el peligro de asumir responsabilidad por la imputación falsa de un delito previsional, es nuestra obligación conocer a ciencia cierta que se trata de una deuda real, ya que es la mora (Deuda Real), "el pago del salario y el no depósito de la retención a la entidad correspondiente", la que configura el acto delictivo y ello debe estar plenamente probado al momento de imputarse un delito; caso contrario derivaría en responsabilidad para el causante de la acción. Es decir, a fin de evitarse responsabilidades propias y del Estado, debemos iniciar proceso penal por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, únicamente, sobre los casos de Deuda Real.

Esta consideración está amparada en las siguientes disposiciones legales:

1. El artículo 106 de la Ley N° 065 de Pensiones establece (Textual)"La gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, **del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal**".

Es claro que la ley da la opción de efectuar el cobro judicial a través del Proceso Coactivo o del Proceso Penal, o ambos a la vez, toda vez que la expresión "y/o" significa que pueden iniciarse ambos procesos, el coactivo y el penal, o indistintamente uno u otro proceso.

- 2. En el mismo sentido, el artículo 20 del Decreto Supremo N° 0778 establece que los procesos judiciales que se inicien para el cobro de la mora, **deberán considerar** el Proceso Coactivo y el Proceso Penal.*

En este caso, es evidente que el legislador permite al que tiene la potestad de accionar que considere cual opción le resulta más adecuada, el Proceso Coactivo o el Proceso Penal, y en el caso mencionado, para iniciar la acción penal, se deberá considerar que se pueda probar el ilícito; en caso contrario se considerará la vía del proceso coactivo.

- 3. La doctrina jurídica es clara al sostener que "la imprevisión del legislador no se presume". Si éste hubiese querido que los procesos judiciales (Coactivo y Penal) se iniciaran simultáneamente lo hubiera expresado de forma manifiesta.*

No deberíamos interpretar lo que el legislador no expresó, máxime si de ello pueden surgir responsabilidades.

*Además, la Ley N° 065 que normativamente está en orden jerárquico superior al Decreto Supremo N° 0778, es clara al establecer con la expresión **y/o** la opción de efectuar el cobro judicial a través del Proceso Coactivo o del Proceso Penal, o ambos a la vez.*

Por lo expuesto, contando con ambas opciones legales (El proceso Coactivo y el Proceso Penal), consideramos que la acción penal debemos iniciarla sólo en casos de deuda real para evitar incurrir en responsabilidades por denuncias falsas o temerarias; obrar de manera diferente sería exponer a las empresas y al Estado Plurinacional de Bolivia a responsabilidades por los daños y perjuicios ocasionados.

Respecto a este tema adjuntamos a la presente copia de las notas enviadas a su autoridad: PREV-OP 0625/05/11, PREV-OP 0659/05/11, PREV-OP 0685/05/2011, PREV-OP 0726/06/11, PREV-OP 0776/06/2011, Nota conjunta AFP's FUTURO DE BOLIVIA - BBVA PREVISIÓN AFP de fecha 11 de julio de 2012..."

2.2. Otros elementos de prueba producidos.-

Mediante Auto de 21 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó la apertura de término de prueba de cinco (5) días hábiles administrativos, a efectos que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, remita un detalle de todos los Afiliados/Asegurados que cuentan con una Prestación y/o Beneficio, Retiros Mínimos, Masa Hereditaria y Recargos, plazo que fue ampliado a diez (10) días hábiles administrativos mediante Auto de 2 de octubre de 2012, por el que se atiende la solicitud que sale de la nota PREV-COB-344/10/2012 de 1° de octubre de 2012, presentada por la ahora recurrente.

Mediante Auto de 30 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros solicitó el envío del expediente del Recargo generado y del expediente judicial así como un detalle de los periodos en mora que hubiesen generado el Recargo, requerimiento atendido por la Administradora de Fondos de Pensiones, mediante nota PREV-COB-417/11/2012 de 19 de noviembre de 2012.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 935-2012 DE 4 DE DICIEMBRE DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 935-2012 de 4 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros-APS, resolvió:

"...PRIMERO.- Sanciona a BBVA Previsión AFP S.A. por los siguientes cargos imputados:

- a) En relación al **Cargo N° 1** con una multa en Bolivianos equivalente a \$us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.*
- b) En relación al **Cargo N° 2** con una multa en Bolivianos equivalente a \$us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones.*
- c) En relación al **Cargo N° 3** con una multa en Bolivianos equivalente a \$us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones y el artículo 23 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011.*

TERCERO.- I. *La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito..."*

Los argumentos presentados a tales decisiones, son los siguientes:

"...AL CARGO N° 1 (...)

De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis:

*La AFP señala como descargos la suscripción de un Convenio de Pago con el Empleador; analizado éste se tiene que el mismo fue suscrito con el Representante Legal de Aerosur el **21 de julio de 2011**, por la suma de Bs9.256.144,06, correspondiente a los meses de: diciembre/2000, enero a diciembre/2011, enero a diciembre/2002, enero a diciembre/2003, enero a julio/2004, junio/2007, julio a diciembre/2009 y enero a*

diciembre/2010, a pagarse según lo establecido en convenio y plan de pagos, resultando que el último pago vencía el 28 de junio de 2012.

Es importante señalar que, la AFP expresamente indica que el Convenio fue incumplido.

Cabe señalar que dicho Convenio no fue presentado al Juzgado de Trabajo y Seguridad Social, por lo que la Autoridad Jurisdiccional no tenía conocimiento del mismo, como prueba de lo anterior, no se evidencia en el expediente judicial revisado por esta Autoridad dicho documento.

Es importante resaltar que, la suscripción del Convenio de Pago no es justificativo para abandonar la tramitación del proceso de forma arbitraria, más aun (sic) si el mismo fue incumplido y la autoridad judicial desconocía del mismo.

En ese sentido, durante el período de inactividad procesal comprendido entre el 06 de diciembre de 2010 a 22 de marzo de 2012, la AFP no puso en movimiento el proceso por el lapso de **cuatrocientos setenta y dos (472) días, haciéndolo recién el 10 de abril de 2012**, a través del cual la Administradora hace conocer al Juez al nuevo representante legal. (Las negrillas son nuestras).

Por otra parte, la Administradora argumenta y presenta el envío de una carta dirigida al Presidente del Tribunal Departamental de Justicia de la ciudad de Santa Cruz, a través de la cual pone en conocimiento de la Autoridad Jurisdiccional, los problemas generados con los distintos Juzgados de Trabajo y Seguridad Social respecto a la demora en la tramitación de la generalidad de los Procesos Coactivo Sociales. Documentos que se detallan a continuación:

- Memorial de 22 de junio de 2012, recibido el 26 de junio de 2012, mediante el cual la AFP se dirige al Presidente del Tribunal Departamental de Justicia, e informa la mora procesal en la que incurren los Juzgados de Partido de Trabajo y Seguridad Social.
- Decreto de 27 de junio de 2012, emitido por el Presidente del Tribunal Departamental de Justicia, por el cual determina no ha lugar a lo solicitado.

Al respecto, si bien la documentación anterior expresa la gestión realizada por la AFP para promover una mejor atención de las causas sociales interpuestas; sin embargo esta gestión es posterior al período de inactividad procesal imputado, por lo que no puede considerarse como descargo válido. Asimismo, corresponde señalar que las gestiones también pudieron realizarse oportunamente por el regulado ante otras instancias, con el fin de poder lograr que los juzgadores puedan atender su pretensión.

La paralización imputada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS a BBVA Previsión AFP S.A., se refiere a un período amplio de tiempo en el que la Administradora no habría presentado ningún actuado procesal, dilatando el proceso y ocasionando perjuicio a los Asegurados, debido al abandono procesal en el que incurrió la Administradora, período que se detalla a continuación:

- "El Juez decreta la ampliación del monto inserto en la nota de Débito N° 6210- 642 de 25 de noviembre de 2010, a través del Decreto de **06 de diciembre de 2010**.

- Mediante memorial presentado en fecha **22 de marzo de 2012** (sic), la Administradora reitera se proceda a la retención de fondos y demás medidas precautorias solicitadas."

Es importante resaltar que, entre las fechas que se imputan por inactividad procesal, no existe ningún tipo de actividad procesal de ninguna de las partes ni de los funcionarios judiciales, por lo tanto se establece que el proceso fue abandonado por un período de cuatrocientos setenta y dos (472) días calendario.

Lo anterior demuestra falta de diligencia de la AFP desde el 06 de diciembre de 2010 al 22 de marzo de 2010 (sic), período en el que se evidencia una paralización del PES injustificada.

La AFP ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro, advirtiéndose que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en razón a que la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso.

Concluyéndose que, la AFP no actuó con el debido cuidado y la diligencia necesarios, durante la tramitación del PES y tampoco logró que el Empleador pague el total de la mora incurrida con la suscripción del Convenio con la Administradora, no logró hacer efectiva la recuperación de lo adeudado por los períodos en mora incurridos, ni tampoco cumplió con su obligación de mantener una continuidad y un movimiento procesal diligente en el PES instalado, postergando la finalidad del mismo.

Asimismo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, después de haber recibido la nota PREV-COB-298/09/2012 de 11 de septiembre de 2012, ha visto la necesidad de emitir los Autos de 21 de septiembre de 2012, 02 de octubre de 2012 y 30 de octubre de 2012, los cuales se detallan a continuación: Auto de 21 de septiembre de 2012, 02 de octubre de 2012 y 30 de octubre de 2012, por los cuales solicitó información adicional respecto a posibles solicitudes de Prestaciones que los Asegurados del Empleador AEROSUR S.A. hubiesen podido realizar, así como si alguno de ellos se encontraba con Recargos.

En respuesta la Administradora remitió documentación mediante las siguientes notas:

- PREV-COB-344/10/2012 de 01 de octubre de 2012.
- PREV-COB-397/10/2012 de 17 de octubre de 2012.
- PREV-COB-417/11/2012 de 19 de noviembre de 2012.

De la información remitida por BBVA Previsión AFP S.A. se pudo determinar lo siguiente:

- Respecto a posibles Asegurados con Recargos, se identifica al siguiente:
 - Pedro Leigue Aponte con CUA 36905070 - Invalidez por Riesgo Común por enfermedad; respecto al estado actual, el mismo se encuentra con Recargo por parte del Empleador.

En este sentido, esta Autoridad procedió al análisis del Estado de Ahorro Previsional Histórico del Asegurado Pedro Leigue Aponte con CUA 36905070, del cual se tiene el siguiente análisis:

Dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido en el Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social, BBVA Previsión AFP S.A. emitió las siguientes Notas de Débito:

- Nota de Débito N° 6210-172 de 08 de septiembre de 2009, emitida por los períodos de enero a julio/2009.
- Nota de Débito N° 6210-532 de 24 de febrero de 2010, emitida por los períodos de agosto a diciembre/2009.
- Nota de Débito N° 6210-636 de 28 de julio de 2010, emitida por los períodos de febrero a abril/2010.
- Nota de Débito N° 6210-642 de 25 de noviembre de 2010, emitida por los períodos de mayo a agosto/2010.

Al respecto, en el Estado de Ahorro Previsional Histórico del Asegurado que a la fecha se encuentra con Recargo (Pedro Leigue Aponte con CUA 36905070) se observa la ausencia de aportes en los siguientes períodos comprendidos entre julio/2009 a diciembre/2009, enero/2010 a diciembre/2010 y mayo/2011.

A continuación, se observa que los períodos faltantes en el Estado de Ahorro Previsional Histórico del Asegurado fueron insertos en la Nota de Débito que acompaña la demanda inicial del presente Proceso Ejecutivo Social así como a las Notas de Débito correspondientes a las ampliaciones efectuadas a la misma.

Nro Nota de Débito	Periodo demandado	Periodo faltante en el EAPH del Asegurado Pedro Leigue Aponte
6210-172	Julio/2009	Julio/2009
6210-532	De agosto a diciembre/2009	De agosto a diciembre/2009
6210-636	De febrero a abril/2010	De febrero a abril/2010
6210-642	Mayo/2010	Mayo/2010

Por lo tanto, se comprueba que la negligencia de la AFP dentro de la tramitación del PES, ocasionó que los Aportes faltantes en el Estado de Ahorro Previsional Histórico del Asegurado con Recargo, a la fecha no se encuentren acreditados en la Cuenta Personal Previsional.

En este sentido, una vez valorados los argumentos vertidos por la AFP respecto al Cargo N° 1, se puede determinar que los mismos no desvirtúan dicho cargo, por lo cual el mismo se ratifica.

AL CARGO N° 2 (...)

Esta Autoridad ha realizado la evaluación de los descargos al Cargo N° 2, estableciendo que:

La AFP arguye que el expediente se hallaba en despacho del Juez para la emisión de Sentencia, la cual recién habría sido emitida en marzo de 2012 (con fecha retrasada). Al

respecto, se debe considerar que el retraso que pudo haber ocurrido en el proceso por las causas que señala el regulado, deben ser justificadas por la AFP en el presente proceso administrativo sancionatorio y no limitarse a señalar argumentos sin ninguna prueba. En ese sentido, durante el proceso el regulado no ha presentado la documentación que idónea que hubiera acreditado el tiempo en que el expediente estuvo en despacho, ni otra documentación que denuncie este hecho ante la misma autoridad jurisdiccional u otra competente al caso.

Asimismo, el hecho de sostener que la sentencia tiene una fecha atrasada, resulta ser una aseveración sin el suficiente respaldo; por lo que la AFP tenía durante el proceso el tiempo para refrendar aquello idóneamente, sin embargo esto no ha ocurrido, así como en lo que atinge a la sobrecarga procesal de oficial de diligencia y el Juez quien estaría en suplencia legal.

Debido a que en el presente proceso, esta Autoridad ha aperturado varios Autos, para que el regulado pueda presentar la documentación exigida por el regulador y cualquier otra que pueda ser utilizada en su defensa; en ese sentido, la AFP tuvo la oportunidad suficiente para refrendar debidamente los argumentos de descargo presentados; sin embargo aquello no ocurrió.

Por otro lado se tiene que, la Administradora presentó la nota ante el Presidente del Tribunal Departamental de Justicia de fecha 13 de octubre de 2012 informando la mora procesal en la que incurren los Juzgados de Partido Social, la cual no contempla la queja específica sobre la supuesta emisión de la Sentencia N° 263 de 14 de noviembre de 2011, con fecha "atrasada". Asimismo, es importante dejar en claro que el presente proceso administrativo sancionatorio ha sido iniciado el 01 de agosto de 2012, es decir antes de la gestión realizada por la AFP ante el Tribunal Departamental de Justicia.

En este sentido, la Administradora no presentó argumento válido que permita demostrar algún tipo de diligencia realizada entre el período de inactividad procesal identificado por esta Autoridad (desde el **14 de noviembre de 2011 al 28 de marzo de 2012**).

Asimismo se establece que, aún no se ha logrado en el PES la cancelación de lo adeudado por el Empleador Aerosur S.A.; por lo tanto la Administradora no realizó una recuperación efectiva de la deuda.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó de forma contraria a lo estipulado por los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, debido a que la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes, paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos al SIP. Por lo que se concluye que la AFP no actuó con el debido cuidado y la diligencia necesaria, manteniendo continuidad en el movimiento procesal hasta hacer efectiva tal recuperación de adeudos.

Es importante que la AFP considere que el movimiento procesal diligente, está expresado en que el regulado realice cuanta actuación procesal oportuna y permanente, sea necesaria para recuperar la mora del Empleador.

Finalmente, entre las fechas que se imputan por inactividad procesal, no existe ningún tipo de actividad procesal de ninguna de las partes ni de los funcionarios judiciales, por lo tanto se establece que el proceso fue abandonado por un período de ciento treinta, y cinco (135) días sin movimiento procesal.

En ese sentido, una vez valoradas dichas pruebas de descargo, se evidencia que no existió movimiento procesal en el período observado por la APS, por lo tanto el Cargo N° 2 se ratifica.

Al Cargo N° 3

De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis:

La AFP presenta copia del memorial de denuncia ante el Ministerio Público por el delito de Apropiación Indevida de Aportes de fecha 25 de noviembre de 2011, con sello de Auxiliatura del Ministerio Público de 29 de noviembre de 2011, por los períodos febrero/2011 y marzo/2011, valorando la fecha de recepción de la denuncia y los períodos adeudados se puede determinar que ambos se encuentran fuera del plazo establecido por artículo 23 (Acción Penal por Apropiación Indevida de Aportes) del Decreto Supremo 0778 de 26 de enero de 2011, mismo que dispone lo siguiente:

“El Proceso Penal por Apropiación Indevida de Aportes, establecida en el artículo 118 de la Ley N° 065, deberá ser iniciado por la GPS en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyó en mora...”

En este sentido, se puede determinar el incumplimiento por parte de la Administradora en vista que el inicio de la Acción Penal fue de forma extemporánea, omitiendo el plazo otorgado por la normativa vigente antes mencionada.

Por otra parte, siendo que la Administradora menciona y adjunta como prueba de descargos las siguientes notas: PREV-OP 0625/05/11 de 16 de mayo de 2011, PREV-OP 0659/05/11 de 23 de mayo de 2011, PREV-OP 0685/05/2011 de 17 de junio de 2011, PREV-OP 0726/06/11 de 08 de junio de 2011 y PREV-OP 0776/06/2011 de 15 de junio de 2011, esta Autoridad mediante nota APS/DPC/DJ/424/2012 de 19 de enero de 2012, dio respuesta a las consultas efectuadas, aclarando que para dar inicio a un proceso penal contra un Empleador por la comisión del delito de Apropiación Indevida de Aportes, debe adjuntarse la Nota de Débito como elemento probatorio para corroborar el hecho ilícito previsional y considerando la naturaleza probatoria del procedimiento penal, no puede limitarse la prueba a este sólo documento, debiendo por tanto el actor proveer al Director de las Investigaciones de la variedad de elementos que conduzcan a éste a determinar indicios de responsabilidad, para que la Administradora no sea susceptible de ser imputado como autor del delito de acusación y denuncia falsa tipificado en el artículo 166 del Código Penal.

Asimismo la AFP expresa: "En este caso, es evidente que el legislador permite al que tiene la potestad de accionar que considere cual opción le resulta más adecuada, el Proceso Coactivo o el Proceso Penal..." Posteriormente se contradice al manifestar: "Si éste hubiese querido que los procesos judiciales (Coactivo y Penal) se iniciarán simultáneamente lo hubiera expresado de forma manifiesta..." Lo que demuestra que la Administradora no tiene claro (sic) la interpretación del artículo 106 de la Ley N° 065 de Pensiones, de 10 de diciembre de 2010, por lo que es necesario aclarar la forma en que se lleva a cabo la instalación de un proceso penal y su procedimiento.

En el proceso de recuperación de la mora es evidente que por norma se ha establecido una etapa administrativa de cobro. En ese sentido, entendiendo que ha transcurrido el plazo para la cobranza administrativa, debidamente gestionada, ésta constituye un elemento de prueba más para instalar en el proceso penal, para poder determinar la intención del denunciado (Empleador moroso) y consecuentemente la responsabilidad del mismo.

Asimismo el artículo Quinto, inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS - P No 259 de 23 de junio de 2000 establece: "...la Administradora iniciará las acciones legales que correspondan, de conformidad a la legislación vigente, asumiendo que todas las contribuciones se encuentran en mora efectiva." En ese sentido la Administradora debe entender que la normativa no realiza diferencia alguna acerca de si la mora es presunta y/o efectiva, por lo que al concluir el plazo de ciento veinte (120) días calendario, debe dar inicio a la acción penal de manera obligatoria asumiendo que todas las contribuciones se encuentran en mora efectiva.

Por otro lado, teniendo en cuenta el adagio de "quien denuncia un hecho debe probarlo", la AFP se encuentra en la obligación de sostener su denuncia acudiendo a todos los medios legales de prueba, y no limitarse a la prueba tasada, aplicable en el antiguo sistema procesal penal donde podía admitirse como la prueba madre, aquella que se tenía como principal.

Debido a que la Administradora advierte que puede ser tomada como responsable de cometer el delito de acusación y denuncia falsa, nada limita al regulado a que éste pueda acudir a las vías legales ordinarias como extraordinarias, que franquea la Ley; y no limitarse a abandonar la causa por el sólo hecho de no tener seguridad de si la AFP va ser tomada como autora del referido delito, todo esto en razón de que la BBVA Previsión AFP S.A. es representante de los intereses de los Asegurados debiendo velar por tanto por sus intereses obrando como un buen padre de familia.

En ese sentido, las denuncias a ser planteadas por la AFP, deben mínimamente considerar lo previsto por los artículos 284 y siguiente del Código de Procedimiento Penal, la cual además, considerando la naturaleza de la acción penal - previsional, debe estar acompañada de toda la documentación o elemento utilizado en la cobranza y señalar, en caso necesario, el lugar donde esta se encuentra en caso de no tenerla; para poder fundar la responsabilidad del Empleador moroso.

De igual manera se debe tener presente que el delito de Apropiación Indevida de Aportes, se produce primariamente con la retención obligatoria de las Contribuciones al Trabajador de su Total Ganado, con destino a la seguridad social de largo plazo, es decir que el Empleador actúa como agente de retención, quien luego de efectuada debe depositar al SIP, como intermediario entre la AFP y el Trabajador. Por tanto, el hecho de que el autor tuviera tenencia legítima de recursos retenidos al Trabajador y que implique la obligación de entregar y no lo hiciera, da lugar a que se haya producido el delito de Apropiación Indevida de Aportes, lo que obviamente genera provecho a favor del autor y perjuicio del Trabajador.

Por otro lado, la AFP debe verificar que para la presentación de la denuncia penal esta debe considerar los elementos procesales exigidos por el Código de Procedimiento Penal, y en lo sustantivo los elementos típicos que hacen propio al delito.

Corresponde que la AFP fundamente su pretensión penal debidamente en la norma vigente, la cual comprende la constitucional, de pensiones y penal (sustantiva y adjetiva), inclusive en lo que refiere a la Nota de Débito.

Por otro lado, la regularización de la mora en el proceso penal, sólo podrá realizarse con respecto a los períodos comprometidos en la Nota de Débito adjunta a la denuncia, y no por el restante de la mora que tuviera el Empleador y que no estuviera en la denuncia, por no consentir con el objeto preciso de la pretensión. Sin perjuicio de lo señalado, la AFP podrá considerar las ampliaciones por nuevos períodos siempre y cuando lo pueda hacer conforme lo permita el procedimiento y en la etapa procesal que corresponda, (ej.art.348 CPP).

Por lo tanto, los argumentos vertidos por BBVA Previsión AFP S.A. respecto al Cargo N° 3 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

“El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser: **a)** Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, **b)** Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y **c)** Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Por otra parte, y en lo que respeta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: **a)** La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b)** La naturaleza de los perjuicios causados y **c)** La reincidencia en la comisión".

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Al Cargo N° 1

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: **a)** El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; **b)** El hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP, entre el 06 de diciembre de 2010 al 22 de marzo de 2010 (sic), debido a que la AFP no remitió ninguna actuación procesal efectuada durante el período de inactividad procesal en el PES, y únicamente presentó una carta dirigida al Presidente del Tribunal Departamental de Justicia de la ciudad de Santa Cruz, por la que pone en conocimiento los problemas generados con los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social sobre la tramitación de los PCS, sin embargo la misma no es una actuación propia del presente proceso, por lo que no es suficiente para desvirtuar el período de paralización procesal; **c)** La ausencia de descargos idóneos para el PES correspondiente y los argumentos presentados por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad, es por lo que se concluye en el análisis que se desprende de la verificación del cargo imputado y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa descrita en el cargo y al perjuicio causado.

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso: **a)** La existencia de negligencia por parte del regulado considerando que no presentó las actuaciones procesales de forma continua, y no llevó un movimiento procesal diligente en el PES, incurrió en una prolongada inactividad de cuatrocientos setenta y dos (472) días; **b)** El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó un movimiento procesal diligente en el PES lo cual retraso la recuperación de las Contribuciones; **c)** No se registra el concepto de reiteración en el presente caso.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en el PES; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión del PES, dicha inobservancia a la norma no causo (sic) un daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no estar en movimiento el PES, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Al Cargo N° 2.

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: **a)** El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones; **b)** El hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PCS, por parte de la AFP, entre el 14 de noviembre de 2011 al 28 de marzo de 2012, la AFP presentó como descargo la nota presentada ante el Presidente del Tribunal Departamental de Justicia de fecha 13 de octubre de 2012, y la Sentencia N° 263 de 14 de noviembre de 2011, las cuales conllevan acciones propias del Juzgado y no corresponden a actuaciones dentro del período de falta de movimiento procesal, por lo que el incumplimiento se halla comprobado; **c)** La ausencia de descargos idóneos para el PCS correspondiente y los argumentos y la documentación presentada por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad, es por lo que se concluye en el análisis que se desprende de la verificación del cargo imputado y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa descrita en el cargo y al perjuicio causado.

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso: **a)** La existencia de negligencia por parte del regulado considerando que no presentó las actuaciones procesales de forma continua, y no llevó un movimiento procesal diligente en el PCS, incurrió en una prolongada inactividad de ciento treinta y cinco (135) días sin movimiento procesal; **b).** El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó un movimiento procesal diligente en el PCS lo cual retraso (sic) la recuperación de las Contribuciones; **c)** No se registra el concepto de reiteración en el presente caso.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en el PCS; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión del PCS, dicha inobservancia a la norma no causó (sic) un daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no estar en movimiento el PCS, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Al Cargo N° 3

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: **a)** Los hechos imputados se encuentran previamente calificados como infracciones por la normativa imputada, en el artículo 118 de la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010; **b)** El hecho se encuentra comprobado al evidenciarse que la Administradora habría arbitrariamente omitió el inicio del proceso penal por el delito previsional de Apropiación Indevida de Aportes, asimismo presentó las denuncias referidas a los períodos febrero/2011 y marzo/2011 ante el Ministerio Público fuera de plazo establecido por el artículo 23 (Acción Penal por Apropiación Indevida de Aportes) del Decreto Supremo 0778 de 26 de enero de 2011; **c)** La ausencia de descargos idóneos para el PES correspondiente y los argumentos presentados por parte de la AFP, han sido valorados por esta Autoridad, es por lo que se concluye en el análisis que se desprende de la verificación del cargo imputado y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa descrita en el cargo y al perjuicio causado.

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma tiene los siguientes criterios para su graduación en cuanto al presente caso: **a)** La existencia de falta de atención por parte del regulado considerando que no presentó las denuncias penales ante el Ministerio Público; **b)** El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado al no presentar la denuncia no pudo efectivizar la recuperación de las Contribuciones en mora tampoco mediante la instalación del Proceso Penal correspondiente, asimismo retraso la recuperación de las Contribuciones para los períodos febrero/2011 y marzo/2011; **c)** No se registra el concepto de reiteración en el presente caso.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado al no presentar no tomó (sic) la atención debida a lo que establece la norma en cuanto al inicio de un proceso penal por la comisión del delito de Apropiación Indevida de Aportes; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia en el inicio del proceso penal, ya que su inobservancia a la norma no causó (sic) un daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se

sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no presentar denuncia por un delito comprobado, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, ante la insuficiencia de argumentos presentados en los descargos de BBVA Previsión AFP S.A., se llega a establecer los hechos ligados con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde su sanción.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo a los artículo 67 párrafo II y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez transcurrido el plazo la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, procederá al análisis de los antecedentes, dictará la resolución sancionadora de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

“c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.”

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

“b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media.”

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción:

“c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses.”

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997...”

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

4.1. Memorial presentado el 24 de enero de 2013.-

Por memorial presentado el 24 de enero de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 935-2012 de 4 de diciembre de 2012, con los siguientes fundamentos:

"...IV. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

Cargo N° 1.

1. *La APS contabiliza un total de cuatrocientos setenta y dos (472) días sin movimiento procesal alguno y que el juez ante quien se gestiona el Proceso Ejecutivo Social, desconoce sobre la suscripción del Convenio de Pago entre AEROSUR S.A. y la AFP.*
2. *El párrafo segundo del Artículo 11 (PAGO DE COTIZACIONES EN MORA POR PARTE DEL EMPLEADOR) del Decreto Supremo 25722 de 31 de marzo de 2000, faculta a la AFP a suscribir Convenios de Pago bajo los siguientes presupuestos procesales: "Si el pago fuera parcial, la AFP podrá convenir extrajudicialmente un programa de pagos diferidos incluyendo gastos emergentes de la demanda, en cuyo caso suspenderá la prosecución del proceso o la ejecución judicial de la mora, quedando facultada para reiniciar el proceso o ejecutar la sentencia en caso de incumplimiento del empleador al programa de pagos. Lo convenido extrajudicialmente no podrá ser considerado ni planteado como excepción de conciliación de acuerdo a lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones"*
3. *Por mandato expreso del Decreto Supremo 25722 el "Convenio de Pago" tiene carácter extrajudicial en consecuencia, la AFP no tiene obligación legal ni contractual de poner a conocimiento de la autoridad jurisdiccional la suscripción del mismo.*
4. *Durante la vigencia del "Convenio de Pago de Contribuciones en Mora", por mandato del Decreto Supremo 25722 queda suspendida toda actuación procesal dentro del Proceso Ejecutivo Social demandado.*
5. *Por mandato expreso del Artículo 23 de la Ley N° 1732, Ley de Pensiones, de 29 de noviembre de 1996, los Procesos Ejecutivos Sociales se sustancian de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.*
6. *Por mandato del Artículo 313 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil en los Procesos Ejecutivos no procede la perención de instancia.*
7. *El cómputo de los cuatrocientos setenta y dos (472) días que realiza la APS no toma en cuenta el presupuesto jurídico de suspensión de todo acto procesal establecido en el Decreto Supremo 25722.*

8. *Cumpliendo las instrucciones impartidas en la Circular AP/DJ/DPC/CO 24/2010 de 14 de septiembre de 2010, la AFP puso a conocimiento de la Autoridad de Fiscalización (AP y APS) las gestiones realizadas ante las autoridades del Órgano Judicial con referencia a la demora de los Procesos Ejecutivos Sociales, las que se realizan cuando existe demora procesal y no antes de la existencia del mismo, como pretende la APS al manifestar "sin embargo esta gestión es posterior al periodo de inactividad"*
9. *La APS pretende desconocer la crisis del Órgano Judicial y la retardación de justicia en todos los Distritos Judiciales, y que por estos hechos se reformó el Órgano Judicial, pese a ello, los conflictos aún existen y son de conocimiento público a través de la prensa nacional.*
10. *Es de conocimiento de la APS la acefalía del Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social y que la suplencia del Juez Cuarto de Trabajo y Seguridad Social, no es suficiente ni oportuna en los actos procesales, además debemos tomar en cuenta que de acuerdo al Art. 210 del Código de Procedimiento Civil no corren los plazos para el Juez suplente que a la letra establece lo siguiente: (Juez Suplente) Las disposiciones de este capítulo (sic) solo afectaran la competencia del Juez titular y no la del Juez suplente; se adjunta en calidad de prueba documental los decretos del Juzgado Tercero emitidos y firmados por la Juez Cuarto en la cual se demuestra que el Juez mencionado se encontraba en suplencia legal por mas (sic) de un año.*
11. *Con el Cite PREV-OP -01-11 -2011 la APS tomó conocimiento que en el juzgado donde se gestiona la cobranza judicial, los expedientes se ponen a la vista en fechas por demás retrasadas a la fecha en que las Autoridades Jurisdiccionales emiten Sentencia. Asimismo, se le solicitó intercedan sus buenos oficios, solicitud que a la fecha no tiene respuesta de la APS.*
12. *La APS tiene conocimiento de la sobrecarga procesal en los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social por el ingreso creciente de Procesos Coactivos Sociales iniciados por las AFP, por la mora de los empleadores, procesos laborales, y los demás procesos coactivos sociales de la seguridad social a corto plazo que son de su competencia, lo que ocasiona mucha dificultad en la atención oportuna por parte de los funcionarios judiciales.*
13. *Se Adjunta en calidad de prueba documental las cartas de 13 de octubre de 2011, 26 de junio de 2012 y 10 de diciembre de 2012, presentadas por la AFP al Tribunal Departamental de Justicia, en las que se informa sobre la carga procesal existente en los Juzgados Laborales debido a las acefalías y las creciente demandas que mes a mes se incrementan.*
14. *Los periodos faltantes en el Estado de Ahorro Previsional Histórico del Asegurado Pedro Leigue Aponte, se encuentran en cobranza judicial, como la propia APS reconoce, una vez que AEROSUR S.A. cumpla con su obligación legal de pagar las Contribuciones en Mora, la AFP seguirá los procedimientos establecidos por el Ente*

Regulador para la acreditación de aportes y entonces, ingresarán en el Estado de Ahorro Previsional del Asegurado.

Por lo expuesto, se ha demostrado plenamente que no es cierto ni evidente que exista un abandono de 472 días calendario del Proceso Ejecutivo Social seguido a AEROSUR S.A. Lo cierto y evidente es que la suscripción de un Convenio de Pago de Contribuciones en Mora suspende todo acto procesal en la cobranza judicial conforme manda y ordena el Decreto Supremo 25722 y que la AFP no actuó arbitrariamente al suspender los actos procesales en el caso de AEROSUR S.A.

Cargo No. 2

1. La APS levanta el cargo N° 2 manifestando "Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y u) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, al evidenciarse la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Coactivo Social", para luego fundamentar la Resolución Sancionatoria manifestando; "Asimismo, se advierte que la Administradora actuó de forma contraria a lo estipulado por los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y y) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, debido a que la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes, paralizando el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos al SIP."
2. La APS contraviene toda la normativa jurídica y el razonamiento sentado por la Superintendencia de Regulación Financiera en cuanto al Principio de Congruencia. La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 de 12 de febrero de 2004, expresa: "El acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituye el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final."
3. Con la cita y transcripción de las partes pertinentes de la Resolución Sancionatoria se ha demostrado plenamente la arbitrariedad de la sanción por el cargo N° 2, porque la APS levanta cargos sobre un **PROCESO COACTIVO SOCIAL** y sanciona por un **PROCESO EJECUTIVO SOCIAL**, violentando el ordenamiento jurídico vigente.
4. La APS contraviene el principio de verdad material porque no valoró correctamente la prueba documental presentada, afirma que la AFP presentó nota ante el Presidente del Tribunal Departamental de Justicia recién el **13 de octubre de 2012**, empero, la prueba documental presentada tiene como fecha de recepción el **13 de Octubre de 2011**, demostrando que las gestiones realizadas fueron oportunas y antes de que la APS inicie el Proceso Administrativo Sancionatorio.

5. Es de conocimiento de la APS la acefalía del Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social y que la suplencia del Juez Cuarto de Trabajo y Seguridad Social, no es suficiente ni oportuna en los actos procesales.
6. Con el Cite PREV-OP-01-11-2011 la APS tomó conocimiento que en el juzgado donde se gestiona la cobranza judicial, los expedientes se ponen a la vista en fechas por demás retrasadas a la fecha en que las Autoridades Jurisdiccionales emiten Sentencia. Asimismo, se le solicitó intercedan sus buenos oficios, solicitud que a la fecha no tiene respuesta de la APS.
7. La APS tiene conocimiento de la sobrecarga procesal en los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social por el ingreso creciente de Procesos Coactivos Sociales iniciados por las AFP, por la mora de los empleadores, y los demás procesos laborales que son de su competencia, lo que ocasiona mucha dificultad en la atención oportuna por parte de los funcionarios judiciales.
8. Se Adjunta en calidad de prueba documental las cartas de 13 de octubre de 2011, 26 de junio de 2012 y 10 de diciembre de 2012, presentadas por la AFP al Tribunal Departamental de Justicia, en las que se informa sobre la carga procesal existente en los Juzgados Laborales debido a las acefalías y las creciente demandas que mes a mes se incrementan.
9. Ante el desconocimiento de la APS de la sobrecarga procesal del Órgano Judicial y la consiguiente retardación de justicia, se adjunta en calidad de prueba documental el decreto de 12 de diciembre de 2012 del Juzgado Segundo de Trabajo y Seguridad Social del distrito Judicial de Cochabamba, en la cual indica lo siguiente "VISTOS.- Pasado a despacho en la fecha. La causa se resolverá bajo un orden cronológico y teniendo en cuenta el Art. 210 del Código de Procedimiento Civil, así tal cual se ha indicado oportunamente, **recomendando a esta parte que por el numero (sic) de trámites que realiza en el juzgado del cual soy titular que van más de un mil causas, es humanamente imposible abarcar a otro juzgado y dictar sentencia, debiendo en este caso comprender y evitarse la presentación de memoriales con "reiterada Sentencia", que únicamente motiva una carga procesal teniendo en cuenta que el titular de este juzgado no se encuentra ejerciendo a partir del 15/01/2011, notifique funcionario**".
10. Se adjunta en calidad de prueba documental el decreto del Juez Tercero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Santa Cruz, a la solicitud de Sentencia y que expresa. "En **su oportunidad, por existir sobrecarga laboral anterior**".
11. Se adjunta en calidad de prueba documental los decretos del Juzgado Tercero emitidos y firmados por la Juez Cuarto en la cual se demuestra que el Juez mencionado se encontraba en suplencia legal por mas (sic) de un año.

Por las abundantes pruebas documentales adjuntas, se demuestra la crisis en la que se encuentra el Órgano Judicial a nivel Nacional. La APS para aplicación del principio de verdad material tiene el deber de constatar y evidenciar de manera fehaciente in situ

los constantes problemas en la tramitación de los procesos Ejecutivos y/o Coactivos Sociales, así como la sobrecarga procesal de los Juzgados Laborales a consecuencia de las acefalías de funcionarios judiciales, y la diligencia de la AFP por todos nuestros esfuerzos y que inclusive procuradores de la AFP realizan trabajos que competen a los funcionarios judiciales como ser; coser expedientes, adjuntar memoriales, colocar cargo a los mismos, registrar en el Libro Diario, todo ello con la finalidad de evitar la paralización de los procesos, y a pesar de todo ello, nos vemos imposibilitados de realizar una buena gestión y de actuar como un Buen Padre de familia, tal como lo exigen sus autoridades. Debido a los motivos arriba expuestos y como podrán constatar estos problemas son a consecuencia de la administración de justicia del órgano judicial que lastimosamente no cuenta con los mecanismos suficientes para llevar a cabo una excelente labor en la administración y control de los procesos que llevan a cabo, siendo estos de conocimiento público, de igual forma de conocimiento del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz.

Cargo N° 3

1. Para el inicio de la acción penal por disposición del Ministerio Público, con la finalidad de preservar el principio de la "Última Ratio" del derecho penal y para que las denuncias penales no sean rechazadas, disponen que previamente se debe ejercer la Gestión Judicial de Cobro y dar inicio al proceso coactivo de la seguridad social.
2. Cumpliendo lo dispuesto por el Ministerio Público, previamente al inicio del proceso penal se emitió la Nota de Débito Coactiva N° 27615, y luego de iniciado el Proceso Coactivo Social, se emitió la Nota de Débito Penal N° 242 con la cual se dio inicio al proceso penal.
3. Por lo expuesto, la AFP de manera diligente siguió las disposiciones del Ministerio Público para el inicio de la acción penal y que el incumplimiento del plazo establecido en el artículo 23 del Decreto Supremo N° 0778 no se debió a negligencia de BBVA Previsión AFP S.A, sino al cumplimiento de medidas preliminares exigidas por el Ministerio Público.
4. La R.A. SPVS-P N° 259 de 23 de junio de 2000, es una norma jurídica que regla la gestión de cobro administrativo y judicial del Seguro Social Obligatorio que fue instituido por la Ley N° 1732, y que en su artículo 52 tipifica como delito de Apropiación Indevida expresando; "para el empleador que retenga montos de las cotizaciones, primas y otros recursos destinados al financiamiento de prestaciones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo", ilícito que por mandato del Artículo 20 del código de Procedimiento Penal es un delito de acción Privada.
5. El Decreto Supremo 24469 en su artículo 95 autoriza a las AFP ejercer la personería jurídica de sus registrados, única y exclusivamente para la ejecución social de las contribuciones en mora al Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

6. Por lo expuesto, no es correcto pretender aplicar al Sistema Integral de Pensiones la Resolución Administrativa SPVS-P N° 259 de 23 de junio de 2000, que regla única y exclusivamente para el cobro de las contribuciones en mora y que expresa "...la administradora iniciará las acciones legales que correspondan, de conformidad a la legislación vigente, asumiendo que todas las contribuciones se encuentran en mora efectiva". Al referirse la resolución administrativa "de conformidad a la legislación vigente", es claro que se trata de la que regla al 23 de junio de 2000 y no así lo relacionado al Sistema Integral de Pensiones que se establece a partir del año 2010.
7. La APS manifiesta que la normativa vigente no hace diferencia entre deuda presunta y deuda real. Al respecto, pareciera insinuar que para la APS con la finalidad de cumplir el plazo no importa las consecuencias de la denuncia penal para el caso de la "deuda presunta" que se constituiría un delito, porque este tipo de deuda no nos permite comprobar la existencia del delito de Apropiación Indevida de Aportes.
8. La APS manifiesta que "Si la Administradora advierte que puede ser tomada como responsable de cometer el delito de acusación y denuncia falsa, nada le limita que pueda acudir a las vías legales ordinarias como extraordinarias que franquea la ley", con este criterio contraviene su facultad y función principal que le es conferida por la Ley N° 065 en el Artículo 163 que es la de cumplir la CPE, la Ley 065 y demás disposiciones legales vigentes.
9. Obrar de esa manera sería hacerlo con consciencia de que estamos actuando ilegalmente ya que el artículo 15 del Código Penal dispone (textual): "(CULPA) Actúa culposamente quien no observa el cuidado al que está obligado conforme a las circunstancias y sus condiciones personales y, por ello: 2) Tiene como posible la realización del tipo penal y, no obstante esta previsión, lo realiza en la confianza de que evitará el resultado".
10. Conforme a lo determinado en Ley consideramos irresponsables esas afirmaciones, máxime proviniendo de una autoridad pública regulatoria que por disposición del artículo 168 inciso a) de la Ley N° 065 "Debe cumplir y hacer cumplir la Ley y sus reglamentos...", ello en concordancia con el artículo 1 de la Ley 065 que dispone que la Ley tiene por objeto establecer la administración del Sistema Integral de Pensiones, así como las prestaciones y beneficios que otorga a los bolivianos y las bolivianas, en sujeción a lo dispuesto en la Constitución Política del Estado.

ILEGALIDAD DE LAS SANCIONES ECONÓMICAS POR LOS CARGOS N° 2 Y 3.

1. La Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, en su Artículo 177 establece: "Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones,

asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo...”.

2. Del Artículo citado se colige que; la Ley 1732 y demás normativa que la regla y regula está vigente para efectos del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y el Contrato de Prestación de Servicios suscrito con el Estado Boliviano representado por la Superintendencia de Pensiones.
3. El inciso b) del Artículo 168 de la Ley N° 065 dispone que la APS tiene la facultad de sancionar a la Gestora Pública por faltas y/o contravenciones a la normativa del SIP, empero, ninguna normativa regula y regla sobre las sanciones, su clasificación, su aplicación, etc. que la Gestora Pública y las AFP transitoriamente pudiesen cometer.
4. La Resolución impugnada para imponer las sanciones económicas de los Cargos N° 2 y 3 se ampara en el Decreto Supremo 24469, “Reglamento de la Ley N° 1732”, de 17 de enero de 1997. Disposición legal que de conformidad al Artículo 177 de la Ley N° 065 se encuentra vigente para temas exclusivos del Seguro Social Obligatorio y que por mandato expreso del numeral I del Artículo 196 de la Ley N° 065 no está vigente para el Sistema Integral de Pensiones.
5. El numeral I del Artículo 198 de la Ley N° 065 dispone:
"Se abroga la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley."
5. (sic) Las Sanciones por los Cargos N° 2 y 3 se constituyen en actos ilegales que contraviene la Constitución Política del Estado, la Ley de Pensiones y demás disposiciones legales en vigencia, porque no existe norma que imponga sanciones por infracciones y/o contravenciones a la normativa del SIP.
6. La Constitución Política del Estado en su Artículo 116 reconoce el “principio de legalidad” como una garantía jurisdiccional, la que se expresa en la máxima "**nullum crimen, nulla poena sine lege**", lo que implica que es necesaria la existencia de una disposición legal que establezca las sanciones y faltas previamente al hecho punible.
7. El principio de legalidad adquiere carácter fundamental como principio constitucional, siendo la consecuencia práctica de este principio que: ninguna sentencia condenatoria puede ser dictada aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa.
8. La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 DE (sic) 19 de agosto de 2005, sienta jurisprudencia manifestando: "La Ley de Procedimiento Administrativo en su Artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las **Leyes y disposiciones reglamentarias**. Bajo este criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no

realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria".

9. La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 31/2005 DE (sic) 18 de agosto de 2005, sienta jurisprudencia razonando: "Sin embargo, esta competencia punitiva o sancionadora de la administración pública no puede aplicarse discrecionalmente o por analogía, sino que debe cumplir y sujetarse estrictamente a los límites naturales del ius puniendi, que se establecen en los principios generales del derecho, así como en las garantías constitucionales de los administrados"

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo **LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ APS/DJ/DPC** (sic) **N° 935-2012 DE 04 DE DICIEMBRE DE 2012.**, (sic) tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, bajo el sustento legal del párrafo segundo del Artículo 11 del Decreto Supremo 25722, en sentido de que el Convenio de Pago de Contribuciones en Mora tiene carácter extralegal y suspende toda acción dentro de la cobranza judicial y que por mandato expreso de la Ley N° 065 no se puede aplicar el Decreto Supremo 24469 para sancionar actos que se desarrollan en el Sistema Integral de Pensiones..."

4.2. Documentación complementaria.-

Mediante Auto de 21 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros solicitó documentación que, en cuanto al cargo N° 1, evidencie la fecha del incumplimiento del Convenio de Pago, y respecto al Cargo N° 2, copias del memorial presentado por la Administradora de Fondos de Pensiones, solicitando sentencia, y del Decreto de 4 de abril de 2012, así como documentación específica relativa al proceso seguido contra el Empleador AEROSUR S.A.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), mediante nota PREV-COB-96/03/2013 de 11 de marzo de 2013, atiende la disposición del Auto de 21 de febrero de 2013.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 305-2013 DE 9 DE ABRIL DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 305-2013 de 9 de abril de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó totalmente la

Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 935-2012 de 4 de diciembre de 2012, con los siguientes argumentos:

"...AL CARGO N° 1: (...)

Esta Autoridad ha realizado la evaluación de los argumentos correspondientes al Cargo N° 1, estableciendo que:

Es importante aclarar que la paralización procesal inicia en fecha 06 de diciembre de 2010, considerando que pese a que en dicha fecha el Juez decreta la ampliación del monto inserto en la Nota de Débito N° 6210-642 de 25 de noviembre de 2010, la Administradora no realiza ninguna acción dentro del proceso hasta el 22 de marzo de 2012, fecha en la que solicita al Juez la aplicación de medidas precautorias.

Asimismo, se tiene que en fecha 28 de julio de 2011, la Administradora firma un Convenio de Pago con el Empleador demandado, sin embargo el mismo, como expresamente señala la AFP, es incumplido.

Es importante aclarar que mediante Auto de 21 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS instruye a BBVA Previsión AFP S.A. la remisión de documentación respaldatoria que permita verificar en qué fecha el Empleador AEROSUR S.A. ha incumplido el Convenio de Pago de 28 de julio de 2011.

*En este sentido, mediante nota PREV-COB-96/03/2013, BBVA Previsión AFP S.A. remite a esta Autoridad copia de la nota PREV-COB-JUD-OO1/2011, recibida por AEROSUR S.A. en fecha 06 de septiembre de 2011, cuya referencia señala "INCUMPLIMIENTO PLAN DE PAGOS" y en la cual se informa al Empleador haber incumplido un pago que debía realizarse el **30 de agosto de 2011** y otro que debía realizarse por un período vigente (julio/2011) **el 31 de agosto de 2011**, solicitando al Empleador regularizar su situación en el plazo de tres (3) días hábiles administrativos de recibida la nota.*

Al respecto es importante aclarar que el artículo 27 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, vigente al momento de la suscripción del Convenio de Pago, aclara lo siguiente:

“

- I. En aplicación a lo previsto en el Artículo 113 de la Ley de Pensiones, la GPS podrá suscribir Convenios de Pago con el Empleador para el pago de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora al SIP. Una vez suscrito el Convenio de Pago, **la GPS podrá suspender la prosecución de la Gestión de Cobro.***
- II. **La GPS deberá iniciar o continuar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles administrativos de incumplido el Convenio de Pago por parte del Empleador. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado, no impedirá a la GPS, iniciar o continuar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social.” (Las negrillas son nuestras)***

Conforme a lo señalado precedentemente, el plazo para continuar el Proceso Judicial iniciado vencía el 06 de septiembre de 2013 (sic), sin embargo, BBVA Previsión AFP S.A. además de comunicar al Empleador que en tres (3) días hábiles administrativos posteriores a la recepción de la nota PREV-COB JUD-001/2011 de 05 de septiembre de 2011, se reiniciarían las acciones legales (fuera del plazo determinado por norma), recién lo hace en fecha 22 de marzo de 2012.

Cabe señalar que mediante nota de 21 de septiembre de 2011, AEROSUR S.A. solicita a BBVA Previsión AFP S.A. una prórroga para el pago de la segunda cuota, sin embargo, a la fecha de solicitud de dicha prórroga, el Convenio de Pago ya se había incumplido.

Por lo tanto, se pudo evidenciar que aun (sic) tomando en cuenta los argumentos de la Administradora respaldados en el Convenio de Pago, existe un abundante lapso de tiempo sin movimiento procesal, entre el 06 de diciembre de 2010 y el 28 de julio de 2011.

Asimismo, existe un abundante lapso de tiempo sin movimiento procesal, entre el 06 de septiembre de 2011 (fecha en que la AFP debió continuar con el Proceso Judicial debido al incumplimiento del Convenio de Pago) y el 22 de marzo de 2012.

Por otra parte, la Administradora mantiene el argumento del envío de una comunicación dirigida al Presidente del Tribunal Departamental de Justicia de la ciudad de Santa Cruz, a través de la cual pone en conocimiento del Presidente del Tribunal Departamental de Justicia, los problemas generados con los distintos Juzgados de Trabajo y Seguridad Social respecto a la demora en la tramitación de la generalidad de los Procesos Coactivos Sociales, incluyendo en el recurso las siguientes notas:

- Nota de 13 de octubre de 2011, en la cual hace referencia a la "MORA PROCESAL EN JUZGADOS DE PARTIDO SOCIAL", la misma que se estaría generando producto de la acefalia del Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social.
- Nota de 26 de junio de 2012, mediante el cual la AFP informa la mora procesal en la que incurren los Juzgados de Partido de Trabajo y Seguridad Social.
- Nota de 10 de diciembre de 2012, en la cual también hace mención a la demora procesal.

Al respecto, si bien la documentación anterior expresa la gestión realizada por la AFP para promover una mejor atención de las causas sociales interpuestas; sin embargo en ningún caso se refiere en específico al tiempo sin movimiento procesal observado por esta Autoridad.

Igualmente, es importante señalar que el último acto procesal a partir del cual esta Autoridad marca el inicio de la paralización procesal corresponde a un Decreto emitido por el Juez de Trabajo y Seguridad Social dando curso a la solicitud de ampliación de demanda presentada por la AFP en fecha 03 de diciembre de 2010.

Lo señalado precedentemente, denota que pese a la acefalia del Juzgado Tercero, en este caso en particular la respuesta de la Autoridad Jurisdiccional a la solicitud de la

AFP fue inmediata, no existiendo mayor movimiento de la AFP dentro del Proceso una vez satisfecha su solicitud.

La paralización imputada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS a BBVA Previsión AFP S.A., se refiere a un periodo amplio de tiempo en el que la Administradora no ha presentado ningún actuado procesal, dilatando el proceso y ocasionando perjuicio a los Asegurados, debido al abandono procesal en el que incurrió la Administradora, período que se detalla a continuación:

- "El Juez decreta la ampliación del monto inserto en la nota de Débito N° 6210-642 de 25 de noviembre de 2010, a través del Decreto de **06 de diciembre de 2010**.
- Mediante memorial presentado en fecha **22 de marzo de 2012**, la Administradora reitera se proceda a la retención de fondos y demás medidas precautorias solicitadas."

Por otro lado, en relación a la nota PREV-OP-01-11-2011, respecto de la cual en el punto 6. del fundamento de impugnación al CARGO 2 la Administradora señala: "...la APS tomó conocimiento que en el juzgado donde se gestiona la cobranza judicial, los expedientes se ponen, a la vista en fechas por demás retrasadas a la fecha en que las Autoridades Jurisdiccionales emiten Sentencia.", es importante aclarar que dicha aseveración es incorrecta.

Respecto a la solicitud efectuada en el último párrafo de su nota PREV-OP-01-11- 2011, es importante aclarar que uno de los principios que sustentan el Órgano Judicial en virtud del Art. 3 de la Ley del Órgano Judicial, Ley No. 025 de 24 de junio de 2010, es el de la Independencia, lo que significa que la función judicial no está sometida a ningún otro órgano de poder público, en este sentido la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, no tiene competencia que permita mayor celeridad en el desarrollo de los Procesos Judiciales.

En ese sentido, desde el **06 de diciembre de 2010 al 22 de marzo de 2012**, no existe ningún actuado procesal presentado por la AFP, lo que hace evidente la falta de movimiento procesal durante los **cuatrocientos setenta y dos (472)** días.

Por lo que la AFP tenía la obligación de realizar la Gestión de Cobro Judicial, y una vez iniciada la acción, la Administradora debía continuar en lo posible con cualquier tipo de gestiones extrajudiciales para el cobro de lo adeudado de forma paralela al Proceso Judicial, sin descuidar ni dejar de forma negligente su prosecución.

El abandono de parte de la Administradora en la tramitación del Proceso Judicial ocasionó la retardación de proceso para recuperar los aportes devengados por el Empleador AEROSUR S.A. Tal situación ha dilatado el proceso, por lo que su argumento no es suficiente, debido a que la AFP como parte demandante del proceso no puede supeditar sus actuaciones de cobranza judicial a sucesos extraprocesales, sino que debe proseguir el Proceso Judicial de forma continua y diligente, con el solo propósito de que se efectivice el pago de manera total sobre los aportes destinados a cubrir una prestación en el SSO.

Por otro lado, la Administradora manifiesta la existencia de la acefalía en los Juzgados de Trabajo y de Seguridad Social, remitiendo como prueba las cartas de 13 de octubre de 2011, 26 de junio de 2012 y 10 de diciembre de 2012, presentadas por la AFP al Tribunal Departamental de Justicia dirigidas al Presidente del Tribunal Departamental de Justicia de la ciudad de Santa Cruz, mediante la cual informa a la Autoridad Jurisdiccional superior del departamento de justicia de Santa Cruz, sobre los problemas generados con los distintos Juzgados de Trabajo y Seguridad Social respecto a la tramitación de los Procesos Coactivo Sociales - PCS, dichas cartas no constituyen actuaciones procesales correspondientes al presente proceso, por lo que no es suficiente para justificar la inactividad procesal del citado Proceso Judicial.

Asimismo las cartas de 26 de junio de 2012 y 10 de diciembre de 2012, presentadas por la AFP al Tribunal Departamental de Justicia, son cartas enviadas fuera del período sin movimiento procesal en el Proceso Judicial.

En ese entendido y luego del análisis anterior, los argumentos referidos en el Recurso de Revocatoria para el Cargo N° 1, no son suficientes para justificar la paralización del Proceso Judicial, ya que es deber de la Administradora desempeñarse como un buen padre de familia y continuar la tramitación de las acciones judiciales que la norma prevé hasta efectivizar la recuperación objetiva de la deuda.

AL CARGO N° 2: (...)

Esta Autoridad ha realizado la evaluación de los argumentos correspondientes al Cargo N° 2, estableciendo que:

Los puntos 1. al 4. señalados por la AFP pretenden desvirtuar el Cargo N° 2 amparándose en un error involuntario de esta Autoridad, cuando erróneamente hace mención a un Proceso Ejecutivo Social considerado que la observación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS y el incumplimiento normativo se refería a un Proceso Coactivo Social.

Asimismo, la confusión del año en que la AFP presenta la nota al Tribunal Departamental de Justicia no marca mayor diferencia dentro del Cargo, en consideración a que la misma no contempla la queja específica sobre la supuesta emisión de la Sentencia N° 263 de 14 de noviembre de 2011, con fecha “atrasada”.

Por otro lado, en relación a la nota PREV-OP-01-11-2011, respecto de la cual en el punto 6. del fundamento de impugnación al CARGO 2 la Administradora señala: “...la APS tomó conocimiento que en el juzgado donde se gestiona la cobranza judicial, los expedientes se ponen a la vista en fechas por demás retrasadas a la fecha en que las Autoridades Jurisdiccionales emiten Sentencia.”, es importante aclarar que dicha aseveración es falsa, considerando que la misma informa sobre aquellos PES, PCS y PP aceptados por Juzgados (sic) de Trabajo y de Seguridad Social, los rechazados, y aquellos procesos que fueron inicialmente rechazados en la regional Santa Cruz y fueron finalmente aceptados.

Respecto al Decreto de 12 de diciembre de 2012, es importante aclarar que el mismo

corresponde al Juzgado Segundo de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Cochabamba y el Proceso Judicial relacionado al presente cargo, se tramita en el Distrito Judicial de Santa Cruz.

En este sentido, la Administradora no presentó argumento válido que permita demostrar algún tipo de diligencia realizada entre el período de inactividad procesal identificado por esta Autoridad (desde el **14 de noviembre de 2011 al 28 de marzo de 2012**).

Respecto al Decreto del Juez Tercero de Trabajo y Seguridad Social de 04 de abril de 2012, emitido ante la solicitud de Sentencia y que expresa: "En **su oportunidad, por existir sobrecarga laboral anterior**" es importante aclarar lo siguiente:

- El Decreto es emitido en fecha posterior al período sin movimiento procesal correspondiente al Cargo N° 2.
- La copia del Decreto de 04 de abril de 2012 no permite corroborar que el mismo fue emitido por el Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social del Distrito Judicial de Santa Cruz.

Al respecto, en Auto de 21 de febrero de 2013 se instruyó a la AFP la remisión de una copia que permita constatar el lugar de emisión del Decreto, sin embargo la AFP mediante nota PREV-COB-96/03/2013 adjunta, nuevamente la copia que no permite constatar el juzgado de emisión.

Sin perjuicio a lo citado, se detalla la documentación anexa al recurso de BBVA Previsión AFP S.A.:

- 1) Nota PREV-OP-1/11/2011 de 01 de noviembre de 2011, la Administradora informa a esta Autoridad sobre aquellos PES, PCS y PP aceptados por Jugados (sic) de Trabajo y de Seguridad Social, los rechazados, y aquellos procesos que fueron inicialmente rechazados en la regional Santa Cruz y fueron finalmente aceptadas.
- 2) Mediante Decreto de 27 de junio de 2012, el Presidente del Tribunal Departamental de Justicia del Distrito Judicial de Santa Cruz determina no ha lugar a lo solicitado por la Administradora.
- 3) Mediante Decreto de 12 de diciembre de 2012, dispone que la causa se resolverá bajo un orden cronológico, tomando en cuenta el número de trámites que realiza en el juzgado, debido a que van más de un mil causas, siendo que el titular de este juzgado no se encuentra ejerciendo a partir del 15 de enero de 2011.
- 4) Mediante memorial presentado el 18 de diciembre de 2012, la AFP reitera solicitud de sentencia al Juzgado.
- 5) Mediante Decreto de 04 de abril de 2012, el Juez Tercero de Partido de Trabajo y Seguridad Social dispone: "en su oportunidad, por existir sobrecarga laboral anterior." FUERA DEL PERIODO, ASIMISMO SE OBSERVA QUE EL DECRETO FUE EMITIDO DE MANERA INMEDIATA POR EL JUEZ RESPONDIENDO LA SOLICITUD DE LA ADMINISTRADORA, POR LO TANTO NO EXISTIÓ UNA PARALIZACIÓN POR PARTE DE LA AUTORIDAD JUDICIAL, COMO ALEGA LA AFP EN SUS DESCARGOS.

- 6) El 04 de enero de 2011, se emite sentencia por la cual se admite la demanda interpuesta al demandado Colegio Part. Mixto Camino del Saber.
- 7) Oficio N° 295/2011 de 13 de junio de 2011, dirigido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI, en cuanto a la retención de fondos del Colegio Part. Mixto Camino del Saber.
- 8) Informe de 26 de agosto de 2011, presentado por el Oficial de Diligencias, mediante el cual informa: “El día miércoles 17 de agosto de 2011, me dirigí a la dirección señalada **CALLE SUCRE N° 373** de esta ciudad, con el objetivo de citar de forma personal con la **DEMANDA, SORTEO Y AUTO DE ADMISIÓN**, relativo al **PROCESO EJECUTIVO SOCIAL**, al llegar a la dirección indicada puede constatar que **YA NO ES EL COLEGIO PART. MIXTO CAMINO DEL SABER, AHORA ES “UNIDAD EDUCATIVA SAINT DOMINIQUE SCHOOL”**, situación por la cual no pude con la diligencia encomendada.
- 9) Mediante Decreto de 27 de agosto de 2011, el Juez Cuarto de Partido y de Seguridad Social dispone que se ponga en conocimiento a la parte ejecutante.
- 10) Mediante Decreto de 08 de septiembre de 2011, el Juez dispone se realice la citación de la demanda mediante Edictos de Prensa.
- 11) Mediante memorial de 06 de septiembre de 2011, la AFP solicita la citación por edicto de la demanda y sentencia, al demandado Colegio Part. Mixto Camino del Saber, ND 18988.

De lo anterior cabe señalar lo siguiente:

Con respecto al inciso 1) se refiere a una nota emitida por la Administradora y dirigida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, la misma es un acto de carácter administrativo y no de índole procesal, por lo que tampoco demuestra una actuación diligente dentro del proceso.

En cuanto al inciso 2), trata de una comunicación realizada por la AFP dirigida al Presidente del Tribunal Departamental de Justicia del Distrito Judicial de Santa Cruz dicha actuación no fue presentada dentro del presente Proceso Judicial, por lo que no es válida para desvirtuar la falta de movimiento procesal incurrida por la Administradora.

En los puntos 3), 4) y 5) son actuaciones propias del Juez Tercero de Trabajo y de Seguridad Social, y la Administradora, sin embargo se comprueba que las mismas fueron emitidas fuera del período imputado en el presente Proceso Judicial.

Asimismo con respecto al inciso 5), se trata de un Decreto de 04 de abril del 2012 emitido por el Juez Tercero de Partido de Trabajo y Seguridad Social, en el cual se observa que el Decreto fue emitido de manera inmediata por el Juez, en respuesta a la solicitud de la Administradora, por lo tanto no existió una paralización por parte de la Autoridad Judicial, como alega la AFP en sus descargos.

Finalmente en los puntos 6), 7), 8), 9), 10) y 11) las actuaciones procesales remitidas por la Administradora no corresponden al proceso seguido contra el Empleador AEROSUR S.A., sino que las mismas corresponden a un Proceso Judicial dirigido contra el Colegio

Part. Mixto Camino del Saber, por lo que tampoco son válidas, por no ser actuaciones propias del presente proceso social.

Respecto a lo señalado por BBVA Previsión AFP S.A. en el punto 1, esta Autoridad señala que el Cargo N° 2 ha sido sancionado por la paralización injustificada de un Proceso Coactivo Social, en sujeción a la norma del Sistema Integral de Pensiones y en virtud a lo dispuesto en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, tal como se establece en la parte Resolutiva de la Resolución Administrativa sancionatoria APS/DPC/DJ/935/2012 de 04 de diciembre de 2012, por lo que lo manifestado por la AFP, en cuanto a que dicho Cargo ha sido levantado es incorrecto.

En cuanto al punto 4, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS no contravino el principio de verdad material como alega la Administradora, siendo que la nota emitida por la AFP ha sido considerada, en cuanto a la fecha de presentación de 13 de octubre de 2012 y su contenido, por lo que se ha comprobado que dicha situación no rectifica la paralización procesal incurrida en el proceso social, debido a que su presentación a (sic) sido posterior al periodo sancionado, asimismo no constituye una actuación procesal del Proceso Judicial, por lo que el Ente Regulador efectivamente ha hecho un uso total del principio de verdad material.

En cuanto al punto 10, esta Autoridad aclara que la Administradora tiene conocimiento del funcionamiento del Sistema Judicial en Bolivia, por lo que debe reclamar sobre la retardación de justicia alegada, a las instancias competentes, debido a que esta Autoridad no tiene competencia en la vía judicial.

Asimismo en cuanto a las gestiones a realizar, nada impide a la AFP que por cuerda separada realicen las mismas ante las reparticiones correspondientes como ser: Defensor del Pueblo, Órgano Judicial, Consejo de la Judicatura, etc.

Por último, BBVA Previsión AFP S.A. manifiesta lo siguiente: “nos vemos imposibilitados de realizar una buena gestión y del actuar como un buen padre de familia, tal como lo exigen sus autoridades”, lo que demuestra su aceptación en cuanto a no actuar como un buen padre de familia en la tramitación del presente Proceso Judicial.

Cabe señalar que la AFP tiene la obligación de efectuar la tramitación de los procesos sociales con el cuidado y diligencia exigible, considerando que los aportes recuperados irán en beneficio de los Asegurados por lo que la Administradora no puede deslindar dicha responsabilidad a terceros, debido a que la misma esta (sic) en sujeción a cumplir la norma, al igual que esta (sic) Autoridad cuya función es hacer cumplir la norma a sus regulados.

En ese sentido, la AFP tiene la obligación de cumplir con sus obligaciones impuestas por Ley, debido a que las gestiones realizadas, harán efectivas la recuperación de los adeudos al SIP.

Por lo que dentro del periodo sancionado por esta Autoridad, ninguno de los incisos anteriores corresponde a actuaciones presentadas dentro del periodo de paralización

procesal, por parte de la AFP, cabe señalar que dichas suspensiones corresponde a decisiones de la administración de justicia y no a la AFP.

En este sentido, la Administradora no presentó argumento válido que permita demostrar algún tipo de diligencia realizada entre el periodo de inactividad procesal identificado por esta Autoridad (desde el 19 de junio de 2007 al 14 de abril de 2009).

Por otro lado, la Administradora expresa lo siguiente: "...nos vemos imposibilitados de realizar una buena gestión y del actuar como un Buen Padre de familia, tal como lo exigen sus autoridades. Debido a los motivos arriba expuestos y como podrán constatar estos problemas son a consecuencia de la administración de Justicia del órgano judicial que lastimosamente no cuenta con los mecanismos suficientes para llevar a cabo una excelente labor en la administración y control de los procesos que llevan a cabo..."

Por lo que es pertinente precisar el concepto de "Cuidado Exigible" previsto en el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento de la Ley de Pensiones, con respecto a los Procesos Ejecutivos Sociales (PES) instaurados por las AFP, bajo los lineamientos establecidos por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 55/2006 de 29 de agosto de 2006, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), el cual expresa lo siguiente:

"La figura del "Buen padre de familia", señalado en el Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24468 (sic) de 17 de enero de 1997, que establece: "A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato, celebrado entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia", es una figura jurídica del "bonus" o "diligen pater familias" demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo harían todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestra el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habita hecho en esa misma situación.

Así de acuerdo al Artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 citado, la SPVS, **para imputar incumplimiento al cuidado exigible que debió observar la AFP con referencia a la tramitación de los procesos ejecutivos sociales, debe considerar ese concepto abstracto de diligencia y contrastarlo con la conducta y actuaciones de las AFP en los procesos judiciales**, observando para el efecto los hechos materiales, como por ejemplo, las fechas de presentación de los memoriales de la AFP para determinar la existencia de retrasos, la no interposición de recursos y otros aspectos que conduzcan a determinar que la AFP no tuvo un cuidado diligente y por ello le son imputables las respectivas responsabilidades" (Las negrillas son nuestras).

De lo anterior se extrae que el cuidado exigible por parte de la AFP como representante de los Asegurados, debe ser semejante a la de un buen padre de familia, dicha

aseveración debe ser tomada como obligatoria también dentro de los Procesos Coactivos Sociales, debido a que los mismos de igual manera persiguen efectivizar la recuperación de los aportes devengados del Empleador, por lo que la presentación de memoriales debe realizarse de manera cronológica y oportuna. De los argumentos expresados por la Administradora y las actuaciones remitidas a esta Autoridad, se evidencia que entre el período comprendido entre el 14 de noviembre de 2011 al 28 de marzo de 2012, no se presentó ninguna actuación procesal por parte de la AFP que esta Autoridad haya podido considerar como válida.

Por lo tanto, una vez valorados los argumentos vertidos por la AFP respecto al Cargo N° 2, se puede determinar que los mismos no desvirtúan dicho cargo, por lo cual el mismo se ratifica.

AL CARGO N° 3: (...)

En función a los argumentos planteados por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 24 de enero de 2013, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente:

La Administradora, respecto al Cargo N° 3, argumenta los siguientes extremos:

La AFP presenta copia del memorial de denuncia ante el Ministerio Público por el delito de Apropiación Indevida de Aportes de fecha 25 de noviembre de 2011, con sello de Auxiliatura del Ministerio Público de 29 de noviembre de 2011, por los períodos febrero/2011 y marzo/2011, valorando la fecha de recepción de la denuncia y los períodos adeudados se puede determinar que ambos se encuentran fuera del plazo establecido por el artículo 23 (Acción Penal por Apropiación Indevida de Aportes) del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, mismo que dispone lo siguiente:

“El Proceso Penal por Apropiación Indevida de Aportes, establecida en el artículo 118 de la Ley N° 065, deberá ser iniciado por la GPS en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyó en mora...”

En este sentido, se puede determinar el incumplimiento por parte de la Administradora en vista que el inicio de la Acción Penal fue de forma extemporánea, omitiendo el plazo otorgado por la normativa vigente antes mencionada.

La AFP argumenta haber procedido de acuerdo a lo dispuesto por el Ministerio Público, cabe aclarar que el Regulado y el representante del Ministerio Público deben cumplir con lo que dispone la norma tanto de pensiones como la norma penal sustantiva y adjetiva.

Asimismo, con respecto al presente Cargo la AFP adjunta la siguiente documentación:

1) Nota PREV-COB-482/12/2012 de 5 de diciembre de 2012, presentado en esta Autoridad en la misma fecha, en la que expresa que: “salvo instrucción expresa de

esa autoridad para que demos inicio a las acciones penales sobre la totalidad de la deuda en mora”, BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP, a fin de evitar responsabilidades propias y del Estado, iniciarían procesos penales por el delito de Apropiación Indevida de Aportes, únicamente sobre los casos de Deuda Real.”

2) Nota PREV-OP-1482/10/2011 DE 12 de octubre de 2011, dirigida a esta Autoridad, mediante la cual solicita a esta Autoridad la aclaración de temas normativos relacionados al proceso penal por el delito (sic) de Apropiación Indevida de Aportes, en cuanto a la Nota de Débito como prueba del delito, la regularización de la situación del empleador, el plan de pagos en procesos penales y los nuevos periodos de deuda y la acción penal.

Siendo que la nueva figura de Apropiación Indevida de Aportes ha sido incorporada como nuevo delito en el artículo 345 bis del Código Penal, tiene que seguir el proceso penal consagrado en el Código de Procedimiento Penal, en ese sentido la Administradora tiene la facultad de presentar como medio de prueba todos los elementos lícitos de convicción que puedan conducir al conocimiento de la verdad de los hechos, por lo que, la Administradora no puede alegar como única prueba la Nota de Débito válida para iniciar un Proceso Penal contra el Empleador.

Por lo que la Administradora al presentar su denuncia, debe adjuntar la Nota de Débito y considerando la naturaleza probatoria del procedimiento penal, puede proveer al Director de las Investigaciones de la variedad de elementos que conduzcan a éste a determinar indicios de responsabilidad del Empleador al actuar como agente de retención de los aportes adeudados.

Asimismo el artículo 118, establece como delito la Apropiación Indevida de Aportes.- “El Empleador que se apropiare de las Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones, en su calidad de agente de retención y no los depositare en la Entidad señalada por Ley, dentro de los plazos establecidos para el pago, incurrirá en privación de libertad, de cinco a diez años y multa de cien a quinientos días.

Quedará exento de responsabilidad penal que regularice su situación ante el Sistema Integral de Pensiones, en relación con las Contribuciones o Aportes Solidarios no pagados, más los intereses y recargos si correspondiese quedando extinguida la acción penal.”

La Administradora argumenta no haber presentado las denuncias penales contra el Empleador AEROSUR S.A. por el riesgo de que la Administradora no sea susceptible de ser imputado (sic) como autor del delito de acusación y denuncia falsa tipificado en el artículo 166 del Código Penal, dicha manifestación no tiene ninguna validez, debido a que la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, establece que al momento en que el Empleador regularice su situación y efectivice los pagos de los aportes devengados en cualquier estado del Proceso Penal iniciado por la AFP, el mismo estará exento de responsabilidad penal y se dará por extinguida la acción.

El artículo 106 de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, indica: "La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal."

El artículo 23 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 establece: "**El Proceso Penal por Apropiación Indevida de Aportes establecida en el Artículo 118 de la Ley N° 065, deberá ser iniciado por la GPS en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario**, desde que el Empleador se constituyó en mora. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar la acción penal." (Las negrillas son nuestras)

De acuerdo a la normativa señalada se observa que la misma claramente determina que el Proceso Penal por el delito de Apropiación Indevida de Aportes, debe ser instalado en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario a partir de que el Empleador se constituyó en mora y no efectuó el pago de los aportes a favor de los trabajadores.

Por lo que se observa que entre la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y el Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, existe concordancia en lo que se dispone en cumplimiento obligatorio. En cuanto al argumento de la AFP en el cual manifiesta: "La APS manifiesta que la normativa vigente no hace diferencia entre, deuda presunta y deuda presunta y deuda real." Cabe aclarar que la normativa ordena iniciar el proceso penal después de que transcurran (sic) el plazo establecido de ciento veinte (120) días calendario, en ese sentido si el Empleador aun (sic) no ha efectuado el pago de los períodos incurridos en mora hasta ese momento, se entiende que a partir de ahí se trataría de una mora efectiva de lo adeudado.

CONSIDERANDO: (...)

La Administradora manifiesta que la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria que regulan y sancionan el régimen de la Seguridad Social de Largo Plazo, por lo que en la actualidad quedarían abrogadas, debido a que la Ley N° 065 de Pensiones actualmente rige para temas del Sistema Integral de Pensiones. En ese sentido, no es aplicable dicha norma para que ésta Autoridad imponga una sanción a los Cargo N° 2 y 3.

Asimismo, el artículo 106 de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, establece: "**La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo** deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, **del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal.**"

Por último, el artículo 110 de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 dispone: "Procederá la ejecución Coactiva Social cuando se persiga el cobro de Aportes Nacionales Solidarios, Aportes, Primas y Comisión, el Interés por Mora, el Interés Incremental y Recargos, **adeudados a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.**

Se considera como Título Coactivo, la **Nota de Débito emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo** al Empleador o al Aportante Nacional Solidario, que contendrá las Contribuciones, Aportes, Aportes Nacionales Solidarios, el Interés por Mora, el Interés Incremental y Recargos adeudados, constituyéndose en obligaciones de pagar líquidas y exigibles." (Las negrillas son nuestras).

En virtud a los artículos señalados de la vigente Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, se ha dispuesto que la Administradora durante el presente período de transición, debe cumplir con las obligaciones determinadas para la Gestora Pública de la Seguridad Social, en ese sentido la misma debe cumplir con lo dispuesto en la Ley N° 065 de Pensiones, la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones. Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria.

Por lo que esta Autoridad aclara a BBVA Previsión AFP S.A., que el incumplimiento a su obligación con respecto a llevar una tramitación diligente en el Proceso Coactivo Social, se encuentra debidamente tipificada en la norma mencionada.

Por otro lado, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No.022/2010 de 21 de septiembre de 2010, respecto al principio de legalidad establece:

"Es importante recordar que el Derecho Administrativo es eminentemente principista, por tanto la administración en el ejercicio de sus potestades debe sustentarse en normas jurídicas. Por ello cuando los incisos c) y g) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo establecen el principio de legalidad lo hacen con el propósito de asegurar la certeza de la aplicación del Derecho, en lo que se denomina seguridad jurídica, que representa el conocimiento que debe tener el administrado de lo previsto, prohibido, mandado o permitido por el poder público.

Sobre este particular se pronunciado el Tribunal Constitucional, al decir que:

"(...) un Estado de Derecho se organiza y rige por principios fundamentales como los de seguridad jurídica, legalidad jerarquía normativa y otros. El principio de legalidad se caracteriza, por el sometimiento de los **Poderes del Estado al orden constitucional y las leyes, es una manifestación del principio general del imperio de la ley, en virtud del cual todos o sea, gobernantes y gobernados están sujetos a la ley y solamente en función a ella, sus actuaciones adquieren legitimidad; consiguientemente, el principio de legalidad se constituye en el pilar fundamental del Estado de Derecho y soporte del principio de seguridad jurídica,** porque sustituye el gobierno de los hombres por el gobierno de la ley, conforme ha

señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0353/2007 R).

(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En ese sentido, esta Autoridad al momento de calificar la conducta de la AFP como incumplimiento a la normativa de Pensiones, a (sic) seguido los lineamientos del principio de legalidad, debido a que el regulado tenía pleno conocimiento de cuáles son sus obligaciones y que es lo que la norma establece, conoce y manda hacer o no hacer, permite y prohíbe determinadas conductas, asimismo su incumplimiento debe ser sancionado, conforme se lo ha efectuado para el Cargo N° 2.

Por otro lado, BBVA Previsión AFP S.A. manifiesta que: "...ninguna normativa regula y regla sobre las sanciones, su clasificación, su aplicación, etc., que la Gestora Pública y las AFP transitoriamente pudiesen cometer. "...La Resolución impugnada para imponer las sanciones económicas de los Cargos N° 2 y 3 se ampara en el Decreto Supremo 24469, "Reglamento de la Ley N° 1732, de 17 de enero de 1997. Disposición legal que de conformidad al Artículo 177 de la Ley N° 065 se encuentra vigente para temas exclusivos del Seguro Social Obligatorio y que por mandato expreso del numeral I del Artículo 196 de la Ley N° 065 no está vigente para su Sistema Integral de Pensiones.

El poder sancionador de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS se encuentra reconocido en el artículo 71 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, cuando señala que: "las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, están inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad".

Asimismo, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 019/2010 de 29 de junio de 2010, establece:

"2. CRITERIO DE CONCURRENCIA DE INFRACCIONES, PRINCIPIOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA SANCIONADORA.-

"Como dice Alejandro Nieto García. ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed, Tecnos, Madrid 2005, pág. 347 "La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase"

Estas fases citadas por la lege ferenda y aplicadas al derecho positivo de Valores son la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación de la sanción interesando al caso de análisis los tres (3) últimos Elementos que a continuación se

analizarán a efectos de revisión de la sanción impuesta por el órgano regulatorio sectorial, quien cuenta con la facultad sancionatoria.

En cuanto a la concreción de la cuantía dentro del margen preestablecido por la norma (\$us. 500. a Sus. 10.000), el Reglamento no establece un procedimiento para la determinación del monto que la Autoridad Regulatoria debe imponer dentro de dicho rango, dejando en todo caso cierta libertad, que no debe confundirse con amplia discrecionalidad ni arbitrariedad, sino en función a las circunstancias de la infracción y por los principios sancionadores que ingresan en su función integradora del sistema normativo, posición coincidente con lo mencionado por Leodegario Fernández Marcos ("El Procedimiento Administrativo Sancionador", Valencia 1991, pág, 1369. Los criterios legales de graduación son circunstancias que rodean la infracción y condicionan el ejercicio de sus grados. Lo importante es subrayar, en todo caso, que los criterios de graduación que se establecen limitan la discrecionalidad administrativa al aplicar el grado de la correspondiente sanción").

Por lo que, el principio de proporcionalidad, cuya acepción se encuentra dentro de los principios generales del derecho, adquiere una real trascendencia en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, al constituirse en una eficaz herramienta que resguarda los derechos del procesado, frente a la discrecionalidad de la Administración a tiempo de imponer sanciones.

En ese sentido, la sanción que se aplique por esta Autoridad, tiene una íntima relación con la infracción cometida, y debe estar sujeta a criterios objetivos, no así subjetivos o arbitrarios.

El criterio para efectuar una sanción por medio de una multa económica no emerge de una tabla valorativa de infracciones, ya que ello implicaría una utopía para todo legislador, sino de la aplicación de parámetros y, especialmente, de la correcta aplicación de criterios concurrentes para poder determinar así la graduación de la sanción.

La graduación de la sanción hace al principio de proporcionalidad pero, para ello, se debe entender que la conjunción de parámetros, necesariamente, deben concebirse en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, respecto de la infracción o contravención cometida, y como se tiene anotado en los amplios precedentes jerárquicos en el Sistema de Regulación Financiera, deben centrarse en los siguientes elementos:

- Gravedad (existencia de intencionalidad).
- Trascendencia del hecho.
- Antecedentes del infractor.
- El daño o perjuicio ocasionado.

Para el Cargo N° 2, se aclara a la Administradora que los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, regulan las acciones

que la AFP debe cumplir al inicio y tramitación de los Proceso Judicial (sic) para la recuperación de los aportes devengados por el Empleador.

Por tanto, esta Autoridad ha podido observar que en el Cargo N° 2 sancionado, la AFP no actuó con el debido cuidado y la diligencia necesaria, al no mantener una continuidad en el movimiento procesal del Proceso Judicial, y al no dar cumplimiento a lo establecido en la Ley N° 065, con respecto al inicio del proceso penal, con el fin de hacer efectiva la recuperación de los aportes adeudados.

Respecto al Cargo N° 3 la Administradora alega no haber iniciado el Proceso Penal contra el Empleador AEROSUR S.A. por el delito de Apropiación Indevida de Aportes, tal omisión ha vulnerado el artículo 118 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones y el artículo (sic) 23 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, norma que establece que la AFP debe iniciar la acción penal después de que haya transcurrido el plazo de ciento veinte (120) días calendario y el Empleador durante dicho plazo no haya efectuado el pago de los aportes a sus trabajadores.

Por lo que se concluye que para el análisis y aplicación de sanciones por infracción la normativa de pensiones, al regular la tramitación diligente y el cuidado que debe tener la AFP en la tramitación del Proceso Judicial y el inicio de las acciones penales son obligatorias y de cuidado exigible, en cuento (sic) al inicio y la tramitación de los procesos a cargo del regulado, por lo que no es posible que cada incumplimiento a lo estipulado por la norma se deba interpretar bajo criterios aislados. Por tanto esta Autoridad aplicó los lineamientos del Régimen de acciones establecido en el Capítulo V del Decreto Supremo N° 24469, el cual se halla vigente por el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones.

De lo anterior se extrae que esta Autoridad ha sancionado los Cargos N° 2 y 3 por infracción a (sic) normativa administrativa, debidamente plasmada en la normativa vigente antes del hecho advertido. Por lo tanto, la sanción de la conducta tipificada responde a los principios de legalidad, proporcionalidad y congruencia.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 935-2012 de 04 de diciembre de 2012, en consecuencia, se confirma la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003..."

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 2 de mayo de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpuso Recurso Jerárquico contra

la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 305-2013 de 9 de abril de 2013, señalando lo siguiente:

“...III FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS CON REFERENCIA A LA SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL CARGO N° 1. (...)

1. El párrafo segundo del Artículo 11 (PAGO DE COTIZACIONES EN MORA POR PARTE DEL EMPLEADOR) del Decreto Supremo 25722 de 31 de marzo de 2000, faculta a la AFP a suscribir Convenios de Pago bajo los siguientes presupuestos procesales: “Si el pago fuera parcial, la AFP podrá convenir extrajudicialmente un programa de pagos diferidos incluyendo gastos emergentes de la demanda, en cuyo caso suspenderá la prosecución del proceso o la ejecución judicial de la mora, quedando facultada para reiniciar el proceso o ejecutar la sentencia en caso de incumplimiento del empleador al programa de pagos. Lo convenido extrajudicialmente no podrá ser considerado ni planteado como excepción de conciliación de acuerdo a lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones.”
2. Por mandato expreso del Decreto Supremo 25722 el “Convenio de Pago” tiene carácter extrajudicial en consecuencia, la AFP no tiene obligación legal ni contractual de poner a conocimiento de la autoridad jurisdiccional la suscripción del mismo.
3. Durante la vigencia del “Convenio de Pago de Contribuciones en Mora”, por mandato del Decreto Supremo 25722 queda suspendida toda actuación procesal dentro del Proceso Ejecutivo Social demandado.
4. Por mandato expreso del Artículo 23 de la Ley N° 1732, Ley de Pensiones, de 29 de noviembre de 1996, los Procesos Ejecutivos Sociales se sustancian de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.
5. El cómputo de los cuatrocientos setenta y dos (472) días que realiza la APS no toma en cuenta el presupuesto jurídico de suspensión de todo acto procesal establecido en el Decreto Supremo 25722, la APS no toma en cuenta los periodos en la cual la empresa AEROSUR S.A., estuvo (sic) en Plan de Pago.
6. La APS no valoró las gestiones realizadas mediante cartas presentadas a PRESIDENCIA sobre MORA PROCESAL existente en los Juzgados laborales, situación que es de conocimiento público; las acefalías (sic) generaron sobrecarga procesal aspecto que tampoco la APS valora; una vez incumplido el plan de pagos se continuó con el proceso judicial solicitando medidas precautorias y procediendo al encargo de los oficios, debido a la sobre carga procesal estos no fueron entregados, ya que el expediente se encontraba en despacho de la Juez para la elaboración de los mismos.
7. La APS admite que las Cartas de Mora Procesal son gestiones realizadas por la AFP,

pero no acepta la misma; por qué no se refiere al caso específico (sic), esta Administradora hace conocer que cuenta con más de 5000 Procesos Ejecutivos y/o Coactivos, al respecto tendríamos que tener esa misma cantidad de cartas para que la APS acepte estas gestiones, la AFP prácticamente se encuentra atada de manos pese al esfuerzo realizado y que nuestros funcionarios hacen tareas que le competen a los funcionarios públicos, aún así (sic) no cubrimos a cabalidad lo requerido por la APS, tal cual se tiene demostrado por la denuncia realizada a la Juez del Juzgado Cuarto de Partido de Trabajo y Seguridad Social, misma que se adjunta como prueba, asimismo aclaramos que en la Circular AP/DJ/DPC/CO 24/2010 del 14 de Septiembre de 2010 no señala que las gestiones deben realizarse dentro del proceso y en forma específica, es más no existe ninguna normativa en la cual especifique lo mencionado por la APS.

8. Por lo expuesto, se ha demostrado plenamente que el Convenio de Pago de Contribuciones en Mora suspende todo acto procesal en la cobranza judicial conforme manda y ordena el Decreto Supremo 25722 y que la AFP no actuó arbitrariamente al suspender los actos procesales en el caso de AEROSUR S.A., de igual forma se demuestra que la APS no valoró las pruebas presentadas por esta Administradora referentes a las Cartas de Mora Procesal pidiendo la colaboración del Presidente del Tribunal Departamental, para la designación de funcionarios, documentación que demuestra la crisis en la que se encuentra actualmente el Órgano Judicial, misma que es de conocimiento público y que pretende desconocer la APS; al indicar que los jueces atienden la solicitudes en plazo como asevera en la Resolución; esta situación pone a conocimiento que el trabajo que realizamos en forma diaria en Juzgado, no es valorado por el ente regulador.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS CON REFERENCIA AL CARGO N° 2. (...)

Con referencia a lo expresado por la APS se colige que la misma pretende descontextualizar la impugnación realizada contra la Sanción establecida para el cargo N° 2 y no valoró correctamente toda la prueba documental presentada en el Recurso de Revocatoria. Al respecto, a tiempo de reiterar y ratificar los fundamentos de hecho y derecho expresado en el Recurso citado, tenemos bien aclarar puntualmente:

1. En el Cite PRE-OP-01/11/2011 informamos y aclaramos que en el Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social existe una gran cantidad de carga procesal acumulada, por la acefalia del Juzgado Tercero y la sobrecarga procesal del Juzgado Cuarto, a consecuencia de la acefalia (sic).
En la carta no se menciona de forma específica sobre la emisión de la Sentencia con fecha atrasada, empero se informa que el Juzgado Cuarto cuenta con una gran cantidad de procesos Coactivos Sociales que están en turno para Sentencia y que a esa fecha no se emitieron.
2. Con la Nota de referencia se hizo conocer a la APS sobre los procesos aceptados y rechazados (PES, PCS y PP). En el último párrafo se informó que las Autoridades Jurisdiccionales ponen el expediente a la vista en fechas por demás demoradas a la fecha que figura en la emisión de la sentencia, motivo por el que se solicitó a la APS

considere esta problemática e interceda ante las autoridades competentes. Precisamente este último párrafo la entidad reguladora no tomo (sic) en cuenta, peor aun (sic) no valoró su contenido al momento de dictar la Resolución Administrativa que confirma la Sanción.

3. Ante el desconocimiento de la problemática judicial de la APS, se adjuntó el decreto al que se hace referencia como prueba sobre la sobrecarga procesal del Órgano Judicial y la consiguiente retardación de justicia. La APS confirma el cargo sin tomar en cuenta (sic) ninguna de las pruebas presentadas y sin valorar la realidad en que desarrolla sus funciones el Órgano Judicial.
4. Con referencia a la fecha de emisión del decreto, se aclara que esta aseveración no responde a la realidad, toda vez que mediante PREV-COB-96/03/2013 se envió copia de la caratula, Comprobante de Pago, Demanda, Nota de Débito, Auto Intimatorio y Memorial de solicitud de Sentencia. A través de todos estos actuados procesales se evidencia que el Distrito Judicial en el que se gestiona el proceso es en Santa Cruz. Por último, se adjunto (sic) certificación del Consejo de la Magistratura en la cual se certifica que el Juzgado Tercero no tenía Juez y que la Jueza Cinthya Salguero se encontraba en Suplencia Legal, desde Enero 2011 hasta noviembre 2011, pruebas que no fueron valoradas por la APS al momento de confirmar la Resolución Sancionatoria.
5. Como prueba de que la Juez Cuarto del Juzgado Laboral emite decreto y/o resolución con fecha atrasada, mediante Nota PREV-COB-96/03/2013, adjuntamos memorial presentado al Juzgado Cuarto solicitando reitera (sic) solicitud de sentencia, en el mismo hacemos conocer a la Jueza que desde la presentación de la demanda 28/10/2011 hasta la fecha aun (sic) no se había dictado sentencia, memorial que tampoco fue valorado por la **APS**.
6. La APS contraviene el principio de verdad material porque no valoró correctamente la prueba documental presentada, afirma que la AFP presentó nota ante el Presidente del Tribunal Departamental de Justicia recién el **13 de octubre de 2012**, empero, la prueba documental presentada tiene como fecha de recepción el **13 de Octubre de 2011**, demostrando que las gestiones realizadas fueron oportunas y antes de que la APS inicie el Proceso Administrativo Sancionatorio, cabe aclarar que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC No. 935/2012 indica lo siguiente "Por otro lado se tiene que, la Administradora presento (sic) Nota ante el Presidente del Tribunal Departamental de Justicia de fecha 13 de octubre de 2012 informando la mora procesal en la que incurren los Juzgados de Partido Social, la cual no contempla la queja específica sobre la emisión de la sentencia No. 263 de 14 de noviembre de 2011, con fecha "atrasada". Asimismo, es importante dejar en claro que el presente proceso administrativo sancionatorio ha **sido iniciado el 01 de agosto de 2012, es decir antes de la gestión realizada por la AFP ante el Tribunal Departamental de Justicia**. En este sentido, la Administradora no presento (sic) argumento válido que permita demostrar algún tipo de diligencia realizada ante el periodo de inactividad procesal identificado por ante esta autoridad desde el **14 de noviembre de 2011 al 28 de marzo de 2012**" mediante el Recurso de Revocatoria

contra la R.A., (sic) APS/DJ/DPC No. 935-2012 e 04/12/2012, esta Administradora aclara que la fecha de la Carta es el **13/10/2011**, sin embargo en respuesta a esto mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC No. 305/2013, el ente regulador indica que dicha gestión no fue presentada dentro del Proceso Judicial, por lo que no es válida para desvirtuar la falta de movimiento procesal incurrida por la Administrada" estos antecedentes demuestra (sic) la aptitud de la APS por demás contradictoria en lo referido en líneas arriba. Asimismo aclaramos que el Juzgado Cuarto cuenta con 886 casos y el Juzgado Tercero cuenta con 622 proceso activos.

7. Como prueba de que los Jueces decretan o resuelven con fecha atrasada adjuntamos memorial emitido por el Juez Primero de de Partido de Trabajo y Seguridad Social de la Capital, en la que decreta a nuestra solicitud de REITERA SENTENCIA, lo siguiente **Cochabamba diciembre 26 de 2012. A mérito de los antecedentes del proceso, estese a la Sentencia de 02 de mayo de 2012, notificada el 14 de enero de 2013 a horas 17:10 (fs. 136)**" la pregunta es como el Juez en fecha 26-12-2012 sabia (sic) que en fecha posterior ósea el 14/01/2013 se había notificado a nuestra institución, con sentencia?, entendemos nosotros que debido al colapso de los Juzgados Laborales los Jueces están obligados a emitir resoluciones fuera de plazo, situación que la APS no valora.
8. Adjuntamos como prueba informe presentado por la Juez Primero de Trabajo S.S. Administrativo Coactivo Fiscal de Sucre, dirigida al PRESIDENTE y VOCALES DEL TRIBUNAL DEPARTAMENTAL DE SUCRE en la misma hace conocer la precariedad con que desarrollan sus actividades y que los memoriales de reiteración hacen engorroso el tramite sin que se tenga la efectividad de la ejecución y que los juzgados laborales se encuentran a punto de colapsar por la excesiva carga procesal por lo cual solicitan la creación de nuevos juzgados.
9. Queremos dejar en claro que por parte de la APS no tenemos ningún apoyo, gestión alguna ante el Órgano Judicial para la creación de nuevos juzgados, pese a las reiteradas veces que solicitamos su colaboración y teniendo conocimiento sobre la crisis en la que se encuentra el mencionado órgano; esto con la única finalidad de coadyuvar conjuntamente con esta administradora ante los reclamos insistente sobre la mora procesal, con la finalidad de obtener un resultado positivo favoreciendo sobre todo a los intereses de los afiliados, mas (sic) al contrario lo único que hace es culpar a esta Administradora por el incumplimiento en los plazos procesales, no toma en cuenta la crisis en la que se encuentra los juzgados, problemas que no es atribuible a la AFP.
10. Por la abundante prueba que se tiene adjuntada se demuestra que esta Administradora vive pidiendo la creación de nuevos juzgados sin ninguna respuesta de nuestras autoridades, solicitudes realizadas para dar cumplimiento al buen padre de familia, para la recuperación de los aportes de los trabajadores gestiones que viene realizando en forma diaria en juzgad (sic); asimismo existe personal permanente de parte de esta Administradora para que (sic) coadyuvar con el trabajo en juzgado debido a la gran cantidad de demandas que cuenta el distrito judicial de Santa Cruz, vanos son nuestros esfuerzos por que a pesar de todas las gestiones realizadas estas no son consideradas por el ente regulador.

MANIFESTACIÓN DE AGRAVIOS DEL CARGO N° 3: (...)

1. Es de conocimiento de la APS, que en la reunión sostenida con la participación de funcionarios del Ministerio Público, BBVA Previsión AFP S.A y la APS, representada por el Dr. Antonio Ortiz y el Dr. Rivera, llevada a cabo el 10 de enero de 2012, quedó definido que para preservar el principio de "Ultima Ratio" del Derecho Penal y contar con elementos que permitan al Fiscal de Materia poder presumir el dolo en el Ilícito de Apropiación Indevida de Aportes, las denuncias penales deben cumplir los siguientes requisitos previos: (i) Efectivizar la Gestión de Cobro Administrativo (sic), cuyas cartas con constancia de recepción deben adjuntarse a la demanda, (ii) Inicio del Proceso Coactivo de la Seguridad Social, acompañándose copia de la citación al empleador con la Sentencia.
2. La denuncia Penal contra AEROSUR por el delito de Apropiación Indevida de Aportes se presentó cuando se logró recabar elementos de presunción del delito requeridas por el Ministerio Público, que permitieran al Fiscal de Materia sostener una acusación formal contra el denunciado.
3. Como reconocimiento de la exigencia del Ministerio Público para la recepción de Denuncias Penales, la APS en el artículo 7 párrafo II de la R.A. N° 26/2013, confirmada por la R. A. N° 206/2013, (NORMA GENERAL PARA LA GESTIÓN JUDICIAL EN EL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES) expresa: "Al momento de interponer la acción penal por el delito de Apropiación Indevida de Aportes, la GPS deberá presentar adjunto a la denuncia, la Nota de Débito y Liquidación correspondiente, así como toda prueba documental de la gestión administrativa de cobro de aportes y toda aquella documentación y elementos probatorios que considere pertinente que puedan conducir a la comprobación del delito y su tipificación".
4. Asimismo, esa misma Autoridad aclara en la Resolución Administrativa N° 305 - 2013, en sus consideraciones sobre el cargo 3 (Textual) "La Administradora no puede alegar como única prueba la Nota de Débito válida para iniciar un Proceso Penal contra el Empleador".
5. El Artículo 106 de la Ley N° 065 de Pensiones establece la obligación de realizar el cobro de las Contribuciones en Mora y que el cobro judicial es a través del Proceso Coactivo y del Proceso Penal, o ambos a la vez, toda vez que la expresión "y/o" significa que pueden iniciarse ambos procesos, el coactivo y el penal, o indistintamente uno u otro proceso.
6. Las AFP están asumiendo, por disposición del artículo 177 de la Ley N° 065 de Pensiones, las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas por la mencionada ley a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo; es decir actuando como entidad pública del Estado Plurinacional de Bolivia. Asimismo, luego del periodo de transición y una vez se establezca la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, será dicha entidad del Estado la que deberá continuar con los procesos penales en curso.
7. El ordenamiento jurídico boliviano es claro en el entendido de que la imputación

falsa y la denuncia temeraria constituyen un delito que conlleva la responsabilidad del denunciante (Artículos 95, 166 y 283 del Código Penal y artículos 285 y 287 del Código de Procedimiento Penal).

8. Por disposición constitucional (Artículo 113) La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna y en caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño.
9. El artículo 112 de la CPE establece que los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad.
10. Ante el peligro de asumir responsabilidad por la imputación falsa de un delito previsional, es obligación de BBVA Previsión AFP S.A, como delegada de las obligaciones, atribuciones y facultades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo mientras dure el periodo de transición, conocer a ciencia cierta que se trata de una deuda real, ya que es la mora, "el pago del salario y el no depósito de la retención a la entidad correspondiente", la que configura el acto delictivo y ello debe estar plenamente probado al momento de imputarse un delito; caso contrario derivaría en responsabilidad para el causante de la acción.

Por todo lo expuesto, es importante que la Autoridad Jerárquica valore los hechos en su justa dimensión, considerando todas las circunstancias que se relacionan con la presentación y prueba del delito de Apropiación Indevida de Aportes y no únicamente como lo hace la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) que sólo toma en cuenta el plazo límite de 120 días para el inicio de la acción penal y con base en el mismo califica de buena o mala la conducta de la AFP, cuando para la presentación de la denuncia deben completarse actos administrativos y/o procedimentales que se extienden sobre el plazo mencionado; actos requeridos por el procedimiento penal y exigidos por los Fiscales de Materia de los diferentes Distritos Judicial del país y los que BBVA Previsión AFP S.A cumplió a cabalidad, no habiéndose generado perjuicio ni para los asalariados ni para el Sistema Integral de Pensiones del Estado Plurinacional de Bolivia.

MANIFESTACIÓN DE AGRAVIOS SOBRE LA ILEGALIDAD DE LAS SANCIONES ECONÓMICAS POR LOS CARGOS N° 2 Y 3. (...)

Ante lo manifestado por la APS corresponde aclarar lo siguiente:

1. El principio de legalidad constituye uno de los fundamentos más importantes de un Estado de Derecho, que supone que la Administración Pública (APS) se encuentra sometida plenamente a la Ley y al Derecho.
2. El principio también implica que todo acto administrativo sancionatorio debe adecuarse al marco normativo vigente, es decir, que toda sanción requiere de una

ley previa que justifique y autorice la sanción de manera específica, para que esta pueda considerarse lícita. Asimismo, permite que sus actos deben realizarse bajo una óptica garantista, donde el procedimiento administrativo sancionador se constituya en una verdadera garantía a favor de la persona, evitando actuaciones arbitrarias y de imposición de sanciones no establecidas en la normativa vigente.

3. El principio de legalidad está contenido en el Capítulo de Garantías Constitucionales de la Constitución Política del Estado y el Artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2431, buscando garantizar la legalidad de los actos administrativos sancionadores y los derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona.
4. La función de la APS por mandato expreso de la Ley N° 065 se realiza bajo y dentro del ordenamiento jurídico vigente. Lo que significa que no puede tomar una decisión sancionatoria que no esté contenida en una disposición general dictada previamente. Es decir que toda sanción debe estar conforme con el derecho.
5. La APS sustenta el rechazo de la ilegalidad fundamentada por esta Administradora, citando únicamente el Artículo 177 de la Ley N° 065 y no explica cual el fundamento jurídico por el que aplica el Decreto Supremo 24469 (Reglamento de la Ley 1732) para funciones encomendadas a la Gestora y transitoriamente a la AFP, bajo los preceptos legales de la Ley N° 065. Ley que precisamente abroga la Ley N° 1732 y demás disposiciones jurídicas que reglaban el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo.
6. La Ley 1732 y demás normativa complementaria está vigente únicamente para efectos del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y el Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre el Estado Boliviano representado por la Superintendencia de Pensiones y la AFP y no para las obligaciones transitorias que realiza la AFP por mandato de la Ley N° 065.
7. La confirmación de las sanciones por los Cargos N° 2 y 3, se constituyen en actos ilegales que contraviene la Constitución Política del Estado, la Ley de Pensiones y demás disposiciones legales en vigencia, porque no existe norma que imponga sanciones por infracciones y/o contravenciones a la normativa del SIP.
8. La Constitución Política del Estado en su Artículo 116 reconoce el "principio de legalidad" como una garantía jurisdiccional, la que se expresa en la máxima "**nullum crimen, nulla poena sine lege**", lo que implica que es necesaria la existencia de una disposición legal que establezca las sanciones y faltas previamente al hecho punible.

PETITORIO

Por los fundamentos expresados, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución bajo los preceptos de la sana crítica la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 305/2013 que confirma la

Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 935/2012 de 04 de diciembre de 2012, porque la (sic) sanciones impuestas carecen de todo sustento legal y contraviene el principio de legalidad, establecido en el Artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 que establece: "Las sanciones administrativas solamente podrán ser interpuestas cuando éstas hayan sido previstas en norma expresa, conforme a procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables", precepto legal que en el presente caso no se cumple porque la Ley N° 065 y sus disposiciones jurídicas reglamentarias, no reglan ni regulan las sanciones que deban aplicarse por contravenciones al Sistema Integral de Pensiones..."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/DPC/3252/2012 de 3 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, solicitó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, un informe sobre el estado actual de los procesos judiciales iniciados contra el Empleador AEROSUR S.A. (además de fotocopias de los expedientes correspondientes), que fue atendido mediante nota PREV-COB-162/05/2011 de 17 de mayo de 2012.

Por su efecto, mediante nota APS/DJ/DPC/5752/2012 de 1° de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** con los siguientes cargos:

- **Cargo N° 1.-** Por infracción a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y al artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar la paralización injustificada del Proceso Ejecutivo Social seguido contra AEROSUR S.A., por el periodo comprendido entre el 06 de diciembre de 2010 al 22 de marzo de 2012.
- **Cargo N° 2.-** Por infracción a los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, al evidenciarse la paralización injustificada del Proceso Coactivo Social, instaurado contra AEROSUR S.A., por el periodo comprendido entre el 14 de noviembre de 2011 al 28 de marzo de 2012.
- **Cargo N° 3.-** Por incumplimiento al artículo 118 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de

2010 de Pensiones y el artículo 23 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, al advertir que la Administradora de Fondos de Pensiones habría omitido el inicio del proceso penal por el delito previsional de Apropiación Indevida de Aportes.

Sustanciados tales cargos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 935-2012 de 4 de diciembre de 2012, impone a BBVA Previsión AFP S.A., una sanción de \$us. 3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por el **Cargo N° 1**, \$us. 3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por el **Cargo N° 2** y \$us. 3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por el **Cargo N° 3**.

En fecha 24 de enero de 2013, BBVA Previsión AFP S.A. presenta Recurso de Revocatoria, el cual ha merecido la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 305-2013 de 9 de abril de 2013, que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 935-2012 de 4 de diciembre de 2012; y en fecha 2 de mayo de 2013, recurre a la instancia jerárquica, mismo que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. PARALIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL -PES- INTERPUESTO CONTRA AEROSUR S.A. (CARGO N° 1).-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros sancionó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 23° y 31°, inciso d), de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, y al artículo 142° del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciar una paralización de cuatrocientos setenta y dos (472) días, dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido contra el Empleador AEROSUR S.A., durante el período comprendido entre el **6 de diciembre de 2010 al 22 de marzo de 2012**.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) en su Recurso Jerárquico, señala que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no valoró las gestiones realizadas dentro del Proceso Ejecutivo Social seguido contra el Empleador AEROSUR S.A., señalando que suscribió un Convenio de Pagos, el cual tiene carácter extrajudicial, no teniendo la Administradora de Fondos de Pensiones obligación legal o contractual, de poner en conocimiento de la autoridad jurisdiccional la existencia de tal Convenio; simplemente, una vez incumplido el plan de pagos, se continuó con el proceso judicial, solicitando las medidas precautorias mediante la obtención de los oficios que son inherentes a ello.

Asimismo, señala que no se tomaron en cuenta las cartas presentadas a la Presidencia del Tribunal Departamental de Justicia, sobre la mora procesal existente en los juzgados laborales, tomando en cuenta que la norma no señala específicamente las gestiones a realizarse dentro del proceso para ese caso, de frecuente ocurrencia en el medio.

Previo al análisis respectivo, corresponde traer a colación lo establecido en el artículo 11° del Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, con relación al Convenio de Pago, y que señala:

“...Si el pago fuera parcial, la AFP podrá convenir extrajudicialmente un programa de pagos diferidos incluyendo gastos emergentes de la demanda, en cuyo caso suspenderá la prosecución del proceso o la ejecución judicial de la mora, quedando facultada para reiniciar el proceso o ejecutar la sentencia en caso de incumplimiento del empleador al programa de pagos. Lo convenido extrajudicialmente no podrá ser considerado ni planteado como excepción de conciliación de acuerdo a lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones....”

Al respecto, de la valoración de la documentación adjunta al expediente administrativo, se tienen las siguientes actuaciones dentro del periodo imputado y sancionado:

- En fecha **6 de diciembre de 2010**, el Juez decreta la ampliación de la Nota de Débito N° 6210-642.
- **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** suscribió un Convenio de Pagos con el Empleador AEROSUR S.A., en fecha **21 de julio de 2011**, por Bs. 9.256.144.06, correspondiente a la mora en los meses de: diciembre/2000, enero/2001 a diciembre/2001, enero/2002 a diciembre/2002, enero/2003 a diciembre/2003, enero/2004 a julio/2004, junio/2007, julio/2009 a diciembre/2009 y enero/2010 a diciembre/2010, estableciendo que el segundo pago vencía el 30 de agosto de 2011 y el tercer pago en fecha 29 de septiembre de 2011.
- Mediante nota PREV-COB-JUD 001/2011 con fecha de recepción **6 de septiembre de 2011**, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** comunicó la falta del segundo pago al Empleador, misma que fue atendida por el Empleador AEROSUR S.A. mediante nota de fecha **21 de septiembre de 2011**, señalando que: *“...la 2° (sic) cuota del plan de pagos que Aerosur mantiene con AFP Previsión (sic) fue cancelada el 09/09/2011, no habiendo podido cubrir aun (sic) los aportes del periodo de Julio 2011, para lo cual solicitamos una prórroga (sic) hasta el 23/09/2011 para la cancelación de este periodo...”*
- Mediante nota PREV-CBO-JUD-001/2011 de **5 de octubre de 2011**, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** nuevamente remite nota a AEROSUR, señalando que se evidenció el incumplimiento de la tercera cuota, que vencía el **29 de septiembre de 2011**.
- Mediante nota de **13 de octubre de 2011**, la Administradora de Fondos de Pensiones, comunicó al Presidente del Tribunal Departamental de Justicia del Distrito de Santa Cruz, que tramita varios procesos por ante los Juzgados del Trabajo y la Seguridad Social de la ciudad de Santa Cruz, con *“sobrecarga procesal en esos juzgados y el consiguiente retardo en el trámite de esos procesos”*, y que el Juzgado Tercero, al encontrarse acéfalo, ocasiona perjuicios para la recuperación de aportes, solicitando interponer sus buenos oficios para una solución pronta.
- Mediante memorial presentado en fecha **22 de marzo de 2012**, la Administradora reitera se proceda a la retención de fondos y demás medidas precautorias solicitadas

Al respecto, si bien es evidente que durante la vigencia del Convenio de Pagos, se suspende la prosecución del Proceso Ejecutivo Social, es importante señalar que esta suspensión se da siempre y cuando el Empleador cumpla con el plazo establecido en dicho Convenio y con el pago oportuno de las cuotas, por lo tanto, una vez que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** evidenció que el Empleador AEROSUR S.A. incumplió con el pago total de la segunda cuota y el tercer pago, en el plazo establecido, debió iniciar o continuar con el Proceso Ejecutivo Social, sin embargo, de la documentación que se cuenta en el expediente de autos, no se evidencia que haya existido gestión alguna para su prosecución judicial.

Asimismo, se tiene que desde el Decreto emitido el 6 de diciembre de 2010, hasta la Suscripción del Convenio de Pago (21 de julio de 2011) existió una demora de doscientos veintisiete (227) días calendario sin movimiento procesal.

No obstante, con relación a la nota de **13 de octubre de 2011**, mediante la cual, la ahora recurrente comunicó al Tribunal Departamental de Justicia del Distrito Judicial de Santa Cruz, que tramita varios procesos por ante los Juzgados del Trabajo y la Seguridad Social de la ciudad de Santa Cruz, con "*sobrecarga procesal en esos juzgados y el consiguiente retardo en el trámite de esos procesos*", y que el Juzgado Tercero, al encontrarse acéfalo, ocasiona perjuicios para la recuperación de aportes, solicitando interponer sus buenos oficios para una solución pronta, son pertinentes las aclaraciones siguientes:

- La nota de **13 de octubre de 2011** se encuentra, evidentemente, dentro del periodo imputado y sancionado.
- No obstante, la misma no hace a un procedimiento (fase procesal) legal regular, como tampoco es específica al proceso judicial seguido contra el Empleador AEROSUR S.A.
- Aun así, e *in dubio pro administrado*, la nota sirve para establecer que, ante la sobrecarga procesal y la acefalia -precisamente- del titular del Juzgado Tercero, como causantes del incumplimiento en plazo de las actuaciones judiciales (aquí llamado retardo judicial), lo mismo es necesariamente extensible al proceso seguido contra el Empleador AEROSUR S.A.
- Entonces, sea que tal actuación corresponda al procedimiento legal regular, o no, importa una gestión realizada por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, válida para desvirtuar parcialmente el cargo, toda vez que ante el presumible retraso procesal atribuible al órgano Judicial (y aquí se reitera el *in dubio pro administrado*), no existe mayor alternativa que la queja, el reclamo, siendo ello lo exigible por parte del Ente Regulador, dadas la circunstancia, por tanto, no pudiéndosele atribuir hasta aquí, una actuación negligente a la Administradora de Fondos de Pensiones.
- El carácter parcial al que se ha hecho énfasis, tiene que ver con que, desde la nota de fecha 13 de octubre de 2011 hasta el 22 de marzo de 2012 (última actuación procesal dentro del periodo observado), existe una inactividad de ciento sesenta y un

(161) días calendario, lo que igualmente resulta en un periodo excesivo dentro el cual, no se han producido nuevas actuaciones, sean procesales o extraprocesales, determinando la firmeza y subsistencia de la conducta sancionada.

Por lo que, independientemente de la suscripción del Convenio de Pagos, las notas de falta de pago remitidas al Empleador deudor y la nota al Tribunal Departamental de Justicia, sobre la demora en los procesos por causas atribuibles al órgano Judicial, es evidente que existió una demora considerable en la tramitación del Proceso Ejecutivo Social seguido contra AEROSUR S.A., misma que es atribuible a la Administradora de Fondos de Pensiones, no existiendo mayor justificativo para el periodo observado, considerando que no se logró la recuperación del total adeudado al Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Dicha demora ocasionó tal como lo señaló la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 935-2012 de 4 de diciembre de 2012 que: *"...los aportes faltantes en el Estado de Ahorro Previsional Histórico del Asegurado con Recargo (refiriéndose al Asegurador Pedro Leigue Aponte), a la fecha no se encuentran acreditados en la Cuenta Personal Previsional..."*, y por lo tanto, que el Asegurado no pueda acceder a la Pensión de Invalidez por mora del Empleador.

Finalmente, con relación al escrito de fecha 22 de junio de 2012, dirigido al Presidente del Tribunal Departamental de Justicia del Distrito Judicial de Santa Cruz, comunicando nuevamente la demora procesal en Juzgados de Partido de Trabajo y Seguridad Social, misma que fue atendida con la providencia de 27 de junio de 2012, que determina el no ha lugar a lo solicitado, dicho actuado no es tenido en cuenta como descargo válido, por resultar posterior al periodo procesal imputado.

Por lo que se concluye que, durante el periodo comprendido entre el 13 de octubre de 2011 (cuando se presentó la nota de reclamo por el retardo de justicia), hasta el 22 de marzo de 2012 (última actuación procesal dentro del periodo observado), existe una inactividad de ciento sesenta y un (161) días calendario, que importa una paralización indebida del Proceso Ejecutivo Social, por lo que en definitiva, el alegato en contrario presentado ahora por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, si bien sirve para determinar con precisión el periodo señalado, en definitiva no alcanza a desvirtuar el cargo Nº 1.

2.2. ALEGATOS CONTRA LOS CARGOS Nº 2 Y Nº 3.-

2.2.1. Legalidad de las sanciones económicas.-

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), en su Recurso Jerárquico, invoca el principio de legalidad, para con ello alegar, en el caso de las sanciones por los Cargos Nº 2 y Nº 3, que:

"...La confirmación de las sanciones por los Cargos Nº 2 y 3, se constituyen en actos ilegales que contraviene la Constitución Política del Estado, la Ley de Pensiones y demás disposiciones legales en vigencia, porque no existe norma que imponga sanciones por infracciones y/o contravenciones a la normativa del SIP..."

Al respecto, es pertinente reproducir el precedente de regulación financiera, de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 042/2013 de 4 de julio de 2013, conforme a su transcripción siguiente:

“...se considera lo que la propia recurrente ha señalado, en sentido de encontrarse vigente lo dispuesto por artículo 168° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que en lo pertinente, a la letra señala:

“...Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN). El Organismo de Fiscalización -se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- tiene las siguientes funciones y atribuciones: (...)

b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y **sancionar a** la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras **entidades bajo su jurisdicción**, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, en principio, es plenamente legítimo el ejercicio sancionatorio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realiza sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, así sea que “por... nuestra Constitución Política del Estado,... la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia”, o que “por imperio de la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I “...**abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones** y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley”, como lo señala la recurrente.

Con respecto a lo expresado supra (la dispuesta abrogación de las disposiciones normativas que resulten **contrarias** a la Ley N° 065), en particular, habiendo sido señalado “el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones”, cabe dejar constancia que, si por contrario, en el diccionario, se entiende a lo “Que se muestra completamente diferente a otra; en el otro extremo”, y no resultando la normativa sancionatoria señalada contraria a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), como lo exige el artículo 198°, parágrafo II, de la misma, sino más bien, concordante con su artículo 168, inciso b), extremo evidenciable de la compulsión de las mismas, entonces, debe concluirse en que la normativa sancionatoria en la que ha fundamentado su accionar el Ente Regulador, es plenamente aplicable al caso.

En este sentido, corresponde dejar establecido que, pese a lo referido en su alegato, la recurrente (...) no ha demostrado que la normativa sancionatoria sea contraria a la Ley precitada.

Asimismo, estando clara la legitimidad sancionatoria que de la que se encuentra embestida la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la aplicación de los criterios rectores del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, constituye una garantía de que el Ente sancionador no habrá de obrar en base a criterios discrecionales y arbitrarios en contra de los sancionados, sino todo lo contrario; en este sentido, es válido el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013, que a la letra se pronuncia:

*“...Quedando claro entonces que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios, **en el marco** de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y la propia normativa del Sistema Integral de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que hubiere lugar.*

Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VIII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No. 065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicado en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación.”

Consiguientemente, amén de no haber existido en el caso, una aplicación forzosa de tal normativa, cual lo sugiere la recurrente al utilizar el adverbio a ultranza, se concluye más bien en su aplicación razonada y fundamentada, como efecto de la consideración del propio Reglamento señalado...”

Por consiguiente, ratificando al presente el criterio supra transcrito y siendo innecesario pasar a mayores consideraciones al respecto, corresponde rechazar el alegato.

2.2.2. Paralización de las actuaciones del Proceso Coactivo Social -PCS- interpuesto contra AEROSUR S.A. (Cargo N° 2).-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sancionó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** por incumplimiento a lo establecido en los artículos 106°, 110° y 149°, incisos i) y v), del artículo 149° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, al evidenciar una paralización de ciento treinta y cinco (135) días dentro del Proceso Coactivo Social seguido contra el Empleador AEROSUR, durante el período comprendido entre el **14 de noviembre de 2011 al 28 de marzo de 2012.**

La recurrente, a tiempo de su Recurso Jerárquico, alega extremos abstractos, fundados en un hecho, si bien notorio (cuál es la realidad del foro, en el que es clamor permanente de los usuarios de los servicios judiciales, la demora permanente de los trámites), preexistente a la interposición de la causa cuya paralización ha dado lugar a la imposición del cargo.

Teniendo en cuenta que, entre las responsabilidades que le son inherentes a la ahora recurrente, se encuentra precisamente el de la percepción, por la vía forzosa (judicial) de los aportes devengados, y que sobre ello ha ejercido sus actividades desde que suscribió el contrato respectivo con el Estado boliviano, tal realidad no le era ajena como tampoco novedosa, de manera tal que ello la obligaba, como le corresponde, a tomar sus recaudos para que la misma no influya en el normal desarrollo de los procesos.

En todo caso, abstractos como son tales extremos (*gran cantidad de carga procesal acumulada, sobrecarga procesal del Juzgado Cuarto a consecuencia de la acefalia del Juzgado Tercero, fechas por demás demoradas, decretos y resoluciones con fechas atrasadas, mora procesal y otros*), la prueba de lo mismo, producida por la recurrente, no sirve para controvertir el cargo en concreto (quizás sí para atenuar la sanción en el caso de determinar una diferencia cuantitativamente sustancial, extremos que no se evidencian en el de autos).

Entonces, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** no ha demostrado haber impulsado o realizado trámites en concreto, dentro del Proceso Coactivo Social sustanciado contra el Empleador AEROSUR S.A., por ante el Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social de la ciudad de Santa Cruz, dentro del período comprendido entre el 14 de noviembre de 2011 al 28 de marzo de 2012, dejando constancia que, la nota de fecha 13 de octubre de 2011, mencionada a tiempo de los descargos (y ya considerada supra a efectos del cargo N° 1), no corresponde al período controvertido, haciéndola inadmisibles a cualquier efecto probatorio con referencia al Cargo N° 2.

Se hace notar que, a tiempo de los descargos que salen de la nota PREV-COB-298/09/2012 de fecha 11 de septiembre de 2012, el único elemento referido al cargo en concreto (y cuyo alegato se va a prolongar a lo largo de todo el proceso sancionatorio y recursivo), es el referido a que: *"En este caso el expediente se encontraba en despacho del Juez, llegando a emitir sentencia en marzo 2012 con fecha atrasada,..."*

Tal propuesta fáctica, sin embargo, no ha sido acompañada de elemento probatorio alguno, pese a que oportunidad para ello no ha faltado, por cuanto, consta del expediente que mediante Auto de 21 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó la apertura de término de prueba de cinco (5) días hábiles administrativos, plazo que fue ampliado a diez (10) días hábiles administrativos mediante Auto de 2 de octubre de 2012, por el que se atiende la solicitud que sale de la nota PREV-COB-344/10/2012 de 1° de octubre de 2012, presentada por la ahora recurrente.

Se debe recordar que, por disposición del artículo 47°, párrafo I, de la Ley N° 2341, *"Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho"*, habiéndose limitado la recurrente a presentar

elementos generales que no alcanzan a desvirtuar el cargo en concreto, por los extremos supra señalados, determinando que el recurso, a este respecto, sea infundado.

2.2.3. Omisión de inicio del Proceso Penal -PP- por el delito previsional de Apropiación Indebida de Aportes (Cargo N° 3).-

El cargo a este respecto, refiere que:

“...Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 118 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones y el artículo 23 del Decreto Supremo 0778 de 26 de enero de 2011, al evidenciarse que la Administradora habría arbitrariamente omitido el inicio del proceso penal por el delito previsional de Apropiación Indebida de Aportes...”

El descargo de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** que consta en la nota PREV-COB-298/09/2012, señala que el Proceso Penal “por deuda M2 de los periodos febrero/2011 y marzo/2011”, ha sido desistido por regularización de la deuda que importaba el mismo, empero que subsiste la deuda M3 y la deuda M4, las que por resultar presuntas, imposibilitan la interposición de una demanda penal; a tal extremo, pide que se considere que a fin de evitarse responsabilidades (“propias y del Estado”, en función esto último, de la existencia futura de la Gestora de la Seguridad Social), se inicien los Procesos Penales por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, “únicamente, sobre los casos de Deuda Real (...) para evitar incurrir en responsabilidades por denuncias falsas o temerarias; obrar de manera diferente sería exponer a las empresas y al Estado Plurinacional de Bolivia a responsabilidades por los daños y perjuicios ocasionados...”

Al respecto, la posición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, conforme ha sido expuesta en las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/N° 935-2012 de 4 de diciembre de 2012 (sancionatoria), y APS/DJ/DPC/N° 305-2013 de fecha 9 de abril de 2013 (que resuelve el Recurso de Revocatoria), es la siguiente:

“...La AFP presenta copia del memorial de denuncia ante el Ministerio Público por el delito de Apropiación Indebida de Aportes de fecha 25 de noviembre de 2011, con sello de Auxiliatura del Ministerio Público de 29 de noviembre de 2011, por los periodos febrero/2011 y marzo/2011, valorando la fecha de recepción de la denuncia y los periodos adeudados se puede determinar que ambos se encuentran fuera del plazo establecido por artículo 23 (Acción Penal por Apropiación Indebida de Aportes) del Decreto Supremo 0778 de 26 de enero de 2011, (...)

... esta Autoridad mediante nota APS/DPC/DJ/424/2012 de 19 de enero de 2012, dio respuesta a las consultas efectuadas, aclarando que para dar inicio a un proceso penal contra un Empleador por la comisión del delito de Apropiación Indebida de Aportes, debe adjuntarse la Nota de Débito como elemento probatorio para corroborar el hecho ilícito previsional y considerando la naturaleza probatoria del procedimiento penal, no puede limitarse la prueba a este sólo documento, debiendo por tanto el actor proveer al Director de las Investigaciones de la variedad de

elementos que conduzcan a éste a determinar indicios de responsabilidad, para que la Administradora no sea susceptible de ser imputado como autor del delito de acusación y denuncia falsa tipificado en el artículo 166 del Código Penal...” (Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 935-2012 de 4 de diciembre de 2012).

“...la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, establece que al momento en que el Empleador regularice su situación y efectivice los pagos de los aportes devengados en cualquier estado del Proceso Penal iniciado por la AFP, el mismo estará exento de responsabilidad penal y se dará por extinguida la acción (...)

... Cabe aclarar que la normativa ordena iniciar el proceso penal después de que transcurran (sic) el plazo establecido de ciento veinte (120) días calendario, en ese sentido si el Empleador aun (sic) no ha efectuado el pago de los períodos incurridos en mora hasta ese momento, se entiende que a partir de ahí se trataría de una mora efectiva de lo adeudado (Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 305-2013 de fecha 9 de abril de 2013).

Entonces, de tal razonamiento son extraíbles los elementos siguientes:

a) Sobre la deuda M2 (Mora Efectiva).-

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) identifica como la “deuda M2 de los periodos febrero/2011 y marzo/2011”, para lo cual se limita a señalar que, habiéndose regularizado la obligación, corresponde a un Proceso Penal desistido.

Ante ello, el Ente Regulador determinar que, no obstante encontrarse la deuda denominada M2, al presente regularizada y por tanto, desistido el Proceso Penal al que dio lugar, este último ha sido, en su oportunidad, iniciado más allá de los 120 días a los que se refiere el artículo 23° del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, dando lugar a su imputación en cargo, y ahora a su sanción; para ello, impone los artículos 106° y 118° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones (el último artículo nombrado, en relación al 345° bis del Código Penal), y 23° del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, el que a la letra señala:

“...ARTÍCULO 23.- (ACCIÓN PENAL POR APROPIACIÓN INDEBIDA DE APORTES).- El Proceso Penal por Apropiación Indebida de Aportes, establecida en el Artículo 118 de la Ley N° 065, deberá ser iniciado por la GPS **en un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que el Empleador se constituyó en mora.** Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, el vencimiento del plazo señalado no impedirá a la GPS iniciar la acción penal...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Cabe dejar constancia que, a este respecto y salvo el informe sucinto al que se ha hecho mención, la recurrente no intenta desagrar el cargo en su contra, y más bien, prefiere remitirse a sus restantes alegatos -los que se evalúan a continuación-, los que no enervan la imputación señalada. Sin embargo y conforme lo relacionado, es la propia Autoridad de

Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la que ha dejado constancia, que:

“...La AFP presenta copia del memorial de denuncia ante el Ministerio Público por el delito de Apropiación Indevida de Aportes de fecha 25 de noviembre de 2011, con sello de Auxiliatura del Ministerio Público de 29 de noviembre de 2011...”

Es pertinente recordar ahora, que la nota de cargos APS/DJ/DPC/5752/2012 de 1º de agosto de 2012, para el cargo N° 3, ha imputado que:

*“...Cargo 3.- Existen indicios de incumplimiento por BBVA Previsión AFP S.A. a lo establecido en el artículo 118 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones y el artículo 23 del Decreto Supremo 0778 de 26 de enero de 2011, al evidenciarse que la Administradora habría arbitrariamente **omitido el inicio del proceso penal** por el delito previsional de Apropiación Indevida de Aportes...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, no es pertinente referir ahora, como mal lo hace el Ente Regulador, establecer un retraso de 120 días en el inicio del Proceso Penal, **por cuanto, ello no hace al cargo imputado (N° 3)**, en el que -conforme lo visto- en ninguna parte ha referido al retraso que ahora, tardíamente, pretende establecer la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sino únicamente la supuesta no iniciación de tal proceso, lo que, conforme a los datos que salen del expediente y contrariamente a lo imputado, sí ha sucedido, por tanto y en este entendido, corresponde dejar sin efecto el cargo N°3, en lo que hace a la deuda M2.

b) Sobre las deudas M3 y M4 (Mora Presunta).-

El segundo elemento no recae sobre el caso en concreto, sino que hace a la preocupación de la recurrente, más abstracta y general, sobre la inviabilidad jurídica que ella entiende, de iniciar Procesos Penales en base a Notas de Débito que hagan referencia a la Mora Presunta; entonces, considera que, a efectos de evitar responsabilidades ulteriores, la mora presunta no puede ser materia de un Proceso Penal por Apropiación indebida de Aportes.

Conforme se ha visto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha dado lugar a esa consulta u observación; no obstante, lo mismo es totalmente ajeno al proceso sancionatorio y al recursivo que hace al trámite presente, extremo que debió tener en cuenta el Ente Regulador para evitar que los procedimientos, en inobservancia al artículo 4º, inciso k) -principio de economía-, de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, se prolonguen hacia campos impertinentes, en tanto no es dentro de un proceso de naturaleza administrativa disciplinaria e instituido en base a la imputación de unos cargos en concreto, que puedan salvarse las dudas o hacerse abstracciones para determinar procedimientos inherentes a las mismas.

En todo caso, le corresponde a la suscrita Autoridad Jerárquica, dejar establecida la existencia de la *Norma General para la Gestión Judicial en el Sistema Integral de Pensiones*, aprobado mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 26-2013 de 11 de enero de 2013, la que habiendo sido, en principio, confirmada en su integridad mediante Resolución

Administrativa APS/DJ/DPC/N° 206-2013 de 14 de marzo de 2013, ha sido confirmada parcialmente y anulada en dos de sus artículos, por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 050/2013 de 23 de agosto de 2013, pronunciada por el suscrito.

Por consiguiente y a los temas planteados por la recurrente que no hacen a los cargos en su contra impuestos y sancionados, sino a cuestionamientos más generales acerca de la viabilidad jurídica de iniciar un Proceso Penal sobre la base de la Mora Presunta, les corresponde, tanto a ella como al Ente Regulador, remitirse a los procedimientos y trámites que le sean inherentes, sin que por ello sean necesarias mayores consideraciones.

En todo caso, debe quedar clara la inexistencia de impugnación real contra lo mismo, y que habiéndose establecido -como se señaló supra- la no ocurrencia de la infracción imputada, corresponde dejar sin efecto la sanción a que ello ha dado lugar.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a la compulsa llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, si bien ha hecho una correcta aplicación de la norma en la imputación de las infracciones y las sanciones que importan los cargos N° 1 y N° 2, en particular a lo que hace al primer cargo, no ha valorado correctamente la evidencia que sale de la nota de 13 de octubre de 2011, lo que si bien corresponde corregir al presente, no importa una modificación, ni a la imputación, ni a la sanción impuesta, por cuanto aún tenida en cuenta, no desvirtúa la falta de actividad procesal, en un periodo excesivo de tiempo.

Que, por otra parte, el Ente Regulador no ha efectuado un correcto análisis del cargo N° 3, por ella misma impuesto, habiendo extendido sus alcances a una demora en la presentación del Proceso Penal, cuando lo imputado era, únicamente, la falta de inicio del mismo Proceso, extremo que en el expediente consta sí se produjo, desvirtuando el cargo.

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso b), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la REVOCATORIA de la Resolución recurrida, con alcance parcial cuando, pronunciándose sobre el fondo, deje sin efecto parte de la resolución recurrida.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR PARCIALMENTE las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/N° 305-2013 de fecha 9 de abril de 2013 y APS/DJ/DPC/N° 935-2012 de 4 de diciembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dejando

sin efecto el inciso c) del artículo 1 (cargo N° 3) y **manteniendo firmes, vigentes y subsistentes**, los incisos a) y b) del artículo 1 (cargos N°1 y N° 2) y artículo 3, conforme a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/N° 362-2013 DE 16 DE ABRIL DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 058/2013 DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 058/2013

La Paz, 12 de Septiembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°362-2013 de 16 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°183-2013 de 8 de marzo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 056/2013 de 28 de agosto de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 134/2013 de 04 de septiembre de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por nota presentada el 7 de mayo de 2013, el señor Daniel Marcelo Saavedra Pacheco en representación de **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 0861/2005, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 029 del Distrito Judicial La Paz a cargo de la Dra. Danidza J. Zaballos Pando, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°362-2013 de 16 de abril

de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó en todas sus partes, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 183-2013 de 08 de marzo de 2013.

Que, mediante nota cite: APS/DESP/DJ/DS/5332/2013, con fecha de recepción 10 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°362-2013 de 16 de abril de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 15 de mayo de 2013, notificado en fecha 21 de mayo de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 362-2013 de 16 de abril de 2013.

Que, mediante memorial de fecha 25 de junio de 2013, **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, solicitó la suspensión de los efectos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 183-2013 de 08 de marzo de 2013, que fue confirmada por Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 362-2013 de 16 de abril de 2013.

Que, mediante Auto de fecha 3 de julio de 2013, notificada en fecha 10 de julio de 2013, se rechazó la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 183-2013 de 08 de marzo de 2013, interpuesta por la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ACTOS ADMINISTRATIVOS PREVIOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, encontrándose evaluando las pólizas emitidas a través de Corredores de Seguros, mediante Nota APS/DS/JTS/8485/2012 de 29 de octubre de 2012, solicita a **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** la remisión de documentación relacionada a las siguientes pólizas:

“

Ramo Del Seguro	N° de Póliza	Inicio de Vigencia	Compañía de Seguros	Nombre de la Entidad Pública (Asegurado)
Multiriesgo	CMR-A01065	26/04/2012	Credinform	Servicio de Impuestos Nacionales
Responsabilidad Civil	CRC-A02254	26/04/2012	Credinform	Servicio de Impuestos Nacionales
Comprensiva 3D	DDD-A00450	26/04/2012	Credinform	Servicio de Impuestos Nacionales
Automotores	CA-A36785	26/04/2012	Credinform	Servicio de Impuestos Nacionales

Asimismo, deberán remitir la siguiente documentación:

- Documentación referida a su contratación como asesor por parte del S.I.N.
- Documento Base de Contratación del Programa de Seguro.
- Toda la documentación relacionada a la colocación del Seguro incluyendo notas, calificación y correos electrónicos.
- Documentación relacionada a la adjudicación del Programa de Seguro.

El plazo para la presentación de la documentación solicitada, es de cinco días (hábiles) administrativos posteriores a la recepción de la nota”.

Mediante Nota SP: CV-134/12 de 08 de noviembre de 2012, **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** aclara que las pólizas citadas por la APS, no han sido emitidas a través de ellos, en su calidad de Corredor de Seguros, sino fueron adjudicadas dentro un proceso de contratación de seguros en la modalidad de Licitación Pública, en el marco del D.S. 0181, remitiendo la documentación detallada en la referida nota.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, habiendo tomado conocimiento de la documentación remitida por la Corredora de Seguros, a través de Nota APS/DS/JTS/456/2013 de 17 de enero de 2013, requiere a **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** información complementaria que justifique técnica y legalmente la inclusión de cláusulas, términos y condiciones en el Documento Base de Contratación, expuestas a continuación:

“(…)

**AMPARO II
TODO RIESGO DE AVERÍA DE MAQUINARIA**

8.- Defectos, desperfectos o errores en diseño, defectos de construcción o de mano de obra, fundición, uso de materiales defectuosos y montaje incorrecto.

**AMPARO III
TODO RIESGO DE EQUIPO ELECTRÓNICO**

SECCIÓN I.

- 3.- Defectos o desperfectos de diseño o material.
- 4.- Incendio, rayo, explosión de cualquier tipo.

CLÁUSULAS ADICIONALES

- 1.- Actos de negligencia imprevista, mal manejo, manipuleo defectuoso, descuido, impericia de las máquinas y/o equipos por parte de los funcionarios del asegurado.
- 10.- Cláusula Swing hasta + ó – el 15%
- 11.- Cobertura automática para bienes en etapa de construcción, remodelación, mejoras y/o mantenimiento hasta el 20% del valor asegurado.
- 14.- De 72 horas o definición de evento.
- 15.- Daños causados por fallas de aprovisionamiento de Energía Eléctrica en la red pública.
- 16.- Daños a propiedades adyacentes hasta Bs 700.000.-
- 17.- Daños directos o indirectos a consecuencia de la variación de la Empresa Eléctrica, Altas y Bajas de Voltaje, Corto Circuito, Arco Voltaico, Rayo Directo y/o Indirecto y otras causas de cualquier tipo en instalaciones y en aparatos eléctrico y/o electrónicos haya o no incendio.

- 18.- Daños ocasionados a los medios utilizados para combatir incendio.
- 19.- De daños por Fallas y Desperfectos en las Medidas de Seguridad y Prevención, incluyendo daños ocasionados a los bienes por negligencia, descuido, y/o mala conexión y/o fallas en la instalación de todos los sistemas y medidas de prevención y seguridad relacionados con Maquinaria, Equipos Eléctricos y Electrónicos en general.
- 20.- Daños ocasionados por los medios utilizados para combatir incendio, hasta Bs1.400.000.-
- 22.- Elegibilidad de Servicio Técnico, Centro de Reparación y otros para Equipos, Equipos Electrónicos, Maquinaria y Equipo.
- 24.- Errores u Omisiones de Inventarios.
- 25.- Gastos de aceleración y Reparación hasta Bs1.400.000.-
- 27.- Gastos de extinción de incendio hasta Bs1.400.000.-
- 28.- Gastos de investigación y salvamento hasta Bs700.000.-
- 34.- Traslados temporales incluyendo la travesía (Accidente del medio transportador, robo y/o manipuleo) en cualquier medio de transporte propio y/o ajeno (para uso temporal, reparación y/o mantenimiento).
- 35.- De Valor Acordado Para Toda la Materia Asegurada, dejando claramente establecido que los Valores Asegurados no están sujetos a infraseguro, Proporcionalidad o Depreciaciones por tiempo de uso. De no encontrarse en el mercado bienes similares para la reposición o reemplazo por aspectos tecnológicos, la reposición del bien debe estar en función a la tecnología inmediata superior y aceptable para el convocante.
- 37.- Explosión e Implosión (Física y/o Química).

CONDICIONES ESPECIALES

De acuerdo a la cobertura afectada en un eventual reclamo que pudiera afectar a VALORES FISCALES, la Compañía de Seguros deberá indemnizar a COSTOS DE IMPRESIÓN en caso de incendio, daños por agua, ecte (sic) indemnizar a VALORES NOMINALES en caso de robo, asalto, atraco y hurto, en cuyo caso deben estar cubiertos los gastos adicionales por publicación en diarios de circulación nacional.

SEGURO DE AUTOMOTORES

ACCIDENTES PERSONALES PARA CADA OCUPANTE DE ACUERDO A LA CAPACIDAD DEL VEHÍCULO

Gastos de Sepelio Bs7.000.-

CLÁUSULAS ADICIONALES

- 1.- Alcoholemia permitida de acuerdo a lo establecido por las normas y prácticas de tránsito.
- 8.- Cobertura para Air Bags por daños causados en accidentes, robo y/o intento de robo.
- 10.- No aplicación de la Categoría "C"
- 13.- Errores u omisiones en la descripción y/o en la transcripción de datos del vehículo.
- 20.- Libre Elegibilidad de Clínicas.
- 25.- Valor Admitido y/o Acordado, según el siguiente texto: Queda entendido y convenido que los valores asegurados bajo la presente póliza, corresponden a valor de mercado expresado en Bolivianos, por lo que queda expresamente establecido que dichos valores son aceptados por la Compañía como Valor Admitido y Acordado, no sujetos por tanto a infraseguro o depreciaciones por tiempo de uso.

27.- De extensión de cobertura para los ocupantes de los vehículos asegurados, por inhalación e ingestión de gases tóxicos.

28.- De cobertura para eventos cuando el conductor del vehículo asegurado tenga licencia de conducir, pero al momento de la ocurrencia del evento no la porte.

CONDICIONES ESPECIALES QUE FORMAN PARTE DEL CONDICIONADO PARTICULAR

8.- Cobertura las 24 horas del día, durante la vigencia de la póliza, sin limitaciones de horarios y/o razón de desempeño y en la actividad propia del asegurado.

9.- Permiso para transportes de mercadería azarosa, inflamables y/o explosivos, combustibles (diesel, gasolina y/o garrapas) en los vehículos asegurados.

12.- La Cobertura de daños propios se amplía a cubrir daños a los vidrios del vehículo asegurado a consecuencia de Cambios Climatológicos.

PÓLIZA COMPRENSIVA 3D

AMPLIACIÓN DEFINICIÓN DE TRABAJADORES Y/O EMPLEADOS

Se deja claramente establecido que la definición de trabajadores y/o empleados abarca también a personal eventual con contrato o no, Practicantes Universitarios, Personal de Limpieza, Guardias de Seguridad del Batallón de Seguridad Física y/o empresas privadas de vigilancia.

MEDIO DE TRANSPORTE

8.- Gastos de defensa hasta Bs35.000.-

9.- Gastos Legales por el 20% del capital asegurado, incluyendo gastos judiciales y/o defensa.

SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

- Responsabilidad Civil de Contratistas y sub contratistas. (El asegurado presentará la nómina detallada y contratos firmados sólo en caso de siniestro)
- Responsabilidad Civil Cruzada Incluyendo: a contratistas y/o subcontratistas personas naturales y/o jurídicas (incluyendo independientes), y sujeto a presentación de contratos únicamente en caso de siniestro.
- Responsabilidad Civil por Incendio y/o Explosión y/o Humo y/u Hollín incluyendo daños por agua que causen daños a terceros.
- Responsabilidad Civil Operacional.
- Responsabilidad Civil de Equipos, Equipo Móvil y/o Maquinaria Pesada, propia y/o alquilada.
- Responsabilidad Civil por uso de predios, instalaciones, escaleras y/o montacargas y/o ascensores y/o equipos y/o similares, con los que opere el asegurado sean éstos propios, alquilados, arrendados, comodato, transferencia, donación u otros.

COBERTURA ADICIONAL

- Daños personales y/o materiales originados directa o indirectamente por hundimiento y/o asentamiento del suelo y/o del subsuelo, cuando éstos hayan sido probadamente causados por el Asegurado, sus dependientes y/o Contratistas y/o Subcontratistas y/o por las operaciones del Asegurado.

CLÁUSULAS ADICIONALES

2.- Agasajos Ocasionales.

4.- Asalto y Agresión, incluyendo pero no limitando a: el uso de armas blancas y/o de fuego, gases autorizados y otros, derivados de las actividades de protección y seguridad de los vigilantes, sean propios, servicios particulares y/o de la Policía Nacional.

5.- Aviso de Incidente Enmendado.

7.- Cláusula de Ocurrencia ajustada al Código Civil Boliviano (el reclamo –de hecho ocurrido en la vigencia de la Póliza- puede ser presentado fuera de la vigencia de la Póliza, en el plazo estipulado en el Código Civil Boliviano, una vez conocida la demanda por el Asegurado.

9.- Libre Elegibilidad de Ajustadores.

11.- Lesión Corporal.

15.- Renuncia de subrogación de derechos amplia, cuando exista un acuerdo y/o contrato escrito entre el Asegurado y sus Clientes, Contratistas y/o Sub Contratistas, hasta el alcance de dicho acuerdo y/o contrato.

16.- No repetición contra el personal y/o empresas al servicio del Asegurado.

17.- De renuncia o relevación de subrogación.

18.- De daños materiales ampliados, para cubrir pérdida de uso.

19.- Transacción sin juicio (...)"

Al respecto, **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, mediante Nota SP: CV-29/13 de 04 de febrero de 2013, dirigida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, responde señalando que previamente a dar respuesta al requerimiento, sea la APS la que se pronuncie sobre los cuatro puntos a detallarse a continuación:

"(...)

1. Agradeceremos poner en conocimiento de esta corredora de seguros el destino de la información que les fuera remitida mediante SP: CV-97/12
2. Agradeceremos poner en conocimiento de esta corredora de seguros el resultado de la evaluación técnica de la documentación remitida a ustedes mediante cite SP: SV-134/12.
3. Agradeceremos poner en conocimiento de esta corredora de seguros la existencia de denuncias en contra de la misma y todos los antecedentes que sean de su conocimiento.
4. Toda vez que entendemos que el órgano regulador que usted dirige tan acertadamente, con igualdad y equidad agradeceremos poner en conocimiento de esta corredora de seguros, si se están llevando a cabo similares actuados destinados a la evaluación técnica a los demás regulados que se hubieren desempeñado como asesores de seguros para entidades públicas".

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Nota APS/DS/JTS/17068/2013 de 13 de febrero de 2013, conforme al siguiente texto, indica:

"(...)

Acusamos recibo de su nota SP: CV-29/13 a través de la cual observamos que no han dado cumplimiento a lo requerido en nuestra nota APS/DS/JTS/456/2013.

Al respecto, recordamos a usted, lo establecido en el Artículo 43, inciso d) de la Ley de Seguros, que establece como una atribución de esta Autoridad, supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.

Es en este sentido, que esta Autoridad viene supervisando las actividades de las entidades bajo su supervisión, la cual se ve reflejada en la solicitud de información requerida mediante Circular APS/DS/JTS/8485/2012, la cual esta Autoridad se encuentra evaluando las actividades desarrolladas, no sólo por Saavedra Pacheco Corredores de Seguros S.R.L., sino por otros Intermediarios de Seguros.

Al punto, corresponde mencionar que los resultados de esta evaluación una vez concluida, serán comunicados según corresponda.

En este sentido, con independencia al proceso administrativo que corresponda, otorgamos un último plazo de dos días administrativos a partir de la recepción de la presente nota para remitir lo requerido en nuestra carta APS/DS/JTS/456/2013 (...)"

Mediante Nota SP: CV-39/13 de 22 de febrero de 2013, **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** responde señalando que, la APS no ha tomado en cuenta su anterior solicitud y se ha limitado a reiterar el requerimiento de información y no ha emitido criterio a los cuatro puntos contemplados en su carta anterior, colocándolos en una situación de total incertidumbre y, que su posición nunca fue la de no dar respuesta o la de cumplir sus requerimientos, al contrario esa Corredora solo ha deseado tomar conocimiento sobre los fundamentos que respaldan tales requerimientos de información, sin que hasta la fecha la APS se pronuncie al respecto; razón por la que solicitan elevar a rango de Resolución Administrativa la Nota APS/DS/JTS/17068/2013 de 13 de febrero de 2013.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 183-2013 DE 8 DE MARZO DE 2013.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 183-2013 de 8 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió:

“ÚNICO.- I.- CONSIGNAR en Resolución Administrativa la carta CITE: APS/DS/JTS/17068/2013 de 13 de febrero de 2013.

II.- La carta CITE: APS/DS/JTS/17068/2013 de 13 de febrero de 2013 constituye parte indivisible de la presente Resolución Administrativa.”

Los argumentos de la citada Resolución Administrativa, son los siguientes:

“CONSIDERANDO:

Que el artículo 20 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 establece que: **“I.** Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, los sujetos regulados o personas

interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada”.

Que cumpliendo con lo descrito en el artículo 20.II de dicho Decreto Supremo, la APS debe emitir la resolución en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud...”.

Que el artículo 20.I del Decreto Supremo N° 27715 de 15 de septiembre de 2003, concede a los regulados la facultad de solicitar a la entidad reguladora, la consignación en resolución administrativa de ciertos actos administrativos de orden operativo, y tal cual reza el artículo 19 del referido decreto supremo, entre otros, están las circulares, órdenes, instructivos y directivas.

CONSIDERANDO:

Que mediante carta APS/DS/JTS/456/2103 de 17 de enero de 2013 y recibido por **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** en fecha 29 de enero de 2013, la APS solicita informe que justifique técnica y legalmente, la inclusión de las cláusulas, términos y condiciones expuestas en las “Bases para la Contratación de Seguros y el Slip de Contratación” elaborado por la corredora para Impuestos Nacionales.

Que mediante carta SP CV-29/13 de 4 de febrero de 2013, **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** responde manifestando que sin intención de incumplir lo solicitado en la carta precedente, con carácter previo, la APS se pronuncie respecto: **a)** del destino que corrió la información remitida al ente regulador mediante carta SP-CV-97/12, **b)** el resultado de la evaluación técnica de la documentación remitida a la APS mediante cite SP CV 134/12, **c)** poner en conocimiento de la corredora la existencia de denuncias en contra de la misma y sus antecedentes que fueran de conocimiento del ente fiscalizador, y **d)** poner en conocimiento de la corredora si se están llevando a cabo similares actuados destinados a la evaluación técnica a los demás reglados que se hubieren desempeñado como asesores de seguros para entidades públicas.

Que mediante carta APS/DS/JTS/17086/2013 de 13 de febrero de 2013, la APS responde a la anterior carta indicando que: **a)** se observa que la corredora no da cumplimiento a la carta APS/DS/JTS/456/2013, **b)** el artículo 43.d) faculta a la APS a revisar las actividades, pólizas y contratos realizados por las entidades bajo su jurisdicción, **c)** en ese sentido la APS supervisa las actividades de dichas entidades, como refleja en la solicitud de información requerida en la Circular APS/DS/JTS/8585/2012, llevándose a cabo la evaluación correspondiente no sólo por **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, sino también por otros intermediarios de seguros, cuyos resultados se harán conocer según corresponda, **d)** se da un plazo a esta corredora de dos días administrativos para remitir lo requerido mediante la carta APS/DS/JTS/456/2013.

CONSIDERANDO:

Que mediante carta SP CV-39/13 de 22 de febrero de 2013, **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** indica textualmente:

“De nuestra consideración:

Mediante la presente acusamos recibo de su cite APS/DS/JTS/17086/2013, por el que instruyen a esta corredora dar cumplimiento al cite APS/DS/JTS/456/2013, sin haber siquiera tomado nota en cuenta nuestra solicitud contenida en el cite SP: CV-29/13 por el que damos respuesta a su cite APS/DS/JTS/456/2013 toda vez que de la lectura de su cite de referencia la APS se ha limitado a reiterar el requerimiento de información y no ha emitido criterio alguno a los 4 puntos contemplados en nuestro cite SP: CV-29/1, colocándonos en una posición de total incertidumbre respecto a los puntos expresados en nuestro cite mencionado arriba.

Señor Director Ejecutivo de la APS, como usted podrá apreciar y valorar nuestra posición, nunca fue la de no dar respuesta o la de cumplir sus requerimientos al contrario esta corredora sólo ha deseado tomar conocimiento en justo derecho sobre los fundamentos que respaldan sus requerimientos de información sin que hasta la fecha la Dirección de Seguros se pronuncie al respecto y se limite a incluso amenazar con el inicio de un proceso sancionador que consideramos atentaría contra nuestros derechos.

En mérito a lo expuesto y de acuerdo al contenido del artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 agradeceré que su Autoridad proceda a elevar a rango de Resolución Administrativa la nota APS/DS/JTS/17086/2013 emitida en fecha 13 de febrero de 2013 y notificada esta corredora en fecha 20 de febrero de 2013 por ese órgano de regulación, petición que se hace dentro del plazo correspondiente...”

CONSIDERANDO:

Que el asunto se origina, tal cual puede inferirse, en la solicitud de la APS efectuada a la corredora para que remita cierta información contenida en las “Bases para la Contratación de Seguros” y el “Slip de Contratación” elaborado por **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** para el Servicio de Impuestos Nacionales, y la respuesta que ésta manifiesta al anterior requerimiento en sentido de que “previamente”, el ente regulador responda a requerimientos anteriores a la carta APD/DS/JTS/456/2013 de 17 de enero de 2013, aunque sin el ánimo de incumplir esta carta.

CONSIDERANDO:

Que conviene efectuar una reminiscencia del marco legal que ampara las actuaciones de la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros.

Que el artículo 41.d) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 establece: “**ARTÍCULO 41.- FUNCIONES Y OBJETIVOS:** La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, como órgano que fiscaliza y controla las personas, entidades y actividades del sector de seguros de la República, tiene los siguientes objetivos: ... **d)** velar por la publicidad

adecuada y **la transparencia** de las operaciones en el mercado de seguros..." (las negrillas son de la APS).

Que el artículo 43.c) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 establece: "**ARTÍCULO 43.- ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.-** La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:... **c) supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción. ...**". (las negrillas son de la APS).

Que el artículo 43.d) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 establece: "**ARTÍCULO 43.- ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.-** La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:... **d) supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general** realizados por las entidades bajo su jurisdicción... (las negrillas son de la APS).

Que el artículo 43.t) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 establece: "**ARTÍCULO 43.- ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.-** La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:... **t) Todas aquellas atribuciones que sean necesarias** para el cumplimiento de sus funciones.... (las negrillas son de la APS).

CONSIDERANDO:

Que de la revisión de los antecedentes y tal como ya se ha manifestado precedentemente, es convicción del ente regulador que su atribución inequívoca solicitar información y documentación a sus regulados (léase, **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**) sin que la norma pertinente contemple como requisito para que éstas se sometan a sus decisiones, pronunciamientos previos de alguna naturaleza. En este escenario, el hecho de que aquella corredora manifieste que "con carácter previo" a remitir lo solicitado, la APS informe de anteriores requerimiento suyos, no corresponde y pone en estado rebeldía (sic) a **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** con las consecuencias legales que ello conlleva.

Que en adición, es importante señalar que la APS, mediante carta APS/DS/JTS/17068/2013 de 13 de febrero de 2013, ha indicado que anteriores requerimientos de la corredora, serán oportunamente respondidos, y ello, debido a que el ente regulador administra múltiples gestiones en el cumplimiento de sus atribuciones institucionales, situación que lleva a diseñar planes de acción de acuerdo a un orden cronológico y de importancia circunstancial. Además, el ente fiscalizador no se encuentra constreñido por disposición legal alguna a responder en plazos perentorios que no sean aquellos que se encuentren pre determinados en las normas pertinentes.

Que expuesto lo anterior, es evidente que la APS ha respondido a las inquietudes de **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, y que otra situación es que a esta corredora no le guste tal respuesta."

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 4 de abril de 2013, **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/N° 183/2013 de 8 de marzo de 2013, con los siguientes argumentos:

“(…)

C) FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

C.1) Nuestro ordenamiento jurídico establece que la Administración Pública en su conjunto debe regirse por el principio de la igualdad, equilibrio, justicia, proporcionalidad y el derecho a petición de las partes, respecto a las actuaciones en la dinámica de la interacción del órgano regulador hacia sus regulados, en consecuencia **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, debe efectuar las siguientes puntualizaciones:

C.2) **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, ha remitido el Cite SP: CV-29/13 cuyo contenido lejos de pretender excusar y/o evitar el cumplimiento a su requerimiento contenido en el cite APS/DS/JTS/456/2013 pone en conocimiento de su autoridad una serie de inquietudes propias y merecedoras de una justa explicación toda vez que la información remitida a la APS en su momento es considerada por nosotros confidencial y asumimos que el órgano regulador también ha considerado tal extremo.

C.3.) Como usted podrá evaluar esta corredora hasta la fecha no ha merecido por parte de la APS una respuesta a nuestra justa solicitud, es decir la APS no se ha pronunciado respecto a los siguientes puntos:

1. “Agradeceremos, poner en conocimiento de esta corredora de seguros el destino de la información que les fuera remitida mediante cite SP: CV-97/12.”
2. “Agradeceremos poner en conocimiento de esta corredora de seguros el resultado de la evaluación técnica de la documentación! remitida a ustedes mediante cite SP-CV- 134/12.”
3. “Agradeceremos poner en conocimiento de esta corredora de seguros la existencia de denuncias en contra de la misma y todos los antecedentes que sean de su conocimiento.”
4. “Toda vez que entendemos que el órgano regulador que usted dirige tan acertadamente, con igualdad y equidad agradeceremos poner en conocimiento de esta corredora de seguros si se están llevando a cabo similares actuados destinados a la evaluación técnica a los demás regulados que se hubieren desempeñado como asesores de seguros para entidades públicas.”

Al contrario mediante el cite APS/DS/JTS/17068/2013 hemos sido comunicados con el inicio de un proceso sancionador que a nuestro parecer no tiene fundamento alguno y no se ha dado la (sic) respuestas que esta corredora de seguros en su legal entender merece.

C.4.) Sorpresivamente y una vez emitida la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 183-2013 objeto del presente Recurso de Revocatoria nos encontramos con la siguiente afirmación:

1. 7mo CONSIDERANDO El órgano regulador afirma en el primer párrafo del 7mo Considerando lo siguiente:

“En este escenario, el hecho de que aquella corredora manifieste que con carácter previo a remitir lo solicitado, la APS informe de anteriores requerimientos suyos, no corresponde y pone en estado de rebeldía a SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L. con las consecuencias legales que ello conlleva.”

Como podrá apreciar señor director en el contenido de la presente Resolución Administrativa, se afirma que esta corredora de seguros se encuentra en un “Estado de Rebeldía” con las consecuencias legales que tal estado conlleva.

Por lo tanto, de acuerdo a lo descrito líneas arriba no es lógico, legal, proporcional ni justo pretender lo siguiente:

- A. Comunicar a esta corredora de seguros mediante cite APS/DS/JTS/17068/2013 el inicio de un proceso sancionador sin haber dado respuesta a lo solicitado por nuestro Cite SP: CV-29/13.**
- B. Comunicar nuevamente a esta corredora de seguros solo que esta vez mediante la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 183-2013 solicitada por nosotros, que SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L. se encuentra en estado rebeldía con las consecuencias legales que ello conlleva, cuando esta corredora de seguros solo solicitó a la APS se eleve Arango (sic) de Resolución Administrativa el cite APS/DS/JTS/17068/2013.**

Debemos, hacer hincapié señor director que tal actuación está vulnerando nuestros derechos y sin mayor preámbulo o consideración la APS pretende iniciar un proceso sancionador en respuesta a una petición violando principios propios en materia administrativa que deberían ser cumplidos por la administración pública, ya que lo contrario implicaría una vulneración a derechos previstos en nuestra Constitución Política del Estado, así como también en la propia Ley de Procedimiento Administrativo.

D) PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente Recurso, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo Nº 27175, establecidos para la presentación del Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno invocando nuestro derecho a la petición ante la Autoridad Administrativa, reconocido por el artículo 16 literal a) de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo solicitamos:

1. Admita el Presente Recurso de Revocatoria.
- 2.- Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso de revocatoria disponiendo la **REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/ Nº 183-2013** de 8 de marzo de 2013, disponiendo la emisión de la respuesta solicitada por ésta corredora de seguros mediante nuestro cite SP: CV-29/13.

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 362-2013 DE 16 de abril DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 362-2013 de 16 de abril de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determinó confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 183-2013 de 8 de marzo de 2013, emitida por Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Los argumentos presentados, en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

“CONSIDERANDO:

Que el motivo por el que se emitió la **Resolución Administrativa N° APS/DJ/DS/N° 183-2013 de 08 de marzo de 2013 de 2013**, fue el pedido expreso de **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, efectuada a través de la carta SP CV-39/13 de 22 de febrero de 2013, de consignar en resolución administrativa la carta APS/DS/JTS/17086/2013 de 13 de febrero de 2013.

Que en la carta APS/DS/JTS/17086/2013 de 13 de febrero de 2013, se indicaba, de manera resumida: “**a)** se observa que la corredora no ha dado cumplimiento a lo requerido por la carta APS/DS/JTS/456/2013; **b)** se recuerda que el artículo 43.d) faculta a la APS a revisar las actividades, pólizas y contratos realizados por las entidades bajo su jurisdicción; **c)** en ese sentido la APS supervisa las actividades de dichas entidades, como refleja la solicitud de información requerida en la Circular APS/DS/JTS/8585/2012, llevándose a cabo la evaluación correspondiente de las actividades desarrolladas no sólo por **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, sino también por otros intermediarios de seguros, cuyos resultados se harán conocer según corresponda, **d)** otorga un plazo de dos días administrativos para remitir lo requerido mediante la carta APS/DS/JTS/456/2013”.

CONSIDERANDO:

Que en tiempo hábil y oportuno, **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** mediante carta CITE: SP: CV-074/13 de 3 de abril de 2013, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°183-2013 08 de marzo de 2013, argumentando de manera resumida, lo siguiente:

1. Mediante carta SP CV-29/13 de 4 de febrero de 2013, en respuesta al cite APS/DS/JTS/456/2013 solicitó que la APS se pronuncie sobre lo siguiente: **a)** El destino de la información confidencial que fuera remitida a la APS mediante cite: SP CV-97/2012; **b)** Conocer el resultado de la evaluación técnica de la documentación remitida a la APS mediante cite: SP CV-134/12; **c)** Poner en conocimiento de la Corredora la existencia de denuncias en contra de la misma y sus antecedentes; **d)** Conocer si se están llevando a cabo similares actuados destinados a la evaluación técnica de los demás regulados que se hubieren desempeñado como asesores de seguros para entidades públicas.

Estas solicitudes no fueron atendidas por la APS hasta la fecha y contrariamente se les comunica el inicio de un proceso sancionatorio si no se remite lo requerido en la carta APS/DS/JTS/456/2013 en un plazo de dos (2) días administrativos.

2. El séptimo Considerando de la resolución recurrida señala que el hecho de que la Corredora manifieste que con carácter previo a remitir lo solicitado, la APS informe de anteriores requerimientos, pone en estado de rebeldía a dicha Corredora con las consecuencias legales que ello conlleva y que por ello, no es justo, proporcional, legal ni lógico pretender que:

a) Se comunique a **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** el inicio de un proceso sancionador sin haber dado respuesta a lo solicitado por el cite SP CV-29/13.

b) Se comunique nuevamente a la Corredora, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 183-2013 que, se encuentra en estado rebeldía cuando la Corredora solo solicitó a la APS elevar a rango de resolución administrativa el cite APS/DS/JTS/17068/2013.

3. Esta actuación de la APS vulnera derechos y sin mayor preámbulo la APS pretende iniciar proceso sancionador en respuesta a una petición, violando principios propios en materia administrativa y constitucional.

CONSIDERANDO:

Que expuestos los argumentos del recurso de revocatoria, corresponde su análisis consiguiente.

CONSIDERANDO:

Que reiterando el argumento sustentatorio de la resolución que ahora se recurre, conviene efectuar una reminiscencia del marco legal que ampara las actuaciones de la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros.

- El artículo 41.d) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 establece: "**ARTÍCULO 41.- FUNCIONES Y OBJETIVOS:** La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, como órgano que fiscaliza y controla las personas, entidades y actividades del sector de seguros de la República, tiene los siguientes objetivos: ... **d)** velar por la publicidad adecuada y **la transparencia** de las operaciones en el mercado de seguros..." (las negrillas son de la APS).

- El artículo 43.c) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 establece: "**ARTÍCULO 43.- ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.-** La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:... **c)** **supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción...**". (las negrillas son de la APS).

- El artículo 43.d) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 establece: "**ARTÍCULO 43.- ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.-** La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:... **d)** **supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general** realizados por las entidades bajo su jurisdicción..." (las negrillas son de la APS).

- El artículo 43.t) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 establece: "**ARTÍCULO 43.- ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.-** La

Superintendencia tiene: **f) Todas aquellas atribuciones que sean necesarias** para el cumplimiento de sus funciones.... (las negrillas son de la APS).

CONSIDERANDO:

Que como se puede observar, ninguna de estas normas establece para el ejercicio efectivo de ese conjunto de atribuciones y potestades, un orden de precedencia que admita o posibilite conductas "previas"; v.gr. que el administrado o regulado señale que antes de cumplir el requerimiento del regulador, la Autoridad Administrativa "previamente" cumpla con una solicitud de aquella.

Que esto tiene su razón de ser, en realidad, razones filosóficas doctrinales y legales. Una de estas razones es el poder de imperio del que está investida la Administración, que la faculta a imponer decisiones (enmarcadas en el ordenamiento constitucional) aun sin la conformidad de los administrados (léase, regulados), entratándose del interés público. Resulta obvio que este poder de imperio no sería efectivo si se determinare un orden de precedencia en la ejecución de las atribuciones y potestades de la Administración Pública; primero cumple la administración y luego cumple el administrado. Aceptar este razonamiento resultaría hasta perverso.

Que es precisamente por ese poder de imperio que la APS tiene el conjunto de atribuciones detalladas en el anterior Considerando. Poder de Imperio entendido como la capacidad de imponer, de mandar algo, a fin de obtener los medios y recursos para los fines que la administración persigue. Para **Manuel Ossorio**, es "el régimen jurídico con arreglo al cual los gobernantes y sus agentes se encuentran sometidos a las normas legales preestablecidas para el ejercicio de sus actividades y para la adopción de sus decisiones...".

Es por esta consideración que **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** no puede pretender que, primero, se satisfaga su pretensión, y en segundo lugar, la pretensión de la APS. Las peticiones de la APS que se efectúen en el marco de sus atribuciones, simplemente se las cumple, so pena de caer en desobediencia.

CONSIDERANDO:

Que otro elemento conceptual que conviene analizar es el relacionado con la **rebeldía**; veamos.

Para **Manuel Ossorio**: "En el Derecho Procesal Civil se entiende por tal la situación en que se coloca quien, debidamente citado para comparecer en un juicio, no lo hiciere ... La rebeldía no impide la prosecución del juicio. En el Derecho Procesal Penal, la declaración de rebeldía afecta al procesado que no comparece a la citación o llamamiento judicial; al que se fuga del establecimiento penal en que se hallare preso; al que, hallándose en libertad provisional, no compareciere dentro del término que se le hubiere señalado. La rebeldía del procesado no obsta a que prosiga la instrucción del sumario hasta su terminación, pero paraliza la elevación de la causa a plenario (o la continuación del plenario si la rebeldía se hubiere producido en esta segunda etapa del juicio) hasta que el rebelde se presente o sea aprehendido. **En términos más generales, rebeldía es toda desobediencia, oposición, resistencia o rebelión...**"

Que es a esta acepción general que la APS se refiere cuando anota en la resolución recurrida, que el hecho de que **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** no cumpla lo ordenado legalmente por el ente regulador, se pone en estado de desobediencia, de resistencia y de oposición.

Que no se está hablando de una rebeldía procesal administrativa por limitaciones legales y conceptuales de nuestra legislación especial.

CONSIDERANDO:

Que expuestos así conceptos e ideas útiles al caso que nos ocupa, vayamos al análisis de cada uno de los argumentos.

Que en cuanto a los descargos 1 y 2, contenidos en el quinto Considerando de la presente resolución, indicar que la carta APS/DS/JTS/17068/2013 de 13 de febrero de 2013 (ahora resolución administrativa impugnada) es clara cuando manifiesta textualmente:

“Acusamos recibo de su nota SP CV-29/13 a través de la cual observamos que no han dado cumplimiento a lo requerido en nuestra nota APS/DS/JTS/456/2013.

Al respecto, recordamos a usted, lo establecido en el artículo 43 inciso d) de la Ley de Seguros que establece como una atribución de esta Autoridad, supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.

Es en este sentido que esta Autoridad viene supervisando las actividades de las entidades bajo su supervisión, la cual se ve reflejada en la solicitud de información requerida mediante Circular APS/DS/JTS/8485/2012, la cual esta autoridad se encuentra evaluando las actividades desarrolladas, no solo por Saavedra Pacheco Corredores de Seguros SRL, sino por otros Intermediarios de Seguros.

Al punto, corresponde mencionar que los resultados de esta evaluación una vez concluida, serán comunicados según corresponda las negritas son a propósito) (sic).

En este sentido, con independencia al proceso administrativo que corresponda, otorgamos un último plazo de dos días administrativos a partir de la recepción de la presente nota para remitir lo requerido en nuestra carta APS/DS/JTS/456/2013...”

Que como se puede apreciar, la APS contestó a los requerimientos de **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** oportunamente. Otra cosa es que la respuesta no sea del agrado de la Corredora.

Que tal cual reza la carta transcrita, la comunicación del inicio de proceso sancionatorio obedece a la actitud de **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** de pretender que la APS responda en términos que le satisfagan. La APS no soslaya, no omite responder a las peticiones de sus regulados, cuyas respuestas

obedecen a principios de planificación administrativa, orden de atención, gravedad y oportunidad. Esta insistencia de la Corredora la pone en desobediencia, rebeldía y resistencia a requerimientos legales del ente regulador, conducta susceptible de evaluación para fines de procedimiento administrativo sancionador.

Que la APS, al advertir las posibles consecuencias de la actitud de **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** actúa con **lógica** (advierte del curso natural de persistir la rebeldía); actúa con **justicia** (advierte de las consecuencias de la rebeldía de la Corredora a fin de instarla a un cambio de postura) y actúa con **proporcionalidad** (advierte de las consecuencias de la rebeldía de la Corredora sin emitir mayores juicios de valor).

CONSIDERANDO:

Que en cuanto a la alegación 3, contenida en el quinto Considerando de la presente resolución, la Corredora alega vulneraciones a principios y derechos constitucionales de manera genérica, sin especificar cuáles son esos derechos constitucionales y principios administrativos violados, por lo que no es de buen recibo tal alegación pues impide su análisis concreto y una respuesta concreta también.

Que no obstante lo anterior, resalta un elemento muy importante en la actitud de **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**; tanto en sus cartas como en el recurso de revocatoria, manifiesta que la intención de ella no es incumplir lo requerido por la APS ni por asomo. Pero lo objetivo es que a la fecha de resolución del caso presente, no ha remitido la información y documentación solicitada en su día por la APS. Si la intención verdadera de la compañía fuera la que ella dice, a más de tres meses de solicitada las "Bases para la Contratación de Seguros" y el "Slip de Contratación", las mismas ya hubieran sido enviadas al ente regulador sin mayores dilaciones u objeciones.

Que este gran detalle revela la realidad de la actitud de resistencia ilegal de **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado precedentemente, se concluye que no existe mérito para la revocación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 183-2013 de 08 de marzo de 2013, correspondiendo confirmar la misma en todas sus partes."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante nota presentada el 07 de mayo de 2013, **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 362-2013 de 16 de abril de 2013, expresando lo siguiente:

"(...)

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTACION DE LA IMPUGNACION

La resolución objeto de nuestra impugnación mediante el presente Recurso Jerárquico ha sido analizada de forma inextensa y sorpresivamente hemos podido verificar los siguientes aspectos que deberán ser tomados en cuenta al momento de emitir el

pronunciamiento que corresponda:

PRIMERO.- “Que la APS al advertir las posibles consecuencias de la actitud de Saavedra Pacheco CORREDORES DE SEGUROS S.R.L. actúa con lógica (advierde el curso natural de persistir la rebeldía); actúa con justicia (Advierde de las consecuencias de la rebeldía de la Corredora a fin de instarla a aun cambio de postura) y actúa con proporcionalidad (advierde de las consecuencias de la corredora sin emitir mayores juicios de valor).”

Señor Director, analizando el párrafo arriba transcrito claramente se puede extraer lo siguiente:

1. Que el criterio de la APS en cuanto a actuar con LOGICA es dar por sentado y juzgar que esta corredora de seguros es **REBELDE** por utilizar los Recursos que franquea la Ley en defensa de lo que consideramos justo.

Ante tal situación consideramos **ILOGICO** que el órgano regulador afirme y juzgue una conducta rebelde por parte de esta corredora de seguros por utilizar los Recursos que establece la normativa administrativa.

2. Según la APS actuar con **JUSTICIA** es dar por sentado, juzgar la rebeldía de esta corredora de seguros y advertir (amenazar) con el inicio de un proceso sancionador por acudir y plantear los Recursos que franquea la Ley en defensa de lo que consideramos justo.

Esta corredora de seguros solo ve injusticia y avasallamiento de nuestros derechos por parte del órgano regulador al considerarnos rebeldes y amenazar con el inicio de un proceso sancionador que tampoco sería factible a estas alturas debido a que no sea (sic) comprobado que exista infracción a la normativa administrativa y a la Ley de Seguros y su reglamentación en cuanto a Corredores de Seguros se refiere.

3. Para la APS actuar con **PROPORCIONALIDAD** es advertir con consecuencias sancionadoras, sin emitir un criterio fundado a los regulados.

Tal criterio no ha contemplado que hasta la fecha el Órgano Regulador no ha emitido nota alguna a esta corredora de seguros que se acerque si quiera a dar una respuesta cabal a nuestra solicitud de información que por derecho y correspondencia merecemos. Sin embargo lo que esta corredora de seguros ha recibido ha sido la amenaza del inicio de un proceso sancionador y el prejuzgamiento infundado de rebeldía por hacer uso de los recursos que el procedimiento y la norma administrativa nos confiere.

SEGUNDO.- “Que no obstante lo anterior, resalta en un elemento importante en la actitud de SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L. tanto en sus cartas como en su recurso de revocatoria, manifiesta que la intención de ella no es incumplir con lo requerido por la APS ni por asomo. Pero lo objetivo a la fecha de resolución del caso presente, no ha remitido la información y documentación solicitada en su día por la APS. Si la intención verdadera de la compañía fuera la que ella dice, a más de tres meses de solicitada las “Bases para la Contratación de Seguros” y el “Slip de Contratación”, las mismas ya hubieran sido enviadas, al ente regulador sin mayores dilaciones u objeciones.

Que este gran detalle revela la realidad de la actitud de resistencia ilegal de

SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.”

Señor Director, analizando el párrafo arriba transcrito claramente se puede extraer lo siguiente:

1. Se puede afirmar con absoluta certeza que el órgano regulador no contento con prejuzgarnos y establecer que esta corredora de seguros es rebelde por el solo hecho de utilizar los recursos que la norma administrativa nos franquea y amenazar con el inicio de un proceso sancionador ahora también se refiere a nuestra solicitud de información haciendo el uso de expresiones sarcásticas como por ejemplo **“NI POR ASOMO”** que solo demuestran el desorden con el que se emitió la presente Resolución Administrativa ahora impugnada y tal como se comprobaba en el siguiente párrafo.
2. Definitivamente, es muy claro que la APS además de reiterar su prejuzgamiento y establecer que esta corredora de seguros es rebelde por el solo hecho de utilizar los recursos que la norma administrativa nos franquea y amenazar con el inicio de un proceso sancionador ahora pretende desconocer y olvidar para seguramente fundamentar el casi inminente e ilegal proceso sancionador que:
 - En fecha 31 de agosto de 2012, fuimos notificados con la Circular APS/DS/JTS/1062012, cuyo contenido establecía claramente la orden de remitir información respecto a pólizas emitidas en las que la corredora se habría desempeñado como Asesor de Seguros de Entidades Públicas.
 - En fecha 12 de septiembre de 2012, esta corredora de seguros remitió la información requerida por su autoridad a cabalidad mediante cite SP:CV-97/12 y sin que existiese observación alguna por parte de su autoridad.
 - En fecha 29 de octubre, fuimos notificados con el cite APS/DS/JTS/8485/2012 por el que su autoridad comunica a esta corredora de seguros que se estaría efectuando una evaluación a las pólizas emitidas a través de Corredores de Seguros y nos solicitan el contenido inextenso de las pólizas del Servicio de impuestos Nacionales tal como consta en su cite arriba mencionado.
 - En fecha 8 de noviembre mediante cite SP: CV-134/12 remitimos la información requerida con la única salvedad debidamente explicada referida a que nos era imposible el remitir el Informe de Evaluación Técnica toda vez que debido a nuestra relación contractual y debidamente amparados en nuestro contrato de consultoría tal información es de propiedad del Servicio de Impuestos Nacionales y tampoco fuimos objeto de observación alguna.
 - En fecha 29 de enero de 2013, fuimos notificados con el cite APS/DS/JTS/456/2013, por el que textualmente la APS **AFIRMA** lo siguiente: **“HEMOS TOMADO CONOCIMIENTO DE LAS BASES PARA LA CONTRATACION DE SEGUROS y EL SLIP DE CONTRATACION ELABORADO POR...”**

Está claro que la APS, se encuentra actuando con absoluta contradicción a lo afirmado por su cite APS/DS/JTS/456/2013 toda vez que acepta sin observación alguna el cumplimiento a su requerimiento de información pero posteriormente y en total contradicción basa su pronunciamiento y ratifica el contenido de la **RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS N° 183-2013, EMITIDA EL 8 DE MARZO**

DE 2013 y establece una conducta rebelde por parte de esta corredora afirmando que la misma no remitió **LAS BASES PARA LA CONTRATACION DE SEGUROS y EL SLIP DE CONTRATACION** a la fecha de la emisión de la **RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N 362-2013 EMITIDA EL 16 DE ABRIL DE 2013**, observándose una falta total de análisis a las pruebas contenidas en el file del caso.

Ante tal situación la APS ahora deberá también probar que esta Corredora de Seguros **NO** hizo entrega de las **“Bases para la Contratación de Seguros” y el “Slip de Contratación”**

Independientemente de lo expuesto líneas arriba el fundamento de la **RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N 362-2013 EMITIDA EL 16 DE ABRIL DE 2013**, que en Recurso de Revocatoria confirma la **RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS N° 183-2013, EMITIDA EL 8 DE MARZO DE 2013** es causal suficiente para invocar la nulidad de todo lo actuado por no existir correlación en la fundamentación del órgano regulador y por pretender afirmar que esta corredora de seguros incumplió con los requerimientos de información cuando este acepta por escrito su conformidad mediante cite APS/DS/JTS/456/2013 y ahora pretende reiteramos afirmar que esta corredora habría incumplido los requerimientos del órgano regulador en absoluta violación a nuestros derechos.

PETITORIO

En base a lo expuesto y en apego al artículo 66 de la LPA interponemos **Recurso Jerárquico** en contra de la **RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N 362-2013 EMITIDA EL 16 DE ABRIL DE 2013**, y notificada a nuestra empresa el 22 de abril de 2013, invocando la nulidad de todo lo actuado por no existir incumplimiento demostrado a los requerimientos de la APS.

La APS deberá también probar que esta Corredora de Seguros **NO** hizo entrega de las **“Bases para la Contratación de Seguros” y el “Slip de Contratación”** en el plazo otorgado por el órgano regulador.

La APS deberá probar que esta corredora de seguros se ha **“RESISTIDO ILEGALMENTE”** a los requerimientos efectuados por el órgano regulador.”

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, por cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES PROCESALES Y EMISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros el 31 de agosto de 2012,

emitió la Circular APS/DS/JTS/106-2012, mediante la cual instruyó la remisión de información respecto a pólizas emitidas, en las que la Corredora se habría desempeñado como Asesor de Seguros de Entidades Públicas, Circular notificada a **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, el 05 de septiembre de 2012.

En fecha 12 de septiembre de 2012, mediante Nota SP: CV-97/12, la Corredora de Seguros atendió el requerimiento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dentro de la evaluación de las Pólizas emitidas a través de Corredores de Seguros, mediante Nota APS/DS/JTS/8485/2012 de 29 de octubre de 2012, solicita a **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, documentación relacionada a las pólizas emitidas a favor del Servicio de Impuestos Nacionales.

Mediante Nota SP: CV-134/12 de fecha 8 de noviembre de 2012, la Corredora de Seguros responde a la información requerida, con la única salvedad de que estaba imposibilitado de remitir el Informe de Evaluación Técnica, debido a que, por la relación contractual que mantenía con el Servicio de Impuestos Nacionales, tal información era de propiedad de esta institución pública.

En fecha 29 de enero de 2013, a través de Nota APS/DS/JTS/456/2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, solicita a la Corredora de Seguros, justificar técnica y legalmente la inclusión de las cláusulas, términos y condiciones (expuestas en la referida nota), a efectos de evaluar el asesoramiento que habrían brindado al Servicio de Impuestos Nacionales.

Mediante Nota SP: CV-29/13, de 4 de febrero de 2013, **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** solicita que, con carácter previo a dar respuesta a la nota APS/DS/JTS/456/2013, se le haga conocer textualmente lo siguiente:

“(…)

- 1. Agradeceremos poner en conocimiento de esta corredora de seguros el destino de la información que les fuera remitida mediante SP: CV-97/12*
- 2. Agradeceremos poner en conocimiento de esta corredora de seguros el resultado de la evaluación técnica de la documentación remitida a ustedes mediante cite SP: SV-134/12.*
- 3. Agradeceremos poner en conocimiento de esta corredora de seguros la existencia de denuncias en contra de la misma y todos los antecedentes que sean de su conocimiento.*
- 4. Toda vez que entendemos que el órgano regulador que usted dirige tan acertadamente, con igualdad y equidad agradeceremos poner en conocimiento de esta corredora de seguros, si se están llevando a cabo similares actuados destinados a la evaluación técnica a los demás regulados que se hubieren desempeñado como asesores de seguros para entidades públicas”.*

Al respecto, la Autoridad Reguladora, mediante nota APS/DS/JTS/17068/2013, presentada a la Corredora de Seguros en fecha 20 de febrero de 2013, conforme al siguiente texto, señala:

“(...)

Acusamos recibo de su nota SP: CV-29/13 a través de la cual observamos que no han dado cumplimiento a lo requerido en nuestra nota APS/DS/JTS/456/2013.

Al respecto, recordamos a usted, lo establecido en el Artículo 43, inciso d) de la Ley de Seguros, que establece como una atribución de esta Autoridad, supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.

Es en este sentido, que esta Autoridad viene supervisando las actividades de las entidades bajo su supervisión, la cual se ve reflejada en la solicitud de información requerida mediante Circular APS/DS/JTS/8485/2012, la cual esta Autoridad se encuentra evaluando las actividades desarrolladas, no sólo por Saavedra Pacheco Corredores de Seguros S.R.L., sino por otros Intermediarios de Seguros.

Al punto, corresponde mencionar que los resultados de esta evaluación una vez concluida, serán comunicados según corresponda.

En este sentido, con independencia al proceso administrativo que corresponda, otorgamos un último plazo de dos días administrativos a partir de la recepción de la presente nota para remitir lo requerido en nuestra carta APS/DS/JTS/456/2013 (...)

A través de Nota SP: CV-39/13, de 22 de febrero de 2013, **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, solicita se eleve a rango de Resolución Administrativa la nota APS/DS/JTS/17068/2013, emitida en fecha 13 de febrero de 2013 por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 08 de marzo de 2013, emite Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 183-2013 que consigna en Resolución Administrativa la carta CITE: APS/DS/JTS/17068/2013 de 13 de febrero de 2013.

Mediante memorial de fecha 4 de abril de 2013, **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/N°183/2013 de 8 de marzo de 2013.

Por Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 362-2013 de 16 de abril de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 183-2013 de 8 de marzo de 2013.

Mediante memorial presentado el 7 de mayo de 2013, **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 362-2013 de 16 de abril de 2013, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

De los antecedentes cursantes en el expediente administrativo, transcritos ut supra, importa precisar que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, realizará el control de legalidad

sobre el mismo, constatando la compatibilidad de éstos con la Constitución Política del Estado, las leyes que la sustentan y el límite del accionar de la instancia inferior.

Por lo que a continuación se procederá con la compulsas respectivas.

2.1. Facultad de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros para exigir documentación e información.-

En forma previa a ingresar al análisis de la problemática planteada, resulta necesario referirse a la potestad de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, instituida legalmente en Bolivia, así:

La Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005, de Modificaciones a las Leyes N° 2427, N° 2341 y N° 1488, en su Artículo 1 Parágrafo V, determina que:

“La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar, supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, la actividad aseguradora, reaseguradora y del mercado de valores”.

Por disposición del Decreto Supremo N° 29894 de 07 de febrero de 2009, se **extinguen** todas las Superintendencias de los Sistemas de Regulación Sectorial. Así como la Superintendencia General del SIREFI. La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras modifica su denominación a Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y asume además las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades de valores y seguros.

Por su parte el Decreto Supremo N° 0071 de 09 de abril de 2009, dispone la **creación** de las Autoridades de Fiscalización y Control Social en los diferentes rubros; asimismo, establece el proceso de extinción de las superintendencias generales y sectoriales, y reglamenta las transferencias de activos, pasivos, recursos humanos, recursos presupuestarios, procesos judiciales y administrativos, derechos y obligaciones.

La Ley N° 065 de Pensiones de fecha 10 de diciembre de 2010, dispone en su **“Artículo 167 (Organismo de Fiscalización)**. La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP se denominará en adelante Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS y asumirá las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de seguros de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI, en un plazo de sesenta (60) días hábiles...”.

Asimismo, la citada Ley establece, en su **Artículo 168 (Funciones y Atribuciones del Organismo de Fiscalización)**. El organismo de Fiscalización tiene las siguientes funciones y atribuciones:

“(…),

b) Fiscalizar, supervisar, **regular, controlar**, inspeccionar y sancionar a la (...), Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

c) Asumir las funciones, atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas en la Ley de Seguros (...).

f) Investigar y sancionar las conductas que generen conflicto de intereses.

g) **Supervisar** las transacciones y los contratos realizados por las entidades bajo su jurisdicción, relacionados con las actividades establecidas en la presente Ley, Ley de Seguros y sus Reglamentos.

(...)"

Por su parte, la Ley N° 1883 de Seguros de 25 de junio de 1998, refuerza sólidamente las atribuciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, establece:

"ARTÍCULO 41.- Funciones y Objetivos: La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, como órgano que fiscaliza y controla las personas, entidades y actividades del sector de seguros de la República, tiene los siguientes objetivos:

(...)

d) Velar por la publicidad adecuada y la transparencia de las operaciones en el mercado de seguros. (...)"

"ARTÍCULO 43.- Atribuciones de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros: La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:

(...)

c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción.

d) Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.

(...)

f) Todas aquellas atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones".

De las normas legales citadas precedentemente, se colige que el Estado Plurinacional de Bolivia, determinó ciertas actividades, para que operen bajo un régimen de regulación estatal, que constituyendo un sistema organizado por ramos (rubros), con normas propias para cada uno de ellos, ejerce la función de **regular**, controlar y supervisar las actividades señaladas, u otras que se incluyan por parte del Estado y existe un ente por rubro para efectos de revisión de las actividades de control.

Considerando que una de las funciones principales de las Autoridades de Fiscalización y Control es la **regulación**, es necesario establecer que se entiende por regulación:

En términos generales, se entiende por regulación la serie de instrumentos mediante los cuales, los gobiernos, establecen requerimientos sobre la libre actividad de las empresas y

de los ciudadanos. En ese sentido, las regulaciones son limitaciones impuestas a la libertad de los ciudadanos y de las empresas **por presumibles razones de interés público**. Las regulaciones así entendidas, se expresan tanto en leyes como en reglamentos y órdenes o actos administrativos producidos en los diferentes niveles de gobierno.

La regulación por rubros, tiene la finalidad de asegurar que las actividades bajo su jurisdicción operen con eficiencia, contribuyan al desarrollo de la economía nacional y tienda a que todos los habitantes del Estado puedan acceder a los servicios; asimismo, que los intereses de los usuarios, las empresas que prestan los servicios y demás entidades reguladas, gocen de la protección prevista por Ley en forma efectiva.

Por otro lado, todas las Autoridades de Fiscalización y Control Social, cuentan con potestades administrativas, que puede definirse como el poder de acción para la satisfacción de los intereses públicos, que atribuyen las normas a la Autoridad Reguladora y que implican sujeción jurídica para los ciudadanos destinatarios de los actos dictados en el ejercicio de éstas potestades. Por tanto, estas potestades, son una manifestación del poder soberano del Estado, emanadas de la Ley y para la satisfacción de los intereses generales; sin dejar de lado, la supremacía jurídica de la Administración, que es el posicionamiento jurídico no igualitario de ésta frente a los ciudadanos en su función de ejecutora de la Ley.

De la interpretación de las normas citadas y párrafos precedentes, se infiere que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros es la única entidad competente para regular el servicio de intermediación y auxiliares de la actividad de seguros en general, así como tiene la facultad expresa de exigir a **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, documentación para su evaluación y controlar la correcta prestación del servicio y cumplimiento de las obligaciones contractuales de ésta, en su calidad de prestador de servicios de Corredor y/o Asesor de Seguros.

Por lo tanto, resulta innegable la potestad de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que deriva de la Ley, entre otros, para fiscalizar, controlar, requerir información, inspeccionar y sancionar, en el marco de la ley.

2.2. Del Derecho a la Petición.-

El artículo 24 de la Constitución Política del Estado, establece: *“Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario”*.

Asimismo, en materia administrativa, el artículo 16 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, dispone **“(Derechos de las Personas)**. *En su relación con la Administración Pública, las personas tienen los siguientes derechos: a) A formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente. (...)*”.

En ese contexto es que la Constitución Política del Estado precisa una titularidad generalizada de este derecho, pues enmarcado como un derecho del ser humano en la comunidad política, lo que se permite es que todo individuo puede hacer solicitudes y recibir respuestas, sin ninguna

otra formalidad que precisar su identidad; la concepción constitucional de este derecho fundamental se adscribe a una visión anti formalista, ya que el requisito exigido es mínimo, situación que obedece a su naturaleza, pues no tutela pretensiones en el fondo, lo que hace es tutelar la facultad del individuo de recibir una respuesta y no el hecho que ésta sea favorable, pero sí que sea razonable en plazo y en contenido justificatorio.

En concordancia con los criterios precedentes, el Tribunal Constitucional Plurinacional mediante la SCP 0143/2012 de 14 de mayo de 2012, concluyó que: *“El derecho de petición es uno de los derechos esenciales para el acercamiento del Estado al administrado, permitiendo un relacionamiento eficaz en igualdad de condiciones, contribuyendo de esta manera a un mejor servicio público inclinado a favor del ciudadano. Ahora bien, la respuesta que proporcione, no necesariamente debe ser satisfactoria para el administrado, habrán situaciones que ameriten una respuesta negativa, sin que por ellas se haya vulnerado este derecho”*.

En el caso concreto de la documentación remitida a esta instancia jerárquica, se puede concluir que evidentemente **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, mediante Nota SP: CV-29/13 de 04 de febrero de 2013, previamente a atender el requerimiento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, de remitir Informe que justifique técnica y legalmente la inclusión de las cláusulas, términos y condiciones en el Documento Base de Contratación, solicita pronunciamiento que responda sobre cuatro puntos detallados en dicha carta.

En este sentido, de la revisión del expediente que nos ocupa, esta instancia jerárquica evidenció que la citada Nota SP: CV-29/13 de 04 de febrero de 2013, fue respondida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Nota APS/DS/JTS/17068/2013 de 13 de febrero de 2013, notificada a la Corredora de Seguros en fecha 20 de febrero de 2013, conforme se pasa a correlacionar puntualmente:

1. *Agradeceremos poner en conocimiento de esta corredora de seguros el destino de la información que les fuera remitida mediante SP: CV-97/12*

R.- (...) *esta Autoridad viene supervisando las actividades de las entidades bajo su supervisión, la cual se ve reflejada en la solicitud de información requerida mediante Circular APS/DS/JTS/8485/2012, la cual esta Autoridad se encuentra evaluando las actividades desarrolladas.*

2. *Agradeceremos poner en conocimiento de esta corredora de seguros el resultado de la evaluación técnica de la documentación remitida a ustedes mediante cite SP: SV-134/12.*

R.- (...) *los resultados de esta evaluación una vez concluida, serán comunicados según corresponda.*

3. *Agradeceremos poner en conocimiento de esta corredora de seguros la existencia de denuncias en contra de la misma y todos los antecedentes que sean de su conocimiento.*

R.- (...) establece como una atribución de esta Autoridad, supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.

Respuesta genérica, soslayando comunicar la existencia o no de denuncias en contra de Saavedra Pacheco Corredores de Seguros SRL.

4. *Toda vez que entendemos que el órgano regulador que usted dirige tan acertadamente, con igualdad y equidad agradeceremos poner en conocimiento de esta corredora de seguros, si se están llevando a cabo similares actuados destinados a la evaluación técnica a los demás regulados que se hubieren desempeñado como asesores de seguros para entidades públicas"*

R.- (...) esta Autoridad se encuentra evaluando las actividades desarrolladas, no solo por Saavedra Pacheco Corredores de Seguros SRL, sino por otros Intermediarios de Seguros.

En consecuencia el derecho de petición de **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, se encuentra insatisfecho, toda vez que, se evidencia que existe un vacío en la respuesta por parte de la Autoridad Reguladora, conforme la copia que cursa en antecedentes.

Ahora bien, la respuesta proporcionada por el Ente Regulador mediante Nota APS/DS/JTS/17068/2013 de 13 de febrero de 2013, debió ser pertinente y responder a cada uno de los puntos petitionados, proporcionando certeza respecto a lo que se respondía, debiendo concurrir la existencia de motivación, con suficiencia y racionalidad jurídica, por lo que al brindar respuesta parcial e incompleta, no se ha garantizado un verdadero derecho a la petición, al debido proceso y a una justicia administrativa oportuna, pronta y sin dilaciones.

Al respecto, corresponde referirse a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 076/2012 de 20 de diciembre de 2012, que en cuanto al derecho a la petición ha desarrollado lo siguiente:

"Sin embargo y así expresado en la Resolución Administrativa (...) sus fundamentos resultan insuficientes y su determinación... confusa, extremo sobre el que no existe mención alguna en la Resolución Administrativa (...), entonces, dejándolo irresoluto por una parte, como determinando por la otra, que los considerandos y fundamentos de los que se compone la misma resolución, corresponderían únicamente al fondo del Recurso de Revocatoria (...), y no así a la de la nota (...), presentada en fecha 12 de junio de 2012, lo que en definitiva genera confusión, por cuanto, recuérdese que el fundamento insuficiente sugiere ser común para las dos pretensiones, entonces determina oscuridad sobre su fundamento en general.

Tal extremo importa infracción a lo determinado por los artículos 24º, de la Constitución Política del Estado (derecho a la petición y a la obtención de respuesta), 63º (Alcance de la Resolución), parágrafo II (La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente,...), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 -de Procedimiento Administrativo-, y 17º parágrafo II (La Resolución Administrativa debe contener...), inciso 'e' (La decisión clara y expresa...) del Reglamento a la Ley

de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

En el Derecho constitucional comparado -como en el de la sentencia al caso Exp. N° 3741-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional de la República) se tiene un razonamiento útil para comprender los alcances de la infracción..."

Por otro lado, importa precisar que **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, **no puede ni debe hacer depender la remisión del informe de justificación técnico y legal**, de inclusión de cláusulas, términos y condiciones al "*Documento Base de Contratación*" requerida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, **a una condición previa de obtener una respuesta de la Autoridad Reguladora**, por las razones fundamentadas ampliamente en el Numeral 2.1. de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2.3. En cuanto a la información solicitada por la Autoridad Reguladora y que no habría sido presentada por Saavedra Pacheco Corredora de Seguros S.R.L.-

La Nota APS/DS/JTS/456/2013 emitida el 17 de enero de 2013, por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, presentada a **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.** el 29 de enero de 2013, contiene dos aspectos sobresalientes, a desglosar:

- a) Que ha tomado conocimiento de las Bases para la Contratación de Seguros y el SLIP de Contratación elaborado por dicha Corredora para el Servicio de Impuestos Nacionales, en su calidad de Seguros.
- b) Que a fin de evaluar la labor de asesoramiento por parte de **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, instruye a ésta que en el plazo de cinco días hábiles, remitan un informe que justifique técnica y legalmente la inclusión de las cláusulas, términos y condiciones en el Documento Base de Contratación, (en la citada nota se desarrolla los puntos que debe informar y justificar la Corredora).

Se impone, entonces, el análisis de ambos aspectos en relación al caso concreto; primero referido al **inciso a)**, la Autoridad Reguladora comunica oficialmente que ha conocido la Bases para la Contratación de Seguros y el SLIP de Contratación, elaborado por Saavedra Pacheco Corredores de Seguros SRL, en consecuencia, tomó conocimiento porque esta documentación fue remitida por la Corredora de Seguros mediante Nota SP: CV-134/12 de 08 de noviembre de 2012, en atención al requerimiento de la APS, efectuado a través de Nota APS/DS/JTS/8485/2012 de 29 de octubre de 2012; punto que no requiere atención o respuesta por parte de **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS SRL**, por tratarse de una simple participación de información y no así de un requerimiento o exigencia.

Con relación al análisis del **inciso b)**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, fundamentando el requerimiento, dispone la remisión en un plazo perentorio e improrrogable de cinco días, de un informe de justificación técnica y legal de las razones por las que se incluyó en el Documento Base de Contratación, determinadas cláusulas adicionales, términos y condiciones especiales detalladas en la Nota APS/DS/JTS/456/2013 emitida el 17 de enero de 2013; este punto si contiene una orden directa dirigida a **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS SRL** de expedir y enviar a la APS, expresamente un informe que

demuestre y acredite las razones de la inclusión de ciertas cláusulas, términos y condiciones en el Documento Base de Contratación.

Que mediante Nota SP: CV-29/13 de 04 de febrero de 2013, **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS SRL**, señala que, "con carácter previo a dar respuesta a su cite: APS/DS/JTS/456/2013, sea su autoridad en uso de sus atribuciones y competencias, así como a la equidad y justicia que representa se pronuncie sobre los siguientes puntos con la única finalidad reiteramos de poder equilibrar cualquier aspecto u hecho que nos pudiera generar un daño económico, multa, sanción o una eventual posición de indefensión.

1. (...) el destino de la información que les fuera remitida mediante SP: CV-97/12.
2. (...) el resultado de la evaluación técnica de la documentación remitida a ustedes mediante cite: SP CV-134/12.
3. (...) la existencia de denuncias en contra de la misma y todos los antecedentes que sean de su conocimiento.
4. (...) si están llevando a cabo similares actuados destinados a la evaluación técnica a los demás regulados que se hubieren desempeñado como asesores de seguros para entidades públicas.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 20 de febrero de 2013, remite a **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, la Nota APS/DS/JTS/17068/2013, carta que se analiza a continuación:

1. (...) observamos que no han dado cumplimiento a lo requerido en nuestra nota APS/DS/JTS/456/2013.
2. (...) recordamos a usted, lo establecido en el artículo 43, inciso d) de la Ley de Seguros que establece como una atribución de esta Autoridad, supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.
3. (...) esta Autoridad viene supervisando las actividades de las entidades bajo su supervisión, la cual se ve reflejada en la solicitud de información requerida mediante Circular APS/DS/JTS/8485/2012, la cual esta Autoridad se encuentra evaluando las actividades desarrolladas, no solo por Saavedra Pacheco Corredores de Seguros SRL, sino por otros intermediarios de Seguros.
4. (...) los resultados de esta evaluación una vez concluida, serán comunicados según corresponda.
5. (...) con independencia al proceso administrativo que corresponda, otorgamos un último plazo de dos días administrativos a partir de la recepción de la presente nota para remitir lo requerido en nuestra carta APS/DS/JTS/456/2013.

De la lectura de los antecedentes e intercambio de correspondencia, entre el Agente Regulado y la Autoridad Reguladora, especialmente del: **a)** requerimiento de la APS mediante Nota: APS/DS/JTS/456/2013; **b)** respuesta de la Corredora a través de carta SP: VC-29/13 y **c)** respuesta y reiteración de solicitud de la APS mediante nota APS/DS/JTS/17068/2013, se evidencia que el segundo requerimiento específico de información complementaria instruida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no cursa en la documentación remitida a esta instancia jerárquica, sobreentendiéndose que dentro del presente caso de autos, no ha sido atendida por **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS SRL**.

Al respecto, en el presente caso la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a tiempo de pronunciar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 362-2013 de fecha 16 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 183-2013 de 08 de marzo de 2013, ha incurrido en un lapsus calami, en el antepenúltimo Considerando (página 8), al transcribir que las “Bases para la Contratación de Seguros” y el “Slip de Contratación”, no hubieran sido enviadas, conforme se evidencia de la transcripción del párrafo:

*“Que no obstante lo anterior, resalta un elemento muy importante en la actitud de **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, tanto en sus cartas como en el recurso de revocatoria, manifiesta que la intención de ella no es incumplir lo requerido por la APS ni por asomo. Pero lo objetivo es que a la fecha de resolución del caso presente, no ha remitido la información y documentación solicitada en su día por la APS. Si la intención verdadera de la compañía fuera la que ella dice, a más de tres meses de solicitada las “**Bases para la Contratación de Seguros**” y el “**Slip de Contratación**”, las mismas ya hubieran sido enviadas al ente regulador sin mayores dilaciones u objeciones.*

*Que este gran detalle revela la realidad de la actitud de resistencia ilegal de **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.***

Cuando de la revisión de antecedentes, se evidencia que la documentación extrañada y requerida mediante nota APS/DS/JTS/456/2013, es el **informe que justifique técnica y legalmente la inclusión de determinadas cláusulas, términos y condiciones en el Documento Base de Contratación**, pedido reiterado a través de nota APS/DS/JTS/17068/2013, motivo del presente Recurso Jerárquico, aspecto que es de pleno conocimiento de **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, y que pretende confundir y desviar el curso de la presente impugnación.

2.4. De la nulidad planteada.-

En primer término, corresponde precisar que el Recurso Jerárquico planteado tiene por finalidad que en instancia jerárquica, verifique la conformidad o disconformidad de los actos administrativos recurridos con el sistema normativo vigente, es decir, la Nota APS/DS/JTS/17068/2013 de 13 de febrero de 2013, Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 183-2013 de 08 de marzo de 2013 y Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 362-2013 de 16 de abril de 2013, no así sobre el intercambio de correspondencia entre la recurrente y la Autoridad Reguladora, cual se lee del Recurso Jerárquico presentado por la Corredora.

Sin perjuicio de ello y no siendo el fondo de la controversia, se pasa a desarrollar:

SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS SRL., de manera categórica, en su Recurso Jerárquico, refiere “...que la APS, se encuentra actuando con absoluta contradicción a lo afirmado por su cite: APS/DS/JTS/456/2013 toda vez que acepta sin observación alguna el cumplimiento a su requerimiento de información, pero posteriormente y en total contradicción basa su pronunciamiento y ratifica el contenido de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 183-2013 emitida el 08 de marzo de 2013, y establece una conducta rebelde por parte de esta

Corredora afirmando que la misma no remitió las Bases para la Contratación de Seguros y el Slip de Contratación a la fecha de la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPS/Nº 362-2013 emitida el 16 de abril de 2013, observándose una falta total de análisis a las pruebas contenidas en el file del caso.

Ante tal situación la APS ahora deberá también probar que esta Corredora de Seguros no hizo entrega de las "Bases para la Contratación de Seguros y el Slip de Contratación". (...) es causal suficiente para invocar la nulidad de todo lo actuado por no existir correlación en la fundamentación del órgano regulador y por pretender afirmar que esta Corredora de Seguros incumplió con los requerimientos de información cuando éste acepta por escrito su conformidad (...)"

Que a este efecto, se analizará la normativa referida a la nulidad.

La Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, establece en su **Artículo 35 (Nulidad del Acto)**.-
I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:

- a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio.
- b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible.
- c) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.
- d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; y
- e) Cualquier otro establecido expresamente por ley.

II. Las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley".

La nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad establecidas por ley; conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009.

Que en lo concerniente a la nulidad de todo lo actuado solicitada por **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, corresponde su rechazo al no encontrarse el pedido enmarcado en lo señalado por el artículo 35, parágrafo I de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 23 de abril de 2002.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, se ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros al emitir la nota APS/DS/JTS/17068/2013 de 13 de febrero de 2013, da respuesta genérica a la petición planteada por **SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.**, en consecuencia, no ha garantizado un verdadero derecho constitucional a la petición, consiguientemente lesionado éste, incidiendo al debido proceso.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la **ANULACIÓN** de la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la emisión de la nota APS/DS/JTS/17068/2013 de 13 de febrero de 2013, inclusive, debiendo emitirse nueva nota de respuesta conforme los argumentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/N° 418-2013 DE 24 DE ABRIL DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 059/2013 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 059/2013

La Paz, 23 de Septiembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°418-2013 de 24 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°392-2012 de 8 de junio de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 57/2013 de 2 de septiembre de 2013, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 141 de 19 de septiembre de 2013, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, mediante nota PREV-OP-0792/2013 de 15 de mayo de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, legalmente representada por el señor René Nicolás Nogales Rodríguez, tal como lo acredita el Testimonio de Poder N° 627/2008 de fecha 24 de noviembre de 2008, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo del Dra. Juana Mery Ortiz Romero, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa

APS/DJ/DPC/N°418-2013 de 24 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°392-2012 de 8 de junio de 2012.

Que, mediante nota APS/DESP/DJC/5608/2013, con fecha de recepción de 21 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°418-2013 de 24 de abril de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 24 de marzo de 2013, notificado en fecha 3 de junio de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 418-2013 de 24 de abril de 2013.

Que, el 28 de junio de 2013, a horas 9:00, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/2362/2012 de 29 de marzo de 2012, notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, con los siguientes cargos:

"...II. DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS:

Se ha verificado que BBVA Previsión AFP S.A., ha utilizado los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, para resarcirse de los pagos de pensiones realizados por recargos de los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, que se encontraban en curso de pago con recursos propios de la AFP, por determinación firme del Tribunal de Amparo y desde las siguientes fechas:

CUA	Fecha primer pago
27223723	10jun/08
6888951	29 ene/09
4669541	31 ago/05
10502944	15 mar/07

La utilización de los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, sin el respaldo legal correspondiente, ha ocasionado un menoscabo y daño patrimonial al saldo y la rentabilidad del señalado Fondo, perteneciente a los Asegurados, incumpliendo de esta manera lo dispuesto en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP y los artículos 6 y 149 incisos o) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones..."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota PREV-OP-0765/2012 de fecha 11 de mayo de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, presenta descargos alegando lo siguiente:

"...Habiéndose en fecha 25-04-2012, notificado a la AFP, con CITE: APS/DPC/2362/2012, de 29-03-2012, por la que, se indica que, BBVA PREVISIÓN AFP. S.A., supuestamente habría utilizado recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, sin respaldo legal, en tiempo y forma vengo a ofrecer prueba de descargo, conforme los arts.: 16-e, h, j) y art. 18 de la Ley 2341; sin perjuicio de ampliarla más adelante si la considero(sic) necesaria, para demostrar que, BBVA PREVISIÓN AFP.SA., no ha infringido ninguna norma, al resarcir y conciliar de la Cuenta de Riesgos Profesionales, por pagos realizados por la AFP, con recursos propios, cuando no es una deuda de la AFP, sino que, es un pago de pensión a favor de los afiliados, de acuerdo a lo siguiente:

1. Prueba Documental.- En esta calidad se ofrece la siguiente:

- a. Fotocopia simple de todo el expediente del proceso administrativo iniciado mediante el Cite: APS/DJ/DPC/3541/2011, de 23-09-2011, de fs. 1 a fs. 428 inclusive; debiendo tenerse presente el principio de informalismo propio del Derecho Administrativo.
- b. Fotocopia de la R.A. APS/DJ/DPC/N° 258-2012, de 27-04-2012.
- c. Se ratifica prueba cursante en obrados inserta por nota PREV.PR-RIE 2451/11, de 13-06-2011, consistente en las copias de los amparos constitucionales.

PETITORIO.- Por lo expuesto, a V.A., solicito:

1. Se tenga por producida la prueba de descargo; sin perjuicio de ampliarla más adelante.
2. Se tenga por ratificada la prueba cursante en obrados del proceso administrativo inserta por nota PREV-PR-RIE 2451/11, de 13-06-2011, consistente en las copias de los amparos constitucionales.
3. Pasado el término probatorio, y antes de la emisión de la respectiva resolución determinativa, sírvase fijar día y hora de audiencia pública para la formulación de alegatos, conforme lo autoriza el art. 68-III del D.S. 27175.
4. Previa valoración de la prueba de descargo y los alegatos respectivos, mediante Resolución, sírvase determinar la inexistencia de infracciones por parte de BBVA PREVISIÓN AFP. SA.; desestimando cualquier tipo de sanción administrativa.
5. Se solicita fotocopias simples de todo lo obrado..."

Mediante Auto de 16 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, señaló audiencia para la exposición de fundamentos solicitada por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, la cual fue llevada a cabo el 25 de mayo de 2012.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 392-2012 DE 8 DE JUNIO DE 2012.-

Que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 392-2012 de 8 de junio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió

“...PRIMERO.- I. Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el cargo imputado con una multa en Bolivianos equivalente a \$us5.001,00 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por infracción a lo establecido en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP y los artículos 6 y 149 incisos o) y v) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

II.- Se dispone que BBVA Previsión AFP S.A. en sujeción al artículo 289 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución, reponga con recursos propios al Fondo Colectivo de Riesgos, los recursos utilizados para el resarcimiento correspondiente a Bs2,143,900.82 (DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS 82/100 Bolivianos), más su rentabilidad.

III. Copia original del comprobante de la operación de reposición deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuada la reposición.

IV.- Sin perjuicio de la reposición a realizar, la AFP deberá continuar con el pago correspondiente a los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, conforme a las determinaciones del Tribunal de Amparo, con recursos propios.

SEGUNDO.- I. La multa señalada, deberá ser depositada por la AFP en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación Nº 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

II. Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitido a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito...”

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

(...)

Que del análisis de los elementos de descargo presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en el presente proceso administrativo, se tiene lo siguiente:

A. “SITUACIÓN DE LOS CASOS IMPUTADOS”.

El 08 de junio de 2011, con nota APS/DPC/1166/2011, esta Autoridad instruye a la AFP informe sobre los montos pagados a la fecha, fecha de solicitud de pensión de invalidez

o muerte, monto de recargo notificado a los Empleadores de todos los casos que estuvieran con fallos judiciales y/o Amparos Constitucionales; requerimiento atendido el 16 de junio de 2011, con nota PREV-PR-RIE 2527/11.

El 24 de octubre de 2011, mediante nota PREV-OP-1504/2011 BBVA Previsión AFP S.A., comunica a esta Autoridad que: "... ha procedido a resarcirse a partir de la Cuenta de Riesgo Profesional por pagos de pensiones de Invalidez efectuados con recursos de la Administradora en cumplimiento de Sentencias Constitucionales."; la cual fue aclarada el 25 de octubre de 2011, con nota PREV-OP-1570/2011, señalando: "Tenemos a bien hacerle conocer que involuntariamente en nuestra nota PREV-OP-1504/2011 del 24/10/2011, comunicamos a su autoridad (sic) que ésta AFP procedió a resarcirse a partir de la Cuenta de Riesgo Profesional por pagos de pensiones de Invalidez efectuados con recursos de la Administradora en cumplimiento de Sentencias Constitucionales, **cuando el mencionado resarcimiento fue de la Cuenta de Siniestralidad, por el hecho de tratarse de casos de pensión por Riesgo Común.**".

Esta Autoridad con nota APS/DPC/4696/2011 de 10 de noviembre de 2011, recuerda al regulado que, la norma establece requisitos que deben ser cumplidos para acceder a una pensión, y que en los casos con Recargos, el financiamiento de estas pensiones corresponderá efectuarse con cargo al mencionado Recargo, una vez que éste sea pagado. Asimismo, le instruye remitir el comprobante de reposición de los recursos resarcidos.

BBVA Previsión AFP S.A. con nota PREV-OP-0136/2012 de 24 de enero de 2012, remite documentación consistente en comprobantes contables de pago, copia de cheques, según el cuadro resumen siguiente:

"...

CUA	NOMBRE	SOLICITUD	CALCULO RECARGO	MONTO (UFV)	NOTIF.	MONTO PAGADO (Bs sep/11)	EST. ACTUAL
27223723	Fernando Herrera Aguilera	23/4/2007	31/12/2007	1.014.814,2	10/12/2007	718.413,03	Proceso con Auto de vista confirmatoria de la Sentencia Apelada. Se solicitó medidas previas al remate de las 8 naves embargadas.
6888951	Ramiro Martínez	20/4/2007	31/12/2007	1.701.342,5	3/1/2008	759.146,69	Proceso con Auto de vista confirmatoria de la Sentencia Apelada. Se solicitó prórroga de la Anotación Preventiva de los 3 inmuebles de propiedad del LAB.
4669541	Edwin Céspedes Vélez	10/10/2002	30/8/2004	\$us. 37.069,75	19/11/2004	200.332,67	Proceso con Auto de vista confirmatoria de la Sentencia Apelada. Con Certificados Negativos de Bienes.

10502944	Jorge Lara Balderrama	18/3/2003	6/2/2006	\$us. 132.940,23	9/2/2006	553.983,94	Proceso con Sentencia Ejecutoriada. Tiene registrada hipoteca Judicial e Inscripción de Sentencia sobre 3 inmuebles de propiedad de LAB. Con solicitud de fecha para remate.
TOTAL FINANCIADO EN PENSIONES (NETO)							2.231.876,33
EGS							69.027,10
TOTAL GENERAL HISTÓRICO FINANCIADO POR LA AFP							2.300.903,43

...“

El 14 de febrero de 2012, mediante nota APS/DPC/1111/2012, la APS instruye a la AFP remita el detalle de fechas y montos del resarcimiento con la respectiva documentación respaldatoria, imprescindiblemente.

El 01 de marzo de 2012, con nota PREV-OP-0329/2012, la AFP envía copia de los Comprobantes N° 1129512 y N° 1129360 ambos de 21 de octubre de 2011, “...correspondiente a la transferencia de Cuotas del Fondo RC M/N a Prestaciones por Pagar (prestaciones por invalidez RC) y de las Prestaciones por Pagar (prestaciones por invalidez RC) a Cuentas de Desembolso M/N (Bco. Ganadero-Devolución a la Administradora por resarcimiento de pagos de Riesgos Prof.) por Bs2,143,900.82”. (DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS 82/100 Bolivianos).

Es importante referir que en los cuatro (4) casos citados, la Pensión de Invalidez está en función a las determinaciones de los Tribunales de Amparo, los cuales señalan la obligación expresa de la AFP de pagar la pensión de invalidez, y no que ésta se pueda luego de realizado el mismo, resarcirse con algún fondo de la seguridad social de largo plazo que administra.

De lo anterior resulta que, de los cuatro (4) casos con Recargo no pagado por el Empleador y con pensión en curso de pago, según datos de la AFP, ésta se ha resarcido sin el debido respaldo normativo Bs2,143,900.82 (DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS 82/100 Bolivianos) correspondiente a recursos del Fondo Colectivo de Riesgos.

B. “NORMATIVA RELATIVA AL CARÁCTER DE LAS CUENTAS DEL SIP.”

El Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y las AFP.

“8.6 Pago de Prestaciones y Beneficios

La AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, **únicamente** con los recursos del FCC, del fondo de capitalización individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de la cuenta de

mensualidades vitalicias variables según corresponde de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias.”. (Las negrillas son nuestras).

La Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

“Artículo 5 (FONDOS DEL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES). En el Sistema Integral de Pensiones se administrarán los siguientes Fondos:

I. En el Régimen Contributivo, el Fondo de Ahorro Previsional, el Fondo de Vejez y el Fondo Colectivo de Riesgos.

- a) **El Fondo de Ahorro Previsional** estará compuesto por las Cuentas Personales Previsionales.
- b) **El Fondo de Vejez** estará compuesto con los recursos del Saldo Acumulado de los Asegurados, que acceden a la Prestación de Vejez o Prestación Solidaria de Vejez, u originan el derecho a la Pensión por Muerte derivada de éstas.
- c) **El Fondo Colectivo de Riesgos** estará compuesto con los recursos provenientes de las **primas por Riesgo Común**, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral. (Las negrillas son nuestras).

Artículo 6 (PATRIMONIO AUTÓNOMO Y ADMINISTRACIÓN). Cada uno de los Fondos del Sistema Integral de Pensiones se constituye como un patrimonio autónomo y diverso del patrimonio de la Entidad que los administra, son indivisos, imprescriptibles e inafectables por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie y sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley.

Los Fondos del Sistema Integral de Pensiones serán administrados y representados por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

...

Artículo 149 (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES). La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones: ...

o) Mantener el patrimonio y los registros contables de los Fondos que administra en forma independiente a los propios.

...

v) Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.”

BBVA Previsión AFP S.A. no consideró que el artículo 6 de la Ley de Pensiones señala que, los recursos que componen los fondos del SIP sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley. En ese entendido, si bien la AFP en atención a las determinaciones constitucionales estaba cumpliendo con la obligación de pagar las cuatro (4) pensiones de invalidez; sin embargo no se encuentra facultada para que ésta pueda resarcirse con el Fondo Colectivo de Riesgos por los pagos efectuados, pues ello vulnera la normativa de pensiones, las cuales no establecen otro tipo de disposición de sus fondos sino aquellos establecidos en norma.

En ese comprendido, al estar pagando la AFP con sus propios recursos lo hacía en atención a determinaciones firmes de la jurisdicción constitucional, toda vez que se

tiene establecido que de los cuatro (4) casos imputados, ninguno cumple los requisitos para contar con una pensión de invalidez por mora del Empleador.

Finalmente, se deja en claro que la utilización y disposición de los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos se supedita al cumplimiento de las previsiones y requisitos determinados por Ley y no de forma arbitraria. Además la AFP debe tener presente que, es la entidad llamada por Ley a mantener el patrimonio íntegro de los Fondos que administra y de forma independiente a los propios, debiendo para tal efecto resguardarlos con el cuidado exigible de un buen padre de familia y disponerlos únicamente cuando lo permita la norma.

C. “ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA AFP, NOTAS PREV-OP-0843/2012 y PREV-OP-0765/2012.

- **Incumplimiento del Art. 8 de la Ley 1732, por parte del Empleador, el beneficiario debe gozar de la cobertura por Riesgo Común; sin perjuicio de la recuperación posterior administrativa o judicial de los aportes y recargos, lo que, ha sido consolidado por la jurisprudencia constitucional como una interpretación obligatoriamente vinculante”.-**

El artículo 8 de la Ley N° 1732, establece los requisitos que los Asegurados deben cumplir para acceder a las prestaciones de invalidez por Riesgo Común.

Por su parte, el artículo 33 de la mencionada Ley establece que, si el Asegurado hubiese sido declarado inválido o hubiera fallecido durante el periodo en el que el Empleador no pagó la prima respectiva y éste por tanto no cumpliera con los requisitos establecidos en el artículo 8 de la Ley, el Empleador deberá pagar el Recargo correspondiente para pagar la prestación que le hubiera correspondido al Asegurado si éste hubiera cumplido los requisitos de cobertura antes mencionados.

El artículo 22 de la misma Ley N° 1732 (ahora reflejado en el artículo 6 de la Ley No.065) establece que, los fondos de pensiones son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las AFP, siendo cada uno de éstos indiviso, imprescriptible e inafectable por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie, y que los bienes que componen dichos fondos sólo pueden disponerse de conformidad con la Ley.

En este sentido, la Ley N° 1732 y su demás norma reglamentaria establecen que para acceder a la prestación de invalidez, **el Asegurado debe cumplir con los requisitos de cobertura establecidos**, y que la utilización de recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad (ahora Fondo Colectivo de Riesgos) están destinados a pagar prestaciones a **aquellos Asegurados que cumplan con los requisitos de cobertura** establecidos en la Ley N° 1732.

La AFP dentro de sus descargos presentados mediante nota PREV-OP-0843/2012, y los alegatos expuestos en Audiencia de fecha 25 de mayo de 2012, señala que la Sentencia Constitucional 020/2003 es vinculante y que conforme a la jurisprudencia constitucional cual Ley, el Asegurado debe gozar de una pensión aún cuando el Empleador esté en mora.

- **“La Ley N° 1732 constituida bajo los principios de solidaridad y oportunidad, el Estado desde su concepción en fecha 29-11-1996, estaba en la obligación de pagar pensiones a afiliados y beneficiarios sin cobertura por mora del Empleador”.-**

La AFP señala que la Sentencia Constitucional 020/2003 no genera una norma de aplicación a futuro, sino que interpreta el verdadero espíritu de la Ley N° 1732 desde su vigencia en 1996, por lo que la AFP podía pagar pensiones a Asegurados aunque el Empleador esté en mora, y utilizar la Cuenta Colectiva de Siniestralidad sin siquiera pedir autorización al Ente Regulador para efectuar los pagos que supuestamente corresponderían a los Asegurados. Nuevamente, no sólo encontramos casos que previo al inicio del presente proceso sancionatorio se encuentran impagos debido a que el Asegurado no cumple con los requisitos de cobertura debido a la mora del Empleador, sino que la propia AFP se encontraba pagando con sus propios recursos los cuatro (4) casos que cuentan con pronunciamientos constitucionales firmes que ordenan el pago de pensiones a la AFP, y que ésta lo venía efectuando inclusive desde agosto de 2005.

Con respecto al proceso de inconstitucionalidad presentado contra el Decreto Supremo N° 26701, la AFP señala que base de la Resolución del Tribunal Constitucional es que los artículos 1 y 2 del mencionado Decreto no son contrarios a lo establecido en los artículos 8, 10, 15 y 33 de la Ley N° 1732 como sostenía el impugnador, sino que por el contrario son un complemento concordante con la Ley N° 1732.

Lo que la AFP no menciona en sus descargos presentados ni en los alegatos expuestos, es que el artículo 2 del Decreto Supremo N°26701, se refiere exclusivamente a casos, en los cuales los Empleadores ya pagaron las Contribuciones más los intereses correspondientes en fecha previa al 31 de octubre de 2001, vale decir previa emisión del mencionado Decreto Supremo, lo que implica que tanto las cotizaciones mensuales con destino a la Cuenta Individual como las primas correspondientes a Riesgo Común y Riesgo Profesional ya fueron pagadas, **no generándose por tanto ningún desequilibrio financiero** a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad y Cuenta de Riesgos Profesionales, y por consiguiente no era contradictorio con lo establecido en los artículos 8, 10, 15 y 33 de la Ley N° 1732, tal como menciona la Resolución del Tribunal Constitucional.

Lo establecido en el artículo 2 del mencionado Decreto, es básicamente la Liberación de Recargos que hoy en día se encuentra operativizada y en plena vigencia, y que contempla otorgar cobertura a un Asegurado, cuyas primas han sido pagadas con retraso incluida su rentabilidad.

Adicionalmente, es importante señalar que a fecha de promulgación del mencionado Decreto Supremo (10 de julio de 2002), no se contaba con la reglamentación para los Recargos, y por consiguiente con la Liberación de Recargos.

Por su parte, el artículo 1 del mencionado Decreto Supremo señala el acceso a las prestaciones de invalidez y muerte por Riesgo Profesional, siempre y cuando se establezca la relación de dependencia laboral del Asegurado, aún si el Empleador no hubiera pagado las primas correspondientes.

En este caso, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 26701 ratifica lo ya establecido en el artículo 10 de la Ley N° 1732, ya que esta situación se comprueba con el hecho de que la mencionada Ley no establece ningún tipo de Recargo para los casos de Riesgo Profesional, toda vez que la sola dependencia laboral generaría el derecho a la prestación de invalidez o muerte del Asegurado con una invalidez calificada o fallecido.

Como se puede apreciar, lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 26701, corresponde a casos diferentes a los que son objeto del presente proceso sancionatorio seguido contra BBVA Previsión AFP S.A., dado que en el presente caso se tiene por imputado el cargo con relación a casos de Riesgo Común.

- **“Utilización de la Cuenta de Siniestralidad ahora llamada Fondo de Riesgos”.-**

Con relación al tema de la utilización de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad hoy Fondo Colectivo de Riesgos, la AFP alega que los Fondos de Riesgos tanto Común como Profesional, para pagar beneficios, no exigen correspondencia entre aporte y beneficio, por lo que no son colectivos sino esencialmente solidarios; criterio que sorprende de sobre manera viniendo de una entidad especializada en la administración de fondos de pensiones y más aún si se considera que lleva operando en el país por más de quince años en dicho rubro. Asimismo, esta aseveración demuestra que los servicios prestados por el regulado se realizan en desconocimiento de la norma vigente, a la cual se ve sujeto, expresando de esta manera falta de cuidado exigible de un buen padre de familia.

En ese sentido se deja en claro que, la Seguridad Social de corto y largo plazo es un sistema de prestación y contraprestación, vale decir que el Asegurado puede acceder a las diferentes prestaciones en la medida que efectúe sus Contribuciones, es decir que el pago de las primas no genera por sí solo el derecho a cobrar una pensión, sino que este derecho se hará efectivo cuando además de pagar las primas también se cumplan todos los requisitos establecidos en la normativa exigidas para hacerlo. La Cuenta Colectiva de Siniestralidad es sin duda una cuenta colectiva, vale decir que no es propiedad individual de ningún Asegurado, sino propiedad de “todos” los Asegurados. De igual forma, el seguro (sic) de Riesgo Común al igual que el seguro (sic) de Riesgo Profesional son efectivamente seguros solidarios, lo que significa que “todos” aportan un porcentaje (prima) de sus salarios, para el pago de pensiones para “algunos” Asegurados que se invalidan o fallecen cumpliendo los requisitos de cobertura. En otras palabras, al ser solidarios los seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional, significa que los Asegurados que aportan a dicho seguro y nunca acceden a una prestación del mismo, son solidarios con aquellos que si acceden a una prestación, aún si han aportado sobre montos menores inclusive.

- **“Que la jurisprudencia ya ha definido la posibilidad de utilización de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad ahora llamado Fondo de Riesgo Común para financiar las pensiones para los Asegurados que, no tienen cobertura por mora del Empleador”.-**

Es evidente la obligatoriedad del cumplimiento de los fallos de los Tribunales de Amparo por el regulado, siendo que en el presente proceso administrativo, en ninguno de los cuatro (4) casos en cuestión, el Tribunal ha establecido expresamente el pago de la

pensión con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad ahora Fondo Colectivo de Riesgos, y que al presente fue utilizada indebidamente por la AFP para resarcirse de los pagos que los venía realizando con sus propios recursos, más aun considerando que dicha Cuenta sólo puede ser utilizada conforme a norma, para aquellos casos en los que los beneficiarios cumplan requisitos legales únicamente.

Lo anterior es sin duda de conocimiento del regulado, como administrador de las prestaciones y representante de los intereses de los Asegurados, por cuanto el soslayo de lo determinado por norma y la aplicación de ésta incorrectamente, deriva en que la responsabilidad le sea atribuible.

Por otro lado, se hace conocer al regulado que, esta Autoridad no interpreta lo determinado por el Tribunal de Amparo, pues sencillamente el mismo no expresó categóricamente en los cuatro (4) casos imputados el pago con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad (ahora Fondo Colectivo de Riesgos) o que la AFP luego de cumplir con la orden constitucional pueda resarcirse; por tanto el hecho de utilizar recursos del Fondo Colectivo de Riesgos para devolverse montos que venía pagando el regulado por orden judicial, se constituye en una transgresión a la norma administrativa que afecta directamente al fondo señalado.

Es importante dejar en claro que, esta Autoridad por determinación expresa del artículo 168 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, como Organismo de Fiscalización en materia de pensiones, tiene como atribuciones fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, en apego a la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y de acuerdo a la Ley de Pensiones y los reglamentos correspondientes.

Que por lo antes expuesto, la APS en su función de control y supervisión ha advertido que el regulado en los cuatro (4) casos imputados, venía dando cumplimiento a los pronunciamientos constitucionales, pero de manera sorpresiva y sin asidero legal alguno procedió a resarcirse los montos ordenados por la jurisdicción constitucional con recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, los cuales sólo pueden ser dispuestos cuando el Asegurado haya tenido un incidente por Riesgo Común, en este caso y cumpla requisitos establecidos por la Ley de Pensiones, únicamente.

Pese a ello esta Autoridad, al advertir menoscabo al Fondo Colectivo de Riesgos, con nota APS/DPC/4696/2011 de 10 de noviembre de 2011, recordó al regulado que, la norma establece requisitos que deben ser cumplidos para acceder a una prestación, y que en los casos con Recargos, el financiamiento de estas prestaciones corresponderá efectuarse con cargo al mencionado Recargo, una vez que éste sea pagado. Sin embargo, la AFP con nota PREV-OP-0329/2012, remite a esta Autoridad los Comprobantes N° 1129512 y N° 1129360 ambos de 21 de octubre de 2011, "...correspondiente a la transferencia de Cuotas del Fondo RC M/N a Prestaciones por Pagar (prestaciones por invalidez RC) y de las Prestaciones por Pagar (prestaciones por invalidez RC) a Cuentas de Desembolso M/N (Bco. Ganadero – Devolución a la Administradora por resarcimiento de pagos de Riesgos Prof.) por Bs2,143,900.82" (DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS 82/100 Bolivianos), por concepto de resarcimiento de pago de pensiones de invalidez.

Por lo que se concluye que, BBVA Previsión AFP S.A. al utilizar recursos del Fondo Colectivo de Riesgos para resarcirse de pagos ordenados por la jurisdicción constitucional, ha infringido la norma afectando patrimonialmente al señalado fondo.

Al presente y como consecuencia de lo anterior, BBVA Previsión AFP S.A. tiene establecida una **obligación** impuesta por el Tribunal de Amparo, a la que por Ley atinge su estricto cumplimiento, y no así por esta Autoridad como equívocamente lo entiende el regulado; lo que lleva a concluir que de ninguna manera hubo inducción alguna para que la AFP pague las cuatro (4) pensiones de invalidez y menos a resarcirse montos con un fondo que sólo puede disponerse conforme a Ley.

Por otro lado, siendo que la naturaleza de la obligación fue generada en el ámbito de la justicia constitucional, este Ente Regulador mal podría regular las decisiones y efectos que pudieran entrever estos pronunciamientos, en pleno respeto a la independencia de las atribuciones de cada Órgano del Estado Plurinacional de Bolivia.

Cuando la AFP refiere que, debe ser el Estado quien pague las pensiones para este tipo de casos; dicho razonamiento es equivocado y contrario a la norma, considerando que tanto el SSO como el SIP tienen como una fuente básica para las futuras prestaciones, las Contribuciones realizadas por el mismo Asegurado y su Empleador cuando corresponda, de donde una vez establecidos los aportes, primas y la cobertura necesaria se procede al pago de la pensión.

- **“Que, la AFP no tiene la obligación de erogar para el pago de pensiones de cualquier naturaleza, dineros de su patrimonio; sino que está obligada a pagar estas pensiones sólo con recursos del fondo de pensiones”. -**

Como bien señala la AFP, esta Autoridad ya ha indicado que el pago de las prestaciones del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo (SSO) de todos aquellos Asegurados que **cumplen con los requisitos de acceso y/o requisitos de cobertura**, se efectúa con cargo a los Fondos de Pensiones, conforme establece la ley N° 1732 y sus demás normas reglamentarias.

De igual manera ya ha sido expresado, que los casos objeto del resarcimiento por parte de la AFP que se encuentran con pago de pensión pese a no cumplir con los requisitos de cobertura señalados en la Ley N° 065 y Decretos reglamentarios, obedecen a órdenes judiciales que no son competencia de esta Autoridad.

- **“Que la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, estaba obligada a reglamentar el procedimiento de reposición en caso de utilizarse el Fondo de Pensiones para el pago de pensiones a Asegurados sin cobertura por mora del Empleador; obligación que se mantiene hasta la fecha por parte de la actual APS”.**

La AFP argumenta que la legislación ya preveía situaciones como el caso en cuestión, prueba de lo cual serían los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Supremo N° 26701 de 10 de julio de 2002. Sin embargo, dicha aseveración ya ha sido desvirtuada en el análisis y evaluación de los artículos 1 y 2 del Decreto Supremo N° 26701, analizados precedentemente.

En cuanto al artículo 3, toda vez que como establece el artículo 10 de la Ley N° 1732, el derecho a la prestación de Riesgo Profesional se genera desde el inicio de la relación laboral y hasta 6 meses de concluida la misma, el pago de dichas prestaciones correspondía hacerse con recursos de la Cuenta de Riesgos Profesionales. De igual manera, toda vez que el Empleador ya había pagado la totalidad de las Contribuciones adeudas más los intereses antes del 1° de noviembre de 2001, el pago de las pensiones por RC correspondía hacerse con recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.

Con respecto a la reglamentación por parte de la ex SPVS, el artículo 3 señala que la ex SPVS establecerá los mecanismos de reposición de los recursos de las cuentas, y el artículo 5 establece que reglamentará aquellos aspectos necesarios para la aplicación del Decreto, por lo que la ex SPVS mediante Resolución Administrativa SPVS-P N° 241/99 de 19 de agosto de 1999 y Resolución Administrativa SPVS-IP N° 816 de 03 de octubre de 2002, estableció el procedimiento para la acreditación de aportes e intereses de Contribuciones efectuadas de forma posterior a la fecha en que correspondía su pago conforme a normativa vigente, así como para el cálculo del Salario Base y las bases para la transferencia a las Entidades Aseguradoras.

- **“Fundamento errado de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 258-2012 de 27 de abril de 2012, del proceso administrativo iniciado mediante Cite APS/DJ/DPC/N° 3541/2011 de 23 de septiembre de 2011, cursante en obrados como prueba de descargo”.-**

Al respecto, corresponde aclarar al regulado que los actos administrativos a los cuales hace mención corresponden a otro proceso administrativo, el cual sigue en curso actualmente, por lo que los argumentos o criterios sobre los pronunciamientos emitidos que tuviera en su contra, pueden ser argüidos en ese proceso y no en el presente, por tener diferente identidad en el objeto y causa.

D. “EL CONTRATO DE SERVICIOS SUSCRITO ENTRE LA EX SPVS Y LA AFP.”

Al respecto, el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios señala:

“8.6 Pago de Prestaciones y Beneficios

La AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, únicamente con los recursos del FCC, del fondo de capitalización individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de la cuenta de mensualidades vitalicias variables según corresponde de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias.” (Las negrillas son nuestras)

Se debe recordar a la AFP que el contrato suscrito entre la ex SPVS y la AFP, es un Contrato de naturaleza administrativa con todas sus características, donde en la Cláusula Octava, punto 8.3 (Inicio de la prestación de los Servicios) establece que una vez recibida la Licencia, la AFP deberá prestar todos los Servicios de conformidad a las disposiciones de la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato, **sin excepción alguna**. Asimismo, el Contrato aludido por la AFP en su Cláusula 8.6 establece que la AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, **únicamente** con los recursos del FCC, del Fondo de Capitalización Individual, de las

Cuentas Colectivas de Siniestralidad y de Riesgos Profesionales y de la Cuenta de Mensualidades Vitalicias Variables, **de acuerdo a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias**. Por lo que se concluye que la AFP olvida que esta determinación se halla subordinada como la misma cláusula lo indica "a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias"; razón por la cual no se prevé actividades sujetas a la arbitrariedad.

De lo anterior se tiene que, el Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre las AFP y el Estado, dispone que el regulado se halla facultado a pagar una prestación a un Asegurado con los recursos de una de las Cuentas descritas, siempre que cumpla con los requisitos previstos en la Ley de Pensiones y reglamentos; sin embargo, en los casos objeto del presente caso se advierte que la AFP asumiendo que los Asegurados no cumplían con los requisitos establecidos en norma, pagaba las pensiones de invalidez en atención a los pronunciamientos constitucionales con sus propios recursos, pero se resarce los montos pagados con recursos del Fondo Colectivo de Riesgos sin normativa legal que lo respalde o autorización alguna de esta Autoridad, lo que de gran manera vulnera el acuerdo contractual en lo que se refiere a la disposición de recursos de los fondos administrados por el regulado.

E. "CON RELACIÓN A LOS INFORMES PERICIALES Y LA SOLICITADA REGULACIÓN".

Evaluated los informes periciales a los cuales hace referencia el regulado se tiene que, los mismos no establecen con precisión un entendimiento concreto y preciso respecto a los criterios que establece la norma en lo relativo al uso legal de las cuentas de la seguridad social de largo plazo, hecho por el que ahora se procesa al regulado; lo que ha dado lugar a que los dos informes periciales presentados apunten en conclusión a que la AFP estaría facultada a poder utilizar la Cuenta de Siniestralidad para aquellos casos con pronunciamiento constitucional que no exprese necesariamente el fondo para pagar la pensión, cuando por norma ésta sólo puede disponerse conforme a Ley.

Por otro lado, el regulado debía tener presente que, conforme a norma (Ley N°1732 y Ley N° 065) los fondos de pensiones, son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las AFP, por lo que éstos sólo pueden disponerse conforme a norma.

En lo que hace a aquellos aspectos relativos a determinaciones emanadas por el Órgano Judicial (Tribunal de Amparo), se concluye que los mismos corresponden a otra jurisdicción con todas las connotaciones y efectos que de ella emanan, siendo el ámbito de competencia de esta Autoridad únicamente el administrativo.

Con respecto a los casos objeto de análisis por los peritos de parte ofrecidos en un otro proceso, se tiene que en el caso del Asegurado Erick José Buchón Conzelman, mediante Resolución 133 de 20 de noviembre de 2009 el Tribunal de Amparo en el particular caso asumió que el pago de la pensión de invalidez sea con la Cuenta de Siniestralidad; pero no con respecto a los casos ahora imputados.

Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención que BBVA Previsión AFP S.A. haya en audiencia de amparo sugerido la complementación a lo resuelto por la Autoridad Constitucional, para el caso del señor Buchón, refiriendo que la cuenta con la que se pague sea la señalada precedentemente, considerando que tal opción no está prevista o autorizada por Ley.

F. “DAÑO ECONOMICO AL FONDO COLECTIVO DE RIESGOS”.

La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008 de 27 de agosto de 2008, emitida por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI, determina lo siguiente:

“...8. Mediando culpa de la AFP, como lo expresa Carlos Morales Guillen (Código Civil, Tomo II, pág. 894) “compromete la responsabilidad civil de su autor por el acto u omisión que constituye una falta intencional o no a la obligación contractual, a una disposición de la Ley o al deber que incumbe a la persona de comportarse con diligencia y lealtad en sus relaciones. Supone el discernimiento, o sea, la aptitud del individuo para comprender el alcance de sus acciones, de lo cual deriva la obligación de reparar el daño que con la culpa se causa a otro”.

9. De la simple lectura del concepto anterior se infiere que al haber incurrido la AFP en culpa por negligencia queda obligada, de manera transitoria, a reparar el daño con sus propios recursos, en tanto y en cuanto el empleador pague los montos adeudados por recargo.

10. Esta última decisión se adopta teniendo presente que debe determinarse la fuente de los recursos para proceder al pago de la pensión de invalidez..., y que la autorización del pago mediante el Fondo de Capitalización Individual correspondiente a la cuenta de Siniestralidad sólo procede en condiciones normales, cuando un afiliado solicite la prestación de invalidez por riesgo común y cumpla con todos los requisitos determinados por la Ley de Pensiones...”.

El artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, determina que las sanciones administrativas impuestas por el Ente Regulador, deberá incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos o a los Afiliados del Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Lo anterior también halla respaldo en el párrafo I del artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 el cual señala que, la sanción administrativa precisará además de la sanción que se aplica, las medidas o acciones a ser cumplidas para corregir o prevenir los efectos de la infracción y restaurar el derecho.

Bajo esa línea de comprensión, se ha constatado que BBVA Previsión AFP S.A. al utilizar los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos para resarcirse pagos que venía realizando como consecuencia de determinaciones del Tribunal de Amparo para los casos de los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, sin el respaldo legal correspondiente, lo que ha generado **daño patrimonial** al saldo y la rentabilidad del Fondo Colectivo de Riesgos, razón por cual corresponde la reposición con sus propios recursos, por el monto de Bs2,143,900.82 (DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS 82/100 Bolivianos).

Que es evidente la obligatoriedad del cumplimiento de los fallos de los Tribunales de Amparo en los casos ahora imputados, como la imposibilidad del uso de recursos del Fondo Colectivo de Riesgos para el pago de pensiones que no cumplen los requisitos establecidos en norma. En ese comprendido, el hecho imprudente del regulado de

resarcirse montos pagados por pensiones de invalidez de cuatro (4) Asegurados en virtud de una determinación constitucional denota **culpa** y **responsabilidad** por esta acción, la cual se constituye en infracción administrativa; pues estos recursos no debieron ser reintegrados al patrimonio del regulado con recursos del fondo señalado, en razón a que no existe normativa para tal operación en soslayo y desatención a la norma vigente, obviando de esta manera el regulado el **daño** económico y objetivo ocasionado, el cual asciende al reportado por la misma AFP.

La culpa de la AFP se ha visto plasmada porque al momento de resarcirse con los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, comprendía plenamente los efectos y consecuencias que esta acción acarrea, pero pese a ello los utiliza en su beneficio.

Asimismo, la conducta antijurídica de BBVA Previsión AFP S.A. descrita en el párrafo anterior demuestra la falta de cuidado exigible que tiene la AFP como un buen padre de familia, al disponer de los recursos de un fondo cuyo uso se supedita al cumplimiento de requisitos establecidos por norma y, no así de forma discrecional, como lo sucedido en el presente caso.

En virtud a lo expuesto en los puntos anteriores, se establece que BBVA Previsión AFP S.A. no ha presentado fundamentos ni respaldo suficiente que permita levantar el cargo imputado, razón por la cual corresponde su sanción.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones establece que:

“Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición, ...”.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al párrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana crítica y la valoración razonada de la prueba, dictará la

resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

“b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.”.

Que el artículo 287 de la misma norma determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, donde el inciso b) señala:

“b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media.”.

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

“b) Infracción calificada como gravedad media: De Cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses...”

Mediante nota PREV-CG-0702/2012 de 11 de julio de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, señala que la resolución sancionadora, pretende hacer referencia a las resoluciones jerárquicas de la EX SIREFI, como si fueran vinculantes o tendrían calidad de jurisprudencia, solicitando se aclare y complemente: *“...1. Porque no aplicó de manera vinculante al caso de autos la Sentencia Constitucional N° 1649/2011-R, de 21-10-2011 (...) 2. En que norma y artículo de manera específica dispone que las Resoluciones Jerárquicas emitidas por el (sic) Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI, es (sic) vinculante para la emisión de nuevas resoluciones o donde dispone que, esas resoluciones jerárquicas tienen el status de “jurisprudencia” (...), solicitando además copia del Acta de Audiencia, la grabación de la Audiencia y copia de todo el expediente.*

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/5402/2012 de 17 de julio de 2012, señala que las determinaciones resueltas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 392-2012 de 8 de junio de 2012, encuentran el fundamento y respaldo fáctico-jurídico en su parte considerativa y resolutive, respondiendo los puntos que la Administradora de Fondos de Pensiones, solicita se complementen y aclaren, atendiendo la solicitud de envío de documentación mediante nota APS/5970/2012 de 10 de agosto de 2012.

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 13 de agosto de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 392-2012 de 8 de junio de 2012, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

Que en fecha 14 de agosto de 2012, mediante Auto la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dispone periodo de prueba a efectos de que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** pueda formular y respaldar sus argumentos expuesto en su impugnación, en lo relativo a la utilización indebida de los recursos del Fondo de Riesgos.

Asimismo, mediante Auto de 8 de febrero de 2013, se pone a la vista el expediente para que la recurrente revise el mismo y formule sus alegatos.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 418-2013 DE 24 DE ABRIL DE 2013.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 418-2013 de 24 de abril de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

“...PRIMERO.- Confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 392-2012 de 08 de junio de 2012 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.

SEGUNDO.- Se rechaza la solicitud de revocatoria de nota APS/DJ/No.5402/2012 de 17 de julio de 2012...”

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

De la verificación de los Requisitos de Forma

Que de conformidad al artículo 61 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo: “Los recursos administrativos previstos en la presente Ley serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso desestimando el recurso si este estuviere interpuesto fuera de término, no cumplierse las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables, o si no cumplierse el requisito de legitimación establecido en el Artículo 11 de la presente Ley”.

Que a su vez, el numeral I del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobada mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece: “I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento”.

Que a su vez el artículo 48 de la misma norma determina: “El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada.”

Que de las normas transcritas se infiere que, son cuatro los elementos que deben cumplirse para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria:

- i) La demostración de que el acto impugnado causa perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente.
- ii) Que el recurso de revocatoria sea interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución Administrativa.
- iii) Que se acredite el cumplimiento de la sanción.
- iv) Que se demuestre el cumplimiento de la obligación.

Que con relación al primer elemento para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria, de la revisión del memorial de interposición del Recurso de Revocatoria de BBVA Previsión AFP S.A., se evidencia que el recurrente ha cumplido con lo previsto por el artículo 38 del Decreto Supremo N° 27175 (requisitos de contenido), toda vez que señala la relación causal entre los elementos fácticos y los elementos normativos que sirven de fundamento y la lesión que considera habría causado a sus derechos o intereses legítimos la R.A.392-2012.

Que con respecto al segundo elemento de procedencia, se verificó que el Recurso de Revocatoria fue interpuesto dentro de plazo dispuesto por el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema Financiero, aprobado por Decreto Supremo N° 27175.

Que con relación al tercer elemento de procedencia se tiene que BBVA Previsión AFP S.A. ha cumplido con el pago de la multa impuesta como resultado de la sanción impuesta en la R.A.392-2012, conforme lo señala la nota PREV-CONT-3020/07/2012 de fecha 12 de julio de 2012, adjuntando la nota PREV-CONT-2965/07/2012 de 10 de julio de 2012.

Que en lo que refiere al último de los requisitos de procedencia se constata que la AFP ha cumplido con la obligación establecida en la R.A.392-2012, disposición Primera, por la cual se instruye a la AFP la reposición con recursos propios al Fondo Colectivo de Riesgos, los recursos utilizados para el resarcimiento correspondiente a Bs2,143,900.82 (DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS 82/100 Bolivianos) más su rentabilidad. Asimismo, el de continuar con el pago de la pensión a los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944.

Que en consecuencia, al haberse cumplido con los requisitos para la procedencia del recurso de revocatoria amerita el análisis de fondo sobre los argumentos esgrimidos por el recurrente.

De los Fundamentos Técnico – Jurídicos de fondo

Que en función a los argumentos planteados por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado el 15 de junio de 2012 y las actuaciones que cursan en antecedentes, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

AL PUNTO 1. “Sobre que un Tribunal de Amparo SI ha establecido de manera categórica la posibilidad legal de que se pague la prestación con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.- Criterio Categórico de un Tribunal de Amparo que dispone la posibilidad legal de que se pague la prestación con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.-”

BBVA Previsión AFP S.A. respalda su argumento con la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, la cual según la AFP tendría la obligación de pagar con el Fondo Colectivo de Riesgos, por lo que habría un criterio categórico del Tribunal de Amparo, y aplicarse de forma retroactiva al caso de autos.

Con carácter previo al análisis de fondo, se advierte la manifiesta confusión de ideas en el regulado, cuando éste no entiende que el presente proceso administrativo sancionatorio fue en virtud de haberse verificado que BBVA Previsión AFP S.A., ha utilizado los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, para **resarcirse** de los pagos de pensiones realizados a los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, que se encontraban en curso de pago con recursos propios de la AFP.

Para dejar en claro lo anterior se establece que, la acción típica antijurídica y sancionable en el cargo imputado a la AFP, es el “resarcimiento” de pagos que realizaba el regulado con sus propios recursos para cuatro (4) casos, encontrando la tipicidad administrativa radicada en la adecuación de la conducta señalada anteriormente a la normativa imputada que prohíbe el uso del Fondo Colectivo de Riesgos, sino conforme determina la norma.

La AFP a lo largo de su impugnación mantiene un entendimiento incorrecto de la infracción ahora sancionada, al dar a entender que la infracción sería por “pagar” pensiones a Asegurados con recursos de la Cuenta de Siniestralidad (ahora Fondo Colectivo de Riesgos) cuando estos no cumplen requisitos previstos por norma; difiriendo conceptualmente de sobremanera entre la conducta ahora imputada de “resarcirse” y “pagar” correspondiente a otro proceso administrativo.

Para una mejor apreciación de la conducta imputada, se tiene en un buen comprender que:

- Resarcir es igual a: restituir, reparar, indemnizar, satisfacer, compensar, devolver, cobrarse, rescatar, etc.
- Pagar: remunerar, sufragar, erogar, abonar, desembolsar, costear, cancelar, liquidar, etc.

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, se hace la diferencia conceptual de la siguiente forma:

- PAGAR. Cumplir una obligación. Abonar una deuda. Satisfacer un agravio u ofensa.
- RESARCIR. Reparar un mal. Indemnizar daños y perjuicios, Compensar pérdida, satisfacer agravio.
- RESARCIMIENTO. Reparación de daño o mal. Indemnización de daños o perjuicios. Satisfacción de ofensa. Compensación.
Quien por título lucrativo participe en delito, está obligado al resarcimiento hasta la cuantía de participación en los efectos del delito o falta.

El resarcimiento de pagos realizados a Asegurados, no está permitido por ninguna normativa de pensiones, y menos que se la haga con el Fondo Colectivo de Riesgos, el cual sólo puede disponerse conforme a los requisitos que prevé la norma para su uso debido.

Por tanto, la conducta imputada en la Nota de Cargos denota arbitrariedad en el actuar de la AFP a momento de efectuar el resarcimiento de pagos efectuados por disposición de otra jurisdicción, es decir sin el respaldo legal suficiente; toda vez que por Ley de Pensiones y el Contrato suscrito con el Estado Boliviano, establecen restricciones expresas para el uso del Fondo Colectivo de Riesgos, disposiciones que son de orden público y de cumplimiento obligatorio por disposición constitucional, las cuales han sido vulneradas por el regulado afectando consecuentemente el patrimonio del FCI, del cual son administradores.

En lo que atinge a la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, por la cual según la AFP tendría la obligación de **pagar** las pensiones con los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos; resulta ser un aspecto que no corresponde al objeto y naturaleza del presente proceso administrativo sancionatorio, al estar la presente controversia sujeta a la conducta antijurídica del **resarcimiento** de pagos realizados por la AFP a Asegurados que no cumplen requisitos para acceder al pago con los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, sino con otra fuente como lo es la recuperación de los Recargos adeudados del empleador moroso. Asimismo, habrá que considerar que los casos imputados tuvieron su pronunciamiento constitucional definitivo mucho antes de la señalada Sentencia Constitucional (de 2005 y 2010), por lo que modificar la definición de derechos con un nuevo lineamiento afectaría la seguridad jurídica de los actos jurídicos firmes y sus consecuencias legales.

La situación de los efectos que tendría la Sentencia Constitucional 1649/2011-R, corresponde a un escenario legal y procesal diferente; pues en el presente proceso administrativo se analiza y circunscribe sí la acción del regulado para resarcirse pagos efectuados con recursos de un Fondo tiene asidero legal. Quedando ahora comprobado que la actuación del regulado es arbitraria y fuera del marco legal de pensiones.

En ese sentido, corresponde recordar al regulado que los recursos que componen los fondos sólo pueden disponerse de conformidad a la Ley de Pensiones; por lo que en ninguno de los casos imputados, la AFP debía proceder a resarcirse los pagos efectuados con los recursos propios utilizando el Fondo Colectivo de Riesgos, porque ninguno cumple los requisitos previstos por el artículo 8 de la Ley de Pensiones N° 1732 debido a la mora del empleador.

El mismo Tribunal Constitucional se ha pronunciado en un proceso de tutela constitucional de derechos sociales indicando lo siguiente: **“cuando el afiliado o derechohabiente cumple con las condiciones y los requisitos señalados por el art.8 de la LP concordante con el art.27 de su Decreto Supremo Reglamentario, surge para estos el derecho a la seguridad social**, es decir, el derecho de contar con las prestaciones de largo plazo bajo los preceptos de la Ley de Pensiones y su Decreto Supremo Reglamentario,” (Las negrillas son nuestras) (SC 0652/2010-R).

Por otro lado, se hace notar la inconsistencia de la AFP al insistir que el pago de pensiones corresponde efectuarse con recursos del Fondo de Riesgos, y sin embargo, asume una posición contraria en cuanto al pago de Ente Gestor de Salud para estas pensiones, ya que conforme a Notas Interiores de pago de Ente Gestor de Salud remitidas mediante nota PREV.CONT.FDS.0169/01/2013 de fecha 08 de enero de 2013, la propia AFP señala: "...detalle de los pagos de ... a realizar a los Entes Gestores en (sic) Salud, correspondiendo a Solicitudes de Pensión por Muerte e Invalidez por los siguientes Afiliados y derechohabientes, **estos fondos deben ser financiados por la Administradora de acuerdo a lo establecido en la Resolución de la Sentencia del Tribunal Constitucional.**" (Las negrillas son nuestras), situación corroborada por la mencionada nota que a la letra dice: "Comprobante ... de los pagos a los Asegurados, Derechohabientes (Anexo IV) y **Entes Gestores de Salud, sobre éste último indicar que los fondos utilizados para el pago a los EGS por los casos correspondientes a la RA de referencia han sido cancelados con fondos de la AFP.**" (Las negrillas son nuestras).

En este aspecto, cabe señalar que el pago del Ente Gestor de Salud es un componente que deriva de la pensión, por lo que sí es obligación de la AFP el pago del Ente Gestor de Salud, también lo es el de la pensión.

A LOS PUNTOS 2. y 3. "Sobre demostrar que, ese criterio ratificado por el Tribunal Constitucional SI tiene efecto retroactivo.- Carácter Retroactivo de la Jurisprudencia Constitucional."

La AFP señala en esta parte que, la APS no se ha expresado claramente sobre la retroactividad de la jurisprudencia constitucional y sobre la aplicación retroactiva de la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, y en virtud a esta jurisprudencia pueda utilizar los fondos de pensiones en todos los casos, y se comprenda que el resarcimiento realizado por la AFP es legal.

Con respecto al precedente constitucional que se señala, evidentemente corresponde al señor Buchón quien ha interpuesto la acción de Amparo Constitucional en el Distrito Judicial de Santa Cruz, resolviéndose el mismo por la Sala Social y Administrativa (Tribunal de Amparo) en fecha 20 de noviembre de 2009, concediéndose la tutela constitucional a favor del Asegurado y que la AFP utilice el Fondo Colectivo de Riesgos **para pagar** la pensión (pero no resarcirse). Una vez remitido el expediente al Tribunal Constitucional Plurinacional para su correspondiente revisión, éste mediante Sentencia Constitucional 1649/2011-R de **21 de octubre de 2011** resuelve Aprobar la Resolución de primera instancia de 20 de noviembre de 2009; pero sin mencionar en sus fundamentos ni parte resolutoria del fallo sobre la Cuenta o fuente económica para el financiamiento y pago.

Sin embargo, para el presente análisis, los casos de los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, tienen pronunciamientos constitucionales definitivos que resuelven los derechos sociales, anteriores al 21 de octubre de 2011, por lo que sus determinaciones tienen la calidad de cosa juzgada constitucional, no admitiendo su consideración con respecto a pronunciamiento posterior.

BBVA Previsión AFP S.A. refiere que “esta jurisprudencia posterior, es perfectamente aplicable de manera retroactiva a procesos administrativos o judiciales en curso de resolución final...”. Ratificando lo anterior además se debe establecer que, los trámites administrativos de solicitud de pensión de los cuatro (4) Asegurados, fueron atendidos y concluidos con la respuesta negativa brindada por la AFP. En tal sentido, para los cuatro Asegurados ante la respuesta de la AFP de atender el pago de la prestación es que acudieron a la vía constitucional, con el planteamiento del Amparo Constitucional, obteniendo los resultados anteriormente señalados.

El presente proceso administrativo sancionatorio no podría contravenir las determinaciones firmes del Tribunal Constitucional, que han resuelto la tutela de la seguridad social para los cuatro Asegurados; siendo además que el actual proceso está referido al incumplimiento normativo de orden administrativo y no de discusión derechos constitucionales.

Finalmente se aclara al regulado que, el presente proceso administrativo sancionador no está planteado con qué recursos debe la AFP pagar las prestaciones de invalidez en los cuatro (4) casos imputados o sobre la aplicación de una (sic) pronunciamiento constitucional posterior; sino por haberse verificado que BBVA Previsión AFP S.A., ha utilizado los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, para **resarcirse** de los pagos de pensiones realizados a los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, que se encontraban en curso de pago con recursos propios de la AFP; cuando por norma no existe la posibilidad legal de que la AFP pueda resarcirse este tipo de pagos que venía realizando.

Es correcto el razonamiento de la AFP cuando esta señala sobre el carácter vinculante y obligatorio de las Sentencias Constitucionales; sin embargo, el mismo Tribunal Constitucional ha establecido que sea para casos futuros y análogos (SC 1553/2005-R), y no para problemáticas resueltas en firme y con calidad de **cosa juzgada**, límite para aplicar la jurisprudencia constitucional.

Por tanto, entre lo discutido en el presente proceso administrativo sancionador y lo resuelto por la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, no encuentra situación análoga alguna para seguir la línea jurisprudencial que pudiera establecer dicho pronunciamiento.

Para una mejor ilustración del regulado corresponde la transcripción de las siguientes Sentencias Constitucionales, a continuación:

La Sentencia Constitucional 1426/2005-R de 08 de noviembre de 2005; dice:

“Ahora bien, es también uniforme el criterio, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que las excepciones a la regla antes aludida están constituidas por: 1. La cosa juzgada, en la medida en que **los nuevos entendimientos jurisprudenciales no pueden afectar los asuntos ya resueltos y que se encuentran firmes o inimpugnables**, esto es, que tenga la calidad de **cosa juzgada formal y material** y 2. La jurisprudencia que perjudica al imputado en materia de derecho penal sustantivo...”.

Más adelante señala:

“En consecuencia, de manera general se puede afirmar que las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional, al constituirse en un medio por el cual la Ley Fundamental desplaza su eficacia general, no están regidas por el art.33 de la CPE, que establece el principio de irretroactividad de las leyes, sino que tiene validez plena en el tiempo; lo que significa que **los razonamientos** de las resoluciones constitucionales **pueden ser aplicados en los procesos que están en curso**, es decir, en aquellos que no tienen calidad de **cosa juzgada**, ...

Ahora bien, **el único límite establecido para aplicar la jurisprudencia constitucional está dado por aquellas resoluciones que tienen calidad (sic) cosa juzgada**, por haberse agotado las instancias o por no haberse interpuesto los recursos dentro del término previsto por la ley o por haber desistido de los mismos. En estos casos, **no es posible aplicar el nuevo entendimiento contenido en los fallos constitucionales, manteniéndose firme la Sentencia pronunciada dentro del respectivo proceso...**” (Las negrillas son nuestras).

La Sentencia Constitucional 0124/2010-R de 10 de mayo de 2010; dice:

“Desde el momento en que la sentencia queda firme, y adquiere la autoridad de juzgada, el referido mandato, junto a la declaración de certeza que le antecede, adviene inmutable y definitivo...

En el recurso de amparo, lo que adquiere la calidad de **cosa juzgada (material) es la declaración de certeza sobre el mérito de la pretensión**; la decisión respecto a la conformidad o disconformidad entre pretensión y derecho objetivo, lo que quiere decir que no habrá cosa juzgada (material) en aquellas sentencias que no entren a conocer sobre el fondo del asunto; en consecuencia, las sentencias de amparo que declaren la inadmisibilidad de la pretensión por falta de un requisito extrínseco (procesal) no pasa en autoridad de cosa juzgada (material), es así que **la sentencia de amparo que decide sobre el mérito de la pretensión o fondo de la cuestión, pone fin al “pleito”**, estableciendo así un verdadero **vínculo** respecto a las partes y a todo juez futuro sobre el mismo caso.” (Las negrillas son nuestras).

La Sentencia Constitucional 1553/2005-R de 05 de diciembre de 2005; dice:

“En el caso de las Sentencias Constitucionales pronunciadas en los recursos de amparo constitucional, se aprecia en revisión si hay una efectiva vulneración de derechos fundamentales, Sentencias que por ser vinculantes, **tienen el valor de precedente para casos futuro análogos.**” (Las negrillas son nuestras)

La Sentencia Constitucional 0753/2005-R de 05 de julio de 2005; dice:

“..., la aplicación obligatoria de dichos precedentes requiere de la concurrencia de la analogía en los supuestos facticos (sic); al respecto, este Tribunal en el AC 0004/2005, de 16 de febrero, ha establecido lo siguiente: (...) la aplicación del principio de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional está sujeta a la regla de la analogía, vale decir que los supuestos facticos de la problemática resuelta mediante la sentencia constitucional en la que se crea la jurisprudencia sean análogos a los supuestos facticos de la problemática a resolverse mediante la

sentencia en la que se aplicará la jurisprudencia o el precedente obligatorio,..." (Las negrillas son nuestras).

Por su parte la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 11/2006 de 13 de marzo de 2006, señala sobre el respecto:

“La seguridad jurídica apunta a la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación. Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica. En efecto, un proceso o procedimiento justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y, sobretudo, la indefensión jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger. Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre, significa que ese individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto de sus derechos.”.

AL PUNTO 4. “Supuesto status de “jurisprudencia” y de carácter vinculante y obligatorio de los criterios o resoluciones del EX SIREFI.”

Con respecto a este argumento, corresponde recordar al regulado que la APS en la R.A.392-2012 no ha considerado en su análisis el concepto “jurisprudencia” como fundamento del señalado acto, por lo que llama la atención de parte de la AFP al ingresar en total confusión al tomar argumentos que corresponderían a otro proceso administrativo sancionador, denotando de esta manera incongruencia e impertinencia de los motivos presentados como lesivos en la impugnación.

De igual manera, el traer a colación en este punto sobre la idea incorrecta del carácter vinculante y obligatorio de las Resoluciones Jerárquicas, resulta un argumento exacerbado del regulado buscando forzosamente desvirtuar la infracción incurrida.

Sin perjuicio de lo manifestado, y en vía de ilustración al regulado corresponde señalar que, en ningún momento esta Autoridad ha considerado a las Resoluciones Administrativas emitidas por la Autoridad que resuelve Recursos Jerárquicos como jurisprudencia, siendo trivial y erróneo el criterio de comparación adoptado por la AFP. Lo mismo ocurre con el concepto equívocamente utilizado de su vinculatoriedad.

Por el contrario, las resoluciones emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas o aquellas de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI, tienen su connotación conforme lo establece el artículo 60 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, determinando lo siguiente:

“Artículo 60.- (Alcance de la Resolución).

- I. Las resoluciones que sean dictadas en recurso jerárquico son definitivas y agotan la vía administrativa.
- II. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las resoluciones jerárquicas inmediatamente, adoptando las

medidas necesarias y dictando las Resoluciones Administrativas pertinentes para su ejecución....”.

En ese comprendido, las determinaciones administrativas resueltas en grado jerárquico, merecen la atención por el regulador y regulado.

Asimismo, habrá que aclarar a BBVA Previsión AFP S.A. respecto a la confusión en la que ha ingresado al asimilar el concepto de “jurisprudencia” a las Resoluciones Jerárquicas, cuando éstas si bien son definitivas y agotan la competencia administrativa al establecer el fin de la controversia en esta materia, lo que de ninguna manera significa que el derecho también haya sido ulteriormente definido, quedando pues aún el contencioso administrativo ante la vía ordinaria; por tanto no se ajusta el concepto de jurisprudencia a las determinaciones jerárquicas, al ser susceptibles de ser revisadas por la justicia ordinaria. Lo que no ocurre con la jurisprudencia constitucional que se refiere a pronunciamiento del alto tribunal de justicia que resuelve sobre un caso en concreto y que sobre esta no existe recurso ulterior que lo modifique.

Como prueba de lo anterior es que el Decreto Supremo No.27175, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, no considera en ninguna parte de su redacción el concepto de jurisprudencia en lo referente a aspectos administrativos, por lo que mal podría el regulador aplicar este concepto para fundar sus actos, contrario sensu de lo que hace la AFP maliciosamente en su impugnación. Por tanto, se denota que la AFP ha ingresado a una confusión latente, buscando asociar conceptos y competencias que corresponden a jurisdicciones distintas, como lo son la administrativa y la constitucional; olvidando el marco legal por el cual deben desenvolverse tanto el regulado como el regulador, cual es la administrativa.

Finalmente, la AFP en audiencia refiere que la APS debería generar normativa de reposición en virtud a los criterios expuestos; sin embargo el regulado olvida que como ya se dijo en la resolución de primera instancia que ello corresponderá al Órgano Ejecutivo o Legislativo a través de normativa específica, considerando que esta Autoridad sólo tiene por atribución cumplir y hacer cumplir las Leyes. Sin perjuicio de lo anterior esta Autoridad dentro del marco de sus competencias ha emitido regulación referente a Recaudación, Cobro Administrativo y Judicial y Cobro de Recargos, entre otros; enmarcado en la Ley de Pensiones y normas reglamentarias; mecanismos legales para que la AFP pueda oportuna como diligentemente recuperar los adeudos de los empleadores en mora.

En virtud a lo expuesto anteriormente, BBVA Previsión AFP S.A. no ha presentado fundamentos que permitan desestimar la sanción impuesta, por lo que corresponde confirmar la R.A.392-2012.

CONSIDERANDO:

Que cuanto al pedido de revocatoria de la nota APS/DJ/No.5402/2012 de 25 de julio de 2012 (sic) (Auto Complementario); al respecto corresponde señalar que el presente proceso administrativo se tiene generado por la Nota de Cargos APS/DJ/DPC/2362/2012 de 29 de marzo de 2012, proceso administrativo sancionatorio iniciado relativo a la utilización indebida de Recursos del Fondo Colectivo de Riesgos resarciéndose el

regulado con éstos y no a la de atención a una solicitud que ha merecido respuesta de este Ente Regulador conforme a procedimiento. Por tanto, la respuesta con la nota señalada en caso de no estar de acuerdo con la misma, correspondía que el regulado solicite oportunamente su consignación para luego impugnar expresando sus agravios. En ese entendido, habiendo transcurrido superabundantemente los plazos administrativos, ha operado la preclusión y por tanto dicho acto administrativo ha quedado firme en esta sede.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuestos por BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no han (sic) presentado argumentos con fundamento que permitan modificar la R.A.392-2012, en consecuencia, se confirma la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando rectifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante nota PREV-OP-0792/2013 presentada el 16 de mayo de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, interpuso el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 418-2013 de 24 de abril de 2013, argumentado lo siguiente:

"...III. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN LEGAL DE AGRAVIOS. Como se demostrará, la **Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 418-2013, de 24-04-2013**, al confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 392-2012, de 8-06-2012, agravia los derechos de BBVA PREVISIÓN AFP. SA., con serias violaciones al principio de seguridad jurídica como parte del derecho, garantía y principio constitucional al Debido Proceso, dispuesto por el art. 115 de la C.P.E., como los principios inherentes de legalidad y seguridad jurídica, dispuesta por el art. 4-c de la Ley 2341; por: **1.** Persistir hasta la fecha en su criterio equivocado sobre la No correspondencia de pagos a asegurados sin cobertura por mora del empleador con Recursos de la Cuenta de Siniestralidad; reconocimiento que obligaría a aceptar a la APS, que el resarcimiento por estos pagos realizados por la AFP, aun (sic) no este (sic) expresamente determinados, son correctos; **2.** Haber afirmado que la SC-1649/2011 -R, de 21-10-2011, no es aplicable al caso de autos, por tratarse de un pago y no de resarcimiento; además que la jurisprudencia constitucional no es de aplicación retroactiva y por ende no haber aplicado al caso de autos el entendimiento de la jurisprudencia generada por la SC-1649/2011-R, de 21-10-2011; **3.** Incumplimiento de la Ley y la Constitución, al no Aplicar el entendimiento jurisprudencial generada por la 1649/2011-R, de 21-10-2011, conforme lo determinan el art. los art. (sic) 8 de la Ley 027, sobre la vinculatoriedad de la Jurisprudencia Constitucional, específicamente las SC-SC-1649/2011-R, de 21-10-2011, (Legalidad en la utilización de recursos del fondo de pensiones) y Sentencias Constitucionales: 1426/2005-R, de 8-11-2005; 0076/2005, de 13-10-

2005 entre otras (Aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional) **AL CASO DE AUTOS (Proceso Sancionador); 4.** Haber considerado a las resoluciones del EX SIREFI, como "jurisprudencia", y además "vinculantes" y con ese criterio garrafalmente equivocado, haber en el caso de autos, de manera simple y ligera, aplicado las susodichas líneas de interpretación del EX SIREFI, en el caso de autos, como fundamento y base de la acusación y la resolución y aún de que, la Resolución ahora impugnada mencione que, nunca se dijo que tiene calidad de jurisprudencia vinculante -lo que no es cierto-, en los hechos se la utiliza como tal para emitir las Resoluciones en otros casos, como el de autos.

En este entendido se hace procedente el presente Recurso Jerárquico y toca fundamentar la impugnación en base a lo siguiente:

De manera preliminar, conviene recordar, algunas normas legales, constitucionales y criterios jurisprudenciales en relación a las infracciones en el caso de autos:

Sobre el Principio de Seguridad Jurídica y el Derecho a un Debido Proceso.- Sobre el punto, corresponde recordar lo siguiente:

La SC-1281/2010-R, de 26-09-2011, apunta:

"III. 2. El debido proceso

Como un instrumento jurídico de protección **garantiza que el proceso, judicial o administrativo, sea justo** y que se desarrolle dentro del marco de las normas prescritas en el ordenamiento jurídico, bajo ese razonamiento se pronunció la SC 2264/2010-R de 19 de noviembre, al indicar: "Entendido el debido proceso como "...un instituto jurídico y mecanismo de protección de los derechos fundamentales, lo consagra como un principio, un derecho y una garantía, lo que implica que la naturaleza del debido proceso está reconocida por la misma Constitución en su triple dimensión: como derecho fundamental de los justiciables, como un principio procesal y como una garantía de la administración de justicia..." (SSCC 0014/2010-R, y, 0068/2010-R, entre otras), se infiere que esos derechos fundamentales subjetivos se confieren a las partes para que, en **igualdad de condiciones y oportunidades, posibiliten la eficacia de su pretensión dentro del proceso;** de acuerdo a la SC 0295/2010-R de 7 de junio, el derecho a la defensa constituye: «...un instituto integrante de la garantía del debido proceso. Al respecto, ya se ha establecido que este derecho tiene dos connotaciones: la primera, es el derecho a tener una persona idónea que pueda patrocinarle y defenderle oportunamente, y la segunda, es el derecho a tener conocimiento y acceso a los actuados e impugnen los mismos con igualdad de condiciones conforme a procedimiento preestablecido». En base a la jurisprudencia citada, se confirma que **el derecho a la defensa implica el ejercicio de otras potestades durante el proceso** penal, permitiendo a las partes valerse de los medios legales efectivos a través de los cuales, en igualdad de condiciones, puedan oponer sus pretensiones, siendo comunicadas oportunamente de los actos procesales que ameriten su presencia o pronunciamiento, sin dilaciones indebidas y al amparo de los principios que rigen la intervención de los sujetos procesales".

III.3. "Seguridad jurídica"

.... (...) Al respecto, en un entendimiento coherente con el presente razonamiento, este Tribunal en la SC 0070/2010-R de 3 de mayo, señaló que: «...la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, **implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal;** por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental, es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal...»", (lo resaltado nos pertenece)".

Por su parte, el art. 4 de la Ley 2341, dispone:

"Principios Generales de la Actividad Administrativa). La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: ... c) Principio de sometimiento pleno a la Ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso", como se ha violentado la garantía a un debido proceso conforme reza el art. 115 de la CPE: "... II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso..."

Resulta que, la APS, niega la posibilidad de que, en casos de asegurados sin cobertura por mora del empleador, se pueda pagar con recursos de la Cuenta de Siniestralidad; criterio mantenido hasta la fecha, en base a criterios que están fuera del marco legal, constitucional y jurisprudencial, con los argumentos de que: la jurisprudencia constitucional no es de aplicación retroactiva y por ende no es vinculante la jurisprudencia generada por la 1649/2011-R, de 21-10-2011, que interpreta la legalidad de los pagos de asegurados sin cobertura por mora del empleador, se pueda pagar con recursos de la Cuenta de Siniestralidad y en consecuencia, resultaría correcta que, la AFP, se resarza del Fondo de Pensiones, sobre dineros que habría erogado de su patrimonio para pagar pensiones obligado por el regulador; como con el argumento de que, la APS considera que las resoluciones del EX SIREFI, son como "jurisprudencia", y además "vinculantes" por lo que, su entendimiento aún fuera errado o rebatido en derecho de manera posterior, se debe aplicar de forma obligatoria sobre su entendimiento de que no corresponde el pago de asegurados sin cobertura por mora del empleador, y que se lo pueda hacer con recursos de la Cuenta de Siniestralidad; a pesar que, en contrasentido, la APS, aplica de manera vinculante al criterio del Ex SIREFI, sobre que no se debe utilizar los recursos del fondo para pagar estas prestaciones y por ende no correspondería que la AFP, realice conciliaciones para recuperar ese dinero erogado de su patrimonio para pagar pensiones que, le corresponde al Estado propiamente dicha (sic).

Al respecto, la APS hace referencia a que la SC-1649, corresponde a un escenario legal y procesal diferente al caso de autos en la que, se ventila si el resarcimiento con recursos del Fondo de Pensiones sobre pagos que habría realizado con su patrimonio por órdenes judiciales.

Entonces en rigor a ese criterio asumido por la propia APS, corresponde demostrar: **1.** Que un Tribunal de Amparo **SI ha establecido** de manera categórica la posibilidad legal de

que se pague la prestación con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad y que en consecuencia es legal el resarcimiento realizado por la AFP, de sus recursos erogados con su patrimonio; y 2. Demostrar que, el referido efecto retroactivo, la AFP, NO pidió que se aplique a las Sentencias Constitucionales por la que se definió el derecho a la pensión de los Sres.: Fernando Herrera, Ramiro Martínez, Edwin Céspedes y Jorge Lara; sino pidió que se aplique AL PRESENTE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR; pues en los Recursos de Amparo, no se ventilaron o no estuvo en controversia de donde saldrían los dineros para el pago de pensiones o si la AFP, en caso de pago de esas pensiones, de donde la AFP, se iba a resarcir, lo que, a los entonces recurrentes NO LES INTERESABA; sino se ventiló si correspondía o no el pago de Pensiones.

1. **Sobre que un Tribunal de Amparo SI ha establecido de manera categórica la posibilidad legal de que se pague la prestación con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.- Criterio Categórico de un Tribunal de Amparo que dispone la posibilidad legal de que se pague la prestación con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad y siendo así resultaría legal que la AFP, en caso de haber efectuado estos pagos con su patrimonio, se resarza del Fondo de Pensiones.-** Este criterio categórico y expreso, se encuentra en la Resolución de 20-11-2009 "caso Buchón", cursante a fs. 72-275, resolución que anota a fs. 272 que, la AFP, tiene la obligación de pagar con el Fondo de Siniestralidad de la subcuenta de Riesgo Común; dicho criterio, ha sido ratificado por la SC-1649/2011-R, de 21-10-2011 a fs. 351-360; por lo que, el Tribunal de Amparo mediante Resolución de 20-11-2009, SI ha mencionado de manera categórica lo siguiente:"... **Acto seguido hace uso de la palabra el Vocal del Tribunal Dr. Jorge von Borries Méndez que dijo:** La parte recurrida pide conforme el Art. 196 del Código de Procedimiento Civil complementación y aclaración del fallo emitido, éste Tribunal complementa la disposición, indicando que **la AFP pague con el Fondo de Siniestralidad** en la subcuenta correspondiente a riesgo común (sic)"; en consecuencia se ha demostrado que, SÍ existe un criterio categórico de un Tribunal de Amparo que disponga la posibilidad legal de uso de la Cuenta de Siniestralidad; porque, rebatido el criterio errado de la APS, al respecto, corresponde verificar si dicho lineamiento jurisprudencial es aplicable o no de manera retroactiva al caso de autos.

En consecuencia, si jurisprudencialmente se ha establecido que, es legal el pago de pensiones por órdenes judiciales en casos de mora del empleador; resulta legal que, en caso de que, la AFP, ya sea por presión del regulador o incluso por simple error administrativo, haya pagado con dineros de su patrimonio, se resarza asimismo, esos dineros utilizados para dar de manera rápida cumplimiento a ordenes judiciales.

2. **Demostrar que, el referido efecto retroactivo, la AFP (sic), NO pidió que se aplique a las Sentencias Constitucionales por la que se definió el derecho a la pensión de los Sres.: Fernando Herrera, Ramiro Martínez, Edwin Céspedes y Jorge Lara; sino pidió que se aplique AL PRESENTE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR; pues en los Recursos de Amparo, no se ventilaron o no estuvo en controversia de donde saldrían los dineros para el pago de pensiones o si la AFP, en caso de pago de esas pensiones, de donde la AFP, se iba a resarcir, lo que, a los entonces recurrentes NO LES INTERESABA; si no se ventiló si correspondía o no el pago de Pensiones.-** Resulta que, la APS, tiene el equivocado convencimiento de que, la AFP, solicitó la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional a Procesos Extraordinarios de Amparo Constitucional,

cuando la AFP, lo que, pidió es otra cosa distinta; o sea, que se aplique al presente PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, que, es otra cosa muy diferente, lo que merece ser explicado y fundamentado de la siguiente manera:

Resulta OBVIO que, la SC-1649, de 21-10-2011; no se podía aplicar para la emisión de las Resoluciones de Amparo Constitucional anteriores, dentro de los Recursos Extraordinarios, que al final generaron en Sentencias Constitucionales que definió el derecho a la pensión de los Sres.: Fernando Herrera, Ramiro Martínez, Edwin Céspedes y Jorge Lara; no solo (sic) por ser posterior; sino también porque, en esos amparos no se ventilaron como cuestión de fondo de donde se pagarías (sic) las pensiones o en caso que la AFP pague con sus recursos de dónde se iba a resarcir; y solo se ventiló si les correspondía o no las pensiones a los entonces recurrentes; como es OBVIO, que la AFP, no pidió a la APS, que aplique la SC-1649, para la emisión de una Resolución de Amparo; pues es OBVIO que la APS, no es Tribunal de Garantías Constitucionales; como resulta también OBVIO, que, la AFP, le pidió a la APS, que aplique la SC-1649 AL CASO DE AUTOS; dentro del **PRESENTE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR** que ESTA EN CURSO y no tiene calidad de "cosa juzgada", para que dicho razonamiento jurisprudencial sea considerada dentro de la emisión de una Resolución Administrativa; solicitud por demás OBVIA; que a manera de desligarse de la responsabilidad de revocar la sanción; la APS, ha fundamentado, como si la AFP, hubiera pedido que la SC-1649, se aplique para resolver las solicitudes de Amparo Constitucional de los Sres.: Fernando Herrera, Ramiro Martínez, Edwin Céspedes y Jorge Lara; lo que, resulta además de ilegal, DESLEAL, agravada por el hecho de que, una entidad Regulatoria haya sido la que, haya buscado y utilizado falsos para fundamentar sus resoluciones y convalidar sus actos ilegales.

En esa línea de entendimiento, es que, el sustento de la AFP, es que (sic), el criterio jurisprudencial generado por la SC-1649/2011, de 21-10-2011, sobre: "la posibilidad de utilización del dinero del Fondo de Pensiones para el pago de Pensiones por órdenes judiciales y por ende la posibilidad de resarcirse de esa cuenta cuando la AFP, ha dispuesto de su patrimonio para cumplir órdenes judiciales"; se puede aplicar perfectamente AL CASO DE AUTOS; AL PRESENTE PROCESO SANCIONADOR, para determinar si la AFP, hizo bien o mal (sic) resarcirse del Fondo de Pensiones los pagos realizados de su patrimonio; para verificar si en el trámite de cumplimiento de las órdenes judiciales, la AFP como Administrador hizo bien o mal en resarcirse de los dineros del Fondo de Pensiones, tomando en cuenta que, **ni el Tribunal de Garantías; ni el Tribunal Constitucional dispusieran textualmente, que la AFP, pague estas pensiones con su propio dinero o pague con dineros del Fondo de Pensiones;** cuando lo más razonable es que, un simple Administrador del dinero de las PENSIONES; pague PENSIONES por orden judicial, con dineros justamente del Fondo de PENSIONES, al ser un simple y llano administrador de las obligaciones del Estado Boliviano; pero, la APS, no puede pretender que, el Administrador (AFP); asuma la Obligación del Estado de pagar (sic) Pensiones; cuando la AFP, lo único que hace es administrar esos dineros y POR CUENTA DEL ESTADO, pagar las Pensiones, aún sean ordenadas por un juez competente; por lo que, es completamente legal que, el razonamiento jurisprudencial generado por la SC-1649/2011, sea aplicado AL CASO DE AUTOS, AL PRESENTE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, que no tiene calidad de cosa juzgada; en

el que, no se está juzgando si corresponde o no el pago de pensiones a los Sres.: Fernando Herrera, Ramiro Martínez, Edwin Céspedes y Jorge Lara; sino la APS, está juzgando si la AFP, para dar cumplimiento a las órdenes judiciales de pago de pensiones hizo bien o mal en utilizar dineros del Fondo de Pensiones, que es muy diferente; tomando en cuenta que, en ninguno de los fallos, se ordenó que, la transferencia de las OBLIGACIONES DEL ESTADO a la AFP, que es un Administrador que paga Pensiones por CUENTA DEL ESTADO; y no asume específicamente esa obligación y tomando en cuenta que, esa obligación de pagar pensiones a la fecha permanece en el Estado, por efecto de la Ley 065, y que dicha obligación pasará a ser administrada por un Director de la Gestora Pública; quien teniendo delegado (sic) (NO TRANSFERIDO (sic)), la obligación de pagar pensiones, es OBVIO, que en ningún caso, lo hará con dineros de su sueldo mensual; mucho menos si esos montos son más elevados que un sueldo; aun (sic) así no haya una norma específica que regule estos casos de pago de pensiones aun (sic) haya mora del empleador; ahora bien si el futuro administrador por la emergencia y para no incurrir en delito de incumplimiento de órdenes judiciales paga con su patrimonio, resultaría coherente que, realice una conciliación o un resarcimiento.

Asimismo, la APS, menciona que las Sentencias Constitucionales deben ser aplicados a casos futuros, en consecuencia no se podría aplicar a los 4 casos anotados: "Fernando Herrera, Ramiro Martínez, Edwin Céspedes y Jorge Lara", que según la APS, tienen calidad de cosa juzgada; cuando lo que la AFP., pide es que se aplique dicho razonamiento generado por la SC-1649/2011, en el presente proceso administrativo; por cuanto es entendible el hecho de que, el razonamiento generado por la SC-1649, no se aplique dentro de Amparos Constitucionales por las que se reclame el derecho a pensiones; pero cuando el tema o la controversia es otra, como en el caso de autos, el resarcimiento que la AFP, realizó por haber pagado pensiones de su patrimonio, en base a un criterio del Tribunal Constitucional de que, esa (sic) pensiones debieron ser pagadas con dineros del Fondo de Pensiones, resulta injusta la sanción impuesta a la AFP, cuando contrariamente debería felicitarle por haber salvado las obligaciones del Seguro Social Obligatorio, con sus propios recursos.

En ese entendimiento se tiene la Resolución de 20-11-2009, emitida por el Tribunal de Garantías, sobre la determinación CATEGÓRICA de que, para este tipo de casos, la AFP, tiene la obligación de pagar con los dineros del Fondo de Pensiones; de tal manera que, aun (sic) los Tribunales de Amparo y el propio Tribunal Constitucional no hayan determinado si la AFP debe o no pagar con su patrimonio; si se debe pagar o no con dineros del fondo de pensiones; ese vacío generado para la ejecución del cumplimiento del derecho de fondo; inherente a un procedimiento meramente administrativo que se sobreentiende debe hacérselo con dineros del Fondo de Pensiones; habiendo (sic) sobreviniente un entendimiento cabal de que debe hacérselo con dineros del Fondo de Pensiones, es aplicable a todo procedimiento de pago en similares casos, lo que, desde ningún punto de vista altera el fondo de las determinaciones asumidas por el Tribunal Constitucional en otros casos salvo determinación expresa, que no es el caso; eso es como si un Juez dispusiera el pago de beneficios sociales sin indicarle a la Empresa Pública de donde sacara (sic) el dinero lo que es algo material; sobreentendiéndose que, el Administrador de la Empresa Pública,

cumplirá la orden judicial con recursos de la Empresa Pública y no de su salario; aún no exista una partida presupuestaria, aun (sic) no exista autorización de la Contraloría General del Estado; y más aún si, dé manera posterior en Sentencias Constitucionales se marca el lineamiento jurisprudencial al respecto; lo que, la APS, no puede asimilar hasta la fecha.

Es más, el efecto de la retroactividad de la Jurisprudencia es hasta la norma base de interpretación; o sea, en este caso, todas los entendimientos sobre Pensiones, son retroactivas a todos los PROCESOS ADMINISTRATIVOS y judiciales vigentes o en proceso desde la vigencia misma de la Ley (1732); con el solo requisito de que, no tenga la calidad de COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA U ORDINARIA, lo que, es diferente a la Cosa Juzgada Constitucional derivados de Procesos Extraordinarios o Demandas de Amparo; en este caso, la AFP, solicita la aplicación de la SC-1649, a un PROCESO ADMINISTRATIVO EN CURSO; o sea, SIN CALIDAD DE COSA JUZGADA y no como la APS, quiere hacer parecer de que, la AFP, habría pedido que se aplique a una demanda de amparo o un proceso extraordinario; aclarando que, la APS, en el caso de AUTOS es el JUZGADO de una supuesta Infracción administrativa y como JUZGADOR EN UN PROCESO ADMINSTRATIVO SANCIONADOR CURSO (sic); se le pide que, al emitir la Resolución de por bien hecho (sic) la utilización de recursos erogados para pagar pensiones; en base al entendimiento asumido por el Tribunal de Garantías y ratificado por el Tribunal Constitucional, de que, es legal usar para este tipo de pagos, dineros del Fondo de Pensiones; aplicación que debe hacérselo al presente proceso para liberar a la AFP de responsabilidad sobre las acusaciones precisamente administrativas.

*En efecto, LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES **SI TIENEN EFECTO RETROACTIVO**, y prueba de ello se tiene las Sentencias Constitucionales: 1426/2005-R, de 8-11-2005; 0076/2005, de 13-10-2005 entre otras; y además de manera uniforme las que, en sus fundamentos de manera uniforme anotan:*

SC-1426/2005-R, de 8-11-2005:

"III. 1. La jurisprudencia en el tiempo. La doctrina y la jurisprudencia comparada han señalado de manera uniforme que el principio de irretroactividad no es aplicable al ámbito de la jurisprudencia, debido a que ésta sólo precisa el sentido y alcances de las normas, sin modificar o crear un nuevo texto legal. En este sentido, la norma interpretada por el juez no se constituye en una nueva disposición legal, por cuanto la autoridad judicial no crea, mediante la interpretación, normas jurídicas diferentes. Conforme al entendimiento anotado, lo que un considerable número de Constituciones prohíbe es la aplicación retroactiva de la ley y no así de la jurisprudencia y, en consecuencia, es posible aplicar un nuevo entendimiento jurisprudencial a casos pasados, siempre y cuando -claro está- la disposición interpretada exista al momento de producirse los hechos. Ahora bien, es también uniforme el criterio, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que las excepciones a la regla antes aludida están constituidas por: 1. La cosa juzgada, en la medida en que los nuevos entendimiento (sic) jurisprudenciales no pueden afectar los asuntos ya resueltos y que se encuentran firmes o inimpugnables, esto es, que tenga la calidad de cosa juzgada formal y material y 2 la jurisprudencia que perjudica al imputado en

materia de derecho penal sustantivo; lo que implica que, en este último caso, no se pueden aplicar en forma retroactiva los entendimientos jurisprudenciales que afecten o desmejoren las esferas de libertad del imputado o condenado, entendiéndose a la libertad aludida, conforme lo ha establecido la SC 101/2004 "...como la facultad de autodeterminarse que tienen los hombres, sin sujeción a una fuerza o coacción proveniente del exterior, en este caso, del sistema penal. Conforme a ello, aquellas normas contenidas en leyes penales que afecten, restrinjan o limiten los derechos fundamentales de las personas, tendrán carácter sustantivo"... III.2.La jurisprudencia constitucional en el tiempo. ... "De acuerdo a las características anotadas, la Constitución Política del Estado, al ser el fundamento del ordenamiento jurídico, no puede estar sometida a las reglas de la irretroactividad establecidas por la propia Constitución (art. 33) para las leyes y, en general, para toda norma jurídica infraconstitucional. En este sentido, se entiende que las reformas introducidas al texto constitucional tampoco están sometidas a esas reglas; al contrario, en virtud de las características anotadas y de la fuerza expansiva de la Constitución, es el ordenamiento jurídico el que tendrá que readecuarse a los nuevos lineamientos establecidos por la Ley Suprema". "En ese orden, la Constitución, al ser la base que estructura el sistema jurídico y la convivencia social, no está regida por el principio de irretroactividad, sino que, a diferencia de las otras normas jurídicas, sus preceptos tienen eficacia plena en el tiempo, lo que implica que pueden ser aplicados en forma inmediata, salvo que el mismo texto constitucional disponga otra cosa, en resguardo de una aplicación ordenada, y de la seguridad jurídica.". Como una manifestación de la vigencia plena en el tiempo de las normas constitucionales, la misma Resolución estableció que las Sentencias Constitucionales tampoco están regidas por el principio de irretroactividad contenido en el art. 33 de la CPE, conforme al siguiente razonamiento: "...debido a que la fuerza expansiva de la Constitución impregna a las Resoluciones del Tribunal Constitucional, la misma Ley Fundamental establece que las resoluciones que declaran la inconstitucionalidad de las leyes no se rigen por el principio de irretroactividad establecido en el art. 33 de la CPE, sino por el principio general de aplicación de las normas constitucionales en el tiempo, referido precedentemente; esto se explica porque las Resoluciones del Tribunal Constitucional, sólo se constituyen en un vehículo a través del cual la Ley Fundamental desplaza su eficacia general.". "Conforme a lo anotado, la Constitución Política del Estado establece un tratamiento especial a las Resoluciones del Tribunal Constitucional en el tiempo, que no se rigen, como quedó expresado, por el principio de irretroactividad de la leyes. En este sentido, el art. 121.11 de la CPE determina que: "La Sentencia que declara la inconstitucionalidad de una Ley, decreto o cualquier género de Resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada..."".

En concordancia con esto, el art. 58.III de la LTC señala que "La Sentencia que declare la inconstitucionalidad parcial de la norma legal impugnada, tendrá efecto derogatorio de los artículos sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad y seguirán vigentes los restantes". "En coherencia con lo señalado, la Constitución en su art. 121, otorga un tratamiento específico a aquellos casos en los que se hubiera aplicado en el proceso la norma declarada inconstitucional, estableciendo una excepción al principio general de eficacia plena de los enunciados constitucionales, al señalar que: "La Sentencia de inconstitucionalidad no afectará a

Sentencias anteriores que tengan calidad de cosa juzgada" Esto implica que cuando el proceso judicial o administrativo en el que se ha aplicado la Ley declarada inconstitucional ha concluido y por tanto tiene la calidad de cosa juzgada, la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley que se aplicó en el proceso no le afecta sino que se mantiene firme la Sentencia; pero cuando la declaratoria de inconstitucionalidad recae sobre procesos que están en curso, es decir que no "han concluido en todas sus fases e instancias y por tanto no tienen la calidad de cosa juzgada, se tendrá que inaplicar la norma declarada inconstitucional y consiguientemente, aplicar en la Resolución del caso la norma que la reemplaza o sustituye.". El entendimiento jurisprudencial anotado, no sólo es aplicable a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las normas, sino también a las Resoluciones pronunciadas en los recursos de tutela (hábeas corpus, amparo constitucional y hábeas data), en la medida en que los fundamentos relevantes del fallo o ratio decidendi, es decir, "los fundamentos necesarios sin los cuales no se justificaría ni se entendería el fallo" (SC 457/2004-R, de 31 de marzo, Fundamento Jurídico III. 1), que obligan y vinculan a los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales, como lo establece el art. 44.1 de la LTC; norma que se fundamenta "en la necesidad de que todo el ordenamiento jurídico boliviano tenga coherencia y unidad material, que sólo es posible alcanzar si la jurisprudencia constitucional logra uniformar los criterios de aplicación de los preceptos legales bajo la óptica constitucional, lo que deriva además en la realización material del principio de igualdad..." (SC 457/2004-R). En consecuencia, de manera general se puede afirmar que las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional, al constituirse en un medio por el cual la Ley Fundamental desplaza su eficacia general, no están regidas por el art. 33 de la CPE, que establece el principio de irretroactividad de las leyes, sino que tienen validez plena en el tiempo; **lo que significa que los razonamientos de las resoluciones constitucionales pueden ser aplicados en los procesos que están en curso**, es decir, en aquellos que no tienen calidad de cosa juzgada, **sin importar que los hechos a los que ha de aplicarse el entendimiento jurisprudencial hubieren acaecido con anterioridad al pronunciamiento del Tribunal Constitucional.**

Ahora bien, el único límite establecido para aplicar la jurisprudencia constitucional está dado por aquellas resoluciones que tienen calidad de cosa juzgada, por haberse agotado las instancias o por no haberse interpuesto los recursos dentro del término previsto por la ley o por haber desistido de los mismos. En estos casos, no es posible aplicar el nuevo entendimiento contenido en los fallos constitucionales, manteniéndose firme la Sentencia pronunciada dentro del respectivo proceso ordinario".

Por lo que, habiéndose demostrado que, las Sentencias Constitucionales **SI tienen efecto retroactivo**, y se aplican perfectamente AL CASO DE AUTOS QUE ES UN PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SIN CALIDAD DE COSA JUZGADA, el lineamiento jurisprudencial generado por la SC-1649/2011-R, de 21-10-2011; tiene que aplicarse a este proceso como a los demás similares en curso y además de manera obligatoria y vinculante y con ello, se tiene que, dar por bien hecho (sic) la utilización del Fondo de Pensiones para resarcirse los pagos de pensiones realizados con dineros de la AFP y no como erradamente cree sin fundamento la APS, que debe ser pagado con el patrimonio privado de la AFP o que no pueda resarcirse; a pesar que la AFP, administra las pensiones

POR CUENTA DEL ESTADO y a pesar que, ningún Tribunal de Garantías determinó imperativamente que debe hacerlo con su patrimonio; por el contrario entendiéndose de sobre manera que, debe hacerlo con dineros del Fondo de Pensiones; es más lo mencionado por la APS que menciona "...Habiéndose al presente sido (sic) determinada la responsabilidad de que es la AFP quien debe pagar la prestación con sus propios recursos"; es una simple muestra más (sic) ilegalidad y soberbia; pues, la APS, no puede determinar simple y llanamente que la AFP, pague con su patrimonio y no tenga el derecho a resarcirse, sino que, debe fundamentar legalmente porque no pudiera hacerlo, lo que, no tiene ninguna base legal; pues en ninguna parte de la Ley de Pensiones 1732, ni la Ley 065, dicen que, las cuestiones y obligaciones económicas del Estado sobrevinientes a la Ley de Pensiones que no estén previstas en la misma Ley, serán asumidas por el Administrador de turno del Fondo de Pensiones sin derecho a resarcimiento; lo que resultaría simplemente incoherente.

Habiendo demostrado la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional, entonces, no quedaría más que, aplicar el criterio vertido en la SC-1649/2011-R, de 21-10-2011, AL CASO DE AUTOS QUE ES UN PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SIN CALIDAD DE COSA JUZGADA, que ratifica la Resolución de 20-11-2009, emitida por el Tribunal de Amparo, que a la letra anota:

"... Acto seguido hace uso de la palabra el Vocal del Tribunal Dr. Jorge von Borries Méndez que dijo: La parte recurrida pide conforme el Art. 196 del Código de Procedimiento Civil complementación y aclaración del fallo emitido, éste Tribunal complementa la disposición, indicando que **la AFP pague con el Fondo de Sinistralidad** en la subcuenta correspondiente a riesgo común".

En virtud a ello, corresponde determinar el sobreseimiento de cargos contra la AFP.

Asimismo, para que no quepa duda sobre la aplicación de la jurisprudencia al caso de autos; se debe anotar jurisprudencia que hace referencia a la jurisprudencia constitucional de aplicación erga homines o general a situaciones análogas y no de aplicación restringida ínter partes.

Así la SC-1553/2005-R, de 5-12-2005, sobre la vinculatoriedad de las Sentencias Constitucionales, anota:

"111.1. Para resolver la problemática planteada resulta necesario recordar el entendimiento que ha establecido este Tribunal sobre la vinculatoriedad de las resoluciones constitucionales... A ese efecto, la naturaleza del carácter vinculante de las resoluciones constitucionales ha sido definida, entre otras, por la SC 58/2002, de 8 de julio, que señala que: "(...) la vinculatoriedad de las Sentencias del Tribunal Constitucional, implica que los poderes públicos que sean aplicadores del derecho, se encuentran sujetos a la manera de cómo los preceptos y principios de la Constitución, han sido interpretados por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, por la eficacia vinculante de dicha interpretación, los poderes públicos están obligados a seguir la doctrina constitucional que ha resultado de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos constitucionales... (...) la vinculación alcanza

una trascendencia especial, respecto a los jueces y tribunales de la justicia ordinaria, quienes a tiempo de resolver las controversias sometidas a su conocimiento, deberán tener en cuenta la doctrina constitucional, por ser los principales destinatarios de la misma. En el caso de las Sentencias Constitucionales pronunciadas en los recursos de amparo constitucional, se aprecia en revisión si hay una efectiva vulneración de derechos fundamentales, Sentencias que por ser vinculantes, tienen el valor de precedente para casos futuros análogos"... Con esa premisa como punto de partida, se debe, dejar claro qué parte de la Sentencia vincula a los tribunales, jueces y **autoridades** ...Este Tribunal ha establecido que los fundamentos relevantes del fallo o ratio decidendi, es decir, los fundamentos sobre los que se funda o asienta la determinación asumida o los razonamientos lógico-jurídicos necesarios sin los cuales no se justificaría ni se entendería el fallo, son los contenidos jurisprudenciales que vinculan a los tribunales, jueces o autoridades; **quedando en virtud de ello obligados a aplicar a sus decisiones tales entendimientos**...Así la SC 1310/2002-R, de 28 de octubre, determina que: "Si bien todo fallo que emite este Tribunal en recursos de amparo constitucional y hábeas corpus, tiene efectos ínter partes (sólo afecta a las partes), los fundamentos determinantes del fallo o ratio decidendi, son vinculantes y, por tanto, de obligatoria aplicación para los Poderes del Estado, legisladores, **autoridades, tribunales y jueces (en todos sus niveles jerárquicos)**, así lo determina el art. 44 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC)"... En AC 0036/2003-ECA, señaló que: "Todos los fundamentos jurídicos o rationes decidendi que sirven de sustento a la parte resolutive (...) tienen carácter obligatorio y vinculante tanto para las partes como **para todos** los jueces, tribunales, legisladores y **autoridades en general**, en aplicación del art. 121.11 de la Constitución Política del Estado (CPE) concordante con el art. 44.1 LTC. Así lo ha establecido este Tribunal en el AC 58/2002 cuando dispuso: 'Que en una Sentencia Constitucional, existe una parte conocida como ratio decidendi que se expresa como un razonamiento lógico de las motivaciones o fundamentos que llevan a la toma de la resolución, el obiter dictum que son los argumentos adyacentes que coadyuvan en mayor o menor medida al fundamento principal del fallo y la decisum que se refiere a la decisión tomada en el caso concreto'. Respecto a la vinculatoriedad de las autoridades judiciales, se da en situaciones similares, de las rationes decidendi o fundamentos que son decisivos y relevantes del fallo, por constituir el precedente vinculante y la base de la decisión. Todo en el marco de lo dispuesto por el art. 121-11 de la Constitución Política del Estado, norma suprema con la que concuerda la previsión contenida en el art. 44-1 de la Ley del Tribunal Constitucional"... Dentro de ese contexto, la SC 1781/2004-R, de 16 de noviembre, manifiesta lo siguiente: "El respeto a los precedentes por parte del propio juez o tribunal, como por los demás jueces y tribunales inferiores, que preserva la seguridad jurídica y la coherencia del orden jurídico; protege los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas evitando variaciones injustificadas o caprichosas de los criterios de interpretación; precautela el valor supremo de la igualdad, impidiendo que casos iguales, con identidad de los supuestos fácticos, sean resueltos de manera distinta; ejerce control de la propia actividad judicial, imponiendo a los jueces y tribunales mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Empero, cabe advertir que esta obligatoriedad de los precedentes no es un valor absoluto, pudiendo los jueces y

tribunales apartarse de sus propios precedentes sin importar discrecionalidad, sino con la limitación de la debida y adecuada fundamentación de las razones que llevan a distanciarse de sus decisiones previas, por lo que el principio del stare decisis o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no es absoluto"... Finalmente, conforme concluyó la SC 0753/2005-R, de 5 de julio: "(...) el carácter vinculante de las sentencias emerge de la ratio decidendi, pues es en esa parte de la sentencia en la que se consigna la doctrina constitucional y las sub reglas establecidas por el Tribunal Constitucional, los que se convierten en precedentes obligatorios; empero, la aplicación obligatoria de dichos precedentes requiere de la concurrencia de la analogía en los supuestos tácticos; al respecto, este Tribunal en el AC 0004/2005, de 16 de febrero, ha establecido lo siguiente: "(..) la aplicación del principio de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional está sujeta a la regla de la analogía, vale decir que los supuestos tácticos de la problemática resuelta mediante la sentencia constitucional en la que se crea la jurisprudencia sean análogos a los supuestos tácticos de la problemática a resolverse mediante la sentencia en la que se aplicará la jurisprudencia o el precedente obligatorio, desde otra perspectiva, cuando no existe la concurrencia de la analogía entre los supuestos tácticos no puede exigirse la aplicación de la jurisprudencia o el precedente obligatorio...".

Como se puede advertir, el carácter vinculante de la ratio decidendi, no tiene un efecto solo ínter partes; sino tiene un efecto general o erga omnes, por lo que, los criterios asumidos por el Tribunal Constitucional o por los Tribunales de Amparo ratificados por el Tribunal Constitucional, resultan precedente obligatorios para su aplicación en casos análogos; de tal manera que, si para un caso, se dispone constitucionalmente que, se debe pagar pensiones con recursos del Fondo de Riesgo Común, dicho precedente en casos análogos debe asimilarse por todas las autoridades, como en este caso por la APS; sin esperar que, exista siquiera la interposición de otros amparos.

3. **Supuesto status de "jurisprudencia" y de carácter vinculante y obligatorio de los criterios o resoluciones del EX SIREFI.-** La APS, ahora recién afirma que nunca dijo que las Resoluciones de la Ex SIREFI tenían calidad de Jurisprudencia; cuando en los hechos sí lo hizo y además de manera expresa; sin embargo en contra ruta; nuevamente utiliza criterios asumidos por la EX SIREFI, para fundamentar su accionar en el presente proceso; cuando lo más coherente al reconocer que los fallos o criterios de la EX SIREFI no son jurisprudencia, es NO APLICAR DICHOS CRITERIOS AL CASO DE AUTOS; pues, esos criterios corresponden a casos individuales; criterios que al no constituir "jurisprudencia", no tienen ni porque ser citados en el caso de autos y menos respaldar su decisión en dichos criterios; eso es similar a que un Juez Sumariante Disciplinario sienta las bases de sus resoluciones en criterios de la Autoridad Jerárquica; criterios inaplicables que no tienen ningún status de jurisprudencia para ser aplicados en otros casos; o es como si los Jueces de Instancia en materia ordinaria en vez de basar su Resoluciones en "jurisprudencia constitucional", sienten sus bases de sus resoluciones en Resoluciones (sic) de las Salas del Tribunales Departamental de Justicia; más aún si la APS, ya ha realizado un análisis sobre la aplicación de las resoluciones ínter partes y erga omnes; los razonamientos emitidos por la EX SIFERI (sic), deben permanecer y aplicarse inter partes; pues no tienen la calidad de jurisprudencia; por lo que, si por un lado la APS, se desdice sobre que nunca dijo que las Resoluciones de las EX SIREFI son "jurisprudencia"; resulta ilegal que en contrasentido se la aplique como tal; y peor aún erga homnes; como en

el caso de autos pasa, lo que, con el pretexto que: "... las determinaciones emitidas resueltas en grado jerárquico, merecen la atención por el regulador y regulado"; puede ser que el regulador rinda tributo a estas resoluciones, como el regulado en un caso concreto tenga la obligación de darle la atención que se merece; pero, un regulado que no tienen nada que ver con una determinada Resolución Jerárquica, no tiene porqué prestarle siquiera atención a criterios vertidos en otros casos que no le interesa; mucho más si esos criterios son erróneos; más aún si sabe que, no tienen el rango de "jurisprudencia", y por tanto no pueden ser base de ninguna otra resolución en ningún otro caso específico; como "jurisprudencia", o sea, citándola como base; otra cosa es que, el Regulador quiera asumir el mismo criterio sin siquiera citar la base de otra Resolución Jerárquica distinta como si fuera jurisprudencia, y el hacerlo sin duda alguna violenta el principio de seguridad jurídica como el derecho a un debido proceso, conforme los arts.: 115 y 119 de la C.P.E.

En ese sentido, se tiene reconocido por la APS, que las Resoluciones de la EX SIFERI (sic), no son jurisprudencia; por lo tanto con dicho reconocimiento se sobre entiende que, no tenían por qué ser utilizadas como base de la Resolución sancionadora en el presente caso de autos; como se lo hizo; lo que, tácitamente es una confesión de la ilegalidad con la que, se emitió la Resolución Sancionadora, lo que, contraria el principio de seguridad jurídica como el derecho a un debido proceso, conforme los arts.: 115 y 119 de la C.P.E.

4. Por último, respecto a que, el hecho sancionado referente a la realización de débitos no autorizados de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, supuestamente no impugnado, se tiene que tener presente que es resorte del tema de fondo sancionado; por tanto, la determinación de sobreseimiento, o de dar por bien hecho la utilización de dineros del Fondo de Pensiones, implicaría en sí mismo, el sobreseimiento por la forma de haberlo hecho. El debate semántico de "pagar" las pensiones o el "resarcimiento" de las mismas no tiene mayor relevancia, cuando el tema de fondo está relacionado con la determinación de quién debe financiar las mismas, hecho que se encuentra jurídicamente claro, como demostramos con los argumentos probatorios que anteceden; **como la obligación legal de pagar pensiones de Riesgo Común corresponde únicamente a la Cuenta de Siniestralidad, corresponde que quien lo hubiera hecho en su lugar, sea resarcido sin mayor tramite** (sic).

Las pensiones que hasta ahora la AFP se ve obligada a pagar con su peculio, y reciben periódicamente los señores "Fernando Herrera, Ramiro Martínez, Edwin Céspedes y Jorge Lara", **como reconoce reiteradamente la APS son Pensiones por Riesgo Común, por lo tanto su única fuente legal y lógica de financiamiento corresponde a la Cuenta de Siniestralidad;** de otro modo no se llamarían "Pensiones por Riesgo Común" y se trataría de una (sic) beneficio otorgado a título (sic) privado por la AFP en forma particular, hecho que no se encuentra normado ni la AFP ha otorgado a nadie; para que sin asidero legal la APS tome por una obligación de la Administradora. **Al tratarse de "Pensiones por Riesgo Común" como bien reconoce reiteradamente la APS, corresponde que se financie de la Cuenta de Siniestralidad, porque corresponde a una obligación del Estado;** la AFP no tiene obligación legal ni contractual alguna de pagar pensiones con sus recursos, más aun si **las mismas tienen nombre y apellido: "Pensiones**

por Riesgo Común", y por lo tanto, una determinada fuente legal de financiamiento: la Cuenta de Siniestralidad o Fondo Colectivo.

IV. PETITORIO. Por lo expuesto, a V.A. se solicita:

1. Se tenga por interpuesto el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 418-2013, de 24-04-2013 y se remita el mismo ante la autoridad Jerárquica.
2. **A la Autoridad Jerárquica:** Que, en base a la fundamentación de agravios, se disponga la Revocatoria Total de la **Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 418-2013, de 24-04-2013**, conforme lo dispone los arts.: 43-b y 44 del D.S. 27175; declarando en consecuencia el SOBRESIMIENTO de las supuestas transgresiones acusadas.
3. **Entre otras cosas:**
 - a) Se tenga presente que, si bien la AFP, realizó pagos a los Entes Gestores con su patrimonio, no fue para convalidar absolutamente nada; si no lo hizo para no dejar en desprotección a personas que requieren este beneficio, **gasto que de la misma manera corresponde sea resarcido.** Dejando constancia, que los comentarios de la APS respecto a simple documentación contable, que sin criterio relaciona a inconsistencia y reconocimiento de la obligación por parte de la AFP; resultan un exceso fuera de lugar, pues es de su conocimiento que la elaboración operativa contable de los pagos corresponde a personal de mandos medios que responde a la instrucción de pagar, sin obligación de conocer la realidad jurídica o administrativa de fondo. Por lo tanto en las glosas de la documentación especifican la fuente de los recursos, y otros que puedan ser de interés, según interpretación funcionario, sin que corresponda a una verdad jurídica, pues no es de su competencia; la APS pretende confundir al apoyar sus apreciaciones en glosas irrelevantes y sin mayor valor probatorio, en vez de atender la abundante fundamentación jurídica y la responsabilidad que le compete.
 - b) En cumplimiento del art. 54 del D.S 27175, se tenga por constituido nuevo domicilio procesal en la calle: Av. 6 de Agosto esquina Campos; Edificio "El Ciprés", de esta ciudad, donde se encuentran las instalaciones de la AFP BBVA PREVISIÓN S.A., Regional La Paz, en Secretaría del Gerente; Regional, ubicada en el Mezzanine.
 - c) Se tenga presente poder notarial de representación..."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la

Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 392-2012 de 8 de junio de 2012 sancionó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, con una multa en Bolivianos equivalente a \$us5.001,00, por infracción a lo establecido en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP y los artículos 6 y 149 incisos o) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

En fecha 13 de agosto de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, presenta Recurso de Revocatoria, el cual fue resuelto mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 418-2013 de 24 de abril de 2013, que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 392-2012 de 8 de junio de 2012.

Mediante nota PREV-OP-0792/2013, presentada en fecha 16 de mayo de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, interpone Recurso Jerárquico mismo que pasa a resolverse.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa Imputada y sancionado.-

A efectos de ingresar al análisis respectivo, corresponde previamente determinar el campo de decisión, por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha imputado cargos y sancionado a la AFP, y que ha merecido la impugnación en instancia jerárquica.

Es así que la imputación se restringe a que BBVA Previsión AFP S.A., habría utilizado los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, para resarcirse de los pagos de pensiones realizados por recargos de los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, que se encontraban en curso de pago con recursos propios de la AFP, por determinación del Tribunal de Amparo.

La contravención refiere al:

- Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP:

"...8.6 Pago de Prestaciones u Beneficios

La AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, únicamente con los recursos del FCC, del fondo de capitalización individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de la cuenta de mensualidades vitalicias variables según corresponda de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias..."

- Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones:

"Artículo 6 (PATRIMONIO AUTÓNOMO Y ADMINISTRACIÓN). Cada uno de los Fondos del Sistema Integral de Pensiones se constituye como un patrimonio autónomo y diverso del patrimonio de la Entidad que los administra, son indivisos, imprescriptibles e inafectables por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie y sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley.

Los Fondos del Sistema Integral de Pensiones serán administrados y representados por la Gestora de la Seguridad Social de Largo Plazo.

- **Artículo 149 (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES).** La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones:
 (...)
 - o) Mantener el patrimonio y los registros contables de los Fondos que administra en forma independiente a los propios.
 - (...)
 - v) Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia."

Quedando determinados los hechos y la normativa imputada, que mereció el proceso sancionatorio, ahora debe pasarse a compulsar los argumentos presentados por BBVA Previsión S.A. AFP en instancia jerárquica.

2.2. En cuanto al resarcimiento de las Pensiones de Invalidez pagadas con recursos de la Administradora de Fondos de Pensiones.-

De los antecedentes que se cuenta en el expediente, se tienen cuatro trámites de Pensión por Invalidez de Asegurados sin cobertura por mora del Empleador, que derivaron en Recargos conforme lo establece el inciso b) del artículo 33 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

De acuerdo a lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante el Informe Técnico INF/DPC/PB/N° 047-2012 de 28 de febrero de 2012, BBVA Previsión AFP S.A. cumpliendo lo determinado en las Sentencias Constitucionales 1805/2010-R, 2733/2010-R, 0980/2005-R y 0653/2010-R, pagó las pensiones correspondientes a los Asegurados Fernando Herrera Aguilera, Ramiro Martínez, Edwin Céspedes Vélez y Jorge Lara Balderrama, **con recursos propios** y posteriormente procedió al resarcimiento de los montos pagados, con recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, motivo por el cual la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó y sancionó a la Administradora de Fondos de Pensiones.

BBVA Previsión AFP S.A. señala en su Recurso Jerárquico que en el presente caso, correspondía aplicar el mismo razonamiento jurisprudencial generado por la Sentencia Constitucional N° 1649/2011, ya que se encuentra jurídicamente claro que la obligación legal de pagar las pensiones de Riesgo Común corresponden únicamente a la Cuenta de Siniestralidad, por lo tanto corresponde que quien lo hubiera hecho en su lugar, sea resarcido sin mayor trámite.

Sobre el particular, queda claro que BBVA Previsión AFP S.A. dio curso al pago de la Pensión de Invalidez por Riesgo Común, de los cuatro casos (motivo de controversia), en función a lo determinado por el Tribunal Constitucional, y que tiempo después sin mayor trámite, haya procedido a "resarcirse" el monto total pagado por ésta AFP (con recursos propios), elemento fáctico por el cual la propia AFP no ha presentado argumentación alguna, sino por el contrario restringe su fundamentación al derecho que ella gozaría de resarcirse, al existir -según argumenta- una Sentencia Constitucional que determina la fuente de financiamiento de este tipo de pensiones.

Es así que siguiendo la línea de razonamiento esgrimida, tenemos que tanto la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones en su artículo 22, como la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones en su artículo 6, establecen clara e inequívocamente que los Fondos de Pensiones **son patrimonios autónomos y diversos de las Administradoras de Fondos de Pensiones**, siendo por lo tanto indivisos que no se puede dividir, imprescriptibles al no perder sus características principales ni siquiera con el paso del tiempo, inafectables o inembargables entendiéndose que estos están excluidos de la ejecución y no pueden ser embargados **y sólo pueden disponerse** de conformidad a la Ley, es decir cuando cumplan los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley de Pensiones y disposiciones reglamentarias.

Situación que pone en evidencia innegable, que no existe la posibilidad que la AFP de **mutuo propio** pueda tocar o afectar los Fondos (específicamente para el caso de autos, la entonces denominada Cuenta Colectiva de Siniestralidad) para **resarcirse**. Esta situación, sin lugar a dudas transgrede la esencia misma de la Ley y el Contrato de Prestación de Servicios al que se encuentra obligada, ya que se está disponiendo de recursos confiados a dicha entidad para su Administración y que por esencia son inafectables, y por lo tanto no pueden ser utilizados de manera unilateral bajo ningún concepto, como ha ocurrido en el caso de autos.

La permisión de afectar los Fondos significaría que las Cuentas Personales Previsionales, los Fondos Colectivos (hoy administrados por la AFP transitoriamente) están sujetos a la discreción de la AFP, situación que no condice con la normativa aplicable y la propia Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

Sin embargo, conforme ha expresado la recurrente, la misma fundamenta ese acto discrecional en el derecho expresado en la Sentencia Constitucional N° 1649/2011 en cuanto a la fuente de financiamiento de las pensiones, sin embargo olvida, que en el presente proceso, no se está cuestionando el cumplimiento de las Sentencias Constitucionales o la fuente de financiamiento para el pago de las pensiones, **sino la utilización discrecional de dineros del Fondo Colectivo de Riesgos**, para el resarcimiento de pagos de pensión que realizaba la Administradora de Fondos de Pensiones con recursos propios.

Es así que congruentemente con lo anterior y se puede concluir que las Sentencias Constitucionales (del caso de autos) emitidas a favor de los Asegurados Fernando Herrera Aguilera, Ramiro Martínez, Edwin Céspedes Vélez y Jorge Lara Balderrama, **ni mucho menos la Sentencia Constitucional N° 1649/2011**, aplicada como precedente por la recurrente,

establecen que la Administradora de Fondos de Pensiones, deba **afectar el Fondo Colectivo de Riesgo para resarcirse por los pagos de pensión efectuados con recursos propios.**

Que el hecho de que la recurrente haya afectado los Fondos demuestra que no actuó con la diligencia necesaria de un buen padre de familia y contravino la normativa imputada, ya que al utilizar los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos, ha ocasionando un menoscabo y daño patrimonial al Fondo y por ende a su rentabilidad, por lo cual el argumento presentado es infundado.

2.3. De los demás argumentos presentados.-

Si bien, en el numeral anterior se ha compulsado la esencia del proceso sancionatorio y su impugnación, determinando de forma precisa el campo de decisión y la correcta aplicación de la sanción, impera en cumplimiento al procedimiento administrativo, realizar la compulsión de los demás argumentos presentados.

2.3.1. De la retroactividad de las Sentencias Constitucionales.-

La recurrente afirma a su vez que ésta habría procedido a resarcirse de la Cuenta de Siniestralidad, los recursos utilizados, para los pagos de pensiones por Riesgo Común de los Sres. Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944, ello dando cumplimiento de la Sentencia Constitucional N° 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, misma que aplicaría **de manera retroactiva** conforme dicta la jurisprudencia constitucional dada mediante Sentencias N° 1426/2005-R de 8 de noviembre de 2005, N° 0076/2005 de 13-10-2005, por lo que en el presente caso no existiría infracción.

Al respecto, importa traer a colación las Sentencias Constitucionales, citadas por la recurrente, que en esencia determinan:

“...La jurisprudencia en el tiempo

La doctrina y la jurisprudencia comparada han señalado de manera uniforme que el principio de irretroactividad no es aplicable al ámbito de la jurisprudencia, debido a que ésta sólo precisa el sentido y alcances de las normas, sin modificar o crear un nuevo texto legal. En este sentido, la norma interpretada por el juez no se constituye en una nueva disposición legal, por cuanto la autoridad judicial no crea, mediante la interpretación, normas jurídicas diferentes.

*Conforme al entendimiento anotado, lo que un considerable número de Constituciones prohíbe es la **aplicación retroactiva de la ley y no así de la jurisprudencia y en consecuencia, es posible aplicar un nuevo entendimiento jurisprudencial a casos pasados, siempre y cuando -claro está que- la disposición interpretada exista al momento de producirse los hechos.***

*Ahora bien, es también uniforme el criterio, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que las excepciones a la regla antes aludida están constituidas por: **1. la cosa juzgada, en la medida en que los nuevos entendimientos jurisprudenciales no pueden afectar los asuntos ya resueltos y que se encuentran firmes o inimpugnables,***

esto es, que tenga la calidad de cosa juzgada formal y material y 2. la jurisprudencia que perjudica al imputado en materia de derecho penal sustantivo; lo que implica que, en este último caso, no se pueden aplicar en forma retroactiva los entendimientos jurisprudenciales que afecten o desmejoren las esferas de libertad del imputado o condenado, entendiéndose a la libertad aludida, conforme lo ha establecido la SC 101/2004 "...como la facultad de autodeterminarse que tienen los hombres, sin sujeción a una fuerza o coacción proveniente del exterior, en este caso, del sistema penal. Conforme a ello, aquellas normas contenidas en leyes penales que afecten, restrinjan o limiten los derechos fundamentales de las personas, tendrán carácter sustantivo..."

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De lo establecido por el Tribunal Constitucional, queda demostrado que efectivamente la jurisprudencia constitucional, puede ser aplicada a casos pasados, sin embargo es el propio Tribunal que pone excepciones a la presente regla, cual es que en **ningún caso podrá aplicarse la retroactividad de la jurisprudencia para los casos que se encuentren en calidad de cosa juzgada.**

Que en el caso de autos, los trámites de Pensión de Invalidez por Riesgo Común de los señores Fernando Herrera Aguilera, Ramiro Martínez, Edwin Céspedes Vélez y Jorge Lara Balderrama, tienen pronunciamientos constitucionales definitivos a través de las Sentencias Constitucionales: 1805/2010-R, 2733/2010-R, 0980/2005-R y 0653/2010-R, respectivamente, las cuales resolvieron el derecho social de los beneficiarios y dispusieron que BBVA Previsión AFP S.A. proceda al pago de las pensiones que les corresponde.

Por lo que, BBVA Previsión AFP S.A. en cumplimiento a las Sentencias Constitucionales emitidas, realizó el pago de pensiones **con recursos propios**, sentencias que conforme a la Constitución Política del Estado en su Art. 203 de la CPE, y artículo 42 de la Ley no admiten recurso alguno, por lo tanto con calidad de cosa juzgada.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, nótese que la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, no puede ser considerada como descargo al referir que la AFP hubiera procedido a resarcirse en cumplimiento de la Sentencia en razón a que:

1. El Tribunal Constitucional emitió las siguientes Sentencias Constitucionales:
 - a) N° 0980/2005-R de fecha **19 de agosto de 2005**, a favor del Asegurado Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541,
 - b) N° 0653/2010-R de fecha **19 de julio de 2010**, a favor del Asegurado Jorge Marcelo Lara Balderrama con CUA 10502944,
 - c) N° 1805/2010 de fecha **25 de octubre de 2010**, a favor del señor Fernando Rafael José Herrera Aguilera con CUA 27223723,
 - d) N° 2733/2010-R de fecha **6 de diciembre de 2010**, a favor de Ramiro Martínez con CUA 6888951.

La Sentencia Constitucional 1649/2011-R citada por la recurrente, fue emitida el **21 de octubre de 2011**, en fecha posterior a las decisiones asumidas por los Tribunales de

Amparo señaladas precedentemente.

2. Si bien la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, en la vía de complementación determinó que la AFP pague con el Fondo de Siniestralidad en la subcuenta correspondiente a Riesgo Común, en ninguna parte de la misma, se hace alusión a que la AFP, **para casos similares anterior y que tienen calidad de cosa juzgada, PUEDA RESARCIRSE las pensiones que fueron pagadas con sus recursos propios de la cuenta del Fondo Colectivo de Riesgos.**

De lo expuesto se tiene entonces que, la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, más allá de la retroactividad aplicable, no podría ser considerada por la AFP como fundamento para su actuar discrecional y de esta manera, dar curso a la devolución de pagos efectuados con recursos propios, comprobándose la existencia del incumplimiento a lo establecido en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP y los artículos 6 y 149 incisos o) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, al haberse constatado que BBVA Previsión APS. S.A, ha utilizado los recursos del Fondo Colectivo de Riesgos para resarcirse Pensiones por Invalidez que ésta hubiera pagado, sin contar con el respaldo legal suficiente.

2.3.2. De la inexistencia de cosa juzgada.-

La recurrente señala que la Sentencia N° 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, debe ser aplicada al caso de autos, en razón a que el proceso administrativo sancionatorio, no tendría la calidad de cosa juzgada y por lo tanto la misma respalda el actuar de la AFP.

Al respecto y para que una Sentencia Constitucional pueda servir de precedente y vinculante al caso de autos, el Tribunal Constitucional Plurinacional en su Sentencia Constitucional Plurinacional 0358/2012 de 22 de junio de 2012, ha señalado:

*"...Que, es cierto que una **Sentencia Constitucional es un precedente obligatorio y con aplicabilidad a casos futuros por analogía**, sin embargo para citársela debe tenerse en cuenta no sólo los fundamentos jurídicos del fallo (en el que se expresa el razonamiento del Tribunal), **sino también debe considerarse el conjunto fáctico o hechos concretos que se han producido en el caso que motiva la interposición de un recurso, que tengan semejanza con los hechos y conclusiones a las que llegó el Tribunal en la Sentencia a la que se hace referencia**" (las negrillas son añadidas). (SC1422/2002-R de 22 de noviembre).*

*En ese sentido, la SC 0502/2003-R de 15 de abril, sostuvo: "Por regla general se tiene que una Sentencia Constitucional constituye un precedente obligatorio que por **analogía se debe aplicar a casos futuros; pero para que esta regla se efectivice, se debe tomar en cuenta que tanto en el caso anterior como en el nuevo deben concurrir (...) los hechos concretos o el conjunto fáctico...**" (Las negrillas nos corresponden).*

Asimismo, la SC 1781/2004-R de 16 de noviembre (sic), estableció que "...la doctrina constitucional contemporánea le otorga [a la jurisprudencia] un lugar esencial como fuente directa del Derecho, por lo que se constituye en vinculante y obligatoria para el resto de los órganos del poder público, particularmente para jueces y tribunales

que forman parte del poder judicial, cuya base y fundamento es la fuerza de la cosa juzgada constitucional que le otorga el Constituyente a las sentencias proferidas por la jurisdicción constitucional, tanto en su parte resolutive o decimum, como en sus fundamentos jurídicos que guarden una unidad de sentido con la parte resolutive, de forma que no se pueda entender ésta sin la alusión a aquéllos, es decir la ratio decidendi o razón de la decisión..."

(...)

Por otro lado, el Tribunal Constitucional por medio de la SC 0058/2002, de 8 de julio (sic), manifestó lo siguiente:

"...la vinculatoriedad de las Sentencias del Tribunal Constitucional, implica que los poderes públicos que sean aplicadores del derecho, se encuentran sujetos a la manera de cómo los preceptos y principios de la Constitución, han sido interpretados por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, por la eficacia vinculante de dicha interpretación, los poderes públicos están obligados a seguir la doctrina constitucional que ha resultado de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos constitucionales..."

De lo transcrito, se tiene que no todas las Sentencias Constitucionales pueden ser aplicadas a todos los casos, ni de manera directa, ya que el requisito esencial para que la misma pueda ser aplicada dentro de un caso específico, es que existan **características análogas** tanto de hecho como de derecho, con el precedente a aplicar.

Que en el caso de autos y revisada la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, se tiene que:

- Mediante Dictamen N° 3574/2007 de 23 de agosto de 2007, emitido por el Tribunal Médico de Calificación, se estableció que el señor Ronald Erick José Buchón Conzelman, contaba con sesenta por ciento (60%) de pérdida de la capacidad laboral, de origen Común por Enfermedad, cuya fecha de invalidez corresponde al 29 de mayo de 2007.
- BBVA Previsión AFP S.A. no pudo dar curso al pago de la Pensión de Invalidez que le corresponde al Asegurado, ya que no cumple con los requisitos establecidos en norma por mora del Empleador, motivo por el cual la AFP inició el Proceso Ejecutivo Social contra el Lloyd Aéreo Boliviano S.A.
- El Tribunal Constitucional Plurinacional ha señalado que la falta de cancelación de los aportes que fueron deducidos del salario de los trabajadores, no puede afectar el pago de una renta de invalidez u otro beneficio de largo plazo, porque de lo contrario, se suspenderían los derechos fundamentales de los beneficiarios, como es el pago de sus pensiones y su derecho a la salud.
- Consecuentemente, el Tribunal Constitucional Plurinacional, resuelve APROBAR la Resolución 133 de 20 de noviembre de 2009, emitida por la Sala Social y Administrativa de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz y en consecuencia, CONCEDER la tutela solicitada, ordenando que BBVA Previsión AFP S.A. pague la Pensión de Invalidez del Asegurado, con el Fondo de Siniestralidad, en la subcuenta

correspondiente a Riesgo Común.

Sin embargo, en el **caso de autos** los hechos son los siguientes:

- El presente proceso corresponde a una sanción impuesta a BBVA Previsión AFP S.A por incumplimiento a normativa vigente, específicamente al Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP y los artículos 6 y 149 incisos o) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, en razón a que la recurrente hubiera resarcido con el Fondo Colectivo de Riesgos, el pago de las Pensiones de Invalidez de los Asegurados Fernando Herrera Aguilera con CUA 27223723, Ramiro Martínez con CUA 6888951, Edwin Céspedes Vélez con CUA 4669541 y Jorge Lara Balderrama con CUA 10502944.

De lo referido, se tiene que no existe un **caso** similar donde los hechos sean **análogos**, por lo que la sentencia no puede ser aplicada al caso de autos, en razón a que como bien lo señala el Ente Regulador, la misma corresponde a un escenario legal y procesal diferente donde los hechos son distintos conforme ya se analizó *ut supra*.

Ahora bien en cuanto a que no existiría cosa juzgada en razón a que las pensiones o beneficios se seguirían pagando y el proceso sancionador no se habría concluido, se tiene que la recurrente confunde el derecho ya definido por los Tribunales de Amparo y confirmadas por el Tribunal Constitucional con que la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011 deba ser aplicada al presente caso.

Esta aseveración se realiza en virtud a que el derecho y quien debería pagar quedo definido ya a través de Sentencias Constitucionales iniciales, conforme fuera aplicado por la propia AFP a lo largo de los años. Asimismo, dicha determinación, ya adquirió la calidad de cosa juzgada, al tenor del Art. 203 de la Constitución Política del Estado y artículo 42 de la Ley del Tribunal Constitucional.

El profesor Eduardo J. Couture, ha señalado que la autoridad de la cosa juzgada es, pues, calidad, atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo. Es inimpugnable, en cuanto la Ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia.

El propio Tribunal Constitucional en la SC 0038/2012 de 26 de marzo de 2012, ha señalado: *“La cosa juzgada en materia constitucional asegura que merced a la **identidad de objeto, sujetos y causa, la decisión no pueda ser modificada ni alterada de manera ulterior**; en ese contexto, para evitar duplicidad de fallos y por ende para prevenir el peligro de alteración de fallos con calidad de cosa juzgada, en resguardo de una eficaz seguridad y certeza jurídica, existe una prohibición de activación ulterior de mecanismos de tutela con identidad de objeto sujeto y causa”*.

Por lo que, y en base a lo desarrollado líneas arriba, ya en el presente caso, no existe Sentencia Constitucional **que permita a la AFP afectar los Fondos a efectos de resarcirse por pensiones pagadas por ésta con sus propios recursos**.

2.5. En cuanto a la vulneración al principio de Seguridad Jurídica y el Debido Proceso.-

La recurrente señala que se le hubiera vulnerado el derecho al debido proceso y el principio a la seguridad jurídica, sin embargo, omite cumplir con la obligación de expresar de que manera se le habrían vulnerado éstos, hecho que hace que esta instancia Jerárquica no pueda emitir un pronunciamiento sobre el particular, sin perjuicio de señalar de manera general algunos aspectos.

En cuanto al debido proceso, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha señalado a través de la SC 0160/2010-R de 17 de mayo de 2010, lo siguiente:

“... reiterando la jurisprudencia, señaló que el debido proceso:“...ya fue desarrollado y entendido por este Tribunal como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomodan a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; es decir, comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar esos derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado así como los Convenios y Tratados Internacionales”. En cuanto a la obligatoriedad de su respeto, este Tribunal a través de la SC 0119/2003-R de 28 de enero, sostuvo que: “...el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas y constituye una garantía de legalidad procesal que ha previsto el Constituyente para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales...”.

De lo expresado por el Tribunal Constitucional, se tiene que en el presente caso no existe una vulneración al principio del debido proceso, en razón a que se ha iniciado un proceso sancionador a consecuencia de haberse determinado una infracción a lo establecido en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP y los artículos 6 y 149 incisos o) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, proceso que a su vez ha cumplido con el principio de legalidad y se ha desarrollado conforme a derecho, respetando en todo momento el debido proceso y consecuentemente el derecho a la defensa de la recurrente, lo cual puede ser constatado de la abundante prueba presentada por la recurrente como descargo, así como del uso de la vía recursiva.

Ahora bien, en cuanto a la Seguridad Jurídica, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la Sentencia Constitucional N° 0070/2010-R de 3 de mayo de 2010, estableció que:

“...la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental; es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal; este entendimiento está acorde con el nuevo texto constitucional, que en su art. 178 dispone que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta, entre otros, en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, probidad y celeridad...”.

Entonces la importancia de la Seguridad Jurídica en un proceso sancionatorio, radica en garantizar un proceso justo, en el cual la persona tenga certidumbre frente a las decisiones adoptadas por la Administración, por lo tanto, es evidente que en el presente proceso no existe ninguna vulneración al principio de Seguridad Jurídica.

Por último y en cuanto a la aplicación de los precedentes de la Ex Superintendencia General del SIREFI y los de las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas, se tiene que a diferencia de lo señalado por la recurrente, ésta no debe olvidar que en la práctica del derecho administrativo, la existencia de casos análogos y con supuestos fácticos similares, se constituye en obligación de la administración seguir su precedente anterior, y ello justamente hace que se garantice y prevalezca el principio de igualdad y el de seguridad jurídica, por lo que, los precedentes emitidos, si son obligatorios y consecuentemente vinculantes para las instancias inferiores u órganos reguladores.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, así como de la valoración de la prueba, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha cumplido con los principios de tipicidad, debido proceso y ha hecho un correcto análisis de la norma sometiendo su actuar a lo establecido por norma.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°418-2013 de 24 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°392-2012 de 8 de junio de 2012.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/N° 417-2013 DE 24 DE ABRIL DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 060/2013 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 060/2013

La Paz, 23 de Septiembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 417-2013 de fecha 24 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 258-2012 de 27 de abril de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 058/2013 de 4 de septiembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 142/2013 de 19 de septiembre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por nota PREV-CG-0791/2013, presentada en fecha 16 de mayo de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, legalmente representada por su Gerente Regional, Sr. Milán Grover Rosales Vera, tal como lo acredita el Testimonio de Poder N° 610/2007, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 97 del

Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Juana Mery Ortíz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 417-2013 de fecha 24 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 258-2012 de 27 de abril de 2012.

Que, mediante nota DESP./APS/DJ/5609/2013, con fecha de recepción 22 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 417-2013 de fecha 24 de abril de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 27 de mayo de 2013, notificado en fecha 4 de junio de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 417-2013 de fecha 24 de abril de 2013.

Que, en fecha 20 de junio de 2013 y atendiendo la solicitud formulada por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** en su nota PREV.CG-0795/2013 de 7 de junio de 2013, se llevó a efecto la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme fuera dispuesta en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 054/2013 de 12 de junio de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/3541/2011 de 23 de septiembre de 2011, notificó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, con el siguiente cargo:

“...II. DE LA IMPUTACIÓN DE CARGOS:

Se ha verificado que BBVA Previsión AFP S.A., ha utilizado los recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (ahora denominado Fondo de Riesgo Común), para pagar pensiones de los Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero, que no tienen cobertura por mora del empleador, cuando la normativa determina claramente que dicha Cuenta sólo financia las prestaciones por Riesgo Común de Asegurados que cumplen los requisitos de cobertura previstos en el artículo 8 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

Por lo tanto, la AFP al realizar débitos no autorizados de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, la que forma parte de la Cuenta “Cuotas de Otros Fondos y Cuentas”, Código “3.5.1.01”, incumple también lo previsto en la dinámica de la cuenta (Débitos, punto 1, primero) del Manual y Plan de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual.

Finalmente, la utilización de los recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, sin el respaldo legal correspondiente, ha ocasionado un menoscabo y daño patrimonial al saldo y la rentabilidad de la Cuenta de Siniestralidad, perteneciente a los Asegurados del FCI, incumpliendo de esta manera lo dispuesto en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP, el artículo 22 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y la parte de Débitos, punto 1, primero de la Cuenta 3.5.1.01 del Manual y Plan de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 07 de marzo de 2001.

III. DE LA NORMATIVA INFRINGIDA:

A mayor abundancia las normas infringidas son:

- Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP.

“8.6 Pago de Prestaciones y Beneficios

La AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, únicamente con los recursos del FCC, del fondo de capitalización individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de la cuenta de mensualidades vitalicias variables según corresponde de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias.”

- La Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

“ARTÍCULO 22° FONDOS DE PENSIONES. Los fondos de pensiones son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Cada uno de dichos fondos es indiviso, imprescriptible e inafectable por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie. Los bienes que componen los fondos sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley.”

- La Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 7 de marzo de 2001, Manual y Plan de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual.

“CUENTA Cuotas de Otros Fondos y Cuentas CÓDIGO 3.5.1.01

... ..

DÉBITOS 1. Por la devolución de aportes de los fondos, por los siguientes conceptos:

- Desembolsos que realiza el FCI por concepto de pago de beneficios de RC, RP y RL, por invalidez, muerte y gastos funerarios.
- Desembolsos por pago de pensiones y otros beneficios por cuenta del MW.
- Desembolsos que realiza el FCI por cuenta de los fondos a la Dirección General de Pensiones.
- Por la transferencia a las entidades aseguradoras. Por cuenta de RP,

RC y RL.

- *Financiamiento de gastos médicos y traslados para evaluación y calificación de invalidez RP, RC y RL.*
- *Devolución de aportes al FCC.*

2. Por la transferencia mensual a Prestaciones por Pagar correspondiente a las pensiones de aquellos afiliados que optaron por la modalidad MW, con crédito a la cuenta "(sic) Cuota de otros fondos.

3. Por la reclasificación desde la cuenta "Resultado del fondo" para reflejar el saldo al valor de la última cuota. Su contabilización se efectuará sólo en bolivianos.

4. Por la reversión de los beneficios no cobrados.

Visto todo lo anterior, se le concede el plazo máximo de diez (10) días hábiles administrativos computables a partir del día siguiente de su notificación con la presente Nota de Cargo, para que presente los descargos, pruebas, alegaciones, explicaciones, información y justificativos que creyere útiles, para ejercitar su derecho de defensa.

En caso de no presentar sus descargos en el plazo establecido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, emitirá la Resolución Administrativa correspondiente..."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

2.1. Ampliación del término para presentación de descargos.-

Que, en el transcurso del término para la presentación de descargos, se han sucedido los actos y actuaciones administrativas siguientes:

- 1) Por nota PREV-OP-1620/2011 de 4 de noviembre de 2011, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** solicita se le certifiquen los aspectos que allí se señalan (conforme se relacionan en el numeral 2.1.3. infra), y la ampliación del plazo para la presentación de descargos.
- 2) Mediante auto de 7 de noviembre de 2011 y en atención a la nota supra señalada de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, el Ente Regulador determina la apertura del término de prueba de veinte (20) días hábiles administrativos "*conforme prevé el parágrafo II del artículo 29 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, a efectos de que BBVA Previsión AFP S.A. complemente los descargos prestados en la nota 1620/2011 de 04 de noviembre de 2011*".

- 3) Mediante nota APS/DJ/DPC/4882/2011 de 15 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros certifica a la ahora recurrente, los siguientes extremos:

*“...**Al punto 1.-** Para aquellos casos en los que el empleador se encuentre en mora, es obligación de la AFP recuperar la misma a través del inicio y prosecución del PES, para que una vez concluido, se pague la pensión correspondiente con estos recursos.*

Los fondos de pensiones, como patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las AFP, sólo pueden disponerse de conformidad a la Ley.

Las determinaciones emanadas por el Órgano Judicial corresponden a otra jurisdicción con todas las connotaciones y efectos que de ella emanan, siendo el ámbito de competencia de esta Autoridad únicamente el administrativo.

***Al punto 2.-** El procedimiento para la otorgación y pago de prestaciones se encuentra establecido en la Ley de Pensiones y su normativa reglamentaria, incluidos aquellos casos por recargos por mora del empleador.*

Las determinaciones emitidas por el Órgano Judicial, en caso de ser procedentes, establecen dentro de sus atribuciones las formas para su cumplimiento, siendo estas decisiones asumidas por el mismo Órgano.

***Al punto 3.-** Corresponderá al Órgano Ejecutivo a través de normativa específica, el tratamiento en lo futuro de lo señalado en su consulta (se refiere al Fondo y procedimiento a utilizarse, en caso de existir orden judicial de pago de pensiones “sin incurrir en la comisión de incumplimiento de ordenes judiciales?”).*

***Al punto 4.-** El origen de los recursos para el pago de las prestaciones para casos que no cumplen requisitos previstos por norma, es el Recargo que pague el o los empleadores que originaron la mora.*

Se reitera que las decisiones judiciales comprenden a un ámbito de jurisdicción diferente al administrativo, por lo que corresponderá trasladar su consulta a dicha instancia...”

- 4) Mediante Nota PREV-OP-1814/2011 de 2 de diciembre de 2011, bajo la referencia “Solicitan aclaración de certificación”, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** solicitar nueva certificación sobre los extremos que allí constan.

- 5) Mediante nota PREV-OP-1815/2011 de 2 de diciembre de 2011, bajo la referencia “Ofrece y Produce Prueba de Descargo”, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** ofrece la siguiente:

*“...1. **Prueba Documental.-** En esta calidad se produce la siguiente y ofrece la restante:*

a. Contrato de la AFP, con el Estado, por la (sic) que, se demuestra en virtud a la verdad material conforme lo dispone el art. 7-d) de la Ley 234.1, los siguientes extremos:

- i. Que, el objeto del contrato es de "Administración de los Fondos de Pensiones", y en ningún momento la AFP, se obligó por ninguna razón a pagar con recursos propios en calidad de administrador, ningún tipo de pensiones, por ninguna razón, como entre otras posibilidades, las pensiones de los afiliados que no cumplen requisitos previstos por la norma ya sea de forma directa o por efecto de decisiones judiciales.
- ii. Qué, conforme la cláusula primera, es parte del contrato la Superintendencia de Pensiones, actualmente, Autoridad de Fiscalización y control de Pensiones y Seguros APS (en adelante APS); por tanto, sobre el cumplimiento o incumplimiento de los términos del contrato, la APS, no tiene competencia y mucho menos facultades para determinar por este supuesto, responsabilidades de tipo civil, en virtud al art. 5-I. de la Ley 2341, que dispone la competencia para los órganos administrativos, solo para la resolución de justamente asuntos meramente administrativos y no civiles; asimismo, el art. 72 de la Ley 2341 dispone: "(Principio de Legalidad). Las Sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables" y los art. (sic) 76 y 78-I de la misma Ley, que, también hacen referencia a la "sanción administrativa" derivada de una "infracción administrativa"; como conforme a la cláusula trigésima del contrato, que determina que, la autoridad competente para dirimir cuestiones relacionadas con la interpretación del contrato, es el Tribunal de Arbitraje y Conciliación, conforme el Código de Comercio; por lo tanto; si la cuestión principal del caso de autos, es el hecho que, si la AFP, administrando los fondos de pensiones actuó como un buen padre de familia o no, al utilizar los recursos de los fondos de pensiones para pagar pensiones no previstas por las normas legales bolivianas y no con sus propios recursos; esa interpretación corresponde que sea resuelta por un Tribunal Arbitral; mucho más si, no existe ninguna norma legal imperativa que, haya previsto la utilización de una u otra cuenta para el pago de pensiones por razones no previstas o como en el caso específico de autos, en los que, el empleador como agente de retención no ha realizado los aportes del trabajador, ni el monto de recargo; o norma legal imperativa que, obligue a la AFP, a pagar cualquier tipo de pensión, por cualquier razón no prevista, con sus propios recursos; de tal manera que, si la APS llega a considerar -injustamente- que la AFP, habría incurrido en infracción administrativa, la sanción tiene que ser solo administrativa, para que, en el campo administrativo, la AFP, demuestre que no infringió ninguna norma administrativa; sin embargo, la AFP, considera

que no ha cometido ninguna infracción, demostrable con la prueba ofrecida.

Asimismo, se ofrece:

- b. Planilla salarial de la APS, por la que, se demostrará los (sic) testigos forzosos convocados a declarar, son funcionarios actuales y además idóneos en el cargo y funciones que les corresponda.
- c. Certificación del encargado del Área de RR.HH. o Personal.
- d. Certificación del encargado del Área de Administración de la APS.
- e. Certificación del encargado del Área de Auditoría de la APS.
- f. Certificación del encargado del Área de Jurídica de la APS.

2. **Declaración Testifical Forzosa.**- (...)

3. **Inspección ocular.**- (...)

4. **Prueba pericial.**- (...), en esta calidad se nombra como peritos a los Sres.:

- a. Abogado, Carlos Silvestre Alarcón Mondonio, como perito en el Área de Derecho Constitucional.
- b. Abogado, José Luis Paredes Oblitas, como perito en el Área de Derecho Penal o Sancionador, cuyos principios, son aplicables a cualquier rama del derecho, incluido, en el derecho sancionador administrativo.
- c. Licenciado, Alberto Bonadona Cossio, como perito en el Área de Pensiones...”

6) Mediante nota PREV-OP-1847/2011 de 6 de diciembre de 2011, bajo la referencia “Solicitan regulación”, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** alega lo siguiente:

“...solicitamos que la APS, reglamente de manera clara, legal, y constitucional, la cuenta de la que las AFPs., tiene (sic) que disponer para los pagos, no solo de la pensión de invalidez; sino de todos aquellos derechos a largo plazo dispuestos en la Ley de Pensiones, cuando el empleador no ha cumplido con el pago de aportes, ni recargos; considerando para ello, la SC-0020/2003, de 28-02-2003 y el artículo 8 de la Ley 027, de 6-06-2010, que dispone: “(OBLIGATORIEDAD Y VINCULARIEDAD). Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno”...”

7) Mediante nota PREV-OP-1848/2011 de 7 de diciembre de 2011, bajo la referencia “Ofrece y Produce MÁS Prueba de Descargo Reproduce la ya ofrecida y producida”, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** ofrece la siguiente:

“...1. Prueba Documental.- En esta calidad se produce la siguiente y ofrece la restante:

- a. Ley 1836, de 1-04-1998, (...)
- b. Ley 027, de 06-06-2010, (...)
- c. Resolución de Acción de Amparo Constitucional de fecha 19 de Agosto de 2009, emitido por el Tribunal de Garantías Constitucionales, constituida por la Sala Penal Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, que ordena el pago de la pensión a favor del Sr. Freddy Erik Yañez Rivero, (...)
- d. Resolución de Acción de Amparo Constitucional No. 15/09, de fecha 30 de Julio de 2009, emitido por el Tribunal de Garantías Constitucionales, constituida por la Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, que ordena el pago de pensión a favor del Sr. José Orlando Martínez Amador, (...)
- e. Resolución de Acción de Amparo Constitucional de fecha 20 de noviembre de 2009, emitido por el Tribunal de Garantías Constitucionales, constituida por la Sala Social y Administrativa de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa cruz (sic), que ordena el pago de la pensión a favor del Sr. Ronald Erick José Buchón Conzelman, (...)
- f. Nota CITE PREV-CO-583/11, de 30-11-2011, Asunto Informe Gestión de cobro Recargos en los casos de los señores Martínez y Yañez, por los que, se demuestra conforme la documentación de respaldo que, la AFP, ha obrado de manera diligente en el trámite de cobranza de los adeudos.
- g. SC-0020/2003, de 28-02-2003.
- h. SC-1693, de 25-10-2010, (...)
- i. SC-1693/210-R, de 25-10-2010, (...)
- j. SC-1693/210-R, de 25-10-2010, (...)
- k. SC-2431/2010, de 19-11-2010; (...)

Asimismo, se ofrece:

- l. Nueva certificación solicitada en nota PREV-OP-1814/2011 de fecha 02-12-2011.
 - m. Normativa jurídica reglamentaria solicitada en nota PREV-OP- 1847/2011 de fecha 7-12-2011.
2. **Reproduce Prueba ya Ofrecida.-** Conforme se tiene los datos del proceso, en nota PREV-OP-1815/2011 de fecha 02-12-2011, mi parte ha ofrecido y producido el contrato de prestación de servicios suscrito entre la AFP y el Estado; por lo que, mediante la presente cumplo en reproducirla en mi favor...”

8) Mediante Resolución Administrativa APS/N° 511-2011 de 21 de diciembre de 2011, sobre "PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA PRUEBA OFRECIDA POR BBVA PREVISIÓN S.A.", la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros establece los siguientes fundamentos:

"...**CONSIDERANDO:** (...)

- **Nota PREV-OP-1814/2011:** (...)

...corresponde señalar que, en caso de que el Empleador esté en mora por Contribuciones adeudadas al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y tampoco haya cancelado el Recargo; la Administradora de Fondos de Pensiones, está en la obligación de proceder a su recuperación vía judicial, es decir mediante el inicio del Proceso Ejecutivo Social ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, para que una vez concluido y materializado el mismo, se pague la pensión correspondiente con estos recursos. Gestión que conforme a normativa de pensiones, debe efectuarse conforme a procedimiento y plazos, a fin de que el Asegurado cuente con los recursos necesarios que le permitan la cobertura de la prestación.

Asimismo se aclara que, los fondos de pensiones son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las Administradoras de Fondos de Pensiones, y no se les puede dar un uso distinto de aquel al que estuviera expresamente determinado por Ley.

(...) las determinaciones asumidas por el Órgano Judicial, en el ámbito de su jurisdicción, establecen el alcance y efecto de las mismas, teniendo estas decisiones el carácter de ser obligatorias. Lo anterior se halla refrendado con lo previsto por el artículo 179 de la Constitución Política del Estado, cuando se establece que: "I. La función judicial es única. ... III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional...". A su vez el artículo 203, señala expresamente que: "Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario alguno." (...)

El párrafo II del artículo 22 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, expresamente establece que "Los fondos de pensiones son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Cada uno de dichos fondos es indiviso, imprescriptible e inafectable por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie. Los bienes que componen los fondos sólo pueden disponerse de conformidad con la presente Ley".

Las atribuciones, deberes, obligaciones y prohibiciones en el ámbito administrativo de pensiones, se hallan expresamente previstas dentro de la normativa para el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, a la que se deben tanto el regulado como el regulador (...)

..Las infracciones deben estar tipificadas expresamente de acuerdo a normas establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias; bajo este criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto y de la sanción. El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. Asimismo, corresponde señalar que el principio de tipicidad no tiene en el Derecho Administrativo Sancionatorio la misma connotación que se presenta en el Derecho Penal, la razón es que administrativamente los tipos no son autónomos, sino que se remiten a otras disposiciones donde está consignada una orden o una prohibición. En virtud a lo expuesto anteriormente, las conductas catalogadas como infracción deben ser adecuadas al ordenamiento jurídico administrativo, con las normas que han sido objeto de infracción, para así evitar indeterminaciones a tiempo de fijarse la sanción y, en caso de corresponder la restauración de derechos a los afectados, conforme establece la normativa administrativa vigente (...)

...se tiene como referencia el artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, que establece: "Sin perjuicio de la acción por responsabilidad civil, las sanciones administrativas impuestas por la Superintendencia, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos o a los afiliados al SSO". Bajo ese contexto, el parágrafo I del artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que la sanción administrativa precisará además de la sanción que se aplica, las medidas o acciones a ser cumplidas para corregir o prevenir los efectos de la infracción y restaurar el derecho. En ese sentido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS cuenta con la suficiente competencia que le otorga la norma para sancionar y determinar las obligaciones que correspondan en derecho, dentro de los alcances del ámbito administrativo.

Asimismo habrá que aclarar al regulado que, conceptualmente el ámbito civil no tiene el carácter de ser sancionatorio sino resarcitorio. En ese comprendido, la norma administrativa prevé que ante la violación de normas administrativas, comprobadas previo debido proceso, además de la sanción se incluya la obligación para corregir, prevenir los efectos de la infracción y restaurar el derecho; y no precisamente la reparación del daño materializado a través de un resarcimiento pecuniario que comprendería el daño emergente y el lucro cesante.

Por tanto, es imperante que el regulado distinga los alcances que tiene cada área del derecho aplicada al presente proceso, considerando la distinta naturaleza jurídica y el propósito ideológico de cada una de ellas.

Sin embargo y conforme a norma, nada expreso inhibe al regulador a que el mismo pueda actuar ante la presencia de un hecho generador de

responsabilidad civil en su contra.

- **Notas PREV-OP-1815/2011 y PREV-OP-1848/2011** (...)

Prueba Documental.- La misma se admite para su consideración, análisis y evaluación oportuna en el presente proceso administrativo sancionatorio, dejando en claro que ésta tenga relación con el objeto del proceso.

En cuanto a las Certificaciones e informes que se anuncian como prueba, se tendrán a estas en su debida oportunidad y en lo que corresponda, cuando sean formalizadas.

Declaración Testifical Forzosa.- (...)

...el medio probatorio de la declaración testifical, ofrecido por la AFP es manifiestamente impreciso, excesivo e impertinente considerando que el presente proceso está relacionado estrictamente a un hecho antijurídico administrativo incurrido por la AFP, el cual está previsto por la normativa regulatoria de pensiones, referida a la utilización indebida de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, en los casos correspondientes a los Asegurados Jorge Martínez Amador y Freddy Yañez Rivero.

Considerando que la prueba testifical es más entendible para procedimientos judiciales, en los procedimientos administrativos el procesado puede proponer, cuando los testigos tengan conocimiento o hayan participado del hecho sujeto a proceso. De otra manera no justifica la producción de dicha prueba. Asimismo habrá que considerar que, los puntos que pretende probar el regulado están referidos al conocimiento de principios y normas del área administrativa y sancionadora, las cuales son de conocimiento público.

Inspección Ocular.- (...)

...no hay fundamento legal ni procesal suficiente para que la solicitud de inspección ocular a determinados ambientes de esta Autoridad pueda realizarse; y menos que con la producción de este medio de prueba pueda verificar la aplicación de los principios sancionadores, como erróneamente lo expresa el regulado. Por tanto, corresponde rechazar la prueba ofrecida, como lo pide el regulado, en razón a que la misma es manifiestamente impertinente y excesiva con relación al objeto del proceso, tomando en cuenta además que la infracción no tuvo lugar en las instalaciones de esta entidad.

Asimismo, considerando que la pretensión del regulado con la producción de este medio de prueba, es demostrar la aplicación de los principios sancionadores por esta Autoridad, sin embargo no se menciona como es que plasmaría su propósito, tomando en cuenta que la simple inspección de los lugares propuestos no es adecuada, cuando la posibilidad lógica conduce a colegir que el hecho imputado haya ocurrido en las oficinas del regulado.

En virtud a lo expuesto, esta Autoridad cuenta con la facultad de disponer el rechazo de la inspección sobre aquellos lugares que no tengan relación con los hechos materia del procedimiento.

Prueba Pericial.- Con relación a esta prueba, considerada como aquella que surge del dictamen de los peritos, que son personas llamadas a informar ante la Autoridad, por razón de sus conocimientos especiales y siempre que sea necesario tal dictamen científico, técnico o práctico sobre hechos sujetos a controversia.

Es importante precisar que, el perito deberá realizar el peritaje efectuando el examen y estudio sobre el problema objeto de pericia, para luego entregar su informe o dictamen pericial con sujeción a lo dispuesto por la Ley (...)

Con relación a las solicitudes efectuadas en el punto 2 del **petitorio** expresado en la nota PREV-OP-1815/2011, es preciso establecer que las mismas no corresponden por no tener relación con el motivo que tiene el presente proceso administrativo sancionatorio, en lo que se refiere al hecho que se tiene imputado y la presunta responsabilidad de la AFP.

En ese sentido se tiene que, de la rigurosa evaluación realizada por esta Autoridad a los pedidos señalados en el punto 2 anterior, se concluye que éstos son impertinentes, excesivos y manifiestamente improcedentes con relación al objeto mismo del proceso, considerando además que las actividades y funciones que desempeñan los citados servidores públicos no tienen vinculo alguno con el hecho imputado. Sin embargo y sin perjuicio de lo señalado, a fin de que el regulado pueda tener la posibilidad de asumir su derecho legítimo a la defensa, consagrado en la Constitución Política del Estado, se ha dispuesto la remisión de la documentación señalada así como la elaboración de la certificación por la Dirección Administrativa Financiera, la cual responde también a los requerimientos dirigidos a las reparticiones de Recursos Humanos, Área Administrativa y Jurídica, teniendo en cuenta que la información de la institución es única. Por otro lado, se tiene instruido que la Unidad de Auditoría Interna presente la documentación y certificación correspondiente.

En lo que concierne a la remisión de copias de las Resoluciones Administrativas y judiciales ya sean laborales o emergentes de Recursos Constitucionales, por las que la APS haya tenido erogaciones de tipo económico; cabe referir que las mismas no se tienen, tal como la descripción que hace el regulado, por lo que no es atendible dicho pedido.

- **Nota PREV-OP-1847/2011:** (...)

...corresponde señalar que de conformidad con el artículo 49 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, la ex SPVS tenía entre sus funciones:

“...

a) Cumplir y hacer cumplir la presente, ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

- b) Regular, controlar y supervisar el seguro social obligatorio de largo plazo y los beneficios provenientes de la capitalización...
- e) Vigilar la correcta prestación de los servicios por parte de las personas y entidades bajo su jurisdicción...
- g) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y otras entidades bajo su jurisdicción de acuerdo a la ley y sus reglamentos...".

Asimismo, algunas de las funciones y atribuciones de la APS establecidas en el artículo 167 de la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, señalan:

"...

- a) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.
- b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción de acuerdo a la presente Ley; Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.
- d) Vigilar la correcta prestación de los servicios por parte de las personas y entidades bajo su jurisdicción...
- l) Proponer al Órgano Ejecutivo normas de carácter técnico y dictaminar sobre los reglamentos relativos a su sector".

En ese comprendido y en estricto cumplimiento a las funciones y atribuciones conferidas, es que la ex SPVS y actual APS ha emitido regulación referente a Recaudación, Cobro Administrativo y Judicial y Cobro de Recargos, entre otros; enmarcado en la Ley de Pensiones y demás normas reglamentarias.

En este sentido, esta Autoridad ha emitido la regulación pertinente en el ámbito de la Ley conforme se establece; por lo que esta Autoridad no puede emitir regulación al margen de la mencionada Ley.

CONSIDERANDO: (...)

...esta Autoridad tiene la facultad de disponer de oficio o a petición de parte, la producción de diferentes actos de prueba, para resolver el proceso administrativo instaurado respecto a los hechos invocados y que sean conducentes, para contar con todos los elementos de juicio necesarios; todo en apego a las garantías del debido proceso y el ejercicio amplio de la defensa del regulado en proceso. En ese comprendido, en atención a la solicitud de BBVA Previsión AFP S.A. de ampliación del período de prueba, dicho pedido es atendible efectos de que se produzca la prueba que se ofrece y en cuanto se tenga por admitida.

Que por otro lado corresponde concluir que, con relación a la prueba documental al igual que la pericial, se tienen por presentadas para su evaluación correspondiente en su debida oportunidad. Asimismo, se establece el rechazo de los medios de prueba relativos a la prueba testifical e inspección ocular, ofrecidos

en el presente proceso administrativo sancionatorio, en razón a que los mismos resultan ser imprecisos, impertinentes y excesivos con respecto al objeto del proceso, además por falta de una relación con los hechos imputados al regulado; ello se ve desarrollado en la motivación expuesta en el contenido de la presente Resolución Administrativa...”

Con base en tales fundamentos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

“...**PRIMERO.-** Se determina la ampliación del término de prueba por diez (10) días hábiles administrativos, conforme prevé el parágrafo II del artículo 29 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, a efectos de que BBVA Previsión AFP S.A. complemente los descargos presentados y produzca la prueba ofrecida.

SEGUNDO. I. Se dispone la admisión de la prueba documental y pericial ofrecida por BBVA Previsión AFP S.A.

II. En cuanto a la prueba pericial propuesta, la misma deberá ser presentada ante esta Autoridad en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa.

TERCERO.- I. Se dispone el rechazo de la prueba testifical ofrecida.

II. En cuanto a la solicitud de inspección ocular a los ambientes de esta autoridad, la misma se rechaza; salvando la posibilidad de BBVA Previsión AFP S.A. de poder acceder al expediente administrativo, para su revisión...”

- 9) Mediante nota PREV-OP-105/2012 de 19 de enero de 2012, con la referencia “Ofrece y Produce MÁS Prueba de Descargo Reproduce la ya ofrecida y producida”, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** ofrece la siguiente:

“...1. **Prueba Documental.-** En esta calidad se produce la siguiente:

a. Decreto Supremo No. 26701, de 10-07-2002(...)

b. Sentencia Constitucional No. 1278/2011-R, de 26-09-2011, por la que, se demuestra lo siguiente, en el caso del pago de la pensión a favor del Sr. Freddy Erik Yañez Rivero (...)

2. **Reproduce Prueba ya Ofrecida.-** Conforme se tiene los datos del proceso, se ha ofrecido y producido como prueba de descargo la SC-0020/2003, de 28-02-2003; (...)

Resolución.- En ese orden de cosas, el Tribunal Constitucional, determina o resuelve que, los arts.: 1 y 2 del D.S. 26701, no son contrarios a los arts.: 8, 10, 15 y

21 de la L.P. 1732, como equivocadamente lo sostenía el impugnador o recurrente; sino que, por el contrario, son un complemento concordante con la Ley 1732 y la propia Constitución; (...)

Con esta prueba, la AFP, no solo ha probado que ha actuado correctamente cumpliendo la Ley (carácter vinculante) y por sobre todas las cosas, la CONSTITUCIÓN, como era su obligación, lo que, le exime de cualquier tipo de responsabilidad y más bien debería ser congratulada por haberlo hecho así; y con sus propios recursos pese a la resistencia hasta ahora, del Ente Regulador..."

10) Mediante auto de 30 de enero de 2012, el Ente Regulador, al considerar la petición de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** sobre "autorización para producir la prueba pericial y la formulación de alegatos", determina la apertura del término de prueba de diez (10) días hábiles administrativos "conforme prevé el artículo 62 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, a efectos de que BBVA Previsión AFP S.A. produzca la prueba pericial ofrecida de acuerdo a los términos señalados en la Resolución Administrativa APS/N° 511-2011 de 21 de diciembre de 2011..."

11) Mediante nota PREV-OP-0263/2012 de 15 de febrero de 2012, con la referencia "Produce Prueba de reciente Obtención", **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** ofrece la siguiente:

"...**Prueba Documental.**- En esta calidad se produce la siguiente:

a. Sentencia Constitucional No. 1256/2011-R, de 16-09-2011, (...)

b. Sentencia Constitucional No. 1649/2011-R, de 21-10-2011,..."

12) Mediante nota PREV-OP-0264/2012 de 15 de febrero de 2012, con la referencia "Producen y Reproducen Prueba Pericial", **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** ofrece la prueba pericial siguiente:

• **Informe pericial del Dr. Carlos Alarcón Mondonio.-**

"...**CONCLUSIONES.**

2.1. BBVA PREVISIÓN AFP S.A. estaba constitucionalmente obligada, a cumplir de manera inmediata e incondicional, las sentencias de los Tribunales de Garantías Constitucionales pronunciadas en los casos José Orlando Martínez Amador, Fredy Erik Yañez Rivero y Ronald Erick José Buchón Conzelman, que fueron aprobadas por las Sentencias Constitucionales 1256/2011-R, 1278/2011-R y 1649/2011-R, del Tribunal Constitucional.

- 2.2. *BBA PREVISIÓN AFP S.A., por las sentencias de los Tribunales de Garantías Constitucionales, estaba facultada para realizar estos pagos, de una cuenta establecida en el respectivo contrato de servicios o, específicamente, del Fondo de Siniestralidad en la subcuenta correspondiente a riesgo común.*
- 2.3. *En caso de incumplimiento de estas sentencias, los directivos y administradores de BBVA PREVISIÓN AFP S.A., hubieran incurrido en el delito de Desobediencia a resoluciones en procesos de hábeas corpus y amparo constitucional, tipificado en el artículo 179 bis del Código Penal, siendo pasibles de sujeción a un proceso penal por este delito.*
- 2.4. *El cumplimiento de una obligación constitucional como es la de dar estricto y fiel cumplimiento a sentencias de Tribunales de Garantías Constitucionales y del Tribunal Constitucional, no debería generar ninguna consecuencia jurídica desfavorable o perjudicial para BBVA PREVISIÓN AFP S.A. impuesta por el Estado, independientemente de cuál hubiera sido la cuenta específica utilizada por esta administradora para realizar el pago de las pensiones debidas a los trabajadores o sus derechohabientes, máxime si el Estado hubiera podido hacer efectiva la responsabilidad penal de sus directivos y administradores, en caso de incumplimiento de esta misma obligación.*
- 2.5. *Reiterados y recurrentes precedentes expresados en sentencias del Tribunal Constitucional y en sentencias de Tribunales de Garantías Constitucionales, que se basan en supuestos fácticos análogos o similares, contienen una línea jurisprudencial, que como toda jurisprudencia emanada del intérprete supremo de la Constitución, para garantizar la unidad del sistema, es de obligatorio cumplimiento por parte de todas las autoridades públicas del Estado...”*

- **Informe pericial del Lic. Alberto Bonadona Cossio.-**

“...Conclusión:

La posibilidad de pago de las cotizaciones ya descontadas a los trabajadores realizado en planillas de haberes por parte del empleador en muchos de los casos, por diferentes razones puede ser recuperable a corto, mediano o largo plazo; e incluso puede ser por muchas razones simplemente irrecuperable. Aspecto que de esperarse sea efectivizado sólo redundará en esperas prolongadas e infructuosas en detrimento del bienestar del afiliado que espera recibir su pensión con la esperanza de que, el Estado proteja el capital humano y cumpla con la Constitución. Más aún, considerando que el afiliado pagó la cotización y que no fue depositada por el empleador que actúa como agente de retención, no se puede sancionar al que cumplió su obligación. Más aún, existe la posibilidad de otorgar una pensión con los recursos que se mantienen en el Fondo de Siniestralidad por la naturaleza común que este posee...”

13) Mediante certificación de fecha 17 de febrero de 2012, la Autoridad de Fiscalización Y Control de Pensiones y Seguros señala los extremos siguientes:

*"...Según **Petitorio 2.a.** solicita al responsable del Área de Recursos Humanos o Personal, para que remita a V. A., un ejemplar de la planilla salarial del mes de agosto de 2011 de la APS, por lo que se adjunta al presente lo solicitado.*

***Petitorio 2.b.i.** Como entidades públicas, los presupuestos de la APS, ex AP y ex SPVS, se enmarcan dentro del Presupuesto General del Estado - PGE del Sector Público, aprobado por Ley Financial para la gestión fiscal correspondiente, por lo que, **no podrían realizarse pagos de salarios devengados por ninguna causa**, sin la aprobación de los mismos en el PGE de la gestión fiscal, por lo tanto, no existen casos en ninguna de las entidades mencionadas en el Petitorio.*

***Petitorio 2.b.ii.** Como entidades públicas, los presupuestos de la APS, ex AP y ex SPVS, se enmarcan dentro del Presupuesto General del Estado - PGE del Sector Público, aprobado por Ley Financial para la gestión fiscal correspondiente, por lo que, **no podrían realizarse pagos por derechos laborales o de cualquier índole**, sin la aprobación de los mismos en el PGE de la gestión fiscal, por lo tanto no existen casos como los referidos en el Petitorio.*

***Petitorio 2.b.iii.** En ninguna de las Instituciones mencionadas en el Petitorio, **nunca han existido casos en los que se hayan realizado pagos de salarios devengados por efecto de reincorporación** ordenada por autoridad administrativa o judicial competente..."*

14) Por auto de 28 de febrero de 2012:

"...Se pone a la vista el expediente correspondiente al proceso administrativo sancionatorio iniciado contra BBVA Previsión AFP S.A., conformado por las actuaciones administrativas cursantes en esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, con el fin de que el regulado revise el mismo y si correspondiere, formule sus alegatos sobre la prueba presentada, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de notificado el presente acto administrativo..."

15) Mediante nota COM.INT.UAI/11/2012 de 6 de marzo de 2012, presentada por el Jefe de la Unidad de Auditoría Interna de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros al Director Ejecutivo de la misma, bajo la referencia "Su nota COM.INT.APS/14/2012", adjuntó al expediente los informes de auditoría correspondientes gestiones:

"... Gestiones 2003 a 2009:

Detalle de Informes de Auditoría, Seguimientos a la Implantación de Recomendaciones de Informes de Auditoría, Informes de Actividades y Programas Operativos Anuales preparados y emitidos por la Dirección de Auditoría Interna de la ex SPVS.

- *Gestiones 2009 a 2011: Detalle de Informes de Auditoría, Seguimientos a la Implantación de Recomendaciones de Informes de Auditoría, Informes de Actividades y Programas Operativos Anuales preparados y emitidos por la Unidad de Auditoría Interna de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros...*

Asimismo, deja constancia que:

“...Respecto a los cuestionamientos de la Empresa BBVA Previsión S.A., señalados en el punto 2.e y 2.f del Petitorio de su nota PREV-OP-1815/2011 del 2/12/2011, la Dirección de Auditoría Interna de la ex SPVS y Unidad de Auditoría Interna de la AP y APS, de acuerdo a los Informes de Auditoría de las gestiones 2003 a 2011, detallados en anexo adjunto, no ha emitido pronunciamientos ni opinión sobre hechos de las características que la Empresa BBVA Previsión S.A. señala en su nota PREV-OP-1815/2011.

Asimismo, aclarar que nuestros Informes de Auditoría Interna, de acuerdo al artículo 15° de la Ley 1178, son remitidos en forma exclusiva a la MAE de la Institución, a la MAE de la Entidad Tu tora y a la Contraloría General del Estado, razón por la cual, si la Empresa BBVA Previsión S.A. requiere consultar el contenido de alguno de los informes consignados en detalle adjunto, deberá efectuar su solicitud a las instancias precedentemente...

2.2. Presentación de alegatos.-

2.2.1. Audiencia de Exposición de Fundamentos.-

Conforme fuera señalada por auto de fecha 28 de marzo de 2012, en atención a las solicitudes de 9 de marzo de 2012 (nota PREV-OP-385/2012) y 27 de marzo de 2012 (nota PREV-OP-468/03/2012), en fecha 13 de abril de 2012 se llevó a efecto la Audiencia de Exposición de Fundamentos de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, en cuya oportunidad, tal entidad señaló lo siguiente:

“...La acusación en el presenta (sic) caso de autos versa básicamente en el sentido de que la APS observa el hecho de que la AFP BBVA Previsión había pagado pensiones a Asegurados sin cobertura por culpa de la mora del Empleador y supuestamente sin autorización había utilizado los fondos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad ahora llamada Fondo de Riesgo Común, sin embargo a partir de la prueba y los fundamentos que se han generado la AFP ha demostrado básicamente que:

Ha cumplido con la Ley y la Constitución que el cumplimiento del artículo 8 por parte del Asegurado o Beneficiario o del incumplimiento del artículo 8 por parte del Empleador no genera la privación del derecho que reciba una pensión del Asegurado o del beneficiario, también se ha demostrado como después se va desarrollar, que la Ley 1732 desde su concepción ha sido dispuesta bajo los principios

constitucionales de la universalidad y la solidaridad aquello desarrollado ahora, también se ha demostrado que es legal la utilización de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad ahora llamado Fondo de Riesgo Común, como se ha demostrado que la jurisprudencia constitucional a (sic) definido la posibilidad de pagar a todos aquellos Asegurados que no tienen cobertura por culpa de la mora del Empleador como se ha fijado jurisprudencia sobre la posibilidad de aplicación del Fondo de Riesgo Común y por último la AFP ha demostrado que para hacer estos pagos no tenía que utilizar los recursos propios sino que solo el contrato y la constitución tenía que hacerlo con el fondo de pensiones específicamente del fondo de riesgo común.

Pues empezando a desarrollar estos temas sobre lo que la AFP cree que ha probado tenemos que ser conscientes que ante el incumplimiento del artículo 8 por parte del Empleador por riesgo común sin perjuicio de la recuperación administrativa o judicial de los fondos o de los recargos correspondientes, eso está consolidado no solamente bajo el criterio de la AFP, sino consolidado bajo el criterio de sentencias constitucionales cuya ratio residendi o razón de ser, deben ser aplicados de manera análoga absolutamente a todos los casos de manera obligatoria por todas las autoridades públicas o privadas, de tal manera que en advertencia de casos análogos la AFP y la APS tenía que esperar que el Asegurado o Derechohabientes hagan un Amparo para que se paguen conforme la jurisprudencia, ósea la AFP no tenía desde un principio porque negar el pago de estas pensiones, dado que la jurisprudencia ya ha interpretado la Ley 1732 desde su concepción misma que es desde 1996. y menos aun la APS tenía que impedir que la AFP cumpla con esa su misión dispuesta mediante sentencias constitucionales, que tienen un efecto vinculante y obligatorio para todo el Estado. Se tiene como un antecedentes el hecho que la Ley 1732 ha sido puesta en vigencia en 1996, el 2003 se emite la sentencia constitucional 020/010, la que sienta una jurisprudencia vinculante y obligatoria no sólo para la AFP, sino también para la APS anteriormente llamada ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, esta jurisprudencia es simplemente una interpretación de la Ley 1732 desde 1996, ósea esta jurisprudencia amplia el espíritu de la Ley 1732 de 1996 y esta jurisprudencia dice en su parte decidendi ósea (sic) en su razón de ser, obviamente este es un caso en que en el 2012 se pone en vigencia una ley, Decreto Supremo y el Decreto Supremo dice: que aun así este el Empleador en mora, si se tiene que pagar al Asegurado cuando ha cumplido los requisitos, este Decreto Supremo es recurrido mediante el Recurso de Inconstitucionalidad con que fundamento, con el fundamento de que no se puede pagar a estos Asegurados cuyos aportes están en mora, y que es lo que dice el tribunal Constitucional bajo esta controversia, el Tribunal Constitucional dice que de ninguna manera la Ley 1732 impide que el Asegurado goce de una pensión sólo por la culpa del Empleador moroso, sin perjuicio de que la AFP recupere esos dineros adeudados y además hace mención a que la ex Superintendencia de Pensiones tenía que regular el procedimiento de reposición.

Entonces la ley (sic), la sentencia 020 del 2003 dice literalmente no (sic): "Que es cierto que para financiar la prestación de invalidez y muerte de riesgo común es necesario que el trabajador pague la correspondiente prima con sus propios recursos como se desprende los artículos 15 y 21 de la Ley de Pensiones, sin embargo no es menos cierto

y evidente que independientemente del que haya o no cumplido el pago de las primas por el Empleador, el beneficiario debe gozar de la cobertura por riesgo común y riesgo profesión al (sic)... por cuanto él mismo no puede estar expuesto a la interrupción de prestaciones por negligencia administrativa de su Empleador, entonces la jurisprudencia ya se ha generado el 2003 en sentido de que no por culpa del Empleador el beneficiario podría ser negado sus (sic) derechos fundamentales. En este caso de la seguridad social... esa sentencia simplemente es una interpretación... de los alcances de la ley 1732 desde 1996 desde su concepción y además esa jurisprudencia es acatada por el propio Tribunal Constitucional y así se puede en el tiempo y espacio que, el 2010 se emite la Sentencia Constitucional 2341, el 2010 y en esa sentencia constitucional el Tribunal Constitucional anota, dice: sobre este punto la sentencia 980 del 2005 cuando hace referencia a la sentencia 980 del 2005, fíjense 2003, 2005, 2010 nos dice literalmente: sobre este punto la sentencia 980 del 2005 del 19 de agosto, claramente citando la sentencia 020 dice, del 28 de febrero del 2003 señala: independientemente de que haya o no sido cumplido el pago de primas por el Empleador, el beneficiario debe gozar de la cobertura por riesgo común y profesional por consiguiente no puede estar sujeto a la negligencia administrativa del Empleador ósea cuando los Asegurados eran privados por parte de la AFP y por parte de la ex Superintendencia de este derecho y acudían al Tribunal de Garantías como Tribunal Constitucional haciendo uso de la jurisprudencia generada el 2003 otorga este beneficio, si por culpa por mora del Empleador no podrían ser impedidos a gozar del derecho de la seguridad social. Entonces si esta sentencia o esta jurisprudencia es asumida en el tiempo y espacio por el propio Tribunal Constitucional desde esta fecha, desde el 28 de febrero de 2003, no solamente la AFP tenía la obligación de pagar pensiones cuando los Asegurados tenían los requisitos independientemente haya habido o no haya habido la recuperación de los aportes y los recargos y además de eso esta jurisprudencia también debería de haber sido obligatoriamente asimilada por la ex Superintendencia de Pensiones ahora la APS, de tal manera que la obligación de la APS desde ese momento era exigir a la AFP que cuando el Asegurado tenía una calificación independientemente este en mora o no el Empleador que pague las pensiones correspondientes sin siquiera que el trabajador este obligado a pasar un calvario deba acudir a un Tribunal de Amparo. Se trata de derechos fundamentales, la constitución determina los medios de subsistencia del trabajador, contrariamente a lo que está pasando, es mas ni siquiera se debería haber obrado de esa manera desde el 2003, por que el 2003 simplemente una interpretación: de los efectos de la Ley desde 1996, de tal manera que inclusive antes de la admisión de la jurisprudencia la AFP y la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros ya deberían de haber obrado de esa manera en aplicación no simplemente de una interpretación sesgada de la Ley 1732 sino de una interpretación material de la propia Constitución Política del Estado que determina los principios de oportunidad y solidaridad, porque esto es una interpretación que justamente dice el Tribunal Constitucional tiene efecto retroactivo a la fecha de emisión de la misma norma que se esté interpretando porque se supone que así a (sic) nacido con esas características.

Entonces esta obligación vinculante y obligatoria no solamente para la AFP sino también para el regulador ha sido con la Ley 1836 del Tribunal Constitucional,

también reforzada por el artículo 8 de la Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional de tal manera que siempre ha estado vigente el hecho de que las entidades del Estado o privados, acaten la jurisprudencia constitucional o el criterio asumido por el Tribunal Constitucional a casos análogos.

Además de ello, se tiene que el criterio acusatorio de la APS, no guarda relación ni con la ley ni con la Constitución por el hecho de que el artículo 102 y 104 de la Ley 1836 del Tribunal Constitucional. Como el artículo 63 de la Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional, hacen referencia de manera clara a que las Resoluciones de Tribunales de Garantías deben de cumplirse de manera inmediata y sin discusión alguna, sin embargo el criterio de la APS por efecto de la acusación y por efecto de una certificación que ha emitido, le dice a la AFP no usted incumpla la ley y la orden judicial y primeramente recupere y agote en juicio recupere los aportes y recargos. Como es posible que la APS teniendo la obligación como ente regulador de dar ejemplo de cumplimiento de la ley y de la Constitución induzca más bien a la AFP a que incumpla la Ley, e induzca a que con este incumplimiento conforme señala el artículo 104 y 63, de la nueva Ley, se tenga que remitir al Ministerio Público a la autoridad, en este caso el Gerente General por haber incumplido Resoluciones de Amparo que está sancionado por el Código Penal con una sanción agravada porque no se trata de simples jueces sino de Tribunales de Garantías, cuando lo que debía haber hecho la APS era justamente lo contrario, obligar a que la AFP cumpla con el mandato de la ley, cumpla con el carácter vinculante de la sentencia constitucional y cumpla con los principios fundamentales expresados en la Constitución que son los principios que son solidaridad y oportunidad, más aun si ya tenía un referente desde el 2003, de tal manera que para demostrar este punto se basa a mencionar a justamente lo que dicen los artículos ahora en cuestión, primero el artículo 158 de la CPE abrogada (lee el artículo), el artículo 48 de la nueva CPE de la misma manera repite el principio en mención a (lee artículo), el artículo 44 de la ley 1836 del Tribunal Constitucional (lee artículo), el artículo 8 de la Ley 77 del Tribunal Constitucional Plurinacional dice (lee artículo), el artículo 102 de la Ley 1836 del Tribunal Constitucional norma abrogada pero vigente cuando paso el caso en cuestión (lee artículo), el artículo 104 de la Ley del Tribunal Constitucional abrogado dice: (lee artículo) y no la cumplieren y no la hicieren cumplir como este caso la APS serán sometidos al proceso penal a cuyo efecto se remitirán antecedentes al Ministerio Público, el artículo 63 del la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (lee Artículo), el artículo 179 del Código Penal dice (lee artículo).

Entonces, como se puede ver la AFP, no solamente la AFP sino la APS desde un inicio tenían la obligación de pagar y el hecho es que en un principio el Asegurado recurría a la AFP solicitando bajo esta interpretación, el pago de sus pensiones, y la AFP por el carácter restringido de la interpretación que tenía la Superintendencia ahora APS, que le decía no y por eso justamente se iban al Amparo Constitucional, en cuyo Amparo se determinaba que tanto la AFP como la ex Superintendencia de Pensiones, habían violado la ley, la Constitución y la Jurisprudencia, sin embargo por la coyuntura y por el grado de protección inmediato que tiene la seguridad social es que simplemente la jurisprudencia le dice al Asegurado que no es necesario que vaya a la APS sino simplemente que después de que la AFP le rechace, se vaya al

amparo. Sin embargo sino hubiera sido eso hasta la fecha la APS también sería actualmente recurrida o demandada y la APS como la AFP tendrían la obligación de cumplir las órdenes emanadas por el Poder Judicial, sin embargo pasa todo lo contrario, la APS no solamente con antecedentes sino que nos ha certificado que la AFP tiene que incumplir las Resoluciones Judiciales y esperar para el pago hasta que se recupere judicialmente los aportes y los recargos correspondientes, lo que resulta incoherente fuera del contexto legal y fuera del contexto constitucional.

Por otra parte, la AFP ha demostrado que con la prueba cursante en obrados consistente en la Sentencia Constitucional 020 de 28 de febrero del 2003, que la Ley 1732 ha nacido ya con los principios de universalidad, solidaridad y oportunidad, justamente porque es la interpretación de la Ley 1732 de tal manera que independientemente haya habido o no haya habido esta sentencia la AFP desde inclusive 1996 podría haber pagado estas Pensiones porque ese es el espíritu mismo.

Por otro lado, se tiene que la AFP ha probado que la utilización de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad es legal y para hacer una demostración al respecto se tiene que el Fondo de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, ahora llamado Fondos de Riesgo Común es un fondo solidario que se diferencia de las cuentas individuales, habiendo demostrado que la AFP no tenía que pagar estos recursos con sus dineros, probado por certificación emitida por la propia APS cursante a fojas 23, 24, mediante la cual la APS responde a la AFP una solicitud de certificación en la que se le pregunta si había una norma en la que se disponga que la AFP tenga que pagar con sus recursos propios cualquier tipo de pensiones y la APS responde que para pagar estas pensiones tiene que lograr la recuperación de los adeudos, en ningún momento le dice que existe una norma por la cual el Administrador este obligado a pagar de su sueldo o de su plata, pensiones de acuerdo a una Ley cuando en los hechos no está obligado. El contrato en este momento de manera clara estipula que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben de pagar pensiones sólo de manera literal con dineros del Fondo de Pensiones, en cuyo caso, en estos en los que el Asegurado se encuentra sin cobertura por mora del Empleador no hay más utilizar el Fondo de Riesgo Común que es un fondo solidario individual, entonces la APS anota en su certificación del 15 de noviembre de 2011, para que en los casos que se encuentre en mora es obligación de la AFP recuperar la misma a través de la persecución del PES para que una vez concluido se pague la pensión correspondiente con este recurso, pero la pregunta a la APS, la AFP le dice que hago si el Asegurado ha cumplido pero está en mora el Empleador y la AFP todavía no ha recuperado, pero hay una orden de pago inmediato, pero la APS dice: no ustedes no cumplen esa orden y primeramente recuperen los aportes y recargos por un lado y por otro lado se tiene que aun así la AFP haga una gestión efectiva y perfecta de recuperación administrativa y judicial de aportes, en los hechos y en muchos casos hay algunos aportes que son totalmente irrecuperables en muchos casos, en los casos la AFP ha aportado como prueba certificaciones y detalles del proceso de recuperación por lo cual no había discusión al respecto, sin embargo la acusación no versa en que la autoridad judicial ha ordenado a la AFP que pague porque negligentemente ha hecho o no ha hecho un proceso, sino la orden judicial versa, en que por la aplicación de la Constitución independientemente haya o no haya

aportes se tiene que pagar al Afiliado.

Entonces no es posible que tanto la AFP como la APS estando obligados a cumplir el mandato Constitucional, no es posible que la APS se desliga del tema y le diga a la AFP usted pague y; no me importa de dónde saca el dinero, cuando su obligación era verificar que pague y además darle los mecanismos normativos para que lo haga. Regular conforme a la sentencia constitucional 020, tenía que reglamentar el procedimiento de reposición, de esta Cuenta: de Siniestralidad o de Fondo de Riesgo Común, por lo que estando el criterio de la APS en contra de la jurisprudencia, en contra de la Ley 1836, en contra de la Ley 027 y teniendo la AFP una inminencia de un procesamiento penal, la APS pone a la AFP contra la pared, y que es lo que tiene que hacer la AFP en cuyo caso, al margen de tener porque ya conoce el criterio de la APS cumple la ley y cumple la Constitución y paga a los Asegurados sin cobertura por mora del Empleador, utilizando como dice el contrato y la jurisprudencia también el Fondo de Riesgo Común, cumplimiento que no podría generar sanción alguna para la AFP. Entonces el hecho de que la APS observe que la AFP ha utilizado sin autorización dinero de esa cuenta, simplemente contradice el hecho de que la APS le induce a la AFP a que incumpla la Ley, la Constitución y la jurisprudencia, sin exponerse la APS absolutamente a nada porque como se ha dicho la coyuntura ya no recurre a la APS por las negativas, sino que directamente se va a un amparo constitucional, de tal manera que con ese criterio la APS no asume responsabilidad porque justamente la jurisprudencia lo ha eliminado del trámite de reclamación.

Ahora bien se tiene también prueba pericial, pese a que la AFP ha insistido a que los peritos propuestos no vengán y juren ante la autoridad administrativa para que digan la verdad, la prueba pericial en sentido de que estos señores que tienen justamente especialidad a fin a la rama en cuestión, informen de manera escrita de tal manera que la AFP les ha pedido emitan un criterio al respecto. Sobre el punto el Licenciado Alberto Bonadona anota, en la conclusión y dice en mi criterio profesional tomando en cuenta los antecedentes considero que sobre la discusión generada del fondo de siniestralidad por culpa del Empleador y así corresponde realizar los pagos de pensión al trabajador a ley de pensiones y la propia Constitución está que permitan resarcir el uso de dicho fondo solidario. Por su parte el Dr. Carlos Alarcón especialista en derecho constitucional emite las siguientes conclusiones: que la AFP estaba obligada a cumplir de manera inmediata e incondicional la sentencia constitucional, que la AFP estaba facultada a realizar los pagos de fondos de pensiones, que en caso de que no hubiera pagado hubiera sido pasivo a un procesamiento penal por incumplimiento de órdenes judiciales, que el cumplimiento no debería generar ninguna consecuencia negativa para la AFP independientemente de la cuenta a ser utilizada, para los cargos más aun cuando podría generar responsabilidad penal para los ejecutivos de la AFP; que lo establecido en las sentencias constitucionales son de cumplimiento obligatorio para todas las entidades públicas del Estado. Las Administradoras de Fondos de Pensiones están obligadas al pago inmediato incondicional a favor de los trabajadores y los derechohabientes de las Pensiones por muerte, correspondientes cuyos montos no fueron pagados por el incumplimiento por el Empleador de esta obligación por parte del Empleador y el juicio pendiente por las Administradoras de Fondo de Pensiones para recuperar esos montos no pagados o no

depositados no constituyen justificativo para no realizar el paso de las administradoras para hacer efectivos estos pagos de las Administradoras de Fondos de Pensiones en el contrato de servicios específicamente el Fondo de Siniestralidad ahora llamado Fondo de Riesgo Común concordante con la sentencia 020 del 28 de febrero del 2003.

En consecuencia por esta prueba se ha demostrado que la AFP al haber pagado al Asegurado sin cobertura por mora del Empleador con Fondos del Riesgo Común no actuado en contra de la ley es mas a actuado conforme la Ley del Tribunal Constitucional, conforme a la ley 1732 que ha sido concebida bajo los principio de solidaridad y oportunidad. Les decimos a la APS, que la AFP en vez de ser perseguida, debería ser congratulada por haber actuado en concordancia con la ley y la Constitución, también ha demostrado que la jurisprudencia ya ha definido como Cuenta Colectiva de Siniestralidad, es justamente en los caso concreto de José Martín y Freddy Ibañez se ha utilizado el fondo de riesgo común y es que en la resolución del 2009 el Tribunal de Garantías Constitucionales anota la AFP Previsión S.A. deberá cumplir de la pensión; de invalidez. La única cuenta que puede utilizar la AFP es el Fondo de Riesgo Común eso ha sido convalidado por Resoluciones del Tribunal de Amparo, sin embargo eso ha sido revisado por el Tribunal Constitucional y se ha emitido jurisprudencia convalidando este accionar, de tal manera que este criterio del Tribunal Constitucional esta utilización ,debería no solamente aplicarse a estos dos casos concretos sino debería de aplicarse a los x casos análogos que se presentaren como este, ósea cuando el trabajador o el afiliado asegurado tienen derecho y que no tienen cobertura por mora al Empleador, debería de actuarse de esa misma forma, en este caso concreto.

Hay una Resolución del Tribunal de Amparo que hace referencia a eso y las sentencias constitucionales 1178 en un caso y 1156 en otro que convalidan este criterio asumido del Tribunal de Garantías Constitucionales. Asimismo se ha adjuntado como prueba a este proceso otra sentencia del caso Buchón generada justamente el 2011 ósea una de las últimas Resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional en vigencia de la ley 1836, para resolver la temática planteada sobre la vinculatoriedad de las sentencias constitucionales. A este efecto el carácter vinculante de las Resoluciones Constitucionales que señala la vinculatoriedad de sentencias constitucionales en consecucioncita por la eficacia vinculante de los poderes públicos están obligados a seguir la doctrina constitucional que ha resultado por el Tribunal Constitucional, que estas sentencias tienen el valor de precedente para casos futuros análogo. Se debe dejar claro que las sentencias vinculan a los jueces, tribunales o autoridades.

La sentencia constitucional 1310 del 2002 determina que si bien todo fallo que emita el Tribunal Constitucional en recurso de amparo constitucional de habeas corpus tiene efecto inter partes, dice que las sentencias constitucionales tienen un efecto interpartes, que significa AFP -Asegurado, pero no son fundamentos determinantes del fallo o ratio decidendi esto, son vinculantes y por tanto de obligatoria aplicación para todos los poderes del Estado, Legisladores, Autoridades y jueces en todos los niveles jerárquicos, tienen carácter obligatorio y vinculante tanto para las partes

como para todos, las Autoridades, Jueces Tribunales y autoridades en general, ósea no es como la APS manifiesta que para cada caso concreto se debe esperar una Resolución del Tribunal de Garantías o se debe esperar una Resolución del Tribunal Constitucional, sino que esta jurisprudencia debe ser asumida por la AFP y debe ser asumida por la APS, de manera obligatoria caso contrario no tendría ningún sentido el hecho de que la jurisprudencia constitucional tenga carácter vinculante porque simplemente con un proceso ordinario afectaría a las partes y de manera clara ese contexto ha sido reposado en otras sentencias 1781 del 2004 del 17 de noviembre con respecto la seguridad jurídica y la coherencia de las sentencias constitucionales, protegen los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas evitando variaciones injustificadas o caprichosas de los criterios de interpretación, para precautelar el valor supremo de la igualdad, en casos iguales se han resuelto de manera distinta, de tal manera que la APS como Ente Regulador no tiene que exigir a la AFP que para cada caso se dicte una sentencia constitucional, sino que está obligada inclusive a supervigilar a la AFP que en todos los casos análogos que se presenten sin esperar que se vaya a un Amparo simplemente por el efecto erga omnes que tiene la jurisprudencia se pague a los Asegurados que han cumplido con los requisitos y que no tienen cobertura por culpa y por mora del Empleador y justamente esa vinculatoriedad en función a las sentencias 020 y la sentencia del caso Buchón que hace referencia textual que la AFP tiene que utilizar para estos casos dinero del Fondos de la Cuenta de Siniestralidad ahora llamado Fondo de Riesgo Común obliga a la APS a aceptar la legalidad, de la AFP al haber utilizado estos fondos para el cumplimiento de las órdenes judiciales y al margen de las órdenes judiciales para el cumplimiento de la 1732 y para el cumplimiento de la propia Constitución Política del Estado y su reglamentación.

Por otra parte, la AFP ha demostrado que no tenía dinero para el pago de pensión de cualquier naturaleza que no sea de su patrimonio, sino que además contrariamente está obligada a pagar estas pensiones sólo con los recursos del fondo de pensiones, entonces la APS hace referencia a una parte del contrato en la que le dice a la AFP, le obliga a la AFP a utilizar los fondos conforme en sentido estricto se ha determinado, ósea con un criterio equivocado de que no hay, no es posible pagar a con esta cuenta, pagar estas pensiones pese a que la jurisprudencia ya le había dicho al criterio de la AFP, que en la misma clausula el Estado le obliga a la AFP a que para pagar pensiones sólo de manera literal, la AFP debe utilizar dinero del Fondo de Pensiones. Sin embargo al margen de ese tecnicismo el criterio es elemental, tenemos aquí un Administrador que es el Director de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, el es un simple Administrador de paso, un representante mas del Estado, un apoderado si se lo quiere llamar así, de tal manera que si algún trabajador se le despide y mañana pasado hace recurre administrativa y judicialmente, el Administrador tiene que pagar de su salario no de su sueldo sino de los fondos propios de la Institución, aunque textualmente no se haya creado una cuenta para el pago de salarios porque se supone que nadie puede prever una contingencia de esa naturaleza, como en los hechos la decisión que suma la APS en el caso concreto con la coyuntura que están pasando en el tema de seguridad a largo plazo, a corto plazo para evitar el accionar de la propia Gestora Pública. En este momento la AFP está; haciendo y representando las obligaciones de la Gestora Pública que pasaría en el

supuesto de que si hoy que no está regulado, ha cumplido los requisitos y no tiene cobertura por mora del Empleador solicita que se le paguen las pensiones y se produce la transición, el Administrador de la Gestora Pública no va pagar con su sueldo, el Administrador de la Gestora Pública va pagar con dineros del Fondo de Pensiones y para ello la APS ya debería tomar las previsiones y normar el procedimiento de recuperación, sin embargo cuando la AFP le pide a la APS que norme los procedimientos de recuperación la APS de manera simple y llana le responde que eso es obligación del Poder Ejecutivo o Legislativo, cuando en los hechos se ha demostrado que mediante las sentencias 020 la ex SPVS tenía la obligación de normar el procedimiento de reposición, y conforme a la normativa de la APS, todas las obligaciones de la ex SPVS han pasado a ser responsabilidad de la APS, de tal manera que no es cierto el hecho de que el Ejecutivo o el Legislativo tengan que reglamentar el procedimiento de recuperación, la APS regule el procedimiento de reposición lo que en su momento, obviamente va beneficiar que me imagino a corto plazo a la Gestora Pública. Sin embargo si la APS se pronuncia simple ahora, simplemente porque ya ha tenido casos análogos de manera restringida sancionando a la AFP, le estaría diciendo a la nueva autoridad de la Gestora Pública que cuando haya estos casos pague de su sueldo las pensiones lo que no es correcto desde ningún punto de vista.

Así se ha mencionado justamente al margen de esta sentencia que controversia (sic), la aplicación de la Ley 1732 lo siguiente: (lectura), asimismo en su artículo 3 menciona (lectura). Ese criterio ha sido convalidado por el Tribunal Constitucional y no solamente ha sido convalidado por el 2003, ha sido convalidado el 2005 y ha sido convalidado el 2010, de tal manera que se puede decir por un lado que se ha hecho un mal uso de esta Cuenta y por el otro que se han encontrado que se mantiene la obligación de la APS como Ente regulador de normar el procedimiento de reposición de esta Cuenta Solidaria de utilizar de manera pertinente, legal y Constitucional por la AFP.

Por lo expuesto mediante su interlocución, la AFP solicita a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones que se tenga por bien probado, que la AFP BBVA Previsión S.A. no ha transgredido ninguna norma administrativa, legal o constitucional, que quedan los antecedentes, prueba de descargo por la información de alegatos asimismo se tenga presente se declara el sobreseimiento de las acusaciones. Como prueba de nuestro alegato, tomando en cuenta que es la exposición realizada se entrega a las autoridades correspondientes la nota debidamente firmada. Que (sic) hace referencia a los alegatos...”

2.2.2. Nota PREV-OP-579/2012 de 13 de abril de 2012.-

Mediante nota PREV-OP-579/2012 de 13 de abril de 2012, con la referencia “Alega de Bien Probado”, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** deja constancia de los extremos siguientes:

“...La acusación versa sobre pagos de pensiones realizados por BBVA PREVISIÓN AFP. SA., a asegurados sin cobertura por mora del empleador utilizando sin autorización los

recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad ahora denominado Fondo de Riesgo Común; a pesar que, según la APS, dicha cuenta según la normativa jurídica solo financia las prestaciones por Riesgo Común de Asegurados que cumplen los requisitos previstos por el art. 8 de la Ley 1732 de 29-11-1996 de Pensiones y que para aquellos casos en los que, el asegurado no tiene cobertura por mora del empleador, se tiene de forma previa realizar la recuperación de los recargos.

Sin embargo, mediante la prueba de descargo producida, se tiene como conclusión lógica que, la AFP, no ha infringido ninguna norma jurídica; sino por el contrario, ha actuado dentro de los márgenes del contrato suscrito, la Ley y sobre todo en cumplimiento estricto de la Constitución Política del Estado; habiendo nuestra parte demostrado los siguientes extremos: **1.** Qué, el incumplimiento del art. 8 de la Ley 1732, por parte del empleador, el beneficiario debe gozar de la cobertura por riesgo común; sin perjuicio de la recuperación posterior administrativa o judicial de los aportes y recargos, lo que, ha sido consolidado por la jurisprudencia constitucional como una interpretación obligatoriamente vinculante; **2.** Qué, habiendo sido la Ley 1732 constituido bajo los principios de solidaridad y oportunidad, el Estado desde su concepción en fecha 29-11-1996 estaba en la obligación de pagar pensiones a afiliados y beneficiarios sin cobertura por mora del empleador; obligación que no solo recaía en las AFPs.; sino en la Ex SPVS, ahora APS: por lo que, mal podía BBVA PREVISIÓN AFP. SA., como representante transitorio del Estado, actuar de diferente forma; **3.** Utilización de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad ahora llamado Fondo de Riesgo Común; **4.** Qué la jurisprudencia ya ha definido la posibilidad de utilización de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad ahora llamado Fondo de Riesgo Común para financiar las pensiones para los asegurados que, no tienen cobertura por mora del empleador; **5.** Qué, la AFP, no tenía ni tiene la obligación de erogar para el pago de pensiones de cualquier naturaleza, dineros de su patrimonio; sino que, está obligada pagar estas pensiones sólo con recursos del fondo de pensiones; **6.** Qué, la Ex Superintendencia de Pensiones, estaba obligada a reglamentar el procedimiento de reposición en caso de utilizarse el Fondo de Pensiones para el pago de pensiones a asegurados sin cobertura por mora del empleador; obligación que se mantiene hasta la fecha por parte de la actual APS, Ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, como se verá:

1. Qué, ante el incumplimiento del art. 8 de la Ley 1732, por parte del empleador, el beneficiario debe gozar de la cobertura por riesgo común; sin perjuicio de la recuperación posterior administrativa o judicial de los aportes y recargos, lo que, ha sido consolidado por la jurisprudencia constitucional como una interpretación obligatoriamente vinculante.- En efecto, según la jurisprudencia constitucional, se ha establecido cual "Ley" -por decirlo así- que el asegurado debe gozar de una pensión aun cuando el empleador esta en mora; ello, debido a que, el trabajador ha realizado los aportes que fueron retenidos por el empleador; por lo que están sujetos a una posible recuperación por parte de la AFP; en consecuencia haya o no recuperación efectiva de los aportes y recargos, el asegurado puede gozar de una pensión; lo que, no contraria el art. 8 de la Ley 1732; interpretación y criterio asumido desde el 28-02-2003, mediante la SC-0020/2003, cursante a fs. 196-201 de obrados, que anota en los fundamentos jurídicos del fallo:" "...Que, es cierto que para

financiarlas prestaciones de invalidez y muerte por riesgo común, es necesario que el trabajador a través de su empleador (que actúa como agente de retención) pague la correspondiente prima, a su vez, para financiar la prestación por riesgo profesional, deberá el empleador pagar la prima con sus propios recursos, como se desprende de las previsiones de los arts. 15 y 21 LP. Sin embargo no es menos evidente que, independientemente de que haya o no sido cumplido el pago de primas por el empleador, el beneficiario debe gozar de la cobertura por riesgo común y profesional, por cuanto el mismo no puede estar expuesto a la interrupción de prestaciones por la negligencia administrativa de su empleador....".

Este criterio ha sido base para la emisión de otras Sentencias Constitucionales que se generaron para tutelar la pensión de los asegurados sin cobertura por mora del empleador, como la SC-2341/2010, de 19-11-2010, cursante a fs. 239-248 de la siguiente manera: "...sobre este punto la SC 980/2005 de 19 de agosto claramente citando la SC 20/2003 de 28 de febrero, señala " (...) independientemente de que haya o no sido cumplido el pago de primas por el empleador, el beneficiario debe gozar de la cobertura por riesgo común y profesional, por cuanto el mismo no puede estar expuesto a la interrupción de prestaciones por la negligencia administrativa de SU empleador"; cuya doctrina constitucional se sustenta en el hecho de que "..., el Estado tiene la obligación de proteger al capital humano, asegurándole la continuidad de sus medios de subsistencia, tal como establece el art. 158-1 CPE; es que el Estado es responsable por la prestación continua de todo lo que es inherente a la seguridad social, con la finalidad de que producida una contingencia (riesgo común y riesgo por enfermedad), se otorgue la prestación oportunamente no solamente en un momento y circunstancia determinada, sino a lo largo del tiempo que pueda durar la contingencia, en cuyo transcurso el beneficiario (afiliado o derechohabiente) necesita contar con los medios de subsistencia"; por lo que, si el propio Tribunal Constitucional se adecúa a su propio lineamiento jurisprudencial emanado por la SC-020/2003; con mayor razón la Ex SPVS-APS, como la AFP, tendrían que haberlo hecho ya desde el 2003; aunque considerando que, La interpretación de la Constitución y la Ley de Pensiones, genera una aplicación en ese sentido incluso desde la propia concepción de la misma de la Ley 1732; o sea, desde 1996.

Dicha obligación de acatamiento al razonamiento de la jurisprudencia constitucional emerge por efecto del art. 44 de la Ley 1836 y 8 de la Ley 027; que, disponen el efecto vinculante de la jurisprudencia constitucional; por ello, es que, no debería estar ni siquiera en discusión si el asegurado tiene o no derecho; ya que el Tribunal Constitucional interpretando la aplicación de la Constitución y la Ley ha establecido que Sí tienen derecho, y dicho criterio tiene que, ser acatado indiscutiblemente tanto por la AFP como por la APS; por lo que, el criterio de la APS de que, no es posible pagar pensiones a asegurados sin cobertura por mora del empleador; por un lado, resulta además de inconstitucional, contrario al art. 8 de la Ley 027; como con dicho criterio, se induce a la AFP, a negar estas pensiones incurriendo en la emisión de resoluciones contrarias a la Ley (arts.: 102 y 104 de la Ley 1836; como el art. 63 de la Ley 027); cuando por el efecto vinculante la AFP, está obligada a otorgar la pensión en casos análogos sin necesidad de esperar un amparo constitucional; caso, contrario, la obligación de acatar el lineamiento jurisprudencial constitucional resultaría ser un

simple enunciado; dejando claro que, si la AFP, hasta ahora no ha actuado de esa forma es justamente por el incumplimiento de la APS, al carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional, demostrable de manera simple y llana por los fundamentos del presente injusto proceso sancionatorio; por otro, se induce a la AFP a cometer delito por omisión, por desobediencia a órdenes judiciales dispuesto por el art. 179 bis del Código Penal; en razón de que, a la APS, se mantiene en el criterio de que, aun haya una orden judicial, para pagar pensiones a asegurados sin cobertura por mora del empleador, la AFP, tiene primero que, recuperar los aportes y los recargos y sólo así puede pagar las pensiones; criterio que se demuestra con la certificación de fecha 15-11-2011 cursante a fs. 23-24; y que, está contra de la Constitución (principios de solidaridad y oportunidad); contra la Ley (arts: 44, 102 y 104 de la Ley 1836 y arts.: 8 y 63 de la Ley 027) y sujeto a la conducta antijurídica tipificada por el art. 179 bis. del Código Penal; sin considerar que, el ámbito administrativo tiene directa relación con la Constitución, como debe ser aplicado en concordancia con la Ley 027 y el Código Penal, como todas las ramas del derecho; por lo que, se ha demostrado que la acusación de la APS, no se encuadra en la legalidad y por otro lado, la AFP ha actuado conforme la Constitución, la Ley 1836, la Ley 027 y el Código Penal, lo que, confirma su actuación correcta al pagar pensiones a asegurados sin cobertura por mora del empleador cuando el asegurado ha cumplido los requisitos que le atañen conforme al art. 8 de la Ley 1732; independientemente de que, el empleador haya o no depositado los aportes retenidos.

2. Qué, habiendo sido la Ley 1732 constituido bajo los principios de solidaridad y oportunidad, el Estado desde su concepción en fecha 29-11-1996, estaba en la obligación de pagar pensiones a afiliados y beneficiarios sin cobertura por mora del empleador; obligación que no solo recaía en las AFPs.; sino en la Ex SPVS, ahora APS: por lo que, mal podía BBVA PREVISIÓN AFP. SA., como representante transitorio del Estado, actuar de diferente forma.- En este sentido, la SC-0020/2003, de 28-02-2003, cursante a fs. 196-201, solo interpreta el verdadero sentido de la Ley de Pensiones 1732, desde la fecha de su vigencia (1996); la que establece que, ni la Ley 1732, ni el D.S. 26701 de 10-07-2002, de ninguna manera prohíben o impiden que, un afiliado reciba sus prestaciones por mora y culpa del empleador; sin embargo, a pesar de que este criterio siempre fue vinculante para el Ente Regulador a partir de la Ley 1836 y la actual Ley 027; nunca fue cumplido a pesar que la naturaleza del Ente Regulador es cumplir y hacer cumplir la Ley y la CONSTITUCIÓN y de manera contraria, el Ente Regulador se opone a este criterio al extremo de pretender sancionar a la AFP, por cumplir con la CONSTITUCIÓN protegiendo a los afiliados y beneficiarios.

Resulta que, no es que, la SC-0020/2003, cursante a fs. 196-201, genera una norma de aplicación a futuro; sino que, la citada sentencia, solo interpreta el verdadero sentido de la Ley 1732, desde su vigencia en 1996; razón por la que, la AFP; podía desde la fecha de operaciones inclusive pagar cuando el afiliado o beneficiario tiene derecho a las prestaciones aunque, el empleador este en mora, y utilizar para ello las cuentas colectivas de siniestralidad, sin siquiera pedir autorización al Ente Regulador; todo en aplicación cabal de los principios constitucionales de solidaridad y oportunidad; en obligatoriedad de cumplir el criterio asumido por el Tribunal Constitucional; obligatoriedad que, no solo era para la AFP, sino incluso para el Ente Regulador; quien,

tenía que obligar a las AFPs, ha cumplir con el razonamiento de ésta Sentencia Constitucional y los Principios Constitucionales en ella citados

Base de Impugnación.- En ese sentido se tiene que, la mencionada jurisprudencia tiene como base de impugnación, idéntico criterio asumido hasta ahora por el Ente Regulador; o sea, que el art. 8 y 10 de la Ley 1732, no permiten que afiliados sin prestación por mora del empleador accedan a la cobertura y que, no se pueden utilizar o financiar éstas pensiones con las cuentas colectivas de siniestralidad por ser contrario a lo determinado por los arts. 8, 10, 15 y 33 de la Ley 1732, los que, no establecen excepciones y determinan que, se pague con estas con el recargo impuesto al empleador.

Base de Resolución.- Sin embargo, el Tribunal Constitucional, convalida la posibilidad de pagar prestaciones a pesar de que, el empleador este en mora y además, el hacerlo con fondos de las cuentas colectivas de siniestralidad, indicando que, ello, no es contrario a los arts. 8, 10, 15 ni 33 de la Ley 1732; y más bien, es concordante con la CONSTITUCIÓN; así se puede advertir de los fundamentos jurídicos del fallo que, anota lo siguiente:

"...Que, en aquellas circunstancias en las que se ha cumplido las condiciones y requisitos para ser beneficiario de una prestación (por riesgo común y profesional), pero la misma no puede materializarse por mora en el cumplimiento de las obligaciones del empleador (al no pagar oportunamente las contribuciones a las AFPs), en tal circunstancia, el beneficiario (afiliado o derechohabiente) se encuentra en una situación de total desprotección por cuanto no cuenta con los medios necesarios para lograr la continuidad de subsistencia..."

"...Que, es cierto que para financiar las prestaciones de invalidez y muerte por riesgo común, es necesario que el trabajador a través de su empleador (que actúa como agente de retención) pague la correspondiente prima, a su vez, para financiar la prestación por riesgo profesional, deberá el empleador pagar la prima con sus propios recursos, como se desprende de las previsiones de los arts. 15 y 21 LP. Sin embargo no es menos evidente que, independientemente de que haya o no sido cumplido el pago de primas por el empleador, el beneficiario debe gozar de la cobertura por riesgo común y profesional, por cuanto el mismo no puede estar expuesto a la interrupción de prestaciones por la negligencia administrativa de su empleador..."

"...Que, el Estado tiene la obligación de proteger al capital humano, asegurándole la continuidad de sus medios de subsistencia, tal como establece el art. 158-1 CPE; es que el Estado es responsable por la prestación continua de todo lo que es inherente a la seguridad social, con la finalidad de que producida una contingencia (riesgo común y riesgo por enfermedad), se otorgue la prestación oportunamente no solamente en un momento y circunstancia determinada, sino a lo largo del tiempo que pueda durar la contingencia, en cuyo transcurso el beneficiario (afiliado o derechohabiente) necesita contar con

los medios de subsistencia....".

Seguidamente el Tribunal Constitucional da a entender que, ni el art. 8, ni 10 de la Ley 1732; prohíben esta cobertura extraordinaria y más bien permiten que se la otorgue, al estar redactado y ser concordante con los principios constitucionales de universalidad y solidaridad; por lo que, si ya en el 2003 se entendió aquello, no puede ser que, posteriormente y hasta ahora, el propio Estado, se desdiga de esa interpretación, con la que, la AFP, ha actuado, pese a las restricciones impuestas ilegal e inconstitucionalmente por el Ente regulador.

Resolución.- En ese orden de cosas, el Tribunal Constitucional, determina o resuelve que, los arts.: 1 y 2 del D.S. 26701, no son contrarios a los arts.: 8, 10, 15 y 21 de la L.P. 1732, como equivocadamente lo sostenía el impugnador o recurrente; sino que, por el contrario, son un complemento concordante con la Ley 1732 y la propia Constitución; que permite asegurar la continuidad de los medios de subsistencia como precepto constitucional: "Que, por lo referido se concluye que los arts. 1 y 2 del DS 26701 impugnados, no son contradictorios a las previsiones de los arts. 8, 10, 15 y 21 LP como equivocadamente sostiene el recurrente; al contrario, por el contenido de las normas impugnadas se tiene que las mismas complementan las disposiciones de la LP; además lejos de vulnerarla previsión del art. 158-1 CPE, coloca al beneficiario (afiliado o derechohabiente) en una situación de protección tal que le permite asegurar la continuidad de sus medios de subsistencia, por lo que menos se puede afirmar que se ha lesionado los arts. 96-1 y 228 CPE, en cuanto las normas impugnadas no han alterado lo definido y establecido en la LP".

Asimismo, sobre el financiamiento con los saldos existentes en las Cuentas Colectivas de Siniestralidad, el alegato del recurrente fue que, se premia a los empleadores morosos y se los salva de un proceso penal, además de liberarles del pago del recargo, lo que es contrario al art. 33 de la Ley 1732; a lo que, el Tribunal Constitucional refuta anotando que, el pago de las prestaciones cuando el empleador esté en mora, no importa que se suspenda o deje de tramitarse el proceso ejecutivo social, que debe seguirse hasta su conclusión haciendo que, el empleador no solo pague las contribuciones sino los intereses y recargos, debiendo el Ente Regulador establecer los mecanismos de reposición de los recursos dispuestos de las mencionadas cuentas, cuando los juicios terminen: "...Por consiguiente, el hecho de que se otorgue la cobertura extraordinaria (en las condiciones y circunstancias establecidas en los arts. 1 y 2 del DS impugnado) no importa que se suspenda y deje de tramitarse el proceso ejecutivo social, al contrario debe continuar su curso hasta su conclusión, en el que el empleador negligente no se salvará de responsabilidad alguna, al contrario deberá pagar las contribuciones adeudadas no sólo con intereses, sino también con recargos...".

Concluye el Tribunal Constitucional, mencionado que, las normas impugnadas son concordantes con los principios constitucionales de universalidad y solidaridad reconocidos por la Constitución, o sea que, el hecho de pagar prestaciones

dispuestas por Ley, haya existido o no el D.S. 26701; es un acto concordante con la Constitución (Principios de universalidad y solidaridad); así se puede establecer de la simple lectura de la mencionada Sentencia: "... Por otra parte la norma impugnada responde a los principios de universalidad y solidaridad, reconocidos en el art. 158-11 CPE, según los cuales todas las personas (sin distinción alguna) tienen derecho a la cobertura de las prestaciones y que los trabajadores desprotegidos (por negligencia de su empleador) puedan recibir una cobertura extraordinaria, que les permita recursos para la continuidad de su subsistencia, en igual situación que los otros beneficiarios de la seguridad...": pero, el Ente Regulador contrariamente a cumplir con la ratio decidendi y espíritu de esta Sentencia, la Ley y sobretodo la CONSTITUCIÓN protegiendo el capital humano como parte del Estado, incita a la AFP, a que, incumpla el carácter vinculante de la misma y por tanto la CONSTITUCIÓN, cuyos principios (universalidad y solidaridad) base de jurisprudencia obligatoriamente vinculante, estaban consignados tanto en la CPEabrg. (Art. 158-11), como en la actual CPE (Art.: 45-11).

Con esta prueba, la AFP, no solo ha probado que BBVA PREVISIÓN AFP. SA., ha actuado correctamente cumpliendo la Ley (carácter vinculante) y por sobre todas las cosas, la CONSTITUCIÓN, como era su obligación, lo que, le exime de cualquier tipo de responsabilidad y más bien debería ser congratulada por haberlo hecho así; pese a la resistencia hasta ahora, del Ente Regulador; sino que también se ha probado que, esta obligación ya fue concebida por la interpretación constitucional el 2003, y desde esa fecha tanto la AFP, como el Ente Regulador deberían de haber actuado conforme sus lineamientos o su ratio decidendi.

3. Utilización de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad ahora llamado Fondo de Riesgo Común.- Primeramente se ha probado y además ha sido convalidado por la APS, el extremo de que, la AFP, no tiene la obligación de pagar pensiones con su patrimonio; conclusión respalda por la Certificación de fecha 15-11-2011 a fs. 23-24, en la que, la APS, anota: "Para aquellos casos en los que el empleador se encuentre en mora, es obligación de la AFP recuperar [a misma a través del] inicio y prosecución del PES, para que una vez concluido, se pague la pensión correspondiente con estos recursos"; en consecuencia, surge la interrogante de donde va a pagar la AFP, las pensiones en éstos casos, en lo que, existe una orden judicial y al mismo tiempo no existe la recuperación efectiva de los aportes y los recargos en mora; por supuesto que, en aplicación del arts.: 102 y 104 de la Ley 1836 y 63 de la Ley 027, que disponen que, las resoluciones de amparo constitucional se aplican de manera inmediata, resulta que, el criterio de la APS, de que, al margen de la orden judicial concluya y recupere primero los aportes y recargos en mora del empleador, es contraria a la Ley y por ese criterio equivocado pretende ilegalmente que la AFP, incumpliendo este mandato legal primeramente recupere los recargos en mora por parte del empleador, lo que, es inconcebible en un Estado de derecho, e inaceptable que, la APS, pretenda con dicho criterio equivocado además sancionar administrativamente a la AFP.

Asimismo, se tiene que tener presente que, una gestión de cobranza aunque se lo lleve de manera perfecta, en algunos casos, no asegura la recuperación efectiva de los aportes y recargos; en cuyo caso, debería funcionar de manera ágil la Cuenta

Colectiva de Siniestralidad con su característica de solidaridad en concordancia con la Constitución.

Concordante con ello, se tiene que, los Fondos de Riesgo tanto común como profesional, para pagar beneficios, no exigen correspondencia entre aportes y beneficios, por lo que, no solo son colectivos, sino esencialmente SOLIDARIOS; en consecuencia, en estos casos, no existe otra fuente de financiamiento y por el contrario el pertinente a ser utilizado es precisamente el FONDO SOLIDARIO DE RIESGO COMÚN.

Por otro lado, la acusación versa sobre el hecho que, la AFP, pagó con dineros del Fondo de Pensiones, SIN AUTORIZACIÓN; al respecto, se ha mencionado de manera sólida que, el criterio de la APS, sobre que, los pagos en estos casos solo se lo pueden hacer si el asegurado a cumplido con todos los incisos del art. 8 de la Ley 1732; que si no tiene cobertura primeramente se recuperen los recargos a ser pagados por el empleador; criterio que no concuerda con la jurisprudencia aplicable de manera obligatoria y vinculante; o sea, es contra la Ley y la Constitución; por lo que, mal podría la APS, desautorizar el uso del Fondo de Riesgo Común, cuando existe una obligación constitucional y/o una orden judicial; en cuyo caso, dicho criterio pone a la AFP, entre la espada y la pared; sin embargo, la AFP, cumplidora de la Ley y la Constitución, ha pagado estas pensiones con dineros del Fondo de Riesgo Común; actuación que al estar enmarcado en la Ley y la Constitución no requiere de ninguna autorización; más aún, si la omisión de las obligaciones de la AFP, implicaría violentar los arts. 44, 102 y 104 de la Ley 1836 como los arts.: 8 y 63 de la Ley 027; como infringir los principios constitucionales de solidaridad y oportunidad consagrados en el art. 158 de la CPE Abrog. y 48-II de la NCPE; asimismo, el no cumplir una orden judicial hasta recuperar los recargos, como lo afirma la APS, le generaría a la AFP, responsabilidad penal; por ende mal podría la AFP, pedir autorización previa para disponer de la Cuenta de Riesgo Común, a sabiendas de un criterio al margen de la Ley de la APS, al respecto; sumado al hecho que, la obligada de manera directa es la AFP, habiendo la coyuntura constitucional que marginó desdicha obligación a la APS, por el simple hecho de que, en aplicación al principio de inmediatez de la protección, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, el asegurado no tiene la obligación de acudir a la APS, para la concesión de la pensión; si no fuera así, la APS, en todos los casos, sería también la parte recurrida, ahora demandada, en las acciones de amparo, en las que, se determinaría previamente a la concesión de la tutela, que también la APS ha violado derechos constitucionales de los asegurados que tienen derecho a una pensión aunque no tengan cobertura por mora del empleador y solo por el hecho que, por dicha coyuntura no es recurrida o demandada, no puede de manera simple y llana achacar toda la carga y responsabilidad a la AFP, para que, ésta se las arregle como pueda para pagar las pensiones en estos casos; limitándose a señalar que, su función administrativa le obliga a actuar sólo en ese ámbito, olvidándose que, la APS, antes de velar por el cumplimiento de cuestiones meramente administrativas como la supuesta obligación de autorización, tiene la obligación de cumplir y hacer cumplir la Ley y la Constitución; **o sea, tiene la obligación de exigir a la AFP, que cumpla de manera obligatoria con el carácter vinculante de las jurisprudencia, de la Constitución y de las órdenes judiciales,** ordenándole el pago de

pensiones en todos los casos análogos, indicándole de manera clara y específica el fondo o la cuenta a utilizarse para estos pagos.

En ese orden de razonamiento, se tiene el informe Pericial del profesional destacado en Seguridad Social, Lic. Alberto Bonadona Cossío a fs. 361-363; quien habiendo desempeñado entre otras funciones, el cargo de Director del SENASIR, recomienda en base a su conclusión: "En mi criterio profesional, tomando en cuenta los antecedentes que preceden, considero que, sobre la discusión generada corresponde acudir al Fondo de Siniestralidad para otorgar el pago que exige el Tribunal de Amparo o Constitucional en los casos de afiliados que no tengan al día sus aportes por culpa del empleador y así realizar los pagos de pensión a que se refieren las Sentencias Constitucionales, emitidas en aplicación de la Ley de Pensiones y la propia Constitución. Esta medida no invalida seguir con las acciones que permitan resarcir el uso de los recursos de dicho Fondo solidario".

Asimismo, el Dr. Carlos Alarcón, versado de manera de Derecho Constitucional, quien habiendo ejercido entre otros cargos, el de Vice Ministro de Justicia, concluye su informe pericial de fs. 377-384:

- Que, la AFP, estaba obligada a cumplir de manera inmediata e incondicional las sentencias de los tribunales de garantías. Qué, BBVA, estaba facultada para realizar los pagos con dineros del Fondo de Pensiones.
- Qué, en caso que, la AFP, no hubiera pagado, hubiera sido posible a procesamiento penal por incumplimiento a órdenes judiciales. Qué, el cumplimiento de las órdenes judiciales no debería generar ninguna consecuencia negativa o perjudicial para la AFP, independientemente de la cuenta a ser utilizada para los pagos, más aún, si dicho incumplimiento podría generar responsabilidad penal para los ejecutivos de la AFP.
- Qué, los precedentes establecidos en las Sentencias Constitucionales son de cumplimiento obligatorio para todas las autoridades públicas del Estado.
- Qué, en sus fundamentos a fs. 387 el Dr. Alarcón aclara que, de la revisión de la jurisprudencia imperante sobre los casos análogos, que el Tribunal Constitucional, habría sentado la siguiente jurisprudencia constitucional de carácter vinculante: "Las Administradoras de fondo de pensiones están obligadas al pago inmediato e incondicional a favor de los trabajadores o de sus derechohabientes de las pensiones por muerte, invalidez u otro beneficios a largo plazo, cuando el trabajador hubiera realizado los aportes o cotizaciones correspondientes, cuyos montos no fueron pagados o depositados por el empleador, actuando como agente de retención. El incumplimiento de esta obligación por parte del empleador, y el juicio pendiente de decisión definitiva iniciado por la Administradora de los Fondos de Pensiones para recuperar estos montos no pagados o no depositados, no constituyen justificativo válido para negar el pago de estas pensiones al trabajador o sus derechohabientes a cargo de la Administradora. Para hacer efectivos estos pagos, las Administradoras de fondo de

pensiones pueden utilizar una cuenta establecida en el respectivo contrato de servicios o, específicamente, el Fondo de Siniestralidad en la subcuenta correspondiente a riesgo común".

En consecuencia, por esta prueba se ha demostrado que, BBVA, ha actuado enmarcado en la Ley y la Constitución al pagar pensiones de asegurados sin cobertura por mora del empleador con dineros del Fondo de Pensiones, de manera correcta, legal y constitucional.

4. Qué la jurisprudencia ya ha definido la posibilidad de utilización de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad ahora llamado Fondo de Riesgo Común para financiar las pensiones para los asegurados que, no tienen cobertura por mora del empleador.- En el caso concreto, la APS, objeta el hecho que, para el pago de pensiones de los Asegurados José Martínez Amador, como Freddy Yañez Rivero, se hayan utilizado el Fondo de Riesgo Común; sin embargo, la Resolución de 19-08-2009, cursante a fs. 260-261 anota: "...La AFP PREVISIÓN SA. deberá cumplir con la obligación de cancelar la pensión de invalidez a la que tiene derecho con los fondos de la cuenta que correspondiere de las mencionadas en el contrato de servicio"; criterio que, ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional mediante la SC-1278 298-308 y SC-1256/2011-R, de 16-09-2011, cursante a fs. 318-327 de obrados; con lo que se ha demostrado que, la AFP, lo único que ha hecho en éste caso es cumplir con una determinación judicial; nótese que, la resolución judicial apunta a que, el pago se realice con recursos del Fondo de Pensiones; pero, de ninguna manera condiciona a su previa recuperación; por lo que, con dicho criterio, no le queda más a la AFP, que utilizar el Fondo de Riesgo Común por su carácter solidario para realizar dichos pagos; en consecuencia la APS, no puede considerar ilegal la utilización de dichos recursos sin autorización, si la orden emana de autoridad judicial; en todo caso, la APS, debería super vigilar (sic) que la AFP, cumpla con esta orden judicial y orientar de manera clara y cabal el fondo a utilizarse; pero, no puede limitarse a mencionar que, sin importarle la decisión judicial, no puede utilizar los dineros del fondo de riesgo común para este tipo de pagos.

Asimismo se tiene como prueba la Resolución de 20-11-2009 "caso Buchón", cursante a fs. 249-252, resolución que anota a fs. 249 que, la AFP, tiene la obligación de pagar con el Fondo de Siniestralidad de la subcuenta de Riesgo Común; dicho criterio, como se dijo, ha sido ratificado por la SC-1649/2011-R, de 21-10-2011 a fs. 328-337; en consecuencia, esta jurisprudencia constitucional es de carácter vinculante; con efecto erga homnes, o general, y no como lo indica el ente regulador, que estos criterios asumidos por el Tribunal Constitucional ahora Plurinacional, son aplicados solo ínter partes; así la SC-1553/2005-R,ide 5-12-2005, sobre la vinculatoriedad de las Sentencias Constitucionales, anota: "III.1.Para resolver la problemática planteada resulta necesario recordar el entendimiento que ha establecido este Tribunal sobre la vinculatoriedad de las resoluciones constitucionales... A ese efecto, la naturaleza del carácter vinculante de las resoluciones constitucionales ha sido definida, entre otras, por la SC 58/2002, de 8 de julio, que señala que: "(...) la vinculatoriedad de las Sentencias del Tribunal Constitucional, implica que los poderes públicos que sean aplicadores del derecho, se encuentran sujetos a la manera de cómo los preceptos y

principios de la Constitución, han sido interpretados por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, por la eficacia vinculante de dicha interpretación, los poderes públicos están obligados a seguir la doctrina constitucional que ha resultado de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos constitucionales... (...) la vinculación alcanza una trascendencia especial, respecto a los jueces y tribunales de la justicia ordinaria, quienes a tiempo de resolver las controversias sometidas a su conocimiento, deberán tener en cuenta la doctrina constitucional, por ser los principales destinatarios de la misma. En el caso de las Sentencias Constitucionales pronunciadas en los recursos de amparo constitucional, se aprecia en revisión si hay una efectiva vulneración de derechos fundamentales, Sentencias que por ser vinculantes, tienen el valor de precedente para casos futuros análogos"... Con esa premisa como punto de partida, se debe dejar claro qué parte de la Sentencia vincula a los tribunales, jueces y autoridades... Este Tribunal ha establecido que los fundamentos relevantes del fallo o ratio decidendi, es decir, los fundamentos sobre los que se funda o asienta la determinación asumida o los razonamientos lógico-jurídicos necesarios sin los cuales no se justificaría ni se entendería el fallo, son los contenidos jurisprudenciales que vinculan a los tribunales, jueces o autoridades; quedando en virtud de ello obligados a aplicar a sus decisiones tales entendimientos... Así la SC 1310/2002-R, de 28 de octubre, determina que: "Si bien todo fallo que emite este Tribunal en recursos de amparo constitucional y hábeas corpus, tiene efectos *inter partes* (sólo afecta a las partes), los fundamentos determinantes del fallo o ratio decidendi, son vinculantes y, por tanto, de obligatoria aplicación para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades, tribunales y jueces (en todos sus niveles jerárquicos), así lo determina el art. 44 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC)"... En AC 0036/2003-ECA, señaló que: "Todos los fundamentos jurídicos o *rationes decidendi* que sirven de sustento a la parte resolutive (...) tienen carácter obligatorio y vinculante tanto para las partes como **para todos** los jueces, tribunales, legisladores y autoridades en general, en aplicación del art. 121.II de la Constitución Política del Estado (CPE) concordante con el art. 44.I LTC. Así lo ha establecido este Tribunal en el AC 58/2002 cuando dispuso: 'Que en una Sentencia Constitucional, existe una parte conocida como ratio decidendi que se expresa como un razonamiento lógico de las motivaciones o fundamentos que llevan a la toma de la resolución; el *obiter dictum* que son los argumentos adyacentes que coadyuvan en mayor o menor medida al fundamento principal del fallo y la *decisum* que se refiere a la decisión tomada en el caso concreto'. Respecto a la vinculatoriedad de las autoridades judiciales, se da en situaciones similares, de las *rationes decidendi* o fundamentos que son decisivos y relevantes del fallo, por constituir el precedente vinculante y la base de la decisión. Todo en el marco de lo dispuesto por el art. 121-11 de la Constitución Política del Estado, norma suprema con la que concuerda la previsión contenida en el art. 44-1 de la Ley del Tribunal Constitucional"... Dentro de ese contexto, la SC 1781/2004-R, de 16 de noviembre, manifiesta lo siguiente: "El respeto a los precedentes por parte del propio juez o tribunal, como por los demás jueces y tribunales inferiores, que preserva la seguridad jurídica y la coherencia del orden jurídico; protege los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas evitando variaciones injustificadas o caprichosas de los criterios de interpretación; precautela el valor supremo de la igualdad, impidiendo que casos iguales, con identidad de los supuestos fácticos, sean resueltos de manera distinta; ejerce control de la propia actividad judicial,

imponiendo a los jueces y tribunales mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Empero, cabe advertir que esta obligatoriedad de los precedentes no es un valor absoluto, pudiendo los jueces y tribunales apartarse de sus propios precedentes sin importar discrecionalidad, sino con la limitación de la debida y adecuada fundamentación de las razones que llevan a distanciarse de sus decisiones previas, por lo que el principio del stare decisis o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no es absoluto"... Finalmente, conforme concluyó la SC 0753/2005-R, de 5 de julio: "(...) el carácter vinculante de las sentencias emerge de la ratio decidendi, pues es en esa parte de la sentencia en la que se consigna la doctrina constitucional y las sub reglas establecidas por el Tribunal Constitucional, los que se convierten en precedentes obligatorios; empero, la aplicación obligatoria de dichos precedentes requiere de la concurrencia de la analogía en los supuestos fácticos; al respecto, este Tribunal en el AC 0004/2005, de 16 de febrero, ha establecido lo siguiente: '(..) la aplicación del principio de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional está sujeta a la regla de la analogía, vale decir que los supuestos fácticos de la problemática resuelta mediante la sentencia constitucional en la que se crea la jurisprudencia sean análogos a los supuestos fácticos de la problemática a resolverse mediante la sentencia en la que se aplicará la jurisprudencia o el precedente obligatorio, desde otra perspectiva, cuando no existe la concurrencia de la analogía entre los supuestos fácticos no puede exigirse la aplicación de la jurisprudencia o el precedente obligatorio...".

Como se puede advertir, el carácter vinculante de la ratio decidendi, no tiene un efecto solo inter partes; sino tiene un efecto general o erga omnes, por lo que, los criterios asumidos por el Tribunal Constitucional o por los Tribunales de Amparo ratificados por el Tribunal Constitucional, resultan precedente obligatorios para su aplicación en casos análogos; de tal manera que, si para un caso, se dispone constitucionalmente que, se debe pagar pensiones con recursos del Fondo de Riesgo Común, dicho precedente en casos análogos debe asimilarse por todas las autoridades, como en este caso por la APS; sin esperar que, exista siquiera la interposición de otros amparos.

5. Qué, la AFP, no tenía ni tiene la obligación de erogar para el pago de pensiones de cualquier naturaleza, dineros de su patrimonio; sino que, está obligada pagar estas pensiones sólo con recursos del fondo de pensiones.- Este extremo además del contrato, se ha probado por medio de la Certificación emitida por la propia APS, cursante a fs. 23-24, que de manera clara apunta que, en estos casos, se debe pagar con los recargos recuperados judicialmente; asimismo, a fs. 292, cuando la AFP, solicita certificación a la APS, sobre si existe alguna norma que establezca que la AFP, tenga que pagar pensiones como en el caso de autos, con sus recursos propios; la APS, además de salirse por la tangente, no menciona, afirma, ni confirma esta posibilidad u obligación de la AFP; con lo que, se ha demostrado que, no existe norma legal alguna que, obligue a la AFP, a pagar pensión de ninguna naturaleza con sus recursos propios; por ende, lo tiene que, hacer con dineros de los fondos administrados; y la APS, al hacer referencia al órgano judicial, no menciona, ni cita resolución alguna que,

obligue a la AFP, pagar estas pensiones con recursos propios; sino que, en muchos casos se explica que, para el efecto, la AFP, tiene que recurrir al fondo de riesgo común; criterio coherente; en razón de que, la AFP, es una simple administradora de fondos, y no es en sí misma la obligada a pagar pensiones con sus recursos propios; lo que sería simplemente inconcebible; ello, sería como -a modo de ejemplo-; si el Director de la APS, por el sólo hecho de ser Director, tenga que pagar sueldos devengados de funcionarios reincorporados administrativa o judicialmente, no previstos en el presupuestos de la APS, -por obvias razones-, con su sueldo personal.

Por otro lado, se tiene el contrato de la AFP, con el Estado, por la que, se demuestra que, el objeto del contrato es de "Administración de los Fondos de Pensiones"; y en ningún momento la AFP, se obligó por ninguna razón a pagar con recursos propios en calidad de administrador, ningún tipo de pensiones, por ninguna razón, como entre otras posibilidades, las pensiones de los asegurados que no tienen cobertura por mora del empleador ya sea de forma directa o por efecto de decisiones judiciales.

6. Qué, la Ex Superintendencia de Pensiones, estaba obligada a reglamentar el procedimiento de reposición en caso de utilizarse el Fondo de Pensiones para el pago de pensiones a asegurados sin cobertura por mora del empleador; obligación que se mantiene hasta la fecha por parte de la actual APS, Ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros.- En ese sentido se tiene el Decreto Supremo No. 26701, de 10-07-2002, ya preveía este tipo de situaciones como el caso de autos; puesto que, el mencionado Decreto en el artículo 1 dispone: "(SOLICITUD DE COBERTURA EXTRAORDINARIA). Los afiliados con relación de dependencia laboral o sus derechohabientes que hubieren presentado una solicitud de pensión de invalidez o muerte hasta el 31 de octubre de 2001 y cuyo origen sea riesgo profesional y a la fecha se encuentren sin prestación debido a la mora del empleador, podrán acceder a las prestaciones siempre que cumplan con las siguientes condiciones: a) El trabajador bajo dependencia laboral se encuentre registrado en una AFP. b) El empleador se encuentre sujeto a la Gestión de Cobro o al Proceso Ejecutivo Social para el cobro de contribuciones en mora al Seguro Social Obligatorio, c) La invalidez o muerte se haya producido después del 1 de mayo de 1997"; Asimismo, el art. 3 sobre el financiamiento anota: "**(FINANCIAMIENTO DE LAS PRESTACIONES EXTRAORDINARIAS)**. El pago de las pensiones de invalidez o muerte señaladas en los Artículos precedentes, se financiarán con cargo a los saldos existentes en las Cuentas Colectivas de Siniestralidad y de Riesgos Profesionales, transfiriendo a las Entidades Aseguradoras adjudicatarios las reservas correspondientes para cada caso. La SPVS, establecerá los mecanismos de reposición de los recursos de las cuentas colectivas de Riesgo Común y Riesgo Profesional".

Como se puede advertir de lo antes anotado, los principios sociales constitucionales de oportunidad y solidaridad siempre han sido un vértice de la Ley de Pensiones 1732; sin embargo, estableciéndose un pago extraordinario y además señalándose la fuente de financiamiento; contrario al criterio del ente regulador hasta la fecha.

Qué, en ente regulador desde el 2002, estaba en la obligación de reglamentar los mecanismos de reposición de estas cuentas colectivas y hasta la fecha no la ha

hecho, pese incluso a la solicitud de la AFP cursante a fs. 177-180; así se puede establecer del mencionado D.S. 26701, que en su art. 5 dispone: "(REGLAMENTACIÓN). La SPVS reglamentará mediante Resolución aquellos aspectos necesarios para la efectiva y correcta aplicación del presente Decreto Supremo".

Además de ello, se tiene la reiterada jurisprudencia por la que, se ordenaba y dejaba sentado el derecho del asegurado a la pensión a pesar de la mora del empleador; antecedente que tendría que haber bastado para que, la APS, regule estos aspectos importantes para el pago y reposición del fondo de pensiones; pero, no limitarse a inducir a la AFP, a incumplir órdenes judiciales, incitándole a que, de manera previa al cumplimiento de una orden judicial, se recupere los aportes y recargos en mora.

Normativa Base de la Fundamentación de Alegatos.- Al respecto se tiene:

Art. 158 CPEAbrg (sic)

"II. Los regímenes de seguridad social se inspirarán en los principios de universalidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, Oportunidad y eficacia, cubriendo las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos profesionales, invalidez, vejez, muerte, paro forzoso, asignaciones familiares y vivienda de interés social".

Art. 48 NCPE

"II. La seguridad social se presta bajo los principios de universalidad, integralidad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad, interculturalidad y eficacia. Su dirección y administración corresponde al Estado, con control y participación social".

Art. 44 de la Ley 1836 del Tribunal Constitucional Abrg.

"I. Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional, son obligatorias y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales".

Art. 8 de la Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional.

"I. Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno".

Art. 102 de la Ley 1836 del Tribunal Constitucional Abrg.

"I. La resolución concederá o denegará el Amparo. Será ejecutada, sin perjuicio de la revisión, inmediatamente y sin observaciones".

Art. 104 de la Ley 1836 del Tribunal Constitucional Abrg.

"Los funcionarios públicos y personas particulares que recibieren una orden judicial dictada en recurso de Habeas Corpus o Amparo Constitucional y no la cumplieren y no la hicieren cumplir, serán sometidos a proceso penal, a cuyo efecto se remitirán antecedentes al Ministerio Público".

Art. 63 de la Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional.

"(Cumplimiento). Las autoridades que resuelvan las acciones de Libertad, Amparo Constitucional, Protección de Privacidad, Cumplimiento y Popular, dispondrán el cumplimiento de la resolución por parte de los servidores públicos o de la persona individual o colectiva. En caso de resistencia ordenarán que éstos sean sometidos a proceso penal, para cuyo efecto remitirán los antecedentes al Ministerio Público".

Art. 179 bis del Código Penal

"(DESOBEDIENCIA A RESOLUCIONES EN PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS Y AMPARO CONSTITUCIONAL) El funcionario o particular que no diere exacto cumplimiento a las resoluciones judiciales, emitidas en procesos de hábeas corpus o amparo constitucional, será sancionado con reclusión de dos (2) a seis (6) años y con multa de cien (100) a trescientos (300) días".

En conclusión a lo antes alegado, vale la pena para concluir, citar el criterio del Dr. Carlos Alarcón, Ex Viceministro de Justicia; quien, de la revisión de los precedentes jurisprudenciales, apunta la línea jurisprudencial generada hasta la fecha, para respaldar la actuación correcta, legal y constitucional de BBVA PREVISIÓN AFP. SA.; quien anota:

“(sic) Las Administradoras de fondo de pensiones están obligadas al pago inmediato e incondicional a favor de los trabajadores o de sus derechohabientes de las pensiones por muerte, invalidez u otro beneficios a largo plazo, cuando el trabajador hubiera realizado los aportes o cotizaciones correspondientes, cuyos montos no fueron pagados o depositados por el empleador, actuando como agente de retención. El incumplimiento de esta obligación por parte del empleador, y el juicio pendiente de decisión definitiva iniciado por la Administradora de los fondos de Pensiones para recuperar estos montos no pagados o no depositados, no constituyen justificativo válido para negar el pago de estas pensiones al trabajador o sus derechohabientes a cargo de la Administradora. Para hacer efectivos estos pagos, las Administradoras de fondo de pensiones pueden utilizar una cuenta establecida en el respectivo contrato de servicios o, específicamente, el Fondo de Siniestralidad en la subcuenta correspondiente a riesgo común”.

PETITORIO.- Por lo expuesto, a V.A., solicito:

1. Se tenga por Bien Probado que BBVA PREVISIÓN AFP. SA., no ha transgredido ninguna norma administrativa, legal o constitucional.
2. Que, previa valoración de los antecedentes, prueba de descargo y alegatos formulados, se declare el SOBRESEIMIENTO de las supuestas transgresiones acusadas.
3. Asimismo, se tenga presente que la decisión asumida en el caso de autos por la APS tendrá efecto directo en el funcionamiento de la gestora pública en aplicación de la Nueva Ley de Pensiones...”

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 258-2012 DE 27 DE ABRIL DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 258-2012 de fecha 27 de abril

de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió:

“...PRIMERO.- I. Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. por el cargo imputado con una multa en Bolivianos equivalente a \$us10.000,00 (DIEZ MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES), por infracción a lo establecido en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y la AFP, el artículo 22 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y la parte de Débitos, punto 1, primero de la Cuenta 3.5.1.01 del Manual y Plan de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 07 de marzo de 2001.

II.- Se dispone que BBVA Previsión AFP S.A. en sujeción al artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución, reponga con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), los recursos utilizados para el pago a los Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero, más su rentabilidad correspondiente.

III. Copia original del comprobante de la operación de reposición deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuada la reposición.

IV.- Sin perjuicio de la reposición a realizar, la AFP deberá continuar pagando la prestación otorgada a los Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero, conforme a las órdenes judiciales, con recursos propios.

SEGUNDO.- I. La multa señalada, deberá ser depositada por la AFP en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

II. Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitido a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito...”

Los argumentos presentados a tales decisiones, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO: (...)

Que del análisis de los elementos de descargo presentados por BBVA Previsión AFP S.A. en el presente proceso administrativo, se tiene lo siguiente:

A. SITUACIÓN DE LOS CASOS IMPUTADOS.

De los antecedentes se tiene que, mediante nota AP/DPC/504/2011 de 16 de febrero de 2011 la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, solicitó a

BBVA Previsión AFP S.A. la remisión de casos que se encontraban con Recargo impago y con pensión en curso de pago con recursos no provenientes del Recargo.

En fecha 25 de abril de 2011, esta Autoridad recepciona la nota PREV PR RIE 1420/2011 que adjunta información sobre los casos de Recargo y el detalle de los pagos realizados por BBVA Previsión AFP S.A.

La Administradora en esa oportunidad reportó ocho (8) casos que derivaron en Recargo sin cobertura por mora del Empleador, conforme al inciso b) del artículo 33 de la Ley de Pensiones N° 1732, y que a la fecha se encuentran con Recargo no pagado y con pensión de invalidez en curso de pago. De los ocho (8) casos, dos (2) se vienen pagando con recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, correspondiente a los Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero.

Es importante referir que, los dos (2) casos citados están recibiendo Pensión de Invalidez en función a determinación de los Tribunales de Amparo de las Cortes Superiores de Justicia de Cochabamba.

De lo anterior resulta que, de los dos (2) casos con Recargo no pagado y con pensión en curso de pago, según datos de la AFP, ésta dispuso Bs519.231,11 (QUINIENTOS DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UN 11/100 BOLIVIANOS) correspondiente a recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, como se expresa en el siguiente cuadro:

CUA	NOMBRE Y APELLIDO	TIPO SINIESTRO	FECHA 1° PAGO	MONTO PAGADO HASTA MAR/11 (Bs)
12308912	José Orlando Martínez Amador	Invalidez	22/9/2009	100.316,63
21706581	Freddy Erick Yañez Rivero	Invalidez	7/9/2009	261.822,85
TOTAL RECURSOS CTA. COLECTIVA SINIESTRALIDAD				519.231,11

B. NORMATIVA RELATIVA AL CARÁCTER DE LAS CUENTAS DEL SSO.

El artículo 22 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, dice:

“ARTÍCULO 22º FONDOS DE PENSIONES. Los fondos de pensiones son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Cada uno de dichos fondos es indiviso, imprescriptible e inafectable por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie. Los bienes que componen los fondos sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley.”

El Decreto Supremo N° 24469 de 17 DE ENERO DE 1997.

“ARTÍCULO 2. (DEFINICIONES). Las definiciones establecidas en el artículo 5 de la Ley de Pensiones forman también parte del presente reglamento.

Para los efectos del presente reglamento, se establece las siguientes

definiciones:...

Cuenta Colectiva de Siniestralidad: Son los recursos provenientes de las Primas para la cobertura de Riesgo Común que conforman una cuenta en el FCI, durante el período en que las AFP no contraten una Entidad Aseguradora para la cobertura de estos riesgos. ...

ARTÍCULO 21. (FINANCIAMIENTO DEL SEGURO DE RIESGO COMUN). El Seguro de Riesgo Común se financiará con la Prima mensual deducida del Total Ganado o Ingreso Cotizable de todos (sic) Afiliados que tengan una Cuenta Individual en el SSO.

El monto de la Prima será determinado mediante licitación pública por las AFP para la selección de las Entidades Aseguradoras que garanticen las prestaciones establecidas por la Ley de Pensiones.

La prima que se determine será igual y única para todos los Afiliados registrados en una misma AFP. ...

ARTÍCULO 92. (RESPONSABILIDADES DE LA AFP). Las AFP son las responsables de la recaudación y de la recepción de la declaración formal de las Contribuciones al SSO, de los intereses y recargos que correspondan a sus Registrados y a la AFP.

La AFP podrá efectuar la recaudación a través de sus propias agencias o sucursales o a través del sistema financiero bancario, celebrando los contratos respectivos. El costo que represente dicha recaudación será asumido íntegramente por la AFP.

La Superintendencia podrá autorizar a las AFP, mediante norma expresa, contratar entidades financieras no bancarias para realizar la recaudación. Estas entidades deberán cumplir con requisitos mínimos de servicios que la Superintendencia de Pensiones establecerán conjuntamente con la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

Las Contribuciones al SSO, los recargos, intereses recaudados por las AFP o las entidades financieras bancarias o no bancarias deberán ser depositadas en su totalidad a nombre de los Fondos de Pensiones especificando el nombre de la AFP que los administra, en cuentas corrientes bancarias en los plazos establecidos por la Superintendencia fijados de acuerdo a la cercanía de agencias bancarias respecto al lugar en el que se realizó la recaudación.

Las AFP deberán sujetarse a la normativa que establecerá la Superintendencia para la acreditación de la recaudación a las Cuentas Individuales, Cuenta de Siniestralidad, Cuenta de Riesgos Profesionales, Cuenta de Mensualidades Vitalicias Variables, y AFP según corresponda. Asimismo en la acreditación de la recaudación en las cuentas bancarias en el FCI que administra cada AFP.

Los costos de administración de las cuentas corrientes, para captar los depósitos iniciales y transitorios de la totalidad de las cotizaciones de los Afiliados, el producto de las sanciones pecuniarias y otros costos no incluidos en los Gastos de Transacción serán pagados por la AFP correspondiente. ...

ARTÍCULO 100. (FONDOS DE PENSIONES). Los Fondos que administran las AFP son los siguientes:

a) El FCI: compuesto por las Cuentas Individuales, la Cuenta de Mensualidades Vitalicias Variables y la cuenta del FCC. El FCI está compuesto por cuotas de iguales características. Transitoriamente, estará compuesto además por la Cuenta Colectiva de Siniestralidad y la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales. ..."

Al respecto, en el presente caso BBVA Previsión AFP S.A. olvida en principio que el artículo 22 de la Ley de Pensiones y la norma que la reglamenta, señalan que los recursos que componen los fondos sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley. En ese entendido, si bien la AFP en atención a las determinaciones constitucionales estaba compelida al cumplimiento de la obligación de pagar las dos (2) pensiones de invalidez; sin embargo debió efectuarlas sin vulnerar la normativa de pensiones, las cuales no establecen otro tipo de pagos sino aquellos establecidos en norma.

En ese entendido, de los hechos se tiene que la AFP no tomó en cuenta que en ninguno de los dos (2) casos imputados, debía proceder a pagar una prestación de Riesgo Común a un Asegurado que no cumple los requisitos del artículo 8 de la Ley de Pensiones por mora del empleador, con los recursos de la Cuenta de Siniestralidad. Por lo anterior se ha generado responsabilidad del regulado por el hecho antijurídico incurrido y que, según la línea establecida por el ex SIREFI para este tipo de casos, se pronuncia refiriendo que en caso de que la AFP incurra en culpa queda obligada de manera transitoria, a reparar el daño con sus propios recursos, en tanto y en cuanto el Empleador pague los montos adeudados.

Finalmente, se deja en claro que la utilización de la Cuenta de Siniestralidad no tenía el carácter de ser solidario y de disposición discrecional por parte de la AFP, como erróneamente lo entiende el regulado, sino que su uso se supedita al cumplimiento de previsiones determinadas por Ley. Además la AFP debe tener presente que conforme al artículo 48 de la Carta Magna, las disposiciones sociales son de cumplimiento obligatorio.

C. PRONUNCIAMIENTOS EN MATERIA CONSTITUCIONAL.

En lo que respecta al carácter legal de las determinaciones del Tribunal de Amparo Constitucional, es importante remitirnos con carácter previo a ciertas precisiones de orden jurídico de la Ley N° 027 de 06 de julio de 2010 (líneas contenidas también en la abrogada Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional), para una mejor comprensión de los efectos y alcances de estas determinaciones, las cuales siguen a continuación:

“Artículo 2. (EJERCICIO Y FINALIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL).

I. La justicia constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional y tiene la finalidad de velar por la supremacía de la Constitución Política del Estado, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

Artículo 5. (PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD). *Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad. ...*

Artículo 8. (OBLIGATORIEDAD Y VINCULATORIEDAD). *Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno. ...*

Artículo (sic) 73. (OBJETO). *La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidas de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado y la ley.”.*

En virtud a lo anterior, corresponde señalar que las determinaciones asumidas por el Órgano Judicial, en el ámbito de su jurisdicción, establecen el alcance y efecto de las mismas, teniendo estas decisiones el carácter de ser obligatorias. Lo anterior se halla refrendado con lo previsto por el artículo 179 de la Constitución Política del Estado, cuando se establece que: “I. La función judicial es única. ... III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional...”. A su vez el artículo 203, señala expresamente que: “Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario alguno.”

Es evidente la obligatoriedad del cumplimiento del fallo de las Sentencias Constitucionales por el regulado y atención por parte de esta Autoridad, siendo que en el presente proceso administrativo, en ninguno de los dos (2) casos en cuestión, el Tribunal de Amparo ha establecido categórica y expresamente que se pague la prestación con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, ahora utilizada indebidamente por la AFP, más aun considerando que dicha Cuenta sólo puede ser utilizada conforme a norma, para aquellos casos en los que los beneficiarios cumplan requisitos legales únicamente.

Lo anterior es sin duda de conocimiento del regulado, como administrador de las prestaciones y representante de los intereses de los Asegurados, por cuanto el desconocimiento, impericia o ignorancia de lo determinado por norma y la aplicación de ésta incorrectamente, deriva en que la responsabilidad le sea atribuible.

Por otro lado, se hace conocer al regulado que, esta Autoridad no interpreta lo determinado por el Tribunal de Amparo, pues sencillamente el mismo no expresó categóricamente en los dos (2) casos imputados que se pague con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad; por tanto el pago de la prestación correspondía efectuarse con los recargos recuperados por la AFP en su calidad de representante de los Asegurados.

Para una mayor ilustración de los pronunciamientos constitucionales en firme, se realiza la siguiente evaluación, que es como sigue:

- En el trámite del Asegurado José Orlando Martínez Amador, la Sala Penal Segunda de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba mediante Sentencia 15/09 de 30 de julio de 2009, dispone "...BBVA Previsión AFP S.A. proceda al pago de la pensión de invalidez, con responsabilidad civil...", y en lo que respecta a la fuente no se indica. Posteriormente en alzada el Tribunal Constitucional con Sentencia Constitucional 1256/2011-R de 16 de septiembre de 2011, concede la tutela solicitada por el Asegurado y aprueba la Sentencia de primera instancia.
- Para el caso del Asegurado Freddy Erick Yañez Rivero, la Corte Superior de Justicia de Cochabamba con Sentencia de 19 de agosto de 2009, declara procedente el Amparo Constitucional interpuesto y dispone que "...la AFP Previsión S.A. cancele la pensión de invalidez a favor del accionante..."... (sic), y en lo que respecta a la fuente no se indica taxativamente cual; disposición que en revisión por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia Constitucional 1278/2011-R de 26 de septiembre de 2011, concede la tutela solicitada y aprueba la Sentencia de primera instancia.

De lo visto anteriormente se establece que, ambos casos tienen un pronunciamiento en firme por lo que no cabe recurso ordinario ulterior alguno, siendo los mismos que conceden la tutela constitucional a favor de los Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero, instruyendo en lo principal a BBVA Previsión AFP S.A. el pago de la prestación de invalidez.

Por otro lado es importante dejar en claro que, esta Autoridad por determinación expresa de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, como Organismo de Fiscalización en materia de pensiones, tiene como atribuciones fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, en apego a la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y de acuerdo a la Ley de Pensiones y los reglamentos correspondientes.

Que por lo antes expuesto, la APS en su función de control y supervisión ha advertido que el regulado en los dos (2) casos imputados, para dar cumplimiento a los pronunciamientos constitucionales señalados precedentemente, ha utilizado los recursos de la Cuenta de Siniestralidad, los cuales sólo pueden ser dispuestos cuando el Asegurado haya tenido un incidente por Riesgo Común y cumpla requisitos

establecidos en el artículo 8 de la Ley N° 1732 de Pensiones, únicamente; por tanto, esta Autoridad como guardián del cumplimiento de la norma de pensiones, al constatar menoscabo a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, ha resuelto dentro del marco legal iniciar el presente proceso administrativo sancionatorio.

En ese sentido, la AFP no puede desentenderse sobre los requerimientos legales y requisitos que se establecen para utilizar las Cuentas con las cuales paga las prestaciones de la seguridad social de largo plazo, siendo que cada una de ellas expresa que su disposición sea conforme a norma, tal cual lo determina el artículo 22 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones.

“ARTÍCULO 22º FONDOS DE PENSIONES. Los fondos de pensiones son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Cada uno de dichos fondos es indiviso, imprescriptible e inafectable por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie. Los bienes que componen los fondos **sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley.**” (Las negrillas son nuestras)

Por lo que se concluye que, BBVA Previsión AFP S.A. al utilizar recursos de la Cuenta de Siniestralidad para realizar el pago de pensiones de invalidez para los casos ahora imputados (cuando la fuente legal de recursos es aquella a recuperarse en el proceso ejecutivo social), ha infringido la norma afectando patrimonialmente al Fondo de Capitalización Individual (FCI).

Dejando en claro que, la AFP como buen padre de familia y administrador del FCI, muy bien pudo hacer saber al Tribunal de Amparo en audiencia que ninguna de las Cuentas establecidas por Ley aplicaba al caso (ordenada ahora por la justicia constitucional), pero dicha actuación diligente no fue realizada, manteniendo el regulado silencio en cuanto a esta necesaria aclaración, la cual es de real importancia para la misma AFP.

Al presente y como consecuencia de lo anterior, BBVA Previsión AFP S.A. tiene establecida una **obligación** impuesta por el Tribunal de Amparo, a la que por Ley atinge su estricto cumplimiento, y no así por esta Autoridad como equívocamente lo entiende el regulado, lo que lleva a concluir que de ninguna manera hubo inducción alguna por esta parte de ésta para que la AFP ahora pague las dos (2) pensiones de invalidez.

Por otro lado, siendo que la naturaleza de la obligación fue generada en el ámbito de la justicia constitucional, este Ente Regulador mal podría regular las decisiones y efectos que pudieran entrever estos pronunciamientos, en pleno respeto a la independencia de las atribuciones de cada Órgano del Estado Plurinacional de Bolivia.

Con respecto a los lineamientos establecidos en otras Sentencias Constitucionales relativos a la materia, evidentemente expresan el carácter social y principista de la seguridad social, no teniendo discusión aquello y menos en lo que vaya a favor de los

Asegurados, siendo constitucionalmente irrenunciables sus derechos, como se dio en el presente caso y lo reconoció el Tribunal de Amparo. Pues el carácter social en materia de pensiones, como bien lo dijo el señalado Tribunal, busca la subsistencia y sobrevivencia del beneficiario a través de la otorgación inmediata de la prestación a corto y largo plazo.

Cuando la AFP refiere que, debe ser el Estado quien pague las pensiones para este tipo de casos; dicho razonamiento es equivocado y contrario a la norma, considerando que tanto el SSO como el SIP tienen como una fuente básica para las futuras prestaciones, las Contribuciones realizadas por el mismo Asegurado y su Empleador, de donde una vez establecidos los aportes y la cobertura necesaria se procede al pago de la pensión.

Finalmente, con relación a la Sentencia Constitucional 1649/2011 – R cabe dejar en claro que, este pronunciamiento es posterior a los emitidos para aquellos casos imputados en el presente proceso administrativo, por lo que no merece mayor consideración en virtud al principio constitucional de irretroactividad y vigencia y temporalidad en el cual fue emitido.

D. SOBRE EL CARÁCTER Y EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES JERÁRQUICAS.

En cuanto a los alcances de las resoluciones emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas o aquellas de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI, el artículo 60 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina lo siguiente:

I. Las resoluciones que sean dictadas en recurso jerárquico son definitivas y agotan la vía administrativa.

II. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las resoluciones jerárquicas inmediatamente, adoptando las medidas necesarias y dictando las Resoluciones Administrativas pertinentes para su ejecución....”

Bajo los lineamientos legales señalados anteriormente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS no podría dejar en soslayo las determinaciones y fallos administrativos jerárquicos, cuando éstos deben ser cumplidos tanto por el regulador como el regulado.

En ese comprendido, los criterios asumidos por esta Autoridad en cuanto al pago incorrecto por el regulado de las pensiones para los dos (2) casos imputados y fundamento para fijar la infracción, deviene también del lineamiento establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008 de 27 de agosto de 2008, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI y la Resolución Ministerial Jerárquica **MEFP/VPSF/URJ/-SIREFI 006/2009 de 19 de octubre de 2009**, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, los cuales se tiene presente en atención al artículo 69 del Decreto

Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, para resolver el presente caso y también a los efectos de la consideración de la **reincidencia** por parte del regulado en cuanto a la recurrencia en la infracción cometida.

Que la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008 de 27 de agosto de 2008, emitida por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI, determina lo siguiente:

“...8. Mediando culpa de la AFP, como lo expresa Carlos Morales Guillen (Código Civil, Tomo II, pág. 894) “compromete la responsabilidad civil de su autor por el acto u omisión que constituye una falta intencional o no a la obligación contractual, a una disposición de la Ley o al deber que incumbe a la persona de comportarse con diligencia y lealtad en sus relaciones. Supone el discernimiento, o sea, la aptitud del individuo para comprender el alcance de sus acciones, de lo cual deriva la obligación de reparar el daño que con la culpa se causa a otro”.

9. De la simple lectura del concepto anterior se infiere que al haber incurrido la AFP en culpa por negligencia queda obligada, de manera transitoria, a reparar el daño con sus propios recursos, en tanto y en cuanto el empleador pague los montos adeudados por recargo.

10. Esta última decisión se adopta teniendo presente que debe determinarse la fuente de los recursos para proceder al pago de la pensión de invalidez..., y que la autorización del pago mediante el Fondo de Capitalización Individual correspondiente a la cuenta de Siniestralidad solo procede en condiciones normales, cuando un afiliado solicite la prestación de invalidez por riesgo común y cumpla con todos los requisitos determinados por la Ley de Pensiones...”.

De lo anterior y en estrecha relación con el artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, se determina que las sanciones administrativas impuestas por el Ente Regulador, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos o a los Asegurados. Bajo esa línea de comprensión, se ha constatado que BBVA Previsión AFP S.A. al utilizar los recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, sin el respaldo legal correspondiente, ha ocasionando menoscabo y daño patrimonial al saldo y la rentabilidad de la Cuenta de Siniestralidad del FCI, razón por la cual corresponde la reposición con sus propios recursos.

Que es evidente la obligatoriedad del cumplimiento de los fallos establecidos en las Sentencias Constitucionales, como la imposibilidad del uso de recursos del FCI para el pago de pensiones que no cumplen los requisitos establecidos en norma. Por tanto, debe cumplirse con lo dispuesto en los mencionados fallos pagando la entidad responsable con sus propios recursos a los Asegurados el monto que les hubiera correspondido recibir como Pensión de Invalidez si hubieran tenido cobertura en el Seguro de Riesgo Común.

Lo anterior también halla respaldo en el párrafo I del artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 el cual señala que, la sanción administrativa precisará además de la sanción que se aplica, las medidas o acciones a ser cumplidas para corregir o prevenir los efectos de la infracción y restaurar el derecho.

Finalmente, con relación al argumento de que las AFP se encuentran facultadas implícitamente a pagar con los recursos de la Cuenta de Siniestralidad, se concluye que este extremo es una mera y particular interpretación de la AFP, que busca evadir sus responsabilidades y que no se encuentra explícitamente establecido en las Resoluciones Jerárquicas que se señalan ni en la norma aplicable. Por tanto, la afirmación del regulado no tiene asidero jurídico alguno.

E. EL CONTRATO DE SERVICIOS SUSCRITO ENTRE LA EX SPVS Y LA AFP.

Al respecto, el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios señala:

“8.6 Pago de Prestaciones y Beneficios

La AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, únicamente con los recursos del FCC, del fondo de capitalización individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de la cuenta de mensualidades vitalicias variables según corresponde **de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias.**” (Las negrillas son nuestras)

De lo anterior se tiene que, el Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre las AFP y el Estado, dispone que el regulado se halla facultado a pagar una prestación a un Asegurado con los recursos de una de las Cuentas descritas, siempre que cumpla con los requisitos previstos en la Ley de Pensiones y reglamentos; sin embargo, en los casos objeto del presente caso se advierte que la AFP aun conociendo que los Asegurados no cumplían con los requisitos establecidos en norma, pagó de forma discrecional la prestación de invalidez con recursos de la Cuenta de Siniestralidad.

Finalmente, se debe recordar a la AFP que el contrato suscrito entre la ex SPVS y la AFP, es un Contrato de naturaleza administrativa con todas sus características, donde en la Cláusula Octava, punto 8.3 (Inicio de la prestación de los Servicios) establece que una vez recibida la Licencia, la AFP deberá prestar todos los Servicios de conformidad a las disposiciones de la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato, **sin excepción alguna**. Asimismo, el Contrato aludido por la AFP en su Cláusula 8.6 establece que la AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, únicamente con los recursos del FCC, del Fondo de Capitalización Individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de la cuenta de mensualidades vitalicias variables, **de acuerdo a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias**. Por lo que se concluye que la AFP olvida que esta determinación se halla subordinada como la misma cláusula lo indica “a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias”; razón por la cual no se prevé actividades sujetas a la discrecionalidad.

F. CON RELACIÓN A LOS INFORMES PERICIALES Y LA SOLICITADA REGULACIÓN.

Evaluado (sic) los informes periciales se tiene que, los mismos no establecen con

precisión un entendimiento concreto y preciso respecto a los criterios que establece la norma en lo relativo al uso legal de las cuentas del FCI, hecho por el que ahora se procesa al regulado; lo que ha dado lugar a que los dos informes periciales presentados apunten en conclusión a que la AFP estaría facultada a poder utilizar la Cuenta de Siniestralidad para aquellos con casos con pronunciamiento constitucional que no exprese necesariamente el fondo para pagar la pensión, cuando por norma ésta sólo puede disponerse conforme a Ley.

En ese comprendido, es necesario expresar que conforme a norma, para aquellos casos en que el Empleador se halle en mora, es obligación de la AFP recuperar oportuna y diligentemente la misma a través del inicio y prosecución del PES, para que una vez concluido, se pague la prestación con estos recursos.

Por otro lado, el regulado debía tener presente que los fondos de pensiones, son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las AFP, por lo que éstos sólo pueden disponerse conforme a norma.

En lo que hace a aquellos aspectos relativos a determinaciones emanadas por el Órgano Judicial (Tribunal de Amparo), se concluye que los mismos corresponden a otra jurisdicción con todas las connotaciones y efectos que de ella emanan, siendo el ámbito de competencia de esta Autoridad únicamente el administrativo.

Con respecto a los tres (3) casos que fueron objeto de análisis por el perito de parte, se tiene que a excepción del Asegurado Erick José Buchón Conzelman, en el que el Tribunal de Amparo estableció expresamente el pago con la **Cuenta de Siniestralidad** pero no así para los otros dos (2) casos, que son ahora objeto del presente proceso administrativo sancionatorio. Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención que BBVA Previsión AFP S.A. haya en audiencia de amparo sugerido la complementación a lo resuelto por la Autoridad Constitucional, para el caso del señor Buchón, refiriendo que la cuenta con la que se pague sea la señalada precedentemente, considerando que tal opción no está prevista o autorizada por Ley.

Por otro lado y en lo que corresponda, nos sobrecartamos a los fundamentos expresados en el punto C. del presente acto administrativo, resaltando además que la Sentencia Constitucional 1649/2011-R que corresponde al caso del Asegurado Buchón, es posterior a los emitidos para aquellos casos correspondientes a los Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero, por lo que la tutela constitucional para estos dos casos ya habría sido resuelta de forma anterior al señalado inicialmente, en ese entendido no es vinculante ni retroactiva su aplicación.

En lo que atañe al argumento de la falta de regulación, se dio respuesta a este punto a lo largo de la presente Resolución Administrativa, sin perjuicio de ello corresponderá al Órgano Ejecutivo o Legislativo a través de normativa específica, el tratamiento en lo futuro de lo señalado en la consulta, considerando que esta Autoridad sólo tiene por atribución cumplir y hacer cumplir las Leyes. No obstante, dentro del marco administrativo en el cual se desenvuelve esta Autoridad se ha emitido regulación referente a Recaudación, Cobro Administrativo y Judicial y Cobro de Recargos, entre

otros; enmarcado en la Ley de Pensiones y demás normas reglamentarias; es decir dentro del ámbito de su competencia; por lo que no podría emitir regulación al margen de la mencionada Ley.

Que la imputación de cargos por la realización de débitos no autorizados de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad no fue objeto de observación alguna por la AFP, razón por la cual se ratifica el incumplimiento previsto a la parte de Débitos, punto 1, primero de la Cuenta 3.5.1.01 del Manual de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 7 de marzo de 2001.

En virtud a lo expuesto anteriormente, se establece que BBVA Previsión AFP S.A. no ha presentado fundamentos ni respaldo suficiente que permita levantar el cargo imputado, razón por la cual corresponde su sanción.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones establece que:

“Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición, ...”.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al párrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana crítica y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

“b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.”.

Que el artículo 287 de la misma norma determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, donde el inciso b) señala:

“b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media.”.

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

“b) Infracción calificada como gravedad media: De Cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses.”.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997...”

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

4.1. Memorial de 15 de junio de 2012.-

Por memorial presentado en fecha 15 de junio de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 258-2012 de fecha 27 de abril de 2012, con los mismos fundamentos que después hará valer -ampliados- a tiempo de su Recurso Jerárquico de 16 de mayo de 2013.

4.2. Término de prueba.-

Mediante auto de 14 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dispuso la apertura de término de prueba de diez días hábiles administrativos, los que fueron sucesivamente ampliados “por cinco (5) días hábiles administrativos” (auto de 21 de septiembre de 2012), otros “cinco (5) días hábiles administrativos” (auto de 12 de octubre de 2012), otros “cinco (5) días hábiles administrativos” (auto de 9 de noviembre de 2012), otros “cinco (5) días hábiles administrativos” (auto de 17 de diciembre de 2012) y “hasta el día viernes 18 de enero de 2013” (auto de 2 de enero de 2013).

En el transcurso del mismo, la Entidad ahora recurrida, solicitó:

16) Auto de 21 de septiembre de 2012:

“...conforme lo instruye (sic) los parágrafos II. y IV. del punto PRIMERO de la R.A.258-

2012, remitir detalle desglosado de las fechas y montos pagados, por Asegurado, también las fechas y montos devueltos a la Cuenta de Siniestralidad, así como copia de todos las (sic) Comprobantes y Boletas de pago desde el primero hasta el correspondiente al mes de agosto/2012, y la documentación que identifique la fuente de financiamiento de las mismas...”

- 17) Auto de 12 de octubre de 2012, a las notas PREV-CG-0712/2012 de 1° de octubre de 2012 y PREV-CG-0713/2012 de 3 de octubre de 2012 (disposición reiterada en el auto de 9 de noviembre de 2012 a la nota PREV.CONT FDS. 04852/10/2012 de 26 de octubre de 2012):

“...1. Realizar nuevamente el cálculo del detalle del monto a transferir tomando en cuenta lo expresado en al parte Considerativa y realizar las transferencias finales según lo determinado en el nuevo cálculo.

2. Remitir detalle del monto a devolver, en el que se muestre el Valor Cuota utilizado en cada uno de los movimientos, así como el utilizado para determinar la rentabilidad generada, adjuntando copia del o los (sic) documentos que permitan evidenciar la fecha en la que el monto trasferido ingresó a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual...”

- 18) Auto de 17 de diciembre de 2012, a la nota PREV.CONT FDS. 05276/2012 de 20 de noviembre de 2012:

“...remitir un cuadro resumen con el detalle (de los conceptos que allí se detallan) (...) ...aclarar las razones pro las cuales las fechas de registro reportadas (...) corresponden a fechas posteriores a la fecha de emisión de los cheques.

...informar a esta Autoridad los motivos por los cuales el periodo de febrero de 2012, tiene como fecha de registro el 15 de mayo de 2012 y no presenta registro de comprobante de ingreso (CI) (...)

...aclaración respecto al periodo marzo de 2010, que registra como comprobante de ingreso (CI) un dato que no guarda relación con los demás documentos...”

En definitiva, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** atiende tales disposiciones, mediante nota PREV-CONT FDS. 0170/01/2013 de 8 de enero de 2013, daño lugar a que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante auto de 8 de febrero de 2013, resuelva poner a la vista el expediente a efectos de que la recurrente “revise el mismo y formule sus alegatos”.

4.3. Audiencia de fundamentación del Recurso de Revocatoria.-

Por auto de fecha 12 de marzo de 2013, se señala audiencia para la fundamentación del Recurso de Revocatoria, la que habiéndose desarrollado en fecha 26 de marzo de 2013, sirvió para que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** señale los extremos siguientes:

“...El primer fundamento del Recurso de Revocatoria es que la APS persiste hasta la fecha en un criterio equivocado sobre la no correspondencia de pagos asegurados sin cobertura con recursos de la cuenta de Siniestralidad a la denominada Cuenta

Común de Fondos, a pesar de que de (sic) la Ley le obliga a que asuma el criterio de que si corresponde, esto en función a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que tiene efectivamente una fuerza vinculante, no solamente para autoridades del Estado sino también para privadas, esta fuerza vinculante emanada a partir del artículo 44 de la Ley 1832 abrogada a la fecha, actualmente artículo 8 de la Ley 027, que obliga a todas las instituciones como en este caso a la APS ha aplicado a casos análogos entendimientos generados por el Tribunal Constitucional de la aplicación de la Ley y la Constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional ya ha dejado establecido hace mucho tiempo que aun así no se ha hecho la recuperación efectiva de las aportes, el Asegurado tiene el derecho a la cobertura correspondiente, de acuerdo a la anterior Ley de Pensiones y a la actual Ley de Pensiones.

Sin embargo de ello, la APS habiéndose liberado de responsabilidades simple y llanamente por el hecho de que estas reclamaciones tienen un carácter inmediato el trabajador no tiene la obligación de acudir después de la AFP a la APS, si fuera así tendría que carácter inmediato el trabajador acudiría a la AFP solicitando este pago y con la negativa que tiene la AFP, por la errada instrucción que ha recibido de la Autoridad de Fiscalización de no dar cobertura hasta que se recupere; esa persona tendría que recurrir a la APS y tendría que pronunciarse con la correspondencia o no de ese pago, en cuyo caso en un Amparo Constitucional tendrían que ser parte recurrida no solamente la AFP, sino también la APS, pero no lo es simple y llanamente porque la jurisprudencia ha mencionado que como tiene un carácter inmediato, la persona interesada no tiene que agotar las instancias administrativas, situación por la que la APS ha sido tácitamente liberada de esa responsabilidad y además en un criterio equivocado contrario a lo que dice la jurisprudencia ha certificado inclusive de manera expresa que, las AFPs no paguen las coberturas a pesar que se tiene instruido por Tribunales de Amparo y el Tribunal Constitucional de inducir a la AFP contrariamente a que incumpla las órdenes judiciales, a que incumpla la vinculatoriedad de estas resolución es y a que incumpla los mandatos constitucionales, entonces eso desde todo punto de vista no es ni coherente, ni razonable. El actuar de la APS que simple y llanamente se respalda en criterios de la ex SPVS Superintendencia, que de manera equivocada lo considera como jurisprudencia vinculante cuando dicho status en ninguna norma jurídica y a pesar de que se ha solicitado complementaciones y estatus de jurisprudencia y además vinculante la APS no ha fundamentado de porque considera a ese tipo de criterios equivocados como vinculante, cuando ni siquiera las resoluciones y sentencias actual Tribunal Supremo de Justicia tienen carácter vinculante.

De todas maneras a pesar de toda la fundamentación que se ha hecho de todo el respaldo legal, todos los criterios de razonabilidad y coherencia que se han vertido ha sido bastante imposible que la APS cambie de criterio, simplemente por la aplicación "vinculante de las Resoluciones de la anterior Autoridad", por lo que habiendo la AFP demostrado legalmente, constitucionalmente, que tiene la obligación de pagar estas prestaciones inclusive sin necesidad de esperar acciones de amparo justamente por la inmediatez, la APS debería de instruir textualmente que las AFPs paguen estas prestaciones a simple solicitud del trabajador.

El segundo criterio sobre el Recurso de Revocatoria es sobre que la APS afirma erradamente que la jurisprudencia constitucional no es la aplicación retroactividad y por ende no ha aplicado sentencias constitucionales después del inicio de este proceso; cabe recordar que esto es básicamente el entendimiento es sencillo, la Constitución de manera clara, la anterior y la actual hacen mención a que la ley solamente es retroactiva en materia penal cuando beneficia al supuesto delincuente y en materia laboral cuando expresamente la Ley así lo dispone, sin embargo la jurisprudencia no tiene rango de norma jurídica, no tiene rango de ley, la jurisprudencia es doctrina es una simple interpretación de la Ley o de la Constitución, por lo tanto ese precepto constitucional de la retroactividad de la Ley no se aplica a la jurisprudencia, todo lo contrario la interpretación de la Ley es como si al momento de la emisión de la Ley, se hubiera emitido una reglamentación de como se debe aplicar, es como si la misma fecha, el mismo instante se produjera esa interpretación, por eso es que se considera jurisprudencialmente a la jurisprudencia nada la reiteración como retroactiva porque es la simple y llana interpretación de la ley, ósea como se debería de haber aplicado desde el momento de su vigencia y pese a que la jurisprudencia de manera clara, aclara que ese lineamiento jurisprudencial se aplica a todos los casos en curso, ósea no se aplica desde el punto de vista contrario a todos los procesos que hayan sido debidamente ejecutoriados, de tal manera de que como este proceso está en curso, la retroactividad de la jurisprudencia se tendría que aplicar y no solamente por un criterio nuestro o un criterio de la APS sino de manera obligatoria en función a la vinculatoriedad de la jurisprudencia que la ley así lo dispone, por ende la APS como Ente Regulador, como ente de fiscalización debería de ser el primero en cumplir la ley, la vinculatoriedad de la ley, la jurisprudencia y la Constitución, en cuyo caso no tendría ningún respaldo, ni jurídico ni doctrinal para rebatir el hecho de que la jurisprudencia constitucional no es de aplicación retroactiva, todo lo contrario. Y pese a que la AFP ha insertado como prueba jurisprudencia por la que se "regula de manera clara la aplicación retroactiva" no lo ha hecho, no quiere aceptar, se desconocen los motivos, el criterio asumido está muy alejado de la ley y de la Constitución ya que situación de razonabilidad básicamente así también hasta la fecha también se lo ha expuesto, es sabido que la APS ha solicitado al Tribunal Constitucional una aclaración sobre la forma de aplicación sobre la jurisprudencia lo que se puede advertir en la página web del Tribunal Constitucional que hasta la fecha no ha merecido respuesta. Sin embargo no tendría razón de ser si es que de manera pública el Tribunal Constitucional ya ha expresado sobre la aplicación retroactiva" de la jurisprudencia, habiendo hecho esa aclaración entonces se tiene que la jurisprudencia insertada como prueba por la AFP tendría que ser aplicada si caso de autos de manera retroactiva, puesto que no se tiene ninguna Resolución con carácter de cosa juzgada.

El tercer fundamento es el incumplimiento de la Constitución al no aplicarse, el entendimiento jurisprudencial generado por la Sentencia Constitucional 1649 conforme determina el artículo 8 de la Ley 027 sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional, específicamente la Sentencia 1549/011 de 21 de octubre del 2011, que anota de manera clara la legalidad en la autorización de los recursos de fondo de pensiones, declaración realizada en primera instancia por decirlo así por un Tribunal de Amparo y ratificado por el Tribunal Constitucional

mediante esta sentencia. Entonces el entendimiento de un Tribunal de Amparo que de manera cabal autoriza a la AFP a que utilice dineros del Fondo de Pensiones para el pago de esta prestación, ratificado por el Tribunal Constitucional es básicamente una base solida, legal y constitucional para que no se determine ninguna sanción en contra de la AFP y por el contrario en la aplicación de este entendimiento la APS genere una normativa de reposición de estos dineros o un procedimiento de reposición de estos dineros, pero hasta la fecha ese entendimiento no se lo ha hecho con el criterio de la APS, que la jurisprudencia constitucional no tiene carácter retroactivo, pese a que la AFP ya ha demostrado ese carácter retroactivo de la jurisprudencia y pese además a que como se sabe de la coyuntura actual la AFP en cualquier momento va a ser traspasada al Estado, al Ente Gestor, y la APS va a tener que de la misma manera hacer este tipo de regulaciones al Ente Gestor, la AFP no se imagina como va a ser el hecho de que un Director que administre el Ente Gestor cuyo salario sea inferior a 14.299 va a reponer como Administrador de su bolsillo semejante cantidad de dinero al Estado, con el mismo criterio que mantiene la APS de que estas prestaciones que son obligadas a hacerlas por órdenes judiciales, tiene que pagar el administrador de su bolsillo lo que no es coherente y en aplicación de una igualdad ante la justicia como mandato Constitucional, la APS en su momento seguramente va a tener que fallar en casos similares ordenándole al Director o al Administrador que de su sueldo reponga estas cuentas, lo que no sería ni razonable, ni coherente, ni legal, ni constitucional, cuando el Administrador simplemente tiene la función de agarrar los dineros de una cuenta y distribuir conforme la Ley y conforme ordena también las autoridades judiciales.

La APS en sus resoluciones ha mencionado de una manera muy acusatoria el hecho de que la AFP en una solicitud de enmienda y complementación haya supuestamente inducido a un Tribunal de Amparo a que diga que es legal que se utilice para este tipo de pagos dineros del Fondo de Pensiones, con esto se sabe de manera muy cabal que independientemente de lo que digan las partes dentro de un juicio o en este caso en una audiencia de amparo, los magistrados que se constituyen en Tribunal de Garantías, están en la obligación de simplemente dar lo que la Ley y la Constitución disponen, sería ridículo que la AFP le pida a los magistrados que ellos paguen de sus bolsillos y los magistrados simple y llanamente acepten tal petición, por lo que independientemente de que la AFP ha pedido que lo ha hecho en el marco de razonabilidad y coherencia ha mantenido hasta la fecha, el Tribunal de Amparo se está sometiendo a la Ley y a la Constitución bajo alternativa de ser sometidos a un proceso por prevaricato, de tal manera que si la APS ha creído que la AFP ha inducido a un Tribunal de Amparo emita, criterios o disposiciones o Resoluciones judiciales en contra de la Constituciones (sic); de tal manera que si la APS ha creído que la AFP haya inducido a que un Tribunal de Amparo emita criterios y disposiciones, simple y llanamente como autoridad de fiscalización podría haber un proceso penal por prevaricato contra estas autoridades que no lo ha hecho y simplemente se estrella con la AFP insinuando que la AFP ha precipitado o que el Tribunal de Amparo se pronuncie sobre la legalidad de la utilización de los recursos del Fondo de Pensiones para pagar en estos caso, lo que no es correcto.

El cuarto fundamento de la AFP es que la APS ha considerado a las Resoluciones de la

ex SIREFI como "jurisprudencia" y además vinculantes con el criterio garrafal equivocado, a ver en el caso de autos aplicado las susodichas líneas de interpretación del SIREFI a este tipo de casos, lo que no es correcto y además lo ha hecho sin ningún tipo de fundamento, sin ningún tipo de base legal y solo con el único criterio individual, personal, institucional de que las Resoluciones del ex SIREFI tendrían carácter vinculante, obviamente esas Resoluciones hay muchos antecedentes así se lo debe catalogar, no son jurisprudencia, son malos antecedentes en los que se han emitido criterios garrafalmente errados por los que mencionan que la AFP no debe pagar con recursos del Fondo de Pensiones que ni siquiera debe pagar por mandato de órdenes judiciales y además que debe hacerlo el administrador en este caso la AFP de su bolsillo, ósea de su patrimonio propio, lo que es errado y debería darse una responsabilidad para las personas que han emitido esos criterios. Sin embargo siendo ese criterio errado, habiéndose demostrado el error garrafal de la Constitución y jurisprudencial, que ha cometido el SIREFI mediante prueba documentada, mediante jurisprudencia, no se entiende porque la APS se sigue manteniendo en ese criterio de que debe de aplicar de manera obligatoriamente, con carácter vinculante esos criterios del SIREFI y a pesar mediante una solicitud de enmienda y complementación se ha solicitado a la APS que fundamente porque mantiene ese criterio, que fundamente haciendo cita expresa de Resoluciones o de normas legales como por ejemplo la Ley del Tribunal Constitucional que ordena que todas las Resoluciones del Tribunal Constitucional tienen carácter vinculante simple y llanamente no lo ha hecho, pero aun así mantiene su criterio errado de que esos malos antecedentes del SIREFI son jurisprudencia y además tienen carácter vinculante, cuando ni siquiera las Resoluciones del más alto Tribunal de Justicia ordinaria, que es actualmente el Tribunal Supremo de Justicia, sus autos supremos tienen el carácter de vinculatoriedad, no tienen ese carácter, pero la APS arroga a las Resoluciones de un ente anterior, quizás no se pueda afirmar a sus propias Resoluciones actuales, el carácter de jurisprudencia y vinculante cuando no es así, a pesar de ello y a pesar de que por Ley las Resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional son jurisprudencia y son vinculantes, el propio Tribunal Constitucional de manera común y ordinaria a (sic) modificado modulado o cambiando (sic) rotundamente de criterio jurisprudencial en muchísimos casos con mejor fundamento de las partes por lo que habiendo el máximo Tribunal de Justicia ordinaria a pesar que la Ley dispone la vinculatoriedad de sus sentencias modulado cambiado rotulado que la ley dispone con mejor fundamento en muchísimas ocasiones, no se ve el impedimento de que la APS varíe, module o cambie rotundamente en los criterios errados que la (sic) anterior SIREFI a (sic) sentado precedente, esto ha ocurrido con la aplicación de la Ley 1532 del Tribunal Constitucional y la actual Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional, en ese sentido inclusive el hecho de que habría alguna norma que de manera textual dispondría o elevaría el estatus de la Resolución de la ex SIREFI a un rango de jurisprudencia vinculante, por ejemplo: en un determinado momento el Tribunal Constitucional disponía que una mujer embarazada para tener el derecho de inamovilidad tenía que previamente notificar al Empleador sino notificaba al momento del despido no le daban el beneficio, posteriormente el Tribunal Constitucional cambia de lineamiento jurisprudencial con mejor fundamento y modula esa jurisprudencia en sentido que la mujer embarazada no tiene la obligación de avisar de su estado de embarazo al momento de despido sino que

basta que una vez se procese el despido, la mujer demuestre su condición de embarazada al momento del despido, entonces ese criterio ha sido modulado ha sido cambiado en base a mejores fundamentos y por lo tanto ni siquiera la jurisprudencia vinculante es rígida en el tiempo y espacio, de tal manera que con todos esos criterios, la AFP considera de que está en la obligación por mandato no solamente judicial sino también Constitucional de pagar en estos casos de manera directa, y sin la necesidad de una interposición de Amparo Constitucional por la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional que en muchos casos se resiste simple y llanamente Porque esta forzada por el criterio de la APS, criterio que además está certificado textualmente de que no pague hasta que se haga la recuperación de aportes, en contra de que (sic) manda las autoridades judiciales y la Constitución. De que la AFP considera de que el administrador, administra simple y llanamente los Fondos de Pensiones, los dineros del Fondo de Pensiones y tiene que usarlos conforme no solamente a la letra muerta de la Ley, sino conforme a los lineamientos jurisprudenciales de manera obligatoria por lo tanto ni en el contrato ni en ninguna, otra disposición legal se afirma que en estos casos la AFP debe de pagar con sus propios dineros cuando no hay cuestiones sobrevinientes en la aplicación de la Ley que no han sido previstas de manera cabal; de tal manera que la AFP considera que en estos casos debe pagar con dinero del Fondo de pensiones , no con dineros propios de la Administradora.

Que por lo tanto habiendo fundamentado legalmente, jurisprudencialmente, apelando a la garantía del debido proceso que hacen (sic) a una legítima defensa y además al principio de legalidad que en este caso se ha invocado la vinculatoriedad del artículo 8 de la ley 027, es que se solicita a la APS que disponga el sobreseimiento de todas las actuaciones que se han vertido sobre la AFP y entre cosas además genere un procedimiento de reposición en aplicación de la vinculatoriedad, de la jurisprudencia constitucional aplicada hasta la fecha pese al cambio de Constitución y pese al cambio de la Ley que rige al Tribunal Constitucional Plurinacional ...”

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 471-2013 DE 24 DE ABRIL DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 471-2013 de 24 de abril de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 258-2012 de 27 de abril de 2012, con los siguientes argumentos:

“...De los Fundamentos Técnico – Jurídicos de fondo

Que en función a los cuatro (4) argumentos planteados por BBVA Previsión AFP S.A. en el Recurso de Revocatoria presentado el 15 de junio de 2012 y las actuaciones que cursan en antecedentes, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

AL PUNTO 1. “Persistir hasta la fecha en su criterio equivocado sobre la No correspondencia de pagos a asegurados sin cobertura por mora del empleador con Recursos de la Cuenta de Siniestralidad.”

BBVA Previsión AFP S.A. señala en su recurso que esta Autoridad habría comprendido la posibilidad de que la AFP pueda realizar el pago de los dos (2) casos imputados con la Cuenta de Siniestralidad.

En respuesta al criterio forzado que realiza la AFP, corresponde ratificar lo señalado en la R.A.258-2012, cuando se ha expresado que, los recursos que componen el FCI sólo pueden disponerse de conformidad a la Ley de Pensiones; por lo que en ninguno de los casos imputados, la AFP debía proceder a pagar la prestación de Riesgo Común con los recursos de la Cuenta de Siniestralidad, porque ninguno cumplía con los requisitos del artículo 8 de la Ley de Pensiones, por mora del empleador.

Por otro lado, se recuerda a la AFP que la normativa de pensiones, en apego a la Constitución Política del Estado del Estado Plurinacional de Bolivia, tiene un carácter social y por tanto son de cumplimiento obligatorio.

Al presente, por lo expresado en la impugnación, el regulado se rehúsa a entender el razonamiento legal transmitido en la R.A.258-2012, el cual determina que para el uso de la Cuenta de Siniestralidad se deben cumplir con los requisitos exigidos por el marco normativo de pensiones y no desmarcándose de éste.

Sobre el respecto, en una oportunidad anterior ya el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en un proceso de tutela constitucional de derechos sociales indicando lo siguiente: “**cuando el afiliado o derechohabiente cumple con las condiciones y los requisitos señalados por el art.8 de la LP** concordante con el art.27 de su Decreto Supremo Reglamentario, **surge** para estos el **derecho a la seguridad social**, es decir, el derecho de contar con las prestaciones de largo plazo bajo los preceptos de la Ley de Pensiones y su Decreto Supremo Reglamentario,” (Las negrillas son nuestras) (SC 0652/2010-R).

Por tanto, la conducta imputada en la Nota de Cargos denota arbitrariedad en el actuar de la AFP a momento de efectuar el pago para los dos casos en cuestión, sin el respaldo legal suficiente; toda vez que por la Ley de Pensiones y el Contrato suscrito con el Estado Boliviano, se establecen restricciones expresas para el uso de la Cuenta de Siniestralidad, disposiciones que han sido vulneradas afectando consecuentemente el patrimonio del FCI, del cual es administradora.

Por otro lado, la AFP señala que un Tribunal de Amparo sí habría establecido de manera categórica la posibilidad legal del pago de la prestación con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, para lo cual hace mención al caso del Asegurado José Buchón Conzelman.

Con respecto al caso que se señala, evidentemente corresponde al señor Buchón quien ha interpuesto la acción de Amparo Constitucional en el Distrito Judicial de Santa Cruz, resolviéndose el mismo por la Sala Social y Administrativa (Tribunal de Amparo) en fecha **20 de noviembre de 2009**, con la participación de BBVA Previsión AFP S.A. a través del apoderado legal del Gerente General Dr. Juan Gerardo Arce Lema; concediéndose la tutela constitucional a favor del Asegurado y que la AFP

utilice los Fondos de Siniestralidad. Una vez remitido el expediente al Tribunal Constitucional Plurinacional para su correspondiente revisión, éste mediante Sentencia Constitucional 1649/2011-R de **21 de octubre de 2011** resuelve Aprobar la Resolución de primera instancia de 20 de noviembre de 2009; pero sin mencionar en sus fundamentos ni parte resolutive del fallo sobre la Cuenta o fuente económica para el financiamiento y pago.

Sin embargo, para el presente análisis, es necesario considerar algunos antecedentes de los casos de los Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero, en lo que corresponde a los procesos constitucionales, detallados a continuación:

- En el trámite del Asegurado José Orlando Martínez Amador, la Sala Penal Segunda de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba mediante Sentencia 15/09 de **30 de julio de 2009**, dispone "... BBVA Previsión AFP S.A. proceda al pago de la pensión de invalidez, con responsabilidad civil..."; determinación aprobada por el Tribunal Constitucional con Sentencia Constitucional 1256/2011-R de **16 de septiembre de 2011**.
- Para el caso del Asegurado Freddy Erick Yañez Rivero, la Corte Superior de Justicia de Cochabamba con Sentencia de 19 de agosto de 2009, declara procedente el Amparo Constitucional interpuesto y dispone que "...la AFP Previsión S.A. cancele la pensión de invalidez a favor del accionante..."; determinación aprobada por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia Constitucional 1278/2011-R de **26 de septiembre de 2011**.

Que se debe aclarar que, los dos (2) pronunciamientos constitucionales señalados arriba no disponen que el pago de las prestaciones de invalidez sea con recursos de la Cuenta de Siniestralidad. Asimismo, es importante resaltar que los dos (2) casos cuentan con pronunciamiento firme en sede constitucional que resuelve el problema jurídico previsional y determina responsabilidades para la AFP con anterioridad al caso constitucional que refiere BBVA Previsión AFP S.A. siendo que, contra dichas determinaciones no cabe recurso ordinario o extraordinario ulterior alguno, adquiriendo por tanto la calidad de cosa juzgada, siendo estas decisiones adoptadas por el máximo contralor de la constitucionalidad, inmutables.

Del párrafo anterior se concluye que, con la emisión de las Sentencias Constitucionales para los dos (2) casos, en su oportunidad se ha dilucidado sobre los casos imputados en materia constitucional y, que en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional se ha determinado la efectiva vulneración de derechos y establecido responsabilidades para la AFP. Por tanto, la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011 que corresponde al caso del Asegurado Buchón, al ser un pronunciamiento posterior a los emitidos para aquellos casos correspondientes a los Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero, no aplica ni modifica lo ya resuelto.

Por otro lado, se hace notar la inconsistencia de la AFP al insistir que el pago de

pensiones corresponde efectuarse con recursos del Fondo de Riesgos, y sin embargo, asume una posición contraria en cuanto al pago de Ente Gestor de Salud para estas pensiones, ya que conforme a Notas Interiores de pago de Ente Gestor de Salud remitidas mediante nota PREV.CONT.FDS.0170/01/2013 de fecha 08 de enero de 2013, la propia AFP señala: "... detalle de los pagos de... a realizar a los Entes Gestores en (sic) Salud, correspondiendo a Solicitudes de Pensión por Muerte e Invalidez por los siguientes Afiliados y derechohabientes, **estos fondos deben ser financiados por la Administradora de acuerdo a lo establecido en la Resolución de la Sentencia del Tribunal Constitucional.**" (las negrillas son nuestras), situación corroborada por la mencionada nota que a la letra dice: "Comprobante... de los pagos a los Asegurados (Anexo III) y a los **Entes Gestores de Salud, éstos últimos han sido cancelados por la AFP con fondos propios.**" (las negrillas son nuestras).

En este aspecto, cabe señalar que el pago del Ente Gestor de Salud es un componente que deriva de la pensión, por lo que sí es obligación de la AFP el pago del Ente Gestor de Salud, también lo es el de la pensión.

Finalmente, en cuanto a los trámites administrativos de solicitud de pensión de los dos (2) Asegurados, éstos fueron atendidos con la respuesta otorgada por la AFP. En tal sentido, ambos Asegurados ante la negativa de la AFP de atender el pago de la prestación es que acudieron a la vía constitucional, con el planteamiento del Amparo Constitucional, obteniendo los resultados anteriormente señalados.

AL PUNTO 2. "Haber afirmado erradamente que, la jurisprudencia constitucional no es de aplicación retroactiva y por ende no haber aplicado al caso de autos el entendimiento de la jurisprudencia generada por la SC-1649/2011-R, de 21-10-2011."

Asimismo, la AFP señala en sus fundamentos sobre el efecto retroactivo de la jurisprudencia constitucional indicando que ésta se aplica en contrario al principio de la irretroactividad y que, bajo este razonamiento, la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011 sería aplicable al presente caso de autos. También la AFP señala que, tendría la obligación de pagar con dineros del Fondo de Pensiones, aún cuando el propio Tribunal Constitucional no haya mencionado de manera categórica en las Sentencias Constitucionales anteriores sobre que en estos casos era legal la utilización de los señalados fondos, más aún si de forma posterior se genera una Sentencia Constitucional que sí disponga aquello o ratifique; por lo que concluye la AFP que esta jurisprudencia es perfectamente aplicable de manera retroactiva a procesos en curso siempre que no estén ejecutoriados. Finalmente señala que, la APS considera de manera errada que la jurisprudencia constitucional es irretroactiva en su aplicación, por lo que debería aplicar ésta sin mayor controversia de manera retroactiva a todos los casos o procesos sancionatorios en curso.

Con carácter previo al análisis de fondo es menester hacer alusión a lo siguiente:

La Sentencia Constitucional 1426/2005-R de 08 de noviembre de 2005; dice:

“Ahora bien, es también uniforme el criterio, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que las excepciones a la regla antes aludida están constituidas por: 1. La cosa juzgada, en la medida en que los nuevos entendimientos jurisprudenciales no pueden afectar los asuntos ya resueltos y que se encuentran firmes o inimpugnables, esto es, que tenga la calidad de cosa juzgada formal y material y 2. La jurisprudencia que perjudica al imputado en materia de derecho penal sustantivo...”

Más adelante señala:

“En consecuencia, de manera general se puede afirmar que las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional, al constituirse en un medio por el cual la Ley Fundamental desplaza su eficacia general, no están regidas por el art.33 de la CPE, que establece el principio de irretroactividad de las leyes, sino que tiene validez plena en el tiempo; lo que significa que **los razonamientos** de las resoluciones constitucionales **pueden ser aplicados en los procesos que están en curso**, es decir, en aquellos que no tienen **calidad de cosa juzgada**...”

“La Sentencia de inconstitucionalidad no afectará a Sentencias anteriores que tengan calidad de cosa juzgada”... El entendimiento jurisprudencial anotado, no sólo es aplicable a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las normas, sino también a las Resoluciones pronunciadas en los recursos de tutela (habeas corpus, amparo constitucional y habeas data)...

Ahora bien, **el único límite establecido para aplicar la jurisprudencia constitucional está dado por aquellas resoluciones que tienen calidad cosa juzgada**, por haberse agotado las instancias o por no haberse interpuesto los recursos dentro del término previsto por la ley o por haber desistido de los mismos. En estos casos, **no es posible aplicar el nuevo entendimiento contenido en los fallos constitucionales, manteniéndose firme la Sentencia pronunciada dentro del respectivo proceso...** (Las negrillas son nuestras).

La Sentencia Constitucional 0124/2010-R de 10 de mayo de 2010; dice:

“Existiendo en doctrina y jurisprudencia la diferencia entre: a) Cosa juzgada formal y b) Cosa juzgada material. Siendo la primera, cuando se aplica sobre los requisitos y exigencias propias de un proceso; es decir, sobre la forma, su efecto “no consiste” en precluir el debate sobre la aplicación de justicia en un proceso, evitando la posibilidad de replantear lo ya decidido en ella; por tanto, una sentencia, que observe la forma, es decir, los requisitos previos antes de que se pueda analizar el fondo, como en el presente caso fue el de subsidiariedad, no es obstáculo para que una vez subsanadas las observaciones, se ventile posteriormente el fondo del litigio por las mismas partes, puesto que “no se decidió sobre el fondo” de las pretensiones, por ello se habla de cosa juzgada formal.

En cambio, la cosa juzgada material, se produce cuando la Sentencia ha

decidido sobre el fondo del asunto, en caso de ejecutoriarse, si la ley no permite otro proceso o juicio sobre el mismo asunto, ésta adquiere la característica de inmutable, debiéndose cumplir la misma conforme a ley, sin que sea lícito desconocerla.

Sin embargo, entre la cosa juzgada formal y material, existe un vínculo, y es que, para que opere la cosa juzgada material, primero debe establecerse el cumplimiento de la cosa juzgada formal; es decir, de todos aquellos presupuestos y requisitos jurídicos establecidos por ley como por ejemplo, el de subsidiariedad, presentación debida de pruebas, concurso de la partes y las tres identidades clásicas, de sujeto, objeto y causa; es que recién se puede entrar a analizar el fondo del asunto, por tanto, es necesario el presupuesto de la cosa juzgada formal, para que se pueda declarar la cosa juzgada material.

Desde el momento en que la sentencia queda firme, y adquiere la autoridad de juzgada, el referido mandato, junto a la declaración de certeza que le antecede, adviene inmutable y definitivo...

El efecto de cosa juzgada material, no puede ir más allá de la eficacia propia, si no que tiene su limitación objetiva determinada por la materia deducida o decidida en él, entendiendo no sólo en el decisum, sino igualmente en las premisas necesarias a la conclusión adoptada.

En el recurso de amparo, lo que adquiere la calidad de cosa juzgada (material) es la declaración de certeza sobre el mérito de la pretensión; la decisión respecto a la conformidad o disconformidad entre pretensión y derecho objetivo, lo que quiere decir que no habrá cosa juzgada (material) en aquellas sentencias que no entren a conocer sobre el fondo del asunto; en consecuencia, las sentencias de amparo que declaren la inadmisibilidad de la pretensión por falta de un requisito extrínseco (procesal) no pasa en autoridad de cosa juzgada (material), es así que la sentencia de amparo que decide sobre el mérito de la pretensión o fondo de la cuestión, pone fin al “pleito”, estableciendo así un verdadero vínculo respecto a las partes y a todo juez futuro sobre el mismo caso.” (Las negrillas son nuestras).

La Sentencia Constitucional 1553/2005-R de 05 de diciembre de 2005; dice:

“En el caso de las Sentencias Constitucionales pronunciadas en los recursos de amparo constitucional, se aprecia en revisión si hay una efectiva vulneración de derechos fundamentales, Sentencias que por ser vinculantes, **tienen el valor de precedente para casos futuro análogos.**” (Las negrillas son nuestras).

La Sentencia Constitucional 0753/2005-R de 05 de julio de 2005; dice:

“...la aplicación obligatoria de dichos precedentes requiere de la concurrencia de la analogía en los supuestos facticos; al respecto, este Tribunal en el AC 0004/2005, de 16 de febrero, ha establecido lo siguiente: (...) la

aplicación del principio de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional está sujeta a la regla de la analogía, vale decir que los supuestos facticos de la problemática resuelta mediante la sentencia constitucional en la que se crea la jurisprudencia sean análogos a los supuestos facticos de la problemática a resolverse mediante la sentencia en la que se aplicará la jurisprudencia o el precedente obligatorio,..." (Las negrillas son nuestras).

Ahora bien, en consideración a las determinaciones establecidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional y de la evaluación de cada uno de los argumentos planteados en esta parte de la impugnación, corresponde señalar lo siguiente:

Que el proceso constitucional de Amparo Constitucional (ahora acción de amparo), según procedimiento es de competencia del Tribunal de Amparo, quien en primera instancia resuelve la acción de tutela constitucional, para posteriormente elevarse obrados al Tribunal Constitucional Plurinacional a efectos de revisión. En ese comprendido, en el caso de amparo constitucional, en revisión se aprecia si hay o no una efectiva vulneración de derechos fundamentales. (SC 1553/2005-R).

En relación a la interpretación retroactiva de la jurisprudencia constitucional corresponde señalar que, dicho razonamiento no es el preciso considerando que sólo aplica si un proceso está en curso o proceso de determinación de derechos; sin embargo, se tiene que en los casos correspondientes a los Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero, la problemática sustentada en el ámbito administrativo como constitucional ya estuvo resuelta, más aún si al presente, ambos casos cuentan con las Sentencias Constitucionales respectivas que determinan la tutela del derecho a la seguridad social de largo plazo, determinando el pago de la prestación por la AFP.

*Por otro lado, el pretender que se aplique la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011 a controversias ya resueltas con anterioridad y firmes, resulta ser un entendimiento irracional, cuando se conoce que los casos imputados en el presente cargo, tienen la calidad de **cosa juzgada** formal y material, adquirida mucho antes del pronunciamiento constitucional al que hace referencia el regulado. (SC 1256/2011-R de 16 de septiembre de 2011 y SC1278/2011-R de 26 de septiembre de 2011). Por tanto, la SC 1649/2011-R no aplica retroactivamente a los casos ya resueltos como los imputados en el presente proceso administrativo.*

*Siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional, se ha establecido que las Sentencias Constitucionales pronunciadas en los recursos de amparo constitucional, constatan en revisión si hay una efectiva vulneración de derechos fundamentales, **tienen el valor de precedente para casos análogos futuros***

*En cuanto a la obligación de la AFP de utilizar los recursos de la Cuenta de Siniestralidad, no debe olvidar ésta el marco legal vigente que rige para su disposición. Asimismo, debe considerar que las determinaciones con calidad de **cosa juzgada** del Tribunal Constitucional Plurinacional deben ser cumplidas en la medida en que han sido dispuestas; en tal sentido se tiene que el Contralor de la*

constitucionalidad ha determinado taxativamente que, para los casos Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero, BBVA Previsión AFP S.A. proceda al pago de las pensiones de invalidez.

Doctrinalmente es importante comprender que el concepto de cosa juzgada debe entenderse como la cualidad que adquieren las sentencias y resoluciones definitivas emitidas por las autoridades y jueces cuando se han agotado todos los recursos destinados a impugnarlas, y se tornan irrevocables. En ese sentido, la sentencia implica un mandato, que cuando adquiere la autoridad de cosa juzgada, se torna inmutable. Es decir el caso examinado y decidido, ya no podrá replantearse con posterioridad. Para el tratadista FERNANDO VILLASMIL B., en su obra "Los Principios Fundamentales y Las Cuestiones Previas en el Nuevo Código de Procedimiento Civil", Maracaibo 1986, dice: "La cosa Juzgada en una presunción de carácter *luris et de lure*, de que lo que fue decidido por sentencia definitivamente firme, es verdad definitiva y absoluta y no puede ser discutido ni revisado nuevamente."

Por otro lado, el hecho de que se haya emitido una Sentencia Constitucional posterior con un criterio nuevo o adicional, obviamente rige para adelante en razón de la estabilidad de los actos firmes y en protección real al Principio de Seguridad Jurídica. Es por eso que el Tribunal Constitucional Plurinacional, ha determinado que los pronunciamientos en los recursos de amparo constitucional, tienen el valor de precedente para casos futuros análogos.

Asimismo, la **línea jurisprudencial constitucional** con meridiana claridad ha expresado que, el límite para la aplicación de la jurisprudencia es la cosa juzgada, basado claro está, en el principio de Seguridad Jurídica. Sobre el tema la Sentencia Constitucional 1693/2010-R de 25 de octubre de 2010, dice:

"El recurso de amparo constitucional, contenido en el art.19 de la CPE abrg, consagrado ahora como acción de amparo constitucional por el art.128 de la CPE, se instituye como una acción tutelar de defensa contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinja, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la misma Constitución y la ley.

En cuanto a la violación de la "seguridad jurídica", denunciada por el accionante, éste Tribunal ha establecido en la SC 0096/2010-R de 4 de mayo que: "Sobre la seguridad jurídica, invocada en su momento por la accionante, como "derecho fundamental", cabe señalar que, si bien la Constitución Política del Estado abogada (sic), en el catalogo (sic) de derechos fundamentales contenidos en su art.7 inc.a), establecía que toda persona tiene el derecho: "A la vida, la salud y la seguridad", a partir de lo cual, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció la consagración del "derecho a la seguridad jurídica" como derecho fundamental, y en mérito, ante la constatación de su vulneración, en repetidas ocasiones otorgó la tutela del amparo. No obstante, al presente, y en vigencia de la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, la seguridad jurídica, no se

encuentra consagrada como derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo (art.178 de la CPE); y por otro lado, como un principio articulador de la economía plural en el modelo económico boliviano (art.306.III de la CPE). ...

En consecuencia, y volviendo a la realidad jurídica nacional actual, se debe tener claramente establecido que "la seguridad jurídica" al ser un principio, no puede ser tutelado por el recurso o acción de amparo constitucional que tiene por finalidad proteger derechos fundamentales –no principios-, reconocidos por la Constitución, las normas internacionales de derechos humanos reconocidos y/o ratificados por el país (que conforman el bloque de constitucionalidad) y las leyes; sin embargo, por su reconocimiento constitucional, no puede ser inobservado por las autoridades jurisdiccionales y/o administrativas, a momento de conocer y resolver un caso concreto sometido a su competencia, por tanto es de inexcusable cumplimiento."

Por su parte la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 11/2006 de 13 de marzo de 2006, señala:

"La seguridad jurídica apunta a la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación. Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica. En efecto, un proceso o procedimiento justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y, sobretudo, la indefensión jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger. Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre, significa que ese individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto de sus derechos."

Finalmente se aclara al regulado que, el presente proceso administrativo sancionador no está planteado con qué recursos debe la AFP pagar las prestaciones de invalidez en los dos casos imputados; sino por el uso arbitrario de la Cuenta de Siniestralidad para pagar pensiones de Asegurados que no cumplen requisitos legales debido a la mora del empleador; siendo que por norma, éstas se pagarán con los recursos que llegue a cancelar el empleador moroso; y que la problemática de tutela constitucional se tiene por resuelta y en firme antes de la SC 1649/2011-R por lo que no aplica a estos casos, en lo particular al pago de la prestación. Habiendo al presente sido determinada la responsabilidad de que es la AFP quien debe pagar la prestación con sus propios recursos.

Por tanto, entre lo discutido en el presente proceso administrativo sancionador y lo resuelto por la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, no encuentra situación análoga alguna para seguir la línea jurisprudencial que pudiera

establecer dicho pronunciamiento.

AL PUNTO 3. “Incumplimiento de la Ley y la Constitución, al no Aplicar el entendimiento jurisprudencial generada por la 1649/2011-R, de 21-10-2011, conforme lo determinan el art. (sic) Los art.8 de la Ley 027, sobre la vinculatoriedad de la Jurisprudencia Constitucional, específicamente las SC-SC-1649/2011-R. de 21-10-2011, (Legalidad en la utilización de recursos del fondo de pensiones) y Sentencias Constitucionales: 1426/2005-R, de 8-11-2005; 0076/2005, de 13-10-2005 entre otras (Aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional).”

Resulta importante que el regulado considere los pronunciamientos anteriores la SC 1649-2011-R, que a continuación de detallan:

La Sentencia Constitucional 0652/2010-R de 19 de julio de 2010; dice:

“En este marco normativo, **cuando el afiliado o derechohabiente cumple con las condiciones y los requisitos señalados por el art.8 de la LP** concordante con el art.27 de su Decreto Supremo Reglamentario, **surge para estos el derecho a la seguridad social**, es decir, el derecho de contar con las prestaciones de largo plazo bajo los preceptos de la Ley de Pensiones y su Decreto Supremo Reglamentario, así como con las prestaciones de corto plazo previstas por el Código de Seguridad Social; lo que implica, que por una parte, emerge el derecho de contar con el pago de la pensión por haber sido beneficiado con la prestación de invalidez por riesgo común y por otra, con la atención médica, especializada, quirúrgica, hospitalaria y suministro de medicamentos, etc, que requiera el estado del enfermo, en el ente gestor de salud que corresponda. (Las negrillas son nuestras).

La Sentencia Constitucional 0980/2005-R de 19 de agosto de 2005; dice:

“...la **AFP Previsión BBVA S.A.**, ahora recurrida, **al no haber efectivizado la pensión** de invalidez por riesgo común, a la que tiene derecho el representado de la actora, no obstante su reconocimiento mediante RA SPVS-IP 219 de 10 de mayo de 2004, **alegando incumplimiento del pago de primas por parte del empleador, ocasionó** con esta omisión, que tampoco se hagan las deducciones para los regímenes de salud del recurrente, cuál era su obligación conforme a lo previsto por los arts.31.I) y 66 de la LP; lo que, ciertamente, dio lugar a que Edwin Céspedes Vélez, se encuentre en una situación de total desprotección desde el 1 de octubre de 2002, fecha de invalidez declarada, sin que cuente con los medios necesarios para lograr la continuidad de subsistencia; lo que vulneró sus derechos constitucionales a la seguridad social, a la salud y a la vida, sin que el hecho de que a partir del 10 de noviembre de 2004, estuviera recibiendo atención médica provisional, en la Caja Nacional de Seguridad Social, **exima responsabilidad a la AFP Previsión BBVA S.A.**, recurrida, por cuanto como emergencia de haber concluido su trámite de invalidez por riesgo común, tenía un derecho adquirido y definitivo tanto a la pensión de invalidez por riesgo común, como a las prestaciones en el régimen de salud, en

el ente gestor que corresponda. (Las negrillas son nuestras).

La Sentencia Constitucional 1553/2005-R, que dice:

*“...la vinculación alcanza una trascendencia especial, respecto a los jueces y tribunales de la justicia ordinaria, quienes a tiempo de resolver las controversias sometidas a su conocimiento, deberán tener en cuenta la doctrina constitucional, por ser los principales destinatarios de la misma. En el caso de **Sentencias Constitucionales** pronunciadas en los recursos de amparo constitucional, se aprecia en revisión si hay una efectiva vulneración de derechos fundamentales, Sentencias que por vinculantes tiene el valor de **precedente para casos futuro** (sic) **análogos**.*

A su vez la Sentencia Constitucional 0753/2005-R, dice que: “el carácter vinculante de las sentencias emerge de la ratio decidendi, pues es en esa parte de la sentencia en la que se consigna la doctrina constitucional y las sub reglas establecidas por el Tribunal Constitucional, los que se convierten en precedentes obligatorios; empero, la aplicación obligatoria de dichos precedentes requiere de la concurrencia de la analogía en los supuestos facticos”.

Para el presente punto nos sobrecartamos a los argumentos de los puntos anteriores en lo que corresponda.

Ahora bien, de los antecedentes y del análisis realizado hasta esta parte se tiene que, bajo el entendimiento de la SC 0652/2010-R, está claro que el Asegurado debe cumplir los requisitos señalados por norma para poder acceder al pago de la prestación, con recursos que la Ley prevé.

En ese entendido, de los hechos se tiene que la AFP no tomó en cuenta que para ninguno de los dos (2) casos imputados, debía proceder a pagar una prestación de Riesgo Común a un Asegurado que no cumple los requisitos del artículo 8 de la Ley Nro.1732 de Pensiones por mora del empleador, con los recursos de la Cuenta de Siniestralidad (Principio de Legalidad vulnerado por la AFP se (sic) someter sus actuaciones al (sic) que dispone la norma -requisitos- para proceder al pago con recursos del FCI). Por tanto no la exime de la responsabilidad de pago impuesta por el Tribunal Constitucional.

Sobre el carácter vinculante y obligatorio de las Sentencias Constitucionales, ello es real en adelante; claro está, sin dejar al soslayo la línea fijada que expresa que la jurisprudencia constitucional rige para casos futuros y análogos (SC 1553/2005-R), y no para problemáticas resueltas en firme y que tienen la calidad de cosa juzgada, límite para aplicar la jurisprudencia.

BBVA Previsión AFP S.A. refiere: “...;(sic) de tal manera que, si para un caso, se dispone constitucionalmente que, se debe pagar pensiones con recursos del Fondo de Riesgo Común, dicho precedente en casos análogos debe asimilarse por todas las

autoridades, como en este caso la APS; sin esperar que, exista siquiera la interposición de otros amparos.”. Al respecto, lo señalado por la AFP no es correcto en razón a que si bien hay un pronunciamiento que referiría lo que señala la AFP (claro está bajo responsabilidad de esta Autoridad que emitió), pero el mismo regiría para adelante y no sobre casos constitucionalmente ya resueltos, como lo son los casos de los Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero, en los cuales se establece expresamente que sea el regulado quien pague las pensiones de invalidez, no refiriéndose de ninguna manera al uso de fondo alguno del FCI.

En ese comprendido, la obligatoriedad del cumplimiento de los fallos de las Sentencias Constitucionales por el regulado es indubitable, resaltando que en ninguno de los dos (2) casos en cuestión, el Tribunal de Amparo ha establecido categórica y expresamente que se pague la prestación con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, utilizada ilegalmente por la AFP, considerando que ésta sólo puede disponerse conforme a norma, para casos que cumplan requisitos.

“ARTÍCULO 22º FONDOS DE PENSIONES. Los fondos de pensiones son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Cada uno de dichos fondos es indiviso, imprescriptible e inafectable por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie. Los bienes que componen los fondos **sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley.**” (Las negrillas son nuestras)

-Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones-

Lo anterior es sin duda de conocimiento del regulado, como administrador de las prestaciones y representante de los intereses de los Asegurados, por cuanto el desconocimiento de la norma señalada anteriormente, ha determinado la responsabilidad de devolver los recursos indebidamente utilizados con sus propios recursos.

En conclusión, los argumentos no son suficientes para enervar el razonamiento de esta Autoridad; asimismo, en lo que atinge al carácter vinculante al que hace referencia la AFP, el mismo no es correcto ni aplica a los casos imputados en el presente proceso administrativo sancionatorio, por los motivos anteriormente expuestos.

AL PUNTO 4. “Haber considerado a las resoluciones del EX SIREFI, como “jurisprudencia”, y además “vinculante” y con ese criterio garrafalmente equivocado, haber en el caso de autos, de manera simple y ligera, aplicado las susodichas líneas de interpretación del EX SIREFI, en el caso de autos; cuando en los hechos son simples y prevaricadores malos antecedentes, y con ello no haber considerado en absoluto todos los argumentos JURIDICOS de defensa de nuestra parte.”

De inicio es importante dejar en claro al regulado que, en ningún momento esta Autoridad ha considerado a las Resoluciones Administrativas emitidas por la Autoridad que resuelve Recursos Jerárquicos como jurisprudencia, siendo trivial y erróneo el criterio de comparación adoptado por la AFP. Lo mismo ocurre con el concepto equívocamente utilizado del criterio vinculante.

Por el contrario, en primera instancia ya se dijo que las resoluciones emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas o aquellas de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI, se rigen conforme al artículo 60 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, determinando lo siguiente:

“Artículo 60.- (Alcance de la Resolución).

I. Las resoluciones que sean dictadas en recurso jerárquico son definitivas y agotan la vía administrativa.

II. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las resoluciones jerárquicas inmediatamente, adoptando las medidas necesarias y dictando las Resoluciones Administrativas pertinentes para su ejecución....”.

En ese comprendido, las determinaciones administrativas resueltas en grado jerárquico, merecen la atención por el regulador y regulado.

BBVA Previsión AFP S.A. en su impugnación ingresa en una confusión de conceptos al asimilar el concepto de “jurisprudencia” a las Resoluciones Jerárquicas, cuando éstas si bien son definitivas y agotan la competencia administrativa al establecer el fin de la controversia en esta materia, lo que de ninguna manera significa que el derecho también haya sido ulteriormente definido, quedando pues aún el contencioso administrativo ante la vía ordinaria; por tanto no se ajusta el concepto de jurisprudencia a las determinaciones jerárquicas, al ser susceptibles de ser revisadas por la justicia ordinaria. Lo que no ocurre con la jurisprudencia constitucional que se refiere a pronunciamiento del alto tribunal de justicia que resuelve sobre un caso en concreto y que sobre esta no existe recurso ulterior que lo modifique.

Los fundamentos de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008 de 27 de agosto de 2008 y la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/-SIREFI 006/2009 de 19 de octubre de 2009, tuvieron su interés en el análisis del presente caso para determinar la responsabilidad de la AFP, la infracción, la reposición instruida a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad y también para establecer el criterio de reincidencia, todo en atención a la normativa vigente.

En ese sentido, se concluye que la APS se desenvuelve dentro de sus competencias, emitiendo sus pronunciamientos dentro del marco legal vigente; por lo que en los procesos administrativos ha velado siempre por el derecho a la defensa del procesado atendiendo cuanto pedido ha sido solicitado por el regulado y, el debido proceso en emitir las actuaciones pertinentes y acordes a procedimiento administrativo, por el cual se rige. Para una mejor ilustración sobre lo señalado la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 17/2004 de 11 de octubre de 2004, establece lo siguiente:

“Respecto al derecho a la defensa... .. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un

procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos”.

(...)

“El **debido proceso** administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no puede ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse.”.

Por otro lado, se ha advertido al presente la manifiesta intención del regulado de confundir al regulador al afirmar que, la APS ha considerado a los pronunciamientos jerárquicos como jurisprudencia, conceptos distintos así como sus efectos que generan, como se ha explicado en un anterior análisis.

Como prueba de lo anterior es que el Decreto Supremo No.27175, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, no considera en ninguna parte de su redacción el concepto de jurisprudencia en lo referente a aspectos administrativos, por lo que mal podría el regulador aplicar este concepto para fundar sus actos, contrario sensu de lo que hace la AFP maliciosamente en su impugnación.

En lo que se refiere a la aseveración de la AFP de que Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008 de 27 de agosto de 2008 y la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/-SIREFI 006/2009 de 19 de octubre de 2009, serían pronunciamientos prevaricadores, erróneos y malos antecedentes; el regulado no considera que si tenía este criterio, en su oportunidad contaba con las vías legales correspondientes para su dilucidación y no vertir ahora adjetivos calificativos indiscriminadamente, como fundamento subjetivo para pretender desvirtuar la R.A.258-2012. De todos modos, compete a la instancia administrativa superior el pronunciamiento correspondiente.

En ese sentido, se denota que la AFP en esta parte de su impugnación ha ingresado a

una confusión latente, buscando asociar conceptos y competencias que corresponden a jurisdicciones distintas, como lo son la administrativa y la constitucional; olvidando el marco legal por el cual deben desenvolverse tanto el regulado como el regulador, cual es la administrativa.

En cuanto al criterio de la AFP de que el Tribunal Constitucional ha cambiado la jurisprudencia en razón a la interpretación más profunda o en razón a nuevos fundamentos, etc.; es un asunto que corresponderá al organismo que se señala considerar sobre el respecto y, no a esta Autoridad quien cumple y hace cumplir la Ley de Pensiones y su normativa reglamentaria.

La AFP en audiencia refiere que la APS debería generar normativa de reposición en virtud a los criterios expuestos; sin embargo, el regulado olvida que como ya se dijo en la resolución de primera instancia que ello corresponderá al Órgano Ejecutivo o Legislativo a través de normativa específica, considerando que esta Autoridad sólo tiene por atribución cumplir y hacer cumplir las Leyes. Sin perjuicio de lo anterior, esta Autoridad dentro del marco de sus competencias ha emitido regulación referente a Recaudación, Cobro Administrativo y Judicial y Cobro de Recargos, entre otros; enmarcado en la Ley de Pensiones y normas reglamentarias; mecanismos legales para que la AFP pueda oportuna como diligentemente recuperar los adeudos de los empleadores en mora.

Finalmente, con relación al hecho sancionado referente a la realización de débitos no autorizados de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, la AFP no impugna este aspecto, por lo que demuestra aquiescencia, ratificándose por tanto la infracción.

En virtud a lo expuesto anteriormente, BBVA Previsión AFP S.A. no ha presentado fundamentos que permitan desestimar la sanción impuesta, por lo que corresponde confirmar la R.A.258-2012.

CONSIDERANDO:

Que cuanto al pedido de revocatoria de la nota APS/DJ/DPC/No.3594/2012 de 22 de mayo de 2012 (Auto Complementario); al respecto corresponde señalar que el presente proceso administrativo se tiene generado por la Nota de Cargos APS/DJ/DPC/3541/2011 de 23 de septiembre de 2011, en relación al incumplimiento a la normativa relativa a la utilización de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad y no a la de atención a una solicitud que ha merecido respuesta de este Ente Regulador conforme a procedimiento. Por tanto, la respuesta con la nota señalada en caso de no estar de acuerdo con la misma, correspondía que el regulado solicite oportunamente su consignación para luego impugnar expresando sus agravios. En ese entendido, habiendo transcurrido superabundantemente los plazos administrativos, ha operado la preclusión y por tanto dicho acto administrativo ha quedado firme en esta sede.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuestos (sic) por BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento que permitan modificar la R.A.258-2012, en consecuencia, se confirma la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando rectifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante nota PREV-CG-0791/2013, presentada el 16 de mayo de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 471-2013 de 24 de abril de 2013, señalando lo siguiente:

"...ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN LEGAL DE AGRAVIOS. Como se demostrará, la **Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 417-2013, de 24-04-2013**, al confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 258-2012, de 27-04-2012, agravia los derechos de BBVA PREVISIÓN AFP. SA., con serias violaciones al principio de seguridad jurídica como parte del derecho, garantía y principio constitucional al Debido Proceso, dispuesto por el art. 115 de la C.P.E., como los principios inherentes de legalidad y seguridad jurídica, dispuesta por el art. 4-c de la Ley 2341; por: **1.** Persistir hasta la fecha en su criterio equivocado sobre la No correspondencia de pagos a asegurados sin cobertura por mora del empleador con Recursos de la Cuenta de Siniestralidad; **2.** Haber afirmado erradamente que, la jurisprudencia constitucional no es de aplicación retroactiva y por ende no haber aplicado al caso de autos el entendimiento de la jurisprudencia generada por la SC-1649/2011-R, de 21-10-2011; **3.** Incumplimiento de la Ley y la Constitución, al no Aplicar el entendimiento jurisprudencial generada por la 1649/2011-R, de 21-10-2011, conforme lo determinan el art. los art. 8 de la Ley 027, sobre la vinculatoriedad de la Jurisprudencia Constitucional, específicamente las SC- SC-1649/2011-R, de 21-10-2011, (Legalidad en la utilización de recursos del fondo de pensiones) y Sentencias Constitucionales: 1426/2005-R, de 8-11-2005; 0076/2005, de 13-10-2005 entre otras (Aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional) **AL CASO DE AUTOS (Proceso Sancionador); 4.** Haber considerado a las resoluciones del EX SIREFI, como "jurisprudencia", y además "vinculantes" y con ese criterio garrafalmente equivocado, haber en el caso de autos, de manera simple y ligera, aplicado los las susodichas líneas de interpretación del EX SIREFI, en el caso de autos; como fundamento y base de la acusación y la resolución y aún de que, la Resolución ahora impugnada mencione que, nunca se dijo que tiene calidad de jurisprudencia vinculante -lo que no es cierto-, en los hechos se la utiliza como tal para emitir las Resoluciones en otros casos, como el de autos.

En este entendido se hace procedente el presente Recurso Jerárquico y toca fundamentar la impugnación en base a lo siguiente:

De manera preliminar, conviene recordar, algunas normas legales, constitucionales y criterios jurisprudenciales en relación a las infracciones en el caso de autos:

Sobre el Principio de Seguridad Jurídica y el Derecho a un Debido Proceso.- Sobre el punto, corresponde recordar lo siguiente:

La SC-1281/2010-R, de 26-09-2011, apunta:

“III.2. El debido proceso

Como un instrumento jurídico de protección **garantiza que el proceso, judicial o administrativo, sea justo** y que se desarrolle dentro del marco de las normas prescritas en el ordenamiento jurídico, bajo ese razonamiento se pronunció la SC 2264/2010-R de 19 de noviembre, al indicar: "Entendido el debido proceso como '...un instituto jurídico y mecanismo de protección de los derechos fundamentales, lo consagra como un principio, un derecho y una garantía, lo que implica que la naturaleza del debido proceso está reconocida por la misma Constitución en su triple dimensión: como derecho fundamental de los justiciables, como un principio procesal y como una garantía de la administración de justicia...' (SSCC 0014/2010-R, y, 0068/2010-R, entre otras), se infiere que esos derechos fundamentales subjetivos se confieren a las partes para que, en **igualdad de condiciones y oportunidades, posibiliten la eficacia de su pretensión dentro del proceso;** de acuerdo a la SC 0295/2010-R de 7 de junio, el derecho a la defensa constituye: "...un instituto integrante de la garantía del debido proceso. Al respecto, ya se ha establecido que este derecho tiene dos connotaciones: la primera, es el derecho a tener una persona idónea que pueda patrocinarle y defenderle oportunamente, y la segunda, es el derecho a tener conocimiento y acceso a los actuados e impugnen los mismos con igualdad de condiciones conforme a procedimiento preestablecido".

En base a la jurisprudencia citada, se confirma que **el derecho a la defensa implica el ejercicio de otras potestades durante el proceso** penal, permitiendo a las partes valerse de los medios legales efectivos a través de los cuales, en igualdad de condiciones, puedan oponer sus pretensiones, siendo comunicadas oportunamente de los actos procesales que ameriten su presencia o pronunciamiento, sin dilaciones indebidas y al amparo de los principios que rigen la intervención de los sujetos procesales".

III.3. "Seguridad jurídica"

...(...) Al respecto, en un entendimiento coherente con el presente razonamiento, este Tribunal en la SC 0070/2010-R de 3 de mayo, señaló que: "...la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, **implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal;** por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras,

precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental, es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal...”, (lo resaltado nos pertenece)”.

Por su parte, el art. 4 de la Ley 2341, dispone:

“Principios Generales de la Actividad Administrativa). La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios: ... c) Principio de sometimiento pleno a la Ley: La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso”, como se ha violentado la garantía a un debido proceso conforme reza el art. 115 de la CPE: “...II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso...”

Resulta que, la APS, niega la posibilidad de que, en casos de asegurados sin cobertura por mora del empleador, se pueda pagar con recursos de la Cuenta de Siniestralidad; criterio mantenido hasta la fecha, en base a criterios que están fuera del marco legal, constitucional y jurisprudencial, con los argumentos de que: la jurisprudencia constitucional no es de aplicación retroactiva y por ende no es vinculante la jurisprudencia generada por la 1649/2011-R, de 21-10-2011, que interpreta la legalidad de los pagos de asegurados sin cobertura por mora del empleador, se pueda pagar con recursos de la Cuenta de Siniestralidad; como con el argumento de que, la APS considera que las resoluciones del EX SIREFI, son como "jurisprudencia", y además "vinculantes" por lo que, su entendimiento aún fuera errado o rebatido en derecho de manera posterior, se debe aplicar de forma obligatoria sobre su entendimiento de que no corresponde el pago de asegurados sin cobertura por mora del empleador, y que se lo pueda hacer con recursos de la Cuenta de Siniestralidad; a pesar que, en contrasentido, la APS, aplica de manera vinculante al criterio del Ex SIREFI, sobre que no se debe utilizar los recursos del fondo para pagar estas prestaciones; pero, acepta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 258-2012, de 27-04-2012, que, esos pagos en el fondo corresponden en derecho, en contra de lo determinado en las Resoluciones del EX SIFERI, que creía que, esos pagos eran ilegales e inconstitucionales.

Al respecto, es preciso hacer referencia a que, la APS, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 258-2012, de 27-04-2012 ya ha aceptado que, las decisiones judiciales y jurisprudencia constitucional es de carácter obligatorio y vinculante; sin embargo hace referencia a que: **1.** En ninguno de los dos casos ventilados en autos, el Tribunal de Amparo, **ha establecido** categóricamente y expresamente que se pague la prestación con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad; **2.** Menciona que la SC-1649/2011 (sic), de 21-10-2011, **NO es vinculante** al caso los dos casos "José Martínez Amador y Freddy Yañez Rivero", por tener la calidad de cosa juzgada constitucional por la emisión de las Sentencias Constitucionales antes que la SC-1649.

Entonces en rigor a ese criterio asumido por la propia APS, corresponde demostrar: **1.**

Que un Tribunal de Amparo **SI ha establecido** de manera categórica la posibilidad legal de que se pague la prestación con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad; y **2. Demostrar que, el referido efecto retroactivo, la AFP, NO pidió que se aplique a las Sentencias Constitucionales 1256/2011, de fecha 16-09-11 y 1278/2001 de fecha 26-09-2011; sino pidió que se aplique AL PRESENTE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR; pues en los Recursos de Amparo, no se ventilaron o no estuvo en controversia de donde saldrían los dineros para el pago de pensiones, lo que, a los entonces recurrentes NO LES INTERESABA; sino se ventiló si correspondía o no el pago de Pensiones.**

- 1. Sobre que un Tribunal de Amparo SI ha establecido de manera categórica la posibilidad legal de que se pague la prestación con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.- Criterio Categórico de un Tribunal de Amparo que dispone la posibilidad legal de que se pague la prestación con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.-** Este criterio categórico y expreso, se encuentra en la Resolución de 20-11-2009 "caso Buchón", cursante a fs. 249-252, resolución que anota a fs. 249 que, la AFP, tiene la obligación de pagar con el Fondo de Siniestralidad de la subcuenta de Riesgo Común; dicho criterio, ha sido ratificado por la SC-1649/2011-R, de 21-10-2011 a fs. 328-337; por lo que, el Tribunal de Amparo mediante Resolución de 20-11-2009, SI ha mencionado de manera categórica lo siguiente: "...**Acto seguido hace uso de la palabra el Vocal del Tribunal Dr. Jorge von Borries Méndez que dijo:** La parte recurrida pide conforme el Art. 196 del Código de Procedimiento Civil complementación y aclaración del fallo emitido, éste Tribunal complementa la disposición, indicando que la AFP pague con el Fondo de Siniestralidad en la subcuenta correspondiente a riesgo común"; en consecuencia se ha demostrado que, Sí existe un criterio categórico de un Tribunal de Amparo que disponga la posibilidad legal de uso de la Cuenta de Siniestralidad; porque, rebatido el criterio errado de la APS, al respecto, corresponde verificar si dicho lineamiento jurisprudencial es aplicable o no de manera retroactiva al caso de autos.
- 2. Demostrar que, el referido efecto retroactivo, la AFP, NO pidió que se aplique a las Sentencias Constitucionales 1256/2011, de fecha 16-09-11 y 1278/2001 de fecha 26-09-2011; sino pidió que se aplique AL PRESENTE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR; pues en los Recursos de Amparo, no se ventilaron o no estuvo en controversia de donde saldrían los dineros para el pago de pensiones, lo que, a los entonces recurrentes NO LES INTERESABA; sino se ventiló si correspondía o no el pago de Pensiones.-** Resulta que, la APS, tiene el equivocado convencimiento de que, la AFP, solicitó la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional a Procesos Extraordinarios de Amparo Constitucional, cuando la AFP, lo que, pidió es otra cosa distinta; o sea, que se aplique al presente PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, que, es otra cosa muy diferente, lo que merece ser explicado y fundamentado de la siguiente manera:

Resulta OBVIO que, la SC-1649, de 21-10-2011; no se podía aplicar para la emisión

de las Resoluciones de Amparo Constitucional anteriores, dentro de los Recursos Extraordinarios, que al final generaron las Sentencias Constitucionales Nos. 1256, de 16-09-2011 y 1278 de 26-09-2011; no solo por ser posterior; sino también porque, en esos amparos no se ventilaron como cuestión de fondo de donde se pagarías las pensiones; y solo se ventiló si les correspondía o no las pensiones a los entonces recurrentes; como es OBVIO, que la AFP, no pidió a la APS, que aplique la SC-1649, para la emisión de una Resolución de Amparo; pues es OBVIO que la APS, no es Tribunal de Garantías Constitucionales; como resulta también OBVIO, que, la AFP, le pidió a la APS, que aplique la SC-1649 AL CASO DE AUTOS; dentro del **PRESENTE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR** que ESTA EN CURSO y no tiene calidad de "cosa juzgada", para que dicho razonamiento jurisprudencial sea considerada dentro de la emisión de una Resolución Administrativa; solicitud por demás OBVIA; que a manera de desligarse de la responsabilidad de revocar la sanción; la APS, ha fundamentado, como si la AFP, hubiera pedido que la SC-1649, se aplique para resolver las solicitudes de Amparo Constitucional de los Sres.: José Martínez Amador y Freddy Yañez Rivero; lo que, resulta además de ilegal, DESLEAL, agravada por el hecho de que, una entidad Regulatoria haya sido la que, haya buscado y utilizado falsos para fundamentar sus resoluciones y convalidar sus actos ilegales.

En esa línea de entendimiento, es que, el sustento de la AFP, es que, el criterio jurisprudencial generado por la SC-1649/2011, de 21 -10-2011, sobre: "la posibilidad de utilización del dinero del Fondo de Pensiones para el pago de Pensiones por órdenes judiciales"; se puede aplicar perfectamente AL CASO DE AUTOS; AL PRESENTE PROCESO SANCIONADOR, para determinar si la AFP, hizo bien o mal en utilizar los recursos del Fondo de Pensiones para pagar pensiones por órdenes judiciales; para verificar si en el trámite de cumplimiento de las órdenes judiciales, la AFP como Administrador hizo bien o mal en utilizar para este tipo de pagos, los dineros del Fondo de Pensiones, tomando en cuenta que, **ni el Tribunal de Garantías; ni el Tribunal Constitucional dispusieron textualmente en los dos casos, que la AFP, pague estas pensiones con su propio dinero o pague con dineros del Fondo de Pensiones;** cuando lo más razonable es que, un simple Administrador del dinero de las PENSIONES; pague PENSIONES por orden judicial, con dineros justamente del Fondo de PENSIONES, al ser un simple y llano administrador de las obligaciones del Estado Boliviano; pero, la APS, no puede pretender que, el Administrador (AFP); asuma la Obligación del Estado de pagar Pensiones; cuando la AFP, lo único que hace es administrar esos dineros y POR CUENTA DEL ESTADO, pagar las Pensiones, aún sean ordenadas por un juez competente; por lo que, es completamente legal que, el razonamiento jurisprudencial generado por la SC-1649/2011, sea aplicado AL CASO DE AUTOS, AL PRESENTE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, que no tiene calidad de cosa juzgada; en el que, no se está juzgando si corresponde o no el pago de pensiones a los Sres.: José Martínez Amador y Freddy Yañez Rivero; sino la APS, está juzgando si la AFP, para dar cumplimiento a las órdenes judiciales de pago de pensiones hizo bien o mal en utilizar dineros del Fondo de Pensiones, que es muy diferente; tomando en cuenta que, en ninguno de los fallos, se ordenó que, la transferencia de las OBLIGACIONES DEL ESTADO a la AFP, que es un Administrador que paga Pensiones por CUENTA DEL ESTADO; y no asume específicamente esa obligación y tomando en cuenta que,

esa obligación de pagar pensiones a la fecha permanece en el Estado, por efecto de la Ley 065, y que dicha obligación pasará a ser administrada por un Director de la Gestora Pública; quien teniendo delegado (NO TRANSFERIDO), la obligación de pagar pensiones, es OBVIIO, que en ningún caso, lo hará con dineros de su sueldo mensual; mucho menos sí esos montos son más elevados que un sueldo; aun así no haya una norma específica que regule estos casos de pago de pensiones aún haya mora del empleador.

Asimismo, la APS, menciona que los dos casos anotados: "José Martínez Amador y Freddy Yañez Rivero", en las Sentencias Constitucionales respectivas, no mencionan que el pago de prestaciones sea con recursos de la Cuenta de Siniestralidad; lo que, la AFP, no lo niega; sin embargo, la APS, se olvida que, las mismas tampoco disponen que, sea la AFP, en su calidad de Administrador que pague esas pensiones con su patrimonio o con la comisión percibida por la administración y sin ninguna base jurídica la APS, pretende obligar a la AFP, que asuma ese gasto; haciendo de "Pilatos"; lavándose las manos para simplemente mencionar que la AFP, pague de donde pueda, pero no con dineros del fondo y cuando se le pide a la APS, en su calidad de regulador que, disponga el procedimiento de reposición de esos dineros erogados; simplemente no lo hace; pese a que, se sobre endiente (sic) que, la AFP, paga Pensiones por cuenta del Estado; o sea, no es un negocio de la AFP, sino una responsabilidad social del Estado, quien ha contratado a la AFP, para que administre esos recursos por su cuenta y no para que, pague pensiones con su patrimonio, o con su comisión percibida por la administración de pensiones, lo que refuta los fundamentos de la Resolución ahora impugnada.

En ese entendimiento se tiene la Resolución de 20-11-2009, emitida por el Tribunal de Garantías, sobre la determinación CATEGÓRICA de que, para este tipo de casos, la AFP, tiene la obligación de pagar con los dineros del Fondo de Pensiones; de tal manera que, aun los Tribunales de Amparo y el propio Tribunal Constitucional no hayan determinado si la AFP debe o no pagar con su patrimonio; si se debe pagar o no con dineros del fondo de pensiones; ese vacío generado para la ejecución del cumplimiento del derecho de fondo; inherente a un procedimiento meramente administrativo que se sobreentiende debe hacérselo con dineros del Fondo de Pensiones; habiendo sobreviviente un entendimiento cabal de que debe hacérselo con dineros del Fondo de Pensiones, es aplicable a todo procedimiento de pago en similares casos, lo que, desde ningún punto de vista altera el fondo de las determinaciones asumidas por el Tribunal Constitucional en otros casos salvo determinación expresa, que no es el caso; eso es como si un Juez dispusiera el pago de beneficios sociales sin indicarle a la Empresa Pública de donde sacara el dinero lo que es algo material; sobreentendiéndose que, el Administrador de la Empresa Pública, cumplirá la orden judicial con recursos de la Empresa Pública y no de su salario; aún no exista una partida presupuestaria, aun no exista autorización de la Contraloría General del Estado; y más aún si, de manera posterior en Sentencias Constitucionales se marca el lineamiento jurisprudencial al respecto; lo que, la APS, no puede asimilar hasta la fecha.

Es más, el efecto de la retroactividad de la Jurisprudencia es hasta la norma base de interpretación; o sea, en este caso, todos los entendimientos sobre Pensiones, son retroactivos a todos los PROCESOS ADMINISTRATIVOS y judiciales vigentes o en proceso desde la vigencia misma de la Ley (1732); con el solo requisito de que, no tenga la calidad de COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA U ORDINARIA, lo que, es diferente a la Cosa Juzgada Constitucional derivados de Procesos Extraordinarios o Demandas de Amparo; en este caso, la AFP, solicita la aplicación de la SC-1649, a un PROCESO ADMINISTRATIVO EN CURSO; o sea, SIN CALIDAD DE COSA JUZGADA y no como la APS, quiere hacer parecer de que, la AFP, habría pedido que se aplique a una demanda de amparo o un proceso extraordinario; aclarando que, la APS, en el caso de AUTOS es el JUZGADO de una supuesta infracción administrativa y como JUZGADOR EN UN PROCESO ADMINISTRATIVO (sic) SANCIONADOR CURSO (sic); se le pide que, al emitir la Resolución de por bien hecho la utilización de recursos erogados para pagar pensiones; en base al entendimiento asumido por el Tribunal de Garantías y ratificado por el Tribunal Constitucional, de que, es legal usar para este tipo de pagos, dineros del Fondo de Pensiones; aplicación que debe hacérselo al presente proceso para liberar a la AFP de responsabilidad sobre las acusaciones precisamente administrativas.

En efecto, LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES **SI TIENEN EFECTO RETROACTIVO**, y prueba de ello se tiene las Sentencias Constitucionales: 1426/2005-R, de 8-11-2005; 0076/2005, de 13-10-2005 entre otras; y además de manera uniforme las que, en sus fundamentos de manera uniforme anotan:

SC-1426/2005-R, de 8-11 -2005:

“III. 1. La jurisprudencia en el tiempo. La doctrina y la jurisprudencia comparada han señalado de manera uniforme que el principio de irretroactividad no es aplicable al ámbito de la jurisprudencia, debido a que ésta sólo precisa el sentido y alcances de las normas, sin modificar o crear un nuevo texto legal. En este sentido, la norma interpretada por el juez no se constituye en una nueva disposición legal, por cuanto la autoridad judicial no crea, mediante la interpretación, normas jurídicas diferentes. Conforme al entendimiento anotado, lo que un considerable número de Constituciones prohíbe es la aplicación retroactiva de la ley y no así de la jurisprudencia y, en consecuencia, es posible aplicar un nuevo entendimiento jurisprudencial a casos pasados, siempre y cuando -claro está- la disposición interpretada exista al momento de producirse los hechos. Ahora bien, es también uniforme el criterio, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que las excepciones a la regla antes aludida están constituidas por: 1. la cosa juzgada, en la medida en que los nuevos entendimientos jurisprudenciales no pueden afectar los asuntos ya resueltos y que se encuentran firmes o inimpugnables, esto es, que tenga la calidad de cosa juzgada formal y material y 2. la jurisprudencia que perjudica al imputado en materia de derecho penal sustantivo; lo que implica que, en este último caso, no se pueden aplicar en forma retroactiva los entendimientos jurisprudenciales que afecten o desmejoren las esferas de libertad del imputado o condenado, entendiéndose a la libertad aludida,

conforme lo ha establecido la SC 101/2004 "...como la facultad de autodeterminarse que tienen los hombres, sin sujeción a una fuerza o coacción proveniente del exterior, en este caso, del sistema penal. Conforme a ello, aquellas normas contenidas en leyes penales que afecten, restrinjan o limiten los derechos fundamentales de las personas, tendrán carácter sustantivo"...

III.2.La jurisprudencia constitucional en el tiempo.... "De acuerdo a las características anotadas, la Constitución Política del Estado, al ser el fundamento del ordenamiento jurídico, no puede estar sometida a las reglas de la irretroactividad establecidas por la propia Constitución (art. 33) para las leyes y, en general, para toda norma jurídica infraconstitucional. En este sentido, se entiende que las reformas introducidas al texto constitucional tampoco están sometidas a esas reglas; al contrario, en virtud de las características anotadas y de la fuerza expansiva de la Constitución, es el ordenamiento jurídico el que tendrá que readecuarse a los nuevos lineamientos establecidos por la Ley Suprema". "En ese orden, la Constitución, al ser la base que estructura el sistema jurídico y la convivencia social, no está regida por el principio de irretroactividad, sino que, a diferencia de las otras normas jurídicas, sus preceptos tienen eficacia plena en el tiempo, lo que implica que pueden ser aplicados en forma inmediata, salvo que el mismo texto constitucional disponga otra cosa, en resguardo de una aplicación ordenada, y de la seguridad jurídica.". Como una manifestación de la vigencia plena en el tiempo de las normas constitucionales, la misma Resolución estableció que las Sentencias Constitucionales tampoco están regidas por el principio de irretroactividad contenido en el art. 33 de la CPE, conforme al siguiente razonamiento: "...debido a que la fuerza expansiva de la Constitución impregna a las Resoluciones del Tribunal Constitucional, la misma Ley Fundamental establece que las resoluciones que declaran la inconstitucionalidad de las leyes no se rigen por el principio de irretroactividad establecido en el art. 33 de la CPE, sino por el principio general de aplicación de las normas constitucionales en el tiempo, referido precedentemente; esto se explica porque las Resoluciones del Tribunal Constitucional, sólo se constituyen en un vehículo a través del cual la Ley Fundamental desplaza su eficacia general.". "Conforme a lo anotado, la Constitución Política del Estado establece un tratamiento especial a las Resoluciones del Tribunal Constitucional en el tiempo, que no se rigen, como quedó expresado, por el principio de irretroactividad de la leyes. En este sentido, el art. 121.11 de la CPE determina que: "La Sentencia que declara la inconstitucionalidad de una Ley, decreto o cualquier género de Resolución no judicial, hace inaplicable la norma impugnada...". En concordancia con esto, el art. 58.III de la LTC señala que "La Sentencia que declare la inconstitucionalidad parcial de la norma legal impugnada, tendrá efecto derogatorio de los artículos sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad y seguirán vigentes los restantes". "En coherencia con lo señalado, la Constitución en su art. 121, otorga un tratamiento específico a aquellos casos en los que se hubiera aplicado en el proceso la norma declarada inconstitucional, estableciendo una excepción al principio general de eficacia plena de los enunciados constitucionales, al señalar que: "La Sentencia de inconstitucionalidad no

afectará a Sentencias anteriores que tengan calidad de cosa juzgada” Esto implica que cuando el proceso judicial o administrativo en el que se ha aplicado la Ley declarada inconstitucional ha concluido y por tanto tiene la calidad de cosa juzgada, la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley que se aplicó en el proceso no le afecta sino que se mantiene firme la Sentencia; pero cuando la declaratoria de inconstitucionalidad recae sobre procesos que están en curso, es decir que no han concluido en todas sus fases e instancias y por tanto no tienen la calidad de cosa juzgada, se tendrá que inaplicar la norma declarada inconstitucional y, consiguientemente, aplicar en la Resolución del caso la norma que la reemplaza o sustituye. “.El entendimiento jurisprudencial anotado, no sólo es aplicable a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las normas, sino también a las Resoluciones pronunciadas en los recursos de tutela (hábeas corpus, amparo constitucional y hábeas data), en la medida en que los fundamentos relevantes del fallo o ratio decidendi, es decir, “los fundamentos necesarios sin los cuales no se justificaría ni se entendería el fallo” (SC 457/2004-R, de 31 de marzo, Fundamento Jurídico III. 1), que obligan y vinculan a los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales, como lo establece el art. 44.1 de la LTC; norma que se fundamenta “en la necesidad de que todo el ordenamiento jurídico boliviano tenga coherencia y unidad material, que sólo es posible alcanzar si la jurisprudencia constitucional logra uniformar los criterios de aplicación de los preceptos legales bajo la óptica constitucional, lo que deriva además en la realización material del principio de igualdad...” (SC 457/2004-R). En consecuencia, de manera general se puede afirmar que las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional, al constituirse en un medio por el cual la Ley Fundamental desplaza su eficacia general, no están regidas por el art. 33 de la CPE, que establece el principio de irretroactividad de las leyes, sino que tienen validez plena en el tiempo; lo que significa que los razonamientos de las resoluciones constitucionales pueden ser aplicados en los procesos que están en curso, es decir, en aquellos que no tienen calidad de cosa juzgada, sin importar que los hechos a los que ha de aplicarse el entendimiento jurisprudencial hubieren acaecido con anterioridad al pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Ahora bien, el único límite establecido para aplicar la jurisprudencia constitucional está dado por aquellas resoluciones que tienen calidad de cosa juzgada, por haberse agotado las instancias o por no haberse interpuesto los recursos dentro del término previsto por la ley o por haber desistido de los mismos. En estos casos, no es posible aplicar el nuevo entendimiento contenido en los fallos constitucionales, manteniéndose firme la Sentencia pronunciada dentro del respectivo proceso ordinario”.

Por lo que, habiéndose demostrado que, las Sentencias Constitucionales **SI tienen efecto retroactivo**, y se aplican perfectamente AL CASO DE AUTOS QUE ES UN PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SIN CALIDAD DE COSA JUZGADA, el lineamiento jurisprudencial generado por la SC-1649/2011-R, de 21-10-2011; tiene que aplicarse a este proceso como a los demás similares en curso y además de manera obligatoria y vinculante y con ello, se tiene que, dar por bien hecho la utilización del Fondo de Pensiones para el pago de estas pensiones y no como erradamente cree

sin fundamento la APS, que debe ser pagado con el patrimonio privado de la AFP; a pesar que la AFP, administra las pensiones POR CUENTA DEL ESTADO y a pesar que, ningún Tribunal de Garantías determinó imperativamente que debe hacerlo con su patrimonio; por el contrario entendiéndose de sobre manera que, debe hacerlo con dineros del Fondo de Pensiones; es más lo mencionado por la APS que menciona "...Habiéndose al presente sido determinada la responsabilidad de que es la AFP quien debe pagar la prestación con sus propios recursos"; es una simple muestra más de ilegalidad y soberbia; pues, la APS, no puede determinar simple y llanamente que la AFP, pague con su patrimonio, sino que, debe fundamentar legalmente porque tuviera que hacerlo, lo que, no tiene ninguna base legal; pues en ninguna parte de la Ley de Pensiones 1732, ni la Ley 065, dicen que, las cuestiones y obligaciones económicas del Estado sobrevinientes a la Ley de Pensiones que no estén previstas en la misma Ley, serán asumidas por el Administrador de turno del Fondo de Pensiones; lo que resultaría simplemente incoherente.

Habiendo demostrado la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional, entonces, no quedaría más que, aplicar el criterio vertido en la SC-1649/2011-R, de 21-10-2011, AL CASO DE AUTOS QUE ES UN PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SIN CALIDAD DE COSA JUZGADA, que ratifica la Resolución de 20-11-2009, a fs. 249-252, emitida por el Tribunal de Amparo, que a la letra anota:

"...Acto seguido hace uso de la palabra el Vocal del Tribunal Dr. Jorge von Borries Méndez que dijo: La parte recurrida pide conforme el Art. 196 del Código de Procedimiento Civil complementación y aclaración del fallo emitido, éste Tribunal complementa la disposición, indicando que la AFP pague con el Fondo de Siniestralidad en la subcuenta correspondiente a riesgo común".

En virtud a ello, corresponde determinar el sobreseimiento de cargos contra la AFP.

Asimismo, para que no quepa duda sobre la aplicación de la jurisprudencia al caso de autos; se debe anotar jurisprudencia que hace referencia a la jurisprudencia constitucional de aplicación erga homines o general a situaciones análogas y no de aplicación restringida ínter partes.

Así la SC-1553/2005-R, de 5-12-2005, sobre la vinculatoriedad de las Sentencias Constitucionales, anota:

"III.1. Para resolver la problemática planteada resulta necesario recordar el entendimiento que ha establecido este Tribunal sobre la vinculatoriedad de las resoluciones constitucionales... A ese efecto, la naturaleza del carácter vinculante de las resoluciones constitucionales ha sido definida, entre otras, por la SC 58/2002, de 8 de julio, que señala que: "(...) la vinculatoriedad de las Sentencias del Tribunal Constitucional, implica que los poderes públicos que sean aplicadores del derecho, se encuentran sujetos a la manera de cómo los preceptos y principios de la Constitución, han sido interpretados por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, por la eficacia vinculante de dicha

interpretación, los poderes públicos están obligados a seguir la doctrina constitucional que ha resultado de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos constitucionales... (...) la vinculación alcanza una trascendencia especial, respecto a los jueces y tribunales de la justicia ordinaria, quienes a tiempo de resolver las controversias sometidas a su conocimiento, deberán tener en cuenta la doctrina constitucional, por ser los principales destinatarios de la misma. En el caso de las Sentencias Constitucionales pronunciadas en los recursos de amparo constitucional, se aprecia en revisión si hay una efectiva vulneración de derechos fundamentales, Sentencias que por ser vinculantes, tienen el valor de precedente para casos futuros análogos"... Con esa premisa como punto de partida, se debe dejar claro qué parte de la Sentencia vincula a los tribunales, jueces y autoridades... Este Tribunal ha establecido que los fundamentos relevantes del fallo o ratio decidendi, es decir, los fundamentos sobre los que se funda o asienta la determinación asumida o los razonamientos lógico-jurídicos necesarios sin los cuales no se justificaría ni se entendería el fallo, son los contenidos jurisprudenciales que vinculan a los tribunales, jueces o autoridades; quedando en virtud de ello obligados a aplicar a sus decisiones tales entendimientos... Así la SC 1310/2002-R, de 28 de octubre, determina que: "Si bien todo fallo que emite este Tribunal en recursos de amparo constitucional y hábeas corpus, tiene efectos *inter partes* (sólo afecta a las partes), los fundamentos determinantes del fallo o ratio decidendi, son vinculantes y, por tanto, de obligatoria aplicación para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades, tribunales y jueces (en todos sus niveles jerárquicos), así lo determina el art. 44 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC)"... En AC 0036/2003-ECA, señaló que: "Todos los fundamentos jurídicos o *rationes decidendi* que sirven de sustento a la parte resolutive (...) tienen carácter obligatorio y vinculante tanto para las partes como para todos los jueces, tribunales, legisladores y autoridades en general, en aplicación del art. 121.II de la Constitución Política del Estado (CPE) concordante con el art. 44.I LTC. Así lo ha establecido este Tribunal en el AC 58/2002 cuando dispuso: 'Que en una Sentencia Constitucional, existe una parte conocida como *ratio decidendi* que se expresa como un razonamiento lógico de las motivaciones o fundamentos que llevan a la toma de la resolución, el *obiter dictum* que son los argumentos adyacentes que coadyuvan en mayor o menor medida al fundamento principal del fallo y la *decisum* que se refiere a la decisión tomada en el caso concreto'. Respecto a la vinculatoriedad de las autoridades judiciales, se da en situaciones similares, de las *rationes decidendi* o fundamentos que son decisivos y relevantes del fallo, por constituir el precedente vinculante y la base de la decisión. Todo en el marco de lo dispuesto por el art. 121-11 de la Constitución Política del Estado, norma suprema con la que concuerda la previsión contenida en el art. 44-1 de la Ley del Tribunal Constitucional"... Dentro de ese contexto, la SC 1781/2004-R, de 16 de noviembre, manifiesta lo siguiente: "El respeto a los precedentes por parte del propio juez o tribunal, como por los demás jueces y tribunales inferiores, que preserva la seguridad jurídica y la coherencia del orden jurídico; protege los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas evitando variaciones injustificadas o caprichosas de los criterios de interpretación;

precautela el valor supremo de la igualdad, impidiendo que casos iguales, con identidad de los supuestos fácticos, sean resueltos de manera distinta; ejerce control de la propia actividad judicial, imponiendo a los jueces y tribunales mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Empero, cabe advertir que esta obligatoriedad de los precedentes no es un valor absoluto, pudiendo los jueces y tribunales apartarse de sus propios precedentes sin importar discrecionalidad, sino con la limitación de la debida y adecuada fundamentación de las razones que llevan a distanciarse de sus decisiones previas, por lo que el principio del stare decisis o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no es absoluto"... Finalmente, conforme concluyó la SC 0753/2005-R, de 5 de julio: "(...) el carácter vinculante de las sentencias emerge de la ratio decidendi, pues es en esa parte de la sentencia en la que se consigna la doctrina constitucional y las sub reglas establecidas por el Tribunal Constitucional, los que se convierten en precedentes obligatorios; empero, la aplicación obligatoria de dichos precedentes requiere de la concurrencia de la analogía en los supuestos fácticos; al respecto, este Tribunal en el AC 0004/2005, de 16 de febrero, ha establecido lo siguiente: '(..) la aplicación del principio de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional está sujeta a la regla de la analogía, vale decir que los supuestos fácticos de la problemática resuelta mediante la sentencia constitucional en la que se crea la jurisprudencia sean análogos a los supuestos fácticos de la problemática a resolverse mediante la sentencia en la que se aplicará la jurisprudencia o el precedente obligatorio, desde otra perspectiva, cuando no existe la concurrencia de la analogía entre los supuestos fácticos no puede exigirse la aplicación de la jurisprudencia o el precedente obligatorio...".

Como se puede advertir, el carácter vinculante de la ratio decidendi, no tiene un efecto solo ínter partes; sino tiene un efecto general o erga omnes, por lo que, los criterios asumidos por el Tribunal Constitucional o por los Tribunales de Amparo ratificados por el Tribunal Constitucional, resultan precedente obligatorios para su aplicación en casos análogos; de tal manera que, si para un caso, se dispone constitucionalmente que, se debe pagar pensiones con recursos del Fondo de Riesgo Común, dicho precedente en casos análogos debe asimilarse por todas las autoridades, como en este caso por la APS; sin esperar que, exista siquiera la interposición de otros amparos.

- 3. Supuesto status de "jurisprudencia" y de carácter vinculante y obligatorio de los criterios o resoluciones del EX SIREFI.-** La APS, ahora recién afirma que nunca dijo que las Resoluciones de la Ex SIREFI tenían calidad de Jurisprudencia; cuando en los hechos sí lo hizo y además de manera expresa; sin embargo en contra ruta; nuevamente utiliza criterios asumidos por la EX SIREFI, para fundamentar su accionar en el presente proceso; cuando lo más coherente al reconocer que los fallos o criterios de la EX SIREFI no son jurisprudencia, es NO APLICAR DICHS CRITERIOS AL CASO DE AUTOS; pues, esos criterios corresponden a casos individuales; criterios que al no constituir "jurisprudencia",

no tienen ni porque ser citados en el caso de autos y menos respaldar su decisión en dichos criterios; eso es similar a que un Juez Sumariante Disciplinario sienta las bases de sus resoluciones en criterios de la Autoridad Jerárquica; criterios inaplicables que no tienen ningún status de jurisprudencia para ser aplicados en otros casos; o es como si los Jueces de Instancia en materia ordinaria en vez de basar su Resoluciones en "jurisprudencia constitucional", sienten sus bases de sus resoluciones en Resoluciones de las Salas del Tribunales Departamental de Justicia; más aún si la APS, ya ha realizado un análisis sobre la aplicación de las resoluciones inter (sic) partes y erga omnes; los razonamientos emitidos por la EX SIFERI, deben permanecer y aplicarse *Ínter partes*; pues no tienen la calidad de jurisprudencia; por lo que, si por un lado la APS, se desdice sobre que nunca dijo que las Resoluciones de las EX SIREFI son "jurisprudencia"; resulta ilegal que en contrasentido se la aplique como tal; y peor aún erga homnes; como en el caso de autos pasa, lo que, con el pretexto que: "...las determinaciones emitidas resueltas en grado jerárquico, merecen la atención por el regulador y regulado"; puede ser que el regulador rinda tributo a estas resoluciones, como el regulado en un caso concreto tenga la obligación de darle la atención que se merece; pero, un regulado que no tienen nada que ver con una determinada Resolución Jerárquica, no tiene porqué prestarle siquiera atención a criterios vertidos en otros casos que no le interesa; mucho más si esos criterios son erróneos; más aún si sabe que, no tienen el rango de "jurisprudencia", y por tanto no pueden ser base de ninguna otra resolución en ningún otro caso específico; como "jurisprudencia", o sea, citándola como base; otra cosa es que, el Regulador quiera asumir el mismo criterio sin siquiera citar la base de otra Resolución Jerárquica distinta como si fuera jurisprudencia, y el hacerlo sin duda alguna violenta el principio de seguridad jurídica como el derecho a un debido proceso, conforme los arts.: 115 y 119 de la C.P.E.

En ese sentido, se tiene reconocido por la APS, que las Resoluciones de la EX SIFERI, no son jurisprudencia; por lo tanto con dicho reconocimiento se sobre entiende (sic) que, no tenían por qué ser utilizadas como base de la Resolución sancionadora en el presente caso de autos; como se lo hizo; lo que, tácitamente es una confesión de la ilegalidad con la que, se emitió la Resolución Sancionadora, lo que, contraria el principio de seguridad jurídica como el derecho a un debido proceso, conforme los arts.: 115 y 119 de la C.P.E.

4. Por último, respecto a que, el hecho sancionado referente a la realización de débitos no autorizados de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, supuestamente no impugnado, se tiene que tener presente que es resorte del tema de fondo sancionado; por tanto, la determinación de sobreseimiento, o de dar por bien hecho la utilización de dineros del Fondo de Pensiones, implicaría en sí mismo, el sobreseimiento por la forma de haberlo hecho.

Las pensiones que hasta ahora la AFP se ve obligada a pagar con su peculio, y reciben periódicamente los señores José Martínez Amador y Freddy Yañez

Rivero, **como reconoce reiteradamente la APS son Pensiones por Riesgo Común, por lo tanto su única fuente legal y lógica de financiamiento corresponde a la Cuenta de Siniestralidad;** de otro modo no se llamarían "Pensiones por Riesgo Común" y se trataría de un beneficio otorgado a título privado por la AFP en forma particular, hecho que no se encuentra normado ni la AFP ha otorgado a nadie; para que sin asidero legal la APS tome por una obligación de la Administradora. **Al tratarse de "Pensiones por Riesgo Común" como bien reconoce reiteradamente la APS, corresponde que se financie de la Cuenta de Siniestralidad, porque corresponde a una obligación del Estado;** la AFP no tiene obligación legal ni contractual alguna de pagar pensiones con sus recursos, más aun si las mismas **tienen nombre y apellido: "Pensiones por Riesgo Común", y por lo tanto, una determinada fuente legal de financiamiento: la Cuenta de Siniestralidad o Fondo Colectivo de Riesgos.**

IV. PETITORIO. Por lo expuesto, a V.A. se solicita:

1. Se tenga por interpuesto el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 417-2013, de 24-04-2013 y se remita el mismo ante la autoridad Jerárquica.
2. **A la Autoridad Jerárquica:** Que, en base a la fundamentación de agravios, se disponga la Revocatoria Total de la **Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 417-2013, de 24-04-2013**, conforme lo dispone los arts.: 43-b y 44 del D.S. 27175; declarando en consecuencia el **SOBRESEIMIENTO** de las supuestas transgresiones acusadas.
3. **Entre otras cosas:**
 - a) Se tenga presente que, si bien la AFP, realizó pagos a los Entes Gestores con su patrimonio, no fue para convalidar absolutamente nada; sino lo hizo para no dejar en desprotección a personas que requieren este beneficio, **gasto que de la misma manera corresponde sea resarcido.** Dejando constancia, que los comentarios de la APS respecto a simple documentación contable, que sin criterio relaciona a inconsistencia y reconocimiento de la obligación por parte de la AFP; resultan un exceso fuera de lugar, pues es de su conocimiento que la elaboración operativa contable de los pagos corresponde a personal de mandos medios que responde a la instrucción de pagar, sin obligación de conocer la realidad jurídica o administrativa de fondo. Por lo tanto en las glosas de la documentación especifican la fuente de los recursos, y otros que puedan ser de interés, según su interpretación, sin que corresponda a una verdad jurídica, pues no es de su competencia; la APS pretende confundir al apoyar sus apreciaciones en glosas irrelevantes y sin mayor valor probatorio, en vez de atender la abundante fundamentación jurídica y la responsabilidad que le compete..."

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 20 de junio de 2013 y atendiendo la solicitud formulada por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** en su nota PREV.CG-0795/2013 de 7 de junio de 2013, se llevó a efecto la audiencia de exposición oral

de fundamentos, conforme fuera dispuesta en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 054/2013 de 12 de junio de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota AP/DPC/504/2011 de 16 de febrero de 2011, y "al amparo de lo establecido en el artículo 168 inc. b) de la Ley de Pensiones", el Ente Regulador instruyó a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** "remitir los casos que se encontraban con Recargo impago y con pensión en curso de pago con recursos no provenientes del Recargo".

La ahora recurrente, mediante nota PREV PR RIE 1420/2011, da respuesta al requerimiento supra señalado, reportando -en especial y entre otros-, **dos casos** de Asegurados **sin cobertura por mora del empleador** (Lloyd Aéreo Boliviano) y que derivaron en Recargos, conforme al artículo 33°, inciso b), de la Ley N° 1732 (de Pensiones), empero con Pensión de Invalidez en curso de pago, en cumplimiento a determinaciones de la entonces Corte Superior de Justicia (actuales Tribunal Departamental de Justicia) de Cochabamba.

Los dos casos son los siguientes:

I. Asegurado José Orlando Martínez Amador.-

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), no realizó el pago de la Pensión de Invalidez a favor del Asegurado, por cuanto el mismo:

"...no tiene cobertura para el pago de la pensión de invalidez porque no cumple conjuntamente los requisitos legales de la Ley de Pensiones; este incumplimiento se atribuye al empleador (Lloyd Aéreo Boliviano), porque no pago las contribuciones retenidas del accionante, desde el mes de mayo de 2004..." (Informe presentado en fecha 29 de julio de 2009, por la ahora recurrente ante la Sala Penal Segunda de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, extractado de la Sentencia Constitucional 1256/2011-R de 16 de septiembre de 2011).

Se entiende de ello, que el Asegurado no cumple con los requisitos de cobertura establecidos en el artículo 8° de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, para el Seguro de Riesgo Común, por la mora del Empleador.

Al no acceder a la pensión, el Asegurado interpuso Acción de Amparo Constitucional en fecha 7 de mayo de 2009 por ante la Sala Penal Segunda de la entonces Corte Superior de Justicia de Cochabamba (actual Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba), la que emite la Resolución N° 15/09 de **29 de julio de 2009**, por la cual, a tiempo de conceder la tutela solicitada, dispone " que el (sic) BBVA Previsión AFP S.A. proceda al pago de la pensión de invalidez, **con responsabilidad civil**" (fallo después aprobado por el ex Tribunal Constitucional Plurinacional -actual Tribunal Constitucional Plurinacional- en su Sentencia 1256/2011-R de 16 de septiembre de 2011; negrillas insertas en la presente), y que se fundamenta en que:

"...i) Tratándose el caso del derecho a la pensión, que se traduce en el recurso para la subsistencia del accionante y su familia se remiten al art. 1 de la LP y SC "1337/03" de 15 de septiembre, cuando de manera excepcional procederá la tutela demandada; ii) Con relación a los derechos fundamentales reclamados refirieron los arts. 15.I, art. 35, 45.I, II, III y IV de la CPE y 1 y 2 de la LP; iii) Con respecto al pago del invalidez señalaron lo establecido por el art. 8 de la LP con relación al art. 27 del DS 24469; iv) La Ley de Pensiones establece que el afiliado debe cotizar mensualmente el 10% de su total ganado, prima que debe ser pagada mensualmente a las AFP; v) Cuando el afiliado tiene dependencia laboral, el empleador actúa como agente de retención y está obligado a pagar las cotizaciones, primas y para el caso de incumplimiento de ese pago a esta entidad, debe seguir el proceso ejecutivo al empleador que no ha cumplido; vi) El hecho de que el empleador no haya depositado las retenciones para el seguro a largo plazo, no es motivo para rehuir el pago de las prestaciones; y, vii) En reiteradas sentencias constitucionales se estableció que independientemente del pago o no de las primas por parte del empleador, el beneficiario debe gozar de la cobertura que por el derecho le corresponda ya que su situación no depende del no pago de prestaciones por la negligencia administrativa de su empleador, aspecto que no tiene que afectar al trabajador..."

De la misma Sentencia Constitucional 1256/2011-R, se establece que a tiempo de interponerse la Acción de Amparo Constitucional (7 de mayo de 2009), el Asegurado alegó, entre otras cosas, que:

"...habiéndose apersonado a la citada Administradora de Pensiones en reiteradas oportunidades, solicitando se cumpla con el pago de su renta de invalidez, recibiendo únicamente respuestas dilatorias, rehuendo sistemáticamente cumplir con el pago de su renta, vulnerando sus derechos fundamentales y garantías constitucionales..."

Y luego, ya en oportunidad de la audiencia de 29 de julio de 2009, el accionante amplía su demanda, señalando que:

“...2) No se puede suplir la negligencia que tuvo la Administradora de Pensiones, teniendo ya, los juicios ganados, no siendo impedimento para cumplir con una obligación establecida en la Constitución Política del Estado...”

En la misma audiencia, cuando tocó referirse al informe presentado por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, el mismo abunda en aspectos técnicos que hacen al pago de la pensión sobre el caso concreto, empero nada señala sobre esos dos alegatos, que no están referidos al reclamado pago de la pensión, sino a la conducta -a la que se califica de negligente- de la ahora recurrente, dando lugar a la supra señalada Resolución 15/09 del Tribunal de Garantías (después confirmada por el Tribunal Constitucional), la que más allá de haber concedido la tutela reclamada, lo hace estableciendo la “**responsabilidad civil**” de la Administradora de Fondos de Pensiones, entonces atribuyendo a sus actuaciones el daño que ha aquejado el Asegurado.

II. Asegurado Freddy Erick Yañez Rivero.-

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), no pagó la Pensión de Invalidez a favor del mismo, porque:

“...de los requisitos de cobertura por el afiliado, mismos que están detallados en el art. 8 de la LP y de los cuales, el accionante incumplió los contenidos en los incisos c) y d), pues el Dictamen 3359/2007, estableció la fecha de siniestro el 18 de abril de 2007 y la última prima pagada por LAB S.A. fue del mes de abril de 2004; (...) Este incumplimiento atribuido al empleador del accionante, radica en la falta de pago de las contribuciones retenidas desde el mes de mayo de 2004 hasta la fecha...” (Informe presentado en fecha 19 de agosto de 2009, por la ahora recurrente ante la Sala Penal Primera de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, extractado de la Sentencia Constitucional 1278/2011-R de 26 de septiembre de 2011).

Por su mérito, el Asegurado interpuso Acción de Amparo Constitucional en fecha 25 de mayo de 2009, por ante Sala Penal Primera de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba (actual Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba), la que emite la Resolución de **19 de agosto de 2009**, la que declara procedente la acción de amparo constitucional, disponiendo " que la "AFP Previsión S.A." cancele la pensión de invalidez a favor del accionante" (fallo después aprobado por el ex Tribunal Constitucional Plurinacional -actual Tribunal Constitucional Plurinacional- en su Sentencia Constitucional 1278/2011-R de 26 de septiembre de 2011), y que se fundamenta en que:

“...i) Fredy (sic) Erik Yañez Rivero, trabajó en LAB S.A. por espacio de veinte años antes de sufrir el impedimento que le causó su invalidez, deduciéndose que cumplió con los requisitos señalados en la norma citada y está exento de responsabilidad alguna sobre la renuencia de su empleador; esta afirmación no fue rebatida por la parte demandada, al alegar que el único óbice para

negar la pensión de invalidez a favor del accionante, fuera la mora en la que incurrió el LAB S.A. en su calidad de agente de retención; ii) Sin embargo, cabe destacar que las AFP's cuentan con los medios legales para compeler al pago de las contribuciones pertinentes a través del proceso ejecutivo social; mismo que fue promovido por la AFP BBVA Previsión S.A., demandando a LAB S.A. el pago de los fondos retenidos; radicando la causa respectiva al accionante, - en grado de apelación-, en la Sala Social y Administrativa de la Corte Superior del mismo Distrito Judicial; y, iii) Por lo expuesto, correspondería resolver la acción de amparo constitucional bajo el tenor de la SC 0980/2005-R de 19 de agosto, enfatizándose que de acuerdo al contrato de prestación de servicios suscrito entre la "Aseguradora PREVISION S.A." y el Estado Boliviano, las AFP's quedan obligadas al pago de las prestaciones con recursos provenientes del fondo de capitalización individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad, de riesgos profesionales y de mensualidades vitalicias, debiendo la parte demandada, recurrir a la que correspondiere para dar cumplimiento a lo ordenado..."

Dados los caracteres de inexcusabilidad y obligatoriedad en su cumplimiento, que caracteriza a las Sentencias Constitucionales (Art. 15º, Ley N° 254 de 5 de julio de 2012, del Código Procesal Constitucional, cuyo precedente es el Art. 8º, Ley N° 027 de 6 de julio de 2010, del Tribunal Constitucional Plurinacional), **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** se ha visto compelida a efectivizar el pago de las Pensiones de Invalidez a los dos Asegurados; para ello, conforme se evidencia del expediente administrativo, ha utilizado recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad (ahora Fondo Colectivo de Riesgos) en un monto -hasta el mes de marzo de la gestión 2011- de Bs362.139,48 (TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CIENTO TREINTA Y NUEVE 48/100 BOLIVIANOS) entre los dos casos, no obstante que, conforme lo señala la resolución recurrida:

"...en ninguno de los casos imputados, la AFP debía proceder a pagar la prestación de Riesgo Común con los recursos de la Cuenta de Siniestralidad, porque ninguno cumplía con los requisitos del artículo 8 de la Ley de Pensiones, por mora del empleador..."

Asimismo, el numeral 8.6. del Contrato de Prestación de Servicios suscrito por la Administradora de Fondos de Pensiones, compromete a la misma a pagar y cumplir con las prestaciones y beneficios "según corresponde de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias", como que el uso de los fondos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad (ahora Fondo Colectivo de Riesgos) que ha realizado **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, a pesar que los Asegurados no cumplían con los requisitos de cobertura por mora del empleador, no se encuentra entre las permisiones establecidas por la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 7 de marzo de 2001, menos aún por el propio Contrato señalado.

Es pertinente recordar que la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109, aprueba el Manual y Plan de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual, cuya cuenta "Cuotas de Otros

Fondos y Cuentas" (Código 3.5.1.01), en concreto a lo referido a la facultad de realizar débitos contra las mismas, establece que:

"...1. Por la devolución de aportes de los fondos, por los siguientes conceptos:

- *Desembolsos que realiza el FCI por concepto de pago de beneficios de RC, RP y RL, por invalidez, muerte y gastos funerarios.*
- *Desembolsos por pago de pensiones y otros beneficios por cuenta del MW.*
- *Desembolsos que realiza el FCI por cuenta de los fondos a la Dirección General de Pensiones.*
- *Por la transferencia a las entidades aseguradoras. Por cuenta de RP, RC y RL.*
- *Financiamiento de gastos médicos y traslados para evaluación y calificación de invalidez RP, RC y RL.*
- *Devolución de aportes al FCC.*

2. Por la transferencia mensual a Prestaciones por Pagar correspondiente a las pensiones de aquellos afiliados que optaron por la modalidad MW, con crédito a la cuenta "(sic) Cuota de otros fondos.

3. Por la reclasificación desde la cuenta "Resultado del fondo" para reflejar el saldo al valor de la última cuota. Su contabilización se efectuará sólo en bolivianos.

4. Por la reversión de los beneficios no cobrados..."

Presupuestos únicos a los cuales no se acomoda la conducta de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, entonces en infracción a tal norma, justificando la imposición de la sanción en su contra.

Tales extremos han determinado que, sustanciada la nota de cargos de la forma señalada por los artículos 67° y 68° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros pronuncie la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 258-2012 de fecha 27 de abril de 2012, por la que (entre otros):

- Sanciona a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** "con una multa en Bolivianos equivalente a \$us10.000,00 (DIEZ MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES)" (Art. 1°, Par. I).
- Dispone que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, reponga a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual "con recursos propios", los recursos utilizados para el pago a los dos Asegurados, más su rentabilidad correspondiente (Art. 1°, Par. II).
- Dispone también que, sin perjuicio de tal reposición, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** continúe

pagando la prestación otorgada a los tres Asegurados “conforme a las órdenes judiciales, con recursos propios” (Art. 1º, Par. IV).

Contra tal Resolución Administrativa (APS/DJ/DPC/Nº 258-2012), **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** ha interpuesto Recurso de Revocatoria en fecha 15 de junio de 2012, y ante la confirmación total de la primera en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 417-2013 de fecha 24 de abril de 2013, el Recurso Jerárquico que a continuación, se pasa a considerar y resolver.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. La garantía del debido proceso.-

En principio, el Recurso Jerárquico de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, en su numeral III (“ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN LEGAL DE AGRAVIOS”) e inmediatamente después a tal título, realiza una prefación a sus alegatos (a los que después va a dividir en los sub numerales 1, 2, 3 y 4), parafraseando a la Sentencia Constitucional SC-1281/2010-R, y en alusión a la garantía del debido proceso, para luego señalar, que:

“...la APS, niega la posibilidad de que, en casos de asegurados sin cobertura por mora del empleador, se pueda pagar con recursos de la Cuenta de Siniestralidad; (...)

...la AFP, NO pidió que se aplique a las Sentencias Constitucionales 1256/2011, de fecha 16-09-11 y 1278/2001 de fecha 26-09-2011; sino pidió que se aplique AL PRESENTE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR...”

Si bien el Recurso Jerárquico invoca también, cual agraviado, el derecho a la seguridad jurídica, lo hace siempre “como parte del derecho, garantía y principio constitucional al Debido Proceso, dispuesto por el art. 115 de la C.P.E.”; no obstante, tal proposición adolece de orden, por cuanto, deduce el derecho a la seguridad jurídica como parte de la garantía del debido proceso, cuando contrariamente a ello, la garantía del debido proceso es, inductivamente, una manifestación (entre otras) del derecho a la seguridad jurídica.

En efecto; cuando Cabanellas, en su *Diccionario*, define a la seguridad jurídica, como a:

“...La estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho...”

Determina que el derecho a la seguridad jurídica, hace al ejercicio del Derecho Positivo en general, sea en lo sustancial o sea en lo adjetivo, mientras que la garantía del debido proceso, como expresión de una aspiración circunscrita a lo procesal (nótese que los Arts. 115º-II y 117º-I de la Const. Pol. del Estado -Primera Parte, Título IV, Capítulo Primero: *Garantías jurisdiccionales*- están referidos, precisamente, a la garantía del debido proceso, como una

jurisdiccional) se va a integrar al derecho a la seguridad jurídica como parte del mismo, y no a la inversa, como sugiere la recurrente.

En cuanto al debido proceso y con la precisión que importa su desarrollo en *Principios de Derecho Administrativo* (autores varios, publicación de este Ministerio), es pertinente citar que el mismo es:

“... (La) *Garantía constitucional que le asiste al administrado, **de ser procesado** ejerciendo sus derechos a la defensa, a ser oído, a producir prueba, a conseguir resoluciones fundamentadas y en sí **a un proceso conforme a las leyes** (...)*

Es un principio de esencia constitucional pues, resguarda el derecho a la defensa en juicio, consagrado en los artículos 115°, parágrafo II (garantía del debido proceso), 117°, parágrafo I (juzgamiento en un debido proceso), 119° (igualdad de las partes y derecho a la defensa) y 120° (derecho a ser oído en juicio) de la Constitución Política del Estado.

En dicha línea constitucional de razonamiento, las actuaciones administrativas deben ser el resultado de un debido proceso, donde los administrados, regulados, o terceros que sean parte del mismo, tengan las más amplias oportunidades de expresar, fundamentar, defenderse, de presentar y solicitar las pruebas que demuestren sus derechos, claro con plena observancia de las disposiciones que regulan la materia y respetando los términos y etapas procesales previstas.

*En tal sentido, el debido proceso es una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento **el respeto a las formas** propias de cada trámite, por lo que se configura su infracción cuando el Administrador, sea expresa o tácitamente, por acción u omisión, no da lugar al cumplimiento del procedimiento o restringe los derechos que le asisten al administrado previstos en la norma constitucional, legal, reglamentaria o regulatoria.*

*Por tanto, es obligación constitucional de la Administración Pública en un Estado de Derecho, observar el debido proceso en todas sus actuaciones, como garantía fundamental a favor de los administrados, conforme lo disponen los artículos 4°, inciso 'c' (La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso), y -en cuanto a su facultad sancionadora- 76° (No se podrá imponer sanción administrativa alguna a las personas, sin la previa **aplicación de procedimiento** punitivo establecido en la presente Ley o en disposiciones sectoriales aplicables) de la Ley N° 2341.*

*El fundamento para ello radica en el hecho que, **el debido proceso procura la observancia de las formas propias de cada trámite**, resultando en el deber de la Administración Pública tal observancia y dotando de seguridad jurídica procesal al trámite en concreto...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

El debido proceso es, entonces, eminente y fundamentalmente, **una garantía procesal**, mientras que los alegatos de la recurrente (contenidos en los numerales 1, 2, 3 y 4 de su Recurso, no existiendo expresión de agravio alguno que, en concreto, haga al orden procesal) atacan a determinados extremos **sustanciales** que allí constan, conforme se desarrollan a continuación, por lo que en definitiva, así como no consta que en el caso, contrariamente a lo señalado por la recurrente, hubiera existido infracción a los principios de debido proceso, seguridad jurídica y legalidad, tampoco existen fundamentos reales con respecto a lo mismo.

2.2. Aplicación de la Sentencia Constitucional SC-1649/2011 de 21 de octubre de 2011.-

El Recurso Jerárquico de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, en el numeral 1 de su parte III, acerca de los "ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN LEGAL DE AGRAVIOS", señala que sí se ha establecido - "categóricamente"-, por parte de un Tribunal de Amparo, la posibilidad del pago de la prestación, con el fondo de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.

Para ello, alega que tal criterio (correspondiente al "caso Buchón"-caso distinto al de autos-):

"...ha sido ratificado por la SC-1649/2011-R, de 21-10-2011 a fs. 328-337; por lo que, el Tribunal de Amparo mediante Resolución de 20-11-2009, si ha mencionado de manera categórica lo siguiente: "(...) que la AFP pague con el Fondo de Siniestralidad en la subcuenta correspondiente a riesgo común"; (...) al respecto, corresponde verificar si dicho lineamiento jurisprudencial es aplicable o no de manera retroactiva al caso de autos."

Seguidamente, en su numeral 2, pasa a realizar tal verificación, de la siguiente manera:

*"...la AFP, le pidió a la APS, que aplique la SC-1649 AL CASO DE AUTOS; dentro del **PRESENTE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR** que ESTA EN CURSO y no tiene calidad de "cosa juzgada", (...)*

...el criterio jurisprudencial generado por la SC-1649/2011, de 21-10-2011 (...) se puede aplicar perfectamente AL CASO DE AUTOS; (...) para determinar si la AFP, hizo bien o mal en utilizar los recursos del Fondo de Pensiones para pagar pensiones por órdenes judiciales; (...) la APS, no puede pretender que, el Administrador (AFP); asuma la Obligación del Estado de pagar Pensiones; cuando la AFP, lo único que hace es administrar esos dineros y POR CUENTA DEL ESTADO, (...)

...la APS, se olvida que, las mismas tampoco disponen que, sea la AFP, en su calidad de Administrador que pague esas pensiones con su patrimonio o con la comisión percibida por la administración y sin ninguna base jurídica la APS, pretende obligar a la AFP, que asuma ese gasto; (...) cuando se le pide a la APS, en su calidad de regulador que, disponga el procedimiento de reposición de esos dineros erogados; simplemente no lo hace; (...)

... las Sentencias Constitucionales **Si tienen efecto retroactivo**, y se aplican perfectamente AL CASO DE AUTOS QUE ES UN PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SIN CALIDAD DE COSA JUZGADA, el lineamiento jurisprudencial generado por la SC-1649/2011-R, de 21-10-2011; (...) lo mencionado por la APS que menciona "...Habiéndose al presente sido determinada la responsabilidad de que es la AFP quien debe pagar la prestación con sus propios recursos"; es una simple muestra más de ilegalidad y soberbia; pues, la APS, no puede determinar simple y llanamente que la AFP, pague con su patrimonio, sino que, debe fundamentar legalmente porque tuviera que hacerlo, lo que, no tiene ninguna base legal; (...)

... el carácter vinculante de la ratio decidendi, no tiene un efecto solo ínter partes; sino tiene un efecto general o erga omnes, por lo que, los criterios asumidos por el Tribunal Constitucional o por los Tribunales de Amparo ratificados por el Tribunal Constitucional, resultan precedente obligatorios para su aplicación en casos análogos;..."

Lo anterior tiene que ver con lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 471-2013 de 24 de abril de 2013 (ahora recurrida), en sentido que:

"...los dos (2) pronunciamientos constitucionales señalados arriba no disponen que el pago de las prestaciones de invalidez sea con recursos de la Cuenta de Siniestralidad. Asimismo, es importante resaltar que los dos (2) casos cuentan con pronunciamiento firme en sede constitucional que resuelve el problema jurídico previsional y determina responsabilidades para la AFP con anterioridad al caso constitucional que refiere BBVA Previsión AFP S.A. (...)

...la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011 que corresponde al caso del Asegurado Buchón, al ser un pronunciamiento posterior a los emitidos para aquellos casos correspondientes a los Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero, no aplica ni modifica lo ya resuelto (...)

(...) el pretender que se aplique la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011 a controversias ya resueltas con anterioridad y firmes, resulta ser un entendimiento irracional, cuando se conoce que los casos imputados en el presente cargo, tienen la calidad de **cosa juzgada** formal y material, adquirida mucho antes del pronunciamiento constitucional al que hace referencia el regulado. (SC 1256/2011-R de 16 de septiembre de 2011 y SC1278/2011-R de 26 de septiembre de 2011) (...)

... las Sentencias Constitucionales pronunciadas en los recursos de amparo constitucional, constatan en revisión si hay una efectiva vulneración de derechos fundamentales, **tienen el valor de precedente para casos análogos futuros**

(...) las determinaciones con calidad de **cosa juzgada** del Tribunal Constitucional Plurinacional deben ser cumplidas en la medida en que han sido dispuestas; en tal sentido se tiene que el Contralor de la constitucionalidad ha determinado

taxativamente que, para los casos Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero, BBVA Previsión AFP S.A. proceda al pago de las pensiones de invalidez(...)

...el presente proceso administrativo sancionador no está planteado con qué recursos debe la AFP pagar las prestaciones de invalidez en los dos casos imputados; sino por el uso arbitrario de la Cuenta de Siniestralidad para pagar pensiones de Asegurados que no cumplen requisitos legales debido a la mora del empleador; siendo que por norma, éstas se pagarán con los recursos que llegue a cancelar el empleador moroso (...)

(...) la AFP no tomó en cuenta que para ninguno de los dos (2) casos imputados, debía proceder a pagar una prestación de Riesgo Común a un Asegurado que no cumple los requisitos del artículo 8 de la Ley Nro.1732 de Pensiones por mora del empleador, con los recursos de la Cuenta de Siniestralidad (Principio de Legalidad vulnerado por la AFP se someter sus actuaciones al que dispone la norma -requisitos- para proceder al pago con recursos del FCI) (...)

(...) los casos de los Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero, en los cuales se establece expresamente que sea el regulado quien pague las pensiones de invalidez, no refiriéndose de ninguna manera al uso de fondo alguno del FCI.

(...) la obligatoriedad del cumplimiento de los fallos de las Sentencias Constitucionales por el regulado es indubitable, resaltando que en ninguno de los dos (2) casos en cuestión, el Tribunal de Amparo ha establecido categórica y expresamente que se pague la prestación con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, utilizada ilegalmente por la AFP, considerando que ésta sólo puede disponerse conforme a norma, para casos que cumplan requisitos..."

De ello se conoce que, la controversia principal (sino la fundamental), consiste en establecer si un determinado criterio -contenido en la Resolución a la Acción de Amparo Constitucional interpuesta por el señor Ronald Erick José Buchón Conzelman- emitido en fecha 20 de noviembre de 2009 por la Sala Social y Administrativa de la ex Corte Superior de Justicia (ahora Tribunal Departamental de Justicia) del Distrito Judicial de Santa Cruz, , en sentido que "la AFP pague con el Fondo de Siniestralidad en la subcuenta correspondiente a riesgo común", es aplicable a los dos casos objeto de la controversia presente, la que hace a un proceso sancionatorio.

Entre los varios fundamentos que el Ente Regulador utiliza en su tentativa de desvirtuar ello, advierte que, habiéndole correspondido a la Resolución de 20 de noviembre de 2009 la lógica del artículo 64° de la Ley N° 27 de 6 de julio de 2010 (a tal data vigente), referida a su revisión por parte del ex Tribunal Constitucional (ahora Tribunal Constitucional Plurinacional), la correspondiente Sentencia 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, si bien aprueba aquella, empero nada dice -no confirma, se diría- sobre el uso del Fondo de Siniestralidad en la subcuenta correspondiente a riesgo común para tal fin.

No obstante, tal criterio no es admisible, por cuanto, la aprobación que ha realizado el Tribunal Constitucional en general, a toda la Resolución de 20 de noviembre de 2009, por los motivos que en la primera se señalan (así no se mencione entre ellos expresamente el tema que después iba a hacer a la controversia presente), importa también e intrínsecamente, la aprobación de todos y cada uno de los extremos allí contenidos, de manera tal que, no constando en contrario, alguna aclaración especial por parte de ese alto Tribunal, no existe razón para considerar que la determinación sobre el pago de los derechos que le asisten al señor Ronald Erick José Buchón Conzelman, vayan a imputarse, por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones, contra “*el Fondo de Siniestralidad en la subcuenta correspondiente a riesgo común*”.

Consiguientemente, para cualquier efecto, esa última determinación conforma, efectivamente, la Sentencia 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, así sea que quien la hubiera pronunciado expresamente, sea el Tribunal de Garantías Constitucionales, antes que el propio Tribunal Constitucional.

Por otra parte, corresponde aclarar que la vinculatoriedad a la que se refiere el parágrafo II, artículo 15° de la Ley N° 254 de 5 de julio de 2012, del Código Procesal Constitucional, hace a **las razones jurídicas** (no a las decisiones en sí mismas), que pudieran ser comunes a las Sentencias Constitucionales, en el presente caso, las correspondientes a los casos de los dos Asegurados de la controversia, con la del Asegurado Ronald Erick José Buchón Conzelman, lo que no debe confundirse como si la norma señalada, impusiera una aplicación automática, irrazonada, única y exclusiva de la jurisprudencia constitucional, sino que, siendo cada caso distinto, exige además la consideración de otros fundamentos existentes, también de trascendencia jurídica, que necesariamente deben pesar en la decisión.

En lo que hace a la cosa juzgada en la que busca ampararse la recurrida, entendida la misma como “*la inmutabilidad del mandato que nace de una sentencia*” (Liebman), es preciso señalar que esos mandatos para el caso de autos, los constituyen las Resoluciones de los Tribunales de Garantías Constitucionales N° 15/09 de **29 de julio de 2009** (por la cual se dispone “*que el (sic) BBVA Previsión AFP S.A. proceda al pago de la pensión de invalidez*” en favor del Asegurado José Orlando Martínez Amador) y -sin número- de **19 de agosto de 2009** (la que dispone “*que la “AFP Previsión S.A.” cancele la pensión de invalidez a favor del accionante*” Freddy Erick Yañez Rivero).

A la vez, la inmutabilidad está dada, necesariamente, en función temporal, por cuanto, así como la Resolución contiene una voluntad imperativa, un mandato, tal eficacia no puede per se impedir a un juzgador posterior, investido también de la plenitud de los poderes ejercitados por quien dictó la Resolución, examinar de nuevo el caso decidido y juzgar de un modo diferente, sino que, sólo una razón de utilidad política y social, interviene para evitar esta posibilidad haciendo el mandato inmutable cuando el proceso haya llegado a su conclusión, mediante la preclusión de las impugnaciones contra la Resolución; en esto consiste, la autoridad de la cosa juzgada: **en la inmutabilidad del mandato que nace de la Resolución.**

Por tanto, es desde fechas **29 de julio de 2009** para el caso del Asegurado José Orlando Martínez Amador, y **19 de agosto de 2009** para Freddy Erick Yañez Rivero, que son

inmutables las correspondientes decisiones, referidas al pago de las pensiones por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones, las que no precisando que deba hacérselo contra algún fondo en específico, y a la vez, teniendo los fondos que la ahora recurrente administra, un destino concreto, resulta en su deber de hacerlo con sus recursos propios, determinaciones éstas que, en virtud de lo supra señalado, **son inmutables**, no pidiendo influir sobre las mismas una determinación posterior (como lo es la Sentencia 1649/2011-R de **21 de octubre de 2011**).

En tal sentido, se aclara a la recurrente que, si bien el presente proceso administrativo sancionatorio, no encuentra aún firmeza en sede administrativa (figura jurídica equivalente a la cosa juzgada, empero y en definitiva distinta), no le está dado a la Resolución que le corresponda al mismo, expresada ahora en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, **mutar** lo que ya antes ha dispuesto, sobre lo mismo, una autoridad, en su momento competente para ello (como lo son los Tribunales de Garantías Constitucionales).

Amén de todo ello, queda determinado que, admitidas y reconocidas por la recurrente y la recurrida, tanto la retroactividad como la vinculatoriedad de las Sentencias Constitucionales, empero que las mismas son intrascendentes frente a la cosa juzgada (entonces no haciendo estos extremos precisos a la controversia), el análisis presente, debe centrarse en establecer si:

- Como señala la recurrida, al resultar las Sentencias Constitucionales 1256/2011-R de 16 de septiembre de 2011 (en el caso del Asegurado José Orlando Martínez Amador) y 1278/2011-R de 26 de septiembre de 2011 (en cuanto al Asegurado Freddy Erick Yañez Rivero) anteriores a la 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011 (del señor Ronald Erick José Buchón Conzelman), el criterio especial señalado de esta última -sobre el pago de las pensiones correspondientes contra el Fondo de Siniestralidad en la subcuenta correspondiente a riesgo común-, no le es aplicable a las primeras.
- O si, como dice la recurrente, no obstante la cosa juzgada constitucional que la simple existencia de esa Sentencias Constitucionales importa, si es aplicable al caso el criterio especial de la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, por cuanto, el proceso administrativo sancionatorio presente -ahora en fase recursiva- no se encuentra ejecutoriado.

Este último criterio determina además, establecer que las Sentencias Constitucionales 1256/2011-R de 16 de septiembre de 2011 (en el caso del Asegurado José Orlando Martínez Amador) y 1278/2011-R de 26 de septiembre de 2011 (en cuanto al Asegurado Freddy Erick Yañez Rivero), al no poder ser recurridas ulteriormente (Ley N° 27, del Tribunal Constitucional Plurinacional, Art. 8°, vigente a tal data), han alcanzado la calidad de cosa juzgada, por tanto, independientemente de que el proceso sancionatorio no tenga aún una decisión firme, se debe establecer cuáles las determinaciones en concreto de aquellas Sentencias Constitucionales que, en lo que interesa al caso, han adquirido la calidad de verdad jurídica inmodificable y que por tanto, no son susceptibles de ser modificadas al presente.

Así:

- La Resolución N° 15/09 de 29 de julio de 2009, pronunciada por la Sala Penal Segunda de la entonces Corte Superior de Justicia de Cochabamba (actual Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba) y aprobada por la Sentencia Constitucional 1256/2011-R de 16 de septiembre de 2011, dispone "que el (sic) BBVA Previsión AFP S.A. proceda al pago de la pensión de invalidez, **con responsabilidad civil**" (negrillas insertas en la presente) a favor del Asegurado José Orlando Martínez Amador.
- La Resolución (sin número) de 19 de agosto de 2009, pronunciada por la Sala Penal Primera de la entonces Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba (actual Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba) y aprobada por la Sentencia Constitucional 1278/2011-R de 26 de septiembre de 2011, ha determinado "que la "AFP Previsión S.A." cancele la pensión de invalidez a favor del accionante", este es, el Asegurado Freddy Erick Yañez Rivero.

Como se desprende de lo anterior y a diferencia de lo que después expresamente (al caso del señor Ronald Erick José Buchón Conzelman) iba a establecer la Resolución de fecha 20 de noviembre de 2009, emitido por la Sala Social y Administrativa de la ex Corte Superior de Justicia (ahora Tribunal Departamental de Justicia), del Distrito Judicial de Santa Cruz, y aprobada por la Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, en los casos de los fallos constitucionales que favorecen a los Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero, no existe disposición en sentido que "la AFP pague con el Fondo de Siniestralidad en la subcuenta correspondiente a riesgo común", limitándose ambas a ordenar que sea la Administradora de Fondos de Pensiones la que "proceda al pago de la pensión de invalidez", o que "cancele la pensión de invalidez", entonces, no existiendo en ese momento mayor determinación al respecto, sólo pudiéndose hacerlo con recurso propios de la ahora recurrente, conforme le fuera ordenado.

Siempre en el plano de las diferencias, se debe hacer constar que, la disposición especial de la Resolución de fecha 20 de noviembre de 2009 y de su consiguiente Sentencia Constitucional 1649/2011-R de 21 de octubre de 2011, en sentido que "la AFP pague con el Fondo de Siniestralidad en la subcuenta correspondiente a riesgo común", no obedece a una actuación oficiosa del Tribunal de Garantías Constitucionales, sino que para ello, y como señala la propia ahora recurrente:

"...Acto seguido hace uso de la palabra el Vocal del Tribunal Dr. Jorge von Borries Méndez que dijo: **La parte recurrida -o sea, PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)- pide conforme el Art. 196 del Código de Procedimiento Civil complementación y aclaración del fallo emitido**, éste Tribunal complementa la disposición, indicando que la AFP pague con el Fondo de Siniestralidad en la subcuenta correspondiente a riesgo común..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Derecho procesal a la complementación y enmienda que, como medio procesal idóneo a favor de la ahora recurrente, no se observó en cuanto a las disposiciones de las Resoluciones Nros. 15/09 de 29 de julio de 2009 y (sin número) de 19 de agosto de 2009, que hacen al caso, por tanto, corresponde a su responsabilidad la inexistencia, para estos dos casos, de

una disposición similar al del señor Ronald Erick José Buchón Conzelman, que eventualmente, aunque no concluyentemente, pudo ampararla de la forma que ahora quiere hacer valer, siendo particularmente llamativo que las audiencias llevadas a efectos de las correspondientes acciones de amparo, se hubieran desarrollado “*en ausencia del representante de la entidad demandada*” (Sentencia Constitucional 1256/2011-R de 16 de septiembre de 2011), y “*en ausencia del codemandado Gerente General de la misma Institución*” (Sentencia Constitucional 1278/2011-R de 26 de septiembre de 2011), infiriéndose de ello que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** no consideró a los casos con la importancia debida.

Recuérdese el caso de la Sentencia Constitucional 1256/2011-R de 16 de septiembre de 2011, acerca de la Acción de Amparo Constitucional interpuesta por el Asegurado José Orlando Martínez Amador, la que estableció la “**responsabilidad civil**” de la Administradora de Fondos de Pensiones, en el daño que ha aquejado al Asegurado, entonces siendo imputable a la misma la falta de cobro al Empleador incumplido.

En todo caso, no es que los Tribunales de Garantías Constitucionales, el Tribunal Constitucional Plurinacional o la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, pretendan “*que, el Administrador (AFP); asuma la Obligación del Estado de pagar Pensiones*”, sino que, como dejó constancia el Regulador en su nota APS/DJ/DPC/4882/2011 de 15 de noviembre de 2011 (prueba presentada por la recurrente):

“...**Al punto 4.-** El origen de los recursos para el pago de las prestaciones para casos que no cumplen requisitos previstos por norma, es el Recargo que pague el o los empleadores que originaron la mora...”

Asimismo, y más allá de ahora pasar por alto la recurrente, la existencia *Contrato de la AFP, con el Estado*”, no obstante haberlo así ofrecido en calidad de prueba “(nota PREV-OP-1815/2011 de 2 de diciembre de 2011), tal contrato le obliga a la debida observancia de las responsabilidades y de la normativa que le es inherente, entonces a su incumplimiento (que consta en la -sancionatoria- Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 258-2012 de 27 de abril de 2012), ha correspondido la imposición de la sanción.

Por otra parte, debe de tenerse en cuenta que, en su legítima oportunidad, ha tenido plena vigencia la disposición del artículo 22º de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, (precedente del actual Art. 6º de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010), referida a que “*Los bienes que componen los fondos sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley*”, y en definitiva, la forma en que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** ha procedido para los casos de sus Asegurados José Orlando Martínez Amador y Freddy Erick Yañez Rivero, no guarda conformidad con dicha prescripción, conforme lo ha señalado la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

En líneas generales, se infiere que este comprendido, entonces de base legal, conlleva sus propias dificultades para **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, las que sin embargo, son propias de la administración financiera contable de las pensiones y que, dentro de ello, tiene sus propias soluciones; en todo caso,

lo mismo no hace a la órbita del presente proceso sancionatorio, ahora recursivo, por lo que no amerita mayor consideración.

En definitiva, el agravio expresado resulta infundado.

2.3. Validez de los precedentes de Regulación Financiera.-

Alega también el Recurso Jerárquico, en su numeral 3, que:

"...La APS, (...) utiliza criterios asumidos por la EX SIREFI, para fundamentar su accionar en el presente proceso; cuando lo más coherente al reconocer que los fallos o criterios de la EX SIREFI no son jurisprudencia, es NO APLICAR DICHOS CRITERIOS AL CASO DE AUTOS (...) el hacerlo sin duda alguna violenta el principio de seguridad jurídica como el derecho a un debido proceso, conforme los arts.: 115 y 119 de la C.P.E. ..."

Esto tiene que ver con lo señalado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 417-2013 de fecha 24 de abril de 2013 -ahora recurrida-, en sentido que:

"...es importante dejar en claro al regulado que, en ningún momento esta Autoridad ha considerado a las Resoluciones Administrativas emitidas por la Autoridad que resuelve Recursos Jerárquicos como jurisprudencia, siendo trivial y erróneo el criterio de comparación adoptado por la AFP. Lo mismo ocurre con el concepto equívocamente utilizado del criterio vinculante.

Por el contrario, en primera instancia ya se dijo que las resoluciones emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas o aquellas de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI, se rigen conforme al artículo 60 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003..."

A su vez, ello se origina en lo antes señalado, también por la Autoridad Reguladora, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 258-2012 de fecha 27 de abril de 2012 (sancionatoria), cuando se estableció que:

*"...los criterios asumidos por esta Autoridad en cuanto al pago incorrecto por el regulado de las pensiones para los dos (2) casos imputados y fundamento para fijar la infracción, deviene también del lineamiento establecido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008 de 27 de agosto de 2008, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI y la Resolución Ministerial Jerárquica **MEFP/VPSF/URJ/-SIREFI 006/2009 de 19 de octubre de 2009**, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, los cuales se tiene presente en atención al artículo 69 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, para resolver el presente caso y también a los efectos de la consideración de la **reincidencia** por parte del regulado en cuanto a la recurrencia en la infracción cometida.*

Que la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008 de 27

de agosto de 2008, emitida por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI, determina lo siguiente:

“...8. Mediando culpa de la AFP, como lo expresa Carlos Morales Guillen (Código Civil, Tomo II, pág. 894) “compromete la responsabilidad civil de su autor por el acto u omisión que constituye una falta intencional o no a la obligación contractual, a una disposición de la Ley o al deber que incumbe a la persona de comportarse con diligencia y lealtad en sus relaciones. Supone el discernimiento, o sea, la aptitud del individuo para comprender el alcance de sus acciones, de lo cual deriva la obligación de reparar el daño que con la culpa se causa a otro”.

9. De la simple lectura del concepto anterior se infiere que al haber incurrido la AFP en culpa por negligencia queda obligada, de manera transitoria, a reparar el daño con sus propios recursos, en tanto y en cuanto el empleador pague los montos adeudados por recargo.

10. Esta última decisión se adopta teniendo presente que debe determinarse la fuente de los recursos para proceder al pago de la pensión de invalidez..., y que la autorización del pago mediante el Fondo de Capitalización Individual correspondiente a la cuenta de Siniestralidad solo procede en condiciones normales, cuando un afiliado solicite la prestación de invalidez por riesgo común y cumpla con todos los requisitos determinados por la Ley de Pensiones...”

Ahora, la supra citada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 417-2013 de fecha 24 de abril de 2013, señala que:

“...BBVA Previsión AFP S.A. en su impugnación ingresa en una confusión de conceptos al asimilar el concepto de “jurisprudencia” a las Resoluciones Jerárquicas, cuando éstas si bien son definitivas y agotan la competencia administrativa al establecer el fin de la controversia en esta materia, lo que de ninguna manera significa que el derecho también haya sido ulteriormente definido, quedando pues aún el contencioso administrativo ante la vía ordinaria; por tanto no se ajusta el concepto de jurisprudencia a las determinaciones jerárquicas, al ser susceptibles de ser revisadas por la justicia ordinaria (...)

Los fundamentos de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008 de 27 de agosto de 2008 y la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/-SIREFI 006/2009 de 19 de octubre de 2009, tuvieron su interés en el análisis del presente caso para determinar la responsabilidad de la AFP, la infracción, la reposición instruida a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad y también para establecer el criterio de reincidencia, todo en atención a la normativa vigente...”

Amén de lo razonable de los fundamentos expuestos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la controversia referida a la validez que puedan tener en un caso concreto, los precedentes de Regulación Financiera, es intrascendente por lo ficta,

toda vez que, más allá de la mención sobre contenidos determinados que hubiera hecho el Ente Regulador, sobre una o varias Resoluciones Jerárquicas, no hace a su carácter sustancial esa sola mención, sino el hecho de que quien pronuncia una Resolución Administrativa, refuerce su propia determinación, al hacer suyos los criterios contenidos en los precedentes señalados, es decir, que el contenido de esos precedentes se tengan ahora como el contenido de la nueva Resolución Administrativa, siendo como tal, el impugnabile.

Sin perjuicio de ello, en el presupuesto de la estricta observancia del artículo 232° de la Constitución Política del Estado, y no pudiendo pretenderse -interesadamente- que la Administración resulte incongruente o incoherente, en el fundamento y contenido de una determinada decisión, con respecto a sus restantes resoluciones, se debe concluir en el carácter obligatorio que adquieren las resoluciones así emanadas, en su aplicación a casos semejantes.

Por lo demás y salvo la manifestación írrita acerca de haberse considerado (en la calidad que fuere) determinados precedentes de Regulación Financiera, la recurrente no ha expresado agravio concreto, de cómo la utilización de tales precedentes le estuviera ocasionando afectación, lesión o perjuicio "a sus derechos subjetivos o intereses legítimos" (en los términos del artículo 37° -Procedencia- del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003), por lo que en definitiva se tiene al agravio, también como infundado.

2.4. Impugnación implícita sobre los débitos, no autorizados, contra la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.-

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) señala en el numeral 4 de su Recurso Jerárquico, que:

"...respecto a que, el hecho sancionado referente a la realización de débitos no autorizados de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, supuestamente no impugnado, se tiene que tener presente que es resorte del tema de fondo sancionado; por tanto, la determinación de sobreseimiento, o de dar por bien hecho la utilización de dineros del Fondo de Pensiones, implicaría en sí mismo, el sobreseimiento por la forma de haberlo hecho..."

Siendo evidente que, así como la nota (de cargo) APS/DJ/DPC/3541/2011 de 23 de septiembre de 2011, refiere que:

"...la AFP al realizar débitos no autorizados de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, la que forma parte de la Cuenta "Cuotas de Otros Fondos y Cuentas", Código "3.5.1.01", incumple también lo previsto en la dinámica de la cuenta (Débitos, punto 1, primero) del Manual y Plan de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual..."

Y la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 258-2012 de 27 de abril de 2012, a su vez, establece:

“...Sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. (...) por infracción a (...) la parte de Débitos, punto 1, primero de la Cuenta 3.5.1.01 del Manual y Plan de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 07 de marzo de 2001...”

El extremo queda dilucidado con los fundamentos supra señalados en los numerales precedentes de la presente Resolución Ministerial Jerárquica -a los que, en todo caso, corresponde al suscrito remitirse-, por lo que siguiendo la lógica del Recurso Jerárquico, hace innecesaria mayor evaluación al respecto.

2.5. Reclamos sobre resarcimiento y sobre la valoración de la prueba.-

Las expresiones finales de la recurrente, establecen que:

- *“... si bien la AFP, realizó pagos a los Entes Gestores con su patrimonio, no fue para convalidar absolutamente nada; sino lo hizo para no dejar en desprotección a personas que requieren este beneficio, **gasto que de la misma manera corresponde sea resarcido...**”*
- *“...los comentarios de la APS respecto a simple documentación contable, que sin criterio relaciona a inconsistencia y reconocimiento de la obligación por parte de la AFP; resultan un exceso fuera de lugar, (...) la APS pretende confundir al apoyar sus apreciaciones en glosas irrelevantes y sin mayor valor probatorio, en vez de atender la abundante fundamentación jurídica y la responsabilidad que le compete...”*

Estos extremos resultan en reclamos (sobre resarcimiento uno, y sobre lo comentado por la Autoridad Reguladora, el otro) que empero, no constituyen alegatos de la impugnación, en cuanto así como consignados al final, fuera de los “ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN LEGAL DE AGRAVIOS”, en un acápite titulado “Entre otras cosas”, hacen más bien a extremos sobre los que se ha solicitado, se los tenga presente, no estando en lo principal, accesoriamente, se entiende que en la evaluación de los agravios 1, 2 ,3 y 4, lo que para el caso, el suscrito Ministro deja constancia de haber cumplido.

Amén de ello, en lo que hace al segundo reclamo (sobre “los comentarios de la APS respecto a simple documentación contable”), importando un desacuerdo sobre la valoración que ha realizado la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones sobre determinada prueba producida, empero por ello mismo, resulta haber sido considerada por la Recurrida, dentro de lo que exige el derecho a la prueba como componente de la garantía del debido proceso.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha realizado una correcta valoración de los elementos producidos a tiempo de pronunciar la imposición de la sanción dentro del caso de autos, y confirmar después la misma en la Resolución Administrativa ahora recurrida.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 417-2013 de fecha 24 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 258-2012 de 27 de abril de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/N° 438-2013 DE 02 DE MAYO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 061/2013 DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 061/2013

La Paz, 27 de Septiembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 438-2013 de 02 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 175-2013 de 06 de marzo de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 059/2013 de 06 de septiembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 143/2013 de 20 de septiembre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 23 de mayo de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, representada legalmente por su Gerente Comercial y de Servicio al Afiliado, señor René Nicolás Nogales Rodríguez, conforme acredita el Testimonio de Poder N° 627/2008, otorgado en fecha 24 de noviembre de 2008 por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a

cargo de la Dra. Juana Mery Ortíz Romero, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 438-2013 de fecha 02 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 175-2013 de fecha 06 de marzo de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/5749/2013, con fecha de recepción 29 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 438-2013 de fecha 02 de mayo de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 04 de junio de 2013, notificado en fecha 06 de junio de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 438-2013 de fecha 02 de mayo de 2013.

Que , a través de Auto de 04 de junio de 2013, notificado en fecha 06 de junio de 2013, se dispuso la notificación a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, como tercero legítimo interesado, para que se apersona y presente en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos, sus alegatos con respecto al Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 438-2013 de 02 de mayo de 2013, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, por memorial presentado en fecha 20 de junio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, representada legalmente por su Gerente General, señor Julio Antonio Vargas León, conforme al Testimonio de Poder N° 563/2001 de fecha 3 de octubre de 2001, suscrito por ante la Notaría de Fe Pública N° 035 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, formuló sus alegatos contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 438-2013 de fecha 02 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 175-2013 de fecha 06 de marzo de 2013.

Que, en fecha 15 de julio de 2013, se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por el Tercero Interesado **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. AUTO DE FECHA 08 DE FEBRERO DE 2013, QUE RECHAZA LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/N° 980/2012 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2012.

Mediante Auto de 08 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dispone:

CONSIDERANDO:

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha emitido la R.A. 980/2012, que consigna la Circular APS/DPC/Nº 185/2012 que regula la publicación de Contribuyentes en Mora:

Que BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP presentan Recurso de Revocatoria contra la R.A. 980/2012 y solicitan la suspensión de los efectos de la señalada resolución Administrativa.

Que el artículo 40 del Procedimiento Administrativo, indica textualmente lo siguiente:

“Artículo 40. (Efecto Devolutivo) I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos de causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.

II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros.”

Que las solicitudes planteadas por las AFP, no presentan elementos objetivos y probatorios para una posible suspensión de los efectos de la R.A. 980/2012; asimismo, de ninguna manera se encuadran en los presupuestos señalados precedentemente, por lo que corresponde precisar que conforme a normativa administrativa, las resoluciones administrativas sancionadoras deben ser cumplidas en todos sus alcances previstos y dentro el plazo establecido por la misma por lo que, en ese sentido y, conforme a lo expuesto no corresponde dar curso a la solicitud de suspensión, al haberse desestimado la existencia de la posibilidad del regulado de poder irrogar contra él algún daño o perjuicio directo o indirecto.

Que bajo esa lógica la SPVS con el fin de desarrollar el procedimiento administrativo enmarcado en los principios constitucionales del debido proceso, el respeto íntegro al derecho a la defensa del regulado, así como para buscar evitar dilaciones no justificadas; el regulador ha visto por conveniente la toma de esta determinación de rechazar la solicitud de suspensión de los efectos de la R.A. 980/2012. Asimismo, en esta etapa del proceso, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS considera importante contar con los alegatos de los regulados respecto al presente proceso administrativo y los actos que lo componen.

Que el inciso m) del artículo 4 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, dispone que las actuaciones de la Administración son públicas, en especial para aquellas personas que tienen interés legítimo en el procedimiento. Asimismo, el artículo 49 de la misma normativa, señala que vencido el plazo de prueba, la Administración, en razón de la complejidad de los hechos y las pruebas producidas, otorgará un plazo de cinco (5) días a los interesados, para que tomen vista del

expediente y formulen alegatos. En ese sentido, es recomendable que las partes intervinientes en el presente proceso, puedan asumir conocimiento de las actuaciones desarrolladas y se pronuncien sobre la prueba presentada, cursante en el expediente administrativo.

POR TANTO:

EL DIRECTOR EJECUTIVO DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS, EN USO DE LAS ATRIBUCIONES CONFERIDAS POR LEY.

RESUELVE:

PRIMERO.- Se pone a la vista el expediente correspondiente al proceso administrativo sancionatorio referente a la publicación de Contribuyentes en Mora, conformado por las actuaciones administrativas cursantes en esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, con en el fin de que BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP revisen el mismo y si correspondiere, formulen sus alegatos sobre las actuaciones del expediente, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de notificado el presente acto administrativo.

SEGUNDO.- Se rechaza la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 980/2012 de 20 de diciembre de 2012, ratificándose su entero cumplimiento en aplicación del Parágrafo I del Artículo 40 y 69 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.”

2. MEMORIALES DE PETICIÓN DE QUE SE CONSIGNE EN RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA EL AUTO DE 08 DE FEBRERO DE 2013.-

Que, por memoriales presentados en fecha 20 de febrero de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** y **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA**, a tiempo de formular sus respectivos alegatos, solicitan se consigne en Resolución Administrativa el Auto de fecha 08 de febrero de 2013, que rechaza la suspensión de los efectos de la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 980/2012 de 20 de diciembre de 2012, emitido por la APS dentro el proceso administrativo de revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** y **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la citada Resolución Administrativa.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/Nº 175-2013 DE 06 DE MARZO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/ Nº 175-2013 de 06 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros consigna en Resolución Administrativa el Auto de 08 de febrero de 2013, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 septiembre de 2003, con base en los fundamentos siguientes:

(...)

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política del Estado promulgada el 07 de febrero de 2009, en su artículo 45 señala que, la dirección, control y administración de la seguridad social,

corresponde al Estado; la cual se regirá bajo las leyes y los principios de Universalidad, Integralidad, Equidad, Solidaridad, Unidad de Gestión, Economía, Oportunidad, Interculturalidad y Eficacia.

Que el Decreto Supremo N° 29894 de 07 de febrero de 2009, determina la estructura organizativa del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional de Bolivia, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado.

Que conforme el Decreto Supremo N° 0071 de 09 de abril de 2009, se crea la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP como una institución que fiscaliza, controla, supervisa y regula la Seguridad Social de largo plazo, considerando la normativa de pensiones, Ley N° 3791 de 28 de noviembre de 2007 de la Renta Universal de Vejez; y sus reglamentos en tanto no contradigan lo dispuesto en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

Que de acuerdo al artículo 167 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP se denominará en adelante Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS y asumirá las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de seguros de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI.

Que el artículo 168 de la Ley de Pensiones establece las funciones y atribuciones asignadas al Organismo de Fiscalización en materia de pensiones y seguros, entre las que se encuentra, fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 18 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, reglamenta el Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera y establece el carácter y alcance general de sus determinaciones y efectos jurídicos cuando alcanzan a la totalidad o a un sector determinado de sujetos regulados.

Que de la serie de actos administrativos emitidos por las Entidades Públicas, se encuentran los actos de menor jerarquía cuya obligatoriedad está prevista en el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que el párrafo I del artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, faculta a los sujetos regulados o personas interesadas que hubieran sido notificadas con un acto administrativo, a que puedan solicitar al Ente Regulador en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, consigne el acto administrativo emitido en Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada.

Que el Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS debe emitir la Resolución Administrativa en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud; en caso de no pronunciarse dentro

del plazo señalado por ley, las personas legitimadas que hubieran solicitado la consignación del acto administrativo en Resolución Administrativa podrán interponer directamente el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo que motivó su solicitud.

CONSIDERANDO:

Que la APS emitió la C.185-2012, la cual instruye a las Administradoras de Fondos de Pensiones la remisión de los siguientes listados:

1. Listado de Mora General al Seguro Social Obligatorio (SSO) y Sistema Integral de Pensiones (SIP) por Empleador según las especificaciones técnicas.
2. Listado de Procesos Ejecutivos Sociales de la Seguridad Social de Largo Plazo, según las especificaciones técnicas.
3. Listado de Procesos Coactivos Sociales de la Seguridad Social de Largo Plazo, según las especificaciones técnicas.
4. Listado de Procesos Penales (PP) por Apropiación Indevida de Aportes del SIP según las especificaciones técnicas.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A. solicitan que la C.185-2012 sea consignada en Resolución Administrativa.

Que la APS en atención a los requerimientos de las AFP, emite la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 980-2012 de 20 de diciembre de 2012 (R.A.980-2012), la cual resuelve:

“ÚNICO.- I. Pronunciarse con referencia a las solicitudes de Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., para lo cual se consigna en Resolución Administrativa la CIRCULAR: APS/DPC/Nº 185-2012 de 29 de noviembre de 2012, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, con la siguiente aclaración normativa:

- Aclarar que el penúltimo párrafo de la CIRCULAR: APS/DPC/Nº 185-2012 de 29 de noviembre de 2012, debe decir:

“Queda sin efecto la CIRCULAR AP/DPC/CO/02-2011 de 07 de enero de 2011, emitida por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.”

II. La CIRCULAR: APS/DPC/Nº 185-2012 de 29 de noviembre de 2012 y su aclaración, forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa.”

Que BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP presentan Recurso de Revocatoria contra la R.A.980-2012 y solicitan la suspensión de los efectos de la señalada resolución administrativa.

Que ante la evaluación a las solicitudes de suspensión presentadas por las AFP, esta Autoridad bajo los fundamentos del Auto de 08 de febrero de 2013, determina lo siguiente:

“PRIMERO.- Se pone a la vista el expediente correspondiente al proceso administrativo sancionatorio referente a la publicación de Contribuyentes en Mora, conformado por las actuaciones administrativas cursantes en esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, con el fin de que BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP revisen el mismo y si correspondiere, formulen sus alegatos sobre las actuaciones del expediente, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de notificado el presente acto administrativo.

SEGUNDO.- Se rechaza la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, ratificándose su entero cumplimiento en aplicación del Parágrafo I del Artículo 40 y 69 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.”

Que BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP, ambas en fecha 20 de febrero de 2013, solicitan la consignación en Resolución Administrativa del Auto de 08 de febrero de 2013.

CONSIDERANDO:

Que esta Autoridad en el Auto de 08 de febrero de 2013, realizó el análisis dispositivo del Artículo 40 del Procedimiento Administrativo, el cual indica textualmente lo siguiente:

“Artículo 40. (Efecto Devolutivo) I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.

II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros.”

Que luego de la consideración de la normativa anterior y lo planteado por las AFP de suspender los efectos de la R.A.980-2012, esta Autoridad señaló que las solicitudes no presentan elementos objetivos y probatorios para una posible suspensión de los efectos; asimismo, de ninguna manera se encuadran en los presupuestos señalados precedentemente, por lo que corresponde precisar que conforme a normativa administrativa, las resoluciones administrativas deben ser cumplidas en todos sus alcances previstos y dentro del plazo establecido por la misma por lo que, en ese sentido y, conforme a lo expuesto no corresponde dar curso a la solicitud de suspensión, al haberse desestimado la existencia de la posibilidad del regulado de poder irrogar contra él algún daño o perjuicio directo o indirecto.

Que por otro lado habrá que resaltar que, las solicitudes de las AFP de consignación en Resolución Administrativa, se limitan únicamente a argumentar aspectos que, por su naturaleza deben estar necesariamente respaldados técnicamente por estudios, exámenes, etc. idóneos y reales, para poder considerar los motivos anotados por la norma para una probable suspensión de efectos; por lo que este Ente de Regulación al no encontrar mayores argumentos y documentación pertinente corrobora su determinación de rechazo.

Que sin perjuicio de lo señalado anteriormente, corresponde atender la solicitud de las AFP de consignar el Auto de 08 de febrero de 2013 en Resolución Administrativa, con las formalidades de ley.

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución Suprema N° 05411 de 30 de marzo de 2011, el Lic. Iván Orlando Rojas Yanguas, ha sido designado como Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.

POR TANTO:

EL DIRECTOR EJECUTIVO DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS – APS, EN USO DE LAS ATRIBUCIONES CONFERIDAS POR LEY,

RESUELVE:

ÚNICO.- I. Pronunciarse con referencia a la solicitud de BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP, para lo cual se consigna en Resolución Administrativa el Auto de 08 de febrero de 2013, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

II. El Auto de 08 de febrero de 2013, forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa. (...)"

4. RECURSOS DE REVOCATORIA.-

4.1. RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP.-

Por memorial presentado el 03 de abril de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 175-2013 de 06 de marzo de 2013, con los siguientes argumentos:

"(..) II. DE LA OBLIGACIÓN DE PUBLICAR LA BASE DE DATOS DE CONTRIBUYENTES EN MORA:

El Art. 168 de la Ley 065 de 10 de diciembre de 2010, en su inciso m), establece, entre otras, como función y atribución del Organismo de Fiscalización: "**Mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuyentes en Mora al Sistema Integral de Pensiones**" (las negrillas y el subrayado son nuestros).

La claridad de la previsión legal contenida en este artículo, resta posibilidad de interpretaciones sesgadas y es expresa al determinar que es el ORGANISMO DE

FISCALIZACIÓN -Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- quien debe mantener y **publicar** la Base de Datos Actualizada de **Contribuyentes en Mora** y no las Administradoras de Fondos de Pensiones que a la fecha se encuentran asumiendo transitoriamente las funciones y atribuciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

III. VULNERACIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES:

Nuestra Constitución Política del Estado en su Artículo 116 garantiza la presunción de inocencia, precepto constitucional que rige los actos procesales normados por el Código de Procedimiento Penal en su Artículo 6, que a la letra manifiesta: "Todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento, **mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada**" (las negrillas son nuestras). Asimismo, el Artículo 84 del citado cuerpo legal expresa: "Toda autoridad que intervenga en el proceso se asegurará de que el imputado conozca, los derechos que la Constitución Política del Estado, las convenciones y Tratados internacionales vigentes y este Código le reconocen".

La publicación de estos procesos con la relación de los Empleadores y sus Representantes Legales violenta el precepto constitucional de la presunción de inocencia de los imputados; y la publicación de sus nombres sin sentencia ejecutoriada, en vez de estar sic. "...dirigida a que los empleadores en mora y con procesos judiciales en curso por deudas al SIP puedan regularizarla..."; se constituiría en un delito de Difamación, ocasionando como ya se expuso en nuestro memorial de recurso de revocatoria, que los empleadores dirijan acciones penales, civiles y constitucionales para la restitución de sus derechos y la reparación de daños y perjuicios.

Sobre lo expresado precedentemente, es preciso citar entre otras, las Sentencias Constitucionales 1972/2011-R y 1738/2010-R que han recogido la línea jurisprudencial emitida por la sentencia Constitucional 0965/2004-R de 23 de junio de 2004, misma que en la parte pertinente expresa lo siguiente:

"...el habeas data como un proceso constitucional de carácter tutelar, tiene la finalidad de brindar tutela efectiva, inmediata e idónea a la persona en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación informática. La protección que brinda el habeas data abarca los siguientes ámbitos:

a) Derecho de acceso a la información o registro de datos personales obtenidos y almacenados en un banco de datos de la entidad pública o privada, para conocer qué es lo que se dice respecto a la persona que plantea el habeas data, de manera que pueda verificar si la información y los datos obtenidos y almacenados son los correctos y verídicos; si no afectan las áreas calificadas como sensibles para su honor, la honra y la buena imagen personal;

b) Derecho a la actualización de la información o los datos personales registrados en el banco de datos, añadiendo los datos omitidos o actualizando los datos atrasados; con la finalidad de evitar el uso o distribución de una información inadecuada, incorrecta o imprecisa que podría ocasionar graves daños y perjuicios a la persona;

c) Derecho de corrección o modificación de la información o los datos personales inexactos registrados en el banco de datos público o privado, tiene la finalidad de

eliminar los datos falsos que contiene la información, los datos que no se ajustan de manera alguna a la verdad, cuyo uso podría ocasionar graves daños y perjuicios a la persona;

d) Derecho a la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida, pero que no debería trascender a terceros porque su difusión podría causar daños y perjuicios a la persona:

e) Derecho de exclusión de la llamada "información sensible" relacionada al ámbito de la intimidad de la persona, es decir, aquellos datos mediante los cuales se pueden determinar aspectos considerados básicos dentro del desarrollo de la personalidad, tales como las ideas religiosas, políticas o gremiales, comportamiento sexual; información que potencialmente podría generar discriminación o que podría romper la privacidad de registrado;

En consecuencia, **el habeas data es una garantía constitucional que tiene por objetivo el contrarrestar los peligros que conlleva el desarrollo de la informática en lo referido a la distribución o difusión ilimitada de información sobre los datos de la persona; y tiene por finalidad principal el proteger el derecho a la autodeterminación informática, preservando la información sobre los datos personales ante su utilización incontrolada, indebida e ilegal, impidiendo que terceras personas usen datos falsos, erróneos o reservados que podrían causar graves daños y perjuicios a la persona.** El habeas data tiene la función primordial de establecer un equilibrio entre el "poder informático" y la persona titular del derecho a la autodeterminación informática, es decir, entre la entidad pública o privada que tiene la capacidad de obtener, almacenar, usar y distribuir la información sobre datos personales y la persona concernida por la información" (las negrillas y subrayado son nuestros).

De acuerdo a lo establecido por nuestra Constitución Política del Estado en su Artículo 14, parágrafo IV, "**En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban**", por lo que a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, y toda vez que la obligación de publicar la base de datos de empleadores morosos es una facultad privativa del organismo de fiscalización; papel que ejerce la APS, conforme lo expresado por la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2013 (sic), las publicaciones hechas por las AFP sería ilegales (sic) y nos situaría ante el inminente riesgo de sufrir constantes daños por la interposición de demandas de resarcimiento de daños y perjuicios y/o recursos constitucionales, motivo por el que en su oportunidad solicitamos a su Autoridad que en conformidad a lo dispuesto por el artículo 40, parágrafo II del Decreto Supremo N° 27175; y demostrada la real y razonable posibilidad de que se nos ocasione daño, disponga el efecto suspensivo de la Resolución Administrativa ASP/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012.

Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, su Autoridad también debe considerar que la suspensión de las publicaciones no derivará en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros, los que más bien tienden a ser precautelados, pues como se expreso (sic) en el caso de Autos, rige en nuestra economía jurídica el principio de presunción de inocencia.

IV. PETITORIO:

En mérito a los argumentos jurídicos expuestos, su Autoridad advertirá que la Resolución Administrativa impugnada vulnera nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos, exponiéndonos a un riesgo innecesario, por lo que al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002 (sic), solicito a su Autoridad Revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 175-2013 de 06 de marzo de 2013, disponiendo el efecto suspensivo de la Resolución Administrativa ASP/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012 y emitiendo pronunciamiento sobre el fondo del recurso interpuesto contra la misma."

4.2. RECURSO DE REVOCATORIA INTERPUESTO POR PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA.-

Por memorial presentado el 03 de abril de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 175-2013 de 06 de marzo de 2013, que rechaza la solicitud de suspensión de los efectos de la R.A. APS/DPC/DJ/N° 980/2012, con los siguientes argumentos:

(...)

II.- INTERPOSICIÓN DE REVOCATORIA DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.-

Con la facultad conferida por el artículo 36 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en el plazo establecido por el artículo 48 y con sujeción a las demás normas legales que rigen la materia, interpone RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA R.A. APS/DPC/DJ N° 175-2013 DE 06 de marzo de 2013 que rechaza la solicitud de suspensión de los efectos de LA R.A. APS/DPC/DJ N° 980/2012.

III. ANTECEDENTES

Dentro del Recurso de Revocatoria presentado contra la R.A. APS/DPC/DJ N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Auto de 08 de febrero de 2013, rechazó la solicitud de suspensión de los efectos de la citada Resolución y ratificó su entero cumplimiento en aplicación del párrafo I del Artículo 40 y 69 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, disposición administrativa que fue consignada en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N° 175-2013 de 06 de marzo de 2013 y que es objeto de impugnación con el presente Recurso de Revocatoria.

IV.FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

La disposición jurídica en la que se sustenta rechazó de la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°980/2012 de 20 de diciembre de 2012 y la ratificación de su entero cumplimiento, a la letra manifiestan:

"Artículo 40. (Efecto Devolutivo). I. La interposición de cualquier recurso r.o suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la

Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando, su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacer/o dentro del trámite del recurso jerárquico.

II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros." **Artículo 60. (Alcance de La Resolución).** I. Las resoluciones que sean dictadas en recurso jerárquico son definitivas y agotan la vía administrativa.

II. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las resoluciones jerárquicas inmediatamente, adoptando las medidas necesarias y dictando las Resoluciones Administrativas pertinentes para su ejecución. El incumplimiento acarreará las responsabilidades señaladas en la Ley 1178 del Sistema de Administración y Control Gubernamentales."

1. Las disposiciones jurídicas que regulan la suspensión de la ejecución de los actos dispuestos en una Resolución Administrativa, establecen como presupuesto la existencia de un efecto o perjuicio irreversible o que estos actos contemplen la posibilidad de ocasionar daños graves al recurrente.
2. La Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°980/2012 fue impugnada en plazo y forma establecida, habiéndose presentado el Recurso de Revocatoria el 17 de enero de 2013, proceso que a la fecha se encuentra en la etapa de Alegatos.
3. El cumplimiento in extenso de la Resolución Administrativa citada, abre la posibilidad de ocasionar daños graves a la AFP, ante la publicación en su página WEB de los Listados de: Mora General, Procesos Ejecutivos Sociales, Procesos Coactivos de la Seguridad Social y Procesos Penales, bajo absoluta responsabilidad de la AFP; y la publicación en un medio de prensa de circulación nacional de los listados de procesos judiciales.
4. La normativa vigente establece la presunción de contribuciones en mora manifestando: "Corresponde a la presunción de no pago de las contribuciones por parte de los empleadores, cuando un empleador que ha mantenido un comportamiento regular en la declaración y pago de las contribuciones al SSO por sus trabajadores, no cancela éstas en un mes determinado o hace un pago por un monto notoriamente inferior al del mes anterior; sin haber informado novedades en el Formulario de Pago de Contribuciones (FPC) que lo justifiquen."
5. La publicación de las razones o denominaciones sociales de Empleadores y los nombres de los Representantes legales en los casos de "Deuda Presunta" violenta el precepto constitucional de presunción de inocencia.
6. La Constitución Política del Estado en su Artículo 116 garantiza la presunción de inocencia, precepto constitucional que rige los actos procesales normados por el Código de Procedimiento Penal a través de sus Artículos 6 y 84, los que presumen la inocencia del imputado y el cumplimiento de sus derechos que la Constitución Política del Estado las convenciones y Tratados Internacionales vigentes le reconocen.
7. Existe el grave riesgo de que cuando se publiquen los Listados, los Empleadores ya

no tengan deuda porque ya fueron regularizadas y que se encuentran en: pagos en proceso de acreditación y/o descargo en proceso de regularización de la deuda.

8. Los Representantes Legales que figuren en las Listas y cuyas empresas no tengan deuda a la fecha de publicación, podrán querellarse contra la AFP y la APS por la comisión del delito de difamación. Asimismo, podrán demandar el resarcimiento y el pago de los daños y perjuicios.
9. Las publicaciones dispuestas por la APS corren el peligro de violentar el derecho constitucional del honor, de la propia imagen y dignidad, todos estos declarados por la Constitución Política del Estado como Derechos Civiles. Derechos que el Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.
10. En el marco de un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, los derechos clasificados por la Constitución en Fundamentales, Civiles, Políticos, deben ser protegidos promovidos y respetados por las autoridades del Estado, no pudiendo soslayarlos y mucho menos incurrir, sea por acción u omisión, en la restricción o supresión, ni amenaza de restricción o supresión.
11. Por mandato del texto constitucional en su Artículo 9 numeral 4, el Estado asume la obligación y responsabilidad de "Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y garantizados en la Constitución." Asimismo, el Artículo 108 dispone que el primer deber de los bolivianos es "Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y la leyes" " y como segundo "Conocer, respetar y promover los derechos reconocidos en la Constitución".
12. Por último, la Constitución establece que las personas que vulneren derechos constitucionales quedan sujetas a la jurisdicción y competencias de las autoridades bolivianas. Asimismo, determina que la vulneración de los derechos constitucionales hace responsables a sus autores intelectuales y materiales. Por último, establece que la vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna".

PETITORIO

Por los fundamentos expuestos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo **LA REVOCATORIA PARCIAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ N° 175-2013 DE 06 DE MARZO DE 2013** que rechaza la solicitud de suspensión de los efectos de la R.A. APS/DPC/DJ N° 980/2012 en virtud a que la solicitud de suspensión cumple con los presupuestos establecidos en el Artículo 40 numeral II del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, es decir, fue planteado dentro de un proceso administrativo que impugna la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N° 980/2012, se ha demostrado el efecto y perjuicio irreversible a terceros, así como la posibilidad de ocasionar daños graves a esta Administradora que conlleva la publicación de las Listas de la Mora y de los Procesos judiciales.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 438-2013 DE 02 DE MAYO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 438-2013 de 02 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirma la Resolución

Administrativa APS/DJ/DPC/N° 175-2013 de 06 de marzo de 2013, con base en los fundamentos siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que en fecha 06 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, emitió la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 175 - 2013 de 06 de marzo de 2013 que consigna el Auto de 08 de febrero de 2013, la cual resuelve:

"ÚNICO.- I. Pronunciarse con referencia a la solicitud de BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP, para lo cual se consigna en Resolución Administrativa el Auto de 08 de febrero de 2013, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

II. El Auto de 08 de febrero de 2013, forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa."

Que el Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, determina en su artículo 37 del Capítulo V (Procedimiento Recursivo), los casos donde procede el Recurso de Revocatoria, enunciando que: "...los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias sectoriales del SIREFI".

Que con las facultades que franquea la norma, mediante memoriales presentados el 03 de abril de 2013, BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP interponen Recurso de Revocatoria contra la R.A.175-2013 de 06 de marzo de 2013, donde expresa los fundamentos y agravios que motivan el petitorio de revocatoria de la Resolución Administrativa señalada.

CONSIDERANDO:

Que en esta etapa del presente proceso administrativo, corresponde la evaluación de los argumentos presentados por las AFP, que es como sigue:

Análisis de los fundamentos expuestos por **Futuro de Bolivia S.A. AFP:**

En su numeral II del recurso señala que, el artículo 168 de la Ley N° 065 en su literal m), establece, como función y atribución del Organismo de Fiscalización: "Mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuciones en Mora al Sistema Integral de Pensiones", previsión legal que resta la posibilidad de interpretaciones sesgadas en sentido que le corresponde a la APS de mantener y publicar la Base de Datos y no a las AFP.

Al respecto, el Ente Regulador en ningún momento desconoce lo dispuesto en el artículo 168 literal m) de la Ley N° 065, todo lo contrario, la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980 – 2012 (R.A.980-2012), tiene por antecedente y sustento el cumplimiento a la disposición legal citada, estableciendo que la AFP, remitirá los listados

de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora, listados que comprende la Base de Datos, los mismos serán publicados mensualmente en la página Web de la APS, publicación que también podrá efectuarla en un medio de prensa.

Además, se debe considerar que la APS de acuerdo a las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas por el artículo 168 de la Ley N° 065, tiene el deber de fiscalizar, supervisar, regular y controlar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo (transitoriamente a las AFP).

Bajo ese contexto normativo, la R.A.980-2012 expresa que, los listados de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora, serán también publicados por las Administradoras de Fondos de Pensiones, hecho que no puede interpretarse como una negación a sus atribuciones, todo lo contrario, en ejercicio de las mismas, determina que en esa labor participe también las AFP, hecho que no es ilegal ni ilegítimo.

Por otra parte, llama profundamente la atención la posición ambigua de la Administradora, puesto que afirma, por una parte, que el publicar la Base de Datos actualizada de Contribuciones en Mora al Sistema Integral de Pensiones le corresponde exclusivamente al Ente Regulador, pero por otra parte, afirma que la publicación de la Base de Datos vulnera derechos y garantías constitucionales, desconociendo que deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones, que no quebranta derecho alguno, y que la información que contiene la misma es emitida por AFP.

La AFP, en el numeral III de su recurso, invoca al artículo 116 de la Constitución Política del Estado, y artículos 6 y 84 del Código de Procedimiento Penal, argumentando que la publicación de los procesos con la relación de los empleadores y sus representantes legales violenta el precepto constitucional de la presunción de inocencia, y que la publicación de sus nombres sin sentencia ejecutoriada se constituirá en el delito de Difamación. Asimismo, cita las Sentencias Constitucionales 1972/2011-R ,1738/2010-R y 0965/2004-R de 23 de junio de 2004.

Al respecto, la garantía constitucional de la **presunción de inocencia**, de aplicación a los administradores de justicia, consiste en que no se puede aplicar ninguna sanción ni pena a un procesado, mientras no se demuestre claramente su culpabilidad en un debido proceso (Cessar Beccaria).

La publicación de la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora, no viola el principio de presunción de inocencia, como erróneamente argumenta la AFP, ya que la norma administrativa en ninguna forma condena o sanciona al denunciado y/o querellado, labor que por cierto no le compete, se limita a informar sobre los Contribuyentes en Mora.

En esa línea, la R.A.980-2012, dispone que los listados de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora serán publicados tanto por la APS como por las AFP, labor que deviene del cumplimiento de la Ley de Pensiones, y que no atenta garantía constitucional alguna.

Además, el publicar la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora con procesos judiciales, no constituye la comisión del delito de Difamación previsto en el artículo 282 del Código Penal (CP), puesto que, tratándose de un delito doloso (artículo 13 Quáter del CP), requiere como presupuesto "la intencionalidad (animus) del agente en la ofensa", presupuesto que no se cumple, ya que la publicación no tiene por finalidad ofender a persona alguna, sino el informar de las personas (Empleadores) que se encuentran en procesos judiciales por Contribuciones en mora, en estricto cumplimiento a la Ley de Pensiones.

En cuanto al Hábeas Data que refiere el regulado y las Sentencias Constitucionales 1972/2011-R, 1738/2010-R y 0965/2004-R de 23 de junio de 2004, se debe tener presente que la Constitución Política del Estado vigente desde el 07 de febrero de 2009, contiene quince (15) artículos relativos a las acciones de defensa y reconoce de manera expresa a las Acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, de Cumplimiento, Popular y de Inconstitucionalidad, no reconociendo al recurso al denominado "Hábeas Data" establecido en la anterior CPE.

Sin embargo, en lo referente al recurso de Hábeas Data establecido en la anterior CPE, el Tribunal Constitucional, señaló: "...es un proceso constitucional especializado en la protección de los derechos de quienes se encuentran registrados en bancos de datos, sean públicos o privados, **que pueden contener información desactualizada, falsa, equivocada o sensible**; permitiendo al agraviado a través de esta acción, lograr el conocimiento, la modificación, eliminación o reserva de datos existentes, a fin de tutelar la esfera personal de perturbaciones externas no deseadas, **garantizando fundamentalmente la privacidad o intimidad personal...**" (SSCC N° 267/06-R de 23 de marzo, 965/04-R de 20 de junio y 1572/04-R de 04 de octubre).

En lo que respecta a la SSCC N°1738/2010-R de 25 de octubre y la SSCC N° 1972/2011-R de 07 de diciembre, que refiere la AFP, señalan en forma uniforme: "De todo lo anterior se tiene que tanto la intimidad como la privacidad son la base fundamental para la protección de todos los datos personales de las personas, que sólo atingen a él o ella, por lo mismo se encuentra facultado para determinar cuándo y dentro de qué límites pueden revelarse situaciones referentes a su propia vida, entendiéndose en consecuencia que la acción de protección de privacidad, protege la intromisión por parte de personas particulares y/o jurídicas a la vida íntima del ser humano que le corresponde como consecuencia del reconocimiento a su dignidad, por lo que la vulneración de estos derechos afectan directamente a su imagen, honra y reputación".

De la lectura a la R.A.980-2012 se acredita que, la Base de Datos de Contribuyentes en Mora que deviene del cumplimiento a la Ley N°065, atiende la línea jurisprudencial referida, ya que la misma no contiene aspectos que afectan a la intimidad o la privacidad de las personas, refleja inequívocamente la información sobre los Contribuyentes al Mora al Sistema Integral de Pensiones, conteniendo información, que deben conocer los Asegurados y Empleadores tratándose además de un derecho civil (artículo 21 numeral 6 de la CPE), información generada por las Administradoras que deben adoptar mecanismos para evitar información desactualizada, falsa, equivocada o sensible.

Del análisis de los fundamentos expuestos por **BBVA Previsión AFP S.A** en el recurso, se tiene lo siguiente:

La AFP argumenta que, el cumplimiento de la R.A.980-2012, les ocasionaría daños graves y que la publicación de los nombres de los representantes legales en los casos de "deuda presunta" violenta el precepto constitucional de presunción de inocencia.

Al respecto, el señalar que el cumplimiento a la R.A.980-2012 podría ocasionar daños graves, resulta una apreciación subjetiva, que contradice el deber constitucional consagrado en el artículo 108 numeral 1) de la CPE que establece que son deberes de las bolivianas y bolivianos "Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes", en consecuencia, el publicar la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora, no puede tener como resultado un daño hacia la Administradora o Ente Regulador, puesto que obedece al cumplimiento a la Ley, a lo previsto en el artículo 168 literal m) de la Ley N° 065, inherente a "Mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuciones en Mora al Sistema Integral de Pensiones".

De otro lado, debe tenerse presente que previamente a la publicación, la Administradora encargada de generar la información, debe asegurar a través de los controles correspondientes, la validez y certeza de los datos informados, evitando información desactualizada, falsa o equivocada.

En cuanto a la presunción de inocencia establecida en el artículo 116 de la CPE, y artículos 6 y 84 del CPP, garantía constitucional y disposiciones penales que la AFP invoca, señalando erróneamente que serían quebrantadas al publicar Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora, se debe tener presente el alcance, en qué consiste de dicho principio constitucional vinculante a las disposiciones penales expresadas, a ello, el Tribunal Constitucional a sentado línea jurisprudencial, señalando: "... (presunción de inocencia) se constituye en una garantía del debido proceso, protegiendo al encausado frente a actitudes arbitrarias que podrían dar margen a condenas sin proceso. Este principio constitucional traslada la carga de la prueba al acusador, vale decir que obliga a éste, en materia penal, a probar sus acusaciones dentro del respectivo proceso, y que los jueces dicten sentencia condenatoria siempre que exista plena prueba..." (SSCC N° 11/00 de 03 de marzo).

La R.A.980-2012, dispone que los listados de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora serán publicados tanto por la APS como por las AFP, por lo que no atenta garantía constitucional o norma penal alguna, ya que la misma, no se trata de una condena o sanción previa al denunciado y/o querellado, menos prejuzga o limita el proceso judicial, todo lo contrario, se trata de una norma administrativa que tiene como esencia el informar a los Asegurados de los procesos judiciales en curso que llevan adelante las AFP y de los Contribuyentes en mora al SIP, en cumplimiento a la Ley N° 065.

Además, se debe considerar que la publicación de los Listados de los Contribuyentes en Mora, se sustenta en la información elaborada por la AFP, que debe contener datos

fidedignos, consecuentemente, no se está manipulando ni tergiversando información alguna.

La Administradora también aduce lo siguiente: "Existe grave riesgo de que cuando se publiquen los Listados, los Empleadores ya no tengan deuda porque ya fueron regularizadas y que se encuentran en: pagos en proceso de acreditación y/o descargo en proceso de regularización de la deuda".

La publicación de la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora, se constituye en una función delegada por la Ley de Pensiones N° 065, ello significa que, cualquier cuestionamiento, en este caso por razones operativas importa no sólo un desconocimiento de la ley, sino además su incumplimiento, lo cual genera responsabilidad.

Asimismo, la Circular: APS/DPC/N° 185 - 2012 de 29 de noviembre de 2012 consignada en Resolución Administrativa, establece: "La información contenida en los listados es de absoluta responsabilidad de la AFP, por lo que deberán tomar los recaudos necesarios, implementando controles que aseguren y garanticen la validez, exactitud y cantidad de los datos informados", ello significa, que corresponde precisamente a la AFP tomar los recaudos correspondientes para que la información que contenga la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora sea veraz y fidedigna, ello importa que, el cuestionamiento sobre el aparente impedimento operativo no puede ser óbice para el incumplimiento a la ley.

La AFP manifiesta también que: "Los representantes Legales que figuren en las Listas y cuyas empresas no tengan deuda a la fecha de publicación podrán querellarse contra la AFP y la APS por la comisión del delito de difamación...".

Al respecto, el artículo 108 numeral 1) de la CPE, establece que se constituye en un deber "Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes". Asimismo, conforme al artículo 168 literal a) de la Ley N° 065, la APS tiene entre sus funciones: "Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos", y de acuerdo a su literal m): "Mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuciones en Mora al Sistema Integral de Pensiones".

Bajo ese contexto normativo se tiene que, la publicación de la Base de Datos actualizada de Contribuciones en Mora al SIP, deviene del cumplimiento a la Ley N° 065, es decir, su incumplimiento (a la Ley) genera responsabilidades, por lo tanto, queda desechado cualquier cuestionamiento operativo para impedir su cumplimiento, más aún si el mismo carece de sustento técnico como el expresado por el regulado, encargado precisamente de generar la información que contiene la Base de Datos, y que tiene la obligación de informar a través de datos fidedignos y reales sobre los Procesos Judiciales que precisamente lleva adelante contra los empleadores morosos, entendiendo además que previamente a la demanda la Administradora ha tomado todos los recaudos necesarios para identificar la mora como al deudor, hecho que también se constituye en otra de sus obligaciones, esto para evitar injusticias o

demandas perdidas. Consecuentemente, la información que emita para la Base de Datos y su publicación, debe efectuarla con la mayor responsabilidad.

Asimismo, el publicar la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora con procesos judiciales, no constituye la comisión del delito de difamación previsto en el artículo 282 del CP, puesto que, tratándose de un delito doloso (artículo 13 Quáter del CP), requiere como presupuesto “la intencionalidad (animus) del agente en la ofensa”, presupuesto que no se cumple, ya que la publicación no tiene por finalidad ofender a los Contribuyentes en Mora que se encuentran con proceso judicial, sino el informar dicho aspecto a los Asegurados, en estricto cumplimiento a la Ley de Pensiones.

La AFP señala que las publicaciones dispuestas por la AFP corren el peligro de violentar el derecho constitucional del honor, invocando los artículos 9-IV y 108 de la Constitución Política del Estado, mencionado además que las personas que vulneren derechos constitucionales quedan sujetas a la jurisdicción y competencia de las autoridades bolivianas.

El afirmar que, el publicar la Base de Datos de Contribuyentes en Mora es una violación de derechos constitucionales, es una apreciación por demás subjetiva, además, compete a otra instancia definir la supuesta inconstitucionalidad de la Ley de Pensiones en su artículo 168 literal m), así lo expresa el artículo 5 (Presunción de Constitucionalidad) de la Ley N° 027 de 06 de julio de 2010, Ley del Tribunal Constitucional que señala: “Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto o resolución y actos de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad”, disposición legal que se encuentra en concordancia con el artículo 4 de la Ley N° 254 de 05 de julio de 2012, Código Procesal Constitucional, que señala: “Se presume la constitucionalidad de toda norma de los Órganos del Estado en todos sus niveles, en tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional no declare su inconstitucionalidad”.

Asimismo, se debe considerar que el cumplimiento o acatamiento de la Ley (N° 065) no genera ni puede generar ningún tipo de responsabilidad, atendiendo precisamente el artículo 108 numeral 1) de la CPE, invocado por el regulado, que establece que se constituye en un deber “Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes”.

La AFP debe tener presente que precisamente en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Pensiones, se publicarán los Listados de los Contribuyentes en Mora que se encuentran con Procesos Judiciales en curso (PES, PCS y PP), cobranza judicial que acontece después de haberse agotado la gestión administrativa de cobro, efectuada por la Administradora, y que tiene un plazo máximo de ciento veinte días (120) calendario, tiempo en el cual el Empleador (deudor) podrá presentar toda la documentación de descargo pertinente para su evaluación y consideración de corresponder de parte del regulado.

El argüir que se podrían estar llevando adelante procesos judiciales en contra de personas que aparentemente no son deudores por ser “deudores presuntos”, resulta una afirmación por demás sorprendente y contradictoria, puesto que la AFP agotó

previamente la gestión administrativa de cobro, consecuentemente, ante la evidencia del no pago, la norma prevé que debe efectuarse el cobro a través de la vía judicial, labores (gestión administrativa y judicial) que son ejecutadas por la Administradora.

CONSIDERANDO:

Que sin perjuicio de la fundamentación realizada en el Considerando anterior, es pertinente señalar que, la naturaleza del presente proceso administrativo es aquel referido al proceso de consignación del Auto de 08 de febrero de 2013 por el cual en su disposición Segunda se rechaza la solicitud de suspensión de los efectos de la R.A.980-2012.

Que con la aclaración señalada anteriormente, se advierte que las impugnaciones de las AFP tienen precisados varios argumentos sobre la R.A.980-2012 que actualmente está en proceso recursivo, pero que sin embargo no fue óbice para la APS para la evaluación íntegra de los recursos de revocatoria de las AFP.

Que por otro lado, se ha constatado la insuficiencia en cuanto a los argumentos relativos a la naturaleza de éste proceso, a fin de que este Ente Regulador pueda tras una evaluación objetiva de argumentos y elementos que respalden la pretensión de suspensión, pueda viabilizar en caso de corresponder el pedido de las AFP. Es decir la suspensión de los efectos de la CIRCULAR: APS/DPC/Nº 185-2012 de 29 de noviembre de 2012 consignada en Resolución Administrativa.

Que correspondía según la naturaleza del proceso al regulado atender y respaldar los extremos que exige el artículo 40 del Decreto Supremo No. 27175, que dice:

“Artículo 40. (Efecto Devolutivo) I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.

II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la **posibilidad de irrogar** al recurrente **daños graves** o, que la suspensión no derive en una **grave perturbación del interés general** o de los derechos de **terceros**.” (Las negrillas son nuestras)

Que con respecto al argumento de la posibilidad de irrogar daño por las posibles acciones legales por difamación y otros delitos, estos aspectos han sido desestimados de acuerdo a los fundamentos expresados en el Considerando anterior. Sobre la perturbación al interés general o de terceros, ambas AFP no se han pronunciado sobre estos temas. Por tanto, se tiene como un hecho importante que, las AFP al presente no han respaldado con ningún actuado o prueba objetiva e idónea (estudios, exámenes, acciones en su contra, etc.) que lleven al regulador a considerar la solicitud de

suspensión, pese a que en la resolución de primera instancia ya se había indicado sobre la falta de los elementos de respaldo de la pretensión.

Que en lo que refiere a perjuicio al interés general o de terceros, constituye un razonamiento equivocado el considerar que las publicaciones a realizar por la AFP sean tachadas de ilegales y en su perjuicio, toda vez que éstas se enmarcan dentro de las disposiciones legales vigentes. Pero también habrá que considerar que, desde la perspectiva de la normativa emitida, la publicación de Empleadores morosos en proceso de cobranza, se trata de un mecanismo de comunicación a la sociedad y en lo particular a aquellos empleadores que tienen deudas con la Seguridad Social de Largo Plazo, para que se enteren sobre su situación legal y puedan de esta forma regularizar la misma y, para el caso de los Asegurados se enteren y puedan exigir a sus empleadores en caso de corresponder el pago de las retenciones que les fueron realizadas para la seguridad social. Por tanto, no se vulnera el interés general ni de terceros.

Que en ese comprendido, la norma a cumplirse por las AFP, no va de ninguna manera a mellar la dignidad u honor de los empleadores con mora, siendo que aquello es una realidad plausible y demostrable por los registros y documentación a cargo de la AFP, los cuales deben establecer la situación legal del empleador en cuanto a la falta de cumplimiento al pago de contribuciones al SIP.

Que en ese orden, corresponde que las instrucciones emitidas por norma deban ser cumplidas en todos sus alcances; en ese comprendido y conforme a lo expuesto se ratifica el no dar curso a la solicitud de suspensión pedido por las AFP, al haberse desestimado la existencia de la posibilidad de irrogar daño contra los regulados, ir en perjuicio del interés general o de terceros."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

6.1. RECURSO JERÁRQUICO INTERPUESTO POR BBVA PREVISIÓN AFP S.A.-

En fecha 23 de mayo de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 438-2013 de 02 de mayo de 2013, expresando lo siguiente:

(...)

III. ANTECEDENTES

Dentro del Recurso de Revocatoria presentado contra la R.A. APS/DPC/DJ N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Auto de 08 de febrero de 2013, rechazó la solicitud de suspensión de los efectos de la citada Resolución y ratificó su entero cumplimiento en aplicación del párrafo I del Artículo 40 y 69 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, Resolución Administrativa que fue confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 4385/2013 de 02 de mayo de 2013, y que es objeto de impugnación con el presente Recurso.

IV. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

En virtud a que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no ha hecho un correcto análisis de los argumentos expuestos en el Recurso de Revocatoria y las consecuencias que traería consigo la publicación reglada, esta Administradora tiene a bien reiterar los fundamentos expresados para que su autoridad obre en justicia y emita una Resolución Administrativa que disponga la suspensión de la citada publicación.

La disposición jurídica en la que se sustenta rechazó (sic) de la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°980/2012 de 20 de diciembre de 2012 y la ratificación de su entero cumplimiento, a la letra manifiestan:

"Artículo 40. (Efecto Devolutivo). I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.

II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros."

Artículo 60. (Alcance de La Resolución). I. Las resoluciones que sean dictadas en recurso jerárquico son definitivas y agotan la vía administrativa.

II. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las resoluciones jerárquicas inmediatamente, adoptando las medidas necesarias y dictando las Resoluciones Administrativas pertinentes para su ejecución. El incumplimiento acarreará las responsabilidades señaladas en la Ley 1178 del Sistema de Administración y Control Gubernamentales."

1. Las disposiciones jurídicas que regulan la suspensión de la ejecución de los actos dispuestos en una Resolución Administrativa, establecen como presupuesto la existencia de un efecto o perjuicio irreversible o que estos actos contemplen la posibilidad de ocasionar daños graves al recurrente.
2. La Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°980/2012 fue impugnada en plazo y forma establecida, habiéndose presentado el Recurso de Revocatoria el 17 de enero de 2013, proceso que a la fecha se encuentra en la etapa de Alegatos.
3. El cumplimiento in extenso de la Resolución Administrativa citada, abre la posibilidad de ocasionar daños graves a la AFP, ante la publicación en su página WEB de los Listados de: Mora General, Procesos Ejecutivos Sociales, Procesos Coactivos de la Seguridad Social y Procesos Penales, bajo absoluta responsabilidad de la AFP; y la publicación en un medio de prensa de circulación nacional de los listados de procesos judiciales.

4. La normativa vigente establece la presunción de contribuciones en mora manifestando: "Corresponde a la presunción de no pago de las contribuciones por parte de los empleadores, cuando un empleador que ha mantenido un comportamiento regular en la declaración y pago de las contribuciones al SSO por sus trabajadores, no cancela éstas en un mes determinado o hace un pago por un monto notoriamente inferior al del mes anterior; sin haber informado novedades en el Formulario de Pago de Contribuciones (FPC) que lo justifiquen."
5. La publicación de las razones o denominaciones sociales de Empleadores y los nombres de los Representantes legales en los casos de "Deuda Presunta" violenta el precepto constitucional de presunción de inocencia.
6. La Constitución Política del Estado en su Artículo 116 garantiza la presunción de inocencia, precepto constitucional que rige los actos procesales normados por el Código de Procedimiento Penal a través de sus Artículos 6 y 84, los que presumen la inocencia del imputado y el cumplimiento de sus derechos que la Constitución Política del Estado las convenciones y Tratados Internacionales vigentes le reconocen.
7. Existe el grave riesgo de que cuando se publiquen los Listados, los Empleadores ya no tengan deuda porque ya fueron regularizadas y que se encuentran en: pagos en proceso de acreditación y/o descargo en proceso de regularización de la deuda.
8. Los Representantes Legales que figuren en las Listas y cuyas empresas no tengan deuda a la fecha de publicación, podrán querellarse contra la AFP y la APS por la comisión del delito de difamación. Asimismo, podrán demandar el resarcimiento y el pago de los daños y perjuicios.
9. Las publicaciones dispuestas por la APS corren el peligro de violentar el derecho constitucional del honor, de la propia imagen y dignidad, todos estos declarados por la Constitución Política del Estado como Derechos Civiles. Derechos que el Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.
10. En el marco de un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, los derechos clasificados por la Constitución en Fundamentales, Civiles, Políticos, deben ser protegidos promovidos y respetados por las autoridades del Estado, no pudiendo soslayarlos y mucho menos incurrir, sea por acción u omisión, en la restricción o supresión, ni amenaza de restricción o supresión.
11. Por mandato del texto constitucional en su Artículo 9 numeral 4, el Estado asume la obligación y responsabilidad de "Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y garantizados en la Constitución." Asimismo, el Artículo 108 dispone que el primer deber de los bolivianos es "Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y la leyes" " y como segundo "Conocer, respetar y promover los derechos reconocidos en la Constitución".
12. Por último, la Constitución establece que las personas que vulneren derechos constitucionales quedan sujetas a la jurisdicción y competencias de las autoridades bolivianas. Asimismo, determina que la vulneración de los derechos constitucionales hace responsables a sus autores intelectuales y materiales. Por último, establece que la vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna".

PETITORIO

Por los fundamentos expuestos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito, dictar Resolución, disponiendo LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 4385/2013 de 02 de mayo de 2013 que confirma la RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ N° 175-2013 de 06 de marzo de 2013 que rechaza la solicitud de suspensión de los efectos de la R.A. APS/DPC/DJ N° 980/2012, en virtud a que la solicitud de suspensión cumple con los presupuestos establecidos en el Artículo 40 numeral II del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, es decir, fue planteado dentro de un proceso administrativo que impugna la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N° 980/2012, se ha demostrado el efecto y perjuicio irreversible a terceros, así como la posibilidad de ocasionar daños graves a esta Administradora que conlleva la publicación de las Listas de la Mora y de los Procesos Judiciales.

6.2. MEMORIAL DE FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP, FORMULANDO ALEGATOS COMO TERCERO INTERESADO.-

En fecha 20 de junio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta memorial formulando alegatos contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 438-2013 de fecha 02 de mayo de 2013, expresando lo siguiente:

(...)

I. ALEGATOS:

Con las facultades y atribuciones conferidas por el artículo 41, parágrafo II, del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003 (reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo); y dentro del plazo establecido, tenemos a bien formular los siguientes alegatos que solicito sea objeto de la sana crítica y valoración razonada:

a) Publicación de la base de datos de contribuyentes en mora:

El Art. 168 de la Ley 065 de 10 de diciembre de 2010, en su inciso m), ha establecido como función y atribución -propia e indelegable- del Organismo de Fiscalización: "**Mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuyentes en Mora al Sistema Integral de Pensiones**" (las negrillas y el subrayado son nuestros).

Asimismo, y de la lectura del catálogo de funciones y atribuciones conferidas a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; se puede determinar incuestionablemente que la APS no tiene atribuciones para delegar, ceder, ni mucho menos participar las obligaciones que le son propias, a sus regulados. La claridad de la previsión legal contenida en este artículo, resta posibilidad de interpretaciones sesgadas y es expresa al determinar que es el ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN -papel desempeñado por Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- quien debe mantener y **publicar** la Base de Datos Actualizada de **Contribuyentes en Mora**; y no las Administradoras de Fondos de Pensiones que a la fecha se encuentran asumiendo transitoriamente las funciones, atribuciones y obligaciones indelegables de la Gestora

Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Es menester hacer cita a las Sentencias Constitucionales 1464/04-R de 13 de septiembre; 908/05-R de 8 de agosto y 55/05-R de 12 de septiembre por las cuales se determina las implicancias del principio de jerarquía de los actos administrativos, al señalar que este principio:

"...Se deriva del principio de legalidad, y prescribe que **ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma de grado superior**, principio que está recogido en el art. 4 inc. h) de la LPA..." (las negrillas son nuestras)

Sin embargo de lo expresado, y olvidándose que las actuaciones de la administración pública deben guiarse por los principios de sometimiento pleno a la Ley y de Jerarquía Normativa citado previamente; y que se encuentran establecidos en el artículo 4, inciso c) y h) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo; por los cuales la administración debe regir sus actos con sometimiento pleno a la ley y observado la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes; la APS ha pretendido justificar su decisión de negar el efecto suspensivo solicitado por ambas AFP, al señalar que "...la R.A.980-2012 expresa que, los listados de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora, serán también publicados por las Administradoras de Fondos de Pensiones, hecho que no puede interpretarse como una negación a sus atribuciones, todo lo contrario, en ejercicio de las mismas, **determina que en esa labor participe también las AFP**, hecho que no es ilegal ni ilegítimo" (las negrillas son nuestras).

Sobre dicho particular, se debe aclarar que la participación en el contexto de lo instruido por la APS, a decir de Guillermo Cabanellas de Torres, no es más que una "comisión" por la cual se nos obliga a Intervenir, junto a la APS, en una actividad que le es propia, convirtiéndose entonces en una delegación, que según Cabanellas, no es más que la "Cesión de atribuciones", entendiéndose entonces que esa delegación se ha traducido en una cesión de las (sic) obligación de la APS de "..., una función o una responsabilidad a otra persona para que los ejerza en su lugar" (Diccionario Manual de la Lengua Española, Larousse Editorial, S.L), recayendo en nuestra AFP.

Cabe señalar que una delegación de funciones como la del caso de autos, que es absolutamente ilegítima al no estar debidamente fundamentada y mucho menos respaldada en una ley, genera la nulidad absoluta del acto administrativo al tenor de lo establecido por el artículo 122 de la Constitución Política del Estado que refiere textualmente "Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley". En el caso concreto, la delegación de funciones dispuesta por el regulador, constituye un acto que no emana de la ley y en consecuencia resulta nulo.

Como su Autoridad fácilmente podrá colegir en el caso de Autos, la CIRCULAR APS/DPC/N° 185-2012 de 29 de noviembre de 2012, se limita a señalar que las AFP deben publicar los listados de los procesos judiciales en sus páginas WEB y en un medio de prensa de circulación nacional; situación ésta, que vulnera lo establecido por el art. 28,

inciso e) de la Ley N° 2341, pues nuestra administradora desconoce las razones legales concretas y/o análisis que motivó dicho pronunciamiento al no encontrarse justificados ni insertos en la referida nota; dicha situación tampoco fue subsanada a tiempo de emitir la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, toda vez que la misma carece de la debida fundamentación y motivación sobre el acto administrativo que se consigna en Resolución, desconociéndose aun cuales son los fundamentos legales que motivaron a su Autoridad establecer "la participación de las AFP" en tareas propias e indelegables de la APS; lo que conlleva a que nuestra administradora se encuentre en un estado total de indefensión.

Sobre el efecto suspensivo, corresponde establecer que en el caso de autos, resulta procedente y necesario suspender la ejecución de la resolución que se invoca como nula; y es a partir de los recursos que se impide que las resoluciones erróneas por su procedencia ilegal sean ejecutadas, y contrariamente a su imposición, permiten que sean corregidas por el superior en grado, que admitiendo el error deberá proceder a declarar su nulidad.

Finalmente, es pertinente señalar las consideraciones de la jurisprudencia contenida en la Sentencia Constitucional Plurinacional 1089/2012 de 05 de septiembre de 2012, misma que hace referencia a la jurisprudencia del anterior Tribunal Constitucional, contenida en la SC 0752/2002-R de 25 de junio que recogiendo lo señalado en la SC 1369/2001- R de 19 de diciembre, estableció que el derecho al debido proceso "... exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no solo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión". En esta línea de la jurisprudencia constitucional se ha manifestado el Tribunal Constitucional Plurinacional en varias Resoluciones, de las cuales se cita entre otras la SC 1365/2005-R, SC 2227/2010-R, las mismas que solicito a su Autoridad considerarlas como precedentes jurisprudenciales que deben orientar su actuación administrativa; y que seguramente motivarán la nulidad del acto administrativo impugnado, por lo que el mismo no puede ser confirmado ni convalidado, dada su ilegalidad.

b) De la Base de Datos de Empleadores en Mora:

La información de las bases de datos que administra nuestra AFP, tiene como sustento legal las definiciones incorporadas por la Ex SPVS mediante Resolución Administrativa SPVS P N° 259 de 23 de junio de 2000 (NORMA GENERAL PARA LA GESTIÓN DE COBRO), es decir incluye conceptos de mora presunta, por lo que como es de conocimiento de la APS, las Notas de Débito que se constituyen en Títulos Ejecutivos, o Coactivos según corresponda, incorporan dichos preceptos.

El hecho ut supra, tiene implicancias que no pueden ser mal interpretadas por la APS

dando a entender que "...la AFP agotó previamente la gestión administrativa de cobro, consecuentemente, ante la evidencia del no pago, la norma prevé que debe efectuarse el cobro a través de la vía judicial, labores (administrativa y judicial) que son ejecutadas por la Administradora"; puesto que lo que en realidad se agotó, es el plazo de la Gestión Administrativa de Cobro, debiendo en consecuencia darse curso a la vía judicial, pero como se anotó previamente, incluyendo los preceptos de la normativa emitida por la ex SPVS, que como ya se manifestó introducen **un elemento que desnaturaliza la esencia misma de los Títulos Ejecutivo v Coactivo**, e incide en el desarrollo normal de los procesos ejecutivos sociales y coactivos de la seguridad social; dicho elemento **es el de la "Presunción de Mora"** que como figura o instituto jurídico que viabilice acciones coactivas **no existe**. Lo anteriormente expuesto tiene sustento en aspectos conceptuales y doctrinales que, siendo de pleno y perfecto conocimiento del Regulador, deben merecer su atención y son los que se detallan a continuación:

EN LO CONCERNIENTE A LA MORA:

Según tratadistas de Derecho Civil, la mora es "el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación" (José Decker Morales, página 19 - EL PROCESO EJECUTIVO). "La mora consiste sólo en la tardanza, retardo o demora en el cumplimiento" (Código Civil, Carlos Morales Guillen).

De acuerdo al Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, Mora es la "Tardanza en el cumplimiento de una obligación. De modo más específico, retraso en el pago de una cantidad de dinero líquida y vencida". El mismo diccionario respecto de la mora del deudor refiere: "Situación en que se colocó quien deja de cumplir a su vencimiento la obligación que le incumbe, y una vez que ha sido intimado para su cumplimiento por el acreedor. Ahora bien, la mora se puede producir de pleno derecho; es decir, sin necesidad de intimación, cuando se ha convenido que corra desde el día del vencimiento o cuando así lo determina la ley".

"Mora ex Lege" o Mora por el ministerio de la ley, ese el caso de las previsiones legales contenidas en los Arts. 107 y 108 de la Ley 065; es decir la mora de los Empleadores está prevista en la ley.

En sentido estricto mora es la dilación en el pago de una cantidad de dinero líquida y vencida.

Por una parte, deuda líquida es la de existencia cierta y reconocida, por ejemplo una cantidad determinada de dinero. Deuda cierta, por otra parte, es aquella sobre cuya existencia y exactitud, ya sea en cantidad de dinero u otra prestación cualquiera, no hay discusión; es una deuda sin duda.

Como contraparte, la deuda ilíquida es la pendiente de ser estimada o liquidada y que genera dudas relativas a la exigibilidad del acreedor o relativas al pago del deudor.

El Regulador no considera que la presunción es una proposición acerca de la verdad, **no es la verdad en sí**, afectando con ello la esencia de los Títulos Ejecutivo y Coactivo.

Inclusive en materia probatoria, la presunción cuando no admite prueba en contra es absoluta y relativa si admite prueba en contra. Así la presunción si es absoluta surtirá eficacia plena en contraparte a la presunción relativa, conforme se trate de presunción iures et de iure o iures tantum, conforme nuestra legislación establece en los Arts. 477 Código de Pdto. Civil y Arts. 1317, 1318, 1319 y 1320 del Código Civil.

Por lo antes expuesto es perfectamente coherente concluir que solamente la deuda real y mora efectiva hacen a la naturaleza y esencia de los procesos coactivos sociales; ya que como se glosó precedentemente, las deudas presuntas no ingresan en la categoría de suma líquida y exigible, menos de mora; y deberían ingresar en su sustanciación y resolución a procesos de naturaleza ordinaria para que juez competente determine si existe o no deuda, criterio así expresado por Carlos Morales Guillen en su Código de Pdto. Civil Concordado cuando señala que:

"La exigencia de cantidad líquida para proceder ejecutivamente, responde a la necesidad de certeza que debe darse sobre lo que tiene derecho a percibir el acreedor, porque no siendo líquida la cantidad, sería necesario un previo proceso de liquidación, sujeto a comprobaciones y pruebas propias del proceso ordinario.

Siempre que la ley se refiere a cantidad líquida, se refiere indudablemente a cantidades ciertas de dinero efectivo, representación común de todos los valores y de ello se infiere, por algunos autores, que el objeto de la ejecución ha de ser sumas de dinero (Manresa y Reus..." (las negrillas son nuestras).

De ahí, que la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, así como la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, acertadamente han determinado que la sustanciación del Proceso Ejecutivo Social y del Proceso Coactivo de la Seguridad Social, sean con arreglo a lo establecido por el Código de Procedimiento Civil.

c) Del daño que se ocasionaría:

Nuestra Constitución Política del Estado en su Artículo 116 garantiza la presunción de inocencia, precepto constitucional que rige los actos procesales normados por el Código de Procedimiento Penal en su Artículo 6, que a la letra manifiesta: **"Todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada"** (las negrillas son nuestras). Asimismo, el Artículo 84 del citado cuerpo legal expresa: **"Toda autoridad que intervenga en el proceso se asegurará de que el imputado conozca, los derechos que la Constitución Política del Estado las convenciones y Tratados Internacionales vigentes y este Código le reconocen"**; papel que aplicado al caso de autos, le toca desempeñar a su Autoridad con la competencia que tiene para conocer el recurso jerárquico, debiendo entonces velar que la norma impugnada y su aplicación no vulnere los derechos y garantías constitucionales, no solo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, sino también de las personas naturales y/o jurídicas en su condición de representantes legales y empleadores de empresas en mora.

La publicación de estos procesos con la relación de los Empleadores y sus Representantes Legales violenta el precepto constitucional de la presunción de

inocencia de los imputados; y la publicación de sus nombres sin sentencia ejecutoriada, en vez de estar sic. "...dirigida a que los empleadores en mora y con procesos judiciales en curso por deudas al SIP puedan regularizarla..."; estaría restringiendo su derecho a la defensa, situación que se constituiría en un delito de Difamación, ocasionando como ya se expreso en nuestro memorial de recurso de revocatoria, que los empleadores dirijan acciones penales, civiles y constitucionales para la restitución de sus derechos y la reparación de daños y perjuicios, teniendo en cuenta que, cuando se atribuye a una persona, sea natural o colectiva, la calidad de **"MOROSO"** se está **afectando directamente su reputación, como también a bienes jurídicos protegidos como es la dignidad, la honra y la imagen** reconocidos como derechos fundamentales en el art. 21 núm. 2 de la Constitución Política del Estado. Así, **con la publicación de forma mensual y repetitiva en un sitio WEB de los listados de procesos judiciales con la identificación de las personas y empresas** (personas jurídicas) que se encuentran en esta situación, **se estaría atentando contra sus derechos fundamentales**, siendo mayor aún el riesgo y el daño que se ocasionaría de publicarse también **la presunción de deuda** (que se encuentra inserta en los listados); y que **en muchos casos es descargada válidamente por los empleadores** dando como resultado, simplemente, **la inexistencia de la mora y la puerta abierta para que los empleadores**, perjudicados en sus derechos y honra, **puedan en defensa propia tomar una acción penal en contra de ambas Administradoras de Fondo de Pensiones por el delito de Difamación previsto y sancionado en el art. 182 del Código Penal**, toda vez que a causa de una Resolución Administrativa impuesta, y más aún a causa de una negativa de suspender los efectos de dicha Resolución ilegal, se atribuyó a una determinada persona o empleador una condición (MOROSO) que se presumía por la normativa establecida por la ex SPVS para la identificación de la deuda, pero que en realidad no existía; quedando así sujetos a una sanción penal y al pago por resarcimiento de daños y perjuicios, también demandables en materia civil por los daños morales o materiales ocasionados, que lógicamente son irreversibles debido a que los sujetos activos es decir empleadores actuaron en el marco de las leyes vigentes. Con las mismas características y circunstancias, se advierte **un escenario más oscuro para la publicación de procesos judiciales, sobre todo los penales**. Si bien la Difamación consiste en una conducta por el que se publica repetidas veces una calidad que atenta a la reputación de una persona, la Calumnia prevista por **el art. 283 del Código Penal, sanciona con reclusión al que imputare a otro falsamente la comisión de un delito**; es decir, que por imperio del art. 5 del Código de Procedimiento Penal, **la imputación del delito** no se la realiza con la Resolución de Imputación Formal del Fiscal, sino con **la simple atribución de un delito mediante la denuncia en cualquier sede administrativa o judicial, y peor aún si es en un medio de comunicación internacional como es la página WEB**.

Sobre lo expresado ut supra, es preciso citar entre otras, las Sentencias Constitucionales 1972/2011-R y 1738/2010-R que han recogido la línea jurisprudencial emitida por la sentencia Constitucional 0965/2004-R de 23 de junio de 2004, misma que en la parte pertinente expresa lo siguiente:

"...el hábeas data como un proceso constitucional de carácter tutelar, tiene la finalidad de brindar tutela efectiva, inmediata e idónea a la persona en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación informática. La protección que brinda el hábeas data

abarca los siguientes ámbitos:

a) Derecho de acceso a la información o registro de datos personales obtenidos y almacenados en un banco de datos de la entidad pública o privada, para conocer qué es lo que se dice respecto a la persona que plantea el hábeas data, de manera que pueda verificar si la información y los datos obtenidos y almacenados son los correctos y verídicos; si no afectan las áreas calificadas como sensibles para su honor, la honra y la buena imagen personal;

b) Derecho a la actualización de la información o los datos personales registrados en el banco de datos, añadiendo los datos omitidos o actualizando los datos atrasados; con la finalidad de evitar el uso o distribución de una información inadecuada, incorrecta o imprecisa que podría ocasionar graves daños y perjuicios a la persona;

c) Derecho de corrección o modificación de la información o los datos personales inexactos registrados en el banco de datos público o privado, tiene la finalidad de eliminar los datos falsos que contiene la información, los datos que no se ajustan de manera alguna a la verdad, cuyo uso podría ocasionar graves daños y perjuicios a la persona;

d) Derecho a la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida, pero que no debería trascender a terceros porque su difusión podría causar daños y perjuicios a la persona:

e) Derecho de exclusión de la llamada "información sensible" relacionada al ámbito de la intimidad de la persona, es decir, aquellos datos mediante los cuales se pueden determinar aspectos considerados básicos dentro del desarrollo de la personalidad, tales como las ideas religiosas, políticas o gremiales, comportamiento sexual; información que potencialmente podría generar discriminación o que podría romper la privacidad del registrado;

En consecuencia, **el hábeas data es una garantía constitucional que tiene por objetivo el contrarrestar los peligros que conlleva el desarrollo de la informática en lo referido a la distribución o difusión ilimitada de información sobre los datos de la persona; y tiene por finalidad principal el proteger el derecho a la autodeterminación informática, preservando la información sobre los datos personales ante su utilización incontrolada, indebida e ilegal, impidiendo que terceras personas usen datos falsos, erróneos o reservados que podrían causar graves daños y perjuicios a la persona.** El hábeas data tiene la función primordial de establecer un equilibrio entre el "poder informático" y la persona titular del derecho a la autodeterminación informática, es decir, entre la entidad pública o privada que tiene la capacidad de obtener, almacenar, usar y distribuir la información sobre datos personales y la persona concernida por la información" (Las negrillas y subrayado son nuestros).

Asimismo, y con relación al derecho a la honra como un derecho lesionado por la publicación que se pretende imponer a las AFP, es menester hacer cita a lo señalado por las Sentencias Constitucionales N° 686/04-R de 6 de mayo; 1275/04-R de 10 de agosto y 383/03-R de 19 de marzo que establecen que:

"...Según la doctrina del Derecho Constitucional el derecho a la honra, es la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida y tratada por los demás miembros de la colectividad que le conocen; es el derecho que tiene toda persona a

que el Estado y las demás personas le reconozcan y respeten la trascendencia social de su honor..."

De acuerdo a lo establecido por nuestra Constitución Política del Estado en su Artículo 14, parágrafo IV, "**En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban**", por lo que a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, y toda vez que la obligación legal de publicar la base de datos de empleadores morosos es una facultad privativa e indelegable del organismo de fiscalización, papel que ejerce la APS, conforme lo expresado por la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, las publicaciones hechas por las AFP serían ilegales por no constituirse en una de sus funciones atribuciones y obligaciones legales; situándonos ante el inminente riesgo de sufrir constantes daños por la interposición de demandas de resarcimiento de daños y perjuicios y/o recursos constitucionales, motivo por el que en su oportunidad solicitamos a su Autoridad que en conformidad a lo dispuesto por el artículo 40, parágrafo II del Decreto Supremo N° 27175; y demostrada la real y razonable posibilidad de que se nos ocasione daño, disponga el efecto suspensivo de la Resolución Administrativa ASP/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012.

Queda claro que, se ha demostrado con normas vigentes, que los efectos de la aplicación de Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012, trae aparejada la inminente posibilidad de que se ocasionen graves e irreversibles perjuicios a las Administradoras de Fondos de Pensiones BBVA PREVISIÓN AFP S.A. y FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP; por lo que a tiempo de valorar los fundamentos del recurso jerárquico y de nuestros alegatos, le solicitamos nuevamente tenga en cuenta "...el **principio de razonabilidad**, que según la jurisprudencia constitucional tiene como objeto preservar el valor justicia y está contenido en el art. 229 de la CPE que determina que los principios, garantías y derechos no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio..." (Sentencias constitucionales 64/06-R de 17 de julio; 172/05-R de 28 de febrero, 1032/06-R de 16 de octubre y 73/06-R de 25 de enero).

IV. PETITORIO:

En mérito a los argumentos jurídicos expuestos, su Autoridad advertirá que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 438-2013 de 02 de mayo de 2013, no ha cumplido con el elemento principal y esencial contenido en el inciso e) del Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que no contiene la debida fundamentación y motivación de lo establecido en la parte dispositiva, por lo que invocamos la **NULIDAD** del referido acto administrativo al amparo del artículo 35 inciso e) y artículo 30 inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, al haberse transgredido el mandato contenido en el artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175.

Sin perjuicio de lo ya solicitado, nos allanamos a la solicitud de BBVA PREVISIÓN AFP S.A., por lo que al verse conculcados también nuestros derechos y legítimos intereses; al amparo de lo establecido los artículos 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicitamos a su Autoridad **REVOCAR** los efectos y alcances de la Resolución Administrativa

APS/DJ/DPC/Nº 438-2013 de fecha 02 de mayo de 2013; que confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N2 175-2013 de 06 de marzo de 2013, ajustando el procedimiento al marco de la legalidad.

7. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 15 de julio de 2013, se llevó a efecto la Audiencia de exposición oral de fundamentos que fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, como tercero interesado, a la que asistió también, el representante de la recurrente **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA**; en la que ratificaron los extremos presentados tanto, en el memorial de formulación de alegatos, como, en el memorial del Recurso Jerárquico interpuesto, conforme al registro magnetofónico que cursa en el expediente.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme cursa en el expediente, se evidencia que:

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite la Circular APS/DPC/Nº185/2012 de 29 de noviembre de 2012, que a la vez aprueba los siguientes Anexos:

1. Listado de Mora General al Seguro Social Obligatorio (SSO) y Sistema Integral de Pensiones (SIP) por Empleador según las especificaciones técnicas adjuntas en el Anexo 1.
2. Listado de Procesos Ejecutivos Sociales de la Seguridad Social de Largo Plazo, según las especificaciones técnicas adjuntas en el Anexo 2.
3. Listado de Procesos Coactivos Sociales de la Seguridad Social de Largo Plazo (PCS), según las especificaciones técnicas adjuntas en el Anexo 3.
4. Listado de Procesos Penales (PP) por Apropriación Indevida de Aportes del SIP según las especificaciones técnicas adjuntas en Anexo 4.

Al respecto, BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP, solicitan a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, consigne la CIRCULAR APS/DPC/Nº 185-2012 de fecha 29 de noviembre de 2012, en Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emite la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, que consigna en Resolución Administrativa la Circular APS/DPC/N° 185-2012 de 29 de noviembre de 2012.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, **BBVA Previsión AFP S.A.** y **Futuro de Bolivia S.A. AFP**, presentan Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, y solicitan la suspensión de los efectos establecidos en la resolución administrativa.

La APS, mediante Auto de 08 de febrero de 2013, resuelve en lo pertinente que: "*Segundo.- Se rechaza la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, ratificándose su entero cumplimiento en aplicación del Parágrafo I del Artículo 40 y 69 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003*".

Individualmente, **BBVA Previsión AFP S.A.** y **Futuro de Bolivia S.A. AFP**, solicitan por su parte, se consigne el Auto de 08 de febrero de 2013, en Resolución Administrativa debidamente fundamentada y motivada.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emite la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 175-2013 de 06 de marzo de 2013, que consigna en Resolución Administrativa el Auto de fecha 08 de febrero de 2013.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, **BBVA Previsión AFP S.A.** y **Futuro de Bolivia S.A. AFP**, individualmente presentan Recursos de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 175-2013 de 06 de marzo de 2013.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 438-2013 de 02 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 175-2013 de 06 de marzo de 2013.

Contra la citada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 438-2013 de 02 de mayo de 2013, únicamente por parte de **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA**, ha sido interpuesto el Recurso Jerárquico el 23 de mayo de 2013, que tiene que ver exclusivamente, con la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N° 980/2012.

De manera tal que del proceso administrativo sancionador han devenido dos Recursos de Revocatoria:

- a. Contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980/2012 de 20 de diciembre de 2012, por la cual consigna en Resolución Administrativa la CIRCULAR: APS/DPC/N° 185-2012 de 29 de noviembre de 2012, que instruye a las Administradoras de Fondos de Pensiones la remisión de Listados de Mora General al Seguro Social Obligatorio y de Procesos Judiciales Ejecutivos, Coactivos y Penales.
- b. Contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 175/2013 de 06 de marzo de 2013,

mediante la cual se consigna en Resolución Administrativa el AUTO de 08 de febrero de 2013, que rechaza la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980/2012.

Consiguientemente, el objeto de la controversia presente (al que se refiere el **inciso b.** precedente), **es la negativa de la entidad recurrida, a suspender los efectos de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980/2012** de 20 de diciembre de 2012, por lo que no corresponde sustanciar ni resolver, las cuestiones que hacen al fondo de la causa, por cuanto los mismos son inherentes a una oportunidad procesal distinta, aquella que tiene que ver con lo señalado en el **inciso a.** precedente.

Esta precisión última es pertinente, por cuanto la recurrente **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA**, en su Recurso Jerárquico de fecha 23 de mayo de 2013, así como el Tercero Interesado **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en su memorial de formulación de alegatos de 20 de junio de 2013, e inclusive en oportunidad de la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos del 15 de julio de 2013, abundan en alegatos referidos al fondo de la causa (y que en la presente instancia, conforme lo establecido, resultan inatendibles), como ser, entre otros:

- **Por parte del recurrente BBVA PREVISIÓN AFP S.A.**

“(...) La publicación de las razones o denominaciones sociales de Empleadores y los nombres de los Representantes Legales en los casos de “Deuda Presunta” violenta el precepto constitucional de presunción de inocencia.

La Constitución Política del Estado en su Artículo 116 garantiza la presunción de inocencia, precepto constitucional que rige los actos procesales normados por el Código de Procedimiento Penal a través de sus Artículos 6 y 84, los que presumen la inocencia del imputado y el cumplimiento de sus derechos que la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes le reconocen.

En el marco de un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, los derechos clasificados por la Constitución en Fundamentales, Civiles, Políticos, deben ser protegidos promovidos y respetados por las autoridades del Estado, no pudiendo soslayarlos y mucho menos incurrir, sea por acción u omisión, en la restricción o supresión, ni amenaza de restricción o supresión.

(...) la Constitución establece que las personas que vulneren derechos constitucionales quedan sujetas a la jurisdicción y competencias de las autoridades bolivianas. Asimismo, determina que la vulneración de los derechos constitucionales hace responsables a sus autores intelectuales y materiales (...) que la vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna.”

- **Por parte del tercero interesado FUTURO DE BOLIVIA S.A.**

“(...) la APS no tiene atribuciones para delegar, ceder, ni mucho menos participar las obligaciones que le son propias, a sus regulados. La claridad de la previsión legal contenida en este artículo, resta posibilidad de interpretaciones sesgadas y es expresa al determinar que es el organismo de Fiscalización (...) quien debe mantener y publicar la Base de Datos Actualizada de Contribuyentes en Mora; y no las Administradoras de Fondos de Pensiones que a la fecha se encuentran asumiendo transitoriamente las funciones, atribuciones y obligaciones indelegables de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

(...) la APS ha pretendido justificar su decisión de negar el efecto suspensivo solicitado por ambas AFP, al señalar que “...la R.A.980/2012 expresa que, los listados de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora, serán también publicados por las Administradoras de Fondos de Pensiones, hecho que no puede interpretarse como una negación a sus atribuciones, todo lo contrario, en ejercicio de las mismas, determina que en esa labor participe también las AFP, hecho que no es ilegal ni ilegítimo.”

Sobre dicho particular, se debe aclarar que la participación (...) no es más que una comisión por la cual se nos obliga a intervenir, junto a la APS en una actividad que le es propia, convirtiéndose entonces en una delegación, que según Cabanellas, no es más que la “Cesión de atribuciones”, entendiéndose entonces que esa delegación se ha traducido en una cesión de la obligación de la APS de “...una función o una responsabilidad a otra persona para que los ejerza en su lugar”.

Cabe señalar que una delegación de funciones como la del caso de autos, que es absolutamente ilegítima al no estar debidamente fundamentada y mucho menos respaldada en una ley, genera la nulidad absoluta del acto administrativo al tenor de lo establecido por el artículo 122 de la Constitución Política del Estado...”

“...la Circular APS/DPC/Nº 185-2012 de 29 de noviembre de 2012, se limita a señalar que las AFP deben publicar los listados de los procesos judiciales en sus páginas WEB y en un medio de prensa de circulación nacional; situación ésta, que vulnera lo establecido por el art. 28, inciso e) de la Ley Nº 2341, pues nuestra administradora desconoce las razones legales concretas y/o análisis que motivó dicho pronunciamiento al no encontrarse justificados ni insertos en la referida nota; dicha situación tampoco fue subsanada a tiempo de emitir la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 980/2012 de 20 de diciembre de 2012, toda vez que la misma carece de la debida fundamentación y motivación sobre el acto administrativo que se consigna en Resolución, desconociéndose aún cuales son los fundamentos legales que motivaron a su autoridad establecer “la participación de las AFP” en tareas propias e indelegables de la APS; lo que conlleva a que nuestra administradora se encuentre en un estado total de indefensión.”

“(...) La información de las bases de datos que administra nuestra AFP, tiene como sustento legal las definiciones incorporadas por la Ex SPVS mediante Resolución

Administrativa SPVS P N° 259 de 23 de junio de 2000 (NORMA GENERAL PARA LA GESTION DE COBRO), es decir incluye conceptos de mora presunta, por lo que como es de conocimiento de la APS, las Notas de Débito que se constituyen en Títulos Ejecutivos, o Coactivos según corresponda, incorporan dichos preceptos."

"El hecho ut supra, tiene implicancias que no pueden ser mal interpretadas por la APS dando a entender que "...la AFP agotó previamente la gestión administrativa de cobro, consecuentemente, ante la evidencia del no pago, la norma prevé que debe efectuarse el cobro a través de la vía judicial, labores (administrativa y judicial) que son ejecutadas por la Administradora"; puesto que lo que en realidad se agotó, es el plazo de la Gestión Administrativa de Cobro, debiendo en consecuencia darse curso a la vía judicial, pero como se anotó previamente, incluyendo los preceptos de la normativa emitida por la ex SPVS, que como ya se manifestó introducen un elemento que desnaturaliza la esencia misma de los Títulos Ejecutivo y Coactivo, e incide en el desarrollo normal de los procesos ejecutivos sociales y coactivos de la seguridad social; dicho elemento es el de la "Presunción de Mora" que como figura o instituto jurídico que viabilice acciones coactivas no existe. Lo anteriormente expuesto tiene sustento en aspectos conceptuales y doctrinales que, siendo de pleno y perfecto conocimiento del Regulador, deben merecer su atención (...)"

"(...) Por lo antes expuesto es perfectamente coherente concluir que solamente la deuda real y mora efectiva hacen a la naturaleza y esencia de los procesos sociales; ya que como se glosó precedentemente, las deudas presuntas no ingresan en la categoría de suma líquida y exigible, menos de mora; y deberían ingresar en su sustanciación y resolución a procesos de naturaleza ordinaria para que el juez competente determine si existe o no deuda, (...)"

Dejando establecido que, tales fundamentos no corresponden ser resueltos en la presente oportunidad, debido a se refieren al fondo de la controversia del Recurso de Revocatoria que les sea inherente, tampoco hacen a la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

2. DE LA SUSPENSIÓN (FUNDAMENTO NORMATIVO APLICABLE AL CASO).-

Al respecto, cabe hacer mención de la norma aplicable a la suspensión de las determinaciones emitidas por la Autoridad Reguladora, así la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, determina lo siguiente:

"Artículo 59.- (Criterios de Suspensión)

- I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado.
- II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano administrativo competente para resolver el Recurso, podrá suspender la ejecución del acto recurrido, de oficio o a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante."

El Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003,

establece lo siguiente:

“Artículo 22.- (Efectos)

Las Resoluciones Administrativas surtirán efectos a partir de su notificación y, en su caso, a partir de su publicación (...)

Artículo 23.- (Efectos Devolutivo)

La interposición de cualquier recurso de impugnación, no suspende la ejecución y efectos de la resolución, salvo lo dispuesto por el artículo 40 del presente Reglamento (...)

Artículo 40.- (Efecto Devolutivo)

I. *La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa.*

Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.

II. *La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros (...)*

Artículo 62.- (Legalidad)

I. *El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos.*

II. *La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables (...)*

Artículo 69.- (Ejecución)

I. *La resolución sancionadora deberá ser cumplida en todos sus alcances y dentro del plazo establecido por la misma. Para el efecto, el Superintendente correspondiente utilizará los medios legales disponibles.*

II. *La interposición de los recursos administrativos señalados en el artículo 36 y siguientes no suspenderá la ejecución de la misma, por el efecto devolutivo con el que deben ser concedidos, salvo lo dispuesto por el presente Reglamento con referencia a la suspensión de efectos de las Resoluciones Administrativas.*

3. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Conforme a la determinación del Artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento

Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dos son las alternativas posibles para que se produzca la suspensión transitoria, total o parcial, cuya ocurrencia puede ser indistinta:

- a) *"...siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o*
- b) *que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros."*

Se impone, entonces, el análisis de ambas alternativas en relación al caso concreto, para determinar si alguna de ellas o ambas pudieran determinar la procedencia de la solicitud expresada por la recurrente **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA** y por el tercero interesado **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

Así, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 438-2013 de 02 de mayo de 2013, que confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 175-2013, señala que: *"...se ha constatado la insuficiencia en cuanto a los argumentos relativos a la naturaleza de este proceso, a fin de que este Ente Regulador pueda tras una evaluación objetiva de argumentos y elementos que respalden la pretensión de suspensión, pueda viabilizar en caso de corresponder el pedido de las AFP. Es decir la suspensión de los efectos de la CIRCULAR: APS/DPC/N° 185-2012 de 29 de noviembre de 2012, consignada en Resolución Administrativa (...). Por tanto, se tiene como un hecho importante que, las AFP al presente no han respaldado con ningún actuado o prueba objetiva e idónea (estudios, exámenes, acciones en su contra, etc.) que lleven al regulador a considerar la solicitud de suspensión, pese a que en la resolución de primera instancia ya se había indicado sobre la falta de los elementos de respaldo de la pretensión (...).*

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA, en su Recurso Jerárquico, Numeral IV "**FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN**", refiere lo siguiente:

"...El cumplimiento in extenso de la Resolución Administrativa citada, abre la posibilidad de ocasionar daños graves a la AFP, ante la publicación en su página WEB de los Listados de: Mora General, Procesos Ejecutivos Sociales, Procesos Coactivos de la Seguridad Social y Procesos Penales, bajo absoluta responsabilidad de la AFP; y la publicación en un medio de prensa de circulación nacional de los listados de procesos judiciales...".

"...Existe grave riesgo de que cuando se publiquen los Listados, los Empleadores ya no tengan deuda porque ya fueron regularizadas y que se encuentran en: pagos en proceso de acreditación y/o descargo en proceso de regularización de la deuda...".

"...Los Representantes Legales que figuren en las Listas y cuyas empresas no tengan deuda a la fecha de publicación, podrán querellarse contra la AFP y la APS por la comisión del delito de difamación. Asimismo, podrán demandar el resarcimiento y el pago de los daños y perjuicios...".

"...la Constitución establece que las personas que vulneren derechos constitucionales quedan sujetas a la jurisdicción y competencias de las autoridades bolivianas. Asimismo, determina que la vulneración de los derechos constitucionales hace responsables a sus autores intelectuales y materiales. Por último, establece que la vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna..."

Por su parte, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en su condición de tercero interesado, en su memorial de formulación de alegatos, bajo el subtítulo **"Del daño que se ocasionaría"**, refiere lo siguiente:

"...Nuestra Constitución Política del Estado en su Artículo 116 garantiza la presunción de inocencia, precepto constitucional que rige los actos procesales normados por el Código de Procedimiento Penal en su Artículo 6, que a la letra manifiesta: "Todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada". Asimismo, el Artículo 84 del citado cuerpo legal expresa: "Toda autoridad que intervenga en el proceso se asegurará de que el imputado conozca, los derechos que la Constitución Política del Estado las convenciones y Tratados Internacionales vigentes y este Código le reconocen"; papel que aplicado al caso de autos, le toca desempeñar a su Autoridad con la competencia que tiene para conocer el recurso jerárquico, debiendo entonces velar que la norma impugnada y su aplicación no vulnere los derechos y garantías constitucionales, no solo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, sino también de las personas naturales y/o jurídicas en su condición de representantes legales y empleadores de empresas en mora.

La publicación de estos procesos con la relación de los Empleadores y sus Representantes Legales violenta el precepto constitucional de la presunción de inocencia de los imputados; y la publicación de sus nombres sin sentencia ejecutoriada, en vez de estar sic. "...dirigida a que los empleadores en mora y con procesos judiciales en curso por deudas al SIP puedan regularizarla...", estaría restringiendo su derecho a la defensa, situación que se constituiría en un delito de Difamación, ocasionando como ya se expreso en nuestro memorial de recurso de revocatoria, que los empleadores dirijan acciones penales, civiles y constitucionales para la restitución de sus derechos y la reparación de daños y perjuicios, teniendo en cuenta que, cuando se atribuye a una persona, sea natural o colectiva, la calidad de "MOROSO" se está afectando directamente su reputación, como también a bienes jurídicos protegidos como es la dignidad, la honra y la imagen reconocidos como derechos fundamentales en el art. 21 núm. 2 de la Constitución Política del Estado. Así, con la publicación de forma mensual y repetitiva en un sitio WEB de los listados de procesos judiciales con la identificación de las personas y empresas (personas jurídicas) que se encuentran en esta situación, se estaría atentando contra sus derechos fundamentales, siendo mayor aún el riesgo y el daño que se ocasionaría de publicarse también la presunción de deuda (que se encuentra inserta en los listados); y que en muchos casos es descargada válidamente por los empleadores dando como resultado, simplemente, la inexistencia de la mora y la puerta abierta para que los empleadores, perjudicados en sus derechos y honra, puedan en defensa propia tomar una acción

penal en contra de ambas Administradoras de Fondo de Pensiones por el delito de Difamación previsto y sancionado en el art. 182 del Código Penal, toda vez que a causa de una Resolución Administrativa impuesta, y más aún a causa de una negativa de suspender los efectos de dicha Resolución ilegal, se atribuyó a una determinada persona o empleador una condición (MOROSO) que se presumía por la normativa establecida por la ex SPVS para la identificación de la deuda, pero que en realidad no existía; quedando así sujetos a una sanción penal y al pago por resarcimiento de daños y perjuicios, también demandables en materia civil por los daños morales o materiales ocasionados, que lógicamente son irreversibles debido a que los sujetos activos es decir empleadores actuaron en el marco de las leyes vigentes. Con las mismas características y circunstancias, se advierte un escenario más oscuro para la publicación de procesos judiciales, sobre todo los penales. Si bien la Difamación consiste en una conducta por el que se publica repetidas veces una calidad que atenta a la reputación de una persona, la Calumnia prevista por el art. 283 del Código Penal, sanciona con reclusión al que imputare a otro falsamente la comisión de un delito; es decir, que por imperio del art. 5 del Código de Procedimiento Penal, la imputación del delito no se la realiza con la Resolución de Imputación Formal del Fiscal, sino con la simple atribución de un delito mediante la denuncia en cualquier sede administrativa o judicial, y peor aún si es en un medio de comunicación internacional como es la página WEB (...)"

Sobre las alegaciones en común, de que, "(...) la publicación de estos procesos con relación de los Empleadores y sus Representantes Legales violenta el precepto constitucional de la presunción de inocencia de los imputados; y la publicación de sus nombres sin sentencia ejecutoriada (...) estaría restringiendo su derecho a la defensa, situación que se constituiría en un delito de difamación, ocasionando (...) que los empleadores dirijan acciones penales, civiles y constitucionales (...)"; importa referirse a lo establecido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 438/2013 de 02 de mayo de 2013, que resuelve los Recursos de Revocatoria interpuestos en su oportunidad por ambas Administradoras de Fondos de Pensiones:

"(...) la garantía constitucional de la presunción de inocencia, de aplicación a los administradores de justicia, consiste en que no se puede aplicar ninguna sanción ni pena a un procesado, mientras no se demuestre claramente su culpabilidad en un debido proceso (Cessar Beccaria).

La publicación de la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora, no viola el principio de presunción de inocencia, como erróneamente argumenta la AFP, ya que la norma administrativa en ninguna forma condena o sanciona al denunciado y/o querellado, labor que por cierto no le compete, se limita a informar sobre los Contribuyentes en Mora.

En esa línea, la R.A.980/2012, dispone que los listados de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora serán publicados tanto por la APS como por las AFP, labor que deviene del cumplimiento de la Ley de Pensiones, y que no atenta garantía constitucional alguna.

Además, el publicar la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora con procesos judiciales, no constituye la comisión del delito de Difamación previsto en el

artículo 282 del Código Penal (CP), puesto que, tratándose de un delito doloso (artículo 13 Quáter del CP), requiere como presupuesto “la intencionalidad (animus) del agente en la ofensa”, presupuesto que no se cumple, ya que la publicación no tiene por finalidad ofender a persona alguna, sino el informar de las personas (Empleadores) que se encuentran en procesos judiciales por Contribuciones en Mora, en estricto cumplimiento a la Ley de Pensiones.

(...) De la lectura a la R.A.980/2012 se acredita que, la Base de Datos de Contribuyentes en Mora que deviene del cumplimiento a la Ley N° 065, atiende la línea jurisprudencial referida, ya que la misma no contiene aspectos que afectan a la intimidad o la privacidad de las personas, refleja inequívocamente la información sobre los Contribuyentes en Mora al Sistema Integral de Pensiones, conteniendo información, que deben conocer los Asegurados y Empleadores, tratándose además de un derecho civil (artículo 21 numeral 6 de la CPE), información generada por las Administradoras que deben adoptar mecanismos para evitar información desactualizada, falsa, equivocada o sensible”.

Argumentos lógicos y jurídicos en virtud de los cuales, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros oportunamente desvirtuó e invalidó las razones expuestas, tanto, de la recurrente **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA**, como, del tercero interesado **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

De los demás fundamentos presentados y analizadas las peticiones, de la recurrente **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA**, y del tercero interesado **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, se evidencia que los mismos, omiten expresar de manera clara, fundamentada y comprobada, cómo se les estaría irrogando –en los términos del artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera- los “daños graves o que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros”.

Asimismo, no demuestran ni prueban ese daño, ya que para ello, además de la confirmación de la emisión del AUTO de 08 de febrero de 2013, consignado en Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 175/2013 y Resolución Administrativa de Revocatorio APS/DJ/DPC/N° 438-2013 emitida y, hacer referencia a posibles procesos penales por difamación y calumnia que enfrentarían, si acaso, publican los “Listados de los Contribuyentes en Mora”, instruido por la Autoridad Reguladora (desvirtuado por la APS conforme se desglosó en párrafos precedentes); corresponde que la recurrente y tercero interesado demuestren que la ejecución de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, coloca en situación de daño irreversible a las Administradoras de Fondos de Pensiones, es decir, el alcance y la magnitud del daño que lo constituya en irremediable, pues la recurrente y el tercero interesado a lo largo del proceso recursivo, abundan en presentar fundamentos sobre la legalidad y legitimidad (fondo de la causa principal) de la CIRCULAR: N° APS/DPC/N° 185-2012, consignada en Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980/2012, emitida por la Autoridad de Fiscalización.

Ahora bien, con relación a que los Empleadores podrían tomar una acción penal contra las Administradoras de Fondos de Pensiones, por difamación, dicho argumento no corresponde,

toda vez que la publicación de los Contribuyentes en Mora, hace referencia a la mora existente y a los procesos judiciales que tienen los Empleadores por adeudos a la Seguridad Social de largo plazo, información confiable publicada en cumplimiento a instrucciones precisas emanadas por la Entidad Reguladora.

Al no existir los elementos necesarios que permitan a esta instancia jerárquica, valorar la gravedad que significaría el cumplimiento de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 980-2012 emitida el 20 de diciembre de 2012, por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no se justifica la excepción que pudiera llevar a dar lugar a la suspensión de los efectos de la citada Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 980/2012.

Que dichas omisiones y carencias, no permiten a esta instancia jerárquica atender la solicitud de suspensión realizada por la recurrente y el tercero interesado.

Que, de acuerdo a la compulsas llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha aplicado correctamente la normativa vigente en sus actos administrativos, referidos al rechazo de la solicitud de suspensión transitoria de los efectos de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 980/2012 de 20 de diciembre de 2012, actos administrativos que no transgreden disposición legal alguna.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN en todas sus partes la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 438-2013 de 02 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 175-2013 de 06 de marzo de 2013, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/N° 427-2013 DE 30 DE ABRIL DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 062/2013 DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 062/2013

La Paz, 27 de Septiembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 427-2013 de 30 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 060/2013 de 09 de septiembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 146/2013 de 23 de septiembre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 22 de mayo de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, representada legalmente por su Gerente General señor Julio Antonio Vargas León, conforme consta del Testimonio de Poder N° 563/2001 de fecha 03 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública N° 035 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 427-2013 de 30

de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/5682/2013, presentada en fecha 24 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 427-2013 de 30 de abril de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 27 de mayo de 2013, notificado en fecha 04 de junio de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 427-2013 de 30 de abril de 2013.

Que, mediante Auto de 31 de mayo de 2013, notificado en fecha 06 de junio de 2013, se dispone la notificación a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, con el Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 427-2013 de 30 de abril de 2013, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a efectos de que en calidad de tercero interesado, se apersona y presente sus alegatos.

Que, por memorial presentado en fecha 20 de junio de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, representada legalmente por su Jefe de Control y Finanzas, señora Luly Moira Callejas Banegas, conforme al Testimonio de Poder N° 513/2012 de fecha 11 de julio de 2012, suscrito por ante Notaría de Fe Pública N° 097 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo del Dra. Juana Mery Ortiz Romero, formuló sus alegatos contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 427-2013 de fecha 30 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de fecha 29 de mayo de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 076/2012 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2012.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 076/2012 de 20 de diciembre de 2012, se resolvió lo siguiente:

*"...ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 526-2012 de 24 de julio de 2012 **inclusive**, debiendo en consecuencia y en su lugar, expedirse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica..."*

Los principales fundamentos de la Resolución Ministerial Jerárquica son los siguientes:

"...2.1. Fundamento en cuanto a la aplicabilidad del Certificado de No Adeudo.-

(...)

De lo anterior resulta que, en el entender del Ente Regulador, ahora recurrido, no existe

razón a una controversia, toda vez que los efectos del denominado Certificado de No adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-CP), implementado por la impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, son enmendables para el caso de incumplir aquellos Empleadores o Aportantes Nacionales Solidarios que hubieran suscrito un convenio de pagos referido a aportes devengados y en estado de mora, con tal compromiso.

De esa manera, no obstante que en el plano de la realidad lógica y dependiendo de la existencia o no de mora, existen dos calidades de obligados:

1. Aquellos Empleadores o Aportantes Nacionales Solidarios que no presenten adeudo al Sistema Integral de Pensiones y a quienes, por ello, amerita certificárseles el no adeudo conforme lo establecido por el artículo 100° de la Ley de Pensiones N° 065.
2. Aquellos Empleadores o Aportantes Nacionales Solidarios que sí presenten adeudo al Sistema Integral de Pensiones y a quienes, por tanto, no puede certificárseles el no adeudo señalado en el artículo 100° de la Ley de Pensiones N° 065.

Resulta que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en interpretación de los artículos 100° y 113° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, viene a establecer un tercera categoría, compuesta por aquellos Empleadores o Aportantes Nacionales Solidarios que, si bien con adeudo al Sistema Integral de Pensiones, han conciliado un plan de pagos referido al mismo, de tal manera que pueden beneficiarse del certificado de no adeudo señalado en el artículo 100° de la Ley de Pensiones N° 065, bajo el formato de Certificado de No adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-CP), que a los fines exclusivos puedan proponerse ante el Estado como Consultores por Producto.

Tal propuesta contravendría lo determinado en la Disposición Adicional Única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, toda vez que tal interpretación se ha limitado a la simple existencia física del Certificado de No adeudo, con prescindencia del significado y trascendencia jurídica de su contenido, por cuanto certificar, al tenor del Diccionario, es “Asegurar, afirmar, dar por **cierta alguna cosa**”, y un certificado, tal como se interpreta en los artículos 100° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, y 40°, inciso o), del Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009, y la mencionada Disposición Adicional Única, tiene que dar fe de alguna cosa, en este caso, **de la inexistencia de adeudos**.

No obstante, el Ente Regulador, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 526-2012 de 24 de julio de 2012, ha aclarado que:

“...en lo que se refiere al punto V. del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP y a lo señalado por BBVA Previsión AFP S.A., la APS en el marco de las atribuciones conferidas por ley y **con el fin de no limitar el derecho al trabajo establecido en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**, emitió la R.A.363-2012, mediante la cual se instruye a las AFP otorgar el CNA-CP, a aquellos Empleadores que manifiesten su interés de participar en procesos de contratación de Bienes y Servicios del Estado, en el marco del Decreto Supremo N° 0181 de 28 de

junio de 2009, cuando el Empleador solicitante de la Certificación para Contrataciones con el Estado, se encuentre con Convenio de Pago vigente, firmado con la AFP a la cual lo solicita (...)

Que al respecto, la Resolución Administrativa **recurrida también tiene la finalidad de cumplir los preceptos constitucionales de proteger al trabajador y su grupo familiar**, ampliando la posibilidad de subsistencia de aquellas empresas que por falta de recursos que impiden que se haga efectivo el pago de sus Contribuciones en mora en una sola oportunidad, y por tal razón se vean limitadas a generar mayores ingresos por la imposibilidad de acceder a contrataciones con el Estado, lo hagan en cuotas mensuales aprobadas por las AFP con un Convenio de Pago, el cual les permitirá obtener el CNA-CP, para poder participar en los procesos de contrataciones con el Estado mismo..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Los extremos señalados, entonces, hallan amparo en lo que al efecto señala el artículo 46° de la Constitución Política del Estado, aquel que establece la garantía del derecho al trabajo y de protección al trabajador, insertos en el Título II de la misma norma, entonces, un derecho fundamental de la persona, como tal, digno de la protección especial del Estado.

No obstante, esa especialidad no puede resultar determinante en inobservancia de otros valores de Derecho, por cuanto, no se puede pretender resulte en el fundamento suficiente para la generalidad de los casos similares, prescindiendo de un otro criterio jurídico elemental, en virtud del cual, existe una necesaria primacía entre los derechos y entre los valores, máxime cuando la falta de pago de los aportes al SSO y/o SIP, importa necesariamente y bajo esa misma lógica, infringir los derechos fundamentales de los Asegurados.

Por ello, no se puede concluir, sino, en la insuficiencia de los fundamentos expresados por el Ente Regulador, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 526-2012 de 24 de julio de 2012, en concreto en la necesidad de fundamentación en cuanto a la aplicabilidad del Certificado de No Adeudo en casos de suscripción de no pago, considerando la existencia de mora.

2.2. Necesidad de normativa específica.-

(...)

...con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante, llega a la conclusión de que la Autoridad Fiscalizadora, **no ha motivado, ni ha fundamentado** conforme a Derecho, la determinación contenida en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 526-2012 de 24 de julio de 2012.

(...)

Conforme a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 36° de la precitada disposición legal, dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su finalidad

o de lugar a la indefensión de los interesados.

2.3. Infracción al Derecho de Petición.-

(...)

...consta que a tiempo del Recurso de Revocatoria interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en fecha 25 de junio de 2012, la misma solicitó **en el otrosí 1º** del memorial correspondiente -entonces al margen del recurso-, que:

“...En tanto se resuelva el presente recurso, **reiteramos** a su Autoridad **nuestra solicitud de dejar en suspenso la aplicación del procedimiento para la emisión de Certificados de No Adeudo a empresas con Convenio de Pago CNA-CP...**” (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consta además en el expediente, que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012, se dispuso:

“...**ÚNICO.- I** Confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012.

II. Se rechaza la solicitud de suspensión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Presentada de esa manera en el único artículo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012, sugiere que su fundamento sería común, tanto para “Confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012” (numeral I), como para rechazar “la solicitud de suspensión” de la misma (numeral II); la conclusión a ello es inequívoca, por cuanto, varios de los alegatos expresados por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** a tiempo de su Recurso de Revocatoria de 25 de junio de 2012, son similares y comunes a los de su solicitud de suspensión de la aplicación del procedimiento para la emisión de Certificados de No Adeudo a empresas con Convenio de Pago CNA-CP.

Sin embargo y así expresado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012, sus fundamentos resultan insuficientes y su determinación (expresada en su **único** artículo para dos pretensiones, si bien relacionadas, en definitiva distintas) confusa, extremo sobre el que no existe mención alguna en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 526-2012 de 24 de julio de 2012, entonces, dejándolo irresoluto por una parte, como determinando por la otra, que los considerandos y fundamentos de los que se compone la misma resolución, corresponderían únicamente al fondo del Recurso de Revocatoria de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** de 25 de junio de 2012, y no así a la de la nota FUT.APS.AL 1245/2012, presentada en fecha 12 de junio de 2012 (dado que en el primer nombrado -memorial de Recurso de Revocatoria-, la recurrente se había limitado a reiterar “nuestra solicitud de dejar en suspenso la aplicación del procedimiento para la emisión de Certificados de No Adeudo a empresas con Convenio de Pago CNA-CP”), lo que en definitiva genera confusión, por cuanto, recuérdese que el fundamento insuficiente sugiere ser común

para las dos pretensiones, entonces determina oscuridad sobre su fundamento en general.

Tal extremo importa infracción a lo determinado por los artículos 24º, de la Constitución Política del Estado (derecho a la petición y **a la obtención de respuesta**), 63º (Alcance de la Resolución), parágrafo II (**La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente...**), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 -de Procedimiento Administrativo-, y 17º parágrafo II (**La Resolución Administrativa debe contener...**), inciso 'e' (**La decisión clara y expresa...**) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

En el Derecho constitucional comparado -como en el de la sentencia al caso Exp. N° 3741-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional de la República) se tiene un razonamiento útil para comprender los alcances de la infracción señalada:

"...El derecho de petición ha merecido atención de este Colegiado en más de una oportunidad. En la STC. 1042-2002-AA/TC, se ha establecido que este "(...) constituye (...) un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos y, como tal, deviene en un instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho" (...)

De este modo, el derecho de petición, como cláusula general, comprende:

1. La facultad (derecho) de presentar escritos de solicitud ante la administración como peticiones individuales o colectivas (...)
2. La facultad (derecho) de contradecir las decisiones de la administración (...)
3. Tratándose del ejercicio de un derecho subjetivo, **el derecho de petición impone, al propio tiempo, una serie de obligaciones a los poderes públicos. Esta obligación de la autoridad competente de dar al interesado una respuesta también por escrito, en el plazo legal y bajo responsabilidad, confiere al derecho de petición mayor solidez y eficacia, e implica, entre otros, los siguientes aspectos:** a) admitir el escrito en el cual se expresa la petición, sin poner ninguna condición al trámite; b) exteriorizar el hecho de la recepción de la petición, extendiendo un cargo de ingreso del escrito; c) **dar el curso correspondiente a la petición;** d) **resolver la petición, motivándola de modo congruente con lo peticionado, y e) comunicar al peticionante lo resuelto...**

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, determinada la confusión en la disposición única de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 526-2012 de 24 de julio de 2012, no es posible pasar a conocer y resolver el fondo de la controversia, hasta en tanto no se encuentre debidamente esclarecida la misma, extremo que evita mayores consideraciones a este respecto..."

2. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

“...PRIMERO.- Aprueba el procedimiento para la emisión de la “Certificación para Contrataciones del Estado para Empleadores con Convenio de Pago” conforme al Anexo I, mismo que forma parte indivisible de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Aprueba el formato establecido en el Anexo II, el cual tendrá valor únicamente a efectos del artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, mismo que forma parte indivisible de la presente Resolución...”.

Los fundamentos esgrimidos en la Resolución Administrativa son:

“...Que el artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, dispone: “Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones”.

Que el artículo 113 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, dispone: “El Empleador o el Aportante Nacional Solidario en mora podrá, en cualquier momento del proceso, realizar pagos parciales o totales de lo adeudado. Los pagos de las Contribuciones deberán considerar periodos completos, de acuerdo a reglamento”.

Que el párrafo I de la Disposición Única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 Reglamentario de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece lo siguiente: “I. Se incluye el inciso o) en el artículo 40 del Decreto Supremo N° 0181, de 28 de junio de 2009, Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, con el siguiente texto:...

o) Contratar personas jurídicas que efectúen trabajos de Consultoría por Producto que adeuden al Sistema Integral de Pensiones, para lo cual al momento de la firma del contrato deberán exigir la certificación de no adeudo establecida en el Artículo 100 de la Ley N° 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones”.

Que el artículo 27 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, dispone: “En aplicación a lo previsto en el Artículo 113 de la Ley de Pensiones, la GPS podrá suscribir Convenios de Pago con el Empleador para el pago de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora al SIP. Una vez suscrito el Convenio de Pago, la GPS podrá suspender la prosecución de la Gestión de Cobro...”

Los anexos a los que se refiere la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, son los que se transcriben a continuación:

ANEXO I.-

“PROCEDIMIENTO PARA LA EMISIÓN DEL CERTIFICADO DE NO ADEUDO DE EMPLEADORES CON CONVENIO DE PAGO

ARTÍCULO 1. (OBJETO).- La presente Resolución Administrativa tiene por objeto establecer el procedimiento para la emisión del Certificado de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago, en adelante CNA-CP.

ARTÍCULO 2. (ÁMBITO DE APLICACIÓN).- La presente Resolución se aplicará

únicamente para aquellos empleadores que tengan suscrito un Convenio de Pago vigente con las Administradoras de Fondos de Pensiones – AFP.

ARTÍCULO 3. (SOLICITUD).- I. La solicitud del CNA-CP, deberá realizarse a requerimiento formal de personas jurídicas registradas en la Seguridad Social de Largo Plazo, que manifiesten su interés de participar en procesos de contrataciones de Bienes y Servicios del Estado, en el marco del Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009.

II. La persona jurídica solicitante, deberá especificar en la solicitud formal, los datos del Proceso de contratación de Bienes y Servicios del Estado, para el cual requiere el CNA-CP, indicando cual es la entidad pública contratante.

ARTÍCULO 4. (PROCEDIMIENTO).- Cuando el Empleador solicitante de la Certificación para Contrataciones con el Estado, se encuentre con un Convenio de Pago vigente firmado con la Administradora a la cual lo solicita, la AFP deberá proceder a la emisión del CNA-CP de acuerdo al formato establecido en el **Anexo II**, el cual tendrá valor únicamente a efectos del artículo 100 de la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones.

ARTÍCULO 5. (PLAZO).- El CNA-CP, deberá emitirse por las AFP dentro del plazo máximo de un (1) día hábil administrativo de presentada la solicitud formal por parte del Empleador.

ARTÍCULO 6. (INCUMPLIMIENTO).- I. En caso de incumplimiento al Convenio de Pago por parte del Empleador, el CNA-CP quedará inmediatamente sin validez, debiendo la AFP iniciar el Proceso Coactivo Social conforme a lo previsto por el artículo 27, parágrafo II del Decreto Supremo N° 0778.

II. En caso de que la AFP constate incumplimiento al Convenio de Pago por parte del Empleador, deberá notificar este hecho a la entidad Estatal contratante que corresponda, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de identificado el incumplimiento.

ARTÍCULO 7 (VIGENCIA).- El CNA-CP, tendrá vigencia de un (1) mes a partir de su fecha de emisión”.

ANEXO II.-

“FORMATO PARA “CERTIFICADO DE NO ADEUDO DE EMPLEADORES CPN CONVENIO DE PAGO POR MORA”

<Regional>,<día>DE<mes>DEL<año>

Certificación No. XXXXX

Señor(a)

<Nombres y Apellidos>

<Cargo>

<Persona Jurídica>

<Tipo de Identificación> <Número de Identificación>

Presente

Referencia: **CERTIFICADO DE NO ADEUDO DE EMPLEADORES CPN CONVENIO DE PAGO POR MORA**

Señor(a) **<Nombres y Apellidos>**:

De acuerdo a la solicitud presentada por el interesado, por la presente, **<Nombre de la AFP>** certifica que la empresa **<Nombre de la Persona Jurídica>** con **<Tipo de Identificación>** **<No. de Identificación>**, se encuentra con un Convenio de Pago vigente firmado con esta Administradora en fecha dd/mm/aa.

Por tanto, se emite la presente certificación, la cual es válida únicamente a efectos del artículo 100 (CERTIFICACIÓN PARA CONTRATACIONES DEL ESTADO) de la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones y la Disposición Adicional Única del Decreto Supremo No. 0778 de 26 de enero de 2011.

Es importante señalar, que en caso de que la empresa **<Nombre de la Persona Jurídica>**, obtenga la adjudicación del contrato de Bienes y Servicios del Estado, el encargado de dicho proceso de contratación, deberá comunicar formalmente este hecho a **<Nombre de la AFP>**.

En caso de identificarse incumplimiento al Convenio de Pago por parte del Empleador, la **<Nombre de la AFP>** iniciará las acciones correspondientes de acuerdo a lo dispuesto en el Título IV de la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones; asimismo, la presente Certificación queda sin validez.

A los efectos del artículo 100° de la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, la presente Certificación únicamente se encuentra vigente hasta **<Día, Mes, Año>**

Es cuanto se certifica para fines del interesado.

<Firma y Sello>
<Representante Legal>
<Nombre de la AFP>..."

3. RECURSOS DE REVOCATORIA.-

3.1. Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones.-

Que en fecha 25 de junio de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, argumentando lo siguiente:

"(...)

I. ANTECEDENTES.-

La recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012, en su Resuelve Primero aprueba el procedimiento para la emisión de la "Certificación para Contrataciones del Estado para empleadores con Convenio de Pago". Dicha certificación a criterio de

nuestra Administradora es contraria al ordenamiento vigente que rige la contratación de bienes y servicios del Estado; y obliga a nuestra Administradora a emitir certificaciones de No Adeudo, a empresas que en la práctica mantienen deudas al SSO y/o SIP. Y bajo esa premisa es que mediante nota FUT .APS .AL. 12 45/2 012 de fecha 12 de junio de 2012, solicitamos a su Autoridad se deje en suspenso la aplicación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012; sin embargo de ello mediante nota CITE: APS/DPC/UO/4529/2012 de fecha 15 de junio y entregada nuestra AFP el 20 del mismo mes, su Autoridad manifestándose solamente sobre uno de los argumentos vertidos por nuestra AFP instruye el cumplimiento estricto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012.

Es necesario también señalar que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 es contraria a la normativa vigente emitida por su Autoridad, considerando que:

- a) La Resolución Administrativa AP/DJ/N°047/2011 de fecha 21 de febrero de 2011 que consigna en resolución la Circular AP/DPC/CO/05/2011 de fecha 1 de febrero de 2012, que señala "En caso que se evidencie que la persona, jurídica NO presenta, adeudos a la Seguridad Social de largo (sic) Plazo, la AFP deberá emitir la CERTIFICACIÓN DE NO ADEUDO..." (las mayúsculas, negrillas y subrayado es (sic) nuestro).
- b) La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 047-2011 de fecha 01 de junio de 2011, que confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 047-2011, en sus considerandos señala "el objetivo del Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de largo Plazo, es certificar que el Empleador NO se encuentra en mora..." (las mayúsculas, negrillas y subrayado es (sic) nuestro).

De lo anterior se entiende que su Autoridad instruye que la Certificación de No Adeudo, SOLO ES PARA PERSONAS JURÍDICAS QUE NO PRESENTAN MORA, por lo que se hace necesario expresar los siguientes fundamentos de orden técnico y legal.

II. DEL FORMATO DE LA CERTIFICACIÓN.-

El Anexo II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, establece el formato del "CERTIFICADO DE NO ADEUDO DE EMPLEADORES CPN CONVENIO DE PAGO POR MORA" (las negrillas son nuestras); el mismo que no se ajusta a las definiciones establecidas por ley, ya que el mismo nomen juris del certificado, refleja la existencia de mora (deuda) al SSO y/o SIP.

Es importante entonces recordar a su Autoridad que de acuerdo a normativa vigente, al día siguiente de vencido el plazo para el pago de los aportes al SSO y/o SIP, el empleador se constituye en MORA, convirtiéndose los aportes omitidos en suma líquida y exigible, es decir, en una deuda al SSO y/o SIP.

A efectos de recuperar los aportes omitidos por los empleadores se procede a la Gestión Administrativa de Cobro, y cuando corresponda, la Gestión de Cobro Judicial con la instauración del respectivo Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o el Proceso Penal por la comisión de delitos previsionales.

Asimismo y mientras el empleador no cumpla con la totalidad del pago de los aportes omitidos, su condición de deudor o de empresa en mora con el SSO y/o SIP, no se ha modificado, pues un convenio de pagos, no es más que la ratificación o reconocimiento expreso de la existencia de la deuda, y el compromiso de honrarla en una (sic) determinado número de cuotas o pagos, situación concordante con lo expresado por su autoridad en Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°071-2012 de fecha 01 de febrero de 2012 que en sus considerandos entre otros señala:

- "Liberación de deuda. La condición de deudor no es la condición ideal de las personas físicas y jurídicas por cuanto el no pago de las obligaciones sociales perjudica el Sostentamiento del Sistema Integral de Pensiones de la Seguridad Social de Largo Plazo. Visto lo anterior, asumir la responsabilidad de la deuda, reconocer el cargo económico y recuperar la mora subsanan la condición de deudor y brindan salud a todo el sistema... la liberación de la deuda se logra por medio del pago de lo debido..." (Las negrillas y subrayado son nuestros), como bien señala la condición de deudor solo se subsana al momento de cumplir su obligación de pago, y que los deudores perjudican el sostenimiento del sistema, por lo cual no deberían beneficiarse con Certificaciones de No Adeudo (con el simple reconocimiento de deuda expresado en un convenio de pago, con una promesa futura de pago que no es certeza de cumplimiento de obligación) que podrían generar adjudicaciones de licitaciones estatales, considerando que ni siquiera han cumplido con la obligación y responsabilidad directa que tienen, respecto al pago de aportes que son retenidos indebidamente a sus trabajadores.
- "El Certificado de No Adeudo, efectivamente tiene por esencia el de servir como requisito indispensable del empleador para poder participar en los procesos de contrataciones que hace el estado, de bienes y servicios de terceros siempre y cuando éstos NO TENGAN DEUDAS." (Las negrillas y subrayado es nuestro, por lo expuesto emitir Certificados de No Adeudo a empresas que han reconocido su deuda y se comprometen al pago futuro de las mismas, contradice la esencia de la norma legal en vigencia.

III. DEL REQUISITO PARA CONTRATACIONES DE BIENES Y SERVICIOS DEL ESTADO.-

El artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, señala que "Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, **de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones**".

Por su parte el párrafo I de la disposición adicional única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 incluye el inciso o) en el Artículo 40 del Decreto Supremo N° 0181, de 28 de junio de 2009, Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, con el siguiente texto:

"o) Contratar personas jurídicas que efectúen trabajos de Consultoría por Producto que adeuden al Sistema Integral de Pensiones, para lo cual al momento de la firma del contrato, deberán exigir la certificación de no adeudo

establecida en el Artículo 100 de la Ley N° 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones." .

La norma precedentemente transcrita señala de manera inexcusable que al momento de la firma del contrato (contratación) la persona jurídica que tuviese deudas al SSO y/o SIP, debe presentar un certificado de NO ADEUDO; y para ello el artículo 113 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones ha señalado que "El Empleador o el Aportante Nacional Solidario en mora podrá, en cualquier momento del proceso, realizar pagos parciales o totales de lo adeudado " .

Toda vez que el pago parcial no libera al empleador de su condición de deudor para con el SSO y/o SIP, debe entenderse sin lugar a dudas, que solo el pago total de la deuda lo habilitaría para solicitar y obtener la predicha Certificación de No Adeudo.

IV. DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO DE PAGO.-

Asimismo, debemos recordar a su Autoridad que en atención a lo establecido por el artículo 27, parágrafo I del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en Materia de Contribuciones y Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora, aprobado mediante Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, la suscripción de un Convenio de Pago, solo suspende momentáneamente las acciones judiciales (prosecución de la gestión de cobro judicial) que se hubieran iniciado contra el empleador moroso, pero de ninguna manera significa que el mismo, haya cancelado la Totalidad de su deuda con el SSO y/o SIP, y como consecuencia lógica haya dejado su estatus de deudor y/o extinguida su obligación. Debe recordarse necesariamente que la ausencia de deuda, es lo que se constituye en requisito sine quantum para la otorgación de una Certificación de NO ADEUDO; y para que el Estado pueda suscribir contratos de Bienes y Servicios.

Por otra parte el incumplimiento al convenio de pago, importa la reanudación del Proceso Coactivo Social (PCS); y de acuerdo al artículo 6 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N" 363-2012, significaría que el Certificado de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-CP) quedaría sin validez. Dichas disposiciones resultan ser extemporáneas, toda vez que la emisión del CNS-CP (sic), ya habría cumplido su objetivo que no es otro más que permitir la suscripción de un contrato entre el Estado Plurinacional de Bolivia y una empresa proveedora de Bienes y/o Servicios, en apariencia sin deuda.

V. DEL PERJUICIO A OTRAS EMPRESAS QUE MANTIENEN SUS PAGOS AL SSO Y/O SIP AL DÍA.-

La aplicación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012 emitida por su Autoridad, importaría conforme ya lo expresamos en nuestra nota FUT.APS.AL.1245/2012 de fecha 12 de junio de 2012, emitir Certificaciones con falsedad ideológica, toda vez que se certificaría contradictoriamente la no existencia de deuda por tener la empresa deudora suscrito un compromiso judicial de pago por deudas al SSO y/o SIP.

Dicha situación, no solo compromete la responsabilidad de nuestra Administradora, sino que también permite que empresas con deuda real al SSO y/o SIP participen en

contrataciones de Bienes y Servicios del Estado, logrando adjudicarse contratos en desmedro de aquellas empresas que mantienen sus pagos al día con el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo (SSO y/o SIP).

PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por nuestra AFP y, al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 48 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de fecha 29 de Mayo de 2012, toda vez que por los argumentos expuestos, el citado acto administrativo carece de objeto cierto, lícito y materialmente posible conforme a lo expresado por el Art. 28, Inciso c) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo...".

3.2. Recurso de Revocatoria interpuesto por Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones S.A.-

Por memorial presentado el 25 de junio de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, que aprueba el procedimiento para la emisión de la Certificación para Contrataciones del Estado para empleadores con Convenio de Pago conforme al Anexo I y, el Formato establecido en el Anexo II, el cual tendrá valor únicamente a efectos del artículo 100 de la Ley N° 065, con los siguientes argumentos:

(...)

III.- EXPOSICIÓN DE FUNDAMENTOS.

Ejerciendo la facultad legal conferida por el artículo 168 de la ley (sic) N° 065 de 10 de diciembre de 2010, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, a través de su autoridad emitió la Resolución Administrativa signada como APS/DJ/DPC N° 363/2012 de 29 de mayo de 2012, disponiendo la aprobación de los Anexos N° I y II referidos al procedimiento para la emisión del Certificado de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-AP).

El artículo 4 del Anexo N° I establece como obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones la emisión de Certificados de No Adeudos de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-AP) a los Empleadores que tengan suscrito un Convenio de Pago vigente, cuya vigencia y validez se encuentra reglada por el Artículo 100 de la Ley N° 065.

El artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, expresa:

"Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones".

Señor Director, la Constitución Política del Estado en su artículo 410 manda y ordena que toda persona natural o jurídica, órganos públicos, funciones públicas e

instituciones se encuentran sometidos a los preceptos de la Constitución, por ser ésta la norma de mayor jerarquía.

La prelación de la aplicación de las normas jurídicas se encuentra determinada por la jerarquía de cada una de ellas, es decir, que en el evento de que una norma de menor jerarquía jurídica no sea concordante o contravenga a una norma de mayor jerarquía jurídica, se aplica con preferencia esta última.

El Estado tiene el deber de velar por la existencia de una coherencia jurídica entre todas las disposiciones jurídicas de su ordenamiento jurídico, velando por la vigencia plena del derecho a la seguridad jurídica, por ello, la norma de menor jerarquía jurídica debe someterse a los preceptos y límites establecidos en la C.P.E. y las leyes. Por último, el artículo 235 de la CPE establece como obligación principal de todo servidor público el de "Cumplir la Constitución y las leyes (sic)".

De los citados mandatos constitucionales se concluye que todo servidor público debe cumplir sus funciones bajo los preceptos constitucionales aplicando y respetando la jerarquía jurídica de las normas conforme establece la C.P.E., sus actos, disposiciones y regulaciones deben respetar el ordenamiento jurídico vigente sin contravenir ninguna disposición legal, conforme manda la Ley N° 2341, Ley de Procedimiento Administrativo, en el inciso c) del artículo 4, que hace referencia al principio de sometimiento pleno a la ley.

Por mandato expreso del inciso a) del Artículo 168 de la Ley N° 065, la APS tiene como función principal cumplir y hacer cumplir la Ley de Pensiones y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos. Asimismo, regular, controlar y supervisar las actividades de la Gestora Pública.

La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 363/2012 es un acto administrativo que regula la emisión de Certificados de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago por Mora (CNA-CP) por las Administradoras de Fondos de Pensiones, regulación administrativa que contraviene de manera expresa lo establecido y dispuesto por una disposición de mayor jerarquía jurídica, como es la Ley N° 065 en su artículo 100 (Certificación para Contrataciones del Estado) y el Decreto Supremo N° 778 (Disposición Adicional Única).

La Ley N° 065 en su Artículo 100 establece la obligación de la Gestora Pública de otorgar **CERTIFICADOS DE NO ADEUDO POR CONTRIBUCIONES AL SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO DE LARGO PLAZO Y AL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES.**

En concordancia con el citado precepto legal, el Decreto Supremo 778 en el Párrafo I de la Disposición Única, incorpora el inciso o) al artículo 40 del Decreto Supremo 181 que regla sobre las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, prohibiendo a los servidores públicos contratar como Consultores por Producto a las empresas que adeudan aportes al Seguro Social Obligatorio y al Sistema Integral de Pensiones, obligando al participante a presentar el **Certificado de No Adeudo** establecido en el Artículo 100 de la Ley N° 065 otorgado por las Administradoras de Fondos de Pensiones.

La emisión del Certificado de No Adeudo está reglado por la Circular AP/DPC/CO/05-2011 de 01 de febrero de 2011, instructivo en el que establece como requisito previo la obligación de las AFP's de evidenciar que la persona jurídica **no presenta adeudos al Seguro Social Obligatorio y al Sistema Integral de Pensiones**, en caso de evidenciarse una deuda, la AFP comunica en forma escrita al empleador el estado de la gestión de cobro (judicial o administrativo) acompañando la liquidación de mora del empleador.

En toda la normativa citada no contempla la **emisión de Certificados de No Adeudo a empresas con deuda a la Seguridad Social y que suscribieron Convenios de Pago de Contribuciones en Mora con las AFP's**.

La Resolución Administrativa N° SPVS-259/2000 aprueba el "Procedimiento de Gestión de Cobro" definiendo lo que debe entenderse (sic) por mora para el SSO como "...aquellas contribuciones retenidas por los empleadores a sus trabajadores y aquellas de cargo de éstos, que no han sido pagadas a las Administradoras, al finalizar el plazo legal de que disponen para ello", para luego reglamentar la gestión de cobro administrativo y culminar con el proceso de cobro judicial en el plazo fatal de 120 días a partir de la generación de la mora, es decir a partir de la fecha en que se genera la deuda al SSO y/o al SIP, disposición administrativa que se aplica al Sistema Integral de Pensiones por Auto de 28 de mayo de 2012 emitido por la APS.

La suscripción de Convenios de Pago de Contribuciones en Mora se encuentra reglada actualmente por el Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones, en Materia de Contribuciones y Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora aprobado por el Decreto Supremo 778, y anteriormente por el Decreto Supremo 25722. El Convenio es un **documento en el que las Partes suscribientes declaran y reconocen la existencia de una deuda al SSO o al SIP por concepto de contribuciones retenidas a sus dependientes y no pagadas a la AFP**.

La esencia del Convenio de Pago es la declaración y reconocimiento de una deuda y el compromiso del deudor honrar esa obligación en los términos y condiciones estipulados en el Convenio, documento que por sí mismo no garantiza el pago de la deuda. Existen empleadores que a mucha insistencia e intransigencia solicitan la suscripción de un Convenio de Pago, con la única finalidad de dejar sin efecto las retenciones bancarias ordenadas por la autoridad jurisdiccional para luego incumplirlos, el hecho de que un empleador moroso tenga suscrito un Convenio de Pago de Contribuciones en mora no cambia su condición de deudor porque la deuda existe.

Esta normativa permitirá a los empleadores mal intencionados suscribir un plan de pago sólo con la finalidad de obtener un certificado de no deudor (que es un requisito indispensable) y beneficiarse con la adjudicación del Contrato por Producto, y con posterioridad incumplir el mismo sin ningún temor ya que la adjudicación del servicio no está condicionada al cumplimiento del Plan de Pagos.

El Certificado de no Adeudo perjudicará a la cobranza judicial de las contribuciones en mora demandadas por las AFP's porque existen deudores mal intencionados que tienen como única finalidad retrasar la cobranza judicial y sembrar dudas sobre la deuda en la sana crítica de la Autoridad Jurisdiccional, que en muchos casos se ve sorprendida por el ejecutado o coactivado, pese a la existencia de una cláusula que declara al

convenio como extrajudicial. Peor aún en los Procesos Penales de Apropiación Indevida, ya que estos por mandato del artículo 118 numeral I de la Ley que en su segundo párrafo ordena que el imputado del delito queda exento de toda responsabilidad penal el que regularice su situación ante el SIP, certificado que puede ser presentado, porque pese al tenor del mismo, un certificado de NO ADEUDO es un documento que valida que la empresa certificada NO TIENE DEUDA.

La Ley N° 065 y el Decreto Supremo 778 implícitamente prohíben a las AFP's otorgar Certificados de No Adeudo a personas que adeudan a la Seguridad Social de largo plazo, y a los Servidores Públicos adjudicar de un Contrato de Consultoría por Producto a empleadores que adeudan a la Seguridad Social de largo plazo, ninguna de ellas otorgan facultades a la APS para que pueda interpretar libre o extensivamente el artículo 100 de la Ley, reglando mediante una Resolución Administrativa más allá del límite establecido por estas disposiciones jurídicas de mayor jerarquía.

Es más, en el evento de que se adjudiquen estos contratos contraviniendo el artículo 40 del Decreto Supremo 181, las Partes que intervinieron en el proceso de certificación y adjudicación quedan sujetas a las responsabilidades de la Ley N° 1178, la Ley N° 4 y demás disposiciones jurídicas complementarias.

De la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico del SIP, se concluye de que todas las disposiciones del SIP tienden a incentivar a todos los empleadores al cumplimiento oportuno de sus obligaciones emergentes de la Ley de Pensiones para con la Seguridad Social, con la finalidad de que el trabajador (sujeto de la Seguridad Social y no objeto) se beneficie con las prestaciones que brinda ésta.

Bajo este razonamiento legal, citamos a usted lo establecido en el artículo 103 de la Ley de Pensiones que manda y ordena que a tiempo de concluir una relación laboral, el empleador deberá estar al día en el pago de sus contribuciones al Seguro social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pendones, caso contrario ésta no produce ningún efecto hasta que el empleador cumpla con esta obligación.

En idéntica forma, el artículo 113 de la Ley N° 055 con la finalidad de que los empleadores cumplan con sus obligaciones legales emergentes de esta Ley, modificó el Código Penal creando nuevos tipos penales como ser el delito de "Apropiación indebida de Aportes" sancionando este ilícito con una privación de libertad de cinco a diez años al representante legal que incumpla el pago de aportes.

Asimismo, el Artículo 99 instituye el Recargo para los empleadores que no cumplen oportunamente su obligación de pagar las contribuciones en el plazo de 30 días a partir de la fecha en que devenga el salario de sus dependientes, sancionando con el pago de Recargos conforme a las casuísticas descritas en los incisos a), b) y c) del citado Artículo. Como su autoridad podrá colegir, todas las disposiciones legales han sido concebidas con la finalidad de cumplir los preceptos constitucionales de proteger al trabajador y su grupo familiar, incentivando al empleador a cumplir oportunamente sus obligaciones legales y de esta manera velar el mandato expreso de la C.P.E. que todo asegurado tiene derecho a la seguridad social para proteger la salud del capital humano del Estado, es decir, proteger el trabajador y su grupo familiar ante posibles contingencias a través de las prestaciones otorgadas.

Para que la población asegurada tenga derecho a las prestaciones los empleadores deben cumplir oportunamente sus obligaciones legales emergentes de la Ley N° 065, dentro de las que se encuentra el pago de los Aportes, Primas, Aportes Nacionales; Solidarios y Comisiones retenidas al trabajador y el pago de la Prima de Riesgo Profesional con sus propios recursos en el plazo legal de 30 días.

Por lo expuesto, la Resolución Administrativa de emisión de Certificados de No Adeudo a Empleadores con Convenios de Pago (CNA-CP) es una norma de menor jerarquía jurídica que contradice principalmente el artículo 100 de la Ley N° 065 y demás artículos precedentemente citados, y en tal virtud contradice el precepto constitucional del artículo 410 de la Constitución Política del Estado.

FUNDAMENTOS OPERATIVOS POR LOS QUE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 363/2012 DEBE REVOCARSE

El artículo 6 inciso II de la RA 363/2012 referido al Incumplimiento, instruye que la AFP tiene el deber de notificar el incumplimiento del Convenio de Pago a la entidad Estatal Contratante que corresponda, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de identificado el mismo.

La obligación creada por la APS no toma en consideración que a la fecha, no existe normativa que obligue a la empresa adjudicante de los servicios a comunicar a la AFP el nombre de la empresa que se adjudico (sic) el contrato para que la AFP pueda informarle en caso del incumplimiento del Plan de Pagos de la empresa que se adjudico el contrato, tampoco dispone que acontecerá con la empresa que incumplió el Convenio de Pago, por ello consideramos que esta obligación no tiene razón o beneficio alguno para el SIP, porque la empresa ya se adjudicó el Contrato, y supuestamente no adeuda a la Seguridad Social de largo plazo.

El artículo 5 de la RA 363/2012 referido al plazo, la APS instruye la emisión del Certificado de No Adeudo de empleadores con Convenio de Pago en un plazo de 1 día hábil de presentada la solicitud formal por parte del Empleador y para este efecto no toman en consideración que el proceso de validación de la vigencia del cumplimiento del Convenio de Pago y su Plan de Pagos es un proceso complejo que no puede realizarse de un (1) día (sic) por las siguientes consideraciones: se deben consultar además de la información que figura en el Sistema otras fuentes de información como ser planillas y/o depósitos, especialmente si los pagos han sido pagados (sic) recientemente, aspectos que deben ser requeridos a la sección correspondiente o en nuestros archivos, es por este motivo que consideramos que el plazo establecido para este proceso es insuficiente.

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa sentada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso de Revocatoria y en su mérito dictar Resolución, disponiendo **LA REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 363/2012 DE 29 DE MAYO DE 2012**, tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en virtud que

contraviene disposiciones legales de mayor jerarquía, como ser el Decreto Supremo 778 de 16 de marzo de 2011..."

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 427-2013 DE 30 DE ABRIL DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 427-2013 de 30 de abril de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros determinó confirmar parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, emitida por Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros, bajo los siguientes fundamentos:

"(...) CONSIDERANDO

Que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 047 - 2011 de 01 de junio de 2011 (R.A.047-2011), reglamenta lo establecido en la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el Decreto Supremo N° 0778, instruyendo a las AFP lo siguiente:

"...otorgar Certificados de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, a requerimiento formal de las personas jurídicas registradas en la Seguridad Social de Largo Plazo, que manifiesten su interés de participar en procesos de contratación de Bienes y Servicios del Estado..."

Que con el fin de complementar la normativa referente a las Certificaciones para Contrataciones con el Estado, y a lo instruido mediante R.A.047-2011, la APS emite la R.A.363-2012, aprobando el procedimiento para la emisión de CNA-CP así como el formato a utilizarse.

*Que el documento a ser emitido por las AFP "Certificado de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-CP)", importa necesariamente que la AFP certifique la no existencia de adeudos, por cuanto, como bien manifiesta la R.M.J.076/2012 "...certificar al tenor del Diccionario, es "Asegurar, afirmar, dar por **cierta alguna cosa**", y un certificado, tal como se interpreta en los artículos 100° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, y 40°, inciso o), del Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009, y la mencionada Disposición Adicional Única, tiene que dar fe de alguna cosa, en este caso, **de la inexistencia de adeudos**". El mismo nombre del documento señalaría la ausencia de deuda.*

*Que en este sentido, bajo los preceptos establecidos en la R.M.J.076/2012 y a lo señalado precedentemente, es necesario el cambio en el denominativo del documento de Certificado de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (**CNA-CP**) a "Certificación para Contrataciones del Estado para Empleadores con Convenio de Pago (**CCE-CP**)", permitiendo la aplicabilidad práctica de dicha certificación a efectos del artículo 100° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, protegiendo de esta forma al trabajador y su grupo familiar, ampliando la posibilidad de subsistencia de aquellas empresas que por falta de recursos que impiden que se haga efectivo el pago de sus Contribuciones en mora en una sola oportunidad, y por tal razón se vean limitadas a generar mayores ingresos por la imposibilidad de acceder a contrataciones con el Estado, lo hagan en cuotas mensuales aprobadas por las AFP con un Convenio de Pago.*

Que es importante señalar que, el contenido mismo de la certificación aprobada por la R.A.363-2012, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°526-2012, únicamente hacía referencia a la existencia de un Convenio de Plan de Pagos y no precisamente a la no existencia de deuda.

Que en relación a la ausencia de otro criterio jurídico además del artículo 46° de la Constitución Política del Estado, relativo al derecho al trabajo, es importante aclarar que el artículo 12° del mismo cuerpo legal enuncia lo siguiente: "Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos."

Asimismo, el artículo 54° de la Constitución Política del Estado dispone: "Es obligación del Estado establecer políticas de empleo que eviten la desocupación y la subocupación, con la finalidad de crear, mantener y generar condiciones que garanticen a las trabajadoras y los trabajadores posibilidades de ocupación laboral digna y de remuneración justa."

Por otro lado, habrá que considerar también que, la APS en aplicación del Principio de Unidad de Gestión, ha promovido la norma ahora recurrida, considerando que la misma responde a políticas y procedimientos en beneficio del SIP, a fin de cumplir con el objeto de la Ley de Pensiones cual es: "...establecer la administración del Sistema Integral de Pensiones, así como las prestaciones y beneficios que otorga a los bolivianos y bolivianas, en sujeción a la Constitución Política del Estado". Lo anterior corrobora el actuar regulatorio de la APS, plasmado por el artículo 168 de la Ley de Pensiones, cuando establece que el Organismo de Fiscalización entre sus funciones, tiene además de cumplir y hacer cumplir las norma (sic) de pensiones, el asegurar la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Que por otro lado, la R.M.J.076/2012 ha señalado "con carácter necesario, la implementación de una normativa específica, que permita considerar la voluntad del Empleador que cuente con suscripción de Convenio de Pago, para entender o fundamentar que se encuentra dentro de los alcances de la Certificación de No Adeudo". Al respecto, con las adecuaciones señaladas en párrafos anteriores, en cuanto a la denominación del ahora CCE-CP y sus características propias, se implementa la emisión de un documento específico que no debe limitar la participación del Empleador en las contrataciones con el Estado, haciendo saber que si bien cuenta con periodos adeudados al SIP, pero que sin embargo los mismos se hallan sujetos a un Convenio de Pago vigente, y que en caso de incumplimiento del Convenio, éste quedará sin efecto legal y la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo iniciará o continuará el proceso judicial de cobranza.

Que el CCE-CP va a expresar que la deuda a la Seguridad Social sí existe, pero con la cualidad de que la misma se halla comprometida a un Convenio de Pago, el cual se halla bajo control y seguimiento directo por la AFP que emite el certificado, dando de esta manera certidumbre.

Que el hecho de que sea la APS la encargada de la homologación de los Convenios de Pago, conforme lo dispone el artículo 27 parágrafo VI del Decreto Supremo N° 0778 de

26 de enero de 2011 y el artículo 18 de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°456-2012, brinda mayor garantía respecto al universo de Empleadores a los que se otorgue el Convenio de Pago, así como el riesgo de que las conjeturas descritas por las AFP lleguen a materializarse.

Que asimismo, se debe aclarar que el CCE-CP no se constituye en una tercera categoría de certificación de no adeudo, sino en un documento específico que cuenta con la intervención y voluntad de un Empleador consiente éste de tener un adeudo al SIP pero sujeto a Convenio de Pago vigente, pero con el compromiso legal de pago y bajo supervisión de la Administradora.

Que en ese sentido, el CCE-CP podrá ser utilizado por el Empleador en los procesos de contratación con el Estado, considerando que dicho documento va a certificar que la deuda al SIP se halla sujeta a un compromiso vigente de pago aprobado debidamente; situación contrapuesta y diferente para los adeudos sin Convenio de Pago, para los cuales no es viable la extensión de certificación alguna.

Que en ese sentido, no podría restringirse el derecho constitucional al trabajo y comercio de un Empleador a poder participar en un proceso de contratación, cuando si bien tiene una deuda social pero que la misma se halla comprometida a su pago mediante un plan de pagos aprobado.

Que es importante aclarar que, el hecho de contar con el ahora denominado CCE-CP no necesariamente implica que la empresa que lo presente sea la adjudicataria del contrato, al tratarse este último de un requisito más para poder postular a una contratación de Bienes y Servicios del Estado, no asegurando por tanto el resultado del proceso para su contratación.

Que respecto a la supuesta Falsedad Ideológica, el formato establecido en el Anexo II de la mencionada Resolución Administrativa establece claramente que, la empresa que solicita la certificación se encuentra con Convenio de Pago vigente firmado con la Administradora que lo emite y, no manifiesta que la empresa no se encuentre en mora; por lo tanto, la emisión del ahora denominado CCE-CP no advierte elementos típicos que señala la AFP, más aun (sic) cuando dichos certificados cuentan con el respaldo normativo administrativo.

Que por otro lado, BBVA Previsión AFP S.A. en su recurso señala: "...Como su autoridad podrá colegir, todas las disposiciones legales han sido concebidas con la finalidad de cumplir los preceptos constitucionales de proteger al trabajador y su grupo familiar, incentivando al Empleador a cumplir oportunamente sus obligaciones legales y de esta manera velar el mandato expreso de la C.P.E. que todo asegurado tiene derecho a la seguridad social para proteger la salud del capital humano del Estado, es decir, proteger el trabajador y su grupo familiar ante posibles contingencias a través de las prestaciones otorgadas.". Al respecto, la Resolución Administrativa recurrida también tiene la finalidad de cumplir los preceptos constitucionales de proteger al trabajador y su grupo familiar, ampliando la posibilidad de subsistencia de aquellas empresas que por falta de recursos que impiden que se haga efectivo el pago de sus Contribuciones en mora en una sola oportunidad, y por tal razón se vean limitadas a generar mayores ingresos por la imposibilidad de acceder a contrataciones con el Estado, lo hagan en

cuotas mensuales aprobadas por las AFP con un Convenio de Pago, el cual les permitirá obtener el CCE-CP, para poder participar en los procesos de contrataciones con el Estado mismo.

Que respecto al plazo para la emisión del ahora denominado CCE-CP, es importante aclarar que las AFP están obligadas a conocer el estado de los Convenios de Pago que hubieren suscrito en todo momento, así como la vigencia y el cumplimiento del mismo. Por lo tanto, la posibilidad de ampliación de plazo no corresponde, al ser la AFP, como administradora, quien cuenta con la información suficiente y oportuna para la emisión de dicho Certificado en el tiempo que se ha dispuesto.

Que respecto a lo señalado por BBVA Previsión AFP S.A. acerca de la inexistencia de norma que obligue a la empresa adjudicante de servicios a comunicar a la AFP respecto a la empresa adjudicada; es importante aclarar que el punto II. del artículo 3 de la Resolución Administrativa recurrida, dispone la obligación del solicitante de especificar en la solicitud formal, los datos del proceso de contratación de Bienes y Servicios del Estado, para el cual requiere el ahora CCE-CP, indicando la entidad pública contratante.

Que con relación a la jerarquía normativa que deben guardar las normas afines al caso, corresponde señalar que la R.A.363-2012 no contraviene los lineamientos legales preestablecidos, cuyo propósito principal es el que personas jurídicas se presenten en los procesos de contratación con el Estado con este documento, el cual impulsa al pago de las Contribuciones en mora al SIP o al SSO, inclusive a aquellos Empleadores con Convenio de Pago homologado por el regulador. En ese sentido, el mismo Convenio expresa la voluntad y compromiso de pago del Empleador el cual prevé una posibilidad cierta de efectivización de la deuda; no siendo lo mismo que se extienda el CNA a deudores sin siquiera tener Convenio alguno que lo reate al pago de la mora, ello sí implicaría vulneración al señalado principio y fines que busca la norma de los CNA.

Que el CCE-CP no expresa que el Empleador no cuenta con mora ni lo libera de la condición de deudor, así como de la obligación de hacer efectivo el pago de los aportes devengados en los plazos convenidos. En este sentido, si el Empleador incumple el Convenio de Pago, total o parcialmente, no podrá volver a firmar un Convenio de Pago y tampoco podrá acceder al ahora CCE-CP.

Que finalmente, la emisión de un CCE-CP no se debe entender como un mecanismo de soslayo a la deuda del SIP ni un acto de promoción al incumplimiento al pago por Empleadores de mala fe, sino como una posibilidad de no limitar el derecho del Empleador de poder acceder a más ingresos para mejor honrar sus deudas al Estado y al Sistema Integral de Pensiones; pero con el seguimiento constante al Convenio de Pago suscrito por la Administradora y cuyo incumplimiento dará lugar al inicio o reinicio del proceso judicial correspondiente.

CONSIDERANDO:

Que la R.M.J.076/2012 también se ha referido a la posible infracción al Derecho de Petición de la AFP, para lo cual se realiza el siguiente análisis:

Que al respecto a la primera solicitud de suspensión de la aplicación de la R.A.363-2012 de Futuro de Bolivia S.A. AFP, es importante aclarar que en respuesta a la nota FUT.APS.AL 1245/2012, presentada el 12 de junio de 2012, esta Autoridad en fecha 15 de junio de 2012 dio respuesta expresa a dicha solicitud con nota APS/DPC/UO/4529/2012 de 15 de junio de 2012, con el siguiente texto:

“Mediante la presente, tenemos a bien dirigimos a usted en atención a su nota de referencia, por medio de la cual solicita que esta Autoridad deje en suspenso la aplicación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°363-2012 de 29 de mayo de 2012, manifestando que su aplicación importaría que la AFP emita certificaciones con falsedad ideológica.

Al respecto, el formato establecido en el Anexo II de la mencionada Resolución Administrativa, establece claramente que la empresa que solicita la certificación se encuentra con Convenio de Pago vigente firmado con la Administradora que lo emite y no manifiesta que la empresa no se encuentre en mora.

En ese sentido, la emisión del Certificado de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago por mora, no se adecua al tipo penal de falsedad ideológica, establecido en el artículo 199 del Código Penal Boliviano.

Por lo tanto, se instruye a Futuro de Bolivia S.A. AFP, dar cumplimiento estricto a lo dispuesto por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°363 – 2012.”

Que posteriormente, Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presentado el 25 de junio de 2012, en el Otrosí 1º reitera la solicitud de dejar en suspenso la aplicación del procedimiento establecido en la R.A.363-2012.

Que esta Autoridad durante la etapa recursiva ha requerido del regulado los fundamentos válidos para suspender la R.A.363-2012, inclusive aperturando un periodo de prueba para que presente técnica y legalmente los fundamentos a evaluarse que respalde su petición de suspensión y sobre los casos de Empleadores que hubiesen adquirido el CNA-CP y hubiesen incumplido el Convenio; obteniendo únicamente como respuesta que, no se ha emitido a favor de ningún Empleador el señalado Certificado.

Que de lo anterior se puede concluir que existe la pretensión de Futuro de Bolivia S.A. AFP de suspender los efectos de la resolución ahora impugnada (sin perjuicio de lo expresado en la nota APS/DPC/UO/4529/2012 de 15 de junio de 2012), es preciso dar respuesta dentro del presente proceso a la pretensión del regulado, siendo pertinente remitirnos a lo determinado en el artículo 40 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, cuya norma dice lo siguiente:

“Artículo 40. (Efecto Devolutivo) I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o **perjuicio irreversible**, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa. Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.

II. La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros."

Que corresponde precisar que conforme a normativa administrativa, las Resoluciones Administrativas deben ser cumplidas en todos sus alcances previstos y dentro del plazo y procedimiento establecido por la misma.

Que en el presente caso se tiene que los perjuicios expresados por el regulado no tienen asidero técnico ni legal suficiente para suspender los efectos normativos en cuestión, por las razones expresadas en la nota APS/DPC/UO/4529/2012 cuyo pronunciamiento al presente se halla firme en sede administrativa y no objetado oportunamente por el regulado, al no requerirse su consignación para los recursos respectivos en caso de desavenencia. Asimismo se tiene que el regulado no ha respaldado técnica ni legalmente en su impugnación ni en oportunidades posteriores, de cómo y de qué manera es que dicha determinación podría irrogarle daño, cuando se le dijo que el señalado Certificado a extenderse no manifiesta que la empresa no se encuentre en mora, por lo que no habría riesgo de adecuación penal.

Que por el contrario, la APS al emitir esta normativa busca proteger el derecho al trabajo y empleo (una de las bases importantes que sostiene el sistema de Seguridad Social de largo plazo), al comercio, la industria y/o cualquier otra actividad económica lícita en condiciones de que no perjudiquen al bien colectivo (artículo 47 CPE), para lo cual con la R.A.363-2012, en interés social de trabajadores y Empleadores, posibilita promover la economía con la subsistencia de aquellas empresas que por falta de recursos que les impide hacer efectivo el pago de las Contribuciones en mora, y por tal razón se ven limitadas a generar mayores ingresos por la imposibilidad de acceder a contrataciones con el Estado.

Que evaluada integralmente la solicitud de suspensión se tiene que, la AFP no tiene demostrada la irrogación de daño en su contra, se ha desestimado la existencia de generación de algún perjuicio directo o indirecto, además no se tiene aportado elementos probatorios que respalden idóneamente la solicitud de suspensión (estudios técnico-legales); mas aun cuando indica que no tiene emitido ni un sólo CNA-CP.

Que por otro lado, se tiene que esta Autoridad a fin de garantizar el derecho amplio a la defensa y para procurar mayores elementos a alegar y probarse por las AFP en cuanto a este aspecto, ha dispuesto con Auto de 29 de enero de 2013 la vista del expediente, para que las AFP además de revisar formular alegatos, puedan presentar nuevos elementos contra la R.A.363-2012 y a favor de la suspensión solicitada, pero aquello no ha sucedido ni se han presentado a revisar el expediente, demostrando abandono y desinterés de la presente causa.

Que en virtud a lo expuesto precedentemente, corresponde expresamente rechazar la solicitud de suspensión de la R.A.363-2012, por los motivos arriba expuestos.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión exhaustiva de los Recursos de Revocatoria interpuestos por Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión de que las entidades recurrentes no han presentado argumentos con fundamento suficientes que permitan modificar totalmente la R.A.363-2012, en consecuencia, se debe confirmar la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida..."

"...RESUELVE:

PRIMERO.- Confirmar Parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, con la modificación siguiente:

"Se sustituye el denominativo de Certificado de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago **(CNA-CP)** aplicado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012 y Anexos, debiendo en adelante aplicarse el de "Certificación para Contrataciones del Estado para Empleadores con Convenio de Pago **(CCE-CP)**".

SEGUNDO.- Se rechaza la solicitud de suspensión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012..."

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado en fecha 22 de mayo de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 427-2013 de 30 de abril de 2013, expresando los alegatos siguientes:

" ...

II. MARCO NORMATIVO PARA LA EMISIÓN DE LA "CERTIFICACIÓN PARA CONTRATACIONES DEL ESTADO PARA EMPLEADORES CON CONVENIO DE PAGO" – (CCE-CP)

A efectos de que su Autoridad pueda efectuar un correcto análisis y compulsa del caso de Autos, es imperioso señalar que las actuaciones administrativas deben regirse con estricto apego a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo; y en especial al Principio de Sometimiento Pleno a la Ley; y al Principio de Jerarquía Normativa establecidos por los incisos c) y h) del artículo 4 de la Ley N° 2341, por los cuales la actividad y la actuación administrativa deben observar y cumplir con la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado (Art. 410 y las leyes (sic).

Con las consideraciones previas ya citadas, conviene señalar que el marco normativo para la emisión de la ahora denominada CERTIFICACIÓN PARA CONTRATACIONES DEL ESTADO PARA EMPLEADORES CON CONVENIO DE PAGO (CCE-CP)", es el siguiente:

a) El artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 señala que "Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, **de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones**".

Por su parte el parágrafo I de la disposición adicional única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011 incluye el inciso o) en el Artículo 40 del Decreto Supremo N° 0181, de 28 de junio de 2009, Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, con el siguiente texto:

"o) Contratar personas jurídicas que efectúen trabajos de Consultoría por Producto que no adeuden al Sistema Integral de Pensiones, para lo cual al momento de la firma del contrato, deberán exigir la certificación de no adeudo establecida en el Artículo 100 de la Ley N° 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones."

La norma precedentemente transcrita señala de manera inexcusable que al momento de la firma del contrato (contratación) la persona jurídica que tuviese deudas al SSO y/o SIP, debe presentar un CERTIFICADO DE NO ADEUDO; y no una CERTIFICACIÓN PARA CONTRATACIONES DEL ESTADO PARA EMPLEADORES CON CONVENIO DE PAGO (CCE-CP).

Asimismo se hace notar que inclusive el nomen iuris de dicho documento, es decir del CERTIFICADO DE NO ADEUDO, se encuentra determinado previamente-; (sic) y para ello el artículo 113 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones ha señalado que "El Empleador o el Aportante Nacional Solidario en mora podrá, **en cualquier momento del proceso, realizar pagos parciales o totales de lo adeudado**" "determinación que no establece que este hecho signifique que ya no existe la calidad de **DEUDOR** del empleador.

Toda vez que el pago parcial no libera al empleador de su condición de deudor para con el SSO y/o SIP, debe entenderse sin lugar a dudas, que solo el pago total de la deuda lo habilitaría para solicitar y obtener la predicha Certificación de No Adeudo.

Auxiliándonos de la normativa Civil en cuanto al tema de Obligaciones, misma que es contraída por el Empleador sin dejar de lado su naturaleza jurídica propia que es la Seguridad Social, se puede establecer que el empleador reconoce y se obliga mediante contrato (Convenio de Pagos) a la existencia y compromiso de un pago de manera periódica (contrato de tracto sucesivo), misma que debe ser cumplida de acuerdo a lo establecido por el artículo 302 del Código Civil Boliviano, esta obligación se encuentra plenamente determinada en el artículo 91 de la Ley N° 065 de Pensiones, generándose una obligación de tracto sucesivo de parte del empleador (obligado-deudor).

b) Bajo el contexto de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la Resolución Administrativa AP/DJ/N°047/2011 de fecha 21 de febrero de 2011 que consigna en resolución la Circular AP/DPC/CO/05/2011 de fecha 1 de febrero de 2012, se estipula: "En caso **que se evidencie que la persona jurídica NO presenta adeudos a la**

Seguridad Social de largo Plazo, la AFP deberá emitir la CERTIFICACIÓN DE NO ADEUDO... (las mayúsculas, negrillas y subrayado es (sic) nuestro).

c) Concordante con todo lo ya expresado, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 047-2011 de fecha 01 de junio de 2011, que confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 047-2011, en sus considerandos señala " el objetivo del Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de largo Plazo, **es certificar que el Empleador NO se encuentra en mora**" ... (las mayúsculas, negrillas y subrayado es nuestro)

De lo anterior se entiende que por imperio de la Ley, la Certificación de No Adeudo, SOLO ES PARA PERSONAS JURÍDICAS QUE NO PRESENTAN MORA POR TANTO DEUDA AL SSO/SIP.

III. DEL FORMATO DE LA CERTIFICACIÓN.-

El Anexo II de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, establece el formato del **"CERTIFICADO DE NO ADEUDO DE EMPLEADORES CPN (sic) CONVENIO DE PAGO POR MORA"** (las negrillas son nuestras), que deberá ser modificada de acuerdo (sic) al Resuelve Primero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 427-2013; el mismo de todas formas no se ajusta a las definiciones establecidas por ley, ya que el nomen juris del certificado, refleja la existencia de mora (deuda) al SSO y/o SIP y no enerva en absoluta (sic) el fondo de dicho acto administrativo, que es el de viabilizar a los Empleadores, **-infractores de su obligación de cumplir con los aportes en su calidad de Sujetos de Retención e imputables por la Ley de Pensión (sic) N° 065, ya que el tipo Penal de Apropiación indebida como tipo Penal se incorpora como "Delitos Públicos" a instancia de parte en el Código Penal Boliviano, mediante el Artículo 345 Bis-**, el acceso a contratos con el Estado Plurinacional de Bolivia después de haber causado en muchos casos un perjuicio mayúsculo a los asegurados y/o derechohabientes del Sistema Integral de Pensiones o a los Fondos cuando se trata de Recargos por Mora del empleador, estos aspectos se encuentran íntimamente vinculados, por ello es incongruente con el artículo 45 de la Constitución Política del Estado y con el fin por la que la Ley de Pensiones fue puesta en vigencia.

Es importante entonces recordar a su Autoridad que de acuerdo a normativa vigente, Artículo (sic) 107 de la Ley N° 065, señala que al día siguiente de vencido el plazo para el pago de los aportes al SSO y/o SIP, el empleador se constituye en MORA; convirtiéndose los aportes omitidos en suma líquida y exigible, es decir, en una deuda al SSO y/o SIP.

Asimismo y mientras el empleador no cumpla con la totalidad del pago de los aportes omitidos, su condición de deudor o de empresa en mora con el SSO y/o SIP, no se ha modificado, pues un convenio de pagos, no es más que la ratificación o reconocimiento expreso de la existencia de dicha deuda, y el compromiso de honrarla en una determinado número de cuotas o pagos; situación concordante con lo expresado por su autoridad en Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N°071-2012 de fecha 01 de febrero de 2012 que en sus considerandos entre otros señala:

- "Liberación de deuda. La condición de deudor no es la condición ideal de las personas físicas y jurídicas por cuanto el no pago de las obligaciones sociales

perjudica el Sostenimiento del Sistema Integral de Pensiones de la Seguridad Social de Largo Plazo. Visto lo anterior, asumir la responsabilidad de la deuda, reconocer el cargo económico y recuperar la mora subsanan la condición de deudor y brindan salud a todo el sistema... **la liberación de la deuda se logra por medio del pago de lo debido...** (las negrillas y subrayado son nuestros), como bien señala la condición de deudor solo se subsana al momento de cumplir su obligación de pago, y que los deudores perjudican el sostenimiento del sistema, por lo cual no deberían beneficiarse con Certificaciones de No Adeudo (con el simple reconocimiento de deuda expresado en un convenio de pago, con una promesa futura de pago que no es certeza de cumplimiento de obligación) que podrían generar adjudicaciones de licitaciones estatales, considerando que ni siquiera han cumplido con la obligación y responsabilidad directa que tienen, respecto al pago de aportes que son retenidos indebidamente a sus trabajadores.

- "La Certificación para Contrataciones del Estado para Empleadores con Convenio de Pago (CCE-CP)", tendría por esencia, el de servir como requisito indispensable del empleador para poder participar en los procesos de contrataciones que hace el Estado, de bienes y servicios de terceros **siempre y cuando éstos NO TENGAN DEUDAS.** (las negrillas y subrayado es nuestro), por lo expuesto emitir Certificaciones a empresas que han reconocido su deuda y se comprometen al pago futuro de las mismas, contradice la esencia de la norma legal en vigencia. Por todo lo precedentemente expresado, su Autoridad señale en el primer párrafo de la página 11 de la resolución recurrida que "...es **importante aclarar a las AFP que el CCE-CP no afirma que el empleador no presenta mora y mucho menos libera al mismo de la condición de deudor** y de la obligación de hacer efectivo el pago de aportes devengados" (las negrillas son nuestras). La Aclaración que hace su Autoridad, no es más que una confirmación del cabal entendimiento de las AFP, en el sentido que **el CCE-CP no se ajusta a los fines de lo establecido por el artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.**

IV. DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO DE PAGO.-

En atención a lo establecido por el artículo 27, párrafo I del Reglamento de Desarrollo Parcial a la Ley N° 065, de Pensiones en Materia de Contribuciones y Gestión de Cobro de Contribuciones en Mora, aprobado mediante Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, la suscripción de un Convenio de Pago, solo suspende momentáneamente las acciones judiciales (prosecución de la gestión de cobro judicial) que se hubieran iniciado contra el empleador moroso, pero de ninguna manera significa que el mismo, haya cancelado la Totalidad de su deuda con el SSO y/o SIP, y como consecuencia lógica haya dejado su estatus de deudor y/o extinguida su obligación. Debe recordarse necesariamente que la ausencia de deuda, es lo que se constituye en requisito sine qua non para la otorgación de una Certificación de NO ADEUDO; y para que el Estado pueda suscribir contratos de Bienes y Servicios.

Por otra parte el incumplimiento al convenio de pago, importa la reanudación del Proceso Coactivo Social (PCS); y de acuerdo al artículo 6 del Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012, significaría que la Certificación para Contrataciones del estado para Empleadores con Convenio del Pago (CCE-CP) quedaría sin validez. Dichas

disposiciones resultan ser extemporáneas, toda vez que la emisión del CCENS-CP, ya habría cumplido su objetivo que no es otro más que **permitir la** suscripción de un contrato entre el Estado Plurinacional de Bolivia y una empresa proveedora de Bienes y/o Servicios, en apariencia sin deuda.

Asimismo es importante recordar que para la suscripción de convenios de pago la deuda es efectiva, es decir comprueba que ha existido una apropiación indebida del Empleador de aportes descontados a los trabajadores y no depositados a la AFP dentro los plazos establecidos por Ley, que tienen implicaciones penales de acuerdo a lo establecido en el Artículo (sic) N° 118 de la Ley 065, por lo que la otorgación de Certificados de No adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-CP, (sic) contradice nuevamente la norma en vigencia.

V. IMPLICANCIAS DE ORDEN PENAL.-

La emisión de una Certificación de este tipo, acarrea y genera que nuestra institución no observe que la misma implica la existencia de forma paralela de un proceso penal, por lo que de manera contradictoria e incongruente con nuestro rol de parte interesada para el cobro vía judicial, genere colisión al ser emisores de la certificación de un empleador con deuda reconocida y existente, esto de igual forma contraviene con el parágrafo IV del artículo 14 de la Constitución Política del Estado.

VI. PETITORIO.-

Tomando en cuenta los argumentos arriba vertidos; los Principios de Sometimiento Pleno a la Ley y Jerarquía Normativa; y al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, artículos 66 y 79 de la Ley N° 2341; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito a su Autoridad revocar los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 427-2013 de fecha 30 de abril de 2013 ...”.

6. MEMORIAL DE PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A., FORMULANDO ALEGATOS COMO TERCERO INTERESADO.-

En fecha 20 de junio de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** presenta memorial, formulando alegatos contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 427-2013 de fecha 30 de abril de 2013, expresando lo siguiente:

“(…)

II. ANTECEDENTES.-

1. El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 076/2012, en la que resolvió ANULAR el procedimiento administrativo seguido por ambas AFPs, contra las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/363/2012 y APS/DJ/DPC/N° 526/2012, ordenando se expida una nueva Resolución Administrativa ajustada a derecho, conforme a los fundamentos establecidos en la Resolución Jerárquica.
2. Una vez anulada la normativa que regula la Certificación de No Adeudo a Empleadores que tienen un Convenio de Pago, emitió la R.A. APS/DJ/DPC/N°

427/2013 de 30 e (sic) abril de 2013, disposición administrativa en la que pretende subsanar y fundamentar la vigencia de la R.A. APS/DJ/DPC/363/2012.

3. La R.A. APS/DJ/DPC/Nº 427/2013 expresa:

- a. "Que en este sentido, bajo los preceptos establecidos en la R.M.J.076/2012 y a lo señalado precedentemente, es necesario el cambio en el denominativo del documento de Certificado de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-CP) a Certificación para Contrataciones del Estado para Empleadores con Convenio de Pago (CCE-CP)..."
- b. "Que el CCE-CP va a expresar que la deuda a la Seguridad Social sí existe, pero con la cualidad de que la misma se halla comprometida a un Convenio de Pago, el cual se halla bajo control y seguimiento directo por la AFP que emite el certificado, dando de esta manera certidumbre."
- c. Que el hecho de que sea la APS la encargada de la homologación de los Convenios de Pago,..., brinda mayor garantía respecto al universo de Empleadores a los que se otorgue el Convenio de Pago, así como el riesgo de que la (sic) conjeturas descritas por las AFP lleguen a materializarse.
- d. "... el CCE-CP podrá ser utilizado por el Empleador en los procesos de contratación con el Estado, considerando que dicho documento va a certificar que la deuda al SIP se halla sujeta a un compromiso vigente de pago aprobado debidamente; situación contrapuesta y diferente para los adeudos sin Convenio de Pago, para los cuales no es viable la extensión de Certificación alguna.
- e. Que respecto a la supuesta Falsedad Ideológica, el formato establecido en el Anexo II de la mencionada Resolución Administrativa establece claramente que, la empresa que solicita la certificación se encuentra con Convenio de Pago vigente firmado con la Administradora que lo emite y, no manifiesta que la empresa no se encuentre en mora; por lo tanto, la emisión del ahora denominado CCE-CP no advierte elementos típicos que señala la AFP, más aun (sic) cuando dichos certificados cuentan con el respaldo normativo administrativo".

III. FORMULA CRITERIOS Y FUNDAMENTOS DENTRO RECURSO JERÁRQUICO CONTRA LA R. A. APS/DJ/DPC/NO 427-2013 DE 30 DE ABRIL DE 2013.

1. Los actos administrativos tienen el deber de regirse con estricto cumplimiento de los principios establecidos en el Artículo 4 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo como ser: "Sometimiento Pleno a la Ley", "Jerarquía Normativa", los cuales son concordantes con los preceptos constitucionales establecidos en el Artículo 410 de la Constitución Política del Estado.
2. El artículo 100 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 expresa como deber de la Gestora Pública la emisión de **certificados de no adeudo** por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones, a los Empleadores que participen como proponentes de Bienes y Servicios del Estado".
3. En su concordancia el Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011, incluye el

- inciso o) en el Artículo 40 del Decreto Supremo N° 0181, de 28 de junio de 2009, estableciendo como imperativo la contratación de personas jurídicas (Consultoría por Producto) que no adeuden al Sistema Integral de Pensiones, previa presentación de la certificación de no adeudo.
4. Es deber de todo Consultor por Producto que participe como proponente de Bienes y Servicios del Estado estar al día con sus obligaciones para con el Sistema Integral de Pensiones por mandato expreso del Artículo N° 100 de la Ley N° 065 y su Reglamento Decreto Supremo N° 778.
 5. La modificación de la denominación del certificado de no adeudo por "CERTIFICADO PARA CONTRATACIONES DEL ESTADO PARA EMPLEADORES CON CONVENIO DE PAGO (CCE-CP)", no cambia la situación jurídica en que se encuentra un Empleador con deuda al Sistema Integral de Pensiones, pese a la suscripción de un Convenio de Pago.
 6. El Anexo I de la R.A. APS/DPC/DJ/N° 456/2012 tiene por objeto establecer los procedimientos para la Suscripción y Homologación de Convenios de Pago por Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora al Sistema Integral de Pensiones (SIP). En ninguno de sus artículos señala o menciona que, el solo hecho de homologar los convenios de pago ante la APS se constituye en una garantía para que los Empleadores cumplan con sus obligaciones ante el SIP, tampoco menciona que la APS se constituye en Garante de los Empleadores durante la vigencia de los Convenios de Pago suscritos entre Empleadores y AFPs.
 7. Por ello, la normativa vigente regla la Resolución del Convenio sin necesidad de intervención judicial, por incumplimiento parcial o total por parte del Empleador y el reinicio de las acciones judiciales en el plazo fatal de cinco (5) (sic) días hábiles administrativos.
 8. Por mandato de la normativa vigente, un Empleador moroso se libera de esa condición únicamente con el pago total de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios devengados, toda vez que el pago parcial no le cambia el estatus de deudor para con el SSO y/o SIP.
 9. Para que un Empleador sea beneficiado con un Certifico (sic) de No Adeudo y pueda participar en el proceso de Contratación de Bienes y Servicios del Estado, es indispensable no contar con obligaciones pendientes de pago al Sistema Integral de Pensiones.
 10. Las funciones y atribuciones de la APS se encuentran establecidas por el Artículo 168 (sic) de la Ley N° 065 de Pensiones, de 10 de diciembre de 2010, y ninguno de sus incisos le otorga facultad alguna para reglar contra la Ley de Pensiones, sus reglamentos y demás disposiciones complementarias vigentes, tampoco le otorga la facultad reglar el proceso de Contratación de Bienes y Servicios de manera directa o indirecta como lo hace con la R.A. impugnada.
 11. Ejerciendo la facultad punitiva, el Estado a través de la Ley N° 065, de Pensiones, en su Artículo 118 castiga al Empleador moroso con la incorporación al Código Penal Boliviano el delito previsional de Apropiación Indevida de Aportes, sancionando con una pena de privación de libertad de cinco a diez años.
 12. No es coherente que una normativa jurídica superior en jerarquía como es la Ley N° 065 sea contradicha por una norma de menor jerarquía como R. A. APS/DJ/DPC/NO 427-2013, que regla otorgar certificados para Contrataciones del Estado para Empleadores **con Convenio de Pago de Contribuciones y Aportes Nacionales**

Solidarios a Empleadores Morosos con el SIP.

Por lo expuesto y demostrado, la R. A. APS/DJ/DPC/NO 427-2013 de 30 de abril de 2013, contraviene todos los presupuestos jurídicos señalados precedentemente, pretendiendo indirectamente reglar que los Empleadores Morosos al SIP con Convenios de Pago de Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora, se beneficie en la (sic) proceso de contratación de Bienes y Servicios del Estado.

IV. PETITORIO.

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva considerar los CRITERIOS Y FUNDAMENTOS expuesto dentro Recurso Jerárquico (sic) contra la R.A. APS/DJ/DPC/Nº 427-2013 de 30 de abril de 2013 y en su mérito se pronuncie dictando la Resolución que disponga LA REVOCATORIA de la citada disposición administrativa, tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, bajo el fundamento de que la misma contraviene los principios establecidos en el Artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Asimismo, los presupuestos jurídicos establecidos en la Ley Nº 065, de Pensiones, artículo 100, Decreto Supremo Nº 778 disposición adicional única, pretendiendo reglar de manera indirectamente (sic) que los Empleadores Morosos al SIP con Convenios de Pago de Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora, se beneficie en la (sic) proceso de contratación de (sic) de Bienes y Servicios del Estado (...).”.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En principio deben establecerse las disposiciones legales aplicables, que hacen a la controversia; por preeminencia la Ley Nº 065 de Pensiones de fecha 10 de diciembre de 2010, y luego su Decreto Reglamentario Nº 0778 de 26 de enero de 2011; así:

a. Obligación de Presentar la Certificación de No Adeudo:

El artículo 100º de la Ley Nº 065 de Pensiones, establece que:

“...Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente **deberá presentar la certificación** emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, **de no adeudo** por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones...”.

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Con el propósito del estricto cumplimiento de dicha determinación, el Decreto Supremo N° 0778, establece en su Disposición Adicional Única, Parágrafo I, la inclusión del inciso o) en el artículo 40° del Decreto Supremo N° 0181 Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios de fecha 28 de junio de 2009, cuya redacción de este último Decreto Supremo, resulta de la siguiente forma:

“...ARTÍCULO 40.- (PROHIBICIONES A LOS PARTICIPANTES DEL PROCESO).

En el marco de la Responsabilidad por la Función Pública establecida en la Ley N° 1178 y sus reglamentos, los servidores públicos que intervienen en el proceso de contratación, quedan prohibidos de realizar los siguientes actos: (...)

o) Contratar personas jurídicas que efectúen trabajos de Consultoría por Producto que adeuden al Sistema Integral de Pensiones, para lo cual **al momento de la firma del contrato deberán exigir la certificación de no adeudo establecida en el Artículo 100 de la Ley N° 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones...”**

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

b. Probabilidad de acordar Convenios de Pago en casos de mora:

El artículo 113° de la Ley N° 065 de Pensiones, establece que:

“El Empleador o el Aportante Nacional Solidario en mora podrá, en cualquier momento del proceso, realizar pagos parciales o totales de lo adeudado. Los pagos de las Contribuciones deberán considerar períodos completos, de acuerdo a reglamento”.

Por su parte, el artículo 27° del Decreto Supremo Reglamentario N° 0778, en materia de contribuciones y gestión de cobro de contribuciones en mora, dispone que:

“I. En aplicación a lo previsto en el Artículo 113 de la Ley de Pensiones, la GPS podrá suscribir Convenios de Pago con el Empleador para el pago de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora al SIP. Una vez suscrito el Convenio de Pago, la GPS podrá suspender la prosecución de la Gestión de Cobro...”

La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros el 29 de mayo de 2012, que aprueba “el procedimiento para la emisión de la “Certificación para Contrataciones del Estado para empleadores con Convenio de Pago” y “el formato establecido en el Anexo II, el cual tendrá valor únicamente a efectos del artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones...”, se encontraría fundamentada – a decir de la propia APS- en la normativa antes transcrita.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** y **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.** en Recurso de Revocatoria, y luego en Recurso Jerárquico de la primera citada y memorial de alegatos como tercero interesado de la segunda -dada la confirmación parcial de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 por parte de la entidad recurrida-, expresan que existiría vulneración a los Principios del Procedimiento Administrativo y una

contrariedad entre la normativa emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros y la misma Ley de Pensiones y su Decreto Reglamentario, donde dicho extremo aludido hace a la controversia que pasa a considerarse ahora, en Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 427-2013 de 30 de abril de 2013.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1 Antecedentes Normativos.-

La normativa atinente al caso de autos, señala:

- El artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que: *"...Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones..."*
- La Disposición Adicional Única del Decreto Supremo N° 0778, que incluye el inciso o) al artículo 40 del Decreto Supremo N° 181 de 28 de junio de 2009, Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, prohíbe: *"...Contratar personas jurídicas que efectúen trabajos de Consultoría por producto que adeuden al Sistema Integral de Pensiones, para lo cual al momento de la firma del contrato, deberán exigir la certificación de no adeudo establecida en el Artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones..."*.
- La Resolución Administrativa AP/DJ/N° 047/2011 de fecha 21 de febrero de 2011 que consigna en Resolución la Circular AP/DPC/CO/05/2011 de fecha 1 de febrero de 2011, señala que: *"...En caso que se evidencie que la persona, jurídica no presenta adeudos a la Seguridad Social de largo (sic) Plazo, la AFP deberá emitir la CERTIFICACIÓN DE NO ADEUDO..."*
- La Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 047-2011 de fecha 1 de junio de 2011, que confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 047-2011, señala que "el objetivo del Certificado de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, es certificar que el Empleador no se encuentra en mora.
- Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, establece en su Anexo I, el procedimiento para la emisión de la "Certificación para Contrataciones del Estado para Empleadores con Convenio de Pagos, en cuyo Anexo II se establece el formato de dicha Certificación.
- La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 427-2013 de 30 de abril de 2013, modifica el denominativo de "Certificado de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago (CNA-CP" a "Certificación para Contrataciones del Estado para Empleadores con Convenio de Pago (CCE-CP)".

2.2. En cuanto al Principio de Congruencia.-

Previo al análisis de la controversia, corresponde remitirse a lo señalado en la Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 0049/2013 de 11 de enero de 2013, que establece lo

siguiente:

“El principio de congruencia hace a la garantía del debido proceso, que en definitiva marca el desarrollo del proceso para poder llegar a la resolución, estableciendo un límite al poder discrecional del juzgador. A través de este principio se obtiene la concordancia entre el petitum de las partes y la decisión asumida por el tribunal o autoridad; quedando entendido que los mismos no pueden modificar el petitum ni los hechos planteados en la demanda o recurso. En ese sentido, el tribunal o autoridad no podrá iniciar una acción invocando ciertas conductas previamente tipificadas para en el curso de la sustanciación del proceso, cambiar las mismas, o peor aún, arribar a una conclusión de que fueron vulnerados otros preceptos por los cuales no se dio inicio al proceso en curso, aquello indudablemente significaría vulneración del principio de congruencia y atentatorio contra el debido proceso y el derecho a la defensa, por cuanto efectivamente se deja en indefensión al procesado quien no podrá asumir la misma de una manera efectiva, alterando inclusive la producción de la prueba de descargo.

Una resolución incongruente es arbitraria, por tanto su impugnación hace viable su revocación; mejor dicho, impone a la autoridad o tribunal de alzada el deber de su rectificación, asegurándose la estricta correspondencia entre la acusación y el fallo, garantizando de esta manera la sustanciación de un proceso justo.

En ese contexto la SCP 0593/2012 de 20 de junio de 2012, ha señalado: “El principio de congruencia adquiere manifiesta relevancia en dos ámbitos, por una parte respecto al proceso como unidad, a delimitar el campo de acción de las partes y el órgano jurisdiccional en la que condiciona su desenvolvimiento; por otra, respecto a la estructura de la Resolución, a fin de que absuelva todos los puntos a consideración del juzgador”.

La Sentencia Constitucional SC 0486/2010-R de 5 de julio de 2010, establece y concatena el debido proceso con el principio de congruencia, refiriéndose a los siguientes aspectos señalados en dicha sentencia: *“La Constitución Política del Estado, en consideración a la naturaleza y los elementos constitutivos del debido proceso como instituto jurídico y mecanismo de protección de los derechos fundamentales, lo consagra como un principio, un derecho y una garantía; es decir, está reconocido por la misma Constitución en su triple dimensión: como derecho fundamental de los justiciables, un principio procesal y una garantía de la administración de justicia. De ello, se desprende el debido proceso como derecho fundamental autónomo, indirecto o garantía, que a decir de Carlos Bernal Pulido en “El Derecho de los Derechos”: “El derecho fundamental al debido proceso protege las facultades del individuo para participar en los procedimientos del Estado constitucional democrático y el ejercicio dentro del marco de dichos procedimientos de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones aportar pruebas y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás y de autocriticarse (...) es un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales en el estado democrático...”*

En este sentido, la naturaleza de aplicación y ejercicio del debido proceso, es parte inherente a la actividad procesal, tanto judicial como administrativa, así la SC 1289/2010-R de 13 de septiembre de 2010, indicó que la Constitución instituye al debido proceso como:

“(…)

- 1) *Derecho fundamental: Para proteger al ciudadano de los posibles abusos de las autoridades, originadas no sólo en actuaciones u omisiones procesales, sino también en las decisiones que adopten a través de las distintas resoluciones dictadas para dirimir situaciones jurídicas o administrativas y que afecten derechos fundamentales, constituyéndose en el instrumento de sujeción de las autoridades a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico.*
- 2) *Garantía jurisdiccional: Asimismo, constituye una garantía al ser un medio de protección de otros derechos fundamentales que se encuentran contenidos como elementos del debido proceso; como la motivación de las resoluciones, la defensa, pertinencia, la congruencia, de recurrir, entre otras, y que se aplican a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, constituyendo las distintas garantías jurisdiccionales inherentes al debido proceso, normas rectoras a las cuales deben sujetarse las autoridades pero también las partes intervinientes en el proceso, en aplicación y resguardo del principio de igualdad”.*

“De esa esencia, deriva a su vez la congruencia como principio característico del debido proceso, entendida en el ámbito procesal como la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto; ahora bien, esa definición general, no es limitativa de la coherencia que debe tener toda resolución, ya sea judicial o administrativa, y que implica también la concordancia entre la parte considerativa y dispositiva; sino que además debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y razonamientos contenidos en la resolución. La concordancia de contenido de la resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan ese razonamiento que llevó a la determinación que se asume. En base a esas consideraciones, es que quien administra justicia, emitirá fallos motivados congruentes y pertinentes.”

De lo precedentemente transcrito, es fundamental que el acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición y la decisión final adoptada. En tal sentido, corresponde que las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 y APS/DJ/DPC/Nº 427-2013 de fechas 29 de mayo de 2012 y 30 de abril de 2013, respectivamente, emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, guarden relación con lo que se pretende regular, plasmen las razones de hecho y de derecho que la determinaron a adoptar su decisión y de esa forma puedan los regulados conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribó.

Ahora bien, remitiéndonos al caso de autos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 427-2013 de 30 de abril de 2013, señala que el procedimiento establecido mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012, complementó la normativa referente a las Certificaciones para Contrataciones con el Estado, considerando, por una parte, que:

“...es obligación del Estado establecer políticas de empleo que eviten la desocupación y la subocupación, con la finalidad de crear, mantener y generar condiciones que garanticen a las trabajadoras y los trabajadores posibilidades de ocupación laboral digna y de remuneración justa...”

“...no podría restringirse el derecho constitucional al trabajo y comercio de un Empleador a poder participar en un proceso de contratación, cuando si bien tiene una deuda social pero que la misma se halla comprometida a su pago mediante un plan de pagos aprobado...”

“...con la finalidad de cumplir los preceptos constitucionales de proteger al trabajador y su grupo familiar, incentivando al Empleador a cumplir oportunamente sus obligaciones legales y de esta manera velar el mandato expreso de la C.P.E....”

“... la Resolución Administrativa recurrida también tiene la finalidad de cumplir los preceptos constitucionales de proteger al trabajador y su grupo familiar, ampliando la posibilidad de subsistencia de aquellas empresas que por falta de recursos que impiden que se haga efectivo el pago de sus Contribuciones en mora en una sola oportunidad, y por tal razón se vean limitadas a generar mayores ingresos por la imposibilidad de acceder a contrataciones con el Estado, lo hagan en cuotas mensuales aprobadas por las AFP con un Convenio de Pago, el cual les permitirá obtener el CCE-CP, para poder participar en los procesos de contrataciones con el Estado mismo...”

Independientemente de lo señalado y de la revisión de la motivación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 427-2013 de fecha 30 de abril de 2013, el Ente Regulador, por otra parte, afirma que:

*“...Que es importante señalar que, el contenido mismo de la certificación aprobada por la R.A.363-2012, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº526-2012, únicamente hacía referencia a la existencia de un Convenio de Plan de Pagos y no precisamente **a la no existencia de deuda....**”*

*“...Al respecto, con las adecuaciones señaladas en párrafos anteriores, en cuanto a la denominación del ahora CCE-CP y sus características propias, se implementa la emisión de un documento específico que no debe limitar la participación del Empleador en las contrataciones con el Estado, haciendo saber que si bien cuenta con periodos adeudados al SIP, pero que sin embargo los mismos se hallan sujetos a un Convenio de Pago vigente, y que en caso de incumplimiento del Convenio, **éste quedará sin efecto legal y la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo iniciará o continuará el proceso judicial de cobranza...**”*

*“...el CCE-CP va a expresar **que la deuda a la Seguridad Social si existe**, pero con la cualidad de que la misma se halla comprometida a un Convenio de Pago, el cual se halla bajo control y seguimiento directo por la AFP que emite el certificado, dando de esta manera certidumbre...”*

“...Que asimismo, se debe aclarar que el CCE-CP no se constituye en una tercera categoría de certificación de no adeudo, sino en un documento específico que

cuenta con la intervención y voluntad de un Empleador **consiente éste de tener un adeudo al SIP** pero sujeto a Convenio de Pago vigente, pero con el compromiso legal de pago y bajo supervisión de la Administradora...”

“...el CCE-CP podrá ser utilizado por el Empleador en los procesos de contratación con el Estado, considerando que **dicho documento va a certificar que la deuda al SIP se halla sujeta a un compromiso vigente** de pago aprobado debidamente; situación contrapuesta y diferente para los adeudos sin Convenio de Pago, para los cuales no es viable la extensión de certificación alguna...”.

“...no podría restringirse el derecho constitucional al trabajo y comercio de un Empleador a poder participar en un proceso de contratación, cuando **si bien tiene una deuda social** pero que la misma se halla comprometida a su pago mediante un plan de pagos aprobado...”

“...el hecho de contar con el ahora denominado CCE-CP, no necesariamente implica que la empresa que lo presente sea la adjudicataria del contrato, al tratarse este último de un requisito más para poder postular a una contratación de Bienes y Servicios del Estado, no asegurando por tanto el resultado del proceso para su contratación...”.

...la Resolución Administrativa recurrida también tiene la finalidad de cumplir los preceptos constitucionales de proteger al trabajador y su grupo familiar, ampliando la posibilidad de subsistencia de aquellas empresas que por falta de recursos que impiden que se haga efectivo el pago **de sus Contribuciones en mora** en una sola oportunidad,...”

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Sin embargo y fundamentalmente, el Procedimiento para la emisión de la “Certificación para Contrataciones del Estado para Empleadores con Convenio de Pago”, establecido mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 363-2012 de 29 de mayo de 2012, conforme el Anexo I y el formato establecido en el Anexo II, establecen:

“Artículo 4 (Procedimiento).- Cuando el Empleador solicitante de la Certificación para Contrataciones con el Estado, se encuentre con Convenio de Pago vigente firmado con la Administradora a la cual lo solicita, la AFP deberá proceder a la emisión del CCE-CP de acuerdo al formato establecido en el Anexo II, el cual tendrá valor únicamente a efectos del artículo 100 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010.”.

“...Por tanto, se emite la presente Certificación, la cual es válida únicamente a efectos del artículo 100 (CERTIFICACIONES PARA CONTRATACIÓN DEL ESTADO) de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones y la Disposición Adicional Única del Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011...”

(Las negrillas y subrayado son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De lo señalado, se observa que la motivación que contiene la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 427-2013 de 30 de abril de 2013, respecto de la congruencia, no guarda relación con lo que se pretende regular y/o resolver, debido a que en varios considerandos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros reconoce que la Certificación para Contrataciones con el Estado para Empleadores con Convenio de Pago **“va a expresar que la deuda a la Seguridad Social si existe”, “va a certificar que la deuda al SIP se halla sujeta a un compromiso vigente”** y que **“el empleador tiene una deuda social pero que la misma se halla comprometida a su pago”**; sin embargo, al confirmar parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, sustituyendo solamente el denominativo de la Certificación, mantiene intacto el procedimiento para la emisión de la Certificación para Contrataciones con el Estado para Empleadores con Convenio de Pago aprobado por el Resuelve Primero, conforme al Anexo I, que en su artículo 4º dispone que **“...la AFP deberá proceder a la emisión del CCE-CP de acuerdo a formato en el Anexo II, el cual tendrá valor únicamente a efectos del artículo 100 de la Ley N° 065...”**; y el Resuelve Segundo que aprueba el formato establecido en el Anexo II, que señala que **“... se emite la presente certificación, la cual es válida únicamente a efectos del artículo 100 (...) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y la Disposición Adicional Única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011...”**, evidenciándose que no existe correlación entre los fundamentos expuestos en la parte considerativa y la exigencia del artículo 100 de la Ley N° 065 de Pensiones, de presentar **certificación de no adeudo** por contribuciones al SSO y al SIP, dispuesta en la parte resolutive de la Resolución Administrativa impugnada, situación que transgrede el principio de congruencia.

Asimismo, sin perjuicio de lo señalado precedentemente, el simple cambio o sustitución del nombre de **“Certificado de No Adeudo de Empleadores con Convenio de Pago por Mora”** a **“Certificación para Contrataciones del Estado para Empleadores con Convenio de Pago”**, no enmienda la presente controversia, ya que la Entidad Reguladora mantiene el procedimiento establecido mediante el Anexo I, como el contenido de la Certificación establecido mediante el Anexo II, que señalan, que el mismo tiene valor únicamente a efectos del artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones y la Disposición Adicional Única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, en consecuencia, la motivación expresada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en sujeción al principio de congruencia, debió estar íntimamente ligada a la decisión adoptada.

Por otro lado, también es evidente que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha dado cumplimiento con lo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 076/2012 de 20 de diciembre de 2012.

2.3. En cuanto al Debido Proceso.-

Sobre el debido proceso y con la precisión que importa su desarrollo en *Principios de Derecho Administrativo* (autores varios, publicación de este Ministerio), es pertinente citar que el mismo es:

“... (La) Garantía constitucional que le asiste al administrado, de ser procesado ejerciendo sus derechos a la defensa, a ser oído, a producir prueba, a conseguir resoluciones fundamentadas y en sí a un proceso conforme a las leyes...”

Al respecto se trae a colación lo determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, la que a su vez, se remite a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, estableciendo lo siguiente:

"...Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes".

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en sus sentencias 0086/2010-R y 0223/2010-R, señalando que:

*"...En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que **los elementos que componen al debido proceso son** el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; **derecho a la congruencia...**; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y **congruencia de las decisiones** (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras)..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Consiguientemente, habiéndose determinado en el numeral supra, el infringir el derecho a la congruencia, resulta inequívoco concluir ahora, en haberse con ello vulnerado la garantía del debido proceso administrativo, toda vez que, al haber la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros expresado en sus resoluciones impugnadas APS/DJ/DPC/Nº

363-2012 y APS/DJ/DPC/N° 427-2013 de fechas 29 de mayo de 2012 y 30 de abril de 2013, respectivamente, decisiones en las que se extraña la suficiente claridad, precisión y coherencia con respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la pretensión de la recurrente y tercero interesado, conforme bien se han identificado en el numeral precedente, por tanto, resultando no guardar relación con la misma, determina la incongruencia señalada, la que da lugar a la indefensión de la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

Consecuentemente, el procedimiento administrativo se encuentra viciado de la nulidad al haberse violado el derecho al debido proceso, corresponde anularlo, debiendo en consecuencia el Ente Regulador, pronunciarse de manera fundamentada, motivada y congruente, a través de una Resolución Administrativa.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 427-2013 de 30 de abril de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 363-2012 de 29 de mayo de 2012, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en consecuencia, dictar nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPNC/N° 569-2013 DE 24 DE JUNIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 063/2013 DE 08 DE OCTUBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 063/2013

La Paz, 08 de Octubre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 569-2013 de fecha 24 de junio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 191-2013 de 12 de marzo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 061/2013 de 12 de septiembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 148/2013 de 24 de septiembre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por nota AA.GG.-7027/2013, presentada el 12 de julio de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, representada legalmente por su Gerente de Renta Dignidad, Lic. Daniel Murguía Aillón, y por su apoderado legal, Lic. Luis Alfonso Ibáñez Montes, tal como lo acreditan los Testimonios Poder N° 214/2012 de fecha 25 de mayo de 2012 y N° 270/2012 de fecha 6 de julio de 2012, ambos otorgados ante Notaría de Fe Pública

Nº 091 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dr. Jorge Manuel Cañedo Durán, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 569-2013 de fecha 24 de junio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 191-2013 de 12 de marzo de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/6743/2013, con fecha de recepción 18 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 569-2013 de 24 de junio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 23 de julio de 2013, notificado en fecha 25 de julio de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 569-2013 de 24 de junio de 2013.

Que, en fecha 6 de septiembre de 2013 se llevó a efecto la Audiencia de exposición oral de fundamentos que fuera solicitada por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, mediante nota AA.GG.-8224/2013, y conforme fuera dispuesta por la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 069/2013 de 23 de agosto de 2013.

Que, mediante nota AA.GG.-9464/2013 de 10 de septiembre de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, presentó copia de la Resolución Administrativa ASFI Nº 525/2010 de 24 de junio de 2010 y copias de Actas de recepción de documentación de Boletas de Pago de Renta Dignidad, correspondientes a la gestión 2009.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPNC/6460/2012 de 27 de agosto de 2012, notificó a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, con los siguientes cargos:

“...II. IMPUTACIÓN DE CARGOS.

De la revisión de la documentación adjunta y del análisis de la normativa específica, se tiene las siguientes observaciones de orden legal:

Cargo Nº 1

Existen indicios de incumplimiento, a lo establecido en el artículo 12 inciso f) de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 062 de 21 de enero de 2008 y los puntos 18 y 27 de la Circular SPVS-IP/8/2008 de 06 de febrero de 2008, por parte de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, por remitir los reportes de 699 pagos de Renta

Dignidad incumpliendo la estructura aprobada en la Circular señalada, identificándose las siguientes observaciones:

- I. En el caso de reembolsos de Pagos reportados durante la Gestión 2009, en el campo "Fecha de Pago", la Entidad Gestora reportó la fecha en la que el Beneficiario realizó el cobro de la Renta Dignidad en la entidad financiera, cuando debió señalar la fecha en la cual hizo efectivo el reembolso.
- II. En el caso de reembolsos efectuados por los beneficiarios que debieron ser reportados durante la Gestión 2009 con tipo de Transacción "R", fueron reportados por la Entidad gestora con tipo de Transacción "E", como si se trataran de Eliminaciones de Pago.

El detalle de los 699 pagos se encuentra en el **Anexo 1**.

Cargo Nº 2

Existen indicios de incumplimiento, por parte de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, a lo establecido en la Minuta de Contrato suscrita el 26 de noviembre de 2008, con la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, conforme lo siguiente:

- I. A la Cláusula Vigésimo Sexta, por no realizar las conciliaciones bancarias con las entidades financieras encargadas del pago, dentro del plazo previsto por normativa durante la gestión 2009, toda vez que se advirtió que de manera posterior al requerimiento de información realizado por la DPNC con notas AP/DPNC/11445/2010, AP/DPNC/10132/2011 y AP/DPNC/10213/2011 de fechas 16/12/2010, 28/01/2011 y 17/02/2011 respectivamente, BISA SAFI S.A. recién en fecha 24 de febrero de 2011 cursó notas a las diferentes entidades financieras solicitando información sobre todos los abonos que hubieran realizado a las cuentas del FRUV, desde febrero 2009 a febrero 2011, además del motivo de dichos depósitos.
- II. A la Cláusula Cuarta numeral 4.2, por no contar en la gestión 2009 con un sistema de control de calidad respecto a la información que genera y captura, que deriva en un inadecuado control por parte de la Entidad Gestora sobre los depósitos efectuados a las cuentas del FRUV, considerando la falta de conciliación de información entre los datos reportados por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI en el Balance General del FRUV al 31/12/2009 con los datos internos que la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI maneja, generando la falta de información sobre la procedencia de Bs. 1.614.594,35 (UN MILLÓN SEISCIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO 35/100 BOLIVIANOS) abonados a las cuentas del Banco de Crédito S.A. durante la gestión 2009, como informa la Entidad Gestora en nota AA.GG. 1893/2011 de fecha 28/02/2011, cuyo detalle se encuentra contenido en el **Anexo 2**.
- III. A la Vigésimo Séptima, por no realizar mensualmente las conciliaciones de recursos correspondientes a la gestión 2009 con las Fuerzas Armadas..."

(Cargo N° 3: levantado)

...Cargo N° 4

*Existen indicios de incumplimiento al Documento Base de Contratación para la prestación del servicio de "ADMINISTRACIÓN DEL FONDO DE LA RENTA UNIVERSAL DE VEJEZ, GESTIÓN Y PAGO DE LA RENTA DIGNIDAD Y GASTOS FUNERALES" LICITACIÓN PÚBLICA LP/002/08 de septiembre de 2008, a la cláusula Octava del Contrato de Servicios suscrito entre la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y la Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI y al Acta de la Reunión de Aclaración del proceso de contratación del Servicio de "Administración del Fondo de la Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales" que forma parte indivisible del DBC, al advertir la falta de documentación de respaldo en los Comprobantes Contables del FRUV emitidos para el pago de comisiones durante la gestión 2009, que evidencie que la conciliación documental ha sido realizada. Las comisiones cobradas por la Entidad Gestora durante la gestión 2009, se resumen en el **Anexo 4** de la presente nota de cargo..."*

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

2.1. Nota AA.GG.-10125/2012 de 04 de octubre de 2012.-

Toda vez que, mediante nota AA.GG.9411/2012 de 13 de septiembre de 2012, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** solicitó ampliación de diez (10) días hábiles administrativos para la presentación de descargos, lo mismo fue atendido favorablemente por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante auto de 19 de septiembre de 2012.

Consiguientemente, mediante nota AA.GG.-10125/2012 de fecha 4 de octubre de 2012, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** presenta los siguientes descargos:

"...Cargo N° 1 (...)

Una vez efectuado el análisis de los registros de reembolso observados, procedemos a efectuar la corrección adjuntando un CD conteniendo archivo con los 699 registros en los que se corrige el código de transacción y la fecha del reembolso al FRUV.

Hacemos notar que el dato de la fecha de reembolso así como el del código de transacción fueron reportados incorrectamente por un defecto en el procesamiento del archivo de reporte a su Autoridad, ocurrido en las fechas de envío de los reportes. Desde la gestión 2011 esa situación, que se presentaba en algunas reversiones procesadas, fue subsanada.

Aparte de lo indicado en los párrafos anteriores, informamos que, tanto el reembolso como las transacciones revertidas fueron procesados correcta y oportunamente, sin ocasionarse en ningún momento ningún tipo de perjuicio al FRUV o a los Beneficiarios.

Cargo N° 2(...)

I. Concitaciones con Entidades Financieras.

Debemos aclarar que esta observación fue realizada por los inspectores de la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, ahora Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), en fecha 30 de noviembre de 2009. En su oportunidad se dio respuesta a este Ente Regulador, explicando que el control de las cuentas 101.02 era efectuado en forma diaria, cotejando la información de los desembolsos efectuados por cada cuenta, con el reporte de pagos proporcionado por Síntesis S.A. (empresa contratada expresamente como Entidad Pagadora para dicho fin). Por tal motivo consideramos que en ningún momento se dejó de llevar conciliadas estas cuentas. Como evidencia de esta conciliación de forma diaria se mostraron a los inspectores los asientos contables efectuados con respaldo de los reportes diarios de Síntesis.

Resulta también necesario aclarar que después de realizadas estas observaciones por los inspectores durante la fiscalización en el mes de diciembre de 2009, se efectuaron las verificaciones de los saldos contables contra los extractos de las cuentas, evidenciando que el control llevado a cabo correspondía al estado reportado por los extractos. El resultado del mismo fue informado a los inspectores de la ASFI. Sin embargo, pese a las explicaciones efectuadas, dicha entidad emitió la Resolución Administrativa ASFI 525/2010 de fecha 24 de junio de 2010 sancionando con multa económica por este tema a Bisa Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A. (BISA SAFI S.A.).

En este sentido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS) debe tomar en cuenta lo siguiente:

1. La prescripción de las infracciones de acuerdo a lo establecido por el artículo 79 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, que textualmente establece que "las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años". Por otra parte, existe antecedente de entre qué eventos se efectúa la medición del plazo de prescripción, planteado por su Autoridad en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 260 2012, en la cual asevera "Que no obstante lo anotado, se determina de manera concreta que los actos constitutivos de la infracción han tenido efectos permanentes desde la emisión de la Nota de Cobertura hasta el 30 de julio de 2010, fecha en que se suscribió el Contrato de cesión de cartera de Seguros y Reaseguros Generales 24 de Septiembre S.A. en favor de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., contando las pólizas comercializadas, a partir de dicha fecha, con el correspondiente respaldo de reaseguro. Que lo expuesto precedentemente deja entrever con meridiana claridad que el cómputo del plazo para la prescripción se efectivizó el 30 de julio de 2010, por lo que hasta la fecha de notificación de cargos (13 de abril de 2012) ha transcurrido un (1) año y nueve (9) meses". Vale decir que su Autoridad ha establecido que los plazos de prescripción se computan a partir de la fecha de la comisión de la infracción y hasta la fecha de notificación de cargos.

En este caso en concreto, Las (sic) infracciones se habrían presentado a lo largo del año 2009, habiendo ocurrido la última en enero de 2010 (por la conciliación de diciembre 2009), por lo que las infracciones habrían prescrito cada mes durante la gestión 2011 y la correspondiente al último mes en enero de 2012, siendo que su notificación de cargos fue recibida en fecha 4 de septiembre de 2012.

2. El principio "non bis in ídem" reconocido por la Constitución Política del Estado en el párrafo II del artículo 117 que establece que "II. Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho (...)", puesto que la Resolución ASFI 525/2010, sanciona a BISA SAFI S.A. con una multa de Bs.5.090.40 (Cinco mil noventa 40/100) por las mismas infracciones invocadas por su Autoridad en la nota de cargos objeto de la presente nota de respuesta.

II. Control de Calidad sobre depósitos efectuados en cuentas del FRUV.

Con relación a la observación a depósitos correspondientes a "Devoluciones Rentistas" por un monto total para la gestión 2009 de Bs.3,527,294.35 (Tres millones quinientos veintisiete mil doscientos noventa y cuatro 35/100 Bolivianos), mismas que representan devoluciones de fondos realizados al FRUV por Entidades Financieras, Fuerzas Armadas, Entidades Proveedoras de Información, Administradoras de Fondos de Inversión o Rentistas a través del respectivo depósito a cuentas del Banco de Crédito S.A. denominadas: Caja de Ahorro BTB Pagadora N° 201-50439358-3-27 y a la Cuenta Caja de Ahorro BTB Devoluciones 201-504657-01-3-37, debemos aclarar que a la fecha se tiene identificado (sic) la procedencia de depósitos, por un monto total de Bs.3,402,105.97 (Tres millones cuatrocientos dos mil ciento cinco 97/100 Bolivianos), de acuerdo al detalle que se adjunta a la presente.

Actualmente el monto total de depósitos no identificados en la gestión 2009 es la diferencia de los montos que se mencionan en el párrafo precedente, cifra que asciende solamente a Bs.125,188.38 (Ciento veinticinco mil ciento ochenta y ocho 38/100 Bolivianos).

Debemos también mencionar que la Asociación Accidental La Vitalicia - Bisa SAFI, realizó las gestiones necesarias para buscar esclarecer la procedencia de los depósitos que ingresaron a las cuentas del Banco de Crédito; es en este sentido que se envió una carta a esta entidad, solicitando la información de personas naturales o jurídicas que hayan realizado depósitos a las cuentas antes mencionadas, sin embargo no se obtuvo respuesta a esta solicitud por parte del mencionado Banco. Adjunto enviamos copia recepcionada de la carta enviada al Banco de Crédito S.A. solicitando esta información.

Finalmente, su Autoridad debe considerar que para procesarse completamente un depósito efectuado en cuentas del FRUV, es necesaria información adicional aparte de la proporcionada por el depositante en la Entidad Financiera al momento de realizarse la transacción. Esta información debe ser proporcionada a nuestra Asociación por el depositante mediante los conductos de comunicación convencionales existentes. En caso de que el depositante no actúe en este sentido,

nuestra Asociación no puede concluir el procesamiento del depósito ni efectuar la reclasificación contable del monto recibido en las cuentas del FRUV.

III. Conciliaciones mensuales con las Fuerzas Armadas

Si bien la normativa vigente y el Convenio suscrito con el Ministerio de Defensa establecen que se debe efectuar una conciliación mensual de los desembolsos y pagos efectuados por Unidades Militares, esta actividad no se pudo efectuar con la frecuencia requerida durante la gestión 2009, debido a deficiencias en los procedimientos operativos en las Unidades Militares pagadoras de la Renta Dignidad, cuya solución estaba fuera del alcance de nuestra Asociación.

A pesar de esto, nuestra Asociación mantuvo un control permanente de los desembolsos efectuados, así como de los pagos realizados a través del sistema transaccional proporcionado por Síntesis S.A. ya que la información de ambos procesos es permanentemente accesible y actualizable por nuestra Asociación.

Para el cierre de la gestión 2009, se efectuó una conciliación final de gestión con el fin de renovar el Convenio y se logró establecer un procedimiento de conciliación mensual que fue aplicado por los Cordinadores (sic) de Fuerzas y los Comandantes de las Unidades Militares a partir de la gestión 2010 (...)

(Cargo Nº 3, levantado)

...Cargo Nº 4 (...)

Informamos que los comprobantes contables del FRUV correspondientes a pagos de comisiones del FRUV, estén respaldados por los Informes Internos de la Gerencia de Renta Dignidad de acuerdo al siguiente detalle:

No.	Cite	Fecha Informe
1	GRD-002/2009	17 de marzo de 2009
2	GRD-004/2009	2 de abril de 2009
3	GRD-005/2009	22 de abril de 2009
4	GRD-007/2009	12 de mayo de 2009
5	GRD-008/2009	19 de mayo de 2009
6	GRD-009/2009	26 de mayo de 2009
7	GRD-010/2009	2 de junio de 2009
8	GRD-012/2009	9 de junio de 2009
9	GRD-013/2009	16 de junio de 2009
10	GRD-014/2009	23 de junio de 2009
11	GRD-015/2009	30 de junio de 2009
12	GRD-016/2009	7 de julio de 2009
13	GRD-018/2009	14 de julio de 2009
14	GRD-019/2009	21 de julio de 2009

15	GRD-020/2009	28 de julio de 2009
16	GRD-021/2009	4 de agosto de 2009
17	GRD-023/2009	11 de agosto de 2009
18	GRD-024/2009	18 de agosto de 2009
19	GRD-025/2009	25 de agosto de 2009
20	GRD-025/2009	25 de agosto de 2009
21	GRD-026/2009	1 de septiembre de 2009
22	GRD-028/2009	8 de septiembre de 2009
23	GRD-029/2009	15 de septiembre de 2009
24	GRD-030/2009	22 de septiembre de 2009
25	GRD-032/2009	29 de septiembre de 2009
26	GRD-035/2009	6 de octubre de 2009
27	GRD-036/2009	13 de octubre de 2009
28	GRD-037/2009	20 de octubre de 2009
29	GRD-038/2009	27 de octubre de 2009
30	GRD-039/2009	3 de noviembre de 2009
31	GRD-041/2009	10 de noviembre de 2009
32	GRD-042/2009	17 de noviembre de 2009
33	GRD-043/2009	24 de noviembre de 2009
34	GRD-045/2009	1 de diciembre de 2009
35	GRD-047/2009	8 de diciembre de 2009
36	GRD-048/2009	8 de diciembre de 2009
37	GRD-049/2009	22 de diciembre de 2009
38	GRD-051/2009	29 de diciembre de 2009

Estos informes detallan la documentación recibida sobre la cual se cobraron comisiones y se sustentan en la entrega de boletas efectuadas por Síntesis.

Reiteramos lo que menciona su Autoridad en la notificación de cargos acerca de la aclaración contenida en Acta de la Reunión de Aclaración del DBC del Servicio de Pago de Renta Dignidad: "Se aclara que la conciliación documental para realizar el cobro de la comisión, consiste en contar los documentos de pago recibidos y comparar con el número de pagos registrados en el sistema". El conteo de los documentos está respaldado en los informes GRD, por lo que esta especificación contractual fue cumplida de forma demostrada por nuestra Asociación.

Cabe aclarar que su Autoridad ya efectuó una fiscalización sobre el cobro de comisiones de la gestión 2009, identificando solamente algunos errores de reporte que fueron sancionados a nuestra Asociación mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF N° 041-2011 de fecha 26 de mayo de 2011..."

2.2. Otros elementos de prueba producidos.-

Mediante auto de 17 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó la apertura de término de prueba de diez (10) días hábiles

administrativos, a efectos de que la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, remita prueba correspondiente al Cargo N° 2, numeral II y aclare las diferencias existentes entre las devoluciones identificadas según nota AA.GG.- 10125/2012 y las devoluciones reportadas en el Estado de Cuentas del Pasivo del Balance General del FRUV y las devoluciones identificadas por la Entidad Gestora.

La **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, con nota AA.GG.-011094/2012 de 5 de noviembre de 2012, remite la documentación e información solicitadas por la Entidad Reguladora, consistente en:

1. Aclaración de diferencias existentes entre la información presentada en la nota AA.GG.-10125/2012 y Estado de Cuentas del Pasivo del Balance General al 31/12/2009.
2. Diferencias entre Devoluciones reportadas según nota AA.GG.-10125/2012 y AA.GG.-1893/2011.
3. Descargos de Devoluciones efectuadas por Beneficiarios remitida mediante nota AA.GG.-1893/2011.
4. Descargos de Devoluciones efectuadas por Beneficiarios reportadas en nota AA.GG.-1893/2011.
5. Presentación de aclaraciones y clasificación de Devoluciones.
6. Remisión de las notas AA.GG.-7434/2012, AA.GG.-4072/2012, AA.GG.-2869/2012, AA.GG.-2612/2012, AA.GG.-6979/2012 y AA.GG.-8236/2012.

Nuevamente con Auto de 14 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determina la apertura de término de prueba para que la Entidad Gestora, genere un Extracto Bancario que totalice el monto de Bs3.575.055,97.-, el cual es remitido mediante nota AA.GG.-12047/2012 de 30 de noviembre de 2012.

En virtud a que la documentación presentada por la recurrente es insuficiente a objeto de formar convicción y tomar una decisión, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Auto de 14 de diciembre de 2012, solicita remitir documentación que evidencia que se extremaron esfuerzos y que se realizaron las actuaciones necesarias, en procura de suscribir las Actas de Conciliación con las Entidades Proveedoras de Información, aclarar la información remitida mediante notas AA.GG.-011094/2012 de 5 de noviembre de 2012 y AA.GG.-12047/2012 de 30 de noviembre de 2012 (en apertura de término de prueba), requerimiento atendido mediante nota AA.GG.-0054/2013 de 21 de enero de 2013.

De la documentación presentada por la Entidad Gestora, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, estableció que la misma presenta observaciones en el detalle de las Revisiones de Beneficiarios, por lo que mediante Auto de 06 de febrero de 2013, solicitó las aclaraciones respectivas.

La **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, mediante nota AA.GG.-01793/2013 de 25 de febrero de 2013, remite las correspondientes aclaraciones.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/N° 191-2013 DE 12 DE MARZO DE 2013.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 191-2013 de 12 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros-APS, resolvió:

“...PRIMERO.- Sancionar a la Asociación Accidental La Vitalicia BISA SAFI por los siguientes cargos:

- a) **Cargo N° 1** en parte con amonestación, por infracción a lo establecido en el artículo 12 inciso f) de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008 y los puntos 18 y 27 de la Circular SPVS-IP/8/2008 de 06 de febrero de 2008, respecto a 615 pagos de los 699 observados en el cargo, detallados en el Anexo 2 adjunto a la presente Resolución.
- b) **Cargo N° 2** con una multa en bolivianos equivalente a \$us2000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en las Cláusulas Vigésimo Sexta, Cuarta numeral 4.2 y Vigésimo Séptima de la Minuta de Contrato suscrita el 26 de noviembre de 2008.
- c) **Cargo N° 4** con una multa en bolivianos equivalente a \$us2000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el Documento Base de Contratación para la prestación del servicio de “ADMINISTRACIÓN DEL FONDO DE LA RENTA UNIVERSAL DE VEJEZ, GESTIÓN Y PAGO DE LA RENTA DIGNIDAD Y GASTOS FUNERALES” LICITACIÓN PÚBLICA LP/002/08 de septiembre de 2008, a la cláusula Octava del Contrato de Servicios suscrito entre la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y la Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI y al Acta de la Reunión de Aclaración del proceso de contratación del Servicio de “Administración del Fondo de la Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales” que forma parte indivisible del DBC.

SEGUNDO.- Desestimar los siguientes cargos imputados a la Asociación Accidental La Vitalicia BISA – SAFI:

- a) **Cargo N° 1**, en parte, respecto a 84 pagos detallados en el Anexo 1, adjunto a la presente Resolución, de 699 que fueron imputados en este cargo.
- b) **Cargo N° 3**, imputado a la Asociación Accidental La Vitalicia BISA – SAFI.

TERCERO.- Se instruye a la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI respaldar las comisiones cobradas durante la gestión 2009. Las Actas de Recepción de Boletas de Pago que respalden las comisiones cobradas durante la gestión 2009, deberán ser suscritas por la Entidad Gestora y por la empresa subcontratada (Síntesis S.A.) y las Fuerzas Armadas, respectivamente; expresando conformidad de ambas partes sobre el conteo de documentos de pago recibidos de parte de las entidades señaladas. Dicha documentación deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS en el plazo de treinta (30) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

CUARTO.- I. La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

II. Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito..."

Los argumentos presentados para la toma de tales decisiones, son los siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis técnico y jurídico de los descargos y argumentos expuestos por el regulado, aplicando el principio de la sana crítica y valoración razonada de la prueba, conforme lo que sigue:

Cargo N° 1 (...)

Análisis del Descargo

La normativa cuyo incumplimiento se imputa, establece claramente la estructura de datos que debió ser utilizada en el envío de reportes de Pagos de la Renta Dignidad por parte del Ente Gestor.

Sin embargo, al advertir ésta Autoridad que los reembolsos reportados en la gestión 2009 no se ajustaban a la estructura definida por norma, mediante nota APS/DPNC/10626/2011 de 07 de junio de 2011, la APS instruyó a la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, modificar el tipo de transacción reportado con código "E" por el código "R" y modificar la fecha de cobro reportada, por la fecha en la cual se hizo efectivo el depósito, en todos aquellos casos que correspondan ser rectificadas.

En respuesta a la nota APS/DPNC/10626/2011, mediante nota AA.GG. – 6601/2011 de 01 de julio de 2011, la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI remitió en medio óptico a ésta Autoridad 699 registros modificados, considerando para el efecto la estructura de datos establecida en la Circular SPVS-IP/8/2008.

Al respecto, en descargo presentado mediante nota AA.GG.-10125/2012 de 04 de octubre de 2012, la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI expone que el dato de la fecha de reembolsos así como el código de transacción fueron reportados incorrectamente por un defecto en el procesamiento del archivo de reporte a ésta Autoridad, ocurrido en las fechas de envío de los reportes y que desde la gestión 2011 esa situación, que se presentaba en algunas reversiones procesadas, fue subsanada.

Lo expuesto, denota que la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI admite que los reembolsos fueron reportados incorrectamente, reconociendo en consecuencia el incumplimiento a lo establecido en el Capítulo II, Artículo 12° de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008 y Circular SPVS-IP/8/2008 de 06 de febrero de 2008.

Finalmente, la Entidad Gestora señala que no existe ningún tipo de perjuicio al FRUV o a los Beneficiarios; sin embargo, no se ha considerado que el incumplimiento a la estructura aprobada para el caso de reembolsos distorsiona la información registrada en la BDRD y le resta confiabilidad no sólo a la citada información, sino también le resta confiabilidad a la información financiera de reembolsos que genera el FRUV, ante la falta de correspondencia de datos entre ambas fuentes de información.

Como una última anotación, se debe considerar que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 687-2012 de 03 de septiembre de 2012, ésta Autoridad sancionó con amonestación a la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, que comprendió a 77 de los 699 pagos de Renta Dignidad que se observaron en el presente cargo, por lo que corresponde su exclusión, así como 7 registros duplicados. En este sentido, se excluyen en total 84 pagos de Renta Dignidad que se detallan en **Anexo 1** respecto a los cuales corresponde la desestimación del cargo imputado, quedando 615 registros observados que se detallan en Anexo 2, en los que se ha verificado el incumplimiento de la normativa emitida respecto al procedimiento para el reporte de reembolsos, por parte de la Entidad Gestora.

Cargo N° 2 (Numeral I) (...)

Análisis:

- Respecto a la prescripción invocada

La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre, señala que: “La prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos (prescripción adquisitiva) o para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la concurrencia de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo. De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella. De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento o extinción de derechos subjetivos o acciones, **es viable su interrupción** y suspensión en consideración a especiales circunstancias de las personas involucradas dentro de la relación jurídica que impidan su ejercicio o la defensa frente a la posible extinción del derecho”. (las negrillas son nuestras)

Por otra parte la mencionada Resolución Jerárquica ha señalado que “...**la prescripción puede también ser interrumpida**, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, **permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción**”. (las negrillas son nuestras)

Asimismo, dicha resolución también resalta que el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, si bien determina que “Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...) empero, **no establece con claridad los casos en los que la prescripción administrativa, respecto de la acción sancionatoria, puede ser interrumpida** ya que solamente hace referencia a la interrupción de las sanciones ya impuestas, aspecto distinto de la acción”. (las negrillas son nuestras)

Por ello, reiterando la interpretación y teleológica, que se ha plasmado en la Resolución Jerárquica de Regulación financiera (sic) SG SIREFI RJ 68/2006 de 28 de septiembre, tanto de la Ley de Procedimiento Administrativo así como del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 – Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI -, y aplicando el principio de inexcusabilidad expresado en el Artículo 52, Parágrafo II, de la indicada Ley de Procedimiento Administrativo, se tiene lo siguiente:

- El Artículo 80, parágrafo I, de la Ley de procedimiento (sic) Administrativo, referido a las etapas del procedimiento sancionador manifiesta que: “El procedimiento sancionador se regirá (...) por las disposiciones de los capítulos I, II, III y IV del Título Tercero de esta Ley” capítulos que comprenden los Artículos 39 al 55 de dicha ley (sic). Ahora bien, el Artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo especifica que los procedimientos administrativos - incluyéndose en ellos los sancionatorios - podrán iniciarse de oficio como a solicitud de persona interesada, determinando el Artículo 40, parágrafo I, de la Ley Adjetiva Administrativa que el inicio de oficio de un procedimiento se dará por la decisión e iniciativa del órgano administrativo correspondiente.
- Por otra parte el Artículo 65, Parágrafo I, del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, referido a las etapas del procedimiento sancionador, indica que: “Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, **de oficio** o a denuncia, **investigarán la comisión de infracciones** e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento”.
(...)
- En tal sentido (...), la prescripción de la acción administrativa sancionatoria **quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio**, y no así con la notificación de cargos, que es el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza con la presentación de una denuncia por parte de un usuario de los servicios financieros, que debe ser de conocimiento de la entidad infractora o con la iniciación de de oficio del procedimiento sancionatorio por la entidad regulatoria, que también debe ser de conocimiento de la entidad infractora. (las negrillas son nuestras)

Asimismo, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo: "La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, en el caso de la sanción, desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa. Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento".

De acuerdo a lo anterior, es conveniente recalcar que en el presente caso la infracción imputada corresponde a la gestión 2009 y para verificar la operación de la prescripción, han tenido que pasar dos (2) años sin que esta Autoridad inicie el procedimiento sancionatorio respectivo.

Sin embargo, aquello no ha sucedido y la interrupción del plazo se ha producido con la nota AP/DPNC/11445/2010 de 16 de diciembre de 2010, que se constituye como una diligencia preliminar del proceso sancionatorio, por la cual se solicitaba información y anunciaba a su vez, la realización del Control del Movimiento Contable del FRUV de acuerdo al balance al 31/12/2009.

Es decir que la Autoridad competente en uso de sus atribuciones conferidas, de oficio realizó las diligencias preliminares de investigación correspondientes al presente proceso, en base a las cuales en forma posterior se imputa cargos mediante Nota de Cargos APS/DJ/DPNC/6460/2012 de 27 de agosto de 2012.

De esta manera el tiempo transcurrido desde la infracción cometida en el 2009 hasta el 16 de diciembre de 2010, no llegó a completar los dos años requeridos para que opere la prescripción y el computo (sic) respectivo vuelve a cero y, consiguientemente a contabilizarse nuevamente los dos (2) años, desde la fecha de la interrupción, es decir desde el 16 de diciembre de 2010, pudiendo prescribir la posibilidad de la acción el 16 de diciembre de 2012. Sin embargo se da un corte notorio en el tiempo de la prescripción, el 27 de agosto de 2012 con la Nota de Cargos APS/DJ/DPNC/6460/2012, esto sin ahondar en los demás antecedentes que forman parte de las diligencias preliminares y que se refieren a la vasta correspondencia recibida y remitida con motivo del Control de Movimiento Contable FRUV del 2009, pero con lo cual se descarta la prescripción alegada por la Gestora.

- **Respecto a la aplicabilidad del principio "non bis in idem"**

Este principio fundamental reconoce el derecho del procesado a no ser castigado dos veces por la misma infracción.

En el presente proceso, la Entidad Gestora presentó la nota AA.GG.-10125/2012 de 04 de octubre de 2012, en calidad de descargos arguyendo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), mediante Resolución ASFI N° 525/2010 de fecha 24 de junio de 2010, sancionó a BISA Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A. (BISA SAFI S.A.) con una multa económica por este tema.

La Resolución ASFI N° 525/2010 de 24 de junio de 2010, resolvió lo siguiente: "Sancionar a BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A. (BISA SAFI S.A.)

con multa en bolivianos equivalentes a \$us720.- (SETECIENTOS VEINTE 00/100 DÓLARES AMERICANOS), por incumplimiento a los artículos 68 de la Ley del Mercado de Valores; artículos 35, 43 incisos a) de la Normativa para los Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, al Manual Único de Cuentas aprobado mediante Resolución Administrativa N° 1296 de 24 de noviembre de 2006; así como a los esquemas contables de la Regulación para la presentación de información periódica, aprobada por la Resolución Administrativa SPVS-N° 318/2009 de 28 de abril de 2009, en sujeción a los artículos 3, 7, 11, 12 parágrafo I, 13 y 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, de acuerdo a las consideraciones efectuadas en la presente Resolución”.

Al respecto, la Sentencia Constitucional 0962/2010-R de 17 de agosto de 2010 señala que “...El principio “non bis in idem” implica, en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a un apersona por los mismos hechos. En la doctrina y jurisprudencia española, el principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, **cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento** respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad”. (las negrillas son nuestras)

De acuerdo a lo anterior, para que el principio aludido encuentre aplicación corresponde verificar la identidad de sujeto, hecho y fundamento conforme lo siguiente:

- a. El sujeto, a quien se le impone la sanción administrativa en la Resolución ASFI N° 525/2010 de 24 de junio de 2010, es a BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A. (BISA SAFI S.A.), misma que fue impuesta por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en uso a las atribuciones de control y supervisión de actividades económicas que desarrolla BISA SAFI S.A. en el mercado de Valores. En el caso que nos ocupa, el sujeto está identificado en una persona jurídica distinta a la señalada, pues se imputa el cumplimiento de una obligación a la Asociación Accidental – La Vitalicia BISA SAFI, por tanto no se cumple la identidad de sujeto.
- b. El hecho, en el caso de BISA SAFI, está circunscrito al incumplimiento de la normativa propia del sector de Valores, regulado por la ASFI y en el caso de la Asociación La Vitalicia – BISA SAFI, por no realizar las conciliaciones bancarias con las entidades financieras encargadas del pago dentro del plazo establecido en la Minuta de Contrato de 26 de noviembre de 2008 suscrita con esta Autoridad en el sector en que presta servicios el regulado, de Pensiones.
- c. El fundamento, está relacionado con el hecho de que los procesos sancionatorios han sido iniciados por Entes de Regulación diferentes por un lado la ASFI y por el otro lado la APS; entidades, que regulan sistemas disímiles y que por ende tutelan bienes jurídicos también diferentes, uno el económico financiero y por el otro lado, la presente Autoridad que regula el sistema de Pensiones y Seguros. Consiguientemente los procesados operan en sistemas opuestos, porque las Disposiciones Legales que tutelan los sectores regulados son distintos, por un lado

la ASFI que controla el sistema financiero y por otro lado la APS, que controla y supervisa a las entidades bajo su jurisdicción para una correcta prestación de servicios, en el pago de prestaciones, pensiones y beneficios de la Seguridad Social a largo plazo, con lo que se concluye que no existe identidad en el fundamento.

De análisis realizado, se tiene que el principio non bis in idem no encuentra aplicabilidad en el presente caso y esta Autoridad, ha iniciado el proceso sancionatorio conforme a las facultades y atribuciones que por ley ejerce.

Cargo N° 2 (Numeral II) (...)

Análisis:

La Entidad Gestora en descargo presentado con nota AA.GG.-10125/2012 de 04 de octubre de 2012, señala que a la fecha tiene identificada la procedencia de depósitos, por un monto total de Bs.3.402.105,97 (Tres millones cuatrocientos dos mil ciento cinco 97/100 Bolivianos) y que el monto total de depósitos no identificados en la gestión 2009 asciende solamente a Bs.125,188.38 (Ciento veinticinco mil ciento ochenta y ocho 38/100 Bolivianos).

Al respecto, se verificó en la documentación adjunta al descargo, el detalle de importes depositados en las cuentas de ahorro Devoluciones N° 201-504657-01-3-37 y Pagadora N° 201-50439358-3-27, por un total de Bs1.638.148,97 y Bs1.763.957,00 respectivamente, totalizando entre ambas cuentas un importe de Bs.3.402.105,97, a los que hace referencia la nota AA.GG.-10125/2012, importes que fueron comparados con las devoluciones reportadas en el Estado de Cuentas del Pasivo del Balance General del FRUV al 31 de diciembre de 2009, con las devoluciones identificadas por la Entidad Gestora en nota AA.GG.-1893/2011 de fecha 28 de febrero de 2011 y con las devoluciones reportadas por la Entidad Gestora en nota SAFI/8126/2010, comparación que generó diferencias entre las diferentes fuentes de información, tanto en exceso, como en defecto.

En este sentido, mediante Auto de fecha 17 de octubre de 2012, se solicitó a la Entidad Gestora presentar aclaraciones a las diferencias determinadas. Adicionalmente se solicitó el envío, en medio óptico, de las devoluciones identificadas, discriminando las devoluciones efectuadas por concepto de "Fondos no Utilizados" de las devoluciones por "Reembolsos de Pagos Efectuados", debiendo incluir en su descargo las devoluciones efectuadas por Beneficiarios mencionadas en la nota AA.GG.-1893/2011, que no fueron incluidas en la nota de descargo AA.GG.-0125/2012 de 04 de octubre de 2012.

Asimismo, a objeto de realizar el cruce de información con los respectivos extractos bancarios y con la información registrada en la Base de Datos de la APS, se solicitó identificar las cuentas bancarias en la que se efectuaron los depósitos y para el caso de los "Reembolsos de Pagos Efectuados", se solicitó entre otros datos, el NUB, el

período de pago al que corresponde la devolución y el archivo mediante el cual la Gestora reportó a ésta Autoridad el respectivo reembolso.

En respuesta al Auto de fecha 17 de octubre de 2012 y en relación a las diferencias señaladas en párrafos precedentes, la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, mediante nota AA.GG.-011094/2012 de 05 de noviembre de 2012 comunicó lo siguiente:

“Punto 1. Aclaración de Diferencias entre información de nota AA.GG.-10125/2012 y Estado de Cuentas del Pasivo del Balance General al 31/12/2009.-

Sobre las diferencias existentes entre las devoluciones identificadas según nota AA.GG.-10125/2012 y las devoluciones reportadas en el Estado de Cuentas del Pasivo del Balance General del FRUV al 31 de diciembre de 2009, correspondientes a los meses de agosto y octubre; debemos aclarar que: las devoluciones identificadas en estos períodos se incrementaron debido a un proceso de revisión que se ha llevado a cabo en la presente gestión, en el cual, se han logrado identificar devoluciones que no se tomaron en cuenta para el año 2009; en muchos casos también ha sucedido que algunas Entidades Financieras, EPI's, y FF.AA. comunicaron la existencia de estos depósitos después del cierre de gestión del año 2009, por lo cual no se las tomo (sic) en cuenta para dicho Balance.

Cabe aclarar que estos son depósitos que se han ido identificando, a medida que llegaron los respaldos a nuestra institución como ser las boletas de depósito a las cuentas del FRUV.

Punto 2. Diferencias entre devoluciones según nota AA.GG.-10125/2012 y AA.GG.-1893/2011

(...) Con relación a que en algunos meses los montos reportados en la nota AA.GG.-10125/2012 son inferiores a la nota AA.GG.-1893/2011, aclaramos que para la elaboración de la misma, no se tomaron en cuenta las devoluciones de beneficiarios, consideradas como no institucionales, la nota AA.GG.-10125/2012 como lo refleja su cuadro y en referencia al Anexo II, solamente remitió información de devoluciones institucionales de Entidades Financieras, Fuerzas Armadas, Epis (sic), Pagos a Domicilio.

Punto 3. Descargos de Devoluciones efectuadas por Beneficiarios en AA.GG.-1893/2011.

Sobre este punto, remitimos el detalle de Devoluciones efectuadas por Beneficiarios, cuyo importe asciende a 174,550.00 Bs.

(...) es importante aclarar que estos importes no formaron parte de la información remitida mediante nota AA.GG.-10125/2012, esto debido a que los periodos reembolsados no fueron institucionales.

Punto 4. Descargos de Devoluciones efectuadas por Beneficiarios en AA.GG.-1893/2011.

(...) Aclaremos que los montos que se encuentran en el cuadro precedente no se remitieron en la carta SAFI/8126/2010, porque al igual que las explicaciones brindadas en el punto N°1, estas son devoluciones que fueron identificadas tiempo después al contar con los respaldos respectivos, ya que estos montos se encontraban en la Cuenta Caja de Ahorro BTB Devoluciones 201-504657-01-3-37 del Banco de Crédito de Bolivia S.A. sin identificar; y después de realizarse la respectiva comprobación estos montos ya forman parte de las Devoluciones identificadas.

Punto 5. Presentación de Aclaraciones y clasificación de Devoluciones

Sobre este punto, adjuntamos en el medio óptico que acompaña a la presente nota, el detalle de todas las devoluciones identificadas a la fecha, cuyo depósito a las cuentas BTB Pagadora No.201-50439358-3-27 y BTB Devoluciones No. 201-504657-01-3-37, fue efectuado en la Gestión 2009.

(...) En el anterior cuadro, se observa que el monto correspondiente a Devoluciones de Beneficiarios identificado a la fecha asciende a **3.575.055,97 Bs.**, la información contabilizada de acuerdo al legajo al 31/12/2009, asciende a **3.527.294,35 Bs.**, la diferencia de **47.761,62 Bs.** se explica debido a que algunas devoluciones efectuadas finalizando la gestión 2009, se registraron posteriormente.

Por otra parte, comunicamos a su Autoridad que el monto informado en nota AA.GG.-10125/2012, presenta una disminución por un monto de -600,00 Bs., mismo que corresponde a la Entidad Financiera Coop. Jesús Nazareno cuyo registro correspondiente al NUB: 701017656, se trata de una anulación y no de un reembolso como inicialmente fue informado, el monto final considerando el párrafo 2 del punto 3, es de **3.401.505,97 Bs"**.

Las aclaraciones remitidas por la Entidad Gestora mediante nota AA.GG.-011094/2012, señalan que las diferencias emergentes son resultantes de un proceso de revisión llevado a cabo en la gestión 2012, que permitió identificar devoluciones que no fueron identificadas (sic) como tal en la gestión 2009. Asimismo, la Entidad Gestora informó que en muchos casos algunas entidades pagadoras del FRUV comunicaron la existencia de estos depósitos después del cierre de gestión del año 2009, por lo cual no se las tomó en cuenta oportunamente.

Por otro lado, se verificó que en atención al Auto de fecha 17 de octubre de 2012, la Entidad Gestora incluyó en el descargo presentado con nota AA.GG.-011094/2012, el detalle de devoluciones efectuadas por los Beneficiarios, mismas que ascienden a Bs174.550,00, con las cuales el total de devoluciones identificadas ascienden a Bs3.575.055,97, mismas que superan a las devoluciones reportadas en el Estado de Cuentas del Pasivo del Balance General del FRUV al 31/12/2009, como se expone a continuación:

Información de Devoluciones - Gestión 2009			
Detalle	s/g nota AA.GG.-011094/2012 (2do. Descargo)	s/g Estado de Cuentas del Bal. Gral. al 31/12/2009	Diferencia
Total en Devoluciones	3.575.055,97	3.527.294,97	47.761,62

Al respecto, la Entidad Gestora en nota AA.GG.-011094/2012 explica que la diferencia se debe a que algunas devoluciones efectuadas a finales de la gestión 2009, se contabilizaron de forma posterior al 31/12/2009.

Cabe aclarar que la integridad de los depósitos reflejados en los extractos bancarios de las cuentas BTB denominadas Devoluciones y Pagadora, fueron formalizados contablemente al 31/12/2009 en las respectivas cuentas y que la contabilización de forma posterior al 31/12/2009 a la que se hace mención en el descargo, corresponde a registros que se habrían efectuado a diversas cuentas contables del FRUV, una vez identificada la procedencia de los montos (EPI's, FF.AA., EE.FF.).

Por otro lado, en atención al Auto de 17 de octubre de 2012, con nota AA.GG.-011094/2012 la Entidad Gestora remitió en medio óptico un archivo Excel denominado "Extracto Bancario" en el que detalla las devoluciones identificadas, correspondientes a la gestión 2009, por un importe total de Bs3.401.505,97, especificando para cada importe la cuenta bancaria del FRUV (Devoluciones o Pagadora) en la cual se efectuó el depósito. Sin embargo, considerando que la nota AA.GG.-011094/2012 reporta devoluciones por un total de Bs3.575.055,97, se determinó que el "Extracto Bancario" reporta información incompleta debido a la falta de inclusión de devoluciones efectuadas por Beneficiarios.

En este sentido, con Auto de fecha 14 de noviembre de 2012, se solicitó a la Entidad Gestora generar un extracto bancario que totalice el monto de Bs3.575.055,97 (TRES MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CINCUENTA Y CINCO 97/100), reportado como "Total de Devoluciones" según nota AA.GG.-011094/2012, reiterando que para los "Reembolsos de Pagos Efectuados", la información debe incluir el NUB, el período de pago al que corresponde la devolución y el archivo mediante el cual la Gestora reportó a ésta Autoridad el respectivo reembolso.

En respuesta, con nota AA.GG.-12047/2012 de 30 de noviembre de 2012, la Gestora remitió en medio óptico las devoluciones efectuadas, señalando que las mismas ascienden a Bs3.579.255,97, mismas que en comparación con la información remitida con nota AA.GG.-11094/2012 presenta un incremento neto de Bs4.200, como se detalla a continuación:

Detalle	DEVOLUCIONES POR REEMBOLSO DE PAGOS EFECTUADOS				DEVOLUCIONES POR FONDOS NO UTILIZADOS		TOTAL MES
	EEFF	FFAA	EPI	BENEFICIARIOS	FF.AA.	OTROS	
Total Devoluc. s/g nota AA.GG.-11094/2012	30.150,00	63.850,00	1.564.800,00	174.550,00	1.693.805,97	47.900,00	3.575.055,97

Total Devoluc. s/g nota AA.GG.-12047/2012	29.550,00	65.650,00	1.564.800,00	177.550,00	1.693.805,97	47.900,00	3.579.255,97
Diferencias	-600,00	1.800,00	0,00	3.000,00	0,00	0,00	4.200,00

Sobre las variaciones existentes, en nota AA.GG.-12047/2012 la Asociación Accidental señala lo siguiente:

“... con respecto a la información remitida en nota AA.GG.-11094/2012, se observa un incremento de 4.800 Bs., debido a que se identificaron depósitos adicionales para Fuerzas Armadas y Beneficiarios, mismos que se encuentran registrados en el detalle del Extracto Bancario.

Se consideró además, el caso del NUB 701017656, que presenta una disminución por -600 Bs. debido a que la Entidad Coop. Jesús Nazareno, solicitó la anulación del mismo...”.

Por otro lado, respecto a las devoluciones por “Reembolsos de Pagos Efectuados” reportadas en medio óptico adjunto a la nota AA.GG.-12047/2012, se cotejaron las mismas con los reembolsos registrados en la Base de Datos de la APS, procedimiento que permitió determinar observaciones en 32 casos del grupo de “Devoluciones de los Beneficiarios”, en 2 casos del grupo de “Reversiones de las FF.AA.” y 214 casos del grupo de “Reversiones EPI's”.

En este entendido en fechas 14 de diciembre de 2012 y 06 de febrero de 2013 ésta Autoridad emitió el cuarto y quinto Auto respectivamente, solicitando aclaración a las señaladas observaciones. En respuesta, mediante notas AA.GG.-0054/2013 de fecha 21 de enero de 2013 y AA.GG.-01793/2013 de fecha 25 de febrero de 2013, la Asociación Accidental remitió lo solicitado.

Sobre las observaciones determinadas, en nota AA.GG.-0054/2013 la Entidad Gestora señala lo siguiente:

“b) Reversiones de Beneficiarios

Con respecto a los treinta y dos (32) casos observados, adjuntamos las aclaraciones correspondientes para cada uno de ellos (ver Anexo II). En resumen, se ha evidenciado doce (12) casos en los cuales no estaban registrados los períodos, cuatro (4) casos en los que el nub (sic) reportado era incorrecto, un (1) caso en el que los registros tenían inconsistencias entre eliminación y reembolso, para este caso solicitamos a su Autoridad **eliminar** de su base de datos los registros con tipo de transacción “E” debido a que son reembolsos “R”, un (1) caso de reversión que no reportado cuya regularización se adjunta en el medio óptico, cinco (5) casos incorrectamente insertados en el detalle y finalmente, nueve (9) casos con aclaraciones específicas.

c) Reversiones de Fuerzas Armadas

Con respecto a los dos (2) casos observados por reembolsos de Fuerzas Armadas informamos lo siguiente:

- Para el caso del Nub (sic): 500309571 se ha adicionado el período reembolsado.
- Para el caso del NUB: 400178585 los períodos reembolsados y reportados en el archivo 03121031.PRD filas 215135 y 21536 son incorrectos, solicitamos a su autoridad **eliminar** los mismos y adjuntamos en el medio óptico que acompaña a al presente los dos registros de reversión correctamente procesados. (ver Anexo II).

d) Reversiones EPI's

Con respecto a los 214 casos observados de "Reversiones EPI" informamos que para 211 registros, no existe una relación entre el NUB y el NOMBRE DEL BENEFICIARIO, procedimos a verificar el archivo de reversiones EPI's 2009, enviado en nota: **AA.GG.-12047/2012** y verificamos que efectivamente en algunas filas la columna NUB no corresponde, en alguna fase de edición del archivo se generó este error que afectó a depósitos entre el 13/07/09 y 29/09/09. Aclaremos que solamente la columna "NUB" es la que presenta inconsistencias, las demás columnas como fecha de depósito, nombre, monto y períodos revertidos están correctas. Este hecho adicionalmente, fue comunicado mediante correo electrónico a la APS en fecha 19 de diciembre de 2012, adjuntamos una copia del mismo. Asimismo, los restantes tres (3) casos observados por duplicidad han sido regularizados".

Por otro lado, en nota AA.GG.-01793/2013 la Entidad Gestora señala lo siguiente:

"Punto I. Reversiones de Beneficiarios

Para cada caso, ofrecemos las aclaraciones correspondientes, adjuntando documentación de respaldo.

a) CASO NUB: 220198724 – JUAN CARLOS SEGUROLA AMELLER – Período: 20809

Con respecto a este caso, se ha procedido a la verificación del registro, mismo que refleja como fecha de reporte el mes de Junio/2009, sin embargo se ha detectado que este registro no fue generado en el reporte remitido en nota AA.GG.-3510/2009, debido a que la reversión no se asoció con la EPI correspondiente. Adjuntamos el reporte del registro en el archivo **03130225. RPD.**

b) CASOS NUB: 300108287 – PATIÑO MENESES MARIA – Período: 200901-200907 y NUB:500184956 – DELFIN SANTA MARIA SANTOS – Períodos: 200808-200907

Sobre ambos casos, informamos que los mismos no fueron considerados en el detalle ni en el extracto incorrectamente, debido a una confusión entre tres depósitos, dos en efectivo y una nota de crédito de la EPI FUTURO DE BOLIVIA, el primero por 1.050 Bs. el 09/09/2009 a Hrs.16:32 asociado correctamente al NUB:300108287, el segundo

depósito por un importe de 1.800 Bs. el 10/09/2009 a Hrs. 10:39 asociado correctamente al NUB: 500185956. Posteriormente, llega la reversión de la EPI FUTURO DE BOLIVIA por 2.850 Bs., procesada en nuestro sistema con la fecha de la Nota de Crédito 10/09/2009, por concepto de reversión de pagos período abril/2009.

Comunicamos que las observaciones de su Autoridad son correctas, en sentido que los correlativos #1661 y #1662 del Extracto, corresponden a los dos casos observados. Ambos registros fueron insertados en el detalle de "Reversiones Beneficiarios". Además, se adiciona en el extracto la Nota de Crédito identificada por 2.850 Bs., cuya transferencia fue efectiva en fecha 11/09/2009, por el Banco Nacional de Bolivia. El mismo tendrá como código "ADIC-1". Adjuntamos una copia de la misma.

c) CASO NUB: 700136410 – DEMETRIO ACAPA CHOQUE – Período: 200812-200901

Sobre este caso, se ha analizado la documentación física del mismo y se ha detectado que el depósito del 25/09/2009 Hrs. 15:55 por un importe de 300 Bs. debe ser incluido en el detalle. El mismo fue descartado porque no se encontraba una asociación para la fecha 26/05/2009, sin embargo, esta fecha de proceso era incorrecta debido a la poca claridad del depósito. Adjuntamos una copia del mismo y la rectificación en el detalle "Reversiones Beneficiarios" asigna el código "ADIC-2", al igual que en el extracto.

d) CASO NUB: 700131050 – COPA ARISPE HECTOR – 200807 - 200808

Finalmente, en relación a este caso se ha identificado el depósito faltante por 300 Bs. de fecha 19/11/2009 Hrs.11:06 y un depósito por 100 Bs. De fecha 20/11/2009 a Hrs. 09:43. Adjuntamos copias de los mismos y la rectificación en el detalle "Reversiones Beneficiarios" asignado con el código "ADIC-3", al igual que en el extracto.

Punto II. Extracto Bancario

En base a las aclaraciones vertidas en los puntos anteriores, remitimos a su Autoridad un extracto bancario cuyo importe asciende a **Bs. 3.582.405,97**, mismo que guarda relación con los detalles del "Cuadro General" también remitido en el medio óptico en el archivo "AUTO_DetalleExtracto2009.xls" en las pestañas Rev. EEFF, Rev. FFAA, Rev. Beneficiarios, Rev EPI's, Dev. FFAA y Dev. Otros".

Al respecto, y considerando las aclaraciones señaladas precedentemente, se verificó que las devoluciones correspondientes a la gestión 2009, identificadas y comunicadas por la Entidad Gestora a ésta Autoridad con nota AA.GG.-01793/2013, alcanzan un importe de Bs3.582.405,97 (Tres millones quinientos ochenta y dos mil cuatrocientos cinco 97/100 Bolivianos) que se resumen a continuación:

Devoluciones por Reembolsos de Pagos Efectuados				Devoluciones por Fondos No Utilizados		Total
Rev.EE.FF.	Rev. FF.AA.	Rev. EPI	Rev. Beneficiarios	Devoluc. FF.AA.	Devoluc. Otros	
29.550,00	65.650,00	1.564.800,00	180.700,00	1.693.805,97	47.900,00	3.582.405,97

Respecto a los datos reportados en el cuadro precedente, se verificó que las "Devoluciones por Reembolsos de Pagos Efectuados", que alcanzan un importe de Bs1.840.700,00 (Un millón ochocientos cuarenta mil setecientos 00/100 Bolivianos) se encuentran íntegramente registradas en la Base de Datos de la APS, confirmando de esta manera la información remitida por la Asociación Accidental con nota AA.GG.-01793/2013. (Las Devoluciones por Fondos no Utilizados, no corresponden ser reflejadas en la Base de Datos por tratarse de restitución de fondos no cancelados por las Entidades Pagadoras del FRUV).

Asimismo, la verificación en la Base de Datos de la APS, también permitió observar que no todas las "Devoluciones por Reembolsos de Pagos Efectuados", se encuentran registradas con tipo de transacción "R", tal es el caso de las reversiones efectuadas por las FF.AA. que fueron reportadas con tipo de Transacción "E" como si se trataran de Eliminaciones y no con tipo de Transacción "R" al tratarse de Reembolsos, como establece la normativa vigente, información que corresponde ser rectificada por la Entidad Gestora para una adecuada exposición.

Finalmente, y en relación a la observación que dio lugar al cargo imputado, se establece a través del análisis de la documentación de descargo, que si bien la Asociación Accidental logró identificar las devoluciones efectuadas al FRUV durante la gestión 2009, mismas que de acuerdo a nota AA.GG.-01793/2013, alcanzan un importe de Bs3.582.405,97 y que incluso llegaron a superar a las devoluciones reportadas en el Estado de Cuentas del Pasivo del Balance General del FRUV, que alcanzaban un importe de Bs3.527.294,35; se concluye que el regulado no cuenta con sistemas de control de calidad respecto a la información que genera y captura, aspecto que deriva en un inadecuado control por parte de la Entidad Gestora sobre los depósitos efectuados a cuentas del FRUV y que se evidencia en la continua corrección de datos que fueron reportados a ésta Autoridad como parte del proceso sancionatorio, como se resume a continuación, además del hecho de que parte de las devoluciones recién fueron identificadas en la gestión 2012, como señala la nota AA.GG.-011094/2012.

Nota de Descargo		Depósitos al FRUV Identificados	Depósitos al FRUV Sin Identificar	Total
Número	Fecha			
AA.GG.-01893/2011	28/02/2011	1.912.700,00	1.614.594,35	3.527.294,35
AA.GG.-10125/2012	04/10/2012	3.402.105,97	125.188,38	3.527.294,35
AA.GG.-11094/2012	05/11/2012	3.575.055,97	0,00	3.575.055,97
AA.GG.-12047/2012	30/11/2012	3.579.255,97	0,00	3.579.255,97
AA.GG.-00054/2013	21/01/2013	3.578.955,97	0,00	3.578.955,97
AA.GG.-01793/2013	25/02/2013	3.582.405,97	0,00	3.582.405,97

Lo expuesto demuestra que los procedimientos de reporte de información utilizados por la citada Entidad, no garantizan la preservación de la integridad de información, afectando la confiabilidad de la misma respecto a los datos que remite al Regulador, por lo que las pruebas presentadas por el regulado se consideran insuficientes, correspondiendo la confirmación de la infracción imputada.

Cargo N° 2 (Numeral III) (...)

Análisis:

La Entidad Gestora al afirmar en descargo presentado con nota AA.GG.-10125/2012, que las conciliaciones mensuales de los desembolsos y pagos efectuados por Unidades Militares, no pudieron ser realizadas con la frecuencia requerida durante la gestión 2009, debido a deficiencias en los procedimientos operativos en las Unidades Militares pagadoras de la Renta Dignidad, reconoce tácitamente la observación realizada.

Por otro lado, el contrato establece claramente que se deben conciliar mensualmente los pagos efectuados con el Ministerio de Defensa y no contempla excepciones de ninguna naturaleza para su cumplimiento, más aún por razones atribuibles a deficiencias en los procedimientos operativos en las Unidades Militares pagadoras de la Renta Dignidad.

Asimismo, el contrato no contempla sustitución de controles internos, como son los controles de los desembolsos efectuados y pagos realizados a través del sistema transaccional proporcionado por Síntesis S.A., a los que hace mención la Entidad Gestora.

Cabe señalar que a partir de la gestión 2010, la Entidad Gestora realiza conciliaciones mensuales con las Fuerzas Armadas, tal como se informa en nota AA.GG.-10125/2012; sin embargo, este hecho no subsana la contravención a la normativa señalada (...)

(Cargo N° 3, levantado)

...Cargo N° 4: (...)

Análisis:

La Minuta de Contrato suscrita el 26 de noviembre de 2008 entre la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, establece lo siguiente:

“OCTAVA. (REMUNERACIÓN DEL PROVEEDOR):

De conformidad a la propuesta económica presentada por el PROVEEDOR, dentro del proceso de contratación para la “Administración del Fondo de la Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales”, recibirá como resultado del cumplimiento de las obligaciones que se han detallado en las cláusulas del presente contrato, una comisión que se pagará al **PROVEEDOR** y que comprende lo siguiente:

1. **Renta Dignidad pagada por la entidad subcontratada a través de Entidades Financieras Bancarias y no Bancarias**, se reconoce una comisión de Bs. 7.44 (Siete 44/100 Bolivianos) por pago efectuado.
2. **Renta Dignidad pagada por Fuerzas Armadas**; se reconoce una comisión de Bs. 2.99 (Dos 99/100 Bolivianos) por pago efectuado.
3. **Renta Dignidad pagada por las Entidades Promovedoras de Información**; una comisión equivalente a Bs. 2.99 (Dos 99/100 Bolivianos) por pago efectuado.

EL PROVEEDOR, descontará la comisión por mes vencido y una vez conciliados los pagos, directamente del Fondo de la Renta Universal de Vejez”.

Por su parte, el Acta de la Reunión de Aclaración del Proceso de Contratación del Servicio de “Administración del Fondo de la Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales” que forma parte indivisible del DBC y que modifica, aclara y enmienda tácitamente dicho DBC aprobado con Resolución Administrativa SPVS/RPC No. 22-08 de 07 de octubre de 2008, señala lo siguiente:

“47, Pág.56 (Procedimiento de pago de comisiones)

Se aclara que la conciliación documental para realizar el cobro de la comisión, consiste en contar los documentos de pago recibidos y comparar con el número de pagos registrados en el sistema”.

El descargo presentado por la Entidad Gestora con nota AA.GG.-10125/2012 de 04 de octubre de 2012, señala que ésta Autoridad efectuó una fiscalización sobre el cobro de comisiones de la gestión 2009, identificando algunos errores de reporte que fueron sancionados mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DF N° 041-2011 de fecha 26 de mayo de 2011.

Al respecto, la citada Resolución Administrativa APS/DJ/DF N° 041-2011, sancionó el hecho de que los datos de los informes internos, sobre los cuales cobraron las comisiones, no fueron correctamente consolidados en los informes mensuales enviados a la ex – Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

La infracción sujeta a análisis en el presente informe, se relaciona con la falta de documentación de respaldo en los Comprobantes Contables del FRUV, emitidos para el pago de comisiones durante la gestión 2009, que evidencie que la conciliación documental ha sido realizada; observación que se centra en contar con documentación sustancial e imprescindible que respalde el pago de comisiones a la Entidad Gestora y no se refiere a la falta de correspondencia de datos entre los diferentes reportes elaborados por la Entidad Gestora.

En este sentido, se establece que si bien ésta Autoridad efectuó una fiscalización sobre el cobro de comisiones correspondientes a la gestión 2009 y que producto de dicha labor se emitió la respectiva resolución sancionatoria, es importante señalar que el cargo imputado por ésta Autoridad en la Nota de Cargos APS/DJ/DPNC/6460/2012 en fecha 04 de septiembre de 2012, no se emitió por la

misma infracción que fuera sancionada con la Resolución Administrativa APS/DJ/DF N° 041-2011 de fecha 26 de mayo de 2011.

Por otro lado, en descargo presentado con nota AA.GG.-10125/2012 de 04 de octubre de 2012, la Entidad Gestora señala que el conteo de documentos está respaldado en los Informes GRD, cumpliendo de esta forma con la especificación contractual.

Al respecto cabe señalar que los Informes GRD por sí solos no se constituyen en documentación de respaldo para el pago de comisiones, considerando que los señalados documentos al ser suscritos sólo por la Gerencia de Renta Dignidad expresan conformidad de la información contenida en ellos unilateralmente, por parte de la citada Entidad, siendo que el término conciliar se refiere a compatibilizar dos o más proposiciones al parecer contrarias, y no sólo se limita a la emisión mensual de informes internos sobre los cuales se procede al cobro de comisiones.

Por otro lado, el Acta de Reunión de Aclaración que forma parte indivisible del DBC, aclara que para realizar el cobro de la comisión, la conciliación documental no sólo consiste en contar los documentos de pago recibidos, también comprende la comparación con el número de pagos registrados en el sistema, aspecto sobre el cual la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI no presentó evidencia de su ejecución en descargo remitido con nota AA.GG.-10125/2012 de 04 de octubre de 2012, por lo que se considera que la Entidad Gestora no ha presentado prueba suficiente para levantar el Cargo imputado, por lo que el mismo, se mantiene.

CONSIDERANDO:

Que sobre la base de lo anterior y de acuerdo al artículo 78 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, corresponde realizar el análisis de la preterintencionalidad para cada cargo a sancionar, conforme a lo que sigue:

- Para el Cargo N° 2

La preterintencionalidad, en el presente cargo se ve expresada con el hecho de que el regulado, ha incumplido un imperativo legal que era de conocimiento previo al hecho, en este caso relativo no realizar las conciliaciones bancarias dentro del plazo establecido; por no contar en la gestión 2009 con un sistema de control de calidad respecto a la información que genera y captura, que ha derivado en un inadecuado control de la Entidad Gestora sobre los depósitos efectuados a las cuentas del FRUV; y, por no realizar las conciliaciones de recursos correspondientes a la gestión 2009 con las Fuerzas Armadas dentro del plazo previsto por ley, ocasionando un perjuicio mayor al incumplimiento normativo, debido a que este hecho ha permitido advertir que la Entidad gestora (sic) no cuenta con un sistema de control adecuado sobre los depósitos efectuados a las cuentas del FRUV, pues le ha tomado 3 gestiones anuales, poder identificar la procedencia de los depósitos. Así como tampoco cuenta con un procedimiento interno que le permita realizar las conciliaciones en la forma y tiempo

establecidos en el Contrato, hecho que como se mencionó anteriormente afecta la confiabilidad de la información que la Entidad Gestora reporta a esta Autoridad.

- Para el Cargo N° 4

La preterintencionalidad en el Cargo 4 se ha visto expresada con el hecho de que el regulado, por norma está obligado a considerar las disposiciones reglamentarias, así como lo establecido en la Minuta de Contrato suscrita el 26 de noviembre de 2008, por la cual debió contar con documentación de respaldo en los Comprobantes Contables del FRUV emitidos para el pago de comisiones durante la gestión 2009, por la cual se evidencie que la conciliación documental fue realizada, al incumplir dicha disposición, incurre no sólo en inobservancia a un imperativo legal que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produce una consecuencia mayor, relativa a que producto del incumplimiento evidenciado, el pago de las comisiones realizadas el 2009 quedan sin la conciliación documentaria que le proporcionen el respaldo debido por más de 4 años.

Que habiéndose confirmado el carácter preterintencional de las infracciones advertidas, corresponde el establecimiento de una sanción, considerando para ello que la infracción imputada no ha producido un daño económico verificable y/o cuantificable, debiendo por otro lado considerarse los principios del derecho administrativo para la valoración razonada de la prueba y la sana crítica (sic), así como los criterios de calificación de gravedad establecidos por el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, y finalmente, lo previsto por el principio de proporcionalidad.

Que el punto III.2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), señala:

“El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley, y normas derivadas aplicadas, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado.

El juicio de proporcionalidad -que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas- es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá

estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: **a)** Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, **b)** Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y **c)** Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: **a)** La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b)** La naturaleza de los perjuicios causados y **c)** La reincidencia en la comisión."

Que en el presente caso se verifica el cumplimiento de los parámetros que se deben considerar a objeto de aplicar el principio de proporcionalidad, para cada cargo en forma específica:

- Para el Cargo N° 1:

- a)** El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción, en el entendido del artículo 63 parágrafo I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que: "Constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI; conforme a Ley, Reglamentos, y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI." En el presente caso se ha comprobado que el Ente Gestor no dio cumplimiento al artículo 12 inciso f) de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008 y los puntos 18 y 27 de la Circular SPVS-IP/8/2008, por no remitir los reportes de pagos en medios magnéticos de acuerdo a la estructura aprobada en la Circular indicada. Sin embargo las observaciones realizadas, no han sido causadas con intencionalidad y tampoco existe un daño económico que se haya verificado para los Fondos o para las AFP, o él para el sector de Pensiones y tampoco para los Asegurados del Sistema Integral de Pensiones.
- b)** El hecho se encuentra comprobado, a partir de los mismos descargos presentados por la Entidad Gestora, con nota AA.GG.-10125/2012 de 04 de octubre de 2012 en la que señalan que el dato de la fecha de reembolsos así como el código de transacción fueron reportados incorrectamente por un defecto de procesamiento del archivo, pero que a partir de la gestión 2011 este aspecto, ha sido subsanado.
- c)** Los descargos presentados por la Entidad Gestora han sido valorados, análisis del que se desprende la verificación del cargo imputado y por el cual se confirma la

existencia de una contravención a la normativa imputada, pero en la cual no existe daño económico.

- Para el Cargo N° 2

- a) El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción, en el entendido del artículo 63 parágrafo I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, como se había señalado ya en el anterior caso. Consecuentemente, la falta de conciliaciones bancarias con las entidades financieras y con las Fuerzas Armadas, así como el hecho de no contar con un sistema de control de calidad respecto a la información que genera y captura sobre los depósitos efectuados en las cuentas del FRUV, constituyen un incumplimiento al ordenamiento administrativo, específicamente a la Minuta de Contrato suscrita con el Ente regulador el 26 de noviembre de 2008.
- b) El hecho se encuentra comprobado, a partir de la documentación remitida y analizada por esta Autoridad, así como por la continua corrección de datos reportados a esta Autoridad durante el proceso sancionatorio, así como lo señalado en la presente resolución, respecto a que parte de las devoluciones recién fueron identificadas en la gestión 2012, como señala la nota AA.GG.-011094/2012.
- c) Los descargos presentados por la Administradora han sido valorados, análisis del que se desprende la verificación del cargo imputado y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa descrita en el inciso a) precedente.

- Para el Cargo N° 4:

- a) El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción, conforme al artículo 63 parágrafo I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, por lo que la falta de documentación de respaldo en los Comprobantes Contables del FRUV emitidos para el pago de comisiones durante la gestión 2009, constituye un incumplimiento al ordenamiento administrativo, específicamente a lo dispuesto al Documento base de Contratación para la prestación del "Servicio de Administración del Fondo de la renta Universal de Vejez, gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales" licitación Pública LP/002/08.
- b) El hecho se encuentra comprobado, debido a que el Ente Gestor no presentó la documentación de respaldo en los Comprobantes Contables del FRUV emitidos para el pago de comisiones durante la gestión 2009.
- c) Los descargos presentados por la Administradora han sido valorados, análisis del que se desprende la verificación del cargo imputado y por el cual se confirma la existencia de una contravención a la normativa descrita en el inciso a).

Que respecto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción a ser aplicada, para los Cargos N° 1, 2 y 4, se tiene lo siguiente:

- **Para el Cargo N° 1:**

a) Se ha determinado que en la infracción incurrida no ha existido intencionalidad ni reiteración en la conducta; **b)** No se ha ocasionado daño económico a los fondos ni a los Asegurados; **c)** No existe reincidencia en la comisión de la infracción.

- **Para los Cargos N° 2 y 4:**

a) Se ha determinado la preterintencionalidad de la infracción; **b)** No se ha verificado la existencia de daño económico a los fondos ni a los Asegurados; **c)** No existe reincidencia en la comisión de la infracción.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al párrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana crítica y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

“c) Gravedad leve: cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.

d) Gravedad levísima: cuando la contravención haya sido causada sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficiarios del SSO y en general para ningún Afiliado.”

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyos incisos a) y b), señalan lo siguiente:

"a) Amonestación, aplicable a la primera vez si la infracción es calificada con gravedad levísima.

b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media."

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

"c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses.

d) Infracción calificada como gravedad levísima; no sujeta a multa pecuniaria"

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Que habiéndose verificado la existencia de las contravenciones administrativas imputadas, de acuerdo al artículo 75 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, corresponde determinar la sanción, en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad..."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

4.1. Nota AA.GG.-3750/2013 de 15 de abril de 2013.-

Por nota AA.GG.-3750/2013 de 15 de abril de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 191-2013 de 12 de marzo de 2013, con los mismos argumentos que su Recurso Jerárquico, señalando adicionalmente, para el Cargo N° 2, que el término de la prescripción se computa desde la comisión del hecho reprochable o desde que éste ha cesado, hasta la notificación de cargos.

4.2. Documentación complementaria.-

Mediante Auto de 14 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros concedió el término de prueba de cinco (5) días hábiles administrativos, para que la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, informe documentalmente sobre el cumplimiento a lo instruido en el artículo Tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 191-2013 de 12 de marzo de 2013.

La **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, mediante nota AA.GG.-4972/2013 de 20 de mayo de 2013, atiende la disposición del Auto de 14 de mayo de 2013.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/N° 569-2013 DE 24 DE JUNIO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 569-2013 de 24 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 191-2013 de 12 de marzo de 2013, con los siguientes argumentos:

“...CONSIDERANDO:

Que para determinar sobre la procedencia o improcedencia del recurso administrativo, a parte de la forma de presentación, el artículo 56 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo y el artículo 37 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, requieren que los recursos sean interpuestos en contra de una resolución definitiva o actos administrativos de carácter equivalente, así como que, el afectado considere que el acto administrativo a recurrir afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Que de la revisión de los antecedentes, se ha verificado el cumplimiento del primer requerimiento, toda vez que la Entidad Gestora ha impugnado en revocatoria una resolución administrativa definitiva. Respecto al segundo, se procede con su verificación, a través de la consideración y valoración de los argumentos expuestos por el recurrente, dando cumplimiento de este modo, a lo establecido por el artículo 30 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, relacionado a emitir el pronunciamiento respectivo con referencia a hechos y fundamentos de derecho planteados por el recurrente (...)

Que en consideración a que la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo y su Decreto Reglamentario para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, no tienen una previsión legal específica en cuanto al principio “non bis in idem”, esta Autoridad al momento de la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 191-2013 de 12 de marzo de 2013, acudió a otra fuente del derecho, como es la Jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

*Que al respecto, la Sentencia Constitucional 0962/2010-R de 17 de agosto de 2010, indica que: “...El principio “non bis in idem” implica, en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos.” Asimismo, dicha sentencia fundamenta su decisión, señalando que: “...En la doctrina y jurisprudencia española, el principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, **cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento** respecto a una conducta que ya fue sancionada con anterioridad”.*

Que por su parte, el Libro de Principios de Derecho Administrativo publicado por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, con relación al principio Non Bis In Idem, expone lo siguiente:

“Este es un principio fundamental en materia administrativa sancionatoria, que reconoce el derecho del procesado a no ser castigado dos veces por la misma infracción.

Este principio pretende resguardar el debido proceso que le asiste al regulado, al resolver la concurrencia del poder sancionador de la Administración Pública, mediante la eliminación de la posibilidad de imponer dos o más sanciones administrativas, sobre la base de los mismos hechos y que tengan la misma identidad.

Ahora bien, a efectos de su correcta aplicación, para considerarse que se está sancionando por la misma infracción, es imperante la conjunción de la existencia de la misma identidad de sujeto, hecho y fundamento, caso contrario no puede ser aplicado.

Deberá entenderse por **sujeto, la misma persona natural o jurídica a la que se inició el proceso anterior y a la que se pretende iniciar uno nuevo.** (las negrillas y subrayado son nuestras).

El hecho y fundamento que genera la duplicidad de sanciones corresponderá a la infracción administrativa como tal.

Que conforme a la Jurisprudencia revisada, lo establecido por el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), corresponde realizar el análisis respectivo con relación a los argumentos sostenidos por el recurrente, para verificar la aplicabilidad del principio “non bis in idem” al presente proceso, respecto al **sujeto** y de acuerdo a lo que sigue:

El sujeto al que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sanciona mediante R.A. ASFI 525/2010 de 24 de junio de 2010, es a BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A. (BISA SAFI S.A.).

En el presente proceso, el **sujeto** está **identificado en la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI**, Sociedad Comercial distinta a BISA SAFI S.A., en la que **participan dos sociedades** identificadas una en **La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.** y la otra, en **BISA SAFI S.A.**, consiguientemente el sujeto procesado, no es el mismo.

Entonces, conforme a lo expresado por la Unidad de Recursos Jerárquicos del SIREFI; el sujeto procesado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), es distinto al imputado del presente caso, debido a que ante la ASFI, su regulado actuó como BISA SAFI S.A.(sociedad anónima (sic) y en el presente caso, el regulado de la APS concurre junto con otra sociedad y bajo otra denominación y objeto, como Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI para operar en pensiones, distinta a BISA SAFI S.A. que opera en el mercado de Valores).

Por otro lado, es conveniente resaltar que, en el primer caso, se trata de una Sociedad Anónima y en el segundo de una Asociación Accidental, consiguientemente no es válido el argumento del recurrente respecto a que se trataría del mismo sujeto.

Que respecto al **hecho**, resulta importante cotejar los mismos para comprobar que no se hubiese incurrido en una doble sanción, por lo que se procede con el análisis siguiente:

El hecho como se había mencionado anteriormente, en el caso de BISA SAFI S.A. está circunscrito al incumplimiento de la normativa propia del Sector de Valores regulado por la ASFI, aspecto que se verifica en la Resolución ASFI N° 525/2010 de 24 de junio de 2010, específicamente por los siguientes hechos:

1. Por haberse detectado el débito de un importe de Bs85,575,150.- de la cuenta 204.30.10 "Fondo Renta Universal de vejez Por Pagar (FRUV), sin haber realizado la respectiva conciliación de saldos con las proveedoras de información (EPIS).
2. Por no haber realizado conciliaciones bancarias al menos una vez al mes, de lo registrado en la cuenta 101.02.08.01 "caja de ahorro pagado a Fondo Renta Universal de Vejez", por un importe que alcanza a Bs.213,599,312.53 al 30 de noviembre del 2009;
3. Por haberse detectado diferencias en el periodo comprendido entre junio a septiembre de 2009, entre la cuenta 204.30.10 "Fondo Renta Universal de vejez por pagar" y las cuentas 101.02.08.01 "caja de ahorro pagadora Fondo Renta Universal de Vejez" y "Otros deudores, diferencias que habrían generado información inconsistente en los Estados Financieros del FRUV, remitidos a la ASFI en los meses de junio a septiembre del 2009, lo que constituiría infracción a los esquemas contables de la Resolución Administrativa N° 318/2009 de 28 de abril de 2009.
4. Por haberse detectado la existencia de saldos acreedores (saldos negativos), en la cuenta 108.30 "Otros deudores".

En cambio en el proceso sustanciado por esta Autoridad, los hechos que motivaron el proceso sancionatorio instaurado con Nota de Cargos APS/DJ/DPNC/6460/2012 de 27 de agosto de 2012, fue:

1. Por no realizar las conciliaciones bancarias con las entidades financieras encargadas del pago dentro del plazo previsto por normativa durante la gestión 2009.
2. Por no contar con un sistema de control de calidad respecto a la información que genera y captura, que deriva en un inadecuado control por parte de la Entidad gestora sobre los depósitos efectuados a las cuentas del FRUV.
3. Por no realizar mensualmente conciliaciones de recursos correspondientes a la gestión 2009 con las Fuerzas Armadas.

De lo anterior, se concluye que los hechos que motivaron el proceso contra la Asociación Accidental La Vitalicia BISA-SAFI, no son los mismos a los que propiciaron el

proceso sancionatorio de la ASFI contra BISA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A. (BISA SAFI S.A.). Además se debe aclarar que, la ASFI regula el sector económico financiero de Valores y la APS regula el sector de Pensiones, por ende los bienes jurídicamente tutelados por las disposiciones legales emitidas por ambas Autoridades no son iguales sino distintos. Hecho que junto al detalle de las infracciones advertidas en las dos Autoridades, demuestran la incoherencia del argumento presentado (...)

Que respecto a la **prescripción** invocada, es necesario considerar los siguientes aspectos:

Los actos administrativos emitidos por esta Autoridad son emitidos con sometimiento pleno a las Disposiciones Legales vigentes y en apego a los principios jurídico administrativos que rigen el procedimiento, así como a la Jurisprudencia emitida por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, por lo que no corresponde que la Entidad Gestora insinúe siquiera la existencia de una posible discriminación, toda vez que todos los regulados son atendidos de la misma manera y sin diferenciación alguna. Por lo que se considera que el argumento al que se ha referido la Entidad Gestora no tiene asidero alguno; debiendo considerar en lo sucesivo el precedente referido.

Asimismo, se han analizado los argumentos contenidos en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 260 2012 de 27 de abril de 2012 (Caso AON) sobre la prescripción, indicados por el recurrente líneas arriba; al respecto, es importante señalar que los mismos corresponden a un análisis legal que versa sobre el tipo de infracciones y sus efectos (permanentes), cometidas en el proceso sancionatorio. El presente caso, versa específicamente sobre la interrupción de la prescripción, que se produjo con la nota AP/DPNC/11445/2010 de 16 de diciembre de 2010, entregada el 16 de diciembre de 2010 a la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, análisis que se amplía en los siguientes párrafos.

Al respecto, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre, señala que: “La prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos (prescripción adquisitiva) o para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la concurrencia de hechos. **No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo.** De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella. De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento o extinción de derechos subjetivos o acciones, **es viable su interrupción** y suspensión en consideración a especiales circunstancias de las personas involucradas dentro de la relación jurídica que impidan su ejercicio o la defensa frente a la posible extinción del derecho”. (las negrillas y subrayado son nuestros).

Por otra parte la mencionada Resolución Jerárquica ha señalado que “...**la prescripción puede también ser interrumpida**, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, **permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción**”. (las negrillas son nuestras).

Asimismo, dicha resolución también resalta que el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, si bien determina que “Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...) empero, **no establece con claridad los casos en los que la prescripción administrativa, respecto de la acción sancionatoria, puede ser interrumpida** ya que solamente hace referencia a la interrupción de las sanciones ya impuestas, aspecto distinto de la acción”. (las negrillas son nuestras).

“Por ello, reiterando la interpretación y teleológica, que se ha plasmado en la Resolución Jerárquica de Regulación financiera SG SIREFI RJ 68/2006 de 28 de septiembre, tanto de la Ley de Procedimiento Administrativo así como del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 – Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI-, y aplicando el principio de inexcusabilidad expresado en el Artículo 52, Parágrafo II, de la indicada Ley de Procedimiento Administrativo, se tiene lo siguiente:

- El Artículo 80, parágrafo I, de la Ley de procedimiento (sic) Administrativo, referido a las etapas del procedimiento sancionador manifiesta que: “El procedimiento sancionador se regirá (...) por las disposiciones de los capítulos I, II, III y IV del Título Tercero de esta Ley” capítulos que comprenden los Artículos 39 al 55 de dicha ley (sic). Ahora bien, el Artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo especifica que los procedimientos administrativos -incluyéndose en ellos los sancionatorios- podrán iniciarse de oficio como a solicitud de persona interesada, determinando el Artículo 40, parágrafo I, de la Ley Adjetiva Administrativa que el inicio de oficio de un procedimiento se dará por la decisión e iniciativa del órgano administrativo correspondiente.
- Por otra parte el Artículo 65, Parágrafo I, del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, referido a las etapas del procedimiento sancionador, indica que: “Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, **de oficio** o a denuncia, **investigarán la comisión de infracciones** e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento”.
(...)
- En tal sentido (...), la prescripción de la acción administrativa sancionatoria **quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias**

preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, y no así con la notificación de cargos, que es el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza con la presentación de una denuncia por parte de un usuario de los servicios financieros, que debe ser de conocimiento de la entidad infractora o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio por la entidad reguladora, que también debe ser de conocimiento de la entidad infractora. (las negrillas son nuestras)."

Que con relación a lo anotado, es importante reiterar al recurrente que esta institución jurídica (la prescripción), no opera con el simple paso del tiempo, sino que considera necesario el ejercicio de un derecho del regulado de hacer valer en proceso esta incidencia; por falta de ejercicio o actividad del Ente Regulador en el periodo de dos años continuos, previstos por norma.

Que en el presente proceso, no ha ocurrido lo señalado y en ese sentido, es importante subrayar que si bien la infracción imputada corresponde a la gestión 2009, la interrupción del plazo de la prescripción se ha producido con la nota AP/DPNC/11445/2010 de 16 de diciembre de 2010 entregada el 16 de diciembre de 2010, con la que se solicita información y anuncia a su vez, la realización del Control del Movimiento Contable del FRUV de acuerdo al balance al 31/12/2009, hecho que se constituye en una diligencia preliminar del proceso sancionatorio.

Que por otro lado, el Ente Regulador competente al ejercer su atribución de dar inicio al presente proceso administrativo sancionatorio, nuevamente ha interrumpido el plazo de la prescripción.

Que por ello, se puede afirmar que la autoridad competente en uso de sus atribuciones conferidas por ley, dispuso la realización de diligencias preliminares, en base a las cuales inicio el proceso sancionatorio mediante Nota APS/DJ/DPNC/6461/2012 de 27 de agosto de 2012, entregada el 03 de septiembre de 2012, es decir antes de que la infracción prescriba.

Que por lo anteriormente manifestado, se concluye que el tiempo transcurrido desde la infracción cometida en el 2009 hasta el 16 de diciembre de 2010, no llegó a completar los dos años establecidos en la normativa para que opere la prescripción. Es decir, que el nuevo cómputo de la prescripción, se inicia el 16 de diciembre de 2010, pudiendo haber prescrito dicha acción por parte de la APS el 16 de diciembre de 2012, sin embargo, se ve interrumpido nuevamente con el inicio del presente proceso.

Que con relación al **Cargo N° 4** impugnado, corresponde señalar lo siguiente: (...)

Que respecto a la interpretación que efectúa el regulado sobre lo que representa efectuar una conciliación documental, se establece que la misma es incorrecta, considerando lo expresado en el Acta de Reunión de Aclaración, que expone tres

componentes: el conteo de los documentos de pago recibidos, la comparación con el número de pagos registrados en el sistema y la generación de resultados necesarios para realizar el cobro de comisiones, resultados que al ser producto de la comparación de las boletas de pagos con los datos registrados en el sistema, responden al término "conciliación" y sobre los cuales debe existir constancia de la expresión de conformidad de ambas partes, tanto de la Entidad Gestora como de parte de la empresa subcontratada y las Fuerzas Armadas, siendo las dos últimas la más importante, considerando la magnitud de la cantidad de documentación que genera el pago de la Renta Dignidad, cantidad que en el proceso de entrega de documentación a la Entidad Gestora por parte de las señaladas entidades, puede ser causa de error tanto en el conteo de los lotes de documentación recibida como en el registro de los datos contenidos en las boletas de pago recibidas.

Que al respecto, para la Asociación Accidental la conciliación documental sólo comprende el conteo de la documentación y la comparación con las transacciones de pago informadas por Síntesis S.A., sin considerar el aspecto más importante que es la generación de resultados acreditados tanto por la Entidad Gestora como por Síntesis S.A. y las Fuerzas Armadas y no sólo por la Gerencia de Renta Dignidad, como se observa en los Informes GRD, por lo que reiteramos lo expresado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC N° 191-2013 de 12 de marzo de 2013, respecto a que el término conciliar se refiere a compatibilizar dos o más proposiciones al parecer contrarias y no sólo se limita a la emisión mensual de informes internos sobre los cuales se procede al cobro de comisiones.

Que adicionalmente, corresponde enfatizar la importancia de que las operaciones que realiza la Entidad Gestora deben estar respaldadas con información confiable, a objeto de demostrar verazmente el cumplimiento de las obligaciones y normas en las que se enmarcan sus actos. En este sentido, el elemento que provee confiabilidad al cobro de comisiones, es la conciliación con Síntesis S.A. y las Fuerzas Armadas, ante cuya ausencia existe el riesgo de efectivizarse el cobro de comisiones sobre pagos cuyas Boletas no han sido recibidas por la Entidad Gestora. La falta de conciliación propiamente dicha entre la Entidad Gestora con Síntesis S.A. y las Fuerzas Armadas, deriva en la pérdida de confiabilidad en la información que es empleada para el cobro de las comisiones, lo cual queda en evidencia según lo expresado en la nota AA.GG.-0896/2013 de fecha 06 de febrero de 2013 cursada por la Asociación Accidental, misma que hace referencia a Informes GRD, emitidos en la gestión 2009, en los que se habría sobreestimado la cantidad de registros sobre los cuales se procedió al cobro de comisiones.

Que al respecto, es importante señalar que en nota AA.GG.-3750/2013 de 15 de abril de 2013, mediante la cual la Asociación Accidental interpuso el recurso de revocatoria, la Entidad Gestora señala que se efectuó el cruce informático de la documentación marcada como recibida, con los pagos efectuados según las transacciones informadas por Síntesis S.A.; sin embargo, la Asociación Accidental no presentó evidencia de su ejecución en el descargo remitido con nota AA.GG.-10125/2012 de 04 de octubre de 2012, como se observó en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC N° 191-2013; aspecto que denota que la Entidad

Gestora no tiene medios para demostrar el cumplimiento al proceso de comparación de datos, establecido formalmente.

Que lo expuesto resta confiabilidad a los datos reportados en los Informes GRD al no existir certeza de que el pago de comisiones se efectuó sobre pagos de Renta Dignidad efectivamente realizados que cuenten con documentación de respaldo, motivo por el cual la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC N° 191-2013 de 12 de marzo de 2013, instruye a la Asociación Accidental respaldar con Actas de Recepción de Boletas de Pago suscritas por la Entidad Gestora y por Síntesis S.A. y las Fuerzas Armadas, las comisiones cobradas durante la gestión 2009, a fin de expresar la conformidad de ambas partes sobre el conteo de documentos de pago recibidos de parte de las entidades señaladas y sobre los cuales se pagó la comisión.

Que respecto a la obligación instruida a la que se hace referencia en el anterior párrafo, esta Autoridad, mediante Auto de 14 de mayo de 2013 concedió cinco (5) días hábiles administrativos al recurrente para informar sobre su cumplimiento.

Que en atención a lo anteriormente señalado, la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, mediante nota AA.GG.-4972/2013 de 20 de mayo de 2013, remitió las Actas de Conciliación Documental de pagos de Renta Dignidad, suscritas por Síntesis S.A. y por las Fuerzas Armadas, correspondientes a documentación de pagos de Renta Dignidad recibida durante la gestión 2009. Ambas Actas de Conciliación Documental registran como fecha de suscripción el día 16 de mayo de 2013, posterior a la fecha en la que se cumplía el plazo de treinta (30) días hábiles administrativos otorgados en el Artículo Tercero de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 191-2013 para su remisión a ésta Autoridad, plazo que vencía el día 07 de mayo de los corrientes.

Que por otro lado, en nota AA.GG.-3750/2013 la Entidad Gestora señala lo siguiente:

“Finalmente hacemos notar que con la emisión de la R.A. APS/DJ/DPNC/N° 169-2012 de fecha 16 de marzo de 2012 su Autoridad reconoció que los Informes GRD contenían información válida de las conciliaciones, si bien la misma no era considerada homogénea y en formatos apropiados para la fiscalización.”.

Que respecto a lo manifestado se aclara que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 169-2012 no da por válida la información contenida en los Informes GRD, más al contrario en los considerandos se observó que la información reportada en los citados informes no es comparable con las conciliaciones financieras mensuales que efectúa la Entidad Gestora con las Fuerzas Armadas y Entidades Financieras, dado que las conciliaciones financieras se efectúan a mes vencido sobre los importes desembolsados, pagados en el mes y saldos, sin incluir número de pagos y los Informes GRD consignan número de pagos no sólo del mes en curso sino también de pagos efectuados en meses anteriores.

Que la observación expresada en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 169-2012 surgió en consideración a lo establecido en el Documento Base de Contratación para la prestación del servicio de “ADMINISTRACIÓN DEL FONDO DE LA RENTA

UNIVERSAL DE VEJEZ, GESTIÓN Y PAGO DE LA RENTA DIGNIDAD Y GASTOS FUNERALES” LICITACIÓN PÚBLICA LP/002/08 de septiembre de 2008, que en el numeral 47 Procedimiento de pago de comisiones, señala lo siguiente:

“La empresa que se adjudique el servicio descontará la comisión por mes vencido y una vez conciliados los pagos, directamente del Fondo de Renta Universal de Vejez.

La conciliación comprende la conciliación documental y financiera de los pagos.”.

Que en este sentido, considerando las deficiencias determinadas en la información generada por la Entidad Gestora para el cobro de comisiones, detalladas precedentemente, no es aceptable lo expresado por la Entidad Gestora respecto a que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 169-2012, consideró válido el contenido de los Informes GRD para efectos de respaldar el cobro de comisiones.

Que por lo expuesto, se establece que de la revisión al recurso de revocatoria interpuesto por la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, se concluye que la Entidad Gestora no ha presentado los argumentos suficientes que permitan demostrar que el pago de comisiones efectuado en la gestión 2009 se respalda en conciliaciones documentales, como establecen el Documento Base de Contratación para la prestación del servicio de “ADMINISTRACIÓN DEL FONDO DE LA RENTA UNIVERSAL DE VEJEZ, GESTIÓN Y PAGO DE LA RENTA DIGNIDAD Y GASTOS FUNERALES” LICITACIÓN PÚBLICA LP/002/08 de septiembre de 2008, la Cláusula Octava del Contrato de Servicios suscrito entre la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y la Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI y el Acta de la Reunión de Aclaración del proceso de contratación del Servicio de “Administración del Fondo de la Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales”, que forma parte indivisible del DBC; así como tampoco se demostró la vulneración de sus derechos subjetivos...”

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 2 de mayo de 2013, **LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 569-2013 de 24 de junio de 2013, señalando lo siguiente:

“...Solicitamos respetuosamente a su Autoridad, se remitan los antecedentes de este Recurso al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros para que se consideren los fundamentos de orden estrictamente legal que se pasan a exponer a continuación.

Cargo N° 2 (...)

La Resolución Administrativa ASFI 525/2010 de fecha 24 de junio de 2010 ya sancionó a BISA SAFI por no realizar las conciliaciones bancarias con las Entidades Financieras. Por tanto, la sanción efectuada por la R.A. 191-2013 infringe el principio "non bis in ídem" a pesar de las consideraciones efectuadas por la APS en las páginas 7 a 9 de la R.A. 569-2013. El principio "non bis in ídem" implica la prohibición de imponer una doble

sanción cuando existe identidad del sujeto, del hecho y del fundamento, respecto a una conducta sancionada con anterioridad. Enumeramos pues, los tres componentes objeto del análisis:

1. El **sujeto** de la sanción efectuada por la R.A. ASFI 525/2010 es Bisa SAFI, institución que es miembro de la Asociación Accidental La Vitalicia - Bisa SAFI. La responsabilidad de Bisa SAFI dentro de la Asociación Accidental es la Administración del Fondo de Renta Universal de Vejez. Debemos recalcar que las Asociaciones Accidentales no tienen personalidad legal, sino que son una figura para representar la agrupación de sus miembros. Por tal motivo, cuando una sanción afecta a uno de los miembros, pero por la ejecución de las funciones que le corresponden dentro de la Asociación, la sanción se está aplicando también a la Asociación Accidental. En este caso, es válido decir que el sujeto de la R.A. ASFI 525/2010 es la Asociación Accidental La Vitalicia - Bisa SAFI, a través de su miembro BISA SAFI y por tanto, es el mismo sujeto de la R.A. 191-2013.

Más aún, si se establece que no existe identidad entre la Asociación Accidental y Bisa SAFI (en sus funciones específicas dentro de la Asociación), entonces no corresponde que la APS de curso a la fiscalizaciones y procesos sancionatorios sobre acciones efectuadas por Bisa SAFI. La APS no podría haber fiscalizado las conciliaciones bancarias con las Entidades Financieras, dado que esta actividad es efectuada por el miembro de la Asociación Accidental que es supervisado por la ASFI y por tanto la APS habría intervenido incorrectamente en el ámbito de regulación que le compete a la ASFI.

2. El **hecho** sancionado es la no realización de conciliaciones con las entidades financieras dentro de los plazos establecidos por la normativa vigente. La normativa indicada puede referirse al sector de Valores, al sector de Pensiones o inclusive sólo al Contrato específico de Servicios de Renta Dignidad, pero se trata de la fundamentación que determina que el hecho es una infracción. El hecho por sí mismo es único e independiente de la normativa y por tanto, se trata del mismo hecho sancionado por la R.A. ASFI 525/2010 así como por la R.A. 191-2013.
3. En cuanto al **fundamento**, si bien los procesos sancionatorios objeto del presente análisis han sido iniciados por Entes de Regulación diferentes, no es cierto que los bienes jurídicos tutelados sean distintos, ya que en ambos casos se trata de un tema económico financiero relacionado con el Fondo de Renta Universal de Vejez. Siendo el mismo bien jurídico, es evidente también que las distintas normativas emitidas en distintos sistemas apuntan a preservar características similares ya que el interés de la sociedad y del Estado son los mismos. Por tal motivo, el fundamento invocado por la R.A. ASFI 525/2010 y la R.A. 191-2013 es el mismo.

De esta manera, queda demostrado que la R.A. 191-2013 tiene identidad de sujeto, hecho y fundamento con la R.A. ASFI 525/2010, evidenciándose que se ha sancionado dos veces por la misma infracción.

Cargo N° 4 (...)

La cláusula octava del Contrato dice:

"El PROVEEDOR descontará la comisión por mes vencido y **una vez conciliados los pagos**, directamente del Fondo de Renta Universal de Vejez", (las negrillas son nuestras)

El Acta de la Reunión de Aclaración al Documento Base de Contratación (DBC), que forma parte indivisible del DBC de acuerdo la Resolución Administrativa SPVS/RPC N° 22-08 de fecha 7 de octubre de 2008, señala:

"Se aclara que **la conciliación documental para realizar el cobro de la comisión, consiste en contar los documentos de pago recibidos y comparar con el número de pagos registrados en el sistema**". (las negrillas son nuestras)

De esta manera se establece claramente en el Acta de la Reunión de Aclaración al DBC que la definición del término "conciliación", para propósitos del cobro de comisiones, es la tarea de contar los documentos de pago recibidos y comparar con el número de pagos registrados en el sistema. Esta tarea no implica la comparación con otras entidades externas sino la de dos fuentes que son accesibles para nuestra Asociación: Las transacciones de pago informadas por la Entidad Pagadora Subcontratada (Síntesis S.A.) y los documentos físicos de los pagos efectuados que se reciben en nuestra Asociación.

La APS señala en los considerandos de la R.A. 191-2013 (pág. 33) que "(...) los informes GRD por sí solos no se constituyen en documentación de respaldo para el pago de comisiones, considerando que los señalados documentos al ser suscritos sólo por la Gerencia de Renta Dignidad, expresan conformidad de la información contenida en ellos unilateralmente, por parte de la citada Entidad, siendo que el término conciliar se refiere a compatibilizar dos o más proposiciones al parecer contrarias(...)".

La afirmación de la APS refiriéndose a la definición de diccionario de la palabra "conciliar" es impertinente y no respeta lo establecido en la R.A. 22-08, que aprueba el DBC y las Aclaraciones correspondientes, ya que en dicho documento se ha establecido claramente qué es lo que se entiende como conciliación documental para realizar el cobro de la comisión, siendo irrelevantes las alusiones semánticas realizadas acerca del término "conciliar".

De todas maneras, hemos explicado que los Informes GRD son la documentación de respaldo para el pago de comisiones ya que resultan de comparar los resultados de dos procesos previos: El proceso de contar los documentos de pagos recibidos, que ocurre en el momento de la recepción y digitación de los lotes de documentación entregados por Síntesis y las FFAA; y el proceso de registrar diariamente las transacciones de pago de la Renta Dignidad, efectuado en nuestros sistemas informáticos con datos proporcionados por Síntesis S.A. Por otra parte, cabe aclarar que como respaldo del conteo de documentos recibidos, se cuenta con Actas de

entrega suscritas entre representantes de Síntesis o de las FFAA y representantes de nuestra Asociación.

Se observa que la R.A. 22-08 no establece la elaboración de un Acta de Conciliación documental con la Entidad Pagadora o con las Fuerzas Armadas para habilitar el cobro de comisiones, sino solamente la obligación de contar y comparar, obligación cuyo cumplimiento se evidencia en los informes GRD y las Actas de entrega.

Lo que la APS dice en las R.A. 569-2013 y 191-2013 es equivalente a ignorar lo establecido en la R.A. 22-08, por lo que deja de tener sentido la sanción establecida en la R.A 191-2013, ya que la APS exige un requerimiento que está expresamente excluido en la normativa vigente al momento de la supuesta infracción.

En base a lo anterior y en apego al Art. 66 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo y del Art. 52 y siguientes del D.S. 27175, pedimos respetuosamente a usted proceda con la remisión al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros de los antecedentes correspondientes a la Revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 191-2013 de fecha 12 de marzo de 2013, para que el mencionado Viceministerio se pronuncie en relación a este Recurso Jerárquico..."

5. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 6 de septiembre de 2013, se llevó a efecto la Audiencia de exposición oral de fundamentos que fuera solicitada por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, mediante nota AA.GG.-8224/2013 y conforme fuera dispuesta por la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 069/2013 de 23 de agosto de 2013.

6. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante nota AA.GG.-9464/2013 de 10 de septiembre de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** presentó, en calidad de documentación complementaria, copia de la Resolución Administrativa ASFI 525/2010 de 24 de junio de 2010 y copias de actas de recepción de documentación de Boletas de Pago de Renta Dignidad, correspondientes a la gestión 2009.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Con el objeto de establecer el cumplimiento de la normativa vigente por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realizó la revisión al movimiento contable del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV), correspondiente a la gestión 2009, evidenciando falta de información sobre las devoluciones realizadas al fondo por Entidades Financieras, Fuerzas Armadas, Entidades Proveedoras de Información, Administradoras de Fondos de Inversión o Rentistas, así como una revisión al procedimiento de pago de comisiones.

Consiguientemente y mediante nota APS/DJ/DPNC/6460/2012 de 27 de agosto de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** con los siguientes cargos:

- **Cargo N° 1.-** Por infracción a lo establecido en el artículo 12 inciso f) de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008 y los puntos 18 y 27 de la Circular SPVS-IP/8/2008 de 06 de febrero de 2008, al evidenciar que los reportes de 699 pagos de Renta Dignidad, no cumplen con la información establecida en la estructura aprobada por la Entidad Reguladora.
- **Cargo N° 2.-** Por infracción a la cláusulas Cuarta numeral 4.2., Vigésimo Sexta y Vigésimo Séptima de la Minuta de Contrato suscrita el 26 de noviembre de 2008, con la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por:
 - I. No realizar las conciliaciones bancarias con las entidades financieras encargadas del pago, dentro del plazo previsto en normativa vigente.
 - II. No contar con un sistema de control de calidad respecto a la información que genera y captura, que deriva en un inadecuado control por parte de la Entidad Gestora sobre los depósitos efectuados a las cuentas del FRUV.
 - III. No realizar mensualmente las conciliaciones de recursos correspondientes a la gestión 2009 con las Fuerzas Armadas.
- **Cargo N° 3.-** Por incumplimiento a la Cláusula Vigésimo Séptima de la Minuta de Contrato suscrita el 26 de noviembre de 2008, con la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, toda vez que se evidenció la existencia de saldos pendientes de conciliación a la fecha de suscripción de las Actas de Conciliación suscritas entre la Entidad Gestora y las Entidades Proveedoras de Información (EPI), correspondientes a desembolsos efectuados durante la gestión 2009.
- **Cargo N° 4.-** Por infracción al Documento Base de Contratación para la prestación del servicio de Administración del Fondo de la Renta Universal de Vejez, gestión y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, a la Cláusula Octava del Contrato de Servicios suscrito entre la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI y al Acta de la reunión de aclaración del proceso de contratación, que forma parte indivisible del DBC, al advertir la falta

de documentación de respaldo en los Comprobantes Contables del FRUV emitidos para el pago de comisiones durante la gestión 2009.

Sustanciados tales cargos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 191-2013 de 12 de marzo de 2013, impone a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, una sanción de amonestación respecto a 615 pagos de los 699 observados en el **Cargo Nº 1** (desestimando los 84 pagos restantes), una sanción de \$us.2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por el **Cargo Nº 2**, sanción de \$us. 2.000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES ESTADOUNIDENSES) por el **Cargo Nº 4**, y desestima el **Cargo Nº 3**.

En fecha 15 de abril de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 191-2013, Recurso que ha merecido la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 569-2013 de 24 de junio de 2013, que confirma a la anterior, y en fecha 12 de julio de 2013 recurre a la instancia jerárquica, recurso que pasa a analizarse y resolverse a continuación, con la necesaria aclaración de que, conforme se tiene de la transcripción supra realizada del Recurso Jerárquico, la recurrente limita su impugnación a los Cargos Nº 2 y Nº 4, evidenciándose la inexistencia de impugnación respecto a los Cargos Nº 1 (que fuera parcialmente desestimado, y en lo que no, sancionado simplemente con amonestación) y Nº 3 (desestimado), por lo que el análisis sólo se limita a las impugnaciones referidas a los dos primeros Cargos señalados.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Antecedentes contractuales.-

Conforme a lo sancionado, las infracciones devienen de inobservancias a la minuta de contrato de 26 de noviembre de 2008, suscrita entre la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, y la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, en cuanto a las cláusulas que se transcriben a continuación:

"...CUARTA.- (CONDICIONES MÍNIMAS, INFRAESTRUCTURA Y REQUISITOS MÍNIMOS). Las condiciones mínimas que el PROVEEDOR debe cumplir son las previstas en el DBC y en particular las siguientes: (...)

4.2 *Los requisitos técnicos mínimos que deberá cumplir el PROVEEDOR, con carácter permanente son:*

- *Contar con un sistema de control de calidad respecto a toda información que se genera y captura en el PROVEEDOR, con la finalidad de preservar la integridad de dicha información (...)*

OCTAVA. (REMUNERACIÓN DEL PROVEEDOR):

De conformidad a la propuesta económica presentada por el PROVEEDOR, dentro del proceso de contratación para la "Administración del Fondo de la Renta Universal

de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales”, recibirá como resultado del cumplimiento de las obligaciones que se han detallado en las cláusulas del presente contrato, una comisión que se pagará al **PROVEEDOR** y que comprende lo siguiente:

1. **Renta Dignidad pagada por la entidad subcontratada a través de Entidades Financieras Bancarias y no Bancarias**, se reconoce una comisión de Bs. 7.44 (Siete 44/100 Bolivianos) por pago efectuado.
2. **Renta Dignidad pagada por Fuerzas Armadas**; se reconoce una comisión de Bs. 2.99 (Dos 99/100 Bolivianos) por pago efectuado.
3. **Renta Dignidad pagada por las Entidades Promovedoras de Información**; una comisión equivalente a Bs. 2.99 (Dos 99/100 Bolivianos) por pago efectuado.

EL PROVEEDOR, descontará la comisión por mes vencido y **una vez conciliados los pagos**, directamente del Fondo de la Renta Universal de Vejez (...)

VIGÉSIMO SEXTA (RESPONSABILIDAD Y OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR)

El PROVEEDOR, asume total responsabilidad por la propuesta presentada y adjudicada conforme el DBC y normativa aplicable; además de:

- Realizar conciliaciones bancarias con las entidades financieras encargadas del pago con una periodicidad máxima de tres meses (...)

VIGÉSIMO SÉPTIMA.- DE LAS OBLIGACIONES CON LAS FUERZAS ARMADAS, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y ENTIDADES PROVEEDORAS DE INFORMACIÓN

El PROVEEDOR, en su calidad de Entidad Gestora tendrá las siguientes obligaciones, respecto al pago a realizarse por las Fuerzas Armadas de la Nación (FFAA):

- Conciliar mensualmente los pagos efectuados con el Ministerio de Defensa Nacional o las FFAA.” (...)

El PROVEEDOR en su calidad de Entidad Gestora tendrá las siguientes obligaciones, respecto al pago a realizarse por las Entidades Proveedoras de Información (EPI): (...)

Realizar conciliaciones con periodicidad como máximo trimestral con las EPI, identificando en cada proceso de conciliación:

- El número de pagos efectuados.
- Montos desembolsados.
- Monto pagado efectivamente.
- Monto a ser revertido al Fondo de la Renta universal de Vejez...”

Mediante Acta de Reunión de Aclaración del proceso de contratación del servicio de “Administración del Fondo de la Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales” que forma parte indivisible del DBC y que modifica, aclara y

enmienda tácitamente dicho DBC aprobado con la Resolución Administrativa SPVS/RPC N° 22-08 de 07 de octubre de 2008:

"...Procedimiento de pago de comisiones.- (...)

...Se aclara que la conciliación documental para realizar el cobro de la comisión, consiste en contar los documentos de pago recibidos y comparar con el número de pagos registrados en el sistema..."

En función de ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros imputó y sancionó a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, por no realizar las conciliaciones bancarias con las Entidades Financieras encargadas del pago de Renta Dignidad, con una periodicidad máxima de tres meses y conciliaciones mensuales con las Fuerzas Armadas, durante la gestión 2009, lo que ocasionó una falta de control de calidad respecto a la información que genera y captura, y derivó en un inadecuado control sobre los depósitos efectuados en las cuentas del Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV).

2.2. En cuanto al principio *non bis in idem* (Cargo N° 2).-

En principio es pertinente analizar el Cargo N° 2 en su carácter formal, así como determinar los efectos de ello en el desarrollo del proceso.

Con tal fin y no obstante haber sido ya supra transcrito, empero por la trascendencia que hace al capítulo presente, es menester reiterar el contenido íntegro del Cargo N° 2, conforme sigue a continuación:

"...Cargo N° 2

Existen indicios de incumplimiento, por parte de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, a lo establecido en la Minuta de Contrato suscrita el 26 de noviembre de 2008, con la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, conforme lo siguiente:

- I. **A la Cláusula Vigésimo Sexta**, por no realizar las conciliaciones bancarias con las entidades financieras encargadas del pago, dentro del plazo previsto por normativa durante la gestión 2009, toda vez que se advirtió que de manera posterior al requerimiento de información realizado por la DPNC con notas AP/DPNC/11445/2010, AP/DPNC/10132/2011 y AP/DPNC/10213/2011 de fechas 16/12/2010, 28/01/2011 y 17/02/2011 respectivamente, BISA SAFI S.A. recién en fecha 24 de febrero de 2011 cursó notas a las diferentes entidades financieras solicitando información sobre todos los abonos que hubieran realizado a las cuentas del FRUV, desde febrero 2009 a febrero 2011, además del motivo de dichos depósitos.*
- II. **A la Cláusula Cuarta numeral 4.2**, por no contar en la gestión 2009 con un sistema de control de calidad respecto a la información que genera y captura, que deriva en un inadecuado control por parte de la Entidad Gestora sobre los depósitos efectuados a las cuentas del FRUV, considerando la falta de*

conciliación de información entre los datos reportados por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI en el Balance General del FRUV al 31/12/2009 con los datos internos que la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI maneja, generando la falta de información sobre la procedencia de Bs. 1.614.594,35 (UN MILLÓN SEISCIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO 35/100 BOLIVIANOS) abonados a las cuentas del Banco de Crédito S.A. durante la gestión 2009, como informa la Entidad Gestora en nota AA.GG. 1893/2011 de fecha 28/02/2011, cuyo detalle se encuentra contenido en el Anexo 2.

- III. **A la Vigésimo Séptima**, por no realizar mensualmente las conciliaciones de recursos correspondientes a la gestión 2009 con las Fuerzas Armadas..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La mención repetitiva de la expresión "A la" en función a **tres** determinadas cláusulas de la Minuta de Contrato de 26 de noviembre de 2008, suscrita por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** con la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, refiere la coexistencia de tres infracciones distintas dentro del mismo apartado, el que titulado como "Cargo N° 2", resulta mas bien en tres cargos distintos y diferentes, pues **cada uno establece una conducta diversa y divergente.**

Si bien es técnicamente posible en derecho sancionador, la infracción simultánea de varios tipos sancionables (concurso), este no es el caso, por cuanto, así como distintas las tres conductas que motivan el mal denominado Cargo N° 2, distintas las disposiciones sobre las que recaen esas infracciones, a las que por ello, no es posible tratarlas más en singular, sino con la pluralidad que importan en la realidad de los hechos, la existencia de tres cargos distintos, estos son:

- I. Infracción a la cláusula vigésimo sexta de la Minuta de Contrato de 26 de noviembre de 2008, por no realizar durante la gestión 2009, las conciliaciones bancarias con las entidades financieras encargadas del pago y dentro del plazo previsto por normativa
- II. Infracción a la cláusula cuarta, numeral 4.2, de la Minuta de Contrato de 26 de noviembre de 2008, por no contar en la gestión 2009, con un sistema de control de calidad respecto a la información que genera y captura
- III. Infracción a la cláusula vigésimo séptima, por no realizar mensualmente las conciliaciones con las Fuerzas Armadas, sobre recursos correspondientes a la gestión 2009.

Un cargo es, en la definición del diccionario, la falta que se imputa a alguien en su comportamiento, de manera tal que, cuando el artículo 66°, párrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que "Establecida la existencia de infracciones, el Superintendente respectivo (aquí léase la Autoridad Reguladora respectiva) notificará a los presuntos infractores con los cargos...", viene a establecer una relación de correspondencia entre tales infracciones y sus cargos.

Si bien es posible que a tres conductas diferentes, en función además, a infracciones distintas, les correspondan un único tratamiento, cual si se trataran de una sola conducta sancionable, o al menos, cual si se trataran de un solo cargo, lo mismo está determinado por el interés jurídico concreto que recaiga sobre ellas.

En el caso de autos, la recurrente **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** señala en su Recurso Jerárquico, que la sanción impuesta mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 191-2013 de 12 de marzo de 2013, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 569-2013 de fecha 24 de junio de 2013, infringe el principio de *non bis in idem*, en relación a que ya antes, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 525/2010 de 24 de junio de 2010, sancionó a BISA Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A. (BISA SAFI S.A.), por no realizar las conciliaciones bancarias con las Entidades Financieras.

Conviene establecer que, el principio de *non bis in idem* tiene esencia constitucional, conforme se halla previsto por el artículo 117º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, que señala:

“...**Artículo 117** (...)

II. Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho...”

En *Principios de Derecho Administrativo*, autores varios, publicación del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se ha establecido que el principio de *non bis in idem*, “pretende resguardar el debido proceso que le asiste al regulado, (...) mediante la eliminación de la posibilidad de imponer dos o más sanciones administrativas, sobre la base de los mismos hechos y **que tengan la misma identidad** (...) de **sujeto, hecho y fundamento**...”, extremo que, hasta aquí, es coincidente con lo alegado por la recurrente.

Ahora, en función del interés jurídico concreto que importa lo señalado en el Recurso jerárquico, no es posible la evaluación acerca del cumplimiento -o no- de los presupuestos “**sujeto, hecho y fundamento**”, por cuanto, es infructuoso querer establecer un hecho y un fundamento, o hasta un sujeto concreto, de un Cargo N° 2, cuando, como se ha visto, en realidad son tres diferentes, conforme a los términos de su propia redacción.

Esta circunstancia no determina per se algún carácter irregular en la actuación del Ente Regulador, por cuanto y como se tiene dicho, deviene del interés jurídico planteado en el Recurso Jerárquico; no obstante, de la forma en que se ha pronunciado la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros a tiempo de la nota de cargos, no permite su tratamiento al presente, por cuanto, reconocida la diferencia entre los contenidos de cada uno de los tres numerales (I, II y III) del Cargo N° 2, y a los que se les ha impuesto una sanción común (“*multa en bolivianos equivalente a \$us2000,00 (DOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)*”), determina la confusión acerca de lo planteado por la recurrente.

En una faceta más trascendental que la anterior, el Recurso Jerárquico que, conforme a su interés jurídico, determina elementos confusos en el Cargo N° 2 de la nota

APS/DJ/DPNC/6460/2012 de 27 de agosto de 2012, no puede dar lugar, sino, a una infracción a la garantía del derecho a la defensa de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, y con ello, a una violación al debido proceso administrativo en cuanto al principio de tipicidad; para concluir en ello baste referirse al precedente de regulación financiera (SG SIREFI RJ 07/2008 de 14 de enero de 2008, y que establece que "La descripción (...) debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria".

Tales extremos pudieron ser evitados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, toda vez que una impugnación en el sentido que ahora se conoce, constaba ya en el Recurso de Revocatoria, lo que determina sea ahora el suscrito quien se pronuncie por la nulidad de los obrados hasta la misma nota de cargos (en lo que atañe al denominado Cargo N° 2), precisamente porque el extremo hace al derecho a la defensa de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, en función a lo por ella misma alegada, y a eso se refiere el artículo 44° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

2.3. De la Conciliación para el cobro de Comisión (Cargo N° 4).-

Es pertinente recordar que, el Cargo N° 4, está referido a que:

*"...Existen indicios de incumplimiento al Documento Base de Contratación para la prestación del servicio de "ADMINISTRACIÓN DEL FONDO DE LA RENTA UNIVERSAL DE VEJEZ, GESTIÓN Y PAGO DE LA RENTA DIGNIDAD Y GASTOS FUNERALES" LICITACIÓN PÚBLICA LP/002/08 de septiembre de 2008, a la cláusula Octava del Contrato de Servicios suscrito entre la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y la Asociación Accidental La Vitalicia-BISA SAFI y al Acta de la Reunión de Aclaración del proceso de contratación del Servicio de "Administración del Fondo de la Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales" que forma parte indivisible del DBC, al advertir la falta de documentación de respaldo en los Comprobantes Contables del FRUV emitidos para el pago de comisiones durante la gestión 2009, que evidencie que la conciliación documental ha sido realizada. Las comisiones cobradas por la Entidad Gestora durante la gestión 2009, se resumen en el **Anexo 4** de la presente nota de cargo..."*

La cláusula octava del Contrato de Prestación de Servicios establece que el Proveedor descontará la comisión por el pago de Renta Dignidad, por mes vencido, una vez **conciliados los pagos**; asimismo, el Acta de la Reunión de Aclaración al DBC, señala que la **conciliación documental** para realizar el cobro de la comisión consiste en: 1) contar los documentos de pago recibidos, y 2) comparar con el número de pagos registrados en el sistema.

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico, que la conciliación para propósitos de cobro de comisiones no implica la comparación con otras entidades externas, sino la de **dos fuentes**: las transacciones de pago informadas por la Entidad Pagadora subcontratada (SÍNTESIS S.A.) y los documentos físicos de los pagos efectuados que recibe.

Asimismo, argumenta que los Informes Internos de la Gerencia de Renta Dignidad (GRD) son la documentación de respaldo para el pago de comisiones, que resultan de contar los documentos de pagos recibidos (tanto de SÍNTESIS S.A. como de las Fuerzas Armadas), y el registro diario de las transacciones de pago de la Renta Dignidad, efectuado en sus sistemas informáticos con datos proporcionados por SÍNTESIS S.A., y que la R.A. 22-08 no establece la elaboración de un Acta -en físico- de Conciliación Documental con la Entidad Pagadora o con las Fuerzas Armadas para habilitar el cobro de comisiones.

Por su parte, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 569-2013 de fecha 24 de junio de 2013, señala que:

*“...la interpretación que efectúa el regulado sobre lo que representa efectuar una conciliación documental, se establece que la misma es incorrecta, considerando lo expresado en el Acta de Reunión de Aclaración, que expone **tres componentes**: el conteo de los documentos de pago recibidos, la comparación con el número de pagos registrados en el sistema y la generación de resultados necesarios para realizar el cobro de comisiones, resultados que al ser producto de la comparación de las boletas de pagos con los datos registrados en el sistema...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Radizando en tal diferencia la controversia entre la ahora recurrente y la Entidad Reguladora, es decir, en los factores que influyen en el pago de comisiones, es importante desarrollar dentro del de autos, los tres componentes señalados, conforme sigue a continuación:

2.3.1. De los documentos de pago recibidos.-

La recurrente mediante nota AA.GG.- 9464/2013 de 10 de septiembre de 2013, adjunta:

*“...Copias de una muestra de las **Actas de Recepción de Documentación de Boletas de Pago de Renta Dignidad** correspondientes a la gestión 2009. Dichas Actas son suscritas por un representante de nuestra Asociación y un representante de SINTESIS S.A. y son utilizadas como base para cargar datos en nuestro sistema informativo del cual se obtiene información con la que se elaboran los informes GRD para cobro de comisiones...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tales Actas de recepción de Boletas de pago de Renta Dignidad, demuestran la fecha de pago, la cantidad de boletas remitidas y la documentación adicional presentada, así como la conformidad entre un personero de SÍNTESIS S.A. y un representante de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**.

Por lo tanto, es evidente que la recurrente cumplió con el conteo de los documentos de pago recibidos, respaldada en Actas de Recepción de documentos de pago de Renta Dignidad señaladas.

2.3.2. Comparación con el número de pagos registrados en el sistema.-

La Entidad Gestora, señala que realiza el registro diario en su sistema informático de las transacciones de pago de Renta Dignidad, con datos proporcionados por SÍNTESIS S.A., información de la que se extraen resúmenes de los pagos, los cuales se comparan con los documentos recibidos, emitiéndose los Informes Internos de la Gerencia de Renta Dignidad (GRD), que son la base para la liquidación de la comisión.

De la documentación que cursa en el expediente de autos, se tiene que mediante nota AA.GG.-10125/2012 de 04 de octubre de 2012, la ahora recurrente remitió copia de los Informes Internos de la Gerencia de Renta Dignidad (GRD), en los cuales se reportan los siguientes datos: fecha, Boletas esperadas, pagos en Boletas esperadas, Boletas recibidas y pagos en Boletas recibidas.

Asimismo, existen los Informes Internos de la Gerencia de Renta Dignidad (GRD) que señalan que *“El cuadro se ha simplificado para exponer más claramente la información”*, detallando solamente las Boletas recibidas y Pagos recibidos, sobre los cuales se recomendó cobrar comisiones.

De lo señalado por la recurrente respecto a que realizó el cruce de información entre la documentación recibida, con los pagos reportados por SÍNTESIS S.A., no se puede evidenciar exactamente la comparación alegada, toda vez que, como se señaló precedentemente, la información reportada en algunos los Informes Internos de la Gerencia de Renta Dignidad (GRD) que sirvieron de base para el cobro de las comisiones, simplemente señalan las boletas y pagos recibidos, no así los reportados por SÍNTESIS S.A.

2.3.3. Conciliación documental.-

La recurrente define a la conciliación para el cobro de comisiones, como la tarea de contar los documentos de pago recibidos, y comparar con el número de pagos registrados en el sistema.

Por su parte, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 569-2013 de 24 de junio de 2013, señala que:

“...el aspecto más importante... es la generación de resultados acreditados tanto por la Entidad Gestora como por Síntesis S.A. y las Fuerzas Armadas y no sólo por la Gerencia de Renta Dignidad, como se observa en los Informes GRD,... conciliar se refiere a compatibilizar dos o más proposiciones al parecer contrarias y no sólo se limita a la emisión mensual de informes internos sobre los cuales se procede la cobro de comisiones...”

Al respecto, el Documento Base de Contratación para el servicio de “Administración del Fondo de la Renta Universal de Vejez, gestión y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales”, aprobado con la Resolución Administrativa SPVS/RPC Nº 22-08 de 07 de octubre de 2008, señala en el numeral 43.9, *Conciliaciones derivadas del proceso de pago*, lo siguiente:

“Las conciliaciones a ser efectuadas producto del pago de la renta Dignidad comprende: (...)

b) Conciliaciones de la documentación que respalda los pagos efectuados por la empresa subcontratada para el pago de la Renta Dignidad y las Fuerzas Armadas de la Nación.

*c) Conciliaciones de montos pagados **con la empresa subcontratada para el pago de la Renta Dignidad y Fuerzas Armadas de la Nación...**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

De lo transcrito, **se concluye que la ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI, como Entidad Gestora, no realizó una conciliación documental de respaldo “en los Comprobantes Contables del FRUV emitidos para el pago de comisiones durante la gestión 2009”, conforme hace al cargo imputado y ahora sancionado, entonces bajo la lógica del mismo, no existe prueba a favor de la ahora recurrente, “que evidencie que la conciliación documental ha sido realizada”, sin que al respecto pueda alegar presunción de inocencia, por cuanto y conforme lo visto, la norma expresa y especialmente se lo ordenaba.**

En definitiva, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** no efectuó una correcta conciliación de los montos de Renta Dignidad pagados, como se lo exige la norma, a fin de proceder con el pago de la comisión, toda vez que la misma no fue realizada con las Entidades Financieras y con las Fuerzas Armadas, considerando que dicha conciliación debe servir de constancia, de que la liquidación de la comisión fue efectuada de manera correcta, respaldada con información confiable, y que tanto SÍNTESIS S.A. como las Fuerzas Armadas emitieron su conformidad, evitando el pago de comisión por boletas que no fueron remitidas a la Entidad Gestora.

Finalmente es importante señalar que mediante Resolución Administrativa AP/DJ/DPNC/Nº 177/2010 de 12 de agosto de 2010, modificada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 047 de 24 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros estableció el formato del Acta de Conciliación entre la Entidad Gestora y las Entidades Pagadoras de Renta Dignidad, por lo tanto, dicha Acta, no pudo ser aplicada por la Entidad Gestora en las conciliaciones realizadas durante la gestión 2009.

Por todo lo señalado precedentemente, resulta evidente que existió incumplimiento por parte de la recurrente a lo establecido en la cláusula octava del Contrato de Servicios suscrito entre la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, y la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, así como al Acta de la reunión de aclaración del proceso de contratación, determinando el carácter justificado y legítimo del cargo, como de la sanción en su contra.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo a la compulsa llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que, en lo que concierne a la impugnación sobre el Cargo Nº 2 y de la forma

que ha obrado la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no es posible sustanciar el Recurso Jerárquico, por cuanto, al estar referido este a la incidencia del principio del *non bis in idem* en el caso, sus caracteres no son de posible subsunción a una infracción concreta, cuando no es una sino varias (tres en total), importando ello una infracción al debido proceso administrativo; no sucede lo mismo en cuanto al Cargo N° 4, en el que sí se establece una correcta aplicación de la norma, en la imputación de la infracción y en la imposición de la sanción por parte del Regulador.

Que, de conformidad con el artículo 43°, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR la resolución impugnada, con alcance parcial cuando ratifique en parte y modifique parcialmente, lo dispuesto en la resolución recurrida.

Que asimismo, de conformidad con el artículo 44° del mismo Reglamento, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE los artículos primero, incisos a), y c), segundo, tercero y cuarto, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 191-2013 de 12 de marzo de 2013, que fueran confirmados por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 569-2013 de fecha 24 de junio de 2013.

ARTÍCULO SEGUNDO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la notificación de cargos APS/DJ/DPNC/6460/2012 de 27 de agosto de 2012 **inclusive**, sólo en lo referente a su Cargo N° 2, debiendo en consecuencia y por cuerda separada, pronunciarse nueva nota de cargos, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/N° 451-2013 DE 10 DE MAYO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 064/2013 DE 08 DE OCTUBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 064/2013

La Paz, 08 de Octubre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 451-2013 de 10 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 062/2013 de 13 de septiembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 149/2013 de 24 de septiembre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 3 de junio de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, legalmente representada por el señor René Nicolás Nogales Rodríguez, tal como lo acredita el Testimonio de Poder N° 627/2008 de fecha 24 de noviembre de 2008, otorgado ante Notaría

de Fe Pública N° 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo del Dra. Juana Mery Ortiz Romero, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 451-2013 de 10 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012.

Que, en fecha 6 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 451-2013 de 10 de mayo de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 11 de junio de 2013, notificado en fecha 17 de junio de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 451-2013 de 10 de mayo de 2013.

Que, mediante Auto de fecha 18 de junio de 2013, se hizo un llamamiento al tercer interesado **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, para que en el término de diez (10) días administrativos presente sus alegatos.

Que, mediante memorial presentado el 10 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, presenta sus alegatos.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

1.1. CIRCULAR APS/DPC/N° 185-2012 DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Circular APS/DPC/N° 185-2012 de 29 de noviembre de 2012, instruyó lo siguiente:

"...Mediante la presente, con la finalidad de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 168 literal m) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, inherente a la publicación de los Contribuyentes en Mora, se instruye a la AFP remitir a esta Autoridad los siguientes Listados:

- 1. Listado de Mora General al Seguro Social Obligatorio (SSO) y Sistema Integral de Pensiones (SIP) por Empleador según las especificaciones técnicas adjuntas en el Anexo 1.*
- 2. Listado de Procesos Ejecutivos Sociales de la Seguridad Social de Largo Plazo, según las especificaciones técnicas adjuntas en Anexo 2.*
- 3. Listado de Procesos Coactivos Sociales de la Seguridad Social de Largo Plazo (PCS),*

según las especificaciones técnicas adjuntas en Anexo 3.

4. Listado de Procesos Penales (PP) por Apropiación Indebida de Aportes del SIP según las especificaciones técnicas adjuntas en Anexo 4.

Los listados de procesos judiciales remitidos por la Administradora contendrán únicamente los procesos judiciales en curso y serán publicados mensualmente en la página WEB de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros -APS.

Asimismo, la Administradora deberá publicar en su página WEB, los mencionados listados, por lo que, a la fecha de remisión de la información deberá comunicar dicho aspecto a la APS para su verificación, remitiendo el Enlace (Link) correspondiente.

La información contenida en los listados es de absoluta responsabilidad de la AFP, por lo que, deberán tomar los recaudos necesarios, implementando controles que aseguren y garanticen la validez, exactitud y cantidad de los datos informados. Dicha información deberá ser remitida a la APS en medio óptico con sesión de grabación cerrada y al correo electrónico procesos_judiciales@aps.gob.bo, hasta el día 05 de cada mes o día hábil posterior cuando el 05 sea sábado, domingo o feriado, impostergablemente, con fecha de corte al último día del mes que se está informando.

El primer envío de la información solicitada debe ser remitido a la APS hasta el 20 de diciembre de 2012, con información actualizada hasta el 31 de noviembre de 2012, estableciendo un periodo de prueba de tres meses (diciembre de 2012, enero y febrero de 2013) con la finalidad de realizar los ajustes que correspondan.

Asimismo, la nota que remita la Administradora debe estar firmada por su Gerente General y Gerente Jurídico, y debe consignar el número total de los registros de cada listado, tanto en numeral como en literal.

De igual forma, los listados de procesos judiciales remitidos por la Administradora, deberán ser publicados en un medio de prensa de circulación nacional cada seis (6) meses. La primera publicación hasta el 31 de diciembre de 2012, las próximas publicaciones hasta los meses de junio y diciembre de los años siguientes, respectivamente.

Queda sin efecto la Circular: APS/DPC/CO/02-2011 de 07 de enero de 2011..."

Mediante memorial presentado en fecha 6 de diciembre de 2012 y nota FUT.APS.AL.2661/2012 de 7 de diciembre de 2012, presentadas por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, y **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** respectivamente, ambas Administradoras de Fondos de Pensiones, solicitan a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, consignar en Resolución Administrativa la Circular APS/DPC/Nº 185-2012 de 29 de noviembre de 2012.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ/Nº 980-2012 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2012.-

Que mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 980-2012 de 20 de diciembre de

2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió:

“...ÚNICO.- I. Pronunciarse con referencia a las solicitudes de Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., para lo cual se consigna en Resolución Administrativa la CIRCULAR: APS/DPC/Nº 185-2012 de 29 de noviembre de 2012, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, con la siguiente aclaración normativa:

- Aclarar que el penúltimo párrafo de la CIRCULAR: APS/DPC/Nº 185-2012 de 29 de noviembre de 2012, debe decir:

“Queda sin efecto la CIRCULAR AP/DPC/CO/02-2011 de 07 de enero de 2011, emitida por la ex Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.”

II. La CIRCULAR: APS/DPC/Nº 185-2012 de 29 de noviembre de 2012 y su aclaración, forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa.”

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que el inciso m) del artículo 168 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece como una de las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, la siguiente:

“m) Mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuyentes en Mora al Sistema Integral de Pensiones.”

Que las AFP de acuerdo al artículo 149 de la Ley de Pensiones, tiene las siguientes funciones:

“u) Desarrollar e implementar sistemas y mecanismos de control de gestión.

...

w) Cumplir con todo acto administrativo emanado por el Organismo de Fiscalización.”

Que la APS en el marco del artículo 197 de la Ley de Pensiones, emite en su atribución de regulación la C.185-2012, la cual instruye a las Administradoras de Fondos de Pensiones la remisión de los siguientes listados:

1. Listado de Mora General al Seguro Social Obligatorio (SSO) y Sistema Integral de Pensiones (SIP) por Empleador según las especificaciones técnicas.
2. Listado de Procesos Ejecutivos Sociales de la Seguridad Social de Largo Plazo, según las especificaciones técnicas.
3. Listado de Procesos Coactivos Sociales de la Seguridad Social de Largo Plazo, según las especificaciones técnicas.
4. Listado de Procesos Penales (PP) por Apropiación Indevida de Aportes del SIP según las especificaciones técnicas.

Que asimismo, la C.185-2012 aclara que los listados a remitirse de procesos judiciales sólo por aquellos que se encuentran en curso, los cuales se publicarán mensualmente en la página WEB de la APS y las AFP, siendo estas últimas responsables por la información enviada en los listados. Asimismo se establece plazos y forma, para el envío y publicación de los listados de procesos judiciales a cargo de las AFP.

Que evaluadas las solicitudes de las AFP de consignación de la C.185-2012 en Resolución Administrativa, éstas se limitan únicamente a este propósito sin hacer mayor mención a los motivos u observaciones que las llevaron a plantear este pedido; por lo que este Ente de Regulación al no encontrar mayores argumentos, considera procedente la pretensión de los regulados.

Que sin perjuicio de lo expresado anteriormente, corresponde expresar que la APS como Organismo de Fiscalización de la Gestora Pública, tiene el deber de acuerdo a las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones conferidas por la Ley de Pensiones de fiscalizar, supervisar, regular y controlar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, transitoriamente a cargo de las AFP, en cuanto a las obligaciones que esta tiene conferidas por Ley de Pensiones.

Que en ese comprendido, es importante expresar que las AFP como representantes de los Fondos del SIP que administra y en virtud a la representación que tiene por los Asegurados, tienen a su cargo el inicio y prosecución de los procesos judiciales de la Seguridad Social de Largo Plazo, éstos iniciados como consecuencia de la mora incurrida por los empleadores y, que su recuperación tiene el destino de cubrir las prestaciones que pueda otorgar el Sistema Integral de Pensiones.

Que la actividad expuesta en el párrafo anterior debe estar sujeta a control y supervisión del Regulador, por lo que éste en uso de sus competencias mediante la C.158-2012 ha instruido que las AFP pongan en su conocimiento sobre los procesos judiciales en curso, con el fin de controlar el estado de las causas, la mora y su recuperación, situación de elevada importancia para el SIP.

Que en lo que respecta a la publicación, corresponde referir que la misma tiene una orientación dirigida a que los empleadores en mora y con procesos judiciales en curso por deudas pendientes al SIP puedan regularizarla; y por otro lado, el disuadir al resto de empleadores para que cumplan oportunamente las obligaciones de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Que finalmente, las AFP deben considerar que con la C.185-2012 se ha otorgado a los regulados un mecanismo de control de gestión de la mora de los empleadores deudores al SIP.

Que por lo expuesto, corresponde atender la solicitud de Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A. de consignar la C.185-2012 en Resolución Administrativa, con las adecuaciones normativas correspondientes....”

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 17 de enero de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, presenta Recurso de Revocatoria

contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, refiriendo lo siguiente:

"... II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

1) NULLIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE IMPUGNA.-

Conforme a lo establecido por el artículo 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, todo acto administrativo debe contener como elemento esencial, entre otros, el referido en el inciso e) que a la letra dice: "**Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo**".

El referido inciso b) determina que el acto administrativo "debe sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable".

Como su Autoridad podrá advertir la Circular APS/DPC/N° 185-2012 de 29 de noviembre de 2012 consignada posteriormente en Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de fecha 20 de diciembre de 2012 objeto de impugnación, se limita a señalar que para "...dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 168 literal m) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, inherente a la publicación de los Contribuyentes en Mora, se instruye a la AFP..."; y en la parte dispositiva, establece que las AFP deben remitir información consistente en listados de Mora General al SSO y al SIP; así como de los listados correspondientes los Procesos Ejecutivos Sociales, Coactivos Sociales y Penales por el delito previsional de Apropiación Indevida de Aportes del SIP; asimismo establece que la nota de remisión de dichos listados debe estar firmada por el Gerente General y el Gerente Jurídico de la AFP. Información que entendemos, coadyuvará a que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros como ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN, **cumpla con la función de mantener y publicar la Base de Datos actualizada de los contribuyentes en mora al SIP**. No obstante el acto administrativo impugnado pretende delegar su función, que es una atribución privativa e indelegable del ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN conforme a lo señalado por el artículo 168 de la Ley N° 065 de Pensiones, a las AFP, cuando establece que sean éstas las que publiquen dichos listados no sólo en sus páginas WEB, sino también en medios de prensa escrita de circulación nacional, sin fundamentar, cuál la norma que le faculta efectuar dicha delegación de funciones, ni la que obliga que las notas remitidas por la AFP al regulador **deban ser necesariamente firmadas por su Gerente General y Gerente Jurídico**; por lo que se advierte la omisión del regulador de cumplir con la fundamentación y motivación que debe anteceder a dicho acto administrativo para al menos, justificar las obligaciones ilegítimas e ilegales que se pretenden implementar. A ello se suma que la previsión legal para que el Organismo de Fiscalización mantenga actualizada y publique la Base de Datos de Contribuyentes en Mora, está limitada a la mora del Sistema Integral de Pensiones (SIP), por lo que la obligación de publicar los procesos ejecutivos sociales correspondientes al SSO tampoco halla asidero legal.

La ausencia de motivación y fundamentación también se advierte en la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, la misma que se

limita a referir como precedente normativo nuevamente lo establecido por el Artículo 168, inciso m); y, la obligación que tiene la AFP en su rol transitorio de Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo de cumplir con el artículo 149, inciso u) de la Ley de Pensiones No. 065, es decir "Desarrollar e implementar sistemas y mecanismos de control de gestión". Sin embargo, dicha Resolución Administrativa, tampoco fundamenta y motiva, por qué sus funciones son transferidas como obligaciones a las AFP, olvidando que la motivación de dicho acto implica la valoración normativa, la adecuación del hecho a la hipótesis legal, con el consiguiente análisis lógico del alcance y el objeto de las disposiciones que merecen ser reglamentadas.

Su Autoridad evidenciará la ausencia de motivación y de enlace lógico entre la normativa aplicable y la regulación que ahora se pretende imponer, restringiendo el derecho legítimo que FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP tiene conforme a lo expresado por el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, de prestar transitoriamente sus servicios "...realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, **asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición....**"; y no, como se pretende, el de asumir las funciones y atribuciones del ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN.

Cabe precisar que la doctrina administrativa pregona ampliamente la importancia de la motivación del acto administrativo, así por ejemplo se cita a Gordillo cuando señala "el acto debe estar razonablemente fundado, o sea, debe explicar en sus propios considerandos, los motivos y los razonamientos por los cuales arriba a la decisión que adopta. Esa explicación debe serlo tanto de los hechos y antecedentes del caso, como del derecho en virtud del cual se considera ajustada a derecho la decisión y no pueden desconocerse las pruebas existentes ni los hechos objetivamente ciertos". (Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo II - 36 Y 37 T. IV).

En esta línea doctrinal, el artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175 establece expresamente la obligación para el regulador en el entendido de que debe emitir una Resolución Administrativa "**DEBIDAMENTE FUNDADA Y MOTIVADA**". Dicho mandato legal en la Resolución Administrativa que impugnamos, no se ha cumplido.

Finalmente, es pertinente señalar las consideraciones de la jurisprudencia contenida en la Sentencia Constitucional Plurinacional 1089/2012 de 05 de septiembre de 2012, misma que hace referencia a la jurisprudencia del anterior Tribunal Constitucional, contenida en la SC 0752/2002-R de 25 de junio que recogiendo lo señalado en la SC 1369/2001 - R de 19 de diciembre (sic), estableció que el derecho al debido proceso "... exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma, Que consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una

Resolución, no solo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión". En esta línea de la jurisprudencia constitucional se ha manifestado el Tribunal Constitucional Plurinacional en varias Resoluciones, de las cuales se cita entre otras la SC 1365/2005-R, SC 2227/2010-R que su Autoridad se servirá considerarlas como precedentes jurisprudenciales que deben orientar su actuación administrativa.

En mérito a los argumentos jurídicos expuestos, su Autoridad advertirá que la Circular APS/DPC/N° 185-2012 de 29 de noviembre de 2012 consignada en Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, no ha cumplido con el elemento principal y esencial contenido en el inciso e) del Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que no contiene la debida fundamentación y motivación de lo establecido en la parte dispositiva, con la consiguiente **NULIDAD** del referido acto administrativo al amparo del artículo 35 inciso e) y artículo 30 inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, al haberse transgredido el mandato contenido en el artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175.

Por lo precedentemente anotado, solicitamos a su Autoridad que sin mas (sic) trámite disponga la Revocatoria Total de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de fecha 20 de diciembre de 2012 con la consiguiente NULIDAD de obrados y archivo del tramite (sic).

2) DE LA OBLIGACIÓN DE PUBLICAR LA BASE DE DATOS DE CONTRIBUYENTES EN MORA.-

Sin perjuicio de lo ya solicitado, y en el supuesto caso que su Autoridad rechazare injusta e ilegalmente la NULIDAD invocada en el numeral 1) anterior, nos reservamos el ejercicio de nuestros derechos que por ese rechazo nos correspondiera; por lo que impugnamos igualmente la Resolución Administrativa No. APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de fecha 20 de diciembre de 2012 por ser este acto administrativo contrario a la Ley, y por lo tanto atentatorio a nuestros derechos e intereses legítimos, los que a continuación exponemos y solicitamos a su Autoridad se sirva valorarlos bajo la sana crítica y la razonabilidad que necesariamente debe imperar en sus actuaciones.

El Art. 168 de la Ley 065 de 10 de diciembre de 2010, en su inciso m), establece, entre otras, como función y atribución del Organismo de Fiscalización: "**Mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuyentes en Mora al Sistema Integral de Pensiones**" (las negrillas y el subrayado son nuestros).

La claridad de la previsión legal contenida en este artículo, resta posibilidad de interpretaciones sesgadas y es expresa al determinar que es el ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN -Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- quien debe mantener y **publicar** la Base de Datos Actualizada de **Contribuyentes en Mora** y no las Administradoras de Fondos de Pensiones que a la fecha se encuentran asumiendo transitoriamente las funciones y atribuciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Por otra parte es de suma importancia a la luz del principio de búsqueda de la verdad material expresar que, **no existe norma alguna que posibilite al Regulador delegar sus atribuciones y menos sus funciones a los Regulados;** y, en estricto rigor a la verdad, la Circular APS/DPC/N° 185-2012 de 29 de noviembre (sic) y consignada en Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012 motivo de la presente impugnación, precisamente pretende delegar una función y atribución que legalmente le compete al Organismo de Fiscalización, a las AFP, sin sustento legal que justifique dicha delegación, careciendo la misma de legitimidad y legalidad.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (APS), como ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN -Regulador-, conforme a lo señalado por el artículo 168, incisos a) y h) está obligada a "Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos"; y facultada a "Regular, controlar y supervisar la prestación de servicios de sistemas computarizados, procesamiento de planillas, recaudaciones, cobro de mora, pago de prestaciones, pensiones y beneficio de la Seguridad Social de Largo Plazo". En ese entendido y considerando lo establecido por el artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 la APS **tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales**, es decir, regular, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, la actividad aseguradora, re-aseguradora y de mercado de valores (parágrafo V del Art. 1ro. de la Ley 3076 de junio de 2005). En ese marco, tiene jurisdicción nacional, para cumplir y hacer cumplir la Ley de Pensiones, su Reglamento, disposiciones conexas y complementarias, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos (Art. 149 de la Ley de Pensiones), **pero NO ESTÁ FACULTADA PARA DELEGAR SUS FUNCIONES Y ATRIBUCIONES**, ni tiene competencia para interpretar la Ley y mucho menos modificarla con sus reglamentos.

De acuerdo al Regulador, la publicación tiene sic. "...una orientación dirigida a que los empleadores en mora y con procesos judiciales en curso por deudas pendientes al SIP puedan regularizarla; y por otro lado, el disuadir al resto de empleadores para que cumplan oportunamente las obligaciones de la Seguridad Social de Largo Plazo" (las negrillas son nuestras). Criterio que se respeta, pero que hace a una obligación que legal y legítimamente le corresponde a la APS como Organismo de Fiscalización; y no de las Administradoras de Fondos Pensiones.

Por otra parte la circular, ahora elevada a rango de Resolución Administrativa, dispone por una parte la remisión al Regulador de cuatro listados responsabilizando por la información de los mismos exclusivamente a las AFP, aspecto que puede ser cumplido y que no es motivo de impugnación; y por otra parte, dispone que la AFP publique los cuatro listados en su página WEB, y además establece que los listados de procesos judiciales deberán ser publicados en un medio de prensa de circulación nacional cada seis meses; **aspecto que evidencia la delegación de funciones del Regulador al Regulado** y el cuidado prudencial que debería tener el Regulador al cumplir sus funciones (no delegarlas) y mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuyentes en mora a ser provistas por las AFP. Con Relación (sic)

a la mora, es preciso citar a Guillermo Cabanellas, que en su Diccionario Jurídico Elemental, la define como la "Dilación, retraso o tardanza en el cumplimiento de una obligación. Demora en la obligación exigible. **Más estrictamente, esa misma dilación cuando es culpable o se refiere a cantidad de dinero líquida y vencida**" (las negrillas son nuestras).

Asimismo es de conocimiento de su Autoridad por la norma expresa emitida por la ex SPVS, ex AP y actualmente la APS bajo su dirección, que las Notas de Débito, que constituyen Títulos Ejecutivos y Títulos Coactivos, comprenden tanto deudas reales como deudas presuntas. Las primeras que sí ingresan, por su naturaleza misma que es jurídica y doctrinal, a la procedencia de ejecución prevista en los Art. 486 y 491-1, ambos del Código de Pdto. Civil al constituirse en mora real, es decir, suma líquida y exigible; las segundas, es decir, deudas presuntas, no ingresan en la categoría de deuda líquida y exigible, menos de mora; y deberían ingresar en su sustanciación y resolución a procesos de naturaleza ordinaria para que (sic) juez competente determine si existe o no deuda, criterio así expresado por Carlos Morales Guillen en su Código de Pdto. Civil Concordado cuando señala que "La exigencia de cantidad líquida para proceder ejecutivamente, **responde a la necesidad de certeza que debe darse sobre lo que tiene derecho a percibir el acreedor, porque no siendo líquida la cantidad, sería necesario un previo proceso de liquidación, sujeto a comprobaciones y pruebas propias del proceso ordinario.**

Siempre que la ley se refiere a cantidad líquida, se refiere indudablemente a cantidades ciertas de dinero efectivo, representación común de todos los valores y de ello se infiere, por algunos autores, que el objeto de la ejecución ha de ser sumas de dinero (Manresa y Reus...) (las negrillas son nuestras).

Pero dada la imprecisión e impericia en la regulación de la normativa existente para el cobro de contribuciones en mora de (sic), contrariamente a las disposiciones legales en vigencia, doctrina y jurisprudencia previamente anotadas, se introducen ambos tipos de deudas reales y presuntas en las Notas de Débito y ello origina y posibilita que la mora y supuesta deuda, se torne en unos casos en mora real; y, en otros en deuda presunta.

Cuando de deuda presunta se trata, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debe tomar en cuenta que al tratarse de un proceso ejecutivo social o coactivo social, es perfectamente posible que el Empleador, descargándose sólo con documentación, obtenga una liquidación de deuda cero y con ello obtenga una sentencia favorable al oponer excepciones de falta de fuerza ejecutiva y/o pago documentado, en el primer caso; y, excepciones de pago documentado y/o inexistencia de obligación de pago en el segundo caso, obteniendo un auto que desvirtúe la sentencia antes dictada.

En consecuencia, la publicación del archivo general de mora que pretende el Regulador la efectivice la Administradora, incluye tanto a deudores morosos efectivos y **deudores presuntos.**

Si de deudores presuntos se trata, una publicación irresponsable -que no refleje la verdadera condición de mora- implicará publicitar una información que carece del

principio de veracidad, generando para Futuro de Bolivia S.A. AFP, la responsabilidad para la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna contra quienes sin ser efectivamente deudores morosos **sean violentados en su dignidad y honor, privacidad, intimidad, honra y propia imagen de acuerdo a los Art. 21 numeral 2; y 13 de de la C.P.E., al haber sido publicados sus nombres en Bases de Datos (página Web) y en medios de prensa de circulación nacional,** refiriendo una calidad que perfectamente puede ser desvirtuada, en mérito a que la presunción de deuda y la presunción de calidad de deudor desaparece cuando se evidencia que no existe deuda alguna.

De acuerdo a normativa prevista en el Código Civil en el Art. 17, el derecho de la personalidad que se violentaría con publicaciones de deudores morosos presuntos es fundamentalmente el derecho al honor que, al ser inviolable, al tenor de la previsión legal contenida en el Art. 23 del código citado, confiere al perjudicado la facultad de demandar el cese del hecho violatorio, a parte del resarcimiento por el daño material o moral ocasionado.

Por otra parte, de acuerdo al Código Penal están tipificados como delitos contra el honor la difamación, calumnias e injurias. Tómese en cuenta que constituyen derechos constitucionales el derecho al honor, la dignidad (que son derechos inviolables Art. 21, numeral 2 de la C.P.E.).

Respecto a la Comunicación Social, la CPE dispone en el Art. 107-11 que: "la información y opiniones emitidas a través de medios de comunicación social deben respetar los principios de veracidad y responsabilidad".

Por precepto constitucional previsto en el Art. 21-2 de la Constitución Política del Estado, constituye, entre otros, un derecho constitucional de los bolivianos, el derecho a la privacidad, intimidad, honra, **honor**, propia imagen y **dignidad**. Y respecto de la dignidad, el Art. 22 del texto constitucional establece que: "la dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado".

Según los Arts. 110 y 113 de la CPE, al constituir derechos constitucionales el honor y la dignidad de las personas, resultan inviolables.

Las personas que vulneren derechos constitucionales quedan sujetas a jurisdicción y competencia de autoridades. La vulneración de derechos hace responsables a autores materiales e intelectuales y otorgan a las víctimas derecho a indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna.

Por otra parte y como corolario de todo lo expuesto previamente, conviene señalar que las Leyes del Estado Plurinacional de Bolivia, han previsto el inicio de las acciones judiciales a efectos de que las partes en conflicto concurren solo ante las autoridades jurisdiccionales para exigir sus pretensiones y/o para desvirtuarlas; o para demostrar la comisión de un delito. Por lo que la publicación de dichos procesos (PES, PCS y PP) estaría vulnerando flagrantemente el principio constitucional de inocencia y debido proceso consagrados en los Art. 115, 116 y 117 de nuestra CPE. Al margen de ello, es preciso recordar que aun (sic) cuando se contase con sentencia ejecutoriada y/o condenatoria, su Autoridad debe considerar que la CPE protege la

privacidad de los datos de las personas naturales y/o jurídicas que pudieran sufrir algún tipo de daño por la manipulación y publicación de información sensible.

3. DE LA BASE DE DATOS Y LA OBLIGACIÓN DE LOS EMPLEADORES DE ACTUALIZAR SU INFORMACIÓN:

El Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, ha establecido en su artículo 16 que: **"el formulario de inscripción del empleador al SSO, ADQUIERE LA CALIDAD DE DECLARACIÓN JURADA DEL REPRESENTANTE LEGAL... y el empleador en siete días hábiles deberá hacer conocer a la AFP, lo siguiente: -CAMBIO DE PROPIETARIO DE LA EMPRESA o TRANSFERENCIA, FUSIÓN, DISOLUCIÓN O TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD - CAMBIO DE DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL - CAMBIO DE DOMICILIO DE LA EMPRESA y CAMBIO DE REPRESENTANTE LEGAL...".** De acuerdo a lo señalado precedentemente y en sujeción a las disposiciones en actual vigencia las AFP están facultadas a iniciar procesos judiciales, en contra del empleadores (sic) en mora; y en contra de la persona que fungió como representante legal al momento de efectuar su declaración jurada en el Formulario de Inscripción del Empleador FIE; y que, mientras NO SE DE BAJA O MODIFIQUE DICHA INFORMACIÓN, seguirá figurando en nuestros registros y bases de datos como tal. En este sentido y de acuerdo al Diccionario Jurídico de Manuel Ossorio, la Declaración Jurada se entiende como. **"...La que los particulares hacen ante determinados organismos de la administración pública. Asimismo, siendo la que se presta bajo juramento de decir la verdad y afrontando la responsabilidad de su violación..."**

Por tanto, se debe considerar además que la Base de Datos refleja sólo y únicamente el último registro actualizado de cada aportante (razón social, domicilio y representante legal) siendo como se anotó previamente deber y responsabilidad de los empleadores actualizar dicha información, ya que para todos los efectos la declaración jurada se constituye en plena prueba de descargo sobre los datos que se tienen.

El hecho de pretender que las AFP asuman la obligación del Organismo de Fiscalización al publicar en una página WEB y en medios de prensa de circulación nacional los datos de los procesos ejecutivos, coactivos y penales, puede ocasionar graves perjuicios en contra de nuestra Administradora de Fondos de Pensiones, debido a que cada Denuncia Penal está dirigida en contra del último Representante Legal que se tiene registrado en nuestros archivos y Bases de Datos; correspondiendo al Fiscal Asignado a cada caso dentro del cuaderno de investigaciones, determinar la responsabilidad del representante legal, toda vez que la misma es intuito persona, y no puede recaer sobre un representante legal que dentro de un determinado periodo de deuda, no fungió como tal.

La situación descrita precedentemente es originada generalmente por la negligencia del empleador al no dar cumplimiento a su obligación de actualizar sus datos, , (sic) y que al ser publicado a un medio de difusión de información internacional como es una página WEB puede tomarse como un atentado o violación a un derecho fundamental como es la DIGNIDAD y HONOR de una persona, Art. 21 núm. 2 de la CPE tutelables a través de la Acción de Protección de Privacidad, Art. 130 de la CPE,

y hasta penalmente sancionables como DIFAMACIÓN y CALUMNIA previstos en los Arts. 282 y 283 del C.P., toda vez que la simple publicación de una persona como IMPUTADO significaría que se le (sic) hubiera atribuido la comisión de un delito a esa persona, Art. 5 del C.P.P., no siendo una causa justificable el hecho de no haber ACTUALIZADO sus datos en los registros de las AFP, ya que esa omisión no está sancionada como un hecho que pueda ser sujeto de una acción judicial, mucho menos penal teniendo los denunciados el derecho a (sic) legítima (sic) a la defensa ya que nadie puede ser condenado sin antes haber sido escuchado y mucho menos difamado públicamente.

Al caso concreto es aplicable aquel aforismo jurídico que establece que "**los derechos de uno terminan cuando surgen los derechos de otros**", es decir el límite de aplicación de derechos; por lo cual si bien por disposición del Art. 149 inc. w) de la Ley 065 de Pensiones, las AFP deben cumplir con todo acto administrativo emanado por el Organismo de Fiscalización, es también evidente que de acuerdo al Art. 14-IV de la CPE "En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las Leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban." En consecuencia la publicación de la Base de Datos de Contribuyentes en Mora no puede ser delegada mediante ningún instrumento regulatorio a las AFP, toda vez que debe ser efectuada por la APS como obligación impuesta por mandato legal del Art. 168, inciso m) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.

4) DE LAS FIRMAS DEL GERENTE GENERAL Y GERENTE JURÍDICO:

Como se refirió en el numeral 1) de éste memorial, la exigencia de que las notas de remisión de información a la APS lleven la firma del Gerente General y del Gerente Jurídico no cuentan con fundamento y asidero legal que lo respalde; olvidando su Autoridad que desde el inicio de la administración del Seguro Social obligatorio (sic) de Largo Plazo y hasta el presente, nuestra Administradora ha acreditado ante su institución a su personal responsable por áreas dada la diversidad y grado de especialidad que se requiere para ello. Dicha práctica reconocida por la doctrina como usos y costumbres ha sido siempre el conducto regular para la remisión de información y correspondencia con su Autoridad.

Asimismo es conveniente señalar que la administración y representación de nuestra Administradora de Fondos de Pensiones es efectuada en conformidad a lo establecido por el Código de Comercio pudiendo ser delegada y/o asumida por uno más administradores prescindiendo del cargo que éstos pudieran tener.

III. PETITORIO.-

En mérito a los argumentos jurídicos expuestos, su Autoridad advertirá que la Resolución Administrativa impugnada no ha cumplido con los requisitos de legalidad que debe contener todo acto administrativo, con la consiguiente NULIDAD del referido acto al amparo del artículo 35 inciso c) de la Ley de Procedimiento Administrativo, al haberse transgredido el mandato contenido en los artículos 20 y 62 del Decreto Supremo No. 27175.

Asimismo en el inadmitido y menos consentido caso que se rechace la nulidad invocada, por todos los argumentos previamente anotados, solicitamos que sin mas (sic) trámite disponga la Revocatoria total de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de fecha 20 de diciembre de 2012 con el consiguiente archivo de tramite (sic)..."

En fecha 17 de enero de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, con los siguientes argumentos.

"...V.- FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN.

LA AFP NO TIENE OBLIGACIÓN DE PUBLICAR LA MORA DEL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES.

Señor Director, por mandato expreso de la disposición transitoria única del Decreto Supremo 778 de 26 de enero de 2011, la AFP asume las obligaciones establecidas en la Ley N° 065 y sus reglamentos hasta que la Gestora Pública se haga cargo de la administración del SIP.

El Artículo 149 de la Ley N° 065 establece y describe las Funciones y Atribuciones de la Gestora Pública en un total de 28 incisos, ninguno de éstos hace referencia a la obligatoriedad de publicar los listados de Mora y de Procesos Judiciales en una página web o en un medio de prensa de circulación nacional.

Los incisos referidos a la cobranza judicial establecen obligaciones diferentes a las que la APS regula, así tenemos: " h) Cobrar las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora, intereses y recargos, sin otorgar condonaciones, i) Iniciar y tramitar los procesos judiciales, correspondientes para recuperación de la mora, intereses y recargos, j) Iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados."

De la lectura del artículo precedentemente citado, se colige que la AFP no tiene ninguna obligación legal de publicar listado de Mora y Procesos Judiciales alguno.

VI.- LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS TIENE POR OBLIGACIÓN LEGAL LA PUBLICACIÓN DE LA MORA DEL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES.

La Ley N° 065 en su artículo 168 establece las funciones y atribuciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, dentro de las que destacan los incisos a), j) y m) que a la letra manifiestan:: "a) Cumplir la Constitución Política del Estado, la presente Ley, sus reglamentos y disposiciones legales conexas, j) Elaborar y publicar información estadística de la seguridad social de largo plazo (sic) y otra información bajo su jurisdicción", "m) Mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuciones en Mora al Sistema Integral de Pensiones"

Las funciones y atribuciones que confiere la Ley N° 065 a la APS son indelegables e intransferibles, la instrucción de publicación de la información de los listados de procesos judiciales a la AFP, es una obligación que únicamente la APS puede realizar, pero simplemente de la mora y no así listado de procesos judiciales, motivo por el que la

Circular consignada en Resolución Administrativa contraviene el ordenamiento jurídico que regula el SIP y no cumple con el principio de legalidad establecido en el Artículo 4 de la Ley N° 2341.

Es importante recordar que la propia APS manifiesta que su función es reguladora y no de una interpretación extensiva de las normas que regulan el SIP, en consecuencia, la APS no puede regular más allá de lo que la ley ordena, delegando sus funciones y atribuciones establecidas en la Ley N° 065, obligando a la AFP a realizar la publicación de los listados de (i) Mora General al SSO y al SIP, (ii) Procesos Ejecutivos Sociales, (iii) Procesos Coactivos Sociales y (iv) Procesos Penales.

La Constitución Política del Estado en su artículo 108 manda conocer y cumplir la Constitución y las Leyes, la Ley N° 065 en su artículo 91 establece las obligaciones legales del empleador para con el SIP, que es la de actuar como agente de retención y pagar las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios dentro el plazo de 30 días. Por mandato constitucional el empleador tiene el deber de dar cumplimiento a su obligación para con el SIP y pese a las actividades constantes que realiza esta AFP de concienciar a los empleadores de sus obligaciones, existen algunos que incumplen esta obligación legal, de manera que el fundamento de la publicación de los listados expresado en la Resolución Administrativa impugnada de "regularizar" y "disuadir" no tienen sustento legal alguno, porque el empleador moroso tiene la obligación legal de honrar su deuda al SIP y la publicación que pretende imponer la APS no considerarnos que ayude o disuada a los empleadores a pagar su deuda, sino que entorpecerá la cobranza, pues solo les entregará argumentos legales para iniciar acciones civiles y penales contra los responsables de dichas publicaciones por estar vulnerando sus derechos constitucionales al debido proceso, sanción previa y la presunción de inocencia.

Las AFP, en cuanto a la mora se refiere, tiene como tarea principal recuperar las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en Mora y no la de persuadir al empleador que tiene un Proceso Coactivo de la Seguridad, el cual en si ya tiene medios de persuasión para que el empleador honre la obligación.

VIII.-CONSIDERACIONES SOBRE LA BASE DE DATOS DE EMPLEADORES DEL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES.

La Circular consignada en Resolución Administrativa en el cuarto párrafo manifiesta:

"La información contenida en los listados es de absoluta responsabilidad de la AFP, por lo que, deberán tomar los recaudos necesarios, implementando controles que aseguren y garanticen la validez, exactitud y cantidad de los datos informáticos..."

Por informes de las AFPs, la Autoridad de Pensiones y Seguros tiene conocimiento de que la información contenida en la Base de Datos del Empleador no asegura ni garantiza la validez y exactitud de la misma pese a existir disposiciones legales que obligan al empleador ha (sic) actualizar la información a través del Formulario de Inscripción del Empleador, documento que se considera como Declaración Jurada, estos últimos no lo hacen y por consiguiente la BBDD no está totalmente actualizada.

Ante este hecho, mediante CIRCULAR APS/DPC/152/2012 de 29 de octubre de 2012, la APS dispuso: "proceder a la actualización, cuando corresponda la información de contacto (dirección, teléfono, fax, etc.) y representante legal de la Base de Datos de Empleadores registrados al Sistema Integral de Pensiones - SIP utilizando las siguientes fuentes de información: a) Servicio de Impuestos Nacionales - SIN, b) Fundación para el Desarrollo Empresarial -FUNDEMPRESA, c) Formularios del SIP

d) (sic) Otros documentos emergentes de acciones o solicitudes judiciales, e) Entes Gestores del Seguro Social a Corto Plazo". Esta es una muestra más de que el Regulador conoce las falencias de la BBDD que no es causada por la AFP, pues por Ley quien tiene la obligación de Registrar y hacer conocer los cambios de su empresa es el empleador y no así la AFP. A pesar de los esfuerzos de esta Administradora de Pensiones siguen existiendo empresas sin datos actualizados, ni un lugar donde recurrir para conseguirlos y cuando se los pide a algunas instituciones nos niegan la información como el caso del SIN.

Por lo expuesto y estando demostrado que la información que contiene la Base de Datos del Empleador no se encuentra actualizada en su totalidad, en cuanto a los representantes legales se refiere, porque éstos no cumplen con la obligación de mantener actualizada su información a través de una declaración jurada, consiguientemente, la información que la APS quiere que se publique no cumple con los presupuestos establecidos de seguridad y garantía, validez y exactitud. Y menos puede obligar a las AFPs a garantizar estos extremos que escapan a las responsabilidades a (sic) de las mismas y de la propia Gestora Pública de quien por ahora asumimos su representación, la que luego de este periodo transitorio heredará esta novedosa e ilegal responsabilidad que pretende imponer la APS a pesar de NO estar establecida en la Ley de Pensiones.

Causa además extrañeza a esta Administradora de Pensiones que se pretenda adicionalmente que la información a ser remitida a la APS sea bajo la firma del Gerente General y la Gerencia Legal, primero porque en BBVA PREVISIÓN AFP S.A. no existe Gerencia Legal sino Asesoría Legal, adicionalmente al margen de ser un hecho de estructura y organigrama, parece realmente extraño que la APS quiera determinar quien deberá ser el responsable por estos datos, sin consultar siquiera que departamento de la AFP tiene bajo su responsabilidad esa información. Pero independientemente de ello queremos recordar a la Autoridad de Pensiones y Seguros que a principios de año se remite ante su institución los nombres de las personas legalmente acreditadas como representantes de la AFP, de quienes no se puede dudar respecto a los documentos que emanen bajo sus firmas y que además están bajo la tuición y el aval de BBVA PREVISIÓN AFP S.A. que es la empresa con quien se tiene establecido el Contrato de Servicios y cuyos actos de los anteriores obligan legalmente a esta última.

VIII.- CLASIFICACIÓN DE LA MORA SEGÚN EL ORDENAMIENTO QUE REGULA LA GESTIÓN DE COBRO DEL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES.

Es importante considerar que para publicar las empresas deudoras hay que tomar en cuenta lo siguiente:

La normativa en actual vigencia distingue los tipos de deudas siguientes:

- Deuda Real por no pago
- Deuda Real por defecto
- Deuda Presunta por no pago.
- Deuda Presunta por diferencia

La normativa vigente establece la presunción de contribuciones en mora manifestando: "Corresponde la presunción de no pago de las contribuciones por parte de los empleadores, cuando un empleador que ha mantenido un comportamiento regular en la declaración y pago de las contribuciones al SSO por sus trabajadores, no cancela éstas en un mes determinado o hace un pago por un monto notoriamente inferior al del mes anterior; sin haber informado novedades en el Formulario de Pago de Contribuciones (FPC) que lo justifiquen.". La publicación de Empleadores y Representantes legales que tengan una deuda presunta con el SIP y SOS se constituye en un acto flagrante tipificado y sancionado por el Código Penal Boliviano (delitos contra el honor).

IX.- EFECTOS PENALES DE LA PUBLICACIÓN DE LA MORA.

De acuerdo al artículo 345 Bis del Código Penal, si el empleador es una persona jurídica son responsables la persona o personas individuales que fungían como representantes legales en el periodo en el que se tenía que cumplir con la obligación del pago de las contribuciones; es decir, debería identificarse al representante que estaba ejerciendo al momento de incumplirse la obligación y al actual, que es quién representa a la empresa (Persona Jurídica, que es el (sic) realidad el empleador).

Para el caso de la publicación de los procesos penales, la APS tiene el deber legal de reglar y normar conforme a los preceptos constitucionales. La Constitución Política del Estado en su Artículo 116 garantiza la presunción de inocencia, precepto constitucional que rige los actos procesales normados por el Código de Procedimiento Penal en su Artículo 6, que a la letra manifiesta: "Todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada". Asimismo, el Artículo 84 del citado cuerpo legal expresa: "Toda autoridad que intervenga en el proceso se asegurará de que el imputado conozca, los derechos que la Constitución Política del Estado las convenciones y Tratados Internacionales vigentes y este Código le reconocen"

La publicación de estos procesos con la relación de los Empleadores y sus Representantes Legales violenta el precepto constitucional de la presunción de inocencia de los imputados y la publicación de sus nombres sin sentencia ejecutoriada, se constituye en el delito de Difamación.

X.- LA REGULARIZACIÓN Y PAGO DE LA MORA DURANTE EL PROCESO DE PUBLICACIÓN DE LA MORA.

De igual forma existe la posibilidad de que en el tiempo en el cual se genere el detalle de empresas deudoras y el tiempo de publicación, puedan existir pagos en proceso de acreditación o descargo en proceso de regularización de la deuda, situación que

puede ocasionar que existan empresas que figuren en los detalles publicados y que su deuda ya haya sido regularizada.

X.- PUBLICACIÓN DE LA MORA DEL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES NO IMPLICA LA PUBLICACIÓN DE PROCESOS JUDICIALES DE COBRANZA JUDICIAL Y PROCESOS PENALES POR APROPIACIÓN INDEBIDA.

La R.A. SPVS 259/2001 "NORMA GENERAL DE GESTIÓN DE COBRO" de 23 de junio de 2000 define a la mora como:

"a) Mora: Son aquellas contribuciones retenidas por los empleadores a sus trabajadores y aquellas de cargo de éstos, que no han sido pagadas a las Administradoras, al finalizar el plazo legal de que disponen para ello."

De conformidad a la definición de la mora hecha por la entidad de regulación y fiscalización y la obligación legal de la APS de mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuciones en Mora al Sistema Integral de Pensiones, no implica la publicación de los procesos judiciales de cobranza seguidos contra los Representantes Legales de los Empleadores morosos y peor aún la publicación de los procesos penales por los delitos de Apropiación Indebida.

Tampoco existe sustento legal alguno para respaldar las publicaciones cuando se trata de procesos ejecutivos sociales basados en la normativa que regula al SIP.

A entender de esta AFP la APS debe tener mucho cuidado al publicar la mora, debiendo primero tener una definición concreta y legal de la misma y valorar que datos deben estar en la Base de Datos que pretende dar a conocer, siendo como es, una obligación propia de la APS, la que no puede de modo alguno pretender delegar a las AFPs por ahora y luego a la Gestora Pública.

PETITORIO

Por lo expuesto, con base a los fundamentos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso y en mérito a los fundamentos disponer **LA NULIDAD DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA en aplicación del art. 35 inc. a) de la Ley 2341 por estar regulando por encima de su competencia** y en el irrito que no se de curso a esta solicitud **REVOQUE TOTALMENTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/DJ N° 980-2012 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2012 QUE CONSIGAN EN RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA LA CIRCULAR APS/DP/ N° 185-2012 DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2012**, tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, bajo el fundamento de que por mandato expreso de la Ley N° 065 la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene por función y atribución indelegable e intransferible la de elaborar y publicar la información estadística de la seguridad social de largo plazo u otra información bajo su jurisdicción y la de mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuciones en Mora al Sistema Integral de Pensiones, pero aún si pretende sacar información de los PES basada en normas del SIP..."

Mediante Auto de 19 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones

y Seguros, determina la apertura de término de prueba, para que **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)** aclare y respalde los argumentos expuestos en el Recurso de Revocatoria.

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), mediante memorial de 11 de abril de 2013, remite la información y documentación solicitadas por el Ente Regulador.

4.-RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 451-2013 DE 10 DE MAYO DE 2013.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 451-2013 de 10 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

“...PRIMERO.- Confirmar la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 980-2012 de 20 de diciembre de 2012.

SEGUNDO.- Se rechaza el pedido de nulidad solicitado por Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., en virtud a los argumentos plasmados en el presente acto administrativo...”

Los argumentos presentados son los siguientes:

“...CONSIDERNADO:

Que en cuanto a la Nulidad del Acto Administrativo planteada por las AFP, corresponde señalar lo siguiente:

Que la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 03/2005 de 12 de enero de 2005, sobre la nulidad y la anulabilidad señala:

“El tratamiento de las nulidades en materia administrativa se encuentra previsto en el Capítulo V del Libro Segundo de la LPA, Artículos 35 al 38. En ese contexto normativo, se tiene causales para la nulidad de pleno derecho en el artículo 35 y, por otro lado, causales para la anulabilidad señaladas en el Artículo 36”.

“Queda claro que la LPA, en concordancia con la doctrina, reconoce la nulidad y anulabilidad como categorías jurídicas que, en derecho administrativo constituyen una especie de sanción para aquellos actos que no puedan integrarse al bloque de legalidad que regula la actividad administrativa, por encontrarse viciados de conformidad a las causales o situaciones establecidas en el ordenamiento jurídico”.

“Sin embargo, por sus alcances y efectos, la doctrina estableció diferencias fundamentales entre ambos institutos, como la convalidación y saneamiento que se puede hacer de los actos anulables, a diferencia de aquellos sancionados con nulidad de pleno derecho, aspecto que hace que su tratamiento sea distinto y que su invocación combinada sea incompatible. Por otra parte, a la nulidad se produce

debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo, establecidos a priori por la ley,”

Que en cuanto a la Motivación de los actos administrativos, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 03/2005 de 12 de enero de 2005, señala:

“Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su **motivación** o fundamentación que **implica** que la Administración Pública no puede actuar sin **bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos**, debiendo **observarse** las circunstancias de **hecho y de derecho** que correspondan al caso”.

“Así, la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda.” (Las negrillas son nuestras).

Que por otro lado, el artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo establece los Principios que rigen la actividad administrativa, entre los que se halla el de Sometimiento Pleno a la Ley, el cual dice: “La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso.”

Que es importante referirse al Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera que, en el artículo 3 se refiere al Ámbito de Aplicación señalando que, **las normas** reglamentarias **se aplicarán por** el regulador en su relación con los **sujetos regulados** e interesados, en **toda tramitación** de procedimientos administrativos, **incluyendo** procedimientos para la protección a usuarios, **y en los trámites de interposición de recursos** de revocatoria y jerárquicos.

Que bajo esa línea de comprensión, el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 hace referencia a los actos administrativos de menor jerarquía, los cuales deben ser de atención y cumplimiento por los regulados por su carácter obligatorio una vez notificados éstos. A su vez el artículo 20 expresa el procedimiento específico para impugnar los actos de menor jerarquía, indicando que para recurrir éstos (Circulares, Instructivos, Directivas, etc.), los regulados deben solicitar en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos al Ente Regulador que los emitió, la consignación de dicho acto en Resolución Administrativa, evento que debe ser efectuado en el plazo de diez (10) (sic), para luego hacer entrever los aspectos lesivos de la determinación de la Administración en la correspondiente impugnación del acto de menor jerarquía.

Que sobre la naturaleza de la norma señalada en el párrafo anterior, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 24/2005 de 19 de julio de 2005, dice:

“Según la configuración legal del **Artículo 19** del Decreto Supremo No.27175, se tipifican como actos administrativos de menor jerarquía las circulares, ordenes, instructivos y directivas. Efectuando una interpretación literal del citado artículo, cualquier otro acto que no encajare dentro de estas prescripciones no podría ser considerado como acto administrativo de menor jerarquía. Empero, si se realiza una interpretación teleológica de la norma aludida, entonces se podrá entender que la finalidad de dicho artículo no ha sido restringir a una sola serie de categorías los llamados actos administrativos de menor jerarquía sino, guardando concordancia con lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo, también podrán ser parte de la categoría a la que hace referencia el Artículo 19 del citado Decreto Supremo, **aquellos actos que tengan una naturaleza que pueda producir efectos jurídicos contra el administrado** que eventualmente pudieran **afectar sus derechos subjetivos o intereses legítimos** y que además revista el carácter de definitivo, precisamente velando por el derecho constitucional a la defensa, es decir, **la posibilidad de impugnar en la vía administrativa** las decisiones de la administración que pudieran ocasionar perjuicios a los administrados.” (Las negrillas son nuestras).

Que de lo anterior se establece que, la previsión normativa descrita se constituye en una garantía a favor del regulado para poder ejercer su irrestricto derecho a la defensa, permitiéndole impugnar actos administrativos, que si bien no tienen en un momento el carácter de Resolución Administrativa, pero que pueden tener efectos jurídicos contra el administrado.

Que bajo esa línea de comprensión, para hacer conocer los agravios o vulneraciones que pudiera generar un acto de menor jerarquía; previamente dicho acto debe ser según procedimiento consignado en Resolución Administrativa con las formalidades normativas y para todos efectos legales que esta acarrea, en especial para la impugnación. En ese sentido, los artículos 37, 46 y 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, categóricamente establecen que, los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución administrativa de alcance general o particular definitiva que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente.

Que asimismo, es importante considerar el origen del presente proceso administrativo, el cual se dio con el pedido simultaneo de las AFP de consignar la CIRCULAR: APS/DPC/N° 185-2012 de 29 de noviembre de 2012 en Resolución Administrativa, cuyo propósito ha sido cumplido al emitirse por esta Autoridad la R.A.980-2012, la que responde al pedido de consignación conforme a los fundamentos acordes a la naturaleza del proceso administrativo y, sirvió para que los regulados ahora recurran haciendo notar las situaciones que van en su perjuicio.

Que en ese sentido, el atender las solicitudes de consignación de un acto administrativo de menor jerarquía en resolución, no es otra cosa que brindar a los regulados la posibilidad legal de poder impugnar ese acto, por los medios legales que franquea la Ley.

Que por otro lado, habrá que recordar nuevamente a las AFP que, toda petición ante la administración debe ser clara, concreta y ajustarse al procedimiento que le brinda la

norma, a fin de poder satisfacer en lo que corresponde su pretensión y evitar interpretaciones procesales erróneas. En ese entendido, de la revisión a las peticiones de consignación en Resolución Administrativa de las AFP, éstas fueron realizadas de forma concreta y expresa, sin señalar mayor argumento de fondo que verse sobre la norma observada, a lo cual esta Autoridad ha dado curso con la emisión de la R.A.980-2012, la cual no se limita a la sola fundamentación relativa a la consignación, sino que además expresó en su parte Considerativa (páginas 3 y 4) los fundamentos que respaldan la CIRCULAR: APS/DPC/Nº 185-2012 de 29 de noviembre de 2012, al expresar lo siguiente:

“Que sin perjuicio de lo expresado anteriormente, corresponde expresar que la APS como Organismo de Fiscalización de la Gestora Pública, tiene el deber de acuerdo a las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones conferidas por la Ley de Pensiones de fiscalizar, supervisar, regular y controlar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, transitoriamente a cargo de las AFP, en cuanto a las obligaciones que esta tiene conferidas por Ley de Pensiones.

Que en ese comprendido, es importante expresar que las AFP como representantes de los Fondos del SIP que administra y en virtud a la representación que tiene por los Asegurados, tienen a su cargo el inicio y prosecución de los procesos judiciales de la Seguridad Social de Largo Plazo, éstos iniciados como consecuencia de la mora incurrida por los empleadores y, que su recuperación tiene el destino de cubrir las prestaciones que pueda otorgar el Sistema Integral de Pensiones.

Que la actividad expuesta en el párrafo anterior debe estar sujeta a control y supervisión del Regulador, por lo que éste en uso de sus competencias mediante la C.158-2012 ha instruido que las AFP pongan en su conocimiento sobre los procesos judiciales en curso, con el fin de controlar el estado de las causas, la mora y su recuperación, situación de elevada importancia para el SIP.

Que en lo que respecta a la publicación, corresponde referir que la misma tiene una orientación dirigida a que los empleadores en mora y con procesos judiciales en curso por deudas pendientes al SIP puedan regularizarla; y por otro lado, el disuadir al resto de empleadores para que cumplan oportunamente las obligaciones de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Que finalmente, las AFP deben considerar que con la C.185-2012 se ha otorgado a los regulados un mecanismo de control de gestión de la mora de los empleadores deudores al SIP.”

Que al presente, no es menos cierto que el hecho de consignar un acto de menor jerarquía en Resolución Administrativa, ha generado que los regulados en esta instancia (recursiva) hayan planteado todas sus observaciones y pretensiones expuestas en sus impugnaciones, alegatos, etc., las cuales son ahora atendidas y evaluadas en el presente acto.

Que en ese comprendido, resulta inconsistente la solicitud de nulidad de la R.A.980-2012 por motivos de falta de fundamentación o motivación, considerando que en la misma

R.A.980-2012 se ha atendido las solicitudes de acuerdo a la naturaleza del proceso y la instancia en que se encontraba; pero además explicando los motivos legales que respaldan la CIRCULAR: APS/DPC/Nº 185-2012 de 29 de noviembre de 2012.

Que en virtud a los aspectos señalados anteriormente, se establece que el argumento de nulidad planteado por las dos AFP no corresponde en razón a que el acto administrativo impugnado contaba con la fundamentación correspondiente, la cual es ampliada en función y atención a cada uno de los argumentos presentados en las impugnaciones de los regulados.

CONSIDERANDO:

Que en función a los argumentos planteados por las AFP, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Recurso de Revocatoria de Futuro de Bolivia S.A. AFP:

Futuro de Bolivia S.A. AFP, en el memorial presentado en fecha 17 de enero de 2013, en su fundamento 1 solicita nulidad del acto administrativo que se impugna (análisis que se tiene en el anterior Considerando), manifestando lo siguiente: "...el acto administrativo impugnado pretende delegar su función, que es una atribución privativa e indelegable del Organismo de Fiscalización...".

Conforme al Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual del tratadista Guillermo Cabanellas, se entiende por Delegar: "Conceder a otro la jurisdicción o las atribuciones propias, a fin de que haga sus veces" (Ed. Heliasta, 2003 – 28 Edición, Tomo III - pag. 55).

De la simple lectura de la R.A.980-2012, se evidencia que la misma dispone que los listados de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora remitidos por las AFP serán contenidos en la Base de Datos y publicados mensualmente en la página Web de la APS. De ello se deduce que el acto administrativo ahora impugnado, se encuentra en plena concordancia con lo previsto en el artículo 168 literal m) de la Ley de Pensiones, norma administrativa que en ningún momento sustrae a la APS de la obligación contenida en la disposición legal señalada. En ese sentido, no se puede afirmar que la APS está delegando sus funciones contenidas en la ley o transfiriendo las obligaciones que le corresponde.

Que en ese sentido, debe quedar claro que la publicación de los procesos judiciales en curso en la página Web de las AFP y de esta APS es por estas dos entidades; lo que da a entender que no hay delegación de funciones, como erróneamente señala Futuro de Bolivia S.A. AFP. Por el contrario, lo que sí se advierte es que ambas entidades (pública y privada) como operadores del SIP apuntan a un mismo objetivo y perspectiva que propende la normativa emitida, cual es reducir la mora con la publicación de Empleadores morosos en proceso de cobranza, siendo por tanto un mecanismo de comunicación a la sociedad y en lo particular a aquellos empleadores que tienen deudas con la Seguridad Social de Largo Plazo, para que se enteren sobre su situación legal y puedan de esta forma regularizar la misma y; para el caso de los Asegurados se

enteren y puedan exigir a sus empleadores en caso de corresponder el pago de las retenciones que les fueron realizadas para la seguridad social (sic).

Asimismo, se debe tener presente que la APS es un Organismo de Fiscalización de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo - GPS, y tiene el deber de acuerdo a las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas por la Ley de Pensiones de fiscalizar, supervisar, regular y controlar a la GPS, transitoriamente a las AFP.

En ese ámbito, se dicta la R.A.980-2012, que conforme expresa la misma, no dispone delegación de función o atribución alguna, como erróneamente afirma la AFP en el recurso; todo lo contrario, **claramente expresa que los listados de los procesos judiciales (en curso) a remitirse serán publicados mensualmente tanto en la página Web de la APS como de las AFP, siendo estas últimas responsables por la información enviada. Aclarando además que las publicaciones en medio de prensa, también es una labor conjunta de la AFP y APS.**

Por otro lado, se aclara al regulado que la norma ahora impugnada busca también mantener actualizada la Base de Datos de contribuyentes en mora, la cual no está limitada a la generada solamente durante la vigencia del SIP sino también a aquella impaga proveniente del SSO, pues al ser mora generada para la seguridad social de largo plazo (sic), las AFP tienen la obligación de recuperarla, reportarla y ahora publicarla. Sobre el respecto, es importante traer a colación lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley No. 065 de Pensiones que en su parágrafo II determina que, las AFP deberán informar periódicamente al Organismo de Fiscalización, el estado de los procesos ejecutivo sociales conforme reglamento.

La Administradora, en su **fundamento 2** de su memorial, reitera los argumentos vertidos en su fundamento 1, pero además señala lo siguiente: **"...la publicación del archivo general de mora que pretende el Regulador la efectivice la Administradora incluye tanto a deudores morosos efectivos y deudores presuntos"**. Asimismo afirma: **"Si de deudores presuntos se trata, una publicación irresponsable -que no refleja la verdadera condición de mora- implicará publicar una información que carece del principio de veracidad, generando para Futuro de Bolivia S.A. AFP, la responsabilidad para la indemnización...contra quienes sin ser efectivamente deudores morosos sean violentados en su dignidad y honor..."**.

Al respecto, **la AFP refiere y concluye que el publicar la Base de Datos de Contribuyentes en Mora se constituye en una violación de derechos**, en la dignidad y honor, privacidad, intimidad, honra y propia imagen invocando al artículo 21 numeral 2 y 13 de la CPE, asimismo **afirma que el publicar los Listados (de Contribuyentes en Mora) de los Procesos Judiciales puede dar lugar a acciones judiciales**. Pero **también refiere que dicha labor le corresponde exclusivamente la APS de acuerdo al artículo 168 de la Ley N° 065.**

El señalar que, el publicar la Base de Datos de Contribuyentes en Mora es una violación de derechos constitucionales, es una apreciación por demás subjetiva, que se constituye además en una usurpación de funciones, pues compete a otra instancia

definir la supuesta inconstitucionalidad de la Ley de Pensiones en su artículo 168 literal m), así lo expresa **el artículo 5 (Presunción de Constitucionalidad) de la Ley N° 027 de 06 de julio de 2010, Ley del Tribunal Constitucional que señala: “Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto o resolución y actos de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad”**, disposición legal que se encuentra en concordancia con **el artículo 4 de la Ley N° 254 de 05 de julio de 2012, Código Procesal Constitucional, que señala: “Se presume la constitucionalidad de toda norma de los Órganos del Estado en todos sus niveles, en tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional no declare su inconstitucionalidad”**.

Asimismo, se debe considerar que el cumplimiento o acatamiento de la Ley (N° 065) no genera ningún tipo de responsabilidad, es más, **el artículo 108 numeral 1) de la CPE, establece que se constituye en un deber “Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes”**.

Por otra parte, la AFP debe tener presente que precisamente en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Pensiones, se publicarán los Listados de los Contribuyentes en Mora que se encuentran con Procesos Judiciales en curso (PES, PCS y PP). Ello significa, que se agotó previamente la gestión administrativa de cobro, efectuada precisamente por la Administradora, gestión que tiene un plazo máximo de ciento veinte días (120) calendario, tiempo en el cual el Empleador (deudor) podrá presentar toda la documentación de descargo pertinente.

El argüir que se podrían estar llevando adelante procesos judiciales en contra de personas que aparentemente no son deudores por ser “deudores presuntos”, resulta una afirmación por demás sorprendente y contradictoria, puesto que la AFP agotó previamente la gestión administrativa de cobro, consecuentemente, ante evidencia del no pago, la norma prevé que debe efectuarse el cobro a través de la vía judicial, labores (gestión administrativa y judicial) que son ejecutadas por la Administradora.

Además, se debe considerar que la publicación de los Listados de los Contribuyentes en Mora, no vulnera derecho alguno, puesto que, la información remitida y elaborada por la AFP debe contener datos fidedignos, consecuentemente, no se está manipulando ni tergiversando información alguna, tratándose de información cierta referente a los Procesos Judiciales (actuales) que llevan adelante las Administradoras.

Que en ese comprendido, la norma a cumplirse por las AFP, no va de ninguna manera a mellar la dignidad u honor de los empleadores con mora, siendo que aquello es una realidad plausible y demostrable por los registros y documentación a cargo de las AFP, los cuales deben establecer la situación de deuda del empleador procesado en cuanto a la falta de cumplimiento al pago de contribuciones al SIP.

Que finalmente, el hecho de realizar las publicaciones de los procesos judiciales de la seguridad social de largo plazo vía Web y medio de prensa escrito, no implica el atribuir responsabilidad legal (que sólo la hace el Juez) sino mecanismos por los cuales se hace conocer sobre la existencia de juicios de orden social. Pues quien determinará la

situación legal será la autoridad judicial a través de una sentencia y que la misma se halle firme, mientras tanto el principio constitucional de la presunción de inocencia de todos aquellos empleadores con proceso judicial por adeudos pendientes de pago al SIP queda intacta; con la aclaración de que la condición de empleador-procesado puede extinguirse con el sólo pago de la mora adeudada más los intereses correspondientes.

La Administradora en el **fundamento 3** de su recurso, reiterando los argumentos vertidos en los puntos 1 y 2, señala además sobre la Base de Datos y la obligación de los Empleadores de actualizar su información, manifestando lo siguiente: **“...las AFP están facultadas a iniciar procesos judiciales, en contra del (sic) empleadores en mora; y en (sic) contra de la persona que fungió como representante legal al momento de efectuar su declaración jurada en el Formulario de Inscripción del Empleador FIE...”**. Asimismo aduce: **“La situación descrita precedentemente es originada generalmente por la negligencia del empleador al no dar cumplimiento a su obligación de actualizar sus datos...”**.

Evidentemente, la Administradora tiene la obligación de iniciar procesos judiciales en contra de los Empleadores que se encuentran en mora, demanda que será dirigida en contra del representante legal en caso de tratarse de persona jurídica, a lo cual, la AFP deberá contar con la suficiente información que le permita verificar si el Empleador objeto de proceso legal sea el acreditado legalmente. Asimismo, en caso de tratarse de un PP, iniciará la denuncia en contra de toda persona que tomó la decisión de no pagar y consecuentemente cometió el delito de Apropiación Indevida de Aportes (artículo 345 Bis del Código Penal).

Por otra parte, es menester mencionar que la exclusión (de la persona denunciada y/o demandada) dentro del proceso judicial sólo podrá ser determinada por la autoridad jurisdiccional a petición de parte, ésta no opera de oficio. Ello significa, que si el denunciado y/o demandado es la persona incorrecta por errónea información del empleador, será el Juez quien defina dicho aspecto, además no podría ser invocado como un hecho atribuible a la AFP, puesto que la información fue proporcionada por el empleador y verificada previamente al proceso judicial.

En ese sentido, el hecho de publicar los Listados de los Contribuyentes en Mora que se encuentran con Procesos Judiciales en curso, no puede interpretarse como un acto ilegal o ilícito, sólo por el hecho de afirmar que como consecuencia del Formulario de Inscripción del Empleador, pudo haber error en el nombre del representante legal por falta de actualización de información del empleador, aspecto que será definido por la autoridad jurisdiccional en el mismo proceso, considerando principalmente el origen o fuente de información de la AFP para determinar el representante legal.

Por último, la AFP en su **fundamentación 4** de su recurso, observa lo referente a las firmas del Gerente General y Gerente Jurídico, afirmando que: **“...la administración y representación de nuestra Administradora de Fondos de Pensiones es efectuada en conformidad a lo establecido por el Código de Comercio pudiendo ser delegada y/o**

asumida por uno o más administradores prescindiendo del cargo que éstos pudieran tener”.

El artículo 177 de la Ley de Pensiones, establece que en el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscrito con el Estado Boliviano en el marco de la Ley N° 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria; así como lo dispuesto en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el período de transición.

En ese ámbito normativo, la información que remita la AFP para la Base de Datos y su publicación, debe contener datos fidedignos y ciertos, atendiendo que dicha labor emana precisamente de la Ley de Pensiones, consecuentemente, es necesario que la misma sea refrendada por la Gerencia General y Legal, por lo tanto, la misma no contraviene el ordenamiento jurídico, tampoco la calidad de la Administradora.

Del análisis de los alegatos de expuestos en el memorial de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se tiene lo siguiente:

*Futuro de Bolivia S.A. AFP, en el memorial **en su fundamento 1** señala lo siguiente: “De la lectura del artículo precedente citado se colige que las AFP en su rol transitorio de administración del SIP, no tiene ninguna obligación legal de publicar listados en Mora y procesos judiciales...”.*

Al respecto, el Ente Regulador en ningún momento desconoce sus funciones o atribuciones conferidas por ley, tampoco lo dispuesto en el artículo 168 literal m) de la Ley N° 065, todo lo contrario, en su cumplimiento se dicta la R.A.980-2012, estableciendo que la AFP remitirá los listados de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora, listados que comprende la Base de Datos, para su respectiva publicación.

Asimismo, la APS de acuerdo a las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas por el artículo 168 de la Ley N° 065, tiene el deber de fiscalizar, supervisar, regular y controlar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo (transitoriamente a las AFP).

Por otra parte, el artículo 177 de la Ley de Pensiones, establece que en el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscrito con el Estado Boliviano en el marco de la Ley N° 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria; así como lo dispuesto en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el período de transición.

En ese ámbito normativo, las AFP no pueden argumentar que encontrándose en el periodo de transición, no tienen obligación alguna respecto a la emisión de información o publicación, cuando la Ley, les exige así sea transitoriamente a cumplir con las obligaciones que son de competencia de la GPS, consiguientemente, la información que remita la AFP en la Base de Datos, debe contener datos fidedignos y ciertos, atendiendo que dicha labor emana precisamente de la Ley de Pensiones.

En ese sentido, la R.A.980 - 2012 expresa que en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 168 literal m) de la Ley N° 065, se mantendrá y publicará la Base de Datos actualizada de los Contribuyentes en Mora, hecho que no puede interpretarse como una negación a las atribuciones que le compete al Ente Regulador, todo lo contrario, en ejercicio de las mismas, determina que en esa labor participe también las AFP, aspecto que no contraviene o vulnera disposición legal alguna.

La Administradora, en el **fundamento 2** de su memorial, expresa que la presunción de deuda creada por la ex SPVS, no puede ser considerada como fidedigna y menos garantizar su validez, por lo que su difusión puede desnaturalizar la esencia de los Títulos Ejecutivos y Coactivos con el consiguiente perjuicio a todos los procesos judiciales que en la actualidad se encuentran en sustanciación.

La Administradora debe considerar que, en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Pensiones, artículo 168 literal m), se debe "mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuyentes en Mora", ello significa, que esa labor impuesta por ley no es una opción sino de cumplimiento obligatorio, como advierte el artículo 108 numeral 1) de la Constitución Política del Estado (CPE), consecuentemente, la Administradora encargada de generar la información, debe asegurar a través de los controles correspondientes, la validez y certeza de los datos informados, evitando información desactualizada, falsa o equivocada.

Por otra parte, es necesario recordar que conforme establece la Ley N° 065, artículo 109, previamente a la gestión judicial, las AFP llevan adelante la gestión administrativa de cobro, gestión que tiene un plazo máximo de ciento veinte días (120) calendario, tiempo en el cual el Empleador (deudor) podrá presentar toda la documentación de descargo pertinente para la consideración de la AFP, que podrá a la conclusión de plazo, iniciar la gestión o cobranza a través de procesos judiciales en caso de persistir la mora.

En ese sentido, agotada la instancia de cobro administrativo recién se inicia la gestión de cobro judicial, gestión que se informará a la APS y que estará contenida en la "Base de Datos actualizada de Contribuyentes en Mora al Sistema Integral de Pensiones" y que de ninguna manera desnaturaliza la esencia de los Títulos Ejecutivos y Coactivos, ya que serán un fiel reflejo de los mismos en cuanto a montos y deudores.

La Administradora en su **fundamento 3**, invoca el artículo 116 de la CPE, inherente a la presunción de inocencia, precepto constitucional que se encuentra acorde con el artículo 6 del Código de Procedimiento Penal (CPP), argumentando que la publicación de estos procesos con relación a los Empleadores y sus representantes legales, violenta dicho principio, constituyéndose en el delito de Difamación.

El Dr. Williams Herrera Añez en su libro de Derecho Procesal Penal, explica que "lo que este derecho fundamental determina es que no se puede presumir a nadie autor de hechos o conductas tipificadas como delito, mientras la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo no sea acreditada por quienes, en el respectivo proceso penal, asumen la condición de parte acusadora. La presunción de inocencia garantiza, también, que en los procesos en que se enjuician acciones delictivas exista una prueba de cargo suficiente, realizada a través de medios de prueba constitucionalmente legítimos".

Al respecto, la publicación de la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora, no viola el principio de presunción de inocencia, como erróneamente argumenta la AFP, ya que la norma administrativa no declara la culpabilidad del denunciado y/o querrellado, tarea que no le compete, se limita a informar sobre los Contribuyentes en Mora, los que se encuentran con procesos judiciales seguidos a instancia y responsabilidad de las AFP.

En esa (sic) ámbito, la R.A.980-2012, dispone que los listados de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora serán contenidos en una Base de Datos y publicados tanto por la APS como por las AFP, labor que deviene del cumplimiento de la Ley de Pensiones, y que no atenta garantía constitucional alguna.

Además, el publicar la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora con procesos judiciales, no constituye la comisión del delito de Difamación previsto en el artículo 282 del Código Penal - CP, puesto que, tratándose de un delito doloso (artículo 13 Quáter del CP), requiere como presupuesto "la intencionalidad (animus) del agente en la ofensa", presupuesto que no se cumple, ya que la publicación no tiene por finalidad ofender a persona alguna, sino el informar de las personas (Empleadores) en mora, en estricto cumplimiento a la Ley de Pensiones.

Recurso de Revocatoria de BBVA Previsión AFP S.A.:

Con carácter previo es importante aclarar que para el presente análisis, corresponde sobrecártanos a los argumentos que integran el presente acto administrativo, en lo que corresponda.

La AFP argumenta que no tiene la obligación de publicar la mora del Sistema Integral de Pensiones - SIP, y que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene por obligación legal la publicación de la mora del SIP y que, ni la Ley No.065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, ni el Decreto Supremo No.778 de 26 de enero de 2011 hacen referencia a la obligatoriedad de publicar los listados de mora y procesos judiciales en la página Web y en un medio de prensa de circulación nacional.

Al respecto, como se manifestó anteriormente, la R.A.980-2012, motivo de impugnación, no delega atribución alguna, todo lo contrario, en cumplimiento a lo previsto en el artículo 168 literal m) de la Ley de Pensiones, establece que la AFP, remitirá los listados de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora, listados que

comprenden la Base de Datos, los mismos serán publicados mensualmente en la página Web de la APS, publicación que también podrá efectuarla en un medio de prensa.

Asimismo, se debe considerar que la APS es un Organismo de Fiscalización de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo - GPS, y tiene el deber de acuerdo a las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas por la Ley de Pensiones de fiscalizar, supervisar, regular y controlar a la GPS, transitoriamente a las AFP.

En ese ámbito, la R.A.980-2012 expresa que, los listados de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora, serán también publicados por las Administradoras de Fondos de Pensiones, hecho que no puede interpretarse como una delegación o concesión de atribuciones; sino como un deber normativo a cumplirse por las AFP al ser los administradores de los fondos y representantes de los Asegurados, quienes al presente se hallan perjudicados al no tener acreditados sus **aportes** deducidos de los salarios en la Cuenta Personal Previsional, porque el empleador no ha efectuado las contribuciones al SIP, y que al presente su recuperación está en proceso de cobranza judicial.

La Administradora, BBVA Previsión AFP S.A, sobre la Base de Datos de Empleadores del SIP, señala: "...la Autoridad de Pensiones y Seguros tiene conocimiento de que la información contenida en la Base de Datos del Empleador no asegura ni garantiza la validez y exactitud de la misma pese a existir disposiciones legales que obligan al empleador a (sic) actualizar la información...". Asimismo, afirma: "...la información que la APS quiere que se publique no cumple con los presupuestos establecidos de seguridad y garantía, validez y exactitud. Y menos obligar a las AFPs a garantizar estos extremos que escapan a las responsabilidades de las mismas...".

Al respecto, el artículo 108 numeral 1) de la CPE, establece que se constituye en un deber "Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes".

El Organismo de Fiscalización conforme al artículo 168 literal a) de la Ley N° 065, tiene entre sus funciones: "Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos".

En ese sentido, el argumentar que la Base de Datos de la AFP tiene falencias generadas por la falta de actualización de datos de parte de los empleadores y que es complicado obtener información precisa, por lo cual, no se debe publicar la Base de Datos de los Contribuyentes en Mora, no es una causa justificada para incumplir lo dispuesto en la Ley de Pensiones, artículo 168 literal m).

La AFP debe considerar que el incumplimiento a las disposiciones que emanan de la ley genera responsabilidades, no así su acatamiento; en ese sentido la información que tenga estructurada el regulado y que remita a la APS, debe contener datos fidedignos y reales, sobre los Procesos Judiciales que precisamente lleva adelante contra los empleadores morosos, entendiendo además que previamente a la demanda la Administradora ha tomado todos los recaudos necesarios para identificar la mora como al deudor, hecho que también se constituye en una de sus obligaciones, esto para evitar

injusticias o demandas perdidas, acciones judiciales inconsistentes, etc. y en particular, para contar con el debido respaldo para aquellas acciones o reclamos por supuesta afectación a la dignidad y honor de las personas. Consecuentemente, la información que emita para la Base de Datos y su publicación, debe efectuarse con la mayor responsabilidad, por ello, la información debe ser refrendada por la Gerencia General y Legal, lo cual no es un hecho novedoso ni ilegal como erróneamente arguye la Administradora.

Por lo que llama la atención el argumento de la AFP al indicar en repetidas veces que, la Base de Datos tiene falencias, no asegura ni garantiza la validez y exactitud de los datos; sin embargo, la misma AFP refiere que existen disposiciones legales precisas para actualizar la información del empleador. Pero además el regulado olvida que su actuar no solamente se rige por la norma ahora observada, sino también por el cuidado exigible y la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones, prevista en la Ley de Pensiones y el Contrato de servicios con Estado Boliviano.

Pero además, la AFP debe estar consciente de que la información sobre los procesos judiciales del SIP en curso a ser remitida al regulador para su publicación, debe ser la correcta e idónea; lo contrario significaría inducir en error a esta Autoridad; lo que generaría claro está, la responsabilidad correspondiente de la AFP.

Asimismo, la AFP en sus argumentos expresa que se debe tomar en cuenta la clasificación de la mora según el ordenamiento que regula la gestión de cobro del SIP, señalando lo siguiente: “La publicación de Empleadores y Representantes legales que tengan deuda presunta con el SIP y SSO se constituye en un acto flagrante tipificado y sancionado por el Código Penal Boliviano (delitos contra el honor)”.

El artículo 106 de la Ley de Pensiones, claramente señala: “La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal”.

Asimismo, el artículo 109 de la Ley N° 065 expresa lo siguiente: “La Gestión Administrativa de Cobro comprende (sic) todos actos orientados a realizar la cobranza de las Contribuciones en mora y de los Aportes Nacionales Solidarios en mora.

La Gestión Administrativa de Cobro de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios por mora del Empleador, tendrá un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que éste se constituyó en mora”.

Por otra parte, en cuanto al SSO, el Decreto Supremo N° 25722 de 31 de marzo de 2000, en su artículo 7 establecía: “Para el cobro de Contribuciones en mora al SSO, las AFP aplicarán los siguientes procedimientos, en el orden que se siguen: La Gestión de Cobro y el Proceso Ejecutivo Social”.

De las normas legales citadas precedentemente se deduce que, la gestión de cobro a cargo de las Administradoras, tiene dos etapas, la primera la gestión de cobro en la instancia administrativa y la segunda la gestión de cobro en la instancia judicial. Ello significa, que previamente al inicio del proceso judicial (PES, PCS y PP), la AFP debe agotar la instancia de cobro administrativo, ello importa, que ha comunicado (reiteradamente) al deudor de la mora (sea ésta efectiva o presunta), para que presente sus descargos, para lo cual, se tiene un plazo de ciento veinte (120) días calendario desde que se constituyó en mora.

En ese sentido, atendiendo la normativa aplicable a la materia, la AFP actuando con responsabilidad ha comunicado al deudor (sea presunto) de la mora, para que cancele lo adeudado o presente todos los descargos correspondientes, y consecuentemente, al haberse agotado esta instancia, y no haber satisfecho a la Administradora, ésta tendrá la vía expedita para iniciar la acción judicial para el cobro de la contribución en mora.

Consecuentemente, publicar la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora que se encuentran con procesos judiciales, no puede constituirse un delito, ya que se está acatando lo dispuesto en la norma de Pensiones, además el empleador fue sujeto a una Gestión Administrativa de Cobro, y que posteriormente, concluyó con el cobro en la vía judicial, en cumplimiento a las disposiciones legales que regulan la materia.

La AFP, también argumenta sobre los efectos penales de la publicación de la mora, señalando lo siguiente: "La publicación de estos procesos con la relación de los Empleadores y sus Representantes Legales violenta el precepto constitucional de la presunción de inocencia de los imputados y la publicación de sus nombres sin sentencia ejecutoriada, se constituye en el delito de Difamación".

Al respecto, la garantía constitucional de la presunción de inocencia, de aplicación a los administradores de justicia, consiste en que no se puede aplicar ninguna sanción ni pena a un procesado, mientras no se demuestre claramente su culpabilidad en un debido proceso.

La publicación de la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora, no viola el principio de "presunción de inocencia", como erróneamente argumenta la AFP, puesto que la norma administrativa impugnada, no condena ni sanciona al denunciado y/o querellado por la Administradora por el Delito Previsional de Apropiación Indevida de Aportes.

La R.A.980-2012 dispone que, los listados de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora serán publicados tanto por la APS como por las AFP, labor que deviene del cumplimiento de la Ley de Pensiones, y que no atenta garantía constitucional alguna, en correcta aplicación del artículo 5 de la Ley N° 027 de 06 de julio de 2010 y artículo 4 de la Ley N° 254 de 05 de julio de 2012.

Por otra parte, el publicar la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora con procesos judiciales, no constituye la comisión del delito de difamación previsto en el artículo 282 del Código Penal - CP, puesto que, tratándose de un delito doloso (artículo

13 Quáter del CP), figura que atenta contra el bien jurídico protegido "el honor de las personas", requiere como presupuesto "la intencionalidad (animus) del agente en la ofensa", presupuesto que no se cumple, ya que la publicación no tiene por finalidad ofender a los Contribuyentes en Mora que se encuentran con proceso judicial, sino el comunicar dicho aspecto, en estricto cumplimiento a la Ley de Pensiones.

La Administradora también aduce lo siguiente: "De igual forma existe la posibilidad de que en el tiempo en el cual se genere el detalle de empresas deudoras y el tiempo de publicación, pueden existir pagos en proceso de acreditación o descargo en proceso de regularización de la deuda, situación que puede ocasionar que existan empresas que figuren en los detalles publicados y que su deuda ya haya sido regularizada".

La publicación de la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora, se constituye en una función delegada por la Ley de Pensiones N° 065, ello significa que cualquier cuestionamiento, en este caso por razones operativa importa no sólo un desconocimiento de la ley, sino además su incumplimiento, lo cual genera responsabilidad.

Asimismo, se debe considerar que el Anexo I de la Circular: APS/DPC/N° 185 - 2012 de 29 de noviembre de 2012 consignada en Resolución Administrativa, establece: "Los montos en mora para cada empresa deudora a la Seguridad Social de largo plazo están sujetos a actualizaciones en función de la presentación de información por parte del Empleador". Ello significa, que la información emitida por la AFP para su publicación no es estática ni cerrada y podrá modificarse periódicamente.

Por último, la AFP en sus fundamentos, señala lo siguiente: "...la obligación legal de la APS de mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuciones en Mora al Sistema Integral de Pensiones, no implica la publicación de los procesos judiciales de cobranza seguidos contra los Representantes Legales de los Empleadores morosos...".

La Administradora, después de mencionar en su memorial que su Base de Datos no cuenta con información precisa, que no aseguran la validez ni exactitud de la misma, contradictoriamente, señala que se debe mantener y publicar la mora, definiéndola (según la R.A. SPVS 259/2001): "Son aquellas contribuciones retenidas por los empleadores a sus trabajadores y aquellas de cargo de éstos, que no han sido pagadas a las Administradoras, al finalizar el plazo legal de que disponen para ello".

El artículo 107 de la Ley N° 065, establece: "El Empleador incurre en mora al día siguiente de vencido el plazo establecido para el pago de contribuciones y deberá pagar el Interés por Mora y el Interés Incremental por las contribuciones no pagadas, de acuerdo a reglamento".

La R.A.980-2012, dispone la publicación de la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora, entendiendo que los procesos judiciales (PES, PCS y PP) iniciados por las Administradoras en contra de los Empleadores es precisamente por Contribuciones en Mora, que se efectúa después de una gestión administrativa de cobro.

En lo referente a la firma de la nota de remisión a la APS por el Gerente General y el Gerente Jurídico, la AFP señala que no habría Gerencia Legal sino Asesoría Legal y que le resulta extraño que el regulador determine quienes serían los responsables por los datos habiendo personal a cargo de la información a remitirse, teniendo además en cuenta el envío a la APS de los nombres y firmas de las personas acreditadas en la AFP. Al respecto, corresponde aclarar al regulado que por el carácter e importancia de la información a ser remitida, precisa ser cabal e íntegra, para lo cual se requiere el respaldo gerencial del principal representante de la AFP apoyado por la parte legal, a fin de evitar la derivación de responsabilidades. Con relación al envío de los nombres y firmas del personal de la AFP, la misma se tiene presente para los trámites regulares; sin embargo en lo que hace al requerimiento específico (sic) de la CIRCULAR: APS/DPC/Nº 185-2012 de 29 de noviembre de 2012, éstos deben ser atendidos por los personeros que se señala, por los motivos expresados anteriormente.

La AFP en uno de sus últimos argumentos señala que existe la posibilidad de que a tiempo de la publicación puedan existir pagos en proceso de acreditación o regularización de deuda, por lo que ocasionaría que existan empresas que figuren en los detalles publicados pero con deuda regularizada. Al respecto, la AFP debe entender que los listados a publicar corresponden a procesos judiciales del SIP y el SSO en curso, es decir cuya deuda aun (sic) no ha sido pagada y menos en proceso de acreditación. En el supuesto que se haya pagado, se tendrá por efectuado una vez que se presente el desistimiento del proceso judicial, lo que significa que el pago de la deuda fue a satisfacción de la AFP, y de esta manera la empresa no figure en la lista a publicarse.

Por otro lado, corresponde el análisis de los Alegatos presentados por la AFP:

La AFP manifiesta que la Circular: APS/DPC/Nº 185 - 2012 de 29 de noviembre de 2012 consignada en la R.A.980- 2012, no cumpliría con las formalidades establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo, artículo 28, y su Reglamento, es decir, la obligación de emitir una Resolución Administrativa fundada y motivada; y, que les causa extrañeza, que la información remitida deba contener la firma del Gerente General y la Gerencia Legal.

Al respecto, el tratadista Eduardo García de Enterría sostiene que "(...) La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un requisito meramente formal, sino de fondo. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto (...) la ley obliga a la administración a motivar sus decisiones, lo que quiere decir, hacer públicas las razones de hecho y derecho en las cuales las mismas se apoyan". En esa línea y sobrecartándonos al análisis ya realizado en el presente acto se tiene que, la motivación es uno de los requisitos esenciales del acto administrativo, pues de la simple lectura de la R.A.980-2012, se evidencia que la misma cumple con los elementos esenciales señalados en el artículo 28 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, y que se encuentra debidamente motivada y fundada en derecho, ya que la misma, no sólo se limita a expresar únicamente el amparo de qué norma legal se expide el acto, sino

fundamentalmente expone las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

En cuanto a la forma de la remisión de la información de la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora, se tiene que considerar que, el artículo 177 de la Ley de Pensiones, establece que en el periodo de transición, las AFP continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscrito con el Estado Boliviano en el marco de la Ley N° 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria; así como lo dispuesto en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición.

En ese ámbito normativo, las AFP en el periodo de transición deben someterse al cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley N° 065, que impone la obligación de "mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuyentes en Mora", por lo que, la información que remita la APS, debe contener datos fidedignos y ciertos que reflejen la realidad, consecuentemente, es necesario que la misma sea refrendada por la Gerencia General y Legal, hecho que por cierto, no contraviene el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la AFP argumenta que no tiene la obligación de publicar la nómina de los Contribuyentes en Mora del Sistema Integral de Pensiones - SIP, y que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene por obligación legal la publicación de la mora del SIP. Al respecto, como se manifestó anteriormente, la R.A.980-2012, no delega atribución alguna, todo lo contrario, en cumplimiento a lo previsto en el artículo 168 literal m) de la Ley de Pensiones, establece que la AFP remitirá los listados de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora, listados que comprende la Base de Datos, los mismos serán publicados mensualmente en la página Web de la APS.

Asimismo, se debe considerar que la APS es un Organismo de Fiscalización de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo - GPS, y tiene el deber de acuerdo a las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas por la Ley de Pensiones de fiscalizar, supervisar, regular y controlar a la GPS, transitoriamente a las AFP.

Bajo ese contexto normativo, la R.A.980-2012 expresa que los listados de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora, serán también publicados por las Administradoras de Fondos de Pensiones, hecho que no puede interpretarse como una negación a sus atribuciones, todo lo contrario, en ejercicio de las mismas, determina que en esa labor participe también las AFP, hecho que no vulnera disposición legal alguna.

Por otra parte, es llamativo (sic) la posición ambigua de la AFP, ya que afirma, por una parte, que el mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuciones en Mora le corresponde únicamente al Ente Regulador, pero por otra parte, afirma que estos hechos vulneran derechos y garantías constitucionales, desconociendo que deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones, que no quebranta derecho alguno, y que la información que contiene la misma es emitida por la Administradora.

La Administradora, BBVA Previsión AFP S.A, manifiesta que “la publicación de estos procesos con relación de Empleadores y sus representantes legales, violenta el precepto constitucional de la presunción de inocencia de los imputados y la publicación de sus nombres sin sentencia ejecutoriada, se constituye en el delito de Difamación”. Asimismo, aduce que “...se constituirá en un ilícito tipificado en el Código Penal en los delitos contra el honor la difamación, calumnias e injurias...”.

Al respecto, publicar la Base de Datos de los Contribuyentes en Mora, no constituye violación de derecho constitucional alguno, como erróneamente interpreta la Administradora, labor que deviene del cumplimiento a la Ley N° 065, en su artículo 168 literal m), a lo cual sobre la función interpretativa de constitucionalidad o inconstitucionalidad, sólo le corresponde al Tribunal Constitucional Plurinacional (artículo 196 de la CPE, concordante con el artículo 5 de la Ley N° 027 de 06 de julio de 2010 y artículo 4 de la Ley N° 254 de 05 de julio de 2012).

El publicar la Base de Datos de los Contribuyentes en Mora, tampoco, constituye la comisión de delitos contra el honor, como erróneamente arguye la Administradora, puesto que la figura penal de Difamación requiere como presupuesto “la intencionalidad (animus) del agente en la ofensa”, la Calumnia exige que “el sujeto activo sepa que la víctima no ha cometido el delito que se le imputa” y para la injuria se requiere “el animus injuriandi”, presupuestos que no se cumplen, puesto que la publicación no tiene por finalidad (animus) (sic) atentar contra el honor de las personas (Contribuyentes en Mora), todo lo contrario, deviene del cumplimiento a la Ley de Pensiones y tiene por finalidad informar a los Asegurados de los Contribuyentes en Mora que se encuentran con procesos judiciales precisamente para recuperar sus aportes.

La AFP señala también (sic) “La APS no debe desconocer la posibilidad de que en el tiempo en el que se genere el detalle de Empleadores morosos, puedan existir pagos en procesos de acreditación o descargo en proceso de regularización de la deuda, situación que puede ocasionar que existan empresas que figuren en los detalles publicados y que su deuda haya sido regularizada”. Sobrecartándonos al análisis ya realizado, además se señala que la publicación de la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora, se constituye en una función delegada por la Ley de Pensiones N° 065, ello significa que cualquier cuestionamiento, en este caso por razones operativas importa no sólo un desconocimiento de la ley, sino además su incumplimiento, lo cual genera responsabilidad.

Asimismo, se debe considerar que el Anexo I de la Circular: APS/DPC/N° 185 - 2012 de 29 de noviembre de 2012 consignada en Resolución Administrativa, establece: “Los montos en mora para cada empresa deudora a la Seguridad Social de largo plazo están sujetos a actualizaciones”, ello significa, que la información emitida por la AFP para su publicación no es estática ni cerrada y podrá modificarse periódicamente.

De igual forma, la Circular: APS/DPC/N° 185 - 2012 de 29 de noviembre de 2012 consignada en Resolución Administrativa, establece: “La información contenida en los listados es de absoluta responsabilidad de la AFP, por lo que deberán tomar los

recaudos necesarios, implementando controles que aseguren y garanticen la validez, exactitud y cantidad de los datos informados”, ello importa, que corresponde a las AFP tomar los recaudos correspondientes para que la información que contenga la Base de Datos (actualizada) de Contribuyentes en Mora sea veraz y fidedigna, por lo que, el cuestionamiento sobre el aparente impedimento operativo no puede ser óbice para el incumplimiento a la ley.

Argumenta en sus conclusiones o alegatos que “de mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuciones en Mora al Sistema Integral de Pensiones no implica la publicación de los procesos judiciales...”. Al respecto, el artículo 107 de la Ley N° 065, establece: “El Empleador incurre en mora al día siguiente de vencido el plazo establecido para el pago de contribuciones y deberá pagar el Interés por Mora y el Interés Incremental por las contribuciones no pagadas, de acuerdo a reglamento”. Asimismo, el artículo 106 de la citada disposición legal, señala: “La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que corresponda, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal”. De igual forma, el artículo 188 - II, sobre los Procesos Ejecutivos Sociales, establece: “Las Administradoras de Fondos de Pensiones, deberán informar periódicamente al Organismo de Fiscalización, el estado de los procesos, conforme a reglamento”. Las disposiciones legales citadas, entre otras, han sido recogidas en la R.A.980-2012, puesto que, por una parte es innegable que se debe “mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuyentes en Mora al Sistema Integral de Pensiones” (artículo 168 literal m de la Ley N° 065), y que por otra, las Contribuciones en Mora podrán generar procesos judiciales, labor que se efectúa después de la gestión administrativa de cobro, y que naturalmente se debe informar a los Asegurados a través de la publicaciones.

Por último en su memorial presentado en fecha 11 de abril de 2013, respecto a la aclaración solicitada, expresa que conforme a Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, es de obligación exclusiva del Empleador y no de la AFP la “Actualización de la Información del Empleador en la Base de Datos”, y que conforme a las notas APS/DPC/9309/2012 y APS/DESP/DPC/4249/2013 se les instruyó la actualización del dato de representantes legales de los Empleadores, sin embargo, citan que tienen dificultades para actualizar la información, y que en los procesos judiciales los Empleadores presentan excepciones de impersonería en el demandado a las que la autoridad jurisdiccional las declara probadas.

Que las notas señaladas anteriormente, versan sobre requerimientos de información actualizada y específica correspondiente a determinados empleadores que tienen procesos judiciales, con la cual se realizan el control por esta Autoridad de la mora que tuvieran éstas; por tanto no merecen una interpretación más allá del objeto para el cual fueron emitidas.

En lo referente a la CIRCULAR: APS/DPC/152-2012 de 29 de octubre de 2012, esta tiene por finalidad instruir a las AFP proceder a la actualización de la información referente al representante legal de la Base de Datos de Empleadores registrado en el SIP, para lo

cual detalla una serie de fuentes de información; norma que no fue objetada y se halla firme en sede administrativa para su correspondiente cumplimiento. De la lectura anterior se establece que, la AFP ya contaba con un instrumento normativo que le permitía con anterioridad a la norma observada, actualizar los datos de los empleadores en cuanto al representante legal.

Por otro lado, el argumento de la AFP de que la Base de Datos de Empleadores no se encuentra actualizada por negligencia de los empleadores, no es argumento suficiente para no cumplir con la norma ahora observada y menos deslindar la responsabilidad de la AFP hacia terceros de mantener una Base de Datos actualizada, cabal y correcta.

Asimismo, resulta errado el indicar que el motivo por el cual se emitió la CIRCULAR: APS/DPC/152-2012 de 29 de octubre de 2012 fue porque la APS conocía que la Base estaba desactualizada; por el contrario esta Autoridad a (sic) emitido la norma señalada precedentemente con el objeto único de que las AFP tengan un mejor control de la mora, los datos de los empleadores y para evitar incidencias en los procesos judiciales, manteniendo actualizada la información del representante legal de las empresas registradas en el SIP.

En cuanto a las aparentes limitaciones para obtener información acerca el "Empleador" en Mora, el artículo 185 de la Ley N° 065, establece: "Es obligación de la Administración Tributaria Nacional, Departamental y Municipal, Órgano Electoral Plurinacional, Registro de Comercio, Registro de Empleadores, entidades de la seguridad social (sic) de corto y largo plazo y otras entidades, proporcionar la información necesaria y bases de datos requeridos por el Organismo de Fiscalización y la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo (transitoriamente las AFP)". Asimismo, el artículo 25 (Requerimiento de Documentación) del Decreto Supremo N° 778, señala: "Al incumplimiento de una o más obligaciones del Empleador, establecidas en la Ley N° 065 y sus reglamentos, la GPS (transitoriamente la AFP) está facultada para requerir al Empleador la documentación pertinente, quien bajo ninguna circunstancia podrá negarse al requerimiento. En caso de negativa, el Empleador será pasible a ser denunciado ante el Ministerio Público, por la comisión del delito tipificado en el Artículo 160 del Código Penal". Además, el artículo 24 de la CPE, establece: "Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario".

De acuerdo a la normativa legal citada se advierte que la Administradora puede acceder a la información respecto al representante legal del "Empleador", sea a través de entidades públicas o privadas, o requiriendo información al mismo "deudor", sea de forma directa o mediante orden judicial, antes o durante el proceso judicial; por lo tanto, carece de sustento el argüir que existen limitaciones para obtener dicha información, y que ello origina a que la información proporcionada a la APS no refleje la realidad, cuando es obligación de la AFP asegurar a través de los controles correspondientes, la validez y certeza de los datos informados.

Finalmente, de la evaluación al argumento y documentación relativa a las excepciones planteadas de impersoneria (sic), corresponde señalar que las mismas no hubieran ocurrido si las AFP antes de iniciar el proceso judicial hubieran previsto y revisado oportunamente este aspecto antes de presentar la denuncia o demanda, obviamente con la información actualizada e idónea del empleador, demostrando falta de cuidado exigible y diligencia en sus actuaciones de cobranza. Sin perjuicio de lo señalado, corresponderá al regulado saber que, la excepción señalada no tiene el carácter perentorio sino dilatorio, es decir que puede ser objeto de subsanción conforme a procedimiento ordinario.

Que por todo lo expuesto, esta Autoridad observa que las entidades recurrentes no han presentado fundamentos suficientes que posibiliten la consideración de la Revocatoria a la R.A.980-2012, por lo que corresponde su confirmación.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva de los Recursos de Revocatoria interpuestos por Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., el Ente Regulador llega a la conclusión de que las entidades recurrentes no han presentado argumentos con el fundamento suficientes que permitan modificar la R.A.980-2012, en consecuencia, se debe confirmar la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 3 de junio de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 451-2013 de 10 de mayo de 2013, argumentado lo siguiente:

"...II FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN,

1. Las funciones y atribuciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS son indelegables por disposición de la Ley N° 065, para el caso en particular, la APS es la única que tiene la obligación de realizar las publicaciones de la mora tal como lo determina la Ley de Pensiones en su Art. 168 inciso j) y m). Asimismo, tiene la obligación legal de Cumplir la Constitución Política del Estado, la Ley de Pensiones, sus reglamentos y disposiciones legales conexas.
2. La AFP no tiene obligación legal de publicar la mora del Sistema Integral de Pensiones por mandato expreso del Artículo 149 de la Ley N° 065, el que establece y describe las Funciones y Atribuciones de la Gestora Pública en un total de 28 incisos y ninguno de éstos hace referencia a la obligatoriedad de publicar los listados de Mora y de

Procesos Judiciales en una página web o en un medio de prensa de circulación nacional.

3. Las funciones y atribuciones legales de la APS son indelegables e intransferibles. La instrucción de publicación de la información de los listados de procesos judiciales a la AFP, es una obligación que únicamente la APS puede realizar, motivo por el que la Circular consignada en Resolución Administrativa contraviene el ordenamiento jurídico que regula el SIP y no cumple con el principio de legalidad establecido en el Artículo 4 de la Ley N° 2341.
4. La propia APS manifiesta que su función es reguladora y no de una interpretación extensiva de las normas que regulan el SIP, en consecuencia, no puede regular más allá de lo que la ley ordena, como es en el presente caso delegando sus funciones y atribuciones a la AFP obligándola a realizar la publicación de los listados de (i) Mora General al SSO, (ii) Procesos Ejecutivos Sociales, (iii) Procesos Coactivos Sociales y (iv) Procesos Penales.
5. La Constitución Política del Estado en su artículo 108 manda conocer y cumplir la Constitución y las Leyes, la Ley N° 065 establece las obligaciones legales del empleador para con el SIP, pese a las actividades constantes que realiza esta AFP de concienciar a los Empleadores de sus obligaciones, existen algunos que las Incumplen, de manera que el fundamento de la publicación de los listados expresado en la Resolución Administrativa impugnada de "regularizar" y "disuadir" no tienen sustento legal alguno, porque la publicación no ayudará ni disuadirá a los Empleadores a pagar su deuda y por el contrario entorpecerá la cobranza, pues solo les entregará argumentos legales para iniciar acciones civiles y penales contra los responsables de dichas publicaciones por estar vulnerando sus derechos constitucionales al debido proceso, sanción previa y la presunción de inocencia.
6. Durante la sustanciación del Recurso de Revocatoria se ha demostrado que la información contenida en la Base de Datos del Empleador no asegura ni garantiza su validez y exactitud pese a existir disposiciones legales que obligan al Empleador ha (sic) actualizar la información a través del Formulario de Inscripción del Empleador (Declaración Jurada).
7. La información que la APS quiere que se publique no cumple con los presupuestos establecidos de seguridad y garantía, validez y exactitud. Y menos puede obligar a las AFPs a garantizar estos extremos que escapan a sus responsabilidades.
8. No existe sustento legal o jurídico alguno que obligue a la AFP que la información remitida sea bajo la firma del Gerente General y la Gerencia Legal, siendo que los representantes legales de esta Administradora se encuentran plenamente acreditados ante el ente regulador, de quienes no se puede poner en duda los documentos que emanen bajo sus firmas y que además, están bajo la tuición y el aval de BBVA PREVISIÓN AFP S.A. que es la sociedad con quien se tiene establecido el Contrato de Servicios.
9. La publicación de Empleadores y Representantes legales que tengan una deuda presunta con el SIP y SSO se constituye en un acto flagrante tipificado y sancionado

por el Código Penal Boliviano (delitos contra el honor) y que la APS soslaya en la Resolución de Confirmación manifestando que es un acto que no será sancionado porque emana de la Ley N° 065, sin considerar que las AFP no tiene esta obligación legal.

10. Para la publicación de los procesos penales, la APS tiene el deber legal de reglar y normar conforme a los preceptos constitucionales. La Constitución Política del Estado en su Artículo 116 garantiza la presunción de inocencia, precepto constitucional que rige los actos procesales normados por el Código de Procedimiento Penal en su Artículo 6, que a la letra manifiesta: "Todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada". Asimismo, el Artículo 84 del citado cuerpo legal expresa: "Toda autoridad que intervenga en el proceso se asegurará de que el imputado conozca, los derechos que la Constitución Política del Estado las convenciones y Tratados Internacionales vigentes y este Código le reconocen".
11. La publicación de estos procesos con la relación de los Empleadores y sus Representantes Legales violenta el precepto constitucional de la presunción de inocencia de los imputados y la publicación de sus nombres sin sentencia ejecutoriada, se constituye en el delito de Difamación.
12. La ASP pretende ignorar la posibilidad de que en el tiempo en el cual se genere el detalle de empresas deudoras y el tiempo de publicación, puedan existir pagos en proceso de acreditación o descargo en proceso de regularización de la deuda, situación que puede ocasionar que existan empresas que figuren en los detalles publicados y que su deuda ya haya sido regularizada.
13. El ordenamiento jurídico que regula el SIP define la obligación legal de la APS de mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuciones en Mora y no regula sobre la publicación de los procesos judiciales de cobranza seguidos contra los Representantes Legales de los Empleadores morosos.

PETITORIO

Por los fundamentos expuestos y la normativa señalada, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito, dictar Resolución, disponiendo la Revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 451/2013 de 10 de mayo de 2013 que confirma la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, tal como prescribe el artículo 43 inciso b) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en virtud a que se ha demostrado el efecto y perjuicio Irreversible a terceros, así como la posibilidad de ocasionar daños graves a esta Administradora que conlleva la publicación de las Listas de la Mora y de los Procesos Judiciales..."

6. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-

Mediante memorial presentado el 10 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, presenta sus alegatos, argumentando lo siguiente:

“... I. ALEGATOS:

Con las facultades y atribuciones conferidas por el artículo 41, parágrafo II, del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo); y dentro del plazo establecido, tenemos a bien formular los siguientes alegatos que solicitó sea objeto de la sana crítica y valoración razonada:

a) De la obligación de publicar de la Base de Datos de contribuyentes en mora:

El Art. 168 de la Ley 065 de 10 de diciembre de 2010, en su inciso m), ha establecido como función y atribución -propia e indelegable- del Organismo de Fiscalización: "**Mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuyentes en Mora al Sistema Integral de Pensiones**" (las negrillas y el subrayado son nuestros).

Asimismo, y de la lectura del catalogo de funciones y atribuciones conferidas a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros; se puede determinar incuestionablemente que la APS no tiene atribuciones para delegar, ceder, ni mucho menos participar y/o compartir las obligaciones que le son propias, a sus regulados. La claridad de la previsión legal contenida en este artículo, resta posibilidad de interpretaciones sesgadas y es expresa al determinar que es el ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN -papel desempeñado por Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- quien debe mantener y **publicar** la Base de Datos Actualizada de **Contribuyentes en Mora**; y no las Administradoras de Fondos de Pensiones que a la fecha se encuentran asumiendo transitoriamente las funciones, atribuciones y obligaciones indelegables de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Es menester hacer cita a las Sentencias Constitucionales 1464/04-R de 13 de septiembre; 908/05-R de 8 de agosto y 55/05-R de 12 de septiembre por las cuales se determina las implicancias del principio de jerarquía de los actos administrativos, al señalar que este principio:

"...Se deriva del principio de legalidad, y prescribe que **ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma de grado superior**, principio que está recogido en el art. 4 inc h) de la LPA..." (las negrillas son nuestras)

Sin embargo de lo expresado, y olvidándose que las actuaciones de la administración pública deben guiarse por los principios de sometimiento pleno a la Ley y de Jerarquía Normativa citado previamente; y que se encuentran establecidos en el artículo 4, inciso c) y h) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo; por los cuales la administración debe regir sus actos con sometimiento pleno a la ley y observado la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes; la APS ha pretendido justificar la imposición de una obligación que le es propia e indelegable, al señalar incongruentemente que:

"...se dicta la R.A.980-2012, que conforme expresa la misma, no dispone delegación de función o atribución alguna, como erróneamente afirma la AFP en el recurso; todo lo contrario, **claramente expresa que los listados de los procesos judiciales (en curso) a remitirse serán publicados mensualmente tanto en**

la página Web de la APS como de las AFP, siendo estas últimas responsables por la información enviada. Aclarando además que las publicaciones en medio de prensa, también es una labor conjunta de la AFP y APS".

Bajo el mismo criterio, la APS señala entre otros de sus considerandos que ha motivado la confirmación de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 980-2012, que consigna en Resolución Administrativa la Circular APS/DPC/Nº 185-2012 de 29 de noviembre de 2012, sin modificar su Ratio Legis, que:

"... como se manifestó anteriormente, la R.A. 980-2012, motivo de impugnación, no delega atribución alguna, todo lo contrario, en cumplimiento a lo previsto por el artículo 168 literal m) de la Ley de Pensiones, establece que la AFP, remitirá los listados de los procesos judiciales (en curso) de los Contribuyentes en Mora, listados que comprenden la Base de Datos, **los mismos serán publicados en la página Web de la APS, publicación que también podrá efectuarla en un medio de prensa**" (las negrillas son nuestras). Cuando a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, la Circular APS/DPC/Nº 185-2012 consignada en Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 980-2012 establece que "Los listados de procesos judiciales remitidos por la Administradora... **serán publicados mensualmente en la página WEB de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS**"; y también por las AFP en sus respectivas páginas WEB, concluyendo que "De igual forma, los listados de procesos judiciales remitidos por la Administradora, deberán ser publicados en un medio de prensa de circulación nacional cada seis (6) meses". Sin embargo, no se establece que dicha publicación deba ser efectuada por las AFP y menos de manera conjunta con la APS.

Sobre dicho particular, se debe aclarar que la participación en el contexto de lo instruido por la APS, a decir de Guillermo Cabanellas de Torres, no es más que una "comisión" por la cual se nos obliga a Intervenir, junto a la APS, en una actividad que le es propia, convirtiéndose entonces en una delegación, que según Cabanellas, no es más que la "Cesión de atribuciones", entendiéndose entonces que esa delegación se ha traducido en una cesión de las obligación de la APS de "..., una función o una responsabilidad a otra persona para que los ejerza en su lugar" (Diccionario Manual de la Lengua Española, Larousse Editorial, S.L), recayendo en nuestra AFP; lo que desde todo punto de vista, es contrario a la Ley; y que eventualmente podría constituirse en un incumplimiento de deberes del regulador.

Cabe señalar que una delegación de funciones como la del caso de autos, que es absolutamente ilegítima al no estar debidamente fundamentada y mucho menos respaldada en una ley, genera la nulidad absoluta del acto administrativo al tenor de lo establecido por el artículo 122 de la Constitución Política del Estado que refiere textualmente "Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley". En el caso concreto, la delegación de funciones dispuesta por el regulador, constituye un acto que no emana de la ley y en consecuencia resulta nulo.

Como su Autoridad fácilmente podrá colegir en el caso de Autos, la CIRCULAR APS/DPC/Nº 185- 2012 de 29 de noviembre de 2012, se limita a señalar que las AFP deben publicar los listados de los procesos judiciales en sus páginas WEB; y que los listados remitidos, también deberán ser publicados en un medio de prensa de circulación nacional; situación ésta, que vulnera lo establecido por el art. 28, inciso e) de la Ley Nº 2341, pues nuestra administradora desconoce las razones legales concretas y/o análisis que motivó dicho pronunciamiento al no encontrarse justificados ni insertos en referida nota; dicha situación tampoco fue subsanada a tiempo de emitir la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, toda vez que la misma carece de la debida fundamentación y motivación sobre el acto administrativo que se consigna en Resolución, desconociéndose aun (sic) cuales son los fundamentos legales que motivaron a su Autoridad establecer "la participación de las AFP" en tareas propias e indelegables de la APS; lo que conlleva a que nuestra administradora se encuentre en un estado total de indefensión por falta de un elemento esencial del procedimiento administrativo.

Finalmente, es pertinente señalar las consideraciones de la jurisprudencia contenida en la Sentencia Constitucional Plurinacional 1089/2012 de 05 de septiembre de 2012, misma que hace referencia a la jurisprudencia del anterior Tribunal Constitucional, contenida en la SC 0752/2002-R de 25 de junio que recogiendo lo señalado en la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre, estableció que el derecho al debido proceso:

"... exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no solo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión".

En esta línea de la jurisprudencia constitucional se ha manifestado el Tribunal Constitucional Plurinacional en varias Resoluciones, de las cuales se cita entre otras la SC 1365/2005 - R, SC 2227/2010 -R, las mismas que solicito (sic) a su Autoridad considerarlas como precedentes jurisprudenciales que deben orientar su actuación administrativa; y que seguramente motivaran la nulidad del acto administrativo impugnado, por lo que el mismo no puede ser confirmado ni convalidado, dada su ilegalidad.

b) De la Base de Datos de Empleadores en Mora:

La información de las bases de datos que administra nuestra AFP, se encuentra estructurada en sujeción a los parámetros establecidos por el regulador a través de las definiciones incorporadas por la Ex SPVS mediante Resolución Administrativa SPVS P No. 259 de 23 de junio de 2000 (NORMA GENERAL PARA LA GESTIÓN DE COBRO) y que se constituye en su sustento legal; es decir, incluye conceptos de mora presunta, por lo

que como es de conocimiento de la APS, las Notas de Débito que se constituyen en Títulos Ejecutivos, o Coactivos según corresponda, incorporan dichos preceptos.

El hecho *ut supra*, tiene implicancias que no pueden ser mal interpretadas por la APS dando a entender que "...la AFP agotó previamente la gestión administrativa de cobro, consecuentemente, ante evidencia del no pago, la norma prevé que debe efectuarse el cobro a través de la vía judicial, labores (administrativa y judicial) que son ejecutadas por la Administradora"; puesto que lo que en realidad se agotó, es el plazo de la Gestión Administrativa de Cobro, debiendo en consecuencia darse curso a la vía judicial, pero como se anotó previamente, incluyendo los preceptos de la normativa emitida por la ex SPVS, que como ya se manifestó introducen **un elemento que desnaturaliza la esencia misma de los Títulos Ejecutivo y Coactivo**, e incide en el desarrollo normal de los procesos ejecutivos sociales y coactivos de la seguridad social; dicho elemento **es el de la "Presunción de Mora"** que como figura o instituto jurídico que viabilice acciones coactivas **no existe**. Lo anteriormente expuesto tiene sustento en aspectos conceptuales y doctrinales que, siendo de pleno y perfecto conocimiento del Regulador, deben merecer su atención y son los que se detallan a continuación:

EN LO CONCERNIENTE A LA MORA:

Según tratadistas de Derecho Civil, la mora es "el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación" (José Decker Morales, página 19 - EL PROCESO EJECUTIVO). "La mora consiste sólo en la tardanza, retardo o demora en el cumplimiento" (Código Civil, Carlos Morales Guillen).

De acuerdo al Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, Mora es la "Tardanza en el cumplimiento de una obligación. De modo más específico, retraso en el pago de una cantidad de dinero líquida y vencida". El mismo diccionario respecto de la mora del deudor refiere: "Situación en que se coloca quien deja de cumplir a su vencimiento la obligación que le incumbe, y una vez que ha sido intimado para su cumplimiento por el acreedor. Ahora bien, la mora se puede producir de pleno derecho; es decir, sin necesidad de intimación, cuando se ha convenido que corra desde el día del vencimiento o cuando así lo determina la ley". "Mora ex Lege" o Mora por el ministerio de la ley, ese el caso de las previsiones legales contenidas en los Arts. 107 y 108 de la Ley 065; es decir la mora de los Empleadores está prevista en la ley.

En sentido estricto mora es la dilación en el pago de una cantidad de dinero líquida y vencida. Por una parte, deuda líquida es la de existencia cierta y reconocida, por ejemplo una cantidad determinada de dinero. Deuda cierta, por otra parte, es aquella sobre cuya existencia y exactitud, ya sea en cantidad de dinero u otra prestación cualquiera, no hay discusión; es una deuda sin duda.

Como contraparte, la deuda ilíquida es la pendiente de ser estimada o liquidada y que genera dudas relativas a la exigibilidad del acreedor o relativas al pago del deudor. El Regulador no considera que la presunción es una proposición acerca de la verdad, **no es la verdad en sí**, afectando con ello la esencia de los Títulos Ejecutivo y Coactivo. Inclusive en materia probatoria, la presunción cuando no admite prueba

en contra es absoluta y relativa si admite prueba en contra. Así la presunción si es absoluta surtirá eficacia plena en contraparte a la presunción relativa, conforme se trate de presunción iures et de iure o iures tantum, conforme nuestra legislación establece en los Arts. 477 Código de Pdto. Civil y Arts. 1317, 1318, 1319 y 1320 del Código Civil.

Por lo antes expuesto es perfectamente coherente concluir que la presunción de la mora es iures tantum ; y que solamente la deuda real y mora efectiva hacen a la naturaleza y esencia de los procesos coactivos sociales; ya que como se glosó (sic) precedentemente, las deudas presuntas no ingresan en la categoría de suma líquida y exigible, menos de mora; y deberían ingresar en su sustanciación y resolución a procesos de naturaleza ordinaria para que juez competente determine si existe o no deuda, criterio así expresado por Carlos Morales Guillen en su Código de Pdto. Civil Concordado cuando señala que:

"La exigencia de cantidad líquida para proceder ejecutivamente, responde a la necesidad de certeza que debe darse sobre lo que tiene derecho a percibir el acreedor, porque no siendo líquida la cantidad, sería necesario un previo proceso de liquidación, sujeto a comprobaciones y pruebas propias del proceso ordinario.

Siempre que la ley se refiere a cantidad líquida, se refiere indudablemente a cantidades ciertas de dinero efectivo, representación común de todos los valores y de ello se infiere, por algunos autores, que el objeto de la ejecución ha de ser sumas de dinero (Manresa y Reus..." (las negrillas son nuestras).

De ahí, que la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, así como la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, acertadamente han determinado que la sustanciación del Proceso Ejecutivo Social y del Proceso Coactivo de la Seguridad Social, sean con arreglo a lo establecido por el Código de Procedimiento Civil.

c) De la obligación de los Empleadores de actualizar su información:

El Decreto Supremo N° 27324 de 22 de enero de 2004, ha establecido en su artículo 16 que:

"...el formulario de inscripción del empleador al SSO, ADQUIERE LA CALIDAD DE DECLARACIÓN JURADA DEL REPRESENTANTE LEGAL... y el empleador en siete días hábiles deberá hacer conocer a La (sic) AFP, lo siguiente: - CAMBIO DE PROPIETARIO DE LA EMPRESA o TRANSFERENCIA, FUSIÓN, DISOLUCIÓN o TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD. - CAMBIO DE DENOMINACIÓN o RAZÓN SOCIAL- CAMBIO DE DOMICILIO DE LA EMPRESA y CAMBIO DE REPRESENTANTE LEGAL...". De acuerdo a lo señalado precedentemente y en sujeción a las disposiciones en actual vigencia las AFP están facultadas a iniciar procesos judiciales, en contra del (sic) empleadores en mora; y en contra de la persona que fungió como representante legal al momento de efectuar su declaración jurada en el Formulario de Inscripción del Empleador FIE; y que, mientras NO SE DE BAJA O MODIFIQUE DICHA INFORMACIÓN, seguirá figurando en nuestros registros y bases de datos como tal. En este sentido y de acuerdo al Diccionario Jurídico de Manuel Ossorio, la Declaración Jurada se entiende como. **"...La que los**

particulares hacen ante determinados organismos de la administración pública. Asimismo, siendo la que se presta bajo juramento de decir la verdad y afrontando la responsabilidad de su violación..."

Por tanto, se debe considerar además que la Base de Datos refleja sólo y únicamente el último registro actualizado de cada aportante (razón social, domicilio y representante legal) siendo como se anotó previamente deber y responsabilidad de los empleadores actualizar dicha información, ya que para todos los efectos la declaración jurada se constituye en plena prueba de descargo sobre los datos que se tienen.

El hecho de pretender que las AFP asuman la obligación del Organismo de Fiscalización al publicar en una página WEB y en medios de prensa de circulación nacional los datos de los procesos ejecutivos, coactivos y penales, puede ocasionar graves perjuicios en contra de nuestra Administradora de Fondos de Pensiones, debido a que cada Denuncia Penal está dirigida en contra del último Representante Legal que se tiene registrado en nuestros archivos y Bases de Datos; correspondiendo al Fiscal Asignado a cada caso dentro del cuaderno de investigaciones, determinar la responsabilidad del representante legal, toda vez que la misma es intuitu persona, y no puede recaer sobre un representante legal que dentro de un determinado periodo de deuda, no fungió como tal.

La situación descrita precedentemente es originada generalmente por la negligencia del empleador al no dar cumplimiento a su obligación de actualizar sus datos, y que al ser publicado a un medio de difusión de información internacional como es una página WEB puede tomarse como un atentado o violación a un derecho fundamental como es la DIGNIDAD y HONOR de una persona, Art. 21 núm. 2 de la CPE tutelables a través de la Acción de Protección de Privacidad, Art. 130 de la CPE, y hasta penalmente sancionables como DIFAMACIÓN y CALUMNIA previstos en los Arts. 282 y 283 del C.P., toda vez que la simple publicación de una persona como IMPUTADO significaría que se le hubiera atribuido la comisión de un delito a esa persona, Art. 5 del C.P.P., no siendo una causa justificable el hecho de no haber ACTUALIZADO sus datos en los registros de las AFP, ya que esa omisión no está sancionada como un hecho que pueda ser sujeto de una acción judicial, mucho menos penal teniendo los denunciados el derecho a la legítima defensa ya que nadie puede ser condenado sin antes haber sido escuchado y mucho menos difamado públicamente.

Al caso concreto es aplicable aquel aforismo jurídico que establece que **"los derechos de uno terminan cuando surgen los derechos de otros"**, es decir el límite de aplicación de derechos; por lo cual si bien por disposición del Art. 149 inc. w) de la Ley 065 de Pensiones, las AFP deben cumplir con todo acto administrativo emanado por el Organismo de Fiscalización, es también evidente que de acuerdo al Art. 14-IV de la CPE "En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las Leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban." En consecuencia la publicación de la Base de Datos de Contribuyentes en Mora no puede ser delegada mediante ningún instrumento regulatorio a las AFP, toda vez que

debe ser efectuada por la APS como obligación impuesta por mandato legal del Art. 168, inciso m) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.

d) Del daño que se ocasionaría:

Nuestra Constitución Política del Estado en su Artículo 116 garantiza la presunción de inocencia, precepto constitucional que rige los actos procesales normados por el Código de Procedimiento Penal en su Artículo 6, que a la letra manifiesta: Todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento, **mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada**" (las negrillas son nuestras). Asimismo, el Artículo 84 del citado cuerpo legal expresa: **"Toda autoridad que intervenga en el proceso se asegurará de que el imputado conozca, los derechos que la Constitución Política del Estado las convenciones y Tratados Internacionales vigentes y este Código le reconocen"**; papel que aplicado al caso de autos, le toca desempeñar a su Autoridad con la competencia que tiene para conocer el recurso jerárquico, debiendo entonces garantizar el debido proceso; y en cumplimiento a los principios de sometimiento pleno a la ley y jerarquía normativa, velar que la norma impugnada y su aplicación garantice el respeto de los derechos y garantías que las Constitución y las Leyes les reconocen no solo a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sino también de las personas naturales y/o jurídicas en su condición de representantes legales y empleadores de empresas en mora.

La publicación de estos procesos con la relación de los Empleadores y sus Representantes Legales violenta el precepto constitucional de la presunción de inocencia de los imputados; y la publicación de sus nombres sin sentencia ejecutoriada, en vez de estar sic. "...dirigida a que los empleadores en mora y con procesos judiciales en curso por deudas al SIP puedan regularizarla...", estaría restringiendo su derecho a la defensa, situación que se constituiría en un delito de Difamación, ocasionando que los empleadores dirijan acciones penales, civiles y constitucionales para la restitución de sus derechos y la reparación de daños y perjuicios, teniendo en cuenta que, cuando se atribuye a una persona, sea natural o colectiva, la calidad de **"MOROSO"** se está afectando directamente su reputación, como también a bienes jurídicos protegidos como es la dignidad, la honra y la imagen reconocidos como derechos fundamentales en el art. 21 núm. 2 de la Constitución Política del Estado. Así, **con la publicación de forma mensual y repetitiva en un sitio WEB de los listados de procesos judiciales con la identificación de las personas y empresas** (personas jurídicas) que se encuentran en esta situación, **se estaría atentando contra sus derechos fundamentales**, siendo mayor aún el riesgo y el daño que se ocasionaría de publicarse también **la presunción de deuda** (que se encuentra inserta en los listados); y que **en muchos casos es descargada válidamente por los empleadores** dando como resultado, simplemente, **la inexistencia de la mora y la puerta abierta para que los empleadores**, perjudicados en sus derechos y honra, **puedan en defensa propia tomar una acción penal en contra de ambas Administradoras de Fondo de Pensiones por el delito de Difamación previsto y sancionado en el art. 182 del Código Penal**, toda vez que a causa de una Resolución Administrativa impuesta, y más aún a causa de una negativa de suspender los efectos de dicha Resolución ilegal, se atribuyó a una determinada persona o empleador una condición (MOROSO) que se presumía por la normativa establecida

por la ex SPVS para la identificación de la deuda, pero que en realidad no existía; quedando así sujetos a una sanción penal y al pago por resarcimiento de daños y perjuicios, también demandables en materia civil por los daños morales o materiales ocasionados, que lógicamente son irreversibles debido a que los sujetos activos es decir empleadores actuaron en el marco de las leyes vigentes.

Con las mismas características y circunstancias, se advierte **un escenario más oscuro para la publicación de procesos judiciales, sobre todo los penales.** Si bien la Difamación consiste en una conducta por el que se publica repetidas veces una calumnia que atenta a la reputación de una persona, la Calumnia prevista por **el art. 283 del Código Penal, sanciona con reclusión al que imputare a otro falsamente la comisión de un delito;** es decir, que por imperio del art. 5 del Código de Procedimiento Penal, **la imputación del delito** no se la realiza con la Resolución de Imputación Formal del Fiscal, sino con **la simple atribución de un delito mediante la denuncia en cualquier sede administrativa o judicial, y peor aún si es en un medio de comunicación público e internacional como es la página WEB.**

Sobre lo expresado ut supra, es preciso citar entre otras, las Sentencias Constitucionales 1972/2011-R y 1738/2010-R que han recogido la línea jurisprudencial emitida por la sentencia Constitucional 0965/2004-R de 23 de junio de 2004, misma que en la parte pertinente expresa lo siguiente:

"...el hábeas data como un proceso constitucional de carácter tutelar, tiene la finalidad de brindar tutela efectiva, inmediata e idónea a la persona en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación informática. La protección que brinda el hábeas data abarca los siguientes ámbitos:

a) Derecho de acceso a la información o registro de datos personales obtenidos y almacenados en un banco de datos de la entidad pública o privada, para conocer qué es lo que se dice respecto a la persona que plantea el hábeas data, de manera que puede verificar si la información y los datos obtenidos y almacenados son los correctos y verídicos; sí no afectan las áreas calificadas como sensibles para su honor, la honra y la buena imagen personal;

b) Derecho a la actualización de la información o los datos personales registrados en el banco de datos, añadiendo los datos omitidos o actualizando los datos atrasados; con la finalidad de evitar el uso o distribución de una información inadecuada, incorrecta o imprecisa que podría ocasionar graves daños y perjuicios a la persona;

c) Derecho de corrección o modificación de la información o los datos personales inexactos registrados en el banco de datos público o privado, tiene la finalidad de eliminar los datos falsos que contiene la información, los datos que no se ajustan de manera alguna a la verdad, cuyo uso podría ocasionar graves daños y perjuicios a la persona;

d) Derecho a la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida, pero que no debería trascender a terceros porque su difusión podría causar daños y perjuicios a la persona;

e) Derecho de exclusión de la llamada "información sensible" relacionada al ámbito de la intimidad de la persona, es decir, aquellos datos mediante los cuales se pueden determinar aspectos considerados básicos dentro del desarrollo de la personalidad, tales como las ideas religiosas, políticas o gremiales, comportamiento sexual; información que potencia/mente podría generar discriminación o que podría romper la privacidad del registrado;

En consecuencia, **el hábeas data es una garantía constitucional que tiene por objetivo el contrarrestar los peligros que conlleva el desarrollo de la informática en lo referido a la distribución o difusión ilimitada de información sobre los datos de la persona; y tiene por finalidad principal el proteger el derecho o la autodeterminación informática preservando la información sobre los datos personales ante su utilización incontrolada indebida e ilegal, impidiendo que terceras personas usen datos falsos, erróneos o reservados que podrían causar graves daños y perjuicios a la persona.** El hábeas data tiene la función primordial de establecer un equilibrio entre el "poder informático" y la persona titular del derecho a la autodeterminación informática, es decir, entre la entidad pública o privada que tiene la capacidad de obtener, almacenar, usar y distribuir la información sobre datos personales y la persona concernida por la información" (las negrillas y subrayado son nuestros).

Asimismo, y con relación al derecho a la honra como un derecho lesionado por la publicación que se pretende imponer a las AFP, es menester hacer cita a lo señalado por las Sentencias Constitucionales N° 686/04-R de 6 de mayo (sic); 1275/04-R de 10 de agosto y 383/03-R de 19 de marzo (sic) que establecen que:

"...Según la doctrina del Derecho Constitucional el derecho a la honra, es la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida y tratada por los demás miembros de la colectividad que le conocen; es el derecho que tiene toda persona a que el Estado y las demás personas le reconozcan y respeten la trascendencia social de su honor..." De acuerdo a lo establecido por nuestra Constitución Política del Estado en su Artículo 14, parágrafo IV, **"En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban"**, por lo que a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, y toda vez que la obligación legal de publicar la base de datos de empleadores morosos es una facultad privativa e indelegable del organismo de fiscalización, papel que ejerce la APS, conforme lo expresado por la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, las publicaciones hechas por las AFP serían ilegales por no constituirse en una de sus funciones atribuciones y obligaciones legales; situándonos ante el inminente riesgo de sufrir constantes daños por la interposición de demandas de resarcimiento de daños y perjuicios y/o recursos constitucionales, motivo por el que en su oportunidad solicitamos a su Autoridad que en conformidad a lo dispuesto por el artículo 40, parágrafo II del Decreto Supremo N° 27175; y demostrada la real y razonable posibilidad de que se nos ocasione daño, disponga el efecto suspensivo de la Resolución Administrativa ASP/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012.

Queda claro que, se ha demostrado con normas vigentes, que los efectos de la aplicación de la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012, trae aparejada la inminente posibilidad de que se ocasionen graves e irreversibles perjuicios a las

Administradoras de Fondos de Pensiones BBVA PREVISIÓN AFP S.A. y FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP; por lo que a tiempo de valorar los fundamentos del recurso jerárquico y de nuestros alegatos, le solicitamos nuevamente tenga en cuenta "...el **principio de razonabilidad**, que según la jurisprudencia constitucional tiene como objeto preservar el valor justicia y está contenido en el art. 229 de la CPE que determina que los principios, garantías y derechos no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio..." (Sentencias constitucionales 64/06-R de 17 de julio; 172/05-R de 28 de febrero (sic), 1032/06-R de 16 de octubre (sic) y 73/06-R de 25 de enero (sic)).

e) Falta de firmeza administrativa en proceso paralelo:

Mediante Auto de fecha 08 de febrero de 2013, su Autoridad rechazo la solicitud suspensión de cumplimiento de obligación impuesta por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 980-2012 de 20 de diciembre de 2013; dicho Auto a solicitud de ambas AFP fue consignado en Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 175-2013 de fecha 06 de marzo de 2013, la misma que fue recurrida; y que al presente se encuentra impugnada por el Recurso Jerárquico interpuesto por Previsión BBVA AFP S.A., contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 438-2013 de fecha 02 de mayo de 2013 que confirmo (sic) Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 175-2013 de fecha 06 de marzo de 2013.

De la relación *ut supra*, su Autoridad fácilmente podrá colegir que el rechazo de la solicitud de suspensión de obligación invocada por ambas Administradoras de Fondos de Pensiones, no se encuentra firme en sede administrativa. Por lo que al haberse emitido la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 451-2013 de fecha 10 de mayo de 2013 se ha dejado a ambas Administradoras en total estado de indefensión, aspecto que seguramente motivara la nulidad del acto administrativo garantizando el debido proceso administrativo con el saneamiento procesal correspondiente; por lo que es pertinente hacer mención a lo establecido por la Resolución Jerárquica de regulación Financiera SG SIREFI RJ 7/2004 de 11 de octubre de 2004 que expresa:

"...Respecto al derecho a la defensa, la Constitución Política del Estado en su artículo 16 (corresponde al artículo 117 de la constitución vigente) consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que **se prohíbe la imposición de toda sanción**, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, **sin ejercicio de la defensa**. En materia administrativa, este principio implicara la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, **entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin de que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos...**"

IV. PETITORIO:

En mérito a los argumentos jurídicos expuestos, su Autoridad advertirá que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 451-2013 de 10 de mayo de 2013, no ha cumplido con el elemento principal y esencial contenido en el inciso e) del Artículo 28 de la Ley de

*Procedimiento Administrativo, toda vez que no contiene la debida fundamentación y motivación de lo establecido en la parte dispositiva, por lo que invocamos la **NULIDAD** del referido acto administrativo al amparo del artículo 35 inciso e) y artículo 30 inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, al haberse transgredido el mandato contenido en el artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175.*

*En el inadmitido y menos consentido caso que no se concediera la nulidad invocada, nos allanamos a la solicitud de BBVA PREVISIÓN AFP S.A., por lo que al verse conculcados también nuestros derechos y legítimos intereses; al amparo de lo establecido los artículos 66 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y, artículos 43 y 52 del Decreto Supremo N° 27175 de 23 de abril de 2002, solicito alternativamente que su Autoridad, se sirva **REVOCAR** los efectos y alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 451-2013 de fecha 02 de mayo de 2013; que confirmo (sic) la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, ajustando el procedimiento al marco de la legalidad..."*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Circular APS/DPS/N° 185-2012 de 29 de noviembre de 2012, instruye a las Administradoras de Fondos de Pensiones, lo siguiente:

- Remitir la lista de Mora General, el listado de Procesos Ejecutivos Sociales en curso, Procesos Coactivos Sociales en curso y Procesos Penales por Apropiación Indevida de Aportes en curso.
- Publicar los listados señalados, en su página WEB y en un medio de prensa de circulación nacional.
- Remitir la nota con la firma de su Gerente General y Gerente Jurídico.
- Asimismo, señala que la información contenida es de absoluta responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones, por lo que deben tomar los recaudos necesarios.

Futuro de Bolivia S.A. AFP, y BBVA Previsión AFP S.A., solicitan que la Circular APS/DPS/N° 185-2012 de 29 de noviembre de 2012, sea consignada en Resolución Administrativa, la cual es atendida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012.

Por memoriales presentados el 17 de enero de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., presentan Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, mismos que son resueltos a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 451-2013 de 10 de mayo de 2013, que confirma la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, y rechaza el pedido de nulidad solicitado.

En fecha 3 de junio de 2013, BBVA Previsión AFP S.A., interpone Recurso Jerárquico, mismo que se pasa a resolver.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable al caso de autos.-

Previo al análisis de la controversia, corresponde traer a colación las determinaciones normativas del caso, conforme se procede a continuación:

- **Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones:**

“Artículo 106. (COBRANZA). La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal...”

“Artículo 109. (GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE COBRO). La Gestión Administrativa de Cobro comprende todos los actos orientados a realizar la cobranza de las Contribuciones en mora y de los Aportes Nacionales Solidarios en mora.

La Gestión Administrativa de Cobro de las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios por mora del Empleador, tendrá un plazo máximo de ciento veinte (120) días calendario, desde que éste se constituyó en mora. La gestión de cobro de los Aportes Nacionales Solidarios será determinada en reglamento.

La Gestión Administrativa de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria, necesaria para iniciar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social.

Artículo 110. (PROCESO COACTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL). Procederá la ejecución Coactiva Social cuando se persiga el cobro de Aportes Nacionales Solidarios, Aportes, Primas y Comisión, el Interés por Mora, el Interés Incremental y Recargos, adeudados a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo...”

“...Artículo 118. (MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL). Se incorpora el Artículo 345 bis al Código Penal, con el siguiente texto:

“ARTÍCULO 345 Bis.- (DELITOS PREVISIONALES).-

I. Apropiación Indevida de Aportes.- El Empleador que se apropiare de las Contribuciones destinadas al Sistema Integral de Pensiones, en su calidad de agente de retención y no los depositare en la Entidad señalada por Ley, dentro de los plazos establecidos para el pago, incurrirá en privación de libertad de cinco a diez años y multa de cien a quinientos días.

Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante el Sistema Integral de Pensiones, en relación con las Contribuciones o Aportes Solidarios no pagados, más los intereses y recargos si correspondiese quedando extinguida la acción penal.
(...)

A los efectos de la aplicación del presente Artículo, si el Empleador fuere una persona jurídica, serán responsables la persona o personas individuales que funjan como representantes legales en el período en el que se tenía que cumplir con la obligación del pago de Contribuciones a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Podrá determinarse la corresponsabilidad de otras personas que tomaron la decisión de no pagar, si el Representante Legal actuó en cumplimiento de las determinaciones de un cuerpo colegiado de decisión, como el Directorio, la Asamblea o la Junta...”

“Artículo 149. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES). La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) Cumplir la Constitución Política del Estado, la presente Ley, sus reglamentos y disposiciones legales conexas.
- b) Administrar la totalidad de los registros generados en el Sistema Integral de Pensiones.
- c) Gestionar y pagar las prestaciones, pensiones, beneficios y pagos conforme la presente Ley y sus reglamentos.
- d) Prestar sus servicios a los Asegurados o a quienes tengan derecho a ser Asegurados, sin discriminación.
(...)
- f) Recaudar, acreditar y administrar las Contribuciones de los Asegurados, de conformidad a la presente Ley y sus reglamentos.
- g) Acreditar y administrar el Aporte Nacional Solidario, de conformidad a la presente Ley y sus reglamentos.
- h) Cobrar las Contribuciones y Aportes Nacionales Solidarios en mora, intereses y recargos, sin otorgar condonaciones.
- i) Iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para recuperación de la mora, intereses y recargos.
- j) Iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados.

(...)

n) Representar a los Asegurados ante la Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras, instituciones y autoridades competentes, con relación a las prestaciones, pensiones, beneficios y pagos que otorga el Sistema Integral de Pensiones, así como de los Fondos que administra.

(...)

r) No efectuar actos que generen conflictos de interés.

(...)

u) Desarrollar e implementar sistemas y mecanismos de control de gestión.

v) Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

w) Cumplir con todo acto administrativo emanado por el Organismo de Fiscalización.

(...)

y) Cumplir con las normas relativas a publicidad de los servicios que ofrece.

(...)

bb) Cumplir con otras actividades y obligaciones establecidas por Ley y reglamentos...”

“Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN). El Organismo de Fiscalización tiene las siguientes funciones y atribuciones:

a) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidad Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

(...)

d) Vigilar la correcta prestación de los servicios por parte de las personas y entidades bajo su jurisdicción.

e) Requerir la información financiera, patrimonial de las entidades sujetas a su jurisdicción que sea necesaria, para el cumplimiento de sus funciones.

(...)

h) Regular, controlar y supervisar la prestación de servicios de los sistemas computarizados, procesamiento de planillas, recaudaciones, cobro de mora, pago de prestaciones, pensiones y beneficios de Seguridad Social de Largo Plazo.

(...)

m) Mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuyentes en Mora del Sistema Integral de Pensiones...”

“Artículo 177. (CONTINUIDAD DE SERVICIOS). Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando **todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley N° 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria,** así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición, debiendo tomar en cuenta lo siguiente:

I. Continuar con la recaudación de las contribuciones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo de los Afiliados Dependientes e Independientes, hasta el inicio de la recaudación de los contribuciones del Sistema Integral de Pensiones.

(...)

II. Cobrar las contribuciones en mora del Seguro Social Obligatorio de largo plazo...”

“Artículo 185. (ACCESO IRRESTRICTO DE INFORMACIÓN). Es obligación de la Administración Tributaria Nacional, Departamental y Municipal, Órgano Electoral Plurinacional, Registro de Comercio, Registro de Empleadores, entidades de la seguridad social de corto y largo plazo y otras entidades, proporcionar la información necesaria y bases de datos requeridos por el Organismo de Fiscalización y la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo...”

“Artículo 197. (REGLAMENTACIÓN). El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentarán y regularán la presente Ley en el marco de su competencia...”

• **Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011:**

“ARTÍCULO 25.- (REQUERIMIENTO DE DOCUMENTACIÓN). Al incumplimiento de una o más obligaciones del Empleador, establecidas en la Ley N° 065 y sus reglamentos, la GPS está facultada para requerir al Empleador la documentación pertinente, quien bajo ninguna circunstancia podrá negarse al requerimiento. En caso de negativa, el Empleador será pasible a ser denunciado ante el Ministerio Público, por comisión del delito tipificado en el Artículo 160 del Código Penal...”

• **Circular APS/DPC/152-2012 de 29 de octubre de 2012:**

“...la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS instruye a la AFP proceder a la actualización, cuando corresponda, de la información de contacto (dirección, teléfono, fax, etc.) y representante legal de la Base de Datos de Empleadores registrados al Sistema Integral de Pensiones – SIP, utilizando las siguientes fuentes de información:

a) Servicio de Impuestos Nacionales – SIN

b) Fundación para el Desarrollo Empresarial - FUNDEMPRESA

- c) Formularios del SIP
- d) Otros documentos emergentes de acciones o solicitudes judiciales
- e) Entes Gestores del Seguro Social de Corto Plazo..."

• **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA – SPVS-P N° 259 de 23 de junio de 2000:**

“SEGUNDO.- (DEFINICIONES).-

Para fines de la presente norma, se establecen las siguientes definiciones:

a) Mora

Son aquellas contribuciones retenidas por los empleadores a sus trabajadores y aquellas de cargo de éstos, que no han sido pagadas a las Administradoras, al finalizar el plazo legal de que disponen para ello.

b) Presunción de contribuciones en mora.

Corresponde a la presunción de no pago de las Contribuciones por parte de los Empleadores, cuando un Empleador que ha mantenido un comportamiento regular en la declaración y pago de las Contribuciones al SSO por sus trabajadores, no cancela éstas en un mes determinado o hace un pago por un monto notoriamente inferior al del mes anterior, sin haber informado novedades, en el Formulario de Pago de Contribuciones (FPC) que lo justifiquen.

c) Mora efectiva

Es la falta de pago a las Administradoras y que puede corresponder a pagos no realizados por los empleadores, habiendo efectuado las respectivas retenciones previsionales a sus trabajadores, o a pagos en defecto, determinado en el proceso de acreditación de los Formularios de Pagos de Contribuciones. También se incluyen en este concepto los aportes que corresponden pagar a los empleadores y que no lo hicieron.

d) Pagos en defecto

Corresponden a las diferencias entre lo que debió pagar el empleador, de conformidad a los datos proporcionados en el FPC y lo que efectivamente pago (sic), detectadas en el proceso de acreditación de los FPC..."

2.2. En cuanto a la competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.-

BBVA Previsión AFP S.A. señala en su Recurso Jerárquico que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, es la única que tiene la obligación de realizar las publicaciones de Contribuyentes en Mora, por lo que delegar estas funciones a las Administradoras de Fondos de Pensiones, vulnera el principio de legalidad, toda vez que se está regulando más allá de lo que la Ley ordena.

Previo al análisis de este punto, importa traer a colación el precedente administrativo desarrollado por la ex Superintendencia General del SIREFI, en la Resolución Administrativa No. SG-SIREFI RJ 371/2005, de 12 de septiembre de 2005, que señala:

"(...) Competencia con la que toda autoridad administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponde ejercitar, desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas (...) "Esta limitación o determinación del grado de competencia que corresponde a cada autoridad administrativa, se encuentra en el derecho positivo, generalmente a través de criterios como el grado, materia, territorio o tiempo.

Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la autoridad pública y que constituyen los límites de su actuación." La propia (norma Fundamental dispone en su artículo 122 la sanción para aquellas autoridades que no se rijan a estos preceptos señalando." Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley..."

El artículo 168 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, establece que el Organismo de Fiscalización tiene entre sus funciones y atribuciones:

(...)

a) *Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.*

b) *Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.*

(...)

h) *Regular, controlar y supervisar la prestación de servicios de los sistemas computarizados, procesamiento de planillas, recaudaciones, cobro de mora, pago de prestaciones, pensiones y beneficios de Seguridad Social de Largo Plazo.*

(...)

m) *Mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuyentes en Mora del Sistema Integral de Pensiones..."*

De lo señalado, es evidente que una de las funciones y atribuciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, es la de mantener y publicar la Base de Datos actualizada de Contribuyentes en Mora, así como también se constituye en una obligación de la APS hacer cumplir la Ley de Pensiones y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Que a su vez y conforme lo establece el artículo 197 y el inciso b) del artículo 168 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la Autoridad de Fiscalización y Control de

Pensiones y Seguros, como Órgano Regulador, tiene la facultad de regular controlar y supervisar a las entidades que se encuentren bajo su jurisdicción, por lo tanto, en atribución a su facultad reguladora, entendida esta última como la facultad que tiene un determinado órgano para emitir normas, reglamentos y órdenes o actos administrativos para la satisfacción de los intereses públicos, que garanticen el poder de acción de la Administración, ha establecido procedimientos que considera necesarios para el control del estado de los procesos judiciales que tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones con los Empleadores, a través de la emisión de la Circular APS/DPC/N° 185-2012.

Por lo tanto, la Entidad Reguladora en el marco de su competencia, mediante Circular APS/DPC/N° 185-2012 de fecha 29 de noviembre de 2012, instruyó a las Administradoras de Fondos de Pensiones, remitir los listados de Mora General, Procesos Ejecutivos Sociales, Procesos Coactivos Sociales y Procesos Penales en curso, estableciendo que los mismos serán publicados en la página WEB de la Entidad Reguladora y de las AFP's.

Es así que el hecho de que el Ente Regulador, haya determinado que las Administradoras de Fondos de Pensiones, publiquen los listados en su página WEB, conforme señala mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, se fundamenta en: *"...que los empleadores en mora y con procesos judiciales en curso por deudas pendientes al SIP puedan regularizarla y por otro lado el disuadir al resto de los empleadores para que cumplan oportunamente las obligaciones de la Seguridad Social de Largo Plazo..."*.

Por lo que no condice el argumento presentado por la recurrente con los preceptos de la normativa de pensiones, respecto a que la APS habría regulado más allá de lo que la Ley le faculta, (transgrediendo de esta manera el Principio de Legalidad), toda vez que no debe perderse de vista que ni la Ley de Pensiones ni ninguna otra normativa, limita a que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sea la única que realice la publicación de la Base de Datos de los Contribuyentes en Mora, más al contrario la faculta a regular con el objeto de que se cumplan con los objetivos de la Ley.

En ese orden de ideas, debemos precisar que las Administradoras de Fondos de Pensiones en representación de sus Asegurados tienen la obligación del cobro de las contribuciones en mora, inicio y tramitación de los procesos judiciales, así como de informar respecto al cumplimiento del pago por parte de los Empleadores y las acciones que se están tomando para su recuperación, por lo que la publicación de listados ordenados inicialmente por la Circular APS/DPS/N° 185-2012.

En función al análisis que antecede, se tiene que en ningún momento la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha delegado a las Administradoras de Fondos de Pensiones, alguna de las atribuciones que le compete, más al contrario, la publicación de los Contribuyentes en Mora, será realizada tanto en la página WEB de la Entidad Reguladora, como en la página WEB de las AFP's.

Por lo tanto, es evidente que no existe ninguna vulneración al Principio de Legalidad, ya que la administración ha sujetado su actuar a lo establecido en la norma conforme a sus competencias y atribuciones.

2.3. En cuanto a la supuesta vulneración del Principio de Inocencia de los Empleadores.-

La recurrente señala que la publicación de la Base de Datos de Contribuyentes en Mora, vulnera el Principio de Inocencia de los Empleadores y sus Representantes Legales, en razón a que al publicar sus nombres, sin que exista sentencia ejecutoriada, daría lugar a que se le esté atribuyendo un delito, y más aún cuando podría tratarse de mora presunta.

Respecto al Principio de Inocencia Binder señala que: *“nadie tiene que construir su inocencia; que sólo una sentencia declarará esa culpabilidad jurídicamente construida que implica la adquisición de un grado de certeza. Presupone además, que nadie puede ser tratado como culpable, mientras no exista una declaración judicial, es decir, que toda persona se considera inocente hasta que no sea reconocida como responsable del ilícito penal, mediante una decisión que es adoptada por el órgano competente para ello; y que no puede haber ficciones de culpabilidad ya que la sentencia absolverá o condenará...”*

De lo referido entonces se tiene que la presunción de inocencia es la seguridad jurídica y la necesidad de garantizar a todo acusado, que no será condenado sin que existan pruebas suficientes que destruyan tal presunción y demuestren su culpabilidad, mediante una sentencia condenatoria en su contra.

Que en este sentido y de la atenta lectura de la Circular APS/DPC/Nº 185-2012 de 29 de noviembre de 2012 y de sus cuatro (4) Anexos, la información publicada de los Contribuyentes en Mora, simplemente detalla la lista de los Empleadores y los montos adeudados al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones, y los Procesos Judiciales que llevan las Administradoras de Fondos de Pensiones contra éstos, por lo tanto, su publicación no implica que se esté declarando la culpabilidad del Empleador, más aún si consideramos que en ninguna parte de la Base de Datos se están utilizando las palabras “imputado” o “culpable”, y ello -sin duda- bajo la premisa que se considera al procesado inocente, mientras no exista una sentencia ejecutoriada que determine su culpabilidad.

Por lo que, de ninguna manera se puede entender que la publicación de la Base de Datos de Contribuyentes en Mora, daría lugar a que se vulnere el principio de inocencia, establecido en el artículo 116 de la Constitución Política del Estado y el artículo 74 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, ya que esta es una publicación de los registros de mora que cuenta la AFP.

Ahora bien, en cuanto a que en la Base de Datos de empleadores contempla períodos en mora presunta, lo cual daría lugar -según la recurrente- a que se vulnere el principio de inocencia del Empleador, en primer lugar, debe tenerse en claro que la ejecución por períodos en mora presunta, sólo puede darse ante Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, en cambio la comisión de delito referido a un proceso penal, tomará en cuenta sólo la mora efectiva, por lo que la aseveración de la AFP de la presunción de inocencia basada en la mora presunta, no tiene asidero.

En segundo lugar, el hecho o la existencia de mora presunta no da lugar a la vulneración del principio de inocencia del empleador (y menos que se le esté declarando culpable), ya que la mora real a pagar por el Empleador, será determinada por el Juez dentro de los Procesos Ejecutivos Sociales y Coactivos Sociales, sin embargo mientras estos hechos no

sean aclarados por el Empleador ya sea dentro de la gestión de cobro o en el proceso judicial, son susceptibles de cobranza, la cual si fuera aclarada será también actualizada en la Base de Datos de Contribuyentes en mora.

En tal sentido, no existe ninguna vulneración al Principio de Inocencia conforme el análisis realizado *ut supra*.

2.4. En cuanto a que la información remitida por la AFP fuera inexacta.-

La recurrente señala que la información contenida en la Base de Datos del Empleador, no asegura, ni garantiza su validez y exactitud, pese a existir disposiciones legales que obligan al Empleador a actualizar su información y que la misma no cumple con los preceptos establecidos de seguridad, garantía, validez y exactitud, no pudiendo obligar a las Administradoras de Fondos de Pensiones a garantizar estos extremos que escapan a sus responsabilidades.

Al respecto parecería ser que la recurrente olvida, la determinación dada por el artículo 185 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y la Circular APS/DPC/152-2012 de 29 de octubre de 2012, señalan que: *“es obligación de la Administración Tributaria Nacional, Departamental y Municipal, Órgano Electoral Plurinacional, Registro de Comercio, Registro de Empleadores, entidades de la Seguridad Social de corto o largo plazo y otras entidades, proporcionar la información necesaria y bases de datos requeridos por el Organismo de Fiscalización y la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo...”*

Por lo que, independientemente de que algunos Empleadores no actualicen su información, las Administradoras de Fondos de Pensiones, pueden obtener la misma de los Empleadores o tener acceso a través de otras Entidades, y con ello mantener actualizada la Base de Datos de los Empleadores, donde claro está que la información recabada cumplirá los requisitos exigidos por la Circular APS/DPS/N° 185-2012.

De lo transcrito entonces mal podría señalar la AFP, que la información que ésta tiene del Empleador no asegura, ni garantiza su validez y exactitud.

Asimismo, la recurrente no debe olvidar que conforme lo señala el inciso b) del artículo 149 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, las Administradoras de Fondos de Pensiones, son responsables de administrar la totalidad de los registros generados en el Sistema Integral de Pensiones, por lo tanto, al continuar realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de Prestación de Servicios, Decretos Supremos y normativa reglamentaria de Pensiones mientras dure el periodo de transición, son también las responsables del cobro de las contribuciones en mora del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y del Sistema Integral de Pensiones, así como también de la información que registran, por lo tanto debe contar con controles necesarios a fin de tener la información actualizada, veraz, válida y exacta.

En tal sentido, no corresponde lo señalado por la recurrente, toda vez que al ser la que administra y representa los Fondos del Sistema Integral de Pensiones, debe contar con información actualizada y oportuna y por tanto de la validez y exactitud de la Base de Datos de los Contribuyentes en Mora.

2.5. En cuanto al derecho al honor, dignidad y privacidad de los Empleadores.-

BBVA Previsión AFP S.A. AFP señala que al estar obligada a publicar la Base de Datos de Contribuyentes en Mora, se estaría vulnerando el derecho a la dignidad, al honor y a la privacidad de los Empleadores.

Previo al análisis de fondo, corresponde hacer algunas disgregaciones de orden conceptual y legal, así tenemos que:

El concepto de honra según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su SC 0686/2004-R de 6 de mayo de 2004, señala que:

“...El derecho a la honra, es la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida y tratada por los demás miembros de la colectividad que le conocen; es el derecho que tiene toda persona a que el Estado y las demás personas reconozcan y respeten la trascendencia social de su honor. Es un derecho que se gana de acuerdo a las acciones realizadas por cada persona, de manera que en virtud de ellas pueda gozar del respeto y admiración de la colectividad como consecuencia de su conducta correcta e intachable acorde con valores de la ética y la moral...”

Entonces siguiendo a la doctrina, **la dignidad**, hace referencia al valor inherente al ser humano, en cuanto a ser racional, dotado de libertad y poder creador, pues las personas pueden modelar y mejorar sus vidas, mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su libertad.

En cuanto a la **intimidad** corresponde al ámbito psicológico e inconmensurable del individuo, comprende su personalidad, sus valores morales y religiosos, sus tendencias sexuales y amorosas, sus orientaciones ideológicas. Lo íntimo está más fuera del alcance del interés público que lo privado.

Humberto Quiroga Lavié y lo define como: "el respeto a la personalidad humana, del aislamiento del hombre, de lo íntimo de cada uno, de la vida privada, de la persona física, innata, inherente y necesaria para desarrollar su vida sin entorpecimientos, perturbaciones y publicidades indeseadas". Y continúa: "Es un derecho personalísimo que permite sustraer a las personas de la publicidad o de otras turbaciones a su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos".

Lo privado es entonces aquello restringido, **dominio** de unos pocos referido a lo doméstico y familiar y consagrado en el "derecho a la privacidad", mientras que lo íntimo es lo que corresponde al ámbito personal y psicológico, las creencias y **la moral** de la persona.

De lo referido entonces tenemos que, primero no existiría una vulneración a estos derechos, ya que sólo las personas físicas gozan de intimidad, honor, dignidad y no así las personas jurídicas o colectivas.

Asimismo, no debemos perder de vista que la Circular APS/DPC/N° 185-2012 de 29 de noviembre de 2012, sólo establece la publicación de listados de aquellos empleadores que se encuentran en mora y con Procesos Ejecutivos Sociales, Procesos Coactivos y Procesos Penales en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo y el Sistema Integral de Pensiones, en curso de pago, en cuyos Anexos incluye: el tipo de Empleador, número de Identificación, Razón Social del Empleador, Monto Total adeudado al Seguro Social Obligatorio y al Sistema Integral de Pensiones, periodos adeudados, fecha de inicio del Proceso Judicial, nombre del Representante Legal, Juzgado donde radica el proceso, y en ningún caso la misma contemplaría datos referidos al ámbito de la "privacidad" o "intimidad" de los Empleadores.

Por lo que, y conforme señala la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, la información proporcionada por la Administradora de Fondos de Pensiones a ser publicada, debe contener datos fidedignos sobre los procesos judiciales que tengan las instituciones, por lo que al tratarse de información cierta, en ningún caso la misma puede ser atentatoria a ningún derecho.

Por lo tanto, no es correcto lo aseverado por la recurrente respecto a que se estarían vulnerando derechos de los Empleadores, ya que toda la información a ser publicada deberá ser fidedigna y acorde a los registros de las propias AFP's, y al estar amparada su publicación por Ley, la misma no tiene carácter confidencial.

2.6. En cuanto a la firma del Gerente General y el Gerente Jurídico.-

La recurrente señala que no existiría sustento legal que obligue a las Administradoras de Fondos de Pensiones, a que la información remitida sea bajo firma del Gerente General y la del Gerente Legal, siendo que los representantes legales se encuentran plenamente acreditados ante el Ente Regulador.

Al respecto, de la lectura del Recurso Jerárquico y el memorial de alegatos presentado por el tercer interesado, no se tiene constancia de cuál sería el impedimento legal o vulneración de algún derecho, para que los listados establecidos en la Circular APS/DPC/N° 185-2012 de 29 de noviembre de 2012 y remitidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones, no puedan ser firmados por el Gerente General y el Gerente Jurídico o Asesor Legal, ya que si bien la recurrente señalaría que los representantes legales ya se encontrarían acreditados ante el Ente Regulador, este hecho no tiene relación con que la información remitida por las Administradoras de Fondos de Pensiones, deba encontrarse firmada por los representantes máximos de la Entidad.

Que el hecho de que el Ente Regulador haya determinado que la información remitida por las Administradoras de Fondos de Pensiones, se debe a que la información remitida por estos debe contener datos fidedignos y ciertos, por lo que dicha información debe ser autorizada y refrendada por sus máximas autoridades.

En tal sentido, no se cuenta con ningún fundamento legal por parte de la recurrente, que pueda dar lugar a que la documentación remitida por las Administradoras de Fondos de Pensiones, no pueda encontrarse firmada por los máximos representantes involucrados en este tema.

2.7. En cuanto a la Acción de Privacidad.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP, señala que existe cierta información sensible que no debería trascender a terceros, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional en el Recurso de Habeas Data ahora llamada Acción de Protección de Privacidad.

Al respecto el Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sentencia Constitucional 1978/2011 de 7 de diciembre de 2011, ha señalado:

“...que la acción de protección de privacidad tiene las mismas características que tenía el recurso del hábeas data previsto en la Constitución Política del Estado abrogada, por lo que se hace necesario establecer si la jurisprudencia del Tribunal Constitucional emanada de la interpretación de la naturaleza jurídica y objeto de protección de esta acción tutelar es o no compatible con la Constitución Política del Estado y aplicable dentro del nuevo marco constitucional.

Al respecto, la SC 0965/2004-R de 23 de junio, con el objeto de lograr una cabal comprensión de la naturaleza jurídica del hábeas data señaló entre sus aspectos más importantes, los siguientes:

"Siguiendo la doctrina del Dr. José Antonio Rivera Santibáñez en su obra 'Jurisdicción Constitucional', se definió el hábeas data como el proceso constitucional de carácter tutelar que protege a la persona en el ejercicio de su derecho a la "autodeterminación informativa", explicando a continuación que "Es una garantía constitucional que, sin desconocer el derecho a la información, al trabajo y al comercio de las entidades públicas o privadas que mantienen centrales de información o bancos de datos, reivindica el derecho que tiene toda persona a verificar qué información o datos fueron obtenidos y almacenados sobre ella, cuáles de ellos se difunden y con qué objeto, de manera que se corrijan o aclaren la información o datos inexactos, se impida su difusión y, en su caso, se eliminen si se tratan de datos o informaciones sensibles que lesionan su derecho a la vida privada o íntima en su núcleo esencial referido a la honra, buena imagen o el buen nombre".

La citada jurisprudencia menciona a la "autodeterminación informativa" como una garantía constitucional, que reivindica el derecho de todo individuo a verificar los datos que se tengan sobre su persona en cualquier banco de datos, y solicitar en caso de encontrar errores su rectificación, e inclusive su eliminación de determinados datos, cuando éstos tengan información sensible que tenga una vinculación directa con su vida privada o íntima; ahora, la SC 0189/2010-R de 24 de mayo de 2010..."

De lo referido se tiene que la información sujeta a confidencialidad, es la referida al ámbito de la personalidad, sin embargo de ello y en el caso de autos, la información de la Base de Datos de los Empleadores en mora, en ningún momento contempla datos que correspondan a la esfera de la intimidad o privacidad de los empleadores como personas naturales, ya que lo que se está publicando, es la lista de mora general y los procesos judiciales en curso que tienen las AFP's con los Empleadores, por lo que en el caso de autos no existirá ninguna restricción para publicar la señalada información.

2.8. En cuanto al daño que causaría a las Administradoras de Fondos de Pensiones y a los Empleadores, el publicar la Base de Datos de Contribuyentes en Mora.-

BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP, señalan en su Recurso Jerárquico, que la publicación de Contribuyentes en Mora, no ayudará ni disuadirá a los Empleadores a regularizar su deuda, sino por el contrario entorpecerá la cobranza, pues solo les dará argumentos legales para iniciar acciones civiles y penales contra los responsables de dichas publicaciones.

Al respecto se debe considerar que, el supuesto daño alegado por la Administradora de Fondos de Pensiones, no es un daño real, ni cierto, sino más bien hipotético, ya que el mismo señala la posibilidad de que se le puedan iniciar acciones a las Administradoras de Fondos de Pensiones, lo que hace justamente que esta instancia jerárquica no pueda compulsar argumentos basados en supuestos que no se han dado en la realidad.

Asimismo, es importante señalar que las Administradoras de Fondos de Pensiones, al realizar la publicación de los Listados, sólo están cumpliendo instrucciones emanadas por la Entidad Reguladora.

2.9. En cuanto a lo alegado por el Tercer Interesado.-

Respecto a los alegatos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, como tercer interesado, corresponde en primer término, señalar que, si bien el artículo 12 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el Artículo 41, Parágrafo II, del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, determinan que cuando existan terceros interesados que pudiesen tener un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado, se les notificará con las actuaciones para su participación en el proceso.

Sin embargo de ello, el tercer interesado a través de su memorial de alegatos, no puede ahora pretender **recurrir** la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 451-2013 de 10 de mayo de 2013, ya que si bien la misma –según asevera- era contraria a la norma y le ocasionaba perjuicios, debió haber sido impugnada en su oportunidad, más aún si consideramos que el 17 de mayo de 2013, se notificó a Futuro de Bolivia S.A. AFP con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 451-2013 de 10 de mayo de 2013.

2.10. En cuanto a la falta de firmeza en proceso paralelo.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP, señala que la Entidad Reguladora mediante Auto de 8 de febrero de 2013, hubiera rechazado la solicitud de suspensión del cumplimiento de la obligación impuesta por la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 980-2012 de 20 de diciembre de 2012, dicho Auto fue consignado en Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 175-2013 de fecha 6 de marzo de 2013, haciendo que existan dos procesos paralelos, hecho que a su vez ha dado lugar a la indefensión de las Administradoras, al no otorgar la suspensión y al haberse llevado dos procesos generados de una misma causa.

Al respecto, se tiene que el tercer interesado haría referencia a otro proceso que **ya se resolvió en instancia jerárquica**; y que si bien los dos derivan de la primera resolución

primigenia, no se debe olvidar que **fueron las propias Administradoras de Fondos de Pensiones, quienes le solicitaron que el Auto de fecha 8 de febrero de 2013, sea elevado a rango de Resolución Administrativa**, dando lugar entonces a que se inicie el segundo proceso y convalidando el segundo acto administrativo, por lo que mal ahora ésta puede aducir que el hecho de que existan dos procesos paralelos habría dado lugar a su indefensión, siendo ésta la que solicitó el segundo proceso.

Por último y una vez más, debe dejarse sentado que el tercero interesado **no ha impugnado la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/451-2013 de 10 de mayo de 2013**, pese a ser debidamente notificada, por tanto ésta no ha ejercido su derecho a la defensa al prescindir del recurso jerárquico.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma, cumpliendo así con los principios de legalidad, competencia y debido proceso.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 451-2013 de 10 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N° 980-2012 de 20 de diciembre de 2012.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

RUBÉN ANTONIO MARIANO GÓMEZ PEREIRA
CARLOS JACQUES DE GRANDCHANT SUÁREZ
ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA
PRIMERA”

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 388/2013 DE 26 DE JUNIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI N° 065/2013 DE 09 DE OCTUBRE DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 065/2013

La Paz, 09 de octubre de 2013

VISTOS:

Los Recursos Jerárquicos interpuestos por el señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GÓMEZ PEREIRA**, por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, y por el señor **CARLOS JACQUES DE GRANDCHANT SUAREZ**, contra la Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, revocó totalmente la Resolución Administrativa ASFI/N° 279/2013 de 13 de mayo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho Órgano de Fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 063/2013 de 13 de septiembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 150/2013 de 25 de septiembre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memoriales presentados:

- En fecha 17 de julio de 2013 por el señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA**.

- En fecha 18 de julio de 2013 por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, representada al efecto, por su Jefe de Departamento Legal, Dr. Juan Mauricio Diez Canseco Arce.
- También en fecha 18 de julio de 2013, por el señor **CARLOS JACQUES DE GRANDCHANT SUAREZ**.

Interpusieron cada quien, su Recurso Jerárquico, contra la Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, revocó totalmente la Resolución Administrativa ASFI/Nº 279/2013 de 13 de mayo de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-107065/2013, en fecha 22 de julio de 2013 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, los Recursos Jerárquicos interpuestos contra la Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 25 de julio de 2013, notificado en fecha 31 de julio de 2013, se admiten y se acumulan, los Recursos Jerárquicos interpuestos por el señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA** y por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, contra la Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013.

Que, en lo que respecta al Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **CARLOS JACQUES DE GRANDCHANT SUAREZ**, al no cursar en los antecedentes remitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, la constancia que permita establecer la fecha de su notificación con la Resolución Administrativa impugnada, por providencia de 24 de julio de 2013 se dispuso que, *“Con carácter previo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero deberá adjuntar, la constancia de notificación de la Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013 (...), y sea en un plazo no mayor a 1 (un) día hábil administrativo, a contar desde su notificación con la presente providencia”*.

Que, en respuesta a tal requerimiento, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió la nota ASFI/DAJ/R-113986/2013 de fecha 1º de agosto de 2013, por la que señala adjuntar *“la constancia de notificación de la Resolución ASFI Nº 388/2013 de 26 de junio de 2013, referente a la Mutual La Primera S.A. (sic)”*; no obstante, lo que en realidad adjunta son, las dos constancias que corrían ya en los antecedentes, es decir, las que corresponden a las notificaciones practicadas a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** (*“...a horas 12:30 del día 03 de julio de 2013...”*), y al señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA** (*“...a horas 16::45 del día 03 de julio de 2013...”*), no así al señor **CARLOS JACQUES DE GRANDCHANT SUAREZ**.

Que, por tal motivo, mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 066/2013 de fecha 16 de agosto de 2013, se solicitó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero:

“...se sirva certificar que la notificación realizada en fecha 3 de julio de 2013 ha sido recibida por el señor Carlos Jacques de Grandchant Suarez en su doble calidad, de

representante legal de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda “La Primera” y de Gerente General (sancionado) de la misma entidad...”

Que, en atención a lo dispuesto por la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 066/2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DAJ/R-126347/2013, de 23 de agosto de 2013, señala que *“la notificación realizada en fecha 3 de julio de 2013, ha sido recibida por el señor Carlos Jacques de Grandchant, **en su condición de Gerente General de la entidad**”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, por su mérito, mediante Auto de Admisión de fecha 28 de agosto de 2013, notificado en fecha 4 de septiembre de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **CARLOS JACQUES DE GRANDCHANT SUAREZ** contra la Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013, y se lo acumula a los Recursos Jerárquicos interpuestos por el señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA** y por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**.

Que, por memorial presentado en fecha 15 de agosto de 2013, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** *“formula objeciones y pide se rechace el recurso interpuesto por el denunciante (señor RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA)”*.

Que, en fecha 13 de septiembre de 2013 y atendiendo la solicitud formulada por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** en su memorial de 15 de agosto de 2013, se llevó a efecto la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme fuera dispuesta en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 072/2013 de 26 de agosto de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2013 DE 8 DE ABRIL DE 2013.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2013 de 8 de abril de 2013, se resolvió lo siguiente:

*“...**ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica...”*

2. ANTECEDENTES.-

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y a denuncia del señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA** de fecha 16 de abril de 2012, mediante nota ASFI/DSR

II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, notificó a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, con los cargos que importan los presuntos incumplimientos que se señalan a continuación:

- “... 1. (...) Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005, al haber reportado fuera de plazo la baja del señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira, en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios.
2. (...) Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005, al no haber remitido la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira...”

Que, a la presentación de los descargos de fecha 7 de septiembre de 2012 por parte de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dispuso:

“...**PRIMERO.-** Anular la Notificación de Cargos ASFI/DSR II-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, considerando que la notificación se realizó a la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “LA PRIMERA”** conforme a los criterios vertidos en la presente Resolución...”

Que, corridos los trámites inherentes a los Recursos de Revocatoria y Jerárquico, le correspondió al suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2013 de 8 de abril de 2013, por la que anuló el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, con los siguientes fundamentos:

“...**SOBRE LA ACUSADA ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 477/2012.-**

De la revisión del Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, se evidencia que sus alegatos, están referidos a dos pretensiones concretas: la primera, que se disponga “la reposición de obrados con la anulación del procedimiento hasta la Resolución ASFI/No. 477/2012, conforme al art. 44 del DS. No. 27175”, y la otra, la consideración y resolución de la solicitud de prescripción de la infracción (que se considera en el numeral 3 infra).

Respecto a la primera, la recurrente fundamenta que:

“...Las normas transcritas no permiten ni autorizan que el desarrollo del procedimiento administrativo y su conclusión dependan de la discrecionalidad administrativa, sino que para su validez imprescindiblemente deben adecuarse

a las formas y contenido previstos por ley. Y esas formas y contenido, tratándose de la Resolución Sancionadora, final o conclusiva del procedimiento sancionador, debe circunscribirse a “la aceptación o rechazo total o parcial de la pretensión (defensas y descargos) imponiendo o desestimando la imposición de la sanción”, Cualquier otra forma conclusiva del procedimiento, como la nulidad declarada por su autoridad, por ser contraria y violatoria de las disposiciones señaladas, carecen de validez y eficacia jurídica y se encuentran sancionadas con nulidad absoluta.

En efecto, la Resolución ASFI No. 576/2012 Confirmatoria de la Resolución ASFI/No. 477/2012, lejos de valorar la prueba y fundamentos contra los cargos establecidos, imponiendo o desestimando la imposición de la sanción, su autoridad **motu proprio** y al margen de las normas citadas decidió anular el procedimiento, negando expresamente la consideración de las defensas y descargos presentados por Mutual La Primera y, lo ha hecho sin sujetarse a las normas citadas, desconociendo que sus actuaciones se encuentran sujetas a la ley “ha creado” una nueva forma de Resolución final o definitiva no establecida por la ley, y siendo así, la Resolución recurrida es ilegal, carente de validez y nula por contraria a las leyes a las que su autoridad debió adecuar su actuación...”

El argumento supra transcrito resulta en el eje lineal del recurso que se analiza, toda vez que la mayor parte de los restantes fundamentos que lo componen (referente a que la Administración debe ajustar todas su actuaciones a la norma y que la resolución recurrida viola el debido proceso, al no existir causas para la aplicación de la anulabilidad, y por lo tanto la nulidad declarada es ilegal, existiendo violación de las normas aplicables a la conclusión y resolución final; que los cargos no se establecen en la resolución final, y final ente referente al derecho del sujeto para que se resuelvan sus pretensiones y descargos y el deber de la Administración de pronunciar resolución), constituyen la serie de alegatos que la recurrente quiere hacer valer en su intención legítima, de que se repongan los obrados, con la anulación del procedimiento hasta la Resolución ASFI/No. 477/2012.

No obstante, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, ha justificado su decisión de “Anular la Notificación de Cargos ASFI/DSR II-98745/2012 de 13 de agosto de 2012”, bajo los siguientes fundamentos:

“...Que, de la revisión de la normativa pertinente, se evidencia que en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 4 del Reglamento para el Registro de Directores, Ejecutivos y Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, conforme la Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005 y la Resolución SB N° 200/2005 de 30 de diciembre de 2005, determina que el Gerente General es el responsable del control de la información registrada en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios.

Que, en concordancia con el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, artículo 29, del Reglamento de Sanciones Administrativas, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, impone multas personales a los funcionarios responsables en la inconsistencia o inexactitud en la información y reportes presentados a esta Autoridad de Supervisión, aspecto que conlleva la necesidad de notificar cargos al Gerente General de la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA"** por los incumplimientos antes señalados, en el entendido que son sanciones administrativas que deben ser notificadas, para que tenga derecho a la legítima defensa, en conformidad con la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, artículo 33 que señala: "La Administración Pública **notificará a los interesados todas las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.**" y en consideración a lo dispuesto por la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), que señala en el artículo 109 que: "El Superintendente, antes de la aplicación de una sanción, deberá notificar el cargo correspondiente a la institución **o presunto infractor** otorgándole un plazo no menor de dos (2) ni mayor de siete (7) días para efectuar su descargo o explicación pertinente..."

Sobre el particular, y en concreto, referente a la aplicación al caso del artículo 55° del Decreto Supremo N° 27113, la recurrente ha señalado:

"...El Decreto Supremo de referencia, conforme lo disponen sus arts. 1 y 2 únicamente se aplica al Poder Ejecutivo, en tanto que los Sistemas de Regulación Sectorial (entre ellos la ASFI) deben aplicar los reglamentos promulgados para cada uno de estos sistemas, en el caso el D.S. 27175. Ninguno de los Decretos Supremos se remite al otro para su aplicación supletoria ni por analogía, por lo que el D.S. No. 27113 Reglamenta las actuaciones administrativas del Poder Ejecutivo, en tanto que la ASFI debe someter sus actos a la Reglamentación contendida en el D.S. 27175.

Sin embargo la nulidad declarada y confirmada por su autoridad en las Resoluciones dictadas en el presente procedimiento sancionador, no pueden ni se encuentran en el contexto del inaplicable art. 55 del D.S. 27113 porque:

Primero.- El requisito establecido por dicha norma no es otro que la existencia de vicios del procedimiento" El hecho y los motivos invocados por su autoridad en la resolución contra que interponemos el presente recurso, no constituyen "vicios del procedimiento". Segundo. La condición de la anulabilidad se encuentra dada porque el vicio ocasione indefensión o lesione el interés público. En el presente procedimiento se no se causó indefensión a Mutual La Primera (hasta antes de pronunciarse la Resolución No. 477/2012) y los argumentos de la declaratoria de nulidad no son ni lesionan el interés público..."

Por lo que, y conforme ya sentó precedente, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 012/2013 de 7 de marzo de 2013, debe dejarse constancia

que, si bien el artículo 2º, párrafo II, del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003 (Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo), establece que “Los sistemas de Regulación:... Financiera - SIREFI..., aplicarán sus reglamentos promulgados para cada uno de estos sistemas, en observancia de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo”, no es menos cierto que, contrariamente a lo señalado por la recurrente, la Disposición Adicional Segunda del Reglamento a la Ley N° 2341 (aprobado mediante Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, aquel cuya aplicación tacha la recurrente de ilegal) determina clara e inequívocamente que: “el presente Reglamento constituye la norma Jurídica marco para la Administración Pública. Los Sistemas de Regulación, SIRESE, SIREFI y SIRENARE, y otros que se crearen conforme a ley, a falta de disposición expresa, lo aplicarán por vía supletoria”.

Asimismo, conforme se ha transcrito arriba, la Autoridad recurrida ha resuelto anular la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012, por cuanto “los cargos fueron notificados a la MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “LA PRIMERA” y no al Gerente General de la entidad como persona natural afectada, quien es presunto responsable por el cumplimiento de la normativa antes señalada” (Resolución Administrativa ASFI/N° 477/2012), circunstancia que desde luego y más allá de importar una infracción al elemental criterio de justicia, evita un proceso a seguir contra el Gerente General de la entidad recurrente, sin que con respecto al mismo se hubieran observado los procedimientos previstos por los artículos 65º y 66º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo (aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003), entonces en infracción al debido proceso, justificando plenamente la anulación dispuesta, por cuanto de la manera establecida por la Nota de Cargos, se ha generado la indefensión al Administrado, en este caso, **el Gerente General de la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** quien, como persona natural y dada su situación funcional, también se encuentra incluida dentro del campo de acción de la Autoridad de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Asimismo, la cita última señalada de la Resolución Administrativa ASFI/N° 477/2012, resulta en una declaración liberatoria de la responsabilidad sancionable que a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** pudo haberse atribuido por la conducta infringida, dado que al señalar no haberse dirigido “al Gerente General de la entidad como persona natural afectada, quien es presunto responsable por el cumplimiento de la normativa antes señalada” en lugar de a la misma, se constituye en la base de la anulación dispuesta, por lo que se extraña que, no causando agravio alguno a la entidad recurrente la determinación del Ente Regulador, sea la misma la que resulte impugnarla y no así sobre quien se dirige una eventual notificación de cargos: su Gerente General, entendido como persona natural entonces en inobservancia de los artículos 56º, párrafo I, de la Ley N° 2341 (dice: “a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio”) y 37º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (dice: “afecte, lesione o cause perjuicio a sus derechos o intereses legítimos”), en ambos quedando sujeto al criterio de la recurrente, agravios de los que no existe evidencia alguna con respecto a la misma

en la resolución recurrida (conforme lo señalado).

En definitiva, teniendo en cuenta que era la pretensión de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, "se desestimen y dejen sin efecto los cargos establecidos", conforme sale del memorial de descargos de 7 de septiembre de 2012, resulta concluyente el que el estado actual del proceso refleja haberse atendido favorablemente tal solicitud, lo que no importa se esté sujetando el proceso actual a un trámite separado o distinto, o que el mismo no vaya a merecer una resolución definitiva, toda vez que de la forma que ha dispuesto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tales extremos habrán de producirse en función de que se decida imputar cargos, o se decida desestimarlos.

Es pertinente advertir a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que en el estado actual del proceso y en el tratamiento que vaya a imponer al trámite, debe estar sujeto al principio de presunción de inocencia y a la naturaleza investigativa de las diligencias preliminares, lo que obliga a evitar cualquier criterio que pretenda desde ya concluir en responsabilidades no establecidas.

Por su parte, debe tener presente la recurrente, que ni la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, ni la Resolución Administrativa ASFI N° 576/2012 de fecha 5 de noviembre de 2012, han impuesto cargo alguno, por cuanto más bien, la primera viene a disponer se emita una nueva notificación de cargos, es decir, se dé inicio al procedimiento como corresponda, en el que deberá considerarse la pertinencia o no de tal imputación por parte de la autoridad competente para ello.

Siendo preocupación de la recurrente, que:

"...En virtud del principio de sometimiento pleno a la ley, las autoridades administrativas encuentran precisamente en la ley los límites de sus competencias, de tal manera que no tienen facultades ni potestades para realizar actuaciones administrativas por encima ni al margen de la ley, menos para **crear y declarar causales nulidad y anulabilidad, creando además nuevas formas de Resolución del procedimiento..."**

Resulta pertinente traer a colación el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF-URJ N° 030/2010 de 26 de noviembre de 2010, transcrita, en lo que interesa, a continuación:

"...Con relación al régimen de las nulidades, el Decreto Supremo 27175, no establece procedimiento específico al respecto, en consecuencia debe aplicarse supletoriamente lo establecido por la ley marco y demás disposiciones legales análogas, teniendo el debido cuidado de no adentrarse en el ámbito de lo que se denomina como antinomia jurídica o conflicto en la aplicación de una o más normas relacionadas, debido a que la aplicación supletoria y/o análoga debe guardar absoluta coherencia con la norma

especial, sin conculcar otros preceptos normativos superiores, ni los valores esenciales del derecho que resguardan las garantías fundamentales de los sujetos procesales.

En este contexto, si bien es cierto que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, no establece con certeza los actos nulos y anulables y que de manera expresa establece las formas en que las resoluciones en Recurso de Revocatoria deben ser emitidas, no debemos olvidar que en la aplicación del derecho existen aspectos supra legales que deben ser considerados con preferencia a momento de tomar una decisión, tales como el resguardo de las garantías y derechos fundamentales que otorga el Estado a todos sus soberanos (...)

...la jurisprudencia administrativa ha compulsado la posibilidad de que el órgano de regulación pueda anular sus propios actos estableciendo requisitos esenciales para su procedencia; en este contexto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 30/2005 de 16 de agosto de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del SIREFI señala:

III.2. Facultad de anulación de obrados por parte de la SPVS

El artículo 4° de la Ley de Procedimiento Administrativo señala como principios de la actividad administrativa los siguientes: a) Principio fundamental. El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad y; c) Principio de sometimiento pleno a la ley. La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, **asegurando a los administrados el debido proceso.**

De la normativa señalada se tiene que la SPVS **puede disponer la anulación de procedimiento cuando considere que ha existido vulneración a alguno de los derechos fundamentales de la persona o a los derechos subjetivos de la misma que tenga relevancia y provoquen afectación a sus intereses legítimos en resguardo a la garantía del debido proceso administrativo...**

En este sentido, además, es pertinente traer a colación el precedente dado sobre el tema en la ya citada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 012/2013 de 7 de marzo de 2013, que ha establecido que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero cuenta con la facultad de determinar la anulación de obrados.

Por consiguiente y en definitiva, el Ente Regulador tiene la facultad de pronunciarse y decidir una nulidad relativa de obrados como lo ha hecho en la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, que ha determinado:

“...la Autoridad recurrida ha resuelto la nulidad (relativa) de obrados, por cuanto la notificación del cargo “se realizó a la entidad como persona

jurídica”, circunstancia que desde luego y más allá de importar una infracción al elemental criterio de justicia, determina que de la forma que sale (...) se esté sancionando al Gerente General de la entidad recurrente, sin que con respecto al mismo se hubieran observado los procedimientos previstos por los artículos 65° y 66° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo (aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003), entonces en infracción al debido proceso, justificando plenamente la nulidad relativa dispuesta, por cuanto de esta manera, se ha generado la indefensión al Administrado, (...)

2. ACERCA DE LA PRESCRIPCIÓN.-

El Recurso Jerárquico señala también:

“...Al negarse la consideración y resolución de la solicitud de prescripción, se han desconocido también los derechos de Mutual La Primera al debido proceso, a la defensa, el derecho de petición, y el derecho de obtener una resolución fundada y, consiguientemente.

Ese ilegal rechazo es completamente contrario al criterio sostenido por esa ASFI en casos anteriores. Concretamente nos referimos al Procedimiento Administrativo Sancionador que se inició, como en el presente caso, con la notificación de cargos a Mutual La Primera y en el cual se pronunció la Resolución ASFI /No. 240/2011 por la que se declaró la prescripción de las infracciones administrativas que dieron lugar a dicho procedimiento...”

Ello tiene que ver con lo señalado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012:

“...no corresponde a esta Autoridad de Supervisión el pronunciamiento sobre la prescripción planteada ni los descargos presentados por la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “LA PRIMERA”**, considerando que el responsable de los presuntos incumplimientos al Reglamento para el Registro de Directores, Ejecutivos y Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, es el Gerente General de la entidad...”

Y ello a su vez, constituye la respuesta a lo señalado en el memorial de presentación de descargos de 7 de septiembre de 2012, por el que la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** ha expresado:

“...**desde la fecha del retiro del empleado Rubén Gómez Pereira.** y (sic) aun sumándose el mes para incorporarse la información correspondiente a “otros funcionarios” según el numeral 3 del art. 1, sección 2 del indicado Reglamento, **han transcurrido más de dos años y, siendo así, las presuntas infracciones consignadas en la carta de notificación de cargos ASFI/DSR11/R-98745 de 13 de agosto de 2012, SE ENCUENTRAN PRESCRITAS.**

Toda vez que **la prescripción de las presuntas infracciones conlleva también la pérdida de las potestades sancionadoras de la ASFI**, ya para seguir con el procedimiento sancionador, efectuar análisis y valoraciones de infracciones prescritas, ya para imponer o desestimar sanciones administrativas, pedimos a su autoridad **declarar la prescripción de las presuntas infracciones o incumplimientos que dieron lugar a los cargos y, consiguientemente, dar por concluido el procedimiento sancionador**, iniciado según carta ASFI/DSR11/R-98745/2012...”

Es pertinente dejar sentado que, la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 576/2012 de fecha 5 de noviembre de 2012, ha expresado que no ingresa a valorar ni a resolver la prescripción alegada, restringiendo como único elemento susceptible de consideración el del “responsable de los presuntos incumplimientos al Reglamento para el Registro de Directores, Ejecutivos y Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, es el Gerente General de la entidad” (Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012).

Es decir, el Ente Regulador se inhibe de considerar y resolver la prescripción opuesta, por cuanto a su criterio, quien la interpone (la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**) no es quien eventualmente podría formar parte del proceso sancionador correspondiente, entonces, carecería de legitimidad para oponerla.

Por pertinente, se rescata lo que señala Rafael Martínez Morales (en Diccionarios Jurídicos Temáticos) sobre la prescripción, para quien:

“...Esta figura tiene aplicación en el derecho administrativo a propósito del acto cuya extinción se da por medios excepcionales; por ejemplo en materia fiscal.

Consideramos que la imprescriptibilidad no es atributo del acto administrativo: debe fijarla expresamente la ley. En caso de que el texto legal sea omiso respecto a la prescripción, se estará a la supletoriedad del derecho común.”

En este último sentido, dado que en la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) la referencia hacia tal figura en cuanto a las infracciones, resulta lacónica al encontrarse instituida en un sólo artículo, el que a la letra dice:

“...**Artículo 79.- (Prescripción de Infracciones y Sanciones).** Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años...”

Entonces, bien como concepción del derecho general, se puede decir que:

“...**Artículo 1499.- (Quienes pueden valerse de la prescripción).** La prescripción puede oponerse o invocarse por... cualesquiera otros interesados en ella,

cuando la parte a quien favorece no la hace valer o ha renunciado a ella...”
(Código Civil).

Ahora, si la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** es o no interesada en la ocurrencia de la prescripción por ella alegada, es un tema que debe, precisamente, ser decidido a tiempo de su sustanciación.

Trayendo a colación para el caso de autos, tenemos que de la revisión del expediente, se cuentan con los siguientes antecedentes:

- Mediante nota ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero imputó con cargos a la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”, con referencia a los extremos que allí se señalan (y que han sido oportunamente relacionados supra).
- Mediante memorial presentado en fecha 7 de septiembre de 2012, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** (no pudo ser otra persona, natural o jurídica, por cuanto a esa fecha, la imputación se encontraba firme y subsistente contra ella), a tiempo de acreditar sus descargos, plantea la prescripción de las infracciones que importan los cargos.
- La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012 -también supra relacionada- y toda vez que por la misma anulaba la nota de cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 (por cuanto “los cargos fueron notificados a la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “LA PRIMERA”** y no al Gerente General de la entidad como persona natural afectada”), determina al tiempo que, por lo mismo, “no corresponde a esta Autoridad de Supervisión el pronunciamiento sobre la prescripción planteada ni los descargos presentados por la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “LA PRIMERA”**”.

De ello se conoce que, si bien al presente ha quedado establecido que el proceso sancionador a instancia de la nota ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, no debió ser dirigido contra la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, determinando no sea la misma parte del eventual proceso, empero ello se determinó recién en fecha 21 de septiembre de 2012, en oportunidad de la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012, cuando la prescripción alegada había sido interpuesta en data anterior, el 7 de septiembre de 2012, cuando al no existir por ese entonces, nulidad alguna de obrados y, por tanto, al resultar que era la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** la que se encontraba imputada con los cargos, determina que **la prescripción se encontraba oportunamente interpuesta y por quien, en ese momento, era legítimamente parte del proceso.**

Por tanto, correspondía su sustanciación y resolución conforme a derecho, por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; lo contrario importa infracción al derecho de petición, dispuesto por los artículos 24° (“Toda persona tiene derecho...

a la obtención de respuesta formal y pronta...”) de la Constitución Política del Estado, y 16º, inciso ‘h’ (“...las personas tienen los siguientes derechos:... h) **A obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen;**...”), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo).

Empero además, el extremo adquiere trascendencia, dado que, el efecto primordial de la prescripción es el de extinguir la persecución emergente de la de la comisión de una infracción, entonces en posibilidad jurídica, su existencia determinaría resultar innecesaria la promoción del eventual procedimiento sancionador al que se refieren las Resoluciones Administrativas ASFI N° 576/2012 de fecha 5 de noviembre de 2012 y ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, esto, por aplicación del principio de economía al que se refiere el artículo 4º, inciso k), de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Por lo precedentemente desarrollado, respecto a la segunda pretensión del Recurso Jerárquico interpuesto sobre “la consideración y resolución de la solicitud de prescripción”, corresponde que la misma sea pertinentemente atendida y resuelta por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero...”

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 279/2013 DE 13 DE MAYO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 279/2013 de 13 de mayo de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

“...**PRIMERO.-** Declarar la **PRESCRIPCIÓN** de las infracciones contenidas en la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, referidas al incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículos 1 y 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por parte de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** en conformidad a los criterios vertidos en la presente Resolución.

SEGUNDO.- Notificar al señor Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira como parte interesada, la presente Resolución Administrativa...”

Los fundamentos a tales decisiones son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala sobre la prescripción: “Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el ARTÍCULO 2º de la presente Ley.”

Que, el Reglamento para el Registro de Directores, Ejecutivos y Funcionarios contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, comunicada a las Entidades Financieras con la Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005, señala: "Las inhabilitaciones, suspensiones y bajas deberán ser remitidas por las entidades de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros, obligatoriamente al momento de producirse el hecho a través de la página de captura del Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás funcionarios."

Que, el Reglamento para el Registro de Directores, Ejecutivos y Funcionarios contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, comunicada a las Entidades Financieras con la Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005, señala: "Para aquellos casos de funcionarios cuyos códigos de retiro estén clasificados entre 01 y 09 y entre 12 y 16, la entidad deberá enviar una carta firmada por el Gerente General, adjuntando un informe que contenga las decisiones adoptadas y las conclusiones y recomendaciones del informe emitido por el auditor interno, respecto al establecimiento de responsabilidades, cuantificación del daño económico, si correspondiese, así como las medidas a ser adoptadas para corregir dicha situación, y su contabilización..."

Que, el Reglamento para el Registro de Directores, Ejecutivos y Funcionarios contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 4 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, comunicada a las Entidades Financieras con la Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005, señala: "El control de la información registrada en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás funcionarios, en cuanto a su seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad, es **responsabilidad del Gerente General**. El incumplimiento de esta responsabilidad, dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas."

Que, el Reglamento de Sanciones Administrativas, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2, artículo 61, señala: "Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el o la Director (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse."

CONSIDERANDO:

Que, en cumplimiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2013 de 8 de abril de 2013, corresponde a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunciarse sobre los descargos presentados por la **MUTUAL "LA PRIMERA"** conforme el memorial de descargos recibido el 7 de septiembre de 2012, a

consecuencia de la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012.

CONSIDERANDO:

Que, la **MUTUAL “LA PRIMERA”** plantea y pide la declaración de la **prescripción** de las presuntas infracciones establecidas en la carta de Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, exponiendo que la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 79 determina que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años, computando el plazo a partir de la fecha de la comisión u omisión del acto u actos que configuran las supuestas infracciones, explicando que el 12 de enero de 2010 se retiró al señor Rubén Gómez Pereira y que el único acto que interrumpe la prescripción es la carta de Notificación de Cargos, habiendo transcurrido más de dos años, siendo las presuntas infracciones consignadas en dicha nota de cargos prescritas, conllevando la pérdida de potestades sancionadoras de ASFI.

Que, el señor Rubén Gómez Pereira remitió a esta Autoridad de Supervisión en fecha 17 de abril de 2012 su carta de denuncia en contra de la **MUTUAL “LA PRIMERA”**. Asimismo, el señor Gómez con carta recibida por este Órgano de Supervisión el 23 de abril de 2013, señala que en fecha 9 de diciembre de 2011 presentó un memorial solicitando copias legalizadas y que con dicho acto interrumpiría la prescripción aducida por la **MUTUAL “LA PRIMERA”**.

Que, con relación a la prescripción invocada por la **MUTUAL “LA PRIMERA”**, el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, de 23 de abril de 2002, establece que: “...las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la administración pública, comprendidos en el artículo 2 de la mencionada ley”.

Que, se debe considerar los lineamientos jurisprudenciales aplicables a la prescripción invocada por la **MUTUAL “LA PRIMERA”**, evidenciándose lo siguiente:

- La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre de 2006, que en sus partes pertinentes señala:
 - ✓ “La prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos (prescripción adquisitiva), o para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la ocurrencia de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo. De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella. De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento o extinción de derechos subjetivos o acciones, es viable su interrupción y suspensión en consideración a especiales circunstancias

de las personas involucradas dentro de la relación jurídica que impidan su ejercicio o la defensa frente la posible extinción del derecho”.

- ✓ “En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y al interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente, aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción”.
- ✓ “Como se tiene anotado, no se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción”.
- ✓ “El mencionado artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo manifiesta que ‘Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)’ empero, no establece con claridad los casos en los que la prescripción administrativa, respecto de la acción sancionadora, puede ser interrumpida ya que solamente hace referencia a la interrupción de las sanciones ya impuestas, aspecto distinto de la acción”.

- La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 76/2007 de 5 de septiembre de 2007, determina que: “...**la prescripción también puede ser interrumpida al presentarse un reclamo o denuncia al órgano regulador correspondiente...**”.

Que, asimismo, es pertinente considerar lo expresado por el tratadista Durand, Julio C, “La Prescripción”, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985 “Se entiende por prescripción liberatoria el resultado de un proceso, cuyo objetivo es la construcción progresiva de la presunción de abandono o presunción de renuncia, que acarrea como sanción la caducidad de la acción. Esta ficción tiene cuatro elementos: 1) Un derecho exigible por medio de una acción, 2) La inacción o inactividad del titular de ese derecho, 3) El transcurso del tiempo, 4) Una Ley - que por razones de interés social - permita la liberación del deudor luego de ese plazo. La verificación de todos estos elementos autoriza a arribar a una presunción de abandono a la que como consecuencia le corresponde la extinción de la acción – prescripción”.

Que, en conformidad a los lineamientos antes señalados y en atención a los fundamentos presentados por la **MUTUAL “LA PRIMERA”** y el señor Rubén A. Gómez P., se determina que no solo la notificación de cargos interrumpe la prescripción, sino también, puede ser interrumpida al presentarse un reclamo o denuncia ante este Órgano Fiscalizador. En el presente caso, la solicitud del señor Gómez de copias legalizadas presentada el 9 de diciembre de 2011, no fue presentada con carácter de reclamo o denuncia, por lo que no puede ser entendida dicha solicitud como figura que interrumpa la prescripción.

Que, respecto al cómputo de la prescripción se establece lo siguiente:

- El hecho generador de la supuesta infracción de la MUTUAL “LA PRIMERA”, se realiza al no reportar en el “Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios” al momento de haber prescindido de los servicios del señor Rubén A. Gómez Pereira, toda vez que el despido fue en fecha 12 de enero de 2010.
- Debe considerarse que en materia administrativa el cómputo de la prescripción obedece a un criterio objetivo, es decir, comienza a computarse a partir del día siguiente de producido el hecho, siendo en el presente caso la falta de reporte en el “Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios” al momento de haber prescindido de los servicios del señor Rubén A. Gómez Pereira.
- La MUTUAL “LA PRIMERA” reportó a esta Autoridad de Supervisión en fecha 17 de mayo de 2010, aproximadamente cuatro (4) meses después del mencionado despido, contraviniendo presuntamente con lo dispuesto en el artículo 1, Sección 3, Capítulo VIII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente a la fecha de ocurrido el hecho.
- La denuncia del señor Rubén Gómez P., fue presentada a esta Autoridad de Supervisión en fecha 17 de abril de 2012, transcurriendo más de dos años de ocurrida la falta de reporte en el “Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios” al momento del despido del señor Gómez (12 de enero de 2010).
- En el siguiente cuadro se expone el transcurso del tiempo a fin de establecer la prescripción:

CÓMPUTO DE PRESCRIPCIÓN			
DESPIDO DEL SR. RUBÉN GÓMEZ P.	REPORTE DE LA MUTUAL “LA PRIMERA” AL SISTEMA DE REGISTRO DE ASFI	DENUNCIA DEL SR. RUBÉN GÓMEZ P.	PLAZO TRANSCURRIDO DESDE LA FALTA DE REPORTE EN EL SISTEMA DE REGISTRO DE ASFI (FECHA DE DESPIDO) HASTA LA DENUNCIA
12.01.2010	17.05.2010	17.04.2012	Más de 2 años

Que, conforme lo anterior, en el presente caso se establece que desde la fecha de acaecimiento de la infracción (falta de registro en el “Sistema de Registro de

Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios" al momento del despido del señor Rubén Gómez - 12.01.2010), hasta la fecha en la cual el señor Gómez denunció las irregularidades(17.04.2012), transcurrieron más de dos años, configurándose de esta forma la prescripción de la infracción, no habiéndose determinado en este período acciones o condiciones capaces de interrumpir la prescripción en base a los antecedentes del caso y al principio de la verdad material, toda vez que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tomó conocimiento de la infracción en fecha posterior.

CONSIDERANDO:

Que, adicionalmente al análisis anterior sobre la prescripción, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se pronuncia sobre los descargos presentados por la **MUTUAL "LA PRIMERA"** conforme lo siguiente:

- **Con Relación al Primer Cargo Notificado "1. Incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Circular SB1515/2005 de 30 de diciembre de 2005, al haber reportado fuera de plazo la baja del señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira, en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios."::**

- ✓ La **MUTUAL "LA PRIMERA"** expone que habría codificado al señor Rubén Gómez Pereira en el plazo y conforme dispone el "Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia y demás Funcionarios" aprobado por Resolución SB N° 200/2005 de 30 de diciembre de 2005, toda vez que el artículo 1, Sección 3 del citado Reglamento, no establecería ningún plazo para efectuar el reporte de baja del ex empleado. Sin embargo, el artículo 1, Sección 3, Capítulo VIII, Título X del Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia y demás Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF) aprobado por Resolución SB N° 200/2005 de 30 de diciembre de 2005 señala que las bajas deberán ser remitidas por las entidades de intermediación financiera, obligatoriamente al momento de producirse el hecho a través de la página de captura del Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás funcionarios. En ese sentido, el Reporte "Historial de Bajas del Funcionario", evidencia que la **MUTUAL "LA PRIMERA"** reportó a esta Autoridad de Supervisión en fecha 17 de mayo de 2010, la baja del señor Rubén Gómez P., más de cuatro meses después de la fecha 12 de enero de 2010, fecha en que fue despedido el señor Gómez, ratificando el incumplimiento al artículo 1, Sección 3, Capítulo VIII, Título X del citado Reglamento.
- ✓ La **MUTUAL "LA PRIMERA"** expone que el Reglamento de Sanciones Administrativas y el Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos,

Ejecutivos y Funcionarios de las Entidades de Intermediación, contenidos ambos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, no establecerían sanciones por reportar fuera de plazo la baja de los funcionarios, resultando de ello cualquier cargo contrario a los principios de Legalidad y Tipicidad de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y la violación de garantías constitucionales. Al respecto, corresponde señalar que el párrafo primero del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) determina que cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de sanciones administrativas. En ese sentido, la facultad sancionadora la otorga la mencionada Ley y el artículo 61, Sección 2, Capítulo II, referido al Reglamento de Sanciones Administrativas, contenido en el Título XIII de la RNBEF determina que cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no contempladas en el Reglamento de Sanciones Administrativas, en que pudieran incurrir las entidades financieras, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas.

- **Con Relación al segundo Cargo Notificado “2. Incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005, al no haber remitido la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira...”:**

- ✓ La **MUTUAL “LA PRIMERA”** expone que la desvinculación del señor Rubén Gómez Pereira a través de la página de captura habilitada por la ASFI, habría sido cumplida por la entidad en el plazo establecido, cumpliendo con los artículos 1 y 2 de la Sección 3 del Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, ratificando la codificación “06” de la clasificación contenida en el artículo 2, Sección 3 del citado Reglamento. Sin embargo, cabe aclarar que esta Autoridad de Supervisión notificó cargos por incumplimiento a los artículos 1 y 3, de la Sección 3 del Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Funcionarios, precisando además que el artículo 1 fue analizado precedentemente.
- ✓ La **MUTUAL “LA PRIMERA”** expone que al no existir daño económico emergente de los actos y omisiones que dieron lugar al retiro del ex empleado, importando contravenciones muy graves a normas laborales e internas, la entidad no envió a la ASFI el Informe del Auditor Interno, pues éste sólo correspondería ser emitido en caso de que las causas y hechos que dieron lugar al retiro o desvinculación laboral, hubiesen generado responsabilidades y daños económicos. Al respecto, corresponde precisar

que el artículo 3, Sección 3, Capítulo VIII, Título X del Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia y demás Funcionarios, contenido en la RNBEF determina que para los casos de **funcionarios cuyos códigos de retiro estén clasificados entre el 01 y 09, la entidad debe enviar** una carta firmada por el Gerente General, adjuntando el informe del Auditor Interno. No existiendo disposición que señale que dichos documentos se envíen solamente en caso de generarse daño económico y/o responsabilidades que erróneamente entendió la **MUTUAL "LA PRIMERA"**.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis de descargos presentados por la **MUTUAL "LA PRIMERA"**, en respuesta a la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, se concluye que estos no desvirtúan los incumplimientos identificados.

Que, sin embargo, habiéndose operado la prescripción por el transcurso del tiempo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no puede imponer sanción administrativa por los cargos identificados en la la (sic) Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, pese a que los mismos no fueron desvirtuados.

CONSIDERANDO:

Que, debe tomarse en cuenta que el señor Rubén A. Gómez Pereira conforme a carta recibida el 17 de abril de 2012, presentó denuncia en contra de la **MUTUAL "LA PRIMERA"** por posibles incumplimientos a su codificación asignada, solicitando investigación en contra de la entidad, a fin de que esta exhiba la documentación que respalde la codificación asignada, solicitando además se le informe sobre lo solicitado, ya que su persona se habría visto afectada.

Que, por lo anterior, corresponde a esta Autoridad de Supervisión notificar al señor Rubén A. Gómez Periera, lo establecido en la presente Resolución, en razón al derecho de petición establecido en el artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, concordante con el inciso h), artículo 16 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, mediante INFORME/ASFI/DSR II/R-69517/2013 de 13 de mayo de 2013, la Dirección de Supervisión de Riesgos II de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, concluye sobre la aplicabilidad de la prescripción planteada por la **MUTUAL "LA PRIMERA"**, por haber transcurrido por más de dos años de ocurrida la infracción hasta la denuncia presentada, no obstante, queda demostrado el incumplimiento a los artículos 1 y 3 de la Sección 3, Capítulo VIII, Título X del Reglamento para el Registro de Directores, Ejecutivos y Funcionarios, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al no reportar en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios" al

momento de haber prescindido de los servicios del señor Rubén A. Gómez Pereira, así como el incumplimiento de no remitir la carta del Gerente General ni el Informe del Auditor Interno al haberse codificado al señor Gómez con el código "06"..."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 27 de mayo de 2013, el señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 279/2013 de 13 de mayo de 2013, presentando al efecto los alegatos siguientes:

"...I. ANTECEDENTE:

De la Resolución ASFI/N° 279/2013 de 13 de Mayo de 2013 se obtienen los elementos siguientes:

1. Contenido de los cargos: La Resolución ASFI/N° 279/2013 de 13 de Mayo de 2013 (Pags. 1 y 2), como emergencia de mi denuncia contra la Mutual La Primera, se impuso a la misma los cargos de la carta ASFI/DSR II / R-98745 / 2012:

- 1. Haber reportado fuera de plazo la baja del señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira, en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, en incumplimiento al Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 1, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF).**
- 2. No haber remitido la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira, en incumplimiento al Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 3, de la RNBEF.**

2. Los hechos generadores de la responsabilidad presumiblemente sancionable:

Siendo esas las presumibles infracciones, la misma Resolución ASFI/N° 279/2013 (Pg. 10), señala que **El hecho generador de la supuesta infracción...** se realiza al no reportar en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios" al momento de haber prescindido de los servicios del señor Rubén A. Gómez Pereira, toda vez que el despido fue en fecha 12 de enero de 2010; y más bajo (misma Pg.) señala también, que La MUTUAL "LA PRIMERA" reportó a esta Autoridad... en fecha 17 de mayo de 2010, aproximadamente cuatro (4) meses después del mencionado despido, **contraviniendo presuntamente** con lo dispuesto...

Cualquier diccionario nos servirá para aclarar que lo supuesto y lo presunto, son exactamente lo mismo; es decir que, la Resolución ASFI/N° 279/2013 establece que el hecho generador de las infracciones imputadas, no sólo es el no haber reportado en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios" al momento de haber prescindido de los servicios del señor Rubén A. Gómez Pereira, sino además, haber reportado aproximadamente cuatro (4) meses después del mencionado despido.

3. La determinación del inicio de la prescripción a efectos de su cómputo:

Luego, la Resolución ASFI/Nº 279/2013 (también Pg. 10), señala que La denuncia del señor Rubén Gómez P., fue presentada a esta Autoridad... en fecha **17 de abril de 2012**, transcurriendo más de dos años de ocurrida la falta de reporte en el "Sistema..." al momento del despido del señor Gómez (**12 de enero de 2010**).

Inclusive, presenta un cuadro CÓMPUTO DE PRESCRIPCIÓN, del que se destaca:

-	DESPIDO DEL SR. RUBÉN GÓMEZ P.	12.01.2010
-	REPORTE DE LA MUTUAL "LA PRIMERA" AL SISTEMA DE REGISTRO DE ASFI	17.05.2010
-	DENUNCIA DEL SR. RUBÉN GÓMEZ P.	17.04.2012

Y concluye en que el PLAZO TRANSCURRIDO DESDE LA FALTA DE REPORTE EN EL SISTEMA DE REGISTRO DE ASFI (FECHA DE DESPIDO) HASTA LA DENUNCIA, es de Más de 2 años.

En base a tales antecedentes, la Resolución ASFI/Nº 279/2013 declara la PRESCRIPCIÓN de las infracciones contenidas en la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012.

II. ERRORES, IMPRECISIONES Y OMISIONES DE LA RESOLUCIÓN ASFI/Nº 279/2013:

El razonamiento anterior contiene varios errores, imprecisiones y omisiones, conforme los señalo a continuación:

A) En cuanto al cargo Nº 2, es incorrecta la determinación del inicio del término de la prescripción.

Si tal cargo consiste en **No haber remitido** la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira, vale la consulta: **¿hasta el momento presente, el Gerente General Sr. Grandchant, como responsable que es del correcto envío de la información** (Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 4, RNBEF; no así Mutual La Primera, como mal ASFI insiste en señalar en varias partes de su Resolución), **habrá remitido la información que respalde la codificación impuesta?**

Porque, como usted mejor que nadie conoce, el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 3 de la RNBEF (base normativa de la infracción sancionable), establece que Para aquellos casos de funcionarios cuyos códigos de retiro estén clasificados entre 01 y 09 (en mi caso se utilizó el código 06) y entre 12 y 16, la entidad deberá enviar una **carta firmada por el Gerente General, adjuntando un informe que contenga las decisiones adoptadas y las conclusiones y recomendaciones del informe emitido por el auditor interno, respecto al establecimiento de responsabilidades, cuantificación del daño económico, si correspondiese, así como las medidas a ser adoptadas para corregir dicha situación, y su contabilización.**

En este sentido, cuando se reclamó este extremo a Mutual La Primera, mediante ASFI, la Mutual, en su carta G.G. 719/2012 A.L. 315/2012, presentada a ASFI el 8 de Marzo de 2012, señaló que:

En dicho proceso (se refiere al proceso laboral por reincorporación que se ventila en el Juzgado Segundo del Trabajo y la Seguridad Social), presentamos como prueba todos los antecedentes del ex empleado Rubén Antonio Gomez Pereira, es decir, no solo los directamente relacionados con su retiro, sino otros que fueron por el solicitados, **entre los que se encuentran los documentos de respaldo de su retiro y que dieron lugar a su codificación conforme a las causales de desvinculación establecidas por la ASFI.**

Sin embargo, revisada la documentación que señala Mutual La Primera, la misma había consistido en:

- Un informe presentado en fecha 12 de Enero de 2010 por un Oficial de Operaciones de la Mutual al Jefe a.i. del Departamento de Operaciones, también de la Mutual.
- Un informe presentado en la misma fecha por el Jefe a.i. del Departamento de Operaciones, al Gerente General.
- El memorándum N° 011/2010 de despido (prescindimos de sus servicios) dirigido a mí persona por el Gerente General, también de fecha 12 de Enero de 2010.

Entonces, nada de nada de un informe que contenga las decisiones adoptadas y las conclusiones y recomendaciones del informe emitido por el auditor interno, respecto al establecimiento de responsabilidades, cuantificación del daño económico, si correspondiese, así como las medidas a ser adoptadas para corregir dicha situación, y su contabilización.

Por consiguiente, **el Gerente General Sr. Grandchant no ha remitido HASTA EL MOMENTO ninguno de los elementos que hacen a la información que le exige el infringido Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 3, de la RNBEF;** lo que se ha enviado **a la Juez del Trabajo**, no a ASFI, son tres documentos, procesados todos sumarísimamente (en clara muestra de lo irrazonada y arbitraria de la decisión en mi contra) en fecha 12 de Enero de 2010, sin lugar a defensa alguna.

Estas circunstancias determinan las situaciones siguientes:

- i. Si **HASTA EL MOMENTO, ninguno de los elementos que hacen a la información que le exige el infringido Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 3, de la RNBEF, ha sido presentado por Mutual La Primera, ENTONCES, LA INFRACCIÓN SE SIGUE COMETIENDO**, no siendo correcto atribuirle la fecha de mi despido como aquella en la que habría comenzado a correr el término de la prescripción.

ASFI señala en la página 10 de la Resolución ASFI/N° 279/2013, que en materia administrativa el cómputo de la prescripción obedece a un criterio objetivo, es decir, comienza a computarse a partir del día siguiente hábil de producido el hecho, siendo en el presente caso la falta de reporte en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios" al momento de haber prescindido de los servicios del señor Rubén A. Gómez Pereira.

Sin embargo, tal lógica (**NO ADOPTADA POR LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA**, entonces, no imponible por simple apreciación forzosa, por ser contraria a lo señalado por La **Constitución Política del Estado Plurinacional**, en los Arts. 122, Son nulos los actos de las personas... que ejercen... potestad que no emane de la ley, y 232, La Administración Pública se rige por los principios de... legalidad; y por la **Ley N° 2341 de 23 de Abril de 2002**, en los Arts. 4, Inc. c), La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, Inc. g), Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, y 72 Principio de Legalidad), no desvirtúa la existencia de las llamadas **infracciones o acciones instantáneas con efectos continuados**, en las cuales **el plazo de prescripción no comienza cuando se produce el hecho sino cuando cesan sus efectos; la conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo en el tiempo.**

Como evidentemente **este es el caso (HASTA EL MOMENTO LA INFRACCIÓN SE SIGUE COMETIENDO, y sus consecuencias nocivas persisten en el tiempo)**, el término de la prescripción no ha comenzado siquiera a correr y, por tanto, no ha ocurrido prescripción alguna.

- ii. Aunque así fuera, si se pretendiera con forzada imaginación, que el registro de 17 de Mayo de 2010 fuera al menos en lo formal válido, como dándose curso a la burla contenida en la carta G.G. 719/2012 A.L. 315/2012 de 8 de Marzo de 2012, estando claro que, en el caso de las infracciones o acciones instantáneas con efectos continuados, **el plazo de prescripción no comienza cuando se produce el hecho sino cuando cesan sus efectos**, y como la infracción sancionable consiste en **No haber remitido la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira**, entonces no puede ser el suceso determinante, el despido del señor Gómez (**12 de enero de 2010**), sino, el **REPORTE DE LA MUTUAL "LA PRIMERA" AL SISTEMA DE REGISTRO DE ASFI** de fecha 17.05.2010 (**17 de Mayo de 2010**), lo que determina que, siguiendo la misma lógica de ASFI, **habiendo mi persona presentado DENUNCIA el 17.04.2012 (17 de Abril de 2012)**, entonces entre las mismas no existen los dos (2) años a los que se refiere el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, sino solamente un (1) año y once (11) meses, como resultado: **NO HA OCURRIDO PRESCRIPCIÓN ALGUNA.**

B) interrupción del término de prescripción.-

La figura de la prescripción de las infracciones, implementada por el Art. 79 de la Ley N° 2341 de 23 de Abril de 2002, debe obedecer a un criterio de aplicación, y que desde luego, va a superar al propio artículo mencionado, al resultar este evidentemente muy breve.

En concreto, que el artículo 79 no aluda a circunstancias específicas que, por simple efecto natural, pueden afectar al instituto señalado, no quiere decir que las mismas no deban ser tenidas en cuenta ni observadas; así por ejemplo, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de Setiembre de 2006, ha señalado que no se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser

interrumpida, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el comienzo del computo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción.

Dentro de los efectos naturales (en Derecho Administrativo se le dice verdad material) que importa la existencia o inexistencia de la prescripción, es ilógico pretender que alguien esté obligado a ejercitar los actos que interrumpen tal prescripción, si tal obligación en sí misma, es imposible, reconociendo el Derecho la alternativa de que esa imposibilidad sea permanente o temporal, que no por estar básicamente prevista en la legislación civil (Arts. 379° y 380°), deje de ser atendible en el caso, precisamente por corresponder a un efecto jurídico natural y que como tal, es admitido por la Ciencia Administrativa, como ya se ha visto.

Ese carácter jurídico determina que, la prescripción no corra en casos de imposibilidad como el presente (al efecto, revítese el Art. 1502°-6 en función de los mencionados 379° y 380°, todos del Cód. Civil), donde conforme le consta a ASFI, no sólo porque se lo señaló Mutual La Primera en su carta G.G. 719/2012 A.L. 315/2012, presentada a ASFI el 8 de Marzo de 2012, sino también por mi persona en la nota presentada en fecha 15 de Mayo de 2013 (entre muchas otras), en la que señalé:

...de acuerdo a la Resolución ASFI/No.477/2012, quedó establecido que Mutual La Primera incumplió los procedimientos establecidos y que en todo este tiempo, no se ha cambiado mi codificación como medida coercitiva para dejar de lado el proceso laboral que tengo ganado en el Juzgado de Partido segundo de Trabajo y Seguridad Social con sentencia No. 376/212, que determina mi reincorporación...

Es que resulta, señora Directora, que si la señora Juez Segundo de Trabajo y Seguridad Social ha dispuesto mi reincorporación, es porque, entre otras cosas, en el juicio laboral correspondiente, se evidenció que mi despido fue en total inobservancia de variadas normas de carácter constitucional, social y laboral, empero en lo que al caso interesa fundamentalmente, del Reglamento Interno de Personal de Mutual La Primera, entonces **prescindiéndose de un previo proceso interno disciplinario** (y que para el caso, de haberse sustanciado, nunca se hubiera pronunciado por tal despido, conforme lo señala el propio Reglamento aludido); ¡si, como dije, Mutual La Primera sustanció todo mi pseudo despido en un sólo día (12 de Enero de 2010)!

Entonces, ¿cómo podía conocer yo, que posteriormente, en fecha 17 de Mayo de 2010, se me estaba codificando con un 106, que corresponde a Renuncia o retiro forzoso por contravenciones graves a normas internas o disposiciones legales, por improcedencia o negligencia culposa, sin daño económico, si no se me siguió el proceso idóneo por el cual, hubiera podido conocer una determinación de esa naturaleza, y que en su caso, me hubiera permitido ejercer mis derechos de la forma que ASFI señala en su Resolución ASFI/N° 279/2013?

Porque yo me enteré de tal codificación, mucho tiempo después, en Noviembre de 2011, cuando a tiempo de acceder a un trabajo por ante otra entidad financiera, fui recién informado que no podía ser contratado al existir la misma, obviamente en mi

contra; de allí que recién desde fecha 21 de Noviembre de 2011, como a usted le consta, he promovido la investigación, dando lugar a la denuncia del 17 de Abril de 2012, con los resultados que se conocen ahora.

Lo importante aquí es que, **si el término de la prescripción no corre en casos de imposibilidad** (Art. 1502°-6 en función del 379° y 380°, Cód. Civil), en este caso temporal, **entonces, no se pudo haber computado ese término desde el 12 de enero de 2010, como usted lo ha hecho, sino, desde la data en que asumí conocimiento de tal codificación, recién en Noviembre de 2011; de tal fecha a la presente no han transcurrido los 2 (dos) años a los que se refiere el Art. 79° de la Ley N° 2314, de manera tal que DE NINGUNA MANERA HA PODIDO OPERAR PRESCRIPCIÓN ALGUNA COMO LA SEÑALADA EN LA RESOLUCIÓN ASFI/N° 279/2013, determinando que tal pronunciamiento resulte errado, impreciso, y atentatorio a los interés de la justicia como a los míos propios, toda vez que de esa manera se evita una justa sanción a un proceder arbitrario e ilegal.**

III. PETITORIO:

Por consiguiente, señora Directora, al amparo de los Arts. 46° (sic) y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2013, en la vía del Recurso de Revocatoria, impugno su Resolución ASFI/N° 279/2013 de 13 de Mayo de 2013, y solicito se digne revocar la decisión contenida en la misma, determinando a su vez la inexistencia de prescripción alguna, y en su mérito, imponiendo las sanciones al Gerente General de Mutual La Primera, que le corresponden por **Haber reportado fuera de plazo la baja del señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira, en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios**, en incumplimiento al Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 1, de la RNBEF, y por **No haber remitido la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira**, en incumplimiento al Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 3, de la misma RNBEF, sea por corresponder en estricto Derecho..."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI No. 388/2013 DE 26 DE JUNIO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió:

"...PRIMERO.- REVOCAR, en todas sus partes la Resolución ASFI No. 279/2013 de 13 de mayo de 2013, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

SEGUNDO.- Sancionar al señor CARLOS DE GRANDCHAT (sic) SUÁREZ, Gerente General de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, con multa personal equivalente al 50% de su remuneración mensual, por el incumplimiento al Título X, Capítulo VIII, Sección 3 de la Recopilación de Nomas para Bancos y Entidades Financieras, al no haber reportado a esta Autoridad de Supervisión la baja del señor Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira, en base a las consideraciones de la presente Resolución.

TERCERO.- La multa impuesta deberá depositarse, en el plazo de 15 días posteriores a la notificación con la presente resolución, en la Cuenta Fiscal N° 1-4678352 a nombre de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – Multas, en el Banco Unión S.A., en moneda nacional, bajo conminatoria de Ley, debiendo remitir las papeletas de depósito correspondientes en el transcurso de dicho plazo.

CUARTO.- En cumplimiento con el artículo 110 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento de la Asamblea General de Asociados de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, debiendo remitirse a este Órgano Supervisor copia de la correspondiente Acta con las determinaciones adoptadas...”

Los fundamentos a tal decisión son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco del Debido Proceso, consagrado en el Parágrafo II del Artículo 115 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, concordante con el artículo 16 de la Ley de Procedimiento Administrativo, así como el Principio de Verdad Material, en observancia a los fundamentos de la Resolución Jerárquica, procede a valorar el tema de la prescripción de acuerdo a las siguientes consideraciones:

- El hecho generador de la presunta infracción por parte de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda “La Primera” (Mutual La Primera), se realizó con el despido de su funcionario, señor Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira en fecha 12 de enero de 2010, fecha en la cual la entidad financiera debió remitir la baja de su funcionario en cumplimiento del artículo 1º, Sección 3, Capítulo VIII del Título X, Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios, (vigente a la fecha del despido): “Remisión de Información.- Las (...) bajas deberán ser remitidas por las entidades de intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros, obligatoriamente al momento de producirse el hecho...” (Las negrillas son nuestras).

Por otra parte, el artículo 2º del mismo Registro, menciona: “Los motivos que originen el retiro de personal de cada entidad, para (...) funcionarios, se hallan codificados de la siguiente manera: (...) 06 Retiro forzoso por contravenciones graves a normas internas o disposiciones legales, por imprudencia o negligencia culposa, sin daño económico”.

Consecuentemente, el artículo 3º del Registro, dispone: “Para aquellos casos de funcionarios cuyos códigos de retiro estén clasificados entre el 01 y 09 (...) deberán enviar una carta firmada por el Gerente General, adjuntando un informe que contenga las decisiones adoptadas y las conclusiones y recomendaciones del informe emitido por el auditor interno, respecto al establecimiento de responsabilidades, cuantificación del daño económico, si correspondiese...”. (Las negrillas son nuestras).

Cuando la norma dispone la obligación del registro de las bajas de los funcionarios de las entidades financieras, al momento de producirse el hecho, esta disponiendo la remisión del informe de la baja con dos requisitos: a) Carta firmada por el Gerente General y b) el informe de auditoría que contenga las decisiones adoptadas y las conclusiones y recomendaciones.

La institución financiera Mutual La Primera, en el caso en particular, sólo reporta el código de baja (106) del ex funcionario a través de la página de captura del Sistema de Registro, que es una Base de Datos que contiene información de los directores, síndicos y del personal incorporado y retirado de las entidades financieras, la cual es actualizada de manera obligatoria en cumplimiento del artículo 3º de la Sección 1 del Capítulo VIII del Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF).

- Revisados los documentos inherentes al caso, se puede observar que la institución financiera realizó un Reporte oficial que se encuentra registrado en el "Historial de Bajas del Funcionario" de esta Autoridad de Supervisión, que registra el mismo en fecha 17 de mayo de 2010, el cual no contiene los requisitos exigidos por la RNBEF.
- Con carta de fecha 21 de noviembre de 2011, el señor Rubén Antonio Gómez Pereira solicita a esta autoridad información sobre la codificación asignada a su persona por parte de la institución financiera Mutual La Primera, la cual es atendida el 28 de noviembre de 2011 con la nota ASFI/JAC/R-127544/2011, comunicándole que la codificación asignada por parte de Mutual La Primera fue 106 "Retiro forzoso por contravenciones graves a normas internas o disposiciones legales, por imprudencia o negligencia culposa, sin daño económico".
- En fecha 17 de abril de 2012, el señor Rubén Antonio Gómez Pereira presenta una denuncia formal por incumplimiento de codificación.

Que, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 76/2008 de 18 de diciembre de 2008, sobre el instituto de la prescripción, expresa: "(...) En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público por virtud del cual el Estado cesa su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría el derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente, aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción...".

Que, la citada Resolución Jerárquica continúa manifestando: "la legislación administrativa está inspirada en el interés público, en la utilidad pública y en el mantenimiento del orden público. Para hacer efectiva esta legislación se ha consagrado la potestad sancionatoria de la administración con el objeto de tener un medio idóneo que permita castigar la vulneración a sus normas.

(...) De lo dicho se tiene que el derecho penal administrativo recoge al igual que el

derecho penal las infracciones instantáneas y las infracciones permanentes, existiendo connotaciones y particularidades diferentes a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate.

Así en las **infracciones instantáneas**, la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor por lo que la prescripción se empieza a contar desde el día siguiente de producida la infracción.

Mientras que en las **infracciones permanentes**, que es la que aquí interesa, la vulneración administrativa una vez cometida, prolonga la vulneración jurídica a través del tiempo, es decir, que no se agota en un solo momento, sino que prosigue en el tiempo.

De ahí que la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007 menciona: "Respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente", determina que la interrupción no es un efecto único, con efecto instantáneo, sino que es un estado de cosas, susceptible de perdurar en el tiempo (continuado)".

Que, tratándose de una infracción con efecto sucesivo y/o permanente, la contravención se produce **por NO haber remitido** la baja del señor Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira con los requisitos exigidos para la baja de funcionarios, situación que hasta la fecha se mantiene.

Que, en consecuencia el plazo de cómputo de la prescripción empieza a contarse a partir del día en que registró el código en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios, es decir el 17 de mayo de 2010, cuando Mutual La Primera registra oficialmente la baja del señor Gómez en cumplimiento del artículo 1º, Sección 3, Capítulo VIII del Título X, del citado Registro, continuando la infracción hasta la fecha, por cuanto dicha codificación no cuenta con el respaldo exigido por la normativa.

Que, ASFI al analizar la excepción de prescripción planteada por la Mutual la Primera, no considera los efectos que vienen desarrollándose a lo largo de este tiempo como son una codificación sin el sustento que la norma exige, por lo tanto, manteniendo la infracción.

Que, de acuerdo a los argumentos presentados por el recurrente, en relación a la prescripción planteada por Mutual La Primera corresponde manifestar que ésta ha sido desvirtuada por el registro que realiza la citada institución financiera el 17 de mayo de 2010 y los precedentes administrativos que se han expuesto, estableciéndose que la infracción es de efecto continuado ya que sus efectos continúan hasta la fecha, por cuanto no se adjuntó la nota del gerente, ni el informe del auditor que sustente la codificación.

CONSIDERANDO:

Que, los descargos presentados por la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo para la Vivienda "La Primera", en su memorial de descargos de fecha 7 de septiembre de 2012, a través del Dr. Juan Mauricio Diez Canseco, que fungía como Gerente General a.i., no desvirtúan los cargos notificados mediante nota ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, por cuanto el reporte no fue efectuado al momento de la baja del funcionario, sino cuatro meses después y el mismo además no se encuentra hasta la fecha debidamente respaldado por el Informe de Auditoría que estipula la norma, incumpliendo el Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios, establecido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3 del citado Reglamento.

Que, en mérito a lo expuesto y para la modulación de la sanción debe tomarse en cuenta la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que señala que: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".

Que, "La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase". (Alejandro Nieto García ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, página. 347)

Que, estas fases citadas por la ley ferenda y aplicadas al derecho positivo de Bancos y Entidades Financieras son: la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación, elementos que a continuación se analizarán a efectos de revisión, control y fiscalización de las sanciones impuestas por el órgano regulatorio sectorial, quien ostenta la facultad sancionatoria:

- **Tipificación**, el presente proceso está dispuesto en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Circular SB/515/2005/2005 de 30 de diciembre de 2005, que refiere el Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios (vigente a la fecha del despido).

Es pertinente considerar que el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título XIII, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente al momento de la infracción señalada anteriormente, específicamente en la Sección 2, artículo 61, determina un criterio para la imposición de la sanción, estableciendo que: "Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el o la Director (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse".

- **Calificación** se encuentra conforme lo dispone el numeral 5 del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), las inobservancias a las disposiciones legales, se circunscriben a la conducta de la Mutual La Primera, responsable en el ámbito de la imposición de sanciones administrativas.
- **Graduación**, se consideró la inobservancia que promueven el proceso sancionatorio, bien pudo evitarse de haberse considerado las disposiciones legales vigentes, por cuanto se configuran acciones por negligencia por parte de su Gerente General por no dar cumplimiento a las disposiciones establecidas en el Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y al numeral 12 del artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, a los efectos de **Modular** la sanción aplicable, se toma en cuenta lo establecido en el artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con el numeral 5 del artículo 99 del mismo cuerpo normativo, que dispone la imposición de sanción de multa, la cual será aplicable según el grado de responsabilidad. Para el presente caso, en la persona del Gerente General de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, señor Carlos De Grandchant Suárez, responsable del incumplimiento al Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios, señalada en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al no haber reportado a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero la baja del señor Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira, en el plazo que establece la norma.

Que, en este sentido, se advierte que ha existido negligencia por parte del Gerente General, situación que ha producido el incumplimiento del Título X, Capítulo VIII, Sección 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras,

correspondiendo la imposición de sanción de multas personales por la infracción analizada en la presente Resolución, conforme dispone el numeral 5 del artículo 99 de la ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, adicionalmente se debe considerar que la infracción analizada en la presente Resolución en la cual ha incurrido el Gerente General de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**; ha causado perjuicio a terceros (Sr. Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira), en razón de que el registro en la base de datos, con el código 106 (Retiro forzoso por contravenciones graves a normas internas o disposiciones legales, por imprudencia o negligencia) no cuenta con un respaldo que justifique este registro por parte del Área de Auditoría Interna, hasta la fecha.

Que, de la revisión del Reglamento de Sanciones que mantiene esta Autoridad de Supervisión, no existe una sanción específica que refiera la presente contravención, por lo esta Autoridad se sustenta en las atribuciones dispuestas en el numeral 10 del artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la cual menciona: "Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales".

Que, conforme lo expuesto precedentemente corresponde sancionar al señor Carlos De Grandchant Suárez, Gerente General de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, con multa personal, equivalente al 50% de su remuneración mensual (...)

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), determina que cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan sus previsiones legales o las normas reglamentarias, serán pasibles a la imposición de sanciones administrativas.

Que, el Artículo 79 de la Ley N° 2341, del Procedimiento Administrativo señala que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2° de la presente Ley.

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras, dispone en el parágrafo I que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva, asimismo el artículo 43 del citado Decreto Supremo, establece las formas de resolver el recurso de revocatoria interpuesto por los recurrentes.

Que el Decreto Supremo N° 22203, Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, en su artículo 3, dentro de las funciones establecidas para este Órgano de Supervisión establece: "Interpretar en el ámbito administrativo,

los alcances de las disposiciones legales y administrativas que rigen a las entidades a su cargo”.

CONSIDERANDO:

Que, como parte de la administración de las entidades, conforme lo tiene previsto el artículo 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), es obligación de sus administradores, velar por el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes.

Que, en observancia a lo dispuesto en la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), el artículo 99, numeral 5 determina: “Multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por cinco (5) veces la remuneración mensual del infractor. En el caso de Directores, síndicos y miembros del Consejo de Administración u órgano equivalente que solo perciban dieta, la multa no podrá exceder de diez (10) veces dicho monto. Estas sanciones serán aplicadas a la entidad, quien deberá repetir contra la persona sancionada”.

Que, el artículo 102 del mismo cuerpo normativo determina que: “Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99° serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualquier forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse”.

CONSIDERANDO:

Que, el Informe Legal ASFI/DAJ/R-89999/2013 de 19 de junio de 2013, concluye señalando que la Resolución ASFI N° 279/2013 de 13 de mayo de 2013 no consideró los antecedentes y precedentes administrativos sobre la prescripción que modifican la solicitud de la prescripción interpuesta por la Mutual la Primera, por lo que en procura de los principios de debido proceso y la verdad material se recomienda Revocarla Resolución ASFI N° 279/2013 de 13 de mayo de 2013, debiendo imponerse una sanción equivalente al 50% de la remuneración mensual que percibe el Gerente General, señor Carlos De Grandchat (sic) Suárez...”

6. RECURSOS JERÁRQUICOS.-

6.1. Recurso Jerárquico interpuesto por el señor RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA.-

En fecha 17 de julio de 2013, el señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI No. 388 /2013 de 26 de junio de 2013, expresando los alegatos siguientes:

“...De la Resolución recurrida, tenemos que la misma se supone que responde al Recurso de Revocatoria planteado por mí el 27 de Mayo de 2013, como se lo

menciona en su parte de vistos (el Memorial de Recurso de Revocatoria de fecha 27 de mayo de 2013 interpuesto por el señor Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira) y también en su tercer Considerando, donde se lo resume brevemente en tres puntos, pero sin pasar a su evaluación.

Después, la Resolución recurrida realiza sus propias consideraciones pero, ya no menciona para nada mis argumentos, y no aclara la trascendencia de lo que yo he señalado anteriormente, entonces, en mí perjuicio, dando lugar a que no se hubiera correctamente analizado y considerado lo demandado el 27 de Mayo de 2013, concluyéndose que no se sabe por cual (sic) de los artículos investigados (el 1 o el 3) del Título X, Capítulo VIII, Sección 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras se está sancionando al señor Carlos Grandchant.

Tal es así, que la Resolución ASFI No. 388 ha identificado que la infracción analizada en la presente Resolución en la cual ha incurrido el Gerente General de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**; ha causado perjuicio a terceros (Sr. Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira), en razón de que el registro en la base de datos, con el código 106 (Retiro forzoso por contravenciones graves a normas internas o disposiciones legales, por imprudencia o negligencia) no cuenta con un respaldo que justifique este registro por parte del Área de Auditoría Interna, hasta la fecha.

Por tal motivo, reitero los planteamientos de mi recurso anterior, y lo amplío de la siguiente manera:

INEXISTENCIA DE PRESCRICIÓN (sic) EN LOS CARGOS 1 Y 2.

De la Resolución ASFI/Nº 279/2013 de 13 de Mayo de 2013 se obtienen los elementos siguientes:

Elemento 1: Contenido de los cargos:

Como emergencia de mi denuncia, se impuso los cargos de la carta ASFI/DSR II / R-98745 / 2012:

- a) **Cargo 1: Haber reportado fuera de plazo la baja del señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira, en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios,** en incumplimiento al Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 1, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF).
- b) **Cargo 2: No haber remitido la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira,** en incumplimiento al Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 3, de la RNBEF.

Elemento 2: Los hechos generadores de la responsabilidad sancionable:

Siendo esas las infracciones, la misma Resolución ASFI/Nº 279/2013 (Pg. 10), señala que **El hecho generador de la supuesta infracción...** se realiza al no reportar en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia,

Ejecutivos y demás funcionarios" al momento de haber prescindido de los servicios del señor Rubén A. Gómez Pereira, toda vez que el despido fue en fecha 12 de enero de 2010; y más bajo (misma Pg.) señala también, que La MUTUAL "LA PRIMERA" reportó a esta Autoridad... en fecha 17 de mayo de 2010, aproximadamente cuatro (4) meses después del mencionado despido, contraviniendo presuntamente con lo dispuesto...

El diccionario sirve para aclarar que lo supuesto y lo presunto, son exactamente lo mismo, es decir que la Resolución ASFI/Nº 279/2013 establece que el hecho generador de las infracciones imputadas, no sólo es el no haber reportado en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios" al momento de haber prescindido de los servicios del señor Rubén A. Gómez Pereira, sino además, haber reportado aproximadamente cuatro (4) meses después del mencionado despido.

Elemento 3: La determinación del inicio de la prescripción a efectos de su cómputo:

La Resolución ASFI/Nº 279/2013 (también Pg. 10), señala que La denuncia del señor Rubén Gómez P., fue presentada a esta Autoridad... en fecha **17 de abril de 2012**, transcurriendo más de dos años de ocurrida la falta de reporte en el "Sistema..." al momento del despido del señor Gómez (**12 de enero de 2010**).

Inclusive presenta un cuadro CÓMPUTO DE PRESCRIPCIÓN, del que se destaca:

- DESPIDO DEL SR. RUBÉN GÓMEZ P.	12.01.2010
- REPORTE DE LA MUTUAL "LA PRIMERA" AL SISTEMA DE REGISTRO DE ASFI	17.05.2010
- DENUNCIA DEL SR. RUBÉN GÓMEZ P.	17.04.2012

Concluye en que el PLAZO TRANSCURRIDO DESDE LA FALTA DE REPORTE EN EL SISTEMA DE REGISTRO DE ASFI (FECHA DE DESPIDO) HASTA LA DENUNCIA, es de Más de 2 años.

En base a tales antecedentes, la Resolución ASFI/Nº 279/2013 (revocada por la ASFI No. 388/2013 que ahora se recurre, entonces no ejecutoriada) ha declarado la PRESCRIPCIÓN de las infracciones contenidas en la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012.

II. ERRORES, IMPRECISIONES Y OMISIONES DE LA RESOLUCIÓN ASFI/Nº 279/2013:

Al margen de lo que se ha hecho constar arriba y que da lugar a la reiteración de los argumentos de mi Recurso de Revocatoria, entonces menciono los errores, imprecisiones y omisiones de la Resolución ASFI/Nº 279/2013, que no está ejecutoriada, conforme los señalo a continuación:

A) En cuanto al cargo Nº 2, es incorrecta la determinación del inicio del término de la prescripción.

Si tal cargo consiste en **No haber remitido** la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira, vale la consulta: **¿hasta el**

momento presente, el Gerente General Sr. Grandchant, como responsable que es del correcto envío de la información (Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 4, RNBEF), habrá remitido la información que respalde la codificación impuesta?

Porque, como usted mejor que nadie conoce, el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 3 de la RNBEF (base normativa de la infracción sancionable), establece que Para aquellos casos de funcionarios cuyos códigos de retiro estén clasificados entre 01 y 09 (en mi caso se utilizó el código 06) y entre 12 y 16, la entidad deberá enviar una **carta firmada por el Gerente General, adjuntando un informe que contenga las decisiones adoptadas y las conclusiones y recomendaciones del informe emitido por el auditor interno, respecto al establecimiento de responsabilidades, cuantificación del daño económico, si correspondiese, así como las medidas a ser adoptadas para corregir dicha situación, y su contabilización.**

En este sentido, cuando se reclamó este extremo a Mutual La Primera, mediante ASFI, la Mutual, en su carta G.G. 719/2012 A.L. 315/2012, presentada a ASFI el 8 de Marzo de 2012, señaló que:

En dicho proceso (laboral por reincorporación que se ventila en el Juzgado Segundo del Trabajo y la Seguridad Social), presentamos como prueba todos los antecedentes del ex empleado Rubén Antonio Gomez Pereira, es decir, no solo los directamente relacionados con su retiro, sino otros que fueron por el solicitados, **entre los que se encuentran los documentos de respaldo de su retiro y que dieron lugar a su codificación conforme a las causales de desvinculación establecidas por la ASFI.**

Sin embargo, revisada la documentación que señala Mutual La Primera, la misma había consistido en:

- Un informe presentado en fecha 12 de Enero de 2010 por un Oficial de Operaciones de la Mutual al Jefe a.i. del Departamento de Operaciones, también de la Mutual.
- Un informe presentado en la misma fecha por el Jefe a.i. del Departamento de Operaciones, al Gerente General.
- El memorándum N° 011/2010 de despido (prescindimos de sus servicios) dirigido a mí persona por el Gerente General, también de fecha 12 de Enero de 2010.

Entonces, nada de nada de **un informe que contenga las decisiones adoptadas y las conclusiones y recomendaciones del informe emitido por el auditor interno, respecto al establecimiento de responsabilidades, cuantificación del daño económico, si correspondiese, así como las medidas a ser adoptadas para corregir dicha situación, y su contabilización.**

Por consiguiente, **el Gerente General Sr. Grandchant no ha remitido HASTA EL MOMENTO ninguno de los elementos que hacen a la información que le exige el infringido Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 3, de la RNBEF.**

Lo que se ha enviado **a la Juez del Trabajo**, no a ASFI, son tres documentos,

procesados todos sumarísimamente (en clara muestra de lo irrazonada y arbitraria de la decisión en mi contra) en fecha 12 de Enero de 2010, sin lugar a defensa alguna.

Estas circunstancias determinan las situaciones siguientes:

- i. Si **HASTA EL MOMENTO, ninguno de los elementos que hacen a la información que le exige el infringido Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 3, de la RNBEF, ha sido presentado por Mutual La Primera, ENTONCES, LA INFRACCIÓN SE SIGUE COMETIENDO**, no siendo correcto atribuirle la fecha de mi despido como aquella en la que habría comenzado a correr el término de la prescripción.

ASFI señala en la página 10 de la Resolución ASFI/Nº 279/2013, que en materia administrativa el cómputo de la prescripción obedece a un criterio objetivo, es decir, comienza a computarse a partir del día siguiente hábil de producido el hecho, siendo en el presente caso la falta de reporte en el "Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios" al momento de haber prescindido de los servicios del señor Rubén A. Gómez Pereira.

Sin embargo, tal lógica **(NO ADOPTADA POR LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA)**, entonces, no imponible por simple apreciación forzosa, por ser contraria a lo señalado por La (sic) **Constitución Política del Estado Plurinacional**, en los Arts. 122, Son nulos los actos de las personas... que ejercen... potestad que no emane de la ley, y 232, La Administración Pública se rige por los principios de... legalidad, y por la **Ley Nº 2341 de 23 de Abril de 2002**, en los Arts. 4, Inc. c), La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, Inc. g), Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, y 72 Principio de Legalidad), no se desvirtúa la existencia de las llamadas **infracciones o acciones instantáneas con efectos continuados**, en las cuales **el plazo de prescripción no comienza cuando se produce el hecho sino cuando cesan sus efectos. La conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo en el tiempo.**

Como evidentemente **este es el caso (HASTA EL MOMENTO LA INFRACCIÓN SE SIGUE COMETIENDO, y sus consecuencias nocivas persisten en el tiempo)**, el término de la prescripción no ha comenzado siquiera a correr y, por tanto, no ha ocurrido prescripción alguna.

- ii. Aunque así fuera, si se pretendiera con forzada imaginación, que el registro de 17 de Mayo de 2010 fuera al menos en lo formal válido, como dándose curso a la burla contenida en la carta G.G. 719/2012 A.L. 315/2012 de 8 de Marzo de 2012, estando claro que, en el caso de las infracciones o acciones instantáneas con efectos continuados, **el plazo de prescripción no comienza cuando se produce el hecho sino cuando cesan sus efectos**, y como la infracción sancionable consiste en **No haber remitido la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira**, entonces no puede ser el suceso determinante, el despido del señor Gómez (**12 de enero de**

2010), sino, el REPORTE DE LA MUTUAL “LA PRIMERA” AL SISTEMA DE REGISTRO DE ASFI de fecha 17.05.2010 (17 de Mayo de 2010), lo que determina que, siguiendo la misma lógica de ASFI, habiendo mi persona presentado DENUNCIA el 17.04.2012 (17 de Abril de 2012), entonces entre las mismas no existen los dos (2) años a los que se refiere el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, sino solamente un (1) año y once (11) meses, como resultado: NO HA OCURRIDO PRESCRIPCIÓN ALGUNA.

B) Interrupción del término de prescripción (aplicable a los cargos N° 1 y N° 2).-

La figura de la prescripción de las infracciones introducida por el Art. 79 de la Ley N° 2341 de 23 de Abril de 2002, debe obedecer a un criterio de aplicación, superando al propio artículo mencionado, al resultar este evidentemente muy breve.

En concreto, que el artículo 79 no aluda a circunstancias específicas que, por simple efecto natural, pueden afectar al instituto señalado, no quiere decir que las mismas no deban ser tenidas en cuenta ni observadas.

Por ejemplo, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de Setiembre de 2006, ha señalado que no se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el comienzo del computo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción.

Dentro de los efectos naturales a los que da lugar la existencia o inexistencia de la prescripción, es ilógico pretender que alguien esté obligado a ejercitar los actos que interrumpen tal prescripción, si tal obligación en sí misma, es imposible, reconociendo el Derecho la alternativa de que esa imposibilidad sea permanente o temporal, que no por estar básicamente prevista en la legislación civil (Arts. 379 y 380), deje de ser atendible en el caso, precisamente por corresponder a un efecto jurídico natural y que como tal, es admitido por la Ciencia Administrativa, como ya se ha visto.

Ese carácter jurídico determina que, la prescripción no corra en casos de imposibilidad como el presente (al efecto, revítese el Art. 1502-6 en función de los mencionados 379 y 380, todos del Cód. Civil), donde conforme le consta a ASFI, no sólo porque se lo señaló Mutual La Primera en su carta G.G. 719/2012 A.L. 315/2012, presentada a ASFI el 8 de Marzo de 2012, sino también por mi persona en la nota presentada en fecha 15 de Mayo de 2013 (entre muchas otras), en la que señalé:

...de acuerdo a la Resolución ASFI/No.477/2012, quedó establecido que Mutual La Primera incumplió los procedimientos establecidos y que en todo este tiempo, no se ha cambiado mi codificación como medida coercitiva para dejar de lado el proceso laboral que tengo ganado en el Juzgado de Partido segundo de Trabajo y Seguridad Social con sentencia No. 376/212, que determina mi reincorporación...

Es que resulta, señora Directora, que si la señora Juez Segundo de Trabajo y Seguridad Social ha dispuesto mi reincorporación, es porque, entre otras cosas, en el juicio laboral correspondiente, se evidenció que mi despido fue en total inobservancia de variadas normas de carácter constitucional, social y laboral, empero en lo que al caso interesa fundamentalmente, del Reglamento Interno de Personal de Mutual La Primera, entonces **prescindiéndose de un previo proceso interno** disciplinario (y que para el caso, de haberse procesado, nunca se hubiera pronunciado por tal despido, conforme lo señala el propio Reglamento aludido), si, como dije, Mutual La Primera tramitó todo mi pseudo despido en un sólo día (12 de Enero de 2010)!

Entonces, cómo podía conocer yo, que posteriormente, en fecha 17 de Mayo de 2010, se me estaba codificando con un 106, que corresponde a Renuncia o retiro forzoso por contravenciones graves a normas internas o disposiciones legales, por improcedencia o negligencia culposa, sin daño económico, si **no se me siguió el proceso idóneo por el cual, hubiera podido conocer una determinación de esa naturaleza**, y que en su caso, me hubiera permitió ejercer mis derechos de la forma que ASFI señala en su Resolución ASFI/Nº 279/2013?

Porque yo me enteré de tal codificación, mucho tiempo después, en Noviembre de 2011, cuando a tiempo de acceder a un trabajo por ante otra entidad financiera, fui recién informado que no podía ser contratado al existir la misma, obviamente en mi contra, de allí que recién desde fecha 21 de Noviembre de 2011, como a usted le consta, he promovido la investigación, dando lugar a la denuncia del 17 de Abril de 2012, con los resultados que se conocen ahora.

Lo importante aquí es que, **si el término de la prescripción no corre en casos de imposibilidad** (Art. 1502-6 en función del 379 y 380, Cód. Civil), en este caso temporal, entonces, **no se pudo haber computado ese término desde el 12 de Enero de 2010, como usted lo ha hecho, sino, desde la data en que asumí conocimiento de tal codificación, recién en Noviembre de 2011.**

De tal fecha a la presente no han transcurrido los 2 (dos) años a los que se refiere el Art. 79 de la Ley Nº 2314, de manera tal que DE NINGUNA MANERA HA PODIDO OPERAR PRESCRIPCIÓN ALGUNA COMO LA SEÑALADA EN LA RESOLUCIÓN ASFI/Nº 279/2013, determinando que tal pronunciamiento resulte errado, impreciso, y atentatorio a los interés de la justicia como a los míos propios, toda vez que de esa manera se evita una justa sanción a un proceder arbitrario e ilegal.

II. LA SANCIÓN NO CONCUERDA CON LO QUE SEÑALA LA LEY.

Tampoco la sanción impuesta por la Resolución ASFI No. 388/2013 concuerda con lo que dice la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, porque su Reglamento de Sanciones Administrativas, en su Título XIII, Capítulo II, Sección 2, artículo 29, señala que: **La inconsistencia o inexactitud en la información y reportes presentados a ASFI dará lugar a la imposición de multas personales a los directores y/o funcionarios responsables por un importe** no menor a cinco ni mayor a

diez veces el monto de las dietas que perciban y, **en su caso, no menor a tres ni mayor a cinco veces la remuneración mensual del infractor.**

El caso es que **el Sr. Grandchant, como Gerente de Mutual La Primera, es el funcionario responsable del no envío de la información que ha sido sancionada, y pro consiguiente debe imponérsele la multa no menos a tres veces su remuneración mensual, la que debe subir según las agravantes que existen, como la reincidencia que después se señala, hasta cinco veces la misma remuneración.**

Para esto, debe tenerse en cuenta que conforme Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005 y la Resolución SB N° 200/2005 de la misma fecha, referidas al Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 4, del Reglamento para el Registro de Directores, Ejecutivos y Funcionarios de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, señala que El control de la información registrada en el Sistema de Registro de Directores Síndicos, Ejecutivos y demás funcionarios, en cuanto a su seguridad, integridad, consistencia, veracidad y confiabilidad, es responsabilidad del Gerente General. El incumplimiento de esta responsabilidad, dará lugar a la aplicación de sanciones de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Sanciones Administrativas.

En este sentido, no es aplicable lo señalado por el Art. 63-II de la Ley 2341, toda vez que si bien establece que La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial, señala que ello es procedente sólo como consecuencia exclusiva de su propio recurso, y el presente recurso no es propio del Sr. Grandchant o de Mutual La Primera, sino de mi persona.

Además, sería absurdo que se diera lugar a una lógica contraria para mantener la ilegalidad que he indicado.

Entonces, la Resolución ASFI No. 388/2013 tiene un error esencial cuando dispone una sola sanción y debieron ser dos, una por cada cargo, y además, la sanción es solo con la multa equivalente al 50% de su remuneración mensual, extremo que ahora le pido corrija.

III. DEBE SANCIONARSE LA REINCIDENCIA.

La sanción ha sido determinada en la **Resolución ASFI No. 388/2013 de 26 de Junio de 2013** (no en la otra, toda vez que la anterior mas bien declaraba la prescripción), entonces debió considerar el carácter reincidente de las violaciones a la normativa, por cuanto, la ASFI, quien la impone, conoce que mediante oficio ASFI/DSR II/R-83896/2012 de 10 de Julio de 2012, notificó a la Mutual La Primera por Supuesto incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, en el Título X, Capítulo VIII, Sección 2, Artículo 1, Numerales 2 y 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, al haber reportado 13 cargos de funcionarios con diferencias entre la planilla de Sueldos y Salarios con el Sistema de Registro de

Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios.

Si bien, de acuerdo a lo informado, tal oficio de cargos había sido anulado por el Vice Ministerio de Pensiones, también por no haberse dirigido al Sr. Grandchant sino, directamente a Mutual La Primera (IGUAL QUE EN MÍ CASO), su anulación procesal, sólo puede dar lugar a la reposición de los obrados como lo dice el Art. 44 del Reglamento del DS 27175 de 15 de Setiembre de 2003, es decir, es una anulación solamente procesal y significa que el hecho sancionado sigue existente y debe ser sancionado.

Entonces, era pertinente considerar los criterios que señala el Artículo 1, Sección 4, Capítulo II, Título II, Libro 7º, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

IV. PETITORIO.

Por consiguiente, señora Directora, al amparo de los Arts. 46 y siguientes del Reglamento del DS 27175 de 15 de Setiembre de 2003, en la vía del Recurso Jerárquico, impugno su Resolución ASFI N° 388/2013 de 26 de Junio de 2013, y solicito se digno confirmar parcialmente la decisión contenida en la misma, determinando:

- Que, las infracciones existentes recaen sobre dos cargos:
 - a) **Cargo 1: Haber reportado fuera de plazo la baja del señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira, en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios**, en incumplimiento al Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 1, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF).
 - b) **Cargo 2: No haber remitido la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira**, en incumplimiento al Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 3, de la RNBEF.
- Que, coincidente con ello, deben ser dos distintas, las sanciones que le deben ser impuestas al Sr. Gradnchant (sic).
- Que, las sanciones impuestas se sujeten a lo que dice el Reglamento de Sanciones Administrativas (Título XIII, Capítulo II, Sección 2, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras), es decir, Que para cada uno de los cargos, la multa no puede ser menor a tres veces la remuneración mensual del infractor. (Art. 29).
- Que, para ello, se considere el carácter de reincidente, como agravante de la infracción y así se agrave la sanción, sea por corresponder en estricto Derecho..."

6.2. Recurso Jerárquico interpuesto por la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA".-

En fecha 18 de julio de 2013, la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, representada al efecto por su Jefe de Departamento Legal, Dr. Juan Mauricio Diez Canseco Arce, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 388/2013 de 26 de junio de 2013, manifestando los alegatos siguientes:

"...DE LOS FUNDAMENTOS EN LOS QUE SE SUSTENTA LA RESOLUCIÓN ASFI No. 388/2013

La inexistencia de los presupuestos habilitantes para el inicio y desarrollo del presente proceso sancionador que denunciarnos entre las defensas planteadas en nuestro escrito de fecha 06 de septiembre de 2012 (puntos 2.1 y 2.2.), referidos a la inexistencia de sanciones por las infracciones y cargos contenidos en la "Carta de Notificación de Cargos" No. ASFI/DSR II/R-98745/2012 de fecha 13 de agosto de 2012, y la consiguiente nulidad del procedimiento por violación del art. 116. II de la Constitución Política del Estado que expresamente establece "Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible", norma desarrollada en los Principio de Legalidad y de Tipicidad comprendidos en los arts. 71, 72 y 73 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, finalmente han sido considerados y expresamente admitidos por su autoridad, en la Resolución ASFI No. 388/2013 al reconocer y establecer "QUE DE LA REVISIÓN DEL REGLAMENTO DE SANCIONES QUE MANTIENE ESTA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN, NO EXISTE SANCIÓN ESPECÍFICA QUE REFIERA LA PRESENTE CONTRAVENCIÓN..." (PÁGINA 8).

La inexistencia de sanciones previamente establecidas en el Reglamento de Sanciones, prueba y demuestra por sí misma que el presente procedimiento sancionador fue iniciado sin causa lícita o legal (precisamente porque los hechos, las infracciones y cargos imputados en las diligencias preliminares y en la carta de notificación de cargos no tienen ninguna sanción) **careciendo a su vez de objeto lícito y posible** (pues en el procedimiento sancionador sólo está establecido para juzgar, imponiendo o desestimando la imposición de sanciones, y no para juzgar infracciones no sancionadas).

Conforme a lo señalado, su autoridad, una vez declarada, reconocida y admitida la inexistencia de sanciones sobre las infracciones imputadas a Mutual La Primera, no tenía facultades para pronunciarse sobre ninguna cuestión de fondo, entre las que se encuentra la petición de prescripción, pues la inexistencia de sanciones importa que el procedimiento sancionador carezca de objeto y que la Resolución por Ud. pronunciada, por la forma y su contenido, se encuentra comprendida en los actos nulos de pleno derecho establecidos en el art. 35 inc. b) de La Ley de Procedimiento Administrativo.

Pese a que Ud. debió declarar la nulidad de todo el procedimiento, incluyendo las actuaciones preliminares y la notificación de los inexistentes y no sancionados cargos, en la Resolución recurrida, más allá de prejuzgar y sancionar a un tercero que no fue ni es parte en el presente procedimiento, se pronunció sobre la Prescripción de la

infracción solicitada por **Mutual La Primera** y que así fue declarada en la Resolución ASFI No. 279/2013, y que ilegalmente ha sido revocada mediante la Resolución ASFI No. 388/2013, conforme pasamos a demostrar:

1. NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

Conforme a la naturaleza jurídica y a su regulación normativa, el Procedimiento Administrativo Sancionador tiene como fundamento el de garantizar a través del debido proceso los derechos de los sujetos administrados, y por finalidad hacer efectiva la potestad punitiva administrativa del Estado, potestad cuyo ejercicio se encuentra sujeto a la legalidad y limitada a juzgar únicamente infracciones administrativas que se encuentren previa y expresamente sancionadas. Arts. 72,73 de la Ley 2341 y 62, 63 y 64 del D.S. 27175. Por el contrario, no corresponden a su naturaleza, finalidad y objeto, someter a juicio en proceso sancionador infracciones administrativas que no se encuentran sancionadas, como ilegalmente se lo ha hecho en la Resolución ASFI No. 388/2013:

- 1.1. Los requisitos esenciales para la constitución, inicio y desarrollo del procedimiento administrativo sancionador y su consiguiente validez legal, además de los sujetos del procedimiento, comprenden los referidos al **Objeto y la Causa**, de cuya existencia depende la legal constitución de la relación jurídico procesal administrativa.
- 1.2. Los actos que comprende el procedimiento sancionador, tienen por finalidad la "preparación de la voluntad Administrativa", que será declarada en la Resolución Final del Procedimiento (acto Administrativo) desestimando o imponiendo las sanciones administrativas previamente tipificadas (arts. 80 al 84 de la Ley 2341 y 65 al 68 del D.S. 27175), cuyo **objeto debe ser lícito y posible material y jurídicamente**.
- 1.3. **La causa** del procedimiento sancionador, se encuentra dada por los antecedentes fácticos o infracciones previamente sancionadas conforme a las leyes y reglamentos, por la determinación concreta de los hechos que constituyen infracciones administrativas y la existencia previa de disposición expresa que establece la sanción aplicable (arts. 71, 72, 73-11, 81 y 82 de la Ley 2341 y Arts. 62,63 y 64 del D.S. 27175).
- 1.4. Al haberse iniciado el presente proceso sancionador por **infracciones no sancionadas**, se lo ha hecho sin la concurrencia de los presupuestos o requisitos esenciales para su válida constitución y desenvolvimiento y su conclusión "normal", vale decir la Resolución Final que sólo puede recaer, juzgar e imponer o desestimar la imposición de la sanciones previamente establecidas en el Reglamento de Sanciones aprobado por la ASFI.
- 1.5. Con relación **al objeto**, por cuanto que al no existir sanciones aplicables a las infracciones o cargos imputados, tal imputación es ilegal por no encontrarse comprendida en ninguna disposición que determine su sanción (**falta de tipicidad**), lo que a su vez determina **la imposibilidad material y jurídica de su**

juzgamiento, toda vez que en el Procedimiento sancionador sólo se juzgan las infracciones administrativas que se encuentran previamente sancionadas, y conforme a los arts. 84 (Etapa de Terminación) de la Ley 2341 y 68 (Conclusión) del D..S. (sic) 27175, la resolución final sólo recae sobre hechos punibles "imponiendo o desestimando la imposición de sanciones", de tal suerte que en el presente procedimiento al no ser posible, material y jurídicamente, juzgar infracciones no sancionadas, carece el procedimiento del requisito esencial objeto lícito y posible material y jurídicamente.

- 1.6. Lo mismo sucede con relación a la **causa**, toda vez que al no estar sancionados las infracciones establecidas en las Diligencias Preliminares realizadas por la Dirección de Riesgos I de la ASFI, ni las infracciones imputadas ni los cargos notificados a Mutual La Primera, tales cargos no tienen ningún sustento legal para el inicio de un procedimiento sancionador y, siendo así, se trata de cargos establecidos, propuestos e imputados inútilmente al carecer de **causa** real ni legal que los ampare.
- 1.7. El principio universal del derecho punitivo Nullum pena sine previa lege", que a su vez se desarrolla en los principios de legalidad y tipicidad, se encuentra expresamente reconocido en los arts. 115 II de la Constitución Política del estado, arts. 71,72 y 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo y arts. 17, 24, 26, 62, 63, 64, 65 y sgtes. del D.S. No. 27175; disposiciones aplicables al Procedimiento Administrativo Sancionador y que disponen que "**toda sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible**", "**Las sanciones Administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas en norma expresa, en las leyes y disposiciones reglamentarias**".
- 1.8. Al haberse iniciado el presente procedimiento en base a **cargos e infracciones no sancionadas**, se lo ha hecho en violación de los principios y de las normas señaladas, lo que a su vez conlleva la nulidad del procedimiento, toda vez que la inexistencia normativa sancionadora sobre los cargos imputados (Principio de legalidad y de Tipicidad) determinan la imposibilidad material y legal de iniciarse un procedimiento sancionador, cuyo objeto -como se tiene señalado- no es otro que "Juzgar infracciones punibles, imponiendo o desestimando la imposición de las sanciones previamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".
- 1.9. La inexistencia de sanciones correlativas a las infracciones y cargos que se notificaron a MUTUAL LA PRIMERA, constituyen óbice y prohibición legal para poder iniciarse un **proceso sancionador el que no ha sido regulado por las leyes para juzgar infracciones que no tienen sanciones**, como sucedió en el presente procedimiento, o lo que es lo mismo: no se abrió su competencia al no concurrir los presupuestos legales habilitantes a los que nos hemos referido reiteradamente en los puntos anteriores.
- 1.10. La nulidad de todo el procedimiento, hasta la notificación de cargos inclusive, se encuentra fundada también en el hecho de que éste acto administrativo que dio inicio al procedimiento, carece de los requisitos de validez y de los

elementos esenciales a todo acto administrativo, establecidos en los arts. 27, 28 incs. a), b), c) y f) y 32 de la Ley 2341.

Por lo señalado precedentemente y con referencia al presente punto, se establecen las siguientes conclusiones:

- a) La nulidad de la (sic) Diligencias Preliminares contenidas en el Informe ASFI/DSR 11/126460/2012, pues en tal informe se investigaron, establecieron e imputaron responsabilidades, por infracciones no sancionadas en el Reglamento de Sanciones de la propia ASFI, sin que esos hechos o infracciones sean susceptibles de iniciación del procedimiento, exigencia o presupuesto procesal previo a la iniciación del procedimiento sancionador, expresamente establecido en el art. 81 de la Ley de Procedimiento Administrativo y art. 62 y ss. del (sic) D.S. 27175, los que han sido desconocidos y no aplicados en el citado informe.
- b) La nulidad de la notificación de los cargos consignados en la carta ASFI/DSR-II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, pues al igual que en el caso de las diligencias preliminares, se imputó a MUTUAL LA PRIMERA las infracciones allí establecidas, sin considerar que tales infracciones no se encuentran sancionadas ni comprendidas en el Reglamento de Sanciones aprobado por la ASFI, resultando de ello que ese "Acto Administrativo" que dio inicio al procedimiento sancionador, no cumple con los requisitos de valides o elementos esenciales de todo acto administrativo, establecidos en el art. 28 incs. b), c) y f) de la Ley 2341, y siendo así es nulo de pleno derecho por expresa disposición del art. 35 inc.b) de dicha Ley.
- c) La nulidad de la Resolución recurrida ASFI No. 388/2013, pues no existiendo los presupuestos procesales habilitantes "susceptibles de la iniciación del procedimiento sancionador", es decir, la causa fundada en el derecho aplicable (art. 28 inc. b) Ley 2341) ni el objeto lícito y posible material y legalmente (art. 28 inc. c) Ley 2341), su autoridad no se encontraba ni tenía competencia para pronunciarse sobre las defensas y entre ellas la prescripción, toda vez que esa su competencia sólo se da en caso de que los hechos e infracciones imputados se encuentre previamente sancionados, único caso en que Ud. podía pronunciarse sobre el fondo "imponiendo o desestimando la imposición de Sanciones" como expresamente lo disponen los arts. 84 de la Ley de Procedimiento Administrativo y art.62-11 del D.S. 27175, sino que debió anular todo el procedimiento.
- d) Al no haber procedido así, el Acto Administrativo, Resolución ASFI No. 388/2013, se encuentra dentro de las causales de nulidad de pleno derecho establecidas en el art. 35 incs. a) b) y c) de la Ley 2341, con relación a los incs. b) c) d) y f) de dicha Ley, no sólo como consecuencia de las causas de nulidad originadas en las Diligencias (sic) Preliminares y en la notificación de cargos por infracciones no sujetas a sanción alguna, sino por haberlo hecho sobre una causa inexistente, ilícita e ineficaz para producir el legal nacimiento o constitución del

proceso sancionador, y por haberse pronunciado ese acto administrativo, sobre un objeto incierto, ilícito, material y jurídicamente imposibles, pues, reitero, las infracciones administrativas que no se encuentran sancionadas, no constituyen ni pueden objeto de juzgamiento, pues sólo son objeto de éste, posibles material y jurídicamente, las infracciones administrativas que previamente se encuentren sancionadas, tal es así que los arts. 84 de la Ley 2341 y 62 y ss. del D.S. 27175, determina como objeto de la Resolución Final del procedimiento "el de imponer o desestimar la imposición de sanciones", pues no se trata de un procedimiento ni de una resolución de naturaleza declarativa, el procedimiento sancionador y las resoluciones que se dictan corresponden a las categorías de procesos y resoluciones de Condena.

Por los fundamentos expuestos, se concluye que las diligencias preliminares, la notificación de cargos contenida en la carta No. ASFI/DSR II/R-98745/2012 y el procedimiento sancionador, se encuentran dentro de los casos de **Nulidad de pleno derecho** establecidas en los incs. b) y d) del art. 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que determinan esa nulidad absoluta de los actos administrativos en los casos **que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito imposible y los que sean contrarios a la Constitución Política del estado**, en cuya virtud solicito que a momento de Resolverse el presente Recurso Jerárquico, se declaren nulas todas esas resoluciones y, por tanto, anule todo el procedimiento administrativo sancionador en el que se ha dictado la Resolución ASFI No. 388/2013.

2. SOBRE LA ILEGAL REVOCATORIA DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 279/2013 QUE DECLARÓ LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN.

Para el caso que el Sr. Ministro de Economía y Finanzas Pública no declare la nulidad de todo el procedimiento conforme a los fundamentos expuestos en el punto precedente, impugnamos también a través del presente Recurso Jerárquico la ilegal Revocatoria establecida en la Resolución ASFI No. 388/2013 y el consiguiente rechazo de nuestra petición de declaratoria de prescripción de la infracción que, según la afirmado por su autoridad en la Resolución ASFI No. 388/2013 objeto del presente Recurso, se encontraría dada porque "Tratándose de una infracción con efecto sucesivo y permanente, la contravención se produce **por No haber remitido** la baja del señor Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira con los requisitos exigidos para la baja de funcionarios, situación que hasta la fecha se mantiene.... Estableciéndose que la infracción es de efecto continuado ya que sus efectos continúan hasta la fecha, por cuanto que no se adjuntó la nota del gerente, ni el informe del auditor que sustente la codificación" (pág.5).

La subsunción de las infracciones que dieron lugar a la notificación de cargos en el tipo de Infracciones permanentes, parte de la confusión entre el hecho que determina la consumación de la infracción con sus efectos, estableciendo que el cómputo de la prescripción corre a partir de la fecha en que se subsane la omisión que dio lugar a la infracción administrativa y no desde el momento de la infracción, como expresamente lo determina el art. 79 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo.

Tal confusión y su corolario la incorporación de los cargos en la categoría doctrinal de *Infracciones permanentes*", se funda en criterios de discrecionalidad y no de legalidad, resultando completamente ilegal conforme se pasa a demostrar:

2.1. La prescripción de la infracción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción, o como bien se señala en la Resolución Jerárquica SIREFI RJ 76/2008 (transcrita en la Resolución impugnada) "La prescripción (sic) de la acción es un instituto de orden público por el cual el Estado cesa su potestad punitiva, por el cumplimiento del término señalado en la ley frente a la inactividad de la Administración..."

2.2. En ese contexto, **sólo las infracciones que tienen una sanción** expresamente establecida por la Ley y en los Reglamentos Administrativos sancionadores, **se encuentran comprendidas dentro del instituto jurídico "prescripción de la Infracción"**, pues y como se tiene señalado esa prescripción tiene como su fundamento y efectos extinguir la potestad sancionadora. La infracción propiamente, como tal y considerada en sí misma, no cesa ni se extingue, pues una vez cometida ya existe y seguirá existiendo, o lo que es lo mismo no prescribe, pues lo que prescribe es la potestad de la Administración para poder sancionar.

2.3. Siendo así, a las infracciones que no tienen sanciones no le son aplicables el instituto jurídico y las normas de prescripción aplicables únicamente a las infracciones sancionadas, deducción lógica-jurídica que queda así establecida del fundamento, naturaleza y efectos de la prescripción que, como se tiene dicho, extingue la potestad sancionadora o acción de la administración pública para imponer sanciones.

2.4. No existiendo infracción punible, es decir, previamente sancionada por las leyes y reglamentos administrativos, tampoco existe potestad sancionadora respecto de tales infracciones, lo que a su vez determina la inaplicabilidad de las normas de la prescripción sobre éstas, ,(sic) pues la prescripción sólo tiene lugar cuando se trata de infracciones que tienen sanciones expresamente establecidas. Lo que prescribe, reiteramos, es la potestad administrativa para imponer sanciones sobre infracciones punibles. Potestad punitiva inexistente e impracticable a infracciones que no tienen una sanción previa y expresamente establecida.

Como tenemos señalado en los antecedentes y fundamento referidos a la nulidad del procedimiento sancionador, en el Reglamento de Sanciones de la ASFI, corroborado por el reconocimiento expreso que hace su autoridad en la Resolución objeto del Presente Recurso (Pág 8), los cargos con los que fue notificada MUTUAL LA PRIMERA (Carta de Notificación de Cargos No. ASFI /DSR II/R-98745/2012 de fecha 13 de agosto de 2012) y que dieron inicio al presente procedimiento sancionador no tienen ninguna sanción, de lo que resulta que nos encontramos frente a infracciones no sancionadas ni susceptibles de sancionarse en las Resoluciones dictadas luego de iniciado el procedimiento.

Ante esos hechos y en aplicación del principio de verdad material que invoca su autoridad pero que no lo aplica a los hechos referidos precedentemente y menos a la totalidad de los actos del procedimiento,, (sic) debió limitarse a declarar la nulidad de todo el procedimiento, dejando de pronunciarse sobre una prescripción sobre infracciones que en el proceso y concretamente en la Resolución ASFI No. 388/2013 que impugnados en Recurso Jerárquico, han sido declaradas como infracciones sin sanciones, infracciones no sancionadas que además de haber dado lugar al irregular, ilegal y nulo procedimiento sancionador, no podían ser juzgadas en el ámbito legal de la prescripción, por la sencilla razón de que la prescripción de infracciones administrativas, que jurídicamente significa la extinción o cese de las potestades punitivas de esa ASFI, sólo es aplicable a las infracciones que tienen una o más sanciones y no a las que no se encuentran previamente sancionadas, pues como tenemos reiteradamente señalado la prescripción de las infracciones sólo tiene lugar sobre aquellas que se encuentran sancionadas.

Si en el proceso sancionador, como sucede en el presente, su autoridad llegó a establecer que los cargos imputados no se encuentran sancionados, debió declararse incompetente para juzgar la prescripción por inexistencia de materia sancionable, y por tener un objeto imposible, reiteramos, pronunciarse sobre conductas o infracciones no sancionadas previamente ni susceptibles de ser sancionadas o desestimadas en la Resolución final.

En caso de que no se declare la nulidad del procedimiento, solicito respetuosamente sea Revocada la Resolución ASFI No. 388/2013, en mérito a los fundamentos precedentemente señalados y los que paso a exponer:

2.5. En la resolución recurrida, se confunden dos hechos y actos jurídicos distintos, a saber: Infracción y subsanación de la infracción, haciendo depender el plazo para el cómputo de la prescripción a partir de ésta última, "porque los cargos establecidos se encuentran dentro del tipo de infracciones permanentes", error de hecho y de derecho que a su vez desconoce la diferencia existente entre la infracción administrativa, el momento en que se consuma y los efectos de esa infracción, (sic)

2.6. El cómputo para la prescripción de conformidad a lo dispuesto por el art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se inicia a partir de la fecha en que se cometió la infracción, y si las normas infringidas se encuentran vinculadas a su cumplimiento en plazo determinado, a partir del día siguiente del vencimiento del plazo, y no como equivocadamente afirma su autoridad desde la fecha en que se subsane la infracción.

2.7. Con ese criterio, su autoridad excluye del ordenamiento jurídico el instituto jurídico de la prescripción de la infracción, que ya no tendría razón de encontrarse normado, pues según el entendimiento que se desprende de la motivación que sustenta su Resolución, "Todas las infracciones administrativas, mientras no sean subsanadas, serían infracciones permanentes", subsumiendo en este tipo de infracciones todas las que pudiesen producirse en el ámbito del derecho administrativo.

2.8. Como bien se reconoce en el tercer Considerando, pág. 3, de la Resolución impugnada (opuesto y contradicho en la página 5) "**El hecho generador de la presente infracción por parte de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Parta la Vivienda La Primera (Mutual La Primera), se realizó con el despido de su funcionario, señor Rubén antoinio (sic) Mariano Gómez Pereira, en fecha 12 de enero de 2010, fecha en la cual la entidad financiera debió remitir la baja de su funcionario**".

Consiguientemente y conforme al Reglamento de Registro de Directores, Síndicos, Inspectores, Ejecutivos y demás Funcionarios, las infracciones a dicho Reglamento y que constituyen la base de los cargos establecidos y notificados a Mutual La Primera (Carta ASFI/DSR-II/R-98745/2012), contrariamente a lo afirmado por su autoridad, **el tipo normativo contenido en dicho Reglamento describe la producción de un estado antijurídico, no su mantenimiento. La consumación es instantánea, aunque sus efectos se prolonguen en el tiempo. El cómputo de la prescripción comienza desde la consumación de la infracción, con independencia de que sus efectos perduren.**

2.9. Conforme a lo señalado, su autoridad dando una interpretación no establecida ni siquiera sugerida en el Reglamento de Registro de Directores, Síndicos >Fiscalizadores (sic), Ejecutivo y demás Funcionarios, desconoció que las infracciones imputadas (Producción del estado antijurídico) son de consumación inmediata y no se encuentran comprendidas entre la infracciones permanentes, pues estas últimas requieren siempre la realización de una pluralidad de acciones, pluralidad inexistente en el presente procedimiento.

2.10. Las infracciones y cargos notificados fueron producidos y consumados en el momento de haberse omitido lo determinado por el reglamento, De (sic) ahí que nos encontramos frente a una sola acción que da lugar a una situación antijurídica que, aunque sus efectos se prolonguen en el tiempo, se encuentra dentro del tipo de infracciones instantáneas.

2.11. Su autoridad confunde, pues, el hecho y el momento en que se dio la infracción con los efectos producidos por dicha infracción, haciendo depender ilegalmente de éstos el cómputo para la prescripción, cuando ésta en el presente procedimiento, comenzó **desde la consumación de la infracción, con independencia de que sus efectos se hubiesen prolongado en el tiempo y, en su caso, aún perduren**, consumación que se dio en la fecha del despido del Sr. Gómez Pereira, 12 de enero de 2010, como bien reconoció en la Resolución ASFI No. 279/2013 de 13 de mayo de 2013, ilegalmente Revocada.

2.12. Las infracciones susceptibles de ser sancionadas (No lo están como tenemos demostrado), y el cómputo para la prescripción no depende de sus efectos que son inmediatos y ocurren simultáneamente con la infracción, y peor aún "cuando se subsana la infracción", como equivocada e ilegalmente señala su autoridad cuando afirma "**Que, en consecuencia el plazo de cómputo de la prescripción empieza contarse desde el día en que registró el código en el sistema de Resgistro (sic) de Directores, sindicos (sic), Ejecutivos y demás funcionarios...**" (Tercer acápite, pág. 5 de la Resolución recurrida).

2.13. El acto por el que se subsana la omisión, obviamente no constituye infracción, resultando de ello completamente ilegal computarse el plazo de la prescripción a partir del acto rectificativo y no, como dispone la Ley (art. 79 de la Ley 2341) desde la fecha del acto constitutivo de la infracción, vale decir, cuando la infracción se produjo y no cuando fue subsanada.

2.14. La prescripción no es un instituto del derecho administrativo que tenga por finalidad favorecer a la Administración Pública y menos para posponer el ejercicio de su potestad punitiva, como se desprende de los razonamientos contenidos en la Resolución ASFI 388/2013, por el contrario, conlleva la compulsión para hacer efectiva y oportuna la actuación administrativa, y a su vez otorga seguridad jurídica a los administrados. La omisión del cumplimiento de las atribuciones, facultades y potestades (sic) en el plazo establecido por ley, intrínsecamente importa una sanción al órgano de la administración y que se traduce en la cesación (sic) de sus potestades (sic) punitivas o sancionadoras.

2.15. Las contradicciones contenidas en la Resolución ASFI No. 388/2013, provocan absoluta inseguridad jurídica y nos dejan en incertidumbre a los sujetos administrados, ya porque primero se reconoce que las infracciones imputadas no tiene (sic) sanción alguna en el Reglamento de Sanciones, ya porque se sostiene que la infracción se produjo por no haberse remitido la información obligatoriamente al producirse el hecho y luego se contradice afirmando que el plazo de cómputo de la prescripción se cuenta a partir de la fecha de la subsanación de la omisión, para concluir confundiendo el momento en que se produce la infracción con los efectos jurídicos que en el tiempo se derivan de ella.

2.16. Finalmente al fundar su resolución en categorías doctrinales, lo ha hecho en absoluto desconocimiento y violación de las normas que regulan la prescripción, cuyo régimen legal no se puede modificar ni prescindir de él bajo sanción de nulidad (art. 1495 del Código Civil y 78 de la Ley 2341). Al crear y subsumir las infracciones no sancionadas en la categoría desarrollada por la doctrina como infracción permanente, lo ha hecho en contra y al margen de la Ley y del propio Reglamento Para el registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores, Ejecutivos y demás Funcionarios", de cuya interpretación ya sea del conjunto normativo o en función de las disposiciones cuya infracción dio lugar a la notificación de cargos, no existe ningún presupuesto que permita si quiera sugerir que tales infracciones tengan la categoría que Ud. ilegalmente les ha asignado y, por el contrario, el término para el cómputo de la prescripción empieza a correr a partir de la omisión constitutiva de la infracción, es decir, inmediata y simultáneamente a la consumación de la infracción que se produjo al vencimiento del plazo establecido en dicho Reglamento, como bien se reconoció en la Resolución Revocada.-

CONCLUSIÓN Y PETICION.

En mérito a los fundamentos expuestos en el presente Recurso, solicito respetuosamente el Sr. Ministro de Economía y Finanzas Públicas, **se digne dictar**

Resolución declarando la nulidad de todo el procedimiento y, para el caso de que se desestimase esa solicitud, **se Revoque la Resolución ASFI 388/2013 de fecha 26 de junio de 2013, declarándose subsistente en todas su partes la Resolución ASFI/No. 279/2013 de fecha 13 de mayo de 2013 por la que se declaró la prescripción de la infracción planteada por Mutual La Primera...**"

6.3. Recurso Jerárquico interpuesto por el señor CARLOS JACQUES DE GRANDCHANT SUAREZ.-

En fecha 18 de julio de 2013, el señor **CARLOS JACQUES DE GRANDCHANT SUAREZ** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 388/2013 de 26 de junio de 2013, manifestando los alegatos siguientes:

"...3. FUNDAMENTACION DEL RECURSO JERÁRQUICO

Como se tiene demostrado en la relación de las actuaciones y resoluciones dictadas en el Procedimiento Administrativo en el que se pronunció la Resolución contra la que interpongo el presente Recurso Jerárquico, y conforme se prueba por la totalidad de las actuaciones administrativas cursantes en el expediente, el **PROCEDIMIENTO SANCIONADOR FUE INICIADO, SEGUIDO Y TRAMITADO ÚNICAMENTE CONTRA LA PERSONA COLECTIVA "ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA", MUTUAL LA PRIMERA,** y no contra otra persona natural o colectiva y menos contra mi persona.

Consiguientemente al haberseme impuesto la ilegal sanción de multa en un procedimiento en el que no he sido notificado con los cargos que fueron establecidos -reitero- contra la persona colectiva MUTUAL LA PRIMERA, y en el que no he sido ni soy parte y tampoco he intervenido a ningún título como persona natural, mucho menos en la etapa impugnativa en la que se resolvió la (sic) Recurso de Revocatoria interpuesto por el denunciante Rubén Antonio Gómez Pereira (Recurso con el que tampoco se me notificó infringiéndose el art. 60 de la Ley 2341), se concluye que la Resolución ASFI No. 388/2013 ha sido dictada en clara violación de los principios, derechos y garantías expresamente reconocidos en la Constitución Política del Estado, la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo y el D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003, en cuyo contexto de jerarquía normativa se efectúa la fundamentación del recurso, conforme a los siguientes puntos que luego se desarrollarán.

3.1. NULIDAD ABSOLUTA DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 388/201 EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL

3.1. SOBRE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 388/2013 POR VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA PROHIBICIÓN DE SER CONDENADO SIN HABER SIDO OÍDO Y JUZGADO PREVIAMENTE EN DEBIDO PROCESO Y, POR HABERSE INTERPUESTO LA SANCIÓN SIN QUE ESTA SE FUNDE EN UNA NORMA ANTERIOR

3.1.1. Violación a la garantía y al derecho al debido proceso.

Por expreso mandato contenido en los arts. 115, 116 I, 117, 119 II y 120 de la Constitución Política del estado, **"El estado garantiza el derecho al debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho y su correlativa prohibición de imponerse condenas sin haber sido oído y juzgado previamente en un debido proceso, y el derecho inviolable a la defensa que tiene toda persona"**, en cuyo contexto el debido proceso no sólo que se encuentra expresamente reconocido como derecho, sino que su protección se encuentra garantizada por el Estado, de tal manera que la violación del derecho al debido proceso y las Resoluciones dictadas al margen, en contra o desconociéndose las disposiciones que lo regulan, resultan nulas y carentes de eficacia legal.

Al respecto, El Tribunal Constitucional ha establecido en su uniforme jurisprudencia referida al debido proceso, como: **"...el derecho de toda persona a un proceso justo, oportuno, gratuito, sin dilaciones y equitativo, en el que entre otros aspectos, se garantice al justiciable el conocimiento o notificación oportuna de la sindicación para que pueda estructurar eficazmente su defensa, el derecho a ser escuchado, presentar pruebas, impugnar, el derecho a la doble instancia, en suma, se le dé la posibilidad de defenderse adecuadamente de cualquier tipo de acto emanado del Estado, donde se encuentren en riesgo sus derechos, por cuanto esta garantía no sólo es aplicable en el ámbito judicial, sino también administrativo"** (SC 0788/2010-R de 2 de agosto).

Ahora bien, en la Resolución ASFI No. 388/2013 han sido violadas las normas constitucionales que garantizan mi derecho al debido proceso "que se configura como un principio que emerge del Estado de Derecho y del principio de legalidad en su vertiente procesal", toda vez que: 1) **Se ha violado mi derecho a un proceso legal y justo**, pues el Procedimiento Administrativo Sancionador en el que fue dictada la Resolución que recorro, no se inició, siguió ni tramitó contra mi persona; 2) Al no haberseme imputado responsabilidades por las infracciones y los cargos que se prejuzgan en la indicada Resolución, se ha violado el debido proceso en su elemento **notificación oportuna de la sindicación para que pueda estructurar eficazmente mi defensa; 3) El derecho a ser escuchado** toda vez que no se me dio la oportunidad de defenderme de los cargos "considerados e incluidos de oficio , y, que dieron lugar a la ilegal la ilegal (sic) sanción" contenida en el punto segundo de la parte Resolutiva de la Resolución objeto del presente Recurso Jerárquico.

En síntesis, Resolución ASFI No, 388/2013 y la ilegal sanción de multa que se me ha impuesto resulta **nula** por haber sido pronunciada vulnerando los derechos y garantías del debido proceso expresamente reconocidos en las disposiciones de la Constitución Política que tengo señaladas en el primer acápite del presente punto.

3.1.2 Violación del derecho y garantía de defensa.

Como consecuencia de que el presente procedimiento administrativo sancionador fue iniciado y seguido contra **MUTUAL LA PRIMERA, como persona colectiva, y no en**

contra mía como persona natural, resulta incuestionable que no se me imputaron las supuestas infracciones (imputadas a MUTUAL LA PRIMERA) y menos se me notificaron cargos personales por esas supuestas infracciones, lo que significa que no se inició el procedimiento sancionador en contra mía y, siendo así, la Resolución ASFI 388/2013 fue dictada desconociendo mi derecho inviolable a la defensa.

En efecto, tratándose de un Procedimiento Administrativo Sancionador, **el presupuesto procesal que garantiza el ejercicio del derecho de defensa**, así como la consiguiente validez y eficacia legal del procedimiento y de las Resoluciones que en él se dictan, tienen su base, origen y fundamento en la determinación de las infracciones, la individualización del supuesto responsable (Persona jurídica o natural) y en la notificación de cargos conforme a los arts. 109 de la Ley 1488 (Texto Ordenado) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y art. 82 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo que disponen: **"El Superintendente, antes de la aplicación de una sanción, deberá notificar el cargo correspondiente a la institución o presunto infractor"** (ART. 109 LBEF). **(Etapa de iniciación). La etapa de iniciación se formalizará con la notificación a los presuntos infractores con los cargos imputados...**" (Art. 82 L. 2341); (sic) derecho a la defensa que se extiende "...i) Al derecho a ser escuchado en el proceso; ii) Al derecho a presentar prueba; iii) Al derecho a hacer uso de los recursos; y, iv) Al derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal, que actualmente se encuentra contemplado en el art. 119.11 de la CPE" (sic). (SC 0183/2010-R de 24 de mayo).

Consiguientemente, al no haber sido notificado con los cargos "considerados y prejulgados" en la Resolución ASFI 388/2013 y en los que se funda la ilegal imposición de la sanción de multa a mi persona, es decir, al no haberse iniciado, menos seguido ni tramitado en contra mía el procedimiento sancionador dentro del cual fue dictada dicha Resolución, no he intervenido ni he sido parte en ninguna de las instancias o etapas del procedimiento sancionador iniciado por esa ASFI contra MUTUAL LA PRIMERA y, por tanto, la Resolución pronunciada por su autoridad y la sanción que se me ha impuesto directamente en una Resolución dictada en Recurso de Revocatoria, han desconocido mi derecho inviolable a la defensa, expresamente tutelado por los arts. 115 II y 119 II de la Constitución Política del estado (sic).

3.1.3. Violación del principio de presunción de Inocencia y de la prohibición de ser condenado sin haber sido oído y juzgado en debido proceso.

El art. 116 I de la Constitución Política del Estado establece **"Se garantiza la presunción de Inocencia"**, garantía desarrollada por el Tribunal Constitucional en la SC 0011/2000 de (sic) 3 marzo, señalando: **"...este principio constitucional de presunción de inocencia (sic) se constituye en una garantía del debido proceso, protegiendo al encausado frente a actitudes arbitrarias que podrían dar margen al prejulgamiento y a condenas sin proceso..."**

En la Resolución pronunciada por su autoridad, he sido condenado sin proceso previo y como consecuencia de haberse violado los derechos al debido proceso y la garantía de defensa, también se ha violado el principio constitucional de presunción

de inocencia, expresamente reconocido en el art. 74 de la Ley 2341, pues no otra cosa significa el prejuzgamiento efectuado por su autoridad y la imposición de la ilegal sanción, sin que de por medio exista material y legalmente un proceso idóneo seguido contra mi persona.

A la violación de los principios, derechos y garantías del debido proceso, de defensa y de presunción de inocencia, se suma la imposición de la ilegal sanción que su autoridad me ha dispuesto en contra del art. 117 de la Constitución Política del estado, conforme al cual **"Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada en un debido proceso"**.

Consiguientemente, se han violado los derechos y garantías constitucionales expresamente reconocidas en las disposiciones constitucionales transcritas, toda vez que he sido ilegalmente condenado con la sanción de Multa en la Resolución ASFI 388/2013, **sin que el procedimiento sancionador hubiese sido seguido en contra mía desconociéndose el principio de presunción de inocencia y sin haber sido oído y juzgado en debido proceso.**

3.1.4. Violación de los principios de legalidad y tipicidad.

Para completar o "coronar" el ciclo de violaciones, en la Resolución objeto del presente Recurso se han desconocido los principio de legalidad y tipicidad, conforme a los cuales **"Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible" (ART. 116 II Constitución Política del Estado).**

Dicha disposición constitucional, concordante con los arts. 71, 72 y 73 de la Ley 2341, no le permite, faculta ni permite a su autoridad ni a ninguna autoridad judicial ni administrativa, el de imponer sanciones si previamente éstas no han sido establecidas por la ley v sus reglamentos, no existiendo en el orden normativo "NORMAS EN BLANCO" que dejen a discrecionalidad de las autoridades administrativas la creación, determinación e imposición de sanciones "directamente" en Resoluciones pronunciadas dentro de un procedimiento, como ilegalmente ha asumido su autoridad en la Resolución contra que interpongo el presente Recurso, en la que expresamente admite y reconoce que las infracciones y cargos no tienen sanción en el Reglamento de Sanciones de esa ASFI y, luego contradictoria e ilegal los prejuzga en desconocimiento absoluto de los principios de legalidad y tipicidad.

Sintetizando, **he sido sancionado sin haber sido procesado por los cargos que "de oficio e ilegalmente se me imputan" en la Resolución ASFI No. 388/2012**, reitero, dictada en Recurso de Revocatoria, en un procedimiento sancionador que no fue iniciado ni tramitado en contra de mi persona, en franca violación de los derechos y garantías del debido proceso, a la defensa, la presunción de inocencia y contraviniendo la garantía de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído ni juzgado en debido proceso, e imponiéndose una sanción no establecida en ninguna norma anterior a los hechos prejuzgados por usted, en expresa violación del art. 116-11 de la Constitución Política del Estado.

Siendo así, la Resolución ASFI No. 388/2013 **ES NULA DE PLENO DERECHO**, nulidad absoluta expresamente establecida en el art. 35 de la ley 2341 de Procedimiento Administrativo que declara **"Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:....d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del estado..."**, NULIDAD QUE PIDO SEA ASÍ DECLARADA EN LA Resolución Jerárquica que se pronuncie sobre el presente Recurso.

4. NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 388/2013 POR HABER PRESCINDIDO TOTAL Y ABSOLUTAMENTE DEL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDO.

Habiendo demostrado en el punto precedente que la Resolución ASFI No. 388/2013 es contraria los principios, derechos y garantías del debido proceso, presunción de inocencia, de tipicidad y del derecho inviolable a la defensa, expresamente establecidos en los arts. 115, 116, 117 y 119 de la Constitución Política del estado, así como la violación de los principios del proceso sancionador reconocidos en los artículos 71 y siguientes de la Ley 2341, lo que importa que la precitada Resolución sea nula de pleno derecho; a continuación paso a demostrar que dicha nulidad también deviene de la violación y prescindencia de todas las normas que regulan el procedimiento Administrativo General y el Procedimiento Sancionador en particular, nulidad que se encuentra expresamente establecida en el inc. c) del art. 35 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo que dispone: **"SON NULOS DE PLENO DERECHO LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS en los casos siguientes:....c) Los que hubiesen sido dictados prescindiéndose total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido"**

4.1.1. VIOLACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Como tengo reiteradamente demostrado, el procedimiento sancionador en el cual su autoridad en Recurso de Revocatoria dictó la Resolución ASFI No. 388/2013, no se inició, siguió ni tramitó contra mi persona Carlos Jacques De Grandchant Suarez, persona natural distinta a la persona colectiva MUTUAL LA PRIMERA. Siendo así, **no existe ni se ha seguido el procedimiento administrativo sancionador en contra mía, por lo que la indicada Resolución y la ilegal sanción impuesta en el punto segundo de su parte resolutive, ha sido pronunciada e impuesta, respectivamente, prescindiéndose total y absolutamente del procedimiento establecido en la Ley 1448, la ley 2341 y el D.S. 27175.**

En efecto y de acuerdo a los principios legalidad y sometimiento pleno a la ley, expresamente establecidos en los arts 2 y 4 inc. c) de Procedimiento Administrativo, que han sido desconocidos por su autoridad, la Administración Pública y por tanto esa ASFI, deben ajustar todas sus actuaciones y regir sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso.

Ahora bien y tratándose de un procedimiento sancionador, el sometimiento pleno a la ley o principio de legalidad y la garantía del debido proceso, comprende la inexcusable y obligatoria aplicación de las normas contenidas en el Capítulo VI

(arts.71 al 84) de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, concordantes con el art. 109 de la Ley 1488 (Texto Ordenado) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y Capítulo VI (arts. 62 al 68) del D.S. 27175, disposiciones que han sido desconocidas y de las que su autoridad ha prescindido a tiempo de pronunciar la Resolución contra la que interpongo el presente Recurso Jerárquico.

4.1.2. LA RESOLUCIÓN ASFI HA SIDO PRONUNCIADA EN VIOLACIÓN EXPRESA DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y PRESCINDIENDO DE TODAS Y CADA UNA DE SUS ETAPAS.

Como tengo señalado, **la Resolución ASFI 388/2013 ha sido pronunciada en franco desconocimiento y violación**, no sólo de una, sino de la totalidad de las normas que regulan el Procedimiento Sancionador.

En efecto, **El (sic) procedimiento establecido, el idóneo procedimiento administrativo y la aplicación del procedimiento punitivo**, referidos en los citados arts. 71, 72, 74 y 76 de la Ley 2341, se encuentran expresa, ordenada y claramente establecidos en los arts. 80 al 84 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordantes con los arts. 65 al 68 del D.S. Reglamentario No. 27175, que se encuentran comprendidos bajo la rúbrica ó subtítulo **ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**, Que (sic) **EN LO REFERENTE A MI PERSONA NO SE HAN DESARROLLADO Y MENOS HAN SIDO CUMPLIDAS**, resultando arbitrario, nulo e ilegal "el **juzgamiento contenido y la condena de sanción impuesta en una Resolución Recurrída (ASFI No. 388/2013) sin haber sido oído y juzgado previamente en idóneo y legal procedimiento**", en franca violación del debido proceso, de mi derecho a la defensa y por haberse prescindido totalmente de las normas que regulan el debido procedimiento sancionador, como se muestra v demuestra a continuación:

PRIMERO. El requisito, la condición necesaria o presupuesto procesal previo a todo Procedimiento Sancionador comprende la inexcusable realización de **Las Diligencias Preliminares** normadas en los arts. 81 de la Ley 2341 y en el art. 65 del D.S. 27175, que en el orden señalado disponen "**En forma previa al inicio de los procedimientos sancionadores, los funcionarios determinados expresamente por la autoridad administrativa competente, organizarán las actuaciones preliminares necesarias, donde se identificarán a las personas INDIVIDUALES O COLECTIVAS presuntamente responsable**" (art. 81 L. 2341) "**Los superintendentes sectoriales del SIREFI, _ (sic) investigarán la comisión de infracciones e IDENTIFICARAN a las personas, individuales o colectivas presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación (sic) del procedimiento**" (Art. 65. D.S. 27175).

La Resolución impugnada y la ilegal sanción que en ella se me ha impuesto, ha violado expresamente las disposiciones señaladas, toda vez que en las diligencias preliminares contenidas en el Informe de la Dirección de Supervisión de Riesgos II de esa ASFI, no se identificó a mi persona como presunto responsable de las infracciones que arbitrariamente se me imputan ipso fado en la Resolución impugnada, de lo que se desprende que al no existir diligencias preliminares que hubiesen establecido mi supuesta responsabilidad por las infracciones que fueron imputadas a MUTUAL LA

PRIMERA y que fueron ilegalmente "trasferidas e imputadas directamente a mi persona, prejuzgadas y sancionadas", su autoridad "per saltum" y por iniciativa propia pero no legal, pronunció la Resolución ASFI 388/2013 sin que, con relación a mi persona, existiese el presupuesto previo a la iniciación de todo procedimiento sancionador, es decir las Diligencias preliminares conforme al contenido y alcances establecidos en los arts. 81 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 65 de su Decreto Reglamentario No. 27175.

Aunque resulta obvio, necesario es puntualizar que si no existe el requisito procesal previo "susceptible de iniciación del procedimiento", éste no pudo iniciarse, como que no se inició, en contra mía, de tal manera que su autoridad, ni en la primera etapa del procedimiento sancionador seguido contra MUTUAL LA PRIMERA ni en la etapa recursiva, tenía facultadas y mucho menos competencia para imponerme ni para desestimar la imposición de sanciones administrativas, reitero, por inexistentes cargos no establecidos ni imputados a mi persona

SEGUNDO. El procedimiento sancionador se inicia únicamente con la NOTIFICACIÓN de los cargos establecidos en las Diligencias Preliminares y se tramita exclusivamente contra las personas, colectivas o individuales, a quien se imputan tales cargos, conforme a los arts. 109 de de la Ley 1488 (Texto Ordenado) de Bancos y Entidades Financieras, 82 de la Ley 2341 y 66 del D.S. 27175, que disponen: **"El superintendente antes de la aplicación de una sanción, deberá notificar el cargo correspondiente a la institución o presunto infractor"** (Art. 109 LBEF). **"La etapa de iniciación se formalizará con la notificación a los presuntos infractores con los cargos imputados"** (Art. 82 L.2341). **"Establecida la existencia de infracciones, el Superintendente respectivo notificará a los presuntos infractores con los cargos imputados"** (art. 66. D.S. 27175).

En el presente procedimiento sancionador no existen cargos establecidos contra mi persona, y siendo así, lógica y jurídicamente, tampoco pude haber sido notificado ni he sido notificado con cargos inexistentes, no establecidos ni imputados a mi persona, pues como reconoce su propia autoridad en todas las Resoluciones que ha pronunciado dentro del procedimiento sancionador seguido contra MUTUAL LA PRIMERA (relacionados en el punto 1. (Antecedentes), y como inequívocamente se establece por los Cargos establecidos por la Dirección de Supervisión de Riesgos ASFI/DSR II/R-98745/2012, y notificada mediante carta ASFI/DSR II/R-126460/2012, los cargos fueron imputados y notificados a la persona jurídica MUTUAL LA PRIMERA y no a mi persona CARLOS DE GRANDCHANT SUAREZ.

Por los antecedentes facticos y legales señalados, queda inequívocamente demostrado que su autoridad desconoció y consiguientemente violó las disposiciones que he citado y transcrito, pues al no haberse establecido en contra mía las infracciones y los cargos que, Ud. Sra Directora, ilegalmente "me imputa, (pre)juzga y me sanciona" en la Resolución objeto del presente Recurso, prueba y demuestra que no fui notificado con tales cargos, no habiendo quedado establecida ninguna relación jurídico procesal entre esa ASFI y mi persona, vale decir que el proceso sancionador en el que su autoridad pronunció la Resolución ASFI No. 388/2012, no fue iniciado ni seguido en contra mía y, por tanto, la indicada Resolución, dictada

además en la etapa Recursiva Revocatoria, y la ilegal sanción dispuesta por su autoridad, son absolutamente nulas.

TERCERO. Los efectos de la inobservancia y violación de las disposiciones legales señaladas en los puntos precedentes, derivan en la violación de las normas que regulan las sucesivas etapas del procedimiento sancionador, es decir, los arts. 66 y 82 de la Ley 2341 y del D.S. 27175, respectivamente, porque al no haberseme imputado la comisión de las supuestas infracciones, no existen cargos contra CARLOS J DE GRANCHANT SUARES (sic), y, obviamente, no existiendo cargos no existe ni podía existir la imprescindible notificación de cargos, para que pueda ejercer mi derecho de defensa, por cuanto que esa notificación constituye condición sine qua non PARA QUE LA ETAPA DE INICIACIÓN DEL PROCESO QUEDE LEGALMENTE FORMALIZADA, como expresamente lo disponen las normas que señalo y que han sido absolutamente desconocidas y violadas por su autoridad:

- 1 El art. 65 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el art. 81 del D.S. 27175, porque en la "Diligencias Preliminares" contenidas en el Informe y notificación de cargos No ASFI/DSR II/R-98745/2012 emitido por la Dirección de Supervisión de Riesgos II de la ASFI, así como en la Carta de Notificación de Cargos a MUTUAL LA PRIMERA, ASFI/DSR-II/ R-126460/2012 no se indentifica (sic) a mi persona como supuesto responsable de las infracciones allí establecidas y mucho menos se me han notificado tales cargos
- 2 Los arts. 66 y 82 de la Ley 2341 y del D.S. 27175, respectivamente, porque al no haberseme imputado la comisión de las supuestas infracciones, no existen cargos contra CARLOS J DE GRANCHANT SUARES, y, obviamente, no existiendo cargos no existe ni podía existir la imprescindible notificación de cargos, y no existiendo notificación no existe material ni legalmente proceso sancionador en contra mía.
- 3 Como corolario, no se me ha otorgado tampoco plazo alguno para que presente mis descargos y defensas, obviamente, porque si no existe el presupuesto que da inicio al procedimiento, LA IMPUTACIÓN DE CARGOS Y SU NOTIFICACIÓN, TAMPOCO EXISTE PROCEDIMIENTO ALGUNO EN CONTRA MÍA, reiterando una vez más que el presente procedimiento sancionador ha sido iniciado y seguido contra MUTAL LA PRIMERA, persona jurídica distinta, o sea que el procedimiento no se inició ni tramitó en contra de mi persona.

Consiguientemente, la Resolución ASFI No. 388/2013, con relación "a la indebida imputación, incorporación y juzgamiento de inexistentes cargos, fuera y al margen del procedimiento del cual no fui ni soy parte, así como la consiguiente imposición de la ilegal sanción de multa que se me impuso, "(sic) **ha sido pronunciada en violación de los principios constitucionales referidos al debido proceso y a los que de ellos derivan, desconociéndose mi inviolable derecho de defensa en juicio, a ser oído y juzgado previamente y en un procedimiento legalmente establecido.**

En ese contexto, resulta también evidente la violación de los principios de legalidad y de procedimiento punitivo establecidos en los arts. 72 y 76 de la Ley 2341, conforme a los cuales las sanciones sólo pueden ser impuestas conforme al procedimiento

establecido en dicha ley, que no le otorgan a su autoridad facultades para imponer sanciones administrativas sin la previa aplicación del procedimiento punitivo, es decir, sin el cumplimiento imprescindible de todas y cada una de las etapas del procedimiento sancionador: Diligencias preliminares, Etapa de iniciación con la notificación de los cargos, tramitación y terminación, etapas expresamente establecidas en los arts. 81, 82, 83 y 84 de dicha ley y en los arts. 65, 66, 67 y 68 del D.S. 21775 que han sido ignoradas y violadas en la Resolución impugnada.

Asimismo, al haberse prejuzgado infracciones cuya supuesta responsabilidad no se me imputó y al imponérseme la sanción por cargos con los que jamás fui notificado, **no se inició, siguió ni tramitó ningún procedimiento sancionador en contra mía**, de lo que resulta que la **RESOLUCIÓN ASFI 388/2013 y consiguientemente la ilegal sanción que en ella se me ha impuesto HA SIDO DICTADA PRESCINDIENDO TOTAL Y ABSOLUTAMENTE DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR y EN VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS, PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES, SIENDO POR TANTO nula de pleno derecho**, al encontrarse dentro de los casos expresamente establecidos en el art. 35 incs. c) y d) de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo. Nulidad que pido sea declarada por el Sr. Ministro de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el presente Recurso Jerárquico.

5. NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ASFI No. 388/2013 POR VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. (sic)

Al conjunto de las violaciones a las normas constitucionales referidas precedentemente y las aplicables a todas y cada una de las etapas del procedimiento Administrativo sancionador, se complementa con el desconocimiento, la no aplicación y consiguiente violación de los **PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR** expresamente establecidos en los arts. 71, 72, 73, 74 y 76 de la Ley 2341, tal como demuestro a continuación.

5.1. NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN AFI (sic) NO. 388/2013, POR VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DE PROCEDIMIENTO PUNITIVO.

Conforme al principio de legalidad expresamente establecido en los arts. 71 y 72 de la Ley 2341, las sanciones administrativas (si se encuentran previstas) sólo pueden ser impuestas **conforme al procedimiento establecido** en dicha ley y en las disposiciones reglamentarias aplicables, reconociéndose el principio de inocencia (art.73) en concordancia con la prescripción constitucional, mientras no se demuestre lo contrario **en idóneo procedimiento administrativo** (art. 74), y determinándose de manera expresa que "**NO SE PODRÁ INTERPONER SANCIÓN ADMINISTRATIVA ALGUNA A LAS PERSONAS, SIN LA PREVIA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PUNITIVO** establecido en la presente ley o en las disposiciones sectoriales aplicables" (art. 76).

En ese contexto, resulta evidente la violación de los principios de legalidad y de procedimiento punitivo establecidos en los arts. 72 y 76 de la Ley 2341, conforme a los cuales las sanciones sólo pueden ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa y conforme al procedimiento establecido en dicha ley, no

otorgándole a su autoridad facultades para imponer sanciones administrativas sin la previa aplicación del procedimiento punitivo, es decir, sin el cumplimiento imprescindible de todas y cada una de las etapas del procedimiento sancionador: Diligencias preliminares, Etapa de iniciación con la notificación de los cargos, tramitación y terminación, etapas expresamente establecidas en los arts. 80 al 83 de dicha ley y en los arts. 65 al 68 de su decreto Supremo reglamentario 27175.

Al haberseme impuesto la ilegal sanción de multa personal en el presente procedimiento en el que no soy parte ni he intervenido a ningún título como persona natural, prescindiéndose total y absolutamente de las normas que regulan el procedimiento sancionador, **su autoridad lo ha hecho en franca violación de los principios de legalidad, presunción de inocencia y de procedimiento punitivo**, y siendo así, la Resolución ASFI No. 388/2013 resulta una vez más nula de pleno derecho

5.2. NULIDAD POR VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE TIPICIDAD, POR NO EXISTIR SANCIÓN POR LA SUPUESTA INFRACCIÓN.

Tal afirmación no sólo resulta de la omisión normativa (sancionadora) del "Reglamento de Sanciones." aprobado por la ASFI, sino del propio **RECONOCIMIENTO EXPRESO DECLARADO POR SU AUTORIDAD EN LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA No. 388/2013**, EN LA QUE TEXTUALMENTE ESTABLECE:

.." (sic) **Que, de la revisión del reglamento de Sanciones que mantiene esta Autoridad de Supervisión, no existe una sanción específica que refiera la presente contravención,...**";

Resulta paradójico y jurídicamente inaceptable, que su autoridad admita y reconozca que las presuntas infracciones por las que ilegalmente se me ha condenado **no se encuentran sancionadas** y a renglón seguido se me imponga una inexistente sanción administrativa que, contrario sensu de lo señalado en la Resolución recurrida, no está sujeta a su discrecionalidad y menos puede ser "establecida" en una Resolución pronunciada en un procedimiento Administrativo, como resulta ser la Resolución ASFI No. 388/2013, desconociéndose así principios universales del derecho punitivo, violándose los derechos y garantías constitucionales y las normas que regulan el Procedimiento Administrativo Sancionador.

En el orden normativo constitucional, no sólo que es contraria y violatoria de los derechos y garantías al debido proceso, a la defensa, presunción de inocencia y no poderse imponer condena alguna sin antes haberse oído y juzgado previamente en un debido proceso, (arts. 115, 116, 117 y 119 de la C.P.E.) conforme tengo demostrado en el punto 3.1. del presente escrito, sino que también es violatoria del art. 116 II de la Constitución Política que establece "**Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible**", así como de los arts. 72 y 73 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo que disponen (sic) "**Art. 72 (Principio de legalidad). Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa y disposiciones reglamentarias aplicables**" "**Art. 73 II. Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias**".

Al respecto, el Tribunal Constitucional en su uniforme jurisprudencia, cuyo carácter vinculante y obligatorio ha sido desconocido por su autoridad, ha establecido:

"Así, se ha señalado que "el indicado ligamen de causalidad entre la infracción cometida y la obligada sanción, posibilita que el sujeto infractor conozca previamente de la potencial situación sancionatoria, o al menos, tendrá noción anticipada de los límites establecidos para la determinación y aplicación de la sanción en que haya podido incurrir, con dolo o sin él" (sic).

Por lo expuesto, es imperante precisar con claridad que en el campo de la potestad administrativa sancionatoria y en resguardo de las garantías tanto formal como material que estructuran el principio de legalidad en materia disciplinaria-sancionatoria, no se puede utilizar el método análogo de interpretación ni suplir de ninguna manera las conductas no establecidas por ley expresa, entonces, solamente se establecerán sanciones en la medida que la conducta se adapte a la **tipicidad** (sic) punitiva-sancionatoria establecida por el legislador y en tanto y cuanto se utilicen criterios de interpretación que no excedan los alcances del contenido esencial del principio de legalidad en la esfera disciplinaria." SENTENCIA CONSTITUCIONAL

0746/2010-R Sucre, 26 de julio de 2010.

En el contexto de las normas transcritas y la jurisprudencia glosada, se concluye inequívocamente que **su autoridad no tenía ni tiene facultades para crear, prejuzgar infracciones e imponer directamente sanciones en una Resolución dictada en la etapa Recursiva Revocatoria**, como ilegalmente lo ha hecho en la Resolución que impugno, **pues las sanciones administrativas sólo pueden establecidas en la Reglamentación que debió desarrollar esa ASFI, conforme a lo expresamente dispuesto en la última parte del art. 154 de la Constitución Política del estado** (sic).

La inexistencia de sanciones en el Reglamento de Sanciones aprobado por esa ASFI, respecto de las infracciones y cargos que dieron origen al presente procedimiento sancionador y que me fueron ilegalmente imputados, "juzgados" y sancionados en la Resolución ASFI No. 388/2013, demuestra que en dicha Resolución, su autoridad ha violado y desconocido los principios de legalidad y tipicidad, expresamente establecidos en los arts. 71, 72 y 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo, resultando de ello , una vez más, la nulidad absoluta o de pleno derecho de dicha Resolución que ahora impugno a través del presente Recurso Jerárquico.

6. VIOLACIÓN APLICACIÓN INDEBIDA E INCORRECTA INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA LEY DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS.

Su autoridad, en el mismo párrafo e inmediateamente (sic) después de reconocer "Que el Reglamento (sic) de Sanciones que mantiene esta autoridad de Supervisión, no existe sanción específica que refiera la presente contravención", como fundamento en que sustenta su supuesta competencia para crear y prejuzgar infracciones en una resolución pronunciada en Recurso Jerárquico (ASFI 388/2013) invoca, se ampara y "**se sustenta en las atribuciones dispuestas en el numeral 10 del art. 154 de la Ley No. 1488 de Bancos y entidades Financieras** (Texto ordenado), la

cual menciona imponer sanciones administrativas a las Entidades bajo su control cuando estas infrinjan disposiciones legales " (textual pagina 8).

La Potestad punitiva de la Administración Pública en general v de esa ASFI en particular, es potestad reglada, sujeta y subordinada a la ley, y no potestad discrecional, como equivocadamente pretende su autoridad. De tal manera que para que la ASFI en cada situación concreta pueda ejercer esa potestad punitiva, no puede hacerlo sólo en función de la norma que le reconoce esa potestad, sino que necesaria, imprescindible y únicamente podrá ejercerla si previamente se han cumplido y son jurídicamente existentes los presupuestos legales habilitantes, que en el presente procedimiento y en todo procedimiento sancionador no es otro que el Reglamento de Sanciones y que en éste las infracciones y cargos que se quieran imputar y notificar, necesariamente se encuentren sancionados, (Tipificados) conforme lo dispone imperativa y no optativamente la última parte del art. 154 de la Ley 1488 que Ud. omitió considerar, (sic)

No existiendo sanciones previamente establecidas en el Reglamento de Sanciones (Tipicidad), no es posible jurídicamente iniciarse un procedimiento sancionador, pues no se abre la competencia para poder ejercitar la potestad punitiva o sancionadora, y si por error del Órgano Administrativo lo hubiese hecho, como sucede en el presente procedimiento, lo hizo ilegalmente y provocando el inicio y desarrollo de un procedimiento inútil, en el entendido de que carece del elemento esencial Objeto lícito, determinado y posible material y legalmente y aún más cuando esa omisión normativa es de responsabilidad de la Administración Pública, y ésta no puede suplir esa omisión creando sanciones en una Resolución pronunciada en un proceso sancionador, como ilegalmente sucede en la Resolución Impugnada

Al ampararse Ud. en la consideración, invocación y aplicación de una disposición legal, aislada del contexto normativo del que forma parte y conforme al cual debe necesariamente efectuarse su interpretación lo ha hecho de manera completamente ilegal, conforme paso a demostrar.

Primero: Violación del artículo 154 (parte final) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

En la Resolución recurrida y conforme se desprende de su texto, su autoridad se limitó a aplicar de manera exclusiva y excluyente el numeral 10 del art. 154 de la Ley 1488, prescindiendo de manera completamente ilegal de la disposición final contenida en dicho artículo, conforme a la cual **"para el cumplimiento de las atribuciones conferidas en la presente Ley, LA SUPERINTENDENCIA DEBERÁ REGLAMENTAR LA APLICACIÓN DE SANCIONES dentro del marco de la presente ley"**.

La atribución de esa ASFI "para aplicar sanciones administrativas a las entidades bajo su control" (art. 154 numeral 10), a contrario sensu de lo afirmado por su autoridad, no le otorga la potestades discrecionales (**Ley en Blanco**) para imponer sanciones directamente, sino que la imposición de éstas se encuentra sujeta y subordinada a su previa tipificación en el Reglamento de Sanciones.

La omisión normativa en la que incurrió la Ex Superintendencia de Bancos y la actual ASFI, no puede ser suplida en una Resolución pronunciada en un procedimiento sancionador, como ilegalmente se auto-atribuye su autoridad en la Resolución impugnada en franca violación de los arts. 116-11 y 117 de la Constitución Política del Estado, arts. 71, 72 y 73 de la Ley 2341, y la parte final del art. 154 de la Ley 1488, conforme a las cuales **sólo pueden ser sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en la Reglamentación que esa ASFI debió desarrollar.**

Segundo: Incorrecta interpretación e ilegal aplicación del numeral 10 del art. 154 de la ley de bancos y entidades financieras.

"Para su aplicación", tal norma no ha sido interpretada ni en su propio texto y menos en el contexto normativo que regula la imposición de sanciones administrativas, **El artículo en cuestión, no es una norma aislada, autónoma e independiente, sino que forma parte de un contexto normativo que necesariamente debió ser considerado, ya para su interpretación, ya para su aplicación,** no siendo suficiente y menos admisible la imposición de sanciones "sustentándose" en una norma que ni le otorga facultades discrecionales para crear e imponer sanciones en una Resolución dictada dentro de un procedimiento sancionados, ni para prescindir de la Reglamentación sancionatoria establecida por dicha norma.

El artículo 154 numeral 101 reconoce la potestad, no establece los hechos punibles administrativamente. Tal potestad punitiva no es potestad discrecional, es potestad reglada, es decir, que sólo puede ser ejercida previo desarrollo reglamentario (sic) en el que se tipifiquen los hechos punibles y las sanciones que le correspondan.

En el contexto del conjunto normativo aplicable a las sanciones administrativas el numeral 10 del art. 154 de la Ley 1348 (texto Ordenado) es uno mas (sic) de los que integran el régimen de "Contravenciones, Infracciones y Sanciones" establecido en el Capítulo VII del Título 8vo., en cuyo contexto normativo su autoridad tenía el deber de efectuar su interpretación para luego determinar el ámbito de su aplicación. Al no haber procedido así, ha aplicado indebida e ilegalmente una norma inaplicable (art. 154 numeral 10), dejando de aplicar la norma que debió aplicarse (Art. 154, parte final), que para habilitar el ejercicio de la Potestad punitiva sancionadora la SBEF y la actual ASFI tenían y tienen el DEBER de Reglamentar la aplicación de sanciones en el marco de esta ley, omisión Normativa Reglamentaria cuyo resultado no es otro que la ilegal y nula sanción que se me ha impuesto.

Tercero: Violación e incorrecta aplicación de los arts. 99 y 102 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras

Finalmente la aplicación directa de los tipos o formas de sanciones que la ASFI puede imponer, definidas en los arts. 99 y 102 de la Ley 1488 de la Ley de Bancos, constituye únicamente las formas genéricas de sanciones aplicables, los requisitos mínimos y máximos a partir de los cuales deben desarrollarse necesariamente en el Reglamento de Sanciones, las conductas y los tipos (tipificación) de sanciones que cada caso correspondan.

De admitirse el criterio sostenido por su autoridad "que puede aplicar sanciones considerando exclusivamente las disposiciones contenidas en los citados arts.", además de ser contraria y violatoria de la última parte (sic) del art. 154, importa que usted se ha arrogado una competencia que no la tiene, es decir, crear, tipificar y sancionar, en una Resolución dictada en Procedimiento Sancionador tipos administrativos punibles y sanciones que sólo pueden ser desarrolladas e implementadas en el Reglamento de Sanciones Administrativas. Tal criterio importa también que su autoridad en contra de la Ley, desconoce sus propias atribuciones y potestades reglamentarias.

En todo caso se han aplicado indebidamente dichas disposiciones pues en función de ellas que no comprenden el presupuesto legal de tipicidad no puede imponerse directamente sanción alguna como ilegalmente lo ha hecho usted en la Resolución recurrida.

CONCLUSIÓN Y PETICIÓN.

En mérito a los fundamentos expuestos y habiendo demostrado la absoluta ilegalidad de la Resolución ASFI No. 338/2013 de 26 de junio de 2013 en lo que se refiere al arbitrario juzgamiento de cargos no establecidos ni notificados a mi persona y la consiguiente ilegal sanción de multa personal impuesta en el segundo punto de la parte Resolutiva, pido respetuosamente el Sr. Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se digne declarar **LA NULIDAD DE PLENO DERECHO** de dicha Resolución, por tratarse de un acto administrativo sancionado con esa nulidad conforme a lo dispuesto en el art. 35 incs. b), c) y d) de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo..."

7. OBJECCIÓN AL RECURSO JERÁRQUICO INTERPUESTO POR EL DENUNCIANTE.-

Mediante memorial presentado en fecha 15 de agosto de 2013 con la suma "FORMULA OBJECIONES Y PIDE SE RECHACE EL RECURSO INTERPUESTO POR EL DENUNCIANTE", la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"** señala los extremos siguientes:

"...Habiéndonos notificado con el Recurso Jerárquico interpuesto por el ex empleado de Mutual La Primera, Rubén Antonio Gómez Pereira, en el plazo establecido en la Resolución de 25 de julio de 2013, formulo los criterios, objeciones y fundamentos, en virtud de los cuales solicito se rechace el indicado recurso:

2.1. EL DENUNCIANTE NO ES PARTE EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y POR TANTO NO SE ENCUENTRA LEGITIMADO PARA INTERPONER NINGÚN RECURSO.

2.1.1.- Como es de conocimiento de su autoridad, el inicio y tramitación del Procedimiento Sancionador por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cualquiera sea la forma de su iniciación: de oficio o a denuncia de un tercero, siempre es un proceso bilateral en el que únicamente intervienen los órganos de la administración pública, por una parte, en el caso la ASFI, y por otra los sujetos

administrados a quienes se les imputan presuntas infracciones (cargos) que necesariamente deben estar sancionadas (principio de Tipicidad) en el Reglamento de Sanciones desarrollado y aprobado por dicha autoridad.

2.1.2.- Si bien el procedimiento sancionador puede iniciarse a denuncia de un tercero, conforme lo establece el art. 65 del D.S. 27175, no deja de ser un procedimiento de oficio, en el que el denunciante no adquiere la calidad de parte y menos la de fiscalizador de los actos de la administración pública, como cree y se arroga Rubén Gómez Pereira, pues su intervención se limita a generar -si así lo considera la autoridad administrativa- el inicio del procedimiento sancionador, por lo que el denunciante no puede ser ni es considerado sujeto del procedimiento.

2.1.3.- Tal es así que una vez interpuesta la denuncia, que no es sino simple y llanamente el acto por el cual se comunica a la Administración, a la ASFI en el caso que nos ocupa, la infracción de las leyes y reglamentos administrativos, la Potestad para iniciar, proseguir y pronunciar las Resoluciones que correspondan en el procedimiento, es exclusiva de la ASFI, pues -reiteramos- se trata de un proceso de oficio cuyo objeto es imponer o desestimar la imposición de sanciones administrativas, desestimación o imposición de sanciones que no tienen ningún efecto en la esfera jurídica del denunciante pues, resulta obvio puntualizar, la Resolución que se dicte en una u otra de las formas señaladas no afecta ningún interés legítimo y ningún derecho subjetivo del denunciante

2.1.4.- A los fines de lo señalado precedentemente, téngase presente que la denuncia presentada por el ex empleado Gómez Pereira, versó exclusivamente por "no haberse codificado correctamente su retiro" (falsedad que fue demostrada y, por tanto, la Directora de la ASFI, no ordeno ninguna recodificación, precisamente porque la codificación asignada al denunciante fue y es correcta), en tanto que los cargos comprendieron otras supuestas infracciones (reporte fuera de plazo y no remisión del informe del Auditor Interno) que no afectan ningún derecho del denunciante, pues la relación procedimental quedó definitivamente establecida entre la ASFI y MUTUAL LA PRIMERA.

2.1.5. El denunciante no tiene ni puede adquirir la calidad de sujeto del procedimiento sancionador y, siendo así, no tiene facultades ni derecho para intervenir en el procedimiento, ya sea para presentar pruebas, alegaciones, incidentes, impugnaciones y recursos, y peor para ejercitar derechos de naturaleza dispositiva, tal el caso del desistimiento o la renuncia como formas de conclusión del procedimiento, toda vez que se trata simplemente de un denunciante que no tiene la calidad de parte ni su intervención como tal se encuentra prevista ni admitida en las normas que regulan el procedimiento sancionador.

Por los fundamentos expuestos en los puntos precedente, se concluye que el denunciante Rubén Antonio Gómez Pereira, no se encuentra legitimado (inexistencia de interés legítimo) para interponer el recurso jerárquico que se ha puesto en nuestro conocimiento, peor aún cuando la Resolución por el recurrida no afecta ninguno de sus derechos subjetivos, en cuya virtud solicitamos su rechazo.

3. LA RESOLUCIÓN RECURRIDA NO AFECTA NINGÚN DERECHO SUBJETIVO DEL DENUNCIANTE Y ESTE CARECE DE INTERÉS LEGÍTIMO PARA INTERPONER EL RECURSO JERÁRQUICO.

3.1.1.- En el presente Procedimiento sancionador, el ex empleado de Mutua La Primera denunció la infracción al Reglamento del Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás Personal de la Recopilación de Normas Para Bancos y Entidades Financieras, y de manera expresa porque " se hubiese codificado incorrectamente la causa de su retiro", denuncia que se demostró no ser evidente conforme sale de los documentos presentados y de las Resoluciones dictadas por la ASFI, pues de no haber sido así, la ASFI, más allá de desestimar o imponer sanciones, por un elemental principio de congruencia y para restablecer la supuesta (pero no cierta) infracción de "una incorrecta o mala codificación" hubiese ordenado a Mutua La primera proceda e efectuar la recodificación, lo que no se ordenó o dispuso ni en la Resolución final del procedimiento ni en la Resolución dictada en la Instancia Revocatoria, toda vez que la codificación asignada al denunciante y ex empleado fue y es correcta.

3.1.2.- Ahora bien, **la Resolución ASFI No. 388/2013** (cuya ilegalidad y revocatoria tenemos solicitada en mérito a los fundamentos de los Recursos Jerárquicos presentados por MUTUAL LA PRIMERA y por su Gerente General), a tiempo de Revocar la Resolución ASFI No. 279/2013, **dispuso** (ilegalmente) **1. Desestimar la solicitud de prescripción y 2..** (sic) **Sancionar con multa personal al Sr. Carlos De Grandchant Suarez, Gerente General de Mutua La Primera.**

3.1.3. ¿CUÁL EL DERECHO SUBJETIVO DEL DENUNCIANTE, AHORA RECURRENTE, AFECTADO POR DICHA RESOLUCIÓN? **NINGUNO.** ¿CUÁL EL INTERÉS LEGÍTIMO PARA INTERPONER EL RECURSO JERÁRQUICO?. **NINGUNO.** En efecto, la Revocatoria de la Resolución ASFI No. 279/2013 fue declarada como consecuencia del Recurso de Revocatoria que interpuso el denunciante-recurrente y, obviamente, al desestimarse en la Resolución ASFI 388/2013 la solicitud de prescripción, tal declaratoria (ilegal por los fundamentos expuestos en nuestros recursos) no afecta ningún derecho de Rubén Antonio Gómez Pereira. Lo mismo sucede con la sanción impuesta (una vez mas ilegalmente) al Gerente General, sanción que no afecta a los derechos del denunciante sino exclusivamente los derechos del Sr. Carlos De Grandchant Suarez, resultando de ello que los únicos legitimados para interponer el Recurso Jerárquico son MUTUAL LA PRIMERA y el Gerente General.

Al no afectar la Resolución impugnada en Recurso Jerárquico ningún derecho subjetivo ni tener ningún interés legítimo el denunciante-recurrente Rubén Gómez Pereira, no corresponde su admisión, consideración ni resolución.

4. RECHAZA EL CONTENIDO EL (sic) RECURSO JERÁRQUICO INTERPUESTO POR RUBEN ANTONIO GÓMEZ PEREIRA.

4.1.1.- Tal parece que el denunciante-recurrente Rubén Antonio Pereira ni (sic) quienes lo asesoran, no han comprendido ni los alcances y efectos de su denuncia,

menos las facultades y derechos que tiene como denunciante y peor el Procedimiento Administrativo y los efectos de las Resoluciones pronunciadas por la ASFI, de tal manera que su Recurso contra la Resolución ASFI No. 279/2013 pronunciada en la primera etapa del procedimiento y contra la cual no procede ningún recurso jerárquico, como resulta ser el ilegal, mal planteado e improcedente Recurso interpuesto por Rubén Antonio Gómez Pereira.

4.1.2.- Así tenemos, que **en el punto I de su Recurso Jerárquico** (fs. 132 a 126) se extiende en efectuar argumentaciones impertinentes **impugnando la Resolución ASFI No. 279/2013 que FUE REVOCADA POR LA RESOLUCIÓN ASFI No. 388/2013**. Toda vez que el Recurso Jerárquico sólo procede contra las Resoluciones que Resuelven Recursos de Revocatoria, como resulta ser la Resolución ASFI No. 388/2013, no es procedente ni admisible su interposición contra Resolución REVOCADA No. 279/2013, improcedencia que hace innecesario emitir criterio alguno sobre las opiniones expresadas por las que se impugna -reitero- una Resolución (ASFI No. 279/2013) contra la que interpuso Recurso de Revocatoria y contra la que no procede el Recurso Jerárquico interpuesto por el denunciante Gómez Pereira y que solicitamos sea rechazado, al no encontrarse comprendido en los casos expresamente establecidos en los arts. 66 de la Ley 2341 y arts. 36 b) y 52 del D.S. 27175, aún mas (sic) si la Revocatoria sobre la prescripción declarada en la Resolución No. 279/2013, fue consecuencia del Recurso de Revocatoria que él interpuso, no afectándole al denunciante-recurrente la revocatoria declarada en la Resolución 388/2013, sino exclusivamente a Mutual La Primera.

4.1.3.- Con relación al **punto II y el Petitorio del referido Recurso Jerárquico** (Fs.126 y sgts), cúmpleme manifestar una vez más que Rubén Antonio Gómez Pereira, tiene únicamente la calidad de denunciante, y como tal carece de facultades y la ley no le reconoce ningún derecho para impugnar las sanciones (Aunque completamente ilegales) que imponga la ASFI y peor para que éstas sean agravadas, pues contra las resoluciones que imponen sanciones, sólo está legitimado el sujeto sancionado y nadie más que el sujeto sancionado, para interponer los recursos establecidos por ley.

4.1.4.- Reitero, el procedimiento sancionador tiene carácter bilateral y ningún tercero, por muy denunciante que sea, tiene facultades para fiscaliza, constituirse en coadministrador de la ASFI ni impugnar las Resoluciones que desestimen o impongan sanciones contra terceros, pues ésta es potestad privativa de la Autoridad Administrativa, la Directora Ejecutiva de la ASFI; en tanto el único legitimado para impugnar tales Resoluciones (en el caso la Res. ASFI No. 388/2013), es la persona contra quien se impuso la ilegal sanción y que, desde luego, no es el denunciante Gómez Pereira.

Petición. En mérito a los fundamentos expuestos, sólo se desestime y rechace el ilegal, mal planteado e improcedente Recurso Jerárquico interpuesto por Rubén Antonio Gómez Pereira..."

8. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 13 de septiembre de 2013 y atendiendo la solicitud formulada por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"** en su memorial de 15 de agosto de 2013, se llevó a efecto la audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme fuera dispuesta en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 072/2013 de 26 de agosto de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota de fecha 16 de abril de 2012, el señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA** presenta denuncia ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, respecto a los siguientes extremos:

*"...1° Según nota **ASFI/R-127544/2011**, de fecha 28/11/2012 se me informa que mi persona se encuentra codificada en el Sistema de Registro de Funcionarios con el código 106 que corresponde a "Renuncia o retiro forzoso por contravenciones graves a normas internas o disposiciones legales, por imprudencia o negligencia culposa, sin daño económico", (fotocopia adjunta).*

*2° De acuerdo a nota **ASFI/R-32073/2012** de fecha 16 de marzo de 2012, en la cual me informan que el reclamo efectuado en contra de Mutual La Primera respecto a incumplimiento a orden judicial fue respondido con nota **G.G 719/2012 A.L. 315/2012** de fecha 07 de marzo de 2012. (Fotocopias adjuntas).*

*Al respecto los puntos 1 y 2 Mutual La Primera hace mención a que todos los antecedentes relacionados con mi retiro y **codificación** como prueba a favor de la misma se encuentra radicando en el Juzgado Segundo de Trabajo y Seguridad Social debido a que en la actualidad se mantiene un proceso laboral en contra de la misma por reincorporación; vale decir que lo que se indica en el capítulo VIII, sección 3, artículo 3° "carta firmada por el Gerente General, adjuntando un informe que contenga las decisiones adoptadas y las conclusiones y recomendaciones del auditor interno, respecto al establecimiento de responsabilidades, cuantificación del daño económico, si correspondiese, así como las medidas a ser adoptadas para corregir dicha situación, y su contabilización", es lo que aseguran haber presentado al*

Juzgado Segundo de Trabajo y Seguridad Social, lo cual es falso, ya que nada de lo que indica específicamente la norma respecto a lo citado anteriormente existe en el expediente.

En fecha 27/02/2012 Mutual La Primera me hace entrega de tres fotocopias legalizadas según ellos en cumplimiento a orden judicial a través de nota ASFI/DAJ/R-133315/2011 de fecha 27/12/2011 (fotocopia adjunta). Dos de las tres fotocopias referentes a informes de dos funcionarios de Mutual dirigidas, una a Gerencia General y la otra de un funcionario a otro, sobre supuestos hechos ocurridos; y la tercera fotocopia el memorándum de despido. Lo que lejano y remotamente se asemeja a un proceso interno y mucho menos al sustento de codificación como indica la norma.

3° De acuerdo a nota **ASFI/DAJ/R-40657/2012**, punto 5, se me informa que el cumplimiento o incumplimiento de una entidad de intermediación financiera referente al Título X, capítulo VIII, Sección 3, artículo 3, se determina en un proceso de diligencias preliminares, iniciadas después de una supervisión a la entidad o **denuncia de la persona afectada por la contravención**. (Fotocopia adjunta).

En el punto 6, se me informa que Mutual La Primera de acuerdo al historial de bajas de ex funcionarios en el Sistema de Registro que **ASFI** administra, me codifico (sic) en fecha **17/05/2010**, incumpliendo la normativa referente al título X, capítulo VIII, sección 1 (Aspectos Generales), artículos 2° y sección 3 (Inhabilitaciones - Suspensiones y reportes de Baja), artículo 1°, donde indica que "las inhabilitaciones, suspensiones y bajas deberán ser remitidas al momento de producirse el hecho", siendo mi destitución en fecha 12/01/2010, es decir 4 meses después.

En el mismo punto me indican que no existen antecedentes en el archivo central de la ASFI, sobre la documentación de respaldo que sustente mi codificación, lo que equivale a decir que Mutual La Primera nunca mando (sic) a esa Autoridad absolutamente ningún documento que acredite lo mencionado..."

Dicha denuncia dio lugar, a la imputación de los cargos que constan en la nota ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012; sin embargo, en la sustanciación del proceso sancionatorio y a tiempo de su resolución (Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012), la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó "Anular la Notificación de Cargos ASFI/DSR II-98745/2012 de 13 de agosto de 2012", por cuanto:

"...los cargos fueron notificados a la **MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO "LA PRIMERA"** y no al Gerente General de la entidad como persona natural afectada, quien es presunto responsable por el cumplimiento de la normativa antes señalada y consecuentemente previo proceso la correspondencia o no de la sanción personal evidenciándose defectos de forma en la mencionada Notificación de Cargos..."

Corridos los trámites que hacen al proceso recursivo (entonces, mediando los Recursos de Revocatoria y Jerárquico), se pronunció la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2013 de 8 de abril de 2013, la que resuelve "**ANULAR** el

procedimiento administrativo hasta la -sancionatoria- Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho...”.

Esto, por cuanto, habiendo oportunamente la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, invocado la prescripción de las infracciones imputadas (memorial de 7 de septiembre de 2012), no mereció la resolución a tal planteamiento por parte del Ente Regulador, en “*infracción al derecho de petición, dispuesto por los artículos 24° (“**Toda persona tiene derecho... a la obtención de respuesta formal y pronta...**”) de la Constitución Política del Estado, y 16°, inciso ‘h’ (“...las personas tienen los siguientes derechos:... h) **A obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen;...**”), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo)” (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2013).*

Por su efecto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunció una nueva Resolución Administrativa sancionatoria (ASFI/N° 279/2013 de 13 de mayo de 2013), la que recurrida de Revocatoria, ahora por el denunciante, señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA**, mereció la Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013, que revoca totalmente a la anterior, y que al presente, es el objeto de las tres impugnaciones que, bajo la forma de Recursos Jerárquicos, se pasan a analizar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Infracción al debido proceso administrativo.-

Conforme señala el Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **CARLOS JACQUES DE GRANDCHANT SUAREZ**:

*“...en la Resolución ASFI No. 388/2013 han sido violadas las normas constitucionales que garantizan mi derecho al debido proceso "que se configura como un principio que emerge del Estado de Derecho y del principio de legalidad en su vertiente procesal" , toda vez que: 1) **Se ha violado mi derecho a un proceso legal y justo**, pues el Procedimiento Administrativo Sancionador en el que fue dictada la Resolución que recorro, no se inició, siguió ni tramitó contra mi persona; 2) Al no haberseme imputado responsabilidades por las infracciones y los cargos que se prejuzgan en la indicada Resolución, se ha violado el debido proceso en su elemento **notificación oportuna de la sindicación para que pueda estructurar eficazmente mi defensa; 3) El derecho a ser escuchado** toda vez que no se me dio la oportunidad de defenderme de los cargos "considerados e incluidos de oficio , y, que dieron lugar a la ilegal la ilegal (sic) sanción" contenida en el punto segundo de la parte Resolutiva de la Resolución...”*

Es a partir de ello, que el mismo recurrente hace manifiestos sus reclamos por habersele violado el derecho al debido proceso, la garantía de defensa en litigio, el principio de presunción de inocencia, la prohibición de ser condenado sin haber sido oído y juzgado en debido proceso, los principios de legalidad y tipicidad, las disposiciones legales que regulan

el procedimiento administrativo sancionador, prescindiendo de todas y cada una de sus etapas, y los principios generales del procedimiento sancionador, determinando todo ello de su parte, en la solicitud de nulidad de la resolución ASFI No. 388/2013, *“por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*.

Por el carácter trascendental del común objeto jurídico de ese conjunto de alegatos, y con la aclaración de que las expresiones en este sentido del recurrente **CARLOS JACQUES DE GRANDCHANT SUAREZ**, son tenidas en cuenta en el contexto que ahora se analiza (en el que no corresponden determinados señalamientos sobre que *“el presente procedimiento administrativo sancionador fue iniciado y seguido contra **MUTUAL LA PRIMERA**”* o que, reproduciendo lo señalado por la Constitución Política del Estado, *“Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”*, que son mencionados en medio de tales alegatos), compele al suscrito a realizar la valoración con carácter especialmente previo, a los restantes agravios expresados por las partes.

Para ello, se tiene presente, que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2013 de 8 de abril de 2013, por la que anuló el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, ha señalado:

“...Es pertinente advertir a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que en el estado actual del proceso y en el tratamiento que vaya a imponer al trámite, debe estar sujeto al principio de presunción de inocencia y a la naturaleza investigativa de las diligencias preliminares, lo que obliga a evitar cualquier criterio que pretenda desde ya concluir en responsabilidades no establecidas.

Por su parte, debe tener presente la recurrente, que ni la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, ni la Resolución Administrativa ASFI N° 576/2012 de fecha 5 de noviembre de 2012, han impuesto cargo alguno, por cuanto más bien, la primera viene a disponer se emita una nueva notificación de cargos, es decir, se dé inicio al procedimiento como corresponda, en el que deberá considerarse la pertinencia o no de tal imputación por parte de la autoridad competente para ello...”

Extremos estos que, de la revisión de los actos administrativos que componen el expediente presente, resulta que no han sido tenidos en cuenta por el Ente Regulador, por cuanto, una breve relación de actuados, permite evidenciar que:

- Mediante nota ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, se notificó con los cargos a la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**.
- Contra tales cargos se opuso la entidad de intermediación financiera, mediante memorial presentado en fecha 7 de septiembre de 2012, en el que además de ello, invocó la prescripción de las infracciones que los mismos importaban.
- Seguidamente, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de 21 de septiembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dispuso:

“...PRIMERO.- Anular la Notificación de Cargos ASFI/DSR II-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, considerando que la notificación se realizó a la MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO “LA PRIMERA” conforme a los criterios vertidos en la presente Resolución...” (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- Resultando controvertida tal determinación, se sucedieron a su turno los Recursos de Revocatoria y Jerárquico contra la misma, correspondiéndole al suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2013 de 8 de abril de 2013, por la que:
 1. Se declara que *“el Ente Regulador tiene la facultad de pronunciarse y decidir una nulidad relativa de obrados como lo ha hecho en la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012”*, lo que en ese entonces constituía uno de los agravios -el fundamental en la lógica de la recurrente- del Recurso Jerárquico de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**.
 2. Seguidamente, se declara también que, *“respecto a la segunda pretensión del Recurso Jerárquico interpuesto sobre “la consideración y resolución de la solicitud de prescripción”, corresponde que la misma sea pertinentemente atendida y resuelta por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero”*, extremo que en definitiva, determinó la nulidad del procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, es decir, hasta el estado de que el Ente Regulador se pronuncie sobre la prescripción invocada.
- Por su efecto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero pronunció la Resolución Administrativa ASFI/N° 279/2013 de 13 de mayo de 2013, la que declara la prescripción de las infracciones; no obstante, habiéndose recurrido de Revocatoria contra la misma por parte del señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA**, mediante Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013, el Ente Supervisor determina **“REVOCAR, en todas sus partes la Resolución ASFI No. 279/2013 de 13 de mayo de 2013”**, lo que debió dar lugar al procedimiento al que hace referencia el artículo 65° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, contra quien tocara, sea para desestimar o imponer cargos, según correspondiere, dado que está claro, que *“el Ente Regulador tiene la facultad de pronunciarse y decidir una nulidad relativa de obrados como lo ha hecho...”*
- Sin embargo, lejos de ello, la misma Resolución Administrativa ASFI/N° 279/2013 de 13 de mayo de 2013, determina mas bien **“Sancionar al señor CARLOS DE GRANDCHAT (sic) SUÁREZ, Gerente General de la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”...”**, cuando, dentro de los trámites que inexcusablemente exige el artículo 80°, párrafo II, de la Ley N° 2341, de

Procedimiento Administrativo, no existe en obrados una notificación de cargos dirigida contra el señor **CARLOS JACQUES DE GRANDCHANT SUAREZ**.

Consiguientemente, en cuanto a lo determinado por el Ente Regulador, el procedimiento no ha sido iniciado conforme a las exigencias de los artículos 65° al 68° de del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Entonces, no han existido diligencias preliminares, notificación de cargos, la consiguiente tramitación y en definitiva, la Resolución Administrativa sancionadora que imponga la multa.

Al tenor del artículo 69° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, la ejecución de una resolución sancionatoria debe consistir en cumplir la misma, resolución que para el caso de autos **no existe**, así como *inaudita altera pars*, tampoco existe proceso legal previo en la definitiva determinación e imposición de las multas.

Asimismo, no existe en la normativa señalada, permisión para un procedimiento especial como el que ha adoptado el Ente Regulador en este caso, resultando en la ejecución anticipada de la multa y en la imposición no sustanciada de la misma.

Antes mas bien, el artículo 109° de la Ley N° 1488 de 14 de abril de 1993 (de Bancos y Entidades Financieras) establece que;

*“...El Superintendente, antes de la aplicación de una sanción, deberá **notificar el cargo** correspondiente a la institución o presunto infractor...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal extremo es plenamente concordante con lo señalado por los artículos 66° (*Notificación de Cargos*) y 67° (*Tramitación*) del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175; entonces no es ajeno al debido proceso que importa el proceso administrativo sancionador y que es plenamente aplicable para el caso de autos, sobre el que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es la compelida para regir *“sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso”* (Art. 4°, Inc. c), a presumir buena fe (ídem, inciso e), a *“impulsar el procedimiento”* (ibídem, inciso n), y *“a dar una respuesta oportuna y pertinente”* (Art. 4°, Reglamento aprobado por D.S. No. 27113 de 23 de julio de 2003).

Lo contrario importa ahora, haber actuado en inobservancia de los principios de legalidad (Art. 72° de la Ley N° 2341, en el mismo sentido, Art. 62° del Reglamento aprobado por el D.S. 27175), de presunción de inocencia (Ley N° 2341, Art. 74°) y de procedimiento punitivo (ídem, Art. 76°).

Es pertinente tener en cuenta lo establecido por la Constitución Política del Estado en sus artículos 115°, párrafo II (*El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa*), 116°, párrafo I (*Se garantiza la presunción de inocencia*), 117°, párrafo I (*Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial*

competente en sentencia ejecutoriada), 119° (I. Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan... II. Toda persona tiene derecho inviolable ala defensa) y 120°, parágrafo I (Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente), así como vale remitirse a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 52/2005 de 13 de diciembre de 2005, la que ha establecido que:

“...el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde sus inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas, es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse...”

En el mismo sentido, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2012.

Por su parte, el anterior Tribunal Constitucional, en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, ha establecido que:

“...a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); (...)

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras).

Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El

debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso...”

En conclusión, en la sustanciación del presente proceso administrativo y en el estado en que se encuentra el mismo, se ha evidenciado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha obrado con inobservancia al procedimiento administrativo previsto en la normativa aplicable, con infracción a las garantías del recurrente **CARLOS JACQUES DE GRANDCHANT SUAREZ**, y que hacen al debido proceso administrativo, entre ellas, el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia.

A su vez, ello determina sean inatendibles, varios de los restantes argumentos señalados por los tres recurrentes en su respectivos Recursos Jerárquicos (infra detallados), por cuanto, al estar referidos a la sustancia de la sanción impuesta, al resultar esta nula -por la serie de aspectos supra observados- y al no existir un proceso sancionatorio válido en derecho, esos argumentos resultan en abstracciones limitadas a una realidad jurídica inexistente, de manera tal que de ninguna manera puede ocasionar agravio a alguno de los participantes del proceso.

Entonces, los argumentos sobre los que al presente no corresponde mayor pronunciamiento al respecto, son:

Del recurrente señor RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA, lo referido a que:

- *“...no se hubiera correctamente analizado y considerado lo demandado el 27 de Mayo de 2013, concluyéndose que no se sabe por cual (sic) de los artículos investigados (el 1 o el 3) del Título X, Capítulo VIII, Sección 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras se está sancionando al señor Carlos Grandchant...”*
- *“...la Resolución ASFI No. 388/2013 tiene un error esencial cuando dispone una sola sanción y debieron ser dos, una por cada cargo, y además, la sanción es solo con la multa equivalente al 50% de su remuneración mensual, extremo que ahora le pido corrija...”*
- *“...debe sancionarse la reincidencia...”*

De la recurrente ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”, en lo referido a que:

- *“...La nulidad de todo el procedimiento, hasta la notificación de cargos inclusive, se encuentra fundada también en el hecho de que éste acto administrativo que dio inicio al procedimiento, carece de los requisitos de validez y de los elementos esenciales a todo acto administrativo...”*

- "...La nulidad de la (sic) Diligencias Preliminares contenidas en el Informe ASFI/DSR 11/126460/2012, pues en tal informe se investigaron, establecieron e imputaron responsabilidades, por infracciones no sancionadas en el Reglamento de Sanciones de la propia ASFI ..."
- "...La nulidad de la notificación de los cargos consignados en la carta ASFI/DSR-II/R-98745/2012 (...), se imputó a MUTUAL LA PRIMERA las infracciones allí establecidas, sin considerar que tales infracciones no se encuentran sancionadas ni comprendidas en el Reglamento de Sanciones aprobado por la ASFI..."
- "...La nulidad de la Resolución recurrida (...) no existiendo los presupuestos procesales habilitantes "susceptibles de la iniciación del procedimiento sancionador", es decir, la causa fundada en el derecho aplicable (art. 28 inc. b) Ley 2341) ni el objeto lícito y posible material y legalmente (art. 28 inc. c) Ley 2341), su autoridad no se encontraba ni tenía competencia para pronunciarse sobre las defensas..."
- "...Resolución ASFI No. 388/2013, se encuentra dentro de las causales de nulidad de pleno derecho establecidas en el art. 35 incs. a) b) y c) de la Ley 2341, con relación a los incs. b) c) d) y f) de dicha Ley..."

Del recurrente señor CARLOS JACQUES DE GRANDCHANT SUAREZ, en lo que hace a que:

- "...nulidad por violación de los principios de legalidad y de tipicidad, por no existir sanción por la supuesta infracción..."
- "...violación aplicación indebida e incorrecta interpretación de las disposiciones contenidas en la ley de bancos y entidades financieras..."

Entonces, resultan en la generalidad de alegatos, en tanto no se refieran a la determinación acerca de la prescripción (tratada en el numeral 2.2 infra) sobre la que se ha pronunciado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2013 de 8 de abril de 2013 y con respecto a la cual se ha desarrollado el proceso recursivo presente, o a lo señalado por la corecurrente, **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, en su memorial de 15 de agosto de 2013 (numeral 2.3 infra), por resultar en un alegato sobreviniente de naturaleza adjetiva.

No obstante, se recomienda a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tener eventualmente presente, en tanto correspondan, los contenidos de los alegatos supra señalados al presente inatendibles, a los fines de evitar mayores dilaciones en los trámites de la causa administrativa.

2.2. Sobre la prescripción.-

Conforme se tiene relacionado, mediante la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2013 de 8 de abril de 2013, el suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas dispuso que, "respecto a la segunda pretensión del Recurso Jerárquico interpuesto sobre "la consideración y resolución de la solicitud de prescripción", corresponde que la misma sea pertinentemente atendida y resuelta por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero", extremo que en definitiva, determinó la nulidad del procedimiento

administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 477/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, es decir, hasta el estado de que el Ente Regulador se pronuncie sobre la prescripción invocada.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 279/2013 de 13 de mayo de 2013, considera que:

*“...del análisis de descargos presentados por la **MUTUAL “LA PRIMERA”**, en respuesta a la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, se concluye que estos no desvirtúan los incumplimientos identificados.*

Que, sin embargo, habiéndose operado la prescripción por el transcurso del tiempo, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no puede imponer sanción administrativa por los cargos identificados en la la (sic) Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, pese a que los mismos no fueron desvirtuados...”

Con base en ello, resuelve:

*“...Declarar la **PRESCRIPCIÓN** de las infracciones contenidas en la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, referidas al incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículos 1 y 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por parte de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** en conformidad a los criterios vertidos en la presente Resolución...”*

Luego, toda vez que el señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA** interpusiera, en fecha 27 de mayo de 2013, Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 279/2013, determinó que el Ente Regulador emitiera la Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013, por la que revoca “en todas sus partes la Resolución ASFI No. 279/2013 de 13 de mayo de 2013” y sanciona “al señor **CARLOS DE GRANDCHAT** (sic) **SUÁREZ**, Gerente General de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**...”

Dicha relación es ahora pertinente, por cuanto determina no ser evidente lo mencionado por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, cuando en oportunidad de su Recurso Jerárquico, ha señalado que:

*“...una vez declarada, reconocida y admitida la inexistencia de sanciones sobre las infracciones imputadas a Mutual La Primera, no tenía facultades para pronunciarse sobre ninguna cuestión de fondo, **entre las que se encuentra la petición de prescripción**, pues la inexistencia de sanciones importa que el procedimiento sancionador carezca de objeto y que la Resolución por Ud. pronunciada, por la forma y su contenido, se encuentra comprendida en los actos nulos de pleno derecho establecidos en el art. 35 inc. b) de La Ley de Procedimiento Administrativo...” (Las*

negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Las circunstancias así expresadas, obedecen al interés particular de la corecurrente **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**; siendo en definitiva fundamental aclarar, conforme lo supra relacionado, que, así como fue oportunamente invocada la prescripción por tal entidad de intermediación financiera, por tanto considerada y resuelta en la Resolución Administrativa ASFI N° 279/2013 (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2013 mediante), entonces, por normal desarrollo del proceso recursivo, lo mismo, en tanto impugnado por quien corresponda, ha sido materia de los sucesivos recursos contra las Resoluciones Administrativas ASFI/N° 279/2013 de 13 de mayo de 2013 y ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013, determinando que también al presente, al hacer a los alegatos de dos de los recurrentes, constituye un tema -el principal, dado todo lo visto- que corresponde sustanciarse y resolverse en esta oportunidad.

A tal efecto, retomando el análisis de la recurrida Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 y en lo que interesa, se tienen como fundamentos de la misma:

“(…)

...La institución financiera Mutual La Primera, en el caso en particular, sólo reporta el código de baja (106) del ex funcionario a través de la página de captura del Sistema de Registro, que es una Base de Datos que contiene información de los directores, síndicos y del personal incorporado y retirado de las entidades financieras, la cual es actualizada de manera obligatoria en cumplimiento del artículo 3° de la Sección 1 del Capítulo VIII del Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF).

- *Revisados los documentos inherentes al caso, se puede observar que la institución financiera realizó un Reporte oficial que se encuentra registrado en el “Historial de Bajas del Funcionario” de esta Autoridad de Supervisión, que registra el mismo en fecha 17 de mayo de 2010, el cual **no contiene los requisitos exigidos por la RNBEF** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) (...)*

...el derecho penal administrativo recoge al igual que el derecho penal las infracciones instantáneas y las infracciones permanentes, existiendo connotaciones y particularidades diferentes a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate.

*Así en las **infracciones instantáneas**, la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor por lo que la prescripción se empieza a contar desde el día siguiente de producida la infracción.*

*Mientras que en las **infracciones permanentes**, que es la que aquí interesa, la vulneración administrativa una vez cometida, prolonga la vulneración jurídica a través del tiempo, es decir, que no se agota en un solo momento, sino que prosigue en el tiempo.*

De ahí que la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007 menciona: “Respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente”, determina que la interrupción no es un efecto único, con efecto instantáneo, sino que es un estado de cosas, susceptible de perdurar en el tiempo (continuado)”.

Que, tratándose de una infracción con efecto sucesivo y/o permanente, la contravención se produce **por NO haber remitido** la baja del señor Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira con los requisitos exigidos para la baja de funcionarios, **situación que hasta la fecha se mantiene** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, en consecuencia el plazo de cómputo de la prescripción empieza a contarse a partir del día en que registró el código en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios, es decir el 17 de mayo de 2010, cuando Mutual La Primera registra oficialmente la baja del señor Gómez en cumplimiento del artículo 1º, Sección 3, Capítulo VIII del Título X, del citado Registro, continuando la infracción hasta la fecha, por cuanto dicha codificación no cuenta con el respaldo exigido por la normativa.

Que, ASFI al analizar la excepción de prescripción planteada por la Mutual la Primera (se refiere a lo decidido en la después revocada Resolución Administrativa ASFI/Nº 279/2013 de 13 de mayo de 2013), no considera los efectos que vienen desarrollándose a lo largo de este tiempo como son una codificación sin el sustento que la norma exige, por lo tanto, manteniendo la infracción.

Que, de acuerdo a los argumentos presentados por el recurrente, en relación a la prescripción planteada por Mutual La Primera corresponde manifestar que ésta ha sido desvirtuada por el registro que realiza la citada institución financiera el 17 de mayo de 2010 y los precedentes administrativos que se han expuesto, estableciéndose que la infracción es de efecto continuado ya que sus efectos continúan hasta la fecha, por cuanto no se adjuntó la nota del gerente, ni el informe del auditor que sustente la codificación...”

Establecidos esos lineamientos generales, es posible pasar a considerar los distintos alegatos que hacen, en concreto, al tema de la prescripción.

2.2.1. Alegatos del señor RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA.-

Al presente, en Recurso Jerárquico, el recurrente **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA** alega que:

Alegato ‘A’:

“...A) En cuanto al cargo N° 2, es incorrecta la determinación del inicio del término de la prescripción (...)

...el Gerente General Sr. Grandchant no ha remitido HASTA EL MOMENTO ninguno de los elementos que hacen a la información que le exige el infringido Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 3, de la RNBEF (...)

...Si HASTA EL MOMENTO, ninguno de los elementos que hacen a la información que le exige el infringido Título X, Capítulo VIII, Sección 3, Artículo 3, de la RNBEF, ha sido presentado por Mutual La Primera, ENTONCES, LA INFRACCIÓN SE SIGUE COMETIENDO, no siendo correcto atribuirle la fecha de mi despido como aquella en la que habría comenzado a correr el término de la prescripción (...)

...el plazo de prescripción no comienza cuando se produce el hecho sino cuando cesan sus efectos, y como la infracción sancionable consiste en No haber remitido la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira, entonces no puede ser el suceso determinante, el despido del señor Gómez (12 de enero de 2010), sino, el REPORTE DE LA MUTUAL "LA PRIMERA" AL SISTEMA DE REGISTRO DE ASFI de fecha 17.05.2010 (17 de Mayo de 2010), lo que determina que, siguiendo la misma lógica de ASFI, habiendo mi persona presentado DENUNCIA el 17.04.2012 (17 de Abril de 2012), entonces entre las mismas no existen los dos (2) años a los que se refiere el Art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, sino solamente un (1) año y once (11) meses, como resultado: NO HA OCURRIDO PRESCRIPCIÓN ALGUNA..."

Con referencia al alegato 'A' precedente y conforme lo supra relacionado, se debe dejar constancia que, ya la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en su ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013, ha establecido que:

*"...Revisados los documentos inherentes al caso, se puede observar que la institución financiera realizó un Reporte oficial que se encuentra registrado en el "Historial de Bajas del Funcionario" de esta Autoridad de Supervisión, que registra el mismo en fecha 17 de mayo de 2010, el cual **no contiene los requisitos exigidos por la RNBEF (...)***

*Que, tratándose de una infracción con efecto sucesivo y/o permanente, la contravención se produce **por NO haber remitido** la baja del señor Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira con los requisitos exigidos para la baja de funcionarios, **situación que hasta la fecha se mantiene...**" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Entonces, ante la invocación de la prescripción por parte de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, que deviene de su memorial de descargos -correspondiente al proceso sancionatorio anterior- de 7 de septiembre de 2012, el Ente Regulador la ha resuelto, primero mediante la Resolución Administrativa ASFI/N° 279/2013 de 13 de mayo de 2013, que declaraba existente a tal prescripción, decisión después revocada por la Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013, como emergencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por el señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA**, y que en definitiva, con lo mismo, deja firme, vigentes y subsistentes las infracciones, es decir, sin que exista prescripción que las perjudique.

Toda vez que los alegatos actuales son similares a los expuestos en oportunidad de tal Recurso de Revocatoria, la decisión última de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero importa que la misma, ha acogido favorablemente el alegato 'A' del recurrente, habiendo establecido tratarse las infracciones de unas permanentes, tal cual en su momento señaló el recurrente **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA**.

Por tanto, la reiteración actual del alegato como sale en el memorial de 17 de julio de 2013, no importa la existencia de agravio alguno, por lo que en definitiva es infundado.

Alegato 'B':

“..B) Interrupción del término de prescripción (aplicable a los cargos N° 1 y N° 2).- (...)

...el término de la prescripción no corre en casos de imposibilidad (Art. 1502-6 en función del 379 y 380, Cód. Civil), en este caso temporal, entonces, no se pudo haber computado ese término desde el 12 de Enero de 2010, como usted lo ha hecho, sino, desde la data en que asumí conocimiento de tal codificación, recién en Noviembre de 2011.

De tal fecha a la presente no han transcurrido los 2 (dos) años a los que se refiere el Art. 79 de la Ley N° 2314, de manera tal que DE NINGUNA MANERA HA PODIDO OPERAR PRESCRIPCIÓN ALGUNA COMO LA SEÑALADA EN LA RESOLUCIÓN ASFI/N° 279/2013...”

No obstante que alcances generales (empero pertinentes), sobre el instituto jurídico prescripción, han sido ya expuestos en oportunidad de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 017/2013 de 8 de abril de 2013, aún se rescata lo que al respeto establece la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 029/2013 de 4 de junio de 2013, cuando señala que:

“...señala Rafael Martínez Morales (en Diccionarios Jurídicos Temáticos), para quien:

“...Esta figura -la prescripción- tiene aplicación en el derecho administrativo a propósito del acto cuya extinción se da por medios excepcionales; por ejemplo en materia fiscal.

Consideramos que la imprescriptibilidad no es atributo del acto administrativo: debe fijarla expresamente la ley. En caso de que el texto legal sea omiso respecto a la prescripción, se estará a la supletoriedad del derecho común.”

En este último sentido, resulta breve en extremo el régimen que hace a la prescripción (en una materia administrativa específica) (...)

Entonces, importa la base general del instituto, pero no regula sobre circunstancias tan específicas como lo son su suspensión o su interrupción, que no por ello le son ajenas o inexistentes...”

Admitida entonces, la posibilidad fáctica de que **“el término de la prescripción no corre en casos de imposibilidad”** como sugiere el corecurrente **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA**, sin embargo, se extraña un pronunciamiento al respecto por parte del Órgano Regulador a tiempo de la Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013 (dado que el extremo había sido ya propuesto a tiempo del Recurso de Revocatoria del mismo corecurrente), pronunciamiento que debe importar la decisión en sí misma - reservada a lo que la Autoridad Reguladora establezca al respecto-, como su imprescindible fundamento.

Esto último, por cuanto, de la revisión de la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013, se evidencia que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no se ha pronunciado sobre el aspecto señalado en el alegato 'B', en contravención a lo dispuesto por los artículos 28º, inciso e), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, y 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, los que disponen:

Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo:

“...ARTICULO 28º.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).-

Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes: (...)

e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo;...”

Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175:

“...Artículo 17º.- (Concepto) (...)

II. La Resolución Administrativa debe contener en su texto: (...)

d) Los fundamentos de hecho y de derecho que la motivan y respaldan...”

Sobre el particular además, la Sentencia Constitucional 0802/2007-R de 2 de octubre de 2007, indica:

*“...Entre las garantías mínimas del debido proceso se encuentra la de la **fundamentación y motivación de las resoluciones**. Así las SSCC 1369/2001-R, 934/2003-R y 757/2003 entre otras, han expresado que “Una de las garantías básicas del debido proceso, es que toda resolución debe ser debidamente motivada. En caso de co-procesados, se debe individualizar, para cada uno, los hechos, las pruebas y la calificación legal de la conducta, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal en las SSCC 222/2001 y 1371/2002, entre otras, que señalan: “[...] el Auto de 2 de septiembre de 2002 por el que se amplía la causa contra los recurrentes, carece de motivación y de elementos de convicción para sustentar la ampliación; por tanto,*

en una resolución arbitraria que lesiona de manera inadmisiblemente las garantías del debido proceso, conforme ha reconocido la uniforme jurisprudencia sentada por este Tribunal, a través de la SC 222/2001-R, entre otras, que señala “la motivación de los autos, **resoluciones** y sentencias se constituyen en una de las exigencias básicas del Debido Proceso.

Consiguientemente, aplicando los principios informadores del derecho sancionador, las resoluciones pronunciadas por el sumariante y demás autoridades competentes deberán estar fundamentadas en debida forma, expresando los motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba. Fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos y presentación de pruebas o los criterios expuestos por las partes, y resulta primordial la individualización” (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Lo expuesto, además, revela que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha emitido una decisión en forma incompleta, en tanto no ha cumplido con la obligación que el impone el artículo 4º, inciso d) de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, que establece que: “La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil”, esto, porque si el corecurrente **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA**, a tiempo de su Recurso de Revocatoria, ha señalado como hecho determinante de la interrupción invocada, que:

“...si la señora Juez Segundo de Trabajo y Seguridad Social ha dispuesto mi reincorporación, es porque, entre otras cosas, en el juicio laboral correspondiente, se evidenció que mi despido fue en total inobservancia de variadas normas de carácter constitucional, social y laboral, empero en lo que al caso interesa fundamentalmente, del Reglamento Interno de Personal de Mutual La Primera, entonces **prescindiéndose de un previo proceso interno disciplinario** (y que para el caso, de haberse sustanciado, nunca se hubiera pronunciado por tal despido, conforme lo señala el propio Reglamento aludido); ¡si, como dije, Mutual La Primera sustanció todo mi pseudo despido en un sólo día (12 de Enero de 2010)!

Entonces, ¿cómo podía conocer yo, que posteriormente, en fecha 17 de Mayo de 2010, se me estaba codificando con un 106, que corresponde a Renuncia o retiro forzoso por contravenciones graves a normas internas o disposiciones legales, por improcedencia o negligencia culposa, sin daño económico, si no se me siguió el proceso idóneo por el cual, hubiera podido conocer una determinación de esa naturaleza, y que en su caso, me hubiera permitió ejercer mis derechos de la forma que ASFI señala en su Resolución ASFI/N° 279/2013?

Porque **yo me enteré de tal codificación, mucho tiempo después, en Noviembre de 2011**, cuando a tiempo de acceder a un trabajo por ante otra entidad financiera, fui recién informado que no podía ser contratado al existir la misma, obviamente en mi contra; de allí que recién desde fecha 21 de Noviembre de 2011, como a usted le consta, he promovido la investigación, dando lugar a la denuncia del 17 de Abril de

2012, con los resultados que se conocen ahora...” (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, correspondía al Ente Regulador, impulsar la producción de la prueba pertinente, dentro de los alcances de los artículos 30° y 50° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, lo que en definitiva no se hizo.

El extremo pudo adquirir mayor trascendencia, por cuanto, así expuesto y a diferencia del alegato 'A' (que sólo hace al cargo N° 2), el alegato 'B' involucra a los dos cargos, N° 1 y N° 2, entonces amén que debiera importar una decisión justa y legítima al respecto, hubiera servido para aclarar la confusión que sale del artículo segundo de la Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013, por el que se dispuso:

*“...Sancionar al señor **CARLOS DE GRANDCHAT** (sic) **SUÁREZ**, Gerente General de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, (...) por el incumplimiento al Título X, Capítulo VIII, Sección 3 de la Recopilación de Nomas para Bancos y Entidades Financieras...”*

Cuando la notificación de cargos -nota CITE: ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012- que fuera imputada a tal entidad de intermediación financiera (única cursante en obrados, entonces determinando la infracción al debido proceso que se ha establecido en el numeral 2.1 supra, por tanto, aquí mencionada con carácter meramente referencial a la trascendencia de la omisión del Ente Regulador), habla de:

- *“... (Cargo N°) 1. “Incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, contenido en el Título X, Capítulo VIII, **Sección 3, artículo 1** de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005...”*
- *“... (Cargo N°) 2. “Incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, contenido en el Título X, Capítulo VIII, **Sección 3, artículo 3** de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005...”*

(Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Diferencia que también ha sido reclamada, a manera de alegato, dentro del Recurso Jerárquico interpuesto por el señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA**, cuando ha señalado que:

“...la Resolución recurrida realiza sus propias consideraciones pero, ya no menciona para nada mis argumentos, y no aclara la trascendencia de lo que yo he señalado anteriormente, entonces, en mí perjuicio, dando lugar a que no se hubiera correctamente analizado y considerado lo demandado el 27 de Mayo de 2013, concluyéndose que no se sabe por cual (sic) de los artículos investigados (el 1 o el 3)

del Título X, Capítulo VIII, Sección 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras se está sancionando al señor Carlos Grandchant..."

En todo caso y de así corresponder como emergencia de la sustanciación futura de unos cargos, **al presente inexistentes**, será la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero la que deba retomar el análisis, e impulsar el trámite que corresponda, a efectos de realizar la evaluación ahora extrañada.

En definitiva, vista la conclusión que hace al numeral 2.1 supra, y que por su naturaleza, importa la decisión final sobre los Recursos Jerárquicos interpuestos, el alegato 'B' del señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA**, es al presente intrascendente, lo que no quiere decir que eventualmente y dependiendo de las actuaciones futuras que puedan producirse, no vaya a readquirir una trascendencia a ser tomada en cuenta.

2.2.2. Alegatos de la ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA".-

Por su parte, la entidad de intermediación financiera corecurrente, en oportunidad de su Recurso Jerárquico, advierte que:

"...sólo las infracciones que tienen una sanción expresamente establecida por la Ley y en los Reglamentos Administrativos sancionadores, se encuentran comprendidas dentro del instituto jurídico "prescripción de la infracción", pues y como se tiene señalado esa prescripción tiene como su fundamento y efectos extinguir la potestad sancionadora (...)

...las infracciones que no tienen sanciones no le son aplicables el instituto jurídico y las normas de prescripción aplicables únicamente a las infracciones sancionadas, (...)

...No existiendo infracción punible, es decir, previamente sancionada por las leyes y reglamentos administrativos, tampoco existe potestad sancionadora respecto de tales infracciones, lo que a su vez determina la inaplicabilidad de las normas de la prescripción sobre éstas (...)

...debió limitarse a declarar la nulidad de todo el procedimiento, dejando de pronunciarse sobre una prescripción sobre infracciones que en el proceso y concretamente en la Resolución ASFI No. 388/2013 que impugnados en Recurso Jerárquico, han sido declaradas como infracciones sin sanciones (...)

...debió declararse incompetente para juzgar la prescripción por inexistencia de materia sancionable, y por tener un objeto imposible..."

Tales argumentos se originarían en lo señalado por la Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013, en sentido que:

"...el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título XIII, Capítulo II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, vigente al

*momento de la infracción señalada anteriormente, específicamente en la Sección 2, artículo 61, determina un criterio para la imposición de la sanción, estableciendo que: “Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por ASFI y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia **no contempladas en el presente documento**, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, **serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas** por el o la Director (a) Ejecutivo (a), dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

No obstante, si bien la cita presente hace mención de las infracciones “**no contempladas en el presente documento**” sin concretizarla con precisión al de autos, lo hace para dejar constancia de su factible sanción, entonces, promoviendo la serie de efectos que le son inherentes a la relación jurídica Administración- administrado en un caso concreto, entre ellos, el del instituto jurídico prescripción, conforme ha sido implementado por el artículo 79º de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, extremo que per se determina el carácter infundado de lo a este respecto alegado, por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**.

Sin perjuicio de ello, el hecho de que aquí se hable sobre “*las infracciones que tienen -o no- una sanción*”, como punto de partida para la serie de disquisiciones teóricas señaladas, refiere además su carácter inatendible, por cuanto y conforme se ha hecho constar señalado en el numeral 2.1 supra, en la sustanciación del presente proceso administrativo y en el estado en que se encuentra el mismo, se ha evidenciado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha obrado con inobservancia al procedimiento administrativo previsto en la normativa aplicable, con infracción a las garantías del recurrente **CARLOS JACQUES DE GRANDCHANT SUAREZ**, y que hacen al debido proceso administrativo, entre ellas, el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia, haciendo inatendibles los restantes argumentos, por cuanto, al estar referidos a la sustancia de la sanción impuesta, al resultar esta nula -por la serie de aspectos supra observados- y al no existir un proceso sancionatorio válido en derecho, esos argumentos resultan en abstracciones limitadas a una realidad jurídica inexistente y aún pendiente de definición, de manera tal que de ninguna manera puede ocasionar agravio a alguno de los participantes del proceso.

Aclarado ello, es pertinente tratar el alegato concreto (en el sentido material y objetivo) de la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, el que refiere que:

“...La subsunción de las infracciones que dieron lugar a la notificación de cargos en el tipo de Infracciones permanentes, parte de la confusión entre el hecho que determina la consumación de la infracción con sus efectos, estableciendo que el cómputo de la prescripción corre a partir de la fecha en que se subsane la omisión que dio lugar a la infracción administrativa y no desde el momento de la infracción, como expresamente lo determina el art. 79 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo (...)

...**"El hecho generador de la presente infracción por parte de la Asociación Mutual de Ahorro y Préstamo Para la Vivienda La Primera (Mutual La Primera), se realizó con el despido de su funcionario, señor Rubén antoinio (sic) Mariano Gómez Pereira, en fecha 12 de enero de 2010, fecha en la cual la entidad financiera debió remitir la baja de su funcionario"** (...)

...**el tipo normativo contenido en dicho Reglamento describe la producción de un estado antijurídico, no su mantenimiento. La consumación es instantánea, aunque sus efectos se prolonguen en el tiempo. El cómputo de la prescripción comienza desde la consumación de la infracción, con independencia de que sus efectos perduren** (...)

...su autoridad (...) desconoció que las infracciones imputadas (Producción del estado antijurídico) **son de consumación inmediata** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) y no se encuentran comprendidas entre la infracciones permanentes, pues estas últimas requieren siempre la realización de una pluralidad de acciones, pluralidad inexistente en el presente procedimiento (...)

...Las infracciones y cargos notificados fueron producidos y consumados en el momento de haberse omitido lo determinado por el reglamento, De (sic) ahí que nos encontramos frente a una sola acción que da lugar a una situación antijurídica que, aunque sus efectos se prolonguen en el tiempo, **se encuentra dentro del tipo de infracciones instantáneas** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) (...)

... ésta -la prescripción- en el presente procedimiento, comenzó **desde la consumación de la infracción, con independencia de que sus efectos se hubiesen prolongado en el tiempo y, en su caso, aún perduren**, consumación que se dio en la fecha del despido del Sr. Gómez Pereira, 12 de enero de 2010 (...)

...Las infracciones susceptibles de ser sancionadas (No lo están como tenemos demostrado), y el cómputo para la prescripción no depende de sus efectos que son inmediatos y ocurren simultáneamente con la infracción, y peor aún "cuando se subsana la infracción", (...)

...El acto por el que se subsana la omisión, obviamente no constituye infracción, resultando de ello completamente ilegal computarse el plazo de la prescripción a partir del acto (...)

...al fundar su resolución en categorías doctrinales, lo ha hecho en absoluto desconocimiento y violación de las normas que regulan la prescripción, cuyo régimen legal no se puede modificar ni prescindir de él bajo sanción de nulidad (art. 1495 del Código Civil y 78 de la Ley 2341)..."

Son esos los argumentos que contraponen la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"**, a los fundamentos la Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013, en concreto a los siguientes:

“...Cuando la norma dispone la obligación del registro de las bajas de los funcionarios de las entidades financieras, al momento de producirse el hecho, esta disponiendo la remisión del informe de la baja con dos requisitos: a) Carta firmada por el Gerente General y b) el informe de auditoría que contenga las decisiones adoptadas y las conclusiones y recomendaciones (...)

...Revisados los documentos inherentes al caso, se puede observar que la institución financiera realizó un Reporte oficial que se encuentra registrado en el “Historial de Bajas del Funcionario” de esta Autoridad de Supervisión, que registra el mismo en fecha 17 de mayo de 2010, el cual no contiene los requisitos exigidos por la RNBEF (...)

...el derecho penal administrativo recoge al igual que el derecho penal las infracciones instantáneas y las infracciones permanentes, existiendo connotaciones y particularidades diferentes a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate.

Así en las **infracciones instantáneas**, la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor por lo que la prescripción se empieza a contar desde el día siguiente de producida la infracción.

Mientras que en las **infracciones permanentes**, que es la que aquí interesa, la vulneración administrativa una vez cometida, prolonga la vulneración jurídica a través del tiempo, es decir, que no se agota en un solo momento, sino que prosigue en el tiempo (...)

...la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 de enero de 2007 menciona: “Respecto a las infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita respectivamente”, determina que la interrupción no es un efecto único, con efecto instantáneo, sino que es un estado de cosas, susceptible de perdurar en el tiempo (continuado)” (...)

...tratándose de una infracción con efecto sucesivo y/o permanente, la contravención se produce **por NO haber remitido** la baja del señor Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira con los requisitos exigidos para la baja de funcionarios, situación que hasta la fecha se mantiene (...)

...el plazo de cómputo de la prescripción empieza a contarse a partir del día en que registró el código en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Ejecutivos y demás Funcionarios, es decir el 17 de mayo de 2010, cuando Mutual La Primera registra oficialmente la baja del señor Gómez en cumplimiento del artículo 1º, Sección 3, Capítulo VIII del Título X, del citado Registro, **continuando la infracción hasta la fecha, por cuanto dicha codificación no cuenta con el respaldo exigido por la normativa** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)...”

Para esclarecer la confrontación entre los precitados criterios de la Entidad de Intermediación Financiera recurrente, y de la Autoridad recurrida, es pertinente remitirse al tenor de la nota ASFI/DSR II/R-98745/2012 de 13 de agosto de 2012, la que hace referencia a las conductas que se presumen infringidas, que han dado origen al proceso sancionatorio, y sobre las que, por tanto, recaería o no, la prescripción invocada.

Así, tan nota dejó constancia de las conductas siguientes:

“...1. **“Incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005, al haber reportado fuera de plazo la baja del señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira, en el Sistema de Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios.”.**

2. **“Incumplimiento al Reglamento para el Registro de Directores, Síndicos, Fiscalizadores Internos, Inspectores de Vigilancia, Ejecutivos y demás funcionarios, contenido en el Título X, Capítulo VIII, Sección 3, artículo 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, Circular SB/515/2005 de 30 de diciembre de 2005, al no haber remitido la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira...”**

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, las imputaciones pretendidas por el Ente Regulador, radicarían en **“haber reportado fuera de plazo la baja del señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira”** y en **“no haber remitido la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira”**, no así, en **“el despido (...) en fecha 12 de enero de 2010, fecha en la cual la entidad financiera debió remitir la baja de su funcionario”**, como mal pretende la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**.

Establecido este extremo, corresponde dar la razón al Ente Regulador, por cuanto, determina que, al resultar que ocurrida la vulneración administrativa se ha prolongado a través del tiempo, es decir, que no se ha agotado en un sólo momento; la evidencia de ello sale del hecho señalado por la Autoridad recurrida, y no controvertido por ninguno de los recurrentes, de que **continúa “la infracción hasta la fecha, por cuanto dicha codificación no cuenta con el respaldo exigido por la normativa”** (Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013; Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), determinando que lo antes imputado y de lo que se pretende su prescripción, prosigue en el tiempo, determinando para el caso, sin lugar a dudas, en **infracciones permanentes**.

En este punto, es pertinente traer a colación lo señalado por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 76/2008 de 18 de diciembre de 2008, la que en concreto expresa:

*“...en las **infracciones instantáneas**, la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor por lo que la prescripción se empieza a contar desde el día siguiente de producida la infracción.*

*Mientras que en las **infracciones permanentes**, que es la que aquí interesa, la vulneración administrativa una vez cometida, prolonga la vulneración jurídica a través del tiempo, es decir, que no se agota en un solo momento, sino que prosigue en el tiempo...”*

Es decir que y aplicando el criterio al caso del cargo N° 2, así como no se remitió en su oportunidad “la información que respalde la codificación impuesta al señor Rubén Antonio M. Gómez Pereira”, lo mismo, conforme ha sido señalado por el Ente Regulador en la Resolución ahora recurrida, persiste en sus efectos al presente, es decir, la vulneración administrativa de no presentar la información respaldatoria de la codificación impuesta, continúa produciéndose, entonces, es permanente porque prosigue en el tiempo.

Por tanto, tratándose de una infracción con efecto sucesivo y/o permanente, la contravención se produce **por NO haber remitido** la baja del señor Rubén Antonio Mariano Gómez Pereira con los requisitos exigidos para la baja de funcionarios, situación que hasta la fecha se mantiene.

Consiguientemente, lo alegado en Recurso Jerárquico por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, es infundado.

Aún corresponde aclarar a la misma corecurrente, que conforme a la compulsa de la Resolución Administrativa recurrida, no está fundada la misma “en categorías doctrinales”, sino también y básicamente, en los precedentes de Regulación Financiera, que para el objeto concreto de la controversia presente, trascienden a la etapa cronológica actual, para llegar inclusive, al de la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Así, tampoco se han creado y subsumido “las infracciones... en la categoría desarrollada por la doctrina como infracción permanente, (...) en contra y al margen de la Ley y del propio Reglamento”, por cuanto, la categoría *infracciones permanentes* corresponde a una lógica jurídica precisa, extrañada en el artículo 79° de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, por cuanto, soluciona efectivamente el inconveniente del tratamiento que, en justicia (de allí su carácter lógico-jurídico), corresponde a aquellas infracciones que no se realizan en un instante inmediato, sino que se prolongan en el tiempo, como en el del caso de autos.

2.3. Legitimidad del denunciante para participar del proceso.-

Conforme lo alegado por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”** en su Recurso Jerárquico:

“...El denunciante no tiene ni puede adquirir la calidad de sujeto del procedimiento sancionador y, siendo así, no tiene facultades ni derecho para intervenir en el procedimiento, ya sea para presentar pruebas, alegaciones, incidentes, impugnaciones y recursos, y peor para ejercitar derechos de naturaleza dispositiva, tal el caso del desistimiento o la renuncia como formas de conclusión del procedimiento, toda vez que se trata simplemente de un denunciante que no tiene la calidad de parte ni su intervención como tal se encuentra prevista ni admitida en las normas que regulan el procedimiento sancionador (...)

...Al no afectar la Resolución impugnada en Recurso Jerárquico ningún derecho subjetivo ni tener ningún interés legítimo el denunciante-recurrente Rubén Gómez Pereira, no corresponde su admisión, consideración ni resolución...”

A efectos de dilucidar este extremo, es pertinente traer a colación el precedente de supervisión financiera, contenido en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 104/2007 de 29 de noviembre de 2007, en el que lo pertinente y a la letra, señala que:

“...Sobre la Participación de los Denunciantes en la Tramitación del Procedimiento Administrativo

De acuerdo al Artículo 11 de la Ley de Procedimiento Administrativo “I. Toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante ja autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda. II. Cualquier persona podrá intervenir como denunciante, sin necesidad de acreditar interés personal y directo en relación al hecho o acto que motiva su intervención”.

Por su parte el Artículo 16 de la citada Ley especifica que "En su relación con la Administración Pública, las personas tienen los siguientes derechos: a) A formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente; c) A participar en un procedimiento ya iniciado cuando afecte sus derechos subjetivos e intereses legítimos; d) A conocer el estado del procedimiento en que sea parte; h) A obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen”.

Asimismo, el Artículo 18, parágrafo I, de la señalada Ley de Procedimiento Administrativo establece que "Las personas tienen derecho a acceder a los archivos, registros públicos y a los documentos que obren en poder de la Administración Pública, así como a obtener certificados o copias legalizadas de tales documentos cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora, en imagen u otras, o el tipo de soporte material en que figuren”.

En ese contexto, la Ley No. 2341 de 23 de abril de 2002 en su Artículo 41 expresa los lineamientos a ser seguidos cuanto el inicio del procedimiento administrativo hubiere sido a solicitud de algún interesado, señalando el Artículo 46, parágrafo II, de la citada Ley que "En cualquier momento del procedimiento, los interesados podrán formular argumentaciones y aportar documentos y otros elementos de juicio, los

cuales serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente resolución".

Ahora bien, en lo que respecta al procedimiento sancionatorio el Artículo 80, párrafo I, de la Ley de Procedimiento Administrativo es claro al señalar que "El procedimiento sancionador se regirá por /o previsto en este Capítulo **y por las disposiciones de los capítulos I, II, III y IV del Título Tercero de esta Ley**" de lo que se infiere que las disposiciones antes trascritas son atinentes y aplicables a los temas sancionatorios. (Las negrillas con nuestras).

El marco jurídico antes descrito guarda concordancia con el Artículo 15 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 el cual menciona que "(...) toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia Sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos".

De otro lado, el Artículo 31 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 al referirse a las inspecciones, de oficio o a solicitud de parte interesada, que pueden realizar las Superintendencias del SIREFI con la finalidad de contar con mayores elementos de convicción que permitan iniciar o resolver un procedimiento; en su párrafo II manifiesta que "A tiempo de señalarse lugar, fecha y hora de realización de la inspección, las Superintendencias identificarán los aspectos que deberán ser establecidos en dicho acto o que serán motivo de informe. Durante la inspección, el operador **o interesado**, que será debidamente notificado con la respectiva providencia, podrá formular las aclaraciones u observaciones que correspondan, las mismas que serán consignadas en los documentos que se emitan a consecuencia de la inspección". (Las negrillas son nuestras).

Así, el Artículo 65, párrafo I, del ya antedicho Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 especifica que "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, de oficio o a denuncia, investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento".

De la lectura e interpretación sistemática y teleológica de las disposiciones normativas antes trascritas, se puede arribar a la conclusión de que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 reconocen a las personas - sean estas naturales o jurídicas - la posibilidad no solo de iniciar un procedimiento administrativo - sea este general o específico como es el sancionatorio - sino también de intervenir en todas las instancias, etapas e incidencias del mismo, más aun si se toma en cuenta que la persona haya sido denunciante directo, pudiendo, asimismo, solicitar toda información documental de su trámite o denuncia misma que debe ser atendida con

prontitud por el órgano regulatorio correspondiente. Este aspecto inherente a la participación de los interesados o denunciantes en el procedimiento administrativo, además, no solo se restringe a los actos emitidos dentro del procedimiento ya iniciado, sino que también la participación e intervención puede darse, inclusive, dentro de las diligencias preliminares establecidas por el órgano regulador a los fines de llegar a la verdad material de los hechos, como se ha apreciado anteriormente...”

Por consiguiente, en virtud al razonamiento supra transcrito que además, es de aplicación permanente en la sede administrativa, en cualquiera de sus instancias, se debe concluir en la plena legitimidad que hace al denunciante, señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA**, para ser partícipe del presente proceso administrativo sancionatorio.

Toda vez que, el memorial presentado en fecha 15 de agosto de 2013 (sobre “FORMULA OBJECIONES Y PIDE SE RECHACE EL RECURSO INTERPUESTO POR EL DENUNCIANTE”) por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, en el que precisamente se observa la legitimidad para actuar dentro el proceso del señor **RUBÉN ANTONIO MARIANO GOMEZ PEREIRA**, contiene además, entre otras, apreciaciones sucintas sobre que la “sanción que no afecta a los derechos del denunciante sino exclusivamente los derechos del Sr. Carlos De Grandchant Suarez”, o que “su Recurso -del denunciante- (...) no procede ningún recurso jerárquico, como resulta ser el ilegal, mal planteado e improcedente Recurso interpuesto por Rubén Antonio Gómez Pereira”, la conclusión precedente, sobre la plena legitimidad del denunciante para ser partícipe del presente proceso administrativo sancionatorio se hace extensible a tales criterios, en cuanto se limiten a la legitimidad señalada.

De exceder ello, pretendiéndose agravios a cuestiones sustanciales, les es aplicable lo señalado en el numeral 2.1 (*Infracción al debido proceso administrativo*) supra, en sentido ser al presente inatendibles, por cuanto, al estar referidos a la sustancia de la sanción impuesta, al resultar esta nula -por los aspectos supra observados- y al no existir un proceso sancionatorio válido, esos argumentos resultan en abstracciones limitadas a una realidad jurídica inexistente y aún pendiente de definición, de manera tal que de ninguna manera puede ocasionar agravio a alguno de los participantes del proceso.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el pronunciamiento de la Resolución Administrativa ASFI No. 388/2013 de 26 de junio de 2013, no ha realizado un correcto análisis de la norma ni de los antecedentes que conforman el expediente, al haber promovido una sanción sin que exista una notificación de cargos que se adecúe a los datos del proceso, y peor aún, cuando no existe una investigación previa y valedera que de lugar a lo mismo.

Que, entonces, no se halla instituido un proceso sancionatorio con observancia y apego a la normativa que le es inherente, en infracción a la garantía del debido proceso, cuando,

conforme se ha desarrollado el proceso recursivo, si bien corresponde el pronunciamiento al tema de la prescripción alegada por la **ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA “LA PRIMERA”**, lo mismo mal podía dar lugar en el Regulador, a asumir irrazonadamente como válidas, actuaciones que por el contrario y del mismo desarrollo del proceso, se conocen como viciadas, por lo que debió mas bien determinar la nulidad de obrados que corresponde.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- ANULAR el procedimiento administrativo, hasta la Notificación de Cargos ASFI/DSR II-98745/2012 de 13 de agosto de 2012 **inclusive**, debiendo en consecuencia darse inicio al proceso investigativo y de diligencias preliminares que correspondan, ajustándola a derecho, conforme a los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se llama la atención a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al haber promovido e impulsado un proceso sancionatorio viciado de nulidad desde su mismo inicio, prescindiendo del debido proceso que debió caracterizarle, y se la exhorta a una observancia estricta y precisa de las normativa que hace a su facultades sancionatorias.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

SEGUROS ILLIMANI S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/N° 598-2013 DE 01 DE JULIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 066/2013 DE 09 DE OCTUBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 066/2013

La Paz, 09 de Octubre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°598-2013 de 1 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°493-2013 de 28 de mayo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 64/2013 de 13 de septiembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 151/2013 de 25 de septiembre de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 18 de julio de 2013, Fernando Arce Grandchant en representación de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 0488/2010, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 101 del Distrito Judicial La Paz a cargo de la Dra. Mariana Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°598-2013 de 1 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°493-2012 de 28 de mayo de 2013,

Que, mediante nota cite: APS/DESP/DJ/DS/N° 6779/2013, con fecha de recepción 23 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°598-2013 de 1 de julio de 2013,

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 26 de julio de 2013, notificado en fecha 31 de julio de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°598-2013 de 1 de julio de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de las principales actuaciones administrativas cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 493-2013 DE 28 DE MAYO DE 2013.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió:

“ÚNICO.- I.- CONSIGNAR en Resolución Administrativa la carta CITE: APS/DESP/DJ/5311-2013 de 07 de mayo de 2013.

II.- La carta CITE: APS/DESP/DJ/5311-2013 de 07 de mayo de 2013 constituye parte indivisible de la presente Resolución Administrativa.”

Los argumentos de la citada Resolución Administrativa, son los siguientes:

“CONSIDERANDO:

Que el artículo 20 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que: “I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada”.

Que conforme se evidencia del acta firmada por la Notario N° 02, Tania Lizzet Loayza Altamirano, la entidad presentó la solicitud dentro del plazo señalado precedentemente.

Que el artículo 20.I del Decreto Supremo 27175 concede a los regulados la facultad de solicitar a la entidad reguladora se consigne en resolución administrativa ciertos actos administrativos de orden operativo, y tal cual reza el artículo, entre otros, están las circulares, órdenes, instructivos y directivas.

Que cumpliendo con lo descrito en el artículo 20.II del mismo cuerpo normativo, la APS debe emitir la resolución en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de haber recibido la solicitud...”.

CONSIDERANDO:

Que mediante carta CITE/PE N° 968/2013 de 26 de abril de 2013, presentada en la APS el 6 de mayo del mismo mes y año, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** solicita:

“Habiendo sido notificados con la nota de cargos CITE APS/DESP/DJ/DS/N° 5753/2013 respondida la misma mediante nuestra carta con CITE N° PEN°548/2013, referida al reclamo seguido en contra de la compañía a la cual represento por el caso seguido por la Administradora Boliviana de Carreteras por la presunta ejecución de una Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra N° LPCO1000056. De forma inexplicable la APS emite Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 2452013(sic) de fecha 27 de marzo de 2013.

Efectuado el análisis de la Resolución supra citada donde se cita brevemente una reseña del conjunto de atribuciones, facultades y objetivos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, intentado de esta forma justificar la apropiación de la competencia en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas.

Consiguientemente y en aplicación del Art. 8 y 9 del D.S. N° 27175, solicito a su Autoridad explique de forma motivada, en qué norma afirma tener competencia en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas relacionada al supuesto incumpliendo el Art. 12 de la Ley N° 1883 conforme afirma en la Resolución Administrativa supra detallada.

Así mismo aclaro a su Autoridad que cualquier controversia de hecho o derecho que se suscite entre nuestra empresa, los asegurados y/o beneficiarios debe ser resulta(sic) por la vía arbitral. Dejando en claro que la interpretación de una norma aplicada a la ejecución (o) a la activación de una cobertura constituye precisamente una controversia de derecho...”

Que en respuesta a dicha carta, el ente regulador emitió la nota APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, notificada a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** el 9 de mayo del mismo mes y año, con el siguiente tenor:

“En relación a su solicitud de explicación de “forma motivada en qué forma la APS afirma tener competencia en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas relacionadas al supuesto incumplimiento al Art. 12 de la Ley N° 1883 conforme afirma en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013”, nos corresponde manifestarle que, en aplicación de los principios de eficacia, economía y celeridad contemplados en los incisos j) y k) del artículo 4 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, recibirá respuesta apropiada a momento de dilucidarse el Recurso de Revocatoria contra aquella resolución que su institución interpuso en fecha 06 de mayo de 2013...”.

Que mediante carta CITE/PE N° 1062/2013 de 16 de mayo de 2013 (en respuesta a la anterior carta), **SEGUROS ILLIMANI S.A.** manifiesta:

“1. Su Autoridad no puede mezclar un proceso administrativo sancionatorio con una petición nuestra relativa a la solicitud de que la APS explique la competencia que asiste a su Autoridad en determinado caso o asunto, ello sencillamente debido a que

formalmente se tratan de dos cuestiones absolutamente distintas. El proceso sancionatorio no tiene la finalidad perseguida por la petición de Seguros Illimani S.A. de que la APS explique su competencia en un determinado asunto y sobre todo debido a que ambos procedimientos tienen diferencias radicales y su naturaleza jurídica es distinta. Uno es un proceso sancionatorio y el otro es una petición del regulado al ente administrativo.

2. Materialmente tampoco es posible mezclar ambos procedimientos pues su naturaleza jurídica en caso de persistir la falta de competencia a juicio del administrado activa mecanismos constitucionales que no pueden ser activados en la vía sancionatoria. En los hechos se nos está restringiendo aquellas vías constitucionales al mezclar dos procedimientos diametralmente distintos el uno con el otro cuya naturaleza jurídica no permite a su Autoridad mezclarlos y resolverlos dentro de un proceso administrativo sancionatorio.

3. La nota de cargos mediante la cual se inició el proceso sancionatorio que derivó en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/245-2013 no tiene relación alguna con la petición contenida en nuestra nota PE/Nº 968/2013 de 26 de abril de 2013, en consecuencia con el proceder contenido en la nota de referencia se está atentando contra el principio de congruencia el cual tiene rango constitucional.

4. Así mismo la motivación de su nota no es correcta, pues su Autoridad señala que por el principio de eficacia, economía y celeridad se resolverían el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/245-2013 y la petición contenida en la nota PE/Nº 968/2013 de 26 de abril de 2013 de forma conjunta. En todo caso, en vez de dilatar el procedimiento con la respuesta contenida en su nota APS/DESP/DJ/5311-2013 y bajo los mismos principios invocados, su Autoridad debió dar cumplimiento al DS 27175 a fin de ser eficaz, oportuno y en aras de una prona(sic) aplicación de justicia.

Por todo lo expuesto, en ejercicio de nutro(sic) derecho y en aplicación de los Arts. 19 y 20 del D.S. Nº27175 solcito a su Autoridad que consigne su acto administrativo con CITE-APS/DESP/DJ/5311-2013, en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada..." (las negritas son de la APS).

CONSIDERANDO:

Que previó al análisis de la petición de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, es necesario aclarar el uso de ciertos términos para evitar confusiones impertinentes al ámbito jurídico y de derecho positivo en el que se desenvuelve la APS y los regulados.

Por **mezcla**, en su acepción jurídica, debe entenderse "la unión o reunión de varias sustancias de distinción y separación más o menos complicada. La de sólidos se denomina **conmixtión**; la de líquidos, **confusión**. La **mezcla es** modo de adquirir el dominio de lo mezclado por **accesión**. Mezcla se aplica a la convivencia más o menos extraña de razas, nacionalidades o clases sociales..." (Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas de Manuel Ossorio), el uso común de aquél término adquiere connotaciones polisémicas como: "**1.** Sustancia que resulta de la unión de dos o más componentes distintos. **2.** Tejido elaborado con hilos de varias clases y colores. **3.** Operación de combinar y ajustar las imágenes con los sonidos y la música en una película. **4.** Argamasa para la construcción que resulta de mezclar cal, arena y agua. **5.** Asociación

de varias sustancias o cuerpos sin que se produzca reacción química entre ellos". (Diccionario Manual de la Lengua Española).

Que puede deducirse fácilmente de estos dos conceptos del idioma Castellano que la APS, al emitir la carta que ahora se consigna en resolución administrativa, se encuentra lejos de **mezclar** un procedimiento sancionatorio con una petición, elementos inmatrimales impropios del ámbito de los fenómenos materiales y/o corpóreos. Por lo que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros afirma categóricamente y sin lugar a dudas que, al emitir la carta CITE: APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, no ha incurrido en ninguna **mezcla** pues está consciente de las abismales diferencias existentes entre las ciencias naturales y las sociales como lo es el Derecho.

CONSIDERANDO:

Que aclarado aquél concepto, corresponde anotar que la carta CITE/PE N° 968/2013 de 26 de abril de 2013 de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** tiene como tenor fundamental aclarar la base normativa por la que la APS afirma tener competencia en las contingencias surgidas a raíz de la ejecución de la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra N° LPCO 1000056 cuyo beneficiario es la Administradora Boliviana de Carreteras.

Que esta carta de la Aseguradora contiene, además, referencias expresas a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013, instrumento administrativo que sanciona a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** con multa en relación a la póliza anotada en el párrafo anterior. O sea, es la propia Aseguradora la que relaciona, la que asocia, la que compara su carta CITE/PE N° 968/2013 de 26 de abril de 2013 con la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013, por lo que una respuesta o varias de la APS (como es la carta que ahora se consigna en resolución) asociando, relacionando y comparando tales sucesos, no es capricho del ente regulador.

Que estos elementos son fundamentales a momento de explicar y justificar la carta CITE: APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013 pues ella señala que la solicitud de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** será atendida como corresponde, a momento de emitirse la resolución que resuelva el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Aseguradora contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013.

Que en efecto, es importante señalar que la APS, mediante carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 07 de mayo de 2013, ha indicado que el requerimiento de la Aseguradora, será oportunamente respondido y ello, debido a que el ente regulador administra múltiples gestiones en el cumplimiento de sus atribuciones institucionales, situación que lleva a diseñar planes de acción de acuerdo a un orden cronológico y de importancia circunstancial. Además, el ente fiscalizador no se encuentra constreñido por disposición legal alguna a responder en plazos perentorios que no sean aquellos que se encuentren predeterminados en las normas pertinentes.

Que expuesto lo anterior, es evidente que la APS ha respondido a las inquietudes de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** sin restringir o limitar atributos constitucionales (la Aseguradora omite señalar cuáles son esas restricciones a las que supuestamente somete la APS).

CONSIDERANDO:

Que conviene efectuar una reminiscencia del marco legal que ampara las actuaciones de la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros.

Que el artículo 41.d) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 establece: “**ARTÍCULO 41.- FUNCIONES Y OBJETIVOS:** La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, como órgano que fiscaliza y controla las personas, entidades y actividades del sector de seguros de la República, tiene los siguientes objetivos: ... **d)** velar por la publicidad adecuada y **la transparencia** de las operaciones en el mercado de seguros...” (las negrillas son de la APS).

Que el artículo 43.c) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 establece: “**ARTÍCULO 43.- ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.-** La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:... **c)** **supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción. ...”.** (las negrillas son de la APS).

Que el artículo 43.d) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 establece: “**ARTÍCULO 43.- ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.-** La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:... **d)** **supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general** realizados por las entidades bajo su jurisdicción... (las negrillas son de la APS).

Que el artículo 43.t) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 establece: “**ARTÍCULO 43.- ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS.-** La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:... **t)** **Todas aquellas atribuciones que sean necesarias** para el cumplimiento de sus funciones.... (las negrillas son de la APS) y v) Actuar como ente de conciliación en siniestros no superiores a UFV100.000.00 (Cien Mil 00/100 Unidades de Fomento de Vivienda) **y en su caso, resolver la controversia mediante resolución administrativa motivada** (Ley N° 365 de Seguro de Fianzas para Entidades y Empresas Públicas y Fondo de Protección del Asegurado de 23 de abril de 2013). (Las negrillas son de la APS).

“CONSIDERANDO:

Que en lo tocante a que la APS, con la respuesta dada en la carta que ahora se consigna en resolución, estaría restringiendo su derecho de petición, nada más alejado de la realidad. La APS no ha omitido la petición de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, tampoco ha negado la solicitud predicha; de hecho, ha dado curso legal a la misma de acuerdo a las contingencias particulares del caso. Esto es, una respuesta oportuna a momento de dictarse la resolución administrativa que resuelva el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 17 de marzo de 2013.

Que es esta respuesta que no agrado a **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, por lo que es útil efectuar una revisión retrospectiva del concepto del derecho de petición; “El derecho de petición constituye la facultad que tiene toda persona para dirigirse, por escrito, a cualquier funcionario público o entidad oficial, con el fin de exponer un asunto de su interés”. Pero debe tenerse presente que correlativo al ejercicio del derecho de petición y a la obligación de respuesta pronta por parte de la Administración, se encuentra la situación de que no debe entenderse que el asociado binario de tal derecho sea “el derecho a obtener lo que pide”. La Administración no tiene la obligación de otorgar lo

pedido por el administrado, si estima que no corresponde luego de haber valorado la petición in concreto.

CONSIDERANDO:

Que la APS estima que la carta CITE/PE N° 968/2013 de 26 de abril de 2013, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245 de 17 de marzo de 2013 y la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, tienen íntima relación factual, se basan sobre hechos analizados y resueltos en aquella resolución administrativa N° 245-2013, como demuestran las transcripciones de las cartas efectuadas precedentemente.

Que esa es la razón por la que la APS decidió dar respuesta a la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013 indicando que el requerimiento específico se haría a momento de resolver el recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245 de 17 de marzo de 2013."

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 24 de junio de 2013, **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/N°493/2013 de 28 de mayo de 2013, con los siguientes argumentos:

"Antecedentes.-

Son antecedentes del presente recurso en forma enunciativa las siguientes literales:

1. Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°493/2013 de fecha 28 de mayo de 2013.
2. La Nota con CITE/PE1062/2013 de fecha 16 de mayo de 2013
3. La Nota CITE/PE No.968/2013 de fecha 26 de abril de 2013
4. CITE: APS/DESP/DJ/5311 -2013 de 7 de mayo de 2013.
5. La Nota CITE/PE No.968/2013 de fecha 26 de abril de 2013
6. **Habiendo requerido a la APS proceda a explicar de forma motivada otivada (sic) de donde deriva su competencia conforme el artículo 8 y 9 del DS 27175, dicha entidad ha OMITIDO dicha explicación.-** La APS aduce tener competencia para conocer la aplicabilidad de las pólizas relacionada al supuesto incumplimiento al Art.12 de la Ley N°1883, con lo cual estamos plenamente de acuerdo, sin embargo dicha competencia solo se aplica cuando a través de los mecanismos legales se prueba fehacientemente dicho incumplimiento. La Ley de Seguros y las Pólizas de Seguro suscritas con la ABC son claras, dicha eventualidad legal, a fin de que se abra la competencia de la APS debe ser previamente probada ante un Tribunal Arbitral, mientras tanto la APS adolece del requisito sin ecuanon (sic) previo que determina su competencia sancionatoria por el supuesto incumplimiento al Art. 12 de la Ley 1883. Sucede que por nuestra parte, toda vez que el procedimiento que derivo en la Resolución ahora recurrida ingresa en competencias ajenas a la APS, amparándonos al efecto en lo establecido en los Arts. 8 y 9 del D.S. N°27175, hemos solicitado a la APS, mediante nota expresa, explique de forma motivada, conforme

manda la Ley del Procedimiento Administrativo, explique de donde deriva su competencia a fin de sancionarnos por supuesto incumplimiento con el Art. 12 de la Ley 1883, mediante CITE: APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, la APS procedió a dilatar dicha solicitud y a cambio de dicho requerimiento que debió ser respondido de forma motivada y clara, la APS emitió la citada nota en la que de manera por demás maliciosa **Mezcla** dos procedimientos opuestos; mezcla y confunde dos procedimientos con objetos distintos y naturaleza jurídica dispar. En ese contexto es que mediante nota La Nota con CITE/PE1062/2013 de fecha 16 de mayo de 2013 por nuestra (sic) parte hemos solicitado (sic) a la APS eleve a rango de resolución lo señalado. Es obvio que la solicitud se refiere al objeto del procedimiento mismo es decir a que la APS explique su competencia en el caso concreto; sin embargo la APS lejos de explicar su competencia en el caso concreto, en franca intención de burlar el procedimiento que la simple lógica establece para el caso, desvía (sic) la atención del objeto planteado (QUE LA APS EXPLIQUE SU COMPETENCIA EN EL CASO CONCRETO) a cambio emite la RA ahora impugnada que en ningún momento (sic) resuelve la petición opuesta por nuestra parte, extremo que sin duda se traduce en una grave vulneración a los derechos constitucionales que nos asiste como entidad administrada pues a la fecha desconocemos la competencia de la APS en el caso concreto, en resumidas cuentas; se ha solicitado algo a la APS y dicha entidad utilizando de argucias no propias de una sana práctica administrativa procesal ha emitido una RA (la que ahora impugnamos) que nada tiene que ver con la petición incoada por nuestra parte, resultando en consecuencia vulnerado el derecho de petición y el de fundamentación que obliga a toda Autoridad sea esta administrativa o judicial a motivar sus actos. Es decir que la APS, intencionalmente, desvía el objeto del proceso a fin de NO RESPONDER A LAS PETICIONES NO SOLAMENTE EXPUESTAS EN ESTE CASO SINO EN TODOS AQUELLOS EN LOS QUE HEMOS SOLICITADO UNA EXPLICACIÓN FUNDAMENTADA Y MOTIVADA SOBRE aberrante la resolución ahora recurrida que en vez de dar respuesta al requerimiento que se plantea a la APS, esta se distrae en elucubraciones propias, tal vez, de literatos pero ajenas a entendidos en derecho, se le puede EXPLIQUE SU COMPETENCIA y la APS de forma por demás graciosa se entretiene explicando los alcances semánticos de la palabra MEZCLAR, forzando las cosas a fin de no dar respuesta a lo esencial en el proceso y lo que el administrado aun aguarda (sic) cual es la explicación CLARA, CONCRETA Y PRECISA SOBRE LA COMPEYTENCIA QUE ASISTE A LA APS EN EL CASO - EXPLICACION QUE A LA FECHA NO EXISTE Y QUE HA SIDO SISTEMATICAMENTE SOLSYADA (sic) POR LA APS.

7. Falta De Motivación en la (sic) RA Recurrida.- La motivación de las decisiones de toda autoridad o funcionario estatal es inherente al Estado democrático constitucional de derecho. De este deber no se hallan exentas las autoridades constitucionales ni administrativas; pues como señala el Dr. José Antonio Rivera Santivañez, "Este principio implica que todas las sentencias constitucionales tienen que ser debidamente motivadas en Derecho..."; **dicha motivación implica, tal como lo tiene sentado el propio Tribunal Constitucional, que:** "las resoluciones que emiten las autoridades judiciales, deben exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de esas resoluciones" (SC. 0816/2010-R). **En el mismo orden de razonamiento halla coincidencia la VINCULANTE**

Sentencia Constitucional 0905/2006-R Sucre, 18 de septiembre de 2006 que señala:

“En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que: “cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución”, y que “cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma ” (SSCC 717/2006-R, 0505/2006- R y 1369/2001-R, entre otras).”

- *En el mismo orden de razonamiento sentado en el punto anterior - REITERO - SU AUTORIDAD HA OMITIDO VALORAR LA NOTA CITE/PE No 1062/2013 DE 16 DE MAYO DE 2013 OMISION QUE IMPORTA VULNERACION DE DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES CONFORME LOS SIGUIENTES FUNDAMENTOS:*

Se ha negado la activación de un derecho reconocido expresamente por ley dentro, en el marco de lo previsto en los artículos 8 y 9 del Decreto Supremo No.- 27175, mediante nota CITE/PE No 968/2013 de 26 de abril de 2013 hemos solicitado a su Autoridad explique de donde deviene su competencia a fin de dilucidar la controversia entre particulares a la que refiere su nota de cargos APS/DJ/DS/No 5753/2013.

*Dicho requerimiento no fue atendido por su Autoridad en su momento y fue dilatado de manera inmotivada y mezclando dos procedimientos diametralmente opuestos el uno con el otro; a cambio nos ha enviado la nota cite APS/DESP/D.I/531 1 - 2013 de fecha 7 de mayo de 2013 mediante la cual su Autoridad señala que lo requerido en la nota OTE/PE No 968/2013 de 26 de abril de 2013 será resultado en forma conjunta con el recurso de revocatoria interpuesto por la institución que represento contra la Resolución Sancionatoria APS/DJ/DS/No. 245 — 2013 de fecha 27 de marzo de 2013; en atención a lo señalado, mediante nota CITE/PE No.- 1062/2013 Seguros Illimani S.A., en respuesta a la antedicha nota (APS/DESP/DJ/53 11 - 2013 de fecha 7 de mayo de 2013), ha solicitado que dicho razonamiento sea plasmado en resolución administrativa fundada y motivada amparando su petición en los articulo 19 y 20 del Decreto Supremo No.- 27175. A respecto y conforme se tiene de los antecedentes propios que hacen al presente recurso se tiene que en el punto específico **SU AUTORIDAD HA OMITIDO VALORAR LOS ARGUMENTOS LEGALES EN DEFENSA DE LA INSTITUCION QUE REPRESENTO CONTENIDOS EN LA NOTA CITE/PIC No.- 1062/2013 A LOS QUE ME REFIERO NUEVAMENTE EN FORMA AMPLIADA Y EXPLICATIVA A OBJETO DE QUE LAS AUTORIDADES SUPERIORES SE SIRVAN VALORARLAS; Y EN CONSECUENCIA ANULAR EL ILEGAL PROCESO AL QUE LA EMPRESA QUE REPRESENTO ESTA SIENDO SOMETIDA SIN EXPLICACION JURIDICA ALGUNA:***

- *Su Autoridad no puede mezclar un proceso administrativo sancionatorio con una petición nuestra relativa a la solicitud de que la APS explique la competencia que asiste a su Autoridad en determinado caso o asunto, ello sencillamente debido a que formalmente se tratan de dos cuestiones absolutamente distintas.*

- El proceso sancionatorio no tiene la finalidad perseguida por la petición de Seguros Ilimani S.A de que la APS explique su competencia en un determinado asunto y sobre todo debido a que ambos procedimientos tienen diferencias radicales y su naturaleza jurídica es distinta. Uno es un proceso sancionatorio y el otro es una petición del regulado al ente administrativo a fin de que el ente administrativo explique su competencia en un determinado asunto.
- Materialmente tampoco es posible mezclar ambos procedimientos pues su naturaleza jurídica en caso de persistir la falta de competencia a juicio del administrado activa mecanismos constitucionales que no pueden ser activados en la vía sancionatoria.
 - Me explico; mediante nota OTE/PE No.968/2013 de fecha 26 de abril de 2013, en aplicación de los Arts. 8 y 9 del Decreto Supremo No.- 27175, se solicita al ente regulador explique de forma motivada en que norma afirma tener competencia en la aplicabilidad de las pólizas relacionada al supuesto incumplimiento al Arl.12 de la Ley N°1883; de forma inexplicable la APS decidió mezclar dos procesos diametralmente diferentes por medio de la nota con CITE: APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013; posteriormente mediante nota con CITE/PE No 1062/2013 de fecha 16 de mayo de 2013, hemos solicitado a su Autoridad, en el marco de los artículos 19 y 20 del Decreto Supremo No.- 27175 eleve a rango de resolución motivada y explicativa el contenido de su nota APS/DESP/DJ/5311 - 2013; dicho extremo a incumplido el procedimiento determinado por el Decreto Supremo No-27175 considerando que la misma norma determina que deberá responderse a la solicitud del regulado a través de Resolución motivada, explicativa y **SEPARADA DE CUALQUIER OTRO TEMA** PUES DICHO ASUNTO (competencia de la APS) NO SE ESTABA DILUCIDANDO DENTRO DE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ALGUNO SINO QUE CONSTITUIA EN CALIDAD DE REQUERIMIENTO POR SEPARADO DEL ADMINISTRADO A LA APS. No queremos creer que su Autoridad ha procedido a mezclar ambos temas de forma intencional a fin de que se limite y se restrinja de forma abusiva e ilegal el derecho que asiste a Seguros Ilimani S.A. a acceder a la justicia y a los mecanismos recursivos franquados por ley; sin embargo en los hechos dicha restricción está presente pues existen sendas Sentencias Constitucionales VINCULANTES cuyo contenido es de conocimiento general que ninguna Autoridad puede negar, que establecen de forma irrefutable que el RECURSO DIRECTO DE NULIDAD, acción constitucional que habríamos opuesto de inmediata de haberse dirimido su Autoridad competente en el tema que se le solicito se pronuncie mediante nota CITE/PE No.- 968/2013 de 26 de abril de 2013 y CITE/PE No 1062/2013 de 16 de mayo de 2013; es inatendible e improcedente dentro de un proceso sancionatorio; al mezclar su Autoridad el proceso sancionatorio tantas veces citado con la supra señalada petición de que fundamente jurídicamente de donde deviene su competencia en el caso concreto, su Autoridad está cometiendo un grave error e induciendo en equivocación a otras Autoridades pues esta exteriorizando un extremo no evidente; se está mostrando que la petición de

explicación de la competencia de la APS se estaría dando dentro de proceso sancionatorio lo cual no es verdadero y con ello SE ESTA RESTRNGIENDO (sic) EL DERECHO QUIJE ASISTE A LA ENTIDAD QUE REPRESENTO DE ACCEDER A LOS MECANISMOS CONSTITUCIONALES SEÑALADOS POR LEY A FIN DE DIRIMIR EN DEFINITIVA LA COMPETENCIA DE UNA DETERMINADA AUTORIDAD EN CASO CONCRETO.

- La resolución a ser pronunciado por la APS en atención a la petición contenida en la nota CITE/PE No 1062/2013 de 16 de mayo de 2013 habría ameritado una resolución expresa que de acuerdo a nuestra economía jurídica es susceptible de un **RECURSO DIRECTO DE NULIDAD - SIN TENER QUE ESPERAR NADA** - bajo el esquema aplicado en el presente caso por la APS ello no es posible. Dicho extremo está siendo manejado de tal manera por la APS que el derecho constitucional que nos asiste de acceder a los recursos franqueados por ley está siendo vulnerado. Al mezclar ambos procedimientos **se nos esta (sic) coartando el derecho que nos asiste tic recurrir de forma inmediata y oportuna mediante los mecanismos constitucionales contra la Resolución mediante la cual la APS dirima su competencia específica en el tema.**
- A LA FUERZA Y DE MANERA INMOTIVADA LA APS ESTA RELEGANDO CUALQUIER MECANISMO CONSTITUCIONAL RECURSIVO CONTRA LA RESOLUCION QUE EXPLIQUE SU COMPETENCIA EN EL CASO CONCRETO A QUE EL PROCESO SANCIONATORIO INICIADO MEDIENTE LA NOTA de cargos APS/DJ/DS/No 5753/2013 CONCLUY (sic); LO QUE ES ILEGAL Y ABUSIVO - CON EL AGRAVANTE DE QUE SE ESTA EXTERIORRIZANDO (sic) UN HECHO IRREAL QUE NO GUARDA RELACION CON LO OCURRIDO HACIENDO VER QUE DICHA SOLICITUD DE EXPLICACION RELATIVA A LA COMPETENCIA DE LA APS SE ESTARIA DANDO DENTRO DE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO - EXTREMO QUE NO ES VERDAD Y QUE DIFICULTA, DE MANERA ENGANOSA, MUCHO MAS CUALQUIER MECANISMO RECURSIVO QUE PRTEANDA (sic) UTILIZAR SEGUROS ILLIMAN1 S.A. CONTRA ACTOS DE LA APS EN LOS CUALES DICHA EMPRESA ASEGURADORA CUESTIONE LA COMPETENCIA DEL ENTE REGULADOR A SU UCARGO (sic).
- En los hechos se nos está restringiendo aquellas vías constitucionales al mezclar dos procedimientos diametralmente distintos el uno con el otro cuya naturaleza jurídica no permite a su Autoridad mezclarlos y resolverlos dentro de un proceso administrativo sancionatorio.
- La nota de cargos mediante la cual se inicio el proceso sancionatorio que derivo en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/245 - 2013 no tiene relación alguna con la petición contenida en nuestra nota PE/No.- 968/2013 de 26 de abril de 2013, en consecuencia con el proceder contenido en la nota de referencia se está atentando contra el principio de congruencia el cual tiene rango constitucional. -- La nota de cargos y la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/245 - 2013 versan sobre un supuesto incumplimiento al artículo 12. a) de la Ley No.- 1183 de 25 de junio de 1998 mientras que la petición realizada a la APS mediante notas CITE/PE No.- 968/2013 de 26 de abril de 2013 y CITE/PE No 1062/2013 de 16 de mayo de 2013 trata sobre una solicitud se explicación de

parte del regulado al ente regulador sobre su competencia en un caso determinado. Se están mezclando asuntos diametralmente opuestos. Con relación al principio de congruencia en las resoluciones judiciales y obviamente administrativas sancionatorias el ex magistrado del Tribunal Constitucional Dr. José Antonio Rivera Santivañez, señala que **“Conforme a este principio, El Tribunal Constitucional, al emitir la sentencia, debe mantener y respetar la más estricta correspondencia entre “demanda” y “pronunciamiento”** - Lo señalado es obviamente valedero también para las Resoluciones Administrativas Sancionatorias, iniciado un proceso por un motivo determinado, la resolución de dicho proceso NO PUEDE INCLUIR OTROS ASPECTOS PUES ELLO VULNERA DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES CUYO RESPETO PERSEGUIREMOS HASTA LAS ULTIMAS (sic) CONSECUENCIAS.

c. **INCONGRUENCIA EN LA REDACCION Y FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/PJ/DS/No 493 - 2013. ERRONEA APLICACIÓN Y FUNDAMENTACION:**

La motivación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°493/2013 de fecha 28 de mayo de 2013 no es correcta, considerando que los argumentos expuestos en la nota supra identificada versan en lo siguiente:

- i. *Procede a efectuar una supuesta explicación de la aceptación jurídica del termino (sic) MEZCLAR tras haber citado dos escuetas definiciones del termino (sic), posteriormente expuesto las dediciones (sic), simplifica su accionar y cito texturalmente (sic): (...)”que al emitir la carta que es consignada en resolución administrativa, se encuentra lejos de mezclar un proveimiento sancionatorio con una petición, elementos inmateriales propios del ámbito de los fenómenos materiales y/o corpóreos” (...).*
- ii. *Nuevamente sin ningún fundamento jurídico afirma declara que a través de su nota con CITE: APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, la misma habría sido emitida debido a que el ente regulador administra múltiples gestiones situación que lleva a diseñar planes de acción de acuerdo a un orden cronológico y de importancia circunstancial.*
- iii. *Por ultimo (sic) vuelve declarar, sin fundamento legal alguna (sic) careciendo de todo criterio legal más solo la subjetividad de uno o más de sus funcionarios, que la APS no a (sic) negado la petición de Seguros Illimani S.A., de hecho ha dado curso legal a la misma de acuerdo a las contingencias particulares del caso.*

Consiguientemente no existe fundamentación legal que permita a la APS de forma unilateral decidir la aplicación normativa de procedimientos establecidos con plazos y requisitos de presentación, como ser al caso en concreto lo que implica que el obrar como lo hace la APS, en este y otros casos, y no remediarlo, se traduce en consentir un acto de ilegalidad manifiesta por varias razones:

- a). *Primero debido a que la APS no tiene facultad alguna para decidir en que (sic) casos es aplicable el procedimiento de petición de competencia y en cuales según las contingencias particulares de cada caso no aplicar lo determinado por la norma, constatándose el incumplimiento al principio de sometimiento pleno a la ley.*

- b) No existe precepto alguno ni jurisprudencia que establezca que a partir de los principios de eficacia, economía y celeridad, se puede dejar de cumplir la norma.
- c) **Irretroactividad de la Ley No.- 365 y consideraciones pertinentes relativas a la misma.**- Note además su Autoridad que la APS en la página 6 de la resolución ahora recurrida cita la Ley N°365 de 23 de abril de 2013, olvidando que por precepto constitucional dicha norma no es retroactiva. La sola mención a dicha norma es aberrante e impertinente por parte del ente regulador.
- d) Consiguientemente el hecho más relevante, no solo implica el incumplimiento o la no aplicación del derecho y es que este efecto pretendidamente se pretende emitir acto administrativo sin la más mínima motivación legal.
- d. **ESTADO DE INDEFENCION.**- (sic) De acuerdo a la **VINCULANTE** jurisprudencia constitucional a la que me referiré más adelante, se considera que cuando la autoridad jurisdiccional, administrativa o de cualquier otra índole; encargada de administrar justicia, por cualquier medio, menoscaba, dificulta o reprime el derecho de acceso a los medios de defensa que aseguran el ejercicio a la defensa a los administrados, conculca con dicho accionar el derecho a la defensa que asiste a estos y consiguientemente los sume en indefensión; en el presente caso un mecanismo de defensa establecido por el inciso I, artículo 8vo del D.S. No.- 27175 ha sido abusivamente mezclado con un proceso sancionatorio con las complicaciones recursivas anotadas ut supra. Así tenemos las siguientes Sentencias Constitucionales que VINCULAN el accionar de toda autoridad encargada de administrar justicia: La SC 377/2003/2003-R ha establecido que se entiende por **derecho a la defensa** lo siguiente: “(...) **no es un derecho que concierna al querellante o víctima, sino más bien al imputado asegurándole la posibilidad de todo recurso o medio para defenderse y desvirtuar la acusación presentada en su contra, de modo que podrá presentar y producir cuanta prueba lícita la considere favorable, podrá presentar incidentes, recursos, excepciones y otros, para probar su inocencia (...), resultado obvio, que cuando esa posibilidad es impedida por la autoridad jurisdiccional a través de algún acto o resolución, no hace más que incurrir en un acto ilegal que suprime el derecho de acceso a la justicia.**” - Quedando absolutamente claro que por nuestra parte hemos ejercido un mecanismo de defensa frente al accionar de la APS, mecanismo de defensa que ha sido soslayado por la entidad a su cargo sumiéndonos en evidente estado de indefensión - astutamente pretenden que cuestiones diametralmente diferentes y con consecuencias recursivas distintas sean resultas en una sola resolución - , lo que es peor el mecanismo de defensa que (sic) nos corresponde a fin de que la APS establezca de forma clara su competencia en el presente caso ha sido impedida por que se la ha mezclado con un proceso sancionatorio y debido a que, en los hechos, se ha supeditado dicho extremo a la conclusión del proceso sancionatorio.
- e. **FALTA DE MOTIVACION.**- En el caso específico no solo que se ha dado la falta de motivación en la resolución recurrida sino que la APS no se ha referido para nada a nuestros argumentos. Fin consecuencia dicho acto constituye un acto inmotivado de su Autoridad el mismo que lesiona derechos y garantías constitucionales conforme la **VINCULANTE** Sentencia Constitucional No. 0905/2006-R Sucre, 18 de septiembre de 2006 que señala: “**En efecto, la jurisprudencia constitucional ha**

establecido que: “cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución”, y que “cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma ” (SSCC 717/2006-R, 0505/2006-R y 1369/2001-R, entre otras).” - VINCULANTE Sentencia Constitucional que es plenamente aplicable a su Autoridad por imperio de los artículos 28 y 30 de la Ley 2341 que señala que todo acto administrativo debe ser fundamentado; expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto así como la causa del mismo y el derecho aplicable, extremos que se hallan AUSENTES en la Resolución recurrida. JAMAS SE HA RELACIONADO NI PARA DESVIRTUARLA EL CONTENIDO DE LA NOTA CITE/PE No 1062/2013 DE 16 DE MAYO DE 2013

- f. **INCOMPETENCIA DE LA APS.**- Es claro colegir que en un caso como el que nos ocupa en el que existe un SUPUESTO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL OJO NO DE RESOLUCION DE LA APS; La Resolución Administrativa SB No. 077/2006 de 14 de junio del mismo año (sic) ha establecido claramente lo siguiente: “**La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras no alcanza a resolver situaciones controversiales entre las entidades reguladas y sus clientes o usuarios emergentes de contratos o acuerdos suscritos en el uso privativo de facultades civiles y comerciales establecidas en la legislación boliviana ...**”(SIC) - La competencia del ente regulador, en este caso de la APS se halla limitada a emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la actividad de seguros, cualquier cuestión relativa al cumplimiento de contratos o su incumplimiento es atribución privativa de los juzgados ordinarios de la república, la APS carece de competencia para referirse o analizar cuestión alguna relativa a dicho punto, así lo ha ratificado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 84/006 de 19 de diciembre de 2006 en forma incuestionable. En el mismo orden de razonamiento halla coincidencia la Resolución Jerárquica De Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2005 de fecha 12 de septiembre de 2005.
- g. **Se ha vulnerado de manera MALICIOSA el derecho a Petición.**- Si bien es cierto que el derecho a petición no implica una respuesta positiva al derecho que asiste a todo ciudadano de acudir a un ente administrativo y solicitar una respuesta positiva; 110 es menos cierto que este derecho también se afecta cuando se acude ante el Organo Administrativo y este maliciosamente responde al requerimiento del administrado y no dice nada sobre el requerimiento de fondo; es decir que burla el derecho a petición a fin de que en apariencia se muestre como si lo hubiera cumplido pero en el fondo no lo hace; resultando este segundo extremo incluso más grave que el primero pues en este segundo caso existe una intención deliberada de inducir en engaño al administrado, quien espera una respuesta oportuna y adecuada por parte del ente administrativo sobre un extremo y el ente administrativo a cambio le responde otra cosa diametralmente opuesta a la solicitud plasmada en la petición del administrado, extremo este que sin duda

vulnera el presente punto

PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en el Decreto Supremo No. 27175 y la Ley 2341, establecidos para la presentación del Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, solicitamos admitir el presente recurso y se resuelva revocando de forma total el acto impugnado."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 598-2013 DE 1 DE JULIO DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 598-2013 de 1 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 493-2013 de 28 de mayo de 2013.

Los argumentos presentados, en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

"CONSIDERANDO:

Que conviene recapitular las cartas involucradas en el presente caso, a fin de elaborar un cuadro de ideas ordenado y lógico. Veamos:

a) *Mediante carta CITE/PE Nº 968/2013 de 26 de abril de 2013 y presentado en la APS en fecha 6 de mayo del mismo año, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** solicita:*

*"Habiendo sido notificados con la nota de cargos CITE APS/DJ/DS/Nº 5753/2013 respondida la misma mediante nuestra carta con CITE Nº PENº548/2013, referida al reclamo seguido en contra de la compañía a la cual represento por el caso seguido por la Administradora Boliviana de Carreteras por la presunta ejecución de una Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra Nº LPCO1000056. De forma inexplicable la APS emite Resolución Administrativa APS/DJ7DS/Nº 2452013 **(sic)** de fecha 27 de marzo de 2013.*

Efectuado el análisis de la Resolución supra citada donde se cita brevemente una reseña del conjunto de atribuciones, facultades y objetivos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y seguros, intentado de esta forma justificar la apropiación de la competencia en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas.

*Consiguientemente y en aplicación del Art. 8 y 9 del D.S. Nº 27175, solicito a su Autoridad explique de forma motivada, en qué norma afirma tener competencia en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas relacionada al supuesto incumpliendo **(sic)** al Art. 12 de la Ley Nº 1883 conforme afirma en la Resolución Administrativa supra detallada.*

*Así mismo aclaro a su Autoridad que cualquier controversia de hecho o derecho que se suscite entre nuestra en presa, los asegurados y/o beneficiarios debe ser resulta **(sic)** por la vía arbitral. Dejando en claro que la interpretación de una norma aplicada a la ejecución (o) a la activación de una cobertura constituye precisamente una controversia de derecho..."*

b) En respuesta a esta carta, el ente regulador emitió la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013 y notificada a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** en fecha 9 de mayo del mismo año, con el siguiente tenor:

“En relación a su solicitud de explicación de “forma motivada en qué forma la APS afirma tener competencia en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas relacionadas al supuesto incumplimiento al Art. 12 de la Ley N° 1883 conforme afirma en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013”, nos corresponde manifestarle que, en aplicación de los principios de eficacia, economía y celeridad contemplados en los incisos j) y k) del artículo 4 de la Leu (sic) N° 1883 de 25 de junio de 1998, recibirá respuesta apropiada a momento de dilucidarse el Recurso de Revocatoria contra aquella resolución que su institución interpuso en fecha 06 de mayo de 2013...”.

2.4. Mediante carta CITE/PE N° 1062/2013 de 16 de mayo de 2013 (en respuesta a la anterior carta) y recibida en la APS el 17 de mayo del mismo año, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** manifiesta:

“1. Su Autoridad no puede mezclar **(sic)** un proceso administrativo sancionatorio con una petición nuestra relativa a la solicitud de que la APS explique la competencia que asiste a su Autoridad en determinado caso o asunto, ello sencillamente debido a que formalmente se tratan de dos cuestiones absolutamente distintas. El proceso sancionatorio no tiene la finalidad perseguida por la petición de Seguros Illimani S.A. de que la APS explique su competencia en un determinado asunto y sobre todo debido a que ambos procedimientos tiene diferencias radicales y su naturaleza jurídica es distinta. Uno es un proceso sancionatorio y el otro es una petición del regulado al ente administrativo.

2. Materialmente tampoco es posible mezclar **(sic)** ambos procedimientos pues su naturaleza jurídica en caso de persistir la falta de competencia a juicio del administrado activa mecanismos constitucionales que no pueden ser activados en la vía sancionatoria. En los hechos se nos está restringiendo aquellas vías constitucionales al mezclar **(sic)** dos procedimientos diametralmente distintos el uno con el otro cuya naturaleza jurídica no permite a su Autoridad mezclarlos **(sic)** y resolverlos dentro de un proceso administrativo sancionatorio.

3. La nota de cargos mediante la cual se inicio **(sic)** el proceso sancionatorio que derivo **(sic)** en la Resolución administrativa APS/DJ7DS/245-2013 no tiene relación alguna con la petición contenida en nuestra nota PE/N° 968/2013 de 26 de abril de 2013, en consecuencia con el proceder contenido en la nota de referencia se está atentando contra el principio de congruencia el cual tiene rango constitucional.

4. Así mismo la motivación de su nota no es correcta, pues su Autoridad señala que por el principio de eficacia, economía y celeridad se resolverían el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/245-2013 y la petición contenida en la nota PE/N° 968/2013 de 26 de abril de 2013 de forma conjunta. En todo caso, en vez de dilatar el procedimiento con la respuesta contenida en su nota APS/DESP/DJ/5311-2013 y bajo los mismos principios invocados, su Autoridad debió dar

cumplimiento al DS 27175 a fin de ser eficaz, oportuno y en aras de una prona (sic) aplicación de justicia.

Por todo lo expuesto, en ejerció **(sic)** de nutro **(sic)** derecho y en aplicación de los Arts. 19 y 20 del D.S. N°272715 solcito (sic) a su Autoridad que consigne su acto administrativo con CITE- APS/DESP/DJ/5311-2013, en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada..." (las negritas son de la APS).

CONSIDERANDO:

Que la anterior digresión refleja el contexto en el que debe dilucidarse el presente recurso de revocatoria e inferir: **a)** Las relaciones que existen entre un procedimiento sancionatorio contra **SEGUROS ILLIMANI S.A.** y la solicitud de explicación de las bases legales por las cuales, esta APS afirma su competencia; **b)** La respuesta oportuna que el ente regulador brindó a aquella aseguradora a su inquietud; **c)** El objeto específico y excluyente de otra consideración, del recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013.

CONSIDERANDO:

Que **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, mediante carta CITE/PE N° 968/2013 de 26 de abril de 2013 y presentado en la APS en fecha 6 de mayo del mismo año, solicita: "explique de forma motivada, en qué norma afirma tener competencia en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas relacionada al supuesto incumpliendo **(sic)** al Art. 12 de la Ley N° 1883 conforme afirma en la Resolución Administrativa supra detallada..."

En respuesta a esta carta, el ente regulador emitió la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013 y notificada a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** en fecha 9 de mayo del mismo año, manifestando que "en aplicación de los principios de eficacia, economía y celeridad contemplados en los incisos j) y k) del artículo 4 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, recibirá respuesta apropiada a momento de dilucidarse el Recurso de Revocatoria contra aquella resolución que su institución interpuso en fecha 06 de mayo de 2013..."

A su vez y mediante carta CITE/PE N° 1062/2013 de 16 de mayo de 2013 (en respuesta a la anterior carta N° 5311-2013) y recibida en la APS el 17 de mayo del mismo año, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** manifiesta: "consigne su acto administrativo con CITE-APS/DESP/DJ/5311-2013, en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada..." (las negritas son de la APS).

Que frente a esta sucesión de hechos, la APS emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013 (que ahora se recurre), dando respuesta oportuna y cierta a **SEGUROS ILLIMANI S.A.**

CONSIDERANDO:

Que debe tenerse siempre presente que el objeto del presente recurso de revocatoria es la impugnación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013, enmarcado en su contexto razonado y motivado, excluyendo otros

razonamientos que no tengan que ver con lo argumentado y resuelto en dicha resolución administrativa.

CONSIDERANDO:

Que en cuanto a los **argumentos 1 y 2** de la recurrente, expuestos en el sexto Considerando de la presente resolución, referido a que en ningún momento (en la resolución que se recurre) se ha **motivado** o resuelto la petición de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, cual es la de explicar las bases sobre las que la APS afirma su competencia en el caso de la Póliza de Cumplimiento de Contrato N° LPCO-1000056 cuyo beneficiario es la Administradora Boliviana de Carreteras (ABC), es menester una digresión.

En cuanto a la **motivación**, diremos que se distinguen dos acepciones; el **motivo** y la **motivación** de los actos administrativos. En cuanto al **motivo**, es el antecedente que provoca el acto; es decir, una situación legal o de hecho prevista por la Ley como presupuesto necesario de la actividad administrativa. En cuanto a la **motivación**, es el juicio que se forma la autoridad al apreciar el motivo y ligarlo con la disposición legal pertinente aplicable. Es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad. En la notificación de cargos concreta, se objetiva la situación legal y de hecho que provoca el acto (motivo) así como el juicio que la APS se ha formado a raíz de la situación legal creada (motivación).

El **Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales** de Ossorio, entiende por Motivación: la causa, razón o fundamento de un acto. El **motivo** será jurídico cuando se refiera a actos de esa índole. Abarca todas las ramas no solo del Derecho Substantivo, sino también del Adjetivo, porque no se concibe ningún acto, inclusive los que tengan configuración delictiva, que no obedezca a una motivación, generalmente consciente, pero que puede serlo también inconsciente. La determinación de los **motivos es**, pues, necesaria para la investigación penal (léase investigación administrativa), para la interpretación de contratos y obligaciones, para la declaración judicial de los derechos, etc.

Huelga añadir que la motivación no es un requisito esencial del Acto Administrativo, de acuerdo al artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo; sin embargo, esta APS, por extensión y al expresar sus decisiones, siempre "motiva" sus resoluciones (ver artículo 30 de la citada Ley). Pero aún hay más, nuestra norma administrativa exige que la motivación sea **concreta**; esto es, que sea precisa y determinada y eso es lo que caracteriza a la resolución que ahora se impugna, que evita caer en exposiciones largas y laberínticas, tediosas, que puede llevar al terreno de la imprecisión y la indeterminación.

Que conforme lo expuesto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013 expresa la **motivación** exigida por Ley cuando formula el razonamiento del ente regulador al confrontar hechos (**motivo**) y normas; hechos como la petición concreta de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** sobre las competencias de la APS y la invocación de disposiciones legales positivas también concretas para responder a las inquietudes del administrado. En efecto, en el tercer Considerando de la resolución recurrida se desarrolla un orden cronológico de correspondencia como antecedente factual (**motivo**) de lo posterior. En el cuarto Considerando e (sic) la misma, se desarrolla

acepciones semánticas de términos utilizados por la aseguradora para contextualizar, inequívocamente, el cuadro de situación legal. En el quinto Considerando de la resolución que ahora se recurre, se acude a antecedentes legales en torno a la Póliza LPCO-1000056, la resolución que mereció su dilucidación por intermedio de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013 para demostrar **(y esto es muy importante)** la relación existente entre la petición de explicación de las bases legales de las competencias del ente regulador en el caso de esta última resolución, y el recurso de revocatoria interpuesto contra la misma.

Que la APS respondió antes de 72 horas (carta N° 5311-2013) a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** en sentido de que su solicitud sería atendida oportunamente.

Que en el sexto Considerando de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013, se transcribe cuatro disposiciones básicas legales que se explican por sí mismas, como respuesta a la aquella (sic) solicitud de la aseguradora. Esta APS no concibe que la recurrente no pueda entender los alcances de estas disposiciones.

Que como se puede evidenciar por lo someramente expuesto, la APS **sí motivó, razonó y fundamentó debidamente** la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013, dando curso a la petición original de la misma, cual es, la de **consignar en resolución administrativa**, la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, siendo este su **objeto único y excluyente**, al tenor de la carta CITE: PE/1062/2013 de 16 de mayo de 2013, consecuencia de la carta CITE: PE/ N° 968-2013 de 26 de abril de 2013). La APS cumplió con su deber de consignar en resolución administrativa la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, como fue solicitada por la ahora recurrente, con el cumplimiento de los requisitos legales de rigor, motivación y congruencia.

Que se debe tener en cuenta que el objeto de la resolución que ahora se recurre, era, excluyentemente, consignar en resolución administrativa, la carta APS(DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, cosa que(se reitera) se lo hizo. A este fin y como se ha explicado precedentemente, la APS ha desarrollado argumentos de hecho y de derecho que sustentan las razones de emisión de dicha carta así como aquellas que amparan la consignación en resolución administrativa dicha correspondencia.

Que en respuesta **strictu sensu** a la solicitud de explicación de las competencias del ente regulador relativas a la Póliza LPCO-100056 a favor de ABC, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013 (notificada el 3 de junio del año en curso), conforme se había anunciado en la carta ahora convertida en resolución administrativa, conforme es de conocimiento de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, por lo que mal hace en pretender confundir a esta Autoridad señalando que la APS nunca ha dado respuesta a su petición.

Que nuevamente, la causa y objeto de la Resolución Administrativa APS(DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013 era, única y excluyentemente, consignar la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013 en resolución administrativa, fenómeno que efectivamente sucedió.

Que en cuanto a los **argumentos 3 y 4** de la recurrente, expuestos en el sexto Considerando de la presente resolución, la APS, al haber emitido la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013 (debidamente notificada a **SEGUROS ILLIMANI S.A.**) y la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013 (debidamente notificada a **SEGUROS ILLIMANI S.A.**) motivadas y fundamentadas como es de rigor, ha respetado y dado aplicación al derecho constitucional de petición, por lo que no hay la “grave vulneración” de tal derecho o el uso de “argucias impropias”.

Que en cuanto al **argumento 5** de la recurrente, expuesto en el sexto Considerando de la presente resolución, es necesario señalar que la aclaración del significado de vocablos (en este caso, mezclar) es transversal a los fines de solución a asuntos concretos (v.g.r, el que nos ocupa) ya que muchas veces, el mal uso o errónea aplicación ha llevado a elaborar erróneos juicios de valor, por consiguiente, enriquece la **ratio decidendi** de la resolución y cumple el papel (más o menos similar) orientador que la invocación (en este caso, de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**) de sentencias constitucionales tal como ha hecho esta aseguradora. A nadie que tome en serio los pleitos administrativos, se le ocurrirá alegar que la invocación de tales sentencias constitucionales son “distractivas” o “graciosas”.

Que en todo caso, la APS es una entidad seria, responsable, madura y tiene demasiada experiencia como para entretenerse en asuntos “graciosos” o “distractivos”.

Que en cuanto a los **argumentos 6 y 8** de la recurrente, expuestos en el sexto Considerando de la presente resolución, esta APS no entiende cómo, el hecho de emitir la resolución que ahora se recurre (o mejor aún, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/490-2013 de 24 de mayo de 2013), ha negado la “activación de un derecho constitucional”.

Que debe tenerse en cuenta que el ente regulador, ha emitido respuestas oportunas y respetando plazos procesales y de tramitación administrativa tanto al responder a la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013 como al emitir la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013. De este respeto a los ritos y plazos procesales está consciente **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, tanto así que en su alegación no indica por qué o cómo es que la APS “ha dilatado” responder al requerimiento de explicación de las bases que sustentan la competencia del ente regulador en el caso concreto de la Póliza LPCO-1000056, o cómo o por qué ha negado “la activación” de un derecho constitucional.

Que en efecto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013 no contiene disposición alguna que señale, peregrinamente, que tal es inmodificable material como formalmente, cual si fuera una decisión definitiva que cause estado. Prueba clara y rotundo mentís a la alegación de una supuesta negación de activación de un derecho constitucional es que, ahora mismo, se está resolviendo un recurso de revocatoria, precisamente contra la resolución al que **SEGUROS ILLIMANI S.A.** le da carácter negatorio del ejercicio de “activación de un derecho constitucional”. Nótese que el argumento de la recurrente cae por su propio peso.

Que como quiera que la recurrente insiste en denominar **mezcla** al hecho de haber señalado que la petición de explicar las bases competenciales de la APS para la resolución del caso en torno a la Póliza LPCO-100056 y la aplicación del artículo 12 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, se la haría a tiempo de resolver el recurso de revocatoria planteado contra la Resolución Administrativa APS7DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013 (la aseguradora querrá decir, resolución simultánea de un procedimiento sancionatorio con uno de mero trámite administrativo) se debe ser categórico en declarar que no hay norma que restrinja o prohíba al ente regulador a resolver en un mismo instrumento administrativo decisorio como es una resolución administrativa, estos dos aspectos; una petición de explicación de competencias y un procedimiento sancionador en instancia de revocatoria. También de esto está consciente **SEGUROS ILLIMANI S.A.** pues en su alegato correspondiente, no funda ni motiva su argumento de supuesta imposibilidad de la APS (de efectuar tal manera de resolución); es decir, no cita la base legal que prohíba o limite al ente regulador llevar a cabo tal trabajo.

Que además de lo anterior, se debe manifestar que tanto la petición de explicación de las bases competenciales de la APS (a instancias de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**) en torno a la Póliza LPCO-100056 como el proceso sancionatorio por incumplimiento (instaurado por la APS) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, tienen un elemento común; la ejecución de aquella póliza a favor de ABC, **ergo**, sí tienen relación ambas situaciones, pues como se ha explicado, ambas devienen de un origen común: la Póliza (se reitera cuantas veces sea necesaria) LPCO-100056.

Que argumentar que la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013 niega la activación de acciones constitucionales, es, definitivamente, confundir o estar confundido. En efecto, se ha dicho que la respuesta a la petición de explicación de las bases competenciales de la APS para conocer lo relativo a la Póliza LPCO-100056 se ha dado, de manera directa, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013 debidamente notificada a la aseguradora, y que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013, tiene por objeto consignar en resolución administrativa la carta APS/ DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, conforme pidió **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, por lo que esta última resolución no niega nada, no ha soslayado nada ni ha dilatado nada.

Que en cuanto al **argumento 7** de la recurrente expuesto en el sexto Considerando de la presente resolución, la nota CITE/PEN° 1062/2013 de 16 de mayo de 2013 de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** fue valorada debidamente, no solo en esta resolución que se recurre, sino y también, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013. Bastará volver a leer la Resolución Administrativa recurrida para verificar este extremo, si por valorar entendemos el hecho de “apreciación en juicio” por el juez o tribunal que haya de resolver, o “estimación jurídica” de un elemento (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de **Manuel Ossorio**).

Que en efecto, la APS ha “valorado”; esto es, estimado, leído, analizado y respondido directamente el contenido de la carta CITE/PE N° 1062/2013 de 16 de mayo de 2013, no sólo en esta resolución que se recurre, sino y también, en la Resolución Administrativa

APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013 que responde a la inquietud de la aseguradora.

Que estamos seguros que este entendimiento del concepto “**valorar**” en el plano jurídico legal como en el que nos encontramos, no escapa a la apreciación de la recurrente, por lo que, creemos, no se entenderá como “aceptación” pura y simple del contenido de la carta N° 1062/2013, o no se entenderá como “argucia semántica”, o “distracción graciosa”. Si **SEGUROS ILLIMANI S.A.** considera que fue sometida a un proceso ilegal (a propósito de la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013) tiene a su disposición todas las acciones que, subjetivamente, le corresponde por mandato de la Ley.

Que en cuanto al **argumento 9** de la recurrente expuesto en el sexto Considerando de la presente resolución, alegar que “el hecho de responder a la carta CITE: PE/N° 1602/2013 de 16 de mayo de 2013 a través de una resolución administrativa “mezclada” con un proceso sancionatorio incumple lo determinado por el DS 27175, que señala que debe responderse a la solicitud a través de resolución motivada y “separada de cualquier otro tema” (?). no corresponde a la realidad de los hechos, toda vez que en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013, únicamente se ha consignado en resolución la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013 como reza el artículo Único de la misma.

Que a estas alturas del desarrollo de la presente resolución, resulta diáfano que **SEGUROS ILLIMANI S.A.** ha confundido absolutamente los libretos; es en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013 que se ha resuelto, de manera conjunta y simultánea, tanto la petición de explicación de las bases competenciales de la APS en las incidencias de la Póliza LPCO-1000056 como el procedimiento sancionatorio propiamente dicho a propósito de la misma Póliza, ya que nos encontrábamos en instancia revocatoria. Esta respuesta exige al ente regulador de mayores explicaciones pues el laberinto argumental de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** es por demás evidente.

Que en cuanto al **argumento 10** de la recurrente expuesto en el sexto Considerando de la presente resolución, se vuelve a reiterar que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013 no prohíbe, no restringe, no limita ni conculca ningún derecho sustantivo o procesal de los que **SEGUROS ILLIMANI S.A.** pueda ser titular. Nada hay al respecto ya que dicha resolución no causa estado (prueba clara de ello es que la aseguradora, ahora, ha recurrido la misma) ni ata de pies o manos a la recurrente. Nuevamente, el instrumento que dilucida la petición particular de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** cuanto el recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013, es la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 mayo de 2013, pero de ninguna manera es la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013, pues esta última solamente consigna en resolución administrativa la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, por lo que argumentar que no puede accionar el Recurso Directo de Nulidad no solo es falso de toda falsedad, sino que es impertinente, dado el objeto único de la resolución recurrida.

Que en cuanto a los **argumentos 11 y 12** de la recurrente expuestos en el sexto Considerando de la presente resolución, la APS no actúa ni ha actuado con “segundas intenciones” o queriendo “hacer ver” que la solicitud de explicación de las competencias del ente regulador se estaría dando “dentro de un proceso administrativo sancionatorio”, simplemente ha respondido a la solicitud de las bases competenciales de la APS en el caso de la Póliza LPCO-1000056 y resuelto el recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013, en un mismo instrumento cual es la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013, hecho que no es prohibido por norma alguna. En efecto, el ente regulador no ha señalado o afirmado, explícita o implícitamente que el requerimiento de la aseguradora como la resolución del recurso de revocatoria citado se estarían “dando” en un mismo proceso. Para convencerse de ello, es justo y necesario volver a leer ambas resoluciones administrativas.

Que en autos del expediente administrativo, no existe “la nota de cargos APS/DJ/DS/N° 245-2013”, sino y por el contrario, existe la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013, por lo que existe un vicio de apreciación que inhibe de mayores comentarios al respecto. Sin embargo y atendiendo a la intención de SEGUROS ILLIMANI S.A. (que seguramente habrá querido referirse a la dicha resolución) se debe ser categórico en afirmar que nada hay que prohíba a la APS a resolver un recurso de revocatoria y una petición de explicación de las bases competenciales de dicho ente en un solo instrumento administrativo que discrimina ambas situaciones, cual es una resolución, tendiendo presente siempre que ambas situaciones tienen un origen común.

Que en relación a una supuesta incongruencia de la Resolución recurrida, invoquemos su acepción binaria opuesta: la Congruencia de la resolución; es decir, es la **correlación** entre acusación, prueba y resolución, en virtud de que ésta tiene que fundamentarse en los hechos discutidos y pruebas recibidas en el procedimiento. Para el caso que nos ocupa, hemos demostrado generosamente que el instrumento legal que resuelve la solicitud de explicación de las bases competenciales de la APS en la resolución de lo concerniente de la Póliza LPCO-1000056 y la resolución del recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013 es la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013, y no la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013, ya que este instrumento de decisión administrativa únicamente consigna en resolución, la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013.

Que explicado lo anterior, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** nuevamente confunde los libretos y argumentos porque los mal dirige contra la resolución que ahora se recurre. La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013 establece una relación estrecha entre la petición de consignar la carta citada con las normas aplicables al caso, con los antecedentes y finalmente, con la parte resolutive pertinente.

Otra cosa distinta será analizar (como esta APS lo hizo en su momento) que entre la solicitud de explicación reiteradamente citada y la resolución del recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013 hay estrecha relación de origen común así como de sus antecedentes legales y su parte resolutive.

Que por lo mismo, frente a esta explicación la acusación de falta de congruencia es impertinente e inconsistente.

Que en cuanto al **argumento 13** de la recurrente expuesto en el sexto Considerando de la presente resolución y conforme a la acepción de congruencia expuesta anteriormente, nada hay de incongruente en la explicación del uso apropiado del término "mezclar" pues ha sido la propia recurrente la que invocó su uso y era menester aclarar sus connotaciones, así como tampoco hay incongruencia cuando se explica que las razones para resolver la petición de la aseguradora sobre las competencias de la APS a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013 eran cuestiones de celeridad, economía y eficacia. Se debe recordar a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** que los argumentos que la APS desarrolla y las revela mediante sus actos administrativos apropiados (léase, resolución administrativa) no son a título personal de ningún funcionario en particular, sino, a nivel institucional.

Que en cuanto al **argumentos 14** de la recurrente, expuesto en el sexto Considerando de la presente resolución, nuevamente, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** equivoca el destino y objeto de sus alegaciones, ya que aducir que: "Tampoco existe fundamentación legal debido a que la APS no tiene facultad para decidir en qué casos es aplicable el procedimiento de petición de competencia y en cuáles, las contingencias particulares de cada caso, no aplicar lo determinado por la norma (?); no existe precepto ni jurisprudencia que establezca que a partir de los principios de eficacia, economía y celeridad, se deje de cumplir la norma; no puede la APS aplicar la Ley 365 de manera retroactiva siendo tal, aberrante e impertinente...", no corresponde a la realidad que desarrolla la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013 (que se limita a consignar en resolución administrativa la carta APS/DESP/DJ/ 5311-2013 de 7 de mayo de 2013), ya que el instrumento que desarrolla "el procedimiento de petición de competencia" con las "contingencias particulares de cada caso" es la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013 como tantas veces se ha señalado, por lo que la aseguradora se equivoca de objeto de sus alegaciones.

Que en cuanto al **argumentos 15** de la recurrente, expuesto en el sexto Considerando de la presente resolución, el argumento de que "El mecanismo de defensa señalado en el inciso I, artículo 8vo. Del DS. 27175 ha sido abusivamente mezclado con un proceso sancionatorio restringiendo el derecho de acceso a los medios de defensa de los administrados (cita la S.C. "vinculante" 377/2003-R en apoyo de su alegato), por lo que se habría expuesto a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** a "estado de indefensión" (sic) no se compadece de la realidad del contenido de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013 ya que (y lo repetiremos cuantas veces sea necesario) es convicción de la APS, que el objeto de este tipo de alegaciones de la recurrente es la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013 por ser esta la que resuelve tanto la petición de explicación de las bases competenciales para la resolución de las contingencias de la Póliza LPCO-1000056 como del recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013 en relación a la misma Póliza. Por lo que huelgan mayores comentarios.

Que en cuanto al **argumento 16** de la recurrente, expuesto en el sexto Considerando de la presente resolución, nuevamente, en acápites anteriores hemos desarrollado los fundamentos de la **motivación** en sus acepciones de **motivo** y de **motivación** propiamente dichas, y en adición, que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013 se encuentra debidamente motivada y fundamentada, precisamente en concordancia con las SS.CC. 717/2006-R; 0505/2006-R y 1369/2001-R.

Que en cuanto al **argumento 17** de la recurrente, expuesto en el sexto Considerando de la presente resolución, nuevamente, no es objeto de la presente resolución administrativa pronunciarse respecto de la competencia o incompetencia de la APS en el "supuesto caso de incumplimiento contractual definido en su día, por la Resolución Administrativa SB N° 077/2006 de 14 de julio del mismo año".

Que en cuanto a las competencias, facultades y atribuciones de la APS, tanto la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013 cuanto la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013 son bastante explícitas y se explican por sí mismas.

Que en cuanto al **argumento 18** de la recurrente, expuesto en el sexto Considerando de la presente resolución, queremos creer que la alegación va dirigida contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013 y no contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013, pues ésta sí responde en tiempo y forma hábiles, a la petición de consignar en resolución administrativa la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, mientras que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013 responde a la solicitud de explicación de las bases competenciales de la APS respecto de la Póliza LPCO-1000056 cuanto al recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013.

Que en efecto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013 nada podía decir (o muy poco) respecto de la solicitud de explicación dicha tantas veces pues su objeto era única y simplemente, la consignación en resolución administrativa, de la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, tal cual se advirtió oportuna y adecuadamente a **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, por lo que no caben especulaciones respecto de inducciones a engaño, o responder para no responder.

CONSIDERANDO:

Que un argumento señalado por **SEGUROS ILLIMANI S.A.** es urgente hacer notar; esta aseguradora señala que "en la página 6 de la resolución recurrida, cita la Ley N° 365 de 23 de abril de 2013, olvidando que por precepto constitucional dicha norma es irretroactiva...". Siendo verdad que las normas disponen para lo venidero, no obstante, se debe examinar si en el caso de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013, la cita de la Ley N° 365 de 23 de abril de 2013 constituye uno de los fundamentos legales de su decisión, o simplemente tiene carácter ilustrativo, o de apoyo. Veamos: tal cita se encuentra efectivamente en la página 6 de dicha resolución, como una parte complementaria de la cita (valga el pleonasma) del artículo 43.t) de la Ley N° 1183 de 25 de junio de 1998, y de ninguna manera como base

legal determinante para amparar la consignación en resolución administrativa de la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013.

Que siendo ese el contexto de la simple cita de la **Disposición Adicional Primera. VIII. de la ante dicha Ley N° 365**, su inserción, lejos de ser “aberrante” o “chistosa”, tiende a ilustrar respecto de hasta dónde llegan las atribuciones del ente regulador.

CONSIDERANDO:

Que el conjunto de alegaciones esgrimidos por la recurrente en el presente recurso no enervan ni destruyen los razonamientos cursantes en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013, por lo que se concluye que la recurrente no ha desvirtuado lo dispuesto en la referida resolución administrativa, correspondiendo confirmar la misma.”

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 18 de julio de 2013, **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 598-2013 de 1 de julio de 2013, argumentando lo siguiente:

“(…)

a. Antecedentes.-

Son antecedentes del presente recurso en forma enunciativa las siguientes literales:

1. Resolución APS/DJ/DS/No 598 - 2013 de fecha 1 de julio de 2013.
2. Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°493/2013 de fecha 28 de mayo de 2013.
3. La Nota con CITE/PE 1062/2013 de fecha 16 de mayo de 2013
4. La Nota CITE/PE No.968/2013 de fecha 26 de abril de 2013
5. CITE: APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013.
6. La Nota CITE/PE No.968/2013 de fecha 26 de abril de 2013

- b. **Habiendo requerido a la APS proceda a explicar de forma motivada a partir de que norma deriva su competencia, de haber efectuado una decisión unilateral, se decida no aplicar el procedimiento establecido por el D.S.N°27175, conforme lo dispuesto en los Arts. 8 v 9 de la mencionada norma.-** De la lectura de la resolución ahora impugnada en su considerando décimo primero la APS nuevamente vuelve a entretenerse de manera gracioso (sic), explicando los alcances semánticos de la palabra motivación y sus dos acepciones; **motivo** y **motivación** a fin de no dar respuesta a lo esencial del presente proceso; dar explicación concreta, puntal (sic) y precisa sobre que facultad y/o competencia emanada por el ley (sic) faculta a la APS en el presente caso.

En concordancia a lo expuesto la APS efectúa la siguiente declaración (que se explica por si misma) contenida en la resolución ahora impugnada:

“(…) se debe ser categórico en declarar que no hay norma que restrinja o prohíba al ente regulador a resolver en un mismo instrumento administrativo decisorio como es una resolución administrativa, estos dos aspectos; **una**

petición de explicación de competencia y un procedimiento sancionador en instancia de revocatoria (...)" (las negrillas son nuestras).

Por consiguientemente (sic) la APS declara esta (sic) plenamente consiente (sic) en haber **MEZCLADO**, dos procedimientos diametralmente diferentes; aclarando que nuestra petición de explicación de competencia fue iniciado como un tramite (sic) independiente al recurso administrativo interpuesto; el primero amparado en los Arts. 8 y 9 del D.S. Nº 27175 y el segundo amparado en los Arts. 36, 37 y siguientes de la misma norma supra citada. Considerando que cada ambas solicitudes efectuadas por el administrado cuentan con procedimientos específicos y determinados por el D.S. Nº27175, por consiguiente **NO ENTENDEMOS COMO LA APS ADUCE DECLARAR LA NO EXISTENCIA DE NORMA QUE RESTRINJA O PROHIBA AL ENTE REGULADOR MEZCLAR** ambos procesos. Considerando la declaración supra identificada y los alcances legales de la misma toda la fundamentación por el ente regulador pierde todo sentido y coherencia.

- c. **Falta de Motivación en la Resolución Administrativa Recurrida.**- La motivación de las decisiones de toda autoridad o funcionario estatal es inherente al Estado democrático constitucional de derecho. De este deber no se hallan exentas las autoridades constitucionales ni administrativas; pues como señala el Dr. José Antonio Rivera Santivañez, **"Este principio implica que todas las sentencias constitucionales tienen que ser debidamente motivadas en Derecho..."**, dicha motivación implica, tal como lo tiene sentado el propio Tribunal Constitucional, que: **"las resoluciones que emiten las autoridades judiciales, deben exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de esas resoluciones"** (SC. 0816/2010-R). En el mismo orden de razonamiento halla coincidencia la VINCULANTE Sentencia Constitucional 0905/2006-R Sucre, 18 de septiembre de 2006 que señala: **"En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que: "cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución", y que "cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma" (SSCC 717/2006-R, 0505/2006-R y 1369/2001-R, entre otras)".**

Consiguientemente hacemos notar a su autoridad que de la lectura de la mediante la presente

- En el mismo orden de razonamiento sentado en el punto anterior - REITERO - SU AUTORIDAD HA OMITIDO VALORAR LA NOTA CITE/PE No 1062/2013 DE 16 DE MAYO DE 2013 OMISION QUE IMPORTA VULNERACION DE DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES CONFORME LOS SIGUIENTES FUNDAMENTOS:

Se ha negado la activación de un derecho reconocido expresamente por ley dentro, en el marco de lo previsto en los artículos 8 y 9 del Decreto Supremo No.- 27175, mediante nota CITE/PE No 968/2013 de 26 de abril de 2013 hemos solicitado a su Autoridad explique de donde deviene su competencia a fin de dilucidar la controversia entre particulares a la que refiere su nota de cargos

APS/DJ/DS/No 5753/2013.

Dicho requerimiento no fue atendido por su Autoridad en su momento y fue dilatado de manera inmotivada y mezclando dos procedimientos diametralmente opuestos el uno con el otro; a cambio nos ha enviado la nota cite APS/DESP/DJ/5311 - 2013 de fecha 7 de mayo de 2013 mediante la cual su Autoridad señala que lo requerido en la nota CITE/PE No 968/2013 de 26 de abril de 2013 será resultado (sic) en forma conjunta con el recurso de revocatoria interpuesto por la institución que represento contra la Resolución Sancionatoria APS/DJ/DS/No. 245 - 2013 de fecha 27 de marzo de 2013; en . atención a lo señalado, mediante nota CITE/PE No.- 1062/2013 Seguros Illimani S.A., en respuesta a la antedicha nota (APS/DESP/DJ/5311 - 2013 de fecha 7 de mayo de 2013), ha solicitado que dicho razonamiento sea plasmado en resolución administrativa fundada y motivada amparando su petición en los articulo 19 y 20 del Decreto Supremo No.- 27175. A respecto (sic) y conforme se tiene de los antecedentes propios que hacen al presente recurso se tiene que en el punto específico SU AUTORIDAD HA OMITIDO VALORAR LOS ARGUMENTOS LEGALES EN DEFENSA DE LA INSTITUCION QUE REPRESENTO **CONTENIDOS EN LA NOTA CITE/PE No.- 1062/2013 A LOS QUE ME REFIERO NUEVAMENTE EN FORMA AMPLIADA Y EXPLICATIVA A OBJETO DE QUE LAS AUTORIDADES SUPERIORES SE SIRVAN VALORARLAS; Y EN CONSECUENCIA ANULAR EL ILEGAL PROCESO AL QUE LA EMPRESA QUE REPRESENTO ESTA SIENDO SOMETIDA SIN EXPLICACION JURIDICA ALGUNA:**

- Su Autoridad no puede mezclar un proceso administrativo sancionatorio con una petición nuestra relativa a la solicitud de que la APS explique la competencia que asiste a su Autoridad en determinado caso o asunto, ello sencillamente debido a que formalmente se tratan de dos cuestiones absolutamente distintas.
- El proceso sancionatorio no tiene la finalidad perseguida por la petición de Seguros Illimani S.A de que la APS explique su competencia en un determinado asunto y sobre todo debido a que ambos procedimientos tienen diferencias radicales y su naturaleza jurídica es distinta. Uno es un proceso sancionatorio y el otro es una petición del regulado al ente administrativo a fin de que el ente administrativo explique su competencia en un determinado asunto.
- Materialmente tampoco es posible mezclar ambos procedimientos pues su naturaleza jurídica en caso de persistir la falta de competencia a juicio del administrado activa mecanismos constitucionales que no pueden ser activados en la vía sancionatoria.
 - Me explico; mediante nota CITE/PE No.968/2013 de fecha 26 de abril de 2013, en aplicación de los Arts. 8 y 9 del Decreto Supremo No.- 27175, se solicita al ente regulador explique de forma motivada en que norma afirma tener competencia en la aplicabilidad de las pólizas relacionada al supuesto incumplimiento al Art.12 de la Ley N°1883; de forma inexplicable la APS deicidio (sic) mezclar dos procesos diametralmente diferentes por medio de la nota con CITE: APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013; posteriormente mediante

nota con CITE/PE No 1062/2013 de fecha 16 de mayo de 2013, hemos solicitado a su Autoridad, en el marco de los artículos 19 y 20 del Decreto Supremo No.- 27175 eleve a rango de resolución motivada y explicativa el contenido de su nota APS/DESP/DJ/5311- 2013; dicho extremo a (sic) incumplido el procedimiento determinado por el Decreto Supremo No-27175 considerando que la misma norma determina que deberá responderse a la solicitud (sic) del regulado a través de Resolución motivada, explicativa y SEPARADA DE CUALQUIER OTRO TEMA PUES DICHO ASUNTO (competencia de la APS) NO SE ESTABA DILUCIDANDO DENTRO DE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ALGUNO SINO QUE CONSTITUIA EN CALIDAD DE REQUERIMIENTO POR SEPARADO DEL ADMINISTRADO A LA APS. No queremos creer que su Autoridad ha procedido a mezclar ambos temas de forma intencional a fin de que se limite y se restrinja de forma abusiva e ilegal el derecho que asiste a Seguros Illimani S.A. a acceder a la justicia y a los mecanismos recursivos franquados por ley; sin embargo en los hechos dicha restricción está presente pues existen sendas Sentencias Constitucionales VINCULANTES cuyo contenido es de conocimiento general que ninguna Autoridad puede negar, que establecen de forma irrefutable que el RECURSO DIRECTO DE NULIDAD, acción constitucional que habríamos opuesto de inmediata de haberse dirimido su Autoridad competente en el tema que se le solicito se pronuncie mediante nota CITE/PE No.- 968/2013 de 26 de abril de 2013 y CITE/PE No 1062/2013 de 16 de mayo de 2013; es inatendible e improcedente dentro de un proceso sancionatorio; al mezclar su Autoridad el proceso sancionatorio tantas veces citado con la supra señalada petición de que fundamente jurídicamente de donde deviene su competencia en el caso concreto, su Autoridad está cometiendo un grave error e induciendo en equivocación a otras Autoridades pues esta exteriorizando un extremo no evidente; se está mostrando que la petición de explicación de la competencia de la APS se estaría dando dentro de proceso sancionatorio lo cual no es verdadero y con ello SE ESTA RESTRNGIENDO (sic) EL DERECHO QUE ASISTE A LA ENTIDAD QUE REPRESENTO DE ACCEDER A LOS MECANISMOS CONSTITUCIONALES SEÑALADOS POR LEY A FIN DE DIRIMIR EN DEFINITIVA LA COMPETENCIA DE UNA DETERMINADA AUTORIDAD EN CASO CONCRETO.

○ La resolución a ser pronunciado (sic) por la APS en atención a la petición contenida en la nota CITE/PE No 1062/2013 de 16 de mayo de 2013 habría ameritado una resolución expresa que de acuerdo a nuestra economía jurídica es susceptible de un **RECURSO DIRECTO DE NULIDAD - SIN TENER QUE ESPERAR NADA** - bajo el esquema aplicado en el presente caso por la APS ello no es posible. Dicho extremo está siendo manejado de tal manera por la APS que el derecho constitucional que nos asiste de acceder a los recursos franquados por ley está siendo vulnerado. Al mezclar ambos procedimientos **se nos esta coartando el derecho que nos asiste de recurrir de forma inmediata v oportuna mediante los mecanismos constitucionales contra la Resolución mediante la cual la APS dirima su competencia específica en el tema.**

○ A LA FUERZA Y DE MANERA INMOTIVADA LA APS ESTA RELEGANDO CUALQUIER MECANISMO CONSTITUCIONAL RECURSIVO CONTRA LA RESOLUCION QUE EXPLIQUE SU COMPETENCIA EN EL CASO CONCRETO A QUE EL PROCESO SANCIONATORIO INICIADO MEDIENTE (sic) LA NOTA de cargos APS/DJ/DS/No

5753/2013 CONCLUY (sic); LO QUE ES ILEGAL Y ABUSIVO - CON EL AGRAVANTE DE QUE SE ESTA EXTERIORRIZANDO (sic) UN HECHO IRREAL QUE NO GUARDA RELACION CON LO OCURRIDO HACIENDO VER QUE DICHA SOLICITUD DE EXPLICACION RELATIVA A LA COMPETENCIA DE LA APS SE ESTARIA DANDO DENTRO DE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO - EXTREMO QUE NO ES VERDAD Y QUE DIFICULTA, DE MANERA ENGANOSA (sic), MUCHO MAS CUALQUIER MECANISMO RECURSIVO QUE PRTEANDA (sic) UTILIZAR SEGUROS ILLIMANI S.A. CONTRA ACTOS DE LA APS EN LOS CUALES DICHA EMPRESA ASEGURADORA CUESTIONE LA COMPETENCIA DEL ENTE REGULADOR A SU UCARGO (sic).

- En los hechos se nos está restringiendo aquellas vías constitucionales al mezclar dos procedimientos diametralmente distintos el uno con el otro cuya naturaleza jurídica no permite a su Autoridad mezclarlos (sic) y resolverlos dentro de un proceso administrativo sancionatorio.
- La nota de cargos mediante la cual se inicio el proceso sancionatorio que derivo en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/245 - 2013 no tiene relación alguna con la petición contenida en nuestra nota PE/No - 968/2013 de 26 de abril de 2013, en consecuencia con el proceder contenido en la nota de referencia se está atentando contra el principio de congruencia el cual tiene rango constitucional. - La nota de cargos y la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/245 - 2013 versan sobre un supuesto incumplimiento al artículo 12. a) de la Ley No.-1183 de 25 de junio de 1998 mientras que la petición realizada a la APS mediante notas CITE/PE No.- 968/2013 de 26 de abril de 2013 y CITE/PE No 1062/2013 de 16 de mayo de 2013 trata sobre una solicitud se explicación de parte del regulado al ente regulador sobre su competencia en un caso determinado. Se están mezclando asuntos diametralmente opuestos. Con relación al principio de congruencia en las resoluciones judiciales y obviamente administrativas sancionatorias el ex magistrado del Tribunal Constitucional Dr. José Antonio Rivera Santivañez, señala que **“Conforme a este principio, El Tribunal Constitucional, al emitir la sentencia, debe mantener y respetar la más estricta correspondencia entre “demanda” y “pronunciamiento”** - Lo señalado es obviamente valedero también para las Resoluciones Administrativas Sancionatorias, iniciado un proceso por un motivo determinado, la resolución de dicho proceso NO PUEDE INCLUIR OTROS ASPECTOS PUES ELLO VULNERA DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES CUYO RESPETO PERSEGUIREMOS HASTA LAS ULTUIMAS (sic) CONSECUENCIAS.

c. **INCONGRUENCIA EN LA REDACCION Y FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/No 493 - 2013. ERRONEA APLICACIÓN Y FUNDAMENTACION:**

La motivación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°493/2013 de fecha 28 de mayo de 2013 no es correcta, considerando que los argumentos expuestos en la nota supra identificada versan en lo siguiente:

- i. Procede a efectuar una supuesta explicación de la aceptación jurídica del termino (sic) MEZCLAR tras haber citado dos escuetas definiciones del termino

(sic), posteriormente expuesto las dediciones, simplifica su accionar y cito textualmente: (...)” que al emitir la carta que es consignada en resolución administrativa, se encuentra lejos de mezclar un proveimiento (sic) sancionatorio con una petición, elementos inmateriales propios del ámbito de los fenómenos materiales y/o corpóreos” (...).

- ii. Nuevamente sin ningún fundamento jurídico afirma declara que a través de su nota con CITE: APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, la misma habría sido emitida debido a que el ente regulador administra múltiples gestiones situación que lleva a diseñar planes de acción de acuerdo a un orden cronológico y de importancia circunstancial.
- iii. Por ultimo (sic) vuelve declarar, sin fundamento legal alguna careciendo de todo criterio legal más solo la subjetividad de uno o más de sus funcionarios, que la APS no a (sic) negado la petición de Seguros Illimani S.A., de hecho ha dado curso legal a la misma de acuerdo a las contingencias particulares del caso.

Consiguientemente no existe fundamentación legal que permita a la APS de forma unilateral decidir la aplicación normativa de procedimientos establecidos con plazos y requisitos de presentación, como ser al caso en concreto lo que implica que el obrar como lo hace la APS, en este y otros casos, y no remediarlo, se traduce en consentir un acto de ilegalidad manifiesta por varias razones:

a). Primero debido a que la APS no tiene facultad alguna para decidir en que (sic) casos es aplicable el procedimiento de petición de competencia y en cuales según las contingencias particulares de cada caso no aplicar lo determinado por la norma, constatándose el incumplimiento al principio de sometimiento pleno a la ley.

b). No existe precepto alguno ni jurisprudencia que establezca que a partir de los principios de eficacia, economía y celeridad, se puede dejar de cumplir la norma.

c) **Irretroactividad de la Ley No.- 365 y consideraciones pertinentes relativas a la misma.**- Note además su Autoridad que la APS en la página 6 de la resolución ahora recurrida cita la Ley N°365 de 23 de abril de 2013, olvidando que por precepto constitucional dicha norma no es retroactiva. La sola mención a dicha norma es aberrante e impertinente por parte del ente regulador,

d) Consiguientemente el hecho más relevante, no solo implica el incumplimiento o la no aplicación del derecho y es que este efecto pretendidamente se pretende emitir acto administrativo sin la más mínima motivación legal.

- d) **ESTADO DE INDEFENCION.**- (sic) De acuerdo a la **VINCULANTE** jurisprudencia constitucional a la que me referiré más adelante, se considera que cuando la autoridad jurisdiccional, administrativa o de cualquier otra índole; encargada de administrar justicia, por cualquier medio, menoscaba, dificulta o reprime el derecho de acceso a los medios de defensa que aseguran el ejercicio a la defensa a los administrados, conculca con dicho accionar el derecho a la defensa que asiste a estos y consiguientemente los sume en indefensión; en el presente caso un mecanismo de defensa establecido por el inciso I, artículo 8vo del D.S. No.- 27175 ha sido abusivamente mezclado con un proceso sancionatorio con las complicaciones recursivas anotadas ut supra. Así tenemos las siguientes Sentencias Constitucionales que VINCULAN el accionar de toda autoridad encargada de administrar justicia: La SC 377/2003/2003-R ha establecido que se entiende por **derecho a la defensa** lo siguiente: “(...) **no es un derecho que concierna al querellante o víctima, sino más**

bien al imputado asegurándole la posibilidad de todo recurso o medio para defenderse y desvirtuar la acusación presentada en su contra, de modo que podrá presentar y producir cuanta prueba lícita la considere favorable, podrá presentar incidentes, recursos, excepciones y otros, para probar su inocencia (...), resultado obvio, que cuando esa posibilidad es impedida por la autoridad jurisdiccional a través de algún acto o resolución, no hace más que incurrir en un acto ilegal que suprime el derecho de acceso a la justicia.” - Quedando absolutamente claro que por nuestra parte hemos ejercido un mecanismo de defensa frente al accionar de la APS, mecanismo de defensa que ha sido soslayado por la entidad a su cargo sumiéndonos en evidente estado de indefensión - astutamente pretenden que cuestiones diametralmente diferentes y con consecuencias recursivas distintas sean resultas en una sola resolución -, lo que es peor el mecanismo de defensa que (sic) nos corresponde a fin de que la APS establezca de forma clara su competencia en el presente caso ha sido impedida por que se la ha mezclado con un proceso sancionatorio y debido a que, en los hechos, se ha supeditado dicho extremo a la conclusión del proceso sancionatorio.

- e. **FALTA DE MOTIVACION.**- En el caso específico no solo que se ha dado la falta de motivación en la resolución recurrida sino que la APS no se ha referido para nada a nuestros argumentos. En consecuencia dicho acto constituye un acto inmotivado de su Autoridad el mismo que lesiona derechos y garantías constitucionales conforme la **VINCULANTE** Sentencia Constitucional No. 0905/2006-R Sucre, 18 de septiembre de 2006 que señala: **“En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que: “cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución ”, y que “cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma” (SSCC 717/2006-R, 0505/2006-Ry 1369/2001-R, entre otras).**” - **VINCULANTE** Sentencia Constitucional que es plenamente aplicable a su Autoridad por imperio de los artículos 28 y 30 de la Ley 2341 que señala que todo acto administrativo debe ser fundamentado; expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto así como la causa del mismo y el derecho aplicable, extremos que se hallan **AUSENTES** en la Resolución recurrida. **JAMAS SE HA RELACIONADO NI PARA DESVIRTUARLA EL CONTENIDO DE LA NOTA CITE/PE No 1062/2013 DE 16 DE MAYO DE 2013.**
- f. **INCOMPETENCIA DE LA APS.**- Es claro colegir que en un caso como el que nos ocupa en el que existe un **SUPUESTO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL OJO NO DE RESOLUCION DE LA APS**; La Resolución Administrativa SB No. 077/2006 de 14 de junio del mismo año ha establecido claramente lo siguiente: **“La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras no alcanza a resolver situaciones controversiales entre las entidades reguladas y sus clientes o usuarios emergentes de contratos o acuerdos suscritos en el uso privativo de facultades civiles y comerciales establecidas en la legislación boliviana ...”(SIC)**__- La competencia del ente regulador, en este caso de la APS se halla limitada a emitir regulaciones

prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la actividad de seguros, cualquier cuestión relativa al cumplimiento de contratos o su incumplimiento es atribución privativa de los juzgados ordinarios de la república, la APS carece de competencia para referirse o analizar cuestión alguna relativa a dicho punto, así lo ha ratificado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 84/006 de 19 de diciembre de 2006 en forma incuestionable. En el mismo orden de razonamiento halla coincidencia la Resolución Jerárquica De Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2005 de fecha 12 de septiembre de 2005.

PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en el Decreto Supremo No. 27175 y la Ley 2341, establecidos para la presentación del Recurso Jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, Por todo lo expuesto y ratificándome en los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el recurso de revocatoria, solicito tenga su autoridad por recurrida la Resolución que indica y póngase en conocimiento de las autoridades superiores el presente recurso, para que una vez admitido resuelva revocando de forma total el acto impugnado, así como todos los antecedentes, sea con las formalidades de Ley."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES

Mediante nota CITE: APS/DESP/DJ/DS/5753/2013 de 1 de febrero y notificada en fecha 27 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, procedió con la notificación de cargos a Seguros Illimani S.A., por supuesto incumplimiento del artículo 12.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

Seguros Illimani S.A., mediante nota CITE: PE N° 0548/2013 de fecha 11 de marzo de 2013 y presentada en fecha 13 de marzo de 2013, presentó sus correspondientes descargos.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013, sancionó a Seguros Illimani S.A. con una multa equivalente a Cuarenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda, por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

En fecha 6 de mayo de 2013, Seguros Illimani S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra

la Resolución APS/DJ/DS/N°245-2013 de 27 de marzo de 2013, mismo que ha sido resuelto por la APS mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013, mediante la cual confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013.

En la misma fecha, es decir, 6 de mayo de 2013, Seguros Ilimani S.A., presentó la nota CITE/PE N° 968/2013, mediante la cual solicita una explicación motivada respecto a la competencia que tendría la Autoridad reguladora en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas en relación con el supuesto incumplimiento del artículo 12 de la Ley N° 1883.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota CITE: APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, expresó que en aplicación de los principios de eficacia, economía y celeridad contemplados en el artículo 4 de la Ley N° 1883, la respuesta a la citada nota se emitiría a momento de dilucidarse el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013.

Que, mediante carta CITE/PE N° 1062/2013 de 16 de mayo de 2013 y presentada en fecha 17 de mayo de 2013, Seguros Ilimani S.A. solicita respuesta, por cuerda separada, a la nota CITE/PE N° 968/2013 de 26 de abril de 2013, en razón a que no se podría mezclar un proceso administrativo sancionatorio con una petición.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 28 de mayo de 2013, y a solicitud de la recurrente, consignó en Resolución Administrativa la nota CITE: APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013.

En fecha 24 de junio de 2013, Seguros Ilimani S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/N°493-2013 de 28 de mayo de 2013, mismo que ha sido resuelto por la APS mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 598-2013 de 1 de julio de 2013, mediante la cual confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°493-2013 de 28 de mayo de 2013.

Que, en fecha 18 de julio de 2013, Seguros Ilimani S.A., interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 598-2013 de 1 de julio de 2013, el cual pasa a resolverse, debiendo con carácter previo precisarse, que el objeto de la presente controversia, radica en que si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha actuado conforme a derecho, al no haber dado lugar al inicio de otro proceso, por lo que, debe dejarse en claro, que no corresponde sustanciar ni resolver las cuestiones que hacen al fondo de la causa, por cuanto los mismos son inherentes a una oportunidad procesal distinta, aquella que tiene que ver con el recurso jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°490-2013 de 24 de mayo de 2013, y que serán resueltas por cuerda separada, conforme a procedimiento.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. De la existencia de dos procesos.-

Seguros Ilimani S.A., refiere que el Ente Regulador habría mezclado dos procedimientos opuestos y distintos en razón a que, dentro del procedimiento sancionador la APS se habría

pronunciado sobre la competencia que tendría ésta para resolver controversias de hecho y de derecho.

Que, a decir de la recurrente, la nota con CITE/PE N° 968/2013 de 26 de abril de 2013, debió ser resuelta a través de un procedimiento paralelo y no así en el procedimiento sancionador, hecho que habría dado lugar a que se vulnera el derecho de acceso a los recursos franquados por ley.

Al respecto y de los antecedentes descritos, tenemos que, tanto el presente proceso así como el proceso sancionador, se inicia a consecuencia de la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/5753/2013 de 1 de febrero de 2013, por el presunto incumplimiento al artículo 12. Inc. a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, en razón a que Seguros Ilimani S.A., no habría hecho el pago de la indemnización a la Administradora Boliviana de Carreteras (Póliza de Garantía de Cumplimiento de Obra LPCO1000056).

Por lo que importa traer a colación la nota CITE/PE N° 968/2013 de 26 de abril de 2013 emitida por Seguros Ilimani S.A., que expresa lo siguiente:

“...Habiendo sido notificados con la nota de cargos CITE APS/DJ/DS/N° 5753/2013 respondida la misma mediante nuestra carta con CITE N° PEN°548/2013, referida al reclamo seguido en contra de la compañía a la cual represento por el caso seguido por la Administradora Boliviana de Carreteras por la presunta ejecución de una Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra N° LPCO1000056. De forma inexplicable la APS emite Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 2452013(sic) de fecha 27 de marzo de 2013.

Efectuado el análisis de la Resolución supra citada donde se cita brevemente una reseña del conjunto de atribuciones, facultades y objetivos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, intentado (sic) de esta forma justificar la apropiación de la competencia en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas.

Consiguientemente y en aplicación del Art. 8 y 9 del D.S. N° 27175, solicito a su Autoridad explique de forma motivada, en qué norma afirma tener competencia en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas relacionada al supuesto incumpliendo (sic) al Art. 12 de la Ley N° 1883 conforme afirma en la Resolución Administrativa supra detallada. (las negrillas son de la APS).

Así mismo aclaro a su Autoridad que cualquier controversia de hecho o derecho que se suscite entre nuestra en (sic) empresa, los asegurados y/o beneficiarios debe ser resulta (sic) por la vía arbitral. Dejando en claro que la interpretación de una norma aplicada a la ejecución (o) a la activación de una cobertura constituye precisamente una controversia de derecho...”

Nótese en este punto que la solicitud de competencia deviene del inicio del proceso sancionador por un supuesto incumplimiento al Art. 12 inc. a) de la Ley N° 1883, en el caso de la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra N° LPCO1000056.

Hecho que, a su vez, se encuentra ratificado dentro del Recurso de Revocatoria presentado contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°245-2013 de 27 de marzo de 2013, donde señala que la APS no tendría competencia para resolver controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, por lo que se muestra la interrelación de antecedentes.

Asimismo, en fecha 7 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a través de carta APS/DESP/DJ/5311-2013, responde a Seguros Illimani S.A., de la siguiente manera:

“...En relación a su solicitud de explicación de “forma motivada en qué forma la APS afirma tener competencia en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas relacionadas al supuesto incumplimiento Artículo 12 de la Ley N° 1883 conforme afirma en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 nos corresponde manifestarle que, en aplicación de los principios de eficacia, economía y celeridad contemplados en los inc. j) y k) del artículo 4 Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, recibirá respuesta apropiada a momento de dilucidarse el Recurso de Revocatoria contra aquella Resolución que su institución interpuso en fecha 06 de mayo de 2013...”

Que, conforme se tiene anotado y al haber dado respuesta a la nota presentada por Seguros Illimani S.A., (PE N° 968/2013 de 26 de abril de 2013,) en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 493-2013 de 20 de mayo de 2013, el Ente Regulador, ha actuado conforme a derecho, en razón a que la solicitud de competencia deviene justamente del inicio del procedimiento sancionador por un supuesto incumplimiento al Art. 12 inc. a) de la Ley N° 1883, en el caso de la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra N° LPCO1000056, y no así por cuerda separada como señala la recurrente.

Que, una vez más, no debemos perder de vista que la solicitud de pronunciamiento deviene de la nota de descargos, emergente de un proceso sancionatorio, por lo cual la APS siguiendo el procedimiento administrativo -el cual no contempla que dentro de un proceso ya iniciado, y a consecuencia de éste, se pueda iniciar otro procedimiento para dilucidar los mismos aspectos- otorgó una respuesta, haciéndole conocer a la peticionante que el fundamento de competencia requerido se dilucidaría en la Resolución de Recurso de Revocatoria.

Que, en este sentido, el Ente Regulador ha cumplido con los principios de sometimiento pleno a la ley y principio de Unidad Procesal, entendidos como:

“...el principio de legalidad en el ámbito administrativo, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución y a las leyes y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos. Este principio está reconocido en el art 4 inc. c) de la ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala “La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso; (...)

Otro signo del principio de sometimiento de la administración al derecho está referido a que la administración no puede substraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetarse su actuación y el de las partes en su caso, a lo previsto en la norma que regula el caso en cuestión. Conforme a esto, la Ley de Procedimiento Administrativo en su art. 2 establece que: *“La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley.”* (Criterio ya recogido por la SC 0908/2005)

En cuanto al principio de Unidad Procesal, este último entendido como:

*“...que todo procedimiento que se inicie ya sea de oficio o a solicitud de parte implica la formación de un expediente administrativo que debe contener la totalidad de actuaciones, diligencias y actos que se expidan en el transcurso de la misma. **La formación de un expediente administrativo, garantiza el principio de la unidad procesal que resguarda que toda actuación administrativa en procura, no solo de evitar dualidad de pronunciamiento sobre un mismo objeto, sino también de garantizar la economía procesal establecida en el Artículo 4 literal k) de la Ley de Procedimiento Administrativo, precisamente para evitar una dispersión innecesaria del procedimiento administrativo”** (Criterio ya recogido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 20/2004 de 09 de noviembre de 2004).*

Sin embargo, pese a ello, en fecha 16 de mayo de 2013, mediante Nota PE/1062 2013, Seguros Illimani S.A. solicita a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que se consigne en Resolución la Nota Cite APS/DESP/DJ/5311-2013.

Por lo que, la Autoridad de Fiscalización, emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 493-2013 de 28 de mayo de 2013 consignando en Resolución la nota CITE: APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, ello en estricta sujeción al procedimiento administrativo, cuyo Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, expresa:

"Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos). Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación."

"Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).

I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados **o personas interesadas** solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el **plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.**"

Conforme se tiene determinado, entonces, a solicitud del recurrente la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha consignado el acto administrativo de menor jerarquía en un acto recurrible, en cuanto a la negativa de responder en otro proceso a la solicitud de competencia, sin que ello signifique que la misma corresponda

a un trámite distinto, ni que dentro de este procedimiento la Autoridad de Fiscalización deba pronunciarse nuevamente sobre el fondo del proceso sancionador, sino sólo -cual ya se tiene delimitado- en cuanto a lo referido en la Nota APS/DESP/DJ/5311-2013.

Que, en este sentido, la Autoridad de Fiscalización, en cumplimiento a la normativa administrativa, ha actuado en estricta sujeción a la misma, no encontrando ésta instancia jerárquica ninguna violación, al derecho a la petición.

2.2. En cuanto a la falta de motivación.-

La recurrente refiere que habría existido falta de motivación en la Resolución impugnada, al no haberse precisado qué facultad o competencia tendría la APS para resolver controversias de hecho y de derecho.

Sobre el tema en cuestión, la Ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI, en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, ha señalado:

“Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda.

Entonces, de la atenta lectura de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 598-2013 de 1 de julio de 2013, así como de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 493-2013 de 28 de mayo de 2013, se tiene que, las mismas se encuentran debidamente fundamentadas **en cuanto al objeto que hace a dicho proceso**, es decir, en cuanto a la consignación de la Nota CITE: APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013 en Resolución Administrativa, misma que determina que el pronunciamiento respecto a la competencia iba a dilucidarse en el proceso administrativo principal.

Es así que no correspondía que la APS se pronuncie, ya dentro de este proceso, en cuanto a la competencia y demás fundamentos del proceso sancionador, ya que conforme se viene determinando, los mismos hacen a una realidad procesal distinta y debieron ser considerados por parte del Ente Regulador en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº490-2013 de 24 de mayo de 2013.

Que, en este sentido, se tiene que, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros, ha cumplido con lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo, que refiere:

“Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (...)...Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo...”

Concordante con lo anterior, el artículo 30, literal a), de la Ley de Procedimiento Administrativo establece, en cuanto a la motivación:

“Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando resuelvan recursos administrativos.

Por lo tanto, no ha existido ninguna vulneración al principio de motivación en relación a que la APS no se haya pronunciado sobre su competencia y sobre otros aspectos legales que debieron ser resueltos en el proceso sancionador.

2.3. En cuanto al Recurso de Nulidad.-

Seguros Illimani S.A., señala que a consecuencia de la negativa de la APS de iniciar otro proceso referido a la petición contenida en la Nota CITE/PE N° 1062/2013 de 16 de mayo de 2013, hubiera dado lugar a que se le vulnera y coarte el derecho a recurrir, específicamente, en cuanto a la presentación de un Recurso de Nulidad.

Que, el derecho al acceso a la justicia, también denominado por la doctrina española como derecho a la tutela judicial efectiva, implica la posibilidad que tiene toda persona, independientemente de su condición económica, social o de cualquier otra naturaleza, de acudir ante los tribunales para formular pretensiones o defenderse de ellas, de obtener un fallo de esos tribunales y que la Resolución pronunciada sea cumplida y ejecutada.

Al respecto, en el caso de autos, si bien la recurrente consideraba que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no tiene competencia para atender un caso específico, la misma pudo presentar recurso de Nulidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, conforme el artículo 143 y 145 del Código Procesal Constitucional y 159 de la Ley del Tribunal Constitucional, que determinan, a saber:

“Artículo 143.-

EL Recurso Directo de Nulidad tiene por objeto declarar la nulidad de los Órganos y Autoridades Públicas que usurpen funciones que no les competen, así como ejercer jurisdicción o potestad que no emane de la ley.

...Artículo 145.-

“Tiene legitimación activa para interponer Recurso Directo de Nulidad

- 1. Toda persona natural jurídica*
- 2. El Defensor del Pueblo”*

“Artículo 159.-

...El Recurso se interpondrá por el recurrente o por quien lo represente dentro los siguientes seis meses computables a partir de ejecución del acto o de la notificación de la resolución impugnada...”

Que, el hecho que la APS haya negado iniciar otro proceso paralelo al proceso sancionador, en ningún caso puede entenderse que este hecho signifique que se haya coartado o vulnerado el derecho a recurrir, ya que conforme se tiene anotado, el recurso de nulidad se presenta contra todo acto de Órganos o autoridades públicas que usurpen funciones que no les competen o contra aquellos que ejercen jurisdicción o potestad que no emana de la Ley.

Asimismo, debe dejarse en claro que en ningún momento se ha impedido el acceso a la vía Constitucional o administrativa (Recurso de Revocatoria y Jerárquico) a la recurrente, no existiendo, por ende, ninguna vulneración a su derecho a la defensa.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis en cuanto a que, en el caso de autos, no correspondía iniciar proceso paralelo en cuanto a la Nota CITE: APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, en consecuencia ha motivado y ha fundamentado conforme a derecho, tal cual se evidencia de la fundamentación dada en la Resolución Impugnada.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar Totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°598-2013 de 1 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°493-2013 de 28 de mayo de 2013.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

SEGUROS ILLIMANI S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/N° 490-2013 DE 24 DE MAYO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 067/2013 DE 10 DE OCTUBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 067/2013

La Paz, 10 de Octubre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°490-2013 de 24 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°245-2013 de 27 de marzo de 2013, emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 65/2013 de 17 de septiembre de 2013, y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°152/2013 de 26 de septiembre de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 17 de junio de 2013, Seguros Illimani S.A., representada legalmente por el Gerente de Operaciones Lic. Daniel Fernando Arce Sporn, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 0567/2011 de 20 de junio de 2011, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 101 del distrito judicial La Paz, a cargo de la Dra. Mariana lby Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°490-2013 de 24 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°245-2013 de 27 de marzo de 2013.

Que, mediante nota cite: APS/DESP/DJ/DS/6115/2013, con fecha de recepción de 20 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al

Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°490-2013 de 24 de mayo de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 4 de julio de 2013, notificado en fecha 10 de julio de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°490-2013 de 24 de mayo de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

1.1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/5753/2013 de 1 de febrero de 2013, notificó a Seguros Illimani S.A., con los siguientes cargos:

*“Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera “SIREFI”, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica (sic) a usted que como resultado de la evaluación del cumplimiento de la normativa vigente con relación al reclamo presentado por la Administradora Boliviana de Carreteras por la ejecución de la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra para entidades públicas Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento LPCO 1000056, se ha llegado a los siguientes supuestos contra **SEGUROS ILLIMANI S.A.:***

Incumplimiento presunto del artículo 12.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, que determina: “ARTÍCULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista...”

*En consecuencia **NOTIFICAMOS** a usted en su condición de representante legal de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, con los cargos anotados en los párrafos precedentes, al no haber observado y cumplido debidamente la normativa señalada, por lo que en aplicación del artículo 67 del Decreto Supremo No. 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercer su legítimo derecho a la defensa.*

Vencido el término de prueba y dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos, la APS emitirá la resolución que corresponda en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo No. 27175...”

2. DESCARGOS.-

Mediante nota PE N° 0548/2013 de 11 de marzo de 2013, Seguros Illimani S.A., presentó descargos refiriendo lo siguiente:

“1. De acuerdo a los alcances de la norma supuestamente infringida, debemos observar que no se ha considerado que la indemnización de un seguro daños procede cuando la eventualidad prevista se presenta, no obstante en el presente caso, no solamente la ABC no ha previsto los efectos de sus propias disposiciones contractuales, también se contradice en la causal de resolución del contrato base, al margen tenemos la referencia que la empresa SERCO SRL (Afianzada) al tener un conflicto de intereses para determinar la procedencia o no del incumplimiento del contrato ha recurrido a un proceso judicial.

*2. En relación a la postura de nuestra entidad para no dar curso al siniestro, se enmarcó que ha momento de recibir la documentación de resolución del contrato la empres (sic)SERCO SRL representada por el señor Escobari Durán, nos proporcionó el Acta de Resolución Provisional de Obras de fecha 28 de agosto de 2009, el cual claramente estableció: **“...En la inspección realizada se verificó que las actividades fueron ejecutadas de acuerdo a lo establecido en las normas de ejecución, se verificaron los volúmenes ejecutados y no se tuvieron observaciones...”** (Véase Anexo 1).*

3. Ahora de acuerdo con el contrato ABC N° 434/08-ORLP-OBR-TGN, en la cláusula Trigésima Octava, el afianzado, solicitó día y hora de entrega al Supervisor Vial de la ABC Ing. Luis Orlando Vargas Rubín de Celis (supervisor quien firmó el Acta de Recepción Provisional de Obras de fecha 28 de agosto de 2009) mediante nota MTTO RUT T-11 N° 046/2009 de fecha 05 de octubre de 2009. (Véase Anexo 2).

4. En fecha 13 de octubre de 2009 el Supervisor vial Tramo 11 Ing. Luis Orlando Vargas Rubín de Celis solicita al Ing. Juan Carlos Solíz Ortíz Jefe Regional de La Paz de la ABC, la recepción definitiva de la obra (Véase Anexo 3).

*5. Nuevamente remitiéndonos al contrato base ABC N° 434/08-ORLP-OBR-TGN en la cláusula Trigésima Novena Octava se estableció:...” **Si el supervisor no realizara el Acta de Recepción de la Obra en los treinta (30) días hábiles posteriores a la notificación el CONTRATISTA, se aplicará el silencio positivo y se entenderá que dicha recepción ha sido realizada sin ninguna observación, debiendo el CONTRATANTE emitir la certificación de recepción definitiva a requerimiento del CONTRATISTA. Si el CONTRATANTE no elaborase el mencionado documento, la notificación presentada por el CONTRATISTA será el instrumento legal que dará por concluida la relación contractual...”** en uso y facultad de esta disposición la empresa SERCO SRL (Afianzado) en fecha 18 de noviembre de 2009 remite la carta notariada de recepción definitiva la ABC (Véase Anexo 4).*

6. La nota emitida por el Presidente Ejecutivo a.i. de la ABC se emite en fecha 20 de enero de 2012 CITE ABC/GJU/2010-0037, esta Resolución definitiva del Contrato N° 434/08 ORLP-OBR-TGN no solamente se emite después de cuatro meses de solicitado el silencio positivo conforme a la cláusula Trigésima Novena, funda la resolución del contrato en el incumplimiento de la cláusula 21 un numeral 21.2.1. en razón que del Superintendente de Obra era el Ing. Marco Antonio Arias Martínez (Véase Anexo 5).

7. Sobre el punto anterior de acuerdo al Contrato Base ABC N° 434/08-ORLP-OBR-TGN Trigésima Séptima, se estableció que la MAE es el encargo (sic) para conformar la Comisión de Recepción y de acuerdo al Acta de Recepción Provisional de Obras de

fecha 28 de agosto de 2009, el Supervisor Vial Tramo 11 figura el Ing. Luis Orlando Vargas Rubín de Celis.

8. Asimismo, adjuntamos la nota y copias de la demanda ordinaria de extinción de la obligación por incumplimiento de Contrato presentado por la empresa SERCO SRL en contra de la Administración Boliviana de Carreteras ABC, de fecha 14 de abril de 2010 (Véase Anexo 6).

9. Finalmente adjuntamos las notas emitidas por nuestra compañía a la ABC, respondiendo sobre el rechazo de la cobertura de siniestro (Véase Anexo 7)..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 245-2013 DE 27 DE MARZO DE 2013.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 245-2013 de 27 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió:

"...PRIMERO SANCIONAR a SEGUROS ILLIMANI S.A. con Multa en Bolivianos equivalente a Cuarenta Mil Uno 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (40.001 UFV's) por incumplimiento del artículo 12.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998.

SEGUNDO.- La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. Nº 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.

TERCERO.- SEGUROS ILLIMANI S.A. deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el artículo segundo de la parte resolutive de esta Resolución Administrativa, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción..."

Los argumentos de la citada Resolución Administrativa, son los siguientes:

"CONSIDERANDO:

Que la norma acusada de infracción es el artículo 12.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 que determina: **"ARTÍCULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: **a) Indemnizar** los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista..."

CONSIDERANDO:

Que siendo derecho de todo regulado, la obtención de una decisión fundada conforme prevé el "Derecho al Debido Proceso" previsto en el artículo 115 – II de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPE) y una vez expuestos los descargos presentados por **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, se procede a analizar el caso presente.

CONSIDERANDO:

Que ab initio, es menester señalar que **SEGUROS ILLIMANI S.A.** reitera su negativa a pagar la indemnización debida a la Administradora Boliviana de Carreteras por la Póliza

de Garantía de Cumplimiento de Obra LPCO1000056, con el argumento de que el siniestro no ha ocurrido por las circunstancias en que la entrega provisional de las obras habría devenido en entrega definitiva por silencio positivo en responder al requerimiento del afianzado SERCO S.R.L. a mérito de cláusulas contractuales del acuerdo de voluntades ABC N° 434/08-ORLP-OBR-TGN.

CONSIDERANDO:

Que es necesario reseñar el conjunto de atribuciones, facultades y objetivos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros como sigue:

1) El artículo 167 de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP se denominará en adelante Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS y asumirá las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de seguros de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI.

2) El artículo 168 de la referida Ley determina que son funciones y atribuciones del organismo de fiscalización:

“...a) Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a ...entidades aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

c) Asumir las funciones, atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas en la Ley de Seguros que fueron transferidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero –ASFI.-

g) Supervisar las transacciones y los contratos realizados por las entidades bajo su jurisdicción, relacionados con las actividades establecidas en la ...Ley de Seguros...”

3) El artículo 41 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 establece como funciones y objetivos de la ex SPVS (Léase APS):

“...c) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros.

d) Velar por la publicidad adecuada y la transparencia de las operaciones en el mercado de seguros.

e) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos...”

4) Referente a las atribuciones de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (Léase APS) tenemos:

“...c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción.

d) Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.

k) Ordenar inspecciones o auditorías a las entidades y personas bajo su jurisdicción...”

4. El artículo 1 de la Ley N° 1883 de 25 de junio 1998, se tiene:

a) “Ámbito de Aplicación.-El artículo 1 de la referida ley señala que el ámbito de aplicación comprende las actividades de asumir riesgos de terceros y conceder coberturas, la contratación de seguros en general, el prepago de servicios de índole similar, así como los servicios de intermediación y auxiliares de dichas actividades, por sociedades anónimas, expresamente constituidas y autorizadas a tales efectos, por la Superintendencia...”

b) “El artículo 4 de la referida norma establece: La presente Ley y sus reglamentos tiene por objetivo regular la actividad aseguradora, reaseguradora, de intermediarios, auxiliares y entidades de prepago para que cuenten con la suficiente credibilidad, solvencia y transparencia garantizando un mercado competitivo. Asimismo, determina los derechos y deberes de las entidades aseguradoras y establece los principios de equidad y seguridad jurídica para la protección a los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro...”

CONSIDERANDO:

Que revisadas aquella estructura institucional que sustenta el accionar de la APS, se concluye nítidamente que su ámbito de trabajo se circunscribe al área de Seguros, su mercado, sus operaciones tanto en el aspecto contractual y normativo como de fiscalización, control y sancionatorio.

Que contrario sensu, no constituye materia de la jurisdicción del ente regulador actividades propias de personas que se rijan por cuerpos legales que tienen que ver con otras esferas jurídicas como la ordinaria u otros, y que contraten en esferas de la actividad civil o comercial y similares. En efecto, un ejemplo típico de actividad propia del área de Seguros es el contrato por el cual se adquiere una póliza cualquiera sea su modalidad, ramo o cobertura, mientras que el contrato civil (u otro) que no verse estrictamente con seguros, será objeto de sumisión a otros ámbitos jurisdiccionales como el civil, tributario, comercial, laboral etc.

CONSIDERANDO:

Que aclarado el campo de actividades institucionales del ente regulador sobre la base legal existente, corresponde manifestar que análisis y soluciones a las vicisitudes y controversias emergentes del contrato ABC N° 434/08/-ORLP-OBR-TGN corresponden al ámbito del derecho privado; v. gr. ocurrencia o no del siniestro, penalidades por silencio, pago de las primas pactadas, etc.

Que debe tenerse presente que consecuencia de aquél contrato principal es el nacimiento a la vida jurídica de la **Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas a Primer Requerimiento LPCO1000056**, cuyas consecuencias en su aplicabilidad **sí** son de competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

En este contexto, resulta capital referirse a lo estipulado en la **Cláusula de Ejecución a primer Requerimiento Para Entidades Públicas** aplicable a la Póliza de Cumplimiento de Obra, cuyo texto reza:

“No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la Póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE, RENOVABLE Y DE EJECUCIÓN A PRIMER REQUERIMIENTO.

Se establece asimismo que, en virtud a la presente Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, quedan nulas, sin vigencia ni aplicación alguna, las Cláusulas 4º (Modificación del Contrato Principal) y 7º (Otras Caucciones) de las Condiciones Generales de la Póliza.

En este entendido, en caso de siniestro, el Fiador indemnizará al beneficiario el valor caucionado reclamando sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días después de reportado el incumplimiento, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.”

La ejecución de la Póliza **no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la nota de declaración de Incumplimiento**, emitida y firmada alternativamente por el Responsable del Proceso de Contratación (RPC) o por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda.” (las negritas son de la APS).

Que su vez, el último párrafo del artículo 9 del Condicionado General de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 establece: “Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente póliza, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula de Ejecución respectiva, serán de entera responsabilidad del (los) funcionario (os) Públicos ante el Fiador y ante las Autoridades competentes, por tanto, **los actos o hechos que deriven en la ejecución inconsistente o incorrecta de la presente póliza, serán sujetos de las responsabilidades legales respectivas.**” (las negritas son de la APS).

CONSIDERANDO:

Que el cuadro anterior revela básicamente los siguientes aspectos; **a)** la APS circunscribe su función y atribuciones al ámbito del seguro y sus contingencias; **b)** de este modo, tiene toda la atribución para intervenir respecto de las consecuencias de la Póliza que nos ocupa; **c)** en el caso de SESCOB S.R.L. y Seguros Illimani S.A. las soluciones a las divergencias en cuanto a la ocurrencia o no del siniestro corresponden a otra jurisdicción, distinta de la APS; **d)** cursa en antecedentes que la Administradora Boliviana de Carreteras cumplió con la presentación del documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo para la ejecución inmediata de la Póliza LPCO1000056 (carta BAC/GJU/2010-0037 de 20 de enero de 2010 firmada por el Presidente Ejecutivo de la Administradora Boliviana de Carreteras, carta ABC/GJU/2010-0290 de 29 de abril de 2010 firmada por el Presidente Ejecutivo de ABC, carta ABC/GJU/2009-630 de 30 de octubre de 2009 firmada por el Presidente Ejecutivo de ABC y dirigida a SERCO SRL, y la carta ABC/GAF/2010-0404 de 10 de febrero de 2010 recibido por SEGUROS ILLIMANI S.S. (sic) en fecha 10 de febrero de 2010); **e)** lo estipulado en la Cláusula de Ejecución Inmediata a Primer Requerimiento de la Póliza LPCO1000056 requiere la sola presentación de la

declaración de incumplimiento; **f)** cualquier irregularidad, inconsistencia o incorrección en la ejecución de la póliza será de entera responsabilidad de los funcionarios públicos de la entidad beneficiaria ante el fiador.

CONSIDERANDO:

Que teniendo en mente este escenario, resulta incontestable que **SEGUROS ILLIMANI S.A.** no cumplió con la obligación contraída, obligación que se halla regulada por las normas administrativas citadas anteriormente y que, se reitera, tales no exigen para el pago de la indemnización debida más que el documento de declaración de incumplimiento.

Que alegar otras circunstancias como que el siniestro no ocurrió (que hacen al contrato de obra y por lo mismo, contrato principal), etc. corresponden ser solucionadas por instancias ajenas a la APS, teniendo las partes todas las facultades que, subjetivamente, les concede la norma para repetir lo pagado, si consideran que el mismo es incorrecto.

CONSIDERANDO:

Que en conclusión y en atención a que la conducta de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, se adecúa a lo previsto en el artículo 16.II.e) de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003, se considera haber mérito para sancionarla, teniendo presente el principio de proporcionalidad...”

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 6 de mayo de 2013, Seguros Illimani S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013, con los siguientes argumentos:

“...Consideraciones legales pertinentes.-

De acuerdo al procedimiento administrativo un acto administrativo para su efectiva validez, debe contar con los elementos esenciales y principios que deben ser cumplidos en el marco de la ley, de ahí que, la aplicación de la multa a Seguros Illimani S.A. por el incumplimiento del Art. 12 inc a) de la Ley de Seguros, incumple dichos principios generales rectores de la actividad administrativa:

a. Competencia

Conforme al artículo 5, parágrafo I de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que los órganos administrativos tengan competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias. La APS, a través de la resolución administrativa impugnada, ha impuesto una sanción a Seguros Illimani S.A. por el supuesto incumplimiento del Artículo 12 Inc. a), de la Ley N° 1883, que prevé que las entidades aseguradoras deberán cumplir la obligación de indemnizar los daños y pérdidas al producirse la eventualidad prevista (objeto de la póliza de seguro).

La Ley de Seguros en su artículo 39 y las propias pólizas (condicionado general-cláusula décima cuarta) contratadas por el citado ente público prevé que las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, serán resueltas a través del peritaje, de acuerdo a lo establecido en la póliza de seguro y si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje;

y, dispone que las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance del contrato de seguro, serán resueltas en única e inapelable instancia, por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley de Conciliación y Arbitraje. Así mismo "... dada la naturaleza jurídica de los procesos arbitrales, de ser un medio alternativo (a los procesos judiciales) de solución de controversias, el legislador ha restringido al mínimo las vías judiciales de impugnación de las decisiones que se adopten en dichos procesos, declarando en su caso expresamente" la improcedencia de los recursos judiciales... sólo tendrá competencia el tribunal arbitral correspondiente. Ningún otro tribunal o instancia podrá intervenir, salvo que sea para cumplir tareas de auxilio judicial" de acuerdo a la jurisprudencia vinculante emitida por el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia Constitucional N°0080/2006.

Toda atribución de orden administrativo tiene que ser, en primer término, expresa. La exigencia de una explicitud en la atribución no es más que una consecuencia del sentido general del principio que requiere un otorgamiento positivo sin el cual la Administración no puede actuar, *lege silente*, la Administración carece de poderes, pues no tiene otro que los que la ley le atribuye.

El segundo requisito de la atribución de potestad es que ésta ha de ser específica. Todo poder atribuido por la Constitución, la ley y el decreto ha de ser en cuanto a su contenido un poder concreto y determinado; no caben poderes inespecíficos, indeterminados, totales, dentro del sistema conceptual de Estado de Derecho. La APS no puede atribuirse competencia alguna si la misma no deviene atribuida legalmente o reglamentaria, de acuerdo a lo previsto por el artículo 4 inciso c) y el artículo 5 parágrafo I de la Ley de Procedimiento Administrativo, que para el caso en específico, la competencia de resolver controversias técnicas o legales referente a la Póliza de Caución contratada, considerando que conforme libertad contractual las partes pactaron que **toda controversia en derecho** sería resulta a partir de la cláusula arbitral conforme lo previsto en el artículo 39 de la Ley N°1883 y la cláusula décima cuarta de las Pólizas, por lo tanto, no puede actuar al margen del ordenamiento jurídico.

La APS tampoco tiene la atribución para resolver unilateralmente controversias en derecho entre la Aseguradora, Asegurado y Beneficiario, teniendo en cuenta que el análisis y/o decisión a la cual pueda arribar no implica que deba incidir en el resolución de una controversia de hecho o de derecho acaecida entre las partes referente a la ejecución de la o las pólizas que se hubiera podido contratar. Recalcando que la APS no tiene facultad alguna para declarar de ilegal o inconsistente el argumento motivado que genere una controversia en derecho, como ser para el caso en concreto al momento de declarar la compañía aseguradora que el siniestro objeto de la póliza contratada no ha sucedido se genera una controversia en derecho que deberá ser resuelta en arbitraje no mediante la vía administrativa, razón por la cual la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°2452013 de fecha 27 de marzo de 2013 carece de los elementos Esenciales del acto administrativo plasmados en el Art. 28 de la Ley N°2341, careciendo de los siguientes elementos; Competencia, Causa, Objeto, Fundamento y Finalidad.

Dado que la APS ha dictado la R.A. No 245 - 2013, resolviendo que Seguros Illimani S.A. ha incurrido en la infracción del inc. a) del artículo 12 de la Ley de Seguros, por no haber pagado la indemnización de un seguro que ha rechazado, afirmando implícitamente que no debía ser rechazado por consideraciones de orden técnico y/o legal, **está resolviendo una controversia de hecho y de derecho suscitada entre las partes**

contratantes, por lo tanto, está usurpando competencias que no le han sido atribuidas, afectando de nulidad de pleno de derecho la resolución recurrida, de acuerdo a lo dispuesto por el inciso a) del párrafo I del artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Ahora bien, establecido como está que: i) la Administración Pública, en este caso la APS, debe actuar y, consecuentemente, dictar actos administrativos en el ámbito de su competencia, si pretende actuar legalmente; ii) la competencia sólo puede ser atribuida a la Administración Pública, en este caso a la APS, a través de la Constitución, la ley o el decreto supremo; iii) la atribución como la potestad o competencia de la Administración Pública (APS) debe ser expresa y específica; es decir, que para atribuirse cualquier competencia se debe efectuar un análisis motivado no siendo suficiente efectuar una breve reseña de varias competencias que no tienen relación alguna con el objeto de la resolución

Sancionatoria antes identificada,; iv) si la institución pública, en este caso la APS, dicta un acto administrativo en ausencia de la atribución de competencia en forma expresa y específica, implica una acción administrativa nula ya que fue emitida sin competencia expresa no amparada por el ordenamiento jurídico, consiguientemente directamente implica una usurpación de funciones, con lo cual, se está en presencia una actuación por funcionarios públicos manifiestamente incompetentes al tema de controversia en derecho suscitada al momento de ejecutar la Póliza N° N°LPCO 1000056; y, v) la **Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros** (APS) actuó sin competencia en los términos expuestos, quien deberá conferir la nulidad de la Resolución Administrativa debiendo dictar nueva resolución administrativa.

b. El Debido Proceso.-

El debido proceso está intrínsecamente relacionado al derecho del debido proceso, garantías que se encuentran plasmadas en los Arts. 120 párrafo I y 115 párrafo II, de la Constitución Política del Estado, que son transcritos a continuación: "**Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa (las negrillas son nuestras).**" II. **El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones (las negrillas son nuestras).**" Los principios constitucionales plasmados en la norma transcrita garantizan a los gobernados y/o administrados la independencia e imparcialidad por parte del juzgador ya sea en un proceso judicial o en proceso administrativo. En efecto el cumplimiento de los derechos antes citados acarrea la protección de los administrados y el cumplimiento de la seguridad jurídica, considerada como garantía para el ejercicio de los derechos; pues sólo en tanto y en cuanto se cumpla con la dimensión objetiva y subjetiva de la seguridad jurídica, estarán dadas las condiciones necesarias para el pleno goce y disfrute de los derechos. De ahí nace también la facultad que tiene la persona natural o jurídica de exigir al Estado el cumplimiento de sus fines y funciones, entre ellas, garantizar la protección de las personas, los derechos, garantías y principios reconocidos por nuestra Carta Magna. El debido proceso es identificado por nuestra jurisprudencia nacional, en la **vinculante** Sentencia Constitucional N°1021/2010-R Sucre de fecha 23 de agosto de 2010 que es transcrita parcialmente a continuación: "III. 5. El debido proceso y su relación con el derecho al juez natural. Ahora bien, conforme a la doctrina, el derecho al juez natural es

uno de los elementos que integra la garantía del debido proceso, entendida esta última como: "...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar..." (SC 0418/2000-R de 2 de mayo). Esta garantía jurisdiccional, encuentra su sustento en el art. 117.1 de la CPE: "Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada", de donde se extrae que la autoridad competente para conocer una causa, es aquella que de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas conforme a criterios de territorio, materia y cuantía, es la llamada para conocer y resolver un conflicto, constituyendo en consecuencia, el juez natural uno de los elementos del debido proceso como garantía jurisdiccional constitucionalmente establecida, y por consiguiente, susceptible de efectivizarla a través de los recursos constitucionales determinados para el efecto. En ese sentido, la SC 0585/2005-R de 31 de mayo, puntualiza: "...Entre los derechos fundamentales protegidos por el amparo constitucional se tiene el debido proceso, consagrado por la Constitución como una garantía y por las normas internacionales, como el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica o el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagrado como derecho humano. (...) Conforme a las normas previstas por los arts. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, uno de los elementos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho al juez natural competente, independiente e imparcial. Al respecto, este Tribunal, en su SC 0491/2003-R de 15 de abril, ha señalado que es: 'Juez competente aquel que de acuerdo a las normas jurídicas previamente establecidas, conforme criterios de territorio, materia y cuantía, es el llamado para conocer y resolver una controversia judicial; Juez independiente aquel que, como se tiene referido, resuelve la controversia exenta de toda injerencia o intromisión de otras autoridades o poderes del Estado; y Juez imparcial aquel que decida la controversia judicial sometida a su conocimiento exento de todo interés o relación personal con el problema, manteniendo una posición objetiva al momento de adoptar su decisión y emitir la resolución'. Agrega luego: "Es indudable que, si dentro de un proceso judicial en curso, se lesiona el derecho al debido proceso en su elemento del derecho al juez natural competente, independiente e imparcial, se activa el amparo constitucional para otorgar la protección efectiva e inmediata al referido derecho, claro está que se activará esta vía procesal una vez agotadas las vías procesales previstas en la legislación ordinaria, en las que se podría lograr la reparación de la lesión...".

PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en el Decreto Supremo No. 27175 y la Ley 2341, establecidos para la presentación del Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, solicitamos admitir el presente recurso y se resuelva revocando de forma total el acto impugnado..."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 490-2013 DE 24 DE MAYO DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013.

Los argumentos presentados, en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que el procedimiento se origina en el hecho de que **SEGUROS ILLIMANI S.A.** reitera su negativa de ejecutar la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Obra LPCO1000056, con el argumento de que el siniestro no ha ocurrido debido a que la entrega provisional de la obra habría devenido en entrega definitiva debido al silencio administrativo positivo que operó respecto al requerimiento del afianzado, SERCO S.R.L., quien en forma oportuna solicitó día y hora de entrega definitiva al Supervisor Vial de la ABC, conforme establece la cláusula Trigésima Octava del contrato base ABC N° 434/08, sin que este se hubiera pronunciado al respecto dentro de los 30 días hábiles posteriores a la notificación del contratante.

Que la norma acusada de infracción y sancionada en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013 es el artículo 12.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que determina: **“ARTÍCULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.-** Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: **a) Indemnizar** los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista...”

Que en la Resolución que se recurre, la APS coligió que el análisis y solución a las vicisitudes y controversias emergentes del contrato ABC N° 434/08/-ORLP-OBR-TGN, como ser la ocurrencia o no del siniestro, penalidades por silencio, pago de las primas pactadas, etc., no corresponden al ámbito de competencia de la APS (sic)

Que lo que sí es de competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros es velar porque las entidades bajo su control y supervisión cumplan con las obligaciones contempladas en el artículo 12 de la Ley 1883 de Seguros y toda la normativa conexas.

Que el anterior razonamiento tiene su base en lo estipulado en la **Cláusula de Ejecución a primer Requerimiento para Entidades Públicas** aplicable a la Póliza de Cumplimiento de Obra, cuyo texto reza:

“No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la Póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE, RENOVABLE Y DE EJECUCIÓN A PRIMER REQUERIMIENTO.

Se establece asimismo que, en virtud a la presente Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, quedan nulas, sin vigencia ni aplicación alguna, las Cláusulas 4° (Modificación del Contrato Principal) y 7° (Otras Caucciones) de las Condiciones Generales de la Póliza.

En este entendido, en caso de siniestro, el Fiador indemnizará al beneficiario el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, **en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días después de reportado el incumplimiento, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.”**

La ejecución de la Póliza **no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la nota de declaración de Incumplimiento**, emitida y firmada alternativamente por el Responsable del Proceso de Contratación (RPC) o por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda." (las negritas son de la APS).

Que su vez, el último párrafo del artículo 9 del Condicionado General de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas, aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, establece: "Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente póliza, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula de Ejecución respectiva, serán de entera responsabilidad del(los) funcionario(s) Públicos ante el Fiador y ante las Autoridades competentes, por tanto, **los actos o hechos que deriven en la ejecución inconsistente o incorrecta de la presente póliza, serán sujetos de las responsabilidades legales respectivas.**" (las negritas son de la APS).

CONSIDERANDO:

Que expuesto así el cuadro de situación que nos ocupa, corresponde señalar que **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, mediante carta CITE/PE N° 968/2013 de 26 de abril de 2013, recibida en la APS el 6 de mayo de 2013, manifiesta y pide:

"Habiendo sido notificados con la nota de cargos CITE APS/DJ/DS/N° 5753/2013 respondida la misma mediante nuestra carta con CITE N° PEN°548/2013, referida al reclamo seguido en contra de la compañía a la cual represento por el caso seguido por la Administradora Boliviana de Carreteras por la presunta ejecución de una Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra N° LPCO1000056. De forma inexplicable la APS emite Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 2452013(sic) de fecha 27 de marzo de 2013.

Efectuado el análisis de la Resolución supra citada donde se cita brevemente una reseña del conjunto de atribuciones, facultades y objetivos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, intentado de esta forma justificar la apropiación de la competencia en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas.

Consiguientemente y en aplicación del Art. 8 y 9 del D.S. N° 27175, solicito a su Autoridad explique de forma motivada, en qué norma afirma tener competencia en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas relacionada al supuesto incumpliendo(sic) al Art. 12 de la Ley N° 1883 conforme afirma en la Resolución Administrativa supra detallada. (las negrillas son de la APS).

Así mismo aclaro a su Autoridad que cualquier controversia de hecho o derecho que se suscite entre nuestra empresa, los asegurados y/o beneficiarios debe ser resulta(sic) por la vía arbitral. Dejando en claro que la interpretación de una norma aplicada a la ejecución (o) a la activación de una cobertura constituye precisamente una controversia de derecho..."

CONSIDERANDO:

Que en respuesta a esta carta, el ente regulador emitió la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, notificada a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** en fecha 9 de mayo del mismo año, con el siguiente tenor:

*“En relación a su solicitud de explicación de ‘forma motivada en qué forma la APS afirma tener competencia en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas relacionadas al supuesto incumplimiento al Art. 12 de la Ley N° 1883 conforme afirma en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013’, nos corresponde manifestarle que, en aplicación de los principios de eficacia, economía y celeridad contemplados en los incisos j) y k) del artículo 4 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, **recibirá respuesta apropiada a momento de dilucidarse el Recurso de Revocatoria contra aquella resolución que su institución interpuso en fecha 06 de mayo de 2013...**”.* (Las negrillas son de la APS).

CONSIDERANDO:

Que mediante carta CITE/PE N° 1062/2013 de 16 de mayo de 2013 (en respuesta a la anterior carta), recibida en la APS el 17 de mayo del mismo año, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** manifiesta:

1. Su Autoridad no puede mezclar un proceso administrativo sancionatorio con una petición nuestra relativa a la solicitud de que la APS explique la competencia que asiste a su Autoridad en determinado caso o asunto, ello sencillamente debido a que formalmente se tratan de dos cuestiones absolutamente distintas. El proceso sancionatorio no tiene la finalidad perseguida por la petición de Seguros Illimani S.A. de que la APS explique su competencia en un determinado asunto y sobre todo debido a que ambos procedimientos tienen diferencias radicales y su naturaleza jurídica es distinta. Uno es un proceso sancionatorio y el otro es una petición del regulado al ente administrativo.

2. Materialmente tampoco es posible mezclar ambos procedimientos pues su naturaleza jurídica en caso de persistir la falta de competencia a juicio del administrado activa mecanismos constitucionales que no pueden ser activados en la vía sancionatoria. En los hechos se nos está restringiendo aquellas vías constitucionales al mezclar dos procedimientos diametralmente distintos el uno con el otro cuya naturaleza jurídica no permite a su Autoridad mezclarlos y resolverlos dentro de un proceso administrativo sancionatorio.

3. La nota de cargos mediante la cual se inició el proceso sancionatorio que derivó en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/245-2013 no tiene relación alguna con la petición contenida en nuestra nota PE/N° 968/2013 de 26 de abril de 2013, en consecuencia con el proceder contenido en la nota de referencia se está atentando contra el principio de congruencia el cual tiene rango constitucional.

4. Así mismo la motivación de su nota no es correcta, pues su Autoridad señala que por el principio de eficacia, economía y celeridad se resolverían el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/245-2013 y la petición contenida en la nota PE/N° 968/2013 de 26 de abril de 2013 de forma conjunta. En todo

caso, en vez de dilatar el procedimiento con la respuesta contenida en su nota APS/DESP/DJ/5311-2013 y bajo los mismos principios invocados, su Autoridad debió dar cumplimiento al DS 27175 a fin de ser eficaz, oportuno y en aras de una prona(sic) aplicación de justicia.

Por todo lo expuesto, en ejercicio de nutro(sic) derecho y en aplicación de los Arts. 19 y 20 del D.S. N°27175 solcito a su Autoridad que consigne su acto administrativo con CITE-APS/DESP/DJ/5311-2013, en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada..."

CONSIDERANDO:

Que sin perjuicio de responder directamente mediante la presente resolución administrativa a la carta CITE/PE N° 968/2013 de 26 de abril de 2013, recibida en la APS el 6 de mayo de 2013, este ente regulador emitió el correspondiente instrumento legal administrativo que consigna en resolución administrativa lo solicitado en la carta CITE/PE N° 1062/2013 de 16 de mayo de 2013, recibida en la APS el 17 de mayo del mismo año.

CONSIDERANDO:

Que por lo mismo, esta resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013, responderá tanto al recurso propiamente dicho como a la carta (CITE/PE N° 968/2013 de 26 de abril de 2013) de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** en la que solicita definir las competencias del ente regulador en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas relacionada al incumplimiento del artículo 12 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

CONSIDERANDO:

Que entrando en materia, corresponde resumir los argumentos expuesto en el memorial de Recurso por parte de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**

1. En el **Contrato Base ABC-N° 434/08-ORLP-OBR-TGN** las partes estipularon que operaría el silencio positivo en caso de que el Supervisor no realizara el Acto de Recepción de la Obra dentro de 30 días hábiles posteriores a la notificación y que se entendería que dicha recepción ha sido realizada. Por eso, SERCO SRL remite la carta notariada el 18 de noviembre de 2009 indicando que había operado la entrega definitiva de la obra.
2. Esta situación implicó la resolución del contrato, concluyendo la relación contractual entre los suscribientes.
3. Ante este cuadro, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** no procedió con el pago del siniestro por inexistencia del incumplimiento del contrato.
4. No obstante, cuatro meses después de haber "solicitado el derecho por el afianzado para hacer uso del silencio administrativo positivo", la ABC emite la carta CITE: ABC/GJU/2010-0037 refiriendo la Resolución Definitiva del **Contrato Base ABC-N° 434/08-ORLP-OBR-TGN**.
5. Por lo que el Contrato está concluido y ha dejado de existir por alcanzado su objeto.
6. La multa impuesta a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** incumple principios generales, rectores de la actividad administrativa, como la **Competencia**. En efecto, el artículo 39 de la Ley de Seguros y la cláusula décima cuarta del Condicionado General de las propias pólizas

manifiestan que las controversias de carácter técnico serán resueltas a través del peritaje, y en su caso, por el arbitraje, así como las controversias de derecho de acuerdo a la Ley de Conciliación y Arbitraje (Sentencia Constitucional N° 0080/2006). Por lo que la APS no puede atribuirse competencia alguna si la misma no deviene de la Ley o del Reglamento, de acuerdo al artículo 4.c) y párrafo f) del artículo 5 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

7. La APS no tiene la facultad de resolver unilateralmente, declarar ilegal o inconsistente el argumento motivado que genere una controversia en derecho como para señalar que no ha ocurrido el siniestro, pues este extremo debe ser resuelto mediante arbitraje y no en vía administrativa, por lo que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013 carece de competencia, causa, objeto, fundamento y finalidad.

8. La APS, al señalar que **SEGUROS ILLIMANI S.A.** ha incurrido en incumplimiento del artículo 12.a) de la Ley de Seguros, implícitamente afirma que no debía ser rechazado por consideraciones de orden técnico legal; o sea, está resolviendo una controversia de hecho y de derecho suscitada entre las partes contratantes, por lo tanto usurpa competencias afectando de nulidad de pleno derecho la resolución recurrida.

9. Para que la APS tenga competencia, ésta debe emanar de la Constitución, la ley o el decreto supremo, su competencia debe ser específica y no limitarse a una breve reseña de varias competencias que no tienen relación alguna con el objeto de la resolución sancionatoria.

10. El **debido proceso** está ligado al **derecho del debido proceso** que emana del artículo 120.I. y artículo 115.II de la CPE (Sentencia Constitucional N° 1021/2010-R de 23 de agosto de 2010) que significa protección al administrado y seguridad jurídica, como garantía para el ejercicio de los derechos, de ahí nace la facultad de la persona natural y jurídica de exigir al Estado el cumplimiento de sus fines y funciones.

CONSIDERANDO:

Que entrando en materia de fondo y considerando las alegaciones de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** contenidas en los **puntos 1, 2, 3, 4, 5, y 7 del décimo primer Considerando de la presente resolución**, se debe señalar que la APS efectuó una reseña de la sucesión de hechos y correspondencia intercambiada entre la Administradora Boliviana de Carreteras y SERCO S.R.L. como acredita el tercer Considerando de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013 y por lo mismo, en el noveno Considerando de la misma resolución determina:

“Que aclarado el campo de actividades institucionales del ente regulador sobre la base legal existente, corresponde manifestar que análisis y soluciones a las vicisitudes y controversias emergentes del contrato ABC N° 434/08/-ORLP-OBR-TGN corresponden al ámbito del derecho privado; v.gr. **cumplimiento o no del contrato**, penalidades por silencio, pago de las primas pactadas, etc.

Que debe tenerse presente que consecuencia de aquél contrato principal es el nacimiento a la vida jurídica de la **Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas a Primer Requerimiento LPCO1000056**, cuyas consecuencias en su

aplicabilidad **sí** son de competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros”.

Que a mérito de esta paráfrasis, es importante recalcar que el ente regulador tiene presente que no corresponde a sus atribuciones determinar el cumplimiento o no del contrato principal, **pero sí tiene y mucho que ver** con las vicisitudes emergentes de la **Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra Para Entidades Públicas a Primer Requerimiento LPCO-1000056**, por mandato (como una muestra de otras adicionales potestades) del artículo 168 en sus incisos a), b) y g) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2001 concordante con los incisos c), d) y k) del artículo 43 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

Que ahora bien, la base legal para que la APS hubiera invocado estas facultades y atribuciones (y objetivos) radica en lo estipulado en la **Cláusula de Ejecución a primer Requerimiento Para Entidades Públicas** aprobado mediante **Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007** (que es deber de la APS hacer que se cumpla) aplicable a la Póliza de Cumplimiento de Obra, cuyo texto reza:

“No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la Póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es **IRREVOCABLE, RENOVABLE Y DE EJECUCIÓN A PRIMER REQUERIMIENTO**.

Se establece asimismo que, en virtud a la presente Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, quedan nulas, sin vigencia ni aplicación alguna, las Cláusulas 4° (Modificación del Contrato Principal) y 7° (Otras Caucciones) de las Condiciones Generales de la Póliza.

En este entendido, en caso de siniestro, el Fiador indemnizará al beneficiario el valor caucionado reclamando sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días después de reportado el incumplimiento, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.”

La ejecución de la Póliza **no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la nota de declaración de Incumplimiento**, emitida y firmada alternativamente por el Responsable del Proceso de Contratación (RPC) o por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda.” (las negritas son de la APS).

Que en función a lo anterior, recuérdese que la APS tiene el deber de cumplir y hacer cumplir las leyes y reglamentos que le conciernen, además que este soporte normativo, nuevamente, permite a la APS deslindar nítidamente el ámbito de su actuación.

Que el ente regulador (y **SEGUROS ILLIMANI S.A.**) tiene presente que si las partes involucradas estiman que en el caso concreto hubo algún pago indebido o una ejecución incorrecta, tienen a su disposición la acción que contempla, tanto el numeral IV) del artículo 4) de la Ley de Seguro de Fianzas para Entidades y Empresas Públicas y Fondo de Protección del Asegurado, así como el último párrafo del **artículo 9 del**

Condicinado General de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas, aprobado mediante **Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007**, prevén: “La determinación y documentos que sustentan la ejecución de las pólizas de seguros de fianzas, es responsabilidad de la servidora o del servidor público y de estos hacia el fiador y ante las autoridades competentes. **Los actos o hechos que deriven en la ejecución inconsistente o incorrecta de la presente póliza, serán sujetos de las responsabilidades legales respectivas.**” (Las negrillas son de la APS).

Que en cuanto a las alegaciones de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** contenidas en los **puntos 6, 8 y 9 del décimo primer Considerando de la presente resolución**, referidas a la falta de competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ya se expuso precedentemente que la resolución recurrida no dilucida si se cumplió o se resolvió el contrato, ni pone en entredicho las posibles vías de solución a controversias como el arbitraje, peritaje, conciliación u otros que las partes hubieran pactado, por lo que la Aseguradora tendrá que imponerse del texto de la resolución que recurre, así como del contenido del inciso II) del artículo 5 (Negación o Incumplimiento de Pago de la Indemnización) de la Ley de Seguro de Fianzas para Entidades y Empresas Públicas y Fondo de Protección del Asegurado de 18 de abril de 2013, cuyo texto la APS ha cumplido a cabalidad.

Que respecto de que la APS, al imponer el cumplimiento del artículo 12.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, **“implícitamente”** estaría resolviendo una controversia de hecho y de derecho usurpando competencias, **SEGUROS ILLIMANI S.A.** olvida, o pretende olvidar, que es el legislador quien ha creado, estructurado y puesto en vigencia las jurisdicciones ordinaria y administrativa, cuyos titulares (como se ha demostrado precedentemente) tienen la obligación legal de hacer cumplir sus regulaciones específicas.

Que en este caso, la APS, simplemente hace lo que la Ley y los reglamentos le mandan. El ente regulador se ha abocado a que las normas que rigen la ejecución de las pólizas se cumplan. Viene a colación de esto, reiterar que las normas administrativas, como las que se ha transcrito en párrafos anteriores, prevén la circunstancia de que si las partes consideran que existen irregularidades en la ejecución de las pólizas en cuestión, puedan demandar las responsabilidades subsecuentes, estableciendo de esta manera, un nexo básico entre la vía administrativa y la jurisdicción o medio alternativo de resolución de conflictos que el interesado considere apropiado.

Que si el razonamiento de la recurrente fuera de buen recibo, todas las atribuciones y normas de la APS (y por extensión, de todo el sistema de Autoridades de Fiscalización y Control de Bolivia) en materia de seguros estarían sometidas a la jurisdicción ordinaria y al arbitraje, y por tanto, el sistema regulatorio sería superfluo, intrascendente y un engaño a la sociedad. Obviamente, tal resulta absurdo.

Que cuando la APS, y en especial en la resolución recurrida, expone una relación de sus objetivos, atribuciones y facultades, lo hace respetando el texto legal sin añadidos unilaterales, por lo que creemos y es convicción institucional, que el legislador ha emitido estas normas en un lenguaje que es explícito y estándar, sin que sus términos sean exclusivamente para lectura de iniciados en materia de seguros; por lo mismo, de

fácil entendimiento e internalización. Este extremo es también compartido por **SEGUROS ILLIMANI S.A.** ya que es la primera vez (hasta ahora) que aduce que la relación de “varias competencias” (inscritas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013) no tienen relación con el objeto de la resolución sancionatoria, dando a “entender” que “no entiende” la motivación, la fundamentación y la relación causa-efecto expuestas en aquél instrumento administrativo sancionatorio.

CONSIDERANDO:

Que reiterando el esquema anotado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013, a continuación se reproduce el conjunto de atribuciones, facultades y objetivos que sustentan a la APS en su actuación, en este y en otros casos.

1. El artículo 167 de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP se denominará en adelante Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS y asumirá las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de seguros de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI.

2. El artículo 168 de la referida Ley determina que son funciones y atribuciones del organismo de fiscalización:

- a.) “Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.
- b.) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a ...entidades aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.
- c.) Asumir las funciones, atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas en la Ley de Seguros que fueron transferidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero –ASFI.
- g) Supervisar las transacciones y los contratos realizados por las entidades bajo su jurisdicción, relacionados con las actividades establecidas en la ...Ley de Seguros...”

3. El artículo 41 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 establece como funciones y objetivos de la ex SPVS (Léase APS):

- “c) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros
- d) Velar por la publicidad adecuada y la transparencia de las operaciones en el mercado de seguros.
- e) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos...”

4. Referente a las atribuciones de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (Léase APS) tenemos:

- “c) Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción.

d) Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.

k) Ordenar inspecciones o auditorías a las entidades y personas bajo su jurisdicción...”

5. El artículo 1 de la Ley N° 1883 de 25 de junio 1998, se tiene:

a) “Ámbito de Aplicación.-El artículo 1 de la referida ley señala que el ámbito de aplicación comprende las actividades de asumir riesgos de terceros y conceder coberturas, la contratación de seguros en general, el prepago de servicios de índole similar, así como los servicios de intermediación y auxiliares de dichas actividades, por sociedades anónimas, expresamente constituidas y autorizadas a tales efectos, por la Superintendencia...”

b) “El artículo 4 de la referida norma establece: La presente Ley y sus reglamentos tiene por objetivo regular la actividad aseguradora, reaseguradora, de intermediarios, auxiliares y entidades de prepago para que cuenten con la suficiente credibilidad, solvencia y transparencia garantizando un mercado competitivo. Asimismo, determina los derechos y deberes de las entidades aseguradoras y establece los principios de equidad y seguridad jurídica para la protección a los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro...”

El romano IX de las disposiciones adicionales de Ley N° 365 de Seguro de Fianzas para Entidades y Empresas Públicas y Fondo de Protección del Asegurado de 23 de abril de 2013, que incorpora al artículo 43 de la Ley de Seguros N° 1883, el inciso v), con el siguiente texto: “Actuar como ente de conciliación en siniestros no superiores a UFV100.000.00 (Cien Mil 00/100 Unidades de Fomento de Vivienda) **y en su caso, resolver la controversia mediante resolución administrativa motivada**”

Que todas estas normas devienen de Leyes, Decretos Supremos y Resoluciones de carácter reglamentario como se anota y no son invento ni capricho de la APS, además de que están relacionadas explícitamente, con el asunto central; la negativa de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** de proceder a la ejecución y pago subsecuente de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Obra Para Entidades Públicas N° LPCO-1000056.

Que en cuanto a las alegaciones de **SEGUROS ILLIMANI S.A.** contenidas en el **punto 10 del décimo primer Considerando de la presente resolución**, no se entiende las razones para invocar la ausencia del derecho al debido proceso toda vez que se han cumplido escrupulosamente todas las etapas del procedimiento sancionador contemplados en el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, tal cual acredita el expediente administrativo.

Que la protección al administrado y la seguridad jurídica de sus actos como garantía del ejercicio de derechos, se encuentra objetivado en que la APS ha emitido la resolución que recurre, amparado en normas previas que le dan plena competencia, que dicha resolución dilucida un asunto como el de la Póliza tantas veces anotado, sobre la base de atribuciones expresas; en resumen, respetando las “reglas del juego” predeterminadas, en el que **SEGUROS ILLIMANI S.A.** ha tenido (y utilizado) todas las posibilidades y acciones que dichas reglas de juego admiten y proporcionan, para el ejercicio de sus facultades subjetivas.

CONSIDERANDO,

Que en relación a la carta CITE/PE N° 968/2013 de 26 de abril de 2013, recibida en la APS el 6 de mayo de 2013 de **SEGUROS ILLIMANI S.A.**, en la que solicita: “...**explique de forma motivada, en qué norma afirma tener competencia en cuanto a la aplicabilidad de las Pólizas relacionada al supuesto incumpliendo(sic) al Art. 12 de la Ley N° 1883 conforme afirma en la Resolución Administrativa supra detallada.** (las negrillas son de la APS), sin mayores disquisiciones, a continuación se responde y reseña la base normativa legal positiva que sustenta sus competencias en el asunto de la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas **N° LPCO-1000056.**

1. El artículo 167 de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP se denominará en adelante Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS y asumirá las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de seguros de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI.

2) El artículo 168 de la referida Ley determina que son funciones y atribuciones del organismo de fiscalización:

“...**a)** Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos (léase, la Ley N° 365 de Seguro de Fianzas para Entidades y Empresas Públicas y Fondo de Protección del Asegurado de 23 de abril de 2013, así como los textos únicos, uniformes y de pago al contado, aprobados mediante Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007), asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a ...entidades aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

c) Asumir las funciones, atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas en la Ley de Seguros que fueron transferidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero –ASFI.-

g) Supervisar las transacciones y los contratos realizados por las entidades bajo su jurisdicción (léase, contratos de pólizas como la que ahora nos ocupa), relacionados con las actividades establecidas en la ...Ley de Seguros...”

3) El artículo 41 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 establece como funciones y objetivos de la ex SPVS (Léase APS):

“...**c)** Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros.

d) Velar por la publicidad adecuada y la transparencia de las operaciones en el mercado de seguros.

e) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos...”

4) Referente a las atribuciones de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (Léase APS) tenemos:

“...**c)** Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción.

d) Supervisar las actividades, pólizas de seguros (léase, Póliza de Garantía de Cumplimiento de Obra N° LPCO-1000056) y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción (léase SEGUROS ILLIMANI S.A.)

k) Ordenar inspecciones o auditorías a las entidades y personas bajo su jurisdicción..."

5. El artículo 1 de la Ley N° 1883 de 25 de junio 1998, se tiene:

a) "Ámbito de Aplicación.-El artículo 1 de la referida ley señala que el ámbito de aplicación comprende las actividades de asumir riesgos de terceros y conceder coberturas, **la contratación de seguros en general**, el prepago de servicios de índole similar, así como los servicios de intermediación y auxiliares de dichas actividades, por sociedades anónimas, expresamente constituidas y autorizadas a tales efectos, por la Superintendencia..." (Las negritas son de la APS)

b) "El artículo 4 de la referida norma establece: La presente Ley y sus reglamentos tiene por objetivo regular la actividad aseguradora, reaseguradora, de intermediarios, auxiliares y entidades de prepago para que cuenten con la suficiente credibilidad, solvencia y transparencia garantizando un mercado competitivo. Asimismo, determina los derechos y deberes de las entidades aseguradoras y establece los principios de equidad y seguridad jurídica para la protección a los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro..."

Que como se puede leer y comprender, las competencias del ente regulador son amplias y explícitas con el aditamento de que ellas son abstractas por técnica legislativa, ya que suponemos que cuando **SEGUROS ILLIMANI S.A.** solicita definir las "competencias" del ente regulador, no se refiere a que tales normas digan, literalmente, que se aplican a **SEGUROS ILLIMANI S.A.** o que se refieran a la "Póliza LPCO-1000056" singularmente.

CONSIDERANDO:

Que el conjunto de alegaciones esgrimidos por la recurrente en el presente recurso no enervan ni destruyen los razonamientos cursantes en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013, (sic) por lo que se concluye que la recurrente no ha desvirtuado lo dispuesto en la referida resolución administrativa, correspondiendo confirmar la misma..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 17 de junio de 2013, Seguros Illimani S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013, argumentando lo siguiente:

"...a. Antecedentes.-

Son antecedentes del presente recurso en forma enunciativa las siguientes literales:

1. La nota de cargos APS/DJ/DS/No 5753/2013.
2. La nota CITE PE No 548 2013 de fecha.

3. La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No 245 - 2013 de fecha 27 de marzo de 2013.
 4. La Nota CITE/PE No 968/2013 de 26 de abril de 2013.
 5. La Nota CITE APS/DESP/DJ/5311 - 2013 de fecha 7 de mayo de 2013.
 6. La Nota CITE/PE No 1062/2013 de 16 de mayo de 2013.
- b. Mezcla de dos procedimientos opuestos - vulneración al derecho de acceso a los recursos franqueados por ley - omisión por parte del ente regulador de considerar los argumentos vertidos por Seguros Illimani S.A. en cuanto a la unión de dos procedimientos diametralmente opuesto (sic) – falta de motivación.**

Como su Autoridad podrá evidenciar de los antecedentes expuestos, tenemos que se ha iniciado un proceso sancionatorio en contra de la entidad que represento, proceso que tuvo origen en la nota de cargos APS/DJ/DS/No 5753/2013 y que derivó en la Resolución Sancionatoria APS/DJ/DS/No. 245 - 2013 de fecha 27 de marzo de 2013. Posteriormente y en el marco de lo previsto en los artículos 8 y 9 del Decreto Supremo No.- 27175, mediante nota CITE/PE No 968/2013 de 26 de abril de 2013 hemos solicitado a su Autoridad explique de donde deviene su competencia a fin de dilucidar la controversia entre particulares a la que refiere su nota de cargos APS/DJ/DS/No 5753/2013. Dicho requerimiento no fue atendido por su Autoridad en su momento y fue dilatado de manera inmotivada y mezclando dos procedimientos diametralmente opuestos el uno con el otro; a cambio nos ha enviado la nota cite APS/DESP/DJ/5311 - 2013 de fecha 7 de mayo de 2013 mediante la cual su Autoridad señala que lo requerido en la nota CITE/PE No 968/2013 de 26 de abril de 2013 será resultado en forma conjunta con el recurso de revocatoria interpuesto por la institución que represento contra la Resolución Sancionatoria APS/DJ/DS/No. 245 -2013 de fecha 27 de marzo de 2013; en atención a lo señalado, mediante nota CITE/PE No.- 1062/2013 Seguros Illimani S.A., en respuesta a la antedicha nota (APS/DESP/DJ/5311 - 2013 de fecha 7 de mayo de 2013), ha solicitado que dicho razonamiento sea plasmado en resolución administrativa fundada y motivada amparando su petición en los artículos 19 y 20 del Decreto Supremo No.- 27175. A respecto y conforme se tiene de los antecedentes propios que hacen al presente recurso se tiene que en el punto específico **SU AUTORIDAD HA OMITIDO VALORAR LOS ARGUMENTOS LEGALES EN DEFENSA DE LA INSTITUCIÓN QUE REPRESENTO CONTENIDOS EN LA NOTA CITE/PE No.- 1062/2013 A LOS QUE ME REFIERO NUEVAMENTE EN FORMA AMPLIADA Y EXPLICATIVA A OBJETO DE QUE LAS AUTORIDADES SUPERIORES SE SIRVAN VALORARLAS; Y EN CONSECUENCIA ANULAR EL ILEGAL PROCESO AL QUE LA EMPRESA QUE REPRESENTO ESTA SIENDO SOMETIDA SIN EXPLICACIÓN JURÍDICA ALGUNA:**

- Su Autoridad no puede mezclar un proceso administrativo sancionatorio con una petición nuestra relativa a la solicitud de que la APS explique la competencia que asiste a su Autoridad en determinado caso o asunto, ello sencillamente debido a que formalmente se tratan de dos cuestiones absolutamente distintas.
- El proceso sancionatorio no tiene la finalidad perseguida por la petición de Seguros Illimani S.A (sic) de que la APS explique su competencia en un determinado asunto y sobre todo debido a que ambos procedimientos tienen diferencias radicales y su naturaleza jurídica es distinta. Uno es un proceso sancionatorio y el otro es una petición del regulado al ente administrativo a fin de que el ente administrativo explique su competencia en un determinado asunto.

- Materialmente tampoco es posible mezclar ambos procedimientos pues su naturaleza jurídica en caso de persistir la falta de competencia a juicio del administrado activa mecanismos constitucionales que no pueden ser activados en la vía sancionatoria.
 - Me explico; mediante nota CITE/PE No 1062/2013 de fecha 16 de mayo de 2013, hemos solicitado a su Autoridad, en el marco de los artículos 19 y 20 del Decreto Supremo No.- 27175 eleve a rango de resolución motivada y explicativa el contenido de su nota APS/DESP/DJ/5311 - 2013; dicho extremo debió ser cumplido por su Autoridad en el plazo que al efecto señala el artículo 9no. de la misma norma y en Resolución motivada, explicativa y **SEPARADA DE CUALQUIER OTRO TEMA** PUES DICHO ASUNTO (competencia de la APS) NO SE ESTABA DILUCIDANDO DENTRO DE PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ALGUNO SINO QUE CONSTITUIA UN REQUERIMIENTO SEPARADO DEL ADMINISTRADO A LA APS. No queremos creer que su Autoridad ha procedido a mezclar ambos temas de forma intencional a fin de que se limite y se restrinja de forma abusiva e ilegal el derecho que asiste a Seguros Illimani S.A. a acceder a la justicia y a los mecanismos recursivos franquados por ley; sin embargo en los hechos dicha restricción está presente pues existen sendas Sentencias Constitucionales VINCULANTES cuyo contenido es de conocimiento general que ninguna Autoridad puede negar, que establecen de forma irrefutable que el RECURSO DIRECTO DE NULIDAD, acción constitucional que habríamos opuesto de inmediata de haberse dirimido su Autoridad competente en el tema que se le solicito se pronuncie mediante nota CITE/PE No.- 968/2013 de 26 de abril de 2013 y CITE/PE No 1062/2013 de 16 de mayo de 2013; es inatendible e improcedente dentro de un proceso sancionatorio; al mezclar su Autoridad el proceso sancionatorio tantas veces citado con la supra señalada petición de que fundamente jurídicamente de donde deviene su competencia en el caso concreto, su Autoridad está cometiendo un grave error e induciendo en equivocación a otras Autoridades pues esta exteriorizando un extremo no evidente; se está mostrando que la petición de explicación de la competencia de la APS se estaría dando dentro de proceso sancionatorio lo cual no es verdadero y con ello SE ESTA RESTRNGIENDO EL DERECHO QUE ASISTE A LA ENTIDAD QUE REPRESENTO DE ACCEDER A LOS MECANISMOS CONSTITUCIONALES SEÑALADOS POR LEY A FIN DE DIRIMIR EN DEFINITIVA LA COMPETENCIA DE UNA DETERMINADA AUTORIDAD EN CASO CONCRETO. o La resolución a ser pronunciado por la APS en atención a la petición contenida en la nota CITE/PE No 1062/2013 de 16 de mayo de 2013 habría ameritado una resolución expresa que de acuerdo a nuestra economía jurídica es susceptible de un **RECURSO DIRECTO DE NULIDAD - SIN TENER QUE ESPERAR NADA** - bajo el esquema aplicado en el presente caso por la APS ello no es posible. Dicho extremo está siendo manejado de tal manera por la APS que el derecho constitucional que nos asiste de acceder a los recursos franquados por ley está siendo vulnerado. Al mezclar ambos procedimientos **se nos esta coartando el derecho que nos asiste de recurrir de forma inmediata y oportuna mediante los mecanismos constitucionales, contra la Resolución mediante la cual la APS dirima su competencia especifica en el tema.**
 - A LA FUERZA Y DE MANERA INMOTIVADA LA APS ESTA RELEGANDO CUALQUIER MECANISMO CONSTITUCIONAL RECURSIVO CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE

EXPLIQUE SU COMPETENCIA EN EL CASO CONCRETO A QUE EL PROCESO SANCIONATORIO INICIADO MEDIANTE (sic) LA NOTA de cargos (SIC) APS/DJ/DS/No 5753/2013 CONCLUY (sic); LO QUE ES ILEGAL Y ABUSIVO CON EL AGRAVANTE DE QUE SE ESTA EXTERIORRIZANDO (sic) UN HECHO IRREAL QUE NO GUARDA RELACIÓN CON LO OCURRIDO HACIENDO VER QUE DICHA SOLICITUD DE EXPLICACIÓN RELATIVA A LA COMPETENCIA DE LA APS SE ESTARÍA DANDO DENTRO DE (sic) PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO - EXTREMO QUE NO ES VERDAD Y QUE DIFICULTA, DE MANERA ENGAÑOSA, MUCHO MAS CUALQUIER MECANISMO RECURSIVO QUE PRTEnda (sic) UTILIZAR SEGUROS ILLIMANI S.A. CONTRA ACTOS DE LA APS EN LOS CUALES DICHA EMPRESA ASEGURADORA CUESTIONE LA COMPETENCIA DEL ENTE REGULADOR A SU UCARGO (sic).

- En los hechos se nos está restringiendo aquellas vías constitucionales al mezclar dos procedimientos diametralmente distintos el uno con el otro cuya, naturaleza jurídica no permite a su Autoridad mezclarlos (sic) y resolverlos dentro de un proceso administrativo sancionatorio.
- La nota de cargos mediante la cual se inició el proceso sancionatorio que derivo en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/245 - 2013 no tiene relación alguna con la petición contenida en nuestra nota PE/No.- 968/2013 de 26 de abril de 2013, en consecuencia con el proceder contenido en la nota de referencia se está atentando contra el principio de congruencia el cual tiene rango constitucional.- La nota de cargos y la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/245-2013 versan sobre un supuesto incumplimiento al artículo 12. a) de la Ley No.- 1183 de 25 de junio de 1998 mientras que la petición realizada a la APS mediante notas CITE/PE No.- 968/2013 de 26 de abril de 2013 y CITE/PE No 1062/2013 de 16 de mayo de 2013 trata sobre una solicitud se (sic) explicación de parte del regulado al ente regulador sobre su competencia en un caso determinado. Se están mezclando asuntos diametralmente opuestos. Con relación al principio de congruencia en las resoluciones judiciales y obviamente administrativas sancionatorias el ex magistrado del Tribunal Constitucional Dr. José Antonio Rivera Santivañez, señala que **"Conforme a este principio, El Tribunal Constitucional, al emitir la sentencia, debe mantener y respetar la más estricta correspondencia entre "demanda" y "pronunciamiento"** - Lo señalado es obviamente valedero también para las Resoluciones Administrativas Sancionatorias, iniciado un proceso por un motivo determinado, la resolución de dicho proceso NO PUEDE INCLUIR OTROS ASPECTOS PUES ELLO VULNERA DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES CUYO RESPETO PERSEGUIREMOS HASTA LAS ULTIMAS CONSECUENCIAS.
- Así mismo la motivación de la nota APS/DESP/DJ/5311 - 2013 de fecha 7 de mayo de 2013 no es correcta, pues su Autoridad señala que por el principio de eficacia, economía y celeridad se resolverían el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ 245 - 2013 y la petición contenida en la nota PE/No.- 968/2013 de 26 de abril de 2013 de forma conjunta. En todo caso en vez de dilatar el procedimiento con la respuesta contenida en su nota APS/DESP/DJ/5311- 2013 y bajo los mismos principios invocados, su Autoridad debió dar cumplimiento al DS 27175 a fin de ser eficaz, oportuno y en aras de una prona aplicación de justicia. Su Autoridad no ha dado explicación alguna al

respecto-y DEBE DARLA. La motivación de las decisiones de toda autoridad o funcionario estatal es inherente al Estado democrático constitucional de derecho. De este deber no se hallan exentas las autoridades constitucionales ni administrativas; pues como señala el Dr. José Antonio Rivera Santivañez. **"Este principio implica que todas las sentencias constitucionales tienen que ser debidamente motivadas en Derecho..."**; dicha motivación implica, tal como lo tiene sentado el propio Tribunal Constitucional, que: **"las resoluciones que emiten las autoridades judiciales, deben exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de esas resoluciones" (SC. 0816/2010-R)**. En el mismo orden de razonamiento halla coincidencia la VINCULANTE Sentencia Constitucional 0905/2006-R Sucre. 18 de septiembre de 2006 que señala: **"En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que: "cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución", y que "cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma" (SSCC 717/2006-R, 0505/2006-R y 1369/2001-R, entre otras).**

- En el mismo orden de razonamiento senado (sic) en el punto anterior – REITERO SU AUTORIDAD HA OMITIDO VALORAR LA NOTA CITE/PE No 1062/2013 DE 16 DE MAYO DE 2013 OMISIÓN QUE IMPORTA VULNERACIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES CONFORME LO ANOTADO EN EL PUNTO ANTERIRO (sic).

c) INCONGRUENCIA EN LA REDACCIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/No 490 - 2013 y La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No 245 - 2013 de fecha 27 de marzo de 2013 - ERRÓNEA APLICACIÓN Y FUNDAMENTACION RESPECTO A LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS No 731 DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2007.:

- a. La sanción impuesta por la APS contra Seguros Illimani S.A. mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No 245 - 2013 de fecha 27 de marzo de 2013 ha establecido que se aplica dicha sanción por incumplimiento del artículo 12. a) de la Ley 1183 de 25 de junio de 1998.
- b. Dicho (sic) sanción en consecuencia versa sobre un supuesto incumplimiento por parte de Seguros Illimani S.A. con la obligación de: **"Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista ..."**
- c. Los extremos a los que se refiere la parte pertinente de la norma citada son extremos que deben ser probados ante la Autoridad llamada por ley.
- d. Si eventualmente se probara que Seguros Illimani S.A. habría incumplido en su momento con el pago de la indemnización, corresponde entonces la multa por parte de la APS, ANTES ES ABSOLUTAMENTE INVIABLE.
- e. El requisito previo a fin de determinar cualquier incumplimiento contractual en este caso referido a una póliza, es el LAUDO ARBITRAL que conforme dicho incumplimiento en cuyo caso recién se activa la potestad sancionatoria de la APS.

- f. El obrar como lo hace la APS, en este y otros casos, y no remediarlo, se traduce en consentir un acto de ilegalidad manifiesta por varias razones:
- i. Primero debido a que la APS no tiene facultad alguna para dirimir controversias técnicas o de derecho sobre pólizas como hemos anotado hasta el cansancio en el presente proceso sancionatorio.
 - ii. Segundo debido a que la potestad sancionatoria de la APS por supuesto incumplimiento del artículo 12. a) de la Ley 1 183 de 25 de junio de 1998 presupone la existencia de un extremo arbitral que establezca que el ente asegurador incumplió con lo previsto en dicha norma; extremo que se refleja por el laudo arbitral que de manera clara establezca que determinado ente asegurador incumplió con la citada norma caso en el que recién se activa la sanción y la potestad sancionatoria del ente regulador. La APS no puede tener como ciertos los hechos mientras los mismos no sean probados por el ente competente llamado por ley para determinar si cierto extremo referente al cumplimiento de obligaciones insertas en una póliza han sido cumplidas o no. LA APS NO TIENE FACULTAD LEGAL ALGUNA PARA DETERMINAR DICHS EXTREMOS QUE DE MANERA IRREFUTABLE DEBEN SER. PROBADOS DE FORMA ANTELADA A LA SANCIÓN ARBITRARIAMENTE IMPUESTA POR LA APS.
 - iii. En los hechos lo que ocurre es que el ente regulador prescindiendo del elemento probatorio elemental e imprescindible para determinar la sanción impuesta (LAUDO ARBITRAL QUE ESTABLEZCA EL INCUMPLIMIENTO DE UNA PÓLIZA) **está dando por verdad** la posición de una de las partes en desmedro de la otra. No importan los argumentos legales de Seguros Illimani S.A.; el resultado siempre será el mismo; la asimetría absoluta con la que se tratan los temas en la APS y principalmente cuando de por medio se halla el Estado.
 - iv. Se está obrando de forma asimétrica para con las partes dando una ventaja inmensurable al Estado versus las empresas aseguradoras - ES OBVIO QUE ESE NO ES EL OBJETIVO DE LOS ENTES ENCARGADOS DE ADMINISTRAR JUSTICIA O DIRIMIR CONTROVERSIAS, extremo que no condice con una práctica sancionatoria sana, desprovista de subjetividades.
- g. En consecuencia se tiene que la APS ha sancionado a Seguros Illimani por la supuesta contravención al artículo 12. (sic) a) de la Ley 1183 de 25 de junio de 1998 sin siquiera COMPROBAR (sic) dicho incumplimiento, comprobación que debe ser dada por el ente competente a fin de determinar que la obligación por la cual (sic) se nos sanciona es evidente. La APS no tiene competencia alguna para determinar dicho incumplimiento. Verificado el mismo por el ente competente, recién tendrá la facultad y potestad de sancionar por dicho extremo antes no es posible.
- h. La APS variando lo inicialmente establecido en la RA APS/DJ/DS/No 245 -2013 de fecha 27 de marzo de 2013, establece como fundamento de la Resolución ahora impugnada, que por nuestra parte habríamos incumplido las previsiones de la **Resolución Administrativa IS No 731 de 11 de septiembre de 2007** extremo que no es evidente.
- i. La APS señala en la resolución ahora impugnada refiriéndose (sic) a la RA supra citada expresamente lo siguiente: **"Que aho (sic) bien, la base legal para que la APS hubiera invocado estas facultades y atribuciones (y objetivos) radica en lo estipulado en la Cláusula de Ejecución a primer Requerimiento Para Entidades**

Públicas aprobado mediante Resolución Administrativa IS No 731 de 11 de septiembre de 2007 (que es deber de la APS hacer que se cumpla) aplicable a la Póliza de Cumplimiento de Obra, cuyo texto reza: ..." ... "Que en función a lo anterior, recuérdese que la APS tiene el deber de cumplir y hacer cumplir las leyes y reglamentos que conciernen, además que este soporte normativo, nuevamente, permite a la APS deslindar nítidamente el ámbito de su actuación."

- j. En consecuencia corresponde analizar el contenido de la **Resolución Administrativa IS No 731 de 11 de septiembre de 2007**, cuyo contenido dice la APS habría sido incumplido,
- k. Así también corresponde analizar si dicha RA sirve de fundamento jurídico para la sanción impuesta y si la misma faculta a la APS a intervenir en cuestiones litigiosas, controvertidas de índole técnico y legal que se presentan entre los particulares:
- i. La Resolución traída a colación por la APS es una Resolución de REGISTRO DE TEXTOS en ningún momento dicha resolución otorga facultad alguna a la APS de inmiscuirse en asuntos controvertidos entre particulares.
 - ii. El contenido de dicha Resolución fue cumplido a cabalidad por Seguros Illimani S.A. En consecuencia se han insertado en las pólizas correspondientes el tenor íntegro al que se hace referencia en dicha resolución.
 - iii. Al igual que en todos los casos, Seguros Illimani S.A. ha remitido el texto de sus pólizas a fin de que sean aprobados por la APS. iv. **TODOS LOS EXTREMOS SEÑALADOS NO FACULTAN A LA APS A DIRIMIR UN ASUNTO (sic) ENTRE PARTICULARES; LOS ASUNTOS LITIGIOSOS ENTRE PARTICULARES CORRESPONDEN AL ÁMBITO ARBITRAL.**
 - v. En consecuencia no solo que es ilegal sino que no se entiende el hecho de que la APS haya integrado como fundamento de la RA ahora impugnada el contenido de la **Resolución Administrativa IS No 731 de 11 de septiembre de 2007** pues la misma ha sido cumplida a cabalidad por Seguros Illimani S.A. y en **NINGÚN CASO HABILITA O FACULTA A LA APS HA INTERVENIR EN EL PRESENTE CASO.**
 - vi. Bajo el mismo razonamiento de la APS referido a la **Resolución Administrativa IS No 731 de 11 de septiembre de 2007** dicho ente podría intervenir en consecuencia en todas las controversias técnicas y de derecho que se presenten por cualquier tipo de póliza pues al igual que la citada Resolución Administrativa, procede a aprobar los textos de todas las pólizas que se comercializan. Dicho extremo no ocurre de ese modo resultando por demás curioso que en el caso que nos ocupa se tergiverse el sentido real de la **Resolución Administrativa IS No 731 de 11 de septiembre de 2007** a fin de señalar que se la está haciendo cumplir Cuando ya la misma ha sido cumplida y utilizarla, desvirtuando la misma como fundamento para imponer a nuestra entidad una sanción inexistente.
- d. **El recurso de revocatoria.-** Así mismo reitero a su Autoridad en el marco del presente recurso jerárquico la integridad del recurso de revocatoria interpuesto por la entidad que represento contra la RA APS/DJ/DS/No.- 245 - 2013 de fecha 27 de marzo de 2013 pues los argumentos contenidos en dicho recurso fueron soslayados por la APS sumiéndonos en consecuencia en indefensión; traduciéndose dicha actitud en una acción omisiva que debe ser reparada por el tribunal superior jerárquico.

- e. Irretroactividad de la Ley No.- 365 y consideraciones pertinentes relativas a la misma.-**
Note además su Autoridad que la APS en la página 14 de la resolución ahora recurrida cita la Ley 365 de 23 de abril de 2013, olvidando que por precepto constitucional dicha norma no es retroactiva. La sola mención a dicha norma es aberrante e impertinente por parte del ente regulador. Sin embargo note su Autoridad que ha sido imperativa una LEY DEL ESTADO PLURINACIONAL de Bolivia a fin de facultar a la APS a intervenir en cuestiones entre particulares hasta el límite de los UFV 100.000,00 quedando irrefutablemente demostrado que antes dicha facultad no existía, así la misma trate de ser disfrazada por la APS con otros argumentos que sencillamente no son jurídicos.
- f. La Resolución Administrativa IS No 731 de 11 de septiembre de 2007** ha sido plenamente cumplida por Seguros Illimani S.A. en consecuencia dicha Resolución no puede ser utilizada como argumento para imponer multa alguna a nuestra entidad.
- g. Quedando claro que la citada resolución ha sido cumplida es evidente que la APS está dilucidando el incumplimiento de una cláusula contractual para la que no tiene competencia alguna - si Seguros Illimani S.A. incumplió con alguna previsión de la póliza incluidas aquellas derivadas de la antedicha resolución 731 será pues posible de un proceso arbitral en la que la parte afectada reclamara dicho extremo, si logra probarlo entonces recién procede la multa NO ANTES.**
- h. ESTADO DE INDEFENCION.-** (sic) De acuerdo a la **VINCULANTE** jurisprudencia constitucional a la que me referiré más adelante, se considera que cuando la autoridad jurisdiccional, administrativa o de cualquier otra índole; encargada de administrar justicia, por cualquier medio, menoscaba, dificulta o reprime el derecho de acceso a los medios de defensa que aseguran el ejercicio a la defensa a los administrados, conculca con dicho accionar el derecho a la defensa que asiste a estos y consiguientemente los sume en indefensión; en el presente caso un mecanismo de defensa establecido por el inciso 1, artículo 8vo del 13.S. No.- 27175 ha sido abusivamente mezclado con un proceso sancionatorio con las complicaciones recursivas anotadas ut supra. Así tenemos las siguientes Sentencias Constitucionales que VINCULAN el accionar de toda autoridad encargada de administrar justicia: La SC 377/2003/2003-R ha establecido que se entiende por **derecho a la defensa** lo siguiente: "(...) **no es un derecho que concierna al querellante o víctima, sino más bien al imputado asegurándole la posibilidad de todo recurso o medio para defenderse y desvirtuar la acusación presentada en su contra, de modo que podrá presentar y producir cuanta prueba lícita la considere favorable, podrá presentar incidentes, RECURSOS, excepciones y otros, para probar su inocencia (...), resultado obvio, que cuando esa posibilidad es impedida por la autoridad jurisdiccional a través de algún acto o resolución, no hace más que incurrir en un acto ilegal que suprime el derecho de acceso a la justicia.**" - Quedando absolutamente claro que por nuestra parte hemos ejercido un mecanismo de defensa frente al accionar de la APS, mecanismo de defensa que ha sido soslayado por la entidad a su cargo sumiéndonos en evidente estado de indefensión - astutamente pretenden que cuestiones diametralmente diferentes y con consecuencias recursivas distintas sean resultas en una sola resolución -, lo que es peor el mecanismo de defensa que nos corresponde a fin de que la APS establezca de forma clara su competencia en el presente caso ha sido impedida por que se la ha mezclado con un proceso sancionatorio y debido a

que, en los hechos, se ha supeditado dicho extremo a la conclusión del proceso sancionatorio.

- i. **FALTA DE MOTIVACIÓN.-** En el caso específico no solo que se ha dado la falta de motivación en la resolución recurrida sino que la APS no se ha referido para nada a nuestros argumentos. En consecuencia dicho acto constituye un acto inmotivado de su Autoridad el mismo que lesiona derechos y garantías constitucionales conforme la **VINCULANTE** Sentencia Constitucional No. 0905/2006-R Sucre, 18 de septiembre de 2006 que señala: **"En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que: "cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el porqué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución", y que "cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma" (SSCC 717/2006-R, 0505/2006-R y 1369/2001-R, entre otras).**". - VINCULANTE Sentencia Constitucional que es plenamente aplicable a su Autoridad por imperio de los artículos 28 y 30 de la Ley 2341 que señala que todo acto administrativo debe ser fundamentado; expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto así como la causa del mismo y el derecho aplicable, extremos que se hallan AUSENTES en la Resolución recurrida. JAMAS SE HA RELACIONADO NI PARA DESVIRTUARLA EL CONTENIDO DE LA NOTA CITE/PE No 1062/2013 DE 16 DE MAYO DE 2013.
- j. **INCOMPETENCIA DE LA APS.-** Es claro colegir que en un caso como el que nos ocupa en el que existe un SUPUESTO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL OJO NO DE RESOLUCIÓN DE LA APS; La Resolución Administrativa SB No. 077/2006 de 14 de junio del mismo año ha establecido claramente lo siguiente: **"La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras no alcanza a resolver situaciones controversiales entre las entidades reguladas y sus clientes o usuarios emergentes de contratos o acuerdos suscritos en el uso privativo de facultades civiles y comerciales establecidas en la legislación boliviana ..."(SIC)** -La competencia del ente regulador, en este caso de la APS se halla limitada a emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la actividad de seguros, cualquier cuestión relativa al cumplimiento de contratos o su incumplimiento es atribución privativa de los juzgados ordinarios de la república, la APS carece de competencia para referirse o analizar cuestión alguna relativa a dicho punto, así lo ha ratificado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 84/006 de 19 de diciembre de 2006 en forma incuestionable. En el mismo orden de razonamiento halla coincidencia la Resolución Jerárquica De Regulación Financiera SG SIREFI RJ 37/2005 de fecha 12 de septiembre de 2005.

PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en el Decreto Supremo No. 27175 y la Ley 2341, establecidos para la presentación del Recurso Jerárquico tenga presente su Autoridad el presente recurso y póngase el mismo en conocimiento de la Autoridad Jerárquica Superior..."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES

La Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/5753/2013 de 1 de febrero de 2013, notificó a Seguros Illimani S.A., con el presunto incumplimiento al artículo 12. a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 en relación al reclamo presentado por la Administradora Boliviana de Carreteras, emergente de la ejecución de la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra para entidades públicas (Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento LPCO 1000056).

Que, mediante carta CITE/PE N° 968/2013 de 26 de abril de 2013, Seguros Illimani S.A., solicitó a la APS que en aplicación del Art. 8 y 9 del D.S. N° 27175, explique de forma motivada, en qué norma afirma tener competencia en cuanto a la presunta ejecución de la Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra N° LPCO1000056 relacionada al supuesto incumplimiento al Art. 12 de la Ley N° 1883.

Que, la APS en respuesta emitió la carta APS/DESP/DJ/5311-2013 de 7 de mayo de 2013, mediante la cual le Informa, a Seguros Illimani S.A., que recibirá respuesta apropiada a momento de resolverse el Recurso de Revocatoria.

Que, en fecha 17 de mayo de 2013, mediante carta CITE/PE N° 1062/2013 de 16 de mayo de 2013, Seguros Illimani solicita a la APS respuesta por cuerda separada a la nota CITE/PE N° 968/2013 de 26 de abril de 2013, en razón a que no se podría mezclar un proceso administrativo sancionatorio con una petición, aclarando la misma que en caso de persistir la falta de competencia argüida por la recurrente, se activarían mecanismos constitucionales que no pueden ser activados en la vía sancionatoria.

Asimismo, precisa en la mencionada carta, que la nota de cargos, mediante la cual se inició el proceso sancionatorio que derivó en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/245-2013, no tiene relación alguna con la petición contenida en la nota PE/N° 968/2013 de 26 de abril de 2013 relativa a la competencia.

Que, en fecha 6 de mayo de 2013, Seguros Illimani S.A., presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/N°245-2013 de 27 de marzo de 2013, mismo que ha sido resuelto por la APS mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013, mediante la cual confirma la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 245-2013 de 27 de marzo de 2013.

Que, en fecha 17 de junio de 2013, Seguros Ilimani S.A., interpuso Recurso Jerárquico, mismo que pasa a resolverse.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto a la competencia de la APS.-

La recurrente, señala que la APS no tendría competencia para determinar el incumplimiento al artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros.

Que, al respecto de este punto, importa traer a colación lo ya determinado por la ex Superintendencia General del SIREFI, en la Resolución Administrativa No. SG-SIREFI RJ 371/2005, de 12 de septiembre de 2005, que pronunciándose sobre el tema en cuestión, expresó:

"(...) Competencia con la que toda autoridad administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponde ejercitar desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas (...) "Esta limitación o determinación del grado de competencia que corresponde a cada autoridad administrativa, se encuentra en el derecho positivo, generalmente a través de criterios como el grado, materia, territorio o tiempo.

Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la autoridad pública y que constituyen los límites de su actuación." La propia (norma Fundamental dispone en su artículo 122 La sanción para aquellas autoridades que no se rijan a estos preceptos señalando." Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley..."

Por lo que pasamos a determinar si la Ley otorga competencia, o no, a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para proceder conforme lo ha hecho, para lo cual debe revisarse la normativa de la materia para determinar las facultades y atribuciones, cual se procede a continuación:

Que, la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005, en su Artículo 1 parágrafo V, determina:

*"La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros tiene competencia privativa e indelegable para emitir **regulaciones prudentiales, controlar y supervisar** las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, **la actividad aseguradora** y del mercado de valores" (Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Que, la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, determina, en su Artículo 41, los objetivos que tiene la SPVS, señalando:

*“a) Velar por la Seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras, reaseguradoras, entidades de prepago, intermediarios y auxiliares de seguro b) Informar periódicamente a la opinión pública sobre las actividades del sector de la propia Superintendencia c) **Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros** d) Velar por la publicidad adecuada y la transparencia de las operaciones en el mercado de seguros y e) Cumplir y hacer la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.”*

Que, el artículo 167 de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP se denominará en adelante Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS y asumirá las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de seguros de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI.

Que, el artículo 168 de la referida Ley determina que son funciones y atribuciones del organismo de fiscalización:

*“...a) Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.
b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a ...entidades aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.
c) Asumir las funciones, atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas en la Ley de Seguros que fueron transferidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero –ASFI.-
g) Supervisar las transacciones y los contratos realizados por las entidades bajo su jurisdicción, relacionados con las actividades establecidas en la Ley de Seguros...”*

En este entendido, se colige, sin lugar a dudas, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se encuentra investida de competencia para controlar, supervisar, fiscalizar y sancionar a las personas y entidades sometidas a su regulación, por tanto tienen competencia plena para verificar el cumplimiento de la norma, y en caso de encontrar infracciones administrativas, proceder con la tramitación del procedimiento administrativo sancionatorio y, consiguientemente, imponer las sanciones que correspondan, claro en el marco del debido proceso (Criterio ya recogido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 042/2012 de 5 de julio de 2012.)

Que, en este sentido, el Órgano Regulador, dentro del marco de competencia legal que le asiste, determinó iniciar proceso sancionador a la recurrente por un supuesto incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, ya que habría incumplido la prestación convenida consistente en la ejecución de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de obra, **conforme lo establece la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007**, y consiguientemente conforme lo determina la misma póliza.

Que, bajo ningún contexto legal, se puede entender que el hecho de que la Autoridad Fiscalizadora haya iniciado proceso sancionador y posteriormente haya decidido sancionar por el incumplimiento al artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, haya resuelto

controversias técnicas de la póliza o haya resuelto controversias entre particulares que efectivamente corresponden al ámbito arbitral como bien señala la recurrente, sin embargo de ello, no implica que la aseguradora no pueda iniciar procesos sancionadores por incumplimiento a lo determinado en la Ley de Seguros artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, y a la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007, conforme ya se refirió líneas ut supra.

Sin embargo de ello y en cuanto al incumplimiento al Artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, esta instancia Jerárquica se pronunciara específicamente si existe incumplimiento a la precipitada norma en el punto 2.3.

2.2. En cuanto a la irretroactividad de la Ley N° 365 de 23 de abril de 2013.-

La recurrente señala que, en la página 14 de la Resolución Administrativa N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013, la APS habría aplicado retroactivamente la Ley N° 365 de 23 de abril de 2013.

De la lectura de la Resolución Administrativa N° 490-2013 de 24 de mayo de 2013, se tiene que, si bien el Ente Regulador hace referencia a la Ley N° 365 de 23 de abril de 2013, la cita a la misma se encuentra en el contexto referencial de determinar las competencias y atribuciones, facultades y objetivos de la APS, pero en ningún caso la Entidad Fiscalizadora se ha pronunciado y aplicado dicha Ley de manera retroactiva como refiere la recurrente.

Que, en el caso de autos, el haber hecho una simple cita de las normas relativas a su competencia y atribuciones, no puede entenderse bajo ningún concepto, que el Ente Regulador haya utilizado esta norma para sancionar a la recurrente, más aún, si conforme se tiene anotado, la norma que aplica al caso de autos es la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007, misma que al aprobar cláusulas y las mismas son específicas y consecuentemente de cumplimiento obligatorio, determina los elementos particulares a los que el regulado estará sometido a momento de dar cumplimiento al pago del beneficiario, cuando éste sea el Estado, norma que sí se encontraba vigente al momento del hecho.

Que, en este entendido, tenemos que en ningún momento se ha aplicado retroactivamente la Ley N° 365 de 23 de abril de 2013, que la APS ha sancionado a la recurrente por incumplimiento al artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, al no haber cumplido ésta con la prestación convenida conforme lo señala de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de obra, y como lo establece la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007.

2.3. En cuanto a la entrega definitiva de la obra, en base al Contrato de Obra, por parte de la Empresa SERCO S.R.L.-

Seguros Illimani S.A. refiere que, en el presente caso, no se habría producido el siniestro, razón por la cual no corresponde ejecutar la Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra N° LPCO10000056, dado que la Empresa Serco S.R.L. procedió a la entrega provisional de la obra, misma que por la existencia de silencio administrativo positivo de la Administradora Boliviana de Carreteras (ABC) –conforme anota la recurrente- ha

derivado en la entrega definitiva de la obra, dando por concluida la relación contractual conforme a la cláusula trigésima octava del contrato principal.

Por su parte, la APS se pronuncia sobre el particular de la siguiente manera:

"...Que aclarado el campo de actividades institucionales del ente regulador sobre la base legal existente, corresponde manifestar que análisis (sic) y soluciones a las vicisitudes y controversias emergentes del contrato ABC N° 434/08/-ORLP-OBR-TGN corresponden al ámbito del derecho privado; v. gr. ocurrencia o no del siniestro, penalidades por silencio, pago de las primas pactadas, etc.

*Que debe tenerse presente que consecuencia de aquél contrato principal es el nacimiento a la vida jurídica de la **Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra para Entidades Públicas a Primer Requerimiento LPCO1000056**, cuyas consecuencias en su aplicabilidad **sí** son de competencia de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.*

*En este contexto, resulta capital referirse a lo estipulado en la **Cláusula de Ejecución a primer Requerimiento Para Entidades Públicas** aplicable a la Póliza de Cumplimiento de Obra, cuyo texto reza:*

"No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la Póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE, RENOVABLE Y DE EJECUCIÓN A PRIMER REQUERIMIENTO.

Se establece asimismo que, en virtud a la presente Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, quedan nulas, sin vigencia ni aplicación alguna, las Cláusulas 4° (Modificación del Contrato Principal) y 7° (Otras Caucciones) de las Condiciones Generales de la Póliza..."
(...)

*"...Que a mérito de esta paráfrasis, es importante recalcar que el ente regulador tiene presente que no corresponde a sus atribuciones determinar el cumplimiento o no del contrato principal, **pero sí tiene y mucho que ver** con las vicisitudes emergentes de la **Póliza de Cumplimiento de Contrato de Obra Para Entidades Públicas a Primer Requerimiento LPCO-1000056**, por mandato (como una muestra de otras adicionales potestades) del artículo 168 en sus incisos a), b) y g) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2001 concordante con los incisos c), d) y k) del artículo 43 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.*

*Que ahora bien, la base legal para que la APS hubiera invocado estas facultades y atribuciones (y objetivos) radica en lo estipulado en la **Cláusula de Ejecución a primer Requerimiento Para Entidades Públicas** aprobado mediante **Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007** (que es deber de la APS hacer que se cumpla) aplicable a la Póliza de Cumplimiento de Obra, cuyo texto reza:*

"No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la Póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE, RENOVABLE Y DE EJECUCIÓN A PRIMER REQUERIMIENTO.

Se establece asimismo que, en virtud a la presente Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento, quedan nulas, sin vigencia ni aplicación alguna, las Cláusulas 4º (Modificación del Contrato Principal) y 7º (Otras Caucciones) de las Condiciones Generales de la Póliza.

En este entendido, en caso de siniestro, el Fidor indemnizará al beneficiario el valor caucionado reclamando sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días después de reportado el incumplimiento, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno."

*La ejecución de la Póliza **no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la nota de declaración de Incumplimiento**, emitida y firmada alternativamente por el Responsable del Proceso de Contratación (RPC) o por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda." (las negritas son de la APS).*

Que en función a lo anterior, recuérdese que la APS tiene el deber de cumplir y hacer cumplir las leyes y reglamentos que le conciernen, además que este soporte normativo, nuevamente, permite a la APS deslindar nítidamente el ámbito de su actuación..." (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 490-2013 de 24 de mayo de 2013)..."

Al respecto y siguiendo la línea de razonamiento planteada por la APS, corresponde precisar que la Póliza de cumplimiento de contrato de Obra para Entidades Públicas a Primer Requerimiento, en sujeción a la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007 taxativamente determinan:

"Las controversias de hecho sobre las características técnicas de la presente póliza, serán resueltas a través del peritaje nombrando a los peritos que correspondan. Si por esta vía no se llegara a un acuerdo sobre dichas controversias, éstas deberán definirse por la vía del arbitraje.

Las controversias de derecho suscitadas entre las partes sobre la naturaleza y alcance de la presente póliza, serán resueltas en única e inapelable instancia por la vía del arbitraje, de acuerdo a lo previsto en la Ley 1770 (Ley de Conciliación y Arbitraje).

El arbitraje no afectará ni demorará en ningún momento ni por ninguna circunstancia el pago del fiador al beneficiario, en los plazos establecidos en las cláusulas de ejecución respectiva"(Las negrillas han sido insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De lo transcrito, se tiene que es la propia Póliza la que determina que la existencia de controversias, no afecta, menos demora el pago del fiador al beneficiario, con el advertido que ello no inhibe la potestad o derecho facultativo de las partes de poder ir o no a un arbitraje o utilizar los medios legales que hagan a la clarificación de las controversias que se susciten.

Es así que, al corresponder en el caso de autos a una Póliza con **Cláusula de Ejecución a primer Requerimiento Para Entidades Públicas**, y con independencia de los recursos que les franquea la Ley, el fiador, debe dar cumplimiento a la prestación convenida con el beneficiario **de manera inmediata o a más tardar en los 15 días siguientes de tener la**

Resolución de incumplimiento del contrato con la empresa, claro una vez que este ha cumplido el único requisito establecido, cual es presentar original o copia legalizada de la nota de declaración de incumplimiento emitida y firmada alternativamente por el Responsable del Proceso de Contratación (RPC) o por la Máxima Autoridad Ejecutiva MAE.

Que en este sentido tenemos que en la eventualidad de no haber procedido de dicha manera la Entidad Aseguradora es sujeta a un proceso sancionador cual ocurrió en el caso de autos, donde la Aseguradora debió dar cumplimiento al artículo 12 inc. a) de la ley de Seguros.

Que ello implica, que no corresponde bajo el contexto legal existente, que previamente a la ejecución de la garantía se determine el incumplimiento de éste ante o por ninguna autoridad, ya que los **seguros de caución firmados con entidades públicas se rigen por la Resolución Administrativa IS/No 731/2007 de 11 de septiembre de 2007** citada, criterio recogido ya en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 070/2011 de 23 de diciembre de 2011.

*Que precisamente por ello el Condicionado General de la Póliza señala, con meridiana claridad, que: "Los procedimientos correspondientes para ejecutar la presente póliza, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula de Ejecución respectiva, **serán de entera responsabilidad del Funcionario Público ante el Fidor y ante las Autoridades competentes, por tanto LOS ACTOS O HECHOS QUE DERIVEN EN LA EJECUCIÓN "INCONSISTENTE" O "INCORRECTA" DE LA PRESENTE PÓLIZA, SERAN SUJETO DE LAS RESPONSABILIDADES LEGALES RESPECTIVAS"**.*

Que por lo tanto, independientemente de los procesos de arbitraje o procesos judiciales que inicien las partes para demostrar el cumplimiento del contrato principal entre la ABC y la Empresa SERCO S.R.L, o resolver controversias, se tiene evidenciado que el presente proceso no está supeditado a ello, en razón a que los mismos tienen connotaciones y naturaleza distinta al presente proceso administrativo, cuyo objeto sólo se circunscribe a determinar el cumplimiento de la normativa regulatoria (**administrativa**) por parte del regulado, en este caso de Seguros Illimani S.A. y concretamente al cumplimiento del artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros, considerando que la Póliza contiene la **Cláusula de Ejecución a primer Requerimiento Para Entidades Públicas**.

2.4. De los procesos paralelos.-

Por último y en cuanto a lo referido por Seguros Illimani S.A., de que el Ente Regulador habría mezclado dos procedimientos opuestos y distintos, cuál era su petición de pronunciamiento de competencia y el propio proceso sancionatorio, importa traer a colación la determinación dada por esta instancia jerárquica mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 066/2013, que resuelve el Recurso Jerárquico planteado por Seguros Illimani S.A., contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ N° 598-2013 de 01 de julio de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas se concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho una correcta

valoración de la prueba así como una correcta interpretación de la norma por lo que en el presente caso la fiscalizadora si tiene competencia para sancionar a las aseguradoras cuando estas incumplan el artículo 12 inc. a) de la Ley de Seguros cuando la contratación de las pólizas de seguros de caución sean firmados con entidades públicas sin embargo de ello no tiene competencia para pronunciarse sobre cuestiones técnicas de la pólizas, los mismos que deberán ser dilucidados de acuerdo a ley.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículos 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **CONFIRMAR TOTALMENTE** la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°490-2013 de 24 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°245-2013 de 27 de marzo de 2013,

ARTÍCULO SEGUNDO.- El no pronunciamiento administrativo, no inhibe a las parte de recurrir los derechos que se crean vulnerados por la jurisdicción llamada por ley para el caso en controversia.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/N° 474-2013 DE 22 DE MAYO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 068/2013 DE 10 DE OCTUBRE DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 068/2013

La Paz, 10 de octubre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 474-2013 de fecha 22 de mayo de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 066/2013 de 17 de septiembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 153/2013 de 27 de septiembre de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 13 de junio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, representada legalmente por su Gerente General, Sr. Julio Antonio Vargas León, conforme al Testimonio de Poder N° 563/2001 de fecha 3 de octubre de 2001, suscrito por ante la Notaría de Fe Pública N° 035 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso

Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 474-2013 de fecha 22 de mayo de 2013, que, en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 992-2012 de 26 de diciembre de 2012.

Que, mediante nota APS/DJ/6069/2013, con fecha de recepción 18 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 474-2013 de 22 de mayo de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 20 de junio 2013, notificado en fecha 26 de junio de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 474-2013 de 22 de mayo de 2013.

Que, en fecha 5 de julio de 2013 se llevó a cabo la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, que fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** a tiempo de presentar su Recurso Jerárquico.

Que, mediante memorial con fecha de recepción 11 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presentó documentación complementaria.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/7510/2013 de fecha 29 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, adjunta la documentación complementaria que le fuera solicitada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 073/2013, correspondiente a la copia legible del Recurso de Revocatoria que hace al caso.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/5185/2012 de 10 de julio de 2012, notificada en fecha 8 de agosto de 2012, luego de la valoración de la nota FUT.AP.1061/2012 y de la documentación adjunta a la misma, imputó a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, con los siguientes cargos:

“...II.- Imputación de Cargos

Cargo 1.- *Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciarse la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador.- AEROSUR S.A. - Proceso Ejecutivo Social

Juzgado Primero de Trabajo y Seguridad Social de Santa Cruz.

Periodo sin movimiento procesal: Por el período comprendido entre el 30 de octubre de 2007 a 25 de marzo de 2009, entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009 y entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012.

- El Proceso Ejecutivo Social se inició a través de la Nota de Débito N° 1- 07-2000-00068 de 11 de julio de 2000, juntamente el memorial de demanda presentado en fecha 17 de julio de 2000.
- Mediante la demanda, la Administradora solicitó como medidas preventivas, el embargo de todos los bienes que la parte demandada tuviese a su nombre, así como la retención de fondos en los distintos Bancos y entidades financieras del país.
- El Juez emite Auto Intimatorio de Pago de 19 de julio de 2000, mediante el cual intima a la parte ejecutada el pago de lo adeudado; asimismo, otorgó las medidas preventivas de embargo de bienes y retención de fondos, solicitadas en el memorial de inicio de demanda.
- La parte ejecutada presenta memorial de 09 de agosto de 2000, a través del cual interpone Excepción de Impersonería.
- La Administradora, responde la excepción planteada por la parte ejecutada a través del memorial de 20 de agosto de 2000.
- El Juez dicta la Sentencia de 31 de enero de 2001, declarando probada la demanda e improbadas las Excepciones presentadas por la parte ejecutada.
- La parte ejecutada interpone Recurso de Apelación mediante memorial de 24 de febrero de 2001.
- Al respecto, la Administradora solicitó mediante memorial presentado en fecha 17 de abril de 2001, se otorgue la ejecutoría de la Sentencia.
- Asimismo, la Administradora solicita mediante memorial presentado en fecha 27 de junio de 2001, se embargue las acciones de la sociedad ejecutada para su correspondiente Servicio Nacional de Registro de Comercio debido a que no existen bienes muebles, inmuebles o fondos que puedan ser embargados o retenidos.
- La Administradora solicita al Juez a través del memorial de 31 de mayo de 2007, se retenga el dinero producto de las ventas de boletos aéreos ante INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION - IATA y el sistema SABRE.
- Asimismo, la Administradora solicitó al Juez a través del memorial de 04 de junio de 2007, anotación preventiva de la marca "AEROSUR" ante el SERVICIO NACIONAL DE PROPIEDAD (sic) INTELECTUAL, para de esta forma lograr retener cualquier tipo de ingresos que la parte ejecutada pudiese tener a su nombre.
- Se acumula al proceso al Nota de Débito N° 1-07-2006-00232 de 17 de octubre de 2006, emitida por el concepto de Recargos por el Sr. Ignacio **Suarez Escalante, a través del memorial de 06 de julio de 2007.**
- El Juez decreta la ampliación con la Nota de Débito N° 1-07-2006-0023, a través del Decreto de 05 de noviembre de 2007.

- La Administradora solicita mediante memorial de **30 de octubre de 2007**, establezca la ampliación de la deuda considerando asimismo el monto del Recargo.
- La AFP mediante memorial de **25 de marzo de 2009**, presenta un Convenio de Pagos suscrito entre la Administradora y la empresa ejecutada de fecha 18 de marzo de 2009.
- Se puede evidenciar que desde el **30 de octubre de 2007 al 25 de marzo de 2009** existen **quinientos doce (512) días sin movimiento procesal** en el PES, por parte de la AFP.
- Se presenta el memorial de **15 de abril de 2009**, a través del cual la Administradora reinicia acciones legales dentro del proceso a razón que la parte ejecutada habría incumplido el Convenio de Pago suscrito.
- La Administradora en fecha **13 de octubre de 2009**, presenta memorial a través del cual reitera la retención de fondos que la parte ejecutada pudiese tener a su nombre; por lo cual el Juez oficia orden judicial de 21 de octubre de 2009, dirigida a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - ASFI para que esta proceda a la retención de fondos en las distintos Bancos y Entidades Financieras del país.
- Se puede evidenciar que desde el **15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009** existen **ciento ochenta y un (181) días sin movimiento procesal** en el PES, por parte de la AFP.
- Asimismo, la AFP presenta mediante memorial de 05 de enero de 2010, la liquidación de mora para evidenciar el incumplimiento al Convenio de Pago suscrito con la empresa ejecutada.
- Se presenta una nueva ampliación a través de la Nota de Débito N° 1- 07-2010-00027 juntamente la presentación del correspondiente memorial ampliatorio de 04 de mayo de 2012. De la misma forma, reitera la retención de fondos a través de IATA y sistema SABRE, mediante memorial de 10 de junio de 2010.
- La Administradora, adjunta mediante el memorial de 27 de agosto de 2010, el oficio presentado a IATA para la correspondiente retención de fondos provenientes de la venta de boletos aéreos de AEROSUR S.A.; asimismo, contesta al Recurso de Reposición mediante el memorial de 30 d (sic) septiembre de 2010, refutando todos los puntos planteados por la parte ejecutada a fin de dilatar el proceso.
- El Juez determina mediante Auto de 02 de octubre de 2010, se rechace el Recurso de Reposición planteado por la parte ejecutada y se conceda la ampliación solicitada por la Administradora.
- Mediante memorial de 20 de enero de 2011, la AFP presenta memorial a través del cual reitera y solicita retención de fondos a Agencias de Viajes que habrían recibido fondos por la compra de boletos aéreos.
- La parte ejecutada apersona nuevo representante legal, y presenta documentación, mediante memorial de 09 de marzo de 2011.
- La AFP a través de memorial de 14 de marzo de 2011, solicita la retención de fondos por la venta de boletos aéreos y sean remitidos para su correspondiente endose y desglose judicial para cobro de la AFP. El Juez decreta en fecha 16 de marzo de 2011, se oficie a las distintas Agencias de Viajes dicha retención.
- Asimismo, mediante memorial de 15 de abril de 2011, la Administradora reitera el monto sobre el cual se debe realizar la correspondiente retención de fondos y su

remisión. La Autoridad Jurisdiccional decreta traslado a la parte ejecutada para su correspondiente pronunciamiento.

- La parte ejecutada interpone Recurso de Apelación mediante memorial de **25 de abril de 2011**.
- Como último actuado procesal de la Administradora dentro del proceso se tiene el memorial de **19 de marzo de 2012** presentado ante la Sala Social Administrativa del Tribunal de Justicia Santa Cruz, a través del cual solicita se dicte Auto de Vista.
- **Se puede evidenciar que desde (sic) 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012, existen trescientos treinta y nueve (339) días sin movimiento procesal alguno en el PES, por parte de la AFP.**

Cargo 2.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, al evidenciarse la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Coactivo Social.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador.- AEROSUR S.A. – Proceso Coactivo Social

Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal: Por el periodo comprendido entre el 11 de abril de 2011 al 07 de diciembre de 2011.

- El Proceso Coactivo Social se inició a través de la Nota de Débito N° 1-07-2011-00058 de 16 de marzo de 2011, juntamente el memorial de demanda presentado en fecha 25 de marzo de 2011.
- Se dicta Sentencia N° 39 de **11 de abril de 2011**, declarando probada la demanda Coactiva Social disponiendo el pago de lo adeudado en el plazo de tres (3) (sic) calendario y (5) días calendario, para la presentación de excepciones de así corresponder.
- El Juez oficia en fecha 19 de octubre de 2011, a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - (ASFI), se proceda a la retención de fondos en todos los bancos y entidades financieras que la empresa ejecutada pudiese tener a su nombre; asimismo, se oficia similares órdenes judiciales ante COTAS Unidad Operativa de Tránsito y Derechos Reales para que éstas entidades certifiquen si existen bienes a nombre del ejecutado, tales como líneas telefónicas, automóviles y bienes inmuebles.
- En fecha 20 de octubre de 2011, el Oficial de Diligencias del Juzgado 4° de Trabajo y Seguridad Social presenta informe al Juez sobre la imposibilidad de realizar la notificación con la Sentencia correspondiente en vista que el representante legal de la empresa ejecutada no pudo ser hallado en su domicilio legal. El Juez decreta en fecha 21 de octubre de 2011, se realice la notificación mediante Cédula.
- La Administradora en fecha **07 de diciembre de 2011**, presenta memorial a través del cual adjunta informe de la empresa "COTAS" sobre líneas telefónicas que la parte ejecutada tiene a su nombre.

- Se puede evidenciar que desde el **11 de abril de 2011 al 07 de diciembre de 2011**, existen **doscientos cuarenta (240) días sin movimiento procesal**, por parte de la AFP.
- La parte ejecutada presenta memorial de 23 de diciembre de 2011, a través del cual opondrá Excepciones de Falta de Personería e inexistencia de la obligación.
- Mediante memorial de 26 de enero de 2012, la AFP adjunta informe de Derechos Reales sobre la inexistencia de bienes inmuebles a nombre de la parte ejecutada.
- Con memorial de 13 de marzo de 2012, la Administradora solicita retención de fondos a la totalidad de Agencias de Viajes del país por la venta de boletos aéreos realizados a nombre de la parte ejecutada..."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

2.1. Nota FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012.-

Mediante nota FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta los siguientes descargos:

"...CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

a) Del Marco Normativo Sancionador.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 168, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones, entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización que ejerce la APS están las de "Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, **Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción**, de acuerdo a la presente Ley, Ley **de Seguros y** los reglamentos correspondientes" (las negrillas son nuestras).

Ahora bien del imperio de la propia ley, se desprende el hecho de que debe existir una reglamentación que permita establecer los límites y la potestad sancionadora del Organismo de Fiscalización. Pretender utilizar el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 (Reglamento a la Ley de Pensiones N° 1732) vicia de nulidad todo el procedimiento administrativo, toda vez que rige en la materia el principio de sometimiento pleno a la Ley establecido en el artículo (sic) 4, inciso c) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Asimismo conviene recordar a su Autoridad que de acuerdo a lo establecido por el artículo 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, los actos Administrativos para que sean considerados legales y legítimos deben contener elementos esenciales, que entre otros comprende el hecho de que necesariamente deben sustentarse en el derecho aplicable y deben tener un objeto materialmente posible; en el caso de Autos, al no contarse con un reglamento específico para el régimen sancionatorio de la Ley N° 065, no existe derecho aplicable ni objeto que sea materialmente posible.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, "Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, **así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición...**" (las negrillas son nuestras).

Del marco normativo vigente se desprenden dos hechos: el primero que las AFP deben continuar con sus obligaciones referidas a la administración efectuada durante la vigencia de la Ley N° 1732, sus Decretos Reglamentarios y demás normativa conexas que le es aplicable, pero con corte a la fecha de promulgación de la Ley N° 065; y segundo, que a partir de la promulgación de la nueva ley de pensiones (sic), actuamos asumiendo las atribuciones y competencias de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, siendo el marco normativo aplicable, el vigente, y no el abrogado

b) De la Prescripción de las Sanciones.

Constituye un poder jurídico del Regulado, al igual que del demandado en la vía jurisdiccional, el de oponer, frente a la inconsistente imputación del Regulador, la excepción perentoria de prescripción.

De manera genérica la prescripción, según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio (página 787), refiere que: "En Derecho Civil, Comercial Y (sic) Administrativo, medio de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo que la ley determina, y que es variable, según se trate de bienes muebles o inmuebles y según también que se posean o no de buena fe y con justo título. La Prescripción llámase adquisitiva cuando sirve para adquirir un derecho. Y es liberatoria cuando impide el ejercicio de la acción para exigir el cumplimiento de una obligación. Estos plazos liberatorios son muy variables, conforme a la acción que se trate de ejercitar.

El Diccionario de la Academia define con acierto esta institución cuando dice que es la acción y efecto de prescribir, o de adquirir una cosa o un derecho por la virtud jurídica de su posesión continuada durante el tiempo que la ley señala, o caduca un derecho por el lapso señalado también a este efecto para los diversos casos."

El Art. 79 de la Ley del Procedimiento Administrativo establece que: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años.

Futuro de Bolivia S.A. AFP, se notifica con la imputación de cargos en fecha 8 de agosto de 2012 y desde esta fecha corresponde se efectúe el cómputo para determinar si hay o no prescripción, conforme determina el Art. 79 de la Ley 2341.

En el Cargo 1 siendo el período observado desde el 30 de octubre de 2007 al 25 de marzo de 2009, se ha producido la prescripción de la supuesta infracción imputada, en virtud de que la notificación con la supuesta imputación de cargo se ha ejecutado a los tres años, cuatro meses y trece días de la supuesta infracción.

En el Cargo 1, siendo el periodo observado desde el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009, se ha producido la prescripción de la supuesta infracción imputada, en virtud de que la notificación con la supuesta imputación de cargo se ha ejecutado a los dos años, ocho meses y veintiséis días de la supuesta infracción.

En consecuencia, la imputación con el cargo 1 para los períodos precedentemente descritos, **corresponde que sea desestimada por haberse producido la prescripción para el Regulador para efectuar observación alguna y en consecuencia también ha prescrito el derecho del Regulador de imputar con cargos por supuestas infracciones.**

c) De la Falta de Tipicidad.

En relación al período comprendido entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012, del cargo 1, que en criterio del regulador abarca trescientos treinta y nueve días sin movimiento procesal y merece erróneamente una imputación contra Futuro de Bolivia S.A. AFP, corresponde remitirse al Art. 73 de la Ley 2341 que señala: "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias"

El Regulador, en relación al principio de tipicidad, previsto en el Art. 73 de la ley 2341, no lo considera en absoluto, en mérito de que de manera forzada e irrumpiendo ámbitos competenciales (sic) que no le han sido otorgados "legisla" inconstitucionalmente estableciendo que la inactividad procesal constituye una infracción y con ello vulnera además principios generales de la actividad administrativa y del Derecho Administrativo, como es el principio de la legalidad, previsto en dos variables en el Art. 4º incisos c) y g) de la Ley 2341, como principio de sometimiento pleno a la ley y principio de legalidad y presunción de legitimidad. Con ello también ocasiona vulneración del debido proceso, provocando nulidad procesal, poniendo a Futuro de Bolivia S.A. AFP en estado de total indefensión.

Consecuentemente de lo anterior y precisando que no existe una ley ni existe una disposición reglamentaria que establezca que la inactividad procesal constituye una infracción, no corresponde forzar norma alguna para pretender fundar una imputación.

Como comprenderá la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, advirtiendo la vulneración del Art. 73 de la Ley 2341 dispondrá la desestimación de la imputación de ambos cargos impuestos contra Futuro de Bolivia S.A. AFP sin base legal alguna.

Sin perjuicio de lo expresado, a manera informativa conviene puntualizar también los siguientes aspectos que seguramente serán motivo de desestimación del presente procedimiento administrativo.

DESCARGOS AL CARGO 1.-

Es necesario establecer que la ampliación por nuevos periodos, debe interponerse oportunamente y dentro de la fase procesal pertinente a fin de evitar perjuicios en su tramitación, en este caso es necesario informar que la presente causa se encuentra con sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, según auto de ejecutoria de 06 de Enero de 2007.

Asimismo, como es de su conocimiento y como bien acepta su autoridad (Pág. 3) se procedió a solicitar y ejecutar toda medida precautoria pertinente que aseguren los resultados del juicio.

En ese sentido se procedió a la continuación de la causa en ejecución de fallos ejecutando toda medida precautoria amparada a nuestro favor, tal es así que se solicita informes de bienes tanto a COTAS, HONORABLE ALCALDIA MUNICIPAL, SECCIÓN VEHÍCULOS, DD.RR., RETENCIÓN DE FONDOS, etc., consiguiendo los informes respectivos, mismos que son adjuntados a obrados para conocimiento del Juzgador.

Ahora bien, con todos esos antecedentes, que si forman parte de una diligente tramitación procesal, puesto que el objeto que persigue el proceso es la sentencia, consiguientemente la cosa juzgada obtenida en el litigio es el fin del mismo, por tanto el proceso tiene como objetivo final la cosa juzgada.

Por otro lado a fin de demostrar y desvirtuar las observaciones realizadas por su institución al involucrar una aparente dilación procesal desde el 30 de octubre de 2007 hasta el 25 de marzo de 2009, causando agravios y lesionando nuestro legitimo accionar dentro el proceso, tenemos a bien informar que las actuaciones diligentes que se ejecutaron en la causa antes de la fecha observada por su autoridad (30 de octubre de 2007), mismas que no son tomadas en cuenta menos valoradas por su institución, obedecen a varios inconvenientes propios del procedimiento, mismas que pasamos a detallar:

Bien sabemos que la celebración de un convenio de pago, es considerado como un modo anormal de conclusión del proceso, entendido este como un contrato oneroso, por el cual las partes, haciéndose reciprocas concesiones, ponen fin a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, es un modo anormal de finalizar un proceso, donde las partes por medio de un convenio con concesiones reciprocas, tornan innecesaria la ulterior tramitación del mismo y la sentencia respectiva, si así correspondiere.

Ahora bien, dentro la presente causa, según auto de 06 de enero de 2007, se procede a declarar la ejecutoría del auto de vista, misma que confirma en todas sus partes la sentencia apelada.

En ese sentido y toda vez que la cosa juzgada es la autoridad y la fuerza que la ley atribuye a la sentencia ejecutoriada, dando luz verde para la ejecución, entendida esta como aquel procedimiento judicial para hacer efectivo, en virtud de un mandamiento judicial las diligencias de embargo para asegurar el pago de una deuda, sus intereses y costas, asimismo se debe considerar y valorar el estado del proceso, (EJECUCION DE FALLOS CON AUTORIDAD DE COSA JUZGADA), en el que se agoto (sic) las vías y etapas procesales que permiten la recuperación de lo adeudado, sin embargo, tropezando inclusive con el ocultamiento malicioso de los bienes y fondos pertenecientes al deudor, mismos que hubieran permitido satisfacer nuestra pretensión. Como su autoridad establece se llevo (sic) a esta etapa procesal prácticamente cumpliendo con el procedimiento, lo que no puede ser entendida como una dilación procesal.

Una vez ejecutadas estas actuaciones, a solicitud de la parte ejecutada, se procede a la celebración del convenio de pago, misma que es celebrada luego de cumplirse con una serie de formalidades internas, a fin de que esta (sic) cumpla con lo estipulado y evite que este acto jurídico nazca con vicios procesales que invaliden sus efectos.

En ese sentido dentro del periodo extrañado por su autoridad, la empresa deudora, pretendió y cumplió con cada uno de los requisitos exigidos, considerando que esta empresa adeuda una suma extraordinaria al S.S.O., en tal sentido se tuvo que observar y exigir el cumplimiento de cada cuota solicitada, a fin de cubrir todo lo adeudado. Es así que una vez transcurrido este periodo se procedió a la celebración del compromiso de pago el 18 de marzo de 2009, adjuntándose a obrados con la premisa de que ante el incumplimiento del mismo se reiniciara inmediatamente la causa, situación que confirma la diligencia y responsabilidad con la que actuó la AFP, al precautelar con el cumplimiento de lo adeudado.

Por otro lado con relación al periodo imputado comprendido entre el 15 de abril de 2009 al 13 de Octubre de 2009, es necesario establecer lo siguiente:

Toda vez que la parte ejecutada no dio entero cumplimiento a lo comprometido mediante el convenio de pago, nuestra parte inmediatamente procede al reinicio de las acciones legales, solicitando la retención de fondos de la empresa deudora.

Ahora bien, ante este incumplimiento, mediante memorial presentado el 15 de abril de 2009, se solicita la activación de la causa, actuación que a todas luces debe ser considerado (sic) como diligente y oportuno (sic), actuación con la celeridad pertinente, de lo contrario estaríamos frente a acciones paralizadas, sin embargo esta actuación permitió la prosecución del proceso asegurando los resultados del juicio, mediante la retención de fondos.

Como su autoridad establece, mediante decreto (sic) de 16 de abril de 2009, el Juzgador establece que previamente se proceda con la notificación a la parte deudora.

Dando cumplimiento a lo establecido por el Juez, se procede a la notificación con nuestra solicitud de reinicio de acciones y la solicitud de retención de fondos, según diligencia de 16 de septiembre de 2009.

Como su autoridad apreciara (sic), este lapso de tiempo observado por su institución, fue invertido en la averiguación extraordinaria de mayores bienes propios de la empresa deudora, actuaciones que no precisamente deben plasmarse en el proceso, sin poseer la suficiente convicción y seguridad a fin de no entorpecer las gestiones asumidas, sea con la finalidad de lograr una recuperación de lo adeudado.

Tal cual establece en obrados el 13 de octubre de 2009 se solicita la retención de fondos, logrando de esta manera, gracias a esta gestión diligente, la orden emitida por el Juzgador mediante decreto (sic) de 14 de octubre de 2009.

Finalmente, con referencia al periodo imputado del 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012 su institución olvida algunas de las secuencias propias del procedimiento, mismas que detallamos a continuación:

Primeramente, abra (sic) que aclarar al regulador que es nuestra parte quien recurrió de apelación contra el auto de fs. 376 a 377, y no así como establece en su Nota, Pág. 4: **"La parte ejecutada interpone recurso de apelación mediante memorial de 25 de abril de 2011"**. Afirmación que sin duda debió ser aclarada por el regulador, puesto que esta manifestación confunde e incluso invalida los cargos aparentemente impuestos, considerando que se remitieron las copias de los expedientes completos.

Sin perjuicio de lo enunciado, debemos aclarar a su institución y ejecutar una debida ilustración, misma que permita lograr una convicción cabal del procedimiento, asimismo de los usos jurídicos propios de nuestro sistema judicial, mismos que deben ser comprendidos como tal, considerando que a raíz de ello muchas causas se paralizan, demorando su ejecución, situación alejada de nuestra mejor intención de otorgar la suficiente celeridad procesal, sin embargo, ante estas acciones, propias de los juzgadores y juzgados, sin duda propias del sistema, se debe aguardar incluso meses a fin de la prosecución de las causas.

Por todo lo expuesto, mal puede su autoridad atribuirnos una demora en el movimiento procesal y peor aun (sic) pretender establecer una multa por situaciones extrañas y ajenas a nuestras acciones y gestiones pero (sic) aun (sic) atribuirnos responsabilidades por la mala práctica de todo el sistema judicial, situación que es de amplio conocimiento público, ya que nos encontramos sujetos a toda la buena voluntad de los funcionario (sic) públicos y a la mala organización del Poder Judicial, mismas que pueden ser corroborada por su institución en los estrados judiciales, en ese sentido esta verdad material extrañada por su autoridad, no podrá ser adjuntada reiterando que esta práctica judicial es de conocimiento público y que estas demoras no son atribuibles a nuestra parte, considerando que el incumplimiento de funciones conlleva a sanciones a estos funcionarios, por lo que su institución tiene la facultad de verificar estos extremos.

En ese sentido, como es de su conocimiento, una vez presentado nuestro recurso de apelación en fecha 25 de abril de 2011, se tuvo que aguardar, la ejecución de las debidas notificaciones, obtención de fotocopias simples o legalizadas, según corresponda, cumplimiento de los recaudos y formalidades de ley ante los funcionarios a fin de que se remita actuados a la Sala Social y Administrativa, aguardar el sorteo a una de las Satas a fin de que se radique la causa.

Como bien se valorara estas gestiones internas y extrajudiciales tuvieron que ser cumplidas y aguardadas, a fin de que nuestra apelación sea viable. Ahora bien, tal cual cursa del memorial presentado a la Sala Social Administrativa, nuestra parte solicita la dictación (sic) del Auto de Vista correspondiente, ejecutando los respectivos reclamos, en sentido de que ni en tablilla de sorteo se encontraría el expediente, solicitando finalmente y encontrándose superabundantemente vencido el plazo para dictar resolución, emita el auto de vista respectivo.

Finalmente, con todos estos antecedentes y tal como determina la tramitación procesal efectuada, la aparente falta de movimiento procesal que su autoridad advierte no genera daño ni perjuicio a nuestros afiliados, mas al contrario, se habría efectuado una tramitación diligente, cumpliendo con cada etapa procesal, por lo que no aceptamos los cargos atribuidos por una supuesta paralización procesal, puesto que como demostramos con las acciones legales eficientes que se tramitaron, no se produjo tal interrupción, solicitando se levante los cargos a fin de evitar mayores perjuicios en razón a que no existiría elementos de convicción para ejecutar tales sanciones.

DESCARGOS AL CARGO 2.-

Causa extrañeza la forma de interpretar y analizar a cabalidad la presente causa por su institución y pretender imputar los cargos que con una claridad meridiana deben considerarse como inexistentes, por no adecuarse a los datos del proceso y menos a la tramitación efectuada por nuestra parte.

Rigiéndonos por los datos del proceso y tomando en cuenta que su autoridad posee las mismas piezas procesales, a continuación transcribimos todas estas gestiones ignoradas y no tornadas en cuenta por su institución, situación que causa enormes perjuicios y agravios a nuestra empresa por no considerarse como tal y no adecuarse a los datos de la presente causa, es mas (sic) no se habría considerado los informes de las 20 empresas con mayor mora enviados a su institución mensualmente:

En fecha **11 de abril de 2011** el juzgador emite la correspondiente sentencia. Es necesario aclarar que en el juzgado 4to, la sentencia fue emitida en octubre debido a la carga procesal de la Juez, situación que como es de su conocimiento es usual y propio del sistema judicial, asimismo, esta realidad es propia en cada uno de los procesos que se tramitan en juzgado.

Según consta en obrados, a Fs. 21 se logra la obtención del Oficio 833/2011 dirigido a la ASFI de fecha **19 de Octubre de 2011**, mismo que ordena la retención de fondos de las cuentas propias del coactivado.

A Fs. 22 se logra la recepción del Oficio N° 836/2011 de fecha **19 de octubre de 2011**, dirigido a COTAS LTDA., misma que ordena la emisión de certificación sobre las aportaciones a nombre de AEROSUR S.A.

Según consta en obrados, a Fs. 23 se procede a retirar de secretaria de juzgado el Oficio N° 835/2011 de fecha **19 de Octubre de 2011**, dirigido a la Unidad Operativa de Transito (sic) a fin de que se certifique sobre los vehículos propios de la entidad coactivada.

A Fs. 24 se entrega por medio de secretaria (sic), luego de cumplir con la tramitación propia del juzgado, así como dar cumplimiento a las formalidades de ley y recaudos establecidos para la ejecución de tal actuación, el Oficio N° 834/2011 de fecha **19 de octubre de 2011**, dirigido al Juez Registrador de Derechos Reales, sea con la finalidad de certificar sobre los bienes inmuebles registrados a nombre de la empresa deudora.

A Fs. 25, cursa representación de **20 de Octubre de 2011**, emitida por el Oficial de de (sic) diligencia (sic) del Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social, estableciendo que se procedió a dejar el aviso judicial, por lo que efectúa la representación de conformidad a lo establecido por el Art. 121 del C.P.C.

Asimismo el Juzgador emite Decreto ordenando la citación por cédula en virtud a la representación emitida por el Oficial de Diligencias, de fecha **21 de octubre de 2011**.

A consecuencia de las gestiones ejecutadas por nuestra parte, a Fs. 26 mediante carta emitida por el Banco de Crédito se informa sobre la Retención de fondos, actuación de fecha **09 de noviembre de 2011**, en ese sentido a fs. 26 vlt, el juzgador emite la Providencia de fecha **06 de diciembre de 2011**, disponiendo la acumulación a sus antecedentes para fines consiguientes de ley.

Mediante memorial de fecha **07 de diciembre de 2011**, se procede a adjuntar el informe emitido por COTAS LTDA. de fecha **16 de noviembre de 2011** y Oficio de recepción a Cotas de fecha **31 de octubre de 2011**, mismos que establecen e informan sobre las líneas telefónicas propias registradas a nombre de la empresa coactivada.

Ante la tramitación procesal efectiva dentro el caso de autos, tal cual se establece por lo transcrito y ante el posible desconocimiento que seguramente intentara (sic) su institución sobre instituciones propias del procedimiento, nos permitimos adelantar y refrescar la normativa que seguramente pretenderá ignorar, el regulador.

En ese sentido el Art. 50 del C.P.C. señala que las personas que intervienen en el proceso con carácter esencial son: **el demandante, el demandado y EL JUEZ**. En ese entendido la potestad del juzgador es la de administrar justicia, esta se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario impulso procesal, evitando que las causas no se paralíen y concluyan dentro de los plazos previstos, en ese ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los arts. 1 al 5 del C.P.C. asimismo el de cuidar que el proceso se desenvuelva sin vicios de nulidad,

dictando las providencias, autos, sentencias dentro de los términos señalados en el Art. 202 y ss. del C.P.C. asegurando la igualdad efectiva de las partes en todas las actuaciones del proceso, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, conceptos que seguramente no serán tornados por el regulador, pretendiendo ejecutar una tramitación fuera de lo establecido, desconociendo de esa manera, que ante nuestras gestiones, incluso extrajudiciales, que no necesariamente deben plasmarse en un memorial, tal como se pretende, permitió la celeridad y gestión al juzgador y los funcionarios del juzgado.

Comencemos ofreciendo el concepto cabal de lo que significa PARTE, definido éste en su acepción exclusivamente jurídica, misma que contiene diversos significados. En Derecho Civil se denomina así a toda persona de existencia visible o invisible que interviene con otra u otras en cualquier acto jurídico.¹

(¹ Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Manuel Ossorio.)

Asimismo se llaman partes los contendientes en el proceso, en el mismo sentido en que se habla de partes en todos los casos en que hay una contraposición de adversarios, que compiten entre sí para la obtención de una victoria (Calamandrei)

Parte se llama, dice Carnelutti, no solo al sujeto del litigio sino también al sujeto de la acción, tanto por la normal coincidencia del sujeto del litigio con el sujeto de la acción, cuanto porque la acción, al igual que el litigio, requiere una pareja de sujetos, de la que cada uno es una parte. Al clasificar este autor, los elementos del proceso, distingue a estos en subjetivos y objetivos. Los primeros son los sujetos del proceso que a su vez se distinguen en **órgano judicial (JUEZ)** con potestad jurisdiccional, **y en partes, (DEMANDANTE Y DEMANDADO)**. Los elementos objetivos se distinguen en pruebas y bienes (bienes en el sentido de cualquier ente que sea objeto de derecho).

Bien sabemos que el proceso es una institución jurídica que pone fin a las controversias sociales, satisfaciendo las pretensiones de las partes. La satisfacción como solución al conflicto de intereses - distingue al órgano judicial, mientras que la pretensión caracteriza funcionalmente a los sujetos diferentes en ese órgano, vale decir, las partes. Nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 50 refiere que las personas que intervienen en el proceso son esencialmente el demandante, el demandado y el Juez.

En ese sentido, el tratadista, Piero Calamandrei² establece: " Estas personas que colaboran en el proceso (los sujetos del proceso), son al menos tres: EL ORGANISMO JURISDICCIONAL, que tiene el poder de emanar la providencia judicial, y LAS PARTES: esto es, la persona que pide la providencia (actor, en el proceso de cognición; acreedor, en el proceso de ejecución), y aquella frente a la cual la providencia se pide (demandado en el proceso de cognición; deudor en el proceso de ejecución)..."

(² Piero Calamandrei "Instituciones de Derecho Procesal Civil")

En ese entendido, y luego de esta importante aclaración e ilustración, se concluye que las partes esenciales que intervienen en el proceso son el demandante, demandado y el JUEZ. (Art. 50 C.P.C.). Como estamos frente a un proceso litigioso, el demandante o actor es el que promueve la demanda ante los órganos jurisdiccionales, el demandado es la persona contra quien se dirigen las pretensiones de la demanda, y el Juez como aquella persona que tiene autoridad para juzgar y sentenciar.

Por su parte los jueces tiene facultades y deberes a los cuales deben sujetarse los litigantes, aunque estos tienen también derechos, es así que la potestad de administrar justicia se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario IMPULSO PROCESAL EVITANDO QUE LAS CAUSAS NO SE PARALICEN Y CONCLUYAN DENTRO DE LOS PLAZOS PREVISTOS, En este ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los Arts. 1 al 5 del C.P.C. Asimismo los administradores de justicia DEBERÁN CUIDAR QUE EL PROCESO SE DESENVUELVA SIN VICIOS DE NULIDAD, DICTANDO LAS PROVIDENCIAS, AUTOS Y SENTENCIAS DENTRO DE LOS TÉRMINOS SEÑALADOS, ASEGURANDO LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS PARTES EN TODAS LAS ACTUACIONES DEL PROCESO, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad procesal, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, asimismo vigilar la conducta de los funcionarios a su cargo.

En suma, observar gestiones propias de un procedimiento, so pretexto de una aparente dilación procesal, sin considerar que las gestiones de los funcionarios, Juzgadores, Instituciones, etc., están fuera de todo ámbito legal, obedece a un claro desconocimiento de la tramitación propia en juzgados y un desconocimiento de la normativa en general.

En ese entendido, estas gestiones propias de una tramitación dentro de un proceso judicial, son correctas, eficientes, diligentes, dinámicas, apropiadas, oportunas y aceptables por el ordenamiento jurídico vigente. Pretender creer y enclaustrarse en un criterio que minimiza y no toma en cuenta estas gestiones, nos da la premisa de un grave desconocimiento de la tramitación procesal en Juzgados, asimismo, nos alerta la grave intención de localizar sin fundamentos procesales, cualquier gestión que otorgue salidas que permitan sancionar toda acción no acorde a la interpretación de su institución, pretendiendo alejarnos del cumplimiento efectivo de la normativa, incluso del principio del debido proceso, establecido en el Art.- 29, inc. 12 de la Ley No. 025, Ley del Órgano Judicial, asimismo de no acomodarse a la verdadera comunión e interacción con los agentes de los juzgados, **más aun (sic) si no se toma en cuenta que estas gestiones, fueron producto de la intervención interna y extrajudicial ejecutada por nuestra parte, gestiones que si forman parte de una tramitación propia de un litigio.**

Finalmente por lo manifestado, solicitamos a su Autoridad que en consideración al principio de Verdad Material consagrado en nuestra Constitución Política del Estado; se desestimen los cargos imputados, por no poseer los mismos argumentos

facticos que otorguen legalidad a un aparente incumplimiento a la tramitación procesal por nuestra parte...”

2.2. Otros elementos de prueba producidos.-

Mediante Auto de 5 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó la apertura de un término de prueba de veinte (20) días hábiles administrativos, a efectos que **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** le remita un detalle de todos los Afiliados/Asegurados que cuentan con una Prestación y/o Beneficio, Retiros Mínimos, Masa Hereditaria o Recargos, lo cual fue atendido mediante nota FUT.APS.JR.2151/2012 de 10 de octubre de 2012.

En fecha 23 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determina la apertura de un nuevo término de prueba, ahora de diez (10) días hábiles administrativos, solicitando se remita el estado actual de las dos (2) solicitudes de Prestación y dos (2) trámites derivados en Recargo, reportados por la Administradora de Fondos de Pensiones, requerimiento que fue atendido por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, mediante nota FUT.APS.JR.2410/2012 de 7 de noviembre de 2012, señalando que los dos trámites que hubieran solicitado una Prestación de Jubilación/Vejez, se encuentran rechazados, y que en cuanto a los dos (2) trámites derivados en Recargos, uno se encontraría con Proceso Coactivo Social iniciado, y el otro corresponde a un Recargo con Cobertura, cuyo cálculo se encontraría en proceso de notificación al empleador.

Mediante Auto de 23 de noviembre de 2012, la Entidad Reguladora, nuevamente solicita información y documentación respecto al estado actual de las Solicitudes de Prestación y los trámites derivados en Recargos, por lo que **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, mediante nota FUT.APS.AL. 2706/2012, ratifica el contenido de su nota FUT.APS.JR.2410/2012 de 7 de noviembre de 2012, y señala que las aperturas de términos probatorios relacionadas a información de Asegurados con solicitudes de prestación en el SSO y/o el SIP, no están vinculadas a la imputación de los cargos, que se refiere exclusivamente al supuesto incumplimiento de la normativa de pensiones para el cobro de Contribuciones en mora al Empleador AEROSUR S.A.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 992-2012 DE 26 DE DICIEMBRE DE 2012.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros-APS, resolvió:

“...PRIMERO.- Sanciona (sic) a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los siguientes cargos imputados:

- a) *En relación al **Cargo Nº 1** con una multa en Bolivianos equivalente a \$us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre*

de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

- b) En relación al **Cargo N° 2** con una multa en Bolivianos equivalente a \$us3,000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones.

TERCERO.- (sic, debió decir SEGUNDO) **I.** La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.

II. Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito..."

Los argumentos presentados son los siguientes:

"...a) Del Marco Normativo Sancionador:

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS tiene como funciones y atribuciones: fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo en el marco a lo establecido en el artículo 167, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

La Administradora manifiesta que el presente proceso administrativo es nulo de pleno derecho, debido a que no existe un reglamento específico para el régimen sancionatorio de la Ley N° 065, por lo que no existe derecho aplicable ni objeto que sea materialmente posible.

Se aclara a la AFP, que la nulidad es una situación genérica de invalidez del acto jurídico que provoca que un acto administrativo, deje de desplegar sus efectos jurídicos, retrotrayéndose al momento de su celebración, por lo que se constituye en una sanción jurídica, situación no ocurrida en el presente proceso, considerando que el mismo se halla dentro del marco legal aplicable.

Por otro lado, esta Autoridad como Entidad Reguladora tiene la obligación de actuar y emitir los actos administrativos en base a los lineamientos de la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, asimismo a lo establecido en el inciso c) del artículo 4 que señala el principio de sometimiento pleno a la ley: "La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso". En ese entendido, al procesar a la AFP, lo hizo considerando la norma sustantiva y adjetiva pertinente al caso y considerando hechos y antecedentes que le sirven de causa en el derecho aplicable.

Para comprender mejor lo señalado anteriormente, corresponde referirnos a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, que en su artículo 177 dispone: "Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición."

En base a lo expuesto, y en concordancia al principio de sometimiento pleno a la ley, se establece que la tramitación negligente de la AFP en el PES ha infringido lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, normativa administrativa aplicable, que prevé que el regulado lleve el proceso con el cuidado exigible a un buen padre de familia, lo que implica que los mismos deben ser llevados de forma continua y diligente.

Con respecto a que no se cuenta con un reglamento específico para el régimen sancionatorio de la Ley N°065, en el presente caso se aplica lo señalado en el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones.

b) De la Prescripción de las Sanciones.

La AFP alega prescripción a efectos de la aplicación de sanción en cuanto al Cargo N°1 correspondiente a los períodos imputados comprendidos entre el 30 de octubre de 2007 a 25 de marzo de 2009, entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009.

Esta Autoridad acude a lo expresado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 070/2012 de 05 de diciembre de 2012, (...)

...de la verificación del Cargo N°1 con respecto a los tres (3) períodos imputados comprendidos entre el: 30 de octubre de 2007 al 25 de marzo de 2009 y entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009 y entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012 en los que hubo paralización procesal se tiene que el presente cargo no ha prescrito, toda vez que la infracción se constituye en permanente.

c) De la Falta de Tipicidad

Tal como la AFP expresa, efectivamente se ha iniciado el Proceso Ejecutivo Social (PES) correspondiente al Cargo N°1, sin embargo esta Autoridad como entidad que asume las funciones de la ex AP y la ex SPVS, evidencia que durante su tramitación, éste no fue

llevado a cabo con la diligencia y el cuidado suficiente, para darle el impulso procesal necesario, incurriendo en una falta de movimiento procesal absoluto.

Por otro lado, la AFP expresa que no existe una ley o una disposición reglamentaria que establezca que la inactividad procesal constituye una infracción, por lo que no corresponde forzar norma alguna para pretender realizar una imputación.

Sobre el Principio de Tipicidad, la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 98/2007 (...)

Asimismo, la Resolución Ministerial Jerárquica MFP/VPSF/URJ-SIREFI 045/2012 de 24 de agosto de 2012 (...)

De lo anterior se extrae que el regulador ha imputado el Cargo N°1 por infracción a normativa administrativa, debidamente plasmada en la normativa vigente antes del hecho advertido. Por lo tanto, la tipificación de las conductas imputadas responden a los principios de tipicidad, del buen padre de familia, legalidad y seguridad jurídica, señalados precedentemente.

Asimismo, la normativa utilizada por el regulador para imputar el Cargo N°1 tiene plena validez para subsumir la conducta antijurídica del regulado a la norma vulnerada, ésta referida a la falta de movimiento procesal en el PES llevado a su cargo, prueba de ello es que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2012 de 19 de enero de 2012, en sus páginas 77 y 78, establece y refrenda como norma aplicable para imputar este tipo de hechos, que en el PES imputado existió una actitud negligente en la conducta y actuación de la AFP.

AL CARGO N°1 (...)

De los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad realiza el siguiente análisis:

Respecto al período comprendido entre el 30 de octubre de 2007 y el 25 de marzo de 2009.

Futuro de Bolivia S.A. AFP expresa: “Es necesario establecer que la ampliación por nuevos periodos, debe interponerse oportunamente y dentro de la fase procesal pertinente a fin de evitar perjuicios en su tramitación, en este caso es necesario informar que la presente causa se encuentra con sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, según auto (sic) de ejecutoria (sic) de 06 de Enero (sic) de 2007...”

Al respecto, es importante señalar que la ampliación realizada después de la obtención de la sentencia se realizó con la Nota de Débito N° 1-07-2006-00232 por el concepto de RECARGOS y no por nuevos periodos identificados como manifiesta la AFP, misma ampliación que se ampara por el Art. 45° del Código de Procedimiento Civil boliviano que otorga legalmente procedente la ampliación del monto de la ejecución después de la sentencia.

Asimismo, se debe denotar que en el presente proceso, el Juez otorgó la ampliación correspondiente del monto de la ejecución, a través del Auto Ampliatorio de 05 de noviembre de 2007, hecho que no se considera relevante al periodo identificado sin movimiento procesal debido que este actuado fue realizado por el Juzgador, no por la Administradora; y además posterior a este actuado tampoco se evidencia ningún otro presentado por la AFP hasta el memorial presentado en fecha 25 de marzo de 2009.

De la misma manera argumenta: "...causando agravios y lesionando nuestro legitimo (sic) accionar dentro del proceso, tenemos a bien informar que las actuaciones diligentes que se ejecutaron en la causa antes de la fecha observada por su autoridad (30 de octubre de 2007), mismas que no son tomadas en cuenta menos valoradas por su institución..."

Al respecto, es importante señalar que los periodos injustificados sin movimiento ni impulso procesal, fueron identificados por periodos específicos de tiempo (periodos comprendidos entre el 30 de octubre de 2007 y el 25 de marzo de 2009, entre el 15 de abril de 2009 y el 13 de octubre de 2009 y entre el 25 de abril de 2011 y el 19 de marzo de 2012) en los cuales no se pudo verificar que la Administradora haya tenido una participación activa dentro del proceso; por lo tanto, el hecho que la AFP haya demostrado una diligencia medianamente similar a (sic) de un buen padre de familia antes de los periodos observados por esta Autoridad no es un argumento válido para justificar el posterior abandono y falta de diligencia en el PES iniciado contra "AEROSUR S.A."

Asimismo, argumenta: "Bien sabemos que la celebración de un convenio de pago, es considerado como un modo anormal de conclusión del proceso, entendido este (sic) como un contrato oneroso, por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, ponen fin a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, es un modo anormal de finalizar un proceso, donde las partes por medio de un convenio con concesiones recíprocas (sic), tornan innecesaria la ulterior tramitación del mismo y la sentencia respectiva..."

Dicho argumento planteado por la Administradora no puede considerarse válido ya que el propósito de un Convenio de Pago es la regularización de lo adeudado otorgándole al deudor un plazo prudencial para este cometido, y bajo ninguna circunstancia podrá considerarse como un "modo anormal de conclusión del proceso", ya que una vez iniciada la acción judicial correspondiente y en caso de llegar a un acuerdo, se podrá solicitar la suspensión provisional del procedimiento de acuerdo al artículo 148° del Código de Procedimiento Civil boliviano, misma que deberá ser presentada por escrito y aprobada por el Juez, hecho que no puede evidenciarse en el expediente judicial revisado por esta Autoridad.

De la misma forma, como menciona la Administradora en el Convenio de Pago suscrito con "AEROSUR S.A." presentado dentro del PES, en su cláusula sexta: "...obligándonos provisionalmente a suspender las acciones legales que siguen contra **AEROSUR S.A....**", la suspensión se realiza de forma provisional, entendiéndose que ante el incumplimiento

por parte del Empleador la AFP deberá retomar inmediatamente las acciones judiciales ya iniciadas, como lo denota el memorial de 15 de abril de 2009.

En este sentido, es importante recordar a Futuro de Bolivia S.A. AFP que no debe confundirse a la Suspensión con el Desistimiento del Proceso, como determina el artículo 304° del Código de Procedimiento Civil boliviano; por lo cual, el argumento presentado por dicha AFP no corresponde para poder desvirtuar el hecho de una paralización injustificada y falta de diligencia procesal dentro del periodo comprendido entre el 30 de octubre de 2007 y el 25 de marzo de 2009.

Por otro lado, Futuro de Bolivia S.A. AFP manifiesta que durante el periodo observado por esta Autoridad como periodo sin impulso procesal, se encontraba revisando, mediante formalidades internas, los requisitos exigidos a fin que la empresa deudora cumpla con éstos y de esa forma se evite que el convenio nazca con vicios procesales que invaliden sus efectos.

Si bien la AFP estaba trabajando extrajudicialmente con el Empleador a fin que éste regularice lo adeudado mediante un Convenio de Pago, no es justificativo para abandonar la tramitación del proceso de forma arbitraria y como ya se ha mencionada (sic) líneas arriba, en caso de la celebración de algún tipo de acuerdo entre las partes corresponde la suspensión del proceso y de ninguna forma el abandono del PES por un periodo superabundante de tiempo, en los cuales no se evidencia movimiento procesal por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP.

Respecto al período comprendido entre el 15 de abril de 2009 y el 13 de octubre de 2009.

La AFP argumenta que el reinicio de las acciones judiciales y activación de la causa, tras un Convenio de Pago incumplido, debe considerarse como diligente, oportuno y como justificativo al periodo sin movimiento judicial identificado por esta Autoridad; al respecto, es importante señalar que este hecho debe considerarse como una obligación tácita que tiene la Administradora como buen padre de familia en representación de sus Asegurados.

Asimismo, manifiesta que el periodo observado por la APS fue: "...invertido en la averiguación extraordinaria de mayores bienes propios de la empresa deudora, actuaciones que no precisamente deben plasmarse en el proceso..."; como sostiene la AFP, las acciones efectuadas por ésta fueron realizadas de forma extrajudicial, mismas que no cuentan con respaldo documental, por lo cual, si bien son inherentes al proceso, y ayudan a su tramitación, no son motivos justificables para omitir realizar la correspondiente notificación del ejecutado con las nuevas actuaciones y de esta forma dar continuidad a la normal tramitación del PES.

Respecto al período comprendido entre el 25 de abril de 2011 y el 19 de marzo de 2012.

Por otro lado, Futuro de Bolivia S.A. AFP sostiene lo siguiente: "Primeramente, abra (sic) que aclarar al regulador que es nuestra parte quien recurrió de apelación contra auto (sic) de fs. 376 a 377..."

Al respecto, al haber incurrido en un error involuntario de transcripción, esta Autoridad hizo referencia al memorial presentado por la Administradora como: "La parte ejecutada interpone Recurso de Apelación mediante memorial de **25 de abril de 2011.**", debiendo referirse de forma correcta a la AFP como "La parte **ejecutante**", por lo cual aclarada dicha inconsistencia no debe otorgarse mayores consideraciones al respecto y mucho menos podrá considerarse como una forma de invalidación a los cargos imputados por esta Autoridad, tal como lo manifiesta la Administradora.

Es importante recordarle a la AFP que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS al ser una institución pública dependiente del Estado Plurinacional de Bolivia tiene pleno conocimiento de la organización y funcionamiento del sistema judicial boliviano, por lo cual la Administradora no puede argumentar supuesto desconocimiento por parte de esta Autoridad sobre cómo opera el Órgano Jurisdiccional boliviano; y recordarle asimismo, que la AFP como parte activa del proceso tiene el derecho y la obligación, en favor de sus Asegurados a los cuales representa, el de utilizar todos los mecanismos que la ley le franquea para obtener lo que por derecho le corresponde y no delegar su obligación a terceros.

En este sentido, al evidenciarse supuesto retraso por parte de cualquiera de las autoridades jurisdiccionales en cuanto a la emisión de sus resoluciones, la AFP reiterando su calidad de parte activa en el PES, debió recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, mismo que podrá plasmarse dentro del proceso y podrá ser considerado como justificativo ante un retardo en la tramitación del PES.

Por último, la AFP presenta un memorial de 13 de junio de 2011, presentado por la parte ejecutada a través del cual contesta y solicita se rechace la Retención de Fondos; asimismo, adjunta Decreto del Juez de 16 de junio de 2011, actuaciones que no corresponden a actuados o diligencias realizadas por la AFP, por lo cual los mismos no pueden ser considerados como propias de la AFP ni mucho menos como descargos a lo imputado.

Se evidencia que de un acto procesal a otro imputado existe una falta de diligencia en el movimiento procesal del PES, por parte de la Administradora.

Lo que demuestra que, la AFP no ha ejercido ninguna presión sobre el Empleador, con el fin hacer valer los derechos que se constituyen en cuanto a la seguridad social de los trabajadores, lo que llevó a que el PES se prolongue superabundantemente en el tiempo.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997, la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizándolo el Proceso Ejecutivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso para la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de largo plazo.

De los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad considera que los argumentos vertidos por la AFP respecto a los períodos comprendidos entre el 30 de octubre de 2007 a 25 de marzo de 2009, entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009 y el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012, no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica.

AL CARGO N° 2 (...)

De lo señalado por la AFP en sus descargos, esta Autoridad efectúa el siguiente análisis:

La AFP de acuerdo a lo sostenido en su nota pretende desvirtuar lo analizado por esta Autoridad argumentando que las piezas procesales no fueron revisadas en su integridad, hecho que carece de veracidad, ya que como se citó líneas arriba se puede evidenciar que mediante la Nota de Cargos APS/DJ/DPC/5185/2012 de 10 de julio de 2012, se señaló y revisó cada uno de los actuados observados en el expediente judicial foliado remitido por la misma Administradora con nota FUT.AP.1061/2012 de 17 de mayo de 2012, expediente que fue corroborado in situ en el Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social.

Asimismo, Futuro de Bolivia S.A. AFP argumenta que los períodos identificados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS sin movimiento procesal por negligencia injustificada por parte de la AFP, cuentan con impulso procesal otorgado por el resto de las partes involucradas en dicho proceso, valga decir el Juez, la parte contraria, el Oficial de Diligencias, terceros, etc.

Al respecto, es importante denotar que si bien existen sujetos procesales independientes a la parte demandante, es fundamental para la AFP otorgarle el suficiente impulso procesal para lograr el cobro de lo adeudado, en vista que la parte demandante cuenta con un Título Coactivo de una obligación líquida y exigible, siendo que el Proceso Coactivo Social (PCS) es un proceso sumario por lo que debería tramitarse con la mayor celeridad posible.

Asimismo, es necesario aclarar al regulado que es obligación de esta Autoridad supervisar las acciones realizadas por la Administradora y no así las acciones del resto de los involucrados dentro del PCS; por lo tanto los períodos identificados sin movimiento procesal se deben a una falta de diligencia similar a la de un buen padre de familia por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP.

De la misma forma, la Administradora argumenta lo siguiente: "...En ese sentido el Art. 50 del C.P.C. señala que las personas que intervienen en el proceso con carácter esencial son: **el demandante, el demandado y EL JUEZ...**"

Si bien como se menciona precedentemente, la existencia de sujetos procesales independientes a la parte demandante es afirmativa, sus acciones no son sujetas de supervisión ni control por parte de esta Autoridad. En este sentido la Administradora no puede justificar su negligencia y falta de diligencia atribuyendo el movimiento procesal otorgado por otros intervinientes del proceso y asumirlas como propias, más aún cuando

se entiende que el directo interesado en la recuperación de Aportes, es la AFP entidad que tiene la obligación inexcusable de velar por los Asegurados a los cuales representa.

De igual manera, analizada la documentación presentada para el presente Cargo N°2, se puede evidenciar las siguientes actuaciones procesales:

- 1) Oficio N° 833/2011 de 29 de octubre de 2011 emitido por el **Juez Cuarto de Partido de Trabajo y Seguridad Social** dirigido a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) solicitando la retención de fondos.
- 2) Oficio N° 836/2011 de 19 de octubre de 2011 emitido por el **Juez Cuarto de Partido de Trabajo y Seguridad Social** dirigido a la Cooperativa de Telecomunicaciones de Santa Cruz (Cotas LTDA.) solicitando certificación de si existen aportaciones a nombre de AEROSUR con NIT. N° 1015165020.
- 3) Oficio N° 835/2011 de 19 de octubre de 2011 emitido por el **Juez Cuarto de Partido de Trabajo y Seguridad Social** dirigido a la Unidad Operativo (sic) de Tránsito por el que solicita certificación sobre los bienes muebles que pudieran tener la empresa demanda.
- 4) Oficio N° 835/2011 de 19 de octubre de 2011, emitido por el **Juez Cuarto de Partido de Trabajo y Seguridad Social** dirigido a la Unidad Operativo (sic) de Tránsito por el que solicita certificación sobre los bienes muebles que pudieran tener la empresa demanda.
- 5) Oficio N° 834/2011 de 19 de octubre de 2011, emitido por el **Juez Cuarto de Partido de Trabajo y Seguridad Social** dirigido a Registrador de Derechos Reales por el que solicita certificación sobre los bienes muebles que pudieran tener la empresa demanda.
- 6) Informe de 20 de octubre de 2011, emitido por el **Oficial de Diligencias** por el cual comunica haber dejado el Aviso Judicial al Coactivado.
- 7) Decreto de 21 de octubre de 2011, emitido por el **Juez Cuarto de Partido de Trabajo y de la Seguridad Social**.
- 8) Nota: Cite: No BOT/RJ-07531/2011 de 09 de noviembre de 2011 de **Banco de Crédito BCP** presentado el 05 de diciembre de 2011, dirigida al Juez Cuarto de Partido Trabajo y de la Seguridad Social, por la que solicita la Retención de Fondos.
- 9) Decreto de 06 de diciembre de 2011, emitido por el **Juez Cuarto de Partido de Trabajo y de la Seguridad Social**.
- 10) Nota: C-GCM-SGASC-AL N°01672/2011 de 16 de noviembre de 2011 de **COTAS LTDA.**, dirigida al Juez Cuarto de Partido Trabajo y de la Seguridad Social, por la que informa los Certificados de Aportación del Empleador AEROSUR S.A. con NIT 1015165020.

Los incisos 1), 2), 3), 4), 5), 6), 7), 8), 9) y 10), se refieren a actuaciones que fueron emitidas dentro de los períodos imputados en el PCS; sin embargo las mismas fueron realizados (sic) por el Juez de Trabajo y de Seguridad Social, el Oficial de Diligencias, Banco de Crédito BCP y Cotas LTDA., y ninguna de las citadas son actuaciones propias de la AFP, por lo que no son válidas para desvirtuar la falta de movimiento procesal incurrida por la Administradora.

Asimismo, se comprueba que el periodo imputado corresponde entre el 11 de abril de 2011 al 07 de diciembre de 2011, y las actuaciones del Juez Cuarto de Trabajo y de Seguridad Social fueron emitidas desde el 29 de octubre de 2011, hasta el 16 de noviembre de 2011. La paralización se mantuvo entre el 11 de abril de 2011 al 29 de octubre de 2011, lo que demuestra que no existió diligencia, ni continuidad de la tramitación del Proceso Coactivo Social, por parte de la AFP.

Lo que determina que la Administradora ha incumplido su obligación de actuar con el cuidado y la celeridad debida, en la presentación de un acto procesal a otro en los dos períodos de paralización procesal. Por lo que no existió continuidad en el proceso, demorándolo y ocasionando perjuicio al Asegurado.

Asimismo, se advierte que la Administradora actuó en contrario a lo estipulado por los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, en razón a que la AFP no realizó las actuaciones procesales correspondientes paralizando el Proceso Coactivo Social, sin conducirse con el cuidado exigible a un buen padre de familia y generando dilación en la tramitación del proceso.

Por lo expuesto, si la Administradora hubiera actuado con la diligencia necesaria, hubiera logrado satisfacer su pretensión en fecha anterior, recuperando los aportes en mora.

En cuanto a los sujetos procesales en el PCS, no es menos cierto que el rol como demandante de la AFP es vital para la obtención de la pretensión demandada, la cual es la recuperación de la deuda al Seguro Social Obligatorio; por tanto es fundamental para la Administradora otorgarle el suficiente impulso procesal para lograr el cobro de lo adeudado en vista que, la parte demandante cuenta con el poder de acción conferido por la Ley de Pensiones, ya que el PCS al ser de naturaleza sumaria deben tramitarse con la celeridad debida, considerando los plazos breves que tiene este proceso.

Evidentemente son necesarias las actuaciones del Juez, el Empleador y funcionarios de los juzgados, pero no es menos cierto también que, la participación del principal interesado en los procesos, como lo es la AFP, es vital para la consecución de los fines de la Seguridad Social de Largo Plazo.

En cuanto a lo manifestado por la Administradora sobre la realidad procesal que se vive en los estrados judiciales, el regulador determina que, la AFP no puede justificar su negligencia y falta de diligencia atribuyendo su falta de movimiento procesal a otros eventos extraprocesales, más aún cuando se entiende que el directo interesado en la recuperación de Aportes en este caso es Futuro de Bolivia S.A. AFP, entidad que tiene la obligación inexcusable de velar por los Asegurados a los cuales representa.

En este sentido, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N°2 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

“El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

*Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser: **a)** Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, **b)** Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y **c)** Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

*Por otra parte, y en lo que respeta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: **a)** La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b)** La naturaleza de los perjuicios causados y **c)** La reincidencia en la comisión”.*

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Al Cargo N° 1.

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: **a)** El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa

imputada, en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997; **b)** Los hechos se encuentran comprobados por la falta de movimiento procesal diligente en el PES, por parte de la AFP, en cuanto a los siguientes puntos:

1) Cargo N° 1 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal no ha presentado actuaciones procesales propias durante los períodos de tiempo de inactividad y de lo presentado no es suficiente ni corresponde a la AFP.

En cuanto al inciso **c)** la AFP no presentó actuaciones procesales propias durante los períodos de inactividad del proceso, lo que demuestra la negligencia e impericia del regulado en la tramitación del PCS.

Para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, se efectúa el siguiente análisis: **a)** La AFP no actuó como un buen padre de familia e incurrió en una total negligencia en el movimiento procesal del PES instaurado.

Asimismo en el inciso **b)** El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó un movimiento procesal diligente en el PES lo cual retrasó la recuperación de las Contribuciones; por último en el inciso **c)** En el presente caso se advierte la reincidencia en la conducta toda vez que se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/343/2012 de 24 de mayo de 2012, emitida por esta Autoridad, por medio de la cual confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°136-2012 de 1 de marzo de 2012, la cual resuelve sancionar a la AFP con una multa en Bolivianos equivalente a \$us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por incumplimiento a los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N°24469 de 17 de enero de 1997 respecto a los Cargos N°2 y N°3; impugnación resuelta por el SIREFI a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 061/2012 de 23 de octubre de 2012, que confirma las actuaciones del Ente Regulador.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad para el Cargo N°1, se ha visto expresada en el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en el PES; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo a los hechos infractores, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión del PES, dicha inobservancia a la norma no causó un daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo ocasionó una demora en la recuperación de las Contribuciones adeudadas por el Empleador AEROSUR S.A.; en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no estar en movimiento del PES, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Al Cargo N° 2.

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: **a)** El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones; **b)** El hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en el PCS, por parte de la AFP, en cuanto a los siguientes puntos:

2) Cargo N° 2 el hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal no ha presentado actuaciones procesales propias durante este tiempo de inactividad y de lo presentado no es suficiente ni corresponde a la AFP.

En cuanto al inciso **c)** la AFP no presentó actuaciones procesales propias durante el período de inactividad del proceso, lo que demuestra la negligencia e impericia del regulado en la tramitación del PCS.

Para la adecuación entre la gravedad de los hechos y las sanciones aplicadas, se efectúa el siguiente análisis: **a)** La AFP no actuó como un buen padre de familia e incurrió en una total negligencia en el movimiento procesal del PCS instaurado.

Asimismo en el inciso **b)** El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó un movimiento procesal diligente en el PCS lo cual retrasó la recuperación de las Contribuciones; por último en el inciso; **c)** No se tiene registrado ningún antecedente.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad para el Cargo N°2, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal diligente en el PCS; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que esta (sic) expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión del PCS, dicha inobservancia a la norma no causó un daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo ocasionó una demora en la recuperación de las Contribuciones adeudadas por el Empleador AEROSUR S.A.; en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no estar en movimiento del PCS, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, ante la insuficiencia de argumentos presentados en los descargos de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se llega a establecer los hechos ligados con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde su sanción.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo a los artículo 67 parágrafo II y 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez transcurrido el plazo la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, procederá al análisis de los antecedentes, dictará la resolución sancionadora de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

“c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.”

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

“b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media.”

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción,

“c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses.”

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997...”

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

4.1. Memorial de fecha 21 de febrero de 2013.-

Por memorial presentado el 21 de febrero de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, con los siguientes fundamentos:

“...II. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS POR APLICACIÓN DE UN RÉGIMEN ABROGADO PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES:

Conforme a lo prescrito por el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, la actividad administrativa a efectos de garantizar el debido proceso, debe regirse por principios, de lo (sic) cuales es pertinente citar por una parte el contenido en el inciso c) que a la letra señala: "Principio de sometimiento pleno a la ley -por el cual-: La Administración Pública **regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley**, asegurando a los administrados el debido proceso"(las negrillas son nuestras);y por otra, el señalado en el inciso h) que establece el "Principio de jerarquía normativa -por el cual-: La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, **observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes**" (las negrillas son nuestras).

Sobre la base de la normativa previamente anotada, es preciso remitirse en primera instancia a lo establecido por el artículo 45, parágrafo VI de nuestra Constitución Política del Estado, que prescribe textualmente que: "Los servicios de seguridad social (sic) pública no podrán ser privatizados ni concesionados", precepto normativo por el cual la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia.

Como consecuencia jurídica del mandato constitucional anotado previamente, se promulgó la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la cual a efectos de no contradecir el mandato constitucional; y, en tanto se constituya la Gestora Pública de la Seguridad Social, ha instituido a través de su artículo 177, un periodo de administración transitoria bajo el único instrumento legal permisible, cual es el Contrato de Prestación de Servicios suscrito por la ex SVPS con las Administradoras de Fondos de Pensiones en el Marco (sic) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y su normativa reglamentaria; por el cual, las AFP asumen las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social; toda vez que la Constitución Política del Estado no permitiría la suscripción de una adenda o de un nuevo contrato de prestación de servicios en el marco de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

Lo anterior no significa, como pretende interpretar su Autoridad, que el artículo 177 de la Ley N° 065, determine la vigencia de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 y su normativa reglamentaria, por el simple hecho de determinar la continuidad de servicios en cuanto a las obligaciones asumidas mediante el Contrato de prestación de Servicios suscrito en el marco de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996.

Para tener una idea clara, hay que señalar que la doctrina es uniforme al señalar que la **ley** (sic) **es de naturaleza histórica, por lo que tiene un tiempo en el que rige y un espacio en el que se aplica**; en consecuencia el inicio de la vigencia de la ley (sic) está regida por dos principios: vigencia inmediata e irretroactividad. En cuanto a la vigencia inmediata de la ley, cabe resaltar que ésta inicia su vigencia en la

fecha de su publicación; y en cuanto a la Irretroactividad de la ley: el principio establecido por el Art. 123 de la Constitución Política del Estado señala que: "La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución". Con las anotaciones constitucionales es importante traer a colación a su Autoridad lo expresado por imperio de la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I "... abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley". Debiendo entenderse cabalmente, que la abrogación de la ley (sic) significa su total abolición o supresión. En ese entendido la abrogación de la Ley N° 1732 ha sido formulada de forma expresa y además con carácter especial y general pues no solo cita al (sic) la Ley N° 1732, sino que además hace referencia a "todas las disposiciones contrarias a la presente ley (sic)". Por ello y a la luz del principio de búsqueda de la verdad material su Autoridad fácilmente podrá colegir, que el régimen sancionador establecido por el Decreto Supremo N° 24469 de 27 de enero de 1997, ha perdido su vigencia y no es aplicable a las infracciones en las que se pudiese incurrir por efecto de la vigencia de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (sic) de Pensiones; por lo que su Autoridad no ha fundamentado de que (sic) manera sic. "...en el presente caso se aplica lo señalado en el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 11 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones".

No se discute la potestad que tiene la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y seguros (sic), la misma que ha sido reconocida en nuestra nota de descargos FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012 al señalar que "De acuerdo a lo establecido por el artículo 168, inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de pensiones (sic), entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización que ejerce la APS están las de **"Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes"**; sino por el contrario, que no existe un marco reglamentario sancionador aplicable al incumplimiento de las obligaciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo -asumidas transitoriamente por las AFP-, reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia.

III. DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIONES Y SU NATURALEZA DE ORDEN PÚBLICO:

El factor tiempo influye en la adquisición y pérdida de derechos; en el segundo orden ocurre cuando el titular de un derecho que deja de ejercerlo por un período

determinado señalado siempre en la ley, ocasiona con su inactividad que su derecho prescriba. Dicho de otra manera, se puede establecer que el tiempo tiene importancia vital en el Derecho, ya que las relaciones jurídicas quedan sujetas al transcurso del tiempo en su origen, desenvolvimiento y extinción. En síntesis el transcurso del tiempo produce consecuencias jurídicas.

Prescribir es un modo de extinción, más que de la obligación, de la acción que sanciona la obligación y que juega un papel importante en el mantenimiento de la seguridad jurídica, por ello constituye un instituto de orden público, que está normado con precisión en el Art. 1495 del Código Civil, pues no es posible modificar el régimen legal de la prescripción ni es posible prescindir de él, bajo sanción de nulidad.

En materia administrativa y concretamente el caso que nos ocupa, la Ley del Pdto. Administrativo en su Art. 79 establece que: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el artículo 2 de la presente Ley".

El artículo precedentemente citado resulta absolutamente claro al establecer el tiempo que debe transcurrir para producir la prescripción de las infracciones, así como de las sanciones impuestas y es esta disposición legal que el Regulador debe aplicar y no remitirse a normativa regulatoria que no guarda correspondencia con la ley (sic), no puede el Regulador referirse a la "interpretación sistemática y teleológica plasmada en Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 68/2006 de 22 de septiembre (sic)" para concluir que el inicio de investigaciones o diligencias interrumpe la prescripción y además para concluir que la infracción se constituye en permanente (atribuyéndose el Regulador la facultad legislativa de agregar un elemento la permanencia que no está contemplado en la norma), cuando claramente el Art. 82 de la Ley del Pdto. Administrativo establece que la etapa de iniciación se formaliza con la notificación a los presuntos infractores con los cargos imputados y es absolutamente pertinente y legal que su Autoridad compute desde esta notificación los cargos imputados y con criterio objetivo, legal y ecuaníme concluya admitiendo que evidentemente se ha producido la prescripción.

En consecuencia, con relación a la imputación y sanción con el cargo N° 1 no se puede aplicar el concepto de infracción permanente; y por lo tanto **corresponde que sea desestimada por haberse producido la prescripción para (sic) el Regulador pueda efectuar observación alguna y en consecuencia también ha prescrito el derecho del Regulador de imputar con cargos por supuestas infracciones. Lo contrario importará que el Regulador esté prescindiendo del régimen legal de la prescripción incurriendo en nulidad.**

IV. CON RELACIÓN A LOS CARGOS N° (sic) Y N°2:

Sin perjuicio de lo hasta ahora expresado, tenemos a bien expresar también los siguientes fundamentos de orden técnico-legal.

DESCARGOS AL CARGO 1.-

RESPECTO AL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 30 DE OCTUBRE DE 2007 Y EL 25 DE MARZO DE 2009.

Ante la apreciación que realiza su autoridad, al establecer que la ampliación de la Nota de Debito (sic) 1-07-2006-00232 se realizó (sic) por concepto de recargos y no por nuevos periodos, debemos ilustrar que toda solicitud a fin de actualizar lo adeudado por la parte demandada, es amparada bajo el Art. 495 del Código Adjetivo civil (sic) y no por el Art 45° del mismo cuerpo legal, tal como manifiesta su autoridad.

En ese sentido nos preguntamos si las ampliaciones por recargos deben poseer una tramitación especial, sin el amparo de la norma mencionada, por lo que solicitamos absolver esta interrogante. Asimismo y para evitar mayores confusiones y caprichos procedimentales, manifestamos que estas ampliaciones (recargos) si bien no poseen los periodos extrañados por su institución, poseen deudas importantísimas a favor de los derechohabientes del trabajador afiliado (sic) Ignacio Suárez Escalante.

Cabe aclarar que el aparente periodo sin movimiento procesal establecido por su institución comienza desde el 30 de octubre de 2007, precisamente cuando nuestra institución presenta el memorial REITERANDO LA AMPLIACIÓN CONFORME EXPRESA LA NOTA DE DEBITO (sic) ADJUNTA EN MEMORIAL DE 07 DE JULIO DE 2007 (Nótese que posterior a esta actuación el juzgado ingresa a vacación judicial), petición aceptada por el juzgador quien dispone mediante auto de 05 de noviembre de 2007 la ampliación de la ejecución.

Ahora bien, lamentamos nuevamente apreciar la manifestación confusa, equivocada y errada con que se pretende desvirtuar el procedimiento, estableciendo: "...hecho que no se considera relevante al periodo identificado sin movimiento procesal debido que este actuado fue realizado por el Juzgador, no por la administradora..."

*Al respecto, es necesario reiterar nuevamente a su institución que el Art. 50 del C.P.C. señala que las persona: que intervienen en el proceso con carácter esencial son: **el demandante, el demandado y EL JUEZ.** En ese entendido la potestad del juzgador es la de administrar justicia, esta(sic) se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario impulso procesal, evitando que las causas no se paralicen y concluyan dentro de los plazos previstos, en ese ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces,3 y tribunales previstos en los arts. 1 al 5 del C.P.C. asimismo el de cuidar que el proceso se desenvuelva sin vicios de nulidad, dictando las*

providencias, autos, sentencias dentro de los términos señalados en el Art. 202 y ss. del C.P.C. asegurando la igualdad efectiva de las partes en todas las actuaciones del proceso, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes. Por otro lado ofrecemos el concepto cabal de lo que significa PARTE, definido éste en su acepción exclusivamente jurídica, misma que contiene diversos significados. En Derecho Civil se denomina así a toda persona de existencia visible o invisible que interviene con otra u otras en cualquier acto jurídico.¹

(¹ Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Manuel Ossorio.)

Bien sabemos que el proceso es una institución jurídica que pone fin a las controversias sociales, satisfaciendo las pretensiones de las partes. La satisfacción como solución al conflicto de intereses distingue al órgano judicial (sic), mientras que la pretensión caracteriza funcionalmente a los sujetos diferentes en ese órgano, vale decir, las partes. Nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 50 refiere que las personas que intervienen en el proceso son esencialmente el demandante, el demandado y el Juez. En ese entendido, y luego de esta importante aclaración e ilustración, se concluye que las partes esenciales que intervienen en el proceso son el demandante, demandado y el JUEZ. (Art. 50 C.P.C.). **Como estamos frente a un proceso litigioso, el demandante o actor es el que promueve la demanda ante los órganos jurisdiccionales, el demandado es la persona contra quien se dirigen las pretensiones de la demanda, y el Juez como aquella persona que tiene autoridad para juzgar y sentenciar.**

Por su parte los jueces tiene facultades y deberes a los cuales deben sujetarse los litigantes, aunque estos tienen también derechos, es así que la potestad de administrar justicia se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario IMPULSO PROCESAL EVITANDO QUE LAS CAUSAS NO SE PARALICEN Y CONCLUYAN DENTRO DE LOS PLAZOS PREVISTOS, En este ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los Arts. 1 al 5 del C.P.C. Asimismo los administradores de justicia DEBERÁN CUIDAR QUE EL PROCESO SE DESENVUELVA SIN VICIOS DE NULIDAD, DICTANDO LAS PROVIDENCIAS, AUTOS Y SENTENCIAS DENTRO DE LOS TÉRMINOS SEÑALADOS, ASEGURANDO LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS PARTES EN TODAS LAS ACTUACIONES DEL PROCESO, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad procesal, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, asimismo vigilar la conducta de los funcionarios a su cargo.

En suma, observar gestiones propias de un procedimiento, so pretexto de una aparente dilación procesal, sin considerar que las gestiones de los funcionarios, Juzgadores, Instituciones, etc., están fuera de todo ámbito legal, obedece a un claro desconocimiento de la tramitación propia en juzgados y un desconocimiento de la normativa en general.

En ese entendido, estas gestiones propias de una tramitación dentro de un proceso judicial, son correctas, eficientes, diligentes, dinámicas, apropiadas, oportunas y aceptables por el ordenamiento jurídico vigente. Pretender creer y enclaustrarse en un criterio que minimiza y no toma en cuenta estas gestiones, nos da la premisa de un grave desconocimiento de la tramitación procesal en Juzgados, asimismo, nos alerta la grave intención de localizar sin fundamentos procesales, cualquier gestión que otorgue salidas que permitan sancionar toda acción no acorde a la interpretación de su institución, pretendiendo alejarnos del cumplimiento efectivo de la normativa, incluso del principio del debido proceso, establecido en el Art. 29, inc. 12 de la Ley No. 025, Ley del Órgano Judicial, asimismo de no acomodarse a la verdadera comunión e interacción con los agentes de los juzgados, **más aun (sic) si no se toma en cuenta que estas gestiones, fueron producto de la intervención interna y extrajudicial ejecutada por nuestra parte, gestiones que si forman parte de una tramitación propia de un litigio.**

Por lo tanto este auto en el que se dispone la ampliación de la deuda es y debe considerarse como un actuado procesal, independientemente de quien lo ejecute, puesto que este es una consecuencia de la solicitud efectuada por nuestra parte, sin el cual no existiría el mismo.

Por otro lado debemos reiterar con la finalidad de demostrar y desvirtuar las observaciones realizadas por su institución al involucrar una aparente dilación procesal desde el 30 de octubre de 2007 hasta el 25 de marzo de 2009, causando nuevamente agravios y lesionando nuestro legítimo accionar dentro el proceso, por lo que tenemos a bien informar que nuevamente las actuaciones ejecutadas no son tomadas en cuenta, menos valoradas por su institución, más propiamente al desconocimiento de la institución del convenio de pago, situación que a todas luces debió ser tomada en cuenta, considerando que este acto judicial es propio del procedimiento.

a) A fin de que su institución tome convicción de lo actuado dentro de autos, es preciso hacer un análisis incluso de las actuaciones procesales ejecutadas antes del aparente retraso imputado, pretendiendo con ello enlazar estas actuaciones de manera que se llegue a un convencimiento de que cada actuación es consecuencia de otro. En ese sentido reiteramos que dentro la presente causa, según auto de 06 de enero de 2007, se procede a declarar la ejecutoria del auto de vista, misma que confirma en todas sus partes la sentencia apelada.

b) Ahora bien, como es de nuestro conocimiento, la cosa juzgada es la autoridad y la fuerza que la ley atribuye a la sentencia ejecutoriada, dando luz verde para la ejecución, entendida esta como aquel procedimiento judicial para hacer efectivo, en virtud de un mandamiento judicial se proceden con las diligencias de embargo para asegurar el pago de una deuda, sus intereses y costas, asimismo se debe considerar y valorar el estado del proceso, (EJECUCIÓN DE FALLOS CON AUTORIDAD DE COSA JUZGADA), en el que se agoto (sic) las vías y etapas procesales que permiten la recuperación de lo adeudado, inclusive tropezando con el ocultamiento malicioso de los bienes y fondos pertenecientes al deudor, mismos que

hubieran permitido satisfacer nuestra pretensión. Como su autoridad establece se llevo (sic) a esta etapa procesal prácticamente cumpliendo con el procedimiento, lo que no puede ser entendida como una dilación procesal.

c) Una vez ejecutadas estas actuaciones, a solicitud de la parte ejecutada, se procede a la celebración del convenio de pago, misma que es celebrada luego de cumplirse con una serie de formalidades internas, a fin de que esta (sic) cumpla con lo estipulado y evite que este acto jurídico nazca con vicios procesales que invaliden sus efectos.

d) Nuevamente reiteramos para una efectiva comprensión, que la celebración de un convenio de pago, debe ser entendido, como un contrato oneroso, por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, ponen fin a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, es un modo anormal de finalizar un proceso, donde las partes por medio de un convenio con concesiones recíprocas, toman innecesaria la ulterior tramitación del mismo y la sentencia respectiva, si así (sic) correspondiere.

Por lo mencionado e ilustrado, aguardamos que se ejecute un análisis objetivo en la apreciación de las pruebas y fundamentalmente de lo actuado dentro de autos, de lo contrario estaríamos frente a un total desconocimiento del derecho procesal. En ese sentido dentro del periodo extrañado por su autoridad, la empresa deudora, pretendió y cumplió con cada uno de los requisitos exigidos para la celebración de un convenio de pago (nuevamente reiteramos que este convenio se solicitó (sic) en ejecución de fallos) considerando que esta empresa adeuda una suma extraordinaria al S.S.O., en tal sentido se tuvo que observar y exigir el cumplimiento de cada cuota solicitada, a fin de cubrir todo lo adeudado. Es así que una vez transcurrido este periodo se procedió a la celebración del compromiso de pago el 18 de marzo de 2009, adjuntándose a obrados con la premisa de que ante el incumplimiento del mismo se reiniciara inmediatamente la causa, situación que confirma la diligencia y responsabilidad con la que actuó la AFP, al precautelar con el cumplimiento de lo adeudado.

Por otro lado, nos alarma, la confusión a la que incurre su institución, al pretender establecer que ante esta gestión nuestra parte, haya considerado como un juicio concluido, sin tomar en cuenta ni siquiera la conceptualización de este instituto jurídico como ser el convenio de pago. En ningún momento nuestra parte pretendió o solicitó (sic) el archivo de obrados u otra gestión que ponga fin al litigio, mas al contrario, nuestra parte solicitó (sic) inmediatamente la reactivación de la causa solicitando la retención de fondos correspondiente al observar el incumplimiento del presente convenio, acciones que son desconocidas por su autoridad, peor aún pretender confundir un desistimiento con la suspensión de la causa, tal como su institución procura confundir y atribuir acciones que no existen en el caso de autos.

Finalmente, habrá que recordar nuevamente, que un convenio de pago debe ser cumplido por las dos partes celebrantes, en este caso la nuestra, paralizando momentáneamente la causa a fin de que el deudor obtenga los recursos y haga efectiva la cancelación de lo adeudado, y por otra parte el demandado,

cumpliendo con cada pago mensual establecido en el convenio. Acciones contrarias a estos convenios, manifestarían la nulidad o incumplimiento del mismo, reiniciando las acciones o solicitando el cumplimiento del mismo. Es en ese sentido que nuestra parte paralizó (sic) la causa, no de forma arbitraria como establece su institución, puesto que no existe memorial que establezca ninguna iniquidad o atropello que baya (sic) en contra de los trabajadores de la empresa Aerosur, mas al contrario nuestra parte cumplió con lo establecido en el convenio, situación que no es comprendida por su institución, amparándose en argumentos que desvirtúan y desvaloran lo efectuado en el proceso.

RESPECTO AL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 15 DE ABRIL DE 2009 AL 13 DE OCTUBRE DE 2009.

Nuevamente se debe lamentar la falta de valoración y apreciación de las actuaciones dentro de esta causa, es así que se torna necesario reiterar que ante el incumplimiento de la parte ejecutada al convenio de pago, nuestra parte inmediatamente procede al reinicio de las acciones legales, solicitando la retención de fondos de la empresa deudora, actuación que si es considerado (sic) como una obligación tacita (sic), de lo contrario estaríamos frente a un proceso paralizado desde el incumplimiento del convenio, gestiones que no poseen una valoración objetiva por parte del regulador.

Ante este incumplimiento, mediante memorial presentado el 15 de abril de 2009, se solicita la activación de la causa, actuación que a todas luces debe ser considerado como diligente y oportuno, actuación ejecutada con la celeridad pertinente, de lo contrario estaríamos frente a acciones paralizadas, sin embargo esta actuación permitió la prosecución del proceso asegurando los resultados del juicio, mediante la retención de fondos, petición observada por el Juzgador, mediante decreto (sic) de 16 de abril de 2009 en el que se establece que previamente se proceda con la notificación a la parte deudora.

En ese sentido se dio cumplimiento a lo establecido por el Juez, procediendo a la notificación con nuestra solicitud de reinicio de acciones y la solicitud de retención de fondos, según diligencia de 16 de septiembre de 2009.

Como su autoridad apreciara (sic) y seguros estamos que ejecutara (sic) una valoración objetiva en la apreciación de las actuaciones procesales, este lapso de tiempo observado por su institución, fue invertido en la averiguación extraordinaria de mayores bienes propios de la empresa deudora, actuaciones que no precisamente deben plasmarse en el proceso, pues como bien se entenderá, se tratan de gestiones extrajudiciales, mismas que aseguran una efectiva gestión procesal, antes de solicitar alguna petición propia del proceso o de la tramitación procesal, tal es así (sic) que se torna imposible y hasta ilógico, presentar recibos de pasajes de movilidades dirigidos a las instituciones como ser Transito (sic), DD.RR., SEGIP, SERECI, COTAS, etc, o la presentación de fichas que se entregan al ejecutar la respectiva fila en DD.RR., o la firma de algún funcionario que establezca que se fue a tramitar algún informe en COTAS, Transito (sic) y otros similares, o la contraseña que

se expide antes de comprar valores para la obtención de una certificación de inexistencia de vehículos en el Organismo Operativo de Tránsito (sic), etc., gestiones que su institución pretende sean adheridas al expediente, sin tomar en cuenta el principio de economía procesal, mismo que tiene como finalidad el **de abreviar o reducir el procesos (sic) a través de la agrupación de todas las actividades procesales en la menor cantidad posible de actuaciones**, en este caso este principio también establece la reducción de los recursos, la limitación de las pruebas, la reducción en la economía pecuniaria, etc, premisas que también están dispuestas en el Art. 88 y 89 del C.P.C.

Finalmente es preciso reiterar a su autoridad lo ejecutado en el caso de autos, es así que como se establece en obrados, el 13 de octubre de 2009 se solicita la retención de fondos, logrando de esta manera, gracias a esta gestión diligente, la orden emitida por el Juzgador mediante decreto (sic) de 14 de octubre de 2009.

RESPECTO AL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 25 DE ABRIL DE 2011 Y EL 19 DE MARZO DE 2012.

Nuevamente debemos aclarar a su institución y ejecutar una debida ilustración, misma que permita lograr una convicción cabal del procedimiento, asimismo de los usos jurídicos propios de nuestro sistema judicial, mismos que deben ser comprendidos como tal (sic), considerando que a raíz de ello muchas causas se paralizan, demorando su ejecución, situación alejada de nuestra mejor intención de otorgar la suficiente celeridad procesal, sin embargo, ante estas acciones, propias de los juzgadores y juzgados, sin duda propias del sistema, se debe aguardar incluso meses a fin de la prosecución de las causas.

En ese sentido, mal puede su institución atribuirnos una demora, en el movimiento procesal y peor aun (sic) pretender establecer una multa por situaciones extrañas y ajenas a nuestras acciones y gestiones peor aun (sic) atribuirnos responsabilidades por la mala práctica de todo el sistema judicial, situación que es de amplio conocimiento público, ya que nos encontramos sujetos a toda la buena voluntad de los funcionario públicos y a la mala organización del Poder Judicial, mismas que pueden ser corroborada (sic) por su institución en los estrados judiciales.

Asimismo y como es de su conocimiento, una vez presentado nuestro recurso de apelación en fecha 25 de abril de 2011, se tuvo que aguardar, la ejecución de las debidas notificaciones, obtención de fotocopias simples o legalizadas, según corresponda, cumplimiento de los recaudos y formalidades de ley ante los funcionarios a fin de que se remita actuados a la Sala Social y Administrativa, aguardar el sorteo a una de las Salas a fin de que se radique la causa.

Como bien se valorara (sic) estas gestiones internas y extrajudiciales tuvieron que ser cumplidas y aguardadas, a fin de que nuestra apelación sea viable. Ahora bien, tal cual cursa del memorial presentado a la Sala Social Administrativa, nuestra parte solicita la dictación del Auto de Vista correspondiente, ejecutando los respectivos reclamos, en sentido de que ni en tablilla de sorteo se encontraría el expediente,

solicitando finalmente y encontrándose superabundantemente vencido el plazo para dictar resolución, emita el auto de vista respectivo.

Finalmente, con todos estos antecedentes y tal como determina la tramitación procesal efectuada, la aparente falta de movimiento procesal que su autoridad advierte no genera daño ni perjuicio a nuestros afiliados, mas al contrario, se habría efectuado una tramitación diligente, cumpliendo con cada etapa procesal, por lo que no aceptamos los cargos atribuidos por una supuesta paralización procesal, puesto que como demostramos con las acciones legales eficientes que se tramitaron, no se produjo tal interrupción, solicitando se levante los cargos a fin de evitar mayores perjuicios en razón a que no existiría elementos de convicción para ejecutar tales sanciones

DESCARGOS AL CARGO 2.-

Nuevamente debemos lamentar la falta de apreciación y valoración a cada gestión obtenida por nuestra parte, desconociendo inclusive la relación procesal, incluso las teorías procesales planteadas por grandes tratadistas sobre la situación de las partes en un determinado proceso. En ese sentido es sorprendente la manera con que el regulador pretende desconocer las bases procesales, consiguiendo de esa manera una mala interpretación a lo que es el Derecho Procesal, más propiamente a la relación procesal de las partes.

Ante esta falla de objetividad en la apreciación, es preciso nuevamente reiterar algunos conceptos y teorías procesales. El procesalista Leo Rosemberg,² en su "Tratado de Derecho Procesal Civil" (sic), establece que las partes en el proceso son aquellas personas que solicitan u contra las que se solicita en nombre propio, la tutela jurídica estatal, en particular la sentencia y la ejecución forzada".

(² Leo Rosemberg "Tratado de Derecho Procesal Civil")

Por lo dicho, son partes, los sujetos que en esa calidad participan en el proceso con abstracción de la ausencia o no de legitimación para obrar o para contradecir en el litigio. Por eso en el proceso no hay partes materiales y formales, sino únicamente, el requisito de ser o no parte procesal.

Asimismo es necesario ilustrar, sobre la situación procesal de las partes, en ese entendido, primeramente, la Posición Doble de las Partes, denominada también como "principio de dualidad de las partes", estableciendo que en todo proceso aparecen las partes en dos posiciones, exactamente en dos, de manera que no puede haber proceso sin parte, o con una parte.

En ese mismo sentido, y ante el posible desconocimiento que seguramente intentara su institución sobre instituciones propias del procedimiento, nos permitimos reiterar y refrescar conceptos que seguramente se pretenderá ignorar.

En ese sentido el Art. 50 del C.P.C. señala que las personas que intervienen en el proceso con carácter esencial son: **el demandante, el demandado y EL JUEZ**. En ese entendido la potestad del juzgador es la de administrar justicia, esta se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario impulso procesal, evitando que las causas no se paralicen y concluyan dentro de los plazos previstos, en ese ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los arts. 1 al 5 del C.P.C. asimismo el de cuidar que el proceso se desenvuelva sin vicios de nulidad, **dictando las providencias, autos, sentencias dentro de los términos señalados en el Art. 202 y ss. del C.P.C. asegurando la igualdad efectiva de las partes en todas las actuaciones del proceso, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, conceptos que seguramente no serán tomados por el regulador, pretendiendo ejecutar una tramitación fuera de lo establecido, desconociendo de esa manera, que ante nuestras gestiones, incluso extrajudiciales, que no necesariamente deben plasmarse en un memorial, tal como se pretende, permitió la celeridad y gestión al juzgador y los funcionarios del juzgado.**

Reiteremos el concepto cabal de lo que significa PARTE, definido éste en su acepción exclusivamente jurídica, misma que contiene diversos significados. En Derecho Civil se denomina así a toda persona de existencia visible o invisible que interviene con otra u otras en cualquier acto jurídico.³

(³ Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Manuel Ossorio.)

Asimismo se llaman partes los contendientes en el proceso, en el mismo sentido en que se habla de partes en todos los casos el que hay una contraposición de adversarios, que compiten entre sí para la obtención de una victoria (Calamandrei)

Parte se llama, dice Carnelutti, no solo al sujeto del litigio sino también al sujeto de la acción, tanto por la normal coincidencia del sujeto del litigio con el sujeto de la acción, cuanto porque la acción, al igual que el litigio, requiere una pareja de sujetos, de la que cada uno es una parte. Al clasificar este autor, los elementos del proceso, distingue a estos en subjetivos y objetivos. Los primeros son los sujetos del proceso que a su vez se distinguen en **órgano judicial (JUEZ)** con potestad jurisdiccional, y en partes, **(DEMANDANTE Y DEMANDADO)**. Los elementos objetivos se distinguen en pruebas y bienes (bienes en el sentido de cualquier ente que sea objeto de derecho).

Bien sabemos que el proceso es una institución jurídica que pone fin a las controversias sociales, satisfaciendo las pretensiones de las partes. La satisfacción como solución al conflicto de intereses - distingue al órgano judicial, mientras que la pretensión caracteriza funcionalmente a los sujetos diferentes en ese órgano, vale decir, las partes. Nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 50 refiere que las personas que intervienen en el proceso son esencialmente el demandante, el demandado y el Juez. En ese sentido, el tratadista, Piero Calamandrei⁴ establece: "Estas personas que colaboran en el proceso (los sujetos del proceso), son al menos

tres: EL ÓRGANO JURISDICCIONAL, que tiene el poder de emanar la providencia judicial, y LAS PARTES: esto es, la personal que pide la providencia (actor, en el proceso de cognición; acreedor, en el proceso de ejecución), y aquella frente a la cual la providencia se pide (demandado en el proceso de cognición; deudor en el proceso de ejecución)..."

(⁴Piero Calamandrei "Instituciones de Derecho Procesal Civil")

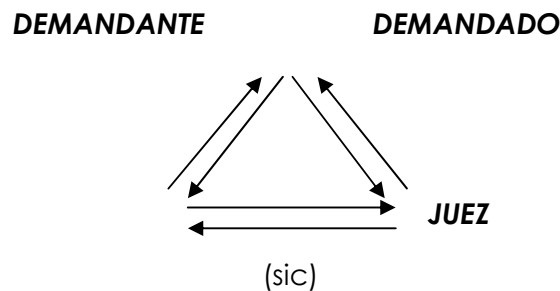
En ese entendido, y luego de esta importante aclaración e ilustración, se concluye que las partes esenciales que intervienen en el proceso son el demandante, demandado y el JUEZ. (Art. 50 C.P.C.). Como estamos frente a un proceso litigioso, el demandante o actor es el que promueve la demanda ante los órganos jurisdiccionales, el demandado es la persona contra quien se dirigen las pretensiones de la demanda, y el Juez como aquella persona que tiene autoridad para juzgar y sentenciar. Por su parte los jueces tiene (sic) facultades y deberes a los cuales deben sujetarse los litigantes, aunque estos tienen también derechos, es así que la potestad de administrar justicia se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario IMPULSO PROCESAL EVITANDO QUE LAS CAUSAS NO SE PARALICEN Y CONCLUYAN DENTRO DE LOS PLAZOS PREVISTOS, En este ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los Arts. 1 al 5 del C.P.C. Asimismo los administradores de justicia DEBERÁN CUIDAR QUE EL PROCESO SE DESENVUELVA SIN VICIOS DE NULIDAD, DICTANDO LAS PROVIDENCIAS, AUTOS Y SENTENCIAS DENTRO DE LOS TÉRMINOS SEÑALADOS, ASEGURANDO LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS PARTES EN TODAS LAS ACTUACIONES DEL PROCESO, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad procesal, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, asimismo vigilar la conducta de los funcionarios a su cargo.

En suma, observar gestiones propias de un procedimiento, so pretexto de una aparente dilación procesal, sin considerar que las gestiones de los funcionarios, Juzgadores, Instituciones, etc., están fuera de todo ámbito legal, obedece a un claro desconocimiento de la tramitación propia en juzgados y un desconocimiento de la normativa en general.

En ese entendido, estas gestiones propias de una tramitación dentro de un proceso judicial, son correctas, eficientes, diligentes dinámicas, apropiadas, oportunas y aceptables por el ordenamiento jurídico vigente. Pretender creer y enclaustrarse en un criterio que minimiza y no toma en cuenta estas gestiones, nos da la premisa de un grave desconocimiento de la tramitación procesal en Juzgados, asimismo, nos alerta la grave intención de localizar sin fundamentos procesales, cualquier gestión que otorgue salidas que permitan sancionar toda acción no acorde a la interpretación de su institución, pretendiendo alejarnos del cumplimiento efectivo de la normativa, incluso del principio del debido proceso, establecido en el Art.- 29, inc. 12 de la Ley No. 025, Ley del Órgano Judicial, asimismo de no acomodarse a la verdadera comunión e interacción con los agentes de los juzgados, **más aun (sic) si no se toma en cuenta que estas gestiones, fueron producto de la intervención**

interna y extrajudicial ejecutada por nuestra parte, gestiones que si forman parte de una tramitación propia de un litigio.

Finalmente se hace preciso ilustrar, que la relación procesal debe ser comprendido de la siguiente manera:



Gráfica que permite entender que la relación de las partes en un proceso se considera tripartita, por lo que la falta de uno implica la inexistencia del otro. Asimismo, el Juez no dispone, menos ordena sin la petición de uno, sea actor o demandado, en ese sentido sus disposiciones no son emitidas de oficio, sino son a consecuencia de una petición o solicitud ejecutada por las partes. En suma todas las actuaciones ignoradas por su institución so pretexto que son simplemente del Juez u otro, no tendrían valides, menos fundamento si seguimos la lógica que se pretende imponer. Asimismo nos preguntamos, si las gestiones del Juez no deben ser consideradas, cual el objetivo para perseguir una sentencia que declare probada la demanda? ... que ocurriría si por presentar memoriales sin fundamento, cada día, sin una estrategia procesal que procuren un fallo favorable, la sentencia sea declarada improbadada?? ... interrogantes que surgen ante la lógica que el regulador pretenda sea cumplida, misma que de ninguna manera es aceptada por nuestra parte, en el sentido de que cada proceso merece un tratamiento procesal diferente a fin de lograr la obtención de lo adeudado, sin pretender llenar el expediente con actuaciones, ni memoriales inertes que perjudiquen el desarrollo procesal, yendo inclusive contra el principio de economía procesal y buena fe.

Como se apreciara (sic) estas actuaciones, que no son valoradas por su institución, son consecuencia de las gestiones solicitadas por nuestra parte, de lo contrario, sin estas, estaríamos con una causa paralizada desde la demanda, lo que no ocurre en el presente caso. Finalmente por lo manifestado, solicitamos se desestime los cargos imputados, por no poseer argumentos eficaces que otorguen un aparente incumplimiento a la tramitación procesal..."

4.2. Prueba complementaria producida.-

Mediante Auto de 18 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, solicitó a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, detalle el procedimiento y formalidades aplicadas en forma previa a la suscripción del Convenio de Pago, copia del Convenio de Pago, Formularios de Pago de Contribuciones y fecha en que el empleador incumplió el Convenio de Pago y

documentación que evidencie la reiniciación del Proceso Ejecutivo Social “Con respecto al Cargos (sic) N° 1”.

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, mediante nota FUT.APS.GJ 0705/2013 de 3 de abril de 2013, solicitó la ampliación del término probatorio, que fue concedido por la Autoridad Fiscalizadora, mediante Auto de 4 de abril de 2013.

Mediante nota FUT.APS.AL.0895/2013 de 23 de abril de 2013, remitió la información y documentación solicitadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 474-2013 DE 22 DE MAYO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 474-2013 de 22 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, con los siguientes argumentos:

“...De acuerdo a los argumentos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad realiza el siguiente análisis:

Futuro de Bolivia S.A. AFP señala que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS tiene la obligación de regir sus actuaciones en base a lo determinado por el principio de sometimiento pleno a la ley y el principio de jerarquía normativa, y de esa forma asegurar que los regulados cuenten con un debido proceso.

Al respecto, el artículo 4° de la Ley N° 2341 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996, señala: “la administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley,...”. En ese entendido, se tiene claro que el presente Proceso Administrativo Sancionatorio se ha llevado en cumplimiento fiel de las normas aun (sic) aplicables para las AFP que las rigen, en (sic) respeto al debido proceso y el legítimo (sic) derecho a la defensa del regulado en proceso.

Asimismo, es imperante aclarar al regulado que en lo que refiere a la jerarquía normativa aludida, esta se tiene por atendida en cada uno de los actos procesales emitidos, que van desde las diligencias preliminares, la Nota de Cargos, la Resolución de Sanción emitida entre otros, con el debido fundamento de respaldo legal basado en los preceptos de la Constitución Política del Estado, la Ley de Procedimiento Administrativo y su Reglamento para el sector financiero, y la normativa de Pensiones vigente aplicable a las AFP, como lo es aquella referida al Régimen Sancionatorio, pues ningún acto en el presente caso se aparta del marco legal vigente para procesar y sancionar al regulado.

Por otro lado, la AFP hace mención a la Constitución Política del Estado haciendo referencia al parágrafo VI del artículo 45, arguyendo que la gestión y administración del régimen de Seguridad Social es una obligación asumida por el Estado y que como consecuencia de lo anterior se tendría emitida la Ley N° 065 de 10 de diciembre de

2010, de Pensiones. Sin embargo corresponde aclarar al regulado que el contexto legal por el cual aún las AFP continúan prestando los servicios, es en virtud a los siguientes instrumentos legales: la normativa de Pensiones y el Contrato suscrito con el Estado Boliviano, los cuales se hallan en plena aplicabilidad, debiendo su atención y cumplimiento.

La AFP a lo largo del Recurso de Revocatoria ha hecho alusión y presentado argumentos relativos al artículo 177 de la Ley N°065 de Pensiones, el cual para un mejor análisis, corresponde realizar su transcripción que es como sigue:

“Artículo 177. (CONTINUIDAD DE SERVICIOS). Las **Administradoras** de Fondos de Pensiones **continuarán realizando** todas las **obligaciones** determinadas mediante **Contrato** de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano **en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos** y normativa regulatoria reglamentaria, **así como** lo dispuesto en **la presente Ley** y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, **asumiendo** las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, **mientras dure el periodo de transición,...**” (Las negrillas son nuestras).

En un principio corresponde señalar que esta Autoridad no ha interpretado en ningún momento la norma anteriormente transcrita, sino que aplica y exige su integral cumplimiento a los regulados.

Ahora bien, de la simple lectura del artículo 177 se llega a dilucidar las confusiones en las que incurre la AFP sobre esta norma; pues en la misma se tiene expresado con meridana claridad que durante el periodo de transición las AFP continuarán cumpliendo con las obligaciones previstas en el marco legal que se detalla en el señalado artículo, a fin de dar continuidad al servicio que ofrece, hasta la constitución formal de la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo.

Lo anterior implica que, el regulado además de la normativa actual de pensiones, debe ceñirse también a cumplir con sus obligaciones dentro del marco legal de la Ley N°1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996, sus Decretos Supremos y demás normativa reglamentaria.

Bajo ese entendido, significa también que el marco legal sancionatorio establecido en el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones N°1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones, es aplicable a las AFP mientras dure el periodo de transición, así como toda aquella norma que no sea contraria a la actual Ley de Pensiones y, que pueda posibilitar la continuidad de la prestación de servicios.

En lo particular, el Régimen de Sanciones señalado en el párrafo anterior sigue vigente para su aplicación para las AFP y a su vez por el regulador, como normativa que reglamenta un procedimiento específico (sic) para determinar infracciones, sus criterios de gravedad y para aplicar sanciones, cuando corresponda.

Desconocer lo que dispone el artículo 177 de la Ley N° 065, resulta un criterio desacertado de la AFP, pues no debe olvidar que sobre la base legal señalada es que ahora continúan realizando sus actividades, las cuales no pueden estar al margen del control y supervisión del ente regulador.

Por otro lado, la AFP como otro de sus argumentos hace mención a los conceptos de vigencia inmediata e irretroactividad de la ley, refiriéndose a la Ley N° 065 de Pensiones. En ese comprendido corresponde señalar lo siguiente:

En lo que hace a la vigencia inmediata de la actual Ley de Pensiones, corresponde señalar que aquello es evidente, en razón a que la señalada Ley en todo su contexto de cumplimiento obligatorio a partir de su promulgación y posterior publicación; es decir que todas sus disposiciones y artículos merecen la atención bajo un entendimiento integral del instrumento normativo. En ese entendido, si bien se dispone la abrogación de normas, pero no se puede dejar al soslayo el artículo 177 de la señalada Ley, precepto jurídico que establece una situación transitoria de administración por las AFP y bajo un marco legal establecido (el Contrato con el Estado Boliviano, la Ley N° 065, la Ley N° 1732 y sus disposiciones reglamentaria (sic)), previa (sic) a dar paso a la entidad estatal.

Respecto a la irretroactividad, es importante aclarar que la Ley N°065 en ninguna parte establece de forma expresa o tácita que la misma tiene un carácter retroactivo, ya sea total o parcial; por lo que no quepa la posibilidad de dicho concepto como argumento para desvirtuar la sanción al regulado, pues del presente análisis se determina que la Ley de Pensiones dispone para lo venidero.

Para una mejor ilustración del regulado, nos remitimos a la Constitución Política del Estado, la cual determina en su artículo 123 que, la ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor del trabajador.

Asimismo, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 28/2007 de 20 de marzo de 2007, en sus fundamentos jurídicos determina:

“El principio de irretroactividad se origina como una premisa según la cual en la generalidad de la circunstancias se prohíbe que una norma jurídica tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo en circunstancias especiales en que se favorezca tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común de manera a veces concurrente.

Este principio está íntimamente ligado a los derechos adquiridos, que son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado, definido y surgido bajo el impero de un instrumento normativo, y por lo mismo ha creado a favor de sus titulares un derecho que debe ser respetado, así una norma posterior no puede afectar lo que de manera legítima se ha obtenido bajo la vigencia de un precepto anterior. En este punto corresponde aclarar que los derechos adquiridos de diferencian de las meras

expectativas que son aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho que, por no haberse consolidado, puede ser regulado.

Es así que el principio de irretroactividad apunta a preservar el derecho a la seguridad jurídica de las personas exigiéndose que las situaciones creadas al amparo de la anterior ley se conserven o, al menos, que los derechos adquiridos se mantengan y respeten a pesar que la nueva ley o norma no prevea derechos semejantes para el futuro. Esto significa que las leyes y las demás normas jurídicas no tienen efecto en situación ocurridas antes de su promulgación, emisión o vigencia salvo que en ellas se disponga lo contrario.”

Asimismo esta Autoridad ha realizado la evaluación de los argumentos correspondientes a la prescripción, señalando lo siguiente:

Futuro de Bolivia S.A. AFP manifiesta la existencia de la prescripción en la aplicación de sanción en cuanto al Cargo N°1 por los períodos imputados. Asimismo, señala que la prescripción es un modo de extinción, consagrado en el artículo 1495 del Código Civil, por lo que para el presente caso no es posible modificar el régimen legal de la prescripción y mucho menos prescindir de él.

Con relación a la norma civil aludida, se debe entender que el presente Proceso Administrativo Sancionatorio se rige bajo los parámetros legales previstos por el Derecho Administrativo y no de otras competencias, por lo que el regulado deberá ceñir sus argumentos conforme al ámbito de jurisdicción que compete a esta Autoridad, como entidad regulada.

Sobre la prescripción aludida es importante remitirnos al artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, el cual señala: “Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año.”.

En el presente caso, debe considerarse que el número de años que establece la norma anterior, no ha sido sobrepasado por el regulador para intervenir y procesar la conducta antijurídica, al establecerse el carácter permanente de la infracción de inactividad procesal del regulado en el Proceso Ejecutivo Social, pues como se puede apreciar la continuidad de la infracción se ha visto plasmada en las siguientes etapas:

- Entre el 30 de octubre de 2007 a 25 de marzo de 2009
- Entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009
- Entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012) (sic).

Por lo que en estos tres periodos la (sic) inactividad procesal, la AFP no realizó actividad alguna para promover el proceso social.

Sin embargo para una mejor comprensión de la prescripción y sus efectos, es menester acudir a lo que se tiene establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica

MEFP/VPSF/RMJ-SIREFI 070/2012 de 07 de 2012 (sic) de 05 de diciembre de 2012, que señala:

*"En tal sentido, y atendiendo a lo anterior, **la prescripción** de la acción administrativa sancionatoria **quedará interrumpida** con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, y no así con la notificación de cargos que es el acto por el cual se pone en conocimiento del supuesto infractor las infracciones y las posibles sanciones, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza ya sea con la presentada de una denuncia por parte de un usuario de los servicios financieros, que debe ser de conocimiento de la entidad; infractora, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio por la entidad reguladora, que también debe ser de conocimiento de la entidad infractora.*

Finalmente corresponde aclarar que si bien el Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que "(...) La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...) esta previsión normativa, se reitera, se refiere únicamente a la interrupción de la prescripción de las sanciones ya impuestas a consecuencia de un procedimiento sancionatorio que no puede ser aplicado a la prescripción de la acción administrativa sancionatoria, ni confundida con la notificación de cargos como acto para su interrupción; y como ha dispuesto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFU (sic) RJ 16/2006 de 23 de marzo "La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, en el caso de la sanción desde el día siguiente de producida la infracción (sic) y, en el caso de la sanción desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa. Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento.

*Una vez enseñando lo anterior, en lo que respecta al régimen de la prescripción, no se debe dejar de lado que la misma también tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese entendido se debe de marcar las diferencias existentes entre las **infracciones instantáneas** y las **infracciones permanentes**.*

En las infracciones instantáneas, la lesión al ordenamiento jurídica (sic) administrativo cesa, inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.

*En **las infracciones permanentes**, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta activa u omisiva del infractor.*

*En consecuencia, cuando se trata de **infracciones permanentes**, **la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cese la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto...**"*

En cuanto al Cargo N°4 con relación a los períodos comprendidos entre el 22 de enero de 2004 al 02 de julio de 2004 y desde el 24 de marzo de 2005 al 9 de marzo de 2006, se tiene que Futuro de Bolivia S.A. AFP alega que hubiera sido notificada con la imputación del cargo, después de 7 años, 8 meses y 5 años, 11 meses y 24 días, respectivamente, **sin embargo, la Administradora de fondos (sic) de Pensiones olvida que nos encontramos ante una infracción permanente**, y por lo tanto no aplica el instituto de la prescripción, más aún cuando la falta de diligencia y la paralización del proceso se mantuvieron en el tiempo, desde el 22 de enero de 2004 hasta el 11 de octubre de 2010 y la notificación de cargos ha sido emitida el 2 de febrero de 2012 mediante cite APS/DJ/DPC/820/2012, poniendo en conocimiento el 9 de febrero de 2012 con la primera citación para la notificación con los cargos imputados." (Las negrillas y subrayado son nuestras).

De lo anterior se concluye el momento en que se puede ver interrumpida la infracción administrativa, así como el carácter de la misma, es decir si es permanente o inmediata. En ese entendido, se debe aclarar al regulado sobre el cumplimiento de la normativa vigente referente a la prescripción, pero también no se puede dejar al soslayo lo que se tiene como precedente respecto a los lineamientos establecidos por la instancia jerárquica, que en un caso por demás similar (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/RMJ-SIREFI 070/2012 de 07 de 2012 (sic) de 05 de diciembre de 2012), la instancia jerárquica ha emitido el entendimiento normativo por el cual señala que para este tipo de cargos, como el presente, se constituye en infracción y de carácter permanente.

En lo que atinge al argumento de la AFP de que se estaría atribuyendo facultades legislativas, como sería el agregar el concepto de permanencia en algo que no está en la norma; corresponde señalar que la AFP no comprende el análisis integral y teleológico realizado por la instancia jerárquica del derecho administrativo sancionador, el cual si bien no es el mismo como aquel que se aplica en el derecho penal, sin embargo sí tiene que ver con la ratio del "Derecho Coercitivo" por naturaleza, en el cual se expresan principios y lineamientos generales de las ramas de este Derecho Coercitivo, en lo particular a los criterios penales referidos a la prescripción, su inicio, el cómputo e interrupción.

Por lo expuesto hasta aquí, los argumentos no son suficientes para desestimar los argumentos que sostienen la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 992 - 2012 de 26 de diciembre de 2012.

Con relación al Cargo N° 1:

En función a los argumentos presentados por la AFP, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, emite el pronunciamiento correspondiente:

Primer Período:

Al respecto, corresponde aclarar que el periodo de tiempo sin movimiento procesal se enmarca entre los siguientes actuados:

- Memorial de **30 de octubre de 2007**, por el cual la AFP solicita la ampliación de la deuda considerando asimismo el monto del Recargo.
- La AFP mediante memorial de **25 de marzo de 2009**, presenta un Convenio de Pago suscrito entre la Administradora y la empresa ejecutada de fecha 18 de marzo de 2009.

Por lo tanto, se puede evidenciar que desde el **30 de octubre de 2007** al **25 de marzo de 2009** existen **quinientos doce (512) días sin movimiento procesal** en el Proceso Judicial, por parte de la AFP.

Sin perjuicio a lo citado, es importante señalar que en fecha 05 de noviembre de 2007, el Juez de Partido 1º de Trabajo y Seguridad Social de Santa Cruz, emite Auto ampliando la demanda principal en relación a la solicitud de Futuro de Bolivia S.A. AFP; sin embargo, a partir del 05 de noviembre de 2007, la Administradora no mueve más el proceso hasta el 25 de marzo de 2009, fecha en que presenta al Juzgado correspondiente, copia del Convenio de Pago firmado con AEROSUR el 18 de marzo de 2009.

Los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, más allá de pretender “ilustrar” a esta Autoridad y justificar la falta de diligencia procesal en una serie de conceptos que hacen parte de la doctrina jurídica procesal, carecen de relevancia frente a los quinientos seis (506) días en los pese al Auto ampliatorio emitido por el Juez, el proceso estuvo paralizado.

Sin perjuicio de lo señalado, a manera de mayor motivación corresponde señalar que, las **partes procesales** son las personas que intervienen en un proceso judicial para reclamar una determinada pretensión o para resistirse a la pretensión formulada por otro sujeto. La persona que ejercita la acción se llama “actor” (AFP); y la persona que se resiste a una acción se la llama “parte demandada” (Empleador).

Para el presente caso, no se debe olvidar que la AFP al ejercer la representación legal de los Asegurados en los PES, tiene la obligación no solamente de iniciar el mismo, sino de proseguir hasta su finalización, es decir hasta lograr objetivizar la pretensión plasmada en la demanda ejecutiva social, cual es la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social de largo plazo.

Que por otro lado, el carácter de ser demandante y parte en el PES en el ámbito jurisdiccional tiene una distinta apreciación respecto al ámbito administrativo, pues en este último se exige que el comportamiento de la AFP en el proceso sea diligente y se desenvuelva con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

En ese sentido, es fundamental para el demandante otorgar el suficiente impulso procesal para lograr el cobro de lo adeudado, en vista de que cuenta con un Título Ejecutivo de una obligación líquida y exigible y que el PES como proceso de naturaleza sumaria debe ser tramitado con la mayor celeridad posible.

En cuanto al principio de igualdad de las partes, en un proceso, el órgano judicial debe mantenerse en una posición neutral y tratar a ambas partes por igual. Este principio supone que las partes se encuentran en una posición sustancialmente idéntica, ostentando las mismas facultades y cargas. El principio expuesto, se ejercen (sic) dentro de un debido proceso y no así como el regulado entiende que los mismos pueden ser aplicados en cualquier momento y fuera del proceso.

Por otro lado, es importante aclarar que esta Autoridad no pretende desconocer las gestiones que hubiera realizado la Administradora previas al 30 de octubre de 2007, por lo cual señala expresamente el tiempo en el que la Administradora no dio continuidad al proceso, el mismo que sobrepasa a un (1) año; por lo tanto, el hecho que la AFP haya demostrado una diligencia medianamente similar a la de un buen padre de familia previa a los periodos observados por esta Autoridad no es un argumento válido para justificar el posterior abandono y falta de diligencia en el Proceso Judicial iniciado contra "AEROSUR S.A.

Por otro lado, respecto al Convenio de Pago, firmado por la Administradora con AEROSUR S.A., corresponde aclarar los siguientes datos:

Periodo sin movimiento procesal	Fecha de Firma de Convenio de Pago	Fecha de incumplimiento al Convenio	Fecha de continuidad de proceso
Del 30/10/2007 al 25/03/2009	18/03/2009	20/04/2009	15/04/2009

Conforme al cuadro precedente, se puede evidenciar que la Administradora firma un Convenio de Pago con el Empleador recién en fecha 18 de marzo de 2013 (sic), por lo tanto, la firma del mismo no justifica la falta de diligencia de la AFP dentro del Proceso Judicial.

En este sentido, al no existir movimiento procesal por parte de la Administradora y aún tomando en cuenta el Auto de 05 de noviembre de 2007, no existe mayor fundamento ni actuados que permitan desvirtuar el Cargo 1° con relación al primer periodo de tiempo identificado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS con falta de movimiento procesal por parte de la AFP, considerando inclusive que a partir del Auto señalado existen quinientos seis (506) días con el Proceso Judicial paralizado.

Por último con respecto al primer período de paralización del Cargo N°1, la AFP mediante nota FUT.APS.AL 0895/2013 de 23 de abril de 2013, informa y adjunta lo siguiente

"...

1. Para la suscripción de un convenio de pago del SSO, nuestra AFP solicita toda la documentación que acredite la personería de quien suscribe el convenio, luego solicita la documentación que permita efectivizar la deuda, y previa la suscripción del Convenio mismo, solicita un pago preliminar de un porcentaje del total de la deuda.

2. Se Adjunta copia del Convenio de Pago.
3. Se adjuntan copias de los Formulario (sic) de Pago de Contribuciones solicitados.
4. La empresa AEROSUR S.A. incumplió el convenio de pago desde la segunda cuota que debió ser efectuada el 20 de abril de 2009, al haber realizado el pago de los períodos vencidos acordados, pero no así el período vigente.”

Esta Autoridad, habiendo evaluado la documentación remitida, establece que la misma es de índole operativa (sic) (Formulario de Pago de Contribuciones) y respecto a actuados judiciales los mismos no corresponden al PES y a los periodos sin movimiento procesal observados por esta Autoridad (a excepción del Convenio). Asimismo, en el recurso no se explica el motivo de la presentación de la citada documentación y su relación con el caso.

En ese sentido, la AFP remite la siguiente documentación:

- 1) Mediante memorial de 20 de noviembre de 2012, sin fecha de recepción, la AFP presenta Demanda Coactiva contra el Empleador AEROSUR S.A., adjunta Nota de Débito N°1-07-2012-01009.
- 2) Mediante memorial de 17 de marzo de 2011, sin fecha de recepción, la AFP presenta Demanda Coactiva contra el Empleador AEROSUR S.A., adjunta detalle de Nota de Débito N°1-07-2011-00058 de 16 de marzo de 2011.
- 3) Mediante memorial de 15 de octubre de 2012, la AFP solicita al Juez de la causa, la Ampliación de la deuda, contra el Empleador, adjunta el detalle de la Nota de Débito N°1-07-2012-00798 de 12 de octubre de 2012.
- 4) Mediante memorial de 12 de marzo de 2013, la AFP solicita al Juez de la causa, la Ampliación de la deuda, contra el Empleador, adjunta el detalle de la Nota de Débito N°1-07-2013-000466 de 11 de marzo de 2013.
- 5) Mediante memorial de 28 de junio de 2012, la AFP solicita al Juez de la causa, la Ampliación de la deuda, contra el Empleador, adjunta el detalle de la Nota de Débito N°1-07-2012-00289 de 25 de junio de 2012.
- 6) Mediante memorial de 24 de febrero de 2012, sin fecha de recepción, la AFP presenta Demanda Coactiva contra el Empleador AEROSUR S.A., adjunta Nota de Débito N°1-07-2012-00082 de 13 de enero de 2012.
- 7) Mediante memorial de 12 de septiembre de 2012, sin fecha de recepción, la AFP presenta Demanda Coactiva contra el Empleador AEROSUR S.A., adjunta Nota de Débito N°1-07-2012-00569 de 11 de septiembre de 2012.
- 8) Mediante memorial de 20 de noviembre de 2012, sin fecha de recepción, la AFP presenta Demanda Coactiva contra el Empleador AEROSUR S.A., adjunta Nota de Débito N°1-07-2012-01009.
- 9) Mediante memorial de 20 de noviembre de 2003, la AFP solicita Ampliación de la Ejecución de Sentencia, contra el Empleador AEROSUR S.A.
- 10) Mediante memorial de 20 de noviembre de 2003, la AFP solicita Ampliación de la Ejecución de Sentencia, contra el Empleador AEROSUR S.A., adjunta Nota de Débito N°1-07-2005-00004 de 25 de enero de 2005.
- 11) Mediante memorial de 03 de julio de 2007, la AFP presenta Apersonamiento, adjunta Nota de Débito N°1-07-2006-00232 de 17 de octubre de 2007.

12) Mediante memorial de 20 de noviembre de 2003, la AFP solicita Ampliación de la Ejecución de Sentencia, contra el Empleador AEROSUR S.A., adjunta Nota de Débito N° 1-07-2010-00027.

De la documentación señalada se evidencia, que las actuaciones procesales remitidas por la AFP, no constituyen ni relacionan al presente Proceso Ejecutivo Social, sino que los mismos corresponden a un Proceso Coactivo Social, por lo que las actuaciones presentadas, no tienen correspondencia con respecto al cargo sancionado y menos para desvirtuar los períodos de paralización procesal incurridos por la Administradora.

Dejando en claro que la sanción impuesta es porque el regulado incumplió lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, por haber incurrido en la paralización injustificada de las actuaciones procesales en el Proceso Ejecutivo Social; produciendo la interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que se persigue.

Segundo Período:

En función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria presentado en fecha 21 de febrero de 2013 (sic) para este periodo, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

Respecto a lo citado por la Administradora, es importante aclarar que el actuado de citación y notificación correspondiente al 16 de septiembre de 2013, no es propio de la AFP sino de la administración de justicia.

Asimismo, aun (sic) tomando en cuenta la notificación señalada precedentemente, existe un abundante lapso de tiempo en el que el Proceso Judicial se encontraba paralizado, lapso que corre a partir del 15 de abril de 2009 al 16 de septiembre de 2009, haciendo un total de ciento cincuenta y cuatro (154) días en los que el proceso se encontraba paralizado.

Por otro lado, se pudo evidenciar que la Administradora pretende justificar la falta de movimiento procesal durante cinco (5) meses amparándose en “gestiones extrajudiciales”, “en la averiguación extraordinaria de mayores bienes propios de la empresa deudora”; sin embargo, no envió prueba que respalde lo señalado anteriormente para su evaluación, que sin perjuicio de que la misma pueda ser extrajudicial pero lógica para evaluar la diligencia (constancia de gestiones en DD.RR., SEGIP, SERECI, Transito (sic), entre otras), ni tampoco presentó dentro del proceso, constancia de las mismas, limitándose únicamente a solicitar la retención de fondos de AEROSUR S.A. sin adjuntar al memorial documentación que hubiese obtenido producto de la averiguación en torno a los bienes o cuentas del demandado.

En ese sentido, la AFP no debe olvidar que en el presente proceso administrativo se ha imputado la inactividad procesal por falta de diligencia y que la prueba debe apuntar

a la proactividad del regulado en el proceso y aquellas gestiones que se relacionan con éste.

Por otro lado, la AFP reconoce la infracción imputada al señalar que el 15 de abril de 2009, luego de gestiones internas (no refrendadas en el presente proceso) ha solicitado la activación de la causa para su prosecución; lo que lleva al ente regulador a concluir que el PES estuvo paralizado por más de una vez.

Lo que no argumenta y refrenda con prueba idónea la AFP, es lo que habría realizado en el PES durante el segundo periodo de paralización imputado, pues no se tiene actuaciones objetivas del regulado en el proceso que hubiera realizado en este periodo de tiempo, limitando su defensa a periodos anteriores y a gestiones extrajudiciales que a la hora de refrendarlas no encuentran respaldo en el presente proceso.

Asimismo, llama la atención que el regulado señale que solicitó la retención de fondos con memorial de 13 de octubre de 2009, cuando éste lo podía realizar inclusive antes del 15 de abril de 2009 (memorial de reinicio del PES), no habiendo óbice procesal alguno para hacerlo antes, considerando que la deuda por recuperar ya contaba con un pronunciamiento judicial a favor. Siendo de esta manera por demás demostrable la falta de diligencia en el PES en cuanto su abandono y en la oportunidad en que se ha dirigido la solicitud.

Tercer Período:

En función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

La Administradora no actuó como un buen padre de familia en la tramitación del PES, existiendo una total falta de diligencia y celeridad desde el 25 de abril de 2011 (recurso de apelación de la parte demandada) al 19 de marzo de 2012 (solicitud de pronunciamiento a la apelación), período en el que se evidencia una paralización del proceso de trescientos treinta y nueve (339) días, sin movimiento procesal alguno por parte de la AFP.

Futuro de Bolivia S.A. AFP expresa que: "...muchas causas se paralizan, demorando su ejecución, situación alejada de nuestra mejor intención de otorgar la suficiente celeridad procesal, sin embargo ante estas acciones, propias de los juzgadores y juzgados, sin duda propias del sistema, se debe guardar incluso meses a fin de la prosecución de las causas.". Al respecto, cabe señalar que las partes procesales son las personas que intervienen en un proceso judicial para reclamar un determinado interés. En ese sentido, es fundamental para el demandante otorgar el suficiente impulso procesal para lograr el cobro de lo adeudado a través de los pronunciamientos judiciales correspondientes que determinen la responsabilidad del Empleador deudor.

Asimismo, la Administradora debe saber que ambas partes tienen el derecho de conocer todas las acciones que se estuviesen realizando dentro del proceso y en el caso del demandante realizar el seguimiento continuo de las actuaciones al estar en

juego la pretensión demandada, que en el presente caso se trata de adeudos a la Seguridad Social.

El hecho de que la causa se encuentre en alzada no limita al regulado a que éste luego de la apelación planteada en plazo de ley, deba apersonarse en alzada y/o realizar otras gestiones; sin embargo nada de ello se tiene reportado en el PES ni como descargo.

Por otro lado, si bien la Sala Social y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia no se habría pronunciado oportunamente en relación a la Apelación presentada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, la Administradora recién en fecha 19 de marzo de 2012, representa a la Sala Social y solicita Auto de Vista, trescientos treinta y nueve (339) días posteriores a la presentación de la Apelación.

Asimismo, cuando la AFP atribuye la responsabilidad a la administración de justicia señalando que se presentarían "situaciones extrañas y ajenas a nuestras acciones"; al respecto corresponde señalar que la AFP ante las incidencias que pudieran presentarse en el desarrollo del PES, le toca actuar con la diligencia debida realizando cuanta gestión legal que le sea posible para que la pretensión de recuperación de deuda sea objetiva y oportuna. Pues si la AFP presentó su recurso de apelación bien correspondía agilizar su remisión en alzada y no supeditarse a las situaciones que expone el regulado.

De lo anterior, resulta demostrado que durante el periodo de inactividad imputado, entre la presentación de la Apelación hasta el memorial por el cual se pide la resolución del recurso al tribunal ad quem, hubo inactividad procesal y que en el supuesto de que este tribunal se pudo haber sobrepasado en el tiempo para pronunciarse, correspondía al regulado realizar cuanta gestión legal que (sic) sea posible, pero de los antecedentes y los argumentos se tiene que no hubo actuación alguna.

Respecto a que la infracción no generaría daño ni perjuicio a los Asegurados, corresponde recordar a la AFP que la recuperación de los adeudos a la Seguridad Social debe ser lo antes posible en consideración a que con estos recursos se garantiza el acceso a una prestación o beneficio; y que el hecho de que no se recupere (por quiebra del empleador u otro) o se retrase, implica perjuicio para los Asegurados (situación de otro análisis). Pues la eficiencia del demandante no sólo se manifiesta en la forma en que éste se desenvuelve en el proceso (diligentemente) sino también en la recuperación objetiva de la deuda.

Por tanto, queda demostrado que la Administradora no actuó como un buen padre de familia en la tramitación del PES, existiendo una total falta de diligencia y celeridad desde el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012, período en el que se evidencia una paralización del proceso de trescientos treinta y nueve (339) días, sin movimiento procesal alguno por parte de la AFP.

Para una mejor comprensión del rol que tiene la AFP en los PES, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 045/2012 de 24 de agosto de 2012 establece lo siguiente:

“El inciso d) del artículo 31 (de las obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones de la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, señala:

“...d) Cobrar cotizaciones y primas devengadas, más los intereses que no hubieren sido pagados a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) por el empleador, sin otorgar condonaciones...”

El artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997:

“ARTÍCULO 142. (CUIDADO EXIGIBLE). A menos que en la Ley de Pensiones, el presente reglamento, la licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado (sic) entre la AFP y la Superintendencia, incluidas sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente, la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia...”

De la norma precedentemente transcrita se llegan a las siguientes conclusiones:

Respecto al Artículo 23 de la Ley N°1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, se evidencia que si bien la recurrente emitió las notas de Débito e inició los Procesos Ejecutivos Sociales ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social, sin embargo su tramitación no cumplió con la debida y oportuna tramitación conforme las normas del Código Civil y la propia Ley de Pensiones.”

De los lineamientos establecidos anteriormente y corroborados por la Resolución Jerárquica SG SIREF RJ 64/2007 de 06 de julio de 2007 y SG SIREFI RJ 79/2007 de 26 de septiembre de 2007, emitidas por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera – SIREFI, detrás de la expresión “diligencia del buen padre de familia” se expresa la obligación de actuar de manera diligente y con el debido cuidado en todo aquello que realice aquel que está obligado a hacer o no hacer algo, extremando todas las precauciones, con la finalidad de que no se ocasione perjuicio alguno a causa de las acciones u omisiones de la AFP, en lo particular en el movimiento procesal del PES instalado, situación que fue incumplida por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el presente caso.

En este sentido, los argumentos vertidos y la documentación remitida por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N°1 no gozan de la convicción suficiente para desvirtuar la sanción, por lo cual la misma se ratifica en todos sus extremos.

AL CARGO N° 2

En función a los argumentos presentados por la AFP con respecto al Cargo N°2, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente:

La AFP de acuerdo a lo sostenido en sus argumentos, pretende desvirtuar lo analizado por esta Autoridad argumentando que las piezas procesales no fueron revisadas en su integridad; hecho que carece de veracidad, ya que se puede evidenciar que mediante

la Nota de Cargos APS/DJ/DPC/5185/2012 de 10 de julio de 2012, se señaló y revisó cada uno de los actuados observados en el expediente judicial foliado remitido por la misma Administradora con nota FUT.AP.1061/2012 de 17 de mayo de 2012, expediente que fue corroborado in situ en el Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social.

Asimismo, Futuro de Bolivia S.A. AFP argumenta que los períodos identificados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS sin movimiento procesal por negligencia injustificada por parte de la AFP, cuentan con impulso procesal otorgado por el resto de las partes involucradas en dicho proceso, valga decir el Juez, la parte contraria, el Oficial de Diligencias, terceros, etc.

Al respecto, es importante denotar que si bien existen sujetos procesales independientes a la parte demandante, es fundamental para la AFP otorgarle el suficiente impulso procesal para lograr el cobro de lo adeudado, en vista que la parte demandante cuenta con un Título Coactivo de una obligación líquida y exigible, siendo que el Proceso Coactivo Social (PCS) es un proceso sumario por lo que debería tramitarse con la mayor celeridad posible.

Asimismo, es necesario aclarar al regulado que es obligación de esta Autoridad supervisar las acciones realizadas por la Administradora dentro del PCS; por lo tanto los períodos identificados sin movimiento procesal se deben a una falta de diligencia similar a la de un buen padre de familia por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP.

Sin perjuicio a lo citado, aún tomando en cuenta los actuados que se detallan a continuación, existen ciento noventa y un (191) días sin movimiento procesal entre la Sentencia de 11 de abril de 2011 que declara probada la demanda y el oficio de 19 de octubre de 2011:

- Oficios de 19 de octubre de 2011, a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – (ASFI), COTAS, Unidad Operativa de Tránsito y Derechos Reales.
- Informe del Oficial de Diligencias del Juzgado 4º de Trabajo y Seguridad Social de 20 de octubre de 2011.
- Decreto del Juez de 21 de octubre de 2011, para que se realice la notificación mediante Cédula.

En cuanto a los fundamentos doctrinarios relativos a la intervención en el proceso de las partes y su consideración participativa en éste, corresponde sobrecartarnos en lo que corresponda al análisis sobre este asunto explicado en el Cargo No.1.

Sin perjuicio de lo anterior, nuevamente se recuerda al regulado que el carácter de ser demandante y parte en el PCS exige en el Derecho Administrativo que el desenvolvimiento de la AFP sea en el marco de la diligencia y el cuidado exigible a un buen padre de familia, para lo cual es fundamental para el demandante otorgar el suficiente impulso procesal para lograr el cobro de lo adeudado.

Asimismo, es importante aclarar que es obligación de esta Autoridad supervisar las acciones realizadas por la Administradora y no necesariamente las actuaciones del

demandado o del Juez en el PCS. En ese sentido, el comportamiento observado por la AFP de jueces y otro personal de los juzgados en el proceso, en cuanto a las obligaciones y deberes que deben cumplir, corresponde se determine su responsabilidad por la instancia competente ante el incumplimiento a plazos y procedimiento ordinario, lo cual no libera a las AFP de actuar proactivamente en el PES.

Pues esta Autoridad no desconoce el procedimiento aplicado por las autoridades jurisdiccionales en los PCS y sus incidencias, sin embargo ello no inhibe a que la AFP ante todo y como demandante pueda desenvolverse en los PCS con el cuidado y prudencia exigible a un buen padre de familia que defiende los intereses de los Asegurados en este tipo de procesos, en los cuales está en juego la recuperación de los adeudos del empleador moroso.

Por otro lado y como ya se dijo en un análisis anterior, la eficiencia del demandante no sólo se manifiesta en la forma en que éste se desenvuelve en el proceso (diligentemente) sino también en la oportuna recuperación objetiva de la deuda.

Que la diligencia en el PCS debe probarse objetivamente por la AFP, considerando a la misma además, como toda actuación que refleje el interés continuo y prudente del actor en el proceso, ya sea a través de actuaciones en el proceso o aquella que tenga íntima relación con éste.

Asimismo, es importante aclarar que es obligación de la AFP el poder interactuar en el PCS continuamente, mas aun (sic) cuando las determinaciones de la autoridad competente son relacionadas a alguna petición o situación que resuelva alguna pretensión que interese directamente al regulado. Bajo esa percepción, las distintas actuaciones desarrolladas por las partes y el Juez en el PCS, serán de importancia cuando tengan que ver con los intereses que plantea la AFP en proceso. Por lo que esta Autoridad evalúa en el regulado la diligencia que tiene éste en el PCS.

Asimismo, se entiende que la presentación de memoriales no responde a un aspecto cuantitativo sino con preponderancia a lo cualitativo, es decir a la manera en que la AFP se conduce en el PCS, es decir con el cuidado exigible, no encontrando lógica alguna que ésta pueda presentar memoriales sin el debido fundamento, tal como lo plantea la AFP.

En virtud a lo expuesto y evaluando los argumentos presentados para este cargo, queda demostrado que la Administradora no actuó como un buen padre de familia en la tramitación del PCS, existiendo una total falta de diligencia y celeridad por parte de la Administradora aún tomando en cuenta los actuados remitidos por la AFP.

En este sentido, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N°2 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el ente regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha

presentado argumentos con fundamento que permitan modificar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 992-2012, en consecuencia, se confirma la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando rectifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida..."

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros – APS, tiene el plazo de 20 días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar la resolución..."

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 13 de junio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 474-2013 de 22 de mayo de 2013, señalando lo siguiente:

"...I. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS POR APLICACIÓN DE UN RÉGIMEN ABROGADO PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES:

En los considerandos de la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 474-2013, su Autoridad ha referido que es (sic): "...es imperante aclarar al regulado que en lo que refiere a la jerarquía normativa aludida, esta se tiene por entendida en cada uno de los actos procesales emitidos, que van desde las diligencias preliminares, la Nota de Cargos, la Resolución de Sanción emitida entre otros, con el debido fundamento de respaldo legal basado en los preceptos de la Constitución Política del Estado, la Ley de Procedimiento Administrativo y su reglamento para el sector financiero, **y la normativa de Pensiones vigente aplicable a las AFP, como lo es aquella referida al Régimen Sancionatorio...**" (las negrillas son nuestras). Para más adelante señalar que "...de la simple lectura del artículo 177, se llega a dilucidar las confusiones en las que incurre la AFP sobre esta norma, pues en la misma se tiene expresado con meridiana claridad que durante el periodo de transición las AFP continuarán cumpliendo con las obligaciones previstas en el marco legal que se detalla en el señalado artículo, a fin de dar continuidad al servicio que ofrece, hasta la constitución formal de la gestora (sic) Pública de la Seguridad Social de largo plazo.

Lo anterior implica que, el regulado además de la normativa actual de pensiones, debe ceñirse también a cumplir con sus obligaciones dentro del marco legal de la Ley N° 1732 de pensiones (sic) de 29 de noviembre de 1996, sus Decretos Supremos y demás normativa reglamentarla" (las negrillas son nuestras). Concluyendo entonces que el Régimen Sancionatorio establecido por el Capítulo VIII, Parte I y Parte II del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento a la Ley de Pensiones N° 1732 de

29 de noviembre de 19696 (sic), estaría plenamente vigente, argumento que carece de veracidad.

Sobre la base de lo expresado por su Autoridad, cabe manifestar que nuestra AFP no desconoce lo dispuesto por el Art. 177 de la Ley N° 065, por lo que mal puede calificarse nuestro criterio como desacertado, toda vez que dentro de dicho marco legal nuestra AFP no ha cesado en brindar sus servicios a la comunidad, aplicando lo dispuesto por la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, sus Decretos Supremos Reglamentarios y demás normativa conexas; sin perjuicio de ello, en lo que corresponde, sigue cumpliendo las obligaciones que subsisten de la abrogada Ley N° 1732 y que al haberse originado dentro de la vigencia de dicha ley, legal y legítimamente son alcanzadas por las disposiciones reglamentarias correspondientes.

Por lo tanto, es menester manifestar que nuestra Administradora en lo que se refiere a la aplicación de la Ley N° 065, se encuentra "**...asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la gestora (sic) **Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición...**", de cuya lectura, queda claro también que el régimen sancionatorio aplicable, debe ser el que se establezca como marco reglamentario sancionador al incumplimiento de las obligaciones de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia.**

Dicho de otro modo y para mejor comprensión, a las infracciones cometidas en el marco de la Ley N° 1732, corresponde la aplicación del régimen sancionatorio establecido por su Decreto Supremo reglamentario, es decir, el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997; y para infracciones cometidas en la vigencia de la Ley N° 065, se requiere contar con el Decreto Supremo reglamentario respectivo, que tendrá que determinar cuáles son los criterios de calificación de gravedad de las infracciones así como las sanciones aplicables, considerando necesariamente los alcances, las particularidades, complejidades y exigencias del nuevo Sistema Integral de Pensiones SIP.

II. DE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS SANCIONES Y SU NATURALEZA DE ORDEN PÚBLICO:

La prescripción es un modo de extinción del procedimiento administrativo, más que de la obligación, es decir, de la acción que sanciona el incumplimiento de una obligación y que juega un papel importante en el mantenimiento de la seguridad jurídica, por ello constituye un instituto de orden público, que está normado con precisión en el Art. 1495 del Código Civil. En ese entendido, cabe señalar que no es posible modificar el régimen legal de la prescripción, así como tampoco es posible prescindir de él, bajo sanción de nulidad.

En materia administrativa y concretamente el caso que nos ocupa, la Ley del Pdto. Administrativo en su Art. 79 establece que: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del

procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el artículo 2 de la presente Ley".

El artículo precedentemente citado resulta absolutamente claro al establecer el tiempo que debe transcurrir para producir la prescripción de las infracciones, así como de las sanciones impuestas y es ésta la disposición legal que el Regulador debe aplicar, considerando que con meridiana claridad el Art. 82 de la Ley del Pdto. Administrativo establece que la etapa de iniciación se formaliza con la notificación a los presuntos infractores con los cargos imputados y es absolutamente pertinente y legal que su Autoridad compute desde esta notificación los cargos imputados y con criterio objetivo, legal y ecuánime concluya admitiendo que evidentemente se ha producido la prescripción de las infracciones.

III. CON RELACIÓN AL CARGOS (sic) N° 1:

Sin perjuicio de lo hasta ahora expresado, tenemos a bien expresar manifestar los siguientes fundamentos de orden técnico-legal y que hacen al movimiento procesal y la realidad que se vive en juzgados como resultado de las acefalías y la gran cantidad de procesos que se ventilan versus la cantidad de juzgados existentes, aspecto que necesariamente debe ser considerado a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, principio rector del debido proceso consagrando en nuestra Constitución política (sic) del Estado y en la Ley de Procedimiento Administrativo.

RESPECTO AL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 30 DE OCTUBRE DE 2007 Y EL 25 DE MARZO DE 2009.

Es lamentable la apreciación del regulador, por medio de la cual se establece y determina una aparente dilación procesal sin tomar en cuenta las gestiones que nuestra Administradora ejecuta dentro de autos. En ese sentido, el regulador establece que la ampliación de la Nota de Debito (sic) 1-07-2006-00232 se realizó por concepto de recargos y no por nuevos periodos, debiendo nuevamente ilustrar que toda solicitud a fin de actualizar lo adeudado por la parte demandada, es amparada bajo el art. 495 del Código Adjetivo civil y no por el art 45° del mismo cuerpo legal, tal como manifiesta su Autoridad en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 992-2012, aspecto que no fue aclarado ante la solicitud efectuada por nuestra parte en el recurso de revocatoria, situación que confirma un afán caprichoso por parte del regulador, alejado de la sana crítica y valoración razonada, ya que no se consideran las circunstancias particulares de cada proceso.

En ese sentido aun (sic) nos preguntamos si las ampliaciones por recargos deben poseer una tramitación especial, sin el amparo de la norma mencionada, asimismo y para evitar mayores confusiones y caprichos procedimentales, manifestamos que estas ampliaciones (recargos) si bien no poseen los periodos extrañados por su institución, poseen deudas importantísimas a favor de los derechohabientes del trabajador afiliado (sic) Ignacio Suarez Escalante, contexto tampoco valorado por el regulador.

Cabe aclarar que el aparente periodo sin movimiento procesal establecido por la APS, comienza desde el 30 de octubre de 2007, precisamente cuando nuestra institución presenta el memorial REITERANDO LA AMPLIACIÓN CONFORME EXPRESA LA NOTA DE DEBITO ADJUNTA EN MEMORIAL DE 07 DE JULIO DE 2007 (Nótese que posterior a esta actuación el juzgado ingresa a vacación judicial), petición aceptada por el juzgador quien dispone mediante auto de 05 de noviembre de 2007 la ampliación de la ejecución.

Ahora bien, lamentamos nuevamente apreciar la manifestación confusa, equivocada y errada con que se pretende desvirtuar el procedimiento, estableciendo en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012 todo esto como un: "...hecho que no se considera relevante al periodo identificado sin movimiento procesal debido que este actuado fue realizado por el Juzgador, no por la administradora..."

Como respuesta a esta manifestación efectuada por el regulador, en la ahora impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 474-2013, se vierten una serie de conceptos que afirman, aceptan y confirman lo manifestado por nuestra parte, con respecto a las partes en un proceso, coincidiendo que con lo dispuesto por el art. 50 del C.P.C. las personas que intervienen en el proceso con carácter esencial son: **el demandante, el demandado y EL JUEZ.**¹

(¹ Pág. 11, párr. 7, Res. Adm. 474/2013)

Sin embargo, está claro que el rol de la AFP se circunscribe en ejercer la representación de los Asegurados en cada uno de los procesos, asimismo de la obligación de iniciar y proseguir las causas hasta su finalización con la obtención de la sentencia ejecutoriada; asimismo el de actuar con el suficiente impulso procesal para lograr el cobro de lo adeudado, sin embargo no es menos cierto que todas estas gestiones y obligaciones se hallan sujetas y van de la mano con las gestiones y acciones que ejecuten las demás partes intervinientes dentro de una causa, verbigracia, un decreto, auto, etc. emitido por el juzgador, es una consecuencia correspondiente a la presentación de un memorial, solicitud, etc. efectuada por la parte actora y demandada, mismos que accionan el proceso aguardando la participación del Juzgador. Lo mismo ocurre con la intervención de los Oficiales de Diligencias, mismos que ejecutan sus labores o funciones a consecuencia de las gestiones internas, como el solicitar día y hora para notificación, solicitar que este siente las diligencias correspondientes, etc., ejecutadas por el demandante y demandado, situaciones que son parte de una relación procesal y que lamentablemente no es apreciada, menos considerada por el regulador.

Ante todo los argumentos esgrimidos, mismos que debieron ser considerados en la resolución confirmatoria y que de seguro serán tomadas en cuenta por este Tribunal competente, es necesario reiterar los conceptos manifestados en nuestro recurso (sic) de Revocatoria.

En ese sentido, tomemos en cuenta que la potestad del juzgador es la de administrar justicia, esta se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario

impulso procesal, evitando que las causas no se paraliquen y concluyan dentro de los plazos previstos, en ese ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los arts. 1 al 5 del C.P.C., asimismo el de cuidar que el proceso se desenvuelva sin vicios de nulidad, dictando las providencias, autos, sentencias dentro de los términos señalados en el art. 202 y ss. del C.P.C. asegurando la igualdad efectiva de las partes en todas las actuaciones del proceso, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes.

Por otro lado ofrecemos el concepto cabal de lo que significa PARTE, definido éste en su acepción exclusivamente jurídica, misma que contiene diversos significados. En Derecho Civil se denomina así a toda persona de existencia visible o invisible que interviene con otra u otras en cualquier acto jurídico.²

(² Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Manuel Ossorio)

Bien sabemos que el proceso es una institución jurídica que pone fin a las controversias sociales, satisfaciendo las pretensiones de las partes. La satisfacción como solución al conflicto de intereses - distingue al órgano judicial, mientras que la pretensión caracteriza funcionalmente a los sujetos diferentes en ese órgano, vale decir, las partes. Nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 50 refiere que las personas que intervienen en el proceso son esencialmente el demandante, el demandado y el Juez.

*En ese entendido, y luego de esta importante aclaración e ilustración, se concluye que las partes esenciales que intervienen en el proceso son el demandante, demandado y el JUEZ. (Art. 50 C.P.C). **Como estamos frente a un proceso litigioso, el demandante o actor es el que promueve la demanda ante los órganos jurisdiccionales, el demandado es la persona contra quien se dirigen las pretensiones de la demanda, y el Juez como aquella persona que tiene autoridad para juzgar y sentenciar.***

Por su parte los jueces tiene (sic) facultades y deberes a los cuales deben sujetarse los litigantes, aunque estos tienen también derechos, es así que la potestad de administrar justicia se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario IMPULSO PROCESAL EVITANDO QUE LAS CAUSAS NO SE PARALICEN Y CONCLUYAN DENTRO DE LOS PLAZOS PREVISTOS. En este ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los Arts. 1 al 5 del C.P.C. Asimismo los administradores de justicia DEBERÁN CUIDAR QUE EL PROCESO SE DESENVUELVA SIN VICIOS DE NULIDAD, DICTANDO LAS PROVIDENCIAS, AUTOS Y SENTENCIAS DENTRO DE LOS TÉRMINOS SEÑALADOS, ASEGURANDO LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS PARTES EN TODAS LAS ACTUACIONES DEL PROCESO, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad procesal, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, asimismo vigilar la conducta de los funcionarios a su cargo.

En suma, observar gestiones propias de un procedimiento, so pretexto de una aparente dilación procesal, sin considerar que las gestiones de los funcionarios, Juzgadores, Instituciones, etc., están fuera de todo ámbito legal, obedece a un claro

desconocimiento de la tramitación propia en juzgados y un desconocimiento de la normativa en general.

En ese entendido, estas gestiones propias de una tramitación dentro de un proceso judicial, son correctas, eficientes, diligentes, dinámicas, apropiadas, oportunas y aceptables por el ordenamiento jurídico vigente. Pretender creer y enclaustrarse en un criterio que minimiza y no toma en cuenta estas gestiones, nos da la premisa de un grave desconocimiento de la tramitación procesal en Juzgados, asimismo, nos alerta la grave intención de localizar sin fundamentos procesales, cualquier gestión que otorgue salidas que permitan sancionar toda acción no acorde a la interpretación de la institución reguladora, pretendiendo alejarnos del cumplimiento efectivo de la normativa, incluso del principio del debido proceso, establecido en el Art.- 29, inc. 12 de la Ley No. 025, Ley del Organo (sic) Judicial, asimismo de no acomodarse a la verdadera comunión e interacción con los agentes de los juzgados, **más aun (sic) si no se toma en cuenta que estas gestiones, fueron producto de la intervención interna y extrajudicial ejecutada por nuestra parte, gestiones que si forman parte de una tramitación propia de un litigio.**

Por lo tanto este (sic) auto en el que se dispone la ampliación de la deuda es y debe considerarse como un actuado procesal, independientemente de quien lo ejecute, puesto que este es una consecuencia de la solicitud efectuada por nuestra parte, sin el cual no existiría el mismo.

Por otro lado debemos reiterar con la finalidad de demostrar y desvirtuar las observaciones realizadas, al involucrar una aparente dilación procesal desde el 30 de octubre de 2007 hasta el 25 de marzo de 2009, causando nuevamente agravios y lesionando nuestro legítimo accionar dentro el proceso, por lo que tenemos a bien informar que nuevamente las actuaciones ejecutadas no son tomadas en cuenta, menos valoradas, más propiamente al desconocimiento de la institución del convenio de pago, situación que a todas luces debió ser tomada en cuenta, considerando que este acto judicial es propio del procedimiento.

a) A fin de que su institución tome convicción de lo actuado dentro de autos, es preciso hacer un análisis incluso de las actuaciones procesales ejecutadas antes del aparente retraso imputado, pretendiendo con ello enlazar estas actuaciones de manera que se llegue a un convencimiento de que cada actuación es consecuencia de otro (sic). En ese sentido reiteramos que dentro la presente causa, **según auto de 06 de enero de 2007, se procede a declarar la ejecutoria del auto de vista, misma que confirma en todas sus partes la sentencia apelada.**

b) Ahora bien, como es de nuestro conocimiento, la cosa juzgada es la autoridad y la fuerza que la ley atribuye a la sentencia ejecutoriada, dando luz verde para la ejecución, entendida esta como aquel procedimiento judicial para hacer efectivo, en virtud de un mandamiento judicial se proceden con las diligencias de embargo para asegurar el pago de una deuda, sus intereses y costas, asimismo se debe considerar y valorar el estado del proceso, (EJECUCION DE FALLOS CON AUTORIDAD DE COSA JUZGADA), en el que se agoto (sic) las vías y etapas procesales que

permiten la recuperación de lo adeudado, inclusive tropezando con el ocultamiento malicioso de los bienes y fondos pertenecientes al deudor, mismos que hubieran permitido satisfacer nuestra pretensión. Como su autoridad (sic) establece se llego (sic) a esta etapa procesal prácticamente cumpliendo con el procedimiento, lo que no puede ser entendida como una dilación procesal.

- c) Una vez ejecutadas estas actuaciones, a solicitud de la parte ejecutada, se procede a la celebración del convenio de pago, misma que es celebrada luego de cumplirse con una serie de formalidades internas, a fin de que esta cumpla con lo estipulado y evite que este acto jurídico nazca con vicios procesales que invaliden sus efectos.*
- d) Nuevamente reiteramos para una efectiva comprensión, que la celebración de un convenio de pago, debe ser entendido, como un contrato oneroso, por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, ponen fin a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, es un modo anormal de finalizar un proceso, donde las partes por medio de un convenio con concesiones recíprocas, tornan innecesaria la ulterior tramitación del mismo y la sentencia respectiva, si así correspondiere.*

Por lo mencionado e ilustrado, aguardamos y estamos seguros que este Tribunal realizara (sic) un análisis objetivo en la apreciación de las pruebas y fundamentalmente de lo actuado dentro de autos, de lo contrario estaríamos frente a un total desconocimiento del derecho procesal.

En ese sentido dentro del periodo extrañado por la autoridad, la empresa deudora, pretendió y cumplió con cada uno de los requisitos exigidos para la celebración de un convenio de pago (nuevamente reiteramos que este convenio se solicito (sic) en ejecución de fallos) considerando que esta empresa adeuda una suma extraordinaria al S.S.O., en tal sentido se tuvo que observar y exigir el cumplimiento de cada cuota solicitada, a fin de cubrir todo lo adeudado. Es así que una vez transcurrido este periodo se procedió a la celebración del compromiso de pago el 18 de marzo de 2009, adjuntándose a obrados con la premisa de que ante el incumplimiento del mismo se reiniciara inmediatamente la causa, situación que confirma la diligencia y responsabilidad con la que actuó la AFP, al precautelar con el cumplimiento primero del convenio de pago y posteriormente, ante su incumplimiento la cancelación de lo adeudado con el reinicio inmediato de la causa.

Por otro lado, nos alarma, la confusión a la que incurre la institución que nos regula, al pretender establecer que ante esta gestión nuestra parte haya considerado como un juicio concluido, sin tomar en cuenta ni siquiera la conceptualización de este instituto jurídico como es el convenio de pago. En ningún momento nuestra parte pretendió o solicito (sic) el archivo de obrados u otra gestión que ponga fin al litigio, mas (sic) al contrario, nuestra parte solicito (sic) inmediatamente la reactivación de la causa solicitando la retención de fondos correspondiente al observar el incumplimiento del presente convenio, acciones que son desconocidas por esta institución, peor aún pretender confundir un desistimiento con la suspensión de la causa, tal como su institución procura confundir y atribuir acciones que no existen en el caso de autos.

Asimismo, habrá que recordar nuevamente, que un convenio de pago debe ser cumplido por las dos partes celebrantes, en este caso la nuestra, paralizando momentáneamente la causa a fin de que el deudor obtenga los recursos y haga efectiva la cancelación de lo adeudado, y por otra parte el demandado, cumpliendo con cada pago mensual establecido en el convenio. Acciones contrarias a estos convenios, manifestarían la nulidad o incumplimiento del mismo, reiniciando las acciones o solicitando el cumplimiento del mismo. Es en ese sentido que nuestra parte paralizó (sic) la causa, no de forma arbitraria como establece su institución, puesto que no existe memorial que establezca ninguna iniquidad o atropello que baya (sic) en contra de los trabajadores de la empresa Aerosur, mas (sic) al contrario nuestra parte cumplió con lo establecido en el convenio, situación que no es comprendida por el regulador, amparándose en argumentos que desvirtúan y desvaloran lo efectuado en el proceso.

Finalmente, debemos aclarar la confusión en la que ingresa el regulador al pretender desconocer la prueba aportada por nuestra parte, estableciendo erróneamente que se habría adjuntado actuaciones pertenecientes a un proceso coactivo social. Tal como establece el regulador en la transcripción de los mismos, desde el numeral 1) hasta el numeral 5), constituyen actuaciones propias del proceso ejecutivo social, mismos que desvirtúan el cargo No. 1, y que fueron adjuntados con una caratula, determinando cada uno de estos aspectos. Lo mismo ocurre con los memoriales y actuaciones adjuntas con una caratula que desvirtúan el cargo No. 2, por lo que requerimos se tome en cuenta y tenga presente los mismos para fines consiguientes.

RESPECTO AL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 15 DE ABRIL DE 2009 AL 13 DE OCTUBRE DE 2009.

Con respecto a este periodo, en el que aparentemente existiría una dilación procesal y ante la falta de valoración sobre las gestiones y actuaciones ejecutadas por cada una de las partes que intervienen en la causa, se torna necesario reiterar que ante el incumplimiento de la parte ejecutada al convenio de pago, nuestra parte inmediatamente procede al reinicio de las acciones legales, solicitando la retención de fondos de la empresa deudora, actuación que si es considerado como una obligación tacita (sic), de lo contrario estaríamos frente a un proceso paralizado desde el incumplimiento del convenio, gestiones que no poseen una valoración objetiva por parte del regulador.

Ante este incumplimiento, mediante memorial presentado el 15 de abril de 2009, se solicita la activación de la causa, actuación que a todas luces debe ser considerado (sic) como diligente y oportuno (sic), actuación ejecutada con la celeridad pertinente, de lo contrario estaríamos frente a acciones paralizadas, sin embargo esta actuación permitió la prosecución asegurando los resultados del juicio, mediante la retención de fondos, petición observada por el Juzgador, mediante decreto de 16 de abril de 2009 en el que se establece que previamente se proceda con la notificación a la parte deudora.

En ese sentido se dio cumplimiento a lo establecido por el Juez, procediendo a la notificación con nuestra solicitud de reinicio de acciones y la solicitud de retención de fondos, según diligencia de 16 de septiembre de 2009.

Como su autoridad apreciara (sic) y seguros estamos que ejecutara (sic) una valoración objetiva en la apreciación de las actuaciones procesales, este lapso de tiempo observado por su institución, fue invertido en la averiguación extraordinaria de mayores bienes propios de la empresa deudora, actuaciones que no precisamente deben plasmarse en el proceso, pues como bien se entenderá, se tratan de gestiones extrajudiciales, mismas que aseguran una efectiva gestión procesal, antes de solicitar alguna petición propia del proceso o de la tramitación procesal, tal es así que se torna imposible y hasta ilógico, presentar recibos de pasajes de movilidades dirigidos a las instituciones como ser Transito (sic), DD.RR., SEGIP, SERECI, COTAS, etc., o la presentación de fichas que se entregan al ejecutar la respectiva fila en DD.RR., o la firma de algún funcionario que establezca que se fue a tramitar algún informe en COTAS, Transito (sic) y otros similares, o la contraseña que se expide antes de comprar valores para la obtención de una certificación de inexistencia de vehículos en el Organismo Operativo de Transito (sic), etc., gestiones que su institución pretende sean adheridas al expediente, sin tomar en cuenta el principio de economía procesal, mismo que tiene como finalidad el **de abreviar o reducir el procesos a través de la agrupación de todas las actividades procesales en la menor cantidad posible de actuaciones**, en este caso este principio también establece la reducción de los recursos, la limitación de las pruebas, la reducción en la economía pecuniaria, etc., premisas que también están dispuestas en el art. 88 y 89 del C.P.C.

Asimismo estas gestiones, desconocidas por el regulador, son propias de nuestra economía jurídica, mismas que si bien otorgan un avance procesal, estas otorgan este avance una vez que se cumplan con una serie de requisitos y formalidades que son desconocidas por el regulador, tal es así que para acceder a la obtención de un informe de DD.RR. se debe pasar por una serie de trámites, desde el hacer fila en ventanillas, pagar valores, acudir a otra ventanilla para ser atendido, aguardar la emisión del mismo, etc. situación idéntica para la ejecución de otros trámites ante otras instituciones.

Finalmente es preciso reiterar a su autoridad lo ejecutado en el caso de autos, es así que como se establece en obrados, el 13 de octubre de 2009 se solicita la retención de fondos, logrando de esta manera, gracias a esta gestión diligente, la orden emitida por el Juzgador mediante decreto (sic) de 14 de octubre de 2009.

RESPECTO AL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 25 DE ABRIL DE 2011 Y EL 19 DE MARZO DE 2012.

Nuevamente debemos aclarar a su institución y ejecutar una debida ilustración, misma que permita lograr una convicción cabal del procedimiento, asimismo de los usos jurídicos propios de nuestro sistema judicial, mismos que deben ser comprendidos como tal, considerando que a raíz de ello muchas causas se paralizan, demorando su ejecución, situación alejada de nuestra mejor intención de otorgar la suficiente

celeridad procesal, sin embargo, ante estas acciones, propias de los juzgadores y juzgados, sin duda propias del sistema, se debe aguardar incluso meses a fin de la prosecución de las causas.

En ese sentido, mal puede su institución atribuirnos una demora en el movimiento procesal y peor aun (sic) pretender establecer una multa por situaciones extrañas y ajenas a nuestras acciones y gestiones peor aun (sic) atribuirnos responsabilidades por la mala práctica de todo el sistema judicial, situación que es de amplio conocimiento público, ya que nos encontramos sujetos a toda la buena voluntad de los funcionario públicos y a la mala organización del Poder Judicial, mismas que pueden ser corroborada por su institución en los estrados judiciales.

También habría que hacer conocer al regulador que el recurso de apelación es aquel derecho que posee todo demandado o demandante a fin de que se obtenga, la revocación o modificación de una resolución judicial, sea este auto o sentencia. En ese sentido, habría que también recordar que toda apelación interpuesta, proviene de una diversidad de procesos o pretensiones, en este caso dentro de los Juzgados en materia Laboral, existen las apelaciones por Beneficios Sociales, apelaciones dentro de procesos coactivos interpuestos por la Caja Nacional de Salud, apelaciones dentro de procesos seguidos por el Ministerio de Trabajo, apelaciones dentro de procesos ejecutivos y coactivos sociales, (Previsión y Futuro de Bolivia (sic)), etc. mismos que deben ser resueltos por el superior en grado, y que por la gran cantidad de los mismos estos no son pronunciados dentro los plazos establecidos, debiendo aguardar, inclusive para el sorteo de vocales, situación que sin duda solo podrá ser comprendida, al momento de adquirir la experiencia y experimentación en una tramitación procesal dentro de Juzgados, por lo tanto el pretender acudir a la letra muerta de la ley sin tomar en cuenta la situación que atraviesa nuestro sistema judicial a la que debemos acoplarnos como entidad litigante, denota una falta total de conocimiento sobre las gestiones procesales que deben cumplirse dentro de los Tribunales de nuestro país, no por capricho o negligencia como se pretende establecer, mas (sic) al contrario por las formalidades, situaciones, coyunturas, circunstancias, incidentes y otros, propios del poder judicial, mismos que obligan al mundo litigante a establecerse y adecuarse al ritmo o estructura que otorgan los Tribunales y Juzgados.

Por otro lado, resaltar nuevamente, que una vez presentado nuestro recurso de apelación en fecha 25 de abril de 2011, se tuvo que aguardar, la ejecución de las debidas notificaciones, obtención de fotocopias simples o legalizadas, según corresponda, cumpliendo con los recaudos y formalidades de ley ante los funcionarios a fin de que se remita actuados a la Sala Social y Administrativa, y posteriormente aguardar el sorteo a una de las Salas a fin de que se radique la causa.

Como bien se valorara (sic) estas gestiones internas y extrajudiciales tuvieron que ser cumplidas y aguardadas, a fin de que nuestra apelación sea viable. Ahora bien, tal cual cursa del memorial presentado a la Sala Social Administrativa, nuestra parte solicita la dictación del Auto de Vista correspondiente, ejecutando los respectivos reclamos, en sentido de que ni en tablilla de sorteo se encontraría el expediente, solicitando

finalmente y encontrándose superabundantemente vencido el plazo para dictar resolución, emita el auto de vista respectivo.

Finalmente, con todos estos antecedentes y tal como determina la tramitación procesal efectuada, la aparente falta de movimiento procesal que su autoridad (sic) advierte no genera daño ni perjuicio a nuestros afiliados, mas (sic) al contrario, se habría efectuado una tramitación diligente, cumpliendo con cada etapa procesal, por lo que no aceptamos los cargos atribuidos por una supuesta paralización procesal, puesto que como demostramos con las acciones legales eficientes que se tramitaron, no se produjo tal interrupción, solicitando se levante los cargos a fin de evitar mayores perjuicios en razón a que no existiría elementos de convicción para ejecutar tales sanciones.

IV. CON RELACIÓN AL CARGOS (sic) N° 2:

Si bien esta (sic) totalmente claro (sic) las funciones u objetivos por las cuales nuestra AFP debe circunscribirse, y sobre la función que ejecuta nuestro ente regulador, asumimos que también debe poseer la misma claridad los conceptos básicos sobre la relación procesal, incluso sobre las teorías procesales sobre la situación de las partes en un determinado proceso. En ese sentido es sorprendente la manera con que el regulador pretende desconocer las bases procesales, consiguiendo de esa manera una mala interpretación a lo que es el Derecho Procesal, más propiamente a la relación procesal de las partes, por lo que no sería óptimo (sic) sobrecartarnos en argumentos ya esgrimidos, mas (sic) al contrario estamos en la obligación de reiterarlos a fin de que se otorgue una análisis eficaz de estas instituciones.

Ante esta falta (sic) de objetividad en la apreciación, es preciso nuevamente manifestar algunos conceptos y teorías procesales. El procesalista Leo Rosemberg,³ en su "Tratado de Derecho Procesal Civil", establece que las partes en el proceso son aquellas personas que solicitan u (sic) contra las que se solicita en nombre propio, la tutela jurídica estatal, en particular la sentencia y la ejecución forzada".

(³ Leo Rosemberg "Tratado de Derecho Procesal Civil")

Por lo dicho, son partes, los sujetos que en esa calidad participan en el proceso con abstracción de la ausencia o no de legitimación para obrar o para contradecir en el litigio. Por eso en el proceso no hay partes materiales y formales, sino únicamente, el requisito de ser o no parte procesal.

Asimismo es necesario ilustrar, sobre la situación procesal de las partes, en ese entendido, primeramente, la Posición Doble de las Partes, denominada también como "principio de dualidad de las partes", estableciendo que en todo proceso aparecen las partes en dos posiciones, exactamente en dos, de manera que no puede haber proceso sin parte, o con una parte.

En ese mismo sentido, nos permitimos reiterar y refrescar conceptos que fueron ignorados por el regulador.

El art. 50 del C.P.C. señala que las personas que intervienen en el proceso con carácter esencial son: **el demandante, el demandado y EL JUEZ**. En ese entendido la potestad del juzgador es la de administrar justicia, esta se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario impulso procesal, evitando que las causas no se paralicen y concluyan dentro de los plazos previstos, en ese ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los arts. 1 al 5 del C.P.C. asimismo el de cuidar que el proceso se desenvuelva sin vicios de nulidad, **dictando las providencias, autos, sentencias dentro de los términos señalados en el art. 202 y ss. del C.P.C. asegurando la igualdad efectiva de las partes en todas las actuaciones del proceso, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, conceptos que seguramente no serán tomados por el regulador, pretendiendo ejecutar una tramitación fuera de lo establecido, desconociendo de esa manera, que ante nuestras gestiones, incluso extrajudiciales, que no necesariamente deben plasmarse en un memorial, tal como se pretende, permitió la celeridad y gestión al juzgador y los funcionarios del juzgado.**

Reiteremos el concepto cabal de lo que significa PARTE, definido éste en su acepción exclusivamente jurídica, misma que contiene diversos significados. En Derecho Civil se denomina así a toda persona de existencia visible o invisible que interviene con otra u otras en cualquier acto jurídico.⁴

(⁴ Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Manuel Ossorio)

Asimismo se llaman partes los contendientes en el proceso, en el mismo sentido en que se habla de partes en todos los casos en que hay una contraposición de adversarios, que compiten entre sí para la obtención de una victoria (Calamandrei)

Parte se llama, dice Carnelutti, no solo al sujeto del litigio sino también al sujeto de la acción, tanto por la normal coincidencia del sujeto del litigio con el sujeto de la acción, cuanto porque la acción, al igual que el litigio, requiere una pareja de sujetos, de la que cada uno es una parte. Al clasificar este autor, los elementos del proceso, distingue a estos en subjetivos y objetivos. Los primeros son los sujetos del proceso que a su vez se distinguen en **órgano judicial (JUEZ)** con potestad jurisdiccional, **y en partes, (DEMANDANTE Y DEMANDADO)**. Los elementos objetivos se distinguen en pruebas y bienes (bienes en el sentido de cualquier ente que sea objeto de derecho).

Bien sabemos que el proceso es una institución jurídica que pone fin a las controversias sociales, satisfaciendo las pretensiones de las partes. La satisfacción como solución al conflicto de intereses - distingue al órgano judicial, mientras que la pretensión caracteriza funcionalmente a los sujetos diferentes en ese órgano, vale decir, las partes. Nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 50 refiere que las personas que intervienen en el proceso son esencialmente el demandante, el demandado y el Juez.

En ese sentido, el tratadista, Piero Calamandrei⁵ establece: "Estas personas que colaboran en el proceso (los sujetos del proceso), son al menos tres: EL ORGANISMO JURISDICCIONAL, que tiene el poder de emanar la providencia judicial, y LAS PARTES:

esto es, la persona que pide la providencia (actor, en el proceso de cognición; acreedor, en el proceso de ejecución), y aquella frente a la cual la providencia se pide (demandado en el proceso de cognición; deudor en el proceso de ejecución)..."

(⁵ Piero Calamandrei "Instituciones de Derecho Procesal Civil")

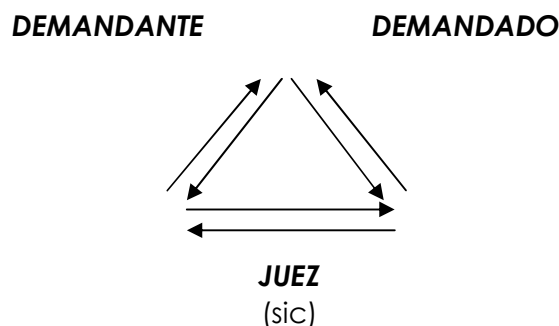
En ese entendido, y luego de esta importante aclaración e ilustración, se concluye que las partes esenciales que intervienen en el proceso son el demandante, demandado y el JUEZ. (Art. 50 C.P.C.). Como estamos frente a un proceso litigioso, el demandante o actor es el que promueve la demanda ante los órganos jurisdiccionales, el demandado es la persona contra quien se dirigen las pretensiones de la demanda, y el Juez como aquella persona que tiene autoridad para juzgar y sentenciar.

Por su parte los jueces tiene facultades y deberes a los cuales deben sujetarse los litigantes, aunque estos tienen también derechos, es así que la potestad de administrar justicia se ejerce partiendo de la aplicación de los principios y normas constitucionales, las leyes vigentes, tomando bajo su responsabilidad el necesario IMPULSO PROCESAL EVITANDO QUE LAS CAUSAS SE PARALICEN Y ASI CONCLUYAN DENTRO DE LOS PLAZOS PREVISTOS. En este ámbito el C.P.C. señala los deberes de jueces y tribunales previstos en los Arts. 1 al 5 del C.P.C. Asimismo los administradores de justicia DEBERÁN CUIDAR QUE EL PROCESO SE DESENVUELVA SIN VICIOS DE NULIDAD, DICTANDO LAS PROVIDENCIAS, AUTOS Y SENTENCIAS DENTRO DE LOS TÉRMINOS SEÑALADOS, ASEGURANDO LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS PARTES EN TODAS LAS ACTUACIONES DEL PROCESO, presidiendo audiencias, fijando carteles alusivos a la lealtad procesal, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, asimismo vigilar la conducta de los funcionarios a su cargo.

En suma, observar gestiones propias de un procedimiento, so pretexto de una aparente dilación procesal, sin considerar que las gestiones de los funcionarios, Juzgadores, Instituciones, etc., están fuera de todo ámbito legal, obedece a un claro desconocimiento de la tramitación propia en juzgados y un desconocimiento de la normativa en general.

En ese entendido, estas gestiones propias de una tramitación dentro de un proceso judicial, son correctas, eficientes, diligentes, dinámicas, apropiadas, oportunas y aceptables por el ordenamiento jurídico vigente. Pretender creer y enclaustrarse en un criterio que minimiza y no toma en cuenta estas gestiones, nos da la premisa de un grave desconocimiento de la tramitación procesal en Juzgados, asimismo, nos alerta la grave intención de localizar sin fundamentos procesales, cualquier gestión que otorgue salidas que permitan sancionar toda acción no acorde a la interpretación del regulador, pretendiendo alejarnos del cumplimiento efectivo de la normativa, incluso del principio del debido proceso, establecido en el Art.- 29, inc. 12 de la Ley No. 025, Ley del Órgano Judicial, asimismo de no acomodarse a la verdadera comunión e interacción con los agentes de los juzgados, **más aun (sic) si no se toma en cuenta que estas gestiones, fueron producto de la intervención interna y extrajudicial ejecutada por nuestra parte, gestiones que si forman parte de una tramitación propia de un litigio.**

Finalmente se hace preciso ilustrar, que la relación procesal debe ser comprendido (sic) de la siguiente manera:



Grafica (sic) que permite entender que la relación de las partes en un proceso se considera tripartita, por lo que la falta de uno implica la inexistencia del otro. Asimismo, **el Juez no dispone, menos ordena sin la petición de uno, sea actor o demandado, en ese sentido sus disposiciones no son emitidas de oficio, sino son a consecuencia de una petición o solicitud ejecutada por las partes.**

En suma todas las actuaciones ignoradas por el regulador so pretexto que son simplemente del Juez u otro funcionario, no tendrían valides (sic), menos fundamento si seguimos la lógica que se pretende imponer.

Asimismo nos preguntamos, si las gestiones del Juez no deben ser consideradas, cual el objetivo para iniciar una demanda o acción ??... cual el objetivo para perseguir o pretender la dictación de una sentencia, en la que declare probada la demanda??... que ocurriría si por presentar memoriales sin fundamento, cada día, sin una estrategia procesal que procuren un fallo favorable, la sentencia sea declarada improbadada??... interrogantes que surgen ante la lógica que el regulador pretende sea cumplida, misma que de ninguna manera es aceptada por nuestra parte, en el sentido de que cada proceso merece un tratamiento procesal diferente a fin de lograr la obtención de lo adeudado, sin pretender llenar el expediente con actuaciones, ni memoriales inertes que perjudiquen el desarrollo procesal, yendo inclusive contra el principio de economía procesal y buena fe.

Como se apreciara (sic) estas actuaciones, que no son valoradas por el regulador, son consecuencia de las gestiones solicitadas por nuestra parte, de lo contrario, sin estas, estaríamos con una causa paralizada desde la demanda, lo que no ocurre en el presente caso.

III. PETITORIO.-

Con base en los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso y el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, reitero y solicito a su Autoridad disponga la Revocatoria total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 474-2013 de fecha 22 de mayo de 2013 y en consecuencia de la Resolución Administrativa

APS/DPC/DJ/Nº 992-2013 de 26 de diciembre de 2012, con el consiguiente archivo del trámite...”

5. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 5 de julio de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de exposición oral de fundamentos, conforme fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** a tiempo de presentar su Recurso Jerárquico.

6. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

6.1. Documentación complementaria producida por la recurrente.-

Mediante memorial con fecha de recepción 11 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presentó documentación complementaria, conforme a la relación siguiente:

Descargos al cargo Nº 1:

Actuaciones varias correspondientes al Proceso Ejecutivo Social, seguido por la ahora recurrente ante el Juzgado Primero del Trabajo y la Seguridad Social de la ciudad de Santa Cruz, contra AEROSUR S.A.:

- *“RESPECTO AL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 30 DE OCTUBRE DE 2007 Y EL 25 DE MARZO DE 2009”:*
 - Memorial presentado en fecha 30 de octubre de 2007, con la suma *“REITERO AMPLIACIÓN”*.
 - Auto de 5 de noviembre de 2007, que dispone la ampliación del monto de la ejecución.
 - Memorial presentado en fecha 30 de octubre de 2007, con la suma *“SE COMPLEMENTE AUTO”*; en su reverso, la providencia de 5 de octubre de 2007: *“Estese...”*
 - Compromiso de pago de 18 de marzo de 2009, suscrito por AEROSUR S.A. a favor de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.
 - Memorial presentado en fecha 25 de marzo de 2009, con la suma *“ADJUNTA CONVENIO DE PAGOS”*; en su reverso, la providencia de 5 de octubre de 2007: *“Téngase presente...”*
- *“RESPECTO AL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 15 DE ABRIL DE 2009 AL 13 DE OCTUBRE DE 2009”:*

- Memorial presentado en fecha 15 de abril de 2009, con la suma "REINICIA ACCIONES LEGALES"; en su reverso, la providencia de 16 de abril de 2009: "Previamente con noticia previa..."
- Acta de notificación a Aerosur, de fecha 16 de septiembre de 2009, en formulario N° 6788383.
- Memorial presentado en fecha 13 de octubre de 2009, con la suma "SOLICITA RETENCIÓN DE FONDOS"; en su reverso, la providencia de 14 de octubre de 2009: "Ofíciense..."
- Oficio Judicial No. 0725/09 de 21 de octubre de 2009, que dispone que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, proceda a la retención de fondos de AEROSUR S.A. "en todos los Bancos y Entidades del Sistema Financiero..."
- "RESPECTO AL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 25 DE ABRIL DE 2011 Y EL 19 DE MARZO DE 2012":
 - Memorial presentado en fecha 25 de abril de 2011, con la suma "INTERPONE RECURSOS E APELACIÓN CONTRA EL AUTO DE FS. 376 a 377"; en su reverso, la providencia de 26 de abril de 2011: "...al ejecutado Aerosur..."
 - Memorial presentado en fecha 19 de marzo de 2012, dirigido a la Sala Social y Administrativa del Tribunal Departamental de Justicia de la ciudad de Santa Cruz, con la suma "REPRESENTA Y SOLICITA DICTE AUTO DE VISTA".

Descargos al cargo N° 2:

"RESPECTO AL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 11 DE ABRIL DE 2011 AL 07 DE DICIEMBRE DE 2011": actuaciones varias correspondientes al Proceso Coactivo Social, seguido por la ahora recurrente ante el Juzgado Cuarto del Trabajo y la Seguridad Social de la ciudad de Santa Cruz, contra la Empleadora AEROSUR S.A.:

- Sentencia de 11 de abril de 2011, que declara "**PROBADA** la demanda coactiva social, en cuyo merito ORDENA a AEROSUR S.A... el pago a tercero día de su legal notificación la suma adeudada..."
- Oficio Judicial No. 833/2011 de 19 de octubre del 2011, que dispone que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, proceda a la retención de fondos de AEROSUR S.A. "en todos los bancos y entidades financieras Nacional (sic)..."
- Oficio Judicial No. 836/2011 de 19 de octubre del 2011, que dispone que la Cooperativa de Telecomunicaciones de Santa Cruz Ltda., certifique "si existen aportaciones a nombre de **AEROSUR S.A.** ..."
- Oficio Judicial No. 835/2011 de 19 de octubre del 2011, que dispone que la Unidad Operativa de Tránsito, certifique "sobre los bienes muebles que pudieran (sic) tener la empresa demandada..."

- Oficio Judicial No. 834/2011 de 19 de octubre del 2011, que dispone que el Registrador de Derechos Reales, certifique *"la existencia de bienes inmuebles de la empresa demandada..."*
- Informe del Oficial de Diligencia del Juzgado, de 20 de octubre de 2011, acerca de no haber podido encontrar al representante legal de AEROSUR para su notificación; seguidamente, la providencia de 21 de octubre de 2011: **"...CITese MEDIANTE CEDULA"**.
- Nota No. BOT/RJ-07531/2011 de 9 de noviembre de 2011, por la que el Banco de Crédito de Bolivia S.A., comunica **"NO se ha procedido a la retención de fondos de la cuenta (...), toda vez que la misma se encuentra sin saldo disponible a la fecha, procediéndose a su congelamiento"**.
- Providencia de 6 de diciembre de 2011: *"Acumulese..."*
- Nota C-GCM-SGASC-AL-Nº 01672/2011 de 16 de noviembre de 2011, por la que la Cooperativa de Telecomunicaciones de Santa Cruz Ltda., certifica la existencia de 42 (cuarenta y dos) Certificados de Aportación, todos de *"Línea telefónica **Plan Socio...** con el **certificado de Aportación registrado con Anotación Preventiva Judicial...** del 23/02/07, por orden del Juzgado 1 de Partido del Trabajo por proceso seguido por la misma demandante..."*, de acuerdo al siguiente detalle: 8 (ocho) de las líneas *"En Depósito"*, 1 (una) *"retirada"*, 30 (treinta) *"habilitada"* y 3 (tres) *"bloqueada por deudas de línea Gemela"*.

Certificaciones sobre acefalías y otros impedimentos ("SEGÚN REGIONALES"):

- Relación de *"JUZGADOS LABORALES A NIVEL NACIONAL"*.
- Documentación varia sobre solicitudes de certificación de acefalía, como también de bajas médicas, declaratorias en comisión o recesos judiciales, en diversas dependencias del Órgano Judicial (a nivel nacional), de la que, en lo trascendental, es posible establecer que:
 - *"...Respecto al Oficial de Diligencias Titular (del Juzgado Primero de Trabajo y Seguridad Social de la ciudad de El Alto) debo manifestar la ACEFALÍA correspondiente data desde el mes de mayo de 2012 aproximadamente hasta el 15 de marzo del presente año... En cuanto al Auxiliar Titular en Acefalía, desde el mes 1 (sic) de enero del 2013 hasta la fecha..."* (Informe CP. A RA. 031 de 14 de junio de 2013).
 - *"...1. El Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social de la Capital (ciudad de La Paz), no cuenta con un Oficial de Diligencias desde el 1º de abril de 2013.*
2. El Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social de la Capital, no cuenta con un Auxiliar de Juzgado desde el 10 de diciembre de 2012.
3. El Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social de la Capital, no cuenta con un Oficial de Diligencias desde el 4 de marzo de 2013.

4. La Secretaria del Juzgado Tercero de Trabajo y Seguridad Social de la Capital, Elizabeth Yolanda Pozo Humerez, según consta en fotocopias de certificado de incapacidad temporal, se encontraba con baja médica desde el 30-I-2013 hasta el 31-I-2013, internación el 8 de abril de 2013, incapacidad temporal de tres 83 días) desde el 23-IV-13 hasta el 25-IV-13..." (Informe CM-URH-DP N° 63/2013 de 24 de mayo de 2013).

- "...Conforme se evidencia de la Nota adjunta CMLP/URH N° 243, en fecha 11 de mayo del año 2012 se acepta y comunica la renuncia de la Dra. Lizzeth Ross Rocabado, quien fungía el cargo de Secretaría del Juzgado 2do de Trabajo y Seguridad Social de la Capital (ciudad de La Paz)..." (Informe CM-URH-DP-N° 004/2013)
- "...**El Juzgado Quinto de Trabajo y Seguridad Social de la Capital** (ciudad de La Paz) no cuenta con **OFICIAL DE DILIGENCIAS** desde fecha **06 de abril de 2012**, fecha en que culminó (sic) sus funciones el Sr. ADOLFO PEÑARANDA BASCOPE, ex Oficial de Diligencias del Precitado Juzgado, Asimismo mencionar que el Juzgado no cuenta con **AUXILIAR** desde fecha **23 de diciembre de 2011** fecha en que la Sra. DECIRE ANGELA HUANCA MARQUEZ ex auxiliar no registro (sic) su huella en el sistema biométrico, tal cual se evidencia por la cartilla de asistencia adjunto (sic) al presente informe, también informo que la precitada ex funcionaria renunció (sic) en fecha 05/01/2012 aceptando la Renuncia Presidencia de la ex Corte Superior de Justicia de La Paz en fecha 10/01/2012..." (Informe E.J. N° 243/12 de 20 de diciembre de 2012).
- "...la Secretaria del Juzgado a su cargo (Partido 3° de Trabajo y Seguridad Social de la ciudad de Santa Cruz), Dra. Verónica Vásquez Salvatierra, fue posesionada al cargo de Juez 3° de Instrucción Civil Comercial de la Capital, en días pasados, quedando en consecuencia el referido cargo de Secretaria vacante.

En tal sentido, (...) se ha ordenado la suplencia a la Secretaría del Juzgado de Partido 4° de Trabajo y S.S. de la Capital, inter tanto se poseione el nuevo titular..." (Nota N° 501/2013 de 13 de mayo de 2013).

- "...a la fecha la suscrita SECRETARIA DEL JUZGADO 3RO DE PARTIDO DEL TRABAJO Y S.S. (de la ciudad de Santa Cruz), Dra. Verónica Vásquez Salvatierra me encuentro delicada de salud motivo por el cual la Caja Nacional de Salud me ha otorgado baja médica desde el 15 al 16 de abril del 2.013..." (Nota de 16 de abril de 2013).
- "...la Juez 2° de Partido de Trabajo y S.S. de la Capital (ciudad de Santa Cruz), Dra. Nelly Rosario Sánchez Justiniano, tiene licencia concedida y ha sido declarada en comisión, a partir del día 21/05/2013 al 25/05/2013, para asistir al curso Taller "Sistema de Reparto y Procesos Ejecutivos Sociales", a realizarse en la ciudad de Cochabamba.

Consecuentemente, en sujeción a lo que determina el art. 153 de la Ley de Organización Judicial, corresponde a usted asumir suplencia legal de la indicada Juez...” (Nota N° 512/2013 de 14 de mayo de 2013).

- “...a la fecha la suscrita SECRETARIA DEL JUZGADO 3RO DE PARTIDO DEL TRABAJO Y S.S. (de la ciudad de Santa Cruz), Dra. Verónica Vásquez Salvatierra me encuentro delicada de salud motivo por el cual la Caja Nacional de Salud me ha otorgado baja médica desde el 17 de abril al 19 de abril del 2.013...” (Nota de 17 de abril de 2013).
- “...Toda vez que este juzgado no tiene oficial de Diligencias por que el cargo se encuentra acéfalo, a los fines de ni perjudicar a las partes y encontrándose audiencias señaladas y excesiva carga laboral, se designa **OFICIAL DE DILIGENCIAS EN SUPLENCIA LEGAL** a la Srta. **YERSINA PORTAL CENTELLAS**, quien es Oficial de Diligencias del Juzgado 2º de Partido de Trabajo y Seguridad Social...” (Providencia del señor Juez 3ro. del Trabajo y la Seguridad Social de la ciudad de Santa Cruz, de 10 de mayo de 2013).j
- “...El funcionario Judicial Alejandro Seifert Danchin designado al cargo de Juez de Partido de Trabajo y Seguridad Social N° 2 Capital (ciudad de Cochabamba) se encuentra suspendido desde el 15 de enero de 2011 hasta la presente fecha. No existe resolución que deje sin efecto la suspensión ya indicada.

El Cargo de secretario abogado del Juzgado Partido de Trabajo y Seguridad Social de la Capital se encontró en acefalia desde el 01 de noviembre del 2012 hasta el 01 de marzo del 2013 fecha en la cual fue posesionada al cargo ya mencionado la ciudadana Karina Mirian Olmos Foranda, quien se encuentra ejerciendo funciones a la presente fecha...” (Certificación A-RR.HH: 117/2013 de 17 de abril de 2013).

- “...La ciudadana María Roxana Rosales Uriona fue nombrada en el Cargo de Juez del Juzgado de Partido Trabajo y Seguridad Social Quillacollo desde el 11 de septiembre del 2010 hasta la presente fecha.

Las bajas médicas que fueron otorgadas por la Caja Nacional a favor de la ciudadana María Roxana Rosales Uriona son lasque (sic) se detalla (sic) a continuación:

(...)	DIAS	TIPO	DESDE	HASTA
(...)	29	SALUD	03/01/2012	31/01/2012
(...)	29	SALUD	01/02/2012	29/02/2012
(...)	30	SALUD	02/03/2012	31/03/2012
(...)	3	SALUD	11/04/2012	13/04/2012
(...)	3	SALUD	05/04/2012	17/04/2012

La suspensión de la ya mencionada funcionaria es desde el 18 de abril del 2012 hasta la presente fecha...” (Informe A-RR.HH: 090/2013 de 21 de marzo del 2013).

- “...el Periodo de Vacación Judicial Colectiva, programada por el Tribunal Departamental de Justicia Distrito Tarija, fue a partir del día lunes, 07 de Enero (sic) de 2013, hasta jueves, 31 de Enero (sic) de 2013, 825 días calendario incluyendo sábados y domingos)...” (Certificado de 27 de febrero de 2013).
- “...Es de conocimiento público, que de conformidad a la Ley de Pensiones 065 de 10 de diciembre de 2010, nuestra Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A., cumple transitoriamente las funciones de Gestora Pública de la Seguridad Social a Largo Plazo, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades establecidas por ley, iniciando, prosiguiendo y concluyendo acciones judiciales para la recuperación aportes devengados al Seguro Social Obligatorio a Largo Plazo y el Sistema integral de Pensiones, en beneficio de nuestros afiliados al Sistema de Seguridad Social, de modo que otorgamos a todos los procesos judiciales el impulso procesal necesario.

Sin embargo, para nuestra Administradora ha resultado una tarea casi imposible continuar con la celeridad que merecen las causas, debido a que continuamente existen acefalías de los funcionarios auxiliares de la Administración de Justicia; por otra parte es difícil y complejo, que los titulares asuman suplencia de otros Juzgados, por la recargada labor de sus propios juzgados, situación que perjudica las labores de los Administradores de Justicia, y a los resultados de nuestra tramitación.

Al presente existe diez (10) acefalías en los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social de la ciudad de la Paz y El Alto, mismos que nos permitimos enumerarlos.

- 1.- Juzgado Primero de Trabajo y S.S. La Paz
Oficial de Diligencias
- 2.- Juzgado Segundo de Trabajo y S.S. La Paz
Abogada-Secretaria, Auxiliar
- 3.- Juzgado Tercero de Trabajo y S.S. La Paz
Oficial de Diligencias, Auxiliar
- 4.- Juzgado Quinto de Trabajo y S.S. La Paz
Oficial de Diligencias, Auxiliar
- 6.- (sic, debió decir 5) Juzgado Sexto de Trabajo y S.S. La Paz
Auxiliar
- 7.- Juzgado Primero de Trabajo y S.S. El Alto
Oficial de Diligencias
- 8.- Juzgado Segundo de Trabajo y S.S. El Alto
Oficial de Diligencias

Ante tal situación, urge la necesidad de cubrir la acefalías para evitar mayor retardo en la Administración de Justicia, por lo que SOLICITAMOS a su Presidencia interponer sus mejores oficios para la elección, nombramiento y

posesión de los mismos, considerando que la recuperación de aportes devengados a la Seguridad Social son derechos privilegiados, Irrenunciables e imprescriptibles" (Nota de 17 de mayo de 2012, presentada por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** al Tribunal Departamental de Justicia de La Paz).

- Solicitudes varias para los certificados señalados.

6.2. Documentación complementaria producida por la recurrida.-

Asimismo, mediante nota APS/DESP/DJ/7510/2013 de fecha 29 de agosto de 2013 y conforme le fuera solicitada por este Ministerio mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 073/2013 de fecha 27 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros adjunta la copia legible del Recurso de Revocatoria que hace al caso (actuación relacionada supra) a efectos de su acumulación en los antecedentes.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme a los datos que salen del informe/APS/DPC/130-2012 de 22 de junio de 2012, mediante nota APS/DPC/3505/2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros solicitó a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, se informe acerca del estado de los procesos judiciales iniciados contra el Empleador AEROSUR S.A., además de copias de los correspondientes expedientes.

En atención a dicha solicitud, la ahora recurrente presentó, mediante nota FUT.AP.1061/2012, las copias de los expedientes judiciales, correspondientes a cuatro Procesos Ejecutivos Sociales, dos Procesos Coactivos Sociales, y un Proceso Penal por Apropiación Indebida de Aportes.

Valorada tal documentación, derivó en la notificación (en fecha 8 de agosto de 2012, dato trascendente, conforme se analiza infra), de los dos cargos que salen de la nota APS/DJ/DPC/5185/2012 de 10 de julio de 2012, por la que se los imputa a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, correspondientes a :

“...Cargo 1.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al evidenciarse la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Ejecutivo Social (...)

Empleador.- AEROSUR S.A. - Proceso Ejecutivo Social

Juzgado Primero de Trabajo y Seguridad Social de Santa Cruz.

Periodo sin movimiento procesal: Por el período comprendido entre el 30 de octubre de 2007 a 25 de marzo de 2009, entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009 y entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012 (...)

Cargo 2.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106, 110 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, al evidenciarse la paralización injustificada de las actuaciones procesales; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Coactivo Social (...)

Empleador.- AEROSUR S.A. – Proceso Coactivo Social

Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal: Por el periodo comprendido entre el 11 de abril de 2011 al 07 de diciembre de 2011...”

La sustanciación de tal nota de cargos, dentro del proceso administrativo sancionatorio y ulterior recursivo, ha devenido en el pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 992-2012 de 26 de diciembre de 2012 y, posteriormente, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 474-2013 de fecha 22 de mayo de 2013, que confirma las sanciones impuestas por la primera (conforme todo lo supra relacionado), derivando al presente en la interposición del Recurso Jerárquico que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. SUBSISTENCIA DEL RÉGIMEN PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES.-

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, en Recurso Jerárquico, señala que:

*“...es menester manifestar que nuestra Administradora en lo que se refiere a la aplicación de la Ley N° 065, se encuentra “...**asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la gestora** (sic) **Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición...**”, de cuya lectura, queda claro también que el régimen sancionatorio aplicable, debe ser el que se establezca como marco reglamentario sancionador al incumplimiento de las obligaciones de la Gestora Pública*

de la Seguridad Social de Largo Plazo, reglamentación que conforme a lo señalado por el Artículo 197 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, debe ser efectuada por el Órgano Ejecutivo en el marco de su competencia...”

Al respecto, es pertinente reproducir el precedente de regulación financiera, de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 042/2013 de 4 de julio de 2013, conforme a su transcripción siguiente:

“...se considera lo que la propia recurrente ha señalado, en sentido de encontrarse vigente lo dispuesto por artículo 168° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), que en lo pertinente, a la letra señala:

“...Artículo 168. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ORGANISMO DE FISCALIZACIÓN). El Organismo de Fiscalización -se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- tiene las siguientes funciones y atribuciones: (...)

b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y **sancionar a** la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras **entidades bajo su jurisdicción**, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, en principio, es plenamente legítimo el ejercicio sancionatorio que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros realiza sobre las Administradoras de Fondos de Pensiones, así sea que “por... nuestra Constitución Política del Estado,... la gestión y administración del régimen de Seguridad Social pasa a ser una obligación asumida exclusivamente por el Estado Plurinacional de Bolivia”, o que “por imperio de la propia Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 en su artículo 198, parágrafo I “...**abroga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones** y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley”, como lo señala la recurrente.

Con respecto a lo expresado supra (la dispuesta abrogación de las disposiciones normativas que resulten **contrarias** a la Ley N° 065), en particular, habiendo sido señalado “el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen Sancionador y Parte II del Procedimiento de Recursos del decreto (sic) Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley de Pensiones, que dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para procesar al regulado y en caso de corresponder, la imposición de sanciones”, cabe dejar constancia que, si por contrario, en el diccionario, se entiende a lo “Que se muestra completamente diferente a otra; en el otro extremo”, y no resultando la normativa sancionatoria señalada contraria a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 (de Pensiones), como lo exige el artículo 198°, parágrafo II, de la misma, sino más bien, concordante con su artículo 168, inciso b), extremo evidenciable de la compulsión de las mismas, entonces, debe concluirse en que la

normativa sancionatoria en la que ha fundamentado su accionar el Ente Regulador, es plenamente aplicable al caso.

En este sentido, corresponde dejar establecido que, pese a lo referido en su alegato, la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** no ha demostrado que la normativa sancionatoria sea contraria a la Ley precitada.

Asimismo, estando clara la legitimidad sancionatoria que de la que se encuentra embestida la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la aplicación de los criterios rectores del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, constituye una garantía de que el Ente sancionador no habrá de obrar en base a criterios discrecionales y arbitrarios en contra de los sancionados, sino todo lo contrario; en este sentido, es válido el precedente contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013, que a la letra se pronuncia:

“...Quedando claro entonces que mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben continuar realizando todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Prestación de Servicios, **en el marco** de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y la propia normativa del Sistema Integral de Pensiones, y consiguientemente sujetarse a los Decretos Supremos y normativa regulatoria que hubiere lugar.

Es así que se evidencia a ciencia cierta, que el Capítulo VIII Parte I, del Régimen de las Sanciones del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, al no ser contrario a la Ley No. 065, goza de plena validez y vigencia, debiendo ser aplicado en el Régimen Sancionatorio para el Sistema Integral de Pensiones, hasta el momento de su expresa o tácita derogación.”

Consiguientemente, amén de no haber existido en el caso, una aplicación forzosa de tal normativa, cual lo sugiere la recurrente al utilizar el adverbio a ultranza, se concluye más bien en su aplicación razonada y fundamentada, como efecto de la consideración del propio Reglamento señalado...”

Por consiguiente, ratificando al presente el criterio supra transcrito y siendo innecesario pasar a mayores consideraciones al respecto, corresponde rechazar el alegato.

2.2. ALEGATOS ESPECÍFICOS CONTRA EL CARGO N° 1.-

2.2.1. Régimen de la prescripción de las sanciones.-

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, alega también que:

“...el tiempo que debe transcurrir para producir la prescripción de las infracciones, así como de las sanciones impuestas y es ésta la disposición legal que el Regulador debe aplicar, considerando que con meridiana claridad el Art. 82 de la Ley del Pdto. Administrativo establece que la etapa de iniciación se formaliza con la notificación a los presuntos infractores con los cargos imputados y es absolutamente pertinente y legal que su Autoridad compute desde esta notificación los cargos imputados y con criterio objetivo, legal y ecuaníme concluya admitiendo que evidentemente se ha producido la prescripción de las infracciones...”

Esto tiene que ver con lo establecido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 474-2013 de fecha 22 de mayo de 2013, cuando, fundándose en otros precedentes de regulación financiera, el Ente Regulador argumenta:

“...En las infracciones instantáneas, la lesión al ordenamiento jurídica (sic) administrativo cesa, inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.

En las **infracciones permanentes**, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta activa u omisiva del infractor.

En consecuencia, cuando se trata de **infracciones permanentes**, **la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cese la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto (...)**

...la Administradora de fondos (sic) de Pensiones olvida que nos encontramos ante una infracción permanente, y por lo tanto no aplica el instituto de la prescripción...”

Es pertinente remitirse a la nota de cargos (APS/DJ/DPC/5185/2012 de 10 de julio de 2012), por la que se establece el Cargo Nº 1 al tenor siguiente:

“...**Cargo 1.-** (...) paralización injustificada de las actuaciones procesales; (...)

...Por el período comprendido entre el 30 de octubre de 2007 a 25 de marzo de 2009, entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009 y entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012...”

En la posición del Ente Regulador, la alegada prescripción de la acción administrativa sancionatoria, ha sido interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares, al haber sido éstas de conocimiento de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, como supuesta infractora, por cuanto, al tratarse de infracciones permanentes, debe computarse a partir del día siguiente en que cese la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto.

Ello, porque las infracciones permanentes se entienden como aquellas en las que la vulneración administrativa cometida, se prolonga a través del tiempo, como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta activa u omisiva del infractor.

Entonces, en la lógica del Supervisor, en los tres periodos de tiempo -entre el 30 de octubre de 2007 a 25 de marzo de 2009, entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009 y entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012- *"la AFP no realizó actividad alguna para promover el proceso social"* (Res. Adm. APS/DJ/DPC/Nº 474-2013).

No obstante, ello habla de tres infracciones y no de una sola, por cuanto y conforme **está expuesto por el propio Regulador** en la nota de cargos, como también en sus argumentos referentes a la prescripción, la demora se ha presentado en tres periodos de tiempo particulares, distintos, diferentes, cada uno independiente de los otros, de manera tal que aún no existieran estos, igual resultaría subsistente.

Entonces, se equivoca la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en pretender generalizar el criterio de prescriptibilidad alegado, a todas las infracciones que importan el cargo Nº 1, cual si se trataran de un conjunto.

Asimismo, así como -dentro del de autos- ha correspondido a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** el ejercicio de la interposición de la prescripción (cual se encuentra previsto en el artículo 79º de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo), frente al mismo, entonces, existe la obligación del Ente Recurrido de interrumpir el plazo de la prescripción y así evitar el suceso de tal instituto jurídico.

En este sentido, si bien la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 474-2013, reproduciendo el precedente de regulación financiera de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 070/2012, señala que:

"...la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, y no así con la notificación de cargos..."

No profundiza ni aplica tal criterio al caso de autos, centrándose mas bien en adjetivar las infracciones como permanentes, para desvirtuar el carácter instantáneo que, a su entender, ha sugerido el Recurso de Revocatoria.

De manera tal que, al no encontrarse determinada y, por tanto, considerada en las resoluciones recurridas, la existencia concreta de las diligencias previas a las que se refiere el artículo 81º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, si las mismas fueron de conocimiento de la ahora recurrente, y de ser así, la fecha de tal acontecimiento (teniendo en cuenta que el primer periodo sancionado comenzó a correr el 30 de octubre de 2007 y que la notificación con los cargos de la nota APS/DJ/DPC/5185/2012, se produjo recién en fecha 8 de agosto de 2012), no se ha establecido que a las tres infracciones las una un procedimiento común, independientemente de su carácter sustancial, y que dé razón a la posición del Ente recurrido, al menos adjetiva, es decir, sin perder de vista que, cualquier infracción y su consiguiente investigación deben corresponder a un momento concreto, de manera tal que

las diligencias preliminares debieran ser posteriores a la comisión de las supuestas infracciones, y no anteriores a alguna o varias de ellas.

De lo contrario, de no resultar un procedimiento único el que una a las tres infracciones, entonces habría que considerar cada periodo sancionado, cual infracción independiente, de donde resultaría (salvo fundamento contrario del Ente Regulador), que:

- La infracción sucedida entre el 30 de octubre de 2007 al 25 de marzo de 2009, aún considerada permanente, por ello mismo teniendo en cuenta que su alegada prescripción "*deberá computarse a partir del día siguiente en que cese la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto*" (entonces, a partir del 26 de marzo de 2009), se encontraría evidentemente prescrita, al haber transcurrido más de los dos años exigidos por ley para ello, habiéndose desarrollado las diligencias preliminares a partir de la nota APS/DPC/3505/2012, no existiendo constancia de notificación alguna a la ahora sancionada, y que hubiere permitido su interrupción.
- La infracción sucedida entre el 15 de abril de 2009 al 13 de octubre de 2009, aún considerada permanente, por ello mismo teniendo en cuenta que su alegada prescripción, deberá computarse -por lo supra señalado- a partir del 14 de octubre de 2009, se encontraría también evidentemente prescrita, al haber transcurrido más de los dos años exigidos por ley para ello, habiéndose desarrollado las diligencias preliminares a partir de la nota APS/DPC/3505/2012, no existiendo constancia de notificación alguna a la ahora sancionada, y que hubiere permitido su interrupción.
- Sólo la infracción sucedida entre el 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012, no se encontraría prescrita, por no haber transcurrido los dos años que señala la norma, desde el día siguiente del cese de su ocurrencia (20 de marzo de 2012) hasta el inicio del proceso (sea que se consideren para ello a las diligencias preliminares, o a la notificación con cargos).

Lo anterior además conllevaría, que si al suceso de las tres infracciones, les ha correspondido la sanción que señala la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012 de 26 de diciembre de 2012:

*"...En relación al **Cargo Nº 1** con una multa en Bolivianos equivalente a \$us3.000,00 (TRES MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 inciso d) de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997..."*

Entonces, por la comisión de una sola, le debiera corresponder una sanción inferior, salvo opinión contrario del Ente Regulador, en uno u otro caso, expresamente fundamentada.

En todo caso, todo ello queda en el campo de la mera abstracción, por cuanto y como se tiene dicho, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no ha presentado

los fundamentos, que le han permitido conjuncionar las tres infracciones en una sola, ni tampoco ha considerado dentro del caso, la incidencia de las diligencias preliminares, pese a haber establecido su trascendencia, todo ello en infracción a los artículos 28º, inciso e), de la ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, y 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, extremos que justifican la determinación del presente fallo.

2.2.2. Paralización de las actuaciones del Proceso Ejecutivo Social -PES- interpuesto contra AEROSUR S.A. .-

Bajo el principio de economía procesal, corresponde emitir valoración de los agravios específicos, hechos manifiestos por la recurrente, con referencia al cargo N° 1, dejando constancia que determinados alegatos (que *“la ampliación por nuevos periodos, debe interponerse oportunamente”*, y que *“se procedió a la continuación... ejecutando toda medida precautoria amparada a nuestro favor”*), que en la redacción del Recurso Jerárquico son desarrollados con respecto al primer periodo de paralización -del 30 de octubre de 2007 al 25 de marzo de 2009-, pueden ser extensibles a los otros dos periodos controvertidos, no obstante, se los valora dentro del primer periodo, inmediatamente a continuación, en razón precisa, **de así haber sido** presentados por la recurrente.

2.2.2.1. Periodo comprendido entre el 30 de octubre de 2007 y el 25 de marzo de 2009.-

La nota de cargos APS/DJ/DPC/5185/2012, estableció que:

- “...La Administradora solicita mediante memorial de **30 de octubre de 2007**, establezca la ampliación de la deuda considerando asimismo el monto del Recargo.*
- La AFP mediante memorial de **25 de marzo de 2009**, presenta un Convenio de Pagos suscrito entre la Administradora y la empresa ejecutada de fecha 18 de marzo de 2009.*
 - Se puede evidenciar que desde el **30 de octubre de 2007 al 25 de marzo de 2009** existen **quinientos doce (512) días sin movimiento procesal** en el PES, por parte de la AFP...”*

Con tal referente fáctico, se establece ahora que, el Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, expresa los alegatos siguientes:

a. Oportunidad para la ampliación por nuevos periodos:

“...estas ampliaciones (recargos) si bien no poseen los periodos extrañados por su institución, poseen deudas importantísimas a favor de los derechohabientes del trabajador afiliado (sic) Ignacio Suarez Escalante, contexto tampoco valorado por el regulador.

...todas estas gestiones y obligaciones se hallan sujetas y van de la mano con las gestiones y acciones que ejecuten las demás partes intervinientes dentro de una causa, (...)

...observar gestiones propias de un procedimiento, so pretexto de una aparente dilación procesal, sin considerar que las gestiones de los funcionarios, Juzgadores, Instituciones, etc., están fuera de todo ámbito legal, obedece a un claro desconocimiento de la tramitación propia en juzgados y un desconocimiento de la normativa en general.

(...) este auto en el que se dispone la ampliación de la deuda es y debe considerarse como un actuado procesal, independientemente de quien lo ejecute, puesto que este es una consecuencia de la solicitud efectuada por nuestra parte, sin el cual no existiría el mismo...

En el criterio de la recurrida, expresado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, cuyos fundamentos son ratificados en la ahora recurrida APS/DJ/DPC/Nº 474-2013 de fecha 22 de mayo de 2013), los alegatos de la recurrente (que devienen, inclusive, desde la nota FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012, sobre presentación de descargos), la posición de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** no es admisible, por los extremos siguientes:

- La ampliación alegada "con la Nota de Débito Nº 1-07-2006-00232", corresponde al concepto de recargos (se infiere, al tenor del Recurso Jerárquico, "a favor de los derechohabientes del trabajador afiliado (sic) Ignacio Suarez Escalante") y no por nuevos periodos identificados.
- Amparándose en el artículo 45º del Código de Procedimiento Civil, es legalmente posible la ampliación del monto de la ejecución después de la sentencia.
- El Auto Ampliatorio de 5 de noviembre de 2007 "no se considera relevante al periodo identificado sin movimiento procesal debido que este actuado fue realizado por el Juez, no por la Administradora".

Con respecto a los argumentos, tanto de la recurrente como de la Recurrida, corresponde señalar que, sólo es posible entender la posición del Ente Regulador, de pretender desechar -como descargo válido- la ampliación judicial con la Nota de Débito Nº 1-07-2006-00232, en originarse tal extremo en lo erróneamente manifestado por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en sentido de recaer tal ampliación a nuevos periodos de mora identificados, cuando correspondía, mas bien, al concepto de recargos.

En este entendido, es de lamentar que tanto la Recurrida como también la recurrente, hubieran prescindido de la necesaria objetividad con la que deben conducirse en un proceso como el presente, al expresar fundamentos que no hacen al objeto del mismo (conforme sale de la nota de cargos), de manera tal que, en función de ello, resultan sus posiciones en disquisiciones intrascendentes, producto de una especie de competencia por descubrir, cuál de las dos ha cometido más errores formales al exponer sus fundamentos,

alejándose en definitiva de la finalidad del proceso, en cuanto a la Recurrída, por lo supra señalado (sobre resultar la ampliación por recargos y no por el vencimiento de nuevos periodos identificados).

Y en cuanto a la recurrente, porque dada la trascendencia dispuesta por el artículo 31° de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativa, con respecto al evidente error en la mención del artículo 495° del Código de Procedimiento Civil, que se hace en la Resolución sancionatoria, desmedidamente sugiere de ello, un *“afán caprichoso por parte del regulador, alejado de la sana crítica y valoración razonada, ya que no se consideran las circunstancias particulares de cada proceso”*.

En todo caso, y porque el artículo 63°, parágrafo II, de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, establece que *“La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente...”*, debe quedar claramente establecido que, sea que se trate de una ampliación limitada a beneficiar a los derechohabientes del Afiliado Ignacio Suarez Escalante (recargo), o del carácter más general que importa el vencimiento de nuevos periodos identificados, igual la ampliación importa un movimiento procesal judicial, trascendente al presente proceso administrativo sancionatorio, por cuanto, no debe perderse de vista que el Cargo N° 1, ha sido impuesto *“al evidenciarse la paralización injustificada de las actuaciones procesales”*, sin que allí se especifique que deban consistir -necesariamente- en el vencimiento de nuevos periodos identificados, o que deben limitarse a los actos que le corresponden al ejecutante; entonces, sea el motivo que sea el de la ampliación, lo mismo determina la existencia de movimiento -por oposición a paralización- procesal.

Ahora bien; la Recurrída señala que el Auto Ampliatorio de 5 de noviembre de 2007 *“no se considera relevante al periodo identificado sin movimiento procesal debido que este actuado fue realizado por el Juzgador, no por la Administradora”*, y la recurrente, en respuesta a ello, saca a relucir su propia aplicación al caso, de la teoría general del proceso, para sugerir el carácter absoluto de la relación jurídica procesal, donde por tanto, partes y juez tienen derechos y obligaciones; en la interpretación particular de la recurrente, el retraso procesal es atribuible a la relación jurídica procesal en su carácter absoluto, entonces no es necesariamente atribuible a su propia responsabilidad, sino que puede ser también imputable al operador de justicia (el juez y sus funcionarios coadyuvantes, como el oficial de diligencias) o a la parte ejecutada, mientras que de resultar existir movimiento procesal diligente, entonces eso sí debe atribuírsele a la parte ejecutante.

A este respecto, es pertinente remitirse a lo que señala el precedente de Regulación Financiera contenido en la MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 075/2012 de 11 de diciembre de 2012, aquí transcrita en lo que interesa:

“...aquello que se entiende como relación jurídica, es decir “Todo vínculo de Derecho entre dos o más personas, o entre una de ellas al menos y una cosa corporal o incorporal” (Cabanellas), y con lo que más precisamente se entiende como relación procesal:

"...conjunto de derechos y deberes, de situaciones dadas o cambiantes, de actitudes personales y de consecuencias de hecho y jurídicas que para las partes y el órgano jurisdiccional provocan, mantienen, desenvuelven y desenlazan el planteamiento y substanciación de un proceso" (ídem).

Bajo tales criterios jurídicos, resulta evidente que la relación jurídico procesal importa la relación de las partes entre sí, empero en la esfera del proceso, entonces en conocimiento del operador de justicia y bajo las reglas que importa un proceso, por lo que las relaciones jurídicas procesales lo son también con respeto al juez o tribunal.

Ahora, tal concepción teórica, más que ser aplicada a un proceso judicial cualquiera, responde a una descripción amplia del mismo en la intención de definirlo (como lo ha hecho Cabanellas en las citas trascritas, extraídas de su Diccionario), resultando que el proceso judicial se materializa en la interactuación de quienes en concreto, componen tal relación jurídica procesal.

Ahora bien; se puede pretender calificar de alguna manera una relación jurídica procesal concreta, sea a los fines estrictamente técnicos de Derecho, de control social (dada la publicidad que importa la administración de justicia) o de evaluación estadística; ello no obsta se puedan realizar calificaciones separadas al actuar de las partes o al juez, por cuanto no se habla ya aquí de la relación procesal y de la interactividad de las partes, sino del comportamiento singular de las partes litigantes en el ejercicio de sus deberes y obligaciones; se encuentran en definitiva en planos distintos.

El deber de interacción de cada una de las partes con la otra o con el juez, importa cargas procesales cuyo incumplimiento trasciende a la decisión que se busca pronuncie la jurisdicción, entonces resulta en una responsabilidad particular de la parte y no en una general a quienes integran la relación jurídica procesal.

De manera tal que, si bien la responsabilidad de un proceso inmóvil recae sobre el juez de la causa (Art. 2º, Impulso procesal, Código de Procedimiento Civil), no están liberadas las partes, fundamentalmente quien resulte interesada, del reclamo sobre el incumplimiento de los plazos o la no realización de las actuaciones judiciales..."

Esto quiere decir que, el avance o la demora procesal, si bien afectan al proceso en su carácter absoluto, son plenamente verificables, demostrables y susceptibles de determinación en quien corresponda: el operador de justicia (con su personal y todo), el actor o el demandado.

Un elemento más: el Proceso Ejecutivo Social es un proceso especial, mas no por la doble materia, entre sustantiva (social) y adjetiva (procesal) a la que corresponde, sino porque prescinde de un trámite ordinario, común y de conocimiento, partiendo del presupuesto de existir un título incontrovertido, con respecto al cual, es procedente el pago sin tener que recurrir, regularmente, a ninguna fase de constatación; entonces, la relación jurídica que el Proceso Ejecutivo social conlleva, determina que, además del juez, exista un ejecutante (sujeto **activo** de la relación) y un ejecutado (el sujeto pasivo); y el ejecutante es el sujeto

activo, porque resultando quien legítimamente ostenta el derecho a cobrar (acción entendida como el exigir el cumplimiento de una obligación en su favor), debe promover la administración de la justicia, para que sea ésta la que, sustituyendo la que debiera ser la actividad del ejecutado deudor, proceda a vender el patrimonio de este último, para así realizar tal derecho.

Salta a la vista, entonces, que más allá de a quien corresponde el impulso procesal, al ejecutante (como sujeto activo) le son más exigibles sus actuaciones para efectivizar el desarrollo normal del proceso, sea que correspondan a sus propias cargas procesales, o sea para instar al operador de justicia que cumpla con las suyas; en cuanto a lo que puede o debe hacer el sujeto pasivo (el deudor), no es pertinente aquí referirse a ello, por cuanto, de lo señalado por la recurrente, no se evidencia que hubieren existido actuaciones dilatorias o remisivas del mismo, y que hubieren tenido trascendencia en el avance procesal del caso judicial controvertido.

En base a tales fundamentos, queda ahora aplicarlos al caso de autos, para concluir que **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en su calidad de **actora** dentro del Proceso Ejecutivo Social, es responsable por el retraso producido en un primer periodo, dentro de la sustanciación del Proceso Ejecutivo Social seguido al Empleador AEROSUR S.A., empero no puede serlo por el periodo que señala el Ente Regulador (el comprendido entre el 30 de octubre de 2007 y el 25 de marzo de 2009), por cuanto, a los efectos de desvirtuar parcialmente el cargo, es atendible considerar el hecho de que, según lo afirmado por la recurrente, mediante auto de fecha 5 de noviembre de 2007 el juez de la causa dispuso la ampliación del monto de la ejecución que había sido solicitada menos de una semana antes, el 30 de octubre de 2007, por tanto, debe ser desde el día siguiente al 5 de noviembre de 2007, que debe establecerse el periodo de inamovilidad procesal, entonces no son ya quinientos doce (512) los días sin movimiento procesal, sino quinientos cinco (505) días, reducción que por lo exigua, no alcanza para desvirtuar cuantitativamente el cargo.

b. En referencia a que "según auto de 06 de enero de 2007, se procede a declarar la ejecutoria del auto de vista", señala también el Recurso Jerárquico, que "...se llevo (sic) a esta etapa procesal prácticamente cumpliendo con el procedimiento, lo que no puede ser entendida como una dilación procesal..."

No obstante, la fecha de ejecutoria (dice "del auto de vista", se entiende que es del fallo principal de la justicia, al no admitir este tipo de proceso Recurso de Casación), no se encuentra comprendida dentro del periodo acusado falta de movimiento procesal, este es, entre el 30 de octubre de 2007 y el 25 de marzo de 2009.

Lo que la recurrente sugiere es, que la ocurrencia de las distintas fases procesales, no obedecen a su simple secuencia lógica y normativa, sino que unos actos procesales dan origen a los siguientes, de tal manera que un acto determinado es el resultado de una actividad anterior, por lo que se debe presumir que, aún no constara actividad procesal expresa, el hecho de existir un determinado acto, importa haber existido, necesariamente el movimiento procesal previo para su logro.

No obstante, tal razonamiento pierde trascendencia en el caso concreto, por cuanto y conforme lo señalado, la fecha de ejecutoria es anterior en casi diez meses, al inicio del periodo controvertido, de manera tal que, de existir actuaciones tácitas que, de acuerdo con lo sugerido por la recurrente, deban presumirse como de obvia ocurrencia, al anteceder las mismas a la ejecutoria, se encuentran fuera del periodo controvertido.

c. Señala también la recurrente, que “...una vez transcurrido este periodo extrañado - entonces, entre el 30 de octubre de 2007 y el 25 de marzo de 2009- se procedió a la celebración del compromiso de pago el 18 de marzo de 2009...”

Lo anterior sugiere que, lejos del carácter de inamovilidad procesal que quiere atribuir el Ente Regulador a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, el periodo controvertido (entre el 30 de octubre de 2007 y el 25 de marzo de 2009, conforme al inciso ‘a.’ supra) ha servido para que esta última, concilie con el Empleador deudor AEROSUR S.A., las condiciones a las que se habría de referir, después, el compromiso de pago de 18 de marzo de 2009.

Es decir que, de acuerdo a lo señalado por la recurrente, desde el 30 de octubre de 2007 hasta poco antes del 18 de marzo de 2009, se conciliaron los extremos sobre los que versa el compromiso de pago de la última fecha nombrada.

Sin embargo, la recurrente pretende que la prueba a tal fundamento, resulte el propio compromiso de pago de 18 de marzo de 2009, puesto que después, el 25 de marzo de 2009, fue hecho presente ante el Juzgado, el Convenio de Pagos respectivo; entonces, siendo obviamente necesaria una tramitación previa a cualquier compromiso de pago, al señalar que “una vez transcurrido este periodo extrañado se procedió a la celebración del compromiso de pago”, viene a sugerir se presuma que, desde el 30 de octubre de 2007 hasta poco antes del 18 de marzo de 2009 (más de dieciséis meses), se llevaron adelante las negociaciones tendentes a lograr el acuerdo.

Téngase en cuenta que, la recurrente no especifica alguna fecha o algún periodo de tiempo concreto, en el que se hubiera realizado la alegada negociación, y que permita hacer un corte dentro el periodo controvertido, a los fines del recálculo de los días de mora procesal; entonces su alegato está dirigido a desvirtuar por completo la ocurrencia de mora procesal, por lo que no es exagerada la interpretación que del mismo se ha hecho en el párrafo que antecede supra.

Por ello, debe concluirse en dos extremos:

- Si bien es un hecho evidente, que cualquier negocio jurídico (como lo es un Convenio de Pagos), requiere de un periodo previo de negociación y hasta de aprobación, es también evidente que un periodo de tiempo de más de dieciséis meses para ello - como es el del caso, en el planteamiento de la recurrente-, es poco razonable y mas bien excesivo.
- Precisamente, dado lo evidentemente poco razonable y excesivo, que un periodo de tiempo de negociación y hasta de aprobación, se prolongue por más de dieciséis

meses, de haber sucedido si embargo, dado lo infrecuente, anómalo y especial, las pruebas sobre ello debieran ser abundantes, lo que para el caso no es así, por cuanto, la recurrente produce como única prueba de su alegato, el Convenio de Pagos suscrito por el Empleador AEROSUR S.A., sin que del mismo se pueda establecer las circunstancias previas al mismo, y fundamentalmente, el periodo de tiempo que se requirió para ello.

Debe tenerse presente que, mediante Auto de 5 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determinó la apertura de un término de prueba de veinte (20) días hábiles administrativos, y en fecha 23 de octubre de 2012, la apertura de un nuevo término de prueba, ahora de diez (10) días hábiles administrativos, por lo que, de existir pruebas a su alegato, la recurrente tuvo ampliamente la oportunidad procesal de producirla, lo que en definitiva no sucedió.

En definitiva, el alegato resulta inadmisibile.

d. Acusa también la recurrente en el Jerárquico, *"la confusión a la que incurre la institución que nos regula, al pretender establecer que ante esta gestión nuestra parte haya considerado como un juicio concluido, sin tomar en cuenta ni siquiera la conceptualización de este instituto jurídico como es el convenio de pago"*.

Hay que aclarar en principio que, aquello que **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala de confuso, se origina en lo por la misma señalado en oportunidad de sus descargos de la nota FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012, cuando establece que *"...Bien sabemos que la celebración de un convenio de pago, es considerado como un modo anormal de conclusión del proceso..."*

Consiguientemente, deviene de ello el pronunciamiento del Ente Regulador, en sentido que:

"...Dicho argumento planteado por la Administradora no puede considerarse válido ya que el propósito de un Convenio de Pago es la regularización de lo adeudado otorgándole al deudor un plazo prudencial para este cometido, y bajo ninguna circunstancia podrá considerarse como un "modo anormal de conclusión del proceso", ya que una vez iniciada la acción judicial correspondiente y en caso de llegar a un acuerdo, se podrá solicitar la suspensión provisional del procedimiento de acuerdo al artículo 148° del Código de Procedimiento Civil boliviano, misma que deberá ser presentada por escrito y aprobada por el Juez, hecho que no puede evidenciarse en el expediente judicial revisado por esta Autoridad..."
(APS/DJ/DPC/N° 992-2012)

Consiguientemente y a este respecto, queda establecido que en el Ente Regulador, conforme a su Resolución sancionatoria, no ha existido una confusión, sino la expresión pertinente, sobre su posición correspondiente a lo afirmado por la sancionada.

Al presente, es perceptible más bien una contradicción, entre lo afirmado antes por la recurrente y lo señalado ahora, por cuanto, si se ha dicho que *"la celebración de un convenio de pago, es considerado como un modo anormal de conclusión del proceso"*, se

niega lo mismo al afirmar que “ante esta gestión -se refiere al trámite para el Convenio de Pago- nuestra parte haya considerado como un juicio concluido”.

La recurrente alega también que, en la determinación del Ente Regulador, no se ha tomado en cuenta “ni siquiera la conceptualización de este instituto jurídico como es el convenio de pago”; no obstante, ello permite inferir que, los motivos para lo afirmado en la nota FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012, tenían base técnico-jurídica, la que en definitiva no fue expuesta ni sostenida en las actuaciones posteriores de la recurrente, a punto tal que, por ello y al presente, se prefiere atribuir el carácter de confuso al extremo, no ameritando mayor consideración.

e. Asimismo, el Recurso Jerárquico alega: “la confusión en la que ingresa el regulador al pretender desconocer la prueba aportada por nuestra parte, estableciendo erróneamente que se habría adjuntado actuaciones pertenecientes a un proceso coactivo social...”

Lo mismo tiene que ver con lo señalado por el Ente Regulador en la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 474-2013 de 22 de mayo de 2013, cuando establece que:

“... con respecto **al primer período de paralización del Cargo Nº1**, la AFP **mediante nota FUT.APS.AL 0895/2013 de 23 de abril de 2013**, informa y adjunta lo siguiente (...)

...la misma es de índole operativa (sic) (Formulario de Pago de Contribuciones) y respecto a actuados judiciales los mismos no corresponden al PES y a los periodos sin movimiento procesal observados por esta Autoridad (a excepción del Convenio). Asimismo, en el recurso no se explica el motivo de la presentación de la citada documentación y su relación con el caso...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Tal mención compele a revisar la precitada nota FUT.APS.AL 0895/2013 de 23 de abril de 2013 como los antecedentes que hacen a la misma. Así:

- Mediante Auto de 18 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a tiempo de considerar el argumento de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en sentido que:

“...con respecto al Cargos (sic) Nº1 señala que, a solicitud del Empleador se procedió a la celebración del Convenio de Pago con el Empleador AEROSUR S.A., mismo que es celebrado luego de cumplirse con una serie de **formalidades internas**; sin embargo la documentación remitida no respalda documentalmente los argumentos planteados en el Recurso de Revocatoria. Por esta razón, se ha visto la necesidad de que al AFP presente nueva documentación...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por cuyo motivo, se da apertura al término de prueba que allí consta.

Luego, a solicitud de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, que sale de la nota PREV-COB-96/03/2013 de 11 de marzo de 2013, se amplió tal término probatorio, conforme consta del Auto de 4 de abril de 2013.

- Mediante nota FUT.APS.AL 0895/2013 de 23 de abril de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala que:

“En atención al auto de referencia emitido por su Autoridad -el del 18 de marzo de 2013- dentro del procedimiento administrativo sancionatorio iniciado contra nuestra AFP, el recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2013 de 26 de diciembre de 2012; y considerando la ampliación de termino (sic) de prueba otorgado mediante Auto de fecha 04 de abril de 2013 tenemos a bien informar y adjuntar lo siguiente:

- 1. Para la suscripción de un convenio de pago del SSO, nuestra AFP solicita toda la documentación que acredite la personería de quien suscribe el convenio, luego solicita la documentación que permita efectivizar la deuda, y previa la suscripción del Convenio Mismo (sic), solicita un pago preliminar de un porcentaje del total de la deuda.*
- 2. Se adjunta copia del Convenio de Pago.*
- 3. Se adjuntan copias de los Formulario (sic) de Pago de Contribuciones solicitados.*
- 4. La empresa AEROSUR S.A. incumplió el convenio de pago desde la segunda cuota que debió ser efectuada el 20 de abril de 2009, al haber realizado el pago de los periodos vencidos acordados, pero no así el periodo vigente...”*

Y efectivamente, como señala la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 474-2013 de 22 de mayo de 2013, a la nota supra citada de la recurrente, se adjuntan varias literales “de índole operativa” y “respecto a actuados judiciales los mismos no corresponden al PES y a los periodos sin movimiento procesal observados por esta Autoridad (a excepción del Convenio). Asimismo, en el recurso no se explica el motivo de la presentación de la citada documentación y su relación con el caso...”

Recuérdese que el término de prueba había sido impuesto, a efectos de dilucidarse la “serie de formalidades internas” que **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** alega fueron necesarias para la “celebración del Convenio de Pago con el Empleador AEROSUR S.A.”, se entiende que a los fines de sopesar si las mismas importan actividad alguna que permita desvirtuar el cargo impuesto; entonces, así como la ahora recurrente en su oportunidad no ha justificado la razón a la presentación de actuados judiciales para acreditar el cumplimiento de formalidades internas, menos aún ha aclarado el porqué, si se trata de esclarecer los extremos que han hecho al cargo Nº 1, como se sabe, referido al Proceso Ejecutivo Social contra la Empresa AEROSUR S.A., ha

adjuntado seis memoriales, entre otros, correspondientes mas bien a un Proceso Coactivo Social.

No obstante, el hecho que la Administradora de Fondos de Pensiones, en cumplimiento de la carga a ella impuesta por el artículo 29º, parágrafo III, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, hubiera manifestado el carácter impertinente de la literal presentada, no importa per se que esté fundando su decisión en esa prueba, extremo que se evidencia cuando, a tiempo de adjuntarse la documentación que se señala de respaldo al recurso, resulta que aquella que se atribuye para desvirtuar el cargo N° 1 "respecto al periodo comprendió entre el 30 de octubre de 2007 y el 25 de marzo de 2009", ha sido considerada oportunamente por el Ente Regulador, sea a tiempo de imponer la sanción o para confirmarle, y no aporta mayores elementos que permitan modificar la determinación en ese sentido.

De la misma manera, los elementos contenidos en la prueba señalada, han sido también considerados a efectos del pronunciamiento de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, por lo que en definitiva, no desvirtúan el cargo.

2.2.2.2. Periodo comprendido entre el 15 de abril al 13 de octubre de 2009.-

Señala el Recurso presentado el 13 de junio de 2013, que: **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES:**

"...mediante memorial presentado el 15 de abril de 2009, se solicita la activación de la causa, actuación que a todas luces debe (sic) considerado (sic) como diligente y oportuno (sic), (...) permitió la prosecución asegurando los resultados del juicio, mediante la retención de fondos, petición observada por el Juzgador, mediante decreto de 16 de abril de 2009 en el que se establece que previamente se proceda con la notificación a la parte deudora.

En ese sentido se dio cumplimiento a lo establecido por el Juez, (...) según diligencia de 16 de septiembre de 2009.

(...) este lapso de tiempo observado por su institución, fue invertido en la averiguación extraordinaria de mayores bienes propios de la empresa deudora, actuaciones que no precisamente deben plasmarse en el proceso, pues como bien se entenderá, se tratan de gestiones extrajudiciales (...) se torna imposible y hasta ilógico, presentar recibos de pasajes de movilidades dirigidos a las instituciones como ser Transito (sic), DD.RR., SEGIP, SERECI, COTAS, etc., o la presentación de fichas que se entregan al ejecutar la respectiva fila en DD.RR., o la firma de algún funcionario que establezca que se fue a tramitar algún informe en COTAS, Transito (sic) y otros similares, o la contraseña que se expide antes de comprar valores para la obtención de una certificación de inexistencia de vehículos en el Organismo Operativo de Transito (sic), etc., gestiones que su institución pretende sean adheridas al expediente, (...)

...el 13 de octubre de 2009 se solicita la retención de fondos, logrando de esta manera, gracias a esta gestión diligente, la orden emitida por el Juzgador mediante decreto (sic) de 14 de octubre de 2009...

Tiene esto relación, con lo señalado por el Ente Regulador en la -ahora recurrida- Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 474-2013 de 22 de mayo de 2013, cuando establece que:

“...el actuado de citación y notificación correspondiente al 16 de septiembre de 2013 (sic), no es propio de la AFP sino de la administración de justicia.

(...) aun (sic) tomando en cuenta la notificación señalada precedentemente, existe un abundante lapso de tiempo en el que el Proceso Judicial se encontraba paralizado, lapso que corre a partir del 15 de abril de 2009 al 16 de septiembre de 2009, haciendo un total de ciento cincuenta y cuatro (154) días en los que el proceso se encontraba paralizado (...)

...la Administradora pretende justificar la falta de movimiento procesal durante cinco (5) meses amparándose en “gestiones extrajudiciales”, “en la averiguación extraordinaria de mayores bienes propios de la empresa deudora”; sin embargo, no envió prueba que respalde lo señalado anteriormente para su evaluación, que sin perjuicio de que la misma pueda ser extrajudicial pero lógica para evaluar la diligencia (constancia de gestiones en DD.RR., SEGIP, SERECI, Transito (sic), entre otras), (...) limitándose únicamente a solicitar la retención de fondos de AEROSUR S.A. sin adjuntar al memorial documentación que hubiese obtenido producto de la averiguación en torno a los bienes o cuentas del demandado (...)

Por otro lado, la AFP reconoce la infracción imputada al señalar que el 15 de abril de 2009, luego de gestiones internas (no refrendadas en el presente proceso) ha solicitado la activación de la causa para su prosecución; lo que lleva al ente regulador a concluir que el PES estuvo paralizado por más de una vez.

Lo que no argumenta y refrenda con prueba idónea la AFP, es lo que habría realizado en el PES durante el segundo período de paralización imputado, pues no se tiene actuaciones objetivas del regulado en el proceso que hubiera realizado en este período de tiempo, limitando su defensa a periodos anteriores y a gestiones extrajudiciales que a la hora de refrendarlas no encuentran respaldo en el presente proceso.

Asimismo, llama la atención que el regulado señale que solicitó la retención de fondos con memorial de 13 de octubre de 2009, (...) no habiendo óbice procesal alguno para hacerlo antes...”

Ahora, de la compulsa entre ambos criterios, resultan imprecisiones en las que incurren, tanto la recurrente como la Recurrida, a saber:

- El memorial de 15 de abril de 2009, sobre “Reinicia acciones legales”, no hace a un trámite procesal exigido por ley, como tampoco es fundamental en el desarrollo de determinada fase procesal; entonces no es una actuación que, por sí misma, hubiere

permitido “la prosecución” del Proceso, como mal señala la recurrente, y esto, porque el reinicio de las “acciones legales”, no puede efectivizarse mediante su sencillo anuncio, sino mediante una evidente y efectiva actuación procesal, que le corresponda y que la complemente.

En este sentido, conforme a lo señalado por la recurrente, tal actuación era “la retención de fondos”, sobre la que al señalar que existe una “petición observada por el Juzgador, mediante decreto de 16 de abril de 2009”, sugiere que el memorial de 15 de abril de 2009 correspondía a una solicitud de esas características, y sobre la que el juez habría dispuesto que “previamente se proceda con la notificación a la parte deudora” (16 de abril de 2009).

No obstante, debe aclararse que, conforme a la relación que sale de la nota de cargos APS/DJ/DPC/5185/2012, es recién en fecha 13 de octubre de 2009 (aproximadamente medio año después), que la ahora recurrente “presenta memorial a través del cual reitera la retención de fondos que la parte ejecutada pudiese tener a su nombre”, haciendo el carácter de reiteración, no al memorial de 15 de abril de 2009, sino al memorial de demanda de 17 de junio de 2000, por cuya emergencia, la retención ya se encontraba dispuesta desde fecha 19 de julio de 2000 (mediante el auto intimatorio de pago), y sobre lo que inclusive, en fecha 27 de junio de 2001, la propia ejecutante (ahora recurrente) había dejado constancia de la inexistencia de fondos “que puedan ser... retenidos”.

Entonces, así como no es evidente que la actuación de fecha de 15 de abril de 2009, hubiere permitido la prosecución del Proceso, es discutible su efectividad procesal, por cuanto, no tiene sentido reiterar una retención de fondos ya ordenada, cuando además se ha dejado constancia de la inexistencia de tales fondos.

En todo caso, se infiere que el anuncio de 15 de abril de 2009, sobre “Reinicia acciones legales”, resulta en un acto de consideración para con la autoridad judicial, emergente de existir un plan de pagos suscrito por la ejecutada, que en su momento dio lugar a la suspensión del proceso, y que después incumplido, determina la necesidad de reactivarlo, siendo posible -sujeto al criterio judicial- que tal anuncio por parte de la ejecutante, haya tenido por finalidad evitar dilaciones sobre aclaraciones previas al motivo del reinicio.

- La recurrente señala que:

“...se torna imposible y hasta ilógico, presentar recibos de pasajes de movilidades dirigidos a las instituciones como ser Transito (sic), DD.RR., SEGIP, SERECI, COTAS, etc., o la presentación de fichas que se entregan al ejecutar la respectiva fila en DD.RR., o la firma de algún funcionario que establezca que se fue a tramitar algún informe en COTAS, Transito (sic) y otros similares, o la contraseña que se expide antes de comprar valores para la obtención de una certificación de inexistencia de vehículos en el Organismo Operativo de Transito (sic), etc., gestiones que su institución pretende sean adheridas al expediente...”

Sin embargo, no es precisamente ello lo que ha extrañado el Ente Regulador, sino la “constancia de gestiones en DD.RR., SEGIP, SERECI, Transito (sic), entre otras”, gestiones que al resultar en servicios especiales que brinda el Estado a las personas que así lo requieren, se manifiestan en las constancias de la contribución especial (tasa) que ello importa; entonces, no es aquí exigible “recibos de pasajes... fichas... firma de algún funcionario que establezca que se fue a tramitar algún informe... otros similares, o la contraseña que se expide antes de comprar valores”, sino -en los mismos términos que utiliza la recurrente-, los comprobantes de haberse comprado los valores, porque son estos los que demuestran las “gestiones en DD.RR., SEGIP, SERECI, Transito (sic), entre otras” efectivamente realizadas.

Asimismo, tales trámites tiene por obvio resultado, la obtención de anotaciones o gravámenes documentados, o de ser el caso, certificaciones acerca de la imposibilidad de lo mismo; comprobantes de valores y certificaciones inexistentes en el expediente.

- Una notificación como la que refiere la diligencia de fecha 16 de septiembre de 2009, constituye un acto de comunicación propio y privativo de la administración de justicia, por tanto, es esencialmente oficioso; no obstante, en la práctica forense, como hecho notorio encuadrado en la verdad material que le caracteriza, es frecuente que tal actuación requiera del impulso extraordinario de la parte interesada, determinando que, para el efectivo suceso de una notificación ordenada por el juez, aún debe la parte insistir al funcionario correspondiente para su cumplimiento.

Aún no fuere así, el cargo está referido a “la paralización injustificada de las actuaciones procesales”, y no precisamente a la inactividad aparente de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** dentro del proceso, debiéndose entender por paralización, la falta de transcurso preclusivo del mismo, que puede ser atribuible a la administración de justicia o a las partes, por lo que debe entenderse que de ser imputable la paralización a la otra parte o al juez, es susceptible de sanción la inexistencia de gestión de reclamo que tienda a superarlo, por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones.

No es el caso: la actuación de fecha 16 de septiembre de 2009 importa la existencia de una actuación procesal válida a los fines que ha establecido la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dentro de su papel de fiscalizador, de cuya emergencia devino el proceso sancionatorio; por tanto, amerita su consideración cual actuación válida a los fines de desvirtuar o de atenuar la infracción, según lo considere el Ente Regulador, extremo que no ha sucedido, determinando que la prueba cursante en obrados no haya sido correctamente valorada por el mismo, en infracción al artículo 29º, parágrafo III, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, y que dice que “Las pruebas serán valoradas **en su integridad,...**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Ahora, es pertinente establecer que, con la precisión que importa su desarrollo en *Principios de Derecho Administrativo* (autores varios, publicación de este Ministerio), es pertinente citar que el mismo es:

"... (La) Garantía constitucional que le asiste al administrado, de ser procesado ejerciendo sus derechos a la defensa, a ser oído, a producir prueba, a conseguir resoluciones fundamentadas y en sí a un proceso conforme a las leyes..."

Al respecto se trae a colación lo determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, la que a su vez, se remite a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, estableciendo lo siguiente:

"...Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes".

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en sus sentencias 0086/2010-R y 0223/2010-R, señalando que:

*"...En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que **los elementos que componen al debido proceso son** el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas;*

derecho a la congruencia...; la garantía del non bis in idem; **derecho a la valoración razonable de la prueba**; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras)...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consiguiendo, habiéndose determinado dentro del caso de autos, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha valorado la prueba en su integridad, resulta inequívoco concluir ahora, en haberse con ello vulnerado la garantía del debido proceso administrativo, en su faceta de valoración razonable de la prueba, lo que ha dado lugar a la indefensión de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

Consecuentemente, en el presente proceso se ha infringido el derecho al debido proceso e importando ello la indefensión de la recurrente, corresponde la anulación del procedimiento hasta el vicio más antiguo, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003.

2.2.2.3. Periodo comprendido entre el 25 de abril de 2011 y el 19 de marzo de 2012.-

Debe establecerse, de inicio y conforme se evidencia de su supra transcripción, que en lo que hace a este respecto en concreto, el alegato de la recurrente resulta abstracto, inclusive en la mención -única- de la fecha de una apelación interpuesta (“25 de abril de 2011”), puesto que lo hace en función a otros conceptos, también generales, conforme se evidencia a continuación:

“...una vez presentado nuestro recurso de apelación en fecha 25 de abril de 2011, se tuvo que aguardar, la ejecución de las debidas notificaciones, obtención de fotocopias simples o legalizadas, según corresponda, cumpliendo con los recaudos y formalidades de ley ante los funcionarios a fin de que se remita actuados a la Sala Social y Administrativa, y posteriormente aguardar el sorteo a una de las Salas a fin de que se radique la causa...”

Por tal circunstancia, conviene hacer aquí una relación de las actuaciones previas y que hacen al periodo controvertido; así:

- En fecha 10 de julio de 2012 y mediante nota de cargos APS/DJ/DPC/5185/2012 de 10 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros establece que **“desde (sic) 25 de abril de 2011 al 19 de marzo de 2012, existen trescientos treinta y nueve (339) días sin movimiento procesal alguno en el PES, por parte de la AFP”**.
- En su descargo (nota FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012) y en lo que interesa, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta copias de:

- Dos constancias de notificación, realizadas en fechas 6 (a la ejecutada) y 7 (a la ejecutante), respectivamente, de junio de 2011, ambas contenidas en el formulario N° 9084207.
- Copia del memorial presentado por la empleadora Aerosur S.A. (“Compañía Boliviana de Transporte Aéreo Privado S.A.”) en fecha 13 de junio de 2011, sobre “Contesta y pide rechazo de petición de retención”.
- Auto de 16 de junio de 2011, sobre concesión de apelación.
- Dos constancias de notificación, realizadas en fechas 3 (a la ejecutada) y 5 (a la ejecutante), respectivamente, de agosto de 2011, ambas contenidas en el formulario N° 9798824; en su reverso y en la última fecha señalada, **se deja constancia de haber la apelante (FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES) “proporcionado los recaudos necesarios de ley para dar curso a su apelación”** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).
- La sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, establece que:

“...la AFP presenta un memorial de 13 de junio de 2011, presentado por la parte ejecutada a través del cual contesta y solicita se rechace la Retención de Fondos; asimismo, adjunta Decreto del Juez de 16 de junio de 2011, actuaciones que no corresponden a actuados o diligencias realizadas por la AFP, por lo cual los mismos no pueden ser considerados como propias de la AFP ni mucho menos como descargos a lo imputado...”

- No obstante su Recurso de Revocatoria de 21 de febrero de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** no aporta mayor consideración concreta, sino conceptos generales, actitud, conforme se ha hecho notar supra, reiterativa de lo que sucede a tiempo del Recurso Jerárquico; entonces, tampoco la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 474-2013 de 22 de mayo de 2013 aporta mayor elemento en concreto.
- Ya en plena sustanciación del Recurso Jerárquico y mediante memorial de fecha 11 de julio de 2013, la recurrente adjunta copias de los memoriales presentados por ella, en fechas 25 de abril de 2011 (sobre interposición de “Recurso de Apelación...”) y 19 de marzo de 2012 (sobre “Representa y solicita dicte auto de vista”), los que no ameritan mayor consideración, por cuanto hacen a los parámetros que, precisamente, han sido utilizados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para determinar el -sancionado- periodo sin movimiento procesal.

Al presente, con referencia concreta a los descargos documentales que salen de la nota FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012, y por el mismo motivo, corresponde ratificar el

criterio hecho presente en el numeral 2.2.2.2 supra, en sentido que, una notificación (como las que refieren las diligencias de fechas 6 y 7 de junio de 2011, y, 3 y 5 de agosto de 2011), constituye un acto de comunicación propio y privativo de la administración de justicia, por tanto, es esencialmente oficioso; no obstante, en la práctica forense, como hecho notorio encuadrado en la verdad material que le caracteriza, es frecuente que tal actuación requiera del impulso extraordinario de la parte interesada, determinando que, para el efectivo suceso de una notificación ordenada por el juez, aún debe la parte insistir al funcionario correspondiente para su cumplimiento.

Aún no fuere así, el cargo está referido a “*la paralización injustificada de las actuaciones procesales*”, y no precisamente a la inactividad aparente de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** dentro del proceso, debiéndose entender por paralización, la falta de transcurso preclusivo del mismo, que puede ser atribuible a la administración de justicia o a las partes, por lo que debe entenderse que de ser imputable la paralización a la otra parte o al juez, es susceptible de sanción la inexistencia de gestión de reclamo que tienda a superarlo.

Las actuaciones de fechas 6 y 7 de junio de 2011, y, 3 y 5 de agosto de 2011, importan la existencia de actuaciones procesales válidas a los fines que ha establecido la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dentro de su papel de fiscalizador, de cuya emergencia devino el proceso sancionatorio.

Por tanto, ameritan su consideración cual actuaciones válidas a los fines de desvirtuar o de atenuar la infracción, según lo considere el Ente Regulador, extremo que no ha sucedido, determinando que la prueba cursante en obrados no haya sido correctamente valorada por el mismo, en infracción al artículo 29º, parágrafo III, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, y que dice que “*Las pruebas serán valoradas en su integridad...*” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En este caso además, existe una **constancia expresa**, de que en fecha 5 de agosto de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** (no el juez ni la otra parte, es decir y en términos que usa el Ente Regulador, “*corresponden a actuados o diligencias realizadas por la AFP*”) **proporcionó** “*los recaudos necesarios de ley para dar curso a su apelación*” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Extremos todos estos que, determinando el haberse infringido dentro el proceso la garantía del debido proceso, en su faceta del derecho a la prueba, corresponde anularlo, debiendo en consecuencia el Ente Regulador, pronunciarse de manera fundamentada, motivada y congruente, sobre la generalidad de la prueba producida y sobre su trascendencia dentro del caso de autos.

2.3. PARALIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCESO COACTIVO SOCIAL -PCS- INTERPUESTO CONTRA AEROSUR S.A. (CARGO N° 2).-

Nuevamente existe aquí, por parte del Recurso Jerárquico, una exposición de alegatos general y abstracta, e incluso teórica (en cuanto trasciende a la Teoría General del

Proceso), lo que compele nuevamente, a la relación de las actuaciones previas que hacen, a la conducta sancionada y controvertida.

Así:

- En fecha 10 de julio de 2012 y mediante nota de cargos APS/DJ/DPC/5185/2012 de 10 de julio de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros establece que “desde el **11 de abril de 2011 al 07 de diciembre de 2011**, existen **doscientos cuarenta (240) días sin movimiento procesal**, por parte de la AFP”.
- En su descargo (nota FUT.APS.AL.1747/2012 de 22 de agosto de 2012) y en lo que interesa, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala, que:

*“...En fecha **11 de abril de 2011** el juzgador emite la correspondiente sentencia. Es necesario aclarar que en el juzgado 4to, la sentencia fue emitida en octubre debido a la carga procesal de la Juez, situación que como es de su conocimiento es usual y propio del sistema judicial, asimismo, esta realidad es propia en cada uno de los procesos que se tramitan en juzgado.*

*Según consta en obrados, a Fs. 21 se logra la obtención del Oficio 833/2011 dirigido a la ASFI de fecha **19 de Octubre de 2011**, mismo que ordena la retención de fondos de las cuentas propias del coactivado.*

*A Fs. 22 se logra la recepción del Oficio N° 836/2011 de fecha **19 de octubre de 2011**, dirigido a COTAS LTDA., misma que ordena la emisión de certificación sobre las aportaciones a nombre de AEROSUR S.A.*

*Según consta en obrados, a Fs. 23 se procede a retirar de secretaria de juzgado el Oficio N° 835/2011 de fecha **19 de Octubre de 2011**, dirigido a la Unidad Operativa de Transito (sic) a fin de que se certifique sobre los vehículos propios de la entidad coactivada.*

*A Fs. 24 se entrega por medio de secretaria (sic), luego de cumplir con la tramitación propia del juzgado, así como dar cumplimiento a las formalidades de ley y recaudos establecidos para la ejecución de tal actuación, el Oficio N° 834/2011 de fecha **19 de octubre de 2011**, dirigido al Juez Registrador de Derechos Reales, sea con la finalidad de certificar sobre los bienes inmuebles registrados a nombre de la empresa deudora.*

*A Fs. 25, cursa representación de **20 de Octubre de 2011**, emitida por el Oficial de de (sic) diligencia (sic) del Juzgado Cuarto de Trabajo y Seguridad Social, estableciendo que se procedió a dejar el aviso judicial, por lo que efectúa la representación de conformidad a lo establecido por el Art. 121 del C.P.C.*

Asimismo el Juzgador emite Decreto ordenando la citación por cédula en virtud a la representación emitida por el Oficial de Diligencias, de fecha **21 de octubre de 2011**.

A consecuencia de las gestiones ejecutadas por nuestra parte, a Fs. 26 mediante carta emitida por el Banco de Crédito se informa sobre la Retención de fondos, actuación de fecha **09 de noviembre de 2011**, en ese sentido a fs. 26 vlt, el juzgador emite la Providencia de fecha **06 de diciembre de 2011**, disponiendo la acumulación a sus antecedentes para fines consiguientes de ley.

Mediante memorial de fecha **07 de diciembre de 2011**, se procede a adjuntar el informe emitido por COTAS LTDA. de fecha **16 de noviembre de 2011** y Oficio de recepción a Cotas de fecha **31 de octubre de 2011**, mismos que establecen e informan sobre las líneas telefónicas propias registradas a nombre de la empresa coactivada..."

La serie de extremos señalados, se encuentra documentada por la misma nota.

- No obstante, la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, concluye de tales pruebas, que:

"...fueron realizados (sic) por el Juez de Trabajo y de Seguridad Social, el Oficial de Diligencias, Banco de Crédito BCP y Cotas LTDA., y ninguna de las citadas son actuaciones propias de la AFP, por lo que no son válidas para desvirtuar la falta de movimiento procesal incurrida por la Administradora..."

Seguidamente, además, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros entra en contradicción, cuando no obstante concluir que "La paralización se mantuvo entre el 11 de abril de 2011 al 29 de octubre de 2011", es decir, admitiendo el hecho que importa la existencia del "Oficio 833/2011 dirigido a la ASFI de fecha **19 de Octubre de 2011**, mismo que ordena la retención de fondos de las cuentas propias del coactivado", según se menciona en la nota FUT.APS.AL.1747/2012, al que el Ente Regulador, conforme se ha visto, le atribuye la fecha errada de 29 de octubre de 2011, dato trascendental si se tiene en cuenta el motivo de sanción impuesta.

Por consiguiente, los alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, no alcanzar a justificar el motivo de la sanción, puesto que ni precisan la infracción a lo que lo mismo ha dado lugar.

Amén de ello, así como las diligencias judiciales, sin embargo de deber ser oficiosas, en la realidad requieren del impulso de la parte interesada, no es menos aún cierto, que la correspondencia judicial (como lo son los oficios y las notas), quedan librados en su tramitación (obtención, remisión y recojo de resultados) a la actuación de la parte interesada, actuaciones que no realiza de oficio el juzgador, siendo legítimamente discutible si debiera mantenerse tal proceder, que necesariamente hace al avance procesal, empero

que no va a dilucidarse dentro el presente proceso, por cuanto para el mismo importa, quiérase o no, una verdad material.

Por lo demás, ya se ha mencionado en los supra numerales, la trascendencia que al caso hace, la observancia del debido proceso administrativo, en su faceta del derecho a la prueba, el que ha sido infringido dentro del caso, lo que hace licencioso realizar mayores reiteraciones a ese respecto, para concluir en la necesidad de reponer los obrados mediante el pronunciamiento de la nulidad que al caso se impone.

CONSIDERANDO:

Que, en función a lo analizado, se concluye que en la sustanciación de los dos cargos por parte del Ente Regulador, el mismo no ha observado debidamente el debido proceso administrativo, en su faceta del derecho a la prueba, además que, en lo que en concreto hace al cargo N° 1, ha generalizado infundadamente el criterio de prescriptibilidad a todas las infracciones que importan el mismo, siendo posible, por ello, una impertinente sanción, en cuanto para la misma pueden haber concurrido atenuantes no consideradas.

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 992-2012 de 26 de diciembre de 2012, **inclusive**, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debiendo en consecuencia emitir una nueva resolución, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/N° 799-2013 DE 28 DE AGOSTO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 069/2013 DE 18 DE OCTUBRE DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 069/2013

La Paz, 18 de Octubre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 799-2013 de fecha 28 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 621-2013 de 9 de julio de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 067/2013 de 18 de septiembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 154/2013 de 27 de septiembre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 13 de septiembre de 2013, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.**, representada legalmente por sугerente Nacional Corporativo, Sr. Jaime José Antonio Trigo Flores, en mérito al Testimonio de Poder N° 1081/2009 de fecha 8 de diciembre de 2009, otorgado por ante Notaría de Fe

Pública N° 101 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Mariana Iby Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 799-2013 de fecha 28 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 621-2013 de 9 de julio de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/7780/2013, con fecha de recepción 16 de septiembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 799-2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 19 de septiembre de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.**, mismo que fue notificado el 19 de septiembre de 2013.

Que, en atención a lo dispuesto en el artículo tercero del precitado Auto de 19 de septiembre de 2013, mediante memorial de fecha 26 de septiembre de 2013, con la suma "REITERA EFECTO SUSPENSIVO", **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** solicitó la "aplicación de Criterio de Suspensión" de la obligación impuesta por el artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 621-2013 de 9 de julio de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

Por nota APS/DESP/DJ/DS/5614/2013 de 5 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó a **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.**, con el cargo en los términos transcritos a continuación:

"...se comunica a usted que como resultado de la primera evaluación de la comercialización de SOAT's al 31 de marzo de 2013, se ha llegado a los siguientes supuestos contra la entidad:

*Luego del análisis de rigor, se tiene que, a la fecha indicada, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.E.M.A.** (sic) comercializó dos vehículos de servicio público por cada siete SOAT vendidos, cuando el mínimo requerido es de un vehículo de servicio público por cada tres SOAT vendidos, relación que implica un margen de error de 4,7% superando el determinando en la norma que es de 2%.*

Esta situación implica incumplimiento del artículo 4.c) de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 750 de 21 de septiembre de 2012, que establece:

"4. En concordancia con la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 644-2012 de 22 de agosto de 2012, instruir a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.,

Seguros Illimani S.A. y Alianza Compañía de Seguros (sic) S.A. E.M.A., comercializar el SOAT-2013 en la siguiente proporción:

c. Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. deberá mantener la siguiente proporción:

- Relación mínima de ventas SOAT de al menos 1 (un) vehículo de servicio público por cada 3 (tres) SOAT vendidos. **El margen de error máximo tolerable a esta proporción del 2% (dos por ciento)** respecto del número total de SOAT comercializados a la fecha de evaluación..." (Las negritas son de la APS).

En consecuencia, **NOTIFICAMOS** a usted, en su condición de representante legal de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** con los cargos (sic) anotados en los párrafos precedentes, al no haber observado y cumplido debidamente la normativa señalada, por lo que en aplicación del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones, explicaciones, informes, justificativos y todo cuanto creyere útil para ejercitar su legítimo derecho a la defensa..."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Por nota AG-SOAT-AA-003/2013 de 26 de junio de 2013, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** respondió al cargo de la nota APS/DESP/DJ/DS/5614/2013 de 5 de junio de 2013, conforme lo transcrito a continuación:

"...Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., ha extremado esfuerzos para mantener el porcentaje anteriormente establecido, adicionalmente de que entendemos que nos encontramos todavía en periodo de adecuación.

Por otro lado, consideramos de extrema importancia tomar en cuenta que existe una contradicción en la normativa emitida por su Autoridad, ya que el Artículo 13 inciso 1 de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 644-2012 de fecha 22 de agosto de 2012, establece lo siguiente:

Artículo 13 Obligación de las Entidades Aseguradoras autorizadas

Son obligaciones comunes a las Entidades Aseguradoras autorizadas a comercializar el SOAT-2013, las siguientes:

1) Vender SOAT a todo propietario o poseedor de vehículos que así lo requieran, cualquiera sea su característica, uso, ocupación o área geográfica donde normalmente circula, no pudiendo negar la venta del SOAT 2013 a ningún vehículo.

En consideración al Artículo precedente, se debe tomar en cuenta que la Compañía se vio prohibida de negar la venta a automóviles privados que solicitaron la adquisición

de SOAT en nuestra Compañía, teniendo la obligación de venderlo por imperio de la normativa establecida en el Art. anteriormente mencionado, siendo de esta forma el Art. 4 inciso c) de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 750 de 21 de septiembre de 2012 contradictoria.

Habiendo discrepancia en las Resoluciones Administrativas anteriormente mencionadas y dada la imposibilidad del cumplimiento de ambas, nos avocamos al Art. 4 inciso h), de la Ley de Procedimiento Administrativo N°2341 que establece lo siguiente:

“4) Jerarquía Normativa: La actividad y actuación administrativa y particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado”.

Sin embargo, nos encontramos ante dos Resoluciones Administrativas que tienen el mismo rango dentro de la pirámide de Kelsen, por lo que fue necesario tomar en cuenta principios generales de Derecho como la no discriminación de nuestros asegurados entre públicos y privados, definiendo no negar la venta del SOAT a ningún cliente que lo pidiera.

Asimismo, tomamos en consideración una normativa con mayor jerarquía como es la Ley de Seguros N° 1883, que en su Art. 37 establece lo siguiente:

ESTABLECIMIENTO DEL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRANSITO

Se establece como **obligatorio**, que **todo** propietario de vehículo automotor en el territorio de la República, **sea cual fuere su tipo**, cuente con un seguro de accidentes de tránsito. Dicho seguro será indisputable, de beneficio uniforme, irreversible y su acción será directa contra la entidad aseguradora.

Por lo que sería totalmente contradictorio negar la venta de SOAT al cliente del sector privado. En el entendido de que el espíritu de la normativa del SOAT busca el cumplimiento del Artículo anteriormente mencionado y que se trata de un seguro **OBLIGATORIO**, es política de nuestra compañía coadyuvar con la tarea de masificación de este tipo de seguros, objetivo buscado por nuestra institución en concordancia con las políticas estatales.

Adicionalmente a todo lo anteriormente expuesto, informamos que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., se encuentra realizando campañas adicionales para la venta de SOAT al sector público y trabajando para incrementar significativamente el porcentaje de los mismos.

Consideramos que de esta manera no se estaría perjudicando ni causando daño alguno a ningún asegurado, y sea público o privado ya que la atención de los mismos es igualitaria tanto en servicio como en atención de siniestros. Tampoco se estaría provocando un impacto negativo al Mercado de Seguros.

Por todo lo anteriormente mencionado y considerando que no se habría causado

daño alguno al mercado asegurador, ni mucho menos este tipo de actos pueden (sic) ser calificados como actuaciones que vayan en desmedro de ninguna personal natural o jurídica; dentro del plazo otorgado en la notificación de cargos, solicitamos pueda considerar todo lo manifestado, al momento de emitir la correspondiente resolución administrativa, desestimando los cargos en el proceso sancionatorio iniciado...”

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 621-2013 DE 9 DE JULIO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 621-2013 de fecha 9 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió:

“...PRIMERO.- SANCIONAR A ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. con multa equivalente en Bolivianos a Ochenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (80.000 UFV´s), por incumplir el artículo 4.c) de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750-2012 de 21 de septiembre de 2012 y subsumiendo su conducta concreta a lo dispuesto en el artículo 16.II de la Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003.

SEGUNDO.- En aplicación del párrafo tercero del artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750-2012 de 21 de septiembre de 2012, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** tiene el plazo de tres meses para regularizar la proporción preceptiva.

TERCERO.- La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la cuenta Transitoria del T.G.N. Nº 865, en (sic) un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.

CUARTO.- ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el artículo Segundo anterior, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción...”

Los argumentos expuestos en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que como quiera que el presente proceso (y cualquier otro en realidad) se basa en el análisis contradictorio de las pruebas producidas y más aun, frente al argumento de que existe contradicción entre dos normas de igual rango (en opinión de la aseguradora), veamos si tal es cierto y por tanto, si la alegación de descargo de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** es consistente.

a) El artículo 4.c) de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750 de 21 de septiembre de 2012, (...)

b) El artículo 13.1) del Régimen de Adjudicación Para la Autorización Para la

Comercialización del SOAT 2013 aprobado mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 644-2012 de 22 de agosto de 2012 (...)

CONSIDERANDO:

Que analizadas las anteriores normas, no se evidencia entidad de contradicción alguna, ya que determinar una proporción de SOAT por cada vehículo de servicio público, no contradice la obligación de no negar a nadie, la adquisición de dicho SOAT, adquisición que no puede estar librada al capricho o criterio del ofertante, cuando el interés público (seguridad) debe sobreponerse al interés circunstancial y subjetivo del que vende (por delegación estatal) el seguro denominado SOAT. Cosa distinta sería que una de estas dos disposiciones, expresa o implícitamente, manifestara que la proporción SOAT-vehículo de servicio público establecida enerva o modifica la obligación de no negar a nadie (en tanto propietario o poseedor de vehículo automotor) la adquisición del SOAT-2013.

Que además, se debe indicar que si **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** considera (o si realmente estuviera convencida ella misma) que existe contradicción entre estas dos resoluciones administrativas, pudo haber hecho conocer a la APS en su momento y no ahora que se le imputa el incumplimiento acusado.

Que por otro lado y como consecuencia del proceso de Autorización Para la Comercialización SOAT para la gestión 2013, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.**, mediante carta CITE: G.N° 045/2012 de 10 de septiembre de 2012, **expresamente**, se comprometió a “dar cumplimiento a todas Las disposiciones legales, reglamentarias y regulatorias emitidas y por emitirse correspondientes al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito SOAT...”, por lo que mal hace ahora esta aseguradora en alegar contradicciones, faltas a la jerarquía normativa, principios de derecho y otros para justificar el incumplimiento.

CONSIDERANDO:

Que se debe recalcar la importancia del cumplimiento de los plazos, condiciones y ritos (procedimientos) en el plano jurídico-legal en el que se desarrolla la presente situación.

Que no cabe duda que: “La acción es un proceso causal, un movimiento corporal que produce un cambio en el mundo exterior, en donde no interesa analizar aspectos internos, sino externos; **se pone énfasis en el resultado...**”.

Que siendo evidente que un rasgo de la norma es su carácter finalista, tampoco se puede negar que dicha norma (en abstracto), es también de medios, pues la norma, aunque persigue la paz social, en sí misma es un medio pues del cumplimiento de sus preceptos depende su realización teleológica; ergo; si la norma establece procedimientos, ritos, condiciones y plazos, éstos están para cumplirlos ya que sus incumplimientos acarrearían que, en definitiva, el fin no sería realizable u objetivable. Los plazos importan, los ritos importan, **las condiciones aceptadas importan**, e importan

los procedimientos y los requisitos. Si sólo importase el tiempo o plazo del cumplimiento (la brevedad, para usar los términos de la Aseguradora) de las normas, las mismas, carecerían de sustancia y objeto.

Que en adición, el cumplimiento de los requisitos determinados en las normas relación hace a la seriedad y construcción de institucionalidad en nuestra sociedad, donde tanto regulados como reguladores son actores esenciales; **ergo**, el incumplimiento de obligaciones (por parte de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.**) importa potenciales perjuicios en los aspectos previsionales de la ocurrencia de siniestros.

Que por tanto, los plazos, condiciones, ritos y procedimientos de las normas, están para cumplirlos cuando la Ley lo manda y en las condiciones y consecuencias que ella prescribe, no estando al albedrío del sujeto obligado cumplirlos del modo que él estime apropiado.

CONSIDERANDO:

Que por lo expuesto, se tiene que parte de los cargos imputados a **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** han sido confirmados, correspondiendo imponer la sanción subsecuente.

CONSIDERANDO:

Que en este contexto, la adecuación de la conducta de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** se subsume en el artículo 16.II. de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003..."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado en fecha 12 de agosto de 2013, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 621-2013 de 9 de julio de 2013, expresando los alegatos siguientes:

“...Fundamentación

7.1. Imposibilidad Material de control sobre demanda de mercado.

Señor Director Ejecutivo de la APS, luego de la lectura atenta de la resolución sancionatoria en contra de la empresa que represento se advierte con absoluta nitidez que el Regulador, no toma en cuenta el hecho cierto y verdadero de que al momento de vender y comercializar los Seguros SOAT, éstos se hallan bajo las fuerzas de mercado influenciados determinantemente por demanda y confianza de los usuarios, en consecuencia en la hipótesis de que la APS, establezca un cargo tiene la obligación de explicar al administrado, cómo es que se estaba en posibilidad de controlar la demanda de los Seguros SOAT, tomando en cuenta que incluso existe una norma específica que

determina la imposibilidad de negar la venta del mismo, tal como se explicará ampliamente en los siguientes puntos del Recurso de Revocatoria.

En la realidad de la venta de los Seguros SOAT, se debe apreciar que los mismos, no son vendidos en una única sucursal o agencia, sino como es de conocimiento público, éstos son comercializados en una multiplicidad de puntos en las ciudades instruidas como mínimas por su misma Autoridad, para lograr una oferta a nivel nacional, en las ciudades mencionadas anteriormente.

Lo anteriormente expuesto halla profundo sentido en el contenido del presente Recurso de Revocatoria, toda vez que la APS está en la obligación de cumplir con la previsión legal del artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo establece en forma muy clara y precisa que más allá de la documentación se debe revisar y analizar la propia forma de cómo se han suscitado los hechos y si evidentemente existía forma de que la empresa que represento podría controlar la demanda del mercado.

Como se podrá apreciar, resulta por demás evidente que la APS tiene la obligación conforme la previsión legal anteriormente mencionada de VERIFICAR si realmente se trata de una contravención en la cual exista posibilidades REALES de poder ser controlada por el Administrado, situación que en el presente caso no se produce debido a que resulta MATERIALMENTE imposible el poder controlar las fuerzas del mercado en lo que respeta a la demanda y la preferencia del usuario en nuestra empresa, lo cierto es que en todo caso se estaría penalizando a la empresa por la confianza que el usuario deposita en nosotros, lo cual va en contrasentido incluso a las previsiones establecidas en el artículo 37 de la Ley Nro. 1883.

Conclusión.

En mérito a lo expuesto queda demostrado que nuestra empresa, no tenía forma para controlar la demanda del mercado, la cual está basada en la confianza del usuario hacía una entidad aseguradora, lo cual hace inaplicable los condicionados del Capítulo VI de la Sección Primera y Segunda de la Ley nro. (sic) 2341 de Procedimiento Administrativo, toda vez que en el fondo se estaría penalizando por la confianza que depositan los usuarios en nuestra empresa.

7.2. Falta de motivación y fundamentación de la resolución sancionatoria.

Otro de los elementos de significativa importancia en el contenido del presente Recurso de revocatoria es que no se ha dado cumplimiento con lo previsto en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de procedimiento Administrativo, toda vez que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 621/2013 del 9 de julio de 2013, explica los motivos de su decisión de sancionar en **TRES PARRAFOS ESCUETOS** y nada más.

Al respecto sírvase considerar lo establecido en la última parte de la página 7 y los dos siguientes párrafos de la página 7 de la resolución sancionatoria, que se limitó a decir lo siguiente:

“Que no cabe duda que la acción es un proceso causal, un movimiento corporal que produce un cambio en el mundo exterior, en donde no interesa analizar aspectos internos, sino externos; se pone énfasis en el Resultado”.

Que, siendo evidente que un rasgo de la norma es su carácter finalista, tampoco se puede negar que dicha norma (en abstracto) es también de medios, pues la norma, aunque persigue la paz social, en si misma es un medio pues del cumplimiento de sus preceptos depende su realización teleológica; ergo, si la norma establece procedimientos, ritos y condiciones y plazos, éstos están para cumplirlos ya que sus incumplimientos acarrearían que, en definitiva, el fin no sería realizable o objetable, Los plazos importan, los ritos importan, las condiciones aceptadas importan, e importan los procedimientos y requisitos. Si sólo importase el tiempo o plazo del cumplimiento (la brevedad, para usar los términos de la Aseguradora) de las norma, las mismas, carecerían de sustancia y objetivo.

Que en adición, el cumplimiento de los requisitos determinados en las normas relación hace a la seriedad y construcción de institucionalidad en nuestra sociedad, donde tanto regulados como reguladores son actores esenciales; ergo, el incumplimiento de obligaciones (por parte de Alianza COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. EMA.) importan potenciales perjuicios en los aspectos previsionales de la ocurrencia de siniestros.

En este sentido, ante la inexistencia de fundamentación en los pronunciamientos emitidos por la APS, se puede observar la evidente contravención del artículo 28 inciso e) de la Ley del Procedimiento Administrativo¹, y la violación al debido proceso y al derecho a la defensa conforme se puede evidenciar de la línea jurisprudencial que se describe a continuación:

(¹ “ARTICULO 28°.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).-

Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

(...)

e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y, (...).”

La Sentencia Constitucional 1369/2001-R de 19 de diciembre, que señaló que toda resolución:

“...debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no solo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho [debido proceso] que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión...”

Asimismo, la Sentencia Constitucional 1810/2011-R de 07/11/11 que establece:

“En este ámbito, la uniforme jurisprudencia emitida por este Tribunal ha señalado reiteradamente que: “... las resoluciones que emiten las autoridades judiciales y administrativas deben exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de esas resoluciones. Este deber de fundamentación, se vincula tanto con la garantía del debido proceso como con el derecho a la seguridad jurídica...” (SC 0600/2004-R de 22 de abril).

En la SC 2017/2010-R de 9 de noviembre, menciona que: “... el Tribunal Constitucional se ha pronunciado con anterioridad, por la que resulta conveniente evocar los precedentes por su contundencia. Así, la SC 0752/2002-R de 25 de junio, recogiendo el entendimiento contenido en la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre, señaló que toda resolución “...debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente **cuando un Juez omita la motivación de una Resolución**, no solo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos **toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho [debido proceso]** que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión...”.

“Del mismo modo, la SC 1365/2005-R de 31 de octubre, que imperativamente señaló, que **cuando las resoluciones no están motivadas “...y se emite únicamente la conclusión a la que ha arribado el juzgador, son razonables las dudas del justiciable en sentido de que los hechos no fueron juzgados conforme a los principios y valores supremos**, vale decir, no se le convence que ha actuado con apego a la justicia, por lo mismo se le abren los canales que la Ley Fundamental le otorga para que en búsqueda de la justicia, acuda a este Tribunal como contralor de la misma, a fin de que dentro del proceso se observen sus derechos y garantías fundamentales...”.

Asimismo, la SSCC No. 012/2002-R de 09 de enero de 2002 emitido por el Tribunal Constitucional, señala:

“...Que, la **motivación de las decisiones, es una obligación indispensable**, lo que importa que **las autoridades judiciales o administrativas deben fundar en derecho sus decisiones a objeto de que los administrados o procesados puedan impugnar o propugnar la decisión; al no cumplir con esta exigencia de la Ley, los colocan en una situación de indefensión**. Que la falta de motivación de un fallo importa **no sólo el desconocimiento de las normas que rigen todo proceso, sino también la falta de cuidado, negligencia y dejadez, lo cual resulta intolerable...**”.

En todo caso, corresponde poner en su atención que la APS, está ingresando a un escenario de ABSOLUTA SUBJETIVIDAD, toda vez que su CONSIDERANDO 6to. Manifiesta (sic) lo siguiente:

“Que analizadas las anteriores normas, no se evidencia entidad de contradicción alguna ya que determinar una proporción de SOAT por cada vehículo de servicio público, no contradice la obligación de no negar a nadie, la adquisición de dicho SOAT, adquisición que no puede estar liberada al capricho o criterio del ofertante”.

Como se puede apreciar con lo anteriormente enunciado, la APS omite analizar el contexto de la realidad nacional donde es fácilmente evidenciable que es la primera vez en Bolivia que una compañía comercializa SOAT con esos porcentajes, ya que en anteriores gestiones solo participaron una o 2 compañías, donde ciertamente se generó un oligopolio. Actualmente las condiciones del mercado han cambiado, así como la tecnología de las empresas comercializadoras del SOAT, donde no puede soslayarse el hecho de mercado y la preferencia del consumidor del seguro el que determina los porcentajes y no así la voluntad de las empresas comercializadoras.

Por otro lado, no existe precedente jurídico o administrativo por el cual un argumento para una resolución sancionatoria sea la existencia el **CAPRICHIO**, lo cual violenta incluso las normas de respeto hacia el administrativo (sic), por parte del regulador. Este enunciado por demás impertinente, padece de absoluta subjetividad, ya que la venta depende de los demandantes.

Por otra parte la resolución sancionatoria, también invoca lo siguiente:

“...cuando el interés público (seguridad) debe sobreponerse al interés circunstancial y subjetivo del que vende por delegación estatal, el seguro denominado SOAT”.

En esta parte, resulta absolutamente importante destacar de que si la APS desea imponer una sanción administrativa, no puede acudir a violentar otras normas de **ORDEN PUBLICO** de rango superior como la Ley Nro. 045, que establece la imposibilidad de discriminar y negar la venta a otras personas, por un supuesto **factor porcentual de venta**.

En todo caso, esta norma es precisamente está en contrasentido al interés público, y a todos los efectos de fundamentación de la resolución de la revocatoria la APS, estricta en la obligación de responder la siguiente pregunta: ¿Quién (sic) se beneficia con el porcentaje impuesto por la APS?, si la respuesta es el sector de servicio público, sería (sic) bueno aclarar que Alianza en ningún momento ha perjudicado a los vehículos de servicio público, porque no ha negado la venta del mismo a nadie. Con lo cual, no es correcto que APS establezca que no hemos tomado en cuenta este aspecto.

Conclusión

En ese sentido, como se podrá apreciar con absoluta nitidez queda totalmente demostrado que la motivación y fundamentación de una resolución sancionatoria como la expuesta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nª (sic) 621/2013 del 9 de julio de 2013, no puede estar sustentada en TRES PÁRRAFOS que intentan analizar una problemática de tal grado de complejidad, en relación a la comercialización de los Seguros SOAT.

7.3. Contradicción de normas v aplicación preferente del Principio de Favorabilidad.

En el contenido de los descargos de primera instancia se ha manifestado en forma muy clara que existía una posible contradicción entre normatividad emitida por la propia APS, a cuyo efecto se invocó expresamente el contenido de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 644-2012 de fecha 22 de agosto de 2012, que dispone lo siguiente:

Artículo 13 Obligación de las Entidades Aseguradoras autorizadas

Son obligaciones comunes a las Entidades Aseguradoras autorizadas a comercializar el SOAT- 2013, las siguientes:

Vender SOAT a todo propietario o poseedor de vehículos que así lo requieran, **cualquiera sea su característica, uso**, ocupación o área geográfica donde normalmente circula, **no pudiendo negar la venta del SOAT 2013 a ningún vehículo.**

Como se podrá apreciar esta disposición legal emitida por el propio Regulador, establece una directriz de no discriminación en la venta de los SOAT, la cual incluso a la fecha está protegida por normas de rango superior que prohíben el generar actividades que tiendan a promover escenarios de discriminación o fractura de la política de igualdad del Estado Plurinacional de Bolivia, lo cual es ampliamente explicado en la Ley Nro. 045 del 8 de octubre de 2010.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, relativo a la venta de los Seguros SOAT, cuando se presentan este tipo de casos el Regulador está en la obligación de aplicar la normatividad más benigna hacia el administrado, siendo que este fenómeno de Derecho Administrativo está tipificado bajo el **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD**.

Por este motivo solicitamos respetuosamente a su Autoridad se sirva considerar en el análisis del presente recurso de revocatoria el **Principio de Favorabilidad** de la actividad administrativa y regulatoria la cual señala:

“El intérprete (en este caso la APS) está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los Derechos, Principios y Valores que mejor consagran el Orden Constitucional, es por ello que la Autoridad Administrativa está en la potestad de realizar una interpretación favorable al administrado.”

SENTENCIAS CONSTITUCIONALES Nrs. SSCC. 136/03.R DE 6 DE FEBRERO DE 2003, 642/03-R DE O (sic) DE MAYO DER (sic) 2003 1785/03-R DE 5 DE DICIEMBRE DE 2005 Y 878/05-R DE 29 DE JULIO DE 2005

Como podrá observar de acuerdo a la Jurisprudencia invocada anteriormente, la APS, tiene toda la posibilidad y competencia para realizar una interpretación tendiente a mitigar la existencia de una sanción en contra de entidad aseguradora, toda vez que la posible presencia de distorsiones en la venta del SOAT, no puso en peligro o riesgo ninguno los bienes jurídicamente protegidos por el Órgano Regulador.

Cabe destacar que la jurisprudencia anteriormente invocada relativa al Principio de Favorabilidad, otorga a la APS la posibilidad de reanalizar la existencia de la sanción a objeto de eliminar la misma en condiciones que resulten más convenientes y que a la vez permitan a la entidad pública el cumplir su mandato de control sobre sus regulados.

CONCLUSION

En mérito a lo expuesto respetuosamente ponemos en consideración de la APS, la posibilidad de que aplique a favor de la institución aseguradora, el **Principio de Favorabilidad** y proceda a eliminar la sanción pecuniaria, más aún cuando existe la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 644-2012 de fecha 22 de agosto de 2012, que fundamenta la aplicación de favorabilidad.

7.4. Fractura del Principio de Verdad Material.

Como se podrá apreciar con absoluta nitidez, en todo el contenido del presente Recurso de Revocatoria, la APS, genera cargos sin fundamentación y omitiendo cumplir con la previsión legal establecida en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimientos Administrativos que dispone:

Artículos (sic) 4.- (Principios Administrativos)

La Actividad administrativa se regirá bajo los siguientes principios:

d) Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;

Como se podrá apreciar, la APS, cuando establece un cargo y genera una sanción, tiene la obligación de trascender a la verdad **fáctica de los hechos** y no detenerse en una revisión TEORICA de los aspectos que conciernen a una determinada problemática.

Es así, que la APS, se limita a manifestar que teníamos la obligación de cumplir con la venta porcentual de los SOAT's en un factor de 3 a 1, pero en ningún momento demuestra, explica o fundamenta, cómo podía nuestra empresa el poder definir o controlar las fuerzas del mercado en cuanto a la demanda de este tipo Seguro.

La imposibilidad de generar cargos teóricos, no es una simple argumentación coyuntural por parte de nuestra empresa, sino, que la jurisprudencia administrativa emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, a través de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financiero, ha definido una línea de razonamiento que obliga a los entes reguladores el fundamentar y explicar MAS ALLA DE LA TEORIA, cuál esta la forma en que se podía generar los controles de la demanda del mercado sobre la venta del SOAT. A este efecto, invocamos expresamente el contenido de la Resolución Ministerial Jerárquica Nro. MEFPA/PSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 del 24 de junio de 2013, que dispone:

“No obstante y como se dice en el numeral 2.3. ante las defensas concretas planteadas por “...”, su consideración no debió limitarse a la simple exposición de argumentos teóricos, sino que dado lo objetivo de las mismas, debe ameritar la verificación material que exige la norma del artículo 4º incisos d) de la Ley Nro. 2341 de procedimiento Administrativo, lo que en definitiva no se evidencia haber ocurrido dentro de caso de Autos. Por lo que estos extremos determinan la vulneración al debido proceso administrativo, al no haberse atendido las pretensiones del recurrente y al no haberse averiguado la veracidad de las mismas, dando lugar a su indefensión”.

En consecuencia, queda por demás demostrado que la APS, tenía la obligación de demostrar en los hechos fácticos, como se podría haber controlado de la fuerza de la demanda y ante la omisión de este análisis es evidente que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 621/2013 del 9 de julio de 2013 ha desconocido y fracturado el Principio Administrativo de Verdad Material, establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

Conclusión.

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° (sic) 621/2013 del 9 de julio de 2013, al no haber demostrado al Regulado, la forma de cómo controlar la demanda respecto al SOAT en lo concerniente a la venta a vehículos públicos, en la relación de 3 a 1, ha violentado lo dispuesto por el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo y asimismo, ha obrado en contradicción a lo determinado por la Resolución Ministerial Jerárquica Nro. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 del 24 de junio de 2013, la cual se expone en calidad de jurisprudencia administrativa.

7.5. Obligación de re-análisis sobre condiciones y descargos de primera instancia

Por otra parte, es importante reiterar que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., ha extremado esfuerzos para mantener el porcentaje anteriormente establecido, y en todo caso sus actuaciones están en el marco de lo previsto en el Artículo 13 inciso 1 de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 644-2012 de fecha 22 de agosto de 2012, establece:

Artículo 13 Obligación de las Entidades Aseguradoras autorizadas

Son obligaciones comunes a las Entidades Aseguradoras autorizadas a comercializar el SOAT- 2013, las siguientes:

Vender SOAT a todo propietario o poseedor de vehículos que así lo requieran, cualquiera sea su característica, uso, ocupación o área geográfica donde normalmente circula, **no pudiendo negar la venta del SOAT 2013 a ningún vehículo.**

En consideración al artículo precedente, se debe tomar en cuenta que la Compañía se vio prohibida de negar la venta a automóviles privados que solicitaron la adquisición de SOAT en nuestra Compañía, teniendo la obligación de venderlo por imperio de la normativa establecida en el Art. anteriormente mencionado, siendo de esta forma el Art. 4 inciso c) de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 750 de 21 de septiembre de 2012 contradictoria.

Habiendo discrepancia en las Resoluciones Administrativas anteriormente mencionadas y dada la imposibilidad del cumplimiento de ambas, nos avocamos al Art. 4 inciso h), de la Ley de Procedimiento Administrativo N°2341 que establece lo siguiente:

“4) Jerarquía Normativa: La actividad y actuación administrativa y particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado”.

Sin embargo, nos encontramos ante dos Resoluciones Administrativas que tienen el mismo rango dentro de la pirámide de Kelsen, por lo que fue necesario tomar en cuenta principios generales de Derecho como la no discriminación de nuestros asegurados entre públicos y privados, definiendo no negar la venta del SOAT a ningún cliente que lo pidiera.

Asimismo tomamos en consideración una normativa con mayor jerarquía como es la Ley de Seguros N° 1883, que en su Art. 37 establece lo siguiente:

ESTABLECIMIENTO DEL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRANSITO

Se establece como **obligatorio**, que **todo** propietario de vehículo automotor en el territorio de la República, **sea cual fuere su tipo**, cuente con un seguro de accidentes de tránsito. Dicho seguro será indisputable, de beneficio uniforme, irreversible y su acción será directa contra la entidad aseguradora.

Por lo que sería totalmente contradictorio negar la venta de SOAT al cliente del sector privado. En el entendido de que el espíritu de la normativa del SOAT busca el cumplimiento del Artículo anteriormente mencionado y que se trata de un seguro **OBLIGATORIO**, es política de nuestra compañía coadyuvar con la tarea de masificación de este tipo de seguros, objetivo buscado por nuestra institución en concordancia con las políticas estatales.

Adicionalmente a todo lo anteriormente expuesto, informamos que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A, se encuentra realizando campañas

adicionales para la venta de SOAT al sector público y trabajando para incrementar significativamente el porcentaje de los mismos.

Consideramos que de esta manera no se estaría perjudicando ni causando daño alguno a ningún asegurado, ya sea público o privado ya que la atención de los mismos es igualitaria tanto en servicio como en atención de siniestros. Tampoco se estaría provocando un impacto negativo al Mercado de Seguros.

Conclusión

Por todo lo anteriormente mencionado y considerando que no se habría causado daño alguno al mercado asegurador, ni mucho menos este tipo de actos pueden ser calificados como actuaciones que vayan en desmedro de ninguna persona natural o jurídica; dentro del plazo otorgado en la notificación de cargos, solicitamos pueda considerar todo lo manifestado, al momento de emitir la correspondiente resolución administrativa, desestimando los cargos en el proceso sancionatorio iniciado.

8. Petitorio.

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 46 a 50 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. Revocar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N³ 621/2013 del 9 de julio de 2013, por corresponder en Derecho y por la imposibilidad de penalizar a la empresa, por la confianza y preferencia que deposita el usuario en nuestra cobertura de Seguros SOAT.
2. Proceder a fundamentar y motivar la resolución que resuelva la revocatoria, aplicando el Principio de Verdad Material establecido en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.
3. Se explique, fundamente y motive con amplitud, sobre la forma cómo la entidad aseguradora, podría haber contrarrestados la fuerza de la demanda, sin actuar en forma nociva a nuestros propios intereses y sin afectar el interés público.
4. A los efectos legales que en Derecho nos corresponden, solicito que el recurso se tenga bajo efecto suspensivo, en lo que respecta al resolutivo segundo de la parte resolutive de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N³ 621/2013 del 9 de julio de 2013, en fiel amparo de lo previsto por el artículo 59 parágrafo II de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, en tanto no se ejecutorie la resolución sancionatoria..."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 799-2013 DE 28 DE AGOSTO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 799-2013 de fecha 28 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en Recurso de Revocatoria, resolvió "**CONFIRMAR** la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 621-2013 de 09 de julio de 2013 en todas sus partes", así como declaró el "**No ha lugar** a la suspensión de la aplicación del artículo segundo de la resolución recurrida", siendo los principales argumentos expuestos en la misma, son los siguientes:

"...**CONSIDERANDO:** (...)

1) (Acerca de la "Proporción Obligatoria de Mercado") (...)

Que de manera previa es importante destacar que, es condición sine qua non para la obtención de la Autorización de Comercialización del SOAT que las entidades aseguradoras interesadas cumplan con el Régimen de Autorización.

Que en este entendido el SOAT-gestión 2013 se aprobó mediante Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 644-2012, el 22 de agosto de 2012, habiendo sido debidamente notificada a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. el 23 de agosto de 2012.

*Que dicha resolución determina el procedimiento por el cual las Entidades Aseguradoras pueden acceder a la Autorización de Comercialización del SOAT- 2013 y el artículo 8, en específico, señala la **Proporción Obligatoria de Mercado y Numeración de Rosetas.***

Que es necesario resaltar que el proceso de Autorización de Comercialización del SOAT-2013 concluyó con la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 750-2012, de 21 de septiembre de 2012, notificada a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. el 25 del mismo mes y año; es decir la Aseguradora tomó pleno conocimiento de la Proporción Obligatoria de Mercado que debía cumplir (inciso c) del artículo cuarto de la R.A. 750-2012) en cuanto a la comercialización del SOAT-2013, teniendo el tiempo suficiente para preparar la estrategia comercial y las medidas necesarias para retomar la venta de un seguro que comercializó en las gestiones 2001 a 2008, por lo que afirmar que "es la primera vez que Alianza vende SOAT con esta limitación porcentual y no estaba en sus manos saber que el cumplimiento del punto anteriormente mencionado, sería imposible de alcanzar en la práctica (...)" escapa a cualquier consideración que esta APS pueda estimar.

Que debe recordarse asimismo que como una ventaja para la Entidades Aseguradoras autorizadas y velando por una sana competencia de mercado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS en atención al artículo 13 numeral 5 del Régimen de Adjudicación para la Autorización para la Comercialización del SOAT-2013, comunicó mediante CIRCULAR APS/DS/182-2012 de 28 de noviembre de 2012 que: "(...) se autoriza la comercialización del SOAT 2013 a partir del primer día hábil administrativo del mes de diciembre de 2012, previo

cumplimiento de la normativa reglamentaria vigente, debiendo comunicar a esta Autoridad de Fiscalización la fecha en la que iniciaran la comercialización del SOAT 2013”.

Que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. tenía, al igual que las otras dos aseguradoras participantes en la comercialización, las condiciones necesarias para iniciar una oferta agresiva que le permita cumplir con la Proporción establecida en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 644-2012 de 22 de agosto de 2012 y la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 750-2012 de 21 de septiembre de 2012; sin embargo de acuerdo al primer reporte de comercialización SOAT, emitido por esta Autoridad en base a los Reportes Semanales al 02 de enero de 2013 (reportes que son de conocimiento público y que se encuentran disponibles en la página web de la APS) se evidencia lo siguiente:

Certificados SOAT Vendidos – Gestión 2013				
Al 02 de enero de 2013				
N° de Certificados	Credinform	Illimani	Alianza	TOTAL
Serv. Público	46.911	6.647	769	54.327
Serv. Particular	163.771	20.084	3.718	140.662
Total Nacional	116.860	26.731	4.487	194.989

Que de la tabla anterior se observa que la proporción, de Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., es 1/6 muy por debajo de la proporción fijada en la norma, este indicador debió ser monitoreado por la aseguradora permanentemente a fin de que, en coordinación con su departamento de Producción y Comercialización, se adopten las medidas necesarias para mejorar la situación.

Que hasta este punto es completamente demostrable que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. tenía la información suficiente para cumplir con la Proporción de comercialización SOAT para la gestión 2013.

2) (Acerca de las fuerzas de mercado) (...)

Que entre las fuerzas del mercado, la Demanda, que como bien menciona la Compañía, es exógena a su control y de acuerdo a las preferencias de cada consumidor pueden comportarse de manera sensible o no al cambio de variables trascendentes como el precio o la cantidad; sin embargo no es finalidad de esta Resolución Administrativa explicar el comportamiento de la Demanda del SOAT sino mas bien aclarar que el enfoque con el que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. analiza el comportamiento del mercado de este seguro está errado.

Que evidentemente, si bien existe una fuerza de mercado que es la Demanda, no debe olvidarse su contraparte, la OFERTA, fuerza que en el presente caso, sí puede controlarse a través de diferentes mecanismos que son habilitados por norma, entre

los cuales de acuerdo a la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/Nº 644-2012 pueden mencionarse los siguientes:

- Artículo 11. Agentes Comercializadores del SOAT correspondiente a la gestión 2013. "**Comercialización directa** (el resaltado corresponde a la APS) a través de agentes debidamente registrados en la APS o bajo la figura de oferente casual del régimen especial de seguros de comercialización masiva, que para el caso específico del SOAT podrán poseer relación contractual con la compañía de seguros o corredor de seguros. Sin embargo, se aclara que la comercialización del SOAT no se encuentra inmersa dentro de dicho régimen especial aunque pueda hacer uso de los oferentes casuales autorizados en él".

Los agentes bajo la figura de "oferente casual" podrán comercializar SOAT de la gestión 2013 por el periodo entre el inicio de comercialización SOAT 2013 y el 30 de abril de 2013.

Que debe destacarse que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., tenía toda la posibilidad de potenciar su fuerza de ventas a través de los oferentes casuales SOAT e incrementar su OFERTA al mercado nacional.

- Artículo 13. Obligaciones de la Entidades Aseguradoras autorizadas
"2. Atender ininterrumpidamente en los puntos de venta desde 8:30 hasta las 18:30".

Que la norma transcrita instaura un horario que no es restrictivo ni único, por el contrario determina el horario mínimo de atención, por lo que en función de lo que la Aseguradora pretenda conseguir como meta de mercado, tiene toda la libertad de extender el horario en conformidad al plan de ventas proyectado, lo que indudablemente mejora la oferta en comparación de sus competidores.

"3. Mantener los puntos de venta al menos los 3 primeros meses del año 2013, o bien, hasta alcanzar una penetración en el mercado de al menos dos tercios del parque automotor nacional.

4. Mantener las sucursales, agencias u oficinas de representación en las 9 capitales de departamentos durante todo el año".

Que los dos puntos transcritos dejan entrever que legalmente se mantiene la oferta del SOAT a nivel nacional por al menos 3 meses, lo que significa que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. tenía las herramientas para OFERTAR el SOAT durante los 3 primeros meses con todas las facilidades posibles.

Que a fin de ilustrar el comportamiento de Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., se presenta a continuación la situación del mercado de SOAT a marzo de 2013:

Departamento	Parque Automotor*	N° de Certificados Comercializados por Alianza			Penetración de Mercado**	Penetración de Alianza
		Enero	Febrero	Marzo		
La Paz	309,398	7,560	7,352	2,300	82%	5.6%
Cochabamba	280,349	9,099	11,178	975	75%	7.6%
Santa Cruz	385,149	22,936	5,772	2,241	81%	8.0%
Oruro	72,138	203	49	2	64%	0.4%
Potosí	48,205	901	1,805	109	54%	5.8%
Chuquisaca	48,147	3,194	873	141	75%	8.7%
Tarija	66,793	3,606	890	100	74%	6.9%
Beni	23,406	624	1,036	285	30%	8.3%
Pando	1,194	137	9	4	100%	12.6%
Total general	1,234,779	48,260	28,964	6,157	76%	6.8%

*Nota: Información proporcionada por el Registro Único para la Administración Tributaria Municipal, al 30 de marzo de 2013.

** Nota: Penetración del Total de Mercado a Marzo de 2013.

Que de la tabla anterior se concluye que durante el primer trimestre de la gestión 2013 Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. tuvo una comercialización baja respecto de sus competidores, aun cuando, como se mencionó anteriormente, contaba con todas las facilidades para efectuar una OFERTA activa que le permita lograr su Proporción de Comercialización SOAT. Sin embargo, se debe advertir que a pesar de que pudo OFERTAR el SOAT en departamentos donde la penetración estaba por debajo del 65%, (Oruro, Potosí y Beni), es donde menos penetración reportó, no pudiendo atribuirse tal efecto a la Demanda, toda vez que la misma no fue cubierta al 100%.

3) (Acerca del incumplimiento a la proporción de comercialización del SOAT) (...)

...debe aclararse que la sanción impuesta a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., es por el incumplimiento a la Proporción de Comercialización SOAT determinado en las Resoluciones Administrativas APS/DS/DJ/N° 644-2012 de 22 de agosto de 2012 y APS/DJ/DS/N° 750-2012 de 21 de septiembre de 2012.

Que asimismo queda demostrado que, Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. tenía toda la información disponible para monitorear el cumplimiento de la Proporción de Comercialización SOAT establecida a esta entidad, a través del control de su producción y la coordinación con su departamento de comercialización, ex ante la sanción que esta APS le impuso y de la que es objeto el Recurso de Revocatoria.

4) (Acerca de la fundamentación y motivación de la Resolución impugnada) (...)

...esta APS al expresar sus decisiones, siempre motiva sus resoluciones. Más aun, cuando la norma administrativa exige que la motivación sea **concreta**; esto es, que sea precisa y determinada y eso es lo que caracteriza a la resolución que ahora se

impugna, que evita caer en exposiciones largas y laberínticas, tediosas, que lleven al terreno de la imprecisión y la indeterminación.

Que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 621-2013 de 09 de julio de 2013 expresa la **motivación** exigida por Ley cuando formula el razonamiento del ente regulador al confrontar hechos y normas; hechos como la verificación del no cumplimiento objetivo y material de la venta en la proporción vehículo público-roseta SOAT predeterminada en las normas atinentes, y la confrontación de estos hechos con las normas pertinentes (las resoluciones administrativas 644 y 750 citadas), llegando a una conclusión o juicio de valor producto de esta confrontación que es el incumplimiento del artículo 4.c.) de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 750-2013 de 21 de septiembre de 2012.

Que para comprobar que la APS sí motivó la resolución impugnada, bastará leer la misma y comprender que los tres primeros Considerandos refieren a los hechos ocurridos y los tres Considerandos restantes refieren a la confrontación de estos hechos con las normas acusadas de incumplidas con la conclusión consiguiente (...)

...debe recordarse que en la gestión 2011 la APS (como nuevo regulador del mercado) modificó el Régimen de Adjudicación para la Autorización de Comercialización del SOAT, mediante Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 246 de 19 de agosto de 2011, norma que en su artículo 8 determina la Proporción Obligatoria de Mercado para la gestión 2012 en las mismas proporciones que para la gestión 2013, medida de regulación que hasta el presente caso no había sido incumplida.

5) (Acerca de la discrepancia entre las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N° 644-2012 y APS/DJ/DS/N° 750-2012) (...)

...los cuerpos normativos que la aseguradora señala en ningún momento son contradictorios o contrapuestos, al contrario, son disposiciones complementarias que permiten el equilibrio en la composición de la cartera del SOAT para aquellas entidades aseguradoras que son autorizadas para comercializar este seguro.

Que si bien la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 644 – 2012 señala en su artículo 13, numeral 1, que está expresamente prohibido negar la venta del SOAT a cualquier vehículo que lo requiera, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 750 establece los lineamientos técnicos de proporción que permiten un equilibrio razonable en la composición de cartera del SOAT, en cuanto a la cantidad de vehículos de servicio particular y público.

Que dicho de otra manera, la compañía no puede negar la venta de SOAT absolutamente a ningún vehículo que lo requiera, pero debe efectuar un constante monitoreo a objeto de equilibrar, mediante la oferta, la "relación mínima de venta de SOAT de al menos un (1) vehículo de servicio público por cada tres (3) SOAT vendidos", efecto esperado y comprometido por Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. mediante la carta CITE G. N° 045/2012 de 10 de septiembre de 2012, que a la letra dice:

“Ref. Cumplimiento a las Disposiciones Regulatorias SOAT

Mediante la presente en mi condición de representante legal de Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., en caso de obtener la Autorización de Comercialización SOAT 2013, comprometemos:

1. Dar cumplimiento a todas las disposiciones legales, reglamentarias y regulatorias emitidas y por emitirse correspondientes al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito SOAT (...).”

6) (Acerca del principio de verdad material aplicado en la Resolución recurrida) (...)

...la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 621-2013 de 09 de julio de 2013, en su contenido, se basa en i) hechos verificados (falta de cumplimiento a las proporciones de venta de la roseta SOAT 2013 vs. vehículo público); ii) normas que regulan el extremo individualizado; y iii) en las propias afirmaciones de la regulada (tanto en su carta de descargos como en su memorial de recurso de revocatoria) que admite no haber podido lograr esa proporción. Estas actuaciones son objetivaciones de la **verdad material** contemplada en el artículo 4.d) de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 que superan lo teórico, lo descriptivo y hasta lo subjetivo, escrupulosamente cumplido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

7) (Acerca del cómo se pudo haber contrarrestado la fuerza de la demanda) (...)

...Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., podía haber contrarrestado la fuerza de la demanda, observando los indicadores y haciendo un constante monitoreo de la constitución de la Cartera, implementado y adoptando un programa de OFERTA y/o mercadeo agresivo que le permita cumplir con la proporción de comercialización establecida en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/Nº 644-2012 de 22 de agosto de 2012 y Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750-2012 de 21 de septiembre de 2012.

CONSIDERANDO:

Que respecto del pedido de suspensión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 621-2013 de 09 de julio de 2013, dicho instituto se encuentra previsto en el artículo 40 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 entre cuyos requisitos están el que la resolución de la cual se trate, razonablemente, irroque efecto o perjuicio irreversible, o daño grave al interés general o derechos de terceros. Ninguna de estas posibilidades ha sido invocada por la Aseguradora; en otras palabras, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** no ha sustentado cómo es que el plazo de tres meses contemplado en el artículo segundo de la resolución impugnada le acarrearía perjuicios, limitándose a pedir la “suspensión”, siendo por tanto, inatendible dicha solicitud.

CONSIDERANDO:

Que el conjunto de alegaciones esgrimidos por la recurrente en el presente recurso no enervan ni destruyen los razonamientos cursantes en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 621-2013 de 09 de julio de 2013, por lo que se concluye que la recurrente no ha desvirtuado lo dispuesto en la referida resolución administrativa, correspondiendo confirmar la misma..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por el memorial presentado el 13 de septiembre de 2013, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 799-2013 de 28 de agosto de 2013, expresando lo siguiente:

"...7.1. Análisis unidimensional (sic) de las fuerzas del mercado.

En forma totalmente inusitada el Regulador, al momento de establecer la confirmación de la resolución sancionatoria, efectúa un análisis muy conveniente de un aspecto que en ningún momento fue invocado por la empresa que represento. Me refiero específicamente a que el argumento central esgrimido por la APS, está asociado a una presunta verificación y explicación sobre la **OFERTA** del mercado del SOAT 2013 y cómo supuestamente nos encontramos en condiciones de controlar esta fuerza de mercado, sin embargo, en una revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria, que fue interpuesto en fecha 9 de agosto de 2013, **en ningún momento** acudimos a la fuerza de la Oferta, sino que por el contrario la base de nuestra argumentación esta (sic) vinculada al análisis de la DEMANDA y las imposibilidades fácticas e incluso teóricas que existen para controlar esta fuerza de mercado.

A mayor abundamiento y con el objetivo de demostrar que estábamos en total posesión de la verdad, corresponde poner en su atención que propia (sic) APS nos da la razón en forma **expresa** respecto a la **IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA** de controlar la demanda, lo cual se puede apreciar en el contenido del segundo párrafo de la página 6 de la Resolución Confirmatoria, que expresamente dice:

"Que entre las fuerzas del mercado, la demanda, que como bien menciona la Compañía, es exógena a su control y de acuerdo a las preferencias de cada consumidor pueden comportarse de manera sensible o no al cambio de variables trascendentes como el precio o la cantidad". **(Las negrillas son del abogado que suscribe)**

Como se puede verificar, la APS reconoce y acepta expresamente nuestro argumento, relativo a la imposibilidad de controlar la demanda del mercado, pero luego en forma sorpresiva y violentando el Principio de Congruencia de la Sede Administrativa, procede a ratificar in extenso una resolución no obstante de darnos la razón en el argumento central de la defensa.

En este sentido, correspondía a la APS, que se focalice en argumentar y demostrarnos cómo se podía controlar la demanda en el mercado de la venta del SOAT para la gestión 2013 y no así en la oferta. Resulta tan violatoria, esta omisión de análisis que ciertamente la APS, al no haber realizado fundamentación o motivación sobre este tema, implica la nulidad de la resolución por la flagrante fractura de lo establecido en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

Conclusión

En mérito a lo expuesto queda demostrado que la APS, ha admitido el argumento central esgrimido por nuestra empresa, en sentido de que la DEMANDA del mercado es **incontrolable y exógena** a los esfuerzos que podríamos haber ejercido en el periodo de comercialización del SOAT 2013, y en todo caso a "confesión de parte, relevo de prueba", lo cual implica que el Regulador, debió eliminar el cargo, por la aceptación compartida de que la DEMANDA no puede ser controlada.

7.2. Texto evasivo a momento de analizar argumento de imposibilidad de control sobre demanda.

En esta parte, corresponderá a la Autoridad Jerárquica, el tomar conocimiento de que en nuestro memorial de descargo y de planteamiento de revocatoria se explicó ampliamente que al momento de vender y comercializar los Seguros SOAT, éstos se hallan bajo las fuerzas de mercado influenciados determinadamente por la voluntad de los usuarios, tomando en cuenta adicionalmente que además existe una norma específica que determina la imposibilidad de negar la venta del mismo, tal como se explicará ampliamente en los siguientes puntos del Recurso Jerárquico.

En la verdad material de la venta de los Seguros SOAT, se debe apreciar que los mismos, no son vendidos en una única sucursal o agencia, sino como es de conocimiento público, éstos son comercializados en una multiplicidad de puntos en las ciudades instruidas como mínimas por su misma Autoridad, para lograr una oferta a nivel nacional, en las ciudades mencionadas anteriormente.

Lo expuesto halla un necesario sentido en el contenido del presente Recurso, toda vez que la APS está en la obligación de cumplir con la previsión legal del artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo que establece en forma muy clara y precisa que más allá de la documentación se debe revisar y analizar la propia forma de cómo se han suscitado los hechos y si evidentemente existía forma de que la empresa que represento podría controlar la demanda del mercado.

Como se podrá apreciar, resulta por demás evidente que la APS tiene la obligación conforme la previsión legal anteriormente mencionada de VERIFICAR si realmente se trata de una contravención en la cual exista posibilidades REALES de poder ser controlada por el Administrado, situación que en el presente caso no se produce debido a que resulta MATERIALMENTE imposible el poder controlar las fuerzas del mercado (sic) en lo que respeta a la demanda y la preferencia del usuario en nuestra empresa, lo cierto es que en todo caso se estaría penalizando a la empresa

por la confianza que el usuario deposita en nosotros, lo cual va en contrasentido incluso a las previsiones establecidas en el artículo 37 de la Ley Nro. 1883.

Lamentablemente no obstante esta serie de argumentos sobre DEMANDA que fueron expuestos en el recurso de primera instancia administrativa, éstos no han sido considerados en forma diligente, al respecto, de toda la fundamentación expuesta por nuestra empresa, la APS en relación a la DEMANDA, ésta se ha limitado ha (sic) manifestar los siguiente (sic):

“...sin embargo no es finalidad de esta resolución administrativa explicar el comportamiento de la DEMANDA del SOAT, sino más bien aclarar que el enfoque con el que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. analizar el comportamiento del mercado está errado”. (Las negrillas son del abogado que suscribe)

Como se puede apreciar, de toda la argumentación de DEMANDA que ha sido de conocimiento de la APS a través de la revocatoria, dicha entidad pública se ha limitado a dedicarle únicamente dos líneas, tal como se aprecia de la redacción del párrafo segundo de la página 6 de la resolución ratificatoria, anteriormente expuesto (sic). Como se puede apreciar el dedicarle dos líneas al análisis de la DEMANDA ciertamente hace que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 799-2013 del 28 de agosto de 2013 padezca de falta de fundamentación y motivación.

Nuevamente corresponde poner en atención la siguiente base jurisprudencial:

Que, siendo evidente que un rasgo de la norma es su carácter finalista, tampoco se puede negar que dicha norma (en abstracto) es también de medios, pues la norma, aunque persigue la paz social, en sí misma es un medio pues del cumplimiento de sus preceptos depende su realización teleológica; ergo, si la norma establece procedimientos, ritos y condiciones y plazos, éstos están para cumplirlos ya que sus incumplimientos acarrearían que, en definitiva, el fin no sería realizable o objetable, Los plazos importan, los ritos importan, las condiciones aceptadas importan, e importan los procedimientos y requisitos. Si sólo importase el tiempo o plazo del cumplimiento (la brevedad, para usar los términos de la Aseguradora) de las norma, las mismas, carecerían de sustancia y objetivo.

Que en adición, el cumplimiento de los requisitos determinados en las normas relación hace a la seriedad y construcción de institucionalidad en nuestra sociedad, donde tanto regulados como reguladores son actores esenciales; ergo, el incumplimiento de obligaciones (por parte de Alianza COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. EMA.) importan potenciales perjuicios en los aspectos previsionales de la ocurrencia de siniestros.

En este sentido, ante la inexistencia de fundamentación en los pronunciamientos emitidos por la APS, se puede observar la evidente contravención del artículo 28 inciso e) de la Ley del Procedimiento Administrativo¹, y la violación al debido proceso

y al derecho a la defensa conforme se puede evidenciar de la línea jurisprudencial que se describe a continuación:

(¹ "ARTICULO 28º.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativo).- Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes: (...)

e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y, (...)"

La Sentencia Constitucional 1369/2001-R de 19 de diciembre, que señaló que toda resolución:

"...debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omita la motivación de una Resolución, no solo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho [debido proceso] que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión..."

Asimismo, la Sentencia Constitucional 1810/2011-R de 07/11/11 que establece:

"En este ámbito, la uniforme jurisprudencia emitida por este Tribunal ha señalado reiteradamente que: "... las resoluciones que emiten las autoridades judiciales y administrativas deben exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de esas resoluciones. Este deber de fundamentación, se vincula tanto con la garantía del debido proceso como con el derecho a la seguridad jurídica..." (SC 0600/2004-R de 22 de abril).

En la SC 2017/2010-R de 9 de noviembre, menciona que: *"...el Tribunal Constitucional se ha pronunciado con anterioridad, por la que resulta conveniente evocar los precedentes por su contundencia. Así, la SC 0752/2002-R de 25 de junio, recogiendo el entendimiento contenido en la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre, señaló que toda resolución "...debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente **cuando un Juez omita la motivación de una Resolución, no solo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho (debido proceso)** que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión..."*

“Del mismo modo, la SC 1365/2005-R de 31 de octubre, que imperativamente señaló, que **cuando las resoluciones no están motivadas “...y se emite únicamente la conclusión a la que ha arribado el juzgador, son razonables las dudas del justiciable en sentido de que los hechos no fueron juzgados conforme a los principios y valores supremos,** vale decir, no se le convence que ha actuado con apego a la justicia, por lo mismo se le abren los canales que la Ley Fundamental le otorga para que en búsqueda de la justicia, acuda a este Tribunal como contralor de la misma, a fin de que dentro del proceso se observen sus derechos y garantías fundamentales...”

Asimismo, la SSCC No. 012/2002-R de 09 de enero de 2002 emitido por el Tribunal Constitucional, señala:

“...Que, la **motivación de las decisiones, es una obligación indispensable,** lo que importa que **las autoridades judiciales o administrativas deben fundar en derecho sus decisiones a objeto de que los administrados o procesados puedan impugnar o propugnar la decisión; al no cumplir con esta exigencia de la Ley, los colocan en una situación de indefensión.** Que la falta de motivación de un fallo importa **no sólo el desconocimiento de las normas que rigen todo proceso, sino también la falta de cuidado, negligencia y dejadez, lo cual resulta intolerable...**”.

Conclusión

En ese sentido, queda demostrado que la motivación y fundamentación de una resolución sancionatoria como la expuesta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 799-2013 del 28 de agosto de 2013, no puede estar sustentada en DOS LINEAS que intentar analizar una problemática de tal grado de dificultad, en relación a la comercialización de los Seguros SOAT y la absoluta improcedencia de que se sancione a la empresa, por causales de fenómenos económicos de mercado.

7.3. Imprecisiones y contradicciones de la Resolución Ratificatoria

La Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 799-2013 del 28 de agosto de 2013, en su contenido explicativo incurre en una serie de contradicciones e imprecisiones que la tornan en incompleta, es incompresible, con lo cual se fractura el principio de transparencia establecido en el artículo 5 inciso a) del Reglamento de Responsabilidad por la función Pública, aprobado por Decreto Supremo Nro. 23318-A y modificado por los Decretos Supremos Nros. 26237, 26319, 28003, 28010, 29536 y 29820, el cual dispone:

Artículo 5.- (TRANSPARENCIA). Base de la credibilidad de los actos de los servidores públicos involucra la generación de información, útil oportuna confiable y verificable...” (sic) **(Concordante con el artículo 232 y 235 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia).**

Como se podrá apreciar la normatividad de orden público y de aplicación obligatoria por parte de todos los servidores públicos, es totalmente clara al manifestar que la APS, tendría que emitir una resolución que pueda ser comprensible (sic) y además que cumpla con el requisito de verificabilidad, lo cual implica que todo cuanto expone debe ser acompañado de la evidencia suficiente, pertinente y competente que la respalde.

A este efecto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 799-2013 del 28 de agosto de 2013, contiene imprecisiones como las que se detallan a continuación:

1. La resolución ratificatoria se focaliza en esgrimir como base de su confirmación resaltando el proceso de Autorización de Comercialización, el cual concluyó con la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ 750/2012 del 21 de septiembre de 2012, donde se establece que debíamos preparar una estrategia comercial y las medidas necesarias para retomar la venta de un seguro que se comercializa desde la gestión 2001, pero en ningún momento la resolución se pronuncia en lo absoluto en la forma cómo las condiciones del mercado fueron cambiando desde dicha gestión o en su caso si existe algún elemento o instrumento por el cual se puede garantizar el comportamiento del mercado, más aún cuando incluso existe una clara segmentación del mercado, donde la concentración de la venta del SOAT a vehículos públicos esta (sic) en otra empresa aseguradora.
2. El hecho de que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 799-2013 del 28 de agosto de 2013, en su página 4 parágrafo 5, aluda que no existió una estrategia de comercialización preparatoria es falsa, debido a que ciertamente, incluso con la extrema limitación de tiempo, nuestra empresa, preparó una estrategia de comercialización, la cual tiene como factor distorsionante a la DEMANDA del mercado, aspecto que la resolución se reusa (sic) a analizar, debido a que es precisamente en ese escenario donde no existe ningún tipo de responsabilidad.
3. En la página 5 parágrafo segundo, la APS en total inconsistencia regulatoria, sustenta la presunta contravención en el hecho de Alianza debió iniciar una **ESTRATEGIA AGRESIVA**, pero de la revisión de todos los antecedentes normativos que rige la actividad de seguros, no existe ninguna definición sobre ESTRETEGIA (sic) AGRESIVA, lo cual implica que a (sic) no existir dicha definición, no puede ser tomada en cuenta para sustentar una sanción, tal como expresamente lo dispone el artículo 72 de la Ley nro. (sic) 2341 de Procedimiento Administrativo².

(² ARTÍCULO 72°.- (Principio de Legalidad).-

Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables.)

Conclusión

En mérito a lo expuesto resulta evidente que (sic) Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 799-2013 del 28 de agosto de 2013, no ha dado cumplimiento a las previsiones

legales establecidas en los artículos 71 a 78 de la Ley nro. (sic) 2341 de Procedimiento Administrativo, por lo cual corresponde la revocatoria total de dicho pronunciamiento emitido por la ASP.

7.4. Fundamentación Técnica

Luego de aclarar que la Resolución Administrativa en cuestión erróneamente basa sus argumentos en la OFERTA de mercado, pasamos a demostrar que técnicamente esos argumentos adolecen de toda lógica de acuerdo al siguiente análisis:

- 1) **APS, en la pg. 4 de la Resolución Administrativa 799/2013, establece que** “Es necesario resaltar que el proceso de Autorización de Comercialización del SOAT-2013 concluyo con la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750-2012, de 21 de septiembre de 2012, notificada a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. el 25 del mismo mes y año: es decir la Aseguradora tomo (sic) pleno conocimiento de la Proporción Obligatoria de Mercado que debía cumplir (inciso c) del artículo cuarto de la R.A. 750-2012) en cuanto a la comercialización del SOAT-2013, teniendo el tiempo suficiente para preparar la estrategia comercial y las medidas necesarias para retomar la venta de un seguro que comercializo (sic) en las gestiones 2001 a 2008, por lo que afirmar que "es la primera vez que Alianza vende SOAT con esta limitación del punto anteriormente mencionado, sería imposible de alcanzar en la práctica escapa a cualquier consideración que esta APS pueda estimar.”

Al respecto cabe hacer notar que APS no ha tomado en cuenta que en las gestiones 2001 a 2008, no existía una obligatoriedad en cuando (sic) a los porcentajes de venta entre públicos y privados, aspecto por el cual somos hoy sujetos a sanción y que la APS muy convenientemente omite analizar a la hora de emitir sus argumentos.

- 2) **Por otro lado, APS establece** “Que debe recordarse asimismo que como una ventaja para la Entidades Aseguradoras autorizadas y velando por una sana competencia de mercado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS en atención al artículo 13 numeral 5 del Régimen de Adjudicación para la Autorización para la Comercialización del SOAT-2013, comunico mediante CIRCULAR APS/DS/182-2012 de 28 de noviembre de 2012 que: se autoriza la comercialización del SOAT 2013 a partir del primer día hábil administrativo del mes de diciembre de 2012, previo cumplimiento de la normativa reglamentaría vigente, debiendo comunicar a esta Autoridad de Fiscalización la fecha en la que iniciaran la comercialización del SOAT 2013.”

“Que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. tenía, al igual que las otras dos aseguradoras participantes en la comercialización, las condiciones necesarias para iniciar una oferta agresiva que le permita cumplir con la Proporción establecida en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/Nº 644-2012 de 22 de Agosto de 2012 y la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750-2012 de 21 de Septiembre de 2012

En este punto es de vital importancia informar que, contrario a lo que APS menciona la Resolución Administrativa a la que hacen referencia, perjudicó de sobremanera el desenvolvimiento comercial de Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., ya que en años anteriores, la autorización de comercialización se daba el 15 de diciembre y en base a ese dato es que se elaboró el cronograma de trabajo, sin embargo, en esta gestión, el Ente Regulador definió autorizar la comercialización del SOAT 2013, a partir del primer día hábil del mes de diciembre de 2012. Desde el punto de vista estratégico - comercial es muy difícil tener una reacción rápida ante tal eventualidad, ya que se debía contar con material logístico, kioscos, permisos, sistemas, facturas, propaganda, folletería etc. 15 días antes del cronograma establecido.

- 3) **Adicionalmente, APS en la página 6 de la Resolución Administrativa que analizamos, sigue haciendo hincapié en LA OFERTA,** fuerza de mercado que si puede controlarse a través de diferentes mecanismos que son habilitados por norma y ejemplifica la comercialización directa a través de agentes debidamente registrados en la APS o bajo la figura de oferente casual del régimen especial de seguros de comercialización masiva, que para el caso específico del SOAT podrán poseer relación contractual con la compañía de seguros o corredor de seguros. Sin embargo, aclarar que la comercialización del SOAT no se encuentra inmersa dentro de dicho régimen especial aunque pueda hacer uso de los oferentes casuales autorizados en él”.

Los agentes bajo figura de “oferente casual” podrán comercializar SOAT de la gestión 2013 por el período entre el inicio de comercialización SOAT 2013 y el 30 de abril de 2013.

Que debe destacarse que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., tenía toda la posibilidad de potenciar su fuerza de ventas a través de los oferentes casuales SOAT e incrementar su OFERTA al mercado nacional.

- Artículo 13. Obligaciones de las Entidades Aseguradoras autorizadas “2. Atender ininterrumpidamente en los puntos de venta desde 8:30 hasta las 18:30”.

Que la norma transcrita instaura un horario que no es restrictivo ni único, por el contrario determina el horario mínimo de atención, por lo que en función de lo que la Aseguradora pretenda como meta de mercado, tiene toda la libertad de extender el horario en conformidad al plan de ventas proyectado, lo que indudablemente mejora la oferta en comparación de sus competidores.

“3. Mantener los puntos de venta al menos los 3 primeros meses del año 2013, o bien, hasta alcanzar una penetración en el mercado de al menos dos tercios del parque automotor nacional.

4. Mantener las sucursales, agencias u oficinas de representación en las 9 capitales de departamentos durante todo el año”.

Que los dos puntos transcrito (sic) dejan entrever que legalmente se mantiene la oferta del SOAT a nivel nacional por al menos 3 meses, lo que significa que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. tenía las herramientas para OFERTAR el SOAT durante los 3 primeros meses con todas las facilidades posibles."

Igualmente APS inserta una tabla de la cual concluye que durante el primer trimestre de la gestión 2013 Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. tuvo una comercialización baja respecto de sus competidores, aun cuando, como se menciona (sic) anteriormente, contaba con todas las facilidades para efectuar una OFERTA activa que le permita lograr su Proporción de Comercialización SOAT. Sin embargo, se debe advertir que a pesar de que pudo OFERTAR el SOAT en departamentos donde la penetración estaba por debajo del 65%, (Oruro, Potosí y Beni), es donde menos penetración reporto, no pudiendo atribuirse tal efecto a la Demanda, toda vez que la misma no fue cubierta al 100%."

Al respecto es de vital importancia hacer notar que ninguno de los argumentos emitidos por APS, desvirtúan el hecho de que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., no estaba en condiciones de controlar el **PORCENTAJE**, entre los vehículos del servicio público y el privado, motivo por el cual estamos siendo sujetos a sanción. Tener una penetración baja no implica un incumplimiento de normativa y tampoco tiene relación con la cantidad de públicos o privados que se logre vender.

Conclusión.-

En mérito a lo expuesto queda demostrado que es jurídica, técnica y administrativamente imposible controlar la DEMANDA ya que se trata de un factor externo, como el cumplimiento de la proporción establecida normativamente depende de ambas fuerzas de mercado, por ello los argumentos emitidos por APS no desvirtúan los hechos y no pueden ser considerados como válidos para sustentar una sanción administrativa, en tanto no pueda demostrar la forma cómo se puede controlar la DEMANDA, tal como lo dispone el Principio de Verdad Material, establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica Nro. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 del 24 de junio de 2013³.

(³ No obstante y como se dice en el numeral 2.3. ante las defensas concretas planteadas por "...", su consideración no debió limitarse a la simple exposición de argumentos teóricos, sino que dado lo objetivo de las mismas, debe ameritar la verificación material que exige la norma del artículo 4" incisos d) de la Ley Nro. 2341 de procedimiento (sic) Administrativo, lo que en definitiva no se evidencia haber ocurrido dentro de caso de Autos. Por lo que estos extremos determinan la vulneración al debido proceso administrativo, al no haberse atendido las pretensiones del recurrente y al no haberse averiguado la veracidad de las mismas, dando lugar a su indefensión")

8. Petitorio.

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 66 y 68 de la Ley

Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con los artículos 52 a 60 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 del 15 de septiembre de 2003 solicito:

1. *REVOCAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 799- 2013 del 28 de agosto de 2013, toda vez que dicha resolución no cumple con la previsión establecida en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, en lo relativo a la obligación de fundamentación realizando explicaciones sesgadas y parciales en relación a los argumentos expuestos en la revocatoria.*
2. *En mérito a lo establecido en el artículo 16 inciso a) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, respetuosamente solicitamos que en la instancia jerárquica se proceda a realizar una revisión exhaustiva de la Verdad Material en el AMBIENTE TÉCNICO que fue expuesta en el presente recurso jerárquico en contra de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 799-2013 del 28 de agosto de 2013.*
3. *Conforme lo previsto en el artículo 55 párrafo II del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 27175, solicito a su Autoridad que habiendo cumplido con todos los requisitos establecidos en la normatividad procedimental, se proceda a la admisión del presente Recurso Jerárquico y se emita el consecuente Auto de Admisión.*
4. *Se pronuncie expresamente si las condiciones, fácticas, materiales, cualitativas y cuantitativas respecto al proceso de Autorización de Comercialización del SOAT 2013, relativas a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 750-2012 del 21 de septiembre de 2012, son las mismas que las del 2001 al 2008, tal como alude en el contenido de su resolución de conformación (sic) (Pág. 4 de 12).*
5. *Se pronuncie expresamente los motivos por los cuales se acude convenientemente a un análisis **UNIDIMENCIONAL** (sic) de la Oferta, y no así a la DEMANDA, tal como fuera explicado y fundamentado en el Recurso de Revocatoria y no general (sic) ningún análisis de la forma cómo se puede controlar las fuerzas del mercado en lo relativo a la DEMANDA.*
6. *A efectos del cumplimiento del Principio de Verdad Material, la APS en forma totalmente insostenible manifiesta que las FUERZAS DEL MERCADO podrían haber sido controladas a través de los OFERENTES CASUALES, pero no genera ningún tipo de información o dato estadístico, numérico, probabilístico, etc. por el cual se pueda DEMOSTRAR que el acudir a esta tipología de cliente, podría haber nivelado el mercado al nivel en lo relativo a la demanda, motivo por el cual corresponde que se manifieste en detalle ya que de lo contrario estaría ingresando en "falta y carencia de fundamentación".*

7. Se pronuncié sobre la suficiente (sic) de que el copiar tres párrafos en la resolución de revocatoria, implica una motivación COMPLETA de su acto administrativo, tal como lo dispone en su párrafo segundo de la página 9 de la resolución de confirmación.
8. Reitera la aplicación de la causal de suspensión de los efectos de la resolución, toda vez que existe plena identidad con los preceptos establecidos en el artículo 59 párrafo II de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, toda vez que la subsunción es perfecta en relación al perjuicio grave para el recurrente..."

7. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN.-

Toda vez que en la parte de petitorio, numeral 8, del Recurso Jerárquico supra citado, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** solicitó "la aplicación de la causal de suspensión de los efectos de la resolución" y en atención a que sobre ello se pronunció el artículo tercero del Auto de 19 de septiembre de 2013, en sentido de intimársele a presentar la fundamentación que haga al efecto o perjuicio irreversible referido por el artículo 40º, párrafo I, del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la recurrente hizo presente, en fecha 26 de septiembre de 2013, el memorial con la suma "REITERA EFECTO SUSPENSIVO", por el que deja constancia de los extremos siguientes:

"...en forma respetuosa debo invocar ante su autoridad lo establecido en el artículo 59 lo siguiente:

ARTICULO 59º.- (Criterios de Suspensión).-

- I. *La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado.*
- II. *No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano administrativo competente para resolver el Recurso, podrá suspender la ejecución del acto recurrido, de oficio o a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante.*

En ese sentido, como Ud. podrá apreciar, el hecho de que la Autoridad me obligue a la transferencia de cartera, tal como fuera establecido ilegalmente por la APS, conlleva en si misma un grave perjuicio, toda vez que al trasferir cartera estaríamos transfiriendo el riesgo en forma simultánea, pero en todo caso, si nuestra pretensión fuese declarada procedente en dicha instancia jerárquica, se tendría nuevamente que realizar una retransferencia, la cual es altamente burocrática, genera costo operativos importantes y principalmente podría conllevar a confusiones a los usuarios y beneficiarios, todo ello con un alto grado de afectación reputacional en nuestra contra, lo cual se traduce en el perjuicio, que está preservado en el párrafo II del artículo 59 de la Ley Nro. 2341, anteriormente citado.

En ese sentido, consideramos que la transferencia de cartera, y la determinación de "no ha lugar" contenido en el punto tercero de la providencia del 19 de septiembre

de 2013, emitido por su Autoridad (sic), es altamente nocivo.

Es por ello, que reiteramos nuestra solicitud de aplicación de Criterio de Suspensión y por corresponder en Derecho el Recurso Jerárquico sea tramitado efecto (sic) SUSPENSIVO, toda vez que la transferencia de cartera en lo principal, contenido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 799-2013 del 28 de agosto de 2013, es altamente perjudicial a los intereses y derechos de Alianza y queda fundamentada en el contenido del presente memorial.

Es cuanto se solicita en fiel amparo de lo previsto en el artículo 16 inciso a) de la Ley Nro. 2341, artículo 59 p. II y el artículo 40 parágrafos I y II del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 27715..."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/JTS/N° 750 de 21 de septiembre de 2012, se autorizó la comercialización del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito correspondiente a la gestión 2013, a favor de las empresas Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., Seguros Illimani S.A. y **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.**; en consecuencia, para la última nombrada -ahora recurrente- y por la misma norma, se estableció que:

"...4. En concordancia con la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 644-2012 de 22 de agosto de 2012, instruir a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., Seguros Illimani S.A. y Alianza Compañía de Seguros (sic) S.A. E.M.A., comercializar el SOAT-2013 en la siguiente proporción: (...)

c. Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. deberá mantener la siguiente proporción:

Relación mínima de ventas SOAT de al menos 1 (un) vehículo de servicio público por cada 3 (tres) SOAT vendidos. El margen de error máximo tolerable a esta proporción del 2% (dos por ciento) respecto del número total de SOAT comercializados a la fecha de evaluación..."

Posteriormente y conforme sale del informe APS/DS/JTS/661/2013 de 13 de mayo de 2013, como efecto de la primera "EVALUACIÓN DE LA COMERCIALIZACIÓN SOAT 2013, A MARZO 2013", se concluyó que **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** *"no cumple con la proporción establecida para la comercialización del SOAT 2013, de acuerdo con lo establecido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 750 de 21 de septiembre de 2012"*.

Por efecto de lo anterior y sustanciado previamente el procedimiento inherente a la notificación del cargo, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 621-2013 de 9 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió sancionar a **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** con una multa equivalente en bolivianos, a ochenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (80.000 UFV's), por incumplir el artículo 4°, inciso c) de la precitada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 750-2012, subsumiendo su conducta concreta, a lo dispuesto en el artículo 16°, párrafo II, de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003; asimismo, por el artículo segundo de la misma Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 621-2013, se le instruyó que, en aplicación del párrafo tercero del artículo 5° de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 750-2012 de 21 de septiembre de 2012, la obligación de regularizar la proporción establecida en la norma, en el plazo de tres meses.

Corridos los trámites que hacen al proceso recursivo, entonces mediando Recurso de Revocatoria, la Autoridad Reguladora emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 799-2013 de fecha 28 de agosto de 2013, confirmatoria de la anterior, por la que además resolvió no dar lugar a la solicitud de suspensión de la aplicación del artículo segundo de la resolución primero recurrida, determinando de parte de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.**, la interposición del Recurso Jerárquico que a continuación pasa a analizarse y resolverse.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Antinomia de las normas referidas al tema.-

El Recurso Jerárquico que ahora se analiza, hace referencia a cuatro agravios específicos (expresados en sus numerales del 7.1 al 7.4, conforme lo supra relacionado), más todos ellos de origen común, este es, el señalado en la nota AG-SOAT-AA-003/2013 de 26 de junio de 2013 (sobre descargos presentados **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.**), y que a la letra señala:

"...consideramos de extrema importancia tomar en cuenta que existe una contradicción en la normativa emitida por su Autoridad, ya que el Artículo 13 inciso 1 de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 644-2012 de fecha 22 de agosto de 2012, establece lo siguiente:

Artículo 13 Obligación de las Entidades Aseguradoras autorizadas

Son obligaciones comunes a las Entidades Aseguradoras autorizadas a comercializar el SOAT-2013, las siguientes:

1) Vender SOAT a todo propietario o poseedor de vehículos que así lo requieran, cualquiera sea su característica, uso, ocupación o área geográfica donde normalmente circula, no pudiendo negar la venta del SOAT 2013 a ningún vehículo.

En consideración al Artículo precedente, se debe tomar en cuenta que la Compañía se vio prohibida de negar la venta a automóviles privados que solicitaron la adquisición de SOAT en nuestra Compañía, teniendo la obligación de venderlo por imperio de la normativa establecida en el Art. anteriormente mencionado, siendo de esta forma el Art. 4 inciso c) de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750 de 21 de septiembre de 2012 contradictoria...”

Ahora, tenidos en cuenta los alegatos del Recurso Jerárquico de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.**, sinópticamente se los puede resumir de la siguiente manera:

1. Cuando la recurrente expresa que la Autoridad recurrida ha realizado un análisis unidimensional de las fuerzas del mercado, limitado sólo a la oferta y sin tener en cuenta la demanda (numeral 7.1 del Recurso), está justificando su obligación de no poder negar la venta por influjo de la demanda existente, conforme lo dispone el artículo 13º, inciso 1, de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 644-2012 de fecha 22 de agosto de 2012.
2. Cuando la recurrente aqueja que la Resolución recurrida contiene un “*Texto evasivo a momento de analizar argumento de imposibilidad de control sobre demanda*” (numeral 7.2), obviamente está poniendo nuevo énfasis en la misma obligación precitada.
3. Cuando el Recurso Jerárquico acusa unas “*Imprecisiones y contradicciones de la Resolución Ratificatoria*” (numeral 7.3), lo hace -conforme al tenor de su varias consideraciones- en función de la estrategia de comercialización a la que ha hecho referencia la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en sus resoluciones recurridas, estrategia que tiene que ver con la contraposición existente entre oferta y demanda, trasciende nuevamente a su obligación de no poder negar la venta conforme a la demanda existente, conforme lo dispone el artículo 13º, inciso 1, de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 644-2012 de fecha 22 de agosto de 2012.
4. Por último, cuando la recurrente extraña una “*Fundamentación Técnica*” en la posición de la recurrida (numeral 7.4), hace mención tanto a los procesos de comercialización como a las fuerzas de mercado, entre oferta y demanda, que influyen en la compraventa de SOAT, lo que tiene que ver, como en todos los casos, con el cumplimiento a la disposición del artículo 13º, inciso 1, de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 644-2012 de fecha 22 de agosto de 2012, aquella que establece que:

“...Artículo 13 Obligación de las Entidades Aseguradoras autorizadas

Son obligaciones comunes a las Entidades Aseguradoras autorizadas a comercializar el SOAT-2013, las siguientes: (...)

1) Vender SOAT a todo propietario o poseedor de vehículos que así lo requieran, cualquiera sea su característica, uso, ocupación o área geográfica donde normalmente circula, no pudiendo negar la venta del SOAT 2013 a ningún vehículo..."

Disposición que no puede ser interpretada en un sentido únicamente garantista a favor del universo de asegurados del SOAT, sino que, en su sentido activo, resulta unívoco en cuanto al carácter taxativo e imperativo, en este caso favorable a la ahora recurrente, que emerge de la existencia cierta y determinada de oferta, la cual no puede dar lugar sino, a la comercialización, sin que ello pueda estar sujeto a la proporcionalidad que establece el artículo 4º, inciso c), de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750 de 21 de septiembre de 2012, cuyo incumplimiento se ha sancionado dentro del presente proceso.

En tal sentido, resultan evidentemente contrapuestas las disposiciones señaladas: el artículo 13º, inciso 1, de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 644-2012 de fecha 22 de agosto de 2012, y la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750 de 21 de septiembre de 2012, contradicción que ha sido alegada permanentemente alegada por **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** a lo largo de todo el proceso, aunque sin la necesaria claridad que importa el haber recurrido a los justificativos de sus descargos, antes que haber hecho incidencia a los descargos mismos, circunstancia que no desvirtúa el hecho señalado, de existir dentro el caso una contradicción, emergente de la normativa, entre aquella sobre la que se pretende la sanción, y la otra en la que se ampara la recurrente.

Ahora bien; de la revisión de los obrados que corresponden al presente proceso, sancionatorio primero, recursivo después, se establece que no obstante la mención expresa y precisa del extremo controvertido señalado (conforme se ha visto), la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha obviado su consideración, evaluación y sustanciación, dejando el extremo irresoluto y manteniendo de esa manera, un conflicto de relevancia jurídica firme, vigente y subsistente hasta el presente, influyendo necesariamente en la generalidad de cuestiones que han hecho al de la litis, y determinando, como no puede ser de otra manera, la decisión que consta en la parte resolutive de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Sin perjuicio de ello y ante determinados extremos alegados por la **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.**, son pertinentes las aclaraciones que se expone en los numerales siguientes:

2.2. Trascendencia de la fuerza de mercado demanda, como descargo de la recurrente.-

Es necesario traer a colación, una vez más, la normativa que establece la autorización para la comercialización del SOAT de la gestión 2013, la cual se encuentra establecida en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750-2012 de 21 de septiembre de 2013, en sus artículos pertinentes:

"...ARTÍCULO 4.- En concordancia con la Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 644-2012 de 22 de agosto de 2012, instruir a Seguros y Reaseguros Credinform

International S.A., Seguros Illimani S.A. y Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., comercializar el SOAT - 2013, en la siguiente proporción: (...)

c) Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. deberá mantener la siguiente proporción:

- Relación mínima de ventas SOAT de al menos 1 (un) vehículo de servicio público por cada 3 (tres) SOAT vendidos. El margen de error máximo tolerable a esta proporción del 2% (dos por ciento) respecto del número total de SOAT comercializados a la fecha de evaluación.

ARTÍCULO 5.- Instruye a las tres Entidades Aseguradoras autorizadas para comercializar el SOAT 2013, cumplir con lo establecido en la Resolución Administrativa APS/DS/DJ N° 644-2012 de 22 de agosto de 2012 y en el artículo anterior de la presente resolución.

El incumplimiento a las proporciones establecidas será sancionado de la siguiente manera:

Con el límite superior (80.000 UFV) de las infracciones leves establecidas en el párrafo 2 del artículo 16 del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, cuando la evaluación se realice al primer trimestre del año 2013. Independientemente de esta sanción, es obligación de la Entidad Aseguradora regularizar la proporción obligatoria dentro de los tres siguientes meses a la evaluación (El subrayado en inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La inmediata cesión de cartera excedente de vehículos de servicio privado no siniestrados, cuando la evaluación se realice al primer semestre del año 2013.

Para la sesión de cartera no se tomará en cuenta el margen de error establecido" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Cabe hacer notar que, el cargo efectuado por la Autoridad Reguladora a la recurrente fue por incumplimiento al artículo 4º, inciso c), de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750-2012, al haber comercializado, al 31 de marzo de 2013, dos vehículos de servicio público por cada siete SOAT vendidos, cuando la relación establecida es de un vehículo público por cada tres SOAT vendidos, habiendo generado un margen de error del 4,7%, y superando el margen dispuesto por la normativa que es de 2%.

Como se puede observar, el cargo fue por el incumplimiento a una relación numérica de SOAT vendidos para transporte público contra SOAT vendidos para vehículos particulares. Si bien dicha relación es producto de la oferta y de la demanda dentro del mercado del referido seguro automotor, esto simplemente es referencial, por cuanto, para una empresa de seguros (como **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA**

E.M.A.), bien pudo considerar, antes de obligarse mediante la firma de un contrato, la imposibilidad de controlar la fuerza de mercado *demanda*, como un factor que puede impedir o influir en el cumplimiento de la relación normada; entonces, la recurrente debió de haberlo considerado con carácter previo a su participación activa.

En este sentido, la autorización para la venta de SOAT gestión 2013 deviene de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/Nº 644-2012 de 22 de agosto de 2012 y complementada con la Resolución APS/DJ/DS/Nº 750-2012 de 21 de septiembre de 2012, las mismas que (según señala la Autoridad reguladora) fueron notificadas oportunamente.

El artículo 8º de la primera de las nombradas, hace referencia a la *Proporción Obligatoria de Mercado y Numeración de Rosetas*, es decir que antes o al momento de presentar su propuesta para la comercialización de SOAT para la gestión 2013, la ahora recurrente conocía de las tres relaciones numéricas que, eventualmente, tendría que cumplir si es que se le adjudicaba tal comercialización, como en definitiva sucedió.

Asimismo, cuando en fecha 25 de septiembre de 2012 se le notificó con la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750-2012 de 21 de septiembre de 2012, asumió conocimiento de dichos porcentajes, más específicamente a su caso concreto, por cuanto el artículo 4º, inciso c), de la misma Resolución, establece:

"...Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. deberá mantener la siguiente proporción:

- *Relación mínima de ventas SOAT de al menos 1 (un) vehículo de servicio público por cada 3 (tres) SOAT vendidos. El margen de error máximo tolerable a esta proporción del 2% (dos por ciento) respecto del número total de SOAT comercializados a la fecha de evaluación..."*

Es decir que, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** conocía, con suficiente anticipación el marco legal al que estaba sujeta la autorización que le otorgó la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, para la comercialización del SOAT.

Debe tenerse en cuenta que, el proceso de Autorización de Comercialización del SOAT 2013, concluyó con la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750-2012 de 21 de septiembre de 2012, notificada a **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** el 25 de septiembre de 2012, la que por ello, tomó pleno conocimiento de la Proporción Obligatoria de Mercado que debía cumplir por imperio del artículo cuarto de la Resolución señalada, teniendo el tiempo suficiente para preparar la estrategia comercial y las medidas necesarias para la venta de un seguro que ya antes había comercializado, en las gestiones 2001 a 2008.

Por tanto, la ahora recurrente sabía, al inicio de la comercialización, cuál era la relación de

ventas de SOAT (entre vehículos de servicio público y de transporte privado), que debía cumplir; la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 799-2013, señala que:

“...de acuerdo al primer reporte de comercialización SOAT, emitido por esta Autoridad en base a los Reportes Semanales al 02 de enero de 2013 (reportes que son de conocimiento público y que se encuentran disponibles en la página web de la APS) se evidencia lo siguiente:

Certificados SOAT Vendidos – Gestión 2013				
Al 02 de enero de 2013				
N° de Certificados	Credinform	Illimani	Alianza	TOTAL
Serv. Público	46.911	6.647	769	54.327
Serv. Particular	163.771	20.084	3.718	140.662
Total Nacional	116.860	26.731	4.487	194.989

Que de la tabla anterior se observa que la proporción, de Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., es 1/6 muy por debajo de la proporción fijada en la norma, este indicador debió ser monitoreado por la aseguradora permanentemente a fin de que, en coordinación con su departamento de Producción y Comercialización, se adopten las medidas necesarias para mejorar la situación.

Que hasta este punto es completamente demostrable que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. tenía la información suficiente para cumplir con la Proporción de comercialización SOAT para la gestión 2013...”

Como se puede apreciar de lo transcrito, la recurrente podía, y debía, efectuar un permanente monitoreo de dicha relación a fin de cumplir con la relación normada (Proporción Obligatoria de Mercado).

Alegar que la fuerza de mercado *demanda* no puede ser controlada, como tampoco dejar de ser atendida por imposición de la norma, no puede ser tenido como argumento válido para justificar el incumplimiento, pues resulta inoportuno a la luz de que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 750-2012, que puso en vigencia la Proporción Obligatoria de Mercado, obligaba a **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** a establecer su estrategia comercial y contrarrestar la fuerza señalada (la *demanda*) con la otra (la de *oferta*) para lograr cumplir con la proporción dispuesta.

En otras palabras, si bien, no estaba bajo su control la demanda, sí podía influir en la oferta, en el intento de lograr el cumplimiento de la Proporción Obligatoria de Mercado a la cual estaba obligada.

Ahora bien; la recurrente reclama que el análisis de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, aplicado al caso concreto, hubiera considerado sólo una de las dos fuerzas básicas de mercado (*dimensiones* les dice), en alusión específica a la oferta, prescindiendo de la demanda que, señala, ha alegado a tiempo de su Recurso de Revocatoria.

Precisamente en este último (memorial de 12 de agosto de 2013), **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** ha expresado:

“...nuestra empresa, no tenía forma para controlar la demanda del mercado, la cual está basada en la confianza del usuario hacía una entidad aseguradora, lo cual hace inaplicable los condicionados del Capítulo VI de la Sección Primera y Segunda de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, toda vez que en el fondo se estaría penalizando por la confianza que depositan los usuarios en nuestra empresa...”

Y al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 799-2013 de fecha 28 de agosto de 2013, al establecer la existencia de las fuerzas de mercado, de entre ellas define a la demanda, como “exógena (al control de la recurrente)... y de acuerdo a las preferencias de cada consumidor pueden comportarse de manera sensible o no al cambio de variables trascendentes como el precio o la cantidad”, para luego aclarar que:

“...no es finalidad de esta Resolución Administrativa explicar el comportamiento de la Demanda del SOAT sino mas bien aclarar que el enfoque con el que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. analiza el comportamiento del mercado de este seguro está errado...”

Seguidamente, entonces -se entiende- en la tarea de “aclarar que el enfoque (de la recurrente)... está errado”, pasa a desarrollar la idea de la oferta (en su contraposición a la demanda, ambas como las fuerzas de mercado), y a establecer que la misma, a diferencia de la otra, “sí puede controlarse a través de diferentes mecanismos que son habilitados por norma”, pasando a desarrollar los mecanismos aludidos: artículos 11° y 13° de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ/N° 644-2012, para concluir que:

“...Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. tenía las herramientas para OFERTAR el SOAT durante los 3 primeros meses con todas las facilidades posibles (...)

*...Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. tuvo una comercialización baja respecto de sus competidores, aun cuando, como se mencionó anteriormente, contaba con todas las facilidades para efectuar una OFERTA activa que le permita lograr su Proporción de Comercialización SOAT. Sin embargo, se debe advertir que **a pesar de que pudo OFERTAR el SOAT en departamentos donde la penetración estaba por debajo del 65%, (Oruro, Potosí y Beni), es donde menos penetración reportó, no pudiendo atribuirse tal efecto a la Demanda, toda vez que la misma no fue cubierta al 100%** (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica) (...)*

... queda demostrado que, Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. tenía toda la información disponible para monitorear el cumplimiento de la Proporción de Comercialización SOAT establecida a esta entidad, a través del control de su producción y la coordinación con su departamento de comercialización, ex ante la sanción que esta APS le impuso y de la que es objeto el Recurso de Revocatoria...”

De lo anterior, corresponde concluir que:

- La afirmación de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria y en función de lo alegado por **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.**, hubiera considerado sólo la fuerza de mercado *oferta*, prescindiendo de la *demanda* (como mal señala la recurrente), no cuenta con asidero alguno; más por el contrario, el Ente Regulador ha aclarado que “*el enfoque* (de la recurrente, es decir, desde el punto de vista único de la *demanda*)... *está errado*”, demostrando ello de la aplicación concreta y objetiva (no sólo teórica, a diferencia de lo expresado por la aseguradora) de la idea de *oferta*, considerada no sólo en sí misma, sino en su contraposición a la *demanda*.
- A tiempo de señalar la recurrida, que la *oferta* (a diferencia de la *demanda*) sí es posible de ser controlada a través de los mecanismos normativos que también señala, ha establecido que, “*en departamentos donde la penetración estaba por debajo del 65% (...) es donde -la ahora recurrente- menos penetración reportó, no pudiendo atribuirse tal efecto a la Demanda, toda vez que la misma no fue cubierta al 100%*” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En definitiva, sí fueron consideradas, a efectos de la Resolución impugnada, tanto la fuerza de mercado *demanda*, como la *oferta*, llegándose a establecer que, no obstante la concurrencia de la primera, es decir, de la *demanda* existente, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** no ofertó activamente o agresivamente -proactivamente- el producto SOAT entre los vehículos automotor de servicio público, de manera poder controlar y acomodarse a la proporción mínima requerida por la norma (con respecto a los otros vehículos), infiriéndose su desinterés en penetrar en mercados específicos, donde tal penetración no llegaba al 100%, entonces, donde sin embargo de no existir la *demanda* que señala de inevitable, podía elevar, mediante la *oferta*, su índice de comercialización entre vehículos de servicio público, de manera tal no incurrir en la infracción por la que después se le ha sancionado.

Corresponde aquí aclararse, que el uso que de los adjetivos “*activamente*” o “*agresivamente*” ha realizado el Ente Regulador, importa el sencillo uso del idioma castellano, por lo que de lo mismo no puede pretenderse infracción al principio de legalidad, como mal sugiere la recurrente.

Ahora, si se puede calificar de unidimensional a determinada posición, es a la de la propia recurrente, por cuanto, pretende ella, interesadamente, que se considere únicamente la fuerza de mercado *demanda* y no así a la *oferta*, análisis incorrecto en tanto se contrapone al señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ameritando sea infundado el alegato presente.

Por otra parte, pero siempre en función a la concurrencia en el caso, de las fuerzas de mercado (oferta - demanda) señaladas por la recurrente, corresponden las consideraciones siguientes en función de otros alegatos específicos que se mencionan a continuación:

2.2.1. Fundamentación técnica.-

En principio se deja constancia que, cuando en su numeral 7.4, el Recurso Jerárquico hace observaciones a la "Fundamentación Técnica" en la actuación del Ente Regulador, lo hace en el presupuesto de que "la Resolución Administrativa en cuestión erróneamente basa sus argumentos en la OFERTA de mercado", extremo que, conforme lo visto, no es evidente.

En todo caso, en alusión a lo señalado por el Ente regulador en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 799-2013, en sentido que la ahora recurrente tenía "el tiempo suficiente para preparar la estrategia comercial y las medidas necesarias para retomar la venta de un seguro que comercializó en las gestiones 2001 a 2008", **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** hace ahora notar, que:

"...APS no ha tomado en cuenta que en las gestiones 2001 a 2008, no existía una obligatoriedad en cuando a los porcentajes de venta entre públicos y privados, aspecto por el cual somos hoy sujetos a sanción y que la APS muy convenientemente omite analizar a la hora de emitir sus argumentos..."

Y después viene a solicitar:

"...Se pronuncie expresamente si las condiciones, fácticas, materiales, cualitativas y cuantitativas respecto al proceso de Autorización de Comercialización del SOAT 2013, relativas a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750-2012 del 21 de septiembre de 2012, son las mismas que las del 2001 al 2008, tal como alude en el contenido de su resolución de conformación..."

No obstante, tal observación es impertinente por cuanto, si bien es cierto que las condiciones, fácticas, materiales, cualitativas y cuantitativas respecto al proceso de Autorización de Comercialización del SOAT 2013, no tienen porque ser las mismas, si acaso similares, a las de las gestiones del 2001 al 2008 (autorizar de comercialización del SOAT 2013 a partir del primer día hábil del mes de diciembre de 2012, incluido), el cargo está referido a haber comercializado "dos vehículos de servicio público por cada siete SOAT vendidos, cuando el mínimo requerido es de un vehículo de servicio público por cada tres SOAT vendidos", lo que resulta un presupuesto concreto y objetivo, sobre el que no debiera pesar una consideración como la señalada por la recurrente, sino fuera que en el Recurso de Revocatoria ha hecho depender de la misma, el criterio de la fuerza de mercado demanda.

Es decir, en la lógica de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.**, como la demanda es incontrolable al depender de factores externos, no puede ser regulada en cuanto a la proporción sancionada, y si a ello ha señalado el Ente Regulador que la ahora recurrente conocía con anticipación las dificultades del mercado que se adjudicó, por cuanto comercializó dentro del mismo en gestiones anteriores (del 2001

a 2008), al no haber existido en aquellas datas igual obligación, entonces es un fundamento que no puede ser tenido en cuenta.

No obstante, tal criterio confunde "*las condiciones, fácticas, materiales, cualitativas y cuantitativas respecto al proceso de Autorización de Comercialización del SOAT 2013*", con las condiciones del mercado (entonces, con la oferta y la demanda) que le son propias al SOAT; el primero es un factor jurídico que obedece las necesidades sociales y regulatorias que le son inherentes", el otro es, simplemente, un fenómeno económico.

De manera tal que, pudieron haber cambiado, inclusive drásticamente, "*las condiciones, fácticas, materiales, cualitativas y cuantitativas respecto al proceso de Autorización de Comercialización del SOAT 2013*" con respecto a gestiones anteriores; ello nada tiene que ver con la experiencia comercial que tiene **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** en la venta de SOAT, y que es emergente de haber desarrollado tal función durante las gestiones del 2001 al 2008.

Tal criterio hace a su calidad de sociedad comercial (en todo caso, aplicable a cualquier comerciante con experiencia), empero no debe perderse de vista que **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.**, como lo ha identificado el Ente regulador, cuenta con la capacidad de elaborar estudios de mercado, sea para su propio beneficio o para satisfacción de sus obligaciones para con la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, lo que per sé, no tiene que ver con el "*proceso de Autorización de Comercialización del SOAT 2013*", toda vez que ambos hacen a criterios independientes el uno del otro, y que así separados deben ser procesados.

Si existe algún momento en que ambos criterios debieron haber confluido (no necesariamente en tanto estaba sujeto a las decisiones de la ahora recurrente), es a tiempo de evaluar la aseguradora, la posibilidad de presentarse a la licitación, es decir, al *proceso de Autorización de Comercialización del SOAT 2013*", si es que su propio estudio de mercado así se lo sugería, lo que hace amén de hacer a una decisión privativa suya (que la recurrente ha ejercido plenamente, conforme en su Recurso señala que "*con la extrema limitación de tiempo, nuestra empresa, preparó una estrategia de comercialización*"), no hace al único factor que debe ser considerado (riesgo comercial) sino además, si se estaba en condiciones de cumplir con la generalidad de la normativa inherente a ello (riesgo legal), como lo es el artículo 4º, inciso c), de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750 de 21 de septiembre de 2012.

Consiguientemente, el alegato expuesto por **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.**, es inatendible.

2.2.2. Mecanismos de control de la oferta.-

A lo señalado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en sentido que la oferta constituye una fuerza de mercado que sí puede controlarse "*a través de diferentes mecanismos que son habilitados por norma y ejemplifica la comercialización directa a través de agentes debidamente registrados en la APS o bajo la figura de oferente casual*", la recurrente señala que:

“...ninguno de los argumentos emitidos por APS, desvirtúan el hecho de que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., no estaba en condiciones de controlar el **PORCENTAJE**, entre los vehículos del servicio público y el privado, motivo por el cual estamos siendo sujetos a sanción. Tener una penetración baja no implica un incumplimiento de normativa y tampoco tiene relación con la cantidad de públicos o privados que se logre vender (...)

...es jurídica, técnica y administrativamente imposible controlar la DEMANDA ya que se trata de un factor externo, como el cumplimiento de la proporción establecida normativamente depende de ambas fuerzas de mercado, por ello los argumentos emitidos por APS no desvirtúan los hechos y no pueden ser considerados como válidos para sustentar una sanción administrativa, (...)

...la APS en forma totalmente insostenible manifiesta que las FUERZAS DEL MERCADO podrían haber sido controladas a través de los OFERENTES CASUALES, pero no genera ningún tipo de información o dato estadístico, numérico, probabilístico, etc. por el cual se pueda DEMOSTRAR que el acudir a esta tipología de cliente, podría haber nivelado el mercado al nivel en lo relativo a la demanda, motivo por el cual corresponde que se manifieste en detalle ya que de lo contrario estaría ingresando en “falta y carencia de fundamentación...”

A estos extremos, corresponde las consideraciones siguientes:

- Bien señala la recurrente, que la baja penetración en el mercado no implica un incumplimiento de normativa. En merito a tal criterio –económico-, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** pudo determinar la factibilidad de acceder al mercado, en interés suyo pero también en el del Estado, conforme a la regulación que importa la norma que se señala de infringida; desde ese punto de vista, la baja penetración en el mercado sí tiene relación con la cantidad de SOAT que se logre vender, entre vehículos de servicio público o de transporte privado.
- Si bien no existe controversia en aquello de que resulta “imposible controlar la DEMANDA ya que se trata de un factor externo”, al mencionarse seguidamente que “el cumplimiento de la proporción establecida normativamente depende de ambas fuerzas de mercado”, importa dar razón al Ente Regulador en cuanto a que del ejercicio de la oferta, depende la observancia de la proporción dispuesta por la norma; lo que es más, significa reconocer que para el caso, si lo que se quiere es enfocar el tema desde el punto de vista técnico económico (como lo ha hecho la recurrente, quien es la que en definitiva ha introducido el extremo a colación, en oportunidad de su Recurso de Revocatoria), no puede ser considerable solo la fuera de mercado demanda, sino que se debe considerar el fenómeno mercado, como un conjunto absoluto, en el que concurren las dos fuerzas: oferta y demanda, y no solamente ésta última como inicialmente sugirió la recurrente.

- La mención sobre los *oferentes casuales* que ha hecho la Autoridad recurrida, con todo y la normativa que les es inherente y que determina la factibilidad de su aplicación al caso, resulta únicamente en un ejemplo de los mecanismos que existen para promover la oferta.

Asimismo, cuando la recurrente extraña "*información o dato estadístico, numérico, probabilístico, etc. por el cual se pueda DEMOSTRAR que el acudir a esta tipología de cliente, podría haber nivelado el mercado al nivel en lo relativo a la demanda*", confunde esto que tiene que ver, conforme lo expresado por ella misma, con el estudio de los tipos de clientes, con el desarrollo de la oferta como fuerza del mercado, extremo que no hace a la controversia en tanto tampoco hace a lo señalado en las resoluciones recurridas.

En todo caso y dentro de lo que corresponde a las fuerzas de mercado, se pudo acusar de las mismas la inexistencia de "*información o dato estadístico, numérico, probabilístico, etc. por el cual se pueda DEMOSTRAR*" que con el ejercicio de la oferta se pudo haber dado cumplimiento a la exigencia del artículo 4º, inciso c), de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750 de 21 de septiembre de 2012 (cuyo incumplimiento se ha sancionado); no obstante, en la lógica comercial, resulta normal -y los hechos normales no requieren de prueba señala Couture- que para la comercialización de un producto lo ofrezca al potencial comprador, por tanto lo anormal sería que no se establezcan dinámicas de oferta.

En tal sentido, la recurrente no ha producido ningún elemento de convicción, que permita establecer que mecanismos de oferta, como los señalados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resultan insuficientes a los fines que persigue la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750, concluyéndose por ello, en lo injustificado de la impugnación.

2.3. Motivación y fundamentación de la Resolución sancionatoria.-

La recurrente **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** señala también, que:

"...la motivación y fundamentación de una resolución sancionatoria como la expuesta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 799-2013 del 28 de agosto de 2013, no puede estar sustentada en DOS LINEAS que intentar analizar una problemática de tal grado de dificultad, en relación a la comercialización de los Seguros SOAT y la absoluta improcedencia de que se sancione a la empresa, por causales de fenómenos económicos de mercado..."

Fundamentando tal conclusión, en que:

"...no obstante esta serie de argumentos sobre DEMANDA que fueron expuestos en el recurso de primera instancia administrativa, éstos no han sido considerados en forma diligente, al respecto, de toda la fundamentación

expuesta por nuestra empresa, la APS en relación a la DEMANDA, ésta se ha limitado a (sic) manifestar lo siguiente (sic):

*"...sin embargo **no es finalidad de esta resolución administrativa explicar el comportamiento de la DEMANDA del SOAT**, sino más bien aclarar que el enfoque con el que Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. analizar el comportamiento del mercado está errado". **(Las negrillas son del abogado que suscribe)***

Como se puede apreciar, de toda la argumentación de DEMANDA que ha sido de conocimiento de la APS a través de la revocatoria, dicha entidad pública se ha limitado a dedicarle únicamente dos líneas, tal como se aprecia de la redacción del párrafo segundo de la página 6 de la resolución ratificatoria, anteriormente expuesto (sic). Como se puede apreciar el dedicarle dos líneas al análisis de la DEMANDA ciertamente hace que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 799-2013 del 28 de agosto de 2013 padezca de falta de fundamentación y motivación..."

Por su parte, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha señalado en su Resolución ahora recurrida, que:

"...para comprobar que la APS sí motivó la resolución impugnada, bastará leer la misma y comprender que los tres primeros Considerandos refieren a los hechos ocurridos y los tres Considerandos restantes refieren a la confrontación de estos hechos con las normas acusadas de incumplidas con la conclusión consiguiente..."

Tales posiciones ameritan aclarar en principio que, conforme lo establecido en el numeral 2.2 supra, la consideración de la demanda como fuerza de mercado concurrente dentro el caso de autos, no se ha limitado a la mención de las dos líneas que transcribe la recurrente, sino que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha dicho también, que es errado el enfoque de **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** de limitar la consideración únicamente a la demanda, que la fuerza de mercado oferta, a diferencia de la demanda, "sí puede controlarse a través de diferentes mecanismos que son habilitados por norma", que la ahora recurrente "pudo OFERTAR el SOAT (...) donde la penetración estaba por debajo del 65%, (...) es donde menos penetración reportó, no pudiendo atribuirse tal efecto a la Demanda, toda vez que la misma no fue cubierta al 100%", y que "tenía toda la información disponible para monitorear el cumplimiento de la Proporción de Comercialización SOAT establecida a esta entidad".

Entonces, la fuerza de mercado demanda sí fue considerada por la Entidad recurrida, más no como pretendía la recurrente, es decir, con independencia de la otra fuerza de mercado (la oferta), sino en concurrencia de ambas, lo que va más allá de la breve o extensa redacción que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros pudo haber dedicado al alegato, sino que trasciende al contenido sustancial de lo que al efecto ha considerado para fundamentar su decisión.

Este extremo no solamente no es contrario a lo señalado por las Sentencias Constitucionales 1369/2001-R de 19 de diciembre de 2001, 012/2002-R de 9 de enero de 2002 y 1810/2011-R de 7 de noviembre de 2011 (entre muchas otras), que menciona la recurrente, sino que resulta ser el que precisamente refieren las mismas, conclusión a la que se llega de la aplicación al caso, de otra Sentencia Constitucional, la 0012/2006-R (en el mismo sentido, las Sentencias Constitucionales 0300/2010-R de 7 de junio de 2010 y 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010), que establece que la fundamentación de una resolución no necesariamente tiene que ser extensa, sino contener una exposición concisa y razonable, y que permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron a tomar la decisión, determinando que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 799-2013 de fecha 28 de agosto de 2013, y su precedente APS/DJ/DS/N° 621-2013 de 9 de julio de 2013, se encuentran debidamente fundamentadas en cuanto a la decisión del Ente regulador, determinando la improcedencia de lo, en este sentido, alegado.

Asimismo, en cuanto a otras imprecisiones de fundamento que alega la recurrente, amén de lo que al respecto de ellas se ha desarrollado a lo largo de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, se tiene que la recurrente alega infracción a los artículos del 71° al 78° -básicamente toda la parte dogmática del procedimiento sancionatorio- de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), justificando ello "*En mérito a lo expuesto*"; empero, si se tiene en cuenta que, lo que precede a tal afirmación es el señalamiento de supuestas infracciones de "*contenido explicativo*" en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 799-2013, no se explica y más bien se extraña, cuál el fundamento de que con ello resulten estarse infringiendo los principios generales del procedimiento sancionatorio (excepción hecha del principio de legalidad, correspondiente al Art. 72°, toda vez que el mismo ha sido supra considerado en la presente), determinando en definitiva, que el extremo resulte infundado.

2.4. Solicitud de suspensión de la regularización de la proporción obligatoria.-

Consideración especial merece el último numeral del petitorio del Recurso Jerárquico, tiene que ver con la:

"...suspensión de los efectos de la resolución -se refiere al Art. segundo de la Res. Adm. APS/DJ/DS/N° 621-2013-, toda vez que existe plena identidad con los preceptos establecidos en el artículo 59 parágrafo II de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, toda vez que la subsunción es perfecta en relación al perjuicio grave para el recurrente..."

En tal sentido, el artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 621-2013 de 9 de julio de 2013, determinó que:

*"...En aplicación del párrafo tercero del artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 750-2012 de 21 de septiembre de 2012, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** tiene el plazo de tres meses para regularizar la proporción preceptiva..."*

Lo anterior tiene que ver con la determinación que, en ese sentido, sale de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 750-2012 de 21 de septiembre de 2012, en su artículo 4º, inciso c), ya supra relacionada, y en función de ello, con la del artículo 5º siguiente, el que establece que:

“...El incumplimiento a las proporciones establecidas será sancionado (...)

...Independientemente de esta sanción, es obligación de la Entidad Aseguradora regularizar la proporción obligatoria dentro de los tres meses siguientes a la evaluación...”

Ahora, en atención a la solicitud precitada, mediante auto de 19 de septiembre de 2013 se dispuso que:

*“...toda vez que se extraña el fundamento que haga al efecto o perjuicio irreversible referido por el artículo 40º, párrafo I, del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, (...) se intima a **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. EMA**, a presentar la fundamentación extrañada...”*

En respuesta a lo mismo, por memorial presentado en fecha 26 de septiembre de 2013, **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** señala que:

“...las normas legales establecidas en la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo y la reglamentación, aprobada por el Decreto Supremo Nro. 27175 son de cumplimiento obligatorio, motivo por el cual en forma respetuosa debo invocar ante su autoridad lo establecido en el artículo 59 lo siguiente:

ARTICULO 59º.- (Criterios de Suspensión).-

- I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado.*
- II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano administrativo competente para resolver el Recurso, podrá suspender la ejecución del acto recurrido, de oficio o a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante.*

En ese sentido, como Ud. podrá apreciar, el hecho de que la Autoridad me obligue a la transferencia de cartera, tal como fuera establecido ilegalmente por la APS, conlleva en si misma un grave perjuicio, toda vez que al trasferir cartera estaríamos transfiriendo el riesgo en forma simultánea, pero en todo caso, si nuestra pretensión fuese declarada procedente en dicha instancia jerárquica, se tendría nuevamente que realizar una retransferencia, la cual es altamente burocrática, genera costo operativos importantes y principalmente podría conllevar a confusiones a los usuarios y beneficiarios, todo ello con un alto grado de afectación reputacional en nuestra contra, lo cual se traduce en el perjuicio, que está preservado en el párrafo II del

artículo 59 de la Ley Nro. 2341, anteriormente citado.

En ese sentido, consideramos que la transferencia de cartera, y la determinación de "no ha lugar" contenido en el punto tercero de la providencia del 19 de septiembre de 2013, emitido por su Autoridad (sic), es altamente nocivo.

Es por ello, que reiteramos nuestra solicitud de aplicación de Criterio de Suspensión y por corresponder en Derecho el Recurso Jerárquico sea tramitado (sic) efecto SUSPENSIVO, toda vez que la transferencia de cartera en lo principal, contenido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 799-2013 del 28 de agosto de 2013, es altamente perjudicial a los intereses y derechos de Alianza y queda fundamentada en el contenido del presente memorial.

Es cuanto se solicita en fiel amparo de lo previsto en el artículo 16 inciso a) de la Ley Nro. 2341, artículo 59 p. II y el artículo 40 parágrafos I y II del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 27715..."

De lo hasta aquí relacionado, se puede apreciar que en ningún momento la Autoridad Reguladora ha instruido la cesión de cartera, obligación establecida en el cuarto párrafo del artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 750-2012 de 21 de septiembre de 2012, no en el tercero, además que la misma debe ser cumplida cuando se efectúe la evaluación por el primer semestre, en este caso, de la gestión 2013, que no es el caso.

Sin embargo de lo mencionado en el párrafo precedente, la recurrente, ya en recurso de revocatoria así como en el jerárquico, solicitó la suspensión de la obligación señalada debido a que, en su criterio, su cumplimiento le significaría un perjuicio grave. Dicha solicitud también la volvió a manifestar mediante memorial de fecha 26 de septiembre de 2013, pidiendo se aplique el criterio de efecto suspensivo. Tal solicitud la argumentó señalando:

"...En ese sentido, como Ud. podrá apreciar, el hecho de que la Autoridad me obligue a la transferencia de cartera, tal como fuera establecido ilegalmente por la APS, conlleva en si misma un grave perjuicio, toda vez que al trasferir cartera estaríamos transfiriendo el riesgo en forma simultánea, pero en todo caso, si nuestra pretensión fuese declarada procedente en dicha instancia jerárquica, se tendría nuevamente que realizar una retransferencia, la cual es altamente burocrática, genera costo operativos importantes y principalmente podría conllevar a confusiones a los usuarios y beneficiarios, todo ello con un alto grado de afectación reputacional en nuestra contra, lo cual se traduce en el perjuicio, que está preservado en el párrafo II del artículo 59 de la Ley Nro. 2341, anteriormente citado.

En ese sentido, consideramos que la transferencia de cartera, y la determinación de "no ha lugar" contenido en el punto tercero de la providencia del 19 de septiembre de 2013, emitido por su Autoridad, es altamente nocivo..."

De lo que se puede percibir que es la propia recurrente la que establece que la única opción para regularizar el desfase en la Proporción Obligatoria de Mercado, a estas alturas, es la transferencia de cartera a otra compañía aseguradora.

En este punto, es importante precisar que la evaluación efectuada por la Autoridad Reguladora sobre la relación de SOAT vendidos, al 31 de marzo de 2013, fue establecida en fecha 13 de mayo de 2013 (informe APS/DS/JTS/661/2013) y comunicada a la recurrente en fecha 12 de junio de 2013, mediante la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/5614/2013.

Como se puede apreciar del cotejo de las fechas, la comunicación oficial del desfase o incumplimiento y, más aún, el acto administrativo mediante el cual se instruyó la regularización fue extemporáneo, dado que se la notificó en fecha 22 de julio de 2013, tiempo en el cual la demanda del SOAT se reduce significativamente, por las características propias del SOAT (obligatorio y anual), por lo que la única forma de regularizar la Proporción Obligatoria de Mercado, en criterio de la recurrente, sería mediante transferencia de cartera.

Sin embargo, como ya se describió en párrafos precedentes, la obligatoriedad de cesión de cartera está normada para regularizar incumplimientos a la Proporción Obligatoria de Mercado, por evaluación **al vencimiento del primer semestre**, en este caso, de la gestión 2013 (cuarto párrafo del artículo 5 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750-2012 de 21 de septiembre de 2012).

Considerando que el presente proceso versa sobre el incumplimiento a la Proporción Obligatoria de Mercado, por evaluación al vencimiento del primer trimestre de la gestión 2013 y que se otorgó un plazo de tres meses para su regularización, al vencimiento del cual la Autoridad Reguladora, deberá realizar la nueva evaluación que corresponda, a fin de establecer si se regularizó o no la Proporción Obligatoria de Mercado, tomando, en consecuencia y de hacer al caso, las medidas correspondientes.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en el pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 621-2013 de 9 de julio de 2013, confirmada totalmente por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 799-2013 de fecha 28 de agosto de 2013, no ha realizado un correcto análisis de la norma, concretamente de la antinomia existente entre los artículos 4º, inciso c), de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 750 de 21 de septiembre de 2012, y 13º, inciso 1, de la Resolución Administrativa APS/DS/DJ Nº 644-2012 de fecha 22 de agosto de 2012, determinando que el conflicto de relevancia jurídica que hace al caso, se mantenga subsistente, no obstante que fue oportunamente alegado por **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOCIEDAD ANÓNIMA E.M.A.** (a tiempo de la nota de descargos que conforma la secuencia procesal presente), lo que determina una infracción al derecho constitucional de elevar peticiones y recibir respuestas fundadas sobre lo mismo, por tanto, al debido proceso administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO. ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 621-2013 de 9 de julio de 2013, debiendo en consecuencia dictarse nueva resolución, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR
HERNÁN JORGE OVANDO
BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 263/2013 DE 07 DE MAYO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 070/2013 DE 21 DE OCTUBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 070/2013

La Paz, 21 de Octubre de 2013

VISTOS:

Los Recursos Jerárquicos interpuestos, por una parte, por los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**, y por la otra, por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, que, en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente y revocó parcialmente, la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 068/2013 de 19 de septiembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 155/2013 de 30 de septiembre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 17 de mayo de 2013, los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**, presentaron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, que, en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente y revocó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI

Nº 130/2013 de 8 de marzo de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-777401/2013, con fecha de recepción 29 de mayo de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto por los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 263/2013 de 7 de mayo de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 4 de junio de 2013, notificado en fecha 6 de junio de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto por los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 263/2013 de 7 de mayo de 2013.

Que, mediante Auto de fecha 4 de junio de 2013, notificado en fecha 6 de junio de 2013, se dispone la notificación del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, con el Recurso Jerárquico interpuesto por los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**, contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 263/2013 de 7 de mayo de 2013, a efectos de que en calidad de tercero interesado, se apersona y presente sus alegatos.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-80400/2013, con fecha de recepción 6 de junio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió documentación complementaria; asimismo, mediante nota ASFI/DAJ/R-84015/2013, con fecha de recepción 11 de junio de 2013, presentó otra documentación e información complementaria, conforme le fueran solicitadas a tiempo del Auto de Admisión de fecha 4 de junio de 2013.

Que, por memorial presentado en fecha 12 de junio de 2013, el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, representado al efecto por su Vicepresidente de Operaciones y Administración, Sr. Javier Reynaldo Fernández Cazuriaga, en mérito al Poder Nº 40/2013, otorgado en fecha 27 de febrero de 2013, por ante la Notaría de Fe Pública Nº 107 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dr. Orlando Remy Luna Angulo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 263/2013 de 7 de mayo de 2013, que, en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente y revocó, la Resolución Administrativa ASFI Nº 130/2013 de 8 de marzo de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-88006/2013, con fecha de recepción 18 de junio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 263/2013 de 7 de mayo de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 20 de junio de 2013, notificado en fecha 26 de junio de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 263/2013 de 7 de mayo de 2013.

Que, mediante memorial presentado en fecha 20 de junio de 2013, el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, representado al efecto por su Gerente de Asuntos Legales, Dr. Sergio Adolfo Rocha Méndez, en mérito al Testimonio de Poder N° 294/2011, otorgado en fecha 17 de noviembre de 2011, por ante la Notaría de Fe Pública N° 22 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Lumen Verónica Molina Pascual, responde al Recurso Jerárquico interpuesto por los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**.

Que, mediante memorial presentado en fecha 24 de junio de 2013, los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO** solicitan sean tenidos como terceros interesados, dentro del Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013.

Que, mediante Auto de fecha de 25 de junio de 2013, notificado en fecha 2 de julio de 2013, se dispone la notificación de los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**, con el Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, a efectos de que en calidad de terceros interesados, se apersonen y presenten sus alegatos.

Que, mediante Auto de fecha de 25 de junio de 2013, se dispone la acumulación de los Recursos Jerárquicos interpuestos por los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**, y por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013.

Que, mediante memorial presentado en fecha 12 de julio de 2013, los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO** ofrecen y producen documentación complementaria, y mediante memorial presentado en fecha 17 de julio de 2013, presentan sus alegatos.

Que, mediante memorial presentado en fecha 15 de julio de 2013, el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, pronunciándose sobre la acumulación dispuesta en fecha 25 de junio de 2013, ratifica los argumentos vertidos en el memorial presentado en fecha 20 de junio de 2013.

Que, en fecha 30 de julio de 2013 se efectuó la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, y en fecha 31 de julio de 2013, la que fuera solicitada por los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**.

Que, por memorial presentado en fecha 1° de agosto de 2013, los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO** hacen presente documentación complementaria.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

Mediante nota ASFI/DDC/R-139211/2012 de fecha 29 de octubre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, imponiéndole los cargos siguientes:

- “...1) Al numeral 4 (Procedimiento), punto 4.1. Recepción de Solicitud de Traspaso de Fondos, inciso 4.1.2. de su **Manual de Traspaso de Fondos entre Cuentas Vista**, porque la carta de fecha 30 de marzo de 2011 presentada por el señor Hernán López López, que autoriza transferir de la cuenta N° 4010741648 a la cuenta N° 4010640033 el monto de Bs.1.226.686.- (Un Millón Doscientos Veintiséis Mil Seiscientos Ochenta y Seis 00/100 Bolivianos), sólo contiene el monto a ser traspasado en numeral y no así en literal.
- 2) Al numeral 4 (Procedimiento), del **Manual de Traspaso entre Cuentas Vista** vigente desde el 07 de mayo de 2010, y punto 4.2.5. porque en la operación de transferencia solicitada por el señor Hernán López López del monto de Bs1.226.686.- (Un Millón Doscientos Veintiséis Mil Seiscientos Ochenta y Seis 00/100 Bolivianos) no se evidencia la existencia del formulario de la transacción **4-97** “Autorización Monto Transacción”, que debía llenarse de manera obligatoria para montos superiores a \$us.10.000.- (Diez Mil 00/100 Dólares Americanos) y dicha operación habría sido efectuada sin la autorización del funcionario autorizador.
- 3) Al artículo 3, Sección 4, Capítulo I del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en el Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que la respuesta otorgada por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A al reclamo de los señores Hernán Jorge Ovando y Rubén Darío Montaña, fue posterior a la fecha que el Banco comunicó a los reclamantes que iba a dar respuesta, por consiguiente no habría sido oportuna.
- 4) Al punto 4.1. Recepción de Solicitud de Traspaso de Fondos, inciso 4.1.1., del Manual para el Traspaso de Fondos entre Cuentas Vista del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., debido a que en el traspaso de fondos de 30 de marzo de 2011 de la cuenta N° 4010741648 a la cuenta N° 4010640033 por un monto de Bs1.226.686.- (Un Millón Doscientos Veintiséis Mil Seiscientos Ochenta y Seis 00/100 Bolivianos) no se utilizó el formulario **FRM-CV01** "Solicitud de Traspaso de Fondos entre Cuentas Propias".
- 5) Existiría presunto incumplimiento del artículo 1, Sección 10. Otras Disposiciones, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras porque la Entidad Supervisada no aseguró la exactitud y veracidad de la información que permanece en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. debido a que

el sistema informático no refleja la información física verificada en el formulario de cuenta mancomunada relevada en la inspección realizada.

- 6) Al artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) en razón a que el Banco Mercantil Santa Cruz, no informó documentalmente dentro de los diez (10) días calendario posteriores al conocimiento del presunto hecho delictivo que habría sido cometido en la entidad.
- 7) A los incisos c), e i), del artículo 2, Sección 3, Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que no existiría una estructura organizacional apropiada para el buen funcionamiento de un control interno, no previendo una adecuada segregación de funciones y por no realizar un monitoreo adecuado de la efectividad del sistema de control interno existente en la Entidad Financiera.

En consecuencia, se le otorga un plazo de siete (7) días hábiles computables a partir del día siguiente hábil de su legal notificación, para que remita los descargos y explicaciones correspondientes, debidamente documentados...”

2. NOTA BMSC/GAL/1595/2012 DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012.-

Mediante nota BMSC/GAL/1595/2012 de 15 de noviembre de 2012, el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA** hace presente los descargos siguientes:

“...corresponde puntualizar que tanto las normas contenidas en los Artículos 99° y siguientes de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, incluyendo el Art. 154° de la misma Ley, así como aquellas previstas en el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, circunscriben la facultad punitiva del órgano regulatorio a infracciones a normas legales y administrativas emitidas por dicho órgano, situación que resulta concordante con la disposición prevista en el Art. 63 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, cuando indica que constituyen infracciones: “(...) las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI; conforme a Ley, Reglamentos, y Resoluciones de la Superintendencias (sic) de SIREFI.”. En consecuencia, no corresponde el inicio de un procedimiento sancionatorio formulando cargos por incumplimientos a normas operativas internas de nuestra entidad, por cuanto dichos supuestos incumplimientos no pueden ser calificados como infracciones a la luz de la normativa regulatoria emitida por ASFI y las normas que regulan el procedimiento sancionatorio en el ámbito administrativo, el cual debe responder de manera estricta a los principios sancionadores de tipicidad y legalidad conforme lo establece (sic) de manera expresa los Arts. 71°, 72° y 73° de la Ley del Procedimiento Administrativo.

Sin perjuicio de lo expuesto en el preámbulo precedente, presentamos los descargos a cada uno de los reparos formulados, conforme a las siguientes consideraciones:

Cargo 1.- (...)

El procedimiento señalado establece la obligatoriedad que tienen los funcionarios operativos de nuestra entidad de verificar la consistencia de la solicitud, la misma que deberá estar debidamente firmada y contener todos los datos necesarios para efectuar el traspaso. Es evidente que en el punto 4.1.2 del señalado procedimiento se establece que el importe a ser transferido debe estar expresado en numeral y literal. Sin embargo, a criterio nuestro, la Autoridad de Fiscalización debe considerar que si bien existe la omisión acusada, esta no ha generado ningún perjuicio ni reclamo, no teniendo tal omisión ninguna materialidad, para lo cual además debe tenerse presente:

- 1. El presente Procedimiento Administrativo se origina en el reclamo efectuado por Jorge Ovando y Rubén Darío Montaña, conforme se expresa en la nota de cargos, sin que en ningún momento los reclamantes hacen referencia a tal omisión o al monto del traspaso realizado o que hubiere sido motivo de controversia la determinación del importe del traspaso.*
- 2. Nuestra entidad ha verificado personalmente con el ordenante de transferencia y único titular de la cuenta, señor Hernán López López, la consistencia de la orden de transferencia, aspecto que consta en la nota de 30 de marzo de 2011 de manera expresa y fehaciente, por lo que no se habría cumplido a cabalidad el objeto del procedimiento.*

Para su buen orden se acompaña copia de la mencionada nota en Anexo 1.

CARGO 2.- (...)

Previamente aclaramos a su Autoridad que no existe un procedimiento referido al traspaso entre cuentas vista que hubiera sido emitido el 7 de mayo de 2012, por lo que asumiendo que se trata de un error en el cargo formulado, aclaramos a su Autoridad que el procedimiento que se utilizó para el procesamiento de la transacción motivo de la observación, estuvo en vigencia desde el 4 de mayo de 2011, en razón a que dicha transacción fue efectuada el 31 de marzo de 2011.

Efectuada la anterior aclaración, corresponde hacer notar que el referido procedimiento "Traspaso de fondos entre cuentas vista" CV-01 establece en el punto 4.2.5. "El autorizador recibe el mensaje en su correo electrónico y procede a revisar la documentación de respaldo, verificando nuevamente la autenticidad de la firma que figura en la solicitud con la firma registrada en el sistema (de forma obligatoria para montos superiores a US\$ 10.000 o su equivalente en Bs). Si todo está conforme, ingresa a la transacción 4-97 "autorización monto transacción" y procede a efectuar la autorización. El sistema enviará al funcionario solicitante un mensaje que confirme o rechace la solicitud".

De la lectura del anterior texto se puede establecer fehacientemente que en el procedimiento no se hace mención a algún formulario para la transacción 4-97, por cuanto el mensaje de autorización es enviado por nuestro sistema informático al

cargo que corresponda según el monto asignado al perfil, estando dicha transacción asignada a los autorizadores. En el caso que nos ocupa era el Gerente de Banca Corporativa el autorizador, siendo efectivamente este ejecutivo quien autorizó el traspaso de fondos.

Cabe aclarar que la transacción 4-97 "Autorización Remota de Transacciones" es parte del esquema de control de límites para diferentes transacciones, normalmente, si el operador tiene un límite dado y requiere efectuar una transacción sobre ese valor, el sistema genera la condición de autorización al supervisor con nivel adecuado, lo que implica la imposibilidad de procesar una transacción sin cumplir el esquema de autorizaciones, más aun cuando se trata de transferencias de montos entre cuentas de terceros que genera siempre condición de autorización.

En consecuencia, si bien es evidente la inexistencia del formulario 4-97, es porque dicha nomenclatura (4-97) corresponde a una transacción de nuestro sistema informático, el cual no genera formulario físico y que precisamente dicha transacción representa la autorización sobre cuya supuesta inexistencia se ha formulado el cargo.

A efectos de respaldar lo anteriormente afirmado, adjuntamos a la presente nota, en Anexo 2, la certificación emitida por la Gerencia de Sistemas y la Subgerencia de Calidad de Sistemas de nuestra institución, así como el Procedimiento CV-01, aplicable al presente caso.

CARGO 3.- (...)

Al respecto, corresponde hacer notar a su Autoridad que los reclamantes ingresaron su nota de reclamo en fecha 24 de mayo de 2011, por lo que nuestra entidad a través de nota con CITE SARC BMSC 214194/11 de 01 de junio de 2011, recibida en la misma fecha por los reclamantes, comunicó que la respuesta a su reclamo sería emitida en fecha 10 de junio de 2011. En fecha 13 de junio de 2011, se emitió la respuesta al reclamo de Darío Montaña y Hernán Jorge Ovando quienes la recibieron el mismo día. Cabe hacer notar que la misma norma citada en el cargo formulado faculta a las entidades a comunicar al cliente la necesidad de ampliar el plazo para la respuesta a su reclamo. Se adjuntan copias de dichas cartas en Anexo 3.

Si bien la emisión y entrega de la nota de respuesta al reclamo fue en día hábil después (13 de junio de 2011), no se produjo perjuicio alguno a los reclamantes, debiendo además considerarse que la fecha de entrega no ha sido motivo de reclamo.

CARGO 4.- (...)

Hacemos notar a su autoridad la existencia de una inexactitud en el cargo formulado, toda vez que la cuenta de origen del traspaso de fondos observado es el N° 4010741648.

Por otra parte es necesario hacer notar que el punto 4.1.1. del Procedimiento "Traspaso de Fondos ente Cuentas Vista" CV-01, establece lo siguiente: "El Ejecutivo de cuenta o analista recibe la solicitud escrita de traspaso de fondos la cual puede ser presentada mediante carta o a través del formulario correspondiente..."

Conforme se desprende del anterior texto, el uso del formulario FRM.CV01 es opcional a la existencia de una carta del titular de la cuenta. En el caso analizado el traspaso fue procesado con la carta de 30 de marzo de 2011 debidamente firmada por el titular de la cuenta, la misma que se encuentra adjunta a la presente nota de descargos en el mencionado Anexo 1; en consecuencia no ha existido incumplimiento a nuestro procedimiento interno.

CARGO 5.- (...)

Nuestra institución asegura la exactitud y veracidad de la información, siendo que la misma es consistente tanto en los archivos físicos y en los sistemas, conforme demostramos a continuación:

- De la documentación física que consta en los archivos de nuestra entidad, se puede evidenciar que en fecha 11 de octubre de 2010 se procedió a la apertura de la cuenta corriente en moneda nacional N° 4010741648 como una cuenta **UNIPERSONAL**, siendo el único titular de la mencionada cuenta el Sr. Antonio Hernán López López con Cédula de Identidad 2642384 L.P.

Dicha documentación consiste en:

- Copia simple el contrato único de condiciones generales de cuentas corrientes, cuentas de ahorro, depósitos a plazo fijo y servicios automatizados, suscrito por el señor Antonio Hernán López López en fecha 30 de octubre de 2008. En necesario aclarar que este contrato fue suscrito por el señor Antonio Hernán López López, el año 2008, con anterioridad a la apertura de la cuenta corriente N° 4010741648, con motivo de la apertura de otra cuenta con N° 4025455656, en vista de que nuestra entidad bancaria desde el año 2005 adoptó la modalidad de celebración de contratos únicos con sus clientes, los que amparan y regulan todos los servicios a ser contratados con posterioridad a la fecha de celebración de dicho contrato, así la primera parte del señalado contrato establece: "(...) el presente contrato es aplicable para todas las cuentas y/o servicios que el cliente posea y todas aquellas cuentas y/o que solitara (sic) al Banco en el futuro. (...)" Nuestra entidad bancaria no ha celebrado ningún contrato de apertura de cuenta con los señores Hernán Jorge Ovando y Darío Montaña Salazar, para que dichas personas hubieran tenido la calidad de co-titulares de la cuenta antes mencionada.
- Formulario de solicitud de Apertura de Persona Natural de 11 de octubre de 2011, suscrito por el Sr. Antonio Hernán López López, con Cédula de Identidad 2642384 L.P. que corresponde a la apertura de la cuenta

corriente N° 4010741648 como cuenta **UNIPERSONAL**, es decir de un sólo titular (Antonio Hernán López López) y que se encuentra bajo los alcances del contrato descrito en el punto precedente.

- o Mediante carta de la misma fecha, 11 de octubre de 2010 y ejerciendo precisamente las facultades inherentes a su titularidad, después de la apertura, Hernán López López, procedió a autorizar a los señores Hernán Jorge Ovando y Darío Montaña, el manejo en forma conjunta de dicha cuenta **UNICAMENTE PARA EL GIRO DE CHEQUES**.
- o Posteriormente y a través de carta de 5 de abril de 2011, en el ejercicio de sus facultades como titular de la cuenta, el señor López procedió a deshabilitar las firmas de los reclamantes Hernán Jorge Ovando y Darío Montaña.

Cabe hacer notar que en el caso de cuentas con un sólo titular (Unipersonales) existe la posibilidad de que el titular de la cuenta incorpore como firmantes a otras personas, para el manejo conjunto o indistinto de la cuenta conforme a sus instrucciones. En este caso la incorporación de firmas autorizadas para el manejo de la cuenta no modifica la titularidad de la misma.

Se acompaña la mencionada documentación en Anexo 4.

A continuación se adjuntan copias de las pantallas de nuestro sistema FISA, que refleja tanto la apertura de la mencionada cuenta unipersonal como la vigencia de las firmas de los señores Hernán Jorge Ovando y Rubén Darío Montaña desde el 11 de octubre de 2010 hasta el 5 de abril de 2011 bajo la modalidad de "Conjuntas":

FISA System v3.60.1 **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ**

Action: Edit Query Block Record Field Window Help

Datos de la Cuenta 4010741648 4 1 1 0

Firmasas		Cheqas	Cheq Pag	Mot Cheq	Cheq Cast	Cheq Prol	Cheq Rev	Cheq Aut	Trasl Aut	Pag Aut	Cred Sub
Nombre de la Cuenta: HERNAN LOPEZ ANTONIO											
Moneda	30	BOLIVIANOS		Apertura		2010/10/11		Cajero			
Categoría	N	Nivel 250		Sucursal		2		LA PAZ			
STATUS	2	ACTIVA		Oficina		F15		AGENCIA SAN MIGUEL			
Promedio Actual		.00		Ejecutivo		H574		JALIAGA DAVALOS ADRIAN ERICK			
Promedio Anual		5.37									
Saldo Pignorado				Sobregiro Ocasional		.00					
Saldo Bloqueado				Sobregiro Capitalado		.00					
Retención REMESAS				Autorización Remesas		.00					
Retención LOCALES		.00		Autorización Locales		.00					
Saldo en Efectivo		.00		Cheques y ND C		.00					
SALDO TOTAL		.00		SALDO DISPONIBLE		.00					

MSA System v3.60.1 BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ

Action Edit Query Block Record Field Window Help

Nombre Cuenta: LOPEZ LOPEZ ANTONIO HERNAN Sucursal Origen: LA PAZ
 Oficina Origen: 16 OFICINA SAN MIGUEL
 Oficina Cuenta: 1574 ALABAGA DAVALOS ADRIAN ERICK

Moneda: 9
 Número Cuentas: 300

Moneda: 9
 Retenes Estado de C: Tipo de Inscripción: UNIPERSONAL
 STA: Sucursal Retención: Fecha de Vigencia: 2010/10/11
 Prom: Oficina Retención: Condiciones Especiales:
 Prom: Día de Corte Est. Cuen:

Retención local

Lista de Firmantes

Tipo firma	Tipo Id.	Identificación	Nombre	Y/D	Moneda máxima	Cat. F. Vigencia	Fecha hasta
FIRMA	C	CE DULA 2542304LP	LOPEZ LOPEZ ANTONIO HERNAN	Y		2010/10/11	
FIRMA	C	CE DULA 3268385LP	MONTAÑO SALAZAR RUBEN DARIO	Y		2010/10/11	2011/04/05
FIRMA	C	CE DULA 1623723LP	JORGE OVANDO HERNAN	Y		2010/10/11	2011/04/05

Observaciones: Operador: 1963

Reflejándose de esta manera la absoluta consistencia veracidad y exactitud de la información contenida tanto en la documentación física y los registros del sistema que guarda el Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

CARGO 6.- (...)

A este respecto, destacamos que hasta la fecha desconocemos sobre la existencia de delito alguno que hubiera sido cometido en nuestra entidad y que tenga relación con el reclamo objeto del presente proceso sancionatorio, prueba de ello es que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. no ha denunciado la comisión de algún delito relacionado con el reclamo efectuado por Hernán Jorge Ovando y Darío Montaña.

Adicionalmente a lo anterior, conforme el Art. 107 de la Ley LBEF la entidad es la que deberá informar **documentalmente bajo su responsabilidad** sobre la existencia de algún delito. A este efecto es necesario puntualizar que ninguno de los antecedentes relacionados con la apertura y manejo de la cuenta N° 4010741648, puede ser considerado como indicio que determine que nuestra institución deba presumir la comisión de un acto delictivo, ni siquiera a la luz de los argumentos proporcionados por Darío Montaña y Hernán Jorge Ovando en su reclamo. En ese entendido nuestra entidad no pudo haber denunciado la comisión de un delito a partir de una transacción efectuada por uno de nuestros clientes observando los procedimientos, más aun si se considera que toda denuncia que no esté debidamente fundada pueden generarse responsabilidad para la entidad.

Finalmente debemos indicar que de acuerdo a nuestra legislación, son las autoridades competentes las que pueden calificar como delictual una determinada conducta.

CARGO 7.- (...)

A efectos de desvirtuar el cargo formulado tenemos a bien puntualizar que de acuerdo a lo expuesto en los descargos y explicaciones precedentes se puede

evidenciar la inexistencia de incumplimientos a normativas y procedimientos internos, situación que denota el correcto funcionamiento del sistema de control interno que tiene nuestra entidad.

Aun en el hipotético extremo de que hubiera podido existir alguno de los incumplimientos señalados, que no admitimos en el presente caso en razón a los descargos expuestos, no es posible calificar de insuficiente nuestro sistema de control interno, por cuanto el reclamo que ha dado origen al presente procedimiento sancionatorio representa una transacción puntual y aislada frente al universo de más de 75.000 que procesa nuestra entidad mensualmente.

En relación al incumplimiento al inciso c) que se refiere a la supuesta carencia de una estructura organizacional apropiada para el buen funcionamiento de un control interno y la falta de previsión de una adecuada segregación de funciones, hacemos constar que como es de su conocimiento de su Autoridad, nuestra entidad cuenta con:

- Un Organigrama debidamente aprobado por el Directorio que está definido para establecer autoridad, dependencia e interrelación de las áreas y el personal.*
- Políticas, normas, reglamentos y manuales de funciones y procedimientos debidamente aprobados por el Directorio y por instancias según corresponda.*
- Controles cruzados para evitar dualidad de funciones considerando la separación de aspectos como la autorización, el registro contable, la custodia de activos, entre otros.*

Dichos aspectos se encuentran en efectivo funcionamiento bajo la supervisión permanente de la Gerencia General.

Por otra parte y en referencia a la supuesta falta de monitoreo adecuado de la efectividad del sistema de control interno existente en la Entidad Financiera es necesario indicar lo siguiente:

- Tanto el Directorio, como la Gerencia General y las demás áreas de nuestra entidad, según corresponda, se involucran en la definición de planes de acciones correctivas sobre informes de inspección de ASFI e informes de control interno de Auditores externos, siendo la Gerencia General quien además monitorea el cumplimiento de dichos planes de acción.*
- El Banco realiza actividades de monitoreo del funcionamiento de los controles a través de los trabajos realizados por Auditoría Interna y la Gerencia General instruye la regularización de las observaciones que pudieran existir en dichos trabajos, efectuando el seguimiento a la implementación de las respectivas medidas correctivas.*

- Por último la Gerencia General monitorea permanentemente las comunicaciones de clientes, reguladores, fiscalizadores y auditores externos, determinando las acciones correctivas que pudieran ser necesarias a raíz de dichas comunicaciones.

Consideramos que la magnitud del supuesto incumplimiento que se acusa a través del cargo notificado no guarda relación ni tiene proporción con los antecedentes del reclamo ni con los demás cargos notificados a través de la nota ASFI/DDC/R-139211/2012, los cuales además de que están siendo desvirtuados por los argumentos precedentemente expuestos, no pueden tener un alcance tan general como el que se pretende dar en el cargo notificado, al extremo de insinuar la inexistencia de una estructura organizacional apropiada para el buen funcionamiento de un control interno, o la ausencia de segregación de funciones o la falta de un monitoreo adecuado a la efectividad del sistema de control interno, sin haber considerado que en ocasión de anteriores revisiones e inspecciones del propio órgano regulatorio, no surgieron observaciones de la magnitud del cargo que ahora nos ocupa, que pusieran en duda la estructura misma de nuestro Banco, de reconocida solvencia, solidez y trayectoria.

Finalmente, nos permitimos hacer mención a los principios que deben regir la actividad administrativa, los cuales se encuentran consagrados en el Art. 4 de la ley del Procedimiento Administrativo, destacando el Principio de Proporcionalidad, el cual a nuestro criterio está siendo desconocido en la formulación del cargo respecto a los antecedentes que han dado lugar al presente procedimiento sancionatorio, los cuales no son otros que el reclamo de Darío Montaña y Hernán Jorge Ovando, reclamo que se refiere a una sola transacción aislada y puntual.

En consecuencia, en mérito a los fundamentos legales y los descargos y explicaciones que se exponen, solicitamos a usted, levantar y dejar sin efecto todos y cada uno de los cargos contenidos en la nota ASFI/DDC/R-139211/2012 de 29 de octubre de 2012..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 130/2013 DE 8 DE MARZO DE 2013.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió:

"...PRIMERO.- Sancionar al BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A. con MULTA de DEG3.000.- (Tres Mil 00/100 Derechos Especiales de Giro) conforme se detalla a continuación:

CARGO 1, por el incumplimiento al numeral 4 (Procedimiento), punto 4.1. Recepción de Solicitud de Traspaso de Fondos, inciso 4.1.2. de su Manual de Traspaso de Fondos entre Cuentas Vista, debido a que la carta de fecha 30 de marzo de 2011 presentada por el señor Hernán López López, que autoriza transferir de la cuenta N° 4010741648 a la cuenta N° 4010640033 el monto de Bs.1.226.686.- (Un Millón Doscientos Veintiséis Mil Seiscientos Ochenta y Seis 00/100 Bolivianos), sólo contiene el monto a ser traspasado en numeral y no así en literal, se sanciona con multa de DEG50.- (Cincuenta 00/100

Derechos Especiales de Giro) por ser una contravención que se cometió por negligencia de los funcionarios de la Entidad Financiera.

CARGO 2, por el incumplimiento del numeral 4 (Procedimiento), del Manual de Traspaso entre Cuentas Vista vigente desde el 07 de mayo de 2010, y punto 4.2.5. porque en la operación de transferencia solicitada por el señor Hernán López López del monto de Bs1.226.686.- (Un Millón Doscientos Veintiséis Mil Seiscientos Ochenta y Seis 00/100 Bolivianos) no se evidencia la existencia del formulario de la transacción 4-97 "Autorización Monto Transacción", que debía llenarse de manera obligatoria para montos superiores a \$us.10.000.- (Diez Mil 00/100 Dólares Americanos) y dicha operación habría sido efectuada sin la autorización del funcionario autorizador, motivo por el que se impone una multa de DEG300.- (Trescientos 00/100 Derechos Especiales de Giro).

CARGO 3, por el incumplimiento al artículo 3, Sección 4, Capítulo I del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en el Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que la respuesta otorgada por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A al reclamo de los señores Hernán Jorge Ovando y Rubén Darío Montaña, fue posterior a la fecha que el Banco comunicó a los reclamantes que iba a dar respuesta, por consiguiente no habría sido oportuna, se sanciona con una multa de DEG800.- (Ochocientos 00/100 Derechos Especiales de Giro) por reincidencia y negligencia en la comisión de esta infracción conforme se encuentra demostrado de la lectura de Resolución ASFI N° 246/2012 de 20 de junio de 2012, evidenciándose que anteriormente se sancionó por esta contravención a la misma Entidad Financiera emergente de otro caso.

CARGO 4, por el incumplimiento del punto 4.1. Recepción de Solicitud de Traspaso de Fondos, inciso 4.1.1., del Manual para el Traspaso de Fondos entre Cuentas Vista del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., debido a que en el traspaso de fondos de 30 de marzo de 2011 de la cuenta N° 4010741648 a la cuenta N° 4010640033 por un monto de Bs.1.226.686.- (Un Millón Doscientos Veintiséis Mil Seiscientos Ochenta y Seis 00/100 Bolivianos) no se utilizó el formulario FRM-CV01 "Solicitud de Traspaso de Fondos entre Cuentas Propias", se sanciona con una multa de DEG300.- (Trescientos 00/100 Derechos Especiales de Giro)."

CARGO 5, por el incumplimiento del artículo 1, Sección 10. Otras Disposiciones, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras porque la Entidad Supervisada no aseguró la exactitud y veracidad de la información que permanece en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. debido a que el sistema informático no refleja la información física verificada en el formulario de cuenta mancomunada relevada en la inspección realizada se sanciona con una multa de DEG 350.- (Trescientos Cincuenta 00/100 Derechos Especiales de Giro).

CARGO 6, por el incumplimiento al artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) en razón a que el Banco Mercantil Santa Cruz, no informó documentalmente dentro de los diez (10) días calendario posteriores al conocimiento del presunto hecho delictivo que habría sido cometido en la Entidad Financiera, en el marco del artículo 25, Sección 2, Capítulo II del Reglamento de Sanciones Administrativas, Título XIII (en la actual estructura normativa artículo 25,

Sección 2, Capítulo II, Título II) de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras se sanciona con multa DEG1.000.- (Un Mil 00/100 Derechos Especiales de Giro)

CARGO 7, por incumplimiento a los incisos c), i), del artículo 2, Sección 3, Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que no existía una estructura organizacional apropiada para el buen funcionamiento de control interno, no proveyendo una adecuada segregación de funciones y por no realizar un monitoreo adecuado de la efectividad del sistema de control interno existente en la Entidad Financiera se sanciona con DEG200.- (Doscientos 00/100 Derechos Especiales de Giro)..."

Los argumentos de la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que, efectuada la evaluación de los descargos presentados por el **Banco Mercantil Santa Cruz S.A.** mediante Informe Técnico Legal ASFI/DDC/R-29782/2013 de 28 de febrero de 2013, se han establecido los siguientes aspectos: (...)

Al cargo 1

El Banco Mercantil Santa Cruz S.A. sobre el cargo 1, a través de la carta de descargo BMSC/GAL/1595, manifiesta, que si bien la norma establece la obligatoriedad que tiene los funcionarios operativos de la Entidad Financiera de verificar la consistencia de la solicitud de traspasos de fondos, la misma que deberá estar debidamente firmada y contener todos los datos necesarios para efectuar los traspasos, es evidente que el punto 4.1.2. de la norma interna Manual de Traspaso de Fondos entre Cuentas Vista, señala el procedimiento que establece que el importe a ser transferido debe estar expresamente señalado en numeral y literal, a criterio del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., si **existió la omisión expresada en el cargo**, pero que no habría generado perjuicio ni reclamo.

Al respecto, la Entidad Financiera definitivamente reconoce **que si existió la omisión descrita en la notificación de cargos**, la cual emerge de los hallazgos identificados por el Órgano Supervisor en la inspección in situ que se realizó a raíz del reclamo presentado, en busca de la verdad material y de que las Entidades Financieras cumplan tanto con la normativa prudencial de ASFI y de su propia normativa interna. Por lo tanto, se observa que el funcionario operativo del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. no cumplió con el procedimiento establecido en la normativa interna de la Entidad Financiera para el traspaso de fondos, **por lo que se ratifica el incumplimiento al cargo 1 notificado** (...)

Al cargo 2

El Manual de Traspasos de Fondos Entre Cuentas Vista CV-01, vigente desde el 7 de mayo de 2010, establece en el punto 4.2.5. que el funcionario autorizador recibe el mensaje en su correo electrónico debe **proceder a revisar la documentación de respaldo**, verificando nuevamente la autenticidad de la firma que figura en la solicitud con la registrada en el sistema de forma obligatoria para montos superiores a

\$us.10.000.- (Diez Mil Dólares Americanos 00/100) o su equivalente en bolivianos. Si todo está conforme, ingresa a la transacción 4-97 "Autorización Monto Transacción" y procede a efectuar la autorización.

El sistema enviará al usuario solicitante un mensaje que confirme o rechace la solicitud, asimismo, en el punto 4.2.6. del mismo manual se establece que el Ejecutivo de Cuenta, ingresa a la transacción 4-26 "Nota de Débito Transacción" e incluye **el número de referencia con el que solicitó la autorización.**

No se presenta descargo que evidencie la revisión de la documentación realizada por el Funcionario Autorizador, tampoco se incluye el número de referencia con el que el Ejecutivo de Cuenta solicitó la autorización, además la Entidad Financiera presenta como descargo el informe CS/08/2012 de fecha 15 de noviembre de 2012 elaborado por la Gerencia de Sistemas y no así un reporte del registro de la autorización realizada vía sistema, en consecuencia **se ratifica el incumplimiento al cargo 2 notificado** (...)

Al cargo 3

Sobre el particular, si bien la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF) faculta a las Entidades de Intermediación Financiera poder ampliar el plazo para la emisión de respuestas vía comunicación formal al consumidor financiero especificando el plazo en el que se emitirá la respuesta, en el caso del presente cargo, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. comunicó formalmente a los reclamantes con carta SARC BMSC 214194/11 de fecha 1 de junio de 2012, que en fecha 10 de junio de 2011 la Entidad Financiera haría conocer una respuesta definitiva, la carta SARC BMSC 214194/11 de respuesta fue emitida en fecha 13 de junio de 2011, incumpliendo el plazo comunicado a los señores Montaña y Ovando, **por lo que se ratifica el incumplimiento al cargo 3 notificado** (...)

Al cargo 4

El Manual de Traspasos de Fondos Entre Cuentas Vista CV-01, vigente desde el 7 de mayo de 2010, establece en el punto 4.1.1. que el Ejecutivo de Cuentas BPyN: recibe la solicitud escrita de traspaso de fondos la cual puede ser presentada mediante carta o a través del formulario correspondiente, además, también señala que: En caso de solicitar el traspaso de fondos entre cuentas de un mismo cliente se debe utilizar el formulario FRM-CV01 "Solicitud de Traspaso de Fondos entre Cuentas Propias" y en caso de solicitar el traspaso de fondos entre cuentas de distintos clientes, utilizar el formulario FRM-CV02 "Solicitud de Traspaso de Fondos a Cuentas de Terceros".

No se presenta ninguno de los formularios mencionados en la normativa interna de la Entidad Financiera para el traspaso de fondos de cuentas de un mismo cliente o de cuentas de terceros, en consecuencia **se ratifica el incumplimiento al cargo 4 notificado** (...)

Al cargo 5

El Banco Mercantil Santa Cruz S.A. como descargo, presenta toda la operativa desde la apertura de la cuenta corriente N° 4010741648 como una cuenta unipersonal a

nombre del señor Antonio Hernán López López y la posterior incorporación del registro de firmas de los señores Rubén Darío Montaña y Hernán Jorge Ovando, únicamente para el giro de cheques, con las fechas de incorporación o habilitación de firmas y la desahabilitación de las mismas, sin embargo, en el sistema no se refleja o registra el formulario que se encuentra en la carpeta del cliente de Registro de Firmas Autorizadas, donde se registran en la parte posterior del formulario, los nombres, apellidos y números de cédulas de identidad de los señores Rubén Darío Montaña y Hernán Jorge Ovando y en la parte posterior del formulario se registra el nombre de Rubén Darío Montaña, Hernán Jorge Ovando y Hernán López López y en la columna de Condiciones de Manejo de la Cuenta se registra Conjunta en los dos primeros casos y Conjunta imprescindible en el caso del señor Hernán López López, este formulario con la información mencionada no se registra en el sistema de la Entidad Financiera, consecuentemente **se ratifica el incumplimiento al cargo 5 notificado** (...)

Al cargo 6

Revisados los antecedentes y la documentación que cursa en los descargos se observa que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. no informó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en ningún momento del presunto hecho delictivo, no obstante que **tiene conocimiento que existe la denuncia y querrela por la comisión de presuntos delitos emergentes de este caso**, siendo una obligación hacerlo tal como establece el artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado). **Por lo tanto, no se desvirtúa este cargo y queda ratificado el mismo** (...)

Al cargo 7

A efectos de desvirtuar el presente cargo, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. menciona que por lo expuesto en los descargos y explicaciones precedentes a los cargos 1, 2, 3, 4, 5 y 6, evidenciarían la inexistencia de incumplimientos a la normativa vigente y a procedimientos internos de la Entidad Financiera, lo que denotaría el correcto funcionamiento del sistema de control interno, además, también señalan que de existir alguno de los incumplimientos señalados, no es posible calificar de insuficiente el sistema de control interno, en el sentido que el reclamo que ha dado origen al presente procedimiento sancionatorio representa una transacción puntual y aislada frente al universo de más de 75.000 operaciones que procesa la Entidad Financiera mensualmente.

Al respecto, si bien el presente proceso sancionatorio se origina en función al reclamo de un proceso específico presentado por los señores Rubén Darío Montaña y Hernán Jorge Ovando y no así a los 75.000 procesos que realiza la Entidad Financiera mensualmente, en el presente caso se observa que los cargos notificados por contravenciones a la normativa prudencial de ASFI y normativa interna de la propia Entidad Financiera denotan fallas en su sistema de control interno en este caso en particular que bien pudieron evitarse si hubiera existido un eficiente control en la aplicación de las normas. En consecuencia, por todo lo expuesto en el análisis técnico de los descargos 1, 2, 3, 4, 5 y 6, **se ratifica plenamente el incumplimiento al cargo 7 notificado.**

CONSIDERANDO:

Que, el Órgano de Supervisión, a tiempo de imponer sanciones contra los infractores de las disposiciones legales y normativas que regulan la actividad de intermediación financiera, debe aplicar el principio de proporcionalidad, es decir la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer, entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. En ese sentido, se ha tomado en cuenta las consideraciones para la modulación de la sanción debiendo considerarse la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008, que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que señala que: “El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: **a)** que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; **b)** que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; **c)** que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión”.

Que, en el presente caso se debe tomar en cuenta que: **a)** Los incumplimientos se encuentran debidamente tipificados y previstos en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y normativa interna de la propia Entidad Financiera, **b)** Por los argumentos expuestos, las infracciones se encuentra plenamente demostradas y, **c)** Respecto al cargo 3, en los registros de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) cursa la Resolución ASFI N° 246/2012 de 20 de junio de 2012 que resolvió sancionar al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. entre otras infracciones por incumplimiento del artículo 3, Sección 4, Capítulo I, Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras por lo que se evidencia la existencia de reincidencia sobre este punto, debido a que también en este caso se identificó las mismas contravenciones por parte de la Entidad Financiera por un hecho similar.

Que, como establece Alejandro Nieto García (“Derecho Administrativo Sancionador”, 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, página. 347) “La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase”.

Que, estas fases citadas por la ley ferenda y aplicadas al derecho positivo de Bancos y Entidades Financieras son: la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación, elementos que a continuación se analizarán a efectos de revisión, control y fiscalización de las sanciones impuestas por el órgano regulatorio sectorial, quien ostenta la facultad sancionatoria:

Tipificación.- En el caso del presente examen se encuentra configurada por los siguientes incumplimientos:

- Incumplimiento al numeral 4 (Procedimiento), punto 4.1. Recepción de Solicitud de Traspaso de Fondos, inciso 4.1.2. de su Manual de Traspaso de Fondos entre Cuentas Vista, porque la carta de fecha 30 de marzo de 2011 presentada por el señor Hernán López López, que autoriza transferir de la cuenta N° 4010741648 a la cuenta N° 4010640033 el monto de Bs.1.226.686.- (Un Millón Doscientos Veintiséis Mil Seiscientos Ochenta y Seis 00/100 Bolivianos), sólo contiene el monto a ser traspasado en numeral y no así en literal.
- Incumplimiento al numeral 4 (Procedimiento), del Manual de Traspaso entre Cuentas Vista vigente desde el 07 de mayo de 2010, y punto 4.2.5. porque en la operación de transferencia solicitada por el señor Hernán López López del monto de Bs1.226.686.- (Un Millón Doscientos Veintiséis Mil Seiscientos Ochenta y Seis 00/100 Bolivianos) no se evidencia la existencia del formulario de la transacción 4-97 "Autorización Monto Transacción", que debía llenarse de manera obligatoria para montos superiores a \$us.10.000.- (Diez Mil 00/100 Dólares Americanos) y dicha operación habría sido efectuada sin la autorización del funcionario autorizador.
- Incumplimiento al artículo 3, Sección 4, Capítulo I del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en el Título XI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que la respuesta otorgada por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A al reclamo de los señores Hernán Jorge Ovando y Rubén Darío Montaña, fue posterior a la fecha que el Banco comunicó a los reclamantes que iba a dar respuesta, por consiguiente no habría sido oportuna.
- Incumplimiento al punto 4.1. Recepción de Solicitud de Traspaso de Fondos, inciso 4.1.1., del Manual para el Traspaso de Fondos entre Cuentas Vista del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., debido a que en el traspaso de fondos de 30 de marzo de 2011 de la cuenta N° 4010741648 a la cuenta N° 4010640033 por un monto de Bs1.226.686.- (Un Millón Doscientos Veintiséis Mil Seiscientos Ochenta y Seis 00/100 Bolivianos) no se utilizó el formulario FRM-CV01 "Solicitud de Traspaso de Fondos entre Cuentas Propias".
- Incumplimiento del artículo 1, Sección 10. Otras Disposiciones, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras porque la Entidad Supervisada no aseguró la exactitud y veracidad de la información que permanece en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. debido a que el sistema informático no refleja la información física verificada en el formulario de cuenta mancomunada relevada en la inspección realizada.

- Incumplimiento al artículo 107 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) en razón a que el Banco Mercantil Santa Cruz, no informó documentalmente dentro de los diez (10) días calendario posteriores al conocimiento del presunto hecho delictivo que habría sido cometido en la entidad.
- A los incisos c), e i), artículo 2, Sección 3, Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, debido a que no existiría una estructura organizacional apropiada para el buen funcionamiento de un control interno, no previendo (sic) una adecuada segregación de funciones y por no realizar un monitoreo adecuado de la efectividad del sistema de control interno existente en la Entidad Financiera.

Sobre este punto debe quedar claro que en la tipificación el Órgano Regulador no tiene una actividad discrecional sino una actividad jurídica objetiva de aplicación de las normas, que exige como objetivo el encuadramiento o subsunción de la falta en el tipo predeterminado legalmente y que en todo momento debe fundarse en situaciones y reglamentos vigentes al momento de cometerse la infracción que encuadre en la tipificación señalada.

Calificación.- Constituye una actividad complementaria e inseparable de la tipificación que consiste en el encuadramiento de las infracciones a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), concordante con los artículos 101 y 102 del mismo cuerpo normativo.

Con la calificación se establece un parámetro que constituye una primera delimitación de la cuantía sancionatoria a imponerse.

Graduación.- Calificadas las infracciones surge este otro parámetro delimitador de la discrecionalidad sancionadora, mediante la cual y siguiendo las pautas legales de los artículos 101 y 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), se debe clasificar la infracción y la consiguiente sanción en atención a los elementos configurativos como la negligencia, imprudencia, daño económico o perjuicio producido por la conducta infractora del regulado.

Que, el artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) determina que las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99 serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse.

Que, al considerarse que la inobservancia que promueve el proceso sancionatorio bien pudo evitarse de haberse observado el cumplimiento de las disposiciones legales, se configuran acciones negligentes e imprudentes atribuibles a los funcionarios responsables de su verificación y ejecución.

Que el artículo 1, Sección 4, Capítulo II del Reglamento de Multas y Sanciones, contenido en el Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades

Financieras, establece que para los efectos de calificar la reincidencia o habitualidad, el o la Director (a) Ejecutivo (a), tomará en cuenta la conducta anterior de la entidad financiera o de los infractores, atendiendo a las sanciones que les hubieren sido impuestas durante los últimos tres (3) años. Este plazo se extenderá a cinco (5) años, cuando se haya actuado con dolo y éste se presumirá cuando se hayan hecho declaraciones falsas a ASFI, relacionadas con los hechos o infracciones cometidas.

Modulación. Conforme lo establece el numeral 2 del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), es atribución del Ente Fiscalizador sancionar a las Entidades de Intermediación Financiera bajo su supervisión considerando hasta del tres (3%) del capital mínimo para la constitución, según el tipo de Entidad Financiera.

Que, complementariamente, el artículo 7, Sección 1, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas establece que: "Cada multa que imponga la Superintendencia en aplicación del presente documento, no podrá exceder el tres (3%) por ciento del capital mínimo de acuerdo a Ley. Dicho importe se aplicará en función del capital mínimo establecido para cada tipo de entidad financiera...".

Que, el artículo 61, Sección 2, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras señala claramente que: "Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por la Superintendencia y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los Bancos y Entidades Financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el Superintendente, dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse".

Al considerarse que la inobservancia que promueve el proceso sancionatorio bien pudo evitarse de haberse observado el cumplimiento de las disposiciones legales, se configuran acciones negligentes e imprudentes atribuibles al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**

Conforme lo establece el numeral 2 del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), es atribución del Ente Fiscalizador sancionar a las Entidades de Intermediación Financiera bajo su supervisión con multa.

Que, por consiguiente, corresponde la imposición de la sanción administrativa de multa de acuerdo con lo previsto en el numeral 2 artículo 99 y 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

CONSIDERANDO:

Que, por lo anteriormente expuesto, el Informe ASFI/DDC/R-29782/2013 de 28 de febrero de 2013, en el marco de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 99 y 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y artículo 61, Sección 2, Capítulo II, Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, artículo 1, Sección 4, Capítulo II del Reglamento de Multas y Sanciones, contenido en el Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras,

recomendó la imposición de una sanción administrativa de multa, por las inobservancias antes señaladas...”

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 8 de abril de 2013, el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, con los siguientes argumentos:

“...La Resolución que se impugna constituye una mera repetición de la Resolución ASFI N° 683/2012 de 30 de noviembre de 2012, la misma que ha ratificado los incumplimientos descritos en los cargos notificados, desestimando los descargos y explicaciones expuestas en nuestra nota BMSC/GAL/1595/2012 de 15 de noviembre de 2012. No obstante a través de Resolución ASFI N° 065/2013 de 30 de enero de 2013, el órgano regulador ya habría evaluado los fundamentos expuestos en nuestro Recurso de Revocatoria de 31 de diciembre de 2013, por lo que ejerciendo nuestro derecho a la defensa corresponde a nuestra entidad bancaria desvirtuar los fundamentos expuestos tanto en la Resolución que hoy recurrimos, es decir, la Resolución ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, como en la Resolución ASFI N° 065/2013 de 30 de enero de 2013, en atención a los siguientes fundamentos:

SANCION POR EL CARGO 1.

Este reparo está referido a un incumplimiento formal del procedimiento, (falta de determinación del monto en literal), que no ha generado discrepancia alguna relacionada con el fondo del reclamo y que no ha tenido trascendencia alguna respecto a la transacción motivo del reclamo, la cual ha sido debidamente efectuada por el titular de la cuenta; estos aspectos pese a haber sido fundamentados y demostrados en los descargos expuestos por nuestra entidad, ni siquiera han merecido consideración alguna en la valoración de los descargos contenida en la resolución, limitándose dicha valoración a señalar y hacer énfasis en el incumplimiento formal, desconociendo de manera notoria y alarmante, el Principio de Verdad Material, por cuanto la verdad de los hechos en este caso es que el traspaso de fondos fue efectuado por el titular de la cuenta en el monto ordenado, monto que en ningún momento fue cuestionado o desconocido en el reclamo ya que precisamente la realización del traspaso por el monto señalado en la nota, es ratificado por los reclamantes en los términos de su reclamo, en consecuencia, no es posible sancionar como incumplimiento un hecho que es verificado y comprobado de manera incuestionable como es el caso del monto de la transacción, más aún si éste no es motivo de controversia alguna, demostrándose inclusive a través del propio reclamo que se ha cumplido con el objeto previsto en el procedimiento observado, el cual no es otro que la verificación de la consistencia de la solicitud.

No obstante la claridad de nuestra defensa, la Resolución ASFI N° 065/2013 de 30 de enero de 2013, vuelve a caer en la ausencia de fundamentación en la valoración de nuestro descargo, limitándose nuevamente a reiterar que se trata de una falta al procedimiento interno de la entidad, siendo al misma sancionable, sin que en ningún momento exista constancia de que en el ejercicio de la potestad sancionadora, el

órgano regulatorio hubiera ponderado las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria proporcionalidad entre el hecho imputado y la responsabilidad exigida, las cuales justamente son invocadas en nuestra defensa, tanto en el descargo como en el anterior Recurso de Revocatoria, sin que éstas circunstancias hubieran merecido la ponderación que falsamente indica la Resolución sancionatoria.

Por el contrario, las justificaciones expuestas que se basan en las circunstancias de la propia transacción debida y correctamente completada por el cliente, conforme a su solicitud, en lugar de ser ponderadas y consideradas por lo menos como atenuantes, son ignoradas dando lugar al ilegal endurecimiento de la sanción, desconociendo los alcances de la propia Ley de Bancos y Entidades Financieras en su Art. 101, veamos:

La precitada norma indica que se sancionará con amonestación las infracciones a los reglamentos internos de la entidad en infracciones incurridas por negligencia o imprudencia que no causen perjuicio económico a la entidad o a sus clientes; en el presente caso, la omisión del literal del monto en la instrucción del cliente NO HA CAUSADO PERJUICIO ALGUNO AL CLIENTE, quien es precisamente el que ha dado la instrucción para la transacción, la cual ha sido completada satisfactoriamente conforme a sus instrucciones y tampoco ha producido perjuicio alguno al Banco ni a los reclamantes, constituyéndose la misma en una omisión a un procedimiento interno de nuestra entidad, en consecuencia, **LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN PECUNIARIA POR ESTA OMISION VULNERA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD AL DESCONOCER LO QUE LA PROPIA LEY PREVE PARA ESTE TIPO DE INFRACCIONES.**

Insistimos en el hecho de que un incumplimiento a nuestra normativa interna no puede encontrarse bajo los alcances del Principio de Tipicidad establecidos en los Arts. 72 y 73 de la Ley 2341, por cuanto la Ley no prevé sanciones a procedimientos internos de una institución, que no hubieran sido establecidos por normativa expresa.

SANCION POR EL CARGO 2.

Nuevamente hacemos notar la total falta de congruencia entre el cargo notificado y el fundamento de la Resolución para justificar la sanción impuesta, por cuanto:

- a) El Cargo refiere un incumplimiento al procedimiento interno **al no existir el formulario de la transacción 4-97 "Autorización Monto Transacción", que debía llenarse de manera obligatoria para montos superiores a \$us. 10.000.- y que dicha operación habría sido efectuada sin la autorización del funcionario autorizador.**
- b) El descargo de manera fehaciente demuestra lo siguiente:
 - El procedimiento cuyo incumplimiento se acusa, no hace mención a algún formulario para la transacción 4-97.
 - No existe el formulario 4-97 por cuanto la 4-97 es una transacción de nuestro sistema informático, el cual no genera formulario físico y que precisamente dicha transacción representa la autorización.
 - El traspaso no se hubiera podido procesar sin que precisamente hubiera existido la autorización del funcionario autorizador.

c) No obstante la claridad y contundencia del descargo, inexplicablemente el órgano regulatorio al efectuar el análisis del descargo indica textualmente lo siguiente: "No se presenta descargo que evidencie la revisión de la documentación realizada por el funcionario autorizador, tampoco se incluye el número de referencia con el que el Ejecutivo de Cuenta solicitó la autorización, además, la Entidad Financiera presenta como descargo el informe CS/08/2012 de 15 de noviembre de 2012 elaborado por la Gerencia de Sistemas y no así un reporte del registro de la autorización realizada vía sistema, en consecuencia se ratifica el incumplimiento..."

Lamentamos que dicha incongruencia sea confirmada en los fundamentos expuestos en la Resolución ASFI N° 065/2013 y en la Resolución que hoy recurrimos, al reiterarse la fundamentación de la sanción la cual se aparta completamente de los términos del cargo formulado el cual ha sido notificado en razón a la inexistencia de un formulario y a la supuesta falta de autorización para la transacción, sin que en momento alguno se hubiera referido a la falta de evidencia de revisión documental o a la falta del número de referencia con el que el Ejecutivo de Cuenta solicitó la autorización y menos a la falta de un reporte en el registro de la autorización realizada vía sistema, subsistiendo el desconocimiento del Principio de Congruencia que hace al debido proceso y al derecho de defensa, generándose una situación de inseguridad jurídica para nuestra entidad que resulta inadmisibles en un Estado de Derecho.

Por otra parte, tampoco la Resolución ASFI N° 065/2013 que sirve de fundamento para la Resolución que ahora recurrimos, ha considerado lo expuesto por nuestra entidad en sentido de que el único documento necesario para efectuar la transacción ha sido la nota de 30 de marzo de 2011, en la que se puede evidenciar de manera incuestionable la verificación respectiva en relación a la presentación por el propio titular al momento de generarse la transacción descartándose de esta manera la supuesta falta de revisión documental por parte de nuestra institución. Tampoco se ha ponderado que la transacción no hubiera sido posible de efectuarse sin la autorización correspondiente, por lo que no existe la posibilidad de que el Ejecutivo de Cuentas al momento de procesar la transacción a través de nuestro sistema informático, hubiera omitido solicitar la autorización correspondiente al funcionario autorizador, quedando meridianamente aclarado que dicha autorización fue emitida, razón por la cual la transacción quedó registrada en el sistema informático como procesada, aspecto que fue debidamente verificado por ese ente regulatorio al momento de efectuar la inspección especial; no obstante estas explicaciones son alarmantemente ignoradas por el ente regulatorio al momento de valorar nuestra defensa e imponer las sanciones.

Destacamos que el supuesto incumplimiento, de ninguna manera admitido por los extremos precedentemente expuestos, se refiere a un procedimiento interno de nuestra institución, el cual tampoco ha generado perjuicio alguno, siempre bajo la premisa de que la transacción ha sido cumplida debidamente conforme a las instrucciones del **UNICO TITULAR DE LA CUENTA**, en consecuencia, bajo el principio de legalidad **NO ES POSIBLE SANCIONAR UNA INFRACCION DE ESTA NATURALEZA CON SANCION PECUNIARIA** conforme lo hace la Resolución ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo

de 2013, DESCONOCIENDO LO QUE EL ART. 101 DE LA LEY DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS PREVE DE MANERA EXPRESA.

SANCION POR EL CARGO 4.

No obstante la claridad de nuestro procedimiento, así como la explicación que sobre dicho procedimiento se ha realizado tanto en el descargo como en nuestro memorial de 31 de diciembre de 2012, la resolución ASFI N° 065/2013 y la Resolución ASFI N° 130/2013, insisten en la falta de precisión y poca comprensión de los términos tanto del Procedimiento CV-01 de 7 de mayo de 2010, como de la mencionada aclaración expuesta por nuestra entidad. Nuevamente veamos textualmente el citado procedimiento, a saber:

"4. PROCEDIMIENTO

4.1. Recepción de solicitud de traspaso de fondos

4.1.1. Ejecutivo de Cuenta BPyN/Corporativo/Empresas / Ejecutivo Convenios / Ejecutivo de Cuentas Fiscales / Ejecutivo Plataforma BPN / Analista Corporativo/Empresas: Recibe la solicitud escrita de traspaso de fondos **la cual puede ser presentada mediante carta o a través del formulario correspondiente:**

- En caso de solicitar el traspaso de fondos entre cuentas de un mismo cliente, utilizar el formulario FRM-CV01 "Solicitud de Traspaso de Fondos entre Cuentas Propias".
- En caso de solicitar el traspaso de fondos entre cuentas de distintos clientes, utilizar el formulario FRM-CV02 "Solicitud Transferencia de Fondos a Cuentas de Terceros".

De la transcripción literal que se hace de la parte pertinente del Procedimiento señalado, el cual ya cursa en los antecedentes del presente proceso sancionatorio, se puede verificar claramente la opción que da el procedimiento para que la solicitud de traspaso de fondos pueda ser efectuada a través de carta presentada por el propio titular o en su defecto a través del formulario correspondiente de acuerdo al tipo de traspaso que se requiera efectuar. **SOLAMENTE EN EL CASO EN QUE SE HUBIERA OPTADO POR LA UTILIZACION DE UN FORMULARIO, ES DECIR QUE NO EXISTA LA CARTA DEL CLIENTE, RECIÉN SE DEBE IDENTIFICAR EL TIPO DE TRANSACCION QUE EL CLIENTE VA A REALIZAR PARA UTILIZAR ALGUNO DE LOS DOS FORMULARIOS, ES DECIR EL FRM-CV01 O EL FRM-CV02.** Esta redacción permite inferir que en aquellos casos, como en el presente, en los que exista la carta, en esta estará especificada el tipo de transferencia que el cliente instruye realizar, **SIN QUE SEA NECESARIA LA UTILIZACION DE NINGUNO DE LOS DOS FORMULARIOS MENCIONADOS.**

El texto del procedimiento descrito, por su claridad no permite otra interpretación que la que literalmente se desprende del citado texto, por lo que resulta por demás alarmante que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI insista en forzar la interpretación de este procedimiento a los efectos de imponer la sanción que hoy impugnamos, por cuanto **NO HA PODIDO EXISTIR EL INCUMPLIMIENTO QUE AHORA SE**

SANCIONA AL EXISTIR LA CARTA DE SOLICITUD PREVISTA EN EL PROCEDIMIENTO DECARTÁNDOSE LA UTILIZACIONES (sic) DE CUALQUIERA DE LOS DOS FORMULARIOS.

Por otra parte y sin admitir el incumplimiento al procedimiento referido, nuevamente hacemos notar que en este caso también se ha vulnerado el Principio de Legalidad, al no considerar lo establecido en el Art. 101 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, toda vez que la falta del formulario observado, no motiva perjuicio alguno ni para el cliente ni para los reclamantes y menos para el Banco; en ese entendido, tratándose de un incumplimiento a una normativa interna - insistimos en que el mismo es inadmitido por nuestra entidad - NO CORRESPONDE UNA SANCION PECUNIARIA.

SANCION POR EL CARGO 5.

Nuevamente debemos reiterar lo expuesto en nuestro memorial de 31 de diciembre de 2012, toda vez que los fundamentos expuestos en las dos Resoluciones emitidas por la ASFI, la N° 065/2013 y la N° 130/2013, no efectúan una valoración adecuada y completa de todos los fundamentos expuestos en el citado memorial, veamos:

La sanción ha sido impuesta por un presunto incumplimiento a lo previsto en el Art. 1º, Sección 10, Capítulo II, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, no obstante esta norma, se refiere de manera clara y expresa a las responsabilidades en cuanto a las medidas necesarias para la seguridad, exactitud, veracidad, puntualidad y actualización **de la información periódica a ser enviada a ASFI, asegurando la consistencia que debe guardar esta información enviada frente a la información que permanece en la entidad;** precisamente y de acuerdo a interpretaciones que da ASFI a los alcances de la citada norma en otros casos, el objetivo de dicha norma es asegurar la confiabilidad y consistencia de la información a ser enviada periódicamente al órgano regulador, **en consecuencia, el incumplimiento de dicha normativa únicamente podría estar relacionada a la inconsistencia de información que periódicamente se envía a ASFI,** y de ninguna manera al presente caso, por cuanto la información cuya inconsistencia se acusa, **no se encuentra entre la información que periódicamente debe ser enviada a ASFI,** por lo que no es posible sancionar al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. por el incumplimiento a la precitada norma respecto a una información que no es susceptible de envío periódico, lo contrario sería transgredir una vez más los principios de legalidad y tipicidad y contravenir la fundamentación que sobre el principio de proporcionalidad se cita en la propia Resolución recurrida, por cuanto, **EL HECHO IMPUTADO NO SE ENCUENTRA PREVIAMENTE CALIFICADO COMO FALTA INFRACCION EN LA NORMA APLICABLE.**

Esta fundamentación ha sido ignorada en los considerandos de las dos Resoluciones, omisión que además de constituir un agravio a nuestros derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso, importa incumplimientos por parte del órgano regulador al párrafo II del Art. 67 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003 cuando dispone lo siguiente:

“II. Presentados los descargos o transcurrido el plazo sin que ello hubiera ocurrido, el Superintendente procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados,

aplicando el principio de la sana crítica y valoración razonada de la prueba, no pudiendo en ningún caso ignorar o dejar de evaluar los descargos presentados, garantizando en todo momento el pleno ejercicio de defensa.”

Por otra parte y en lo que se refiere al registro de la modalidad de utilización de la cuenta, ratificamos lo expuesto tanto en los descargos como en el memorial de 31 de diciembre de 2012, toda vez que estas explicaciones no han sido comprendidas a cabalidad por el órgano regulatorio:

De acuerdo al análisis del descargo, se ha ratificado el incumplimiento al no reflejarse o no registrarse: “(...) el formulario que se encuentra en la carpeta del cliente de Registro de Firmas Autorizadas, donde se registra en la parte posterior del formulario, los nombres los apellidos y números de cédula de identidad de los señores Rubén Darío Montaña y Hernán Jorge Ovando y en la parte posterior del formulario se registra el nombre Rubén Darío Montaña, Hernán Jorge Ovando y Hernán López López y en la columna de Condiciones de Manejo de la Cuenta se registra Conjunta en los dos primeros casos y Conjunta imprescindible en el caso del señor Hernán López López, este formulario con la información mencionada no se registra en el sistema de la Entidad Financiera, consecuentemente se rarifica...”

Nuestros descargos han indicado de manera clara e inequívoca que en el caso de cuentas con un solo titular (unipersonales), como es el caso de la cuenta de Hernán López López, conforme ha sido demostrado en toda la documentación remitida, existe la posibilidad de que el titular de la cuenta incorpore como firmantes a otras personas, para el manejo conjunto o indistinto de la cuenta conforme a sus instrucciones, sin que la incorporación de firmas autorizadas para el manejo de la cuenta modifique la titularidad de la misma. En el presente caso la instrucción del titular de la cuenta ha sido la de autorizar a los señores Hernán Jorge Ovando y Darío Montaña, el manejo en forma conjunta de dicha cuenta únicamente para el giro de cheques, situación que dio lugar a que el registro en el formulario sea conforme ha sido descrito líneas arriba, es decir Rubén Darío Montaña y Hernán Jorge Ovando en forma conjunta y Hernán López López, como conjunta imprescindible dada su condición de titular de la cuenta. Esta instructiva ha sido registrada en nuestro sistema informático, tal y como ha sido debidamente acreditadas (sic) través (sic) de las pantallas del sistema que han sido insertadas tanto nuestra nota de descargos como en el escrito de 31 de diciembre de 2013, en las que se puede evidenciar tanto el carácter de cuenta unipersonal, es decir un solo titular de la cuenta y el carácter de conjunto en el manejo a través de la consignaciones de la letra “Y” en la columna que refleja la forma de manejo, además de encontrarse consignados los datos de las tres personas. Para su buen orden, volvemos a insertar las mencionadas pantallas: (se refiere a las impresiones de pantallas desplegadas de computadora, insertas en la nota BMSC/GAL/1595/2012 de 15 de noviembre de 2012, supra relacionada).

Por lo tanto, no es evidente que el formulario que se encuentra en la carpeta del cliente no esté reflejado en el sistema, por cuanto las condiciones de manejo conjunto de la cuenta unipersonal conforme las instrucciones del titular de la cuenta, se hallan incorporadas a los sistemas informáticos de nuestra entidad, de acuerdo a lo que se puede ver en las pantallas antes indicadas, por lo tanto **EL HECHO**

SANCIONADO EN LA RESOLUCION QUE AHORA SE RECORRE NO SE ENCUENTRA PLENAMENTE PROBADO, como indebidamente se afirma en la Resolución para justificar el cumplimiento de los parámetros del Principio de Proporcionalidad previstos en la Resolución SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, las cuales se invocan como fundamento de la sanción.

No obstante estos fundamentos han sido nuevamente ignorados en ambas Resoluciones de la ASFI, las cuales simplemente se han limitado a insistir en la falta de concordancia entre el Formulario de Registro de Firmas Autorizadas y el sistema informático, sin considerar además que a la fecha de la realización del traspaso de fondos motivo del reclamo, el titular de la cuenta había deshabilitado las firmas conjuntas que en su momento, él en su condición de único titular había autorizado, en consecuencia, no era necesaria la concurrencia de ninguna de estas firmas en la solicitud del traspaso de fondos. Cabe hacer notar que la constancia de esta deshabilitación también se encuentra reflejada en nuestro sistema, tal y como se puede verificar en las pantallas insertas, siendo la fecha de deshabilitación el 5 de abril de 2011.

SANCION POR EL CARGO 6.

Nuevamente su Autoridad, en las Resoluciones ASFI N° 065/2013 y ASFI N° 130/2013, ratifica el incumplimiento al Art. 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras bajo el razonamiento simplista de que nuestra institución ha tenido conocimiento sobre la denuncia y querrela interpuesta por los reclamantes en contra de funcionarios de nuestra institución.

Lamentamos nuevamente que su Autoridad no efectúe un cabal análisis y valoración de los fundamentos y explicaciones de nuestra defensa, sin considerar que el Art. 107 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, toma como (sic) presupuesto para el aviso al ente regulatorio, LA EXISTENCIA DE UN HECHO DELICTIVO Y NO LA EXISTENCIA DE UNA DENUNCIA O DE UNA QUERRELLA.

Tanto la norma señalada, como los precedentes citados por nuestra entidad en el memorial de 31 de diciembre de 2012, como en la Resolución ASFI N° 065/2013, tienen como presupuesto la convicción que una entidad tome sobre la comisión de un hecho ilícito, para que se advierta al sistema financiero, por intermedio de ASFI, de la existencia de tal hecho, a los efectos de que se tomen los recaudos y prevenciones que correspondan salvaguardando los intereses del sistema financiero y de los clientes y usuarios en última instancia.

En el presente caso, señora Directora, dicha convicción sobre la existencia de un hecho delictivo no ha podido existir toda vez que, como ya se indicó en el descargo, ninguno de los antecedentes relacionados con la apertura y manejo de la cuenta N° 4010741648, puede ser considerado como indicio que determine que nuestra institución deba presumir la comisión de un acto delictivo, ni siquiera a la luz de los argumentos proporcionados por Darío Montaña y Hernán Jorge Ovando en su reclamo o en su querrela, por lo que nuestra entidad no pudo haber denunciado la

comisión de un delito a partir de una transacción efectuada por el propio titular de la cuenta. En este entendido, pretender atribuir carácter delictivo a la transacción objeto del reclamo, además de constituir una irresponsabilidad de parte de nuestra institución importaría afectar y desconocer el derecho a la defensa de los funcionarios que de manera por demás maliciosa y temeraria han sido denunciados por Darío Montaña y Hernán Jorge Ovando.

No obstante estas circunstancias, no ha sido adecuadamente valoradas al momento de imponer la sanción que ahora impugnamos, cuyo fundamento únicamente se basa en la existencia de una querrela, desconociendo una vez más el alcance de la norma legal precitada, la cual tiene como PRESUPUESTO LA EXISTENCIA DE UN HECHO DELICTIVO Y NO DE UNA QUERRELA O DENUNCIA CONTRA FUNCIONARIOS DE LA ENTIDAD. Nuevamente reiteramos que el ente regulatorio **NO HA PONDERADO LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES PARA LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN**, desconociendo una vez más los parámetros que forman parte del Principio de Proporcionalidad que establece la Resolución SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 y que ha servido de fundamento para la aplicación de las sanciones que hoy recurrimos.

SANCION POR EL CARGO 7.

De igual manera, señora Directora, nuevamente debemos reiterar los fundamentos expuestos para rebatir la sanción por este cargo, toda vez que no encontramos que en este caso, tampoco se hubiera realizado una adecuada valoración de nuestros fundamentos y explicaciones:

Se ha sancionado a nuestra institución por incumplir el inciso c) del Art. 2 de la sección 3 del Título IV de la Recopilación para Bancos y Entidades Financieras, norma que refiere como responsabilidad de la Gerencia General de una Entidad la de mantener una estructura organizacional apropiada para el buen funcionamiento de un sistema de control interno con clara asignación de responsabilidades, niveles de autoridad, grado de dependencia e interrelación, previendo una adecuada segregación de funciones. Asimismo se ha sancionado a nuestra entidad por incumplir el inciso i) del mismo artículo, sección, capítulo y título de la Recopilación mencionada, norma que determina como responsabilidad de la Gerencia General monitorear la efectividad del sistema de control interno.

Como descargo se ha argumentado que nuestra institución cuenta con un organigrama debidamente aprobado por el Directorio que está definido para establecer autoridad, dependencia e interrelación de las aéreas y el personal; contando además con políticas, normas, reglamentos y manuales de funciones y procedimientos debidamente aprobados por el Directorio y por otras instancias según corresponda, además de tener controles cruzados para evitar dualidad de funciones considerando la separación de aspectos como la autorización, el registro contable, la custodia de activos, entre otros. Asimismo, nuestra institución mencionó que tanto el Directorio, como la Gerencia General y las demás áreas de nuestra entidad, se

involucran en la definición de planes de acciones correctivas sobre informes de auditores y reguladores y que realizamos actividades de monitoreo del funcionamiento de los controles a través de los trabajos realizados por Auditoría Interna. Adicionalmente indicamos que la Gerencia General instruye la regularización de las observaciones que pudieran existir en los trabajos de auditores y reguladores, efectuando el seguimiento a la implementación de las respectivas medidas correctivas, cumpliendo cabalmente de esta manera con las responsabilidades que prevé la norma supuestamente incumplida.

Ninguno de estos fundamentos han sido considerados ni evaluados por el órgano regulador, quien en sus dos resoluciones se ha limitado a indicar que los cargos notificados por contravenciones a la normativa de ASFI y normativa interna de la propia entidad evidenciaron fallas en nuestro sistema de control interno en este caso particular, omitiendo el análisis de todos y cada uno de los aspectos mencionados en nuestros descargos, análisis que debería haber identificado las deficiencias en el funcionamiento mismo de nuestros sistemas de control interno y de nuestra gestión de riesgos, sin que el ente regulador hubiera podido demostrar que el caso aislado objeto del proceso sancionatorio, hubiera repercutido en el funcionamiento de estos sistemas. Nuevamente debemos referir que las deficiencias que implica el cargo notificado JAMAS han sido objeto de anteriores observaciones por parte de Comisiones Especiales de la ASFI encargadas de evaluar la gestión de riesgos de nuestra entidad, situación que denota aun más la orfandad del fundamento de las Resoluciones.

Bajo este contexto, hacemos constar que la falta de análisis a los descargos y explicaciones nuevamente se constituye en un atentado a nuestros derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, representando adicionalmente, una recurrente transgresión a lo que establece el parágrafo II del Art. 67 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003, (sic)

Tampoco existe pronunciamiento alguno respecto a la incongruencia en la que vuelve a incurrirse, tanto en la resolución ASFI N° 065/2013 como en la resolución ASFI N° 130/2013, por cuanto el carácter del cargo formulado conlleva un alcance general al funcionamiento mismo de nuestra entidad, no obstante el fundamento sobre el que se basa la sanción se refiere únicamente a supuestas fallas de control interno **en este caso particular**, sin que exista congruencia entre el cargo notificado y el fundamento y justificativo de la sanción impuesta, además de que no se cumpla con el principio de proporcionalidad por cuanto no existe relación entre el hecho imputado y la responsabilidad exigida, en atención a los antecedentes del reclamo que han originado el proceso sancionatorio y el cargo notificado y su consiguiente sanción.

Por los fundamentos señalados y haciendo prevalecer los principio (sic) de verdad material, tipicidad, legalidad, proporcionalidad y congruencia bajo los cuales debe actuar la ASFI en virtud a los alcances de su jurisdicción administrativa, pedimos la revocatoria parcial de la Resolución ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, en cuanto a las sanciones impuestas por los incumplimientos contenidos en los cargos 1,

2, 4, 5, 6, y 7 con los que se ha instaurado el presente procedimiento sancionatorio, solicitando a Ud., Sra. Directora, que conforme a lo dispuesto por el inciso b) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175, se sirva dictar Resolución revocando parcialmente la referida Resolución ASFI N° 683/2012 de 30 de noviembre de 2012..."

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 263/2013 DE 7 DE MAYO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"...PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE el Resuelve Primero de la Resolución ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, respecto a las sanciones impuestas por los cargos **1, 2, 3, 6 y 7.**

SEGUNDO.- REVOCAR las sanciones impuestas por los cargos **4 y 5**, por las razones expuestas en la presente Resolución..."

Tales decisiones se encuentran fundamentadas en lo siguiente:

"...CONSIDERANDO:

Que, aplicando los principios de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en la evaluación de los argumentos expuestos por el recurrente con relación a los fundamentos contenidos en la Resolución 130/2013 de 8 de marzo de 2013, esta Autoridad de Supervisión, en el presente Recurso de Revocatoria, ha procedido al análisis de la documentación que cursa en el expediente de una manera razonada, siguiendo las reglas de la lógica, el buen sentido y el entendimiento humano, compulsando los antecedentes que dieron origen a la controversia.

Antecedentes de la sanción

En fecha 17 de junio de 2011, los señores Hernán Jorge Ovando y Rubén Darío Montaña, presentaron al Ente Regulador una reclamación contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., por supuesta mala información proporcionada por funcionarios de esa entidad en el tratamiento de cuentas mancomunadas.

Corridos los trámites correspondientes para el tratamiento de la reclamación, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió el informe ASFI/DDC/R-86655/2012 de 6 de julio de 2012, recomendando el inicio del proceso administrativo sancionatorio con el Banco.

Mediante carta ASFI/DDC/R-139211/2012 de 29 de octubre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó cargos al Banco con siete presuntos incumplimientos.

Evaluada los descargos de la entidad efectuados mediante carta BMSC/GAL/1595/2012 presentada en fecha 15 de noviembre de 2012, se emitió la Resolución ASFI 683/2012 de 30 de noviembre de 2012, sancionando al Banco con multa

de DEG 3.000 (Tres mil 00/100 Derechos Especiales de Giro) por haberse determinado incumplimientos.

Mediante memorial presentado en fecha 31 de diciembre de 2012, el Banco interpone recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI 683/2012, solicitando su parcial revocatoria en cuanto a las sanciones impuestas por los incumplimientos contenidos en los cargos 1, 2, 4, 5, 6 y 7.

Con Resolución ASFI N° 065/2013 de 30 de enero de 2013, esta Autoridad de Supervisión determina la ANULACIÓN del proceso administrativo, por haberse observado que en la modulación de las infracciones cometidas por el Banco se prescindió de una correcta aplicación del principio de proporcionalidad, al haber contemplado una sola sanción global, sin especificar qué porción de la multa corresponde a cada cargo, careciendo de un fundamento individual y expreso en cada uno de los casos a los efectos de calificar, modular y graduar la sanción imponible.

Mediante Resolución ASFI No. 130/2013 de fecha 8 de marzo de 2013, ésta Autoridad de Supervisión, en el marco de sus atribuciones, sanciona al Banco Mercantil Santa Cruz, estableciendo la multa correspondiente a cada cargo, en cumplimiento de la Resolución ASFI N° 065/2013 de 30 de enero de 2013.

Recurso de Revocatoria

Mediante memorial de fecha 8 de abril de 2013, el señor Javier Fernández Cazuriaga en representación del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, solicitando la revocatoria parcial de la misma en los cargos 1, 2, 4, 5, 6 y 7, en mérito a las siguientes consideraciones:

Observación N° 1. (...)

Sobre la observación realizada en el Recurso de Revocatoria, de que se habría omitido la determinación del monto en forma literal, la entidad reconoce el error de su procedimiento interno, justificándose que este error no habría causado perjuicio alguno al cliente y que sólo ameritaba una amonestación.

El artículo 101 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), manifiesta: “La amonestación será escrita. Re caerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia, incurridas por negligencia o imprudencia no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad, que no causen daño económico o perjuicio económico a la entidad financiera ni a sus clientes y se enmienden o regularicen. **La reincidencia en la infracción será sancionada con multa**”.

En el presente cargo, la falta de determinación del monto de manera literal no ha causado controversia; por otra parte, el Banco reconoce la falta de un procedimiento en sus políticas que determine mayor atención a estos incidentes, situación que calzaría con su pretensión de que esta Autoridad de Supervisión sólo

pueda ejercer una sanción de Amonestación, en cumplimiento al artículo 101, referido en el párrafo anterior.

No obstante, es importante señalar como antecedente, la Resolución ASFI N° 088/2011 de fecha 7 de febrero de 2011, en el cual el Banco fue sancionado con "Amonestación" por incumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 4, Sección 2, Capítulo III, Título XIV del Reglamento de Endeudamiento del Personal de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, situación en la cual el Banco mencionaba: "Sobre este particular, es necesario puntualizar que tanto el crédito de la señora Tania Blanca Castro Chuquimia, como el crédito del señor José Ernesto Linares Mercado, que ha motivado la notificación de cargos objeto de esta respuesta han sido otorgados en julio de 2010, **es decir en la misma época en la que existían las deficiencias de nuestros procedimientos vigentes...**".

Sobre el particular, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 3 de mayo de 2011, sobre la reincidencia, menciona: "La reincidencia, tiene su origen en el Derecho Penal y figura en todos los Códigos Penales como una de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, pasando al Derecho Administrativo Sancionador con el mismo sentido respecto a la responsabilidad administrativa.--- Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito, siempre que sea de la misma naturaleza (...) Entonces serán elementos constitutivos de la reincidencia: i la concurrencia de otra infracción de la misma naturaleza cometida con anterioridad por el mismo sujeto responsable. ii La necesidad de que la previa Resolución Sancionatoria haya alcanzado firmeza en sede administrativa".

En este sentido, queda claro que al haber existido Resolución ASFI N° 088/2011 de fecha 7 de febrero de 2011, notificada al Banco en fecha 8 de febrero de 2011, ésta ha quedado como precedente para que esta Autoridad de Supervisión considere como reincidencia la deficiencia de los procedimientos que utiliza el Banco, **confirmándose** el cargo N° 1 mediante la cual sanciona a la institución financiera con una multa de 50.- DEG's (Cincuenta 00/100 Derechos Especiales de Giro).

Observación N° 2. (...)

El numeral 4 (Procedimiento), del Manual de Traspaso entre Cuentas Vista (...), del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., en el punto 4.2.5. menciona: "**Funcionario Autorizador:** El autorizador recibe el mensaje en su correo electrónico y procede a revisar la documentación de respaldo"... Cuando el procedimiento del Banco menciona que para montos superiores a USD 10.000.- (DIEZ MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS) o su equivalente en bolivianos, el autorizador está obligado a revisar la documentación de respaldo, se entiende que existe una documentación materialmente verificable, en este caso, es la autenticidad de la firma que figura en el sistema y la carta que presenta el titular de la cuenta. Asimismo, el Procedimiento (4.2.5.) continúa: "... Si todo está conforme, ingresa a la transacción 4-97 "Autorización Monto Transacción" y procede a efectuar la autorización". Asimismo, agrega: "**El sistema enviará al usuario solicitante un mensaje confirme o rechace la solicitud**". Esta autorización aceptada o rechazada, como manifiesta su procedimiento, si bien es una transacción de su sistema informático, debió ser impresa

y presentada como descargo de la autorización, a fin de subsanar el presente cargo, situación que la entidad financiera no pudo demostrar, por lo que se **confirma** el cargo N° 2 mediante la cual sanciona a la institución financiera con una multa de 300.- DEG's (Trescientos 00/100 Derechos Especiales de Giro).

Observación N° 3. (...)

El presente, cargo no ha sido observado por parte del Banco, quedando firme y subsistente el mismo.

Observación N° 4. (...)

Por el análisis del procedimiento establecido en el punto 4, inciso 4.1.1. Recepción de solicitud de traspaso de fondos, se puede apreciar que el procedimiento que utiliza el Banco, expone dos alternativas para la recepción de solicitud de traspaso de fondos: a) mediante carta o b) a través del formulario correspondiente.

Cuando el procedimiento analizado refiere una alternativa b), el titular de la cuenta se somete a la obligación de llenar los formularios FRM-CV01 – Solicitud de Traspaso de Fondos entre Cuentas Propias y FRM-CV02 – En caso de solicitar el traspaso de fondos entre cuentas de distintos clientes.

La alternativa señalada (b) del Procedimiento del Banco, ha suscitado confusión, en razón a que se interpretó como una obligatoriedad de parte de parte del titular de la cuenta, además de la carta, la de realizar el llenado los formularios correspondientes, situación que correspondía a la otra alternativa.

En este sentido, se concluye que el titular de la cuenta eligió la alternativa a), que era la presentación de la carta y con esta alternativa cumplió los requisitos exigidos por la entidad financiera, sin necesidad del llenado de formularios, por lo que se desvirtúa dicho cargo, revocándose el mismo.

Observación N° 5. (...)

La referida norma a que hace alusión el presente cargo corresponde evidentemente al Reglamento para el Envío de Información a ASFI, que en su Sección 10, Otras disposiciones, menciona: "Es responsabilidad de la entidad supervisada: a) Adoptar las medidas necesarias para la seguridad en el envío de información a ASFI, salvando la confidencialidad, integridad y legibilidad de la misma; **b) Asegurar la exactitud y veracidad de la información enviada a ASFI, al Banco Central de Bolivia y la que permanece en la entidad;** c) Cumplir con los plazos de envío de información establecidos en el presente reglamento; d) Mantener actualizada la información registrada en los sistemas de captura de información".

El artículo 73 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, consagra el Principio de Tipicidad de las sanciones administrativas por el cual sólo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las Leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo este criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (praeceptum legis) y de la sanción (sanctio legis). El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no

realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica de que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental “nullum crimen, nulla poenitentia sine lege”, criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúa el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios, en el presente caso, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. conozcan exactamente la conducta reprochable en la que incurrieron, evitando la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria. (El subrayado es nuestro).

Bajo este criterio, y analizando el presente cargo, se tiene que la notificación de cargos menciona el Título II Sección 10. Otras Disposiciones, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el cual corresponde evidentemente al “Reglamento para el envío de información a esta Autoridad de Supervisión” que para el presente cargo se considera como el “praeceptum legis”, pero este precepto no coincide con el cargo que se expone, ya que la entidad no envió ninguna información a esta Autoridad de Supervisión inexacta o con falta de veracidad, como lo determina la norma, peor aún no se ha mantenido dicha información incoherente con la envidada, ya que no se envió nada sobre el tema en particular; situación discordante de la sanción impuesta “sanctio legis”, al Banco por no asegurar la exactitud y veracidad de la información que permanece en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. debido a que el sistema informático no reflejó la información física verificada en el formulario de cuenta mancomunada relevada en la inspección.

Por otra parte, el Banco explica que en el caso de la cuenta del señor Hernán López López, existe la posibilidad de que el titular de la cuenta incorpore como firmantes a otras personas para el manejo conjunto o indistinto de la cuenta conforme a sus instrucciones, sin que esta solicitud modifique la titularidad de la misma. Esta explicación, si bien es complementaria al cargo, en esta oportunidad lo que se observa es la norma infringida que de acuerdo al cargo notificado es el Título II Sección 10. Otras Disposiciones, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, corresponde al cargo impreciso, contraviniendo el principio de congruencia.

En este contexto, la norma señalada en el presente cargo no corresponde a la tipificación expuesta, situación que amerita la revocación del cargo.

Observación N° 6. (...)

Para el presente caso, es importante señalar antes el precedente administrativo dispuesto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSFI/URJ-SIREFI 058/2012 de 5 de octubre de 2012, que sobre el tema dispone: “No obstante, debe quedar establecido que, el artículo 107º, primer párrafo, de la Ley N° 1488, hace referencia al deber de informe “de todo hecho delictivo”, es decir, con prescindencia del aspecto subjetivo que importa la autoría; tal es así que el mismo artículo prosigue señalando “cometido en la entidad por sus funcionarios o por terceros”, entonces, es general a los hechos delictivos, que como tales, tuvieron que ser cometidos por alguien, sea funcionario o no, ello es secundario, lo trascendente es que el hecho delictivo haya sucedido...”.

Por los antecedentes que cursan en el expediente, se advierte que existe una querrela presentada en la gestión 2011 por Rubén Darío Montaña Salazar por estafa contra Erick Aliaga Dávalos, Federico Nicolás Quiroga Valdivia, Mauricio Javier Blacutt Blanco (todos ellos funcionarios del Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), Marcelo Pozo (ex funcionario) y Antonio Hernán López López, identificado con número de caso MP 7073 a cargo del Fiscal Roger Velásquez Alcázar de la División Económicos Financieros. Asimismo, se pudo advertir que en esta epata existen declaraciones de cada uno de ellos. En este contexto, se infiere que la Institución Financiera tenía la obligación de hacer conocer el hecho delictivo cometido al interior de sus instalaciones.

En este sentido, se confirma la sanción impuesta de Deg's 1.000.- (Un Mil 00/100 Derechos Especiales de Giro), correspondiente al presente cargo.

Observación N° 7. (...)

Los incisos c), i), del artículo 2, Sección 3, Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, referidos en el cargo N° 7, disponen: **“Responsabilidades de la gerencia general: ... c) Mantener una estructura organizacional apropiada para el buen funcionamiento de un sistema de control interno, con clara asignación de responsabilidades, niveles de autoridad, grado de dependencia e interrelación, previendo una adecuada segregación de funciones.---**
i) Monitorear la efectividad del sistema de control interno”.

El Informe ASFI/DDC/R-58143/2013 de 22 de abril de 2013, de la Dirección de Derechos del Consumidor, manifiesta: “La Entidad Financiera hace referencia a que tiene controles cruzados adecuados, lo cual no se refleja y no es evidente en este caso, como se demostraron en las varias contravenciones a la normativa prudencial e interna identificadas y desarrolladas en el informe de inspección, notificación de cargos, evaluación de descargos y en el cuerpo del presente informe. Asimismo, este caso en particular constituye una muestra de que el sistema de control interno tiene deficiencias que necesariamente deben ser corregidas para evitar que en otros casos surjan incumplimientos similares, que perjudiquen a los consumidores financieros y a la propia Entidad Financiera”.

Por el análisis de la denuncia presentada por los señores Hernán Jorge Ovando y Rubén Darío Montaña, que se tradujo en un proceso administrativo instaurado ante esta Autoridad de Supervisión, se puede establecer que el control interno de la entidad financiera, no está cumpliendo con lo que prescribe el Artículo 2° de la Sección 3, Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (anterior estructura), que corresponde a las responsabilidades de los órganos de dirección y de la gerencia general respecto al control interno.

La mencionada observación, conlleva el análisis de todos y cada uno de los cargos observados en el presente proceso los cuales han merecido una atención particular y revisión exhaustiva de la norma prescrita, concluyéndose que el control interno ha puesto en evidencia la manipulación de datos brindados por el personal de la entidad financiera la cual ocasionó una apreciación errónea de parte de los denunciantes haciéndoles depositar dineros en una cuenta particular.

En este sentido, y bajo los Principios de Verdad Material observados en cada uno de los cargos expuestos, se **confirma** el cargo N° 7 mediante la cual sanciona a la institución financiera con una multa de 200.- DEG's (Doscientos 00/100 Derechos Especiales de Giro) (...)

CONSIDERANDO:

Que, el Informe Legal DAJ/R-60761/2013 de 26 de abril de 2013, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos, concluye señalando que de la revisión y análisis del acto administrativo impugnado, se puede advertir que los cargos 1, 2, 3, 6 y 7 de la Resolución ASFI N° N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, impugnados por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. no han sido desvirtuados, por lo que se recomienda CONFIRMAR los cargos señalados. Asimismo, se recomienda REVOCAR los cargos 4 y 5 de la señalada Resolución en razón de que no se adecúan a los principios de congruencia y tipicidad expuestos en el informe..."

6. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 304/2013 DE 23 DE MAYO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI/N° 304/2013 de 23 de mayo de 2013, y toda vez que por memorial presentado en fecha 16 de mayo de 2013, el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, solicitó la aclaración y complementación de la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013. La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resuelve: "Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de aclaración y complementación solicitada por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. ..."

Tal determinación considera, fundamentalmente, que la solicitud pertinente de la entidad financiera (según es transcrita en la propia Resolución Administrativa ASFI/N° 304/2013), está referida a que:

"...se han revocado las sanciones impuestas a dos de los cargos inicialmente notificados, sin que en dicha resolución se mencione aspecto alguno referido a las multas individualmente impuestas – sanción por 300 DEG's correspondiente al cargo 4 y sanción por 350 DEG's por el cargo 5..."

Por lo que la decisión del Ente Regulador, se fundamenta en que:

"...las sanciones impuestas al Banco mercantil Santa Cruz S.A., a través de la Resolución ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, por los cargos 4 y 5, quedan revocadas a través de la Resolución ASFI N° 263/2013, no obstante al encontrarse pendiente un Recurso Jerárquico, esta Autoridad de Supervisión no puede manifestarse sobre la devolución de las sanciones, por cuanto la citada Resolución no goza aún de autoridad de cosa juzgada.

Que, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., una vez concluido el proceso administrativo podrá solicitar, si corresponde, la restitución de los montos señalados, en el marco de la Resolución emitida en instancia jerárquica..."

7. RECURSOS JERÁRQUICOS.-

7.1. Recurso Jerárquico interpuesto por los señores RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO.-

En fecha 17 de mayo de 2013, los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO** presentan Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, expresando lo siguiente:

"...3.1. En relación al Cargo Nro. 4

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, realiza una evaluación parcial e incompleta de la normatividad para traspasos, toda vez que se limita a interpretar como único antecedente del traspaso, a las dos formas de solicitarla que serían las siguientes:

"...Por el análisis del procedimiento establecido en el punto 4, inciso 4.1.1. Recepción de Solicitud de traspaso de fondos, se puede apreciar que el procedimiento de solicitud de traspaso de fondos; a) mediante carta O b) a través de formulario correspondiente- ..."

Como se podrá apreciar la misma Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, le da una extrema importancia a las cartas debidamente comunicadas a la entidad regulada para realizar o no realizar alguna operación dentro de la entidad, pero lo que la ASFI, no analiza en el contenido de la Resolución 263/2013 del 7 de mayo de 2013 es que para ejecutar el traspaso de fondos mediante nota, **NO ESTABA CLARO QUIEN ERA EL TITULAR Y ADEMÁS EXISTIA UNA OPOSICIÓN EXPRESA POR PARTE NUESTRA LA CUAL FUE DELIBERADAMENTE OMITIDA POR EN** (sic) **BANCO**, aspecto que fue oportunamente comunicado al Banco Mercantil Santa Cruz a través de la carta del 31 de marzo de 2011, en la cual se manifestó lo siguiente:

CITE 0110/2011 REF.: Manejo Cuenta Corriente, donde solicitamos expresamente al Banco que no considere ni consienta ningún movimiento de los fondos de esta cuenta sin nuestra autorización y presencia.

Como se podrá apreciar el Banco en ninguno de los casos descritos en el Procedimiento de Solicitud de Traspaso de fondos -Manual para el Traspaso de Fondos entre cuentas Vista del Banco Mercantil Santa Cruz S.A. debió dar curso a la solicitud de traspaso de estos montos de dinero ejecutada por el procesado penalmente HERNAN LOPEZ, en complicidad con el personal del banco.

Es evidente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no efectúa un análisis diligente y completo de los antecedentes, toda vez que se limita a dar validez a una carta del presunto titular que era Hernán López López, cuando debido a los síntomas de estafa ejecutados por este individuo, nosotros enviamos oportunamente una carta expresa debidamente recepcionada por el Banco, que alertaba a la entidad financiera para no ejecutar ejecución de ninguna acción o traspaso de

dichas cuentas, las cuales fueron deliberadamente omitidas por el persona (sic) del banco, que incluso llegó a afirmar que no se podría dar curso a movimientos de cuentas o de dinero sin la participación de los titulares de la cuenta.

Conclusión

En mérito a lo expuesto, queda demostrado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la emisión de la Resolución ASFI Nro. 263/2013 del 7 de mayo de 2013, le da un profundo valor legal a la carta enviada por el presunto TITULAR que era Hernán López López, sin realizar ningún análisis de la Nota del 31 de marzo de 2011, donde el Banco fue comunicado oportunamente de que debido a los síntomas de estafa que fueron advertidos, ninguna persona podría realizar ninguna observación sobre esas cuentas que fueron posteriormente liberadas por la entidad financiera, haciendo absoluto caso omiso de nuestra advertencia efectuada a través de la Nota. **CITE 0110/2011 REF.: Manejo Cuenta Corriente, donde solicitamos expresamente al Banco que no considere ni consienta ningún movimiento de los fondos de esta cuenta sin nuestra autorización y presencia.**

3.2. En relación al cargo 5.

La Autoridad de Supervisión del Sistema financiero, manifiesta que existiría una fractura del Principio de Congruencia, en relación al cargo Nro. 5. Sin embargo, el hecho de que el Regulador determine una falla de subsunción administrativa en el procedimiento sancionador, no implica que la acción infractora por parte del Banco se haya eliminado.

Por lo cual, corresponde que el hecho de que el Banco haya omitido el cumplir con las obligaciones relativas al envío de información correcta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, aspecto que igualmente deberá ser correctamente analizado por la instancia jerárquica .

Conclusión

El hecho de la que Autoridad de Supervisión del sistema (sic) Financiero no haya tipificado adecuadamente una conducta al tipo sancionatorio administrativo, no implica que los hechos que han determinado la infracción hayan desaparecido.

4. Petitorio.

Por lo expuesto, por corresponder en derecho, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, buscando restituir nuestros derechos y aplicación de La ley, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 60 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito:

1. Confirmar el resolutivo PRIMERO de la Resolución ASFI N° 263/2013 del 7 de mayo de 2013, en lo que respecta a la Resolución la existencia de los cargos 1,

2, 3, 6 y 7, toda vez, que las infracciones evidenciadas por la ASFI son ciertas y evidentes.

2. Revocar totalmente el resolutivo SEGUNDO de: la Resolución ASFI N° 263/2013 del 7 de mayo de 2013, y a través de una revisión en la instancia jerárquica se proceda a restablecer las sanciones por los incumplimientos respecto a los cargos 4 y 5 de la Resolución Sancionatoria ASFI N° 130/2013 del 8 de marzo de 2013...”

7.2. Recurso Jerárquico interpuesto por el BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA.-

En fecha 12 de junio de 2013, el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, expresando lo siguiente:

“...La Resolución que hoy impugnamos ha revocado dos de las siete sanciones impuestas a través de la Resolución ASFI No. 130/2013 de 8 de marzo de 2013, en razón a que la imposición de dichas sanciones, hoy revocadas, no se adecuaba a los principios de congruencia y tipicidad; no obstante dicha Resolución no ha compulsado ni evaluado de manera adecuada los argumentos y consideraciones que nuestra institución ha venido exponiendo, tanto en el respectivo recurso de revocatoria como en los descargos correspondientes, para fundamentar su defensa respecto a los demás cargos y sanciones que han sido confirmadas, veamos:

1. En relación a la sanción impuesta por el cargo 1, nuestra entidad ha expuesto las justificaciones respectivas en virtud a las circunstancias de la propia transacción debida y correctamente completada por el cliente, conforme a su solicitud, sin que éstas hubieran sido adecuadamente ponderadas y consideradas por lo menos como atenuantes por el órgano regulatorio quien por el contrario las ha ignorado dando lugar al ilegal endurecimiento de la sanción, desconociendo los alcances del Art. 101 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras que establece que se sancionará con amonestación las infracciones a los reglamentos internos de la entidad en infracciones incurridas por negligencia o imprudencia que no causen perjuicio económico a la entidad o a sus clientes. En el presente caso, la omisión del literal del monto en la instrucción del cliente NO HA CAUSADO PERJUICIO ALGUNO AL CLIENTE, quien es precisamente el que ha dado la instrucción para la transacción, la cual ha sido completada satisfactoriamente conforme a sus instrucciones y tampoco ha producido perjuicio alguno al Banco, constituyéndose la misma en una omisión a un procedimiento interno de nuestra entidad, en consecuencia, la aplicación de la sanción pecuniaria por esta omisión vulnera el principio de legalidad al desconocer lo que la propia ley prevé para este tipo de infracciones.

La Resolución que ahora recurrimos justifica la confirmación de la sanción con la ilegal agravación, bajo el argumento que nuestra institución habría incurrido en una **reincidencia** en el incumplimiento a la norma interna que motiva la sanción, invocando a este efecto la Resolución ASFI N° 088/2011 de 7 de febrero de 2011.

Previamente a analizar la existencia de la reincidencia que indica la ASFI, nos permitimos referirnos al mismo precedente administrativo que la resolución que impugnamos cita para dar soporte a la reincidencia en la que justifica la confirmación de la sanción, precedente que está contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 3 de mayo de 2011, la cual indica que: "(...) serán elementos constitutivos de la reincidencia: i la concurrencia de otra infracción de la misma naturaleza cometida con anterioridad por el mismo sujeto responsable (...).

La claridad del texto del precedente citado por la misma Resolución impugnada no admite confusión alguna por cuanto para que la reincidencia quede configurada deben concurrir identidad de infracciones, vale decir que los incumplimientos deben ser a la misma norma y dichos incumplimientos deben ser de responsabilidad del mismo sujeto.

Hecha la contextualización anterior en el marco de la propia resolución recurrida, pasemos a analizar el antecedente en el que se funda la calificación de ASFI respecto a la supuesta reincidencia en la que nuestra entidad habría incurrido:

RESOLUCION ASFI N° 088/2011:

- El cargo que da lugar al inicio del procedimiento administrativo que culmina con la mencionada Resolución se refiere al incumplimiento al Artículo 4, Sección 2, Capítulo III, Título XIV del Reglamento de Endeudamiento del Personal de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con Entidades de Intermediación Financiera Supervisadas.
- La Sanción que la Resolución ASFI N° 088/2011 impone es la de amonestación por el incumplimiento a los requisitos establecidos en el Artículo 4, Sección 2, Capítulo III, Título XIV del Reglamento de Endeudamiento del Personal de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero con Entidades de Intermediación Financiera Supervisadas contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

RESOLUCION ASFI N° 130/2013:

- El cargo que da lugar al inicio del procedimiento administrativo que culmina con la mencionada Resolución se refiere al incumplimiento al numeral 4 del punto 4.1. Recepción de Solicitud de Traspaso de Fondos entre Cuentas Vista, correspondiendo esta norma a un procedimiento interno de nuestra entidad.
- La sanción que la Resolución ASFI N° 130/2013 impone se refiere al incumplimiento al numeral 4 del punto 4.1. Recepción de Solicitud de Traspaso de Fondos entre Cuentas Vista (procedimiento interno de nuestra entidad).

Conforme apreciará la Autoridad Jerárquica no existe la concurrencia de las mismas infracciones en las sanciones aplicadas, por cuanto el primer incumplimiento se da a una normativa regulatoria dictada por el propio órgano regulador referida al endeudamiento del personal de ASFI y el segundo incumplimiento se refiere a un procedimiento interno para traspaso de fondos en cuentas vista. En consecuencia **NO ES POSIBLE QUE PUEDA HABERSE CONFIGURADO LA REINCIDENCIA BAJO LA CUAL LA ASFI JUSTIFICA LA AGRAVACION DE LA SANCION PARA EL INCUMPLIMIENTO A LA NORMATIVA INTERNA DE NUESTRA INSTITUCION DANDO LUGAR A LA MULTA CON LA QUE SE HA PENADO AL BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**

Ad efectum vivendi, se acompaña copia legalizada de la Resolución ASFI N° 088/2011 de 7 de febrero de 2011.

2. La Resolución ASFI N° 263/2013 confirma la sanción por el incumplimiento del numeral 4 (Procedimiento) del Manual de Traspaso entre Cuentas vista vigente desde el 7 de mayo de 201 y punto 4.2.5. porque en la operación de transferencia solicitada por el señor Hernán López López del monto de Bs1.226.686. no se evidencia la existencia del formulario de la transacción 4- 97 "Autorización Monto Transacción" que debía llenarse de manera obligatoria para montos superiores a \$us. 10.000 y dicha operación habría sido efectuada sin la autorización del funcionario autorizador.

El órgano regulatorio justifica la imposición de la sanción en virtud a la ausencia de la impresión de la transacción observada, cuya copia impresa debió haber sido presentada como descargo de la autorización a fin de subsanar el presente cargo, pretendiendo de esta manera subsanar la flagrante vulneración al Principio de Congruencia en la que inicialmente incurrió la ASFI al imponer una sanción con un fundamento distinto al cargo notificado. No obstante, el argumento que ahora sirve de base a la confirmación de esta sanción vuelve a caer en nuevas vulneraciones a principios del derecho administrativo que determinarán la revocatoria de esta sanción.

Para el buen orden de la Autoridad Jerárquica, nos permitimos transcribir la parte pertinente del procedimiento cuyo incumplimiento se acusa:

"El autorizador recibe el mensaje en su correo electrónico y procede a revisar la documentación de respaldo, verificando nuevamente la autenticidad de la firma que figura en la solicitud con la firma registrada en el sistema (de forma obligatoria para montos superiores a US\$ 10.000 o su equivalente en Bs). Si todo está conforme, ingresa a la transacción 4-97 "autorización monto transacción" y procede a efectuar la autorización. El sistema enviará al funcionario solicitante un mensaje que confirme o rechace la solicitud"

De la lectura del procedimiento cuyo incumplimiento se acusa, se puede evidenciar de manera incontrovertible que no existe la obligación de que la autorización efectuada 4-97 sea impresa, toda vez que la operativa es realizada a

través del sistema informático de nuestra institución, extremo que es advertido claramente del texto del procedimiento. En consecuencia, la ASFI pretende justificar la imposición de la sanción a partir de un presupuesto inexistente en la norma cuyo incumplimiento se acusa, situación que se constituye en un franco incumplimiento a los principios de legalidad y de tipicidad que deben regir un procedimiento sancionador de acuerdo a los Arts. 71, 72 y 73 de la Ley del Procedimiento Administrativo.

Destacamos el hecho de que la ASFI en la fundamentación para la confirmación de la presente sanción, nuevamente ha ignorado lo expuesto por nuestra entidad respecto a que el único documento necesario para efectuar la transacción fue la nota de 30 de marzo de 2011, en la que se puede evidenciar de manera incuestionable la verificación respectiva en relación a la presentación por el propio titular al momento de generarse la transacción, descartándose de esta manera la supuesta falta de revisión documental por parte de nuestra institución. Tampoco se ha ponderado que la transacción no hubiera sido posible de efectuarse sin la autorización correspondiente, por lo que no existe la posibilidad de que el Ejecutivo de Cuentas al momento de procesar la transacción a través de nuestro sistema informático, hubiera omitido solicitar la autorización correspondiente al funcionario autorizador, extremo que ha sido acreditado conjuntamente nuestros descargos, quedando meridianamente aclarado que dicha autorización fue emitida, razón por la cual la transacción quedó registrada en el sistema informático como procesada, aspecto que fue debidamente verificado por ese ente regulatorio al momento de efectuar la inspección especial; no obstante estas explicaciones son alarmantemente ignoradas por el ente regulatorio al momento de valorar nuestra defensa y de confirmar la sanción.

3. La ASFI confirma la sanción al cargo referido al supuesto incumplimiento a la normativa regulatoria que establece la obligación de que las entidades financieras tengan una estructura organizacional apropiada para el buen funcionamiento de control interno, con una adecuada segregación de funciones y que deban realizar un monitoreo adecuado de la efectividad del sistema de control interno, con el argumento de que las contravenciones identificadas en la normativa prudencial e interna identificadas en el procedimiento administrativo demuestran que el sistema de control interno tiene deficiencias y que del análisis de todos y cada uno de los cargos observados en el presente proceso se concluye que el control interno ha puesto en evidencia la manipulación de datos brindados por el personal de la entidad que ha ocasionado una apreciación errónea de parte de los denunciantes haciéndoles depositar dineros en una cuenta particular.

La Autoridad jerárquica podrá advertir que tanto los descargos y explicaciones efectuadas por nuestra entidad como el recurso de revocatoria interpuesto contra la sanción a este cargo, se han fundamentado en virtud a que nuestra institución cuenta con un organigrama debidamente aprobado por el Directorio que está definido para establecer autoridad, dependencia e interrelación de las áreas y el personal; contando además con políticas, normas, reglamentos y manuales de funciones y procedimientos debidamente aprobados por el Directorio y por otras

instancias según corresponda, además de tener controles cruzados para evitar dualidad de funciones considerando la separación de aspectos como la autorización, el registro contable, la custodia de activos, entre otros. Asimismo, nuestra institución mencionó que tanto el Directorio, como la Gerencia General y las demás áreas de nuestra entidad, se involucran en la definición de planes de acciones correctivas sobre informes de auditores y reguladores y que se realizan actividades de monitoreo del funcionamiento de los controles a través de los trabajos realizados por Auditoría Interna. Adicionalmente, se ha indicado que la Gerencia General instruye la regularización de las observaciones que pudieran existir en los trabajos de auditores y reguladores, efectuando el seguimiento a la implementación de las respectivas medidas correctivas, cumpliendo cabalmente de esta manera con las responsabilidades que prevé la norma supuestamente incumplida.

Sin embargo, la ASFI no considera dichas explicaciones, ignorando el contenido de las mismas, toda vez que ni en la Resolución sancionatoria ni en la resolución de Revocatoria que ahora impugnamos se hace el más mínimo análisis ni ponderación de dichos fundamentos.

De igual manera, la ASFI evita nuevamente pronunciarse sobre la incongruencia y falta de proporcionalidad, acusadas por nuestra entidad, en la que se incurre al sancionar por el cargo formulado que conlleva un alcance general al funcionamiento mismo de nuestra entidad, con un fundamento que se refiere únicamente a circunstancias operativas **en un caso particular y aislado**, sin que exista relación entre el hecho imputado y la responsabilidad exigida, en atención a los antecedentes del reclamo que han originado el proceso sancionatorio y el cargo notificado y su consiguiente sanción.

Estas omisiones en las que incurre deliberadamente el órgano regulador, lesionan nuestro derecho a la defensa y al debido proceso y se constituyen en una transgresión a lo que establece el parágrafo II del Art. 67 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003

Por el contrario, la resolución que ahora recurrimos se limita a repetir como justificativo de la confirmación de la sanción, la existencia de los demás cargos, fundamento carente de sustento por cuanto la existencia y legalidad de dichos cargos precisamente está en duda en el presente procedimiento administrativo; por lo que el ente regulador no ha podido ni puede demostrar que el caso aislado objeto del proceso sancionatorio, hubiera repercutido en el funcionamiento integral de nuestros sistemas de control interno y de nuestra gestión de riesgos.

PETITORIO

En mérito a los fundamentos de orden legal precedentemente expuestos, interponemos Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013 al Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, cuya competencia se desprende del Decreto Supremo No. 29894 de 7 de febrero de 2009, del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009 y de la Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se sirva dictar Resolución revocando parcialmente la resolución

impugnada, y como consecuencia de ello la revocatoria también parcial de la Resolución ASFI No. 130/2013 de 8 de marzo de 2013..."

8. AUTO DE ACUMULACIÓN DE FECHA DE 25 DE JUNIO DE 2013.-

Mediante Auto de fecha de 25 de junio de 2013, notificado en fecha 2 de julio de 2013, se dispone la acumulación de los Recursos Jerárquicos interpuestos, por una parte, por los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**, y por la otra, por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, todos contra la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013.

9. ALEGATOS PRESENTADOS POR LAS PARTES.-

9.1. Alegatos presentados por el BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA.-

Mediante memorial presentado en fecha 20 de junio de 2013 con la suma "responde Pseudo Recurso Jerárquico", el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, hace presentes los extremos siguientes:

"...Los recurrentes con un completo desconocimiento de los principios y normas que rigen el derecho administrativo en nuestro país, a través de su extraviado recurso jerárquico pretenden se deje sin efecto la revocatoria de dos de las sanciones administrativas impuestas por ASFI a través de la Resolución ASFI N° 130/2013, a partir de argumentos que se encuentran carentes de fundamentación legal y que de ninguna manera pueden ser considerados en sede administrativa, veamos:

En relación a la revocatoria de la sanción pro (sic) el cargo N° 4, los recurrentes basan sus argumentos en una ilusoria y supuesta co-titularidad que ellos han pretendido hacer creer que tienen sobre la cuenta corriente unipersonal de N° 4010741648 de Hernán López López, sin reparar que no es en el ámbito administrativo en el que se debe dilucidar un supuesto derecho de propiedad sobre una cuenta y sobre los fondos depositados a efectos de determinar la titularidad de la misma, ignorando además que el presente procedimiento administrativo ha girado en torno a supuestos incumplimientos operativos que de ninguna manera pueden ser determinantes para establecer la propiedad sobre los fondos depositados en una cuenta aperturada como cuenta unipersonal y no como cuenta de carácter colectiva conforme los alcances del Art. 1352 del Código de Comercio.

En efecto señor Viceministro, la sanción fue originalmente impuesta al no haber evidenciado la existencia de un formulario previsto en los procedimientos internos del Banco, siendo revocada al aclararse ante el órgano regulatorio que dicho formulario no era obligatorio cuando el mismo era suplido por una nota del titular de la cuenta, sin que dicha sanción posteriormente revocada ante la claridad del argumento del Banco, pueda tener relación con la determinación de un derecho de propiedad sobre una cuenta, como se pretende en los absurdos argumentos de los recurrentes.

En lo que se refiere a la revocatoria de la sanción por el cargo 5, los recurrentes se

limitan a mencionar que la ASFI debe considerar el incumplimiento normativo aunque el mismo no se encuentre tipificado ni identificado, pretensión por demás ilegal y contradictoria a los principios de legalidad y de tipicidad que deben regir el procedimiento administrativo, por lo que nuevamente este argumento no puede ser considerado a los efectos de revertir la revocatoria de la sanción contenida en la Resolución que Montañó y Ovando ahora recurren.

Por lo anteriormente expuesto solicitamos a su Autoridad, confirme la Resolución ASFI N° 263/2013, **UNICA Y EXCLUSIVAMENTE** en lo que se refiere a las revocatorias de las sanciones impuestas por los cargos 4 y 5 a través de la Resolución ASFI N° 130/2013.

OTROSI.- En el colmo del desconocimiento normativo, los pseudo recurrentes, pretenden sorprender a la Autoridad Jerárquica respecto a una denuncia interpuesta ante la Unidad de Investigaciones Financieras, solicitando la remisión de un informe que nada tiene que ver con la Resolución recurrida que ha dado lugar a la apertura de la competencia de la Autoridad Jerárquica, la cual debe estar circunscrita a la resolución de los recursos interpuestos, los cuales tienen como alcance las Resoluciones que precisamente recurren. En el presente caso, la Resolución ASFI N° 263/2013, no tiene relación alguna con el informe que los recurrentes solicitan, por lo que en homenaje a los Principios de Sometimiento Pleno a la Ley, Eficacia y Economía, Simplicidad y Celeridad, solicitamos se rechace la pretensión de Rubén Darío Montañó y Hernán Jorge Ovando respecto a la remisión de un informe sobre las acciones asumidas en relación a la denuncia del 22 de mayo de 2012, por ser manifiestamente impertinente al presente procedimiento administrativo..."

Mediante memorial presentado en fecha 15 de julio de 2013, el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, pronunciándose sobre la acumulación dispuesta en fecha 25 de junio de 2013, ratifica los argumentos vertidos en el memorial presentado en fecha 20 de junio de 2013, conforme a la redacción siguiente:

"...Habiendo sido notificados en fecha 2 de julio de 2013, con la acumulación de los Recursos Jerárquicos presentados por los señores Rubén Darío Montañó Salazar y Hernán Jorge Ovando y por nuestra entidad, contra de la Resolución ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, tenemos a bien ratificar los extremos expuestos en el memorial de fecha 20 de junio de 2013 a través del cual en nuestra calidad de terceros interesados se dio respuesta al Recurso Jerárquico interpuesto por los señores Rubén Darío Montañó Salazar y Hernán Jorge Ovando, extremos que se encuentran debidamente fundamentos y que actualmente forman parte del cuerpo legal que conoce su autoridad..."

9.2. Alegatos presentados por los señores RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO.-

Mediante memorial presentado en fecha 24 de junio de 2013, los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO** solicitan sean tenidos como terceros interesados, dentro del Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme se transcribe a continuación:

“...en conocimiento de (sic) Recurso Jerárquico que se tramita a instancias del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., todo ello en el marco de la Ley Nro. 1488 de Bancos y Entidades Financieras y la RNASFI, solicito tenga presente lo siguiente.

El artículo 15 del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 27175, que dispone:

ARTICULO 15°.- (Personas Interesadas y Legitimación). Además de los sujetos regulados, toda persona individual o colectiva podrá apersonarse ante la Superintendencia sectorial del SIREFI que corresponda, solicitando la realización de un procedimiento para la declaración, reconocimiento o constitución de algún derecho amparado por ley y, cuando sus derechos o intereses legítimos se vean afectados por una resolución administrativa de los órganos del SIREFI, podrá impugnar esa resolución mediante la interposición de los recursos administrativos.

En ese sentido, solicito que seamos reconocidos como “PERSONA INTERESADA” dentro del proceso sancionatorio que se tramita en contra de la entidad financiera, y se reconozca nuestra legitimación activa, por corresponder en Derecho, y en consecuencia, se nos notifique con todo actuado procesal...”

Mediante memorial presentado en fecha 12 de julio de 2013, los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO** expresan los extremos siguientes:

“...primero debo ponerle en conocimiento a su autoridad los siguientes puntos importantes que su autoridad debe valorar y considerar porque son determinantes para resolver el Recurso Jerárquico:

- Mediante la carta de fecha 30 de marzo de 2011 el Sr. Hernan Lopez Lopez autorizo (sic) la transferencia de la cuenta No. 4010741648 el monto de Bs. 1,226,686 a la cuenta No. 401064400033 a nombre de la EMPRESA CONSTRUCTORA HERNAN LOPEZ.
- Por otra parte de manera sospechosa en fecha 5 de abril de 2011 el Señor Hernan Lopez Lopez en vio (sic) una carta al Banco Mercantil Santa Cruz S.A. Atn. Marcelo Pozo Goytia (Ejecutivo de Cuentas) solicitando de manera textual **“requiero que a partir de la fecha se registre a mi persona como único titular de la cuenta ya menciona (sic)”** es decir de la CUENTA No. 4010741648, Cuando dicha cuenta tan solo tenía como saldo la suma de Bs. 5.
- Señalar a su vez que el 31 de marzo de 2011 al día siguiente de la solicitud de transferencia de Bs.1,226,686 por parte del Sr. HERNAN Lopez Lopez, nosotros solicitamos al Banco Mercantil Santa Cruz dirigido (sic) al Lic. Mauricio Blacut (Gerente Sucursal La Paz) poniendo en conocimiento que debido a que el Sr. Antonio Hernan Lopez Lopez a la fecha no se encuentra autorizado para emitir cheques por si solo sobre la cuenta corriente No.4010741648, de manejo mancomunado con nuestras personas por lo que **“solicitamos que no se proceda a la recepción de ningún poder para manejo de la cuenta”** Así

mismo que no se consienta ningún movimiento de los fondos de esta cuenta y que el banco no consienta ningún movimiento de los fondos de esta cuenta y que el banco requiera para cualquier solicitud de emisión de chequera para esta cuenta o traspaso debe ser realizado por lo menos con la participación de al menos dos de los tres titulares de la cuenta referida y que hasta el día de hoy no obtuvimos respuesta del mismo.

- Asimismo debo recordar que en el Informe Técnico ASFI/DDC/R-57112/2013 de fecha 19 de abril de 2013 en las conclusiones del en el punto cinco señala que El (sic) Sr. Hernan Lopez Lopez no podía transferir montos sin autorización de uno de los reclamantes.

En conclusión su autoridad podrá evidenciar las varias irregularidades v anomalías por parte del Banco Mercantil S.A. como también del (sic) ASFI Autoridad del Supervisión del Sistema Financiero como señalo a continuación:

- En virtud a la solicitud de Fotocopias Legalizadas de toda la carpeta integra (sic) del ASFI en fecha 18 de marzo de 2013 se hizo la entrega de aproximadamente 6 carpetas que son aproximadamente 900 tojas pero lo más dudoso, sospecho (sic) y curioso es que no se hizo la entrega total al VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS DEL MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PÚBLICAS de toda la documentación que tiene la ASFI en poder porque de las aproximadamente 900 fojas que tiene en su poder, solo se hizo la entrega de unas 700 fojas lo que se presume que están ocultando información que puede ser vital para resolver el Recurso Jerárquico.
- Lo más importante y significativo de estas fojas que no se hicieron entrega a su autoridad, son dos fojas DEL RFGISTRO DE FIRMAS AUTORIZADAS. En este formulario claramente esta (sic) la firma de los reclamantes con los datos respectivos y las condiciones del manejo de la cuenta que tanto Rubén Darío Montaña Salazar, Hernan Jorge Ovando y Hernan Lopez Lopez es decir los firmantes autorizados para el manejo de la cuenta así como las condiciones bajo las cuales podrán realizar movimientos y de manera clara los tres firmantes indican "QUE LAS CONDICIONES DE MANEJO DE LA CUENTA ES CONJUNTA IMPESCINDIBLE".

II. PETITORIO

Solicito a su autoridad la presentación de la Prueba de Reciente Obtención debido a que habiendo solicitado por el conducto regular las fotocopias legalizadas de la carpeta integra (sic) que tiene en su poder la ASFI y al revisar todos los antecedentes que se presentó (sic) al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Economía y Finanzas sobre este caso pudimos evidenciar que falta mucha documentación que no se presentó pero que presentamos ante su autoridad como Prueba de Reciente Obtención el Registro de Firmas Autorizadas en la que se evidencia que la cuenta No. 4010741648 fue conjunta solicitud que la hago en virtud al artículo 24 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia..."

Asimismo, mediante memorial presentado en fecha 17 de julio de 2013, los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR** y **HERNÁN JORGE OVANDO** presentan los alegatos siguientes:

"...I. ANTECEDENTES.-

Señor Viceministro habiendo sido notificados en fecha 2 de julio de 2013 con el Recurso Jerárquico interpuesto por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. contra la Resolución Administrativa ASFI No. 263/2013 de 7 de mayo de 2013 la misma que respondemos en virtud al artículo 41 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 bajo los siguientes argumentos de orden legal:

- En relación a la sanción impuesta por el cargo numero (sic) uno el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. reconoce que la norma establece la obligatoriedad que tienen los funcionarios de la entidad financiera de verificar la consistencia de la solicitud de traspaso de fondos. Así mismo señala que el procedimiento establece que el importe a ser transferido debe estar expresamente señalado en numeral y literal **y a criterio de la entidad financiera si existió la omisión expresada en el cargo.** La entidad Financiera señala que no habrían generado perjuicio y reclamo, en este manifiesto existe una total contradicción **con la realidad toda vez que a raíz de la solicitud y el posterior traspaso se genero (sic) un perjuicio enorme con nuestras personas y a raíz de este perjuicio se realizo (sic) el reclamo correspondiente.** El mismo que fue identificado por el órgano supervisor en la inspección in situ por lo que se ratifico el incumplimiento al cargo numero 1.
- Habiéndose incumplido al numeral 4 (Procedimiento) punto 4.1 Recepción de Solicitud de Traspaso de Fondos, inciso 4.1.2 Manual de Traspaso de Fondos entre Cuentas Vistas.

Por lo que pido a su autoridad considerar que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado con forme (sic) a la ley por mandato constitucional en virtud al artículo 331 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

- **Respecto al punto 2** Incumplimientos del numeral 4 (procedimiento) Traspaso entre Cuentas Vistas y punto 4.2.5. toda vez que en la transferencia del monto solicitado por Hernán López López no existe el formulario de transacción 4-97 que es (Autorización Monto de Transacción) que debió ser llenado de manera obligatoria, cuando los montos son mayores a USD 10.000 (DIEZ MIL DOLARES AMERICANOS) y la misma debió ser presentado como descargo de la autorización a fin de subsanar el incumplimiento. Donde en el mismo manual de traspaso entre cuentas vistas de la institución financiera menciona **"Funcionario Autorizador recibe el mensaje en su correo electrónico y procede a revisar la documentación de respaldo"** Cuando el procedimiento del Banco menciona que para los montos superiores a USD 10.000 (DIEZ MIL DOLARES

AMERICANOS) o el equivalente en bolivianos, el autorizador está obligado a revisar la documentación materialmente verificable, es decir la autenticidad de la firma que figura en el sistema y en la carta y continua diciendo que si todo esta (sic) conforme ingresa a la transacción 4-97 que es la autorización monto transacción y recién procede a efectuar la transacción. Asi (sic) mismo se agrega que el sistema enviara (sic) al usuario solicitante un mensaje que confirme o rechace la solicitud si bien es una transacción de un sistema informático debió ser impresa y presentada como descarga lo cual la entidad financiera no pudo demostrar por lo que se confirmo (sic) el cargo numero 2. Aplicando el artículo 154 de ley No. 1488 inciso 3 que dentro las atribuciones de la Superintendencia ahora Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ejercer y supervisar el control interno y externo exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias a todas las entidades públicas, privadas y mixtas que se realicen en el territorio.

- **Respecto al punto 3** La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sanciona el incumplimiento de la normativa regulatoria que establece la obligación de las entidades financieras tengan una estructura organizacional apropiada para el buen funcionamiento del control interno, con una segregación de funciones y que deben realizar un monitoreo adecuado de la efectividad del sistema de control interno. En este punto debemos hacer mención el (sic) informe ASFI/DDC/R-58143/2013 de la Dirección de Derechos del Consumidor que manifiesta: “La entidad Financiera hace referencia a que tiene controles cruzados adecuados, lo que no se refleja y no es evidente en este caso, como se demostró en varias contravenciones a la normativa prudencial e interna identificadas y desarrolladas en el informe de inspección, notificación de cargos, evaluación de descargos y en cuerpo del presente informe. Asi (sic) mismo se demuestra en este caso en particular que el sistema de control interno tiene deficiencias que necesariamente deben ser corregidas para evitar que en otros casos surjan incumplimientos similares, (sic)

También señalar que de la denuncia de nuestra parte, origen (sic) un proceso administrativo donde se puede establecer que el control interno de la entidad financiera no está cumpliendo con lo señalado en el Artículo 2 de la sección 3, Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

PETITORIO

Por todo lo fundamentado solicito a su digna autoridad se rechaze (sic) el Recurso Jerárquico planteado por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. contra la resolución 263/2013 del 7 de mayo de 2013 el mismo que fue planteado sin fundamento legal en cada uno de los puntos recurridos en el Recurso Jerárquico de fecha 12 de junio de 2013 así (sic) mismo se confirme la Resolución ASFI 130/2013 de 8 de marzo de 2013...”

10. DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA.-

10.1. Documentación e información complementaria presentada por la Autoridad recurrida.-

Mediante nota ASFI/DAJ/R-80400/2013, con fecha de recepción 6 de junio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero acumuló al proceso, la literal a la misma adjunta en 756 fojas, según señala, “*Complementando la nota ASFI/DAJ/R-77740/2013 de 28 de mayo de 2013*”, es decir, aquella por la que se remitiera a conocimiento de la suscrita Autoridad Jerárquica, el Recurso Jerárquico interpuesto por los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**, entonces en cumplimiento de la obligación a la misma impuesta por el artículo 55° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, no así por emergencia de algún requerimiento específico.

Mediante nota ASFI/DAJ/R-84015/2013, con fecha de recepción 11 de junio de 2013 y en cumplimiento al Auto (de admisión) de 4 de junio de 2013, el Ente recurrido presentó en calidad de documentación complementaria, la literal siguiente:

- La nota presentada en fecha 17 de junio de 2011 por los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**, a la Directora del Sistema de Atención a Reclamos de Clientes de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por la que relacionan los acontecimientos que tuvieron que ver con el manejo de la cuenta a la que hace la controversia, aquejan la falta de información por parte del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**, y solicitan en definitiva:

“...que tomando en cuenta que conforme las previsiones legales del Sistema Financiero, la Ley Nro. 1488 y la Reglamentación contenida en la Recopilación de Normas de la ASFI, es que continuando con el procedimiento descrito para el SARC, a través suyo se instruya al banco, informe sobre la forma en la cual administró y procedió a otorgar los montos de dinero de una cuenta mancomunada, lo cual se halla debidamente acreditado documentalmente y en definitiva causándome una (sic) daño económico de gran importancia a mi patrimonio.

Asimismo se proceda a informar sobre las acciones que se asumieron en contra del persona (sic) del banco que procedió a realizar estas actividades que son ciertamente dudosas y que podrían configurar (sic) la aplicación de medidas descritas en el sustantivo penal...”

- La nota BMSC/GAL/1595/2012, recepcionada en fecha 15 de noviembre de 2012, sobre descargos presentados por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**, con más la documentación inherente.
- El memorial de interposición del Recurso de Revocatoria, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, por parte del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.**

Asimismo, por la misma nota ASFI/DAJ/R-84015/2013, el Ente Regulador procede a presentar la siguiente información complementaria:

"...sobre el párrafo II del Resuelve Cuarto del Auto (se refiere al Auto de admisión de 4 de junio de 2013), me permito informar a usted que la solicitud de los señores Rubén Darío Montaña Salazar y Hernán Jorge Ovando de 22 de mayo de 2012, fue remitida a la Unidad de Investigaciones Financieras (UIF) el 22 de junio de 2012, a fin de atender oportunamente la solicitud presentada.

La Unidad de Investigaciones Financiera (sic) en fecha 3 de julio de 2012 responde a esta Autoridad de Supervisión en sentido de que no tiene competencia para valorar dos veces un mismo hecho, adjuntando el Informe Interno de Evaluación No. 001 UIF/LEG/10863/ 2012 de fecha 14 de junio de 2012, que en su parte conclusiva determina que la UIF no tiene competencia para determinar y aplicar sanciones administrativas de forma retroactiva, debido principalmente a que las presuntas infracciones denunciadas contra el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. habrían ocurrido con anterioridad a la promulgación del Decreto Supremo No. 910 de 15 de junio de 2011.

En este sentido, esta Autoridad de Supervisión da respuesta a los Señores Rubén Darío Montaña y Hernán Jorge Ovando comunicándoles que no obstante la determinación de la Unidad de Investigaciones Financieras, este Órgano de Supervisión ha dispuesto procesos administrativos, los cuales a la fecha se encuentran en instancia jerárquica, notificándoles este extremo oportunamente como terceros interesados..."

10.2. Documentación complementaria presentada por los recurrentes RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO.-

Mediante el memorial presentado en fecha 12 de julio de 2013 (supra mencionado), los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**, además de presentar los alegatos transcritos, ofrecen y producen la documentación complementaria siguiente:

- Nota fechada en 30 de marzo de 2011, presentada por el señor Hernán López López al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, por la que autoriza "transferir de mi cuenta N° 4010741648 el monto de Bs. 1,226,686 a la cuenta N° 4010640033 a nombre de EMPRESA CONSTRUCTORA HERNAN LOPEZ C."

En tal nota consta además, un sello de FIRMA VERIFICADA, la constancia manuscrita de: "CONFIRMADO PERSONALMENTE CON HERNAN LOPEZ L. EN OFICINAS DEL BANCO", y la firma del señor Marcelo Pozo G., Ejecutivo de Cuenta, Banca de Empresas del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**.

- Nota 0110/2011, presentada por los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO** al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 31 de marzo de 2011, por la que los remitentes solicitan "no se proceda a la recepción de ningún poder para manejo de esta cuenta", que "el banco no consienta ningún movimiento de los fondos de esta cuenta" y que "el banco requiera que para cualquier solicitud de emisión de chequera para esta cuenta o

traspaso de dineros, deba ser realizado con la participación en persona de al menos dos de los tres titulares...”, en referencia a la cuenta N° 4010741648, a la que se señala además, “de manejo mancomunado” con el señor Antonio Hernán López López, quien “a la fecha no se encuentra autorizado para emitir cheques por si solo”.

- Nota fechada en 5 de abril de 2011, presentada por el señor Hernán López López al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, por la que señala que:

“...En referencia a la carta de fecha 11 de octubre de 2010 en la cual se solicita la inclusión de firmas de los Sres. Hernán Jorge Ovando y Rubén Darío Montaña Salazar a mi cuenta personal N° 4010741648 para realizar la emisión de cheques, requiero que a partir de la fecha se registre a mi persona como único titular de la cuenta ya mencionada.

Solicito a la brevedad posible se realice el correspondiente cambio y trámite de tal forma que se mantenga sólo mi firma como autorizada...”

En tal nota consta además, un sello de FIRMA VERIFICADA del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, con firma del señor Marcelo Pozo G.

- Ficha -sin fecha ni mayor dato y sin firma autorizada-, de Registro (en el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, según sale en su parte superior) de (las) firmas autorizadas de los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**; en su reverso y escritos a mano, aparecen los nombres: “Ruben Darío Montaña S.”, “Hernan Jorge Ovando” y “HERNAN LOPEZ LOPEZ”, y en la columna pre impresa Condiciones de Manejo de Cuenta: “Conjunta”, “CONJUNTA” y “CONJUNTA (IMPRESINDIBLE)”.
- Ficha de Registro (en el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, según sale en su parte superior) de (las) firmas autorizadas del señor Antonio Hernán López López, correspondiente a la cuenta N° 4010741648, señalando además: “TIPO DE REGISTRO... MODIFICACIÓN [X]... LUGAR Y FECHA... LA PAZ 30/03/2011... AUTORIZACIÓN BAJA DE FIRMAS... Solicito(amos) dar de baja a las siguiente(s) persona(s)... HERNAN JORGE OVANDO... RUBEN DARIO MONTAÑO SALAZAR...”

Mediante nota de fecha 1° de agosto de 2013, los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO** hacen presente la siguiente documentación complementaria:

- “**ACTA DE PRESENTACIÓN DE PRUEBAS CASO RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR Y HERNÁN JORGE OVANDO**” de fecha 7 de noviembre de 2011, en los términos de redacción que allí constan.
- Nota 0110/2011, presentada por los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO** al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 31 de marzo de 2011, ya supra relacionada.

- Ficha de Registro (en el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, según sale en su parte superior) de (las) firmas autorizadas de los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**, ya supra relacionada.
- Nota fechada en 30 de marzo de 2011, presentada por el señor Hernán López López al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, ya supra relacionada.
- Extracto de CUENTA CORRIENTE MN, correspondiente a la cuenta 4010741648, titular Antonio Hernan Lopez Lopez, entre fechas 1º de octubre de 2010 y 9 de septiembre de 2011, y que en fecha 5 de abril de 2011, a horas 15:40, registra la transacción "NOTA DEBITO TRANSFERENCIA... (SUC) LP... (REF) 94620... (DEBITOS) 1,222,686.00..."
- Nota fechada en 5 de abril de 2011, presentada por el señor Hernán López López al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, ya supra relacionada.
- Ficha de Registro (en el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, según sale en su parte superior) de (las) firmas autorizadas del señor Antonio Hernan Lopez Lopez, ya supra relacionada.
- Acta de declaración informativa prestada por el señor Marcelo Reynaldo Pozo Goytia (con más fotocopia de su cédula de identidad y de la credencial profesional de su abogado), funcionario del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, de fecha 30 de mayo de 2012, por ante la Fiscalía de Distrito (caso N° 7073/2011, a denuncia del señor **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR**; por la misma, el declarante señala no tener conocimiento de quién autorizó el traspaso de la cuenta corriente N° 4010741648 de fecha 31 de marzo de 2011, ni de la existencia de tal transacción.
- Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, arriba relacionada por tratarse de la actuación administrativa recurrida al presente.
- Ley N° 262 de 30 de julio de 2012, de Régimen de congelamiento de fondos y otros activos de personas vinculadas con acciones de terrorismo y financiamiento del terrorismo.
- Decreto Supremo N° 0910 de 15 de junio de 2011, que reglamenta el régimen de infracciones y los procedimientos, para la determinación y aplicación de sanciones administrativas en lo concerniente a la Legitimación de Ganancias Ilícitas.
- Decreto Supremo N° 0214 de 22 de julio de 2009, que aprueba la Política Nacional de Transparencia y Lucha contra la Corrupción – PNT.
- Papeles (4 hojas) sin mayor explicación ni firma, cuyo contenido corresponde al memorial de Recurso Jerárquico presentado por los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**, con incidencia en los alegatos a los cargos N° 4 y N° 5.

11. AUDIENCIAS DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 30 de julio de 2013, se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, y en fecha 31 siguiente, la que fuera solicitada por los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 17 de junio de 2011, los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO** presentaron su reclamo, ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, contra el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, por supuesta mala información proporcionada por funcionarios de esa Entidad Financiera, en la apertura y manejo de la cuenta corriente N° 4010741648, la que, según ellos, sería mancomunada entre los mismos y el señor Antonio Hernán López López.

Por su efecto, y luego de varias solicitudes de informes y otros trámites, la Autoridad Reguladora dispone la realización de una Inspección Especial in situ a la Oficina Central del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, realizada en fechas 19 y 20 de enero de 2012, por cuyo efecto se emitió el informe ASFI/DDC/R-86655/2012 de 6 de julio de 2012.

Consiguientemente y conforme a las recomendaciones de ese informe, en fecha 6 de noviembre de 2012, a través de la nota ASFI/DDC/R-139211/2012 de fecha 29 de octubre de 2012, se notificó con los cargos al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, dando inicio al proceso sancionatorio, dentro del cual -amén de la nulidad dispuesta por la Resolución Administrativa ASFI N° 065/2013 de 30 de enero de 2013- se pronunciaron, sucesivamente y conforme corresponde al recurso a su turno interpuesto, la Resolución Administrativa (sancionatoria) ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, y su confirmatoria Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, la que al presente, Recurrida de Jerárquico (tanto por parte de los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO** como por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**), se pasa a evaluar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En principio, originándose el presente proceso sancionatorio en los siete (7) cargos referidos por la nota ASFI/DDC/R-139211/2012 de fecha 29 de octubre de 2012 (cinco de ellos -Nº 1, Nº 2, Nº 3, Nº 6 y Nº 7- sancionados, no así los restantes -Nº 4 y Nº 5-, conforme consta por la Resolución Administrativa ASFI Nº 263/2013 de 7 de mayo de 2013), los Recursos Jerárquicos se encuentran interpuestos contra las decisiones a los cargos Nros. 1, 2 y 7, en el Recurso del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, y Nros. 4 y 5, en el de los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**.

Ello determina que, al presente, no existe ninguna impugnación contra las decisiones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, referidas a los cargos Nº 3 y Nº 6, por cuanto, contra estos últimos, ninguno de los recurrentes ha manifestado agravio alguno, por lo que ésta instancia jerárquica, en virtud a los antecedentes, considera que no les irroga ningún perjuicio, sea en el fondo o sea en la sanción impuesta, postura que por sí sola basta, en lo que respecta a tales cargos, para ahorrarse mayores consideraciones de orden jurídico.

Por consiguiente, no existiendo pretensión de los recurrentes referida a los cargos Nº 3 y Nº 6 (conforme consta de los Recursos Jerárquicos), da lugar a la inexistencia de fundamento concreto para la impugnación sobre los mismos, y determina que, en observancia de los artículos 58º (que establece el que los recursos deben presentarse "*de manera fundada*"), y 63º, parágrafo II (sobre que "*La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente...*"), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limite a la consideración de las impugnaciones en lo referido a los Cargos Nros. 1, 2, 4, 5 y 7, conforme sigue a continuación.

2.1. No consignación en literal, del monto traspasado (cargo Nº 1).-

En principio, cabe dejar constancia que, conforme a la impugnación del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, no se encuentra en tela de juicio, la efectiva ocurrencia del ilícito que importa el cargo Nº 1 (al que en todo caso se lo tiene por admitido por el infractor), y por tanto, su carácter sancionable, sino la sanción impuesta en sí misma: si debe ser pecuniaria, conforme al criterio del Ente Regulador, o si debe ser de amonestación, como reclama el recurrente.

Como se tiene supra mencionado, mediante nota fechada en 30 de marzo de 2011, el señor Hernán López López, en calidad de titular de la cuenta 4010741648 del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, autorizó al mismo, transferir "*el monto de Bs. 1,226,686 a la cuenta Nº 4010640033 a nombre de EMPRESA CONSTRUCTORA HERNAN LOPEZ C.*"

Conforme señala la notificación de cargos, la nota del señor Hernán López López "*sólo contiene el monto a ser traspasado en numeral y no así en literal*", en inobservancia "*Al numeral 4 (Procedimiento), punto 4.1. Recepción de Solicitud de Traspaso de Fondos, inciso 4.1.2*" del Manual de Traspaso de Fondos entre Cuentas Vista del propio **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, no obstante lo cual, se le dio curso afirmativo, y se procedió al traspaso instruido.

Por su emergencia, la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, sanciona al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, “con multa de DEG50.- (Cincuenta 00/100 Derechos Especiales de Giro) por ser una contravención que se cometió por negligencia de los funcionarios de la Entidad Financiera”.

Al respecto, ahora, en Recurso Jerárquico, la entidad sancionada alega, que:

“...la omisión del literal del monto en la instrucción del cliente NO HA CAUSADO PERJUICIO ALGUNO AL CLIENTE, quien es precisamente el que ha dado la instrucción para la transacción, (...) tampoco ha producido perjuicio alguno al Banco, constituyéndose la misma en una omisión a un procedimiento interno de nuestra entidad, en consecuencia, la aplicación de la sanción pecuniaria por esta omisión vulnera el principio de legalidad al desconocer lo que la propia ley prevé para este tipo de infracciones (...)

*La Resolución que ahora recurrimos justifica la confirmación de la sanción con la ilegal agravación, bajo el argumento que nuestra institución habría incurrido en una **reincidencia** en el incumplimiento a la norma interna que motiva la sanción, invocando a este efecto la Resolución ASFI N° 088/2011 de 7 de febrero de 2011 (...)*

*...no existe la concurrencia de las mismas infracciones en las sanciones aplicadas, por cuanto el primer incumplimiento se da a una normativa regulatoria dictada por el propio órgano regulador referida al endeudamiento del personal de ASFI y el segundo incumplimiento se refiere a un procedimiento interno para traspaso de fondos en cuentas vista. En consecuencia **NO ES POSIBLE QUE PUEDA HABERSE CONFIGURADO LA REINCIDENCIA BAJO LA CUAL LA ASFI JUSTIFICA LA AGRAVACION DE LA SANCION PARA EL INCUMPLIMIENTO A LA NORMATIVA INTERNA DE NUESTRA INSTITUCION DANDO LUGAR A LA MULTA CON LA QUE SE HA PENADO AL BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A. ...**”*

Efectivamente, es en la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero justifica la sanción pecuniaria al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, y lo hace en función de:

“...la Resolución ASFI N° 088/2011 de fecha 7 de febrero de 2011, en el cual el Banco fue sancionado con “Amonestación” por incumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 4, Sección 2, Capítulo III, Título XIV del Reglamento de Endeudamiento del Personal de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ...”

En tal sentido, corresponde dar razón al recurrente **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, cuando señala no concurrir la idéntica infracción, que permitiría la existencia de reincidencia, entre la de la Resolución Administrativa ASFI N° 088/2011 de fecha 7 de febrero de 2011 (sanción al mismo Banco por infracción al artículo 4, Sección 2, Capítulo III, Título XIV del Reglamento de Endeudamiento del Personal de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero), con la de la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013, que hace al caso de autos (sanción por inobservancia del numeral 4 (Procedimiento), punto 4.1. (Recepción de Solicitud de Traspaso de Fondos), inciso 4.1.2, del Manual de Traspaso de

Fondos entre Cuentas Vista del propio **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**).

Consiguientemente, en los términos de los precedentes de regulación financiera señalados por la ahora recurrida, en su Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, estos son “la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008,” y la “Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005”, y que señalan que:

“...Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: (...) c) la reincidencia en la comisión...”

No se ha evidenciado que, en lo que hace al cargo N° 1, exista la actitud reiterativa del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA** que informa la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013 de la siguiente manera:

*“...En este sentido, queda claro que al haber existido Resolución ASFI N° 088/2011 de fecha 7 de febrero de 2011, notificada al Banco en fecha 8 de febrero de 2011, ésta ha quedado como precedente para que esta Autoridad de Supervisión considere como reincidencia la deficiencia de los procedimientos que utiliza el Banco, **confirmándose** el cargo N° 1 mediante la cual sanciona a la institución financiera con una multa de 50.- DEG´s (Cincuenta 00/100 Derechos Especiales de Giro)...”*

Entonces, resulta cierto que, conforme se tiene dicho, la Resolución Administrativa ASFI N° 088/2011 de fecha 7 de febrero de 2011, que importaría el presupuesto de reincidencia, viene a sancionar el “incumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 4, Sección 2, Capítulo III, Título XIV del Reglamento de Endeudamiento del Personal de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero”, lo que importa una infracción diferente de la que trata el cargo N° 1 presente (admitir una nota de solicitud de traspaso de fondos, con solo la consignación del monto en numeral y no así también en literal, en infracción al numeral 4, punto 4.1, inciso 4.1.2, del Manual interno del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, sobre *Traspaso de Fondos entre Cuentas Vista*).

En tal sentido, es pertinente rescatar, como lo ha hecho el recurrente, el precedente de regulación financiera contenido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 3 de mayo de 2011, el que establece que: “...serán elementos constitutivos de la reincidencia: i la concurrencia de otra infracción de la misma naturaleza cometida con anterioridad por el mismo sujeto responsable...”

Consiguientemente, no existiendo la misma naturaleza entre las sanciones impuestas por la Resolución Administrativa ASFI N° 088/2011 de fecha 7 de febrero de 2011 (sobre un incumplimiento a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras) y la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013 (infracción a un Manual interno del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**), no hay lugar a la reincidencia anotada.

Aun más, la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, no ha hecho referencia alguna acerca de la existencia de reincidencia, sea para fundamentar la sanción por el cargo N° 1 o sea en oportunidad de la sanción misma a tal cargo; si la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 hace mención a tal figura, lo hace para el cargo N° 3, de tal manera que la sanción por el Cargo N° 1, está dada concreta y estrictamente, por:

“...el incumplimiento al numeral 4 (Procedimiento), punto 4.1. Recepción de Solicitud de Traspaso de Fondos, inciso 4.1.2. de su Manual de Traspaso de Fondos entre Cuentas Vista,... se sanciona con multa de DEG50.- (Cincuenta 00/100 Derechos Especiales de Giro) por ser una contravención que se cometió por negligencia de los funcionarios de la Entidad Financiera...”

Y en ello no hay lugar a consideración alguna sobre reincidencia, por cuanto, conforme se tiene dicho, el fundamento de la Resolución sancionatoria no hace referencia ni siquiera intrínseca, a que para su determinación, modulación y subsunción, se hubiera tenido en cuenta tal figura.

La Autoridad recurrida hace mención -tardía- acerca de la existencia de reincidencia en la infracción del cargo N° 1, recién en la posterior Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, cuando de por medio estaba el Recurso de Revocatoria del recurrente, resultando que la nueva Resolución viene a justificar una sanción pecuniaria anterior, empero con ello, determinando que la primera Resolución no se encuentra correctamente fundamentada, por cuanto, si la sanción natural por la infracción señalada, es la amonestación, la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 no establece fehaciente e inequívocamente, cuál el motivo por el cual se hubiera agravado la misma, y en su mérito, impuesto una sanción pecuniaria.

Se entiende de ello que, en cuanto la cargo N° 1, en el pronunciamiento de la sanción que sale de la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013, no ha existido la necesaria fundamentación que exigen los artículos 28°, inciso e), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, y 17°, parágrafo II, inciso d), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Asimismo, es pertinente rescatar lo determinado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, que:

*“...a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; **derecho a la defensa material y técnica**; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; **derecho a la valoración razonable de la prueba**; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R,*

0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras) (...)

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En todo caso, en función de los actuados previos al pronunciamiento de la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 y de lo señalado en la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha expuesto elementos por los que se evidencien la existencia de la señalada reincidencia, correspondiendo por su mérito, anular la sanción impuesta, a los fines que, en trámite repositario, el Ente Regulador proceda a realizar una correcta valoración de los antecedentes, conforme a derecho, y pro su mérito, imponga la sanción que, en apego a la norma, le corresponda a la infracción que importa el cargo N° 1.

2.2. Inexistencia del formulario 4-97 (cargo N° 2).-

Conforme a la sancionatoria Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 y en cuanto al cargo N° 2, se ha sancionado al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, por una falencia en el procedimiento de autorización, de la controvertida transferencia solicitada por el señor Hernán López López, concretamente por:

“...el incumplimiento del numeral 4 (Procedimiento), del Manual de Traspaso entre Cuentas Vista vigente desde el 07 de mayo de 2010, y punto 4.2.5. porque en la operación (...) no se evidencia la existencia del formulario de la transacción 4-97 “Autorización Monto Transacción”, que debía llenarse de manera obligatoria para montos superiores a \$us.10.000.- (Diez Mil 00/100 Dólares Americanos) y dicha operación habría sido efectuada sin la autorización del funcionario autorizador, motivo por el que se impone una multa de DEG300.- (Trescientos 00/100 Derechos Especiales de Giro)...”

En fundamentación sobre el tema en cuestión, se detalla el procedimiento establecido por el Manual de Traspasos de Fondos Entre Cuentas Vista CV-01 (vigente desde el 7 de mayo de 2010), que debió observarse en los casos como el de la transferencia controvertida:

*“...el funcionario autorizador recibe el mensaje en su correo electrónico debe **proceder a revisar la documentación de respaldo**, verificando nuevamente la autenticidad de la firma que figura en la solicitud con la registrada en el sistema de forma obligatoria para montos superiores a \$us.10.000.- (Diez Mil Dólares Americanos 00/100) o su equivalente en bolivianos. Si todo está conforme, ingresa a la transacción 4-97 “Autorización Monto Transacción” y procede a efectuar la autorización.*

El sistema enviará al usuario solicitante un mensaje que confirme o rechace la solicitud, asimismo, en el punto 4.2.6. del mismo manual se establece que el Ejecutivo

de Cuenta, ingresa a la transacción 4-26 “Nota de Débito Transacción” e incluye **el número de referencia con el que solicitó la autorización...**”

En ese entendido y ya en el caso concreto, el Regulador ha establecido que:

“...No se presenta descargo que evidencie la revisión de la documentación realizada por el Funcionario Autorizador, tampoco se incluye el número de referencia con el que el Ejecutivo de Cuenta solicitó la autorización, además la Entidad Financiera presenta como descargo el informe CS/08/2012 de fecha 15 de noviembre de 2012 elaborado por la Gerencia de Sistemas y no así un reporte del registro de la autorización realizada vía sistema, en consecuencia **se ratifica el incumplimiento al cargo 2 notificado...**”

Tal posición es impugnada por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, quien a tiempo de su Recurso Jerárquico, alega:

“...De la lectura del procedimiento cuyo incumplimiento se acusa, se puede evidenciar de manera incontrovertible que no existe la obligación de que la autorización efectuada 4-97 sea impresa, toda vez que la operativa es realizada a través del sistema informático de nuestra institución, (...) la ASFI pretende justificar la imposición de la sanción a partir de un presupuesto inexistente en la norma cuyo incumplimiento se acusa, situación que se constituye en un franco incumplimiento a los principios de legalidad y de tipicidad que deben regir un procedimiento sancionador de acuerdo a los Arts. 71, 72 y 73 de la Ley del Procedimiento Administrativo (...)

...el único documento necesario para efectuar la transacción fue la nota de 30 de marzo de 2011, en la que se puede evidenciar de manera incuestionable la verificación respectiva en relación a la presentación por el propio titular al momento de generarse la transacción, descartándose de esta manera la supuesta falta de revisión documental por parte de nuestra institución. (...) la transacción no hubiera sido posible de efectuarse sin la autorización correspondiente, por lo que no existe la posibilidad de que el Ejecutivo de Cuentas al momento de procesar la transacción a través de nuestro sistema informático, hubiera omitido solicitar la autorización correspondiente al funcionario autorizador...”

De todos estos elementos, es posible concluir, que el Manual de Traspasos de Fondos Entre Cuentas Vista CV-01, exige para operaciones superiores a \$us.10.000.- (o su equivalente en bolivianos), la concurrencia de un “funcionario autorizador”, quien debe “proceder a revisar la documentación de respaldo”, mediante la verificación (“nuevamente”, dice la norma) de “la autenticidad de la firma”, a cuya conformidad, ingresa a la transacción 4-97, donde efectúa la autorización.

En este sentido, el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA** incurre en una contradicción, cuando refiere que en “la nota de 30 de marzo de 2011, (...) se puede evidenciar (...) la verificación respectiva”, para luego señalar que “no existe la posibilidad de que **el Ejecutivo de Cuentas** al momento de procesar la transacción a través de nuestro

sistema informático, hubiera omitido **solicitar la autorización correspondiente al funcionario autorizador**" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución).

Revisada la nota de 30 de marzo de 2011 (presentada al ahora recurrente por el señor Hernán López López), se evidencia el sello de FIRMA VERIFICADA, la constancia manuscrita de: "CONFIRMADO PERSONALMENTE CON HERNAN LOPEZ L. EN OFICINAS DEL BANCO", y la firma del señor Marcelo Pozo G., Ejecutivo de Cuenta del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**; entonces, el señor Marcelo Pozo G., como Ejecutivo de Cuenta, no era el funcionario autorizador que exige la norma, sino mas bien, quien debía solicitar la autorización a tal funcionario, cuya constancia de autorización, en definitiva, se extraña.

Por tanto, la verificación que sale al pie de la nota de 30 de marzo de 2011, no constituye, como mal sugiere el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, la autorización que exige el Manual de Traspasos de Fondos Entre Cuentas Vista CV-01; tal norma reserva, para el Ejecutivo de Cuenta, el ingreso "a la transacción 4-26 "Nota de Débito Transacción" e incluye **el número de referencia con el que solicitó la autorización**", número entonces, de existencia obligatoria, del que en el caso, tampoco existe constancia, como tampoco, en definitiva, de haberse cumplido con el procedimiento al tiempo de dar curso a la transferencia controvertida.

Al respecto, la recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, señala que:

"...Esta autorización aceptada o rechazada, como manifiesta su procedimiento, si bien es una transacción de su sistema informático, debió ser impresa y presentada como descargo de la autorización, a fin de subsanar el presente cargo, situación que la entidad financiera no pudo demostrar..."

A su vez, el recurrente señala que la operación se procesó "a través de nuestro sistema informático", por lo que, a su decir, no es posible obtener una constancia impresa (material) de la misma y de su autorización. En este entendido, si bien la norma señalada de infringida no establece en forma expresa, que la transacción 4-97 deba constar de manera impresa, el simple hecho de que constituya una operación electrónica no importa la imposibilidad de que de la misma no exista constancia documentada y física.

Más por el contrario, por regla general (y el recurrente no ha señalado que aquí exista *excepción a la regla*), entre las amplísimas ventajas que ofrece la tecnología informática, como hecho notorio -y "quedan también fuera del objeto de la prueba los hechos notorios" explica Couture-, está la posibilidad de imprimir aquello que aparece en la pantalla del computador, inclusive de acuerdo a los requerimientos del correspondiente operador; eso hace a las comodidades de la vida moderna que ha permitido el impresionante desarrollo de la informática.

De manera tal que, pretender señalar (como ahora lo hace el recurrente), que no puede obtener constancias impresas sobre un programa o hardware que, necesariamente y con carácter exclusivo (dada la trascendencia del rubro bancario, para el cual, el manejo informático resulta un elemento esencial y obligatorio), ha sido desarrollado de acuerdo a sus propias exigencias, resulta en un alegato inatendible desde cualquier punto de vista, máxime cuando es el propio **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, el que a

tiempo de presentar sus descargos mediante la nota ASFI/DDC/R-139211/2012 de fecha 29 de octubre de 2012 (también en su Recurso de Revocatoria), ha hecho presente insertas, **entonces impresas:**

“...copias de las pantallas de nuestro sistema FISA, que refleja tanto la apertura de la mencionada cuenta unipersonal como la vigencia de las firmas de los señores Hernán Jorge Ovando y Rubén Darío Montaña desde el 11 de octubre de 2010 hasta el 5 de abril de 2011 bajo la modalidad de “Conjuntas”:

FISA System v3.60.1 BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ

Nombre de la Cuenta: LOPEZ LOPEZ ANTONIO HERNAN

Moneda: 0 BOLIVIANOS

Categoría: N Nivel: 50

STATUS: 2 ACTIVA

Apertura: 2010/10/11

Sucursal: 2 LA PAZ

Oficina: 16 AGENCIA SAN MIGUEL

Ejecutivo: 4574 ALIAGA DAVALOS ADRIAN ERICK

Saldo Pignorado: 0.00

Saldo Bloqueado: 0.00

Retención REMESAS: 0.00

Retención LOCALES: 0.00

Saldo en Efectivo: 0.00

SALDO TOTAL: 0.00

SALDO DISPONIBLE: 0.00

FISA System v3.60.1 BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ

Nombre Cuenta: LOPEZ LOPEZ ANTONIO HERNAN

Moneda: 0

Número Correlativo: 900

Reten. Estado de Cuentas: 0

STAT: Sucursal Retención

Prom: Oficina Retención

Prom: Día de Corte Est. Cuentas

Retención local

Sucursal Origen: 2 LA PAZ

Oficina Origen: 16 AGENCIA SAN MIGUEL

Oficial Cuenta: 4574 ALIAGA DAVALOS ADRIAN ERICK

Tipo de Instrucción: UNIPERSONAL

Fecha de Vigencia: 2010/10/11

Condicionales Especiales

Lista de Firmantes							
Tipo firma	Tipo Id.	Identificación	Nombre	Y/O	Monto máximo	Cal. F. Vigencia	Fecha hasta
FIRMA	E	254239MLP	LOPEZ LOPEZ ANTONIO HERNAN	Y		2010/10/11	
FIRMA	E	336838SLP	MONTAÑO SALAZAR RUBÉN DARIÓ	Y		2010/10/11	2011/04/05
FIRMA	E	4823723LP	JORGE OVANDO HERNAN	Y		2010/10/11	2011/04/05

Observaciones:

Operador: 11863

(...)"

Se presume, entonces, que el alegato en este sentido es evasivo, para con ello sugerir no poder demostrar el cumplimiento o el incumplimiento de la norma, en cuanto a la operación controvertida, toda vez que en ese estado, se pretende la inexistencia de un control verificable o comprobable, porque la cualidad de una constancia material radica en la

posibilidad de ser demostrado, verificado o comprobado, para establecer su existencia y su grado de eficacia.

Se debe tener presente que, más allá de la existencia del proceso sancionatorio-recursivo, la existencia de documentos físicos en los cuales, por control interno, se deja evidencias para la revisión de proveídos, firmas o rúbricas, en señal de visto bueno, o adjuntar la impresión de algún registro electrónico, importa una dinámica normal y regular para las instancias de revisión (auditorías internas y externas) y de supervisión, y así poder efectuar un adecuado seguimiento al cumplimiento, precisamente, de los procedimientos de control interno.

Para terminar este acápite, el recurrente **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA** ha alegado que:

“...la flagrante vulneración al Principio de Congruencia en la que inicialmente incurrió la ASFI al imponer una sanción con un fundamento distinto al cargo notificado...”

Entonces, en el alegato del recurrente, se le habría impuesto un cargo por un fundamento en concreto, y se le habría sancionado por otro diverso, lo que, evidentemente, importaría una infracción a la necesaria congruencia con la que debe resolverse una sanción administrativa, por cuanto, *“los procedimientos administrativos sancionadores que se establezcan... deberán considerar inexcusablemente las sucesivas etapas de iniciación, tramitación y terminación...”* (Art. 80º, Par. II, Ley N° 2341, de Pcdto. Administrativo).

Correspondiendo tal presupuesto a la lógica de proceso, es decir, a la imprescindible secuencia de fases procesales dispuestas por la norma, la Resolución, de ser sancionatoria, tiene por base el cargo imputado, por lo que de su inobservancia, no puede resultar sino, la infracción del derecho a la defensa (Art. 115º, Par. I, Const. Pol. Estado), y al debido proceso (Arts. 115º, Par. II, y 117º, Const. Pol. Estado, y 4º, Inc. c), Ley N° 2341).

En tal sentido, conforme sale de la nota ASFI/DDC/R-139211/2012 de fecha 29 de octubre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, imponiéndole el cargo N° 2, por infracción:

*“... 2) Al numeral 4 (Procedimiento), del **Manual de Traspaso entre Cuentas Vista** vigente desde el 07 de mayo de 2010, y punto 4.2.5. porque en la operación de transferencia solicitada por el señor Hernán López López del monto de Bs1.226.686.- (Un Millón Doscientos Veintiséis Mil Seiscientos Ochenta y Seis 00/100 Bolivianos) no se evidencia la existencia del formulario de la transacción 4-97 “Autorización Monto Transacción”, que debía llenarse de manera obligatoria para montos superiores a \$us.10.000.- (Diez Mil 00/100 Dólares Americanos) y dicha operación habría sido efectuada sin la autorización del funcionario autorizador...”*

Mientras que la consiguiente sanción que consta en la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, tiene por fundamento, que:

“...No se presenta descargo que evidencie la revisión de la documentación realizada por el Funcionario Autorizador, tampoco se incluye el número de referencia con el que el Ejecutivo de Cuenta solicitó la autorización, además la Entidad Financiera presenta como descargo el informe CS/08/2012 de fecha 15 de noviembre de 2012

elaborado por la Gerencia de Sistemas y no así un reporte del registro de la autorización realizada vía sistema, en consecuencia **se ratifica el incumplimiento al cargo 2 notificado ...**"

Si bien en los términos del artículo 82° de la Ley N° 2341 de 3 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), la notificación de cargos no importa una Resolución Administrativa, la misma constituye la etapa primera del procedimiento sancionador, conforme la instituye el artículo 65° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 271756 de 15 de septiembre de 2003, procedimiento que corresponde a un orden procesal, por cuanto:

"...II. Los procedimientos administrativos sancionadores (...) deberán considerar inexcusablemente las sucesivas etapas de iniciación, tramitación, y terminación previstas..." (Art. 80°, Par. II, Ley N° 2341).

Entonces, establecida la naturaleza procesal del procedimiento administrativo sancionatorio, por tanto, admitido su carácter metódico, sistemático y ordenado, hay que decir que, así como externamente se manifiesta por una secuencia de fases o etapas (según las disponga la norma), intrínsecamente importa una relación jurídica regida por los principios que le son inherentes, entre ellos, el de congruencia, el que hace a la garantía del debido proceso, de manera tal que, la Administración no puede tomar en cuenta hechos o pruebas sobre los que no versa el objeto del litigio. *"El acto administrativo -dice el Art. 28°, Par. I, D.S. N° 27113- debe pronunciarse, de manera expresa, sobre todas las peticiones y solicitudes de los administrados incoadas en el procedimiento que la da origen".*

En cuanto al proceso sancionatorio, la congruencia se manifiesta en la adecuación entre lo imputado en la nota de cargos, y la consiguiente decisión contenida en la correspondiente Resolución (imponiendo o desestimando sanción; Art. 84°, Ley N° 2341), de manera tal que, esta última debe estar referida exclusivamente al objeto de la imputación inicial y a la causa concreta de la controversia, sin poder incidir sobre aspectos sobre los que no se haya intimado al administrado a presentar descargos; de allí que resulte inherente al debido proceso administrativo, por cuanto de esa manera hace también a la garantía de derecho a la defensa, de trascendencia constitucional (Art. 119°, Const. Pol. Estado).

Por consiguiente, sí existe incongruencia, cuando la sanción que consta en la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013, evita pronunciarse -de alguna manera-, sobre lo que inicialmente imputó en la nota ASFI/DDC/R-139211/2012 (en sentido que *"...no se evidencia la existencia del formulario de la transacción 4-9Z..."*), cuando, dados los extremos señalados en los descargos (la inexistencia física de tal formulario), le correspondía dejar sin efecto, en parte, el cargo notificado.

Amén de ello, resulta obvio que el uso de la palabra *formulario* que realiza el Ente Regulador a tiempo de imponer el cargo y posteriormente la sanción, corresponde a la definición que de la misma hace Cabanellas en su *Diccionario*: *"Impreso que se rellena a mano o a máquina para múltiples diligencias administrativas, bancarias y de actividades burocráticas en general"*; no obstante y en atención a la verdad material que se encuentra ordenada por el artículo 4°, inciso d), de la Ley N° 2341, debe señalarse que tal definición ha sido

superada por la existencia misma de formularios virtuales (con respecto a los cuales, no existe motivo para no hacer extensible el criterio “a máquina”), susceptibles de ser impresos.

En todo caso y en ejercicio del principio de economía (señalado por el artículo 4º, inciso k), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo), toda vez que no es dable ahora, pretender una reposición sobre obrados que pueden ser corregidos en la instancia presente, debe dejarse establecido que, el fundamento determinante de la sanción que sale de la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013, en cuanto al cargo N° 2, es que la operación controvertida ha sido realizada “sin la autorización del funcionario autorizador”, extremo que no ha sido desvirtuado, correspondiendo por consiguiente, confirmar la decisión que, con respecto al cargo N° 2, ha sido adoptada por el Ente Regulador, empero además por el fundamento presente.

2.3. Incongruencia y atipicidad de los cargos N° 4 y N° 5.-

2.3.1. Uso alternativo de una carta (cargo N° 4).-

Para el cargo N° 4, la determinación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es la que sale de la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, es decir, revocar la sanción inicialmente impuesta Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, entonces desestimar el cargo, esto porque:

“...del procedimiento establecido en el punto 4, inciso 4.1.1. Recepción de solicitud de traspaso de fondos, se puede apreciar que el procedimiento que utiliza el Banco, expone dos alternativas para la recepción de solicitud de traspaso de fondos: a) mediante carta o b) a través del formulario correspondiente (...)

...el titular de la cuenta eligió la alternativa a), que era la presentación de la carta y con esta alternativa cumplió los requisitos exigidos por la entidad financiera, sin necesidad del llenado de formularios, por lo que se desvirtúa dicho cargo, revocándose el mismo...”

La carta a la que se hace referencia, es -nuevamente- la nota de 30 de marzo de 2011, presentada por el señor Hernán López López al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, por la que autoriza “transferir de mi cuenta N° 4010741648 el monto de Bs. 1,226,686 a la cuenta N° 4010640033 a nombre de EMPRESA CONSTRUCTORA HERNAN LOPEZ C.”

En el cargo original, se establecía, en infracción a la “Recepción de Solicitud de Traspaso de Fondos, inciso 4.1.1., del Manual para el Traspaso de Fondos entre Cuentas Vista del Banco Mercantil Santa Cruz S.A.”, que:

“...en el traspaso de fondos de 30 de marzo de 2011 de la cuenta N° 4010741648 a la cuenta N° 4010640033 por un monto de Bs1.226.686.- (Un Millón Doscientos Veintiséis Mil Seiscientos Ochenta y Seis 00/100 Bolivianos) no se utilizó el formulario FRM-CV01 “Solicitud de Traspaso de Fondos entre Cuentas Propias...”

Entonces, en la posición última del Ente Regulador, la conjunción “o” que sale del inciso 4.1.1 -“...la solicitud escrita de traspaso de fondos la cual puede ser presentada mediante carta o

a través del formulario correspondiente...” (redacción extractada del informe de inspección ASFI/DDC/R-86655/2012) del Manual para el Traspaso de Fondos entre Cuentas Vista del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, determina una **alternativa**, es decir una opción entre la carta o el formulario, sujeta a la decisión personal del titular de la correspondiente cuenta, en su disposición acerca de la transferencia de los dineros contenidos en la misma, lo que en definitiva determina la improcedencia de sanción alguna a este respecto.

Ahora, en el Recurso Jerárquico presentado por los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**:

*“...la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la emisión de la Resolución ASFI Nro. 263/2013 del 7 de mayo de 2013, le da un profundo valor legal a la carta enviada por el presunto TITULAR que era Hernán López López, sin realizar ningún análisis de la Nota del 31 de marzo de 2011, donde el Banco fue comunicado oportunamente de que debido a los síntomas (sic) de estafa que fueron advertidos, ninguna persona podría realizar ninguna observación sobre esas cuentas que fueron posteriormente liberadas por la entidad financiera, haciendo absoluto caso omiso de nuestra advertencia efectuada a través de la Nota. **CITE 0110/2011 REF.: Manejo Cuenta Corriente, donde solicitamos expresamente al Banco que no considere ni consienta ningún movimiento de los fondos de esta cuenta sin nuestra autorización y presencia...**”*

La nota a la que los recurrentes hacen referencia (Nº 0110/2011 de 31 de marzo de 2011), es aquella por la que solicitan al **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, que “no se proceda a la recepción de ningún poder para manejo de esta cuenta”, que “el banco no consienta ningún movimiento de los fondos de esta cuenta” y que “el banco requiera que para cualquier solicitud de emisión de chequera para esta cuenta o traspaso de dineros, deba ser realizado con la participación en persona de al menos dos de los tres titulares...”, en referencia a la cuenta Nº 4010741648, a la que se señala además, “de manejo mancomunado” con el señor Antonio Hernán López López, quien “a la fecha no se encuentra autorizado para emitir cheques por sí solo”.

En este sentido, los recurrentes aquejan el que la Autoridad Reguladora se hubiera limitado a considerar, cual si fuera un único antecedente, entonces de carácter normativo, la trascendencia de la conjunción “o” (para determinar que la instrucción de traspaso de fondos, puede darse mediante la presentación de una nota “o” a través de formulario correspondiente), pero ha prescindido de considerar la existencia de un antecedente fáctico, cual es la nota CITE 0110/2011 de 31 de marzo de 2011, mediante la cual los recurrentes solicitaron que no se realice ningún movimiento de la cuenta Nº 4010741648 del Banco Mercantil que supuestamente era una cuenta mancomunada con el señor Hernán López López; no obstante, el motivo a la presentación de esta nota no queda claro, siendo presumible que se hubiera originado en la presunción de estafa a la que ahora se hace referencia, pero que de ser así, quedó en el fuero interno de los ahora recurrentes, por cuanto, contrariamente a lo que ellos señalan, del simple tenor de la nota de referencia, no es posible concluir en la existencia de conducta fraudulenta por parte del señor Hernán López López.

No obstante ello y considerando ahora no sólo el antecedente normativo, sino también el fáctico (ambos supra descritos), se puede establecer que, si bien la cuenta N° 4010741648 fue aperturada como individual por el señor Hernán López López, en fecha 11 de octubre de 2010, él mismo solicita la inclusión de las firmas de los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**, disponiendo que el giro de cheques contra la misma, contará con dos firmas, siendo la principal la suya propia, y, de manera indistinta, una de las de los otros dos.

Posteriormente y mediante nota de fecha 5 de abril de 2011, el titular de la cuenta dispuso el retiro de las firmas de los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**; en este sentido, llama la atención que la carta de solicitud de traspaso de Bs1.226.686.- de la cuenta N° 4010741648, a la cuenta N° 4010640033 a nombre de la empresa Constructora Hernán López C. fue presentada en fecha 30 de marzo de 2011, seis días antes de presentar la baja de las firmas de los señores Rubén Darío Montaña y Jorge Ovando, y que la transferencia se dio en la misma fecha, vale decir, 5 de abril de 2011.

Ahora bien; tanto el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA** como la Autoridad ahora recurrida, dejaron constancia de la incorporación-ahora controversial- de las firmas de los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO en el registro de la cuenta** N° 4010640033 (extremo que consta claramente en el numeral infra), haciendo que la ahora alegado por los corecurrentes mencionados adquiera trascendencia dentro del caso, trascendencia que no ha sido esclarecida (pese a haber sido oportunamente alegada), por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con respecto a lo cual se extraña el fundamento que debe hacer a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en sentido de si la cuenta mencionada, es mancomunada o de manejo individual, para determinar si fue correcto el destino de los dineros que allí se encontraban y de su disposición por parte de su titular original.

Por consiguiente y a este respecto, corresponde la anulación de obrados a los fines se subsane lo señalado.

2.3.2. Imprecisión del cargo N° 5.-

En el caso del cargo N° 5, la determinación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es también, en la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, revocar la sanción inicialmente impuesta Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, entonces desestimar el cargo, porque:

“...la notificación de cargos menciona el Título II Sección 10. Otras Disposiciones, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el cual corresponde evidentemente al “Reglamento para el envío de información a esta Autoridad de Supervisión” que para el presente cargo se considera como el “praeceptum legis”, pero este precepto no coincide con el cargo que se expone, ya que la entidad no envió ninguna información a esta Autoridad de Supervisión inexacta o con falta de veracidad, como lo determina la norma, peor aún no se ha mantenido dicha información incoherente con la envidada, ya que no se envió nada sobre el tema en particular; (...)

...el Banco explica que en el caso de la cuenta del señor Hernán López López, existe la posibilidad de que el titular de la cuenta incorpore como firmantes a otras personas para el manejo conjunto o indistinto de la cuenta conforme a sus instrucciones, sin que esta solicitud modifique la titularidad de la misma. Esta explicación, si bien es complementaria al cargo, en esta oportunidad lo que se observa es la norma infringida que de acuerdo al cargo notificado es el Título II Sección 10. Otras Disposiciones, artículo 1 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, corresponde al cargo impreciso, contraviniendo el principio de congruencia..."

Originalmente, el cargo se había imputado, porque en incumplimiento:

"...del artículo 1, Sección 10. Otras Disposiciones, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras porque la Entidad Supervisada no aseguró la exactitud y veracidad de la información que permanece en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. debido a que el sistema informático no refleja la información física verificada en el formulario de cuenta mancomunada relevada en la inspección realizada.

Entonces, la posición actual del Ente Regulador, es desestimar el cargo N° 5, porque el precepto del Título II, Sección 10, Otras Disposiciones, artículo 1, ("Reglamento para el envío de información a esta Autoridad de Supervisión") de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, no coincide con el cargo.

Para ello, explica que el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA** no envió al Ente Supervisor, ninguna información inexacta o con falta de veracidad, como tampoco se ha mantenido en alguna información incoherente con la ya envidada, por cuanto, en definitiva, no envió nada sobre el tema en particular.

Complementariamente, señala que la cuenta N° 4010741648, cuyo titular es el señor Hernán López López, admite que la misma incorpore como firmantes, de acuerdo a la voluntad del mismo, a otras personas para el manejo conjunto o indistinto, sin que se modifique esa titularidad.

Sin embargo, quien era titular original de la cuenta, Sr. Hernán López López, dentro de su relación con la entidad financiera, ha dispuesto la adición de las otras dos firmas para la administración de la misma, transformándola en una de manejo conjunto, importando que los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO**, hayan adquirido la cotitularidad de la cuenta, n o existiendo en la norma una categoría que admita su manejo parcial, referida a que se administra conjuntamente para unos casos, e individualmente para otros, por lo que debe concluirse en que la cuenta N° 4010741648 es ahora de manejo conjunto, por lo tanto, cualquier manejo posterior a la adición requería de la autorización de los restantes cotitulares o al menos de dos de los tres titulares resultantes, si es que ellos es lo que los mismos han instruido al Banco. En tal sentido, el Recurso Jerárquico de los señores **RUBÉN DARÍO MONTAÑO SALAZAR y HERNÁN JORGE OVANDO** señala que:

"...el hecho de que el Regulador determine una falla de subsunción administrativa en el procedimiento sancionador, no implica que la acción infractora por parte del Banco se haya eliminado.

Por lo cual, corresponde que el hecho de que el Banco haya omitido el cumplir con las obligaciones relativas al envío de información correcta a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, aspecto que igualmente deberá ser correctamente analizado..."

Ha existido aquí una deficiente tipificación en la notificación de cargos, reconocida por el Ente Regulador, como admitida por los recurrentes, sin embargo, los mismos no tienen mayor expresión de agravios al respecto, por lo que la controversia se limita a la pretensión de que se realice una nueva subsunción y que sea la que corresponda a la conducta, presumiblemente ilícita, del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, determinando que el alegato, en este sentido, resulte también inatendible.

Sin perjuicio de ello, debe dejarse establecido que la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, al señalar la no correspondencia de la conducta de la entidad financiera con el tipo inicialmente imputado, no ha señalado si existe otro tipo administrativo al cual se acomode, o si en definitiva, el mismo es inexistente.

Teniendo en cuenta que *"Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos"* (Art. 115°, Par. I., Const. Pol. Estado), corresponderá a cualquier interesado, si hace a su interés y de ser pertinente y oportuno en derecho, hacer valer los extremos que no hacen al objeto de la controversia que se conoce al presente, empero que tengan que ver con los mismos acontecimientos, empero, por ello mismo, por cuerda separada.

Aun así, resulta que al haberse dispuesto la revocatoria del cargo N° 5, la autoridad recurrida no ha obrado correctamente, por cuanto por disposición del artículo 28 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) se establece como atribuciones de la superintendencia de Bancos, actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el de imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control cuando estas infrinjan las disposiciones legales.

Asimismo en el contexto de la Ley del Procedimiento Administrativo, existen causales para la nulidad de pleno derecho, y por otro lado, causales para la anulabilidad señaladas en su artículo 36°, en cuyo sentido, la doctrina reconoce la nulidad y la anulabilidad como categorías jurídicas que, en derecho administrativo constituyen una especie de sanción para aquellos actos que no puedan integrarse al bloque de legalidad que regula la actividad administrativa, por encontrarse viciado de conformidad a las causales o situaciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el artículo 55° del Decreto supremo N° 27113, reglamento a La Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado de 23 de julio de 2003, dice: "...Será precedente la revocación de un acto anulable por vicios de procedimiento, únicamente cuando el vicio ocasione indefensión de los administrados o lesione el interés público. La autoridad administrativa, para evitar nulidades de actos administrativos definitivos o actos equivalentes, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento dispondrá la nulidad de obrados hasta el vicio más antiguo...", extremo al que se acomoda el caso de autos.

Por consiguiente y a este respecto, los fundamentos que hacen a la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, determinan – como debieron determinar en el ente regulador- la correspondiente anulación de obrados a los fines se subsane lo señalado, y no así la revocatoria que ahora sale en la Resolución precitada, extremo que corresponde ser subsanado al presente.

2.4 Inexistencia de una estructura apropiada para el buen financiamiento de un control interno (cargo N° 7)

Según lo refiere la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013:

*“...si bien el presente proceso sancionatorio se origina en función al reclamo de un proceso específico presentado por los señores Rubén Darío Montaña y Hernán Jorge Ovando (...), en el presente caso se observa que los cargos notificados por contravenciones a la normativa prudencial de ASFI y normativa interna de la propia Entidad Financiera denotan fallas en su sistema de control interno en este caso en particular que bien pudieron evitarse si hubiera existido un eficiente control en la aplicación de las normas. En consecuencia, por todo lo expuesto en el análisis técnico de los descargos 1, 2, 3, 4, 5 y 6, **se ratifica plenamente el incumplimiento al cargo 7 notificado...**”*

Y, ante el Recurso de Revocatoria interpuesto por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013 amplía el criterio:

“...La mencionada observación, conlleva el análisis de todos y cada uno de los cargos observados en el presente proceso los cuales han merecido una atención particular y revisión exhaustiva de la norma prescrita, concluyéndose que el control interno ha puesto en evidencia la manipulación de datos brindados por el personal de la entidad financiera la cual ocasionó una apreciación errónea de parte de los denunciantes haciéndoles depositar dineros en una cuenta particular...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, el Ente Regulador ha concluido en la infracción de “Los incisos c), i), del artículo 2, Sección 3, Capítulo II, Título IV de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras”, porque ello sería el efecto necesario del sencillo hecho de existir los otros cargos; nótese que no obstante de desestimarse los cargos 4 y 5 mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, tal conclusión se mantiene firme, vigente y subsistente, lo que sugiere que, aún fuera uno sólo de los restantes cargos, sobre le que se impusiera sanción, igual correspondería a lo mismo la imposición del cargo N° 7.

Al respecto, el Recurso Jerárquico del **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, señala:

“...nuestra institución cuenta con un organigrama debidamente aprobado por el Directorio que está definido para establecer autoridad, dependencia e interrelación de las áreas y el personal; contando además con políticas, normas, reglamentos y manuales de funciones y procedimientos debidamente aprobados por el Directorio y por otras instancias según corresponda, además de tener controles cruzados para

evitar dualidad de funciones considerando la separación de aspectos como la autorización, el registro contable, la custodia de activos, entre otros (...) tanto el Directorio, como la Gerencia General y las demás áreas de nuestra entidad, se involucran en la definición de planes de acciones correctivas sobre informes de auditores y reguladores y que se realizan actividades de monitoreo del funcionamiento de los controles a través de los trabajos realizados por Auditoría Interna (...) la Gerencia General instruye la regularización de las observaciones que pudieran existir en los trabajos de auditores y reguladores, efectuando el seguimiento a la implementación de las respectivas medidas correctivas, cumpliendo cabalmente de esta manera con las responsabilidades que prevé la norma supuestamente incumplida..."

Hay que señalar que, los restantes cuatro cargos (Nros. 1, 2, 3 y 6), sancionados y confirmados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tienen evidentemente origen en deficiencias del sistema de control interno, situación que permite inferir que tampoco los sistemas de evaluación del mismo, son eficientes.

No obstante, corresponde dar razón a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por cuanto, si bien determina sancionar la inobservancia a toda una estructura organizacional por la ocurrencia de un caso concreto, ello es posible por cuanto, el suceso de este solo hecho, en el que conforme se ha visto y concluido, ha existido inobservancia al Manual de Traspaso entre Cuentas Vista de la propia entidad (norma esta última, expresión en definitiva del control interno que debe existir dentro de la entidad de intermediación financiera), determina la posibilidad de que irregularidades como las sancionadas, sean posible en cualquier momento, es decir, no constituyen un hecho aislado sino que hacen a infracciones posibles de reproducirse en otras circunstancias similares, precisamente por la inexistencia de una estructura organizacional adecuada.

Entonces y en lo que hace a este caso en concreto corresponde la confirmación del cargo 7.

CONSIDERANDO:

Que la compulsa llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la sustanciación del proceso sancionatorio, ha obrado valorando correctamente los antecedentes que hacen a los cargos N° 3, N° 6 y N° 7, a tiempo de imponerles las sanciones que salen de la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 de 08 de marzo; en cuanto al cargo N° 2, se ha determinado una incongruencia entre lo imputado y el fundamento de lo sancionado, la que, si bien influye en el fundamento de la sanción, en cambio no modifica el resultado de la infracción, esta es, la sanción, conforme la ha determinado el Órgano Regulador.

Que en cuanto al cargo N° 1, si bien también existe una correcta valoración de los antecedentes que hacen a la infracción, no sucede lo mismo en cuanto a la imposición de la sanción, la que ha sido impuesta en base a un criterio de reincidencia no demostrando; por el contrario, en cuanto a los cargos N° 4 y N°5, no ha existido una correcta valoración de los mismos antecedentes, aspecto que necesariamente corresponde ser enmendado, mediante su anulación, toda vez que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial

Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la Anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, de conformidad con el artículo 43º, parágrafo I, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, a tiempo de resolverse el Recurso Jerárquico, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas podrá CONFIRMAR la Resolución recurrida, con alcance parcial cuando se deje sin efecto parte de la misma; asimismo, de acuerdo al artículo 44º del mismo Reglamento, podrá ANULAR la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 263/2013 de 7 de mayo de 2013, que, en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente y revocó parcialmente, la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en cuanto a los cargos N° 3, N° 6 y N° 7 de su artículo primero, ampliándose los fundamentos el mismo, en lo que se refiere al cargo N° 2, con los de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- I. ANULAR el procedimiento administrativo:

- a) Hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 130/2013 de 8 de marzo de 2013, **inclusive**, en lo referido al Cargo N° 1.
- b) Hasta la nota de cargos ASFI/DDC/R-139211/2012 de fecha 29 de octubre de 2012, **inclusive**, en lo referido a los Cargos N° 4 y N° 5.

II. Debiendo en consecuencia y por cuerda separada, emitirse nueva Nota de Cargos y dictarse nueva Resolución Administrativa, según corresponda, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/N° 632-2013 DE 09 DE JULIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 071/2013 DE 22 DE OCTUBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 071/2013

La Paz, 22 de Octubre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 632-2013 de 09 de julio de 2013 que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de enero de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por el órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 069/2013 de 19 de septiembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 156/2013 de 30 de septiembre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 31 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 632-2013 de 09 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de enero de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, a través de nota APS/DESP/DJ/7053/2013 con fecha de recepción 07 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 632-2013 de 09 de julio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 12 de agosto de 2013, notificado en fecha 21 de agosto de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 632-2013 de 09 de julio de 2013, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, en fecha 05 de septiembre de 2013, se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en su memorial de 21 de agosto de 2013, a la que asistieron sus representantes legales.

CONSIDERANDO:

Que, en mérito a lo anterior, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 011/2013 DE 01 DE MARZO DE 2013.-

A través de Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 011/2013 de 01 de marzo de 2013, se resolvió lo siguiente:

“...ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 761-2012 de fecha 26 de septiembre de 2012 inclusive, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica...”.

2. ANTECEDENTES.-

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 23 de septiembre de 2011, emite la Nota de Cargos APS/DJ/DPC/3539/2011 por incumplimiento a la normativa relativa al uso de recursos financieros de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, misma que fue notificada a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, el 17 de octubre del mismo año.

Que, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, a través de nota FUT.APS.AL.1910/2011 de 31 de octubre de 2011, presenta sus descargos a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, pidiendo la desestimación de los cargos imputados.

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en lo que interesa al presente, resuelve lo siguiente:

“...PRIMERO.- (...)

II.- Se dispone que Futuro de Bolivia S.A. AFP en sujeción al artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución, reponga con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), los recursos utilizados para el pago a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, más su rentabilidad correspondiente (...)

IV.- Sin perjuicio de la reposición a realizar, la AFP deberá continuar pagando la prestación otorgada a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibañez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, conforme a las órdenes judiciales, con recursos propios...”

Que, por memorial presentado en fecha 19 de diciembre de 2011, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** solicitó la “Suspensión de la obligación establecida por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011”, alegando que:

“...Es por demás evidente que las obligaciones impuestas a nuestra AFP, no solo son lesivas, sino que causaran (sic) grave daño a nuestra AFP, por cuanto nuestro propio contrato de prestación de servicios suscrito con la ex Intendencia de Pensiones, así como las adendas suscritas con la ex SPVS, establecen con meridiana claridad que las prestaciones se pagan exclusivamente con las cuentas que correspondan, y no con nuestros recursos propios...”

Solicitando en definitiva, que:

“...En virtud a lo establecido por el artículo 59, parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo; y los artículos 40 y 62 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003 (reglamento a la Ley N° 2341), solicito a su Autoridad, disponga la suspensión de la obligación de la reposición con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI) de los montos utilizado (sic) para el pago de pensiones a los Asegurados; así como la obligación de continuar con el pago de las mismas utilizando recursos de nuestra AFP...”

Que, mediante Auto de 21 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió **rechazar** la solicitud presentada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, respecto a la suspensión de las obligaciones determinadas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, y ratifica su entero cumplimiento en aplicación del Parágrafo I del Artículo 40 y 69 del D.S. 27175. Auto notificado al Regulado el 03 de enero de 2012.

Que, a través de memorial de fecha 04 de enero de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, alegando

entre otros, que las obligaciones impuestas no sólo son lesivas a sus intereses legítimos y derechos subjetivos, sino que ocasionarían un grave daño económico por cuanto una vez ingresado el dinero a la cuenta correspondiente, no existiría mecanismo alguno que permita la devolución a la AFP; además, de estar obligándolos a vulnerar el contrato de prestación de servicios.

Que, por nota FUT.APS.AL 0024/2012 presentada en fecha 5 de enero de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** solicita:

“...se sirva consignar en Resolución Administrativa el Auto de fecha 21 de diciembre de 2011, notificado a nuestra AFP en fecha 03 de enero de 2011 (sic), el cual fue emitido por su Autoridad dentro del Procedimiento Administrativo que se sustancia por efectos de la Resolución Administrativa sancionatoria APS/DJ/DPC/Nº 422-2011...”

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 028-2012 de 19 de enero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve consignar “en Resolución Administrativa el Auto de 21 de diciembre de 2011, conforme lo previsto por el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003”, y que “El Auto de 21 de diciembre de 2011,... forma parte de la presente Resolución Administrativa”.

Que, por memorial presentado en fecha 17 de febrero de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 028-2012 de 19 de enero de 2012.

Que, en fecha 09 de abril de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 214-2012 en la que resuelve confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 028-2012 de 19 de enero de 2012.

Que, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** mediante memorial presentado el 26 de abril de 2012, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 214-2012 de 09 de abril de 2012.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en fecha 04 de septiembre de 2012, emite Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012, resolviendo, anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 214-2012 de 09 de abril de 2012, inclusive, debiendo en consecuencia y en su lugar expedirse nueva Resolución administrativa, bajo los siguientes argumentos:

“(..). 2. DE LA SUSPENSIÓN (FUNDAMENTO NORMATIVO APLICABLE AL CASO).-

En primer término, corresponde traer a colación la normativa aplicable a la suspensión de las determinaciones dadas por la Autoridad Reguladora, conforme se procede a continuación:

El artículo 59º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), determina lo siguiente:

“...ARTÍCULO 59º. (Criterios de Suspensión).

I. La interposición de cualquier recurso **no suspenderá la ejecución del acto impugnado.**

II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano administrativo competente para resolver el Recurso, **podrá suspender** la ejecución del acto recurrido, de oficio o **a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante...**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por su parte, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece:

“...Artículo 22.- (Efectos). Las Resoluciones Administrativas surtirán efectos a partir de su notificación (...)

Artículo 23.- (Efecto Devolutivo). La interposición de cualquier recurso de impugnación, no suspende la ejecución y efectos de la resolución, salvo lo dispuesto por el Artículo 40 del presente Reglamento (...)

Artículo 40.- (Efecto Devolutivo).

I. La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. **No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión, suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa.** Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.

II. **La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o, que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros (...)**

Artículo 62.- (Legalidad).

I. El proceso sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos.

II. *La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables...*” (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

3. ANÁLISIS DEL CASO.-

Conforme a la determinación del artículo 40° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dos son las alternativas posibles para que se produzca la suspensión transitoria, total o parcial, cuya ocurrencia puede ser indistinta (el uso de la conjunción disyuntiva "o" da cuenta de ello):

- a) "...siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o,
- b) que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros".

Se impone, entonces, el análisis de ambas alternativas en relación al caso concreto, para determinar si alguna de ellas o ambas pudiera determinar la procedencia de la solicitud expresada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**.

3.1. Posibilidad de irrogar a la recurrente daños graves.-

Toda vez que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 214-2012 ha señalado que: "la AFP no argumenta ni presenta elementos del perjuicio que le ocasiona tal determinación, limitándose a esgrimir aspectos sin respaldo alguno", **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en su Recurso Jerárquico, bajo el subtítulo "**DEL DAÑO QUE SE OCASIONARÍA A NUESTRA AFP**", tiene las expresiones siguientes:

"...Llama la atención lo expresado ya que su Autoridad, fue la que en el ámbito administrativo, sin tener competencia para ello, interpreta el contenido, alcance y obligatoriedad de las sentencias constitucionales, disponiendo en consecuencia que sea nuestra Administradora la que deba pagar con sus recursos propios las citadas pensiones; aspecto, que sin mayor argumentación, **demuestra el daño económico que se irroga a nuestra Administradora, por cuanto el objeto social de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo a lo establecido por el artículo 30 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones, no abarca la beneficencia; y nuestro contrato de prestación de servicios tampoco nos obliga a asumir cargas y responsabilidades social (sic) de terceros, como es el caso de empleadores morosos (...)**

...siendo su Autoridad quien de manera contraria a los fundamentos y resolución de las sentencias Constitucionales -que de ninguna manera han determinado que el pago deba hacerse con recursos propios de la AFP- **al determinar el pago con nuestros recursos, quien nos causan (sic) daño económico mermando nuestros ingresos (...)** generando daño moral, ya que dejaría abierta la posibilidad de que todos los empleadores que incumplieron sus obligaciones con la Seguridad Social de Largo Plazo queden indemnes,

soslayando sus cargas y obligaciones por incumplimiento de pago; creando así un funesto precedente también contra el Sistema Integral de Pensiones y las futuras obligaciones de Gestora Pública de la Seguridad Social" (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En la argumentación presentada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, refiere a "la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves" que exige la norma, se encuentra -automáticamente- demostrada en el pago con recursos propios, porque de resultar favorable su impugnación contra la Resolución Administrativa sancionatoria APS/DJ/DPC/N° 422-2011 (al presente en suspenso), habría sucedido un menoscabo en su capacidad patrimonial sobre el que "no existiría mecanismo alguno que permita la devolución a nuestra AFP" (memorial de fecha 19 de diciembre de 2011).

No obstante, los daños que en los términos de la norma pudieran suceder, no cuentan con una connotación general, sino más bien específica, es decir deben ser **graves**, es decir "grande, importante" (Cabanellas), extremo este último que exige su comprobación, por cuanto lo contrario importaría por razonamiento inverso, la inexistencia del daño al que se refiere el artículo 40º, parágrafo II, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, dado que de resultar en un daño intrascendente lo mismo no requeriría de mayor prueba.

En el caso que se analiza, de resultar en un pago injusto aquel que se realice de las pensiones por invalidez con fondos propios, por efecto natural se constituiría en un daño, al entenderse como "el deterioro, perjuicio o menoscabo" (ídem) sea patrimonial o moral, no es a esta posición tan amplia y general a la que se refiere el precitado artículo 40º, Par. II, sino a la particularmente **grave**, circunstancia que exige su demostración: la recurrente debió haber demostrado que el eventual daño que le pudiera causar un fallo injusto, debe ser grave, dando razón a aquello señalado en la resolución recurrida, de que "la AFP no argumenta ni presenta elementos del perjuicio que le ocasiona tal determinación, limitándose a esgrimir aspectos sin respaldo alguno".

No obstante, y también fundamental dentro del presente proceso, es que ese daño que se ocasionaría por efecto del cumplimiento de la devolución del monto obtenido, además de ser demostrado, también debe ser desestimado por la Autoridad recurrida, misma que se limita a señalar:

"...llama la atención la conducta del regulado, quien señala en su impugnación que el cumplimiento de la obligación le ocasionaría grandes perjuicios económicos y dejaría abierta la posibilidad de que los empleadores soslayan sus cargas en cuanto al cumplimiento a las obligaciones de la Seguridad Social de Largo Plazo; al respecto, el regulado no considera que con su actuar ha causado daño patrimonial al fondo de siniestralidad el cual debe ser reparado por ser recursos que no son de la AFP y, por otro lado es obligación del regulado que el empleador pague las Contribuciones, para lo cual el regulado tiene los mecanismos legales para su accionar y lograr el

cobro oportuno y eficiente. En ese entendido, los argumentos de Futuro de Bolivia S.A. AFP no tienen asidero fáctico ni legal alguno...”

Conforme se aprecia, los argumentos no rebaten la posición presentada por la AFP, en el entendido de que el Recurso de Revocatoria que da lugar a la Resolución Administrativa (APS/DJ/DPC/N° 214-2012) tiene por objeto concreto la “suspensión del cumplimiento de la obligación dispuesta”; es así que lo referido por la entidad recurrida adolece de argumentos sustanciales sobre la improcedencia de tal suspensión, en cuanto al daño grave que se estaría o no ocasionando a la recurrente, toda vez que se limita a las consideraciones generales señaladas, es decir, a aquellas que tienen que ver con el “daño ya producido”, sin tomar en cuenta que el fallo final aún no ha sido ejecutado, empero no señala en concreto el cómo la reposición dispuesta con “más su rentabilidad correspondiente” (Art. primero, Par. II, Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011) no le genera daños a la recurrente, fundamentos que permitan respaldar su determinación dada respecto a que efectivamente es inviable la suspensión solicitada.

Por otra parte, es pertinente tener presente que dos de las tres Acciones de Amparo Constitucional involucradas en la controversia, aún no han merecido el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional al que se refiere el artículo 64° de la Ley N° 027 de 6 de julio de 2010, extremo que a su vez ameritará sea valorado dentro de la solicitud de suspensión de la ordenada reposición de recursos a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI).

3.2. Imposibilidad de que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros.-

La Administradora de Fondos de Pensiones, hoy recurrente en su recurso jerárquico expresa:

“...siendo su Autoridad quien de manera contraria a los fundamentos y resolución de las Sentencias Constitucionales -que de ninguna manera han determinado que el pago deba hacerse con recursos propios de la AFP- (...) **dejaría abierta la posibilidad de que todos los empleadores que incumplieron sus obligaciones con la Seguridad Social de Largo Plazo queden indemnes, soslayando sus cargas y obligaciones por incumplimiento de pago; creando así un funesto precedente también contra el Sistema Integral de Pensiones y las futuras obligaciones de Gestora Pública de la Seguridad Social**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La recurrente parece sugerir la posibilidad de “una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros” conforme lo señalado en el artículo 40° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera; no obstante, la recurrente no es clara con respecto a si también se pronuncia con respecto a la segunda alternativa de tal artículo, en el sentido de que la suspensión solicitada no vaya a derivar “en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros”.

Quien sí se ha pronunciado es el Ente Regulador, por cuanto, en la resolución recurrida ha dicho:

“...Que finalmente se debe tener presente que, la suspensión de la obligación impuesta al regulado derivaría en una grave perturbación del interés general y de los derechos de terceros, quienes se verían en lo particular afectados directamente en los pagos ordenados por mandato del Tribunal de Amparo. Por otro lado, se suspendería la reposición de los recursos utilizados indebidamente por la AFP correspondientes a la Cuenta de Siniestralidad, los cuales generan además una rentabilidad diaria a favor del FCI...”

En lo que en concreto se refiere a la obligación de “continuar pagando la prestación otorgada a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, conforme a las órdenes judiciales, con recursos propios” (artículo primero, parágrafo IV, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011), suspender su pago al presente como lo pretende la recurrente, ocasionaría un perjuicio y una desprotección que determinaría negar a los Asegurados el derecho que legítimamente han reclamado y que les ha sido otorgado, pues es importante señalar que no puede bajo ningún argumento, técnico o legal, suspenderse el pago cual se tiene pedido por la recurrente.

Asimismo, ni la Administradora de Fondos de Pensiones, ni la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, pueden evitar su pago, toda vez que ello importaría ir en contra de lo determinado por los Tribunales de Garantías Constitucionales.

En definitiva, siendo aplicable la conclusión del numeral 3.1 supra al acápite presente, corresponde reproducir la misma, no sin antes dejar constancia que, si el criterio especial de gravedad, en oposición al criterio general de lo normal, resulta -como se ha dicho- en una particularidad que como tal exige probanza, entonces así como debió la recurrente demostrar esa característica en cuanto a la posibilidad de que se le irroguen daños graves, no puede el ente regulador presumir *iuris et de iure*, que la eventual suspensión vaya a derivar en una **grave** perturbación del interés general, sin haber antes para ello cumplido con el deber que el asigna el artículo 4°, inciso d), de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo:

“...La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil...”

Sobre este extremo, sin embargo, no ha existido impugnación en concreto por lo que queda como una exhortación a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, a efectos del cumplimiento permanente de la norma señalada.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en fecha 26 de septiembre de 2012, conforme la determinación de anulación de procedimiento administrativo, dada mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI

048/2012 de 04 de septiembre de 2012, emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 761-2012, en la que resuelve:

I. Confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de enero de 2012; y II. Se ratifica el rechazo de la solicitud de suspensión del cumplimiento de las obligaciones establecidas por Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, previsto por Auto de 21 de diciembre de 2011, quedando pendiente su cumplimiento”.

Que, mediante memorial presentado en fecha 17 de octubre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 761-2012 de 26 de septiembre de 2012.

Que, a través de Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2013 emitida en fecha 01 de marzo de 2013, por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se resuelve anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 761-2012 de fecha 26 de septiembre de 2012, inclusive, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, bajo los siguientes argumentos:

“(…) 2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Posibilidad de irrogación de daños graves a la recurrente.-

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, en su Recurso Jerárquico, se remite a lo señalado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012 de fecha 4 de septiembre de 2012, en sentido que

*“...los daños que en los términos de la norma pudieran suceder, no cuentan con una connotación general, sino más bien específica, es decir deben ser **graves**, es decir “grande, importante” (Cabanellas), extremo este último que exige su comprobación, por cuanto lo contrario importaría un razonamiento inverso, la inexistencia del daño al que se refiere el artículo 40º, parágrafo II, del Reglamento a la Ley de Procedimiento para el Sistema de Regulación Financiera, dado que de resultar en un daño intrascendente lo mismo no requeriría de mayor prueba...”*

Con base en ello, la recurrente señala los agravios que se pasan a desarrollar y evaluar a continuación:

2.1.1. Necesidad del periodo de prueba.-

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, señala:

“...su Autoridad -se refiere a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros- debió abrir término de prueba solicitando a nuestra AFP que demuestre el daño grave que se le ocasionaría con la R.A. 422-2011; aspecto que de la compulsión

del caso de Autos se puede evidenciar, no sucedió; colocando a nuestra AFP en estado de indefensión, ya que solamente su Autoridad fue la que pudo abundar en fundamentos que motivaron su determinación...”

Habiéndose remitido, conforme se tiene dicho, el Recurso Jerárquico a lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012 de 4 de septiembre de 2012, resulta pertinente rescatar de la misma el fundamento siguiente:

“...si el criterio especial de gravedad, en oposición al criterio general de lo normal, resulta -como se ha dicho- en una particularidad que como tal exige probanza, entonces así como debió la recurrente demostrar esa característica en cuanto a la posibilidad de que se le irroguen daños graves, no puede el ente regulador presumir iuris et de iure, que la eventual suspensión vaya a derivar en una **grave** perturbación del interés general, sin haber antes para ello cumplido con el deber que el asigna el artículo 4º, inciso d), de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo...”

Tal precepto señala que “La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil...”.

Con respecto al término de prueba en la sustanciación del Recurso de Revocatoria, el artículo 50º, parágrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003), establece que:

“...El Superintendente Sectorial podrá disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte, cuando los elementos de juicio reunidos en las actuaciones no fueran suficientes para resolver el recurso...”

Entonces, si bien la norma precitada sujeta la producción de prueba a una decisión facultativa del Ente Regulador, tal presupuesto ha sido superado por la de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012 (también supra transcrita), habiendo quedado establecido que “no puede el ente regulador presumir iuris et de iure, que la eventual suspensión vaya a derivar en una grave perturbación del interés general, sin haber antes para ello cumplido con el deber que el (sic) asigna el artículo 4º, inciso d), de la Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo”.

Por consiguiente, resulta ineludible cuanto evidente, que si se ha señalado el deber del Ente Regulador de investigar la verdad material que hace al caso, no podía el mismo en cuanto a ello, quedar en un estado estático y falto de actividad, sino que, en los términos del artículo 50º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, debió disponer la producción de prueba, siendo el mecanismo procesal idóneo para ello, el que señala el mismo artículo: “el periodo de prueba”.

De lo anterior, resulta evidente que el Ente Regulador no ha realizado ninguna actividad tendente a comprobar si efectivamente o no, los perjuicios que acusa la recurrida se le irrogan, resultan en graves, esto a los fines de fijar su posición con

respecto a la solicitud de suspensión de las obligaciones; amén de ello, importa además haberse incumplido lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012 de 4 de septiembre de 2012.

No obstante ello, no debe pasarse por alto que, el ofrecimiento de la prueba es de incumbencia e interés principal de la parte interesada, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, máxime cuando consta que la misma conocía lo dispuesto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012, y toda vez que el artículo 50° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo establece que la producción de prueba puede disponerse no solo oficiosamente, sino también "a solicitud de parte".

Por lo que corresponde llamar la atención a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, por cuanto, el hecho de que en la normativa procesal administrativa, a diferencia de otras materias, no se encuentre previsto que las partes deban comportarse con la suficiente lealtad procesal, no quiere decir que las mismas estén exentas de su observancia, conclusión resultante al constatarse de los datos del expediente y de lo afirmado por la propia recurrente a tiempo de su Recurso Jerárquico que, pese a conocer ella de su necesidad de producir prueba, conforme se lo había señalado ésta misma Autoridad Jerárquica en la oportunidad anterior, no la solicitó en la tramitación del Recurso de Revocatoria, y más bien esperó la oportunidad de su Recurso Jerárquico presente, para dejar constancia del mismo, cual si se tratara de un agravio, comportamiento que no condice con la necesaria responsabilidad que a la Administradora de Fondos de Pensiones le es exigible, conforme a Ley.

2.2. El daño.-

En su memorial de interposición del Recurso Jerárquico, en su numeral I, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** alega que:

"...Según cálculo efectuado por nuestra AFP a noviembre de 2011, el total de cuotas que tendría que pagar nuestra AFP por los tres (3) casos, sería de 845,79092131 cuotas de capital, que aun (sic) valor cuota de fecha 11 de octubre de 2012 de Bs. 524524.45812286 haría un total de Bs. 275.056,32 (DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CINCUENTA Y SEIS 32/100 BOLIVIANOS).

...la suma a la que se hace referencia; y los pagos futuros, se acomodan a lo expresado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPS/URJ-SIREFI 048/2012 de fecha 04 de septiembre de 2012, dado que por la suma, resulta evidente el daño grave, "grande, importante..."

Y en el numeral II del Recurso, amplía su fundamento en sentido que:

"...siendo su Autoridad quien de manera contraria a los fundamentos y resolución de las sentencias Constitucionales -que de ninguna manera han determinado que el pago deba hacerse con recursos propios de la AFP- al

determinar que sea nuestra AFP la que deba efectuar el pago con nuestros recursos, nos causa daño económico, causando menoscabo a nuestro patrimonio; y creando además un funesto precedente también contra el Sistema Integral de Pensiones y las futuras obligaciones de (sic) Gestora Pública de la Seguridad Social, ya que las Sentencias Constitucionales no solo (sic) son obligatorias, sino que también de efecto vinculante...”

La recurrente concluye haciendo referencia, cual precedente, a una Sentencia Constitucional 278/2011-R, no obstante que de la revisión de los registros electrónicos del anterior Tribunal Constitucional y del actual Tribunal Constitucional Plurinacional - que constan en la página web www.tribunalconstitucional.gob.bo consultada en la fecha-, no es posible concluir en la existencia de tal Sentencia, con las características que señala la recurrente, por lo que en definitiva, no corresponde que tal argumento sea tenido en cuenta.

Ahora -y dejando nueva constancia de que en el Recurso Jerárquico, la recurrente se ha remitido al fallo de 4 de septiembre de 2012-, es pertinente considerar lo señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012:

“...los daños que en los términos de la norma pudieran suceder, no cuentan con una connotación general, sino más bien específica, es decir deben ser **graves**, es decir “grande, importante” (Cabanellas), extremo este último que exige su comprobación, por cuanto lo contrario importaría por razonamiento inverso, la inexistencia del daño al que se refiere el artículo 40º, parágrafo II, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, dado que de resultar en un daño intrascendente lo mismo no requeriría de mayor prueba.

En el caso que se analiza, de resultar en un **pago injusto** aquel que se realice de las pensiones por invalidez con fondos propios, por efecto natural se constituiría en un daño, al entenderse como “**el deterioro, perjuicio o menoscabo**” (ídem) sea patrimonial o moral, no es a esta posición tan amplia y general a la que se refiere el precitado artículo 40º, Par. II, sino a la particularmente **grave**, circunstancia que exige su demostración: la recurrente debió haber demostrado que el eventual daño que le pudiera causar un fallo injusto, debe ser grave, dando razón a aquello señalado en la resolución recurrida, de que “la AFP no argumenta ni presenta elementos del perjuicio que le ocasiona tal determinación, limitándose a esgrimir aspectos sin respaldo alguno...” (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Lo anterior, en función a la posición actual de la recurrente, obliga al análisis siguiente:

Si bien el artículo 59º, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, exige la calidad de “grave” al perjuicio que pudiera ocasionar el cumplimiento de la obligación impuesta (y sobre el extremo se ha pronunciado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012), no

es esa calidad la única a ser observada para la consideración de la suspensión como procedente; en derecho, no es la primera de las características que deben concurrir, sino que debe estar fundada primero, en la existencia de un “pago injusto... al entenderse como el deterioro, perjuicio o menoscabo”, aclaración oportuna por cuanto, en su Recurso Jerárquico, la recurrente se limita a realizar un análisis contable (dice: “Según cálculo efectuado por nuestra AFP”), para concluir de su parte, sólo con ello, que:

“...la suma a la que se hace referencia; y los pagos futuros, se acomodan a lo expresado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPS/URJ-SIREFI 048/2012 de fecha 04 de septiembre de 2012, dado que por la suma, resulta evidente el daño grave, “grande, importante”...”

Lo anterior compele a esta instancia jerárquica a verificar si, amén de existir un monto de dinero grande e importante, como lo señala la recurrente, existe demostrada de su parte la existencia de un “deterioro, perjuicio o menoscabo”, por cuanto, sin aquella característica fundamental, el cumplimiento de cualquier obligación, legítima inclusive, denotaría un grave daño solo por el hecho de que su expresión contable determinaría la existencia de un monto de dinero considerable, como mal lo pretende la recurrente.

Ante ello, se debe aclarar que en esencia, el daño surge como emergencia de “un hecho doloso o culposo” (Art. 984º, Cód. Civil), determinando ello que, al haberse reclamado la concurrencia de un daño grave, no es pues simplemente con un análisis contable, que se ha de evidenciar su existencia, sino que previamente se debe demostrar, en los términos de los artículos 59º, parágrafo II, de la Ley N° 2341, y 40º, parágrafo II, del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, razones de interés público, perjuicio, daño grave (en sí mismo), o que la eventual suspensión no habrá de derivar en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros.

Tal conclusión, en función del análisis contable expresado por la recurrente, determina que el mismo sea impertinente en la pretensión de reclamar el objeto de las resoluciones impugnadas (...).”

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 04 de abril de 2013, ejecutando lo determinado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2013 de 01 de marzo de 2013, emite Auto disponiendo que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en el plazo de diez días hábiles presente fundamentos que respalden la solicitud de suspensión de las obligaciones determinadas mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011; asimismo, se exige la remisión de documentación detallada en el referido Auto.

Que, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, mediante nota FUT.APS.AL 0914/2013 de 25 de abril de 2013, solicita a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros la ampliación del término probatorio, petición atendida por Auto de 30 de abril de 2013, ampliándose por diez días hábiles adicionales, a efectos de que remita

la documentación e información solicitada. Ante el incumplimiento de la remisión y, considerando la importancia de esa información para contar con elementos necesarios para fundar su determinación, la Autoridad Reguladora resuelve prorrogar el plazo por diez días hábiles complementarios, para que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, presente los fundamentos y la información que respalde la solicitud de suspensión de las obligaciones establecidas.

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros viendo la necesidad de contar con la información a remitirse, para la evaluación correspondiente con el objeto de buscar la verdad material, de oficio mediante Auto de fecha 17 de mayo de 2013, nuevamente dispuso prorrogar el plazo por diez días hábiles administrativos adicionales, para que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presente los fundamentos y la información que respalde la solicitud de suspensión de las obligaciones determinadas.

Que, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, mediante nota FUT.APS.AL 1257/2013 presentada el 11 de junio de 2013, hace conocer los fundamentos que respaldarían la solicitud de suspensión de las obligaciones establecidas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, es decir, presenta argumentos en relación al daño que les ocasionaría el pagar las prestaciones de los tres asegurados; asimismo, acompaña cuatro Sentencias Constitucionales SCP 0685/2012 de 02 de agosto; SCP 0487/2012 de 06 de julio; SCP 1154/2012 de 06 de septiembre y SC 1278/2011-R de 26 de septiembre.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 632-2013 de 09 de JULIO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 632-2013 de 09 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 028-2012 de 19 de febrero de 2012; y se ratifica el rechazo de la solicitud de suspensión del cumplimiento de las obligaciones establecidas por Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, previsto por Auto de 21 de diciembre de 2011, quedando pendiente su cumplimiento.

Determinación asumida por el Ente Regulador, en base a los siguientes fundamentos:

CONSIDERANDO:

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011 (R.A.422-2011), la cual resuelve:

“PRIMERO.- I. Sancionar a Futuro de Bolivia S.A. AFP por el cargo imputado con una multa en Bolivianos equivalente a \$us5.001,00 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la ex SPVS y las AFP, el artículo 22 de la Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y la parte de Débitos, punto

1, primero de la Cuenta 3.5.1.01 del Manual y Plan de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 07 de marzo de 2001.

II.- Se dispone que Futuro de Bolivia S.A. AFP en sujeción al artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución, reponga con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), los recursos utilizados para el pago a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, más su rentabilidad correspondiente.

III. Una copia original del comprobante de la operación de reposición deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computados a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

IV.- Sin perjuicio de la reposición a realizar, la AFP deberá continuar pagando la prestación otorgada a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, conforme a las órdenes judiciales, con recursos propios.

SEGUNDO.- I. La multa señalada, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

II. Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitido a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito."

Que la Administradora de Fondos de Pensiones **(AFP)** Futuro de Bolivia S.A. AFP con memorial presentado el 19 de diciembre de 2011, solicita se disponga la suspensión de la obligación impuesta por la R.A.422-2011, la cual fue rechazada por esta Autoridad con Auto de 21 de diciembre de 2011.

Que contra el Auto de 21 de diciembre de 2011, como uno de los requerimientos insertos en el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la R.A.422-211 el 04 de enero de 2012, se tiene la solicitud de consignación del señalado Auto en Resolución Administrativa, pedido ratificado con nota FUT.APS.AL 0024/2012 de 05 de enero de 2012.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS en atención al requerimiento legal de la AFP emitió la R.A.028-2012, la cual resuelve consignar en Resolución Administrativa el Auto de 21 de diciembre de 2011, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, instrumento normativo reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo, determina en el artículo 37 del Capítulo V (Procedimiento Recursivo), los casos donde procede el Recurso de Revocatoria, enunciando que: "...los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva dictada por las Superintendencias sectoriales del SIREFI."

Que con las facultades que franquea la norma, Futuro de Bolivia S.A. AFP el 17 de febrero de 2012, interpone Recurso de Revocatoria contra la R.A.028-2012, donde expresa entre otros, los fundamentos y agravios que motivan el petitorio de revocatoria de la resolución recurrida, se disponga su revocatoria y en consecuencia se otorgue la suspensión del cumplimiento de la obligación. Por otro lado, en la misma impugnación ofrece la producción de prueba pericial de especialistas en materia social y constitucional, para lo cual solicita plazo.

Que con relación a la producción de la prueba ofrecida por el regulado, esta Autoridad con Auto de 27 de febrero de 2012, dispone la apertura de término de prueba para que la AFP presente los informes periciales, el cual fue ampliado mediante Auto de 16 de marzo de 2012 a requerimiento del regulado **sin que la AFP hubiera presentado los informes ofrecidos ni advertido nuevo pedido de prórroga.**

Que en fecha 09 de abril de 2012, esta Autoridad emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 214-2012, que confirma la R.A.028-2012.

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP interpone Recurso Jerárquico en fecha 26 de abril de 2012, el cual fue resuelto por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012 de 04 de septiembre de 2012 y notificada a esta Autoridad el 11 de septiembre de 2012, resolviendo anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 214-2012 de 09 de abril de 2012 inclusive, debiendo en consecuencia y en su lugar, expedirse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 761-2012 de 26 de septiembre de 2012, esta Autoridad resuelve el recurso de revocatoria confirmando la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de enero de 2012 y considerando los lineamientos de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012 de 04 de septiembre de 2012.

Que nuevamente Futuro de Bolivia S.A. AFP interpone Recurso Jerárquico en fecha 17 de octubre de 2012, impugnación que es resuelta por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2013 de 01 de marzo de 2013 (**R.M.J.011/2013**) y notificada a esta Autoridad el 07 de marzo de 2013, resolviendo anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 761-2012 de 26 de septiembre de 2012 inclusive, debiendo en consecuencia y en su lugar, dictarse nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en dicha Resolución Ministerial Jerárquica.

Que el 04 de abril de 2013, se emite Auto en el que se establece que el regulador ha visto por conveniente que el regulado pueda fundamentar su pretensión de suspensión de las obligaciones emanadas de la R.A.422-2011, para lo cual otorga un periodo prudencial de prueba. Y se resuelve:

“ÚNICO.- I. Se dispone que Futuro de Bolivia S.A. AFP en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos presente los fundamentos que respalden la solicitud de suspensión de las obligaciones determinadas mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011.

II. Conforme al parágrafo I, la AFP deberá remitir mínimamente la siguiente documentación:

- a) Copia de los Estados Financieros de la Administradora de Fondos de Pensiones de las Gestiones 2010, 2011 y 2012 auditados.
- b) Detalle desglosado de todos los ingresos operativos y financieros de la Administradora por las gestiones 2010, 2011 y 2012.
- c) Detalle desglosado de todos los egresos operativos y financieros de la Administradora por las gestiones 2010, 2011 y 2012.
- d) Detalle de Activos por la gestión 2010, 2011 y 2012.
 - i. Se deberán detallar todos los Contratos de Alquiler que tenga la AFP
 - ii. Se deberán desglosar todas las propiedades (bienes inmuebles como terrenos, edificios, departamentos u otros) a nombre de la Administradora
- e) Copia de las planillas de salarios de todos los dependientes de la Administradora de las Gestiones 2010, 2011 y 2012
- f) Copia de las planillas de salarios de consultores contratados por la AFP en las Gestiones 2010, 2011 y 2012
- g) Copia de las planillas de salarios de personal terciarizado de la AFP de las Gestiones 2010, 2011 y 2012
- h) Copia de los contratos con las empresas a través de la cual la AFP efectúa una terciarización de su personal".

Que Futuro de Bolivia S.A. AFP con nota FUT.APS.AL 0914/2013 de 25 de abril de 2013, solicita la prórroga del término de prueba; requerimiento atendido por esta Autoridad con la emisión del Auto de 30 de abril de 2013, sin que al vencimiento del plazo ampliado el regulado se pronuncie.

Que en vista de que la AFP, en el plazo otorgado por esta Autoridad, el cual como se señaló previamente fue ampliado con relación a la primera solicitud de información, no remite lo solicitado ni se pronuncia respecto al Auto del 30 de abril de 2013, se emite el Auto de 17 de mayo de 2013 por el cual se prorroga el plazo para que presente los fundamentos y la información que respalde la solicitud de suspensión de las obligaciones establecidas en la R.A.422-2011.

Que el 10 de junio de 2013, con nota FUT.APS.AL. 1257/2013 Futuro de Bolivia S.A. AFP, presenta argumentos en relación al daño que ocasionaría a la AFP el pagar las prestaciones de los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y

Gregorio Arandia Nogales, adjuntando únicamente las Sentencias Constitucionales que resuelven la tutela constitucional para los casos objeto de este proceso, documentación que ya fue remitida anteriormente a la APS y; la del señor Fredy Yañez Rivero Asegurado de BBVA Previsión AFP S.A.

CONSIDERANDO:

Que en función a los fundamentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria y en consideración a lo resuelto por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la R.M.J.011/2013, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

VERDAD MATERIAL

Para iniciar la fundamentación del presente acto administrativo se tiene que, el artículo 4, bajo el nomen juris de "Principios Generales de la Actividad Administrativa", literal d) de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, expresa: "Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la **verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil**"; marco normativo concordante con el artículo 5 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, para el sistema financiero.

Que el precepto legal anterior se ve reflejado en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 48/2006 de 02 de agosto de 2006, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, que con relación al Principio de Verdad Material o Verdad Jurídica Objetiva en el ámbito administrativo, señala lo siguiente:

"La doctrina en Derecho Administrativo ha sostenido de manera uniforme que, en cuanto al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La autoridad administrativa, en consecuencia, no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) y si la decisión administrativa no se ajustara a los hechos materiales, la decisión de la administración pública estaría viciada. Así, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material, de la realidad y circunstancias de los hechos tal cual aquella y éstas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas o propuestas y, en su caso, probadas por las partes; por ello el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes.

*Entonces, la autoridad administrativa competente **deberá verificar** plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá **adoptar todas las medidas probatorias** necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas expresamente por los administrados."* (Las negrillas son nuestras).

De lo anterior se establece que, esta Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha seguido en el presente caso de autos, entre otros Principios Administrativos, el de la Verdad Material, es decir que a través de los diferentes requerimientos a la AFP de información ha buscado la Verdad Objetiva y, en base a ellos se tiene el presente pronunciamiento.

En ese comprendido, se ha evaluado y considerado los argumentos y toda la documentación e información presentada por el regulado, así como aquella con la que cuenta esta Autoridad a la luz de la norma, a fin de determinar la realidad objetiva de los hechos sometidos al presente proceso.

ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

En esta parte de la Resolución Administrativa, es obligación de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS pronunciarse sobre los argumentos vertidos en el Recurso de Revocatoria y documentación cursante en el expediente administrativo, como se procede a continuación:

Es importante dejar en claro que, esta Autoridad por determinación expresa de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, como Organismo de Fiscalización en materia de pensiones, tiene como atribuciones fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de acuerdo a la Ley de Pensiones y los reglamentos correspondientes.

En ese comprendido, se tiene emitida la R.A.422-2011, por la cual se sanciona e impone a la AFP la siguiente obligación:

“... **II.-** Se dispone que Futuro de Bolivia S.A. AFP en sujeción al artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución, reponga con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), los recursos utilizados para el pago a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, más su rentabilidad correspondiente.

III. Una copia original del comprobante de la operación de reposición deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computados a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

IV.- Sin perjuicio de la reposición a realizar, la AFP deberá continuar pagando la prestación otorgada a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, conforme a las órdenes judiciales, con recursos propios.”

Futuro de Bolivia S.A. AFP solicita la suspensión de la obligación impuesta, la cual fue rechazada por esta Autoridad con Auto de 21 de diciembre de 2011.

Una vez pedida la consignación del Auto de 21 de diciembre de 2011, este se eleva con la R.A.028-2012, que en su contenido expresa con fundamentos la consignación de la solicitud del regulado en un instrumento jurídico para su impugnación. Asimismo, en el mismo acto el Ente Regulador ha ratificado el rechazo de la suspensión del cumplimiento de la **obligación** en razón a que se tiene determinada la infracción y el daño al FCI, por lo que merece su restauración (artículo 289 del Decreto Supremo No. 24469). Como lo expresa la R.A.422-2011, la infracción de Futuro de Bolivia S.A. AFP se dio al utilizar los recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, sin el respaldo legal correspondiente, lo que ha ocasionado menoscabo y daño patrimonial al saldo y la rentabilidad de la Cuenta de Siniestralidad.

Al respecto, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008 de 27 de agosto de 2008, emitida por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI, ha determinado lo siguiente:

“...**8.** Mediando culpa de la AFP, como lo expresa Carlos Morales Guillen (Código Civil, Tomo II, pág. 894) “compromete la responsabilidad civil de su autor por el acto u omisión que constituye una falta intencional o no a la obligación contractual, a una disposición de la Ley o al deber que incumbe a la persona de comportarse con diligencia y lealtad en sus relaciones. Supone el discernimiento, o sea, la aptitud del individuo para comprender el alcance de sus acciones, de lo cual deriva la obligación de reparar el daño que con la culpa se causa a otro”.

9. De la simple lectura del concepto anterior se infiere que al haber incurrido la AFP en culpa por negligencia queda obligada, de manera transitoria, a reparar el daño con sus propios recursos, en tanto y en cuanto el empleador pague los montos adeudados por recargo.

10. Esta última decisión se adopta teniendo presente que debe determinarse la fuente de los recursos para proceder al pago de la pensión de invalidez..., y que la autorización del pago mediante el Fondo de Capitalización Individual correspondiente a la cuenta de Siniestralidad solo procede en condiciones normales, cuando un afiliado solicite la prestación de invalidez por riesgo común y cumpla con todos los requisitos determinados por la Ley de Pensiones...”.

En ese sentido, queda claro que la obligación de reposición y continuidad en el pago de pensiones para los tres (3) casos **es legal**, porque dicha obligación deviene de la aplicación por esta Autoridad a la normativa vigente y atención a los precedentes administrativos, como el señalado anteriormente.

Por lo que esta Autoridad como guardián del cumplimiento de la norma de pensiones, al constatar daño a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, ha dispuesto dentro del marco legal la obligación establecida en la R.A.422-2011, la cual no ocasiona ni irroga daños irreparables contra el regulado como se lo explicará más adelante, pues de lo que se trata es que existe perjuicio al fondo señalado y al sistema mismo, el cual según norma tiene como respaldo para el pago de las Prestaciones los fondos asignados, los cuales deben disponerse conforme a Ley.

Por otro lado, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la R.M.J.011/2013, indica:

“ ...resulta ineludible cuanto evidente, que si se ha señalado el deber del Ente Regulador de investigar la verdad material que hace al caso, no podía el mismo en cuanto a ello, quedar en un estado estático y falto de actividad, sino que, en los términos del artículo 50° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, debió disponer la producción de prueba, siendo el mecanismo procesal idóneo para ello, el que señala el mismo artículo “periodo de prueba”...

...resulta evidente que el Ente Regulador no ha realizado ninguna actividad tendente a comprobar si efectivamente o no, los perjuicios que acusa la recurrida se le irrogan, resultan en graves, esto a los fines de fijar su posición con respecto a la solicitud de suspensión de las obligaciones: amén de ello, importa además haberse incumplido lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012 de 4 de septiembre de 2012...

...el ofrecimiento de la prueba es de incumbencia e interés principal de la parte interesada, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, máxime cuando consta que la misma conocía lo dispuesto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 048/2012, y toda vez que el artículo 50° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo establece que la producción de prueba puede disponerse no sólo oficiosamente, sino también “a solicitud de parte”

Por lo que corresponde llamar la atención a **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**...al constatarse de los datos del expediente y de lo afirmado por la propia recurrente a tiempo de su Recurso Jerárquico que, pese a conocer ella de su necesidad de producir prueba, conforme se lo había señalado esta misma Autoridad Jerárquica en la oportunidad anterior no la solicitó en la tramitación del Recurso de Revocatoria, y más bien esperó la oportunidad de su Recurso Jerárquico presente, para dejar constancia del mismo, cual si se tratara de un agravio, comportamiento que no condice con la necesaria responsabilidad que a la Administradora de Fondos de Pensiones le es exigible, conforme a Ley.”.

Al respecto y en esta etapa del proceso administrativo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS en búsqueda de la Verdad Material, ha emitido los siguientes requerimientos para la remisión de información por la AFP y de que ésta además pueda gozar del amplio derecho a la defensa. Los Autos emitidos se detallan a continuación:

- **Auto de 04 de abril de 2013**, de requerimiento de información a la AFP.
- Nota FUT.APS.AL 0914/2013 de 25 de abril de 2013, de solicitud de prórroga de plazo.
- **Auto de 30 de abril de 2013**, que atiende la solicitud de ampliación de plazo.
- Al vencimiento de plazo de prórroga, **no se tiene respuesta** de la AFP.
- **Auto de 17 de mayo de 2013**, se reitera el requerimiento de información a la AFP.

- Nota FUT.APS.AL 1257/2013 de 10 de junio de 2013, por la cual se presente (sic) información.

De lo anterior se concluye que, esta Autoridad en esta parte ha dado plena atención a lo establecido por la R.M.J.011/2013, para lo cual en tres (3) oportunidades a (sic) otorgado la posibilidad al regulado a que éste pueda respaldar de manera justificada e idónea su solicitud de suspensión.

Sin perjuicio de lo que la AFP hubiera podido remitir como prueba que hubiera considerado conveniente para respaldar su pretensión de suspensión de la obligación, mediante Auto de 04 de abril de 2013 esta Autoridad ha visto por su parte la remisión de la siguiente información:

“... la AFP deberá remitir mínimamente la siguiente documentación:

- a) Copia de los Estados Financieros de la Administradora de Fondos de Pensiones de las Gestiones 2010, 2011 y 2012 auditados.
- b) Detalle desglosado de todos los ingresos operativos y financieros de la Administradora por las gestiones 2010, 2011 y 2012.
- c) Detalle desglosado de todos los egresos operativos y financieros de la Administradora por las gestiones 2010, 2011 y 2012.
- d) Detalle de Activos por la gestión 2010, 2011 y 2012.
 - i. Se deberán detallar todos los Contratos de Alquiler que tenga la AFP
 - ii. Se deberán desglosar todas las propiedades (bienes inmuebles como terrenos, edificios, departamentos u otros) a nombre de la Administradora.
- e) Copia de las planillas de salarios de todos los dependientes de la Administradora de las Gestiones 2010, 2011 y 2012
- f) Copia de las planillas de salarios de consultores contratados por la AFP en las Gestiones 2010, 2011 y 2012
- g) Copia de las planillas de salarios de personal terciarizado de la AFP de las Gestiones 2010, 2011 y 2012
- h) Copia de los contratos con las empresas a través de la cual la AFP efectúa una terciarización de su personal”.

Una vez vencido el plazo establecido en el Auto 04 de abril de 2013, el regulado pide la prórroga para atender el requerimiento de la APS, el cual según antecedentes fue atendido ampliando el mismo con el Auto de 30 de abril de 2013. Sin embargo, vencida la ampliación de plazo concedida, la AFP no se pronuncia ni remite documentación alguna, demostrando de esta manera el desinterés a las instrucciones emitidas que sirven para el presente proceso.

De lo anterior se extrae que, habiendo promovido esta Autoridad a que el regulado pueda asumir su responsabilidad de poder justificar el pedido de suspensión, éste no lo hace omitiendo las instrucciones de esta Autoridad.

La situación expuesta anteriormente ha sido evaluada por esta Autoridad encontrándose a ese momento facultada a poder resolver el presente caso con los antecedentes e información que se tenía hasta ese momento; pero con el propósito de que el regulado tenga el amplio derecho a la defensa y pueda de esta manera

remitir la documentación puntual que se le ha exigido conforme se tenía instruido por el Auto de 04 de abril de 2013, se decide exhortar a la AFP atienda la instrucción de remisión de información, lo cual se ha visto plasmado con la emisión del Auto de 17 de mayo de 2013.

Futuro de Bolivia S.A. AFP finalmente remite la nota FUT.APS.AL 1257/2013 de 10 de junio de 2013, en la cual señala entre otros aspectos evaluados en el presente acto que los Estados Financieros auditados que se pide se hallan publicados en medio de prensa, por lo que sería de conocimiento de la APS.

Asimismo, adjunta Sentencias Constitucionales correspondientes a los tres (3) casos que atingen al presente proceso y, uno que corresponde a BBVA Previsión AFP S.A. sin hacer sobre esta última alusión o comentario alguno en la nota (todas evaluadas más adelante) En cuanto a la otra documentación solicitada mediante Auto de fecha 04 de abril de 2013, la AFP no remite la misma y señala lo siguiente en su nota: "... con relación a la copia de las planillas de salarios de todos los dependientes de nuestra AFP, consideramos que dicha información, al igual que el detalle de activos que incluye contratos de alquiler, propiedades y demás documentación solicitada, no guarda relación, ni tiene relevancia dentro del presente proceso, toda vez que la situación patrimonial de nuestra empresa queda claramente reflejada en los Estados Financieros auditados....."

Por lo que se concluye que, esta Autoridad ha promovido diligentemente que la AFP pueda justificar su pretensión de suspensión del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la R.A.422-2011; sin embargo, como se tiene expuesto en los párrafos precedentes, el regulado no ha presentado los argumentos suficientes y valederos, ni la documentación idónea y mínima exigida, para poder considerar la suspensión pretendida en el presente proceso; sin perjuicio del desinterés demostrado por la AFP para poder probar su pretensión.

Asimismo, la R.M.J.011/2013 en lo referido al daño, señala:

"...compele a ésta instancia jerárquica a verificar si, amén de existir un monto de dinero grande e importante, como lo señala la recurrente, existe demostrada de su parte la existencia de un "deterioro, perjuicio o menoscabo", por cuanto, sin aquella característica fundamental, el cumplimiento de cualquier obligación, legitima inclusive, denotaría un grave daño solo por el hecho de que su expresión contable determinaría la existencia de un monto de dinero considerable, como mal lo pretende el recurrente.

... el daño surge como emergencia de "un hecho doloso o culposo" (Art. 984º, Cod. Civil), determinando ello que, al haberse reclamado la concurrencia de un daño grave, no es pues simplemente con un análisis contable, que se ha de evidenciar su existencia, sino que previamente se debe demostrar, en los términos de los artículos 59º, parágrafo II de la Ley N° 2341, y 40º, parágrafo II, del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, razones de interés público, perjuicio, daño grave (en sí mismo), o que la eventual suspensión no habrá de derivar en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros...".

Futuro de Bolivia S.A. AFP, en la nota FUT.APS.AL 1257/2013 de 10 de junio de 2013, expresa el daño que se ocasionaría a la AFP, señalando:

“...fue su Autoridad, la que en el ámbito administrativo, sin tener competencia para ello, interpretó el contenido alcance y obligatoriedad de las sentencias (sic) constitucionales (sic), disponiendo en consecuencia que sea nuestra Administradora la que deba pagar con sus propios recursos las citadas pensiones, aspecto, que sin mayor argumentación, demuestra el daño económico que se irroga a nuestra Administradora, por cuanto el objeto social de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo a lo establecido por el artículo 30 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de pensiones (sic), no abarca la beneficencia; y nuestro contrato de prestación de servicios tampoco nos obliga a asumir cargas y responsabilidad social de terceros, como es el caso de empleadores morosos,, las mismas que deben ser observadas por él, o los empleadores morosos conforme a lo establecido por el artículo 33 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, que establece para ello la figura el recargo (sic)...”, citando a continuación el mencionado artículo.

“... su Autoridad debe considerar a tiempo de emitir nueva Resolución Administrativa que se pronuncie sobre nuestra solicitud de suspensión de cumplimiento de obligación.....las Sentencias Constitucionales de los tres Asegurados, de manera uniforme han confirmado la línea jurisprudencial sentada por la Sentencia Constitucional 0980/2005-R de 19 de agosto (sic), por la que se establece que “...si el empleador, no cumple con la obligación de cancelar aportes, o no efectúa oportunamente las transferencias de los mismos a las AFPs (sic), pese a (sic) fueron deducidos de los salarios del trabajador haciendo las retenciones de las cotizaciones de seguridad social, **las consecuencias jurídicas de su incumplimiento no pueden afectar el derecho fundamental del trabajador o los beneficiarios a la seguridad social, dado que el beneficio de la pensión, de ninguna forma puede estar sometido a la diligencia del empleador sino a los aportes efectivamente descontados, los que de buena fe realizó (sic) el trabajador...**” (las negrillas y subrayado son nuestros); en este entendido, los Asegurados al haber sido objeto de descuentos en sus haberes, conforme a lo señalado por la línea jurisprudencial, han sido acreedores a la otorgación de la tutela y la restitución de sus derechos; dicho de otra manera, en los tres casos, **los Afiliados (ahora Asegurados) han cumplido los requisitos de acceso a una pensión;** y en consecuencia corresponde el pago de las pensiones con la cuenta correspondiente, que no es otra que la Cuenta Colectiva de Siniestralidad....” (El subrayado y negrillas son nuestras).

Al respecto, causa extrañeza que sea la AFP, en su calidad de Administradora de los Fondos de Pensiones, y entre cuyos objetivos está el administrar y representar a los mismos cumpliendo con las Prestaciones y servicios establecidos en la Ley y sus reglamentos, quien afirme nuevamente que los tres (3) casos que son objeto de controversia, habrían cumplido los requisitos de acceso a una Pensión con lo que correspondería se les pague la misma.

Todo indica que es necesario recordar, una vez más, a la AFP que los tres (3) casos corresponden a casos que se encontraban con Recargos impagos por mora del

Empleador; y en este sentido, conforme establecía ya la Ley N° 1732 y ahora la Ley N° 065, no cumplen con los requisitos de acceso a una Pensión; por lo que la única manera de acceder a una Pensión es con los recursos del Recargo que paguen los Empleadores, conforme establece el Capítulo IV del "Manual de Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen los requisitos de cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la mora del Empleador" aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006.

En lo que atinge al Contrato de Prestación de Servicios, se recuerda a la AFP que el punto 8.6, determina:

"8.6 Pago de Prestaciones y Beneficios

La AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, únicamente con los recursos del FCC, del fondo de capitalización individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de la cuenta de mensualidades vitalicias variables según corresponde **de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias."** (Las negrillas son nuestras)

De lo anterior se tiene que, el Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre las AFP y el Estado, dispone que el regulado se encuentra facultado a pagar una prestación a un Asegurado con los recursos de una de las Cuentas descritas, siempre que cumpla con los requisitos previstos en la Ley de Pensiones y reglamentos; sin embargo, en los tres (3) casos objeto del presente proceso, se advierte que la AFP aun conociendo que los Asegurados no cumplían con los requisitos establecidos en norma, pagó la prestación de invalidez con recursos de la Cuenta de Siniestralidad de forma discrecional, toda vez que las Sentencias no señalan dicha situación sino más bien ordenan que la AFP Futuro de Bolivia S.A. proceda al pago de pensiones.

Por otro lado, tanto la AFP como la APS no podrían dejar al soslayo las determinaciones de la justicia constitucional en lo que se refiere al sector de pensiones, pues merecen su atención bajo apercibimiento. En ese comprendido, el concepto de beneficencia aludido por la AFP no tiene lugar en lo que concierne al análisis del presente caso, toda vez que las determinaciones asumidas para los tres (3) casos son para el cumplimiento por la AFP en estos casos, provenientes de la justicia ordinaria y no por un hecho de disposición libre y voluntaria, como lo es la beneficencia.

En su nota la AFP señala también:

"...el daño que se originaría a nuestra AFP radica entonces de manera específica, en que afectarían los recursos e ingresos de la sociedad, obligándonos a un pago con nuestros recursos que no está previsto por la Ley ni por nuestro contrato de prestación de servicios, hecho que puede tener un efecto multiplicador y por lo tanto efectos más graves,...

Nuestra AFP remite cada año, los Estados Financieros debidamente auditados, no solo de los Fondos que administramos, sino también de los propios, por lo

que su Autoridad ya cuenta con la información solicitada, con el detalle de ingreso (sic) y egresos operativos y financieros. (El subrayado y negrillas son nuestras).

...con relación a la copia de las planillas de salarios de todos los dependientes de nuestra AFP, consideramos que dicha información, al igual que el detalle de activos que incluye contratos de alquiler, propiedades y demás documentación solicitada, no guarda relación, ni tiene relevancia dentro del presente proceso, toda vez que **la situación patrimonial de nuestra empresa queda claramente reflejada en los Estados Financieros auditados, que reiteramos, ya se encuentran en su poder...** (El subrayado y negrillas son nuestras).

De la revisión a los Estados Financieros de Futuro de Bolivia S.A. AFP de las gestiones 2011 y 2012, remitidos a la APS el 30 de abril de 2013, los mismos que en cumplimiento al artículo 161 de la Ley N°065 fueron publicados en prensa en fecha 28 de abril de 2013, se evidencia que, la Administradora tiene una Ganancia neta de Bs33.416.770,00 (Treinta tres millones, cuatrocientos dieciséis mil, setecientos setenta 00/100 Bolivianos) y Bs30.603.680,00 (Treinta millones, seiscientos tres mil, seiscientos ochenta 00/100 bolivianos) en estas gestiones, respectivamente.

La misma AFP establece en los fundamentos planteados en su Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de febrero de 2012 que, según sus cálculos el monto para pagar las Pensiones para los tres (3) Asegurados significaría alrededor de Bs275.056,32 (Doscientos setenta y cinco mil, cincuenta y seis 32/100 Bolivianos), lo que significa:

$$\frac{\text{Pago de Pensiones}}{\text{Ganancia neta 2012}} = \frac{275.056,32}{30.603.680,00} = 0.008877$$

Es decir que, el pago de pensiones de los tres (3) Asegurados: Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, ascendería aproximadamente a un 0.89% de las ganancias netas de la gestión 2012. Con lo que se demuestra claramente que pagar las Pensiones en estos tres (3) casos no genera riesgo operativo ni genera un deterioro o perjuicio para el normal funcionamiento de la AFP.

Asimismo esta Autoridad tiene presente que, con la remisión de las Boletas de Pago adjunta a la nota FUT.APS.AL.0341/2012, el regulado ha asumido las obligaciones instruidas en la R.A.422-2011, toda vez que se tiene constatado que viene realizando el pago a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, sin que con ello haya desmejorado considerablemente el servicio que presta la AFP o haya afectado de manera importante a su patrimonio y que no le permita operar.

Por tanto se concluye que, la reposición de los recursos a la Cuenta de Siniestralidad, la rentabilidad y la continuidad de los pagos a los Asegurados, no pone en riesgo operativo, económico ni financiero al regulado.

DE LA PRUEBA ADJUNTA.

En fecha 10 de junio de 2013, con nota FUT.APS.AL. 1257/2013 Futuro de Bolivia S.A. AFP, además de los argumentos relativos al daño que ocasionaría a la AFP por pagar las prestaciones de los Asegurados, adjunta las Sentencias Constitucionales que resuelven la tutela constitucional para los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga, Gregorio Arandía Nogales y Fredy Eric Yañez Rivero.

Al respecto es importante precisar que, los pronunciamientos emitidos por la justicia constitucional para los tres (3) casos observados por la AFP, resuelve expresamente:

En el caso de Sonia Valverde Mercado: "...ordena a la AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. proceda de manera inmediata al pago de la pensión por invalidez que le correspondiere....". Determinación APROBADA y sin modificación por el Tribunal Constitucional Plurinacional mediante la Sentencia Constitucional 0685/2012 de 02 de agosto de 2012.

En el caso de Jhonny René Ibáñez Barriga: "...disponiendo que AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. proceda al pago de la pensión de invalidez y sea en lo inmediato posible.". Determinación APROBADA y sin modificación por el Tribunal Constitucional Plurinacional mediante la Sentencia Constitucional 0487/2012 de 06 de julio de 2012.

En el caso de Gregorio Arandía Nogales: "...ordena: a la AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. califique como invalido a Gregorio Arandía Nogales; fije y le pague la pensión de invalidez y sea en el plazo de 30 días.". Determinación APROBADA y sin modificación por el Tribunal Constitucional Plurinacional mediante la Sentencia Constitucional 1154/2012 de 06 de septiembre de 2012.

Como se evidencia, los pronunciamientos firmes y APROBADOS en sede constitucional, en ningún caso establecen que el pago de las pensiones **deba** efectuarse con recursos del Fondo de Capitalización Individual, a través de la Cuenta de Siniestralidad, sino que tienen ratificada la orden, para que la AFP efectúe el pago de las pensiones a los Asegurados.

De hecho, en el caso de la Asegurada Sonia Valverde, la sentencia **ordena a Futuro de Bolivia S.A. AFP proceda** de manera inmediata **al pago de la pensión por invalidez que le correspondiere**, sin embargo en este caso, toda vez que la Asegurada no cumple requisitos de cobertura conforme establece la Ley No. 1732 y demás normas conexas, hay una determinación como para los otros dos (2) casos objeto del presente proceso, para su atención conforme lo tiene instruido la justicia constitucional.

Por tanto, el pago de las prestaciones para los tres casos (3), con recursos de la Cuenta de Siniestralidad vulnera la limitación legal del propio artículo 22 de la Ley N° 1732 de Pensiones, ya que el uso de los recursos de esta Cuenta corresponde sólo para aquellos casos que cumplan los requisitos del artículo 8 de la señalada Ley y

que, al existir determinaciones emitidas por la jurisdicción constitucional, éstas deben ser atendidas por la entidad recurrida, bajo apercibimiento de Ley.

En lo que corresponde a la Sentencia Constitucional 1278/2012 de 26 de septiembre de 2012 adjunta a la nota FUT.APS.AL. 1257/2013, corresponde al Asegurado Fredy Eric Yañez Rivero registrado en BBVA Previsión AFP S.A. y no así a Futuro de Bolivia S.A. AFP.

Sin perjuicio de lo anterior y de la falta de pronunciamiento en las notas de la AFP sobre esta documentación, de la evaluación de la misma se tiene que, en una primera instancia el Tribunal de Amparo declara procedente el recurso de Amparo Constitucional disponiendo que la AFP cancele la pensión de invalidez a favor del accionante con la fuente que correspondiere.

De lo anterior se deduce que, de igual manera la justicia constitucional ha otorgado en este caso la tutela constitucional de los derechos del Asegurado Yañez, concediendo el amparo el cual fue Aprobado sin modificaciones en revisión por el Tribunal Constitucional Plurinacional. Es decir, que el regulado además de atender la determinación constitucional, debe considerar su alcance y normativa vigente.

En conclusión se tiene que, en ninguno de los casos previstos en el proceso de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se tiene ordenado de forma expresa que ésta pueda utilizar la Cuenta de Siniestralidad para pagar cualquiera de los tres (3) casos, ni para aquel caso correspondiente a BBVA Previsión AFP S.A.; más aún cuando los fondos de pensiones hallan restricción normativa para su uso y a la cual debe tomar atención la AFP.

Finalmente, corresponde dejar en claro que, esta Autoridad no interpreta lo determinado por los Tribunales de Amparo, pues sencillamente los mismos no expresan que se pague con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad; en el marco de la normativa vigente, la AFP no debía hacer uso de estos recursos, y al haberlo hecho, esta Autoridad dentro de sus competencias y obligaciones establecidas en la Ley de Pensiones, ha procedido a instruir la devolución de los recursos utilizados indebidamente.

Para una mejor comprensión de los efectos y alcances de las determinaciones constitucionales, se transcriben a continuación:

“Artículo 2. (EJERCICIO Y FINALIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL).

I. La justicia constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional y tiene la finalidad de velar por la supremacía de la Constitución Política del Estado, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

Artículo 5. (PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD). Se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, resolución y actos de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad. ...

Artículo 73. (OBJETO). La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidas de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado y la ley.”.

DE LA PERTURBACIÓN DEL INTERÉS GENERAL O DE TERCEROS.

El interés general por oposición al concepto de interés particular o interés individual, es el interés de todos o de la mayoría de los ciudadanos. Se utiliza generalmente como sinónimo de interés público, interés social, interés colectivo, utilidad social o bien común. La noción de interés general sirve de fundamento a todo sistema de organización política y legitima la acción pública o colectiva.

En el presente caso que ahora nos ocupa, no se debe olvidar que la AFP por mandato de la Ley, es la que administra los Fondos de Pensiones y representa a los Asegurados así como sus intereses, y por lo tanto se encuentra obligada al estricto cumplimiento de la normativa de pensiones.

Se generaría la perturbación al interés general y a la seguridad jurídica misma, el hecho de que se desconozca la normativa vigente de pensiones que determina el uso de los recursos de los fondos, es decir el cumplimiento previo de los requisitos.

En cuanto a los pronunciamientos constitucionales, es de interés de los Asegurados que éstos se cumplan por el administrador de las Prestaciones (AFP), pues su desatención generaría la perturbación de intereses y derechos sociales adquiridos por los Asegurados, como ser el de contar con el pago continuo de la pensión como se tiene ordenado, medio de subsistencia que otorga la Seguridad Social de largo plazo.

Por otro lado, una suspensión de la obligación suspendería la reposición de los recursos utilizados indebidamente por la AFP correspondientes a la Cuenta de Siniestralidad, los cuales dejarían de generar la correspondiente rentabilidad diaria a favor del FCI, fuente económica con la que se sostienen los pagos de las pensiones.

En ese sentido, una suspensión de la obligación impuesta a la AFP derivaría en la grave perturbación del interés de los derechos de terceros (3 Asegurados), se verían en lo particular afectados directamente en los pagos ordenados por mandato de la justicia constitucional.

Finalmente, llama la atención la conducta del regulado, quien señala en su impugnación que el cumplimiento de la obligación le ocasionaría grandes perjuicios económicos y dejaría abierta la posibilidad de que los empleadores soslayan sus cargas en cuanto al cumplimiento a las obligaciones de la Seguridad Social de Largo Plazo; al respecto, el regulado no considera que con su actuar ha causado daño patrimonial al Fondo de Siniestralidad el cual debe ser reparado por ser recursos que no son de la AFP y, por otro lado es obligación del regulado el cobro de las Contribuciones, para lo cual el regulado tiene los mecanismos legales para su

accionar y lograr el cobro oportuno y eficiente, en defensa y que no se afecten los intereses de los Asegurados. En ese entendido, los argumentos de Futuro de Bolivia S.A. AFP no tienen asidero fáctico ni legal alguno.

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión de que el recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar la R.A.028-2012. En consecuencia, debe confirmarse la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 31 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 632-2013 de 09 de julio de 2013, expresando lo siguiente:

"(...)

I. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS QUE GARANTIZAN EL DEBIDO PROCESO:

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.- El principio de congruencia, conforme señala la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 es: "... **principio de congruencia** que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, **debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final**". (las negrillas y subrayado son nuestros).

"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente. A través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión. La revisión de la motivación en el acto impugnado, resulta vital para el examen de la legalidad del acto que se adversa". Con relación al principio de congruencia que se invoca en la presente impugnación, el tratadista Jorge Enrique Romero Pérez, en su Libro "Derecho Administrativo General", refiere que el Principio de Congruencia "...es la correlación entre acusación, prueba y sentencia, en virtud de que esta última tiene que fundamentarse en los hechos discutidos y pruebas recibidas en el proceso, asimismo complementa que una dimensión importante del principio de congruencia es además la circunstanciada motivación de la sentencia señalando

y justificando especialmente los medios de convicción en los que se sustenta y los que desecha". En el caso de Autos la APS acertadamente cita los artículos 2, 5 y 73 de la Ley N° 027 de 06 de julio 2010, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, dado que el ejercicio y finalidad de la justicia constitucional es justamente la de **"...velar por la supremacía de la Constitución Política del Estado, ejercer el control de la constitucionalidad y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales..."** (las negrillas son nuestras); y en ese contexto, "La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar **contra actos u omisiones** ilegales o indebidas de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, **que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado y la ley.**"

Sin embargo de las citas legales ut supra, la APS incurre en contradicción cuando por una parte señala que: "En cuanto a los pronunciamientos Constitucionales, es de interés de los Asegurados que éstos se cumplan por el administrador de las Prestaciones (AFP), **pues su desatención generaría la perturbación de intereses v derechos sociales adquiridos por los Asegurados,** como ser el de contar con el pago continuo de la pensión como se tiene ordenado, medio de subsistencia que otorga la Seguridad Social de largo plazo" (las negrillas y subrayado son nuestros); y por otra señala que "...causa extrañeza que sea la AFP, en su calidad de Administradora de los Fondos de Pensiones, y entre cuyos objetivos está el administrar y representar a los mismos cumpliendo con las Prestaciones y servicios establecidos en la Ley y sus reglamentos, quien afirme nuevamente que los tres (3) casos que son objeto de controversia, habrían cumplido los requisitos de acceso a un (sic) Pensión con lo que correspondería se les pague la misma".

A objeto de que se pueda llegar a establecer la relación causal de los hechos y los efectos de los mismos, su Autoridad a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, no puede soslayar la obligación de pronunciarse sobre el hecho de que las Sentencias Constitucionales que han resuelto conceder la tutela a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Rene Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales de los tres Asegurados, de manera uniforme han confirmado la línea jurisprudencial sentada por la Sentencia Constitucional 0980/2005-R de 19 de agosto, por la que se establece que "...si el empleador, no cumple con la obligación de cancelar los aportes, o no efectúa oportunamente las transferencias de los mismos a las AFPs, pese a fueron deducidos de los salarios del trabajador, haciendo las retenciones de las cotizaciones de seguridad social, **las consecuencias jurídicas de su incumplimiento no pueden afectar el derecho fundamental del trabajador o los beneficiarios a la seguridad social, dado que el beneficio de la pensión, de ninguna forma puede estar sometido a la diligencia del empleador sino a los aportes efectivamente descontados, los que de buena fe realizó el trabajador...**" (las negrillas y subrayado son nuestros); y en ese entendido, los Asegurados al haber sido objeto de descuentos en sus haberes, conforme a lo señalado por la línea jurisprudencial, han sido acreedores a la otorgación de la tutela y a **la restitución de sus derechos, que como su Autoridad señaló correctamente, se constituyen en derechos sociales adquiridos por los asegurados**; dicho de otra manera, en los tres casos, los Afiliados (ahora Asegurados) han cumplido, a juicio del Tribunal Constitucional Plurinacional, los requisitos de acceso a una prestación; y en consecuencia corresponde el pago

de las pensiones con la cuenta correspondiente, que no es otra que la Cuenta Colectiva de Siniestralidad; y no como pretende su Autoridad, con los recursos de la AFP.

Lo anterior se corrobora con lo establecido por los FUNDAMENTOS JURÍDICOS de la Sentencia Constitucional 1278/2011-R de 26 de septiembre (que se cita por su carácter vinculante) que señala en su punto III.1.1. que "... frente a la eventualidad de incumplimiento por parte del empleador de cancelar los aportes o no efectivizar oportunamente su transferencia a las AFP's, no obstante que hubieren sido deducidos de los salarios del trabajador, **las consecuencias jurídicas de esta renuencia no pueden incidir sobre los derechos fundamentales de los beneficiarios de la seguridad social; aseveración que se sustenta en que el acceso a las prestaciones, deriva de los aportes efectivamente descontados al empleado y no así, depende de la diligencia del empleador**" (Las negrillas y subrayado son nuestros).

SEGURIDAD JURÍDICA.- La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2010 de 18 de enero de 2010 se ha referido sobre el particular al señalar que "La **seguridad jurídica** en todo proceso permite establecer a cabalidad que el procedimiento administrativo haya sido cumplido, **traduciéndose en un valor supremo del derecho** que conduce al camino correcto en el que los jueces, tribunales y administradores de justicia en general deben seguir para obrar en equidad y derecho, **buscando la mayor congruencia entre lo legal y lo justo, permitiendo que los administrados conozcan en todo momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones.**

El derecho y la certidumbre que tiene toda persona frente a las decisiones de la administración pública es una cuestión de seguridad jurídica que debe ser adoptada en el marco de la aplicación objetiva de la Ley, de acuerdo a los principios generales de la actividad administrativa.

Entonces, la importancia de la seguridad jurídica es fundamental en un proceso sancionatorio, al garantizarse un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios administrativos que tiendan a respetar un debido proceso"; y en consonancia con ello no es permisible que se pase por alto que en el presente caso se pretenda que la APF desconozca una línea jurisprudencial totalmente reconocida en nuestra economía jurídica y que por lo tanto goza de estabilidad y certidumbre, por la cual se reconoce derechos a los asegurados para acceder a estas prestaciones por invalidez, puesto que lo contrario crearía incertidumbre e incluso se podría ingresar en un tema de discriminación entre los asegurados, de no seguirse la línea dispuesta y además reiterada por las sentencias dictadas en los Recursos de Amparo Constitucional, hoy Acciones de Amparo.

PRINCIPIO DE JERÁRQUICA NORMATIVA.- El principio de Jerarquía Normativa está reconocido por el artículo 4, inciso h) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que textualmente que: "La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes" ; que en el caso de Autos está referido al control constitucional ejercido por el Tribunal Constitucional Plurinacional al otorgar la tutela solicitada y restituir los derechos de los

Asegurados, en base a normas constitucionales que son superiores en cuanto al reconocimiento de derechos.

II. DE LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DE LAS PENSIONES:

Cabe señalar (sic) que la disposición que determinó que nuestra AFP pague las pensiones de invalidez con recursos propios, es decir la R.A. 422-2011, no emana de Autoridad Jurisdiccional y contradice claramente la resolución dictada por el Tribunal de Amparo que en apego a la protección de derechos y garantías constitucionales ordenó el pago de las pensiones con las cuentas que correspondan; siendo la APS quien de manera contraria a los fundamentos y resolución de las sentencias Constitucionales -que de ninguna manera han determinado que el pago deba hacerse con recursos propios de la AFP- determina que sea nuestra AFP la que deba efectuar el pago con nuestros recursos, ocasionándonos un daño económico, causando menoscabo a nuestro patrimonio, toda vez que no estamos obligados ni por ley ni por contrato, al pago de prestaciones con nuestros recursos y, lo que es más grave, la APS emite una Resolución contrariando una Sentencia Constitucional que es de mayor rango, pretendiendo obligarnos a incumplir dicha Sentencia, cuando su cumplimiento debe ser observado antes que cualquier otra disposición, puesto que no debe olvidarse que el Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental y sus disposiciones son vinculantes para todas las autoridades tanto jurisdiccionales como administrativas.

Sobre este último particular, es importante señalar que la sentencia constitucional 1278/2011-R de 26 de septiembre, APRUEBA la resolución de 19 de agosto de 2009 y CONCEDE LA TUTELA SOLICITADA, **enfaticando** en el numeral **1.2.3 Resolución** "...que de acuerdo al contrato de prestación de servicios suscrito entre la "Aseguradora PREVISIÓN S.A." y el estado Boliviano, las AFP's quedan obligas al pago de las prestaciones con recursos provenientes del fondo de capitalización individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad, de riesgos profesionales y de mensualidades vitalicias, **debiendo la parte demandada, recurrir a la que correspondiere para dar cumplimiento a lo ordenado**" (las negrillas son nuestras). Siendo que la Sentencia Constitucional y su cita corresponden a un caso exactamente similar a los que nos ocupan en el caso de Autos; y al ser ésta vinculante, no hace más que confirmar que nuestra AFP utilizó correctamente los fondos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad para el pago de esas prestaciones ordenadas por los Tribunales de Amparo. Dicha sentencia, no es la única que versa sobre la materia, por lo que protestamos presentar otras que forman la línea jurisprudencial aplicable por el Tribunal Constitucional Plurinacional, una vez admitido el presente recurso.

III. PETITORIO:

Con base en los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso y el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, solicito a su Autoridad se sirva elevar el presente Recurso Jerárquico ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, a fin de que esta Autoridad disponga la urgente REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N2 632-2013 de fecha 09 de julio de 2013 y en

consecuencia de la APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de enero de 2012, con el consiguiente archivo del trámite.

5. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 05 de septiembre de 2013, se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**; en la que ratificaron puntualizando los extremos presentados en el memorial del Recurso Jerárquico interpuesto, conforme a la grabación digital que cursa en el expediente.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme señala el Ente Regulador, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, a tiempo de presentar el detalle de casos derivados en Recargo que le fuera solicitado en las notas AP/DPC/500/2011 y AP/DPC/504/2011, ha reportado tres casos de Asegurados sin cobertura por mora del empleador, conforme al inciso b) del artículo 33° de la Ley N° 1732, habiéndose generado el Recargo determinado por Ley, empero con Pensión de Invalidez en curso de pago, en función a determinaciones de Resoluciones de Acciones de Amparos Constitucionales, resueltos, en la entonces, Corte Superior de Distrito de Cochabamba, actual Tribunal Departamental de Justicia de Cochabamba.

Es así que, los casos corresponden a:

- Asegurada **Sonia Valverde Mercado**, donde la Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba emite Resolución N° 25 de 18 de septiembre de 2010, por la cual *"ordena a la AFP Futuro de Bolivia S.A. proceda de manera inmediata al pago de la Pensión por invalidez que le corresponde"*; Resolución aprobada por el Tribunal Constitucional Plurinacional en su Sentencia 685/2012 de 02 de agosto.
- Asegurado **Johnny Ibañez Barriga**, para la cual, la Sala Penal Segunda de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba determina mediante Resolución N° 008/2010 de 26 de marzo de 2010, *"que AFP Futuro de Bolivia, proceda al pago de la pensión de invalidez y sea en lo inmediato posible"*, y, Resolución aprobada por el Tribunal Constitucional Plurinacional en su Sentencia 0487/2012 de 06 de julio.
- Asegurado **Gregorio Arandia Nogales**, donde la Sala Civil Primera de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba a través de Resolución N° 06/2010 de 10 de septiembre de 2010, *"ordena a la AFP Futuro de Bolivia S.A. califique como inválido a Gregorio*

Arandia Nogales, fije y le pague la pensión de invalidez y sea en el plazo de 30 días"; Resolución aprobada por el Tribunal Constitucional Plurinacional en su Sentencia 1154/2012 de 06 de septiembre, bajo el argumento: a) las disposiciones legales que ordenan el pago de las prestaciones de largo plazo y permiten el cobro ejecutivo a los empleadores morosos; b) el derecho a la pensión por invalidez; c) la relación especial entre el fondo de pensiones y el trabajador aportante; y d) la aplicación oportuna de la Seguridad Social.

La acción de amparo constitucional, acción tutelar de carácter extraordinario, cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales de las personas, establecida en el artículo 128 de la Constitución Política del Estado, que procede contra actos u omisiones ilegales o indebidas de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinja, suprima o amenace restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley; así, el artículo 203 de la Constitución Política del Estado, dispone: "*Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno*". En concordancia con la citada prescripción constitucional, el artículo 8 de la Ley del Tribunal Constitucional, prescribe: "*Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno*".

En consecuencia, queda claramente establecido que, las sentencias pronunciadas por los Tribunales de Garantías en las demandas tutelares y particularmente en las Acciones de Amparo Constitucional, deben ser cumplidas y obedecidas, inexcusable y obligatoriamente tan pronto como fueran dictadas; así lo dispone el artículo 129, parágrafo I de la Constitución Política del Estado, cuyo texto a la letra prevé: "*La decisión final que conceda la Acción de Amparo Constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad...*". En ese mismo tenor, el artículo 63 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, dispone: "*Las autoridades que resuelvan las Acciones de Libertad, Amparo Constitucional, Protección de Privacidad, Cumplimiento y Popular, dispondrán el cumplimiento de la resolución por parte de los servidores públicos o de la persona individual o colectiva. En caso de resistencia ordenarán que éstos sean sometidos a proceso penal...*".

De las normas citadas precedentemente, se colige que las sentencias emitidas por los Tribunales de Garantías tienen efecto inmediato y obligatorio, razón por la que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, se ha visto obligada a realizar el pago de las pensiones de invalidez a los tres asegurados, sin embargo, hace uso de los recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad (ahora Fondo Colectivo de Riesgos) en un monto -hasta el mes de febrero de la gestión 2011- de Bs 251.017,75 (Doscientos Cincuenta y Un Mil Diecisiete 75/100 Bolivianos) entre los tres casos, no obstante -según anota la Entidad recurrida- que el artículo 22º de la Ley N° 1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996, establece que: "*...los bienes que componen los fondos solo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley*", y que el numeral 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito por la Administradora de Fondos de Pensiones, compromete a la misma a pagar y cumplir con las prestaciones y beneficios "*según corresponde de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias*", como que el uso de los fondos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad (ahora Fondo Colectivo de Riesgos), no se encuentra entre las

permisiones establecidas por la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 109 de 07 de marzo de 2001.

Los precitados antecedentes determinaron, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, emita la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, en la que adicionalmente, a la imposición de la sanción de multa, dispone las siguientes obligaciones:

“...PRIMERO.- I. (...)

II.- Se dispone que Futuro de Bolivia S.A. AFP en sujeción al artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución, **reponga con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), los recursos utilizados para el pago a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibañez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, más su rentabilidad correspondiente (...)**

IV. Sin perjuicio de la reposición a realizar, la AFP **deberá continuar pagando la prestación otorgada a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibañez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, conforme a las ordenes judiciales, con recursos propios...”** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en fecha 04 de enero de 2012 ha interpuesto Recurso de Revocatoria, ante la confirmación de la Resolución Administrativa interpuso Recurso Jerárquico, el mismo que a la fecha se halla resuelto por Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2013 de 01 de marzo de 2013, empero contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 632-2013 de 09 de julio de 2013, y que tiene que ver, exclusivamente, con la solicitud de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, de que *“disponga la suspensión de la obligación de la reposición con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI) de los montos utilizados para el pago de pensiones a los Asegurados; así como la obligación de continuar con el pago de las mismas utilizando recursos de nuestra AFP”* (memorial presentado en fecha 19 de diciembre de 2011).

Consiguientemente, del proceso sancionador han sobrevenido dos Recursos de Revocatoria interpuestos por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**:

- a. Contra la sancionadora Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011, al presente resuelto el Recurso Jerárquico mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2013 de 01 de marzo de 2013.
- b. Contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de enero de 2012, recurso que ha merecido la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 632-2013 de 09 de julio de 2013, respecto a la solicitud de suspensión del cumplimiento de las obligaciones establecidas por Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011.

Consiguientemente, el objeto de la controversia presente (al que se refiere la literal **b.** precedente), es la negativa de la entidad recurrida, a suspender las obligaciones

establecidas por el Resuelve Primero, Parágrafos II y IV, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, habiéndose resuelto las cuestiones que hacen al acto administrativo principal de la causa (inc. a) precedente), mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 010/2013 de 01 de marzo de 2013.

2. NORMATIVA APLICABLE A LA SUSPENSIÓN.-

En primer término, cabe hacer mención de la norma aplicable a la suspensión de las determinaciones emitidas por la Autoridad Reguladora, así la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, determina lo siguiente:

“Artículo 59.- (Criterios de Suspensión)

- I. *La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado.*
- II. *No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano administrativo competente para resolver el Recurso, podrá suspender la ejecución del acto recurrido, de oficio o a solicitud del recurrente, por razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante.”*

El Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece lo siguiente:

“Artículo 22.- (Efectos)

Las Resoluciones Administrativas surtirán efectos a partir de su notificación y, en su caso, a partir de su publicación (...)

Artículo 23.- (Efectos Devolutivo)

La interposición de cualquier recurso de impugnación, no suspende la ejecución y efectos de la resolución, salvo lo dispuesto por el artículo 40 del presente Reglamento (...)

Artículo 40.- (Efecto Devolutivo)

- I. *La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, tratándose de actos que causen un efecto o perjuicio irreversible, de oficio o a solicitud del recurrente, la Superintendencia que dictó la resolución podrá, fundando su decisión suspender la ejecución del acto mientras se agote la vía administrativa.*

Si la Superintendencia Sectorial no dispuso la suspensión de los efectos de su resolución, la Superintendencia General del SIREFI podrá hacerlo dentro del trámite del recurso jerárquico.

- II. *La suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto administrativo procederá siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros (...)*

Artículo 62.- (Legalidad)

- I. El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos.
- II. La potestad sancionadora deberá ser ejercitada en un contexto de seguridad jurídica, de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables (...)"

Artículo 69.- (Ejecución)

- I. La resolución sancionadora deberá ser cumplida en todos sus alcances y dentro del plazo establecido por la misma. Para el efecto, el Superintendente correspondiente utilizará los medios legales disponibles.
- II. La interposición de los recursos administrativos señalados en el artículo 36 y siguientes no suspenderá la ejecución de la misma, por el efecto devolutivo con el que deben ser concedidos, salvo lo dispuesto por el presente Reglamento con referencia a la suspensión de efectos de las Resoluciones Administrativas.

3. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

De conformidad a lo dispuesto por el Artículo 40 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dos son las posibles alternativas para que se produzca la suspensión transitoria, total o parcial, cuya ocurrencia puede ser indistinta:

- a) "...siempre que razonablemente exista la posibilidad de irrogar al recurrente daños graves o
- b) que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros."

En consecuencia, debe efectuarse el análisis de ambas opciones en relación al presente caso, para determinar si alguna de ellas o ambas pudieran determinar la procedencia de la solicitud expresada por la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES.**

Así, la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 632-2013 de 09 de julio de 2013, que confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012, señala, entre otros, que:

"..., esta Autoridad ha promovido diligentemente que la AFP pueda justificar su pretensión de suspensión del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la R.A. 422-2011; sin embargo, como se tiene expuesto en los párrafos precedentes, el regulado no ha presentado los argumentos suficientes y valederos, ni la documentación idónea y mínima exigida, para poder considerar la suspensión pretendida en el presente proceso; sin perjuicio del desinterés demostrado por la AFP para poder probar su pretensión..."

"...de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión de que el recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar la R.A.028-2012. En consecuencia, debe confirmarse la misma..."

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, en su Recurso Jerárquico, Numeral I refiere que existió vulneración a los Principios Administrativos que garantizan el Debido Proceso, entre ellos el de Congruencia, Seguridad Jurídica y Jerarquía Normativa; y en el Numeral II **“DE LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DE PENSIONES”**, anota lo siguiente:

“...la disposición que determinó que nuestra AFP pague las pensiones de invalidez con recursos propios, es decir, la R.A. 422-2011, no emana de Autoridad jurisdiccional y contradice claramente la resolución dictada por el Tribunal de Amparo que en apego a la protección de derechos y garantías constitucionales ordenó el pago de las pensiones con las cuentas que correspondan; siendo la APS quien de manera contraria a los fundamentos y resolución de las Sentencias Constitucionales –que de ninguna manera han determinado que el pago deba hacerse con recursos propios de la AFP- determina que sea nuestra AFP la que deba efectuar el pago con nuestros recursos, ocasionándonos un daño económico, causando menoscabo a nuestro patrimonio, toda vez que no estamos obligados ni por ley ni por contrato, al pago de prestaciones con nuestros recursos y, lo que es más grave la APS emite una Resolución contrariando una Sentencia Constitucional que es de mayor rango, pretendiendo obligarnos a incumplir dicha Sentencia, cuando su cumplimiento debe ser observado antes que cualquier otra disposición, puesto que no debe olvidarse que el Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental y sus disposiciones son vinculantes para todas las autoridades tanto jurisdiccionales como administrativas...”

Sobre las alegaciones precedentes, importa referirse a lo establecido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 632/2013 emitida el 09 de julio de 2013 por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto en su oportunidad por la Administradora de Fondos de Pensiones:

“(...) que, en ninguno de los casos previstos en el proceso de Futuro de Bolivia S.A.AFP, se tiene ordenado de forma expresa que ésta pueda utilizar la Cuenta de Siniestralidad para pagar cualquiera de los tres (3) casos, ni para aquel caso correspondiente a BBVA Previsión AFP S.A.; más aún cuando los fondos de pensiones hallan restricción normativa para su uso y a la cual debe tomar atención la AFP”.

“(...) corresponde dejar en claro que, esta Autoridad no interpreta lo determinado por los Tribunales de Amparo, pues sencillamente los mismos no expresan que se pague con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad; en el marco de la normativa vigente, la AFP no debía hacer uso de estos recursos, y al haberlo hecho, esta Autoridad dentro de sus competencias y obligaciones establecidas en la Ley de Pensiones ha procedido a instruir la devolución de los recursos utilizados indebidamente”.

Argumentos lógicos y esencialmente jurídicos en virtud de los cuales, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros oportunamente desvirtuó e invalidó las razones expuestas por el recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, conforme ampliamente serán identificados en los numerales 4.1 y 4.2, por tanto, resultando que si guardan relación con las mismas, determina la suficiente claridad, precisión y congruencia con lo determinado.

Por otra parte, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en su Recurso Jerárquico en cuanto a los argumentos relativos a la naturaleza de este proceso, se limita a señalar lo siguiente:

“(…)la APS quien de manera contraria a los fundamentos y resolución de las sentencias Constitucionales -que de ninguna manera han determinado que el pago deba hacerse con recursos propios de la AFP- determina que sea nuestra AFP la que deba efectuar el pago con nuestros recursos, ocasionándonos un daño económico, causando menoscabo a nuestro patrimonio, toda vez que no estamos obligados ni por ley ni por contrato, al pago de prestaciones con nuestros recursos y, lo que es más grave, la APS emite una Resolución contrariando una Sentencia Constitucional que es de mayor rango, pretendiendo obligarnos a incumplir dicha Sentencia(…)

De la lectura de los antecedentes se exhibe que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, considerando insuficiente la prueba aportada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, y actuando aún de oficio, para obtener pruebas adicionales y averiguar los hechos que hagan a la búsqueda de la verdad material y objetiva, ha condescendido en brindarle al recurrente varias oportunidades, para que acredite de manera objetiva la posibilidad de irrogar daños graves o que la suspensión no derive en una grave perturbación del interés general o de los derechos de terceros; limitándose el recurrente a presentar las Sentencias Constitucionales de los tres casos y reiterar lo descrito en el párrafo precedente.

Sin embargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros con el propósito de verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para su decisión, realizó un examen a los Estados Financieros de las últimas gestiones publicados en prensa por el recurrente, concluyendo que el daño económico alegado no es evidente, toda vez que, el pago de las pensiones de los asegurados: Sonia Valverde Mercado, Johnny Ibañez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, no genera peligro operativo ni ocasiona un deterioro o perjuicio para el normal funcionamiento de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, tomando en cuenta los ingresos percibidos durante las últimas gestiones; conclusiones arribadas que no fueron observadas ni desvirtuadas en el Recurso Jerárquico interpuesto.

Por otro lado, debe dejarse absolutamente en claro que, de la lectura de las Sentencias Constitucionales presentadas por el recurrente, referidas al presente caso de autos, en ninguna de sus líneas determina que, el pago de las pensiones de invalidez debe efectivizarse afectando el Fondo de Capitalización Individual, mediante la Cuenta de Siniestralidad, sino que la decisión es que el recurrente pague las mismas a los tres asegurados, situación que bajo el principio de legalidad no puede suponer la transgresión al Artículo 22 de la Ley N° 1732 de Pensiones de conformidad a la delimitación en el uso de los fondos de pensiones, establecida por el citado artículo de la Ley de Pensiones de 29 de noviembre de 1996.

En consecuencia, al no cumplir con la exigencia de presentar documentación en que funda su pretensión, constituyendo éste un elemento que impide considerar la suspensión, por cuanto no existe prueba suficiente que evidencie la posible vulneración expresada, es decir, que el recurrente no demostró a través de prueba correspondiente e idónea su petición;

asimismo, la fundamentación sobre la magnitud del posible daño alegado por el recurrente, no tiene consistencia legal por lo establecido en los párrafos precedentes.

Al no existir los elementos necesarios que permitan a esta instancia jerárquica, valorar la gravedad que significaría el cumplimiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 emitida el 15 de noviembre de 2011, por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, además que la Autoridad Reguladora en ejercicio de las atribuciones conferidas por ley resguardó el cumplimiento y aplicación de la ley vigente, en consecuencia, no se justifica la excepción que pudiera llevar a dar lugar a la suspensión de los efectos de la citada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422/2011.

4. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.-

La Ley de Procedimiento Administrativo, establece los principios generales de la actividad administrativa, debiendo el órgano de regulación ajustar todas sus actuaciones a las disposiciones legales establecidas en la precitada norma, por lo que se realiza un análisis de los principios citados en el memorial de Recurso Jerárquico interpuesto por el recurrente.

4.1. En cuanto al Principio de Congruencia.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, en su Recurso Jerárquico presentado el 31 de julio de 2013, alega vulneración al Principio de Congruencia, sobre dicho tema, corresponde remitirse a lo señalado en la Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 0049/2013 de 11 de enero de 2013, que establece lo siguiente:

“El principio de congruencia hace a la garantía del debido proceso, que en definitiva marca el desarrollo del proceso para poder llegar a la resolución, estableciendo un límite al poder discrecional del juzgador. A través de este principio se obtiene la concordancia entre el petitum de las partes y la decisión asumida por el tribunal o autoridad; quedando entendido que los mismos no pueden modificar el petitum ni los hechos planteados en la demanda o recurso. En ese sentido, el tribunal o autoridad no podrá iniciar una acción invocando ciertas conductas previamente tipificadas para en el curso de la sustanciación del proceso, cambiar las mismas, o peor aún, arribar a una conclusión de que fueron vulnerados otros preceptos por los cuales no se dio inicio al proceso en curso, aquello indudablemente significaría vulneración del principio de congruencia y atentatorio contra el debido proceso y el derecho a la defensa, por cuanto efectivamente se deja en indefensión al procesado quien no podrá asumir la misma de una manera efectiva, alterando inclusive la producción de la prueba de descargo.

Una resolución incongruente es arbitraria, por tanto su impugnación hace viable su revocación; mejor dicho, impone a la autoridad o tribunal de alzada el deber de su rectificación, asegurándose la estricta correspondencia entre la acusación y el fallo, garantizando de esta manera la sustanciación de un proceso justo.

En ese contexto la SCP 0593/2012 de 20 de junio de 2012, ha señalado: “El principio de congruencia adquiere manifiesta relevancia en dos ámbitos, por una parte respecto al proceso como unidad, a delimitar el campo de acción de las partes y el órgano jurisdiccional en la que condiciona su desenvolvimiento; por otra, respecto a la

estructura de la Resolución, a fin de que absuelva todos los puntos a consideración del juzgador”.

De lo preliminarmente transcrito, se infiere que es fundamental que el acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia, que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Autoridad Administrativa, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición y la decisión final adoptada.

En tal sentido y debido a la importancia, se transcribe una vez más la impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 632-2013 de fecha 09 de julio de 2013, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que manifiesta:

“(…)se tiene emitida la R.A.422-2011, por la cual se sanciona e impone a la AFP la siguiente obligación:

“... II.- Se dispone que Futuro de Bolivia S.A. AFP (...) reponga con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), los recursos utilizados para el pago a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandía Nogales, más su rentabilidad correspondiente.

IV.- Sin perjuicio de la reposición a realizar, la AFP deberá continuar pagando la prestación otorgada a los Asegurados Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandía Nogales, conforme a las órdenes judiciales, con recursos propios.”

Futuro de Bolivia S.A. AFP solicita la suspensión de la obligación impuesta, la cual fue rechazada por esta Autoridad con Auto de 21 de diciembre de 2011.

*Una vez pedida la consignación del Auto de 21 de diciembre de 2011, este se eleva con la R.A.028-2012, que en su contenido expresa con fundamentos la consignación de la solicitud del regulado en un instrumento jurídico para su impugnación. Asimismo, en el mismo acto el Ente Regulador ha ratificado el rechazo de la suspensión del cumplimiento de la **obligación** en razón a que se tiene determinada la infracción y el daño al FCI, por lo que merece su restauración...*

...la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS en búsqueda de la Verdad Material, ha emitido (...)requerimientos para la remisión de información por la AFP y de que ésta además pueda gozar del amplio derecho a la defensa...

Futuro de Bolivia S.A. AFP finalmente remite la nota FUT.APS.AL 1257/2013 de 10 de junio de 2013, en la cual señala entre otros aspectos evaluados en el presente acto que los Estados Financieros auditados que se pide se hallan publicados en medio de prensa, por lo que sería de conocimiento de la APS. (...)En cuanto a la otra documentación solicitada mediante Auto de fecha 04 de abril de 2013, la AFP no remite la misma y señala lo siguiente en su nota: “... con relación a la copia de las planillas de salarios de todos los dependientes de nuestra AFP, consideramos que dicha información, al igual que el detalle de activos que incluye contratos de alquiler, propiedades y demás documentación solicitada, no guarda relación, ni tiene

relevancia dentro del presente proceso, toda vez que la situación patrimonial de nuestra empresa queda claramente reflejada en los Estados Financieros auditados.....”

Por lo que se concluye que, esta Autoridad ha promovido diligentemente que la AFP pueda justificar su pretensión de suspensión del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la R.A.422-2011; sin embargo, como se tiene expuesto en los párrafos precedentes, el regulado no ha presentado los argumentos suficientes y valederos, ni la documentación idónea y mínima exigida, para poder considerar la suspensión pretendida en el presente proceso; sin perjuicio del desinterés demostrado por la AFP para poder probar su pretensión.

(...)es necesario recordar, una vez más, a la AFP que los tres (3) casos corresponden a casos que se encontraban con Recargos impagos por mora del Empleador; y en este sentido, conforme establecía ya la Ley N° 1732 y ahora la Ley N° 065, no cumplen con los requisitos de acceso a una Pensión; por lo que la única manera de acceder a una Pensión es con los recursos del Recargo que paguen los Empleadores, conforme establece el Capítulo IV del “Manual de Procedimiento de Trámite de Pensión de Invalidez y Muerte de Afiliados, que no cumplen los requisitos de cobertura del Seguro de Riesgo Común, debido a la mora del Empleador” aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS N° 883 de 21 de agosto de 2006.

(...)tanto la AFP como la APS no podrían dejar al soslayo las determinaciones de la justicia constitucional en lo que se refiere al sector de pensiones, pues merecen su atención bajo apercibimiento. En ese comprendido, el concepto de beneficencia aludido por la AFP no tiene lugar en lo que concierne al análisis del presente caso, toda vez que las determinaciones asumidas para los tres (3) casos son para el cumplimiento por la AFP en estos casos, provenientes de la justicia ordinaria y no por un hecho de disposición libre y voluntaria, como lo es la beneficencia.

De la revisión a los Estados Financieros de Futuro de Bolivia S.A. AFP de las gestiones 2011 y 2012, remitidos a la APS el 30 de abril de 2013, los mismos que en cumplimiento al artículo 161 de la Ley N°065 fueron publicados en prensa en fecha 28 de abril de 2013, se evidencia que, la Administradora tiene una Ganancia neta de Bs33.416.770,00 (Treinta tres millones, cuatrocientos dieciséis mil, setecientos setenta 00/100 Bolivianos) y Bs30.603.680,00 (Treinta millones, seiscientos tres mil, seiscientos ochenta 00/100 bolivianos) en estas gestiones, respectivamente.

La misma AFP establece en los fundamentos planteados en su Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de febrero de 2012 que, según sus cálculos el monto para pagar las Pensiones para los tres (3) Asegurados significaría alrededor de Bs275.056,32 (Doscientos setenta y cinco mil, cincuenta y seis 32/100 Bolivianos), lo que significa:

$$\frac{\text{Pago de Pensiones}}{\text{Ganancia neta 2012}} = \frac{275.056,32}{30.603.680,00} = 0.008877$$

Es decir que, el pago de pensiones de los tres (3) Asegurados: Sonia Valverde Mercado, Jhonny Ibáñez Barriga y Gregorio Arandia Nogales, ascendería aproximadamente a un 0.89% de las ganancias netas de la gestión 2012. Con lo que

se demuestra claramente que pagar las Pensiones en estos tres (3) casos no genera riesgo operativo ni genera un deterioro o perjuicio para el normal funcionamiento de la AFP.

(...)los pronunciamientos firmes y APROBADOS en sede constitucional, en ningún caso establecen que el pago de las pensiones **deba** efectuarse con recursos del Fondo de Capitalización Individual, a través de la Cuenta de Siniestralidad, sino que tienen ratificada la orden, para que la AFP efectúe el pago de las pensiones a los Asegurados.

(...)el pago de las prestaciones para los tres casos (3), con recursos de la Cuenta de Siniestralidad vulnera la limitación legal del propio artículo 22 de la Ley N° 1732 de Pensiones, ya que el uso de los recursos de esta Cuenta corresponde sólo para aquellos casos que cumplan los requisitos del artículo 8 de la señalada Ley y que, al existir determinaciones emitidas por la jurisdicción constitucional, éstas deben ser atendidas por la entidad recurrida, bajo apercibimiento de Ley.

(...)en ninguno de los casos previstos en el proceso de Futuro de Bolivia S.A. AFP, se tiene ordenado de forma expresa que ésta pueda utilizar la Cuenta de Siniestralidad para pagar cualquiera de los tres (3) casos, ni para aquel caso correspondiente a BBVA Previsión AFP S.A.; más aún cuando los fondos de pensiones hallan restricción normativa para su uso y a la cual debe tomar atención la AFP.

(...)esta Autoridad no interpreta lo determinado por los Tribunales de Amparo, pues sencillamente los mismos no expresan que se pague con la Cuenta Colectiva de Siniestralidad; en el marco de la normativa vigente, la AFP no debía hacer uso de estos recursos, y al haberlo hecho, esta Autoridad dentro de sus competencias y obligaciones establecidas en la Ley de Pensiones, ha procedido a instruir la devolución de los recursos utilizados indebidamente.

Finalmente, llama la atención la conducta del regulado, quien señala en su impugnación que el cumplimiento de la obligación le ocasionaría grandes perjuicios económicos y dejaría abierta la posibilidad de que los empleadores soslayan sus cargas en cuanto al cumplimiento a las obligaciones de la Seguridad Social de Largo Plazo; al respecto, el regulado no considera que con su actuar ha causado daño patrimonial al Fondo de Siniestralidad el cual debe ser reparado por ser recursos que no son de la AFP y, por otro lado es obligación del regulado el cobro de las Contribuciones, para lo cual el regulado tiene los mecanismos legales para su accionar y lograr el cobro oportuno y eficiente, en defensa y que no se afecten los intereses de los Asegurados. En ese entendido, los argumentos de Futuro de Bolivia S.A. AFP no tienen asidero fáctico ni legal alguno (...)."

Se evidencia concordancia entre la parte considerativa y dispositiva, manteniendo en su contenido un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y argumentos contenidos en la citada Resolución Administrativa, a su vez, cita las disposiciones legales que apoyan el razonamiento que llevó a la determinación de confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de enero de 2012.

En consecuencia, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha considerado el principio de congruencia que concatena a la garantía del debido proceso, razón por la que el recurrente participó en todo el procedimiento contando con la facultad de hacer argumentaciones, aportar pruebas y con la capacidad de rebatir los argumentos de la Autoridad Reguladora.

4.2. En cuanto a la Jerarquía Normativa.-

Con relación a la aparente contravención del citado Principio, corresponde revisar la doctrina respectiva:

El tratadista José Antonio Rivera refiere que la misma consiste en: *“que la estructura jurídica de un Estado, se basa en criterios de grados y niveles jerárquicos que se establecen en función de sus órganos emisores, importancia y sentido funcional. Significa que se constituye en una pirámide jurídica en la que el primer lugar o la cima ocupa la Constitución. Como principio y fundamento de las demás normas jurídicas...”*

Según Francisco Fernández Segado, implica *“... la existencia de una diversidad de normas entre las cuales se establece una jerarquización de conformidad con la cual, una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango. Ello a su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada, en cuya cúspide, obviamente, se sitúa la Constitución.”*

En el presente caso, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 632-2013 de 09 de julio de 2013, resolvió el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 028-2012 de 19 de enero de 2012, determinando confirmar totalmente; asimismo, ratificó el rechazo de la solicitud de suspensión del cumplimiento de las obligaciones establecidas por Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, previsto por Auto de 21 de diciembre de 2011, quedando pendiente su cumplimiento.

Ahora bien, en esta determinación no existe norma inferior que se oponga o contradiga una norma superior que la origina, consiguientemente, dicha determinación de confirmación no se encuentra en oposición o contradicción a ninguna norma jurídica, al contrario, asegura una coherente aplicación del ordenamiento jurídico vigente de la materia.

4.3. En cuanto a la Seguridad Jurídica.-

El tratadista de Derecho Administrativo, Constitucional y Fiscal, Emilio Fernández Vásquez, en su obra Diccionario de Derecho Público, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 698, sobre la seguridad jurídica, y que significa, conceptualizó: *“Condiciones indispensables para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Constituye la garantía de la aplicación objetiva de la Ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicios”*.

Por su parte, la SC 0070/2010-R de 03 de mayo, señaló que: *“la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben*

desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental; es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal; este entendimiento está acorde con el nuevo texto constitucional, que en su artículo 178 dispone que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta, entre otros, en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, probidad y celeridad”.

En el caso de Autos, en la impugnada Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 632-2013 de 09 de julio de 2013 y en las actuaciones administrativas previas, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros facilitó y apropió seguridad jurídica en todas las actuaciones del procedimiento administrativo conforme a las normas vigentes de la especialidad.

4.4. Determinación administrativa para el Pago de Pensiones.-

En su Recurso Jerárquico, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, anota que:

“...la APS quien de manera contraria a los fundamentos y resolución de las Sentencias Constitucionales –que de ninguna manera han determinado que el pago deba hacerse con recursos propios de la AFP- determina que sea nuestra AFP la que deba efectuar el pago con nuestros recursos, ocasionándonos un daño económico, causando menoscabo a nuestro patrimonio, toda vez que no estamos obligados ni por ley ni por contrato, al pago de prestaciones con nuestros recursos y, lo que es más grave, la APS emite una Resolución contrariando una Sentencia Constitucional que es de mayor rango, pretendiendo obligarnos a incumplir dicha Sentencia...”

Al respecto, conforme manifiesta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 632-2013 de 09 de julio de 2013, las Sentencias Constitucionales 0685/2012; 0487/2012 y 1154/2012 correspondientes a los tres Asegurados con Pensión de Invalidez, y presentadas por la recurrente, en ninguno de los casos, establecen que el pago de las pensiones deba efectuarse con recursos provenientes del Fondo de Capitalización Individual, a través de la Cuenta de Siniestralidad, sino que tienen ratificada la orden, para que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, efectúe el pago de las pensiones a los tres Asegurados; más aún cuando los fondos de pensiones hallan limitación normativa para su uso, conforme el Artículo 22 de la Ley de Pensiones Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996, que dispone: “...Los fondos de pensiones son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Cada uno de dichos fondos es indiviso, imprescriptible e inafectable...Los bienes que componen los fondos sólo pueden disponerse de conformidad a la presente ley”, y a la cual debe tomar atención la Administradora de Fondos de Pensiones. Razón por la que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en mérito a la normativa vigente y ejerciendo sus atribuciones y competencias, emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422/2011 de 15 de noviembre de 2011, en la que además, a la imposición de la sanción de multa, dispuso las obligaciones de reponer con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondos de Capitalización Individual, los recursos utilizados para el pago de los tres asegurados; así como continuar pagando la prestación otorgada a éstos.

CONSIDERANDO:

Que, las omisiones de prueba y sólo expresiones de posible daño económico, no permiten a esta instancia jerárquica cerciorarse de los hechos discutidos y atender la solicitud de suspensión realizada por la recurrente **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, no obstante que las dos anteriores Resoluciones Ministeriales Jerárquicas sobre el caso presente, ya se había indicado sobre la falta de elementos de respaldo de la pretensión de suspensión.

Que, de acuerdo a la compulsas llevada a cabo en instancia jerárquica, se llega a establecer que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha aplicado correctamente la normativa vigente en sus actos administrativos, referidos al rechazo de la solicitud de suspensión transitoria de los efectos de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 422-2011 de 15 de noviembre de 2011, actos administrativos que no transgreden disposición legal alguna.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el Artículo 2º del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN en todas sus partes la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 632-2013 de 09 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 028-2012 de 19 de enero de 2012, ambos actos administrativos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPNC/N° 507-2013 DE 03 DE JUNIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 072/2013 DE 23 DE OCTUBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 072/2013

La Paz, 23 de Octubre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 507-2013 de fecha 3 de junio de 2013, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de 22 de febrero de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 070/2013 de 30 de septiembre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 157/2013 de 4 de octubre de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, mediante nota AA.GG.-6199/2013 de fecha 20 de junio de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, representada legalmente al efecto, por su Gerente de Renta Dignidad, Lic. Daniel Murguía Aillón, y por su apoderado legal, Lic. Luis Alfonso Ibáñez Montes, tal como lo acreditan los Testimonios Poder N° 214/2012 de fecha 25 de mayo de 2012 y N° 270/2012 de fecha 6 de julio de 2012, ambos otorgados ante Notaría de Fe Pública N° 091 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dr. Jorge Manuel Cañedo Durán, presentó

Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 507-2013 de fecha 3 de junio de 2013, que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 147-2013 de 22 de febrero de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/6223/2013, con fecha de recepción 26 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 507-2013 de 3 de junio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 28 de junio de 2013, notificado en fecha 2 de julio de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 507-2013 de 3 de junio de 2013.

Que, en fecha 29 de julio de 2013, se llevó a cabo la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, mediante nota AA.GG.-6961/2013 de 10 de julio de 2013, conforme fuera dispuesta en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 061/2013 de 24 de julio de 2013.

Que, mediante nota AA.GG.-8118/2013 de 12 de agosto de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** presentó copia del Contrato de Concesión de Servicios para Administrar el Fondo de Renta Universal de Vejez y efectuar la Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, suscrito el 26 de noviembre de 2008.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPNC/500/2013 de 18 de enero de 2013, notificó a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, con el siguiente cargo:

"...Existen indicios de incumplimiento al inciso e) del punto I de la Circular SPVS/IP/DBFCC/6/2008 de 29 de enero de 2008 y el párrafo IV del artículo 18 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 062 de 21 de enero de 2008, al advertir que la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI en la Solicitud de la Beneficiaria Julia Machaca de Tola, presentada en fecha 16 de noviembre de 2010 por los periodos octubre 2009 a octubre 2010, no ha procedido con el pago a domicilio de la Renta Dignidad, encontrándose al presente la Beneficiaria fallecida..."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota AA.GG.-01269/2013 de 5 de febrero de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** presenta los siguientes descargos:

"...En atención a la nota APS/DJ/DPNC/500/2013, relativa a la notificación con cargos

en relación al pago a domicilio correspondiente al caso de la Beneficiaria Juila Machaca de Tola, tenemos a bien informar lo siguiente:

En fecha 16/11/2010 el Sr. Benedicto Mollisaca Tola realizó la solicitud de pago a domicilio, correspondiente a la Beneficiaria Julia Machaca de Tola, NUB 220913449, con formulario N° 165154. En fecha 22/11/2010, mediante comunicación interna RD.CI. 4166/2010 (nota adjunta), se efectuó la solicitud de desembolso a nuestro departamento contable de Bs. 16.900.- correspondiente a 17 solicitudes de pago a domicilio en la ciudad de La Paz, que incluye la solicitud de la Beneficiaria observada. A continuación, en fecha 24/11/2010 se emite el cheque N° 0000558 a nombre de la funcionaria Sra. Sadith Lopez, quien fuera la encargada de realizar los pagos para ese envió junto a dos personas de apoyo, Karla de la Riva y Yerson Quispe.

Posteriormente en fecha 30/11/12, 01/12/10 y 02/12/10 se realizaron las llamadas telefónicas al N° 022137375 a fin de contactarse con el solicitante y coordinar el pago de la Beneficiaria, sin embargo no pudimos establecer contacto con el mismo. De todas maneras, en fecha 02/12/2010 de acuerdo al croquis presentado, nuestro funcionario Yerson Quispe efectuó el viaje a la Localidad de Llacharapi distante a 4 horas de la ciudad de La Paz, para tratar de contactar al solicitante y efectuar el pago a domicilio, sin embargo y pese a nuestro esfuerzo no fue posible la ubicación del mismo, y no se pudo proceder con el pago solicitado (Se adjunta informe rendición de gastos, el cual Incluye informe del caso de la Sra. Juila Machaca de Tola).

Hacemos notar que a la fecha y con posterioridad a esta solicitud de Pago a Domicilio descrita, nuestra Asociación no recibió ningún reclamo ni nueva solicitud de pago a domicilio de la Renta Dignidad. Tampoco se recibió solicitud de Gasto Funeral..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 DE 22 DE FEBRERO DE 2013.-

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de 22 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió:

"...**PRIMERO.- I.** Sancionar a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI con una multa en Bolivianos equivalente a \$us5.001,00 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por infracción a lo dispuesto en el inciso e) del punto 1 de la Circular SPVS/IP/DBFCC/6/2008 de 29 de enero de 2008 y el parágrafo IV del artículo 18 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008, al no haber efectuado el pago de la Renta Dignidad a domicilio a la Beneficiaria Julia Machaca de Tola en el plazo establecido.

SEGUNDO.- I. En el plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI deberá proceder, previa acreditación, a cancelar con sus propios recursos, a los familiares de la Beneficiaria fallecida Julia Machaca de Tola, los periodos que no fueron pagados por falta de atención a la solicitud de pago a domicilio.

II. La Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI dentro de los tres (3) días hábiles

administrativos siguientes al pago del beneficio a los familiares de la Beneficiaria fallecida, deberá remitir a esta Autoridad constancia de dicha operación.

TERCERO.- I. La multa señalada, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.

II. Una copia del comprobante de depósito deberá ser remitido a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito..."

Los argumentos presentados para tales decisiones, son los siguientes:

"...De la evaluación a los descargos de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, ésta informa que realizó los esfuerzos necesarios a fin de efectuar el pago a domicilio a la Beneficiaria Julia Machaca de Tola; sin embargo indica que no fue posible encontrar a la Beneficiaria.

Como prueba de lo señalado remite documentación que expresa el procedimiento interno que habría utilizado la Entidad Gestora, para el pago a domicilio de la Renta Dignidad a la Beneficiaria Julia Machaca de Tola, entre dicha documentación se encuentra la siguiente:

- Comunicación Interna RD.C1.4166/10 de 22 de noviembre de 2010, referente a la solicitud de desembolso de Bs 16.900,00 (DIECISEIS MIL NOVECIENTOS BOLIVIANOS 00/100) para el pago a domicilio en la regional de La Paz.
- Planilla de solicitud de desembolsos para el pago a domicilio en el departamento de La Paz; detallada por Beneficiario, periodos a pagar y monto de pago. En esto, planilla se encuentra registrada la Beneficiaria Julia Machaca de Tola, con 12 periodos a pagar (200911 al 201010) y cuyo monto de pago asciende a Bs2.400,00 (DOS MIL CUATROCIENTOS BOLIVIANOS 00/100).
- Informe interno de la Entidad Gestora del pago no efectuado correspondiente a la Beneficiaria Julia Machaca de Tola de 02 de diciembre de 2010, mismo que fue emitido por el funcionario encargado para el pago, Yerson Quispe Blanco, cuyo contenido expresa que el funcionario llegó a hrs. 12:45 al Puente de Pichari; sin embargo, **a falta de transporte no logró llegar a la comunidad de Llacharapi, lugar donde se encontraba el domicilio de la Beneficiaria Julia Machaca do Tola, por lo que retornó a la ciudad de La Paz sin efectuar el pago a domicilio**, adjunto al informe se encuentra la fotocopia del boleto de pasaje del Sindicato de Transporte Pesado Mixto "Puerto Acosta", a nombre del señor Quispe de fecha 02 de diciembre de 2010.

- Informe RD-PD N° 099/2010 de 03 de diciembre de 2010, referente al Pago a Domicilio de Beneficiarios de la Renta Dignidad -diciembre 2012-, que en su parte pertinente informa sobre el pago no efectuado a provincia de la Beneficiaria Julia Machaca de Tola de Bs2.400,00 (DOS MIL CUATROCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS).

De lo expuesto y la documentación presentada por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI se advierte que, se intentó efectuar el pago a domicilio a la Beneficiaria Julia Machaca de Tola no pudiendo concretar el mismo por no llegar al domicilio de ésta; sin embargo al tratarse de un pago a domicilio y habiéndose comunicado al regulado el estado de salud (en vida) y la ubicación exacta del domicilio (croquis) de la Beneficiaria, la Asociación se hallaba en la responsabilidad de haber acudido necesariamente al domicilio señalado.

En ese sentido, la norma que se le imputa a la Entidad Gestora obliga a que ésta cancele los periodos no cobrados en plazo, siendo de su exclusiva responsabilidad el realizar el pago oportuno conforme a norma y contar con el debido respaldo del mismo; situación que no se tiene en el presente caso considerando que, a través de la prueba de descargo remitida, es la misma Asociación quien expresa que ni siquiera ha llegado al lugar donde la Beneficiaria tenía su domicilio. En conclusión, se tiene comprobado que la solicitud de pago a domicilio no fue atendida debidamente en ningún momento mientras la Beneficiaria se encontraba con vida, ni efectuado el pago del beneficio, ni tener respaldo que lo acredite conforme a norma, por tanto corresponde aplicar sanción.

Finalmente cabe remitirnos al artículo 289 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, norma que determina que las sanciones administrativas impuestas por el Ente Regulador, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas, especialmente cuando se haya pausado daño a los Fondos o a los Beneficiarios. En ese sentido, se ha constatado que la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI al no haber procedido con el pago a domicilio de la Renta Dignidad a la Beneficiaria conforme a norma, ahora fallecida (18 de marzo de 2012), ha generado que la solicitud de pago a domicilio no sea atendida inclusive hasta el fallecimiento de la Beneficiaria, ocasionando daño económico por los periodos que le correspondía cobrar en vida, razón por la cual corresponde la reparación del mismo con sus propios recursos.

En ese mismo entendido, la Circular SPVS/IP/DBFCC/6/2008 de 29 de enero de 2008 refiere que, en caso de que el Beneficiario que solicitó el pago de la Renta Dignidad falleciera sin cobrar su beneficio y hubiesen transcurrido los 21 días de plazo establecido, se aplicará el Régimen de Sanciones establecidos en el Capítulo VIII del DS 24469, además, la AFP que incurra en el retraso, con sus propios recursos, deberá resarcir económicamente a la familia del beneficiario fallecido.

Que lo anterior también halla respaldo en el párrafo I del artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 el cual señala que, la sanción administrativa precisará además de la sanción que se aplica, las medidas o acciones a ser cumplidas para corregir o

prevenir los efectos de la infracción y restaurar el derecho.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III.2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

“El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, debe corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, se proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

*Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser: **a)** Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, **b)** Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y **c)** Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

*Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: **a)** La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b)** La naturaleza de los perjuicios causados y **c)** La reincidencia en la comisión”.*

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

- a) El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por

la norma, en el inciso e), punto I de la Circular SPVS/IP/DBFCC/5/2008 de 29 de enero de 2008 y el parágrafo IV del artículo 18 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008.

- b) El hecho se encuentra comprobado porque la Asociación no presentó argumentos ni documentos suficientes para desestimar el cargo, señalando en lo principal que no llegó al domicilio de la Beneficiaria, el cual fue de su conocimiento mediante croquis presentado por el solicitante para que se pueda efectuar el pago.
- c) Los argumentos y documentos presentados en los descargos fueron evaluados en su integridad y confrontados con la norma vigente, extrayéndose que la Asociación, soslaya, la aplicación y valor normativo de las determinaciones que emite el Ente Regulador en cuanto a la forma y oportunidad en que debió realizarse el pago a domicilio.

Que en lo que atinge a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada en el presente caso, se tiene que:

- a) El no haber llegado al domicilio (según Informe del regulado de 02 de diciembre de 2010) señalado por el solicitante, para efectuar el pago a domicilio del beneficio advierte culpa de la Asociación, cuando tenía el deber de hacerlo para efectuar el pago del beneficio; pero además habrá que considerar que, con el fallecimiento de la Beneficiaria (13 de marzo de 2012), ésta no pudo recibir en vida los pagos de la Renta Dignidad, habiendo al presente imposibilidad de realizarlos.
- b) La existencia, de culpa e impericia del personal de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI dio lugar al incumplimiento de la norma para realizar el pago oportuno del beneficio y en vida a la señora Julia Machaca de Tola, por lo que corresponde que el regulado restituya el daño económico ocasionado con sus propios recursos.
- c) No se tiene antecedentes (sic) de conducta reincidente.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al parágrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N°

27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana crítica y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

“b) Gravedad media; cuando la infracción o los actos u emisiones, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia, o culpa y cansen daño.”

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

“b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u emisiones con gravedad leve o media.”

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción,

“b) Infracción calificada como gravedad media: De Cinco mil uno (5.001) a diez mil (10.000) dólares estadounidenses.”

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997...”

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante nota AA.GG.-3077/2013 de 27 de marzo de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de 22 de febrero de 2013, con los mismos alegatos que después hará valer en la segunda parte (*Sobre el Fondo del Recurso*) de su Recurso Jerárquico.

Posteriormente, en cumplimiento al artículo segundo de la supra citada Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 y mediante nota AA.GG.-3222/2013 de 2 de abril de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** remitió a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, el informe documentado del pago realizado a los familiares de la Beneficiaria fallecida, con recursos propios.

Luego, mediante auto de 22 de abril de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros solicita un informe documentado de los pagos que le correspondían a la Beneficiaria fallecida Julia Machaca de Tola, lo cual fue atendido mediante nota AA.GG.-

4227/2013 de 2 de mayo de 2013, señalando que el derecho a solicitar el pago de la Renta Dignidad prescribe en un año, por lo que se emitió el pago por Bs2.400.- (dos mil cuatrocientos 00/100 bolivianos), por los periodos de noviembre de 2009 a octubre de 2010.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPNC/N° 507-2013 DE 3 DE JUNIO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 507-2013 de 3 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de 22 de febrero de 2013, con los siguientes argumentos:

“...CONSIDERANDO:

Que de conformidad al artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo “Los recursos administrativos previstos en la presente Ley serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso desestimando el recurso si este estuviera interpuesto fuera de término, no cumplierse las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables, o si no cumplierse el requisito de legitimación establecido en el Artículo 11 de la presente Ley”.

Que de acuerdo al artículo 32 del Decreto Supremo N° 27175, los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las Entidades Sectoriales del SIREFI, así como para las entidades reguladas y personas interesadas.

Que las resoluciones sobre los Recursos de Revocatoria serán declaradas Improcedentes, cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumplierse con los requisitos exigidos para el cumplimiento de la resolución impugnada, conforme lo dispone el inciso d) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que a su vez, el numeral I del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece:

*“I. Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, **debiendo para la admisión** del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, **demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida**, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento”. (las (sic) negrillas son nuestras)*

Que de las normas transcritas se infiere que son cuatro los elementos que deben cumplirse para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria:

- I. La demostración de que el acto impugnado causa perjuicio a los derechos o

intereses legítimos del recurrente.

- II. Que el Recurso de Revocatoria sea interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución Administrativa.
- III. Que se acredite el cumplimiento de la sanción.
- IV. Que se demuestre el cumplimiento de la obligación.

Que con relación al **primer elemento** para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria, de la revisión del memorial de interposición del recurso de parte de la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, se evidencia que el recurrente ha hecho referencia detallada a todas las situaciones por las que sus representantes pasaron durante la efectivización del pago debido, pero no señala la relación causal entre los elementos fácticos y los elementos normativos que sirven de fundamento a su petición y la lesión que considera se hubiera producido, para ajustarse a lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto Supremo N° 27175 (requisitos de contenido).

Que para verificar el cumplimiento del **segundo elemento** de procedencia, se tomó en cuenta el siguiente análisis:

- En fecha 22 de febrero de 2013, se emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013.
- En fecha 22 de febrero de 2013 se emite Citación APS/DJ/4022/2013 que se recibe el 01 de marzo de 2013.
- El 06 de marzo de 2013, se notifica al representante legal de la Asociación Accidental la Vitalicia - BISA SAFI, con la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147 - 2013 de 22 de febrero de 2013.
- El plazo para interponer el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147 - 2013 vencía el 27 de marzo de 2013 y, ese mismo día la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, presentó el Recurso de Revocatoria contra la mencionada Resolución; por lo tanto, cumple con el segundo elemento.

Que en relación al **tercer elemento**, la sanción impuesta en la parte resolutive de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147 - 2013, en cuanto a lo resuelto en el PRIMERO, se ha evidenciado que el regulado depositó en la cuenta del Banco Central de Bolivia, el monto de Bs34.806,96 (TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SEIS 96/100 BOLIVIANOS) equivalente a \$us 5.001,00 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES AMERICANOS), según Depósito de Cheques Ajenos en moneda Nacional Nr. Mov: 984174 de 12 de marzo de 2013, ajustándose así al cumplimiento del tercer elemento.

Que en relación al **cuarto elemento**, en el resuelve SEGUNDO, se obligaba al regulado a pagar con sus propios recursos, los periodos que en su oportunidad no fueron pagados en el domicilio a la Beneficiaria fallecida Julia Machaca de Tola.

Que en el Cargo imputado al regulado mediante nota APS/DJ/DPNC/500/2013 de 18 de enero de 2013, se establecía claramente que lo adeudado a la Beneficiaria Julia Machaca de Tola comprendía los periodos de octubre de 2009 a octubre de 2010, siendo un total de trece (13) meses y que lo realmente cancelado por un monto de

Bs2.400,00 (DOS MIL CUATROCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS) equivale a solamente doce (12) meses, por lo tanto en relación al **cuarto elemento**, se tiene que la obligación fijada en el resuelve SEGUNDO de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 147 - 2013 de 22 de febrero de 2013, no ha sido cumplida en su totalidad.

Que vista la diferencia de montos, ante la evidencia del incumplimiento de la obligación impuesta a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI y en procura de la verdad material de este hecho, esta Autoridad emitió el Auto de 22 de abril de 2013, pero el regulado no presentó ningún descargo que demuestre la certeza de su cálculo ni la revisión de lo actuado durante el proceso que señala lo adeudado.

Que en virtud a todo lo expuesto y al no haberse cumplido con la totalidad de la obligación impuesta, que incluye un período impago de la Renta Dignidad, a domicilio, el **cuarto elemento** no se ha cumplido siendo necesario para la presentación del Recurso de Revocatoria que planteó la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI.

Que todos los elementos de procedibilidad, deben ser concurrentes, lo cual se traduce en que si se ha pagado la multa, se ha presentado a tiempo el Recurso de Revocatoria, se ha demostrado la lesión al derecho, pero **no** se ha cumplido con todas las obligaciones establecidas por el regulador, en consecuencia el recurso no puede proceder.

Que habiéndose analizado los requisitos procedimentales que determinan la precedencia del Recurso de Revocatoria y ante la falta de demostración del cumplimiento fiel de la obligación impuesta, este Órgano de Fiscalización no puede abrir su competencia para conocer y resolver los aspectos de fondo, diferentes a los requisitos procedimentales.

Que a mayor referencia conceptual sobre el cumplimiento de la obligación, la Resolución Ministerial Jerárquica Nº 012/2011, determinó lo siguiente:

“...es importante hacer hincapié en que el cumplimiento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme, se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:

OBLIGACIÓN.- La obligación es un precepto **de inexcusable cumplimiento**; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que **impone una acción** o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es **constreñida hacia** otra a dar, **hacer** o a no hacer alguna cosa. (...)” (las negrillas son nuestras)

Que finalmente, la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, mediante las Resoluciones Jerárquicas SG SIREFI RJ 9/05, 28/05, 17/06, 46/05, 78/06 entre otras, ha determinado la improcedencia en razón de que no se contaba con uno de los cuatro elementos que deben cumplirse, para que proceda la admisión del Recurso de Revocatoria.

CONSIDERANDO:

Que ante la inconsistencia visible entre los períodos señalados en la Nota de Cargos

APS/DJ/DPNC/500/2013 de 18 de enero de 2013 y los finalmente pagados, se le ha dado a la Entidad Gestora la posibilidad de aclarar la diferencia expuesta mediante lo dispuesto por el Auto de 22 de abril de 2013.

Que la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI no ha modificado su análisis de los períodos debidos o aclarado por qué no ha depositado el monto al que correspondía luego de emitida la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 147-2013.

Que en virtud al principio de la verdad material, en cuanto a la demostración fehaciente del cumplimiento de la obligación de pago a los familiares de la beneficiaria fallecida Julia Machaca de Tola y habiendo ratificado lo que el regulado entiende por el monto correcto de su deuda.

Que el Recurso de Revocatoria presentado por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI de 27 de marzo de 2013, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 147 - 2013 de 22 de febrero de 2013, pide revocatoria pero que no cumple con los requisitos que viabilicen su análisis.

CONSIDERANDO:

Que bajo ese orden normativo y lo expuesto, de la revisión del expediente administrativo se establece que, esta Autoridad no puede abrir la competencia para conocer y resolver el fondo de la controversia suscitada, al no haber la entidad recurrente cumplido con uno de los requisitos exigidos por normas adjetivas contenidas en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el inciso d) del Parágrafo I del artículo 43 y parágrafo I del artículo 47 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003; en consecuencia corresponde declarar la improcedencia.

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, el Ente Regulador llega a la conclusión de que el recurrente ha presentado su petición de revocatoria sin cumplir plenamente la obligación que se le impuso. En consecuencia, debe emitirse la correspondiente Resolución Administrativa de Improcedencia, en el marco del inciso d) del artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "d) Improcedentes. Cuando el recurso se hubiese interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliera con los requisitos exigidos."

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, tiene veinte (20) días hábiles administrativos, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

Que el artículo 61 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias o improcedentes...."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante nota AA.GG.-6199/2013 presentada en fecha 20 de junio de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución

Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 507-2013 de 3 de junio de 2013, señalando lo siguiente:

"...Sobre la Improcedencia

La APS, mediante la R.A. 507-2013, declara improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por nuestra Asociación, debido a que no se habría cumplido de forma completa la obligación establecida en la R.A. 147-2013, de efectuar la cancelación con los propios recursos de los periodos que no fueron pagados por falta de atención a la solicitud de pago a domicilio. Al respecto, la APS estableció que nuestra Asociación debió pagar Bs. 2,600 de Renta Dignidad pero pagó solamente Bs. 2,400, quedando Bs. 200 impagos y por tanto incumplida la obligación.

Informamos que con nuestra nota AAGG-6087/2013 de fecha 18 de junio de 2013, copia de la cual se adjunta al presente Recurso, se comunicó a la APS el pago del monto observado, haciendo conocer nuevamente a dicha Autoridad la arbitrariedad de la exigencia de dicho pago, dado que no se ajusta las condiciones establecidas contractualmente. El pago se realizó exclusivamente para habilitar a nuestra Asociación a proseguir con el procedimiento administrativo de impugnación, resolviéndose de esta manera el elemento que llevó a a (sic) la APS a declarar improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por nuestra Asociación.

Sobre el Fondo del Recurso

La R.A. 147-2013 sanciona a la Asociación Accidental La Vitalicia - Bisa SAFI por el equivalente a USD 5,001.- (cinco mil un 00/100 dólares americanos), por incumplimiento a lo establecido en el inciso e) del punto I de la Circular SPVS/IP/DBFCC/6/2008 de 29 de enero de 2008 y el párrafo IV del artículo (sic) 18 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 62 de 21 de enero de 2008, al advertir que la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI en la Solicitud de la Beneficiaria Julia Machaca de Tola, presentada en fecha 16 de noviembre de 2010 por los periodos octubre 2009 a octubre 2010, no ha procedido con el pago a domicilio de la Renta Dignidad, encontrándose al presente fallecida.

En consideración al análisis efectuado en la R.A. 147-2013, la APS indica: "Se advierte que, se intentó efectuar el pago a domicilio a la Beneficiaria Julia Machaca de Tola no pudiendo concretar el mismo por no llegar al domicilio de esta (sic); sin embargo al tratarse de un pago a domicilio y habiéndose comunicado al regulado el estado de salud (en vida) y la ubicación exacta del domicilio (croquis) de la Beneficiaria, la Asociación se hallaba en la responsabilidad de haber acudido necesariamente al domicilio señalado".

La APS cita nuestro descargo: "Posteriormente en fecha 30/11/12 (sic), 01/12/10 y 02/12/10 se realizaron las llamadas telefónicas al Nº 022137375 a fin de contactarse con el solicitante y coordinar el pago de la Beneficiaria, sin embargo no pudimos establecer contacto con el mismo. De todas maneras, en fecha 02/12/2010 de acuerdo al croquis presentado, nuestro funcionario Yerson Quispe efectuó el viaje a la Localidad de Llacharapi distante a 4 horas de la ciudad de La Paz, para tratar de contactar al solicitante y efectuar el pago a domicilio, sin embargo y pese a nuestro esfuerzo no fue posible la ubicación del mismo, y no se pudo proceder con el pago solicitado (Se adjunta informe rendición de gastos, el cual incluye informe del caso de la Sra. Julia

Machaca de Tola).

Hacemos notar que a la fecha y con posterioridad a esta solicitud de Pago a Domicilio descrita, nuestra Asociación no recibió ningún reclamo ni nueva solicitud de pago a domicilio de la Renta Dignidad. Tampoco se recibió solicitud de Gasto Funeral".

Observamos que tanto la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062/2008 y la Circular SPVS/IP/DBFCC/6/2008, no especifican los requisitos de localización de domicilio que son factualmente necesarios para concretar el pago de una Solicitud de pagos a domicilio, lo cual permite al Ente Gestor, establecer todos los mecanismos necesarios para el cumplimiento del pago del beneficio. Para este fin, nuestra Asociación solicita principalmente un croquis de la ubicación y un número telefónico para coordinar el pago a domicilio con el solicitante, en razón a que pueden presentarse traslados del Beneficiario enfermo a otras direcciones por motivos de emergencia como ser centros de salud u hospitales. Posteriormente nuestros funcionarios acuden al lugar donde se encuentra el Beneficiario. Asimismo, debido a que muchas veces los Beneficiarios se encuentran solos en sus domicilios, se coordina el pago con el solicitante para que procure esperar nuestra llegada y cuente con copia de toda la documentación necesaria (fotocopia de Documento de Identidad del testigo y Beneficiario).

Hacemos notar que el croquis presentado por el Solicitante Sr. Benedicto Mollisaca Tola, hace mención "hasta la iglesia con dos torres", como describe nuestro descargo. Al no lograr la coordinación con el Solicitante, se intentó la ubicación de la dirección de la Beneficiaria, logrando acceder hasta el Puente Pichari. Sin embargo, la realidad de nuestro país denota la falta de señalización y la falta de carreteras a determinadas comunidades; informamos que desde el Puente Pichari son 2 horas de caminata hasta la comunidad de Llacharapi, que es la localidad establecida para el pago a domicilio.

Cabe hacer notar que, de acuerdo a la Cláusula Cuarta del Contrato de Servicios de Pago de la Renta Dignidad, la Entidad Gestora debe "tener capacidad para efectuar el pago de la Renta Dignidad a domicilio, para casos especiales con cobertura en zonas urbanas y rurales en todo el territorio nacional, **siempre que existan vías de acceso y condiciones de transitabilidad**" (el resaltado es nuestro). Se entiende que dicha disposición contractual tiene por objetivo evitar riesgos a la seguridad del personal designado para el operativo de pago, ya que éste se vería obligado a transitar por lugares precarios con el agravante de tener que transportar dinero para el pago de la Renta Dignidad.

Esta exposición, respaldada por los informes presentes en nuestro descargo, resalta un elemento fundamental que no fue tomado en cuenta en la R.A. 147-2013: Que el acceso a la localidad de Llacharapi no cumplía con mucho las condiciones de transitabilidad, por lo que nuestra Asociación no estaba contractualmente obligada a proceder con el pago a domicilio solicitado.

Hacemos notar que en el Formulario de Solicitud de Pago a Domicilio (de fecha 16/11/2010), los periodos que estaban activos a la fecha de la solicitud de pago a domicilio (200910 a 201010), con base a un reclamo efectuado, se encontraban prescritos al momento de la emisión de la R.A. 147-2013, por lo que consideramos que no correspondería efectuar ninguna reposición a los familiares de la Sra. Julia Machaca de

Tola. Sin embargo, de acuerdo a la obligación establecida por la mencionada Resolución Administrativa, se procedió a cancelar Bs. 2,600.- con recursos propios de nuestra Asociación, llegando a efectuarse el pago en la localidad de Llacharapi en un operativo excepcional y con grave riesgo a la integridad personal de nuestros funcionarios responsables del mismo.

Por último, la solicitud de pago a domicilio se efectuó en fecha 16 de noviembre de 2010. El plazo máximo de 21 días calendario para pagar se cumplió el 7 de diciembre de 2010, cuando nuestra Asociación ha demostrado que el intento de pago se efectuó el 2 de diciembre de 2010, dentro del plazo establecido. De acuerdo a la notificación de cargos efectuada por la APS, ocurrida en fecha 18 de enero de 2013, la primera actuación administrativa de dicha Autoridad fue la nota APS/DPNC/11117/2012 de fecha 18 de diciembre de 2012, la cual se dio más de dos años después del 7 de diciembre de 2010, fecha en la que se habría efectuado la supuesta infracción. Por tanto, la infracción habría prescrito de acuerdo a lo establecido en el Art. 79 de la Ley 2341 (Ley del Procedimiento Administrativo).

En base a lo anterior y en apego al Art. 66 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo y del Art. 52 y siguientes del D.S. 27175, pedimos respetuosamente a usted proceda con la remisión al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros de los antecedentes correspondientes a la Revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de fecha 22 de febrero de 2013, para que el mencionado Viceministerio se pronuncie en relación a este Recurso Jerárquico..."

7. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 29 de julio de 2013 se llevó a cabo la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, mediante nota AA.GG.-6961/2013 de 10 de julio de 2013, conforme fuera dispuesta en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 061/2013 de 24 de julio de 2013.

8. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Que, mediante nota AA.GG. - 8118/2013 de 12 de agosto de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** presentó copia del "contrato de Servicios (sic) de Concesión del servicio para Administrar el Fondo de Renta Universal de Vejez y efectuar la Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales" que fuera suscrito por la misma con la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros en fecha 26 de noviembre de 2008.

Con respecto al mismo, la nota precitada pone énfasis en lo siguiente:

"...Nos referimos especialmente al párrafo de la Cláusula Cuarta que se encuentra en la página 6, el cual dice que la Entidad Gestora debe:

Tener capacidad para efectuar el pago de la Renta Dignidad a domicilio, para casos especiales con cobertura en zonas urbanas y rurales en todo el territorio nacional, siempre que existan vías de acceso y condiciones de transitabilidad. (El subrayado es nuestro)

De tal manera que el pago a domicilio de Renta Dignidad está condicionado a la

existencia de vías de acceso y condiciones de transitabilidad...”

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Por emergencia del Contrato de 26 de noviembre de 2008, sobre Concesión del Servicio para Administrar el Fondo de Renta Universal de Vejez y efectuar la Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, suscrito por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** con la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros en fecha 26 de noviembre de 2008, la primera nombrada asumió la obligación de -entre otras-:

“...3.1.3. PAGO DE LA RENTA DIGNIDAD Y GASTOS FUNERALES.

El pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales se efectuará en el marco de la norma legal vigente.

*El **PROVEEDOR** deberá contratar en un plazo no mayor a los 30 días de adjudicados los servicios, mediante licitación a una Empresa nacional con al menos dos años de experiencia en el pago de prestaciones, beneficios o sueldos. Se determina que el precio por el servicio del pago, no deberá exceder el precio determinado en la gestión 2008 de Bs. 4.45 (Cuatro 45/100 Bolivianos).*

*La subcontratación del servicio no libera al **PROVEEDOR** de la responsabilidad emergente de la totalidad de los servicios subcontratados, sin perjuicio de repetir dicha responsabilidad, cuando corresponda, a la entidad subcontratada. La Empresa subcontratada deberá prestar los siguientes servicios:*

Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales a través del sistema financiero bancario y no bancario y Fuerzas Armadas; Enrolamiento (sic) biométrico de los beneficiarios de la Renta Dignidad; conforme lo establecido en los numerales 37 inciso c) y 44 del DBC; la empresa que se adjudicara la subcontratación del servicio del pago, cumplirá a cabalidad las funciones y responsabilidades de este servicio...”
(Numeral 3.1.2)

Asimismo, la cláusula cuarta (Condiciones mínimas, infraestructura y requisitos mínimos) del mismo contrato, establece:

*“...Las condiciones mínimas que el **PROVEEDOR** debe cumplir son las previstas en el DBC y en particular las siguientes: (...)*

Tener capacidad para efectuar el pago de la Renta Dignidad a domicilio, para casos especiales con cobertura en zonas urbanas y rurales en todo el territorio nacional, siempre que existan vías de acceso y condiciones de transitabilidad..."

Contando con dichos antecedentes y ya en el caso concreto de la Beneficiaria fallecida Julia Machaca de Tola y a la denuncia efectuada por el esposo de esta, señor Benedicto Mollisaca Tola, en sentido de "*haber solicitado pago a domicilio de la Renta Dignidad... misma que no fue atendida por al Entidad*", mediante nota APS/DPNC/11117/2012 de 18 de diciembre de 2012, el Ente Regulador instruyó a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, un informe acompañado de la documentación concerniente.

Respondido tal requerimiento mediante nota AA.GG.-12820/2012 de 26 de diciembre de 2012 y a su sustanciación, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** con el cargo que sale en la nota APS/DJ/DPNC/500/2013 de 18 de enero de 2013, por incumplimiento al inciso e) del punto I, de la Circular SPVS/IP/DBFCC/6/2008 de 29 de enero 2008 y el parágrafo IV del artículo 18 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008, al evidenciar que la Entidad Aseguradora no procedió con el pago a domicilio de Renta Dignidad por los periodos de octubre/2009 a octubre/2010, a favor de la Beneficiaria Julia Machaca de Tola, no obstante la solicitud en este sentido presentada en fecha 16 de noviembre de 2010.

Sustanciado el cargo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, pronuncia la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de 22 de febrero de 2013, por la que, en su artículo primero, impone la sanción de multa de \$us. 5.001,00 (CINCO MIL UNO 00/100 DÓLARES AMERICANOS), y en su artículo segundo determina que la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, proceda a cancelar con sus propios recursos a los familiares de la Beneficiaria fallecida Julia Machaca de Tola, por los periodos que no fueron pagados por falta de atención a la solicitud de pago a domicilio, debiendo remitir a la Entidad Reguladora constancia de dicha operación.

Mediante nota AA.GG.-3222/2013 de 2 de abril de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, remite el informe sobre las acciones realizadas para el pago con recursos propios a los familiares de la Beneficiaria fallecida Julia Machaca de Tola, y en fecha 27 de marzo 2013, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de 22 de febrero de 2013.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 507-2013 de 3 de junio de 2013, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de 22 de febrero de 2013, en razón a que no habría cumplido a cabalidad la obligación dispuesta en el artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de 22 de febrero de 2013, motivo por el cual la Entidad Gestora recurre a la instancia jerárquica, mediante Recurso que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Previamente al análisis que corresponda, es importante señalar que, en ejercicio del control de legalidad que importa el Recurso Jerárquico, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se circunscribe a determinar si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en el pronunciamiento de la Resolución impugnada, ha actuado conforme a derecho, cuando ha declarado improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**, de lo que en definitiva depende se ingrese a una evaluación sobre los alegatos de fondo, también contenidos en el mismo Recurso.

2.1. Cumplimiento de las obligaciones impuestas.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante el artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de 22 de febrero de 2013, impuso a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI** dos obligaciones (tantas como párrafos contiene), a saber:

*“...**SEGUNDO.- I.** En el plazo de quince (15) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI deberá proceder, previa acreditación, a cancelar con sus propios recursos, a los familiares de la Beneficiaria fallecida Julia Machaca de Tola, los periodos que no fueron pagados por falta de atención a la solicitud de pago a domicilio.*

II. La Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI dentro de los tres (3) días hábiles administrativos siguientes al pago del beneficio a los familiares de la Beneficiaria fallecida, deberá remitir a esta Autoridad constancia de dicha operación...”

Mediante nota AA.GG.-3077/2013 de 27 de marzo de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de 22 de febrero de 2013.

Posteriormente, con la nota AA.GG.-3222/2013 de 3 de abril de 2013, remitió el informe instruido en el párrafo II del artículo segundo, de la misma Resolución Administrativa, adjuntando copia del Comprobante de Pago N° 13000408 emitido el 15 de marzo de 2013, a favor del señor Benedicto Mollisaca Tola, por un monto de **Bs2.400,00 (DOS MIL CUATROCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS)**.

Asimismo, es pertinente relacionar la existencia del auto de 22 de abril de 2013, por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros considera:

“...Que se ha establecido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de 22 de febrero de 2013, que la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI debió cancelar a los familiares de la Beneficiaria fallecida los periodos que no fueron pagados por falta de atención a la solicitud de pago a domicilio.

*Que el monto pagado al cónyuge Supérstite Benedicto Mollisaca Tola es por un total de Bs2.400,00 (DOS MIL CUATROCIENTOS BOLIVIANOS 00/100)(sic), correspondiendo a doce (12) períodos de la Renta Dignidad; sin embargo **los periodos octubre/2009 a***

octubre/2010 contabilizan un total de trece (13) periodos inhabilitados según la Solicitud de Pago a domicilio de la Renta Dignidad de fecha 16 de noviembre de 2010.

La aparente incongruencia del monto pagado y el supuestamente debido (sic), es necesario que al Entidad Gestora aclare lo que corresponde con el fin de responder con la Resolución Administrativa del caso y en virtud del principio de la verdad material...

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

En mérito a tales consideraciones, el señalado auto de 22 de abril de 2013 dispone que:

“... Se pide presentar, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir del día siguiente a la fecha de notificación, (...) informe documental en relación a los pagos que correspondían pagar a nombre de la Beneficiaria fallecida Julia Machaca de Tola...”

Entonces, en atención a dicho auto, la Entidad Gestora -ahora recurrente-, mediante nota AA.GG.-4227/2013 de 2 de mayo de 2013, informó que:

“...el Sistema Ruda considera la habilitación de pagos a Domicilio en base al Decreto Supremo N° 29400 que indica que el derecho a solicitar el pago de la Renta Dignidad prescribirá en un año.

*En ese sentido, el comprobante de pago de Renta Dignidad a domicilio a nombre de la Sra. Julia Machaca Tola con Documento de Identidad N° 369420 emitido en fecha 22/11/10 para su posterior pago, describe los periodos **Noviembre/2009 a Octubre/2010 por Bs2.400.- (12 periodos)**, el cual no llegó a ser efectuado por las razones ya expuestas en nuestras notas AA.GG.-1269/2013 Y (sic) 3077/2013...”*

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Consiguientemente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 507-2013 de 3 de junio de 2013, declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de 22 de febrero de 2013, debido a que:

*“...en relación al **cuarto elemento**, en el resuelve SEGUNDO, se obligaba al regulado a pagar con sus propios recursos, los periodos que en su oportunidad no fueron pagados en el domicilio a la Beneficiaria fallecida Julia Machaca de Tola.*

*Que en el Cargo imputado al regulado mediante nota APS/DJ/DPNC/500/2013 de 18 de enero de 2013, se establecía claramente que lo adeudado a la Beneficiaria Julia Machaca de Tola comprendía los periodos de octubre de 2009 a octubre de 2010, siendo un total de trece (13) meses y que lo realmente cancelado por un monto de Bs2.400,00 (DOS MIL CUATROCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS) equivale a solamente doce (12) meses, por lo tanto en relación al **cuarto elemento**, se tiene que la obligación fijada en el resuelve SEGUNDO de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147 - 2013 de 22 de febrero de 2013, no ha sido cumplida en su totalidad.*

Que vista la diferencia de montos, ante la evidencia del incumplimiento de la obligación impuesta a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI y en procura de la verdad material de este hecho, esta Autoridad emitió el Auto de 22 de abril de 2013, pero el regulado no presentó ningún descargo que demuestre la certeza de su cálculo ni la revisión de lo actuado durante el proceso que señala lo adeudado.

Que en virtud a todo lo expuesto y al no haberse cumplido con la totalidad de la obligación impuesta, que incluye un período impago de la Renta Dignidad, a domicilio, el **cuarto elemento** no se ha cumplido siendo necesario para la presentación del Recurso de Revocatoria que planteó la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI.

Que todos los elementos de procedibilidad, deben ser concurrentes, lo cual se traduce en que si se ha pagado la multa, se ha presentado a tiempo el Recurso de Revocatoria, se ha demostrado la lesión al derecho, pero **no** se ha cumplido con todas las obligaciones establecidas por el regulador, en consecuencia el recurso no puede proceder...”

Al presente, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI** señala en su Recurso Jerárquico, que con nota AA.GG.-6087/2013 de 18 de junio de 2013, comunicó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros el pago del monto observado, haciendo conocer la arbitrariedad de la exigencia de dicho pago, dado que no se ajusta a las condiciones establecidas contractualmente, y que se realizó el pago exclusivamente para proseguir con el procedimiento administrativo de impugnación.

Previo al análisis, es importante señalar que respecto a los requisitos para la admisión y posterior resolución del Recurso de Revocatoria, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 012/2011 de 30 de marzo de 2011, determinó que:

*“...Los Recursos de Revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, **debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida**, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento” (Negrillas y subrayado son nuestros)*

De lo transcrito queda claro que uno de los requisitos esenciales para la interposición del Recurso de Revocatoria, es justamente el cumplimiento ya sea de la obligación o de la sanción administrativa económica, conforme literalmente expresa el citado y transcrito artículo.(...)

Que en este punto es importante hacer hincapié en que el cumplimiento de la sanción pecuniaria no es igual al cumplimiento de la obligación, al corresponder a dos conceptos diferentes, conforme se explicita en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, a saber:

“OBLIGACIÓN.- La obligación es un precepto de inexcusable cumplimiento; más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una

acción o una omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal: el vínculo de Derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, hacer o a no hacer alguna cosa..."

En tal sentido, con el fin de verificar si la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**, dio cumplimiento a lo dispuesto por la Entidad Reguladora en el artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 147-2013 de 22 de febrero de 2013, estas son las actuaciones que debió realizar:

- 1º. En el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, hacer efectivo con recursos propios, el pago de Renta Dignidad, a los familiares de la Beneficiaria fallecida Julia Machaca de Tola, previa acreditación de los mismos, por los periodos que no fueron pagados por falta de atención a la solicitud de pago a domicilio.
- 2º. Remitir un informe documentado de lo anterior, en el plazo de tres (3) días hábiles administrativos siguientes al pago del beneficio a los familiares de la Beneficiaria fallecida.

A efectos de la verificación del cumplimiento de estos extremos, en función a lo impugnado, corresponde el análisis siguiente:

2.1.1. Monto del pago a los familiares de la Beneficiaria fallecida.-

En fecha 16 de noviembre de 2010, el señor Benedicto Mollisaca Tola suscribió el Formulario de Solicitud de Pago a Domicilio de Renta Dignidad, solicitando el pago de Renta Dignidad de su cónyuge Beneficiaria, señora Julia Machaca de Tola con NUB 220913449 y fecha de nacimiento el 4 de agosto de 1926, por los periodos de **noviembre de 2009 a mayo de 2010**.

De acuerdo a lo señalado en normativa vigente, los Beneficiarios de Renta Dignidad pueden acumular periodos para efectos del cobro, sin limitación, salvo que se hubiere producido la prescripción de los mismos.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha señalado que los periodos de Renta Dignidad no cobrados por la Beneficiaria Julia Machaca de Tola, vigentes a momento de la solicitud de pago a domicilio y que debieron ser resarcidos a los familiares, por el fallecimiento de la Beneficiaria y por la falta de pago en el plazo previsto en normativa vigente, comprende el periodo entre **octubre de 2009 a octubre de 2010, correspondientes a 13 periodos, haciendo un total de Bs2.600,00 (DOS MIL SEISCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS)**.

No obstante, se conoce de la nota AA.GG.-4227/2013 de 2 de mayo de 2013, que la recurrente **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** hizo efectivo el pago de sólo 12 periodos (de noviembre de 2009 a octubre de 2010), en base al "...Decreto Supremo Nº 29400 que indica que el derecho a solicitar el pago de la Renta Dignidad prescribirá en un año".

Considerando que el periodo más antiguo habilitado para cobro es el mes de **octubre de 2009**, y en virtud a lo establecido en el artículo 14º del Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007, que señala que el pago de Renta Dignidad se efectúa mensualmente y

por mes vencido, el mes de octubre de 2009 debió ser cobrado a partir del **4 de noviembre de 2009** (en función a la fecha de nacimiento de la Beneficiaria), cuya prescripción se computaba a partir del **30 de noviembre de 2009**, hasta el **30 de noviembre de 2010** (1 año computable a partir del último día del mes en que hubiera correspondido el pago).

Asimismo, es importante aclarar que el pago correspondiente al mes de **octubre de 2010** se habilitó el **4 de noviembre de 2010**.

Tal como se señaló precedentemente, la Solicitud de Pago a Domicilio de Renta Dignidad, fue suscrita el **16 de Noviembre de 2010**, antes del **30 de noviembre de 2010**, por lo tanto los periodos comprendidos entre octubre de 2009 a octubre de 2010, a dicha fecha, se **encontraban plenamente vigentes** y correspondían ser pagados en vida a la Beneficiaria y de manera posterior a los familiares de la Beneficiaria fallecida, en cumplimiento a lo dispuesto por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 147-2013 de 22 de febrero de 2013.

Ahora bien, mediante nota AA.GG.-6087/2013 de **18 de junio de 2013**, la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, señaló lo siguiente:

*“...De acuerdo a lo expresado en los considerandos de la Resolución Administrativa APS/DPNC/Nº (sic) 507-2013 de fecha 03 de junio del presente, tenemos a bien comunicar que en fecha **12 de junio de 2013** se procedió al pago de **Bs. 200.-** al Sr. Benedicto Mollisaca Tola, esposo de la Sra. Julia Machaca Mollisaca. Adjunto a la presente el comprobante del pago efectuado.*

Hacemos de su conocimiento que para proceder a este pago extraordinario, nuevamente se tuvo que extremar esfuerzos y recursos para realizar el pago instruido, toda vez que el acceso a la localidad de pago no cumple con las condiciones mínimas de transitabilidad...”

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De igual manera mediante nota AA.GG.-6199/2013, a tiempo de presentar su Recurso Jerárquico, la recurrente señala que realizó el pago del saldo observado, para continuar con el procedimiento administrativo de impugnación, resolviendo el elemento que llevó a la Entidad Reguladora a declarar improcedente el Recurso de Revocatoria presentado, haciendo conocer que existe una arbitrariedad en la exigencia de dicho pago, dado que no se ajusta a las condiciones establecidas contractualmente.

Al respecto, debido a que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/Nº 147-2013 de 22 de febrero de 2013, notificada el 6 de marzo de 2013, estableció un plazo de quince (15) días hábiles administrativos de su notificación para que la Entidad Gestora realice el pago de Renta Dignidad a los familiares de la Beneficiaria fallecida y tres (3) días hábiles administrativos siguientes para remitir la constancia de pago, el plazo para dar cumplimiento a lo establecido en el parágrafo I del artículo segundo de la señalada Resolución Administrativa, vencía el **27 de marzo de 2013** y el plazo establecido en el parágrafo II vencía el **2 de abril de 2013**, sin embargo, tal como se señaló, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**, realizó el pago de Renta Dignidad correspondiente al mes de **Octubre de 2009** por Bs200,00 (DOSCIENTOS 00/100 BOLIVIANOS), a los familiares de la

Beneficiaria fallecida Julia Machaca de Tola, en fecha **12 de junio de 2013**, remitiendo la constancia a la Entidad Reguladora en fecha **18 de junio de 2013**, ambos fuera del plazo establecido.

De lo señalado, es importante aclarar a la recurrente que una obligación de la naturaleza de la que se trata el presente caso de autos, tiene carácter absoluto, por cuanto su pago parcial no la extingue, entonces tiene que ser satisfecha en su integridad para alcanzar la calidad jurídica de cumplida.

Entonces, fallecida la Beneficiaria y en virtud a lo establecido en el artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de 22 de febrero de 2013, la Entidad Gestora, ahora recurrente, debió dar curso al pago de los **13 periodos** extrañados, a los familiares de la misma, en reposición por la falta de pago de Renta Dignidad a domicilio y dentro del plazo establecido para el efecto, evidenciándose por lo tanto, el incumplimiento total de la obligación establecida por la Entidad Reguladora.

2.1.2. Incumplimiento en el plazo de informe.-

Finalmente corresponde verificar si la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**, dio cumplimiento a la instrucción del parágrafo II del artículo segundo, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de 22 de febrero de 2013, y que está referida a que:

“...La Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI dentro de los tres (3) días hábiles administrativos siguientes al pago del beneficio a los familiares de la Beneficiaria fallecida, deberá remitir a esta Autoridad constancia de dicha operación (se refiere al pago extrañado que dio lugar a la sanción)...”

Mediante nota AA.GG.-3222/2013 de 2 de abril de 2013, recepcionada en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros el **3 de abril de 2013**, la Entidad Gestora remitió el informe detallado, adjuntando al mismo copia de los Comunicados en Prensa, el Comprobante de Pago N° 13000408 emitido el 15 de marzo de 2013 por Bs2.400,00 a favor del señor Benedicto Mollisaca Tola, copia del Documento de Identidad del señor Benedicto Mollisaca Tola y fotocopias de las fotografías tomadas del viaje a la localidad de Llacharapi.

En el parágrafo II del artículo segundo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 425-2012 de 19 de junio de 2012, la Entidad Reguladora estableció que dicha operación debía ser informada por la Entidad Gestora, en el plazo de tres (3) días hábiles administrativos siguientes al pago del beneficio a los familiares de la Beneficiaria fallecida, sin embargo, el mismo fue recepcionado en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha **3 de abril de 2013** (cuatro -4- días después), incumpliendo la obligación establecida.

Por tanto, se verifica aquí también, el incumplimiento a esta otra obligación impuesta por el Ente Regulador.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma, al haber

declarado improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de fecha 22 de febrero de 2013, toda vez que ésta **no ha cumplido** con la obligación dispuesta en el artículo segundo de la señalada Resolución Administrativa, ya que no realizó el pago correcto a los familiares de la Beneficiaria fallecida, de todos los periodos acumulados, específicamente del mes de octubre de 2009, el cual se encontraba dentro de los periodos pendientes de cobro, **incumpliendo** de igual manera el plazo dispuesto en el párrafo II del mismo artículo.

Que, asimismo y no menos importante, es que lo anterior determina que este Ministerio no puede entrar a un análisis de fondo, toda vez que su competencia para ello no se ha abierto, sino simplemente para conocer de la improcedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 507-2013 de fecha 3 de junio de 2013, que en Recurso de Revocatoria declaró improcedente el recurso contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPNC/N° 147-2013 de 22 de febrero de 2013.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/N°661-2013 DE 24 DE JULIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°073/2013 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 073/2013

La Paz, 04 de Noviembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 661-2013 de 24 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2013 de 06 de junio de 2013, ambos actos pronunciados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 071/2013 de 01 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 158/2013 de 07 de octubre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 12 de agosto de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, representada legalmente por su Subgerente de Ajustes y Reclamos, Fianzas y Crédito, señor Sandro Rubén Soliz Morató, tal como acredita el Testimonio de Poder Especial y Suficiente N° 041/2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 081 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Helen Kate Mendoza Rodríguez,

interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 661-2013 de 24 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó en todas sus partes, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2013 de 06 de junio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 20 de agosto de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, mismo que le fue notificado el 27 de agosto de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA APS/DESP/DJ/DS/5234/2013 DE 29 DE ABRIL DE 2013 SOBRE NOTIFICACIÓN CON CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros mediante nota APS/DESP/DJ/DS/5234/2013 de 29 de abril de 2013 notificó a Gerencia General de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, con las presuntas contravenciones en las que habría incurrido, conforme el siguiente texto:

*"...**SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** no adecuó las renovaciones de las Pólizas de Fianza JOB-ORU-0285; JOB-ORU-273; JIA-ORU-0218; y JIA-ORUO202 de acuerdo a los textos únicos y uniformes que prevé la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 y las comercializó con textos distintos al registrado ante la APS".*

*"Lo anterior importa incumplimiento de **a) Artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007** que señala: "Las entidades aseguradoras que comercializan pólizas de cauciones, deberán registrar ante esta Superintendencia, los textos únicos y uniformes de las pólizas anteriormente señaladas, incluyendo las dos cláusulas de ejecución, en un plazo de 10 días administrativos a partir de la notificación con la presente resolución. Vencido este plazo, las entidades aseguradoras que no hayan registrado las mismas, **no podrán emitir o renovar pólizas de cauciones para las entidades públicas**" (las negritas son de la APS)".*

*"**b) Artículo 7 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007:** "En un plazo de 30 (treinta) días hábiles administrativos, a partir de la notificación con la presente resolución, **quedan sin efecto las Resoluciones Administrativas** de registro de Pólizas y/o cláusulas adicionales de cauciones para entidades públicas emitidas para todas las entidades aseguradoras, a excepción de las siguientes..." (las negritas son de la APS)".*

*"**c) Presunta infracción de los artículos 14.a) y 12.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998** que respectivamente, señalan: "**PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS:** las entidades aseguradoras quedan prohibidas de: ...a) Publicitar y **entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación** de la entidad, y **de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...**" (las negritas son de la APS) y "**f) Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros**".*

“En consecuencia **NOTIFICAMOS** a usted en su condición de representante legal de **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** con los cargos anotados en los párrafos precedentes, al no haber observado y cumplido debidamente la normativa señalada, por lo que en aplicación del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercer su legítimo derecho a la defensa”.

“Vencido el término de prueba y dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos, la APS emitirá la resolución que corresponda en sujeción a lo previsto por el artículo 68 del Decreto Supremo No. 27175”.

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Que, en fecha 22 de mayo de 2013, mediante Cite: FORT/SNAR-FC 029/2013 la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, fundamenta y presenta descargos señalando lo siguiente:

“(…)

1. Pólizas observadas.

Sobre las pólizas observadas, tal y como mencionamos en nuestra nota cite: **FORT-SARFC 008/2013** de 01 de Febrero de 2013, adjunta a la presente, es necesario aclarar los antecedentes que motivaron la emisión de las mismas, en ese sentido nos permitimos citar:

- En mérito a los contratos suscritos entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios en fechas: 8 de Febrero de 2007 (Proyecto Asfaltado Tramo Ouillacas - Cutimbora 10 Kms.) y 10 de Agosto de 2007 (Tramo 3 "Villa Esperanza — Salinas de García Mendoza), Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. emitió las pólizas que se detallan en el siguiente cuadro:

ORU	CCO	600	15/02/2007	16/02/2007 13/12/2007	ASFALTADO DEL TRAMO QUILLACAS-CUTIMBORA
ORU	CIA	626	15/02/2007	16/02/2007 17/05/2007	ASFALTADO DEL TRAMO QUILLACAS-CUTIMBORA
ORU	JIA	8	09/08/2007	01/08/2007 01/08/2008	ASFALTADO TRAMO III VILLA ESPERANZA
ORU	JOB	15	09/08/2007	01/08/2007 01/08/2008	ASFALTADO TRAMO III VILLA ESPERANZA

Resaltando que las pólizas CCO-ORU-600, CIA-ORU-626 fueron emitidas en fecha **15 de Febrero de 2007**, y las pólizas JOB-ORU-15 y JIA-ORU-8 fueron emitidas el **09 de Agosto de 2007**.

- La Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros SPVS emitió la Resolución Administrativa IS No. 731 en fecha 11 de Septiembre de 2007, debidamente notificada a Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. en fecha **13 de Septiembre de 2007**, mediante la cual establecen los textos únicos y uniformes de las pólizas.
- Producto de modificaciones en los plazos inicialmente establecidos y otros temas ajenos a nuestro conocimiento, se renovaron las garantías hasta emitir las pólizas **JOB-ORU-0285, JOB-ORU-273, JIA-ORU-0218 y JIA-ORU-0202**.

Reiterando nuestra posición, al nacer la relación contractual entre Beneficiario y Afianzado, con anterioridad a la Resolución Administrativa IS No. 731, las pólizas emitidas en este caso, fueron distintas a los textos únicos y uniformes establecidos en la citada resolución administrativa de la SPVS.

2. Facultad sancionadora de la APS

Ante el presente procedimiento sancionador que pretende incoar el ente regulador, es preciso analizar y tener presente la potestad sancionadora de la Administración Pública, entendida como aquella facultad de imponer sanciones a través de un procedimiento administrativo, el cual se rige en completa sujeción a los principios rectores de la Administración Pública (principios de legalidad, proporcionalidad, al debido proceso, etc.), en ese sentido, la potestad sancionadora, dentro de un Estado de Derecho, posee ciertos límites, entre los que podemos citar a institución jurídica de la prescripción.

La **prescripción** es una figura jurídica mediante la cual el simple transcurso del tiempo produce la consolidación de las situaciones de hecho, permitiendo la extinción o adquisición de derechos, la prescripción extintiva o liberatoria es aquella mediante la cual se pierde el derecho de ejercer una acción por el transcurso del tiempo, en cambio la prescripción también es un medio de adquirir bienes o liberarse de obligaciones al cumplir cierto tiempo fijado por la ley. La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se denomina prescripción positiva o adquisitiva; la liberación de obligaciones por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa o extintiva.

En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el **Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la administración** y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso. y el interés de la propia administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción, es decir **la expresa renuncia por parte de la Administración Pública del**

derecho a juzgar debido transcurso de cierto tiempo, tal y como afirman precedentes del Ministerio de Economía, y jurisprudencia expresadas en Sentencias Constitucionales del Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional.

Respecto a la normativa vigente que rige esta materia, tenemos como base lo establecido por la Ley N° 2341 Ley de Procedimiento Administrativo que en su Art. 79 (Prescripción de Infracciones y Sanciones) fija los parámetros generales, y de manera específica, es necesario remitirnos al **Art. 4 (Prescripción) de la Resolución Administrativa IS No 602 "Reglamento de Sanciones del sector de Seguros"** emitido por la SPVS el 24 de Octubre de 2003, la cual establece textualmente "La acción de la Superintendencia para imponer sanciones **prescribe en el plazo de dos (2) años computables a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción**, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo."

En ese sentido, al haberse emitido las Pólizas **JOB-ORU-0285, JOB-ORU-273, JIA-ORU0218 y JIA-ORU-0202** en fechas: **1ro de junio de 2009 y 05 de noviembre de 2009**, a la fecha de la nota de cargos, se cumplió superabundantemente el plazo para la APS para imponer sanciones por la presunta infracción, es decir habría prescrito.

Asimismo es necesario hacer notar que no obstante nuestra Compañía reportó en tiempo oportuno este reclamo al ente regulador (reporte sobre el reclamo a la ASFI realizado en **Mayo y Junio de 2010**, y a la APS en **Septiembre de 2011**), adjuntando copia de los antecedentes y las pólizas reclamadas, jamás se instauró procedimiento sancionatorio específico sobre la no aplicación de los textos únicos establecidos en la Resolución Administrativa IS/731, sino hasta ahora, por lo que habría prescrito a la fecha, la potestad de iniciar procedimiento sancionador en cuanto a nuestra Compañía.

En base a lo anteriormente señalado, descrito y fundamentado, en tiempo hábil, Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. en ejercicio de su legítimo derecho a la defensa, presenta los descargos correspondientes, rechazando los cargos imputados debido a que los mismos se los pretende realizar luego de haber transcurrido **más de dos años** a partir de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción, por lo que habría **PRESCRITO la facultad de la APS de imponer sanciones sobre la falta de adecuación a los textos únicos de las Pólizas JOB-ORU-0285; JOB-ORU-273; JIA-ORU0218 y JIA-ORU-0202**"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 525-2013 DE 06 DE JUNIO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2013 de 06 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve lo siguiente:

"PRIMERO.- SANCIONAR a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** con una multa en Bolivianos equivalente a Ochenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (80.000 UFV's) por el incumplimiento del Artículo 6.a) de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 y los artículos 14.a) y 12.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

SEGUNDO.- La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865, en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Sancionatoria.

TERCERO.- La **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado con el resuelve segundo, copia de la boleta de depósito que acredite el cumplimiento de la sanción...”.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“(...)”

CONSIDERANDO:

Que las normas acusadas de incumplimiento por parte de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** son:

1. Artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 que señala: “Las entidades aseguradoras que comercializan pólizas de cauciones, deberán registrar ante esta Superintendencia, los textos únicos y uniformes de las pólizas anteriormente señaladas, incluyendo las dos cláusulas de ejecución, en un plazo de 10 días administrativos a partir de la notificación con la presente resolución. Vencido este plazo, las entidades aseguradoras que no hayan registrado las mismas, **no podrán emitir o renovar pólizas de cauciones para las entidades públicas**” (las negritas son de la APS).

2. Artículo 7 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007: “En un plazo de 30 (treinta) días hábiles administrativos, a partir de la notificación con la presente resolución, **quedan sin efecto las Resoluciones Administrativas** de registro de Pólizas y/o cláusulas adicionales de cauciones para entidades públicas emitidas para todas las entidades aseguradoras, a excepción de las siguientes...” (las negritas son de la APS).

3. Presunta infracción de los artículos 14.a) y 12.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que respectivamente, señalan: “**PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS:** las entidades aseguradoras quedan prohibidas de: ... **a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación** de la entidad, y **de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...**” (las negritas son de la APS) y “**f) Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros**”.

CONSIDERANDO:

Que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, en los descargos presentados alega básicamente dos aspectos; las pólizas en cuestión fueron emitidas antes de la entrada en vigor de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 y que no obstante, cualquier infracción emergente de la emisión de las pólizas **JOB-ORU-0285, JOB-ORU-273, JIA-ORU-0218 y JIA-ORU-0202**, habría prescrito al tenor del artículo 4 (Prescripción) de la Resolución Administrativa IS N° 602

“Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros” emitido por la SPVS el 24 de octubre de 2003, concordante con lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

CONSIDERANDO:

Que en relación al primer argumento; esto es, que las Pólizas **JOB-ORU-0285, JOB-ORU-273, JIA-ORU-0218 y JIA-ORU-O202** fueron emitidas antes de la entrada en vigor de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, se debe explicar mejor: estas cuatro pólizas tienen como antecedente al contrato de 8 de febrero de 2007 suscrito entre el Comando de Ingeniería y la empresa **Jhoselyn Construcciones y Servicios** para la construcción del asfaltado Tramo Quillacas-Cutimbora de 10 km, y el asfaltado Tramo 3 Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, emitiéndose en su día las Pólizas **CCO-ORU-600 y CIA-ORU-626 en fecha 15 de febrero de 2007** y las Pólizas **JOB-ORU-15 y JIA-ORU-8 en fecha 9 de agosto de 2007**.

Que estas cuatro Pólizas fueron renovadas como (valga la redundancia) **JOB-ORU-0285 y JIA-ORU-0218** en fecha 5 de noviembre de 2009, y las Pólizas **JOB-ORU-273 y JIA-ORU-O202** fueron renovadas el 1 de junio de 2009 por lo que estamos de acuerdo con **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** en que **originalmente**, las pólizas fueron emitidas antes de la vigencia de la citada Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, pero con el añadido de que luego de entrar en vigor este instrumento regulatorio administrativo, la Aseguradora **renovó** las mismas, por lo que se concluye que este último acto **-de renovar-** ya se encontraba bajo la regulación citada. En efecto, si **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** procedió a renovar aquellos títulos de seguros tenía que, sí o sí, registrarlos en la APS por mandato del artículo 6.a) de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, sin cuyo registro no se podía **renovar** aquella documentación, por lo que no haber efectuado este trámite y mantener las pólizas en el comercio del mercado de seguro, importó también el incumplimiento de los artículos 12.f) y 14.a) de la Ley N° 1183 de 25 de junio de 1998.

Que en definitiva, este argumento no enerva el cargo imputado y lo ratifica.

Que en cuanto a la presunta prescripción de la imposición de sanción por el transcurso de dos años desde el acto, es necesario efectuar algunas digresiones:

a) El caso se inicia a raíz del reclamo efectuado por el Comando de Ingeniería del Ejército mediante carta **As. Jur. N° 172/2011 de 22 de agosto de 2011** dirigida a la APS y recibido en fecha 29 del mismo mes y año por la no ejecución de las pólizas **JOB-ORU-0285, JOB-ORU-273, JIA-ORU-0218 y JIA-ORU-O202** por parte de **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** adjuntando documentación respaldatoria.

b) Mediante carta APS/DS/JTS/3514 de 22 de septiembre de 2011, la APS solicita a aquella Aseguradora documentación que acredite el cumplimiento del contrato de seguros.

c) Estas actuaciones derivan en la emisión de las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012 y APS/DJ/DS/N° 268-2012 de 2 de mayo de 2012, mismas que en su momento, fueron anuladas por resolución del Ministerio de Hacienda en la instancia correspondiente.

d) Siempre a raíz de la carta señalada en el inciso a) anterior y de manera independiente al reclamo del Comando de Ingeniería del Ejército, la APS remite carta CITE: APS/DS/JTS/259-2013 de 10 de enero de 2013 (recibido por la destinataria el 11 de enero de 2013) solicitando a la Aseguradora informe respaldado que indique la razón para haber emitido pólizas de fianza con texto distinto a los establecidos en la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007.

e) Esta carta merece la respuesta Cite: FORT-SARFC-004/2013 de 16 de enero de 2013 recibido el 21 de enero en la APS y por la cual, solicita prórroga de cinco días hábiles administrativos para responder, concediéndosele 3 días hábiles.

f) Mediante carta Cite: FORT-SARFC 008/2013 de 01 de febrero de 2013 y recibido mismo día en la APS, **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** responde al requerimiento original adjuntando variada documentación técnica.

g) Este intercambio epistolar merece la emisión del Informe Técnico APS/DS/JTS/259-2013 de 28 de febrero de 2013; el Informe Legal APS/DJ/DS/182-2013 de 29 de abril de 2013, así como la Notificación de Cargos subsecuente CITE: APS/DESP/DJ/DS/5234-2013 de 29 de abril de 2013, notificada el 8 de mayo de 2013.

h) De cuya emergencia, **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** remite la carta de Descargos Cite: FORT-SNAR-FC-029/2013 de 22 de mayo de 2013.

Que se puede evidenciar entonces que se inicia el procedimiento sancionatorio (valga la reiteración) contra **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** a través de la Notificación de Cargos CITE: APS/DESP/DJ/DS/N° 5324-2013 de 29 de abril de 2013 notificada a esta Aseguradora en fecha 8 de mayo de 2013

CONSIDERANDO:

Que explicado el anterior cuadro, corresponde referirse al argumento de que los cargos habrían prescrito. Veamos:

a) El artículo 4 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 determina: "La acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de dos (2) años computables a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley N° 2341...".

b) A su vez, el artículo 79 de dicha Ley establece: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años...".

Que debe notarse que ninguna de estas disposiciones especifica las causas de interrupción o suspensión de la prescripción en materia administrativa, por lo que es necesario recurrir a la jurisprudencia y a la doctrina pertinente.

Que de acuerdo a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo establece: "la prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, en el caso de la sanción, desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa...".

Que más adelante veremos cómo la frase "desde el día siguiente de producida la infracción..." debe ser aplicada en función de los efectos de la infracción; si es instantánea, permanente o continuada.

Que en cuanto a la **interrupción de la prescripción en materia administrativa**, se tiene a la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo que establece, aplicando el principio de inexcusabilidad expresado en el artículo 52.II de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002:

"El artículo 80, parágrafo I de la Ley de Procedimiento Administrativo, referido a las etapas del procedimiento sancionador manifiesta que: "I procedimiento sancionador se registrará (...) por las disposiciones I, II, III y IV del título tercero de esta Ley" capítulos que comprenden los artículos 39 al 55 de dicha Ley. Ahora bien, el artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo especifica que los procedimientos administrativos-incluyéndose en ellos los sancionatorios- podrán iniciarse **de oficio** como a solicitud de persona interesada, determinando el artículo 40, parágrafo I de la Ley adjetiva administrativa que el inicio de oficio de un procedimiento se dará por la decisión e iniciativa del órgano administrativo correspondiente.

Por otra parte, el artículo 65, parágrafo I del decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, referido a las etapas del procedimiento sancionatorio indica que: "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, **de oficio** o a denuncia, **investigarán la comisión de infracciones** e identificarán a las personas individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación de procedimiento".

De las normas antes desarrolladas y acudiendo a los métodos de interpretación ya señalados, se tiene que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto Supremo N° 27175 de 17 de septiembre de 2003 han reconocido la facultad de las Superintendencias del SIREFI de poder iniciar de oficio las investigaciones que consideren pertinentes a los fines de detectar posibles conductas lesivas del ordenamiento jurídico administrativo por parte de los sujetos regulados... **En tal sentido y atendiendo a lo anterior, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor**, si la cuestión es realizada de oficio, y no así con la notificación de cargos, que es el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones, por cuanto el

procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza con la presentación de la denuncia por parte de un usuario de los servicios financieros...o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio por la entidad reguladora, que también debe ser de conocimiento de la entidad infractora.

De otro lado y continuando con lo anterior, **la prescripción también puede ser interrumpida al presentarse un reclamo o denuncia al órgano regulador correspondiente...**" (las negrillas son del SIREFI). Ver también la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre. Este último párrafo deviene en crucial para la resolución de la alegada prescripción de **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**

Que todo lo transcrito precedentemente puede resumirse en que la interrupción de la prescripción puede operar, o por cualquier acto de investigación de la APS o como consecuencia de la presentación de un reclamo al órgano regulador. Ya volveremos sobre esta consideración más adelante.

Que siguiendo el análisis, consideremos el siguiente razonamiento producto de la elaboración doctrinal; las sanciones (**léase, infracciones**) pueden ser clasificadas de tantas maneras como reflexiones pudieran existir; por el resultado; por el agente que la causa; por la lesión que causa; por sus efectos y su duración, etc. Precisamente, en función de este último criterio, se reconocen tres especies de delitos (**mutatis mutandi infracciones administrativas**) en función de su duración: **instantáneo, permanente o continuo, y continuado.**

a) Delito (léase infracción) Instantáneo. La acción se consuma y se agota en un solo momento. Este carácter se encuentra determinado por la naturaleza de la acción, al que la norma le atribuye el rasgo consumatorio. Este tipo puede conllevar varios actos (ideológicos, preparatorios, ejecutivos, y consumatorios), pero debe haber unidad de acción.

b) Delito (léase infracción) Instantáneo con efectos permanentes. La acción, aunque agotada y consumada en un solo momento lesionando un bien jurídico protegido, permanece en cuanto a sus consecuencias.

c) Delito (léase infracción) continuado. Aunque existen varias acciones hay una sola lesión jurídica. Para Carrara, la continuidad debe buscarse en la discontinuidad de la acción. Se dice que el delito continuado consiste:

1. Unidad de resolución;
2. Pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución);
3. Unidad de lesión jurídica;
4. Unidad de sujeto pasivo. Como ejemplo puede citarse el caso del sujeto que decide robar veinte botellas de vino, más para no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta.

Que para **Sebastián Soler**, "puede hablarse de delito (infracción) permanente sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos". Para **Alimena**, "existe el delito (infracción) permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación. Permanece el estado mismo de la consumación, a diferencia de lo que ocurre en los delitos (infracciones) instantáneos de efectos permanentes". O sea, en la infracción permanente la acción se prolonga en el tiempo, hay continuidad en lo subjetivo y en lo objetivo (ejecutivo).

Petit enumera como elementos del delito (infracción) permanente:

- a) Una conducta o un hecho; y,
- b) Una consumación más o menos duradera; a su vez este segundo elemento comprende tres momentos a saber:
 - b.1. Un momento inicial identificado con la comprensión del bien jurídico protegido por la ley;
 - b.2. Un momento intermedio, que va desde la comprensión del bien jurídico hasta antes de la cesación del estado antijurídico; y,
 - b.3. Un momento final, coincidente con la cesación del estado comprensivo del bien jurídico".

Que los elementos conceptuales expuestos precedentemente, permiten señalar que mientras no cesen los efectos de la renovación de las Pólizas **JOB-ORU-273 y JIA-ORU-0202** que fueron renovadas el **1 de junio de 2009**, y las Pólizas **JOB-ORU-0285 y JIA-ORU-0218** que fueron renovadas en fecha **5 de noviembre de 2009**, no corre ni un día de prescripción.

Que en efecto, aunque el acto de renovar dichas pólizas fue instantáneo (en un momento de tiempo -1 de junio de 2009 y 5 de noviembre de 2009), no obstante sus efectos o sus consecuencias son continuados ya que dichas pólizas se "reproducen", se "validan, se "usan" para su hipotética ejecución hasta el último día de su vigencia. El siguiente cuadro referido a la vigencia de las tantas veces citadas pólizas ilustra este razonamiento:

PÓLIZA	RENOVACIÓN E INICIO DE VIGENCIA	FIN DE VIGENCIA
JOB-ORU-0273	01 DE JUNIO, 2009	28 DE DICIEMBRE DE 2009
JIA-ORU-202	01 DE JUNIO, 2009	28 DE DICIEMBRE DE 2009
JOB-ORU-0285	05 DE NOVIEMBRE 2009	3 DE FEBRERO DE 2010
JIA-ORU-0218	05 DE NOVIEMBRE DE 2009	3 DE FEBRERO DE 2010

Que concordante con este análisis, el artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo determina que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. El artículo 4 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, determina que la acción para imponer sanciones de la APS, prescribe en el plazo de 2 años a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción... (sic).

Que en este contexto, si las Pólizas **JOB-ORU-273 y JIA-ORU-O202** que fueron renovadas el **1 de junio de 2009** tienen vigencia hasta el 28 de diciembre de 2009, es en este 28 de diciembre de 2009 que cesa en sus efectos, por lo que es **a partir de esta fecha** que se debe contar el plazo de los dos años de prescripción, mismo que debiera concluir (si nada que lo interrumpe ocurre) el 28 de diciembre de 2011; pero se da el caso de que el Comando de Ingeniería del Ejército, mediante carta As. Jur. N° 172/2011 presenta su reclamo el 29 de agosto de 2011 a la APS, interrumpiendo así el plazo normal de los dos años (que en teoría, debiera concluir el 28 de diciembre de 2011) haciendo imperativo que el plazo de dos años se vuelva a contar a partir del día siguiente al 29 de agosto de 2011; o sea, el 30 de agosto de 2011, cuyos dos años concluirían el 30 de agosto de 2013. Como aún no se está en este extremo, se concluye incontestablemente que la prescripción alegada no ha operado de ninguna manera.

Que del mismo modo, si las Pólizas **JOB-ORU-0285 y JIA-ORU-0218** que fueron renovadas en fecha **5 de noviembre de 2009** tienen vigencia hasta el 03 de febrero de 2010, es en este 03 de febrero de 2010 que cesan en sus efectos, por lo que es **a partir de esta fecha** que se debe contar el plazo de los dos años de prescripción, mismo que debiera concluir (si nada que lo interrumpe ocurre) el 03 de febrero de 2012; pero se da el caso de que el Comando de Ingeniería del Ejército, mediante carta As. Jur. N° 172/2011 presenta su reclamo el 29 de agosto de 2011 a la APS, interrumpiendo así el plazo normal de los dos años (que en teoría, debiera concluir el 03 de febrero de 2012) haciendo imperativo que el plazo de dos años se vuelva a contar a partir del día siguiente al 29 de agosto de 2011; o sea, el 30 de agosto de 2011, cuyos dos años concluirían el 30 de agosto de 2013. Como aún no se está en este extremo, se concluye incontestablemente que la prescripción alegada no ha operado de ninguna manera.

Que nótese que las normas relativas a la prescripción transcritas anotan en plural **“hechos”, “actos”, u “omisiones constitutivos de la infracción”**, resultando de suma importancia señalar que uno de los actos constitutivos de la infracción, como se ha anotado en las citas precedentes, es el bien jurídico contratado, por lo que cada día de vigencia transcurrida de las pólizas citadas, las mismas surtían efectos, producto de su renovación irregular, en las coberturas contratadas, con efectos ya no abstractos, sino, concretos; o sea, el que corresponde a las coberturas contratadas, bien jurídico que se prolonga en su protección, mientras el período de cobertura de las pólizas de seguro estén vigentes. Ese es el sentido que tiene aquél artículo 4 cuando emplea vocablos plurales ya que conlleva que la infracción puede importar, no un solo acto, no un solo hecho, o no una sola omisión, sino, varios y sucesivos en el tiempo.

Esta lectura de la prescripción en relación a la naturaleza de la infracción que se analiza no constituye ocurrencia o capricho de esta APS, sino que viene refrendada consistentemente por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 09/2008 de 23 de enero de 2008, que establece: “...En las **infracciones permanentes**, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante, es decir, que no se agota en un solo momento, a

causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo. En consecuencia, cuando se trata de **infracciones permanentes**, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto" (el subrayado es de la APS).

CONSIDERANDO:

Que por todo lo razonado en la presente resolución, es aplicable lo dispuesto en el artículo 16.II.a) de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 que establece: "Se consideran como infracciones leves, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a cuarenta mil uno (40.001) ni mayor a ochenta mil (80.000) Unidades de Fomento a la Vivienda, las siguientes: **a) Incumplimiento de órdenes o instrucciones** emanadas de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o de autoridad competente, en cumplimiento de la normativa vigente...".

Que la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 constituye orden e instrucción en su contenido extrínseco e intrínseco.

CONSIDERANDO:

Que el numeral I del artículo 169 de la Ley de Pensiones establece que, el Organismo de Fiscalización estará representado por una Directora o Director Ejecutivo, quien se constituirá en la Máxima Autoridad Ejecutiva de la entidad y ejercerá la representación institucional.

Que en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema N° 05411 de 30 de marzo de 2011, ha sido designado el Lic. Iván Orlando Rojas Yanguas como Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS.

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado en fecha 05 de julio de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2013 de 06 de junio de 2013, conforme a la transcripción que sigue a continuación:

"(...) En mérito a los contratos suscritos entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios; Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A., emitió las pólizas CCOORU-600 y CIA-ORU-626 en fecha 15 de febrero de 2007 y las pólizas JOB-ORU-15 y JIA-ORU-8 en fecha 9 de agosto de 2007. Por su parte, la entonces Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros (SPVS) emitió la Resolución Administrativa IS No. 731 de fecha 11 de septiembre de 2007, que establece los textos únicos y uniformes de pólizas de cauciones y fianzas para entidades públicas. Esta Resolución fue "notificada" a nuestra empresa en fecha 13 de septiembre de 2007.

Finalmente, la Resolución Administrativa N° 525/2013 resuelve sancionar a la empresa que represento por incumplimiento al artículo 6.a de la Resolución Administrativa IS No. 731 de 11 de septiembre de 2007 (vamos a entender que se refiere al Artículo 6 de la Resolución citada, puesto que el texto no tiene ningún inciso a) y, a los artículos 14.a y 12l de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998.

3. LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IS No. 731 de 11 de septiembre de 2007.

En su Artículo 6, la Resolución Administrativa IS No. 731 establece con meridiana claridad la **OBLIGACIÓN** de las empresas aseguradoras que comercializan pólizas de caución de **REGISTRAR**, en un plazo de diez (10) días administrativos, ante la SPVS, los textos únicos y uniformes de las señaladas pólizas aprobados en la merituada Resolución IS N° 731. Ahora bien, el mismo artículo 6 señala que aquellas empresas aseguradoras que no registren los textos únicos y uniformes, no podrán emitir ni renovar pólizas de caución para las entidades públicas.

La Resolución Administrativa IS 731, **no** establece prohibición o impedimento alguno para que las compañías aseguradoras puedan **renovar** pólizas emitidas previamente, mucho menos si nos referimos a pólizas cuyo sujeto, objeto y causa son idénticos y sólo se ha procedido -como en el caso de las pólizas objeto de la sanción y el presente recurso administrativo - a ampliar los plazos de vigencia. Asimismo, la base y fundación de la renovación de las pólizas, nace de una relación contractual previa a la emisión y notificación de la Resolución Administrativa IS 731.

Por otra parte, si bien el Artículo 7 de la Resolución IS N° 731 deja sin efecto las Resoluciones que hubiera emitido la SPVS aprobando los registros de las anteriores pólizas de caución con entidades públicas, en **ningún momento** determina o establece la nulidad y/o inaplicabilidad de **pólizas emitidas vigentes**. No podemos inferir, por tanto, como maliciosamente intenta ahora la APS, que se habría infringido los artículos 14.a) y 12.1) de la Ley de Seguros N° 1883, puesto que al momento de renovar éstas pólizas, no se ha publicitado o entregado **información** inexacta o falsa.

Con todos estos antecedentes, se deja claramente plasmado el **hecho** de que nuestra empresa no ha infringido de ninguna manera las disposiciones de la entonces SPVS, puesto que:

a) Nuestra empresa ha **REGISTRADO** debidamente sus nuevas pólizas de fianzas y cauciones de conformidad al texto único y uniforme y dentro de los plazos establecidos en la Resolución Administrativa IS N° 731, quedando plenamente habilitada para emitir y/o renovar dichas pólizas, oportunamente.

b) La Resolución Administrativa IS N° 731, no establece ninguna disposición con respecto a las pólizas **vigentes** al momento de la emisión de dicha Resolución Administrativa y por tanto, ni la entonces Superintendencia ni la actual Autoridad de Supervisión y Control, están **legalmente habilitadas** para el inicio de una infracción y mucho menos sancionar a nuestra empresa.

4. PLAZO DE LA APS PARA SANCIONAR.

Si a pesar de nuestros sólidos y contundentes argumentos legales previamente explicados, la APS insiste en ver una infracción a la Ley o a las Resoluciones Administrativas, debemos analizar objetivamente sí en verdad la APS estaba habilitada temporalmente para aplicar la sanción. Veamos:

a) De acuerdo a la posición legal de nuestra empresa, el Artículo 4 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, el cual concuerda con el Artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, la facultad sancionadora de la ex SPVS o la actual APS, **PRESCRIBE** en el término de dos (2) años, conmutables a partir de la **fecha de realización** de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción.

b) La ilegal intención de la APS de auto facultarse para **interpretar** las normas legales, como aparece en el séptimo considerando de la Resolución N° 525/2013, es sólo un vano intento por justificar una actuación cuyo plazo está fatalmente vencido. En efecto, para comenzar la APS **NO TIENE** facultades legales para interpretar **NINGUNA** norma, de hecho, el Artículo 158 numeral I, sub- numeral 3) de la Constitución Política del Estado, únicamente faculta a la Asamblea Legislativa Plurinacional a cumplir tal tarea de interpretación.

La APS se aproxima peligrosamente a la usurpación de funciones al pretender "interpretar" las normas sobre la prescripción de infracciones y sanciones; mucho más si lo hace tendenciosamente para justificar su inacción y en perjuicio del administrado.

5. CONCLUSIONES.

Conforme a todos los antecedentes y elementos vertidos en la presente impugnación administrativa, establecemos lo siguiente:

a) La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha perdido, por aplicación estricta del Artículo 79 de la Ley N° 2341 y el Artículo 4 de la Resolución Administrativa IS No. 602 su competencia para imponer sanción sobre cualquier hecho, acto u omisión que no haya sucedido hasta el **6 de junio del año 2011** y en el caso que nos ocupa, las últimas renovaciones de nuestras pólizas se realizaron entre el **1ro de junio y el 5 de noviembre de 2009** y el primer acto administrativo de la APS con relación al hecho es de **10 de enero de 2013**.

b) A pesar de los esfuerzos de la APS por pretender que tal situación como la prescripción no se aplica a este caso, los mismos resultan inútiles ya que para la APS la norma debe **interpretarse** y deben inventarse elementos tales como la **infracción permanente** concepto que, lastimosamente para la APS, no existe en la norma y por tanto, en base al principio de legalidad, es inaplicable para la autoridad de fiscalización.

c) Ahora bien, sin aceptar las sanciones pretendidas por la APS, pero en el entendido de que no aceptará su error en cuanto al concepto de prescripción, tampoco es aplicable la sanción que se aplica sobre los artículos de la parte resolutive de la Resolución Administrativa N° 525/2013. En efecto, el Artículo 6 de la Resolución Administrativa IS No. 731 de 11 de septiembre de 2007, establece como **única**

obligación **la** de **registrar** los textos únicos y uniformes de las pólizas de fianzas y cauciones para entidades públicas, en un plazo de diez (10) días desde la notificación con la señalada resolución, enunciando una **sanción** en sentido de no permitir a las compañías de seguros comercializar aquellas pólizas que no hayan sido registradas. En tal sentido, nuestra empresa remitió, mediante nota con CITE GT No. 299/2007 las pólizas de fianzas y cauciones con el texto único y por su parte la ex Superintendencia aprobó el registro de dichas pólizas mediante la Resolución Administrativa N° 887 de 31 de octubre de 2007. Por tanto, **NO** existe infracción al Artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731.

d) Sobre la infracción al inciso f) del Artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, tampoco es aplicable, puesto que nuestra compañía **SÍ** cumplió con el registro de las pólizas, conforme el numeral anterior.

e) En cuanto a la supuesta infracción al inciso a) del Artículo 14 de la Ley de Seguros, tampoco es aplicable, puesto que, como ya se indicó previamente, nuestra compañía **NO HA PUBLICITADO NI BRINDADO INFORMACIÓN INEXACTA O FALSA** ni sobre la situación de nuestra empresa ni sobre sus productos o sobre las condiciones de comercialización de los mismos, puesto que desde el momento de la emisión de las pólizas hasta su posterior **RENOVACIÓN** se brindó toda la información verídica sobre el producto a las partes contratantes y como también ya se dijo, sólo se modificaron los plazos de vigencia.

Con todo lo expuesto, de conformidad y en aplicación del artículo 56 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y los artículos 46 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicitamos a su autoridad **REVOCAR TOTALMENTE** el acto administrativo impugnado...”.

5.- RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 661-2013 DE 24 DE JULIO DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 661-2013 de 24 de julio de 2013, que resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, se confirma en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2013 de 06 de junio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con los siguientes fundamentos:

“(…) CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2013 de 6 de junio de 2013, se dispuso: **“PRIMERO.- SANCIONAR** a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, con una multa en Bolivianos equivalente a Ochenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (80.000 UFV’s) por el incumplimiento del artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 y los artículos 14.a) y 12.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998...”

CONSIDERANDO:

Que conviene contextualizar el presente caso antes de entrar al análisis de fondo. Recordemos:

a) El caso se inicia a raíz del reclamo efectuado por el Comando de Ingeniería del Ejército mediante carta **As. Jur. N° 172/2011 de 22 de agosto de 2011** dirigida a la APS, recibida en fecha 29 del mismo mes y año, por la no ejecución de las pólizas **JOB-ORU-0285; JOB-ORU-273; JIA-ORU-0218; y JIA-ORU-0202** por parte de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** adjuntando documentación respaldatoria.

b) Mediante carta APS/DS/JTS/3514 de 22 de septiembre de 2011, la APS solicita a la Aseguradora documentación que acredite el cumplimiento del contrato de seguros.

c) Estas actuaciones derivan en la emisión de las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012 y APS/DJ/DS/N° 268-2012 de 2 de mayo de 2012, mismas que en su momento, fueron anuladas por resolución del Ministerio de Hacienda en la instancia correspondiente.

d) Siempre a raíz de la carta señalada en el inciso a, y de manera independiente al reclamo del Comando de Ingeniería del Ejército, la APS remite carta CITE: APS/DS/JTS/259-2013 de 10 de enero de 2013 (recibida por la destinataria el 11 de enero de 2013) solicitando que la Aseguradora remita informe respaldado que indique la razón para haber renovado pólizas de fianza con texto distinto a los establecidos en la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007.

e) Esta carta mereció la respuesta Cite: FORT-SARFC-004/2013 de 16 de enero de 2013, recibida el 21 de enero en la APS, por la que la Compañía Aseguradora solicita prórroga de cinco días hábiles administrativos para responder, habiéndosele concedido 3 días hábiles.

f) Mediante carta Cite: FORT-SARFC 008/2013 de 01 de febrero de 2013 la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** responde al requerimiento original adjuntando variada documentación técnica.

g) Este intercambio epistolar mereció la emisión del Informe Técnico APS/DS/JTS/259-2013 de 28 de febrero de 2013; del Informe Legal APS/DJ/DS/182-2013 de 29 de abril de 2013, así como de la Notificación de Cargos CITE: APS/DESP/DJ/DS/5234-2013 de 29 de abril de 2013.

h) De cuya emergencia, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** remite la carta de Descargos Cite: FORT-SNAR-FC-029/2013 de 22 de mayo de 2013.

Que puede evidenciarse que se inicia procedimiento sancionatorio contra la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** a través de la Notificación de Cargos CITE: APS/DESP/DJ/DS/N° 5324-2013 de 29 de abril de 2013, notificada el 8 de mayo de 2013, emitiéndose la resolución administrativa que ahora se recurre.

CONSIDERANDO:

Que efectuada esta digresión, corresponde resumir los argumentos del Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2013 de 6 de junio de 2013 planteados por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.:**

1. La Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 establece con meridiana claridad la **obligación** de las empresas aseguradoras que comercializan pólizas de caución de **registrar**, en un plazo de 10 días hábiles administrativos, ante la SPVS, los textos únicos y uniformes de las señaladas

pólizas aprobados en dicha resolución. También indica esta resolución que aquellas empresas aseguradoras que no registren los textos únicos y uniformes **no podrían** emitir ni **renovar pólizas de caución** para las entidades públicas.

La Resolución Administrativa IS 731, **no** establece prohibición o impedimento alguno para que las compañías aseguradoras puedan **renovar** pólizas emitidas previamente; mucho menos si se refieren a pólizas cuyo sujeto, objeto y causa son idénticos y sólo se ha procedido a ampliar los plazos de vigencia.

Asimismo de la base de la renovación de las pólizas nace una relación contractual previa a la emisión y notificación de la Resolución Administrativa IS 731.

2. Si bien el artículo 7 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 deja sin efecto las resoluciones que hubiere emitido la SPVS aprobando los registros de las anteriores pólizas de caución con entidades públicas, en **ningún momento** determina o establece la nulidad y/o inaplicabilidad de **pólizas emitidas vigentes**.
3. No se puede inferir, por tanto que se habría infringido los artículos 14.a) y 12.f) de la Ley de Seguros, puesto que al momento de renovar éstas pólizas, no se ha publicitado o entregado **información** inexacta o falsa.
4. Por ello la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** ha registrado debidamente sus nuevas pólizas de fianzas y cauciones de conformidad al texto único uniforme y dentro de los plazos establecidos en la Resolución Administrativa IS 731, quedando plenamente habilitada para emitir y/o renovar dichas pólizas, oportunamente.
5. La Resolución Administrativa IS N° 731-2007 no establece ninguna disposición respecto a las pólizas **vigentes** al momento de la emisión de dicha resolución administrativa y por tanto, ni la entonces Superintendencia ni la actual Autoridad de Supervisión y Control, están **legalmente** habilitadas para el inicio de una infracción(sic) y mucho menos sancionar a nuestra empresa.
6. En cuanto al plazo de la APS para sancionar, tanto el artículo 4 de la Resolución Administrativa IS N° 602 como el artículo 79 de la Ley N° 2341 señalan que la facultad sancionadora de la APS prescribe en el término de dos años, computables a partir de la **fecha de realización** de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción, por lo que la APS, cuando se auto faculta para interpretar las normas legales, como aparece en el séptimo considerando de la R.A. 525/2013, incurre en un vano intento por justificar una actuación cuyo plazo, está fatalmente vencido. En efecto, para comenzar la APS **NO TIENE** facultades legales para interpretar **NINGUNA** norma; de hecho, el artículo 158 numeral 1, sub-numeral 3) de la C.P.E., únicamente faculta a la Asamblea Legislativa Plurinacional a cumplir la tarea de interpretación.
7. La APS se aproxima peligrosamente a la usurpación de funciones al pretender "interpretar" las normas sobre la prescripción de infracciones y sanciones,

mucho más, si lo hace tendenciosamente para justificar su inacción en perjuicio del administrado.

8. Lo anteriormente expuesto revela que el ente regulador, por aplicación estricta del artículo 79 de la Ley N° 2341 y el artículo 4 de la Resolución Administrativa IS N° 602 ha perdido competencia para sancionar sobre cualquier acto, hecho u omisión que no haya sucedido hasta el 6 de junio de 2011 y en el caso que nos ocupa, las últimas renovaciones de las pólizas se realizaron el 1 de junio y el 5 de noviembre de 2009, y el primer acto administrativo de la APS con relación al hecho es de 10 de enero de 2013. A pesar de los esfuerzos de la APS para pretender que tal situación como la prescripción no se aplica a este caso, los mismos resultan inútiles ya que para la APS la norma debe **interpretarse** y deben inventarse elementos tales como la **infracción permanente** concepto que, lastimosamente para la APS, no existe en la norma y por tanto, en base al principio de legalidad, es inaplicable para la autoridad de fiscalización.
9. Ahora bien, sin acpetar (sic) las sanciones pretendidas por la APS, pero en el entendido de que no aceptará su error en cuanto al concepto de la prescripción, tampoco es aplicable la sanción impuesta sobre los artículos de la parte resolutive de la Resolución Administrativa 525/2013. En efecto, el artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 establece como **única** obligación la de **registrar** los textos únicos y uniformes de las pólizas de fianzas y cauciones para entidades públicas, en un plazo de 10 días desde la notificación con la señalada resolución, enunciando una sanción en sentido de no permitir a la compañías de seguros comercializar aquellas pólizas que no hayan sido registradas. En tal sentido la empresa remitió mediante carta CITE: GT N° 299-2007 las pólizas de fianzas y cauciones con el texto único y por su parte la ex SPVS aprobó el registro de dichas pólizas mediante la Resolución Administrativa N° 887 de 31 de octubre de 2007. Por tanto no existe infracción al artículo 6 de la R.A. IS N° 731.
10. Sobre la infracción al inciso f) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de Seguros, tampoco es aplicable, puesto que la compañía sí cumplió con el registro de las pólizas, conforme el numeral anterior.
11. En cuanto a la supuesta infracción al inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros, tampoco es aplicable, puesto que, desde el momento de la emisión de las pólizas hasta su posterior **RENOVACION** se brindó toda la información verídica sobre el producto a las partes contratantes y como también ya se dijo, sólo se modificaron los plazos de vigencia
12. Finalmente, se solicita la suspensión de la ejecución del acto recurrido a fin de evitar grave perjuicio económico a la empresa aseguradora.

CONSIDERANDO:

Que resumidas las alegaciones de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, corresponde su análisis pertinente.

Que en cuanto **al argumento 1** resumido en el quinto Considerando de la presente Resolución, es necesaria una paráfrasis del texto del artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007:

*“Las entidades aseguradoras que comercializan pólizas de cauciones, deberán registrar ante esta Superintendencia, los textos únicos y uniformes de las pólizas anteriormente señaladas, incluyendo las dos cláusulas de ejecución, en un plazo de 10 días administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución. **Vencido este plazo las entidades aseguradoras que no hayan registrado las mismas, no podrán emitir o renovar pólizas de cauciones** para las entidades públicas...” (las negrillas son de la APS)*

Nótese, sobretodo, la última parte de esta disposición que determina (con carácter preceptivo además) que vencido el plazo de los 10 días administrativos, no se podrán **emitir o renovar pólizas** de cauciones para las entidades públicas. Como quiera que resulta consistente discriminar el significado del término **“renovar”**, vayamos a su aclaración: “Arreglo o cambio que deja algo como nuevo” (Diccionario de Ciencias Políticas y Jurídicas de Manuel Ossorio); en otras palabras, arreglar para que el plazo original quede como nuevo, o volver a contar plazo (volver al estado primigenio).

Que cuando el artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 señala que no se **podrá renovar**, es obvio que se está refiriendo a la imposibilidad de “volver a dejar algo como nuevo”, de la imposibilidad de “volver al estado primigenio”, si no hay algo preexistente; en este caso, las pólizas **JOB-ORU-285; JOB-ORU-273; JIA-ORU-218; Y JIA-ORU-202.**

Que siendo así, sólo se puede renovar lo que existe antes de la norma citada, por lo que alegar que dicho artículo 6 no establece prohibición o impedimento alguno para que las compañías aseguradoras puedan renovar pólizas emitidas previamente cae por su propio peso, ya que nunca se podrá renovar algo que no existe antes; sólo se podrá renovar lo que ya existe. En este caso, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** sólo podrá renovar pólizas preexistentes al artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, y por supuesto, jamás podrá renovar pólizas que antes de dicha norma, no existían.

Que precisamente, la norma incumplida por la recurrente se circunscribe a las pólizas emitidas con anterioridad, pero dentro de un plazo y condiciones expresas. Lo que la APS ha sancionado por intermedio de la Resolución, que se recurre, no es el hecho de que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** hubiera renovado **per se**, sino, que hubiera renovado al margen de los plazos y condiciones determinadas por el artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007.

Que en todo caso, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** procedió a **renovar** las cuatro pólizas en cuanto a la ampliación del plazo de vigencia se refiere **sin registrar** las mismas, ya que nunca estuvo en discusión el objeto, sujeto o causa de las pólizas.

Que en cuanto **al argumento 2**, resumido en el quinto Considerando de la presente Resolución, se transcribe nuevamente el contenido del artículo 7 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007:

“En un plazo de 30 (treinta) días hábiles administrativos, a partir de la notificación con la presente resolución, **quedan sin efecto las Resoluciones Administrativas** de registro de Pólizas y/o cláusulas adicionales de cauciones para entidades públicas emitidas para todas las entidades aseguradoras, a excepción de las siguientes...” (las negritas son de la APS).

Que por supuesto que este artículo no determina **la nulidad o inaplicabilidad** de las pólizas (institutos jurídicos de trámite especial). Este artículo establece que **quedan sin efecto** las resoluciones administrativas de Registro de Pólizas y/o cláusulas adicionales de cauciones con excepción de las que enuncia. En efecto, si quedan sin efecto las resoluciones administrativas de registro con anterioridad a la resolución N° 731, **ergo**, lo que ellas disponen también quedan sin efecto; o sea, el registro de las pólizas junto a sus textos y contenido. Detenerse en mayores consideraciones equivaldría a entrar en un galimatías innecesario.

Que en cuanto **al argumento 3**, resumido en el quinto Considerando de la presente Resolución, es necesario señalar que si la aseguradora renovó (amplió) el plazo de vigencia de las pólizas en cuestión al margen de lo dispuesto por la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, quiere decir que las comercializó sin haber registrado las mismas, y si las comercializó con textos y cláusulas no registrados, entonces brindó ó entregó información inexacta de sus productos, conducta que implica incumplimiento del artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: **“PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS: las entidades aseguradoras quedan prohibidas de: ... a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad, y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...”** (las negritas son de la APS).

Incumplimiento que a su vez importa otra infracción, la que determina el artículo 12.f) de la referida Ley: **“f) Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros”**.

Que por lo explicado, es fácil entender que no existen actitudes maliciosas ni malintencionadas, sino, el celo propio de una entidad de la administración pública en el cumplimiento de sus deberes institucionales establecidas por Ley.

Que en cuanto **al argumento 4**, resumido en el quinto Considerando de la presente Resolución, es importante destacar el hecho (no negado por la compañía recurrente) que las Pólizas **JOB-ORU-0285 y JIA-ORU-0218** fueron renovadas en fecha 5 de noviembre de 2009, y las Pólizas **JOB-ORU-273 y JIA-ORU-O202** fueron renovadas el 1 de junio de 2009, por lo que estamos de acuerdo con la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** en que **originalmente**, las pólizas fueron emitidas antes de la vigencia de la citada Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre

de 2007, pero con el añadido de que luego de entrar en vigor este instrumento regulatorio administrativo, la Aseguradora **renovó** las mismas, por lo que se concluye que este último acto "**de renovar**" ya se encontraba bajo la regulación del artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731-2007 de 11 de septiembre de 2007. En efecto, si la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** procedió a renovar tenía que, sí o sí, registrar en la APS por mandato del artículo 6 de la citada resolución, por lo que haber efectuado (renovar en términos de tiempo de vigencia o ampliación del tiempo de vigencia) este trámite y mantener las pólizas en el comercio del mercado de seguro, **sí** importó también el incumplimiento de los artículos 12.f) y 14.a) de la Ley N° 1183 de 25 de junio de 1998, como se ha demostrado.

Que en cuanto **al argumento 5**, resumido en el quinto Considerando de la presente Resolución, la aseguradora debe imponerse del contenido y espíritu de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, que establece que las Pólizas que se comercializan (se entiende, pólizas en vigencia a la entrada en vigor de dicha resolución) **deben ser registradas** en el plazo de 10 días hábiles administrativos, por lo que argumentar que "no establece ninguna disposición respecto a las pólizas vigentes al momento de la emisión de dicha resolución, por lo que la actuación de la APS, es ilegal..." carece de consistencia.

Que en cuanto **a los argumentos 6, 7 y 8**, resumidos en el quinto Considerando de la presente Resolución, cabe destacar que las normas sustantivas y adjetivas del procedimiento sancionatorio administrativo carecen de previsiones en torno a la suspensión e interrupción de los plazos, razón que impulsó a la APS a recurrir a consideraciones legales, doctrinales y de academia, así como a varios precedentes respecto de la suspensión e interrupción de los plazos emitidos por el entonces sistema SIREFI (sic).

Que en este sentido y siguiendo dichos razonamientos, es necesario dejar claramente establecido de que antes de que se materialice la notificación de cargos, existen actos previos por medio de los cuales los órganos administrativos asumen la competencia de un tema (una denuncia), estos actos que se encuentran señalados en el artículo 81 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 65 del Decreto Supremo N° 27175 se denominan "Diligencias Preliminares" donde a raíz de las denuncias que se formulan, el ente fiscalizador comienza su labor de investigación, es decir que con la sola presentación de la denuncia se interrumpe la prescripción de la acción administrativa.

En los hechos la denuncia del Comando de Ingeniería del Ejército fue presentada el 29 de agosto de 2011 y el cómputo de la prescripción se inició el 4 de noviembre de 2009, momento en que se renovaron las pólizas.

Que no escapa al entendimiento de ningún lector acucioso que (en este caso) la APS no está interpretando ninguna norma, sino, la aplica y con mayor razón, en tanto y en cuanto tiene todas las atribuciones necesarias para el cumplimiento de sus funciones en conformidad con el artículo 43.t) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

Que la aseguradora se limita a impugnar (sin mayor sustento fáctico ni legal) el razonamiento de la APS respecto de los plazos y la prescripción. En efecto, no discute ni enerva la validez de las fechas de renovación de las cuatro pólizas; no discute ni enerva las fechas de vigencia de las mismas; no discute ni enerva, *strictu sensu*, el razonamiento de la APS en cuanto a los efectos de los plazos de vigencia de las pólizas y cómo estos prolongan sus efectos; no discute ni enerva la aseguradora el hecho de que los plazos se hayan interrumpido con el reclamo del Comando de Ingeniería del Ejército como consecuencia de la carta AS JUR N° 172/2011 de 29 de agosto de 2011; no discute la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** que la prescripción prevista en el artículo 4 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 concordante con el artículo 79 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 no se refieren a “un acto”, “a un hecho”, o “a una omisión”; sino que tales son escritos en número plural con las connotaciones de prolongación de los actos y sus efectos en el tiempo, como bien ha descrito la resolución administrativa que ahora se recurre; tampoco discute ni enerva la validez de las citas de precedentes jurisprudenciales en materia de prescripción que la APS citó en su momento; finalmente, tampoco discute ni enerva el razonamiento de los cuatro precedentes del SIREFI en torno a este asunto.

Que este análisis, encuentra su corolario cuando se verifica que la recurrente no concretiza cuál norma o disposición estaría la APS “interpretando” en intrusión de competencias propias de la Asamblea Legislativa Plurinacional, ya que no basta con levantar el dedo acusador, sino, que se debe precisar e individualizar el acto intrusivo respecto de una norma en concreto.

Que es fenómeno común y en algunos casos, hasta preceptivo, que se recurra a los precedentes pertinentes; así lo hace el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional Plurinacional y la URJ-SIREFI, por lo que si fuera válido el argumento de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** en sentido de intrusividad de funciones, éstos tribunales serían sujetos de incompetencias y otras acciones ya que estarían “interpretando” normas, pseudo razonamiento que por supuesto, no resiste el menor ni el mayor análisis.

Que en cuanto a que la APS hubiera “perdido competencia” porque el primer acto administrativo que llevó a cabo fue el 10 de enero de 2013 o porque no sancionó dentro los dos años, no es real, ya que la recurrente olvida o pretende olvidar que la Resolución Administrativa que ahora se impugna, demostró que los plazos se interrumpen con cualquier acto, reclamo o denuncia conforme establece la Resolución de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 8 de septiembre, y que en este caso, la prescripción se interrumpió con la presentación de la carta AS JUR N° 172/2011 de 29 de agosto de 2011 del Comando de Ingeniería del Ejército.

Que en cuanto a los argumentos 9 y 10, resumidos en el quinto Considerando de la presente Resolución, efectivamente, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** registró sus pólizas a través de la Resolución Administrativa IS N° 887 de 31 de octubre de 2007, notificada en fecha 13 de septiembre del mismo año; **pero y esto hay que destacarlo**, más de un mes después de haber sido notificada con la

resolución administrativa N° 731, y no dentro los plazos y condiciones señaladas en la misma. Se puede afirmar entonces, que en su afán de demostrar lo indemostrable, es la misma recurrente la que se inculpa con su propio "argumento de descargo", con el incumplimiento acusado y sancionado.

Que el artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731-2007 de 11 de septiembre de 2007 establece la obligatoriedad de registrar los textos únicos y uniformes de las pólizas en cuestión; o sea, las pólizas propiamente dichas y dentro el plazo de 10 días administrativos, y no cuando así se lo considere apropiado hacerlo, como graciosamente interpreta la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** (que en el caso presente ocurrió, más de un mes después de notificada con la norma pertinente); de cuya consecuencia, correspondía y corresponde la sanción impuesta por incumplimiento del artículo 12.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

Que en cuanto **al argumento 11**, resumido en el quinto Considerando de la presente Resolución, en puntos anteriores se ha demostrado que el hecho de no registrar las pólizas en sus textos y contenidos y al mismo tiempo comercializarlos, implica entregar información inexacta de productos de la recurrente en incumplimiento del artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, por lo que huelgan mayores comentarios al respecto.

Que en cuanto a la solicitud de suspensión del acto recurrido debido a "graves perjuicios económicos a la empresa aseguradora", la misma no procede ya que no basta con enunciar el aludido perjuicio, sino que se debe demostrar de qué manera e irreversiblemente, la Resolución recurrida causaría tal perjuicio. En efecto, enunciar el perjuicio es insuficiente, ya que debe evidenciarse el interés público o el grave perjuicio, de conformidad con el artículo 59 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002.

CONSIDERANDO:

Que a mérito de lo expuesto, no concurren elementos que otorguen entidad para la revocación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2013 de 6 de junio de 2013. (...)"

6.- RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 12 de agosto de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 661-2013 de 24 de julio de 2013, expresando lo siguiente:

"(...) 2.- LOS ARGUMENTOS DE LA APS.

Para comenzar, la APS transcribe en su integridad el Artículo 6 de la Resolución Administrativa IS No. 731 de 11 de septiembre de 2007, subrayando el hecho de que una vez **"...vencido el plazo, las entidades aseguradoras que no hayan registrado las mismas, no podrán emitir o renovar pólizas de cauciones para las entidades públicas..."** y con estas negrillas y subrayados cree equivocadamente que podrá reforzar su posición y en un siguiente párrafo indica que "...es obvio que (la prohibición de renovar)... se está refiriendo a..." En este tipo de afirmaciones -de las que existen un sinnúmero en esta Resolución y la anterior impugnada- es donde reside la falta de

la APS, puesto que señalar que un término normativo puede o más bien, desde la óptica de la APS, debe aplicarse obviamente, es, a todas luces interpretar la norma a su conveniencia.

Vale decir, las autoridades de la APS pretenden explicar, mediante la interpretación, los alcances y propósitos de la Resolución Administrativa IS No. 731. Las autoridades de la APS, que pretenden efectuar esta "explicación" interpretando lo que convenientemente les resulta cómodo, pero olvidan que bajo la premisa de la reserva legal, si la **LEY** o la **NORMA** no les otorgan la facultad de interpretar, no pueden realizar dicha tarea.

Ahora bien, entendamos que **no** estamos hablando de las facultades y atribuciones que la Ley le otorga a la APS, para emitir circulares o resoluciones que le permitan cumplir y **reglamentar** sus funciones de control, fiscalización y servicio público; pero no puede, en virtud a tales resoluciones y mucho menos si se trata de actos sancionatorios, **interpretar** sus propias resoluciones (en este caso la RA IS No.731) infiriendo que es obvia su aplicación tanto para el futuro, como retroactivamente. Partamos de la siguiente aclaración efectuada por el profesor Juan Carlos Flores Rivas: "...la potestad reglamentaria inherente a los cuerpos administrativos... tiene su fuente en la respectiva ley de creación de cada uno de ellos... El legislador, al crear dichos entes, no puede menos que darles facultades para adoptar las decisiones de carácter general o particular encaminadas a satisfacer sus respectivos objetivos. (Límites Constitucionales de la (sic) Facultades Interpretativas de Los Organismos de la Administración, pág. 6). En este sentido, la APS ha emitido la Resolución Administrativa IS No. 731, en cabal cumplimiento de sus funciones y facultades; sin embargo, cuando llega el momento de emitir las resoluciones sancionatorias que hemos y estamos impugnando, empiezan los excesos de las autoridades de la APS desde el momento en que deciden explicando e interpretando los alcances y propósitos de la Resolución Administrativa IS No. 731.

Resulta innecesaria tal explicación interpretativa de la Resolución IS No. 731, especialmente sobre el Artículo 6, el cual con claridad dispone que, en **el futuro**, las compañías de seguros, no podrán emitir o renovar pólizas de cauciones para las entidades públicas, cuando no se haya cumplido el plazo de registro del nuevo texto. La Resolución IS No. 731 cumple a cabalidad sus objetivos de reglamentar los aspectos relativos a las pólizas de cauciones para entidades públicas que en el futuro vayan a ser comercializadas por las compañías de seguros, quienes no podrán realizar tal actividad comercial si no han cumplido con el registro de sus pólizas con el nuevo texto. Es absurdo por ilegal, intentar aplicar la Resolución Administrativa 731 a las pólizas anteriores. El Artículo 123 de la Constitución Política del Estado es claro con relación a la retroactividad normativa. Si la APS tuvo la intención de dejar sin efecto las **pólizas** de cauciones que contenían el texto anterior, debió haber señalado clara y expresamente tal extremo. Por otro lado, pero en el mismo sentido, si la APS quería o tenía la intención de prohibir la **renovación** de pólizas con un texto anterior, también debió establecerlo así en su resolución. Por tanto, fuera de las innecesarias "explicaciones" y "justificaciones" fuera de norma de la APS sobre los alcances de la Resolución Administrativa IS No. 731, en los hechos, aquello que no está

expresamente señalado y dispuesto en una norma administrativa, no puede ser aplicado al antojo y conveniencia de la administración. Es necesario en este punto recordar a la autoridad tanto doctrinalmente como también en precedentes administrativos, que en materia administrativa no aplica el principio general de derecho "lo que no está prohibido, está permitido". Tal extremo implicaría aceptar una infracción a los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados constitucionalmente.

A mayor abundamiento sobre esta inquietante e inaudita posición de la APS de "explicar" e interpretar su resolución, la APS señala en parte de su sexto "considerando", que "...sólo se podrá renovar lo que ya existe... y, por supuesto, jamás podrá renovar pólizas que antes de dicha norma, no existían". Si analizamos este ininteligible argumento, resulta que las pólizas de cauciones para entidades públicas fueron "creadas" por la Resolución IS No. 731 y, por tanto, antes de esta norma, las mismas no existían.

En otro absurdo, la APS señala que lo que se ha sancionado no es el hecho de la renovación de las pólizas, sino que dicha renovación se hubiera realizado al margen de los plazos y condiciones determinados en el Artículo 6 de la merituada Resolución 731. Sin embargo, las autoridades de la APS olvidan malintencionadamente que el Artículo 6 de la Resolución Administrativa IS No. 731 establece como **ÚNICA OBLIGACIÓN** que las empresas aseguradoras que quieran comercializar pólizas de caución para entidades públicas, **REGISTREN** los textos únicos y uniformes aprobados por la Resolución IS N° 731. El mismo artículo 6 señala, como **ÚNICA SANCIÓN**, que aquellas empresas aseguradoras que **no registren** los textos únicos y uniformes, no podrán -en el futuro- emitir o renovar pólizas de caución para las entidades públicas con los respectivos textos únicos y uniformes aprobados. Hacemos hincapié en el término **FUTURO**, puesto que de conformidad al Artículo 123 de la Constitución Política del Estado, la norma sólo prevé para dicho tiempo.

Asimismo y pese a la intención de interpretar a su favor la Resolución Administrativa IS No. 731, la APS no ha incorporado expresamente ninguna prohibición o impedimento para que las compañías aseguradoras puedan **renovar** pólizas **emitidas previamente**.

Por otra parte, si bien el Artículo 7 de la Resolución IS N° 731 deja sin efecto las Resoluciones que hubiera emitido la SPVS aprobando los registros de las anteriores pólizas de caución con entidades públicas, en **ningún momento** determina la situación legal de las **pólizas** emitidas y que se hallaban plenamente **vigentes**.

En conclusión, el Artículo 6 de la Resolución Administrativa IS No. 731 en la que funda su primera posición la APS, no requiere de ninguna explicación o interpretación por parte de dicha autoridad para su aplicación. En efecto, al momento en que nuestra empresa **REGISTRÓ** las nuevas pólizas de fianzas y cauciones de conformidad al texto único y uniforme establecido en la Resolución Administrativa IS N° 731, mediante nota con CITE GT No. 299/2007 y por su parte la ex Superintendencia aprobó el registro de dichas pólizas mediante la Resolución Administrativa N° 887 de 31 de octubre de 2007, **NO** puede existir ninguna infracción al Artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N°

731 y mucho menos puede señalarse que corresponde la sanción ya que es la misma entidad de control y fiscalización, la que aprobó el registro de nuestras pólizas.

3. APLICACIÓN DE LA SANCIÓN.

Partiendo de la premisa de que no existe ninguna infracción a la norma, pero que la APS se niega tozudamente a aceptar con argumentos "inconsistentes" y que "caen por su propio peso" -para usar los inapropiados términos de la APS incluidos en la Resolución que ahora impugnamos- analizaremos a continuación la pertinencia legal sobre la aplicación de la sanción que nos fue ilegalmente impuesta.

Los incisos c) y u) del Artículo 43 de la Ley No. 1883 de Seguros, establece que es atribución de la Superintendencia (actualmente APS) "Supervisar, inspeccionar y **sancionar** a las entidades bajo su jurisdicción" y "Aplicar las sanciones contenidas en la presente Ley."

Ahora bien, para que la APS ejerza su facultad de sancionar, debe ocurrir, previamente una infracción. El Artículo 52 de la Ley No. 1883 establece el tipo de infracciones dividiéndolas en cuatro (4): leves, graves, insubsanables y penales.

Quitando las dos últimas de éstas que no se aplican al caso que nos ocupa, sólo nos quedan las infracciones leves y graves.

Según la definición contenida en el Artículo 52 de la Ley No. 1883, las infracciones leves se aplican "...al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros."

Por su parte, las infracciones graves se aplican "...al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado **de culpa o dolo imputable a los representantes legales** de la entidad y que **causen** daño económico o **perjuicio** a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros. "Partiendo de la posición de la APS, a nuestra empresa le correspondería la aplicación de la definición de infracciones graves y por tanto la aplicación de una sanción consistente en una multa.

Como la Ley No. 1883 no establece el monto de las multas, debemos remitirnos a la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, la cual indica en su Artículo 17 que las **infracciones graves** se sancionan con multas no menores a 80.001UFV's ni mayores a 200.001UFV's y dichos montos deben ser aplicados a las siguientes infracciones graves:

- a) Irregularidades en los verificativos de pago de aportes de supervisión y multas.
- b) Distorsión, falsedad o contradicción en la contabilidad de capital, activos, pasivos, reservas técnicas e inversiones.
- c) Distorsión, falsedad o contradicción en los verificativos de montos de pagos de beneficios, indemnizaciones de daños o pérdidas, deudas o compensaciones, previamente verificados por la Superintendencia.
- d) Distorsión, falsedad o contradicción en los contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público.

- e) No corrección del hecho, acto u omisión que generó una sanción, en el plazo dispuesto por mandato administrativo.
- f) Resistencia a inspección, en cualquier momento.
- g) Efectuar actos que generen conflictos de interés o competencia desleal o incurrir en conflictos de interés, actos o situaciones de competencia desleal.
- h) Incumplimiento en la igualdad requerida entre Recursos e Inversiones.
- i) Incumplimiento de los pagos correspondientes al reasegurador, en los plazos establecidos.
- j) Incumplimiento con la constitución de reservas extraordinarias establecidas por la normativa.
- k) Presentar insuficiencia en reservas de riesgos en curso y matemática superior al 5% de la reserva determinada por la normativa.
- l) Presentar Insuficiencia en la previsión de la reserva para primas por cobrar superior al 5%.
- m) Presentar insuficiencia en las reservas técnicas de siniestros superior al 5% de la reserva determinada por la normativa.
- n) Constituir gravámenes de cualquier naturaleza sobre los recursos determinados en los Títulos III y IV de la Ley de Seguros.

De la lectura de los catorce (14) incisos que conforman éste Artículo 17, podemos apreciar que ninguno de ellos se aplica a la conducta que pretende imponernos la APS ya que de acuerdo a la posición legal de ésta entidad fiscalizadora, se ha infringido la Ley No. 1883 de Seguros en sus incisos a) y f) del Artículo 12 y, por supuesto a la Resolución Administrativa IS N° 731, lo que quiere decir que se nos está sancionando por "infringir la normativa de seguros" y tal infracción no se encuentra tipificada dentro de la lista de infracciones graves, ni siquiera por analogía.

4. PLAZO DE LA APS PARA SANCIONAR.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente; debemos analizar minuciosa y objetivamente sí en verdad la APS estaba legal y temporalmente habilitada para aplicar cualquier tipo de sanción.

De acuerdo al Artículo 4 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, que concuerda con el Artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, la facultad sancionadora de la ex SPVS o la actual APS, **PRESCRIBE** en el término de dos (2) años, computables a partir de la **fecha de realización** de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción.

Entonces ¿cuándo surge la infracción?, Entendiendo que las condiciones establecidas en el Artículo 6 de la Resolución Administrativa IS No.731 han sido cabalmente cumplidas por nuestra empresa y tal extremo se halla definitivamente avalado y validado por la Resolución Administrativa N° 887 de 31 de octubre de 2007 emitida por la ex Superintendencia de Seguros, entonces no existe infracción en ese acto. Este extremo está plenamente demostrado.

Por su parte, las autoridades de la APS señalan equivocada e ilegalmente que el "momento" en que surge la infracción es permanente y continuo y abarca desde el momento en que se efectuó la primera renovación "al margen de los plazos y condiciones determinadas por el artículo 6 de la Resolución Administrativa IS No. 731

de 11 de septiembre de 2007" hasta el momento en que se produjo la "denuncia" por parte del Comando de Ingeniería del Ejército y en tal momento, la APS inició lo que denominan "Diligencias Preliminares" establecidas en el Artículo 65 del Decreto Supremo No. 27175 y este hecho "interrumpe la prescripción". Hemos leído y releído el señalado y mencionado Artículo 65 invocado por la APS y no encontramos que en dicha norma se establezca que el inicio de las diligencias preliminares interrumpe la prescripción. Esta es otra vez una suposición o "interpretación" como nos gusta llamarla a nosotros- que realiza la APS fuera del marco de sus facultades y atribuciones establecidas por Ley; es decir, es ilegal.

La verdad fáctica y legal es que, en estricta aplicación de las normas legales, sin necesidad de recurrir a las explicaciones o interpretaciones de dichas normas, es que la **prescripción** de la facultad sancionadora de la APS ha sucedido dos años después del 4 de noviembre de 2009, fecha en la que se produjo la última renovación de las pólizas, vale decir la APS tuvo hasta el 4 de noviembre de 2011 para sancionar la imaginaria infracción, siempre y cuando hubiere existido una tipificación expresa y determinada, que en el caso que nos ocupa, no existe. En el ánimo de mantener su insostenible postura con relación a la prescripción tan claramente enmarcada en las disposiciones del Artículo 4 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, que concuerda cabalmente con el Artículo 79 de la Ley 2341, las autoridades de la APS indican que la redacción de ambos artículos implican "...connotaciones de prolongación de los actos y sus efectos en el tiempo..."; es decir le añaden texto a las señaladas normas, interpretando -otra vez- las disposiciones legales para que se "acomoden" a la conveniencia de la APS.

Resumiendo, las denominadas "Diligencias Preliminares" son, en efecto, parte del proceso sancionador, pero **no** interrumpen la prescripción, ya que como bien señala el Artículo 32 de la Ley 2341, concordante con el Parágrafo I del Artículo 24 del Decreto Supremo No. 27175, para que un **acto administrativo** posea validez y eficacia, debe ser **NOTIFICADO** al administrado; vale decir que el **ÚNICO** acto administrativo de la APS con relación al caso que nos ocupa y que posee validez y eficacia jurídica es la notificación de cargos. Es decir, el único acto administrativo que pudo haber interrumpido la prescripción es la notificación de cargos, puesto que este es el único acto válido y eficaz legalmente establecido. En este mismo sentido, el Dr. Iván Oré Chávez nos dice: "...El inicio de un procedimiento administrativo sancionador, para los efectos de la prescripción, debe ser entendido desde el momento en que la administración pública notifica válidamente al administrado la iniciación del proceso."(La interrupción de la prescripción del procedimiento administrativo sancionador, pág. 171 Editorial San Cristóbal, Lima Perú, 2012).

Por tanto, evitando entrar al juego semántico de las Resoluciones Administrativas de la APS, queda legalmente demostrado que en el presente caso, la prescripción se aplica en contra de la facultad sancionadora de la APS sobre la sanción ilegalmente efectuada en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS No. 525-2013 de 6 de junio de 2013 e indebidamente confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 661-2013 notificada a nuestra empresa en fecha 29 de julio del presente año.

5. CONCLUSIONES.

- 5.1 *Tratándose de un elemento que hace a la esencia fundamental del acto administrativo que origina el procedimiento administrativo, desde el momento de la notificación de cargos, es menester que se declare la prescripción de la facultad sancionadora de la APS a fin de mantener indemnes los principios constitucionales de seguridad jurídica y debido proceso.*
- 5.2 *En caso de que la autoridad superior que debe resolver el presente recurso jerárquico también rechace nuestra solicitud de declarar la prescripción, tiene la tarea de valorar con precisión los elementos constitutivos de la sanción partiendo de la premisa fáctica y legal que la APS ha sancionado a nuestra empresa por infringir las disposiciones contenidas en los incisos f) del Art. 12 y a) del Artículo 14 de la Ley No. 1883 de Seguros y el Artículo 6 de la Resolución Administrativa IS No. 731 de 11 de septiembre de 2007, infracción sujeta a sanción que no está prevista ni contemplada en la Ley No. 1883, el Decreto Supremo No. 27175 ni en la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, por lo que, aplicando el principio de legalidad, la sanción debe estar fundada en una norma previa y expresa que determine que a una infracción concreta (sea leve o grave) le corresponde una sanción. En el caso de nuestra supuesta e imaginaria infracción, la misma no está tipificada ni establecida ni descrita en las normas; es decir, no existe una sanción aplicable a la pretendida infracción de estas normas. La APS nos ha sancionado indebidamente puesto que no cuenta con el sustento legal de una norma previa y concreta que describa nuestro actuar como infracción.*
- 5.3 *Si a pesar de estos sólidos y contundentes argumentos legales, se considera que la ilegal posición de la APS es sustentable, aún queda establecer si en verdad nuestra empresa infringió las normas que se nos acusa de haber quebrantado. En este sentido, se ha dejado claramente establecido que las dos condiciones establecidas en el Artículo 6 de la Resolución Administrativa IS No. 731 han sido cabal y debidamente cumplidos por **FORTALEZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** y legalmente validados por la ex Superintendencia de Seguros, como se detalló precedentemente. Aun cuando en esta última Resolución (661-2013) la APS sugestivamente implique que se debe sancionar el incumplimiento del plazo de remisión para el registro de las pólizas con el nuevo texto que nuestra empresa realizó en el marco del mandato del Artículo 6 de la Resolución IS No. 731, aparentemente veinte (20) días después del plazo que señalaba el indicado artículo. Aún si aceptamos este ridículo extremo, la sanción por tal incumplimiento es la prohibición de comercializar pólizas de caución con el nuevo texto para las entidades públicas, no una multa.*
- 5.4 *Finalmente, sobre la trasgresión a los incisos f) del Artículo 12 y a) del Artículo 14 de la Ley No. 1883 de Seguros, la APS ha efectuado una interpretación analógica pretendiendo acusar a nuestra empresa de incumplir con la obligación de registrar todo servicio, seguro o plan de seguro (Artículo 12 inc. f) Ley No. 1883), aspecto que resulta falso, puesto que nuestra empresa SI registró las pólizas con el texto único aprobado en la Resolución IS No. 731, tal como documentadamente hemos demostrado en el Recurso de*

Revocatoria. Finalmente, sobre la temeraria acusación de publicitar y entregar información inexacta sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos (Inc. a) Artículo 14 de la Ley No. 1883), la descripción de la prohibición contenida en el indicado inciso, no se adecúa de la manera exacta y precisa que se requiere para imponer una sanción de cualquier naturaleza. En efecto, nuestra empresa **JAMÁS** ha publicitado y/o entregado información falsa a ninguna persona natural o jurídica que pueda inducir a error sobre la situación (legal financiera) de nuestra empresa o nuestros productos o las condiciones de comercialización de los mismos, ya que el uso de las pólizas contratadas con el Comando de Ingeniería del Ejército, sólo fueron objeto de renovación bajo las mismas condiciones contratadas originalmente antes de la vigencia de la Resolución Administrativa IS No. 731-2007 de 11 de septiembre de 2007.

6. PETITORIO.

De conformidad al inciso b) del Artículo 43 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicitamos a la autoridad jerárquica que, la Resolución Administrativa que resuelva el presente recurso jerárquico, **ANULE** todo lo obrado y por tanto, **REVOQUE en su totalidad** la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 661-2013 de 24 de julio de 2013, y deje sin efecto las ilegales sanciones impuestas a nuestra empresa mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ No. 525-2013 de 6 de junio del presente año, por no existir una norma legal o acto administrativo que **TIPIFIQUE** una infracción sujeta a sanción, tal cual ocurre con el objeto del presente trámite administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Como consecuencia de los contratos suscritos entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios, en fechas: 08 de febrero de 2007 (Proyecto Asfaltado Tramo Quillacas – Cutimbora 10 Kms) **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** emitió dos pólizas: CCO-ORU-600 y CIA-ORU-626; y en fecha 09 de agosto de 2007 (Tramo 3 “Villa Esperanza – Salinas de García Mendoza), **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** emitió otras dos pólizas: JOB-ORU-15 y JIA-ORU-8.

Que, la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros en fecha 11 de septiembre de 2007, emite la Resolución Administrativa IS N° 731, mediante la cual se aprueban los textos únicos y uniformes de las diferentes pólizas de garantía para las Entidades Públicas

Que, como resultado de las modificaciones en los plazos inicialmente establecidos entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** en los meses de junio y noviembre del año 2009, procedió a la renovación de las cuatro pólizas de garantía, emitiendo las siguientes: JOB-ORU-0285, JOB-ORU-273, JIA-ORU-0218 y JIA-ORU-0202, cuyas vigencias alcanzaban a los meses de diciembre/2009 y febrero/2010.

Que, el Informe Técnico APS/DS/JTS/259/2013 emitido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros el 28 de febrero de 2013, refiere que en fecha 29 de agosto de 2011, mediante nota AS.JUR. N° 172/2011 el Comando de Ingeniería del Ejército presentó ante esa Autoridad Reguladora, reclamo contra la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** por la no ejecución de las pólizas JOB-ORU-0285, JOB-ORU-273, JIA-ORU-0218 y JIA-ORU-0202 que afianzan los contratos de excepción suscritos entre el reclamante y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., adjuntando para el efecto la documentación respaldatoria.

Revisado los antecedentes y documentación la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, entre otras, emitió las notas CITE: APS/DS/JTS/3054/2011 de 01 de septiembre de 2011; CITE: APS/DS/JTS/3514 de 22 de septiembre de 2011, y CITE: APS/DJ/JTS/259/2013 de 10 de enero de 2013, en esta última nota, la APS solicita informe respaldado a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** por qué se habría emitido las pólizas de fianzas a favor del Comando de Ingeniería del Ejército JOB-ORU-0285, JOB-ORU-273, JIA-ORU-0218 y JIA-ORU-0202 con un texto distinto al establecido en los textos únicos y uniformes de la Resolución Administrativa N° 731 de 11 de septiembre de 2007, sin tomar en cuenta lo establecido por el Art. 6 de la referida Resolución Administrativa.

La **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** mediante CITE: FORT-SARFC 008/2013 de 01 de febrero de 2013, responde al requerimiento de la Autoridad Reguladora formulada a través de nota CITE: APS/DJ/JTS/259/2013 de 10 de enero de 2013, refiriendo que: *"...la relación contractual entre el afianzado y beneficiario se originó en los meses de febrero y agosto 2007, claramente con anterioridad al inicio de vigencia de la Resolución Administrativa IS N° 731, en este sentido, las pólizas emitidas a favor del afianzado Jhoselyn (y sus posteriores renovaciones) utilizan textos distintos a los fijados por la Resolución Administrativa IS/N° 731"*.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, continuando con el procedimiento, mediante nota CITE: APS/DESP/DJ/DS/5234/2013 de 29 de abril de 2013, notifica a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** con cargos por incumplimiento a los artículos 6.a) y 7 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, e infracciones a los artículos 14.a) y 12.f) de la Ley N° 1883 de Seguros. Nota de descargos que es presentada por la Compañía de Seguros el 22 de mayo de 2013, mediante CITE: FORT/SNAR-FC 029/2013 de la misma fecha.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2013 de 06 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dispone: “**SANCIONAR a la COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, con una multa en Bolivianos equivalente a Ochenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (80,000 UFV's) por el incumplimiento del artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 y los artículos 14.a) y 12.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998...”

La **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** mediante memorial presentado el 05 de julio de 2013, interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2013 de 06 de junio de 2013.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 661-2013 de 24 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirma en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2013 de 06 de junio de 2013.

Contra la citada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 661-2013 de 24 de julio de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** ha interpuesto Recurso Jerárquico el 12 de agosto de 2013, mismo que pasa a resolverse:

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable al caso de autos.-

Previo al análisis de la controversia, corresponde traer a colación parte de las determinaciones normativas del caso, conforme se procede a continuación:

- **Ley N° 1883 de Seguros de 25 de junio de 1998:**

“ARTÍCULO 12. (OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS). Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:

(...)

f) Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros.

“ARTÍCULO 14. (PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS). Las Entidades Aseguradoras quedan prohibidas de:

(...)

a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos.

“ARTÍCULO 43. (ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS). La Superintendencia tiene las siguientes atribuciones:

(...)

d) Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción

(...)

s) Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y sus reglamentos.

- **Resolución Administrativa IS/Nº 602 de 24 de octubre de 2003:**

“ARTÍCULO 4º.- (Prescripción). La acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de dos (2) años computables a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo”.

“ARTÍCULO 16º.- (Infracciones Leves). I. Se consideran como infracciones leves, sujetas a la imposición de sanciones de amonestación o multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV), las siguientes conductas:

(...)

II. Se consideran como **infracciones leves**, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a cuarenta mil uno (40.001) ni mayor a ochenta mil (80.000) Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV), las siguientes:

- a) Incumplimiento de órdenes o instrucciones emanadas de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o de autoridad competente, en cumplimiento de la normativa vigente.
- b) Irregularidades en los documentos emitidos por la sociedad presentados o registrados en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.
- c) Irregularidades en los documentos constitutivos y orgánicos de la sociedad, presentados o registrados en la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.
- d) Irregularidades en los balances, estados de cuentas, partes de producción y siniestros y todo tipo de información estadística y contable
- e) (...)

- **Resolución Administrativa IS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2007:**

“ARTÍCULO 6º.- Las entidades aseguradoras que comercializan pólizas de cauciones, deberán registrar ante esta Superintendencia, los textos únicos y uniformes de las pólizas anteriormente señaladas, incluyendo las dos cláusulas de ejecución, en un plazo de 10 días administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución. Vencido este plazo las entidades aseguradoras que no hayan registrado las mismas, no podrán emitir o renovar pólizas de cauciones para las entidades públicas”.

“ARTÍCULO 7º.- En un plazo de 30 (treinta) días hábiles administrativos, a partir de la notificación con la presente Resolución, quedan sin efecto las Resoluciones Administrativas de Registro de pólizas y/o cláusulas adicionales de cauciones para entidades públicas emitidas para todas las entidades aseguradoras, a excepción de las siguientes:

- Pólizas de Caucción Aduanera emitidas para la Aduana Nacional (todas las pólizas),
- Póliza de Buena Ejecución de Transportes emitida para la Administradora Boliviana de Carreteras (ABC),

- *Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo (DUF-PROPAIS)-Ejecución Inmediata Condicional y Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo (DUF-PROPAIS)- Ejecución Inmediata Incondicional,*
- *Póliza de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra emitida para el Fondo de Inversión Social (FPS), y*
- *Pólizas de Seguro de Garantía de Seriedad de Propuesta. En este caso quedarán derogadas en el plazo estipulado, las cláusulas de ejecución que las acompañan, siendo aplicables a los condicionados generales, la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas y la Cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas”.*

2.2. De la Prescripción.-

En primer término, corresponde revisar el instituto jurídico de la prescripción, que conforme define el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, es la caducidad de los derechos en su eficacia procesal, por haber transcurrido los plazos legales para su posible ejercicio.

Por su parte el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, señala que la prescripción de acciones, es la caducidad de los derechos en cuanto a su eficacia procesal, por haber dejado transcurrir determinado tiempo sin ejercerlos o demandarlos (inactividad).

La prescripción, por constituir un medio de liberación de una obligación por el transcurso del tiempo fijado por la ley, sirve a la seguridad jurídica en cuanto determina la estabilidad de los derechos, y su fundamento no está dado por una simple presunción de que la infracción se ha extinguido, sino que es una institución de orden público, fundada en que el Estado y al orden jurídico, le interesa que los derechos adquieran estabilidad y certeza, así el artículo 79 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo determina: “(Prescripción de Infracciones y Sanciones).- Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro...”; por su parte, el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 602/2003 de 24 de octubre de 2003, dispone: “La acción de la Superintendencia para imponer sanciones prescribe en el plazo de dos (2) años computables a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivos de la infracción...”

Ahora bien, subsumiéndonos al caso de autos, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** señala en su Recurso Jerárquico que: “...la prescripción de la facultad sancionadora de la APS ha sucedido dos años después del 4 de noviembre de 2009, fecha en la que se produjo la última renovación de las pólizas, vale decir la APS tuvo hasta el 4 de noviembre de 2011 para sancionar la imaginaria infracción...”

Asimismo, continúa expresando que: “...no encontramos que en dicha norma se establezca que el inicio de las diligencias preliminares interrumpe la prescripción...”, por otro parte, prosigue refiriendo, “...queda legalmente demostrado que en el presente caso, la prescripción se aplica en contra de la facultad sancionadora de la APS sobre la sanción

ilegalmente efectuada en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 525-2013 de 6 de junio de 2013...”

Con carácter previo, corresponde traer a colación la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 61/2006 de 08 de septiembre de 2006, que en cuanto a prescripción ha desarrollado lo siguiente:

“La prescripción constituye un modo para el surgimiento de determinados derechos subjetivos (prescripción adquisitiva), o para extinguir obligaciones (prescripción extintiva). Esta institución jurídica otorga derechos con base en la documentación de hechos. No opera por el simple paso del tiempo, sino que tiene en consideración elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad de un derecho subjetivo. De la definición anterior se desprende su carácter renunciable y la necesidad de ser alegada por quien busca beneficiarse de ella. De la misma manera, puesto que se trata de un modo para el surgimiento o extinción de derechos subjetivos o acciones, es viable su interrupción y suspensión en consideración a especiales circunstancias de las personas involucradas dentro de la relación jurídica que impidan su ejercicio o la defensa frente la posible extinción del derecho”.

“En materia de Derecho Administrativo Sancionatorio, la prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa en su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la Ley frente a la inactividad de la Administración y el fin esencial de la misma está íntimamente ligado con el derecho que tiene el presunto infractor a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el sujeto regulado quedar indefinidamente sometido a una imputación de cargos o investigación, ya que se violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia Administración a que los procesos sancionatorios concluyan, de manera que no se prolonguen indefinidamente; aspectos que justifican el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción”.

“En nuestra economía jurídica, la prescripción administrativa se encuentra regulada en la Ley de Procedimiento Administrativo, Capítulo VI relativo al “Procedimiento Sancionador”, Artículo 79 que a la letra expresa: “Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)”.

Por su parte, en cuanto a la **interrupción de la prescripción** la mencionada Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFIRJ 61/2006 de 08 de septiembre señaló que: “Como se tiene anotado, no se puede dejar de lado que la prescripción puede también ser interrumpida, aspecto que incide sobre el plazo ya transcurrido, permitiendo el comienzo del cómputo nuevamente, es decir, se elimina el lapso anterior de la prescripción transcurrida. Entonces, la interrupción en esta materia es la detención del curso de la prescripción, en condiciones tales que el tiempo anterior a la fecha del hecho interruptivo no puede ser contado ya como útil para el cumplimiento de la prescripción.

El mencionado Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo manifiesta que: “Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se

extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción por las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...) empero, no establece con claridad los casos en los que la prescripción administrativa, respecto de la acción sancionatoria, puede ser interrumpida ya que solamente hace referencia a la interrupción **de las sanciones ya impuestas**, aspecto distinto de la acción.

Por ello, reiterando la interpretación sistemática y teleológica, que se ha plasmado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 68/2006 de 28 de septiembre, tanto de la Ley de Procedimiento Administrativo, así como del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 - Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, y aplicando el principio de inexcusabilidad expresado en el Artículo 52, Parágrafo II, de la indicada Ley de Procedimiento Administrativo, se tiene lo siguiente:

El Artículo 80, parágrafo I, de la Ley de Procedimiento Administrativo, referido a las etapas del procedimiento sancionador manifiesta que: "El procedimiento sancionador se registrará (...) por las disposiciones de los capítulos I, II, III y IV del Título Tercero de esta Ley" capítulos que comprenden los Artículos 39 al 55 de dicha Ley. Ahora bien, el Artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo especifica que los procedimientos administrativos - incluyéndose en ellos los sancionatorios - podrán iniciarse de oficio como a solicitud de persona interesada, determinando el Artículo 40, parágrafo I, de la Ley Adjetiva Administrativa que el inicio de un procedimiento de oficio, se dará por la decisión e iniciativa del órgano administrativo correspondiente.

Por otra parte, el Artículo 65, Parágrafo I, del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, referido a las etapas del procedimiento sancionador, indica que "Los Superintendentes Sectoriales del SIREFI, en el área de su competencia y en su labor de supervisión y vigilancia del cumplimiento normativo, de oficio o a denuncia, investigarán la comisión de infracciones e identificarán a las personas, individuales o colectivas, presuntamente responsables de los hechos susceptibles de iniciación del procedimiento.

De las normas antes desarrolladas, y acudiendo a los métodos de interpretación ya señalados, se tiene que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo, así como el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, han reconocido la facultad de las Superintendencias del SIREFI de poder iniciar de oficio las investigaciones que consideren pertinentes a los fines de detectar posibles conductas lesivas del ordenamiento jurídico administrativo por parte de los sujetos regulados en el Sistema de Regulación Financiero. Más aun (sic) si se toma en cuenta que bajo el Artículo 1, Parágrafo V, de la Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005, corresponde a la SPVS controlar, supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, la actividad aseguradora, reaseguradora y el mercado de valores.

En tal sentido, y atendiendo a lo anterior, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria quedará interrumpida con el inicio de las investigaciones o diligencias preliminares cuando sean de conocimiento del supuesto infractor, si la cuestión es realizada de oficio, y no así con la notificación de cargos que es el acto por el cual se pone en conocimiento del infractor las infracciones y las posibles sanciones, por cuanto el procedimiento administrativo sancionatorio, como se ha determinado antes, comienza ya

sea con la presentación de una denuncia por parte de un usuario de los servicios financieros, que debe ser de conocimiento de la entidad infractora, o con la iniciación de oficio del procedimiento sancionatorio por la entidad reguladora, que también debe ser de conocimiento de la entidad infractora.

Finalmente, corresponde aclarar que si bien el Artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que "(...) La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)". esta previsión normativa, se reitera, **se refiere únicamente a la interrupción de la prescripción de las sanciones ya impuestas** a consecuencia de un procedimiento sancionatorio **que no puede ser aplicado a la prescripción de la acción administrativa sancionatoria, ni confundida con la notificación de cargos como acto para su interrupción**; y como ha dispuesto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 16/2006 de 23 de marzo: "La prescripción se computa desde el día siguiente de producida la infracción y, en el caso de la sanción desde el día siguiente en el que la sanción adquiere firmeza administrativa. Así, la prescripción puede ser invocada en cualquier estado del procedimiento.

Una vez enseñado lo anterior, en lo que respecta al régimen de la prescripción, no se debe dejar de lado que la misma también tiene ciertas connotaciones y peculiaridades a partir del tipo de infracción administrativa de que se trate. En ese entendido se debe de marcar las diferencias existentes entre las **infracciones instantáneas** y las **infracciones permanentes**.

En las **infracciones instantáneas**, la lesión al ordenamiento jurídico administrativo cesa inmediatamente después de consumada o configurada la conducta activa u omisiva del infractor.

En las **infracciones permanentes**, la vulneración administrativa cometida se prolonga a través del tiempo como consecuencia de la continuidad del comportamiento o conducta, la misma que se lleva a cabo de manera constante es decir, que no se agota en un solo momento, a causa de la continuidad del comportamiento del infractor el que prosigue en el tiempo.

En consecuencia, cuando se trata de **infracciones permanentes**, la prescripción deberá computarse a partir del día siguiente en que cesó la continuación o permanencia del hecho o el mismo fue descubierto....".

Asimismo, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 05/2007 de 10 enero de 2007, expresa que: "...Respecto a las **infracciones o faltas con efectos sucesivos, continuados y/o permanentes**, el plazo se computa desde el día en que se consumó la última infracción y desde que se eliminó el incumplimiento o la situación ilícita, respectivamente. El plazo para que opere la prescripción en este caso corre desde que se ha cometido un delito o falta, hasta que el procedimiento investigativo o sancionatorio se ha iniciado y dirigido contra el presunto culpable, de acuerdo al plazo que fija la ley, que de acuerdo al Artículo 79 es de 2 años que se computan como años calendario de conformidad al Artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Para que el cómputo de la prescripción se interrumpa, y por tanto, no pueda declararse la prescripción, es necesario que se inicie un procedimiento administrativo y que dicho procedimiento se dirija contra el regulado presuntamente culpable, y que sea de su conocimiento...".

Luego de los precedentes administrativos transcritos, es necesario subsumir los mismos al caso de autos, así tenemos que:

1. La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en fecha 29 de agosto de 2011, recepciona la nota del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** As. Jur. N° 172/2011 de 22 de agosto de 2011, más documentación respaldatoria, reclamando la no ejecución de las pólizas JOB-ORU-0285, JOB-ORU-273, JIA-ORU-0218 y JIA-ORU-0202 por parte de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**
2. La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota CITE: APS/DS/JTS/3054/2011 de 01 de septiembre de 2011, presentado a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** el 05 de septiembre de 2011, solicita la remisión del expediente del siniestro y la posición de la Compañía al respecto.
3. La **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, a través de carta CITE: GRLPS/1578/2011 de 12 de septiembre de 2011, remite la documentación solicitada y ratifica su posición de rechazo a la ejecución de las pólizas reclamadas.
4. La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dentro el mismo caso, mediante nota CITE: APS/DS/JTS/3514 de 22 de septiembre de 2011, solicita a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, documentación que acredite el cumplimiento del contrato de seguros suscrito.
5. La **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, a través de carta CITE: GRLPS/1680/2011 de 05 de octubre de 2011, ratifica su posición en relación al siniestro por encontrarse a la espera de documentación complementaria, para el análisis del siniestro reclamado.
6. Siempre a raíz del reclamo presentado por el **COMANDO DE INGENIERIA DEL EJÉRCITO** en fecha 29 de agosto de 2011, y de forma independiente al referido reclamo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remite carta CITE:APS/DS/JTS/259-2013 de 10 de enero de 2013, recepcionada por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** el 11 de enero de 2013, solicitando informe documentado que indique la razón para haber emitido pólizas de fianza con texto distinto a los establecidos en la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007.
7. La **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, mediante carta FORT-SARFC 008/2013 de 01 de febrero de 2013, responde al requerimiento y acompaña documentación técnica variada.
8. Evaluada la documentación, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en fecha 29 de abril de 2013, emite la carta CITE: APS/DESP/DJ/DS/5234/2013 de Notificación de Cargos a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, dándose inicio al presente procedimiento sancionatorio, con los antecedentes previos referidos.

De los antecedentes y revisión del expediente administrativo, se tiene que nos encontramos ante una **infracción permanente**, es decir, que la vulneración administrativa cometida prorrogó sus efectos en el tiempo como consecuencia de la continuidad de la conducta asumida por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, consiguientemente, la prescripción de la acción administrativa sancionatoria se interrumpió con los actos previos -a la Notificación de Cargos APS/DESP/DJ/DS/5234/2013-, por medio de los cuales (actos previos) la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros asume la

competencia del tema a consecuencia de la denuncia presentada el 29 de agosto de 2011, por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** y que es de pleno conocimiento de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, acciones o actos administrativos que se encuentran señalados en el artículo 81 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 65 del Decreto Supremo N° 27175 que se denominan "*Diligencias Preliminares*", donde a raíz de la denuncia formulada, la Autoridad Reguladora comienza las labores de investigación, a través del requerimiento de antecedentes e informes a la Compañía Aseguradora.

Así, la primera acción de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, luego de tomar conocimiento del reclamo presentado por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, fue la emisión oficial de la carta CITE: APS/DS/JTS/3054/2011 de fecha 01 de septiembre de 2011, entregada a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** el 05 de septiembre de 2011, solicitándoles la remisión del file del siniestro y la posición de la Compañía. Adicionalmente, el 22 de septiembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros entrega a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** una segunda nota APS/DS/JTS/3514/2011, exigiéndoles documentación que acredite el cumplimiento del contrato de seguros; requerimientos que oportunamente han sido atendidos por la Compañía Aseguradora. No existiendo, por lo tanto, de parte de la Autoridad Reguladora, **inactividad procesal administrativa** por más de dos años establecidos por ley, y consiguientemente pueda operar la prescripción.

En consecuencia, con esa primera acción administrativa por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se ha interrumpido el plazo normal de los dos años, haciendo imperativo que el plazo de dos años establecido por ley, se vuelva a contar a partir del día siguiente al 05 de septiembre de 2011, cuyos dos años concluirían el 05 de septiembre de 2013. Sin embargo, conforme a los antecedentes documentales remitidos, el inicio del procedimiento sancionatorio contra la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, comienza a través de la Notificación de Cargos CITE: APS/DESP/DJ/DS/N° 5324-2013 de 29 de abril de 2013, notificada a la Compañía Aseguradora el 08 de mayo de 2013.

En consecuencia, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, ha actuado de acuerdo a ley y ha hecho una correcta apreciación, sobre la institución de la prescripción pretendida por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**

2.3. Las Aseguradoras y Reseguradoras deben registrar las Pólizas en la APS.

Con carácter previo se debe acudir a lo que la doctrina asimila por Derecho Público (Rodríguez Azuero Sergio: "Contratos Bancarios" Ed. Legis, ed. 5ta., pág. 13, Bogotá 2002) "*...el conjunto de normas que regulan la estructura del Estado, las relaciones de sus órganos y organismos y, en principio, las relaciones del Estado con los particulares, es decir, el concierto de disposiciones que contribuyen a formar una teoría general del Estado. Son ejemplos del Derecho Público algunas ramas bien conocidas como el llamado Derecho Administrativo. Las normas del Derecho Público son imperativas, esto es, en su estructuración imperan concepciones y necesidades de orden social; su razón de ser se inspira en necesidades comunitarias, antes que individuales y en ese orden de ideas no es dado a los particulares modificar el contenido y alcance de tales disposiciones*".

De lo transcrito precedentemente, se establece que las regulaciones del Derecho Administrativo al ser inmodificables por los particulares, son de obligatorio e inexcusable cumplimiento, pues en ellas se encuentra comprometido el interés del Estado que engloba el interés público, el interés general, el interés social; así también lo determina el literal a) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo: "*Principios Generales de la Actividad Administrativa*). Principio Fundamental: El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad"

Es por esta razón, para evitar cualquier declaración o expresión desmedida en las cláusulas de las Pólizas, Anexos y Cláusulas Adicionales y en procura de que exista igualdad y armonía contractual, concediendo a la parte más vulnerable protección, el Artículo 38 del Título V (De la Protección a los Asegurados, Tomadores y Beneficiarios del Seguro) de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998, establece que: "*La equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, se concretará en la regulación del contrato de seguro por la Superintendencia ...*". Disposición concordante con el inciso d) del Artículo 43 de la citada Ley N° 1883 de Seguros, que otorga al órgano de Fiscalización y Control en materia de Seguros, la atribución de: "*Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción*"; relacionada también, con el literal a) del Artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Es más, en atención al Principio de Compromiso e Interés Social instituido por el Artículo 232 de la Constitución Política del Estado, y que es definido por el Diccionario Jurídico Espasa como un "*concepto jurídico que fundamenta y justifica la actuación de la administración pública*", la intervención del Estado en la vida social debe estar motivada y dirigida hacia el bienestar del colectivo, lo que importa el precepto de Derecho, de que cuando de la aplicación de una ley expedida en interés social, resultaren los derechos de los particulares en conflicto con el interés social, el interés privado debe ceder al interés público o social.

Consiguientemente, la función de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emanada de la Ley, se entiende a supervisar, revisar y verificar que las pólizas, cláusulas y anexos presentadas por los regulados cumplan y se encuentren en conformidad con las normas que rigen el sector, para otorgar la fe del Estado de que la Compañía cumple con los requisitos exigidos por la normativa, permitiendo establecer la legalidad y legitimidad de la póliza, anexo o cláusula adicional que se registra, es decir, aplicando un carácter de protección al usuario del seguro.

En ese entendido, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros) en fecha 11 de septiembre de 2007, emitió la Resolución Administrativa IS/N° 731-2007, que aprueba los textos únicos y uniformes de las diferentes Pólizas de Garantía para Entidades Públicas, regulación administrativa de cumplimiento inexcusable y obligatorio, por parte de todas las aseguradoras y reaseguradoras, incluyendo desde luego a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, a partir de la notificación con la referida Resolución.

En el presente caso de autos, las cuatro pólizas de garantía han sido emitidas con anterioridad a la vigencia de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, en base al contrato de 08 de febrero de 2007 suscrito entre el **COMANDO DE**

INGENIERIA DEL EJÉRCITO y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L.; Pólizas que fueron renovadas el 01 de junio y 05 de noviembre de 2009, es decir, que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, renovó las mismas en plena vigencia de la citada regulación administrativa, consiguientemente, debía y tenía que registrarlos en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros y adecuar a los textos únicos y uniformes aprobados por la Resolución Administrativa 731 de 11 de septiembre de 2007, de conformidad a lo expresamente dispuesto por el Artículo 6º de la citada Regulación Administrativa, sin cuyo requisito la Compañía Aseguradora estaba impedida de renovar aquellas pólizas de garantía, hecho que repercutió en el incumplimiento de los Artículos 12 literal f) y 14 inciso a) de la Ley N° 1883 de Seguros de 25 de junio de 1998.

2.4. Aplicación de la sanción.

La **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, en el memorial del Recurso Jerárquico señala: "...de que no existe ninguna infracción a la norma, pero que la APS se niega tozudamente a aceptar con argumentos inconsistentes y que caen por su propio peso...", además, para que la APS sancione, debe ocurrir previamente una infracción, así mismo, que el Artículo 52 de la Ley N° 1883 establece el tipo de infracciones, correspondiéndole –refiere la recurrente- una infracción grave y según la Resolución Administrativa IS/N° 602 de 24 de octubre de 2003, que regula los tipos de infracciones y sanciones previstos por la Ley de Seguros, cuya imposición está a cargo de la APS, ninguno de ellos se aplica a la conducta que se le pretende imponer, señala la Compañía Aseguradora.

Compulsado el expediente se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 661-2013 de 24 de julio de 2013, se pronunció en sentido que:

"...es necesaria una paráfrasis del texto del artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007:

"Las entidades aseguradoras que comercializan pólizas de cauciones, deberán registrar ante esta Superintendencia, los textos únicos y uniformes de las pólizas anteriormente señaladas, incluyendo las dos cláusulas de ejecución, en un plazo de 10 días administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución. Vencido este plazo las entidades aseguradoras que no hayan registrado las mismas, no podrán emitir o renovar pólizas de cauciones para las entidades públicas..."

*Nótese, sobretodo, la última parte de esta disposición que determina (con carácter preceptivo además) que vencido el plazo de los 10 días administrativos, no se podrán **emitir o renovar pólizas** de cauciones para las entidades públicas.*

"...es necesario señalar que si la aseguradora renovó (amplió) el plazo de vigencia de las pólizas en cuestión al margen de lo dispuesto por la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, quiere decir que las comercializó sin haber registrado las mismas, y si las comercializó con textos y cláusulas no registrados, entonces brindó ó

entregó información inexacta de sus productos, conducta que implica incumplimiento del artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: **“PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS: las entidades aseguradoras quedan prohibidas de: ... a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad, y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...”** (las negritas son de la APS).

Incumplimiento que a su vez importa otra infracción, la que determina el artículo 12.f) de la referida Ley: **“f) Registrar ante la Superintendencia todo servicio, seguro o plan de seguros”**.

Al estar esta obligación y prohibición contenidas en la Ley de Seguros y en sus reglamentos administrativos, es deber de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros hacerlas cumplir; principalmente si se considera que mediante Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007, que aprueba los textos únicos, uniformes y de pago de las diferentes Pólizas de Garantía para Entidades Públicas, estableciéndose un procedimiento expedito de ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista y declarado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE), sobre todo cuando la fianza cuenta con la cláusula de ejecución inmediata condicional que requiere únicamente una declaración de incumplimiento por el organismo estatal.

De lo transcrito queda claro entonces que efectivamente existe pronunciamiento por parte del Ente Regulador, determinando como la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, incumplió los artículos 12 inc. f), 14 inc. a) de la Ley N° 1883 de Seguros, y Artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 y que dichas infracciones se configurarían al renovar el plazo de vigencia de las cuatro pólizas de garantía, para la entidad pública **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, al margen de lo dispuesto por la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, que se encontraba en plena vigencia a la fecha de renovación de las pólizas, comercializándolas sin haber registrado estas pólizas ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, es decir, con textos y cláusulas no registradas, concluyéndose que la Compañía Aseguradora entregó información inexacta de sus productos, conducta que implica incumplimiento de los artículos señalados en la Ley N° 1883 de Seguros.

Por otro lado, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2013 de 06 de junio de 2013, dispuso: **“PRIMERO.- SANCIONAR a la COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A., con una multa en Bolivianos equivalente a Ochenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (80.000 UFV's) por el incumplimiento del artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 y los artículos 14.a) y 12.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998...”**. Determinación que fue confirmada en todas sus partes por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 661-2013 de 24 de julio de 2013, en consecuencia, se mantiene incólume, toda vez que, a través del desarrollo de esta última Resolución se ha verificado de manera cierta que, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, evadió el cumplimiento de su obligación de registrar oportunamente los textos únicos y uniformes readecuadas, de las diferentes pólizas de garantía para entidades públicas, aprobados por Resolución Administrativa S N° 731, consiguientemente, conforme prevé el artículo 52 de la Ley de Seguros N° 1883, la sanción se impuso en el grado determinado en el artículo 16 de la Resolución Administrativa N° 602 de 24 de octubre de 2003.

Por tanto, la sanción se ha dado atendiendo a las circunstancias del caso, consistente en la trascendencia del hecho y demás elementos inherentes. Concluyéndose que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha cumplido con la fundamentación y los principios que rigen la actividad administrativa.

En este sentido, queda claro que la sanción aplicada a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, se trata por infracciones administrativas leves previstas por la Ley de Seguros y Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, no tratándose de infracciones graves como forzada y equivocadamente alega la Compañía Aseguradora.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, éste Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en estricto cumplimiento de la normativa del sector, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha hecho un correcto análisis de la norma de la materia.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43, Numeral I, inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa AP/DJ/DS/N° 661-2013 de 24 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó en todas sus partes, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2013 de 06 de junio de 2013.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/N° 682-2013 DE 29 DE JULIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 074/2013 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 074/2013

La Paz, 04 de Noviembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 682-2013 de 29 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 072/2013 de 01 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 159/2013 de 07 de octubre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 13 de agosto de 2013, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, representado legalmente por su Comandante, Cnl. DAEN. José Roberto Pabón Mercado, conforme consta del Memorándum Dpto. I ADM. RR.HH. DIACADE. N° 035/13 de 2 de enero de 2013, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 682-2013 de 29 de julio de 2013, que en Recurso de

Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/7175/2013, presentada en fecha 16 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 682-2013 de 29 de julio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 21 de agosto de 2013, notificado en fecha 27 de agosto de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 682-2013 de 29 de julio de 2013, interpuesto por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**.

Que, mediante Auto de 21 de agosto de 2013, notificado en fecha 27 de agosto de 2013, se dispone la notificación de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, con el Recurso Jerárquico interpuesto por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 682-2013 de 29 de julio de 2013, a efectos de que en calidad de tercero interesado, se apersona y presente sus alegatos.

Que, mediante memorial de fecha 10 de septiembre de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, como tercer interesado, presentó alegatos contra el Recurso Jerárquico interpuesto por el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 682-2013 de fecha 29 de julio de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente administrativo, conforme se transcriben a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 038/2013 DE 24 DE JUNIO DE 2013.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 038/2013 de 24 de junio de 2013, se resolvió lo siguiente:

"ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013, inclusive, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, debiendo en consecuencia emitir una nueva resolución, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica."

2. ANTECEDENTES.-

Por nota APS/DJ/DS/5717/2011 de 20 de diciembre de 2011, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros notificó con cargos a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, por:

“...Contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 al haber incumplido la prestación convenida, consistente en la ejecución de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-000285 y JOB-ORU-000273, así como de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202, conforme los términos y plazos contemplados en las cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas...”

Sustanciados los correspondientes descargos, conforme fueran presentados por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** en su nota GRLPZ/035/2012 de fecha 4 de enero de 2011, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

“...PRIMERO.- Sancionar a la COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. con una multa en bolivianos equivalente a 45.000,00 UFV's. (Cuarenta y Cinco Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda) por contravenir el inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 al haber incumplido la prestación convenida, según lo expuesto en la presente Resolución Administrativa...”

Mediante memorial presentado en fecha 13 de marzo de 2012, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 268-2012 de 2 de mayo de 2012 y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**, se **revoca totalmente** la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Por memorial de fecha 18 de mayo de 2012, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 268-2012 de 3 de octubre de 2012, por la que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros revoca totalmente la primera.

Corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, como Autoridad Jerárquica, pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de 3 de octubre de 2012, por la que se anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve desestimar el cargo imputado en contra de **FORTALEZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, contenido en la Notificación Cargos CITE: APS/DJ/DS/5717/2011 de 20 de diciembre de 2011.

En fecha 21 de diciembre de 2012, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, producto del cual la Autoridad Reguladora emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013, por la cual resuelve confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ 914-2012 de 23 de noviembre de 2012.

Por memorial presentado en fecha 7 de febrero de 2013, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013.

En atención al Recurso Jerárquico, le correspondió al suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, como Autoridad Jerárquica, pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 038/2013 de 24 de junio de 2013, por la que se anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 049-2013 de 16 de enero de 2013, con los siguientes argumentos:

"2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Existe identidad entre el actual Recurso Jerárquico y su precedente (el de Revocatoria), en cuanto a sus acápites: "1. PRIMER REQUERIMIENTO DE EJECUCIÓN", "1.1 RESPUESTA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.", "2. RESPUESTA A NEGATIVA DE EJECUCIÓN CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011", "3. REITERADA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0201/2011 de 27/04/2011" y "4. ÚLTIMA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/359/2011 de 8/07/2011" sobre lo que, por tanto, existe un pronunciamiento por parte del Ente Regulador, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013, siendo pertinente rescatar de esta última la expresión siguiente:

*"...más que alegación que desvirtúe la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, **EL COMANDO DE INGENIERÍA DE EJÉRCITO** hace una simple relación de documentos presentados a la fiadora individualizando las pólizas, así como correspondencia intercambiada, sin enfocar dicha relación a enervar los argumentos de la resolución que ahora se recurre...".*

*Amén del adjetivo impuesto por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, la frase anterior denota lo que sucede en los recursos interpuestos por el **COMANDO DE INGENIERÍA DE EJÉRCITO**, cuando, en los acápites señalados, constituyen en su mayor parte (excepción hecha a determinadas menciones abstractas de la nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, y que se consideran infra), una relación de hechos presentados independientemente y prescindiendo de expresar agravios concretos, entonces en incumplimiento al artículo 37° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el que señala que "Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución definitiva... que, a criterio del sujeto regulado o interesado, **afecte**,*

lesione o cause perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por otra parte, es de hacer notar que, la actuación del Ente Regulador en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012 (y que el recurrente rescata en el numeral 5 de su Recurso Jerárquico), es per sé intrascendente, por corresponder a una actuación anulada, carente de validez legal, conforme lo ha dispuesto la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/12 de 3 de octubre de 2012.

Entonces, la consideración que de determinados contenidos de la anulada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012, se hace infra en la presente, no tiene en cuenta la forma de la Resolución anulada, sino ciertos contenidos coincidentes con cuestiones alegadas en el Recurso Jerárquico que toca al presente resolver, atendiendo de esa manera lo señalado por el artículo 63°, párrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), en sentido que "La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente..."

Por otra parte, varios de los fundamentos del numeral 5 del Recurso Jerárquico -que difieren sustancialmente de los que en su momento fueron expuestos en el Recurso de Revocatoria-, corresponden ahora ser tenidos en cuenta, en función de lo determinado por la merituada Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/12 y de la posición emergente del Ente Regulador, expresada fundamentalmente en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012 (mencionada en el numeral 6 del Recurso), de donde resultan ser dos las controversias a ser analizadas y resueltas en la oportunidad presente:

1. Sobre la aplicabilidad al caso, de los alcances de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007 (Registro de Textos Únicos).
2. Sobre la validez de la nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010.

2.1. Aplicabilidad al caso de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007.-

El recurrente **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, a tiempo de su Recurso Jerárquico, tiene alegatos como los siguientes:

"...ante el incumplimiento de la entidad aseguradora (**FORTALEZA**) en relación al tema del registro de las Pólizas **JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273** ante la Superintendencia en su debida oportunidad, sumado el aspecto de que las mismas fueron **RENOVADAS** en la gestión 2009 por la entidad Aseguradora, éstas se encuentran plenamente amparadas en la Resolución Administrativa N° IS 731 de fecha 11 de septiembre de 2007, como consecuencia a dicha omisión por la Aseguradora y la **RENOVACION** de las citadas Pólizas en la gestión 2009 y las disposiciones legales que cita en una

primera etapa la APS, (...) en la Resolución N° APS/DJ/DS/N° 49 - 2013 de 16 de enero de 2013, ya que solo se limitó (sic) a señalar a (sic) que las Pólizas no se encuentran dentro la Reglamentación expresa de seguros de fianzas emitidas (sic) a través de la Resolución Administrativa IS 731 de fecha 11 de septiembre de 2007, (PERO NO FUNDAMENTA PORQUE) (...)

La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de fecha 3 de octubre de 2012, en su parte Resolutiva determina **ANULAR** el procedimiento administrativo inclusive hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 0876-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, debiendo en consecuencia emitir una nueva resolución, conforme a los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, (...) extrañaba es que la autoridad recurrida en su segunda decisión, **haya revocado totalmente la primera sin desvirtuar su fallo anterior** (...) la primera Resolución se encontraba justificada esencialmente y principalmente en que al haberse renovado las Pólizas el año 2009, las mismas “**contienen clausula (sic) de ejecución inmediata condicional**”, aprobados (sic) por la Resolución Administrativa IS/No. 731, siendo aplicables (sic) entonces “**...un procedimiento expedito de ejecución en caso de incumplimiento imputable al contratista, precisamente con el objetivo de defender al beneficiario e impedir que las aseguradoras eludan sus obligaciones frente a quien ha confiado en su garantía, sobre todo cuando la fianza cuenta con la clausula (sic) de ejecución inmediata condicional que requiere ÚNICAMENTE UNA DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL (Resolución Administrativa emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva) NO ESTANDO SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICION...**”, aspecto que cumplió la Institución Militar (DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO), por lo que correspondía EJECUTAR DICHAS GARANTIAS A FAVOR DEL COMANDO DE INGENIERIA DEL EJÉRCITO, (...)

Asimismo, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de fecha 3 de octubre de 2012, establece que no le correspondía al ente Regulador, realizar una serie de consideraciones que salen en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 268-2012 de 2 de mayo de 2012 y que han dado lugar al fallo que allí consta, puntos que lamentablemente volvieron a ser considerados en la Resolución objeto del Recurso de Revocatoria, es mas de acuerdo a lo expuesto en la Resolución Ministerial, se determinaba que la entidad ahora recurrida tiene facultades suficientes para sancionar el incumplimiento de la Compañía de Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A., en lo referido (sic) a las Pólizas como las que hace a la controversia, por cuanto, visto el carácter inmediato de la ejecución de la mismas, no corresponde la serie de procedimientos a los que ha hecho referencia la tercera interesada - **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA**-, es en este entendido, que lo único que correspondía es dar cumplimiento a la (sic) al Art. 12 de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros) que señala “**...OBLIGACIONES DE LA ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADOAS (sic).**- **Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que**

administren: a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista..."

Así expuesta, la controversia tiene que ver con la aplicabilidad al caso, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007, misma que está referida al Registro de los textos únicos y uniformes de pólizas a favor de Entidades Públicas (beneficiarias), dentro de los procesos de contratación de bienes, obras, servicios generales y de consultoría.

El Ente Regulador, en su ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-20, se remite a su Informe Técnico APS/DS/JTS/25/2013 de 8 de enero de 2013, entonces con la validez que le otorga el artículo 52°, parágrafo III, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), transcribiéndolo de la siguiente manera:

"...el Informe Técnico APS/DS/JTS/25/2013 de 8 de enero de 2013, ha determinado de manera textual lo siguiente:

"De los antecedentes y de la revisión del caso y entregadas las pólizas legalizadas tanto por el Comando de Ingeniería como por la Aseguradora se puede evidenciar que las Pólizas:

JIA-ORU-218	Cod. Reg.	113-922611-2006-11-115
JOB ORU-285	Cod. Reg.	113-922207-2006-11-111
JIA ORU-202	Cod. Reg.	113-922611-2006-11-115
JOB ORU-273	Cod. Reg.	113-922207-2006-11-111

No se encuentran dentro la reglamentación expresa de seguros de fianzas emitidas a través de la Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007, por lo que su tratamiento para la ejecución se encuentra sujeto a las cláusulas de los contratos de seguros suscritos (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es menester aclarar que el Comando de Ingeniería del Ejército remitió inicialmente, como pólizas de seguros, las suscritas bajo la normativa de la Resolución Administrativa N° 731 de 11 de septiembre de 2007 y dentro el período de prueba remitió otra póliza de seguros debidamente legalizada, la cual no corresponde a los textos únicos aprobados(...).

El inicio del procedimiento sancionatorio se basó en la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, no obstante dado el periodo de prueba y establecido que las pólizas comercializadas no son las aprobadas mediante resolución Administrativa 731, corresponde evaluar el supuesto incumplimiento del inciso a) del artículo 12 de la Ley 1883 de Seguros en función al análisis del contrato de seguro comercializado.

Del análisis del Condicionado General de las Pólizas JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273 es menester puntualizar las siguientes cláusulas:

Cláusula 4ta.- En el caso de reclamo por parte del Beneficiario, es obligación de este demostrar el incumplimiento motivo del reclamo contra el Afianzado, debiendo al efecto adjuntar la documentación e información necesaria consignando las causales de incumplimiento del contrato suscrito entre las partes. La documentación presentada por el beneficiario debe demostrar fehacientemente de forma inequívoca y suficiente que existe incumplimiento por parte del Afianzado.

Asimismo, se estipula a través de la presente cláusula, que la póliza al ser de ejecución inmediata condicional, la Aseguradora una vez aprobada la procedencia del reclamo, indemnizará hasta el monto afianzado al beneficiario, en el plazo establecido en esta póliza sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial

Cláusula 8va.- La presente póliza de garantía es de Ejecución Inmediata, lo que implica que por su carácter condicional, el Beneficiario está obligado a demostrar fehacientemente de forma inequívoca y suficiente el incumplimiento del contrato principal por parte del afianzado para recibir la indemnización (...).

Cláusula 10ma. La Aseguradora debe pagar el monto de indemnización determinado en la cláusula anterior en un plazo de treinta (30) días hábiles computables a partir de la presentación de todos los documentos requeridos en la cláusula 8 los cuales deben demostrar de forma inequívoca y suficiente el incumplimiento de contrato por parte del Afianzado.

Tal como se puede observar para la ejecución de las pólizas comercializadas JIA-ORU-218, JOB-ORU-00285, JIA-ORU-00202 y JOB-ORU-273 es necesario demostrar de forma inequívoca y suficiente el incumplimiento del contrato por parte del afianzado, mientras que para las pólizas de textos únicos con cláusula de ejecución inmediata condicional el único requisito para la ejecución es la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE).

En este sentido y toda vez que el inicio del proceso sancionatorio tiene como base la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional, según el texto único aprobado mediante Resolución Administrativo 731 de 11 de septiembre de 2007 y el contrato comercializado tiene condiciones totalmente diferentes, es criterio técnico desestimar los cargos impuestos a Seguros y Reaseguros Fortaleza, toda vez que esta jefatura no puede determinar que se ha demostrado fehacientemente de forma inequívoca y suficiente el incumplimiento del contrato principal por parte del afianzado, correspondiendo esta análisis a la autoridad competente (Tribunal Arbitral)" (...)

De ello, el Regulador concluye que:

“...al no encontrarse registradas aquellas pólizas no se puede exigir el deber de inclusión de la cláusula de ejecución inmediata condicional, como establece mandatoriamente el artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 731 de 11 de septiembre de 2007, siendo necesario acudir entonces a las reglas anotadas en el Condicionado General de dichas pólizas...”

Lo anterior determina que, efectivamente y conforme a lo señalado por el recurrente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se ha limitado a señalar que las pólizas de seguro controvertidas, “No se encuentran dentro la reglamentación expresa de seguros de fianzas emitidas a través de la Resolución Administrativa IS 731 de 11 de septiembre de 2007”, empero en definitiva, **no fundamenta la razón a tal criterio.**

Pudiera entenderse que el mismo emerge, de la simple compulsas entre la fecha de la Resolución Administrativa IS/Nº 731 de **11 de septiembre de 2007**, con las fechas de contratación de las pólizas originales que, como se tiene dicho supra, debieron ser contemporáneas a las fechas de suscripción de los contratos afianzados (**8 de febrero de 2007** y **10 de agosto de 2007**), entonces, en aplicación de un criterio sobre irretroactividad de la norma.

No obstante, amén de existir oscuridad e indeterminación acerca de las fechas concretas de contratación de las pólizas originales (cuando a las renovadas se les atribuye haber sido suscritas en la gestión **2009**, lo que haría más infundada la posición del Ente Regulador), es la propia Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros la que conduce a la incertidumbre jurídica al caso, cuando en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 087-2012 de 8 de febrero de 2012 (correspondiente al proceso recursivo anterior, anulado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de 3 de octubre de 2012), viene a señalar que:

“...de la revisión de las pólizas JIA-ORU-000218, JOB-ORU-00285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-00273, aportadas por las partes en la etapa de prueba, se observa que las mismas contienen cláusula de ejecución inmediata condicional que si bien fueron emitidas de manera inicial antes de la puesta en vigencia de la Resolución Administrativa IS Nº 731 de 11 de septiembre de 2007, fueron renovadas el 04 de noviembre de 2009, extendiendo su vigencia desde las 12:00 Hrs. del 05/11/2009 hasta las 12:00 Hrs. del 03/02/2010, razón por la cual **LA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** tenía la obligación de adecuarse a lo establecido por el artículo 6 de la Resolución Administrativa IS Nº 731 de 11 de septiembre de 2007 que determina: “Las entidades aseguradoras que comercializan pólizas de cauciones, **deberán registrar** ante esta Superintendencia, los textos únicos y uniformes de las pólizas anteriormente señaladas, **incluyendo las dos cláusulas de ejecución**, en un plazo de 10 días administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución. **VENCIDO ESTE PLAZO LAS ENTIDADES ASEGURADORAS QUE NO**

HAYAN REGISTRADO LAS MISMAS, NO PODRÁN EMITIR O “RENOVAR” PÓLIZAS DE CAUCIONES PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS”.

Que asimismo el artículo 7 de la norma citada estipula: “En un plazo de 30 (treinta) días hábiles administrativos, a partir de la notificación con la presente Resolución, **QUEDAN SIN EFECTO LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE REGISTRO DE PÓLIZAS Y/O CLAUSULAS (sic) ADICIONALES DE CAUCIONES PARA ENTIDADES PÚBLICAS EMITIDAS PARA TODAS LAS ENTIDADES ASEGURADORAS (...)**”.

Que de igual manera el artículo 8 prescribe: “Las pólizas aprobadas mediante la presente Resolución **deberán ser comercializadas, OBLIGATORIAMENTE con la CLAÚSULA (sic) DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL PARA ENTIDADES PÚBLICAS** o con la cláusula de Ejecución a Primer Requerimiento para Entidades Públicas, mismas que son excluyentes entre sí”.

Que lo anterior significa que a partir de la vigencia de la Resolución Administrativa IS N° 731 quedaron sin efecto las Resoluciones Administrativas de registro de pólizas o cláusulas, no estándole permitido a ninguna entidad aseguradora comercializar o renovar productos que no se encuentren adecuados a los textos de las pólizas y cláusulas uniformes para Entidades Públicas expresamente aprobadas por la Resolución Administrativa N° IS 731, esto dispensando a la parte más débil protección para evitar cualquier manifestación abusiva en los clausulados de las Pólizas, conforme lo previene el artículo 38 de la Ley de Seguros N° 1883 cuando menciona que: “La equidad en las relaciones entre los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las entidades aseguradoras, **se concretará en la regulación del contrato de seguro por la Superintendencia (...)**”. Disposición concordante con el inciso d) del artículo 43 de la ley 1883 que confiere al Órgano de Fiscalización la atribución (competencia) de “**Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción**”.

Que el hecho de que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** haya renovado pólizas no registradas incumpliendo el imperativo contenido en la norma precitada, además de constituir infracción a lo contemplado por el inciso a) del artículo 14 de la Ley de Seguros N° 1883 que prohíbe “Publicitar y **entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos**” no puede ocasionar daño o menoscabo al legítimo derecho del beneficiario, más aún si se toma en cuenta que la libertad contractual está **subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica.**

Que ante tal situación el Órgano de Fiscalización no puede sino acudir a las normas de la interpretación de los contratos, cuya aplicación por analogía está autorizada por el artículo 1 del Código de Comercio, así el artículo 511 del Código Civil prescribe:

“(Cláusulas ambiguas) Cuando una cláusula es susceptible de diversos sentidos, se le debe dar **el que pueda producir algún efecto, nunca el que ninguno**”, en este entendido y habiéndose verificado que la renovación se produjo con una póliza no registrada por el Órgano Regulador el perjuicio no puede alcanzar al beneficiario, por lo que ajustando la conducta de la Aseguradora a derecho debe considerarse que las pólizas están sujetas a la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas produciendo efectos desde la puesta en vigencia de la Resolución Administrativa N° IS 731, así aunque ésta no haya sido expresada (por una omisión de la Compañía aseguradora) debe ser suplida de acuerdo a lo establecido en el artículo 513 del Código Civil (Cláusulas de Uso no Expresadas) y en caso de duda ser interpretada a favor del reclamante (artículo 518 del Código de Comercio)...”

Ahora bien; la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de 3 de octubre de 2012, ya señaló que:

“...se observa es el que la autoridad recurrida en su segunda decisión, haya **revocado totalmente** la primera, empero sin desvirtuar su fallo anterior (el de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012), extrañándose al presente una valoración más concreta de los antecedentes que hubiera justificado un fallo como el posteriormente pronunciado.

La revisión íntegra de la Resolución Administrativa impugnada, no permite esclarecer la señalada incongruencia, por cuanto, por lo demás y conforme lo arriba señalado, pesan aquí los planos de análisis jurídico diverso.

Así, la -sancionatoria- Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de fecha 8 de febrero de 2012, viene a justificarse **esencial y principalmente** en que, al haberse renovado las pólizas el año 2009, “**contienen cláusula de ejecución inmediata condicional**” correspondiente a los Textos únicos, uniformes y de pago al contado del condicionado General de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipos para Entidades Públicas, aprobados por la Resolución Administrativa IS/N° 731...”

Conforme se tiene aclarado supra, la valoración presente de estos extremos no hace a la consideración de una actuación anulada, sino a la duda legítima, nunca esclarecida, generada por las actuaciones posteriores del Ente Regulador, toda vez que éstas forman parte del Recurso Jerárquico (numeral 5) que se resuelve por el presente.

De manera tal que, nada explica el porqué, si, para fecha de 8 de febrero de 2012, cuando se pronunció la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012, se consideraba que “**LA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** tenía la obligación de adecuarse a lo establecido por el artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731”, y por tanto, que “el hecho de que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS**

Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. haya renovado pólizas no registradas incumpliendo el imperativo contenido en la norma precitada, (...) no puede ocasionar daño o menoscabo al legítimo derecho del beneficiario”, tal criterio no resulte subsistente al presente, o al menos, los motivos por los que se hubiera extinguido en la actualidad.

Cuando la Entidad recurrida, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 49-2013 de 16 de enero de 2013, viene a señalar que:

“...**estas son las razones** por las que en su momento, la APS revoca su inicial decisión, pues se vio en la necesidad de hurgar en aspectos concomitantes al asunto, como analizar montos, cartas, cláusulas de resolución del contrato principal, etc...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Lo hace, según señala la misma Resolución, por una serie de efectos técnicos que a su vez, devienen del hecho de “no encontrarse registradas aquellas pólizas”.

Es decir, **el Ente Regulador no tiene mayor justificativo a su reciente criterio (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 49-2013), en sentido que las cuatro pólizas no están registradas, sino su propia afirmación en ese sentido, sin mayor demostración, determinando la controversia presente, del porqué no resultan aplicables, en las actuales circunstancias, los criterios que en su momento se hicieron valer a tiempo de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/No. 087-2012 de 8 de febrero de 2012.**

De tal extremo depende la firmeza, vigencia y subsistencia de una “cláusula de ejecución inmediata condicional” que pudiera ser aplicable al caso, como es la pretensión del recurrente; su injustificada desconsideración al presente, no puede sino, importar infracción a los artículos 28º, incisos b), e) y f), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, toda vez que se extraña en el fallo de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, un fundamento que se sustente en los antecedentes señalados - ya sea para admitirlos o rechazarlos-, y que se oriente al cumplimiento de la finalidad prevista en la normativa originalmente señalada por el propio Ente Regulador, al presente no desvirtuada, sin embargo de prescindida.

2.2. Validez de la nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010.-

El **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, también como parte del alegato del Recurso Jerárquico, expresa que:

“...Mediante Oficio FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011, la Compañía de Seguros y Reaseguros **FORTALEZA S.A.** responde el requerimiento de ejecución de las garantías contenido en Oficio As. Jur. Nº 080/2011 de 6/04/2011, indicando que, la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202 en franca contraposición a lo expresado inicialmente que, **NO CORRESPONDÍA, ante la existencia de Carta**

CITE S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010, mediante la cual la empresa aseguradora recibía la instrucción de dejar sin efecto la ejecución y las liberaba (...)

Aclarando el punto referido a la carta S.D. COMANING N° 251/10, se indicó que esta situación no fue de conocimiento del Comando, toda vez que la misma fue firmada por **el ex Comandante de Ingeniería del Ejército Cnel. DAEN. Carlos Walker Villarroel Fernández, CUANDO YA HABÍA CESADO EN SUS FUNCIONES**, (...)

Por todo lo expuesto y habiendo demostrado que la Nota S.D. COMANING N° 251/10 fue enviada por el Ex - Comandante del Comando de Ingeniería del Ejército, es decir por una autoridad que no tenía (sic) legitimidad para hacerlo, toda vez que en fecha 6 de diciembre de 2010 de acuerdo a las órdenes de destino se había designado a otro funcionario militar en calidad de Comandante, hecho que será ratificado con la documentación adjunta y ampliado conforme establece el 58 del Decreto Supremo N° 27175,..."

La merituada nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, remitida por el Cnel. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, cual Comandante de Ingeniería del Ejército, y recibida por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 16 siguiente, establece que:

"...En atención a si nota de cite FORT/GRORU/687/2010 de fecha 22 de diciembre de 2010, referente a nuestra nota de suspensión de ejecución de las pólizas JIA-ORU-00218, JOB-ORU-000285, JIA-ORU-000202 Y JOB-ORU-000273 ratificamos lo manifestado dejando sin efecto la ejecución de las citadas pólizas.

Asimismo damos nuestro consentimiento para la renovación de las pólizas de cumplimiento de contrato.

En mérito a conciliaciones realizadas entre el Comando de Ingeniería del Ejército y vuestro afianzado Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales s.r.l., se autoriza la liberación de las pólizas de correcta inversión de anticipo..."

Entonces, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** le quita validez a las declaraciones que salen en la supra transcrita nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, por cuanto el suscriptor de la misma, Cnel. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández (en calidad de Comandante de Ingeniería del Ejército, entonces como si fuera su representante legal), a tal fecha -desde el 6 de diciembre de 2010 en realidad-, había dejado de ejercer tal cargo, según se desprende del memorándum Dpto. I-EMC. Sec. "A" No. 1871/10.

El fundamento jurídico señalado para ello, sale de la Constitución Política del Estado, cuyo artículo 122° señala que: "Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley".

El **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, como parte integrante de las Fuerzas Armadas del Estado, entonces, entidad de Derecho Público con la especialidad que su naturaleza importa (artículo 246° de la Constitución Política del Estado), encuentra sus actuaciones dentro del ámbito del precitado artículo 122° de la Constitución.

No obstante, hay que advertir que, dentro de la dualidad que importa una constitución moderna (entre la declaración de derechos individuales o sociales, y la organización de los Órganos estatales), el meritado artículo 122° tiene una naturaleza declarativa y que, como tal:

“...la “ley de leyes” muestra invalidez casi absoluta en cuanto a la eficacia inmediata, porque tal vez ninguno de sus preceptos rige por la sola inscripción en uno de los artículos constitucionales. Y es que cada uno de ellos exige las andaduras de una ley especial que lo desarrolle y que le dé vida; aun cuando en ocasiones, por previa vigencia de tales cuerpos legales, la Constitución que los ratifica cuanta ya con dinamismo de efectiva aplicación.

Ese necesario complemento de la legislación especial es válvula reguladora del sentido de las provisiones constitucionales, que pueden, a través de la misma, experimentar restricciones y hasta desconocimiento de los principios inscritos en la Carta Magna.

Así, en definitiva, la Constitución no pasa de constituir un programa político nacional, que para conseguir realidad precisa la coexistencia de leyes, menores en jerarquía pero con mayor vitalidad, y la de actos de gobierno en ella inspirados y que la reflejen. El cuerpo formado por los constituyentes, o por las Constituyentes, requiere animarlo con el espíritu del legislador común, árbitro en definitiva de sus alcances concretos. En síntesis, el texto constitucional es más un mandato de legislar que una norma aplicable por los tribunales como Derecho vigente...” (Cabanellas en su Diccionario; acepción de constitución).

Tal exposición es ahora pertinente, por cuanto, al encontrarse controvertida la representación que, del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, ha ejercido el Cnel. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández en la nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, obliga a que, sin perjuicio de tener en cuenta los alcances del artículo 122° de la Constitución Política del Estado, se revisen los criterios jurídicos que regulan el ejercicio de tal representación.

En principio, por su característica naturaleza institucional de disciplina y subordinación, las Fuerzas Armadas del Estado se rigen por su propio sistema de designaciones y nombramientos, según lo dispone la Ley N° 1405 de 30 de diciembre de 1992 (Orgánica de Las Fuerzas Armadas de la Nación “Comandantes de la Independencia de Bolivia”), de manera tal que, asumido el carácter legítimo en el cambio de destino del Cnel. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández al **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, la naturaleza de la potestad emergente de ello (conforme la define Cabanellas en su acepción sobre autoridad militar), no resulta propiamente en un mandato o en una representación, sino básicamente en ello: una potestad militar.

No obstante, por la naturaleza de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, la misma ha de limitarse a regular el desenvolvimiento funcional de la institución armada y su estructura, empero no constituye el fundamento sustancial a su desenvolvimiento.

En lo que interesa, no existe una norma que, con carácter sustantivo, establezca la dinámica interna de la potestad militar, pues no se puede confundir tal carácter con las facultades, atribuciones y responsabilidades que le son inherentes (criterio adjetivo); entonces, no existe una norma que establezca, con carácter especial para la institución armada, los alcances sustanciales de esa potestad militar.

Dado ser necesario dentro del caso, establecer los criterios jurídicos aplicables al comportamiento controvertido de la potestad militar, en función de los intereses del recurrente y de la tercera interesada, obliga a recurrir a los fundamentos generales del Derecho.

Así, si bien la potestad militar no se manifiesta por consenso sino por orden jerárquica, en el caso de los profesionales militares de carrera, como lo determina el grado del Cnel. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, tiene origen voluntario, porque quien la ejerce, es porque previamente se ha comprometido a admitir subordinadamente, la autoridad que ello importa.

En ese sentido, tal potestad se manifiesta como una representación, en tanto una autoridad militar actúa en nombre y por cuenta de las Fuerzas Armadas del Estado, y también como un mandato, por cuanto son las Fuerzas Armadas del Estado las que confían esa representación a una autoridad militar, en el desempeño de sus objetivo (ejemplo, el ejercicio del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** para el cumplimiento de sus finalidades institucionales, máxime cuando para ello existe un memorándum expreso de cambio de destino a la unidad militar concreta).

Como representación, el Derecho le impone definiciones como el que señala que:

"...es un caso... particular de colaboración o cooperación jurídica de una persona en los negocios de otra, Dice el principio: potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum (se puede hacer por otro lo que se puede hacer por sí;...)

La declaración de voluntad, de ordinario, es obra del sujeto interesado. Coinciden sujeto de la declaración de voluntad, y sujeto del interés por el cual la declaración es emitida. Mas, cuando la voluntad es declarada por un sujeto, no para sí, sino para otro sujeto, falta esa coincidencia, porque la declaración emitida se hace por medio de representante..." (Messineo, citado por Morales Guillén).

"...Por efecto de la representación, todo sucede, con respecto a la persona que contrata con el representante, como si se tratara con el representado (Mazeaud, ídem)..."

Empero además, ahora cual mandato, es pertinente señalar que su revocatoria puede ser expresa, cuando se la hace conocer formal y expresamente al mandatario, o tácita, cuando "un hecho cualquiera del mandante demuestre de modo inequívoco y cierto la intención de revocar", según señala Morales Guillén, quien además amplía:

"...Entre las formas principales de esta modalidad revocatoria, pueden señalarse, en primer término, **la sustitución que hace el mandante del mandatario por otro;** (...)

Sin embargo, la regla posteriore procuratore constituto, prior tacite revocatus intelligitur, no es de aplicación automática. Ha de considerarse, ciertas condiciones aplicables cuando de los hechos no resulta una prueba de voluntad diferente (...)

Los dos mandatos deben excluirse necesariamente, para que proceda la revocación tácita del primero (...). La revocación tácita, como la intención de hacerla es flagrante, resulta de la identidad del negocio (...)

Para que la revocación extinga el mandato, es necesario que el acto relativo a ella, o los hechos que la hacen presumir hayan llegado o pueden presumirse llegados a conocimiento del mandatario; pues de otro modo, la revocación no tiene efecto..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el caso concreto, existe la dificultad de conocer si la revocación del Cnel. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, como Comandante de Ingeniería del Ejército, ha sido expresa o ha sido tácita, por cuanto, si bien cursa en antecedentes un ejemplar del memorándum Dpto. I-EMC. Sec. "A" No. 1871/10, de fecha 6 de diciembre de 2010, que le ha sido dirigido, no consta que el mismo le hubiera sido entregado a él, su destinatario.

Ello además amplía la dificultad para conocer cuándo fue de conocimiento del Cnel. DAEN Carlos Villarroel Fernández su cambio de destino, es decir, desde cuándo el mismo dejaba de ejercer la autoridad militar en nombre del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, resultando el extremo trascendental, por cuanto, **la controvertida actuación está determinada, precisamente, por la fecha de emisión de la nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, en función de la fecha de EFECTIVO cambio de destino de su suscriptor.**

Resulta obvio que, el memorándum Dpto. I-EMC. Sec. "A" No. 1871/10, de fecha 6 de diciembre de 2010, no es suficiente para esclarecer tan trascendentales cuestionantes, al no haberse hecho constar en el mismo la fecha de su recepción, ni su entrega al Coronel DAEN Carlos Villarroel Fernández (amén que, la presentación del ejemplar de éste junto a otros, con el memorial de 8 de noviembre de 2013, genera duda al resultar el único sin sello de legalización, además de encontrar varias imprecisiones de fechas entre los documentos y las que señala su presentante).

Tales dudas importan per se, infracción al principio de verdad material, aunque lo mismo es excusable al Ente Regulador, al haber dado este apertura, al término de prueba que sale del proveído de 24 de octubre de 2012, a efectos se “aclare y respalde documentalmente la resolución del conflicto de competencia suscitado”.

2.3. Observancia del artículo 48° del Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003.-

A ese respecto, además, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/914-2012 de 23 de noviembre de 2012, ha señalado que:

“...el artículo 48 del Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003 - Reglamento a la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece:
“Artículo 48.- (Legitimidad). El acto administrativo se presume válido mientras la nulidad del mismo no sea declarada en sede administrativa mediante resolución firme o en sede judicial mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.” (Cursivas agregadas)

Que de lo prescrito por ley y una vez suscitada la cuestión de competencia, debió ser sometida a un procedimiento sustanciado en sede administrativa, a fin de que mediante resolución sea declarada la nulidad del acto emitido por el Cnl. DAEN. Carlos Villarroel Fernández, al momento de suscribir el CITE S.D. COMANING N° 251/10 de 15 de diciembre de 2010, a través del cual solicitó la suspensión y liberación de las Pólizas de Correcta Inversión de Anticipo para Entidades Públicas.

Que no obstante del procedimiento establecido por el Decreto Reglamentario a la Ley del Procedimiento Administrativo, el Comando de Ingeniería del Ejército demostró a través de la documentación adjunta al memorial de 08 de noviembre de 2012, que no impugnó la actuación del Cnl. DAEN. Carlos Villarroel Fernández, siendo la misma válida mientras no exista una resolución que declare su nulidad...”

Tal criterio es ampliado en la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013, el que a la letra señala:

“...dicha certificación -se refiere a la de 1° de junio de 2012- se limita a señalar que el Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández, en fecha 15 de diciembre de 2010, no tenía atribuciones para realizar ningún acto (léase, emitir la carta S.D. COMANING N° 251/2010 de 15 de diciembre de 2010) pero no invalida la actuación de dicho ex Comandante del Comando de Ingeniería del Ejército, aspecto que ha sido oportunamente observado y fundamentado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, pues para que la misma deje de tener efectos **ex post**, es necesaria la declaración de nulidad en aplicación del artículo 48 del Decreto Supremo N°

27113 de 23 de julio de 2003. Mientras tal no ocurra, la carta extrañada es válida.

Que el Recurso de Revocatoria interpuesto por **EL COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** y que ahora nos ocupa, no desvirtúa el anterior razonamiento y se limita a mostrar la certificación anotada (...)

Que otro argumento de la resolución que se recurre es que no se ha clarificado el conflicto de competencia entre las actuaciones del Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández como firmante de la carta S.G. COMANING N° 251/10. En efecto, tampoco en este punto, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** produce prueba suficiente de la nulidad de las actuaciones de dicho oficial, constriñéndose a presentar una certificación que señala que dicho Cnl. carecía de facultades para emitir cartas como la indicada, cuando lo pertinente era acreditar la declaración por autoridad superior, de la nulidad de los actos emanados por el entonces Comandante del Comando de Ingeniería del Ejército Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández..."

Queda clara la exigencia, por parte del Ente Regulador, para que el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, en su pretensión de quitarle validez, eficacia y efectividad a la nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, dé cumplimiento al artículo 48° -arriba transcrito- del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, entonces, que acredite la resolución administrativa firme que hubiera declarado la nulidad de la nota precitada.

Del extremo está consciente el recurrente, por cuanto, así como permanentemente (en sus escritos de Recurso Jerárquico y otros, como en oportunidad de la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos), ha señalado su voluntad de acreditar "mayores elementos de prueba", tampoco ha objetado, dada la calidad especial que la materia militar importa, la improcedencia a una determinación de esa naturaleza, infiriéndose su legitimidad.

En todo caso, sirve esto para evidenciar la inexistencia de la declaración formal y con el contenido sustancial, exigidos por el Ente Regulador, así como la extrañeza presente, de haberse acreditado cual prueba, la copia de una denuncia de fecha 21 de septiembre de 2012, interpuesta contra el Cnel. DAEN Carlos Villarroel Fernández, por ante el Sr. Fiscal de Materia de Turno del Ministerio Público, entonces, **en la vía penal ordinaria**, y "en mérito al Art. 284 y siguientes del **Código de Procedimiento Penal** (...) por el delito de de (sic) **ANTICIPACION O PROLONGACION DE FUNCIONES** previsto en el Art. 163 del **Código Penal**, solicitando a vuestra autoridad se proceda con las diligencias pertinentes, conforme ordena el Art. 69 y 70 y sea con las formalidades de ley..." (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), cuando, dada la naturaleza que importan los sucesos y dada la existencia de presunción de comisión de delito, lo mismo debió sustanciarse por ante la justicia militar, en atención a la vigencia del Código Penal Militar (Decreto Ley N° 13321), con observancia al procedimiento previsto por el Código de Procedimiento Penal Militar, y conforme lo dispone el artículo 26° de la Ley N° 1405 de 30 de

diciembre de 1992 (Orgánica de Las Fuerzas Armadas de la Nación "Comandantes de la Independencia de Bolivia"), que señala:

"...ARTÍCULO 26°.- La Administración de Justicia Militar, se ejerce a nombre de la Nación, por las Autoridades, Tribunales y Jueces establecidos en los Códigos Militares y la presente Ley..."

Amén que ello, dado que la gestión jurídica en la aplicación de las últimas normas mencionadas, las hacen de conocimiento notorio del recurrente por su calidad institucional, permite inferir una actuación carente de la buena fe que le es exigible al mismo, por virtud del artículo 4º, inciso e), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y no puede determinar, sino, el rechazo de esa literal producida (denuncia penal de 21 de septiembre de 2012).

CONSIDERANDO:

Que, en función a lo analizado, se concluye que el Ente Regulador no ha fundamentado su cambio de criterio referido a la firmeza, vigencia y subsistencia de una "cláusula de ejecución inmediata condicional" en las pólizas controvertidas, en infracción a los artículos 28º, incisos b), e) y f), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17º, parágrafo II, inciso d), del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; asimismo, en el proceso pesa una infracción al principio de verdad material, por cuanto, no se ha esclarecido desde cuándo el Cnel. DAEN Carlos Villarroel Fernández dejó de ejercer la autoridad militar en nombre del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO...**"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 682-2013 DE 29 DE JULIO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 682-2013 de 29 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve "**CONFIRMAR** en todas sus partes, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012.", con los siguientes argumentos:

"CONSIDERANDO:

Que conviene, una vez resumidas las alegaciones **EL COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** señaladas en el memorial de recurso, proceder a analizar las alegaciones expuestas. Veamos:

Que en cuanto al argumento "**II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO. 1.** del memorial de recurso y anotado en el séptimo Considerando de la presente resolución, se tiene que más que alegación que desvirtúe la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, **EL COMANDO DE INGENIERÍA DE EJÉRCITO** hace una simple relación de documentos presentados a la fiadora individualizando las pólizas, así como correspondencia intercambiada, sin enfocar dicha relación a enervar los argumentos de la resolución que ahora se recurre.

Que es de observar no obstante, que existe un error de apreciación por parte del Comando recurrente cuando afirma que la carta FORT/GRORU/201/2010 de 22 de abril de 2010 manifestó que "**confirmaba que las ejecuciones se encontraban**

vigentes y que una vez remitido el informe técnico de la Superintendencia... se procedería a la ejecución requerida". Nada más alejado de la verdad ya que dicha nota señala textualmente: "Acusando recibo de su Carta G-100 172/10 de 21 de abril de 2010 recibida por Seguros y Reaseguros Fortaleza S.A. en fecha 22 de abril de 2010, donde nos solicitan una suspensión momentánea de las ejecuciones de las pólizas de referencia hasta la recepción de un informe técnico de la Superintendencia de los Proyectos Construcción Asfalto Tramo II Quillacas-Cutimbora y el Proyecto Asfalto III V Esperanza Salinas. Al respecto y siendo que las ejecuciones aún se encuentran vigentes, solicitamos a ustedes nos hagan llegar conjuntamente el informe mencionado líneas arriba una vez tengan, los documentos mencionados en la cláusula 8 del Condicionado General de las Póliza ejecutadas...". Como se podrá apreciar, en la nota del fiador no hay ninguna alusión a que una vez recibida la documentación solicitada, se procedería a la **ejecución requerida**.

Que en relación a que la carta FORT/GRORU/0183/2011 de 18 de abril de 2011 de **SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** manifieste que en cuanto a las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-285 y JOB-ORU-273, requerían documentación sin que ello significara aceptación o rechazo al requerimiento de ejecución. Documentación que el beneficiario remitió; carta de resolución de contrato notariada con constancia de recibo, orden de proceder, adendas y contratos modificatorios, resolución administrativa de declaración de incumplimiento firmada por la MAE, libro de órdenes, y órdenes de cambio, tal tampoco obedece a los datos del proceso, ya que la única carta que indica la frase subrayada es la carta FORT GRORU 359/2011 de 8 de julio de 2011.

Que en cuanto al argumento "**II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO. 2. RESPUESTA A NEGATIVA DE EJECUCIÓN CONTENIDA EN OFICIO FOR/GRORU/0183/2011 DE 18 DE ABRIL DE 2011**" del memorial de recurso y anotado en el séptimo Considerando de la presente resolución, nuevamente el Comando recurrente incurre en error de cita ya que la carta FORT GRORU-201-2010 de 22 de abril de 2010 no señala, en ninguno de sus acápites, que una vez evacuados los informes del Superintendente de los Proyectos, se procedería a la ejecución requerida.

Que en lo que toca a la validez de la carta S.D. COMANING N° 251/2010 firmada por el Cnl. DAEN Carlos Walker Villarroel Fernández, el Comando recurrente presenta el Certificado de 1 de junio de 2012 emitido por el Jefe del Departamento V del Estado Mayor General, Luis Morales Reynolds, cuyo contenido señala que "es cierto y evidente que el Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández, habiendo cesado en sus funciones en la fecha señalada en el punto primero (**9 de diciembre de 2010**), no tenía atribuciones para realizar ningún acto en nombre y/o representación del Comando de Ingeniería del Ejército...".

Que se puede colegir que dicha certificación se limita a señalar que el Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández, en fecha 15 de diciembre de 2010, no tenía atribuciones para realizar ningún acto (léase, emitir la carta S.D. COMANING N° 251/2010 de 15 de diciembre de 2010) pero no invalida la actuación de dicho ex Comandante del Comando de Ingeniería del Ejército, aspecto que ha sido oportunamente observado y fundamentado en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, pues para que la misma deje de tener efectos **ex post**, es

necesaria la declaración de nulidad en aplicación del artículo 48 del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, concordante con el artículo 32.I de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002. Mientras tal no ocurra, la carta observada es válida.

Que debe reiterarse que no corresponde a la APS tramitar estas nulidades, de manera que ante esta evidencia, se acuse al ente regulador de no indagar en la búsqueda de la verdad material.

Que el Recurso de Revocatoria interpuesto por **EL COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, que ahora nos ocupa, no desvirtúa el anterior razonamiento y se limita a mostrar la certificación anotada.

Que en cuanto al punto **“II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO. 3. REITERADA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0201/2011 DE 27 DE ABRIL DE 2011”** del memorial de recurso y anotado en el séptimo Considerando de la presente resolución, el Comando recurrente nuevamente invoca la invalidez de la carta S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, señalando que defiende los intereses del Estado y no intereses privados, por lo que la aseguradora no podría ampararse en la Ley N° 1178 de Control y Fiscalización Gubernamental, anotando una vez más, que ha proporcionado toda la documentación que la fiadora ha solicitado. Estos argumentos no enervan lo dispuesto en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012 ya que los mismos constituyen alegaciones generales y abstractas; v.gr. no desvirtúan la validez de la S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010.

Que en cuanto al punto **“II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO. 4. ÚLTIMA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/N° 359/2011 DE 8 DE JULIO DE 2011”**, del memorial de recurso, cursante en el séptimo Considerando de la presente resolución, **EL COMANDANTE DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** no ha especificado en ningún momento cuál la causal concreta y específica para la resolución de los contratos y la subsecuente ejecución de las pólizas en cuestión, limitándose a alegar que la fiadora incurre en acciones dilatorias e incongruencias. En todo caso, las especificaciones que se solicitan serían “aspectos de forma” y que en relación a la Resolución Administrativa 012 de 23 de marzo de 20110 (sic) que declara la resolución del contrato, se acude a la cláusula décima novena (Terminación del Contrato) punto 19.3. Resolución a Requerimiento del Contratante por causales atribuibles al sub contratista, contemplado en la Minuta de Contrato por Excepción Tramo II Quillacas-Villa Esperanza, y que en la Minuta de Contrato por Excepción Tramo III Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, esta causal se encuentra en la cláusula vigésima, por lo que siendo una situación de forma (señala la recurrente), la compañía aseguradora debiera remitirse al análisis de los contratos remitidos en su oportunidad y no accionar expresando que los mismos no existen.

Que, añade la recurrente, mayores especificaciones al respecto **serían emitidas por la APS (sic)**. No se entiende cómo es que la recurrente alega que la especificación de la causal de resolución de los contratos sea pronunciada por el ente regulador, ya que las funciones, atribuciones y facultades de la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros no contempla el determinar **causales de resolución de contratos**.

Que la recurrente vuelve a anotar que ha enviado toda la documentación que se le ha solicitado y que en cuanto a los poderes que configuran la autoridad del Comando de Ingeniería del Ejército, tal sería **considerada por el ente regulador (sic)**. Tampoco estos argumentos enervan ni desvirtúan la resolución que se impugna.

Que en lo tocante a la cláusula de ejecución inmediata para las pólizas en cuestión, vamos a referirnos más adelante.

Que en cuanto al punto **"II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO. 5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N 087-2012 DE FECHA 8 DE FEBRERO DE 2012"**, del memorial de recurso cursante en el séptimo Considerando de la presente resolución, es necesario aclarar que los casos en que la aseguradora incurrió en conductas calificadas como reincidentes y que conllevan agravación de la sanción han superado los 180 días que prescribe el artículo 19.a) de la Resolución Administrativa IS 602 de 24 de octubre de 2003, razón por la que no se las toma en cuenta. Se aclara sin embargo, que la resolución que recurre es la APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012 y no otras anteriores a la misma, por lo que toda invocación a otras es impertinente e inconducente por cuanto habiendo sido anuladas por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se las tiene por inexistentes, es decir nunca nacieron a la vida del derecho, y no corresponde traerlas a colación a los fines del recurso de revocatoria interpuesto por **EL COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**.

Que en cuanto al punto **"II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO. 6. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 DE 3 DE OCTUBRE DE 2012"**, del memorial de recurso y cursante en el séptimo Considerando de la presente resolución, nuevamente debe anotarse que la resolución que **EL COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** está impugnando es la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012 y no la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012.

No obstante, debe considerarse que en este acápite, el recurrente acude a los mismos argumentos desarrollados en la **RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 DE 3 DE OCTUBRE DE 2012"**, en lo que respecta a la no desvirtuación del argumento fundamental que sustentó en su día, a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087/2012 de 8 de febrero 2012, esto es, la aplicación de la cláusula de ejecución inmediata condicional para las pólizas: de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo **JIA-ORU-218** por un valor afianzado de Bs.784.189,77; de Cumplimiento de Contrato de Obra **JOB-ORU-285** por un valor afianzado de Bs.603.717,00; de Correcta Inversión de Anticipo **JIA-ORU-202** por un valor afianzado de Bs.1.294.215,37, y de Cumplimiento de Contrato de Obra **JOB-ORU-273** por un valor afianzado de Bs.425.975,38.

Que por ello se manifiesta que, revisados los registros de esta APS, no se encuentran registradas aquellas pólizas por lo que no se puede exigir el deber de inclusión de la referida cláusula de ejecución inmediata condicional como establece mandatoriamente el artículo 6 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007, siendo necesario acudir entonces a las reglas anotadas en el Condicionado General de dichas pólizas, mismas que estipulan que:

- a) El contrato principal es parte integrante e indisoluble de la póliza de garantía.
- b) El beneficiario está obligado a demostrar fehacientemente de forma inequívoca y suficiente el incumplimiento del contrato principal por parte del afianzado para recibir la indemnización.
- c) De acuerdo a la definición de Garantía de Ejecución Inmediata (que caracteriza a las 4 pólizas) ésta se entiende como la obligación del beneficiario de demostrar el incumplimiento...consignando las causales de incumplimiento del contrato suscrito entre las partes.
- d) La aseguradora indemnizará el menor monto de dinero que resulte de la comparación entre el valor afianzado garantizado por la presente póliza, y b) el saldo insoluto (de pago) obtenido del cálculo del Monto Total del anticipo entregado por el beneficiario menos el monto del avance acumulado que efectivamente realizó el afianzado. Este cálculo será realizado por el beneficiario.

Que detallado lo anterior, pese a reiterados pedidos al recurrente, éste no ha acreditado el cálculo el monto insoluto resultante, tal como se ha evidenciado en el informe de 6 de noviembre de 2012 emitido por la Lic. Jessica Leslie Jara, Encargada de Contrataciones del Comando de Ingeniería del Ejército, adjunta al memorial de 8 de noviembre de 2012. Por lo que puede colegirse que es la propia recurrente que no sustenta debidamente la pretensión de ejecución de las pólizas citadas ya que éstas, por su naturaleza "De Correcta Inversión de Anticipo", necesitan la demostración de que no se han usado correctamente los dineros entregados en calidad de anticipo, y ello puede hacerse a través de un cálculo de saldos insoluto, cálculo a cargo exclusivamente del beneficiario.

Que el recurrente nada dice o alega a este respecto; es decir, no argumenta a su favor nada que pueda inducir al razonamiento de que como beneficiario, cuenta con el cálculo de saldo insoluto indicado. Ha hecho precisamente lo contrario, decir que no cuenta con documentación pertinente.

Que en este punto, es importante manifestar que si las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo **JIA-ORU-218** por un valor afianzado de Bs.784.189,77; de Cumplimiento de Contrato de Obra **JOB-ORU-285** por un valor afianzado de Bs.603.717,00; de Correcta Inversión de Anticipo **JIA-ORU-202** por un valor afianzado de Bs.1.294.215,37, y de Cumplimiento de Contrato de Obra **JOB-ORU-273** por un valor afianzado de Bs.425.975,38, hubieran sido registradas en el contexto dispuesto por la Resolución Administrativa IS N° 371-2007 de 11 de septiembre de 2011, entonces **sí** serían objeto de sus disposiciones, alcances y consecuencias. Este extremo es fácilmente verificable de las copias de las pólizas; ergo, no habiendo SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. registrado aquellas pólizas, no corresponde juzgarlas en el ámbito de la citada Resolución Administrativa IS N° 731-2007. En efecto, este argumento ya fue expuesto y sostenido en la anulada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 049-2013 de 16 de enero de 2013, en cuyas páginas 14 y 15 se fundamenta este mismo argumento, quedando por demás claro que **sí** existió argumentos y fundamentación para emitir este criterio.

Que precisamente y debido al no registró de las cuatro pólizas involucradas, esta APS inicio procedimiento administrativo contra la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS**

FORTALEZA S.A., mismo que concluyó con la emisión de la Resolución Administrativa **APS/DJ/DS/525-2013 DE 06 DE JUNIO DE 2013** que sancionó “con una multa en Bolivianos equivalente a Ochenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (80.000 UFV’s) por el incumplimiento del artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 y los artículos 14.a) y 12.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998...”

Que en adición, se debe explicar que no habiendo sido registradas las cuatro pólizas como prevé la Resolución Administrativa IS N° 731-2007 de 11 de septiembre de 2011, no se podía ni se puede aplicar lo concerniente a la “Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional”, que por cierto, tales pólizas, per se, en ningún momento han adquirido el carácter de “controvertidas” (que estén en litigio o controversia), sino que se ha suscitado un reclamo por el no cumplimiento de una prestación debida: pagar la indemnización emergente de la contratación de aquellas cuatro pólizas, situación que es muy distinta a estar “controvertidas”.

Que estas son las razones por las que en su momento, la APS revoca su inicial decisión, pues se vio en la necesidad de hurgar en aspectos concomitantes al asunto, como analizar montos, cartas, cláusulas de resolución del contrato principal, etc.

Que en cuanto a las facultades sancionatorias de la APS, nada se tiene que objetar ya que las mismas son de existencia legal en la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, Ley del Procedimiento Administrativo y sus dos Decretos Reglamentarios. Ejerciendo la APS a plenitud las mismas.

CONSIDERANDO:

Que a todo lo expuesto, se debe añadir que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, funda su decisión de desestimar la pretensión de **EL COMANDO DE INGENIERIA DEL EJÉRCITO**, en la inexistencia de la causal de resolución a momento de solicitar la ejecución de las pólizas; en efecto, se ha visto meridianamente que la recurrente, “deja al criterio de la entidad reguladora” la valoración de la existencia o no de la causal de resolución. Esta posición es concordante con el silencio del Comando de Ingeniería al requerimiento de esta APS, cuando se le solicitó acreditar indubitablemente, la causal específica de resolución.

Que luego, siendo esta la situación, tampoco el ahora recurrente ha producido la evidencia de la causal concreta de resolución de los contratos, limitándose a señalar que la misma se encuentra, de manera genérica, contemplada en las cláusulas 19 y 20 de los contratos, ignorando o pretendiendo ignorar que tales cláusulas contienen a su vez, un abanico variado de causales, por lo que era menester su individualización.

Que otro argumento de la resolución que se recurre es que no se ha clarificado el conflicto de competencia entre las actuaciones del Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández como firmante de la carta S.G. COMANING N° 251/10. En efecto, tampoco en este punto, **EL COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** produce prueba suficiente de la nulidad de las actuaciones de dicho oficial, constriñéndose a presentar una certificación que señala que dicho Cnl. carecía de facultades para emitir cartas como la indicada, cuando lo pertinente es acreditar la declaración por autoridad superior, de la nulidad de los actos emanados por el entonces

Comandante del Comando de Ingeniería del Ejército Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández.

Que a este respecto, corresponde señalar que la APS puede y debe indagar sobre aspectos que hagan a sus atribuciones precisamente en busca de la verdad material, pero no puede realizar acciones que escapen a sus facultades, como el esclarecimiento de términos de representación de las autoridades militares en el ámbito de la gestión pública, o como tramitar la nulidad de actos de determinadas autoridades militares. Se sustenta esta posición ya que mientras un acto administrativo (y las decisiones del Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández lo son) no sean declarado nulo expresamente (en instancias ajenas a la APS además), tales actos subsisten válidamente, al tenor del artículo 32.I de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002.

CONSIDERANDO:

Que como quiera que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054-2012 de 03 de octubre de 2012 anula las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DS/N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012 y APS/DJ/DS/N° 268-2012 de 2 de mayo de 2012, todo lo que se hubiera dicho en tales actos administrativos no existen en la vida del derecho, por lo que consideraciones en torno a la Resolución Administrativa IS N° 731-2007 de 11 de septiembre de 2011 manifestadas en aquellas resoluciones, tampoco existen más, jurídicamente hablando.

Que siendo así, la APS empezó de nuevo el procedimiento sancionatorio emitiéndose la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, en la que para nada se funda la decisión desestimatoria de los cargos contra SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. en la Resolución Administrativa IS N° 731-2007 de 11 de septiembre de 2011 (léase, amparar cargos en el no cumplimiento de la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional emergente de la aplicación de aquella resolución administrativa). Si se cita (como se lo hace en la página 3) en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, a guisa de ilustración y de antecedentes, pero no constituye fundamento de la ratio decidendi de dicha resolución N° 914, por lo que resulta cierto que no hubo ningún "cambio de criterio" en la APS para emitir aquella resolución administrativa y en la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 049-2013 de 16 de enero de 2013. Debe recordarse que esta última resolución confirma en todas sus partes la N° 914.

CONSIDERANDO:

Que como corolario de este análisis, es menester aclarar que el Recurso de Revocatoria tiene por objeto, la modificación de una decisión anterior, en tanto esta lesione, afecte, o cause perjuicio a los derechos subjetivos de la recurrente conforme establece el artículo 56.I de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, por lo que el cambio de criterio por parte de la entidad que emitió la decisión impugnada viene a constituir una posibilidad cierta y una pretensión legítima y legal; luego, no debería extrañar que en la decisión emergente del recurso de revocatoria, se cambie de criterio, y de decisión en última instancia.

CONSIDERANDO:

Que el conjunto de estas limitaciones, omisiones, e inconsistencias en la actuación de la recurrente, conlleven al criterio razonable de que no se ha producido o practicado las pruebas que conduzcan a revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, por lo mismo, no se ha desvirtuado ni enervado la misma.”

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial de fecha 13 de agosto de 2013, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 682-2013 de 29 de julio de 2013, con los siguientes argumentos:

“II.- FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO

1. PRIMER REQUERIMIENTO DE EJECUCIÓN

Mediante Oficio Sección As. Jur. Nº 080/2011 de fecha 6/04/2011, recepcionado el 8/04/2011, nos dirigimos a la Compañía Aseguradora **FORTALEZA S.A.** para requerir la **EJECUCIÓN** de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 por el Valor Afianzado de **Bs. 784.189,77.- (SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE 77/100 BOLIVIANOS)**; Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-285 por el Valor Afianzado de **Bs. 603.717,00.- (SEISCIENTOS TRES MIL SETECIENTOS DIECISIETE 00/100 BOLIVIANOS)**; Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202 por el Valor Afianzado de **Bs. 1.294.215,37.- (UN MILLÓN DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS QUINCE 37/100 BOLIVIANOS)** y Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273 por el Valor Afianzado de **Bs. 425.975,38.- (CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO 38/100 BOLIVIANOS)**, garantías emergentes de Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto “Construcción Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza del Departamento de Oruro.

El Requerimiento de Ejecución se fundamentó en anterior solicitud contenida en Oficio SAF. G-100 91/10 de 17/03/2010, mediante el cual el Comando de Ingeniería del Ejército, remitiendo las Pólizas de Garantía en **ORIGINALES**, solicitó la **EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA** JIA-ORU-218, JOB- ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273, otorgadas por la **EMPRESA JHOSELYN CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES S.R.L.**, por los contratos referidos. Haciendo hincapié que dicha ejecución había sido suspendida momentáneamente en mérito a Oficio SAF. G-100 172/10 de 21/04/2010 dirigido por el Comando a la empresa aseguradora, habiendo tomado conocimiento la empresa y acusado recibo mediante Oficio FORT/GRORU/201/2010 de 22/04/2010 donde **“CONFIRMABAN QUE LAS EJECUCIONES SE ENCONTRABAN VIGENTES Y QUE UNA VEZ REMITIDO EL INFORME TÉCNICO DE LA SUPERINTENDENCIA DE LOS PROYECTOS, CUMPLIENDO REQUISITOS DE LA CLÁUSULA 8va. DEL CONDICIONADO GENERAL, SE PROCEDERÍA A LA EJECUCIÓN REQUERIDA”.**

Al requerimiento de ejecución que citamos, se acompañó la siguiente documentación:

Fotocopia de oficio SAF G-100 91/10 de 17/03/2010, de solicitud de Ejecución de Pólizas enviada a Seguros y Reaseguros Fortaleza (Fs. 2), fotocopias de Pólizas N° JOB (ORU) N° 273 (Fs. 1), JIA (ORU) N° 202 (Fs. 2), JIA (ORU) N° 218 (Fs.1), JOB (ORU) N° 285 (Fs. 2) y fotocopia de carta FORT/GRORU/201/2010 emitida por Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A.

Fotocopias legalizadas de Contratos suscritos entre el COMANING y la Empresa Jhoselyn S.R.L., para ejecución de trabajos en los Proyectos de Quillacas-Villa Esperanza (Fs. 21) y Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza (Fs. 21).

Original de oficio Sección As. Jur. N° 67/2010 de fecha 16 de agosto de 2010 de Primera Intención de Resolución de Contrato (Fs. 1).

Fotocopia de oficio As. Jur. N° 75/2010 de fecha 31 de agosto de 2010 - Segunda Carta de Resolución de Contrato (Fs. 1), más antecedentes.

1. Acta de Compromiso de fecha 22 de abril de 2010, suscrita entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn (Fs. 1).
2. Acta de Reunión entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn, de fecha 19 de mayo de 2010 (Fs. 1)
3. Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Quillacas - Villa Esperanza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 5).
4. Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 4).
5. Fotocopia de Informe Técnico Secc. III Op. N° 004/10 de fecha 24 de febrero de 2010, del Jefe de la Sección III Operaciones sobre situación de la Empresa subcontratista (Fs. 3).

1.1 RESPUESTA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

Mediante Oficio FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011, la Compañía de Seguros y Reaseguros **FORTALEZA S.A.** responde el requerimiento de ejecución de las garantías contenido en Oficio As. Jur. N° 080/2011 de 6/04/2011, indicando que, la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo JIA- ORU-000218 y JIA-ORU-000202 en franca contraposición a lo expresado inicialmente que, **NO CORRESPONDÍA, ante la existencia de Carta CITE S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010**, mediante la cual la empresa aseguradora recibía la instrucción de dejar sin efecto la ejecución y las liberaba. En relación a las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB- ORU-000285 y JOB-ORU-000273, requieren la remisión de documentación respaldatoria, (documentación ésta que fue remitida a la Compañía Aseguradora) sin significar esto la aceptación o rechazo al requerimiento de ejecución, tal como:

1. Carta de Resolución de contrato debidamente notariada con la diligencia notarial de entrega al contratista.
2. Orden de Proceder
3. Adendas y contratos modificatorios al contrato principal.
4. Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento, firmada por la MAE

(Máxima Autoridad Ejecutiva).

5. Libro de Órdenes
6. Órdenes de Cambio.

2. RESPUESTA A NEGATIVA DE EJECUCIÓN CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011

Con Oficio As. Jur. N° 091/2011 de fecha 20/04/2011, recepcionado por la Empresa Aseguradora **FORTALEZA S.A.** el 25/04/2011, el Comando de Ingeniería del Ejército responde a términos contenidos en Oficio FORT/GRORU/0183/2011 de fecha 18 de abril de 2011, por el que nos hacían conocer que la solicitud de ejecución de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo, realizada mediante Carta Cite As. Jur. N° 080/2011, no correspondía, en razón a que se habría enviado una anterior carta S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010 en el sentido de dejar sin efecto la ejecución de las pólizas JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202, autorizando la renovación de las pólizas de cumplimiento de contrato e instruyendo la liberación de las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo; aclarando el origen de la citada instrucción y desvirtuando la negativa formulada.

Con relación a las Pólizas de Cumplimiento de Contrato de Obra, se recalcó que, constaba en antecedentes que corren en esa institución que, a través de Oficio SAF. G-100 91/10 de 17/03/2010 el Comando de Ingeniería del Ejército solicitó la EJECUCIÓN DE LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA JIA-ORU-218, JOB-ORU-285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-273, otorgadas por la EMPRESA JHOSELYN CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES S.R.L., remitiendo las Pólizas en EJEMPLARES ORIGINALES. De igual manera se hizo notar que, la ejecución requerida fue suspendida momentáneamente en mérito a Oficio SAF. G-100 172/10 de 21/04/2010 dirigido por el Comando a esa Compañía Aseguradora, acusándose recibo de la misma con Oficio FORT/GRORU/201/2010 de 22/04/2010 donde nos indicaban que las ejecuciones se encuentran vigentes y una vez remitido el Informe Técnico de la Superintendencia de los Proyectos y cumpliendo requisitos de Cláusula 8ª del Condicionado General se procedería a la ejecución requerida.

Aclarando el punto referido a la carta S.D. COMANING N° 251/10, se indicó que esta situación no fue de conocimiento del Comando, toda vez que la misma fue firmada por **el ex Comandante de Ingeniería del Ejército Cnl. DAEN. Carlos Walker Villarroel Fernández, CUANDO YA HABÍA CESADO EN SUS FUNCIONES,** con el fin de demostrar esta situación acompañamos el memorándums debidamente legalizados que prueban la fecha de nombramiento de la nueva autoridad (6/12/2010), fecha en la cual fue dado de baja como Comandante el Cnl. Villarroel, y la carta mencionada por la Empresa fue recibida en fecha 15 de diciembre de 2010, remitiéndonos al Art. 122 de la Constitución Política del Estado, que textualmente señala: **“SON NULOS LOS ACTOS DE LAS PERSONAS QUE USURPEN FUNCIONES QUE NO LES COMPETEN. ASÍ COMO LOS ACTOS DE LAS QUE EJERCEN JURISDICCIÓN O POTESTAD QUE NO EMANE DE LA LEY”;** haciendo notar la Nulidad de los actos de la autoridad saliente y consecuente ineficacia de la referida carta S.D. COMANING N° 251/10, reiterando el requerimiento de INMEDIATA EJECUCIÓN de las PÓLIZAS DE GARANTÍA DE FIANZA y el depósito respectivo a nombre del Comando de Ingeniería del Ejército en N° de Cuenta

10000004671520 del Banco Unión S.A. Asimismo, se anunció que, en caso de que la Compañía Aseguradora continúe con la actitud de retardación en la ejecución de las pólizas en cuestión, se acudiría a la instancia llamada por ley, en defensa de los intereses estatales.

Con el fin de demostrar de manera más amplia en relación a este extremo, señalo a vuestra autoridad que una vez que el presente recurso sea elevado al Tribunal de Alzada, presentaremos la Resolución o documento equivalente que respalde y confirme de forma clara y contundente que la Nota S.D. COMANING No. 251/10 es nula, ya que fue firmada por el Ex - Comandante de Ingeniería del Ejército, es decir por una autoridad incompetente, ya que en fecha 6 de diciembre de 2010 se había designado al Cnl. DAEN. Henry Ornar Ortiz Mercado fue designado como nuevo Comandante de la Institución Militar, motivo por el cual, dicha nota no tiene ningún valor legal, por que (sic) fue enviado por una autoridad que no tenía legitimidad.

3. REITERADA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0201/2011 de 27/04/2011

De manera reiterada y sin argumento firme, con oficio FORT/GRORU/0201/2011 de fecha 27 de abril de 2011, la compañía aseguradora nos hace conocer que nuestra reiteración de solicitud de ejecución de las pólizas de garantía contenida en Oficio As. Jur. N° 091/2011 de 20/04/2011, es nuevamente negada, utilizándose de manera reiterativa contenido de carta cite S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15/12/2010, tomando como justificativo y argumento para no dar curso a la ejecución de garantías requeridas, que el CIE habría impartido instrucciones para dejar sin efecto la ejecución manifestada y que las reiteradas solicitudes a las cuales no dan curso serían extemporáneas, en mérito justamente a esta instructiva.

El tenor de la negativa es consecuente con los mismos argumentos utilizados en comunicaciones anteriores, introduciéndose inclusive la empresa aseguradora en el análisis de normativa inherente a la Responsabilidad por la Función Pública y expresando que su accionar se sustenta en la actual legislación, que PROTEGE A LOS PRIVADOS Y ADMINISTRADOS DE LAS ACTIVIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS, sin tomar en cuenta que son "los intereses estatales" los que resguarda el Comando; en este caso del accionar de "privados".

Atendiendo el requerimiento de envío de información por parte de la empresa aseguradora, al amparo de los Arts. 1027 y 1031 del Código de Comercio, a través de carta As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011, se volvió a reiterar solicitud de ejecución de garantías y se remitió la siguiente documentación:

1. Carta de resolución de contrato legalizada, debidamente notariada y con la diligencia de entrega al contratista. Documento remitido anteriormente en Anexo en fotocopia simple con Cite As. Jur. N° 080/2011, más antecedentes (Oficio As. Jur. N° 75/2010 de 31/08/2010).
2. Ordenes de Proceder, debidamente legalizadas.
3. Adendas y contratos modificatorios al contrato principal (Ejemplares legalizados).
4. Original de Resolución Administrativa de Declaración de Incumplimiento, firmada por la MAE (Máxima Autoridad Ejecutiva).
5. Libro de Órdenes. Partes pertinentes dentro de los proyectos, debidamente

legalizadas.

6. Órdenes de Cambio debidamente legalizadas.

4. ULTIMA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/359/2011 de 8/07/2011

Como respuesta a nuestro requerimiento de ejecución contenido en nuestra última comunicación, con oficio FORT/GRORU/359/2011 de fecha 8 de julio de 2011, nuevamente la compañía aseguradora reitera **ACCIONES DILATORIAS** que desvirtúan nuestro requerimiento; ya que pese a haber cumplido todas sus exigencias, esta vez ingresan en **INCONGRUENCIAS**, al pedimos que realicemos "aclaraciones" en torno a aspectos contenidos en Minutas de Contratos por Excepción suscritas en fechas 8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007 entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., para la ejecución de todos los trabajos necesarios para el Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora (10 Kms.) y Asfaltado Proyecto "Construcción Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garci Mendoza del Departamento de Oruro; mismas que se orientan a los siguientes aspectos:

1. Textual: ..."Con referencia a la Resolución Administrativa N° 012/11 de fecha 23 de Marzo del 2010, donde se resuelven los 2 contratos garantizados, en el cual se menciona en su tenor "... en aplicación al procedimiento establecido en contratos contenidos en la Cláusula Décima Novena punto 19.3 Resolución a Requerimiento del Contratante por causales atribuibles..." agradeceremos nos hagan la aclaración correspondiente sobre las causales de resolución, en forma concreta y clara, en particular sobre el punto 19.3 que supuestamente se halla contenido en los contratos y que una vez revisados los mismos evidenciamos que dicho punto no existe."...

- **ACLARACIÓN:** Cabe aclarar que, fotocopias legalizadas de Contratos suscritos entre el COMANING y la Empresa Jhoselyn S.R.L., para ejecución de trabajos en los Proyectos Quillacas-Villa Esperanza (Fs. 21) y Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza (Fs. 21), fueron remitidos a FORTALEZA S.A. en el primer requerimiento de ejecución, mediante Oficio Sección As. Jur. N° 080/2011 de fecha 6/04/2011, recepcionado por la empresa el 8/04/2011; **DENOTÁNDOSE DE MANERA CONCRETA LA ACCIÓN DILATORIA Y CONTRADICTORIA EN QUE INCURRE LA ASEGURADORA, PIDIENDO ACLARACIONES SOBRE DOCUMENTOS QUE CORREN EN ESA INSTANCIA Y LAS CUALES NO EXPRESAN DE MANERA OBJETIVA,** siendo que en Resolución Administrativa N° 012/11 de 23 de marzo de 2011 por la cual la MAE declara la Resolución de las Minutas de Contratos por Excepción que nos ocupa, se acude a Cláusula DÉCIMA NOVENA (TERMINACIÓN DEL CONTRATO), punto 19.3 Resolución a requerimiento del CONTRATANTE, por causales atribuibles al SUB CONTRATISTA, estando contemplada esta Cláusula en Minuta de Contrato por Excepción del Tramo II Quillacas-Villa Esperanza, siendo evidente que en la Minuta de Contrato por Excepción del Tramo III Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, esta causal figura en Cláusula VIGÉSIMA; situación **DE FORMA** que no hace a lo principal y que puede ser subsanada si mínimamente la Compañía Aseguradora se haya remitido al análisis de los Contratos remitidos en su oportunidad y no accionando a estas alturas expresando que **SUPUESTAMENTE SE HALLA CONTENIDO EN LOS CONTRATOS Y QUE UNA VEZ REVISADOS**

LOS MISMOS EVIDENCIAN QUE DICHO PUNTO NO EXISTE; situación falsa y que sólo demuestra la intencionalidad de FORTALEZA S.A. de no ejecutar las garantías como corresponde por ley.

2. Textual: ..."De igual forma, con referencia a su carta de fecha 31 de agosto de 2010 con cite: As. Jur. N° 75/2010, que vuelve a mencionar la cláusula Décimo Novena que en el contrato se refiere a CAUSAS DE FUERZA MAYOR Y/O CASO FORTUITO como causal de la Resolución, sobre lo que solicitamos tengan la amabilidad de aclarar este aspecto, como indicamos en el punto anterior."...

- **ACLARACIÓN:** Relacionada y atendida en anterior punto.

3. Textual: ..."De igual forma, reiteramos lo citado en anteriores notas, aclarando que conforme su carta de cite COMANING 251/10 de fecha 15 de Diciembre del 2010 se deja sin efecto la ejecución de todas las pólizas, incluidas las de Cumplimiento de contrato."...

- **ACLARACIÓN:** La presente solicitud de aclaración que reincidentemente esgrime la empresa aseguradora, ha sido tratada anteladamente; considerándose que el criterio técnico y determinación al respecto, lo emitirá la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Dentro del texto de oficio FORT/GRORU/359/2011 de fecha 8 de julio de 2011, también de manera reiterada, la empresa aseguradora requiere se le haga llegar documentación complementaria en original o fotocopia legalizada, sin que esto signifique la aceptación o rechazo a la solicitud de ejecución, como ser:

1. Resolución Administrativa N° 012/11 de fecha 23 de Marzo del 2010. Documento remitido con anterioridad en ejemplar original a Fs. 3 a FORTALEZA S.A. a través de Oficio Sección As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011; recepcionado por la empresa aseguradora en fecha 30/06/2011.

2. Carta de intención de resolución de contrato.

Cabe señalar que la Intención de Resolución de Contrato a la cual hace mención la empresa aseguradora, se encuentra contenida en Oficio As. Jur. N° 080/2011 de 6/04/2011, con sello de recepción de FORTALEZA S.A. de 8/04/2011 y fue remitida con anterioridad a su "nuevo" requerimiento en Anexo, que además contenía:

- Original de oficio Sección As. Jur. N° 67/2010 de fecha 16 de agosto de 2010 de Primera Intención de Resolución de Contrato (Fs. 1).
- Fotocopias de: oficio As. Jur. N° 75/2010 de fecha 31 de agosto de 2010 de Segunda Carta de Resolución de Contrato (fs. 1), más antecedentes:
- Acta de Compromiso de fecha 22 de abril de 2010, suscrita entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn (Fs. 1).
- Acta de Reunión entre el Comando de Ingeniería del Ejército y la Empresa Jhoselyn, de fecha 19 de mayo de 2010 (Fs. 1)
- Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Quillacas - Villa Esperanza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 5).
- Informe del Supervisor de la Empresa Jhoselyn S.R.L., referente al Proyecto Villa Esperanza-Salinas de Garci Mendoza, de fecha 20 de mayo de 2010 (Fs. 4).

- Fotocopia de Informe Técnico Secc. III Op. N° 004/10 de fecha 24 de febrero de 2010, del jefe de la sección III Operaciones sobre situación de la Empresa subcontratista (Fs. 3).
- 3. Carta notariada donde se haya hecho efectiva la resolución del contrato, de acuerdo a lo estipulado en el punto 20.4 de los contratos garantizados.
Con referencia a este requerimiento de documentación complementaria, fue remitido en fotocopia legalizada (Oficio As. Jur. N° 75/2010 de 31/08/2010), a través de Oficio As. Jur. N° 114/2011 de 16/05/2011, recepcionado por la empresa aseguradora el 30/06/2011; haciendo notar que por ejemplo el punto 20.4 de los contratos garantizados, no es el mismo en los dos documentos, siendo que, en el Contrato del Tramo II Quillacas-Villa Esperanza, las Reglas Aplicables a la Resolución, están contenidas en el punto 19.5 **(UNA CONTRADICCIÓN Y AMBIGÜEDAD MÁS DE FORTALEZA S.A)**
- 4. Diligencia notarial de entrega de la carta de resolución de contrato. Aspecto que guarda relación con anterior punto y cumplido de igual manera por el CIE.
- 5. Textual: ..."Poder o resolución Administrativa del Cnl. Carlos Villarroel Fernández, donde se evidencie las facultades que el Comando de Ingeniería del Ejército le confiere para representarlo."...
- 6. Textual: ..."Poder o Resolución Administrativa del Cnl. Henry Ornar Ortiz Mercado, donde se evidencie las facultades que el Comando de Ingeniería del Ejército le confiere para representarlo."...

La presente solicitud contenida en última comunicación de la Aseguradora, conforme establecen los antecedentes que corren en esa entidad, dejamos a consideración de su Autoridad.

Además, señalo que el inc. a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros No. 1883 establece como obligación de las aseguradoras "indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista", y que al estar esta obligación contenida en la Ley de Seguros y en su reglamento es deber del Órgano de Fiscalización hacerlas cumplir, más aun cuando la fianza cuenta con la cláusula de ejecución inmediata condicional que requiere UNICAMENTE UNA DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO POR EL ORGANISMO ESTATAL, no estando SUJETA A NINGUNA OTRA CONDICION.

III.- PETITORIO

Por todo lo expuesto, y habiendo demostrado que la Nota S.D. COMANING No. 251/10 fue enviada por el Ex - Comandante del Comando de Ingeniería del Ejército, es decir por una autoridad que no tenía legitimidad para hacerlo, toda vez que en fecha 6 de diciembre de 2010 de acuerdo a las órdenes de destino se había designado a otro funcionario militar en calidad de Comandante, hecho que será ratificado y ampliado con la documentación que se presentara en su oportunidad, asimismo señalo que de acuerdo a la documentación adjunta en los antecedentes se observa que la Institución Militar ha cumplido con todas y cada una de las exigencias de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, motivo por el que interpongo **RECURSO JERARQUICO** en contra de la Resolución Administrativa APS DJ/DS/No. 682 - 2013 de fecha 29 de julio de 2013, en virtud al Art. 52, 53 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema

de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, solicitando:

- Admita el presente Recurso en virtud a las normas antes señaladas.
- Que, el Tribunal de Alzada mediante Resolución una vez valorado las pruebas que se adjuntaran en su momento oportuno, **REVOQUE** la citada Resolución y **CONFIRME** la Resolución Administrativa APS/DJ/DS No. 087-2012 de 8 de febrero de 2012, y sea con las formalidades de ley.”

5. ALEGATOS DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.-

En fecha 10 de septiembre de 2013, Compañía de Seguros y Reaseguros FORTALEZA S.A., presentó alegatos contra el Recurso Jerárquico presentado por el Comando de Ingeniería del Ejército, con los siguientes fundamentos:

“(…)

I. PRESENTA ALEGATOS.

Habiendo sido notificados con el Auto s/n de 21 de agosto de 2013 emitido por el Sr. Mario Guillen Suarez en su condición de Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, recibido el 27 de agosto de 2013, en nuestra condición de terceros legítimos interesados y de conformidad al Artículo 60 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, concordante con el Artículo 41, Parágrafo II) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, presentamos a su autoridad los siguientes alegatos:

De conformidad a lo establecido en el Artículo 68 de la Ley N°. 2341 de Procedimiento Administrativo, se establece expresamente que: “...Las resoluciones de los recursos jerárquicos deben definir **el fondo** del asunto en trámite y **en ningún caso** podrán disponer que la autoridad inferior dicte una **nueva** resolución...” exceptuando los casos especiales que se hallen debidamente reglamentados en las leyes del SIREFI y otras similares.

De acuerdo a dicho precepto legal, hemos revisado el Decreto Supremo N° 27175, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera que en su Artículo 60 reglamenta el alcance de las resoluciones del recurso jerárquico, y **no** autoriza a la autoridad superior que conocerá el Recurso Jerárquico para que pueda instruir o disponer a la autoridad inferior que se dicte una nueva resolución, salvo lo dispuesto en el Artículo 44 de la mencionada norma, la cual no se aplica a ninguna de las fases del presente y moroso procedimiento administrativo.

CONCLUSIÓN:

Conforme a todos los antecedentes y elementos vertidos en los presentes alegatos, establecemos que la autoridad superior que conoce el recurso jerárquico interpuesto por el Comando de Ingeniería del Ejército contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 682-2013 de 29 de julio de 2013, conforme a lo dispuesto en el Artículo 60 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, debe definir **el fondo** del asunto en trámite y **en ningún caso** podrá disponer que la autoridad inferior dicte una **nueva** resolución, salvo lo dispuesto en el Artículo 44 de la mencionada norma.

PETITORIO:

*Por lo expuesto, de conformidad y en aplicación del Artículo 66 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y los artículos 43 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicitamos a su autoridad **DESESTIMAR** el Recurso Interpuesto por el Comando de Ingeniería del Ejército contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 682-2013 de 29 de julio de 2013 por no existir ningún derecho o interés legítimo afectado por la Resolución Administrativa emitida por la APS.*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

El análisis y decisión que siguen a continuación, considerando la incorporación de evidencia, se circunscriben a determinar si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha actuado conforme a derecho, al haber desestimado el cargo imputado en contra de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, en consecuencia, se pasa a examinar y desarrollar el presente caso de autos.

El **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, ha suscrito dos contratos con la Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., uno sobre "Construcción tramo 2 Quillacas – Villa Esperanza" de fecha 8 de febrero de 2007, y otro sobre "Construcción tramo 3 Villa Esperanza – Salinas de Garci Mendoza" de 10 de agosto de 2007; coincidentemente, ambos contratos, en su cláusula séptima, prevén la existencia de garantías, expresadas en -para cada caso- una póliza de correcta y fiel ejecución del contrato, y otra póliza sobre correcta inversión del anticipo, haciendo entonces, la contratación de un total de cuatro pólizas de seguro.

La **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** quien, como fiadora, ha emitido a favor de su afianzada, Empresa Jhoselyn Construcciones y Servicios Generales S.R.L., las cuatro pólizas de las cuales resulta beneficiario el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**.

Considerando las fechas de suscripción de los contratos (8 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007), se infiere que las pólizas originales fueron contemporáneas a las mismas, no obstante, no existe mayor aclaración al respecto, como que no cursan ejemplares de las mismas, sino de otras más recientes, las que se deduce, resultan en sus renovaciones, conclusión a la que se llega de la alusión que sale en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 087-2012 de 8 de febrero de 2012, cursante en el expediente administrativo (correspondiente al proceso recursivo anterior, anulado por la Resolución Ministerial

Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de 3 de octubre de 2012), en sentido que “la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** haya renovado pólizas...”.

De ello, se entiende que en la permanente mención, acerca de las cuatro pólizas dentro del proceso, se les atribuya a las mismas las fechas que corresponden, más bien, a sus renovaciones; así, se estableció la relación siguiente:

“ ...

Correcta Inversión de Anticipos		Cumplimiento de Contrato de Obra	
Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora	Construcción del Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garcí Mendoza	Asfaltado del Tramo Quillacas - Cutimbora	Construcción del Tramo 3 Villa Esperanza - Salinas de Garcí Mendoza
JIA-ORU-218	JIA-ORU-0202	JOB-ORU-285	JOB-ORU-0273
05-11-2009 al 03-02-2010	01-06-2009 al 28-12-2009	05-11-2009 Al 03-02-2010	01-06-2009 al 28-12-2009

...”

En fecha 3 de noviembre de 2010 y mediante Cite G-100 554/10, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** solicitó a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.** la ejecución de las pólizas precitadas.

La **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.** no procedió con la indemnización reclamada, sino que, en su lugar, solicitó varias aclaraciones conforme constan en la nota FORT/GRORU/359/2011 de 8 de julio de 2011, referidas a:

1. Las causales de la resolución de dos contratos que sale en la Resolución Administrativa N° 012/11 de 23 de marzo de 2011, al hacer referencia al procedimiento contenido en una cláusula *Décimo Novena*, que se señala inexistente.
2. El contenido de la nota As.Jur. N° 75/2010 de 31 de agosto de 2010, la que hace referencia nuevamente a una cláusula *Décimo Novena*, que en el contrato se refiere más bien a *Causas de fuerza mayor y/o caso fortuito*.
3. La existencia de la nota S.D. COMANING N° 251/10 de fecha 15 de diciembre de 2010, por la que el beneficiario habría impartido la instrucción de dejar sin efecto la ejecución reclamada, determinando que las ejecuciones posteriores resulten extemporáneas.

Asimismo, solicitó la documentación complementaria que se relaciona en la precitada nota FORT/GRORU/359/2011.

Por efecto de la falta de indemnización, el 29 de agosto de 2011 y mediante nota As. Jur. N° 172/2011, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** presenta por ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, su reclamo contra la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**, por la no ejecución de las pólizas JIA-ORU-000218, JOB-ORU-00285, JIA-ORU-202 y JOB-ORU-00273, misma que corridos los trámites a los que hace referencia el expediente del caso, va a dar lugar a la nota de cargos APS/DJ/DS/5717/2011 de 20 de diciembre de 2011, por la que se imputa a la entidad aseguradora por:

“...Contravención al inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 al haber incumplido la prestación convenida, consistente en la ejecución de las Pólizas de Garantía de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-000285 y JOB-ORU-000273, así como de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-000218 y JIA-ORU-000202, conforme los términos y plazos contemplados en las cláusulas de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas...”

Norma que en concreto, establece que:

“...ARTÍCULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:

a) *Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista...”*.

Siguiendo el proceso sancionatorio primero, y recursivo después, se pronuncia finalmente en instancia superior la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 054/2012 de 3 de octubre de 2012, por la que se resuelve **“ANULAR el procedimiento administrativo”**, determinando que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros pronuncie la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, por la que resuelve **“DESESTIMAR el cargo imputado en contra de FORTALEZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.”**, y posteriormente -dado haberse impugnado de revocatoria- la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013, confirmatoria de la anterior.

Como consecuencia del Recurso Jerárquico interpuesto por el Comando de Ingeniería del Ejército, se emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 038/2013 de 24 de junio de 2013, mediante la cual se resuelve anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013.

La Autoridad Reguladora, emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 682-2013 de 29 de julio de 2013, resolviendo confirmar, en todas sus partes, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, por lo que el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, nuevamente interpuso Recurso Jerárquico, el mismo que se pasa a evaluar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Nuevamente se advierte que existe identidad entre el actual Recurso Jerárquico y su precedente (el de Revocatoria), en cuanto a sus acápites: **“1. PRIMER REQUERIMIENTO DE EJECUCIÓN”**, **“1.1 RESPUESTA DE SEGUROS Y RERASEGUROS FORTALEZA S.A.”**, **“2. RESPUESTA A NEGATIVA DE EJECUCIÓN CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0183/2011 de 18/04/2011”**, **“3. REITERADA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/0201/2011 de 27/04/2011”** y **“4. ÚLTIMA NEGATIVA DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS CONTENIDA EN OFICIO FORT/GRORU/359/2011 de 8/07/2011”**, por tanto, corresponde dejar presente que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió

pronunciamiento sobre los puntos impugnados en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 682-2013 de 29 de julio de 2013; lo que no impide que esta instancia jerárquica pase a examinar y desarrollar la resolución del presente caso de autos.

2.1.- La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPFP/URJ-SIREFI 038/2013 de fecha 24 de junio de 2013, en su parte resolutive determinó ANULAR el procedimiento administrativo, inclusive hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 49-2013 de 16 de enero de 2013, debiendo en consecuencia emitir una nueva resolución conforme los fundamentos establecidos en dicha Resolución Ministerial Jerárquica; cuyos razonamientos, entre otros, se transcriben a continuación:

“...la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se ha limitado a señalar que las pólizas de seguro controvertidas, “No se encuentran dentro de la reglamentación expresa de seguros de fianzas emitidas a través de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007”, empero en definitiva, no fundamenta la razón a tal criterio”.

“...De tal extremo depende la firmeza, vigencia y subsistencia de una “cláusula de ejecución inmediata condicional” que pudiera ser aplicable al caso, como es la pretensión del recurrente...”

Sobre esta fundamentación, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 682-2013 de 29 de julio de 2013, analiza, colige y desarrolla la argumentación siguiente:

“...revisados los registros de esta APS, no se encuentran registradas aquellas pólizas por lo que no se puede exigir el deber de inclusión de la referida cláusula de ejecución inmediata condicional como establece mandatoriamente el artículo 6 de la Resolución Administrativa N° 731 de 11 de septiembre de 2007, siendo necesario acudir entonces a las reglas anotadas en el Condicionado General de dichas pólizas...”

“...es importante manifestar que si las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 por un valor afianzado de Bs784.189,77; de cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-285 por un valor afianzado de Bs 603.717,00; de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202 por un valor afianzado de Bs1.294.215,37, y de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273 por un valor afianzado de Bs425.975,38 hubieran sido registrados en el contexto dispuesto por la Resolución Administrativa IS N° 731-2007 de 11 de septiembre de 2011, entonces sí serían objeto de sus disposiciones, alcances y consecuencias. Este extremo es fácilmente verificable de las copias de las pólizas; ergo, no habiendo SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A. registrado aquellas pólizas, no corresponde juzgarlas en el ámbito de la citada Resolución Administrativa IS N° 731-2007...”

“Que precisamente y debido al no registro de las cuatro pólizas involucradas, esta APS inició procedimiento administrativo contra la COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A., mismo que concluyó con la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 525-2013 de 06 de junio de 2013, que sancionó “con una multa en

Bolivianos equivalente a Ochenta Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (80.000 UFV's) por el incumplimiento del artículo 6 de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007 y los artículos 14.a) y 12.f) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998..."

"Que en adición, se debe explicar que no habiendo sido registradas las cuatro pólizas como prevé la Resolución Administrativa IS N° 731-2007 de 11 de septiembre de 2007, no se podía ni se puede aplicar lo concerniente a la "Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional", que por cierto, tales pólizas, per se, en ningún momento han adquirido el carácter de "controvertidas" (que estén en litigio o controversia), sino que se ha suscitado un reclamo por el no cumplimiento de una prestación debida: pagar la indemnización emergente de la contratación de aquellas cuatro pólizas, situación que es muy distinta a estar "controvertidas".

De lo anteriormente transcrito y conforme se tiene fundamentado, se descarta que el criterio original asumido, se hubiese tratado de una simple compulsa entre la fecha de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007, con las fechas de contratación de las pólizas originales, 08 de febrero de 2007 y 10 de agosto de 2007; sino que, la modificación de criterio se debió, principalmente, al no registro de las Pólizas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-218 por un valor afianzado de Bs784.189,77; de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-285 por un valor afianzado de Bs 603.717,00; de Correcta Inversión de Anticipo JIA-ORU-202 por un valor afianzado de Bs1.294.215,37, y de Cumplimiento de Contrato de Obra JOB-ORU-273 por un valor afianzado de Bs425.975,38 ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, conforme determina la citada Resolución Administrativa IS N° 731-2007, lo que repercute y atañe en la imposibilidad de aplicar lo relativo a la "Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional" para Entidades Públicas –que viene condicionada o ligada al registro previo ante la APS- establecida en el artículo 8° de la tantas veces nombrada Resolución Administrativa IS N° 731-2007.

Debiendo agregarse que, el **COMANDO GENERAL DEL EJÉRCITO** en el Recurso Jerárquico interpuesto, no arguye, ni alega lo contrario sobre el razonamiento planteado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que vaya a replicar o refutar los argumentos expuestos en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 682-2013 de 29 de julio de 2013; asimismo se aprecia que en el memorial de impugnación jerárquica, tampoco argumenta ni justifica algo a su favor en su condición de beneficiario, sobreentendiéndose que al no contradecir de manera conveniente consiente su aprobación y aceptación con los argumentos desarrollados por la Autoridad Reguladora.

Por otro lado, al no cumplir con la exigencia señalada en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 038/2013 de 24 de junio de 2013, de presentar documentación (Resolución Administrativa firme que hubiera declarado la nulidad del acto administrativo) en que funda su pretensión, constituyendo ésta un elemento que impide considerar la pretensión expresada, es decir, que el recurrente no demostró a través de prueba correspondiente e idónea su aspiración alegada; además, la fundamentación expresada, no tiene la consistencia legal por los razonamientos establecidos en los párrafos precedentes.

2.2.- Sin perjuicio de lo anterior, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPFP/URJ-SIREFI 038/2013 de fecha 24 de junio de 2013, a tiempo de determinar la ANULACIÓN del procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 49-2013 de 16 de enero de 2013, con el propósito de cumplir a cabalidad el principio de verdad material, fundamentó la misma, entre otros, conforme se pasa a transcribir:

“...cuándo fue de conocimiento del Cnel. DAEN Carlos Villarroel Fernández su cambio de destino, es decir, desde cuando el mismo dejaba de ejercer la autoridad militar en nombre del COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO, resultando el extremo trascendental, por cuanto, la controvertida actuación está determinada, precisamente, por la fecha de emisión de la nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, en función de la fecha de EFECTIVO cambio de destino de su suscriptor”.

“Resulta obvio que, el memorándum Dpto. I-EMC. Sec. “A” Nº 1871/10, de fecha 06 de diciembre de 2010, no es suficiente para esclarecer tan trascendentales cuestionantes, ni su entrega al Coronel DAEN Carlos Villarroel Fernández...”

“Tales dudas importan per se, infracción al principio de verdad material, aunque lo mismo es excusable al Ente Regulador, al haber dado éste apertura, al término de prueba que sale del proveído de 24 de octubre de 2012, a efectos se “aclare y respalde documentalmente la resolución del conflicto de competencia suscitado”.

Sobre el razonamiento desarrollado en la referida Resolución Ministerial Jerárquica, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 682-2013 de 29 de julio de 2013, fundamenta de la siguiente manera:

“...no se ha clarificado el conflicto de competencia entre las actuaciones del Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández como firmante de la carta G.G. COMANING Nº 251/10. En efecto, tampoco en este punto, el COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO produce prueba suficiente de la nulidad de las actuaciones de dicho oficial, constriñéndose a presentar una certificación que señala que dicho Cnl. carecía de facultades para emitir cartas como la indicada, cuando lo pertinente es acreditar la declaración por autoridad superior, de la nulidad de los actos emanados por el entonces Comandante del Comando de Ingeniería del Ejército Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández”.

“Que a este respecto, corresponde señalar que la APS puede y debe indagar sobre aspectos que hagan a sus atribuciones precisamente en busca de la verdad material, pero no puede realizar acciones que escapan a sus facultades, como el esclarecimiento de términos de representación de las autoridades militares en el ámbito de la gestión pública, o como tramitar la nulidad de actos de determinadas autoridades militares. Se sustenta esta posición ya que mientras un acto administrativo (y las decisiones del Cnl. Carlos Walker Villarroel Fernández lo son) no sean declarado nulo expresamente (en instancias ajenas a la APS además), tales actos subsisten válidamente, al tenor del artículo 32.1 de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002”.

Adviértase, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en la motivación de su Resolución Administrativa impugnada, hace notar que el **COMANDO DE**

INGENIERÍA DEL EJÉRCITO se limita a la presentación de una certificación que señala que el Coronel Carlos Walker Villarroel Fernández carecía de facultades, para emitir correspondencia como la emitida con el Cite: S.D. COMANING °N 251/10 de 15 de diciembre de 2010; continúa la motivación, además, orientando sobre el procedimiento de la tramitación de la nulidad de actos administrativos y la obtención de uno de los documentos apropiados para dejar sin efecto legal un acto administrativo.

Sin embargo, el **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO**, en su Recurso Jerárquico insiste y repite lo alegado en su Recurso de Revocatoria omitiendo acompañar documentación adecuada que demuestre y justifique lo aducido por éste, y se restringe a señalar lo siguiente:

“...Aclarando el punto referido a la carta S.D. COMANING N° 251/10, se indicó que esta situación no fue de conocimiento del Comando, toda vez que la misma fue firmada por el ex Comandante de Ingeniería del Ejército Cnl. DAEN. Carlos Walker Villarroel Fernández, cuando ya había cesado en sus funciones, con el fin de demostrar esta situación acompañamos los memorándums debidamente legalizados que prueban la fecha de nombramiento de la nueva autoridad (6/12/2010), fecha en la cual fue dado de baja como Comandante el Cnl. Villarroel, y la carta mencionada por la Empresa fue recibida en fecha 15 de diciembre de 2010, remitiéndonos al Art. 122 de la Constitución Política del Estado, que textualmente señala: “Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley”; haciendo notar la Nulidad de los actos de la autoridad saliente y consecuente ineficacia de la referida carta S.D. COMANING N° 251/10, reiterando el requerimiento de inmediata ejecución de las pólizas de garantía de fianza...”

Inicialmente, corresponde señalar que según el tratadista Agustín Gordillo, acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales. Para Antonio Abruna, constituye una declaración que proviene de una administración pública, produce efectos jurídicos y se dicta en ejercicio de una potestad administrativa.

En coherencia con la doctrina, el artículo 27 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala que: *“Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo”*.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional, entre otras, en la SC 0107/2003 de 10 de noviembre, señaló que: *“Acto administrativo es la decisión general o especial de una autoridad administrativa, en ejercicio de sus propias funciones, y que se refiere a derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas. El pronunciamiento declarativo de diverso contenido puede ser de decisión, de conocimiento o de opinión. Los caracteres jurídicos esenciales del acto administrativo son: 1)..., 2)..., 3) la legitimidad, que es la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente, 4) la ejecutividad, constituye una cualidad inseparable de los actos administrativos y consiste en que deben ser ejecutados de inmediato, ... De otro lado, la reforma o modificación de un acto administrativo consiste en la*

eliminación o ampliación de una parte de su contenido, por razones de legitimidad, de mérito, oportunidad o conveniencia, es decir, cuando es parcialmente contrario a la ley, o inoportuno o inconveniente a los intereses generales de la sociedad".

Lo señalado precedentemente, es consecuente a los principios básicos que rigen la actividad administrativa, así por ejemplo, con el principio de buena fe, junto al principio de legalidad; singular importancia tiene el principio de buena fe, reconocido en el artículo 4 inciso e) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que establece que: *"En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo"*. De manera que aplicado este principio a las relaciones entre las autoridades de las instituciones públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo, certeza respecto a las decisiones asumidas de las autoridades de instituciones públicas.

Por otro lado, según el principio de legitimidad, las actuaciones de la Administración Pública se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario, también reconocido en el artículo 4 inciso g) de la Ley de Procedimiento Administrativo. La presunción de legitimidad del acto administrativo, se funda en la razonable suposición de que el acto responde y se ajusta a las normas previstas en el ordenamiento jurídico vigente a tiempo de ser asumido o emitido el acto, es decir, cuenta con todos los elementos necesarios para producir efectos jurídicos, por lo que el acto administrativo es legítimo con relación a la ley y válido con relación a las consecuencias que pueda producir.

En consecuencia, el acto administrativo, emisión oficial de la nota S.D. COMANING 251/10 de 15 de diciembre de 2010, del **COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO** sujeto al derecho administrativo, **se presume** válido y produce efectos jurídicos desde la fecha de su notificación o entrega a su destinatario **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.**; en virtud a los principios de legalidad, presunción de legitimidad y buena fe, no es posible que fuera de los recursos y del término previsto por ley se anulen los actos administrativos, aun cuando se aleguen errores de procedimiento cometidos por la propia administración pública, pues la ley, en defensa del particular, ha establecido expresamente los mecanismos que se deben utilizar para corregir la equivocación; por ende, fuera del procedimiento previsto por la ley, un mismo órgano no podrá anular su propio acto administrativo (conocido en la doctrina como acto propio), salvo determinación expresa de la norma, por cuanto una vez definida una situación, ésta ingresa al tráfico jurídico y por lo tanto ya no está bajo la competencia de la autoridad pública que la emitió, sino de la comunidad.

Razonamiento que también fue señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 038/2013 de 24 de junio de 2013, cuando exige la acreditación de la Resolución Administrativa firme que hubiera declarado la nulidad del acto administrativo - nota S.D. COMANING 251/10 d 15 de diciembre de 2010, del COMANDO DE INGENIERÍA DEL EJÉRCITO-, en cumplimiento al artículo 48 del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de julio de 2003, que establece: *"El acto administrativo se presume válido mientras la nulidad del mismo no sea declarada en sede administrativa mediante resolución firme o en sede judicial mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada"*.

Que, contrastados los hechos y revisados los antecedentes doctrinarios, jurisprudencia y normativa antes señalada, se puede establecer que, tanto en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 682-2013 de 29 de julio de 2013, como en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de fecha 23 de noviembre de 2012, emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se han aplicado adecuadamente los principios, regulación y procedimientos establecidos por la Ley de Procedimiento Administrativo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43° del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución impugnada en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 682-2013 de 29 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 914-2012 de 23 de noviembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

ARTÍCULO SEGUNDO.- DEJAR presente, que independientemente de la determinación asumida, la recurrente se encuentra facultada a acudir a las vías pertinentes a objeto de hacer valer sus pretensiones que le correspondería en derecho.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 345/2013 DE 12 DE JUNIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 075/2013 DE 06 DE NOVIEMBRE DE 2013

FALLO

REVOCA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 075/2013

La Paz, 06 de Noviembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2013 de 12 de junio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 210/2013 de 15 de abril de 2013, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 073/2013 de 02 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 164/2013 de 14 de octubre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 3 de julio de 2013, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, representado al efecto por su Gerente General, Sra. Patricia Piedades Suárez Barba, conforme lo acredita el Testimonio de Poder N° 522/2006, extendido en fecha 14 de diciembre de 2006 por ante Notaría de Fe Pública N° 34 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Martha Ariane Antelo Cabruja, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2013 de 12 de junio de 2013, que en Recurso de

Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 210/2013 de 15 de abril de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 11 de julio de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, mismo que fue notificado en fecha 15 de julio de 2013.

Que, en fecha 4 de septiembre de 2013, se llevó adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por la recurrente mediante memorial de 13 de agosto de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGO.-

Mediante nota ASFI/DSV/R-32617/2013 de fecha 5 de marzo de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó al **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, conforme la siguiente imputación:

"...La Sociedad en su calidad de entidad Emisora de acciones en el Mercado de Valores, habría informado a la Bolsa Boliviana de Valores S.A., el cálculo incorrecto de su Valor Patrimonial Proporcional (VPP) al 31 de agosto de 2012.

Asimismo habría incumplido la instrucción comunicada por este Órgano de Supervisión mediante carta ASFI/DSV/R-126937/2012 de 5 de octubre de 2012, respecto a la corrección del citado cálculo.

Dicha conducta constituiría infracción al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, al artículo 100 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores aprobado con Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005 y al inciso c) punto IV.3.1 Valoración de Acciones emitidas y negociadas en mercados nacionales del Texto Ordenado de la Metodología de Valoración aprobado mediante Resolución ASFI N°390/2012 de 9 de agosto de 2012.

En caso de verificarse el cargo mencionado, constituirá causal para la imposición de sanciones previstas por la normativa que regula el Mercado de Valores; por lo que, de conformidad al artículo 67 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante D.S. N° 27175, se concede al FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente a la fecha de notificación con la presente nota, para la presentación de los descargos que correspondan..."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

2.1. Nota FSL-GG205/2013 de 22 de marzo de 2013.-

Mediante nota FSL-GG205/2013 de fecha 22 de marzo de 2013, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** presentó sus descargos, con los siguientes argumentos:

“...Dentro del plazo establecido por norma, mediante la presente exponemos los descargos correspondientes:

- *En relación al cálculo del VPP (Valor Patrimonial Proporcional):*
 - o *De acuerdo a lo establecido por el inciso b), numeral IV.3.1. del Texto Ordenado de la Metodología de Valoración, la fórmula de cálculo para el VPP es la siguiente:*

$$VPP = \frac{\text{Patrimonio neto} - \text{Capital Social Preferente}}{\text{Número de Acciones Ordinarias}}$$

- o *De acuerdo a la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), la definición de Patrimonio Neto se refiere al Cálculo del Capital Primario más el Capital Secundario, y es utilizado para efectos de Solvencia Patrimonial, deduciendo los ajustes dispuestos por el Reglamento de Control de la Suficiencia Patrimonial y Ponderación de Activos (Artículo 3, Sección 3, Capítulo I, Título VI, Libro 3 de la RNBEF (adjunto). Al respecto, el correcto cálculo del VPP debería contemplar el Patrimonio, conforme lo determinado por el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mismo que representa la participación de los accionistas en el activo de la Institución (adjunto).*
- o *Por otro lado, conforme a lo establecido por los artículos 1 y 3, Sección 3, Capítulo I, Título VI, Libro 3 de la RNBEF, las acciones suscritas y pagadas emergentes de los aumentos de Capital Pagado aprobadas por las Juntas Generales Extraordinarias de Accionistas de nuestra Institución, que se encuentran en trámite de autorización ante la ASFI, figuran en la cuenta contable “Aportes Irrevocables Pendientes de Capitalización”, por tanto forman parte del cálculo del Patrimonio Neto de nuestra Institución; debiendo considerar dichas acciones para el cálculo del VPP, si el objetivo es proporcionar un valor consistente con los datos contables manifestados por la Institución, respaldados por los Estados Financieros de la misma.*
- *En relación al supuesto incumplimiento a la instrucción emanada de la ASFI mediante carta ASFI/DSV/R-126937/2012 de 05 de octubre de 2012.*
 - o *A efectos de no incurrir en incumplimiento alguno, nuestra Institución solicitó a vuestra Autoridad a través de la carta con cite FSL-GG721/2012 de fecha 29 de octubre de 2012, considerar ajustes en la interpretación adoptada para la determinación del VPP de las acciones, considerando en dicho cálculo las acciones ordinarias, emergentes de aumentos de Capital Pagado autorizados por la ASFI y las acciones ordinarias, emergentes de aumentos de Capital Pagado aprobados en Juntas Generales Extraordinarias de Accionistas que se encuentran en trámite administrativo de autorización ante la ASFI, por cuanto en términos*

reales y legales, dichas acciones ya se encuentran suscritas y pagadas.

Dicha solicitud se la realizó con el objetivo de viabilizar un método de cálculo que permita reflejar el valor patrimonial real por acción para evitar distorsiones en la información provista al Mercado de Valores, conforme lo descrito a continuación:

- Se está sobrevaluando el Valor Patrimonial Proporcional de las acciones ordinarias, proporcionando al Mercado de Valores información que no refleja la situación o valor real de las mismas.
 - Una vez que las Instituciones Financieras obtienen autorización de Aumento de Capital Pagado por parte de la ASFI, el cálculo del VPP se ve seriamente afectado, disminuyendo drásticamente e intempestivamente, lo cual puede generar inestabilidad para las Instituciones Financieras que cotizan sus acciones en el Mercado de Valores y puede causar daños económicos a los Participantes del Mercado de Valores, Inversionistas o Accionistas que adquieran a precio con referencia al valor informado erróneamente.
- En relación a la presunta infracción al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, artículo 100 del Reglamento del Registro de Mercado de Valores e inciso c) punto IV.3.1. del Texto Ordenado de la Metodología de Valoración emitida por la ASFI, hacemos constar lo siguiente:
- o El artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores determina que los participantes del Mercado de Valores deberán mantener actualizada la información requerida por la Ley y sus reglamentos, señalando que la información que deba ser presentada deberá ser veraz, suficiente y oportuna. Justamente con el objetivo de cumplir con la norma descrita, es que nuestra Institución ha realizado el cálculo del VPP contemplando el Patrimonio Contable y las acciones pagadas pendientes de autorización de la ASFI, y ha realizado las gestiones ante su digna Autoridad y la Bolsa Boliviana de Valores S.A. para que dicho cálculo se considere válido.
 - o Nuestra Institución ha comunicado en forma oportuna, y dentro de los plazos establecidos, a la Bolsa Boliviana de Valores S.A. el nuevo VPP producto de los ajustes contables realizados a consecuencia de los Aumentos de Capital Social efectuados, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 100 del Reglamento del Registro de Mercado de Valores.

En este sentido, consideramos que nuestra Institución ha cumplido con la normativa aplicable al caso y en especial con el objetivo principal que persigue la normativa referida, que es promover un Mercado de Valores organizado, integrado, eficaz y por sobre todo, transparente, precautelando de esta forma los intereses de los participantes del Mercado de Valores.

Asimismo, reiteramos nuestra solicitud efectuada mediante carta con Cite: FSL-GG185/2013 de fecha 15 de marzo de 2013, para que vuestra Autoridad se sirva conceder una Audiencia para la exposición de nuestros descargos correspondientes..."

2.2. Ampliación del plazo de descargos.-

Toda vez que la recurrente, mediante la misma nota cite: FSL-GG205/2013, solicitara la concesión de una audiencia para la exposición de descargos, mediante nota ASFI/DSV/R-42804/2013 de 25 de marzo de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, además de conceder la misma para fecha 27 de marzo de 2013, amplía el plazo para la presentación de descargos, hasta fecha 1º de abril de 2013.

En consecuencia, en fecha 27 de marzo de 2013 se desarrolla la audiencia de presentación de descargos, conforme al acta que en lo pertinente, se transcribe a continuación:

*“...Toma la palabra la Dra. Dibos que en referencia la notificación de cargos **ASFI/DSV/R-32617/2013 de 5 de marzo de 2013**, hace una breve reseña de los antecedentes que motivaron la notificación de cargos. En lo principal señala que:*

- *La formula (sic) de calculo (sic) de ASFI genera un efecto de sobrevaluación del Valor Patrimonial Proporcional, información que no reflejaría la situación del valor real de las acciones.*
- *Otro efecto, ya que las acciones cotizan en la Bolsa de Valores, en caso de que un inversionista adquiriera la acción antes de la autorización, una vez obtenida la misma el efecto que tiene es una disminución drástica e intempestiva del valor, que pudiera generar acciones legales contra el emisor por la pérdida (sic) económica que implica, por daños y perjuicios.*
- *La disminución drástica genera una percepción errónea de la situación patrimonial y financiera de la institución.*
- *Genera una distorsión en la información provista.*
- *Habrían cumplido el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores ya que informaron el VPP con transparencia.*
- *Contradicción de los principios de la ley del Mercado de Valores Ley (sic) de Bancos y el calculo (sic) del VPP establecida (sic) en la Metodología de Valoración.*
- *Cumplieron con el objetivo de la Ley del Mercado de Valores de brindar información veraz y transparente.*

Tomó la palabra la Sra. Gutiérrez, señala que tenían una interpretación de la normativa, criterio señalado y expuesto reiteradamente a través de varias notas. Asimismo, señala que no les queda claro (sic) la formula (sic) señalada en la normativa. Asimismo, señala montos que resultan de los cálculos del VPP que realizan y reportan periódicamente. Ejemplifica lo enunciado con datos que muestran diferencias en el cálculo del VPP y consecuente pérdida del valor de las acciones antes y después de la autorización de al ASFI, de los incrementos de capital que realizan los accionistas.

La Dra. Dibos señala que las bajas bruscas con efecto contable, no podrán ser analizadas por los inversionistas del Mercado de Valores.

La entidad terminó con sus alegatos.

Como conclusión la Dra. Valdivia señala que en varias notas este Órgano de Supervisión manifestó su criterio al respecto, que se encuentren (sic) sujetos a los medios de impugnación que la entidad creyera necesarios; asimismo señala que ASFI cumplirá los plazos previstos por Reglamento, para el seguimiento del proceso sancionatorio.

La Dra. Valdivia reitera las facultades con las que cuenta ASFI para emitir instrucciones y para el seguimiento del proceso correspondiente y que los alegatos serán considerados con criterio técnico y legal, concluyendo de esta manera la Audiencia...”

En fecha 1º de abril de 2013, mediante nota FSL-GG230/2013, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** complementa los descargos con los siguientes argumentos:

“...Con el objetivo de complementar los descargos presentados mediante nota con cite: FSL-GG205/2013, de fecha 22 de marzo de 2013 y en Audiencia llevada a cabo el 27 de marzo de 2013, mediante la presente ponemos a su consideración lo siguiente:

- En relación al cálculo del VPP:
 - De acuerdo a lo establecido por el inciso b), numeral IV.3.1. del Texto Ordenado de la Metodología de Valoración, la fórmula de cálculo para el VPP es la siguiente:

$$VPP = \frac{\text{Patrimonio neto} - \text{Capital Social Preferente}}{\text{Número de Acciones Ordinarias}}$$

Recién mediante Resolución ASFI N° 390/2012 de 9 de agosto de 2012, la ASFI modifica el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración, insertando una nota que determina que el VPP de las entidades de intermediación financiera y compañías de seguros que cuenten con algún trámite pendiente de autorización de incremento de capital en los Órganos de Supervisión respectivos, en los casos de aporte en efectivo de accionistas o incrementos de capital por suscripción pública de acciones, no deberá considerar dicho importe dentro de su cálculo.

Sin embargo, la nota antes descrita no aclara ni especifica si los aportes pendientes de autorización por parte de los Órganos de Supervisión respectivos, deben ser excluidos del cálculo, solamente en relación al “número de acciones ordinarias” o también en relación al “Patrimonio Neto”; por lo que se puede concluir que dichos aportes deben ser excluidos del todo a momento de aplicar la fórmula descrita. Sin embargo, en caso de aplicar este criterio para el “Patrimonio Neto”, estaríamos frente al incumplimiento de lo que la norma contempla para efectos del cálculo del Patrimonio Neto, conforme lo establecido por el Reglamento de Control de la Suficiencia Patrimonial y Ponderación de Activos y de lo que contempla como parte del cálculo del Patrimonio, dentro del ámbito establecido por el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

Por otro lado, y como fue mencionado mediante nota con cite: FSL-GG205/2013, de fecha 22 de marzo de 2013, para efectos del cálculo de la fórmula del VPP, se debe considerar la definición de Patrimonio, dentro del ámbito establecido por el

Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras; no así la definición de Patrimonio Neto, mismo que aplica únicamente para efectos del Reglamento de Control de la Suficiencia Patrimonial y Ponderación de Activos, como el mismo reglamento lo determina en su artículo 3, Sección 3.

En consecuencia, a pesar de la nota aclaratoria inserta mediante Resolución ASFI N° 390/2012 de 9 de agosto de 2012, hasta la fecha los emisores no contamos con parámetros claros y precisos a efectos de realizar el cálculo del VPP, aspecto que conlleva a interpretaciones de diferente naturaleza y el consiguiente riesgo de incumplir la normativa, con las consecuencias que de ello derivan.

Cabe señalar que no se ha logrado tener acceso a la Resolución ASFI N° 390/2012, través de la página web de la ASFI, se adjunta imagen que acredita lo señalado.

- *Estados Financieros.- De acuerdo a lo determinado por el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, los Estados Financieros deben contemplar en la Nota 9 (Patrimonio), entre otros temas: a) las acciones emitidas y b) el valor nominal y valor patrimonial de las acciones.*

De conformidad con lo descrito anteriormente, nuestra Institución ha incluido dentro del cómputo de las acciones emitidas, todas aquellas cuya emisión ha sido dispuesta por las diferentes Juntas Generales Extraordinarias de Accionistas. Para estos efectos, no se han excluido las acciones pagadas, pendientes de autorización por la ASFI. Este cómputo no ha sido observado por la ASFI, motivo por el que entendemos que el criterio aplicado por nuestra Institución coincide con el aplicado por la ASFI.

En relación al valor patrimonial por acción, bajo la misma línea de análisis, nuestra Institución ha considerado dentro del cómputo, los aportes emergentes de las acciones emitidas y pagadas, sin excluir aquellas pendientes de autorización por la ASFI. Sin embargo, mediante nota ASFI/DSV/R- 33052/2013 de fecha 6 de marzo de 2013, recibida en fecha 11 de marzo de 2013, la ASFI ha observado el cómputo contenido en nuestros Estados Financieros, solicitando su rectificación.

En relación al tema, nuevamente nos encontramos frente a diferencias en relación a la interpretación de la norma, derivadas de su falta de claridad y precisión.

- *Contradicción normativa.- Reiterando lo expuesto en la Audiencia llevada a cabo el 27 de marzo de 2013, es importante considerar que el Artículo 1 de la Ley del Mercado de Valores, determina que su objeto principal es regular y promover un Mercado de Valores organizado, integrado, eficaz y transparente. Este objeto esencialmente persigue precautelar los intereses de los participantes del Mercado de Valores. Concordante con este precepto, el Artículo 68 del mismo cuerpo legal señala que los participantes del Mercado de Valores deberán mantener actualizada la información requerida por la Ley y sus reglamentos, señalando que la información que deba ser presentada deberá ser veraz, suficiente y oportuna. La misma línea sigue el Artículo 100 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores. La información provista por nuestra Institución en relación al VPP se ha sujetado en forma estricta a los principios de transparencia y veracidad*

establecidos por la normativa antes descrita.

Contradictoriamente el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración establece una fórmula de cálculo para el VPP que obliga a los emisores a proporcionar valores distorsionados que no se encuentran acordes a su contabilidad o situación financiera, por tanto, carecen de un respaldo.

Finalmente, adicionalmente a los presentados mediante nota con cite: FSL-GG205/2013, de fecha 22 de marzo de 2013 y en Audiencia llevada a cabo el 27 de marzo de 2013, solicitamos a su digna Autoridad considerar los descargos y argumentos descritos anteriormente..."

3.- RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 210/2013 DE 15 DE ABRIL DE 2013.-

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Resolución Administrativa ASFI N° 210/2013 de 15 de abril de 2013, determinando:

"PRIMERO.- Sancionar al **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** con multa equivalente en Bolivianos a **\$us.1.500.- (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, por el cálculo incorrecto de su Valor Patrimonial Proporcional (VPP) al 31 de agosto de 2012 y por incumplimiento a instrucciones impartidas por este Órgano de Supervisión, desacatando las obligaciones establecidas en el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, el artículo 100 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores y el inciso c) punto IV.3.1 Valoración de Acciones emitidas y negociadas en mercados nacionales del Texto Ordenado de la Metodología de Valoración.

SEGUNDO.- El importe de la multa deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia N° 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación y deberán remitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa."

Los argumentos expuestos en la Resolución Administrativa sancionatoria, son los siguientes:

"...La explicación ofrecida por la Entidad en su cartas de descargos y en la Audiencia de Presentación de Descargos, hace mención a la fórmula de cálculo para el VPP, establecida en el inciso b), numeral IV.3.1. del Texto Ordenado de la Metodología de Valoración y señala que el correcto cálculo del VPP debería contemplar el Patrimonio, conforme lo determina el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF).

Al respecto, el Artículo 1, Sección 3 del Capítulo I del Reglamento de Control de la Suficiencia Patrimonial y Ponderación de Activos de la RNBEF, establece que el cálculo del Patrimonio Neto debe contemplar el Capital Primario de las Entidades Bancarias y de los Fondos Financieros Privados dentro del cual se considera la cuenta contable "Aportes Irrevocables Pendientes de Capitalización" conforme al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras. Asimismo, el artículo 251 del Código de Comercio establece: "La sociedad considera como dueño de las acciones nominativas a quien aparezca inscrito como tal en el título y en el registro de las acciones...". En este contexto, de acuerdo a lo establecido en el Texto Ordenado de la Metodología de

Valoración, para el reporte a la BBV correspondiente al 31 de agosto de 2012 la Sociedad debió contemplar para el cálculo del VPP los “Aportes Irrevocables Pendientes de Capitalización” dentro del Patrimonio Neto (numerador de la fórmula), sin embargo para el cálculo del denominador (número de acciones ordinarias) solamente debió considerarse la cantidad de acciones vigentes efectivas autorizadas por ASFI mediante Resolución ASFI N° 384/2012 de 7 de agosto de 2012. Por tanto, lo argumentado por la entidad no desvirtúa el cargo notificado.

Con relación a lo manifestado en su nota FSL-GG230/2013 de 1 de abril de 2013, respecto a que hasta la fecha los emisores no cuentan con parámetros claros y precisos a efectos de realizar el cálculo del VPP, corresponde mencionar que este Órgano de Supervisión no ha recibido ninguna consulta de parte de las entidades emisoras de acciones en el Mercado de Valores al respecto, por lo que la fórmula de cálculo del VPP incluida en la Metodología de Valoración vigente desde el año 2005, es aplicada y utilizada correctamente por todas ellas.

Asimismo, la citada carta expone como argumento de descargo que los Estados Financieros presentados por la Sociedad, incluyeron dentro del cómputo de las acciones emitidas, todas aquellas cuya emisión ha sido dispuesta por las diferentes Juntas Generales Extraordinarias de Accionistas, no habiendo excluido las acciones pagadas pendientes de autorización por ASFI; cómputo que no habría sido observado por esta Autoridad de Supervisión. Al respecto, el cargo notificado es puntual en cuanto a la determinación del incumplimiento al inciso c) punto IV.3.1 Valoración de Acciones emitidas y negociadas en mercados nacionales del Texto Ordenado de la Metodología de Valoración, considerando que la Sociedad en su calidad de entidad Emisora de acciones en el Mercado de Valores, informó a la Bolsa Boliviana de Valores S.A., el cálculo incorrecto de su Valor Patrimonial Proporcional (VPP) al 31 de agosto de 2012, en ese entendido, lo manifestado por la Sociedad no representa descargo.

A pesar de haber cumplido con el envío de información a la BBV S.A. dentro del plazo establecido, la Sociedad no remitió el cálculo correcto del nuevo VPP producto de la autorización del incremento de capital efectuado por ASFI mediante la citada Resolución N° 384/2012, conforme dispone la normativa vigente, e incumplió la instrucción emitida por este Órgano de Supervisión mediante carta ASFI/DSV/R-126937/2012 de 5 de octubre de 2012, respecto a la corrección del citado cálculo. Por otro lado, si la Sociedad consideraba que las instrucciones impartidas por ASFI respecto a la corrección del cálculo de su Valor Patrimonial Proporcional (VPP) no correspondían por todo lo argumentado en sus descargos, la Ley le facultaba a impugnar este acto administrativo oportunamente, otorgándole los medios necesarios para el efecto; sin embargo, la Sociedad simplemente ratificó el VPP enviado a la Bolsa Boliviana de Valores a través del Sistema de Transferencia Electrónica (MEB) al 31 de agosto de 2012.

Finalmente, en cuanto a la contradicción normativa manifestada en carta de descargos respecto a lo establecido en el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración sobre el cálculo del VPP, cabe resaltar que la mencionada norma guarda plena relación con la Ley del Mercado de Valores y el Reglamento al Registro de Mercado de Valores en el marco de los principios de transparencia y veracidad. En tal sentido, la fórmula definida

para el cálculo del VPP tiene el propósito de reflejar la realidad respecto a los registros contables de la Sociedad.

En conclusión, en base al análisis de los descargos presentados por la Sociedad, corresponde **ratificar** los incumplimientos establecidos al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, el artículo 100 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores y el inciso c) del Punto IV.3.1 Valoración de Acciones emitidas y negociadas en mercados nacionales, del Texto Ordenado de la Metodología de Valoración.

Se debe considerar que con la conducta descrita, la Sociedad incurrió en infracción cometida por culpa (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse), correspondiendo la aplicación del inciso b) del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que prevé la sanción de multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa.

A efecto de determinar el monto de la multa a imponerse, se debe tomar en cuenta el principio de proporcionalidad previsto en el inciso c) del artículo 3 del citado Reglamento, que señala que las sanciones impuestas deben estar enmarcadas en la imparcialidad e igualdad ante la ley, considerando la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores.

Siguiendo el citado lineamiento, corresponde señalar que la infracción imputada al **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** se ajusta a los siguientes parámetros y/o criterios, que forman parte del principio de proporcionalidad: a) El hecho imputado se encuentra calificado como contravención en el numeral 7, inciso b) del artículo 20 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que contempla como infracción específica sancionable con multa de Primer Rango, el incumplir en la forma y/o plazos con las medidas o sanciones establecidas por ASFI a través de Resoluciones Administrativas y b) El hecho se encuentra plenamente probado, con los argumentos expuestos precedentemente.

En el ejercicio de la potestad sancionadora, es necesario tomar en cuenta las circunstancias concurrentes a la infracción ratificada, a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la sanción a imponerse; por lo que, con el fin de modular la sanción aplicable corresponde ponderar las siguientes circunstancias que concurrieron para imponer la multa de Primer Rango:

- La Bolsa Boliviana de Valores S.A., informó al Mercado un VPP incorrecto por acción de la Sociedad durante el periodo comprendido entre el 10 de septiembre y el 2 de octubre de 2012.
- La Sociedad regulada, no respondió a los requerimientos efectuados por la Bolsa Boliviana de Valores S.A.
- La Sociedad regulada, incumplió la instrucción emanada de este ente regulador.

- La Sociedad regulada, al proporcionar a la Bolsa Boliviana de Valores S.A. un VPP incorrecto, ocasionó la valoración errónea de las carteras de los participantes del Mercado que cuentan con acciones del **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** dentro de las mismas.
- La Sociedad regulada, no es reincidente en este tipo de infracción.

Tomando en cuenta las circunstancias de la infracción ratificada, corresponde imponer al **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, la sanción de **multa** de Primer Rango calculada en Bolivianos equivalente a **\$us.1.500.- (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, en sujeción a lo previsto en los artículos 3, 11, parágrafo I, inciso b) del artículo 12, inciso a) del artículo 13 y numeral 7, inciso b) del artículo 20 del Decreto Supremo N° 26156 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores..."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 14 de mayo de 2013, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 210/2013 de 15 de abril de 2013, con los siguientes argumentos:

"...3. Argumentos legales que desvirtúan la ilegal decisión de la ASFI

2.3.1. Cálculo del VPP y envío de información oportuna, suficiente y veraz al Mercado de Valores

El cálculo del VPP que realizó el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. y que envió al Mercado de Valores fue realizado tomando la fórmula de cálculo señalada en el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración (numeral IV.3.1 inciso b):

$$VPP = \frac{\text{Patrimonio neto} - \text{Capital Social Preferente}}{\text{Número de Acciones Ordinarias}}$$

Para efectos del cálculo de la fórmula del VPP, se debe considerar la definición de Patrimonio, dentro del ámbito establecido por el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras; no así la definición de Patrimonio Neto, mismo que aplica únicamente para efectos del Reglamento de Control de la Suficiencia Patrimonial y Ponderación de Activos, como el mismo Reglamento lo determina en su artículo 3, Sección 3.

Pero además las acciones suscritas y pagadas, y pendientes de autorización por la ASFI, pero aprobadas en las respectivas Juntas Generales de Accionistas, se encuentran registradas en la cuenta contable denominada "Aportes Irrevocables Pendientes de Capitalización", y en consecuencia, forman parte del Patrimonio. Es así como se elaboraron los Estados Financieros del FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. sin que en ningún momento la ASFI, ni el auditor externo ni ningún otro ente, haya

observado esta forma de presentación. La ASFI no desvirtúa este argumento y se limita a sostener que el mismo "no representa descargo".

Resulta también absolutamente inaceptable que la ASFI convierta un derecho potestativo de las entidades supervisadas en una obligación. Así lo hace cuando manifiesta que, una vez que el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. recibió la nota ASFI/DSV/R-126937/2012 de 5 de octubre de 2012, en la cual la ASFI le señalaba la forma de efectuar la corrección del cálculo del VPP, "... la Sociedad simplemente ratificó el VPP enviado a la Bolsa Boliviana de Valores a través del Sistema de Transferencia Electrónica" cuando "la Ley le facultaba a impugnar este acto administrativo oportunamente, otorgándole los medios necesarios para el efecto".

Al existir un problema de interpretación normativa, el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. solicitó a la ASFI, mediante nota FSL-GG721/2012 fechada el 29 de octubre de 2012 que reconsidere su interpretación; y reiteró este pedido en la nota FSL-GG230/2013 de 1 de abril de 2013, señalando que hasta la fecha los emisores no cuentan con parámetros claros y precisos para efectuar el cálculo del VPP. La ASFI responde en la parte considerativa de su Resolución con una hipótesis, no con una evidencia: "... este Órgano de Supervisión no ha recibido ninguna consulta de parte de las entidades emisoras de acciones en el Mercado de Valores al respecto, por lo que la fórmula de cálculo del VPP incluida en la Metodología de Valoración vigente desde el año 2005 es aplicada y utilizada correctamente por todas ellas".

Lo cierto es que, estando las acciones suscritas y pagadas, el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. tenía el deber de reflejar esa información en su VPP, a riesgo, precisamente de no ser veraz, dado que de otro modo estaría ofreciendo al Mercado de Valores una información que no coincide con la realidad.

2.3.2. No hay incumplimiento al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores ni a otras normas reglamentarias

La ASFI ha emitido una Resolución Sancionatoria contra el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. porque habría "desacatado" (sic) las obligaciones establecidas en el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, el artículo 100 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores y el inciso c) punto IV.3.1 Valoración de Acciones emitidas y registradas en mercados nacionales del Texto Ordenado de la Metodología de Valoración.

En primer lugar, en ningún momento se ha podido probar que la entidad financiera a la que represento, haya incumplido las obligaciones que tienen todos los participantes del mercado de valores señaladas en el citado artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, en especial la de "...mantener actualizada la información requerida"-, esta información, que debe ser presentada a la ASFI, a las bolsas de valores y otras entidades, debe ser "veraz, suficiente y oportuna"; asimismo toda publicidad relativa a la emisión, colocación e intermediación de valores "no debe inducir a confusión o error".

En el punto primero de la Resolución ASFI N° 210/2013 se dice que el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. habría “desacatado” estas obligaciones. Aseveración falsa que no ha sido probada, pero además vaga, ya que no se señala si todas, algunas o alguna de estas obligaciones habrían sido incumplidas por la entidad financiera.

Resulta también inaceptable la afirmación similar en sentido de que también se habría “desacatado” (el término parece mínimamente impropio) las obligaciones establecidas en el artículo 100 del Reglamento del Registro de Mercado de Valores que a la letra dice:

“Las personas naturales y jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV tienen la obligación de proporcionar a la Intendencia de Valores toda la información que en formatos, medios y plazos específicos sea requerida por el presente Reglamento y demás disposiciones aplicables y aquella información que sea solicitada por la Intendencia de Valores en el marco de su competencia”.

No ha habido un solo caso en que el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. haya dejado de proporcionar esta información en los formatos, medios y plazos requeridos. La misma Resolución de la ASFI, en su razonamiento de una presunta infracción, gira en torno a que una determinada información (cálculo del VPP) que fue enviada a la Bolsa Boliviana de Valores no habría sido el correcto; el artículo citado anteriormente nada tiene que ver con esto, ya que regula la obligación que tienen las personas que participan en el Mercado de Valores de satisfacer la información requerida por la ex Intendencia de Valores (funciones que hoy las cumple la ASFI).

2.3.3. Presunto incumplimiento a instrucciones del Órgano Supervisor

La Resolución ASFI N° 210/2013 de 15 de abril de 2013, objeto de la presente impugnación, establece también que el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. habría incumplido “instrucciones impartidas por este Órgano de Supervisión”. La observación se refiere a la nota ASFI/DSV/R-126937/2012 de 5 de octubre de 2012 en la que la ASFI señalaba que: “en tanto esta Autoridad de Supervisión no emita la correspondiente Resolución de autorización de incremento de Capital pagado de 40.000 acciones emitidas, suscritas y pagadas, las mismas no deben ser consideradas como acciones vigentes efectivas de la Sociedad y por tanto el VPP de las acciones de FASSIL F.F.P. S.A. debe ser calculado en base al patrimonio Neto al 31 de agosto de 2012 y a la cantidad de acciones vigentes efectivas a dicha fecha (122.350)”.

En respuesta, el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. presentó a ASFI la nota FSL-GG721/2012 fechada el 29 de octubre de 2012, en la que señala que se ha tomado en cuenta, para el cálculo del VPP, la fórmula establecida en el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración para las Entidades Supervisadas por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, y que, de hacerlo de otro modo, se estaría proporcionando una información al Mercado de Valores donde no se refleje la situación o valor real de las acciones, solicitando, finalmente que la ASFI reconsidere su interpretación para la determinación del VPP de las acciones.

2.3.4. Vigencia de la Resolución ASFI N° 390/2012.

Toda norma jurídica para ser plenamente vigente debe ser publicada en la forma y las condiciones que indican su naturaleza. Lamentablemente la Resolución ASFI N° 390/2012 de 9 de agosto de 2012, que dispone que en la información que envíen las entidades emisoras de acciones a la Bolsa de Valores, se debe considerar, para el cálculo del nuevo VPP, las acciones vigentes efectivas de la Sociedad, no ha sido publicada ni notificada ni hecho conocer de modo alguno en las condiciones y formas que establece la normativa que rige el sector.

Por un lado, la misma no ha sido puesta a disposición del público en la página web de la ASFI, pero tampoco ha sido notificada a las entidades financieras, conforme disponen las propias normas reglamentarias de la ASFI. Al respecto, el artículo 2 (Medio de difusión) de la Sección 2, del Capítulo II, del Título I del Libro 5 de la RNBEF señala que la normativa emitida por la ASFI es difundida a través de su sitio web y de la red supernet, y se pone a disposición de las entidades supervisadas mediante un aplicativo llamado "Sistema de Difusión de Normativa".

El artículo 3 de esta misma sección, señala que adicionalmente la ASFI envía correos electrónicos a todas aquellas personas que se hayan suscrito.

En el presente caso no ha acontecido ninguna de estas variables. Es decir que, la Resolución señalada no se encontraba plenamente vigente, al menos el momento en que el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSÍL S.A. envió la información a la Bolsa de Valores.

La Ley de Procedimiento Administrativo es más exigente cuando señala en su artículo 34:

"Los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas de cada procedimiento especial o cuando lo aconsejen razones de interés público. La publicación se realizará por una sola vez en un órgano de prensa de amplia circulación nacional o en su defecto cuando corresponda, en un medio de difusión local de la sede del órgano administrativo".

La normativa especial para el sistema financiero exige también que las resoluciones de las ex Superintendencias Sectoriales (por tanto la ASFI), deben emitirse a través de los medios o mecanismos que dispongan las leyes sectoriales "...debiendo contar en todos los casos con una constancia de notificación que evidencia la diligencia de acuerdo a reglamento. Las resoluciones de alcance general podrán ser publicadas en un periódico de circulación nacional por una sola vez, para efectos de notificación." (párrafo I, artículo 25 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de regulación Financiera aprobado por Decreto Supremo N° 27175).

El párrafo V del artículo 25 del Reglamento citado anteriormente, regula el envío de información por medios electrónicos y otorga validez a las pruebas que se presenten por estos medios:

“El envío de información de los sujetos regulados a las Superintendencias Sectoriales del SIREFI o viceversa, por medios electrónicos, faxes y otros medios, debidamente acreditados por las respectivas constancias de recibo, serán válidos y surtirán plenos efectos jurídicos en las actividades y funciones cotidianas que realizan, de acuerdo a lo establecido por las Superintendencias Sectoriales en sus resoluciones reglamentarias respectivas”.

La falta de publicidad (notificación) de la Resolución ASFI N° 390/2012 de 9 de agosto de 2012 no es una omisión menor, y toda vez que la plena vigencia de una norma, en este caso reglamentaria, está ligada a su publicidad, viola el principio de legalidad, dado que se exige la aplicación de normas que no están vigentes el momento de la presunta infracción, conforme exige el artículo 3 inciso a) del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001.

2.3.5. No ha habido ninguna infracción cometida por culpa

La ASFI sanciona al FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. porque habría incurrido “en infracción cometida por culpa (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse), correspondiendo la aplicación del inciso b) del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que prevé la sanción de multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa”.

Sobre esta afirmación, que funda la decisión de la ASFI para sancionar a la entidad a la que represento hay que precisar una grave contradicción, a saber: cuando el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. informó al Mercado de Valores el cálculo del VPP siguió, de manera consciente, la fórmula establecida en el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración:

$$VPP = \frac{\text{Patrimonio neto} - \text{Capital Social Preferente}}{\text{Número de Acciones Ordinarias}}$$

En ningún momento cometió un “error” ni una inconsistencia, pero básicamente rechazamos que se afirme que hemos obrado de manera culposa, noción que por lo demás, la ASFI equipara al ámbito penal al “explicar” entre paréntesis, cosa que no hace el Decreto Supremo N° 26156, que la culpa son actos o hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse, olvidándose que estamos en un ámbito del derecho administrativo sancionador y no de un juicio penal por la comisión de un delito, siendo oportuno citar el artículo 5 de la citada disposición legal que a la letra dice:

“(Naturaleza de las sanciones administrativas). Las sanciones señaladas en el presente decreto supremo son de carácter administrativo e independientes y distintas de la responsabilidad de naturaleza civil o penal que, cuando corresponda y por mandato de la Ley, pudiera derivar de las infracciones a la Ley del Mercado de Valores, sus reglamentos, resoluciones y otras disposiciones”.

El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. obró en todo momento de manera consciente y diligente; en más de una ocasión insistió frente al Órgano Supervisor la validez del cálculo de la VPP que presentó a la Bolsa Boliviana de Valores S.A.; mal puede hablarse entonces de una actitud "imprudente y negligente" como lo hace la ASFI en su resolución sancionatoria.

3. Petitorio

Por las razones y argumentos legales expuestos precedentemente, al amparo de lo dispuesto por la Ley N° 2042 de Procedimiento Administrativo y los artículos 46 y 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su autoridad que acepte el presente Recurso de Revocatoria y que revoque en su totalidad la Resolución ASFI N° 210/2013 de 15 de abril de 2013, y la deje sin efecto..."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 345/2013 de 12 DE JUNIO DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2013 de 12 de junio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve "**CONFIRMAR** en todas sus partes la Resolución ASFI N° 210/2013 de 15 de abril de 2013...", con base en los argumentos que se transcriben a continuación:

“...2.3.1. Cálculo del VPP y envío de información oportuna, suficiente y veraz al Mercado de Valores.

El Texto Ordenado de la Metodología de Valoración, para la valoración de acciones considera el método del Valor Patrimonial Proporcional (VPP) que permite al inversionista reflejar en libros su participación en el patrimonio de la entidad emisora; en este contexto, el cálculo del VPP debe considerar las acciones vigentes efectivas de la sociedad utilizando la siguiente fórmula:

$$VPP = \frac{\text{Patrimonio neto} - \text{Capital Social Preferente}}{\text{Número de Acciones Ordinarias}}$$

Nota: El VPP de entidades de intermediación financiera y compañías de seguros que cuenten con algún trámite pendiente de autorización de incremento de capital en los Órganos de Supervisión respectivos, en los casos de aportes en efectivo de accionistas o incremento de capital por suscripción pública de acciones, no deberá considerar dicho importe dentro de su cálculo, debiendo tomarse en cuenta el importe en dividendos por pagar correspondiente a las acciones vigentes.

Al respecto, cabe efectuar las siguientes puntualizaciones:

a) En el numerador de dicha fórmula se hace referencia al **Patrimonio Neto** cuya definición y forma de cálculo está plasmada en el artículo 46 de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la cual señala: "Para efectos de la presente Ley, se entenderá por patrimonio neto de las entidades de intermediación

financiera la suma del capital primario y del secundario, deducidos los ajustes determinados por la Autoridad de Supervisión y los auditores externos”.

En ese sentido, el Fondo al argumentar que la fórmula de cálculo debe considerar la definición de **Patrimonio** establecida en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, cuya definición es para fines de registro contable en base a la nomenclatura definida para tal objeto; está interpretando arbitrariamente y sin ningún argumento la definición clara para el cálculo del VPP señalada por el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración emitida por esta Autoridad de Supervisión, donde expresamente se cita **Patrimonio Neto**, cuya definición y forma de cálculo está determinada por la Ley N°1488 señalada anteriormente.

b) Con relación al denominador de la fórmula, la misma hace referencia al **Número de Acciones Ordinarias**, cuya definición según el Código de Comercio en los artículos 238, 262 y 268, establece que el capital social está dividido en acciones de igual valor, que cada acción ordinaria da derecho a un voto en las juntas generales, asimismo, que tiene la calidad de accionista el inscrito en el registro de accionistas de la sociedad. Asimismo, en el Reglamento para la Autorización y Registro de Accionistas, contenida en el Libro 2º, Título V, Capítulo 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF), se establecen los requisitos que se deben cumplir para materializar/viabilizar el registro de los accionistas, tanto en el Libro de Acciones de las Entidades de Intermediación Financiera como en el “Sistema de Registro de Accionistas” de la Autoridad de Supervisión Financiera (ASFI).

Al respecto, el Fondo entre los argumentos planteados señala que las acciones suscritas, pagadas y pendientes de autorización de la Autoridad de Supervisión, forman parte del patrimonio ya que las mismas están consignadas en la cuenta contable “Aportes Irrevocables Pendientes de Capitalización”. Sin embargo, en ningún caso dicha explicación justifica que en el denominador de la fórmula para el cálculo del VPP se incluyan acciones que **aún no están emitidas, ni autorizadas** por la Autoridad de Supervisión, y que por tanto no forman parte del Capital Social de la entidad tal como lo estipula el Código de Comercio.

Consecuentemente, la determinación del **Número de Acciones Ordinarias** está sujeta a las disposiciones y formalidades legales vigentes que dictan tanto el Código de Comercio como la RNBEF de esta Autoridad de Supervisión, motivo por el cual la entidad no debe interpretar la determinación del **Número de Acciones Ordinarias** bajo criterios particulares, que no se enmarcan en las disposiciones legales vigentes.

Por otra parte, es necesario aclarar que si bien es evidente que la impugnación de un acto administrativo es un derecho potestativo de la entidad regulada, no es menos cierto que su ejercicio oportuno, es un requisito de procedencia del mismo, sin que estas afirmaciones impliquen de ninguna manera que la entidad este (sic) obligada a ejercerlo.

En mérito a las puntualizaciones expuestas, se verifica claramente que no existe un problema de interpretación normativa, como pretende el recurrente, sino una incorrecta aplicación de la normativa pertinente.

Por otra parte, es necesario aclarar que lo afirmado en la Resolución impugnada, en sentido de que la fórmula para el cálculo del VPP, es aplicada y utilizada

correctamente por todas las entidades emisoras de acciones en el Mercado de Valores, se encuentra respaldado en el hecho de que dicha fórmula, vigente desde el año 2005, está siendo cumplida a cabalidad por parte de las entidades emisoras que envían esta información a la Bolsa Boliviana de Valores S.A. Asimismo, en el hecho de que al 31 de agosto de 2012, no cursaba en Archivos de ASFI, ninguna consulta sobre este tema.

2.3.2. No hay incumplimiento al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores ni a otras normas reglamentarias.

El artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, establece que la información que por disposición de dicha ley y sus reglamentos deba ser presentada a la ASFI y Bolsa de Valores, debe ser veraz, suficiente y oportuna.

De acuerdo a lo explicado en el punto anterior, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, no solo realizó una interpretación arbitraria de la fórmula para el cálculo de su VPP, incumpliendo lo establecido en la normativa legal pertinente, sino que en base a dicha interpretación errónea, efectuó un cálculo incorrecto de su VPP que fue remitido a la Bolsa Boliviana de Valores S.A. y observado por la citada entidad en las cartas BBV GSA N° 1761/201213 de 13 de septiembre de 2012, BBV-GSA N°1843/2012 de 24 de septiembre de 2012 y BBV-GSA N° 1881/2012 de 27 de septiembre de 2012 que cursan en el expediente, y que acreditan además que no le permitieron informar oportunamente al Mercado de Valores, el VPP producto del incremento de capital autorizado a la Sociedad.

Es decir que la entidad recurrente, no puede pretender que ha cumplido con la presentación de información veraz y oportuna, según lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, si ha remitido información errónea a la Bolsa Boliviana de Valores S.A., sobre el VPP producto del incremento de capital aprobado mediante Resolución ASFI N° 384/2012 el 7 de agosto de 2012, como reconoce en su mismo memorial del recurso de revocatoria, al manifestar, a su entender, que “tenía el deber de reflejar esa información en su VPP, a riesgo, precisamente de no ser veraz” y pese a lo instruido por este Órgano de Supervisión el 5 de octubre de 2012, mediante carta ASFI/DSV/R-126937/2012, ha optado por ratificar dicha información. Por tanto no puede considerarse oportuna una información que no es veraz.

Por otra parte, es pertinente aclarar que la palabra “desacatando” es gerundio (conjugación del verbo que demuestra acción) del verbo “desacatar”, que conforme lo establecido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española – Vigésima Segunda Edición, tiene dos acepciones: 1. Faltar a la reverencia o respeto que se debe a alguien y 2. **No acatar una norma, ley u orden**, acepción que ha sido utilizada en el Resuelve Primero de la Resolución impugnada.

2.3.3. Presunto incumplimiento a instrucciones del Órgano Supervisor.

El artículo 100 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, establece que las personas naturales y jurídicas autorizadas e inscritas en el Registro del Mercado de Valores, tienen la obligación de proporcionar a ASFI toda la información que en formatos, medios y plazos específicos sea requerida por este Reglamento y demás disposiciones aplicables y aquella información que sea solicitada por este Órgano de Supervisión en el marco de sus competencias, obligación instituida también en la

Resolución Administrativa SPVS-IV-N° 226 de 31 de mayo 2001, que autoriza la adecuación de la autorización e inscripción del **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** como emisor, en el Registro del Mercado de Valores.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en cumplimiento a sus funciones y atribuciones establecidas en la Ley del Mercado de Valores y sus disposiciones reglamentarias, mediante carta ASFI/DSV/R-126937/2012 de 5 de octubre de 2012, determinó que, en tanto esta Autoridad de Supervisión no emita la correspondiente Resolución de autorización de incremento de Capital Pagado de 40.000 acciones emitidas, suscritas y pagadas, las mismas no deben ser consideradas como acciones vigentes efectivas de la Sociedad y por tanto el VPP de las acciones del Fondo, debía ser calculado en base al Patrimonio Neto al 31 de agosto de 2012 y a la cantidad de acciones vigentes efectivas a dicha fecha (122.350); **instruyendo al FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, que en tal sentido, en cumplimiento a lo establecido en el inciso c) del punto IV.3.1 de la Metodología de Valoración, en su calidad de entidad Emisora de acciones en el Mercado de Valores, informe a la Bolsa Boliviana de Valores S.A. el nuevo VPP al 31 de agosto de 2012.

Con carta FSL-FF721/2012 de 29 de octubre de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, responde a la ASFI, **ratificando** el VPP enviado a través del Sistema de Transferencia Electrónica (MEB) al 31 de agosto de 2012, calculado en base a su patrimonio contable y a la cantidad de acciones, emitidas, suscritas y pagadas a dicha fecha, solicitando más bien que este Órgano de Supervisión considere ajustes en la interpretación adoptada para la determinación del VPP de las acciones, conforme la interpretación que dicha entidad ha realizado, como reitera en su memorial de recurso de revocatoria, situación que obviamente implica un franco incumplimiento a lo instruido por este Órgano de Supervisión, vulnerando el principio de legalidad y la presunción de legitimidad del que gozan las actuaciones de la Administración Pública, por disposición del inciso g) del artículo 4 de la Ley N° 2341, en tanto exista una declaración judicial expresa en contrario.

2.3.4. Vigencia de la Resolución ASFI N° 390/2012.

El principio de legalidad, se constituye en una garantía constitucional que le asiste al administrado de contar con el marco legal expreso para ser procesado o condenado. La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, en su artículo 72 desarrolla el principio de legalidad en el ámbito sancionador administrativo, al disponer: "Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente ley y disposiciones reglamentarias aplicables".

En cumplimiento al procedimiento administrativo, establecido para Resoluciones de alcance general, en el párrafo I del artículo 25 del citado D.S. N°27175, concordante con el artículo 34 de la Ley N° 2341, normativa citada por el recurrente, mediante publicación en el periódico de circulación nacional "La Razón", **el día 14 de agosto de 2012**, se ha puesto en conocimiento de los participantes del Mercado de Valores y público en general, que la Resolución ASFI N° 390/2012 de 9 de agosto de 2012, ha sido aprobada y se ha puesto en vigencia el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración, que se encuentran publicados inextenso en la página web de ASFI.

Por otra parte, se encuentra una publicación permanente del Texto Ordenado de la Metodología de Valoración en la página web de ASFI (www.asfi.gob.bo), en el recuadro correspondiente al Mercado de Valores – Normativa y Reglamentos. Publicación que contiene en pie de página la cita respectiva de todas las Resoluciones modificatorias. Así como la publicación en los Reportes Informativos de Hechos Relevantes del Mercado de Valores del 14 al 31 de agosto de 2012, que difundieron la Resolución ASFI N° 390/2012 y el Texto Ordenado de forma inextensa.

Asimismo, se aclara que la aplicación del referido procedimiento de notificación, le otorga a la Metodología de Valoración, la legalidad y fuerza ejecutiva, prevista por el artículo 21 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado con Decreto Supremo N° 27175, así como la validez y eficacia prevista en el párrafo I del artículo 24 del citado Reglamento, por tanto al estar vigente la citada normativa al 31 de agosto de 2012, no se ha vulnerado el principio de legalidad, como alega el recurrente.

2.3.5. No ha habido ninguna infracción cometida por culpa.

Con referencia a lo argumentado por la entidad recurrente, es necesario aclarar que el texto incluido entre paréntesis en la Resolución recurrida, al que hace alusión el recurrente, corresponde a una cita de lo dispuesto en el artículo 110 de la **Ley del Mercado de Valores** que textualmente señala: “La sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes en el Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa grave (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar), en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento” y no ha “explicaciones” que ASFI equipare al ámbito penal.

En este mismo sentido, el inciso b) párrafo I del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, establece que se aplicará la sanción de multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos. A cuyo efecto, la mencionada norma dispone que el incumplimiento imputado debe ajustarse a cualquiera de los tres supuestos descritos, sin ser necesario que concurren las tres condiciones en una misma infracción para la imposición de la sanción de multa.

En el caso analizado, de los antecedentes que cursan en el expediente administrativo, se evidencia que la entidad regulada, al aplicar una interpretación distinta y arbitraria a la fórmula establecida en la Metodología de Valoración para el cálculo del Valor Patrimonial Proporcional y remitir esta información errónea a la Bolsa Boliviana de Valores S.A., a pesar de lo observado por dicha entidad y de que esta Autoridad de Supervisión instruyó que efectúe el cálculo del VPP conforme establece dicha normativa, actuando de manera negligente, reiteró la comunicación del cálculo erróneo, enmarcando su conducta en las previsiones del artículo 110 de la Ley del Mercado de Valores.

Que, consiguientemente los argumentos expuestos por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, no son suficientes para desvirtuar el alcance de la Resolución ASFI N° 210/2013 de 15 de abril de 2013, por cuanto la Sociedad ha realizado un cálculo

incorrecto de su Valor Patrimonial Proporcional (VPP) al 31 de agosto de 2012, al apartarse de lo establecido en la normativa pertinente, remitiendo información errónea a la Bolsa Boliviana de Valores S.A. e incumpliendo la instrucción comunicada por este Órgano de Supervisión mediante carta ASFI/DSV/R-126937/2012, respecto a la corrección del citado cálculo y no ha probado que se haya vulnerado el principio de legalidad.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 331 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009, establece que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Que, el parágrafo I del artículo 332 de la señalada norma suprema, dispone que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras y que esta institución tendrá carácter de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano, reconociendo el carácter constitucional de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece que la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero" y además de las funciones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de Valores.

Que, el Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, determina que las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de Valores de la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros (SPVS) sean asumidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, de conformidad a lo dispuesto por el inciso e) del artículo 12 del Decreto Supremo N° 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir Resoluciones Administrativas que competen a ésta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia ha designado a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 11 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, aprobada el 23 de abril de 2002, establece que toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda.

Que, el artículo 38 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado con Decreto Supremo N° 27175

de 15 de septiembre de 2003, dispone que los recursos se presentarán dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio.

Que, el artículo 43 del D.S. N° 27175, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes.

Que, el artículo 47 del citado Reglamento, en su parágrafo I, dispone que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida.

Que, los artículos 48 y 49 de la norma citada, establecen que el recurso de revocatoria debe ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a su notificación, teniendo la Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria, un plazo de veinte días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 15 de la Ley N° 1834 del Mercado de Valores de 31 de marzo de 1998, entre las funciones y atribuciones de ASFI, establece las siguientes: 1. Cumplir y hacer cumplir la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos; 2. Regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho Mercado; 3. Velar por el desarrollo de un Mercado de Valores sano, seguro, transparente y competitivo y 17. Supervisar, inspeccionar, establecer responsabilidades y aplicar sanciones a las personas naturales y jurídicas bajo su jurisdicción.

Que, el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, dispone que la información que por disposición de dicha ley y sus reglamentos debe ser presentada a ASFI, bolsas de valores y otras entidades relacionadas al Mercado de Valores, deberá ser veraz, suficiente y oportuna.

Que, el artículo 110 de la norma citada, establece que la sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes en el Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa grave (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar), en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento.

Que, el artículo 100 del Reglamento del Registro de Mercado de Valores, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005, establece que las personas naturales y jurídicas autorizadas e inscritas en el Registro del Mercado de Valores, tienen la obligación de proporcionar a ASFI toda la información que en formatos, medios y plazos específicos sea requerida por este Reglamento y demás disposiciones aplicables y aquella información que sea solicitada por este Órgano de Supervisión en el marco de sus competencias.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo al Informe Legal ASFI/DAJ/R-85813/2013 de 11 de junio de 2013, se efectuó la evaluación de los argumentos esgrimidos en el memorial de 14 de mayo de 2013, concluyendo que los mismos no han desvirtuado las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 210/2013 de 15 de abril de 2013, al haberse verificado que la entidad recurrente ha informado a la Bolsa Boliviana de Valores S.A., el cálculo incorrecto de su Valor Patrimonial Proporcional al 31 de agosto de 2012 y ha incumplido la instrucción comunicada por este Órgano de Supervisión mediante carta ASFI/DSV/R-126937/2012 de 5 de octubre de 2012, respecto a la corrección del citado cálculo..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 3 de julio de 2013, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, representado por su Gerente General, señora Patricia Piedades Suárez Barba, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2013 de 12 de junio de 2013, argumentando lo siguiente:

"...4. Argumentos legales que desvirtúan la ilegal decisión de la ASFI

El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. sostuvo desde un inicio, una postura respecto al presunto "cálculo erróneo" de su VPP, y sobre todo del rechazo a un presunto incumplimiento de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria de la ASFI. Estos argumentos fueron sistemáticamente rechazados por la ASFI. A continuación se exponen de manera puntual los fundamentos jurídicos de la Entidad Financiera a la que represento, que desvirtúan cualquier sanción por presuntos incumplimientos legales o contravenciones a la norma.

4.1. Cálculo del VPP y envío de información oportuna, suficiente y veraz al Mercado de Valores.

El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. informó al Mercado de Valores el VPP que fue calculado tomando la fórmula señalada en el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración (numeral IV.3.1 inciso b):

$$VPP = \frac{\text{Patrimonio neto} - \text{Capital Social Preferente}}{\text{Número de Acciones Ordinarias}}$$

Recién mediante Resolución ASFI N° 390/2012 de 9 de agosto de 2012, la ASFI modificó el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración, insertando una nota que determina que el VPP de las entidades de intermediación financiera y compañías de seguros que cuenten con algún trámite pendiente de autorización de incremento de capital en los Órganos de Supervisión respectivos, en los casos de aporte en efectivo de accionistas o incrementos de capital por suscripción pública de acciones, **no deberá considerar dicho importe dentro de su cálculo**. Respecto a la Fórmula descrita y su forma de cálculo, es importante realizar el siguiente análisis:

4.1.1. La ASFI fundamenta la Resolución recurrida, señalando que el numerador de la fórmula "hace referencia al Patrimonio Neto, cuya definición está plasmada en el Art. 46 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras"... no así en la establecida por el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras;

concluyendo que la Entidad Financiera a la que represento está interpretando "arbitrariamente y sin ningún argumento la definición" para el cálculo del VPP. Sin embargo, se deben realizar las siguientes precisiones:

- Cabe señalar que la aclaración efectuada por la ASFI y descrita anteriormente, no está contenida en el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración descrito anteriormente. La ASFI ha emitido dos normas - a) Reglamento de Control de la Suficiencia Patrimonial y Ponderación de Activos y b) Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras - que contienen conceptos relacionados al Patrimonio Neto, su conformación y su forma de cálculo. En otras palabras, siendo que existen normas emitidas por la misma ASFI que reglamentan el contenido y alcance de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, es imprescindible que el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración defina cuál sería el aplicable a efectos del cálculo del VPP, para efectos de una adecuada interpretación de parte de los sujetos regulados.

- La nota inserta en el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración a través de Resolución ASFI N° 390/2012 de 9 de agosto de 2012, no aclara ni especifica si los aportes pendientes de autorización por parte de los Órganos de Supervisión respectivos, deben ser excluidos del cálculo, solamente en relación al "número de acciones ordinarias" (denominador) o también en relación al "Patrimonio Neto" (numerador); por lo que se podría concluir que dichos aportes deben ser excluidos del todo a momento de aplicar la fórmula descrita. Sin embargo, en caso de aplicar este criterio para el "Patrimonio Neto", estaríamos frente al incumplimiento de lo que la norma contempla para efectos del cálculo del Patrimonio Neto, conforme lo establecido por el Art. 46 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, Reglamento de Control de la Suficiencia Patrimonial y Ponderación de Activos y de lo que se contempla como parte del cálculo del Patrimonio, dentro del ámbito establecido por el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras. Respecto a la incongruencia descrita, la ASFI no ha emitido opinión, explicación o aclaración alguna, a pesar que dicho cuestionamiento fue planteado entre los descargos presentados por la Entidad Financiera a la que represento.

En otras palabras, estamos frente a otra ambigüedad normativa que ocasiona diferentes interpretaciones y, por tanto, dificulta su aplicación. En conclusión, no se trata de una interpretación "arbitraria" de la normativa, sino de normativa que contempla conceptos ambiguos, incompletos y/o contradictorios.

4.1.2. Los aportes correspondientes a las acciones suscritas y pagadas, y pendientes de autorización por la ASFI, pero aprobados en las respectivas Juntas Generales de Accionistas, se encuentran registrados en la cuenta contable denominada "Aportes Irrevocables Pendientes de Capitalización", y en consecuencia, forman parte del Patrimonio Neto, conforme establece el manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras. Es así como se elaboraron los Estados Financieros

del FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. sin que en ningún momento la ASFI, ni el Auditor Externo ni ningún otro ente, haya observado esta forma de presentación. La ASFI no desvirtúa este argumento y se limita a sostener que el mismo "no representa descargo". En la Resolución No. 345/2013 es más radical: prefiere obviar el tema y opta por no emitir pronunciamiento alguno al respecto.

4.1.3. Por otro lado, la ASFI respalda sus criterios sobre la base de los artículos 238, 262 y 268 del Código de Comercio. Al respecto cabe señalar, que ninguno de los artículos citados está relacionado con la forma de cálculo del VPP. El punto de discusión y el que genera diversas interpretaciones no está relacionado al valor nominal de las acciones, el derecho a voto que emerge de las acciones ordinarias o la formalidad del registro de los accionistas, **sino a los valores que deben ser contemplados en el cálculo del VPP y lo cierto es que independientemente que se cuente o no con autorización de la ASFI para el incremento del Capital Pagado, el aporte correspondiente a la emisión de acciones sí forma parte el Patrimonio Neto, por tanto, las acciones emergentes también deben ser consideradas en el cálculo del VPP.** De conformidad con lo descrito anteriormente, nuestra Institución ha incluido dentro del cómputo del VPP, las **acciones emitidas**, todas aquellas cuya emisión ha sido dispuesta por las diferentes Juntas Generales Extraordinarias de Accionistas y cuyos aportes se han hecho efectivos, considerando que los mismos se encuentran registrados en la Cuenta de Aportes Irrevocables Pendientes de Capitalización y forman parte del Patrimonio Neto de la Institución. Para estos efectos, no se han excluido las acciones pagadas, pendientes de autorización por la ASFI. Al respecto y contrario a lo afirmado por la ASFI en el (sic) Resolución objeto del presente Recurso, no se trata de una interpretación bajo "criterios particulares", sino de aplicar una fórmula de cálculo establecida por norma, bajo parámetros que permitan **reflejar la situación financiera real y concordante con los Estados Financieros** de la Entidad, a efectos de dar cumplimiento a los artículos 1 y 68 de la Ley del Mercado de Valores.

4.1.4. La ASFI afirma que, una vez que el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. recibió la nota ASFI/DSV/R-126937/2012 de 5 de octubre de 2012, en la cual la ASFI le señalaba la forma de efectuar la corrección del cálculo del VPP, "... la Sociedad simplemente ratificó el VPP enviado a la Bolsa Boliviana de Valores a través del Sistema de Transferencia Electrónica" cuando "la Ley le facultaba a impugnar este acto administrativo oportunamente, otorgándole los medios necesarios para el efecto". Resulta inaceptable que la ASFI convierta un derecho potestativo de las entidades supervisadas en una obligación.

Asimismo, la ASFI afirma de manera contradictoria lo siguiente: "Es necesario aclarar que si bien es evidente que la impugnación del acto administrativo es un derecho potestativo de la entidad regulada, no es menos cierto que su ejercicio oportuno, es un requisito de procedencia del mismo, sin que estas afirmaciones impliquen de ninguna manera que la entidad este (sin acento) obligada a hacerlo". La interrogante después de analizar el argumento transcrito, es aún mayor: ¿es un paso previo o un derecho potestativo? Si es un derecho

potestativo, como la propia ASFI lo reconoce, ¿por qué exigió inicialmente que la Entidad Financiera a la que represento, debía haber impugnado el acto en los tiempos y la forma que la ASFI cree correcto?

Está claro que la ASFI se extralimita en sus competencias; y omite considerar que la naturaleza del Recurso de Revocatoria permite a las Autoridades Administrativas corregir, enmendar sus decisiones, sin recargar el trabajo de entidades jerárquicas superiores o del sistema judicial.

Es importante destacar ante la Autoridad Jerárquica superior, que el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., al existir una situación de interpretación normativa, solicitó a la ASFI, mediante nota FSL-GG721/2012 fechada el 29 de octubre de 2012 que reconsidere su interpretación; y reiteró este pedido en la nota FSL-GG230/2013 de 1 de abril de 2013, señalando que hasta la fecha los emisores no cuentan con parámetros claros y precisos para efectuar el cálculo del VPP. La ASFI responde en la parte considerativa de su Resolución ASFI No. 210/2013 sancionatoria con una hipótesis, no con una evidencia: "... este Órgano de Supervisión no ha recibido ninguna consulta de parte de las entidades emisoras de acciones en el Mercado de Valores al respecto, por lo que la fórmula de cálculo del VPP incluida en la Metodología de Valoración vigente desde el año 2005 es aplicada y utilizada correctamente por todas ellas".

Peor aún, en la Resolución ASFI No. 345/2013 de 12 de junio de 2013, afirma temerariamente: "...se verifica claramente que no existe un problema de interpretación normativa, como pretende el recurrente, sino una incorrecta aplicación de la normativa pertinente".

Naturalmente que esa afirmación contiene un *contradictio in adjecto*: para concluir que ha habido una "incorrecta aplicación", alguien, en este caso los funcionarios de la ASFI, tienen que haber interpretado una norma (en este caso la relativa al cálculo del VPP), para luego concluir que otro (una entidad financiera) la aplica incorrectamente.

Lo cierto es que, habiendo imprecisión en la normativa que rige el cálculo del VPP, el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. actuó con la mayor buena fe al solicitar a la ASFI en sendas notas de 29 de octubre de 2012 y 1 de abril de 2013, para que el Ente Fiscalizador aclare sus alcances. A estas alturas eso ya no es posible, porque nos encontramos en la vía Administrativa de la impugnación, por lo que, en tiempo oportuno solicitaremos a la Autoridad Jerárquica, que se acepte la opinión de peritos independientes respecto al cálculo del VPP en las entidades financieras. Pero, para rematar la levedad de las afirmaciones de la ASFI, de la revisión de la Resolución impugnada, se puede apreciar que reconocen de manera implícita a veces y explícita en otras, que evidentemente, se trata de un problema interpretativo:

- "...el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. no solo realizó una interpretación arbitraria de la fórmula para el cálculo de su VPP..."

- "... en base a una interpretación errónea..."
- "...una interpretación distinta y arbitraria a la fórmula establecida en la Metodología de Valoración para el cálculo del VPP..."

En conclusión: estando las acciones suscritas y pagadas, el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. tenía el deber de reflejar esa información en su VPP, a riesgo, precisamente de no ser veraz, dado que de otro modo estaría ofreciendo al Mercado de Valores una información que no coincide con la realidad.

4.2. No hay incumplimiento al artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores ni a otras normas reglamentarias.

El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. ha rechazado enfáticamente que haya "desacatado" las obligaciones establecidas en el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, el artículo 100 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores y el inciso c) punto IV.3.1 Valoración de Acciones emitidas y negociadas en mercados nacionales del Texto Ordenado de la Metodología de Valoración.

El Artículo 1 de la Ley del Mercado de Valores, determina que su objeto principal es regular y promover un Mercado de Valores organizado, integrado, eficaz y transparente. Este objeto esencialmente persigue precautelar los intereses de los participantes del Mercado de Valores. Concordante con este precepto, el Artículo 68 del mismo cuerpo legal señala que los participantes del Mercado de Valores deberán mantener actualizada la información requerida por la Ley y sus reglamentos, señalando que la información que deba ser presentada deberá ser veraz, suficiente y oportuna. La misma línea sigue el Artículo 100 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores. **La información provista por nuestra Institución en relación al VPP se ha sujetado en forma estricta a los principios de transparencia y veracidad establecidos por la normativa antes descrita.**

Contradictoriamente y fruto de la interpretación que la ASFI otorga al Texto Ordenado de la Metodología de Valoración, pretende imponer una forma de cálculo para el VPP, que obliga a los emisores a proporcionar valores distorsionados que no se encuentran acordes a su contabilidad o situación financiera, por tanto, carecen de un respaldo.

No se trata de un problema semántico, como la ASFI afirma, por lo que resulta inocuo (sic) que transcriban el concepto de "desacatar" del diccionario. Se trata de un problema de fondo: no se ha podido probar que la Entidad Financiera a la que represento, haya incumplido las obligaciones que tienen todos los participantes del mercado de valores señaladas en el citado artículo 68 de la Ley No. 1834 en especial la de "...mantener actualizada la información requerida", esta información, que debe ser presentada a la ASFI, a las Bolsas de Valores y otras entidades, debe ser "veraz, suficiente y oportuna"; asimismo toda publicidad relativa a la emisión, colocación e intermediación de valores "no debe inducir a confusión o error".

Ya en la Resolución ASFI No. 210/2013 la ASFI sostuvo que el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. habría "desacatado" estas obligaciones; afirmación no solamente falsa sino también vaga, ya que no se señala si todas, algunas o alguna de estas obligaciones habrían sido incumplidas por la entidad financiera. Lo mismo cabe decir del presunto "desacato" a las obligaciones establecidas en el artículo 100

del Reglamento del Registro de Mercado de Valores que a la letra dice:

“Las personas naturales y jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV tienen la obligación de proporcionar a la Intendencia de Valores toda la información que en formatos, medios y plazos específicos sea requerida por el presente Reglamento y demás disposiciones aplicables y aquella información que sea solicitada por la Intendencia de Valores en el marco de su competencia”.

Se ha recalcado que no ha habido un solo caso en que el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. haya dejado de proporcionar esta información en los **formatos, medios y plazos requeridos**. La misma Resolución de la ASFI, en su razonamiento de una presunta infracción, gira en torno a que una determinada información (cálculo del VPP) que fue enviada a la Bolsa Boliviana de Valores S.A. no habría sido el correcto. Sin embargo, el artículo citado anteriormente no tiene relación alguna con la afirmación realizada, ya que regula la obligación que tienen las personas que participan en el Mercado de Valores de satisfacer la información requerida por la ex Intendencia de Valores (funciones que hoy cumple la ASFI).

Por si estos desvaríos lingüísticos no fueran suficientes, la Resolución ASFI No. 345/2013, objeto de la presente impugnación en la Vía Jerárquica, suma una confusión lógica digna de estudio cuando afirma:

“Por tanto no puede considerarse oportuna una información que no es veraz”.

Los conceptos de oportunidad y veracidad son independientes y no se implican mutuamente; es decir, una información puede ser presentada oportunamente, pero no contener información veraz; o a la inversa, ser veraz, pero no ser presentada de manera oportuna, o ambas cosas a la vez o ninguna a la vez. La ASFI asume un tono admonitorio falto de toda lógica e inclusive de la mínima coherencia en el lenguaje. Creemos que esta vez sí era oportuno que recurran al diccionario de la academia para comprender que la oportunidad y la veracidad son dos cosas distintas.

4.3. Presunto incumplimiento a instrucciones del Órgano Supervisor.

La Resolución Sancionatoria ASFI No. 210/2013 de 15 de abril de 2013, afirmó que el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. habría incumplido “instrucciones impartidas por este Órgano de Supervisión”. La observación se refiere a la nota ASFI/DSV/R-126937/2012 de 5 de octubre de 2012 en la que la ASFI señalaba que: “en tanto esta Autoridad de Supervisión no emita la correspondiente Resolución de autorización de incremento de Capital pagado de 40.000 acciones emitidas, suscritas y pagadas, las mismas no deben ser consideradas como acciones vigentes efectivas de la Sociedad y por tanto el VPP de las acciones de FASSIL F.F.P. S.A. debe ser calculado en base al Patrimonio Neto al 31 de agosto de 2012 y a la cantidad de acciones vigentes efectivas a dicha fecha (122.350)”.

Sin embargo, el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. no incumplió ninguna instructiva de la ASFI ni “desacató” ninguna obligación legal, sino que, de manera consciente (por tanto se excluye cualquier negligencia) presentó a la ASFI la nota FSL-GG721/2012 fechada el 29 de octubre de 2012, en la que señala que se ha tomado en cuenta, para el cálculo del VPP, la fórmula establecida en el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración para las Entidades Supervisadas por la Superintendencia de

Pensiones, Valores y Seguros, y que, de hacerlo de otro modo, se estaría proporcionando una información al Mercado de Valores donde no se refleje la situación o valor real de las acciones, solicitando, finalmente que la ASFI reconsidere su interpretación para la determinación del VPP de las acciones.

En su Resolución ASFI No. 345/2013 el Ente Fiscalizador considera que la nota FSL-GG721/2012 de 29 de octubre de 2012, expresa un “franco incumplimiento” por parte del FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., cuando en rigor, fue la ASFI la que incumplió su obligación de responder ante el pedido de considerar ajustes en la interpretación adoptada para la determinación del VPP de las acciones, solicitud que debió atenderse en un sentido u otro, pero que ameritaba una respuesta, conforme dispone el artículo 24 de la CPE, que exige respuestas formales y prontas a toda petición, y el inciso h) del artículo 16 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que también señala que todas las personas tienen derecho a obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen.

La ASFI ha cometido el grave error de considerar una petición como sinónimo de incumplimiento y a continuación emitir una sanción, violando un derecho constitucional como es el derecho de petición, pero siendo también responsable por omisión al no haber atendido oportunamente y no haber respondido como exigen la Constitución Política del Estado y las leyes vigentes.

4.4. Vigencia de la Resolución ASFI No. 390/2012.

Existe una clara controversia sobre la publicación de la Resolución ASFI No. 390/2012 de 9 de agosto de 2012, que es la que dispone que en la información que envíen las entidades emisoras de acciones a la Bolsa de Valores, se debe considerar, para el cálculo del nuevo VPP, las acciones vigentes efectivas de la Sociedad, no ha sido publicada ni notificada ni hecho conocer de modo alguno en las condiciones y formas que establece la normativa que rige el sector.

El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. ha sostenido, en ocasión de la presentación del Recurso de Revocatoria que la misma no ha sido puesta a disposición del público en la página web de la ASFI, pero tampoco ha sido notificada a las entidades financieras, conforme disponen las propias normas reglamentarias de la ASFI, concretamente el artículo 2 (Medio de difusión) de la Sección 2, del Capítulo II, del Título I del Libro 5to de la RNBEF que señala que la normativa emitida por la ASFI es difundida a través de su sitio web y de la red supranet, y se pone a disposición de las entidades supervisadas mediante un aplicativo llamado “Sistema de Difusión de Normativa”. El artículo 3 de esta misma sección, señala que adicionalmente la ASFI envía correos electrónicos a todas aquellas personas que se hayan suscrito.

En constancia que la normativa descrita no se encontraba a disposición a través de los medios de difusión establecidos por el Reglamento descrito, se adjuntó a la nota FSL-GG230/2013 de fecha 1 de abril de 2013, copias de las pantallas del sitio web de la ASFI.

Al no estar publicada o difundida en la forma y condiciones que señalan las normas aplicables, la Resolución señalada no se encontraba plenamente vigente, al menos al momento en que el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. envió la información a la Bolsa Boliviana de Valores S.A.. Al respecto, es importante recordar lo que señala la Ley

de Procedimiento Administrativo en su artículo 34:

“Los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas de cada procedimiento especial o cuando lo aconsejen razones de interés público. La publicación se realizará por una sola vez en un órgano de prensa de amplia circulación nacional o en su defecto cuando corresponda, en un medio de difusión local de la sede del órgano administrativo”.

Asimismo, la normativa especial para el sistema financiero exige también que las resoluciones de las ex Superintendencias Sectoriales (por tanto la ASFI), deben emitirse a través de los medios o mecanismos que dispongan las leyes sectoriales “debiendo contar en todos los casos con una constancia de notificación que evidencia la diligencia de acuerdo a reglamento. Las resoluciones de alcance general podrán ser publicadas en un periódico de circulación nacional por una sola vez, para efectos de notificación” (artículo 24 del Reglamento a la Ley del procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo No. 27175).

El párrafo V del artículo 25 del Reglamento citado anteriormente regula el envío de información por medios electrónicos y otorga validez a las pruebas que se presenten por estos medios:

“El envío de información de los sujetos regulados a las Superintendencias Sectoriales del SIREFI o viceversa, por medios electrónicos, faxes y otros medios, debidamente acreditados por las respectivas constancias de recibo, serán válidos y surtirán plenos efectos jurídicos en las actividades y funciones cotidianas que realizan, de acuerdo a lo establecido por las Superintendencias Sectoriales en sus resoluciones reglamentarias respectivas”.

La ASFI sostiene en el texto considerativo de la Resolución impugnada en el presente Recurso Jerárquico que la Resolución ASFI No. 390/2012 habría sido publicada en un periódico de circulación nacional el 14 de agosto de 2012, y que además “se encuentra una publicación permanente del Texto Ordenado de la Metodología de Valoración en la página web de la ASFI...” (aunque no dice desde cuándo).

Consideramos que constituyendo la falta de publicidad (notificación) de la Resolución ASFI No. 390/2012 de 9 de agosto de 2012 una omisión que afecta la plena vigencia de una norma, su aplicación mientras no esté vigente viola el Principio de Legalidad, dado que se exige la aplicación de normas que no están vigentes al momento de la presunta infracción, conforme exige el artículo 3 inciso a) del Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001.

Pero existen afirmaciones que merecen ser probadas, por lo que oportunamente pediremos a la Autoridad Jerárquica que se abra un término probatorio, oportunidad en la que deberán aportarse pruebas y definirse cuál es el medio idóneo para publicar este tipo de resoluciones.

4.5. No ha habido ninguna infracción cometida por culpa.

La sanción de la ASFI al FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. se basa en la presunta “infracción **cometida por culpa** (actos y hechos cometidos por **negligencia o imprudencia** que pudieron o debieron evitarse), correspondiendo la aplicación del

inciso b) del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que prevé la sanción de multa a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa”.

El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. ha señalado en ocasión de presentar el Recurso de Revocatoria, y lo reitera ahora que presenta el Recurso Jerárquico, que en todo momento actuó de manera consciente: no solamente cuando informó al Mercado de Valores el cálculo del VPP siguiendo la fórmula establecida en el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración, sino también cuando presentó la nota FSL-GG721/2012 de 29 de octubre de 2012; por tanto, no puede afirmarse que se ha obrado de forma culposa, noción que por lo demás, la ASFI equipara al ámbito penal al “explicar” entre paréntesis, cosa que no hace el Decreto Supremo No. 26156, que la culpa son actos o hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse, olvidándose que estamos en un ámbito del derecho administrativo sancionador y no de un juicio penal por la comisión de un delito, siendo oportuno citar el artículo 5 de la citada disposición legal que a la letra dice:

“(Naturaleza de las sanciones administrativas). Las sanciones señaladas en el presente decreto supremo **son de carácter administrativo** e independientes y distintas de la responsabilidad de naturaleza civil o penal que, cuando corresponda y por mandato de la Ley, pudiera derivar de las infracciones a la Ley del Mercado de Valores, sus reglamentos, resoluciones y otras disposiciones”.

A través de la Resolución impugnada por medio del presente Recurso, la ASFI afirma que la Entidad Financiera a la que represento realizó una “interpretación distinta y arbitraria”, al parecer dejó de ser un “cálculo erróneo” para devenir, en algún momento “arbitrario”, pero, por tanto, ya no negligente ni imprudente.

El FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. reitera, una vez más, que no actuó de manera negligente, y que de forma consciente realizó el cálculo de acuerdo al Texto Ordenado de la Metodología de Valoración; ante alguna duda en la interpretación de la fórmula para obtener el cálculo del VPP se dirigió a la ASFI ejerciendo su derecho de petición, y no obtuvo una respuesta pronta y formal como exige la Constitución Política del Estado. A todo eso no puede llamarse actuar con culpa, y por tanto no procedía que la ASFI imponga una sanción.

5. Petitorio.

Por las razones y argumentos legales expuestos precedentemente, al amparo de lo dispuesto por la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y los artículos 52 y 53 y del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, solicito a su Autoridad que remita el presente Recurso Jerárquico ante el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, debiendo organizar un expediente de manera cronológica, con todos los antecedentes ordenados y debidamente foliados, para que esta Autoridad REVOQUE en su totalidad las Resoluciones Administrativas impugnadas: ASFI No. 210/2013 de 15 de abril de 2013 y ASFI No. 345/2013 de 12 de junio de 2013...”

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 4 de septiembre de 2013, se llevó adelante la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por la recurrente mediante memorial de 13 de octubre de 2013, y señalada en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 067/2013 de 23 de agosto de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme consta del informe ASFI/DSV/R-150634/2012 de 16 de noviembre de 2012 (mencionado por en el informe ASFI/DSV/R-49056/2013 de 5 de abril de 2013) y de la nota ASFI/DSV/R-32617/2013 de 5 de marzo de 2013, la Dirección de Supervisión de Valores de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero estableció que, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** no habría informado su Valor Patrimonial Proporcional (VPP) al 31 de agosto de 2012, conforme a la forma de cálculo dispuesta en el inciso c), punto IV.3.1, *Valoración de Acciones emitidas y negociadas en mercados nacionales*, del Texto Ordenado de la Metodología de Valoración, aprobado mediante Resolución Administrativa ASFI N° 390/2012 de 9 de agosto de 2012, así tampoco dio cumplimiento a la instrucción de la corrección de tal cálculo mediante nota ASFI/DSV/R-126937/2012 de 5 de octubre de 2012.

El cálculo correcto del VPP -a decir de la Autoridad ahora recurrida-, debe ser producto del incremento de capital autorizado por la Resolución Administrativa ASFI N° 384/2012 de 7 de agosto de 2012.

Como emergencia de ello, mediante nota ASFI/DSV/R-32617/2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero imputó al **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, la presunta infracción a lo dispuesto por los artículos 68° de la Ley N° 1834 (del Mercado de Valores), y 100° del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, aprobado por la Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005, y al inciso c), punto IV.3.1 - *Valoración de Acciones emitidas y negociadas en mercados nacionales*- del Texto Ordenado de la Metodología de Valoración, aprobada mediante Resolución Administrativa ASFI N° 390/2012 de 9 de agosto de 2012.

Sustanciados los trámites inherentes al proceso sancionatorio, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 210/2013 de 15 de abril de

2013, determinando sancionar al **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** con multa en bolivianos, equivalente a \$us1.500.- (Un mil quinientos 00/100 dólares americanos) y posteriormente, dado haber sido ésta última recurrida de Revocatorio, a la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2013 de 12 de junio de 2013, por la que la Autoridad Supervisora confirma totalmente la anterior, dando lugar a la interposición, en fecha 3 de julio de 2013, del Recurso Jerárquico que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Cálculo del Valor Patrimonial Proporcional (VPP).-

La controversia fundamental que hace al caso, radica en haber el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, a efectos del cálculo de su Valor Patrimonial Proporcional (en adelante VPP) al 31 de agosto de 2012, considerado también el importe de las acciones pendientes de autorización por incremento de capital, porque en su criterio:

“...el correcto cálculo del VPP debería contemplar el Patrimonio, conforme lo determinado por el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (la definición de Patrimonio Neto se refiere al Cálculo del Capital Primario más el Capital Secundario, y es utilizado para efectos de Solvencia Patrimonial, deduciendo los ajustes dispuestos por el Reglamento de Control de la Suficiencia Patrimonial y Ponderación de Activos (Artículo 3, Sección 3, Capítulo I, Título VI, Libro 3 de la RNBEF), mismo que representa la participación de los accionistas en el activo de la Institución (...)

...conforme a lo establecido por los artículos 1 y 3, Sección 3, Capítulo I, Título VI, Libro 3 de la RNBEF, las acciones suscritas y pagadas emergentes de los aumentos de Capital Pagado aprobadas por las Juntas Generales Extraordinarias de Accionistas de nuestra Institución, que se encuentran en trámite de autorización ante la ASFI, figuran en la cuenta contable “Aportes Irrevocables Pendientes de Capitalización”, por tanto forman parte del cálculo del Patrimonio Neto de nuestra Institución; debiendo considerar dichas acciones para el cálculo del VPP...” (nota FSL-GG205/2013 de fecha 22 de marzo de 2013).

En contraposición a ello, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero considera que:

“...el Artículo 1, Sección 3 del Capítulo I del Reglamento de Control de la Suficiencia Patrimonial y Ponderación de Activos de la RNBEF, establece que el cálculo del Patrimonio Neto debe contemplar el Capital Primario de las Entidades Bancarias y de los Fondos Financieros Privados dentro del cual se considera la cuenta contable “Aportes Irrevocables Pendientes de Capitalización” conforme al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras. Asimismo, el artículo 251 del Código de Comercio establece: “La sociedad considera como dueño de las acciones nominativas a quien aparezca inscrito como tal en el título y en el registro de las acciones...”. En este contexto, de acuerdo a lo establecido en el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración, para el reporte a la BBV correspondiente al 31 de agosto de 2012 la Sociedad debió contemplar para el cálculo del VPP los “Aportes Irrevocables

Pendientes de Capitalización” dentro del Patrimonio Neto (numerador de la fórmula), sin embargo para el cálculo del denominador (número de acciones ordinarias) solamente debió considerarse la cantidad de acciones vigentes efectivas autorizadas por ASFI mediante Resolución ASFI N° 384/2012 de 7 de agosto de 2012. Por tanto, lo argumentado por la entidad no desvirtúa el cargo notificado...” (Resolución Administrativa -sancionatoria- ASFI N° 210/2013 de 15 de abril de 2013).

Es necesario hacer notar que, la controversia precitada se produjo por la aplicación de la Metodología de Valoración de Valores (propia del Mercado de Valores), que tiene el objetivo de establecer precios uniformes de los Valores que se negocian en el Mercado de Valores, y que forman parte de los activos o bienes de las entidades reguladas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, o por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Dicha norma establece, que **la Bolsa de Valores es la responsable de calcular y publicar el VPP de cada emisor de acciones** (inciso b) de su numeral IV.3.1), obligación que tiene su fundamento en la necesidad de estandarizar el cálculo del VPP, toda vez que no todos los emisores de acciones están regulados por alguno de los dos órganos de supervisión supra señalados.

En consideración a ello, el cálculo del VPP debe efectuarse tomando en cuenta criterios uniformes para los diversos emisores de acciones, por cuanto el objetivo de dicha norma es el de generar un precio que, si bien, no sea el de mercado, por lo menos se aproxime al mismo, para poder servir referencialmente a todos los inversionistas que lo requieran en la toma de sus decisiones, o que todas las entidades reguladas del sector financiero manejen un mismo precio para un determinado Valor, evitando distorsiones de precio que pueden afectar -positiva o negativamente- sus resultados financieros.

Por lo tanto, el no considerar criterios uniformes para la determinación del precio de las acciones (léase VPP), distorsiona el principio mismo del mercado de valores, que es el de brindar un precio referencial uniforme para un determinado Valor.

Realizadas tales consideraciones, es menester ahora, pasar a analizar la fórmula de cálculo del VPP (conforme es señalado en la Metodología de Valoración de Valores), así como las variables que lo componen:

- **Metodología de Valoración de Valores (Texto Ordenado).**-

“...IV.3.1 Valoración de acciones emitidas y negociadas en mercados nacionales (...)

b) Los Estados Financieros de las Empresas emisoras deberán ser enviados a la Bolsa en los plazos que ésta determine. En base a esta información, la Bolsa será la responsable de calcular el Valor Patrimonial Proporcional (VPP) para cada Emisor y de publicarlo inmediatamente.

En caso de que no ocurra un hecho de mercado en un día determinado, para efectos de valoración, se considerará el hecho más reciente entre el último precio de

mercado y **el Valor Patrimonial Proporcional (VPP) trimestral, informado por las Bolsas de Valores** en cuanto dispongan con dicha información (...)

...El cálculo para el Valor Patrimonial Proporcional, es el siguiente

$$VPP = \frac{\text{Patrimonio neto} - \text{Capital Social Preferente}}{\text{Número de Acciones Ordinarias}}$$

Nota: El VPP de entidades de intermediación financiera y compañías de seguros que cuenten con algún trámite pendiente de autorización de incremento de capital en los Órganos de Supervisión respectivos, en los casos de aportes en efectivo de accionistas o incremento de capital por suscripción pública de acciones, no deberá considerar dicho importe dentro de su cálculo, debiendo tomarse en cuenta el importe en dividendos por pagar correspondiente a las acciones vigentes..."

Entonces, si bien son tres las variables que conforman la fórmula para determinar el VPP (*Patrimonio neto, Capital Social Preferente y Número de Acciones Ordinarias*), la que generó la controversia es la del **patrimonio neto**, debiendo hacer notar que, en ninguna parte de la mencionada *Metodología* se hace referencia a lo que se debe entender por *patrimonio neto*, es decir, no hay allí una definición acerca de dicho concepto.

Siendo que la *Metodología* señalada, es una norma que abarca, entre otras, a todas las empresas emisoras de acciones, las mismas pueden estar reguladas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, o por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (como en el presente caso); o pueden no estar reguladas por ninguna de ellas, como son las empresas comerciales, industriales, petroleras, mineras, etc.

Se debe hacer notar que actualmente, los emisores de acciones ordinarias suman 38 (treinta y ocho), de los cuales, solamente 11 (once) están bajo la supervisión de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Sector	Cantidad
Agroindustriales	1
Bancos	7
Eléctricas	7
Fondos Financieros	2
Industriales	2
Petroleras	3
Seguros	9
Servicios	3
Servicios Financieros	2
Transporte	2
TOTAL	38

Fuente: link <http://www.bbv.com.bo>
correspondiente al sitio web de la
Bolsa Boliviana de Valores S.A., consultado en la fecha

Ahora bien; si se toma en cuenta la definición de *patrimonio neto* establecida en las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), así como en las normas contables nacionales, se tiene que el mismo, es el resultante (resto o diferencia) del activo (minuyendo) menos el pasivo (sustraendo); dicho contablemente, es lo que propiamente se denomina *patrimonio*, por lo que en resumidas cuentas, el *patrimonio neto* es en esencia, el *patrimonio* en sí mismo.

Corresponde ahora hacer una descripción de las definiciones de *patrimonio neto* que se encuentran en la normativa para bancos y entidades financieras:

- **Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (texto ordenado al 20 de diciembre de 2001):**

*“...Artículo 46°. Para efectos de la presente ley, se entenderá por **patrimonio neto** de las entidades de intermediación financiera la suma del capital primario y del secundario, deducidos los ajustes determinados por la Superintendencia y los auditores externos.*

El coeficiente de adecuación patrimonial se calculará sobre la base del patrimonio neto...”

- **Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras:**

<i>“...CÓDIGO</i>	<i>300</i>
<i>CAPÍTULO</i>	<i>PATRIMONIO</i>
<i>DESCRIPCIÓN</i>	<i>Representa la participación de los propietarios en el activo de la entidad.</i> <i>Su importe se determina por la diferencia entre el activo y el pasivo.</i> <i>Las cuentas que forman parte de este capítulo deberán ser registradas utilizando solamente el código de moneda nacional, (M=1)...”</i>

- **Manual de Cuentas para Intermediarios de Valores:**

<i>“...CODIGO 300</i>
<i>CAPITULO PATRIMONIO</i>
<i>DESCRIPCIÓN</i>
<i>Representa la participación de los inversionistas propietarios, es decir el activo neto...”</i>

- **Manual de Cuentas para Sociedades de Titularización**

<i>“...300. PATRIMONIO</i>
<i>Representa la participación de los propietarios en el activo de la Sociedad de Titularización. Su importe se determina por la diferencia entre el activo y el pasivo.</i>
<i>Forman parte de este capítulo, los grupos de cuentas de; Capital Social, Aportes no Capitalizados, Ajustes al Patrimonio, Reservas y Resultados Acumulados...”</i>

(En todos los casos, las negrillas y -en su caso- el subrayado, son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De las definiciones supra transcritas, la definición de *patrimonio neto* es unívoca, resultando básicamente de la diferencia del *activo* menos el *pasivo*, al que se le deducen además, partidas por ajustes determinados por la Autoridad Reguladora o por los auditores externos, es decir que, al *patrimonio* se le deducen ajustes establecidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero o por los auditores externos, cuando corresponde, que generalmente es para el cierre de gestión, que no es el caso del presente proceso administrativo.

Sin embargo y tradicionalmente, el VPP, como también lo manifiesta la recurrente, se ha determinado sobre la base del *patrimonio* establecido en los correspondientes Estados Financieros, dado que, al tratarse de información oficial, las cifras que presentan dichos Estados Financieros, deben estar ajustadas.

Para el caso de autos, la definición tomada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, tanto en la Resolución sancionatoria como en su confirmatoria, corresponde a la señalada por el artículo 46° de la Ley N° 1488, entendiéndose que ello es en consideración a que la ahora recurrente, es una entidad de intermediación financiera. Sin embargo, por todo lo expuesto en los párrafos precedentes, debió considerarse la acepción del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras, toda vez que el Valor Patrimonial Proporcional, en aplicación de la Metodología de Valoración de Valores, es determinado por la Bolsa Boliviana de Valores sobre la base de la información financiera que le proporcionan, en este caso, las entidades financieras emisoras de acciones, y dicha información está basada, precisamente, en el Manual de Cuentas, por lo que para dicho efecto se consideraría como *patrimonio neto* al signado con el código 300 en dicho Manual, es decir al *patrimonio* mismo.

Por otro lado, la nota inserta en la Metodología de Valoración de Valores (inciso b, del numeral IV.3.1), si bien señala que para el cálculo del VPP no se deben tomar en cuenta los aportes de capital que no hayan sido autorizados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero o la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, según sea el caso, generará una distorsión al Precio de las acciones, toda vez que el VPP para entidades fiscalizadas por los Órganos, estaría siendo determinado de una manera diferente al de las acciones de empresas no reguladas por dichas entidades.

Independientemente de ello, si la Autoridad Reguladora considera que es necesario ajustar aún más el *patrimonio neto*, o se quiere disminuir más partidas, adicionales a las acciones preferentes, se debe modificar la fórmula de cálculo del VPP **para todas las empresas que colizan** sus acciones en bolsa, y no solamente para las entidades reguladas, como lo hizo al modificar la Metodología de Valoración de Valores, insertando la Nota aclaratoria, mencionada en el anterior párrafo, a la fórmula de cálculo del VPP.

En resumen, la Autoridad Reguladora ahora recurrida, al tomar en cuenta el *patrimonio neto* definido en el artículo 46° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, como base para

determinar el VPP, ha generado una confusión, por cuanto, como bien explica el recurrente y establece la propia norma de valoración, el cálculo del VPP tradicionalmente se lo ha estado realizando, tomando como *patrimonio neto* el que surge de los Estados Financieros, los cuales están basados en el Manual de Cuentas, en este caso, para Bancos y Entidades Financieras.

Por otra parte, el haber modificado la Metodología de Valoración adicionando una nota aclaratoria a la fórmula de cálculo del VPP, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 390/2012, que, como ya se dijo, aplica solamente a entidades reguladas, generó la confusión que señala la recurrente:

“...Lo cierto es que, habiendo imprecisión en la normativa que rige el cálculo del VPP, el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. actuó con la mayor buena fe al solicitar a la ASFI en sendas notas de 29 de octubre de 2012 y 1 de abril de 2013, para que el Ente Fiscalizador aclare sus alcances...”

“...Es importante destacar ante la Autoridad Jerárquica superior, que el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., al existir una situación de interpretación normativa, solicitó a la ASFI, mediante nota FSL-GG721/2012 fechada el 29 de octubre de 2012 que reconsidere su interpretación; y reiteró este pedido en la nota FSL-GG230/2013 de 1 de abril de 2013, señalando que hasta la fecha los emisores no cuentan con parámetros claros y precisos para efectuar el cálculo del VPP. La ASFI responde en la parte considerativa de su Resolución ASFI No. 210/2013 sancionatoria con una hipótesis, no con una evidencia: “... este Órgano de Supervisión no ha recibido ninguna consulta de parte de las entidades emisoras de acciones en el Mercado de Valores al respecto, por lo que la fórmula de cálculo del VPP incluida en la Metodología de Valoración vigente desde el año 2005 es aplicada y utilizada correctamente por todas ellas”.

Peor aún, en la Resolución ASFI No. 345/2013 de 12 de junio de 2013, afirma temerariamente: “...se verifica claramente que no existe un problema de interpretación normativa, como pretende el recurrente, sino una incorrecta aplicación de la normativa pertinente”

Ahora bien, la Autoridad señala que existe una incorrecta aplicación de la normativa y no un problema de interpretación, con lo cual confunde más todavía, toda vez que si es incorrecta la aplicación de la normativa porqué se sancionó a la recurrente si la responsable de calcular el VPP no es ella sino la Bolsa Boliviana de Valores S.A., tal como se muestra en el punto siguiente.

2.2. De la responsabilidad de cálculo del Valor Patrimonial Proporcional (VPP).-

En este punto, es necesario citar la norma que establece la responsabilidad de cálculo del VPP, para lo cual citamos lo dispuesto en el numeral IV.3.1 b) de la Metodología de Valoración de Valores:

*“...b) Los Estados Financieros de las Empresas emisoras deberán ser enviados a la Bolsa en los plazos que ésta determine. En base a esta información, **la Bolsa será la***

responsable de calcular el Valor Patrimonial Proporcional (VPP) para cada Emisor y de publicarlo inmediatamente.

*En caso de que no ocurra un hecho de mercado en un día determinado, para efectos de valoración, se considerará el hecho más reciente entre el último precio de mercado y **el Valor Patrimonial Proporcional (VPP) trimestral, informado por las Bolsas de Valores** en cuanto dispongan con dicha información...”*

De lo que se desprende que de acuerdo a lo establecido en la propia Metodología de Valoración de Valores, es la Bolsa de Valores la responsable de calcular y publicar el VPP y que la responsabilidad de la recurrente es la de enviar la información financiera o, lo que es lo mismo, los “Estados Financieros”, los cuales están elaborados sobre la base del Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras.

Adicionalmente, de acuerdo a lo dispuesto en numeral IV.3.1 b) de la Metodología de Valoración de Valores, la Bolsa Boliviana de Valores ha establecido, a través de la Resolución Normativa de Directorio N° 04/2009 de 23 de julio de 2009, las formas, plazos, contenidos y formas de remisión, de, en este caso, la información financiera que deben presentar las empresas emisoras de acciones, donde se dispone que el envío de los Estados Financieros es de forma trimestral, considerando los trimestres a marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año.

Como se puede apreciar, las empresas emisoras de acciones, como lo es la recurrente, deben remitir a la Bolsa de Valores, información financiera trimestral, sobre cuya base la misma tiene la responsabilidad de calcular el VPP y publicarlo, por lo que no queda claro el **porqué se sancionó a la recurrente por una responsabilidad de la Bolsa de Valores**, así como tampoco queda claro **por qué se cuestiona el cálculo del VPP al 31 de agosto de 2012**, cuando **la información a que está obligada presentar** como emisora de acciones, según normativa del Mercado de Valores, **es trimestral** y no mensual, no coincidiendo ningún trimestre con la referida fecha de corte.

Si revisamos el primer cargo, efectuado mediante nota ASFI/DSV/R-32617/2013 de fecha 5 de marzo de 2013, podemos advertir la incongruencia antes mencionada, debido a que el mismo señala:

*“...La Sociedad en su calidad de entidad Emisora de acciones en el Mercado de Valores, **habría informado** a la Bolsa Boliviana de Valores S.A., **el cálculo incorrecto de su Valor Patrimonial Proporcional (VPP) al 31 de agosto de 2012.**”* (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como se ve de lo transcrito, el cargo es por haber informado un cálculo incorrecto del VPP a la Bolsa Boliviana de Valores S.A., cuando la norma establece que **es la Bolsa de Valores la responsable de calcular y publicar el VPP** de los emisores de acciones (Numeral IV.3.1 b) de la Metodología de Valoración de Valores).

En consecuencia, la Autoridad Reguladora puso en práctica un procedimiento incorrecto, en tanto no fue dirigido contra quien resulta ser el responsable de la presumible infracción, si

es que era procedente hacerlo, apartándose de lo que al respecto dice la norma, y determinando una imputación primero, sanción después, contra el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.**, legalmente improcedente por cuanto el mismo no es responsable de la conducta sobre la que versa la nota de cargos.

2.3. Instrucción del Ente Regulador para corregir el cálculo del VPP.-

La recurrente manifiesta que, si bien la ASFI, mediante nota ASFI/DSV/R-126937/2012 de 5 de octubre de 2012, le señalaba la forma de efectuar la corrección del cálculo del VPP, respondió ratificando el cálculo previo y solicitó, a la Autoridad, reconsiderar su interpretación aduciendo además que hasta la fecha los emisores no cuentan con parámetros precisos para efectuar el cálculo del VPP, a lo que la ASFI habría respondido, en la resolución Administrativa recurrida, que la Metodología de Valoración vigente es aplicada desde el 2005 y utilizada correctamente por todos los emisores de acciones.

Las notas mediante las cuales la recurrente, en su entender, actuó de buena fe solicitando a la Autoridad, reconsiderar su interpretación, sobre la forma de cálculo del VPP (FSL-GG721/2012 y FSL-GG230/2013, de 29 de octubre de 2012 y 1º de abril de 2013, respectivamente), solicitudes que no han merecido -en el reclamo del recurrente- una respuesta concreta, toda vez que se trataría de un problema interpretativo, criterio que no es compartido por la Autoridad Reguladora que, según la Resolución impugnada, señala *"...se verifica claramente que no existe un problema de interpretación normativa, como pretende el recurrente, sino una incorrecta aplicación de la normativa pertinente"*.

La recurrente, ha mantenido el cálculo original del VPP, **no dando cumplimiento** a lo instruido por la Autoridad Reguladora en su nota ASFI/DSV/R-126937/2012 de 5 de octubre de 2012, porque en su criterio, más bien, se debía considerar las acciones ordinarias producto de los aumentos de capital aprobados en Juntas Generales de Accionistas por cuanto, en términos reales y legales, dichas acciones ya se encuentran suscritas y pagadas y forman parte de la información contenida en los Estados Financieros que se debe remitir, y se remite, periódicamente a la Bolsa de Valores y a la Autoridad Reguladora.

Del análisis de la nota ASFI/DSV/R-126937/2012 de 5 de octubre de 2012, se puede establecer que la Autoridad Reguladora generó confusión al regulado al señalar, en el penúltimo párrafo, *"En tanto, esta Autoridad de Supervisión no emita la correspondiente Resolución de autorización de incremento de Capital Pagado de 40.000 acciones emitidas, suscritas y pagadas, **las mismas no deben ser consideradas** como acciones vigentes efectivas de la Sociedad y **por tanto el VPP** de las acciones de Fassil F.F.P. S.A. **debe ser calculado en base al Patrimonio Neto** al 31 de agosto de 2012 **y a la cantidad de acciones vigentes efectivas** a dicha fecha (122.350)."* (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), debido a que se interpreta que en el numerador de la fórmula (Patrimonio Neto) **SÍ** se debe considerar el capital pagado por éstas acciones (ya que el **patrimonio neto** de los estados financieros incluye dichos importes), pero en el denominador **NO** se deben tomar en cuenta la cantidad de acciones que representan dicho pago (como manifiesta la propia Autoridad), es decir que existe una inconsistencia en tal instrucción pues los resultados del cálculo del VPP, así determinados, son por demás

distorsionados, tal como lo manifestó la recurrente en la Audiencia Oral y en su Recurso, cuando señala:

Sin embargo, el FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A. no incumplió ninguna instructiva de la ASFI ni “desacató” ninguna obligación legal, sino que, de manera consciente (por tanto se excluye cualquier negligencia) presentó a la ASFI la nota FSL-GG721/2012 fechada el 29 de octubre de 2012, en la que señala que se ha tomado en cuenta, para el cálculo del VPP, la fórmula establecida en el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración para las Entidades Supervisadas por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, y que, de hacerlo de otro modo, se estaría proporcionando una información al Mercado de Valores donde no se refleje la situación o valor real de las acciones, solicitando, finalmente que la ASFI reconsidere su interpretación para la determinación del VPP de las acciones...”

“...La información provista por nuestra Institución en relación al VPP se ha sujetado en forma estricta a los principios de transparencia y veracidad establecidos por la normativa antes descrita.

Contradictoriamente y fruto de la interpretación que la ASFI otorga al Texto Ordenado de la Metodología de Valoración, pretende imponer una forma de cálculo para el VPP, que obliga a los emisores a proporcionar valores distorsionados que no se encuentran acordes a su contabilidad o situación financiera, por tanto, carecen de un respaldo...”

Por otro lado, la nota de cargos (en el segundo cargo), establece:

*“Asimismo habría incumplido la instrucción comunicada por este Órgano de Supervisión mediante carta ASFI/DSV/R-126937/2012 de 5 de octubre de 2012, **respecto a la corrección del citado cálculo.**”* (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como se puede observar, la Autoridad Reguladora instruyó a la recurrente a modificar el cálculo del VPP cuando la norma establece que **la responsabilidad de calcular y publicar el VPP es la Bolsa de Valores**, sobre la base de la información que remiten los emisores, en este caso la recurrente, por lo que **no correspondía que se le haga tal cargo sino a la responsable que es la Bolsa de Valores.**

2.4. En cuanto al envío de información oportuna, suficiente y veraz.-

En relación a que la recurrente habría incumplido la obligación de enviar información oportuna, suficiente y veraz, ésta manifiesta que envió la información requerida en los plazos y formas previstos por la normativa, alegando que los aportes irrevocables pendientes de capitalización forman parte del Patrimonio, conforme establece el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras por lo que, para el cálculo del VPP, se debe tomar en cuenta este importe, independientemente de que estén o no aprobados por la Autoridad Reguladora, toda vez que fueron aprobados por la Junta General de Accionistas y al formar parte del Patrimonio tienen que ser reportados y considerados, por lo que sí los han considerado para el cálculo del VPP.

Al respecto, la Autoridad Reguladora, en la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2013 de 12 de junio de 2013, señala que el **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** no solamente hizo una interpretación arbitraria de la fórmula de cálculo del VPP, sino que:

“...en base a dicha interpretación errónea, efectuó un cálculo incorrecto de su VPP que fue remitido a la Bolsa Boliviana de Valores S.A. y observado por la citada entidad en las cartas BBV GSA N° 1761/2012 de 13 de septiembre de 2012, BBV-GSA N° 1843/2012 de 24 de septiembre de 2012 y BBV GSA N° 1881/2012 de 27 de septiembre de 2012 que cursan en el expediente, y que acreditan además que no le permitieron informar oportunamente al Mercado de Valores, el VPP producto del incremento de capital autorizado a la Sociedad (...)

Es decir que la entidad recurrente, no puede pretender que ha cumplido con la presentación de información veraz y oportuna, según lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, si ha remitido información errónea a la Bolsa Boliviana de Valores S.A., sobre el VPP producto del incremento de capital aprobado mediante Resolución ASFI N° 384/2012 el 7 de agosto de 2012, como reconoce en su mismo memorial del recurso de revocatoria, al manifestar, a su entender, que “tenía el deber de reflejar esa información en su VPP, a riesgo, precisamente de no ser veraz” y pese a lo instruido por este Órgano de Supervisión el 5 de octubre de 2012, mediante carta ASFI/DSV/R-126937/2012, ha optado por ratificar dicha información. Por tanto no puede considerarse oportuna una información que no es veraz...”

De lo transcrito, se puede establecer que la Autoridad observa que la recurrente, al no haber dado cumplimiento a lo instruido por ella mediante carta ASFI/DSV/R-126937/2012, no ha remitido información veraz, por lo que tampoco puede ser considerada oportuna.

No obstante, en atención a todo lo desarrollado en los numerales precedentes y al resultar que los aludidos criterios sobre oportunidad, suficiencia y veracidad, son accesorios a la determinación sobre la pertinencia de la infracción imputada dependientes, resulta innecesario al presente mayor consideración al respecto.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión de los antecedentes que hacen al proceso, se evidencia que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha realizado una correcta valoración de los mismos, toda vez que atribuye a la recurrente la responsabilidad del cálculo y remisión de información supuestamente errónea, cuando, por la normativa vigente, la responsabilidad de lo mismo es de la Bolsa de Valores.

Que, asimismo, no ha fundamentado la pertinencia de su nota a la Metodología de Valoración de Valores (inciso b), numeral IV.3.1, Resolución Administrativa ASFI N° 390/2012), con la que más bien ha generado una confusión, lo que en definitiva justifica la interposición de los consecuentes recursos de Revocatoria y, ahora Jerárquico.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso b) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la REVOCATORIA de la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2013 de 12 de junio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 210/2013 de 15 de abril de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dejándose sin efecto ambas resoluciones.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 420/2013 DE 09 DE JULIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 076/2013 DE 06 DE NOVIEMBRE DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 076/2013

La Paz, 06 de Noviembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 420/2013 de 9 de julio de 2013, que rechazó el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la nota ASFI/DDC/R-83999/2013 de 10 de junio de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 074/2013 de 2 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 168/2013 de 16 de octubre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refieren a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y, conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, mediante memorial de fecha 31 de julio de 2013, la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada al efecto por la señora Paola Patricia Álvarez Banzer, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 420/2013 de 9 de julio de 2013, que rechazó el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la nota ASFI/DDC/R-83999/2013 de 10 de junio de 2013, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, en fecha 12 de agosto de 2013, mediante nota ASFI/DAJ/R-117980/2013 recibida en fecha 12 de agosto de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió el expediente administrativo correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 420/2013 de 9 de julio de 2013.

Que, por providencia de fecha 14 de agosto de 2013, notificada en fecha 21 siguiente, se dispuso que con carácter previo, la Sra. Paola Patricia Álvarez Banzer acredite su personería legal para representar a la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA**, extremo al que se dio cumplimiento conforme se evidencia del Testimonio Poder N° 1141/2011 otorgado en fecha 3 de octubre de 2011, por ante Notaría de Fe Pública N° 14 del Distrito Judicial de Chuquisaca a cargo de la Dra. Litz Maribel Aparicio Ordoñez, presentado mediante memorial de 23 de agosto de 2013.

Que, mediante Auto de fecha 28 de agosto de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 420/2013 de 9 de julio de 2013, mismo que fue notificado el 6 de septiembre de 2013.

Que, mediante memorial presentado en fecha 13 de septiembre de 2013, la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó documentación complementaria y solicitó el señalamiento de Audiencia para su Exposición Oral de Fundamentos, la que en definitiva se desarrolló en fecha 4 de octubre de 2013, conforme fuera señalada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 077/2013 de 19 de septiembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. MEMORIAL PRESENTADO EN FECHA 18 DE FEBRERO DE 2013.-

Mediante memorial presentado el 18 de febrero de 2013 a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con la suma "*Denuncia infracciones*", la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA** dejó constancia de los extremos siguientes:

*"...En el año 1998, la SIDS S.A. (por **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA**), representada en ese momento por su presidente ejecutivo FRANCISCO JAVIER ALVAREZ SPA, adquirió un préstamo hipotecario y con garantía prendaria del Banco Industrial Sociedad Anónima BISA (Banco BISA), por la suma de 3.100.000 \$us (TRES MILLONES CIENTO MIL DÓLARES NORTEAMERICANOS) pagaderos en un plazo de 5 años, y con 2 años de gracia. Por efecto de la crisis del año 2000 los bancos tenían una cartera en mora de hasta el 20%, pues la mayor parte de las empresas en el país perdieron hasta en un 50% de sus utilidades, y esto se reflejaba directamente en la banca, sin embargo la SIDS S.A. un (sic) esfuerzo sobre humano (sic), siguió pagando las letras del crédito, hasta que finalmente no pudo hacerlo más.*

Posteriormente, y pese a las negociaciones que se tuvo con el banco BISA, en sentido de otorgar una ampliación del plazo para pago de la deuda y reprogramación de las cuotas, además del ingreso de la empresa al programa estatal denominado FERE (Fondo Especial de Refinanciamiento Empresarial), el Banco BISA, inició el proceso Coactivo Civil de Garantías Reales -entre otros- con la evidente intención de adjudicarse una empresa cuyo valor en ese momento era de 15.000.000 \$us.- por la pírrica (sic) suma de 3.100.000 \$us.-.

Cabe resaltar que durante las negociaciones el banco BISA solicito (sic) al Presidente Ejecutivo Francisco Javier Álvarez Spa y a su esposa Patricia Banzer Velasco de Álvarez, que firmarán 5 pagares (sic), el primero N° 084/2000 de fecha 28 de abril de 2000, por una suma de **85.000 \$us**; el segundo N° 116/2000, de fecha 29 de junio de 2000, por un monto de **76.500 \$us.-**, el tercero N° 31 (sic) de julio de 2000, por un monto de **85.000 \$us.**, (sic) el cuarto N° 259/2000 de fecha 27 de diciembre de 2000 por un monto de **76.500 \$us.-** y el quinto N° 260/2000 de fecha 27 de diciembre de 2000 por un monto de **85.000 \$us.-**, que suman un **total de 408.000 \$us**, supuestamente para garantizar el pago de los intereses devengados hasta esa fecha, sin embargo es imprescindible recalcar que **JAMAS SE FECTUO** (sic) **EL DESEMBOLSO DE ESE DINERO**, y que tampoco ingreso (sic) al Banco BISA como pago de intereses por la deuda de la SIDS S.A., sin embargo si fue objeto de un proceso ejecutivo para su cobro.

Dada la compleja situación de la SIDS S.A., y previo la proceso coactivo del Banco BISA, en un intento por satisfacer las sus (sic) acreencias, se inició el concurso preventivo de acreedores, en el que finalmente en la junta de acreedores se establecieron mecanismos y plazos para el pago a sus acreencias, junta que fue judicialmente homologada y cumplida por la SIDS S.A. sin embargo de esto y pese a que el proceso coactivo iniciado por el Banco BISA, en un primer momento se acumulo (sic) al concurso preventivo de acreedores, y después de canceladas varias cuotas en su favor, fue el mismo Banco BISA quien solicito (sic) su separación del Concurso preventivo de acreedores y continuó su proceso coactivo.

Después de 10 largos años, de litigio, en el año 2010, luego e arduas negociaciones, se firmo (sic) la escritura pública N° 394/2010, **de acuerdo transaccional con.-** (sic) **cancelación parcial de deuda, 2.- pago con prestación diversa a la debida y consiguiente transferencia de bienes, 3.- condonación de saldo insoluto, y, 4.- Garantía personal**, en este documento de 104 fojas específicamente la cláusula SEXTA punto 3.6 denominada CONDONACIÓN DE SALDO INSOLUTO.- "El BANCO como acto de liberalidad en forma voluntaria", (textual pagina (sic) 12), y una vez cumplidas las condiciones impuestas a la empresa en la cláusula SEPTIMA(sic), condonó el saldo total insoluto a favor de la SIDS S.A., dejando claramente establecido que esta operación se tenia (sic) que reportar a la Central de Riesgos Crediticios, en cumplimiento de la norma vigente en ese momento.

Ahora bien, es evidente que todas las operaciones financieras deben ser reportadas a la CIRC, a efectos de que la ASFI, lleve un registro y control de las operaciones crediticias que realizan los bancos y entidades financieras, sin embargo la normativa específica del Reglamento de la Central de Información de Riesgo Crediticio, se modifico (sic)

mediante la circular **SB/479 de fecha 24 de noviembre de 2004**, (anterior a la firma del documento transaccional) y en los siguientes términos: **“MODIFICACIONES AL TÍTULO VI – CENTRAL DE INFORMACIÓN DE RIESGOS DE LA RECOPIACIÓN DE NORMAS.**

...

iv) Quitas y condonaciones en el marco de la ley 2495 de reestructuración de empresas:
. Si NO se hubiera perfeccionado el Acuerdo de Transacción, los créditos del deudor se consideran castigados por insolvencia, lo que significa que debe dárseles el tratamiento establecido para este tipo de créditos en el numeral i) de la presente circular.

. Si se hubiera perfeccionado el Acuerdo de Transacción, las quitas y condonaciones que se realicen no deben ser reportadas a la CIRC.” tómesese en cuenta que la presente circular a la fecha tiene plena vigencia en cuanto a los efectos establecidos en el párrafo iv), y que su data es anterior a la suscripción del acuerdo transaccional, pero mas (sic) importante aún, es que el termino (sic) “no deben ser reportadas a la CIRC”, es un imperativo categórico, que no admite dudas ni ambigüedades. Sin embargo de esto, y pese a que el acuerdo Transaccional suscrito, a la fecha se encuentra perfeccionado, tal cual lo acreditan las certificaciones emitidas por el banco BISA en fechas, 4/05/2010, 19/03/2012 y 14/11/2012, **el banco BISA actualmente envía un reporte mensual con la calificación mas (sic) baja de la escala de la CIRC, es decir F, como si la empresa SIDS S.A. -y uno de sus garantes personales F. Javier Álvarez Spa- fueran insolventes y el crédito a la fecha fuera incobrable, o estuviera en etapa de ejecución, hecho que como demostramos no es evidente**, y que vulnera nuestro derecho como empresa no solo (sic) a la imagen, sino a la información cierta y fidedigna a la que las otras entidades financieras tienen derecho, pues imposibilita el acceso tanto de la SIDS S.A. como del único garante perjudicado –F. Javier Alvarez (sic) Spa- a operaciones de toda índole, con cualquier otra institución financiera, porque nos muestra como una empresa insolvente, cuando en la practica (sic) esto no es evidente, lo que implica indudablemente que el banco BISA, manipula la información de la CIRC, perjudicando gravemente nuestra imagen financiera.

Sin perjuicio de esto, la ley 2495, establece que: **“ARTICULO 1...** A efectos de la presente Ley, se entiende por acuerdo de transacción, el convenio en virtud del cual, el deudor y sus acreedores dirimen derechos de contenido patrimonial mediante concesiones recíprocas y reconocimientos mutuos conforme al procedimiento y a las mayorías establecidas en esta Ley”. Lo que significa que existiendo una transacción en los términos de esta Ley, la norma ASFI aplicable es la contenida en la circular SB/ 479 de 24 de noviembre de 2004, que modifica sin excepción el capítulo (sic) concerniente a la Central de Información de Riesgo Crediticio.

Por otra parte, recordemos que inicialmente los garantes personales, de la operación bancaria suscrita con el banco BISA mediante escritura pública N° 1364/98 -préstamo de 3.100.000 \$us.- eran FRANCISCO JAVIER ALVAREZ SPA, con C.I. N° 1010700-Chuq., FERNANDO ENRIQUE LEOPOLDO MERCY ACHONDO (sic) con C.I. N° 1046733-Chuq., y MARIO LINARES URIOSTE con C.I. N° 1026599-Chuq., el primero en su calidad de presidente ejecutivo de la empresa, y los otros dos en su calidad de miembros del directorio y accionista de la SIDS S.A., lo que supone en correcta interpretación del art. 217 del Código de Comercio, que al ser la SIDS S.A. una sociedad anónima, la

responsabilidad de sus accionistas esta (sic) limitada (sic) al monto de las acciones que hayan suscrito, reflejadas en el patrimonio mismo de la empresa, que además tenía y tiene el activo suficiente para cubrir la deuda en ese momento ejecutada. Sin embargo, en una actitud arbitraria se pretende comprometer el interés y patrimonio personal, **del ex – presidente ejecutivo FRANCISCO JAVIER ALVAREZ SPA, que es el único de los tres garantes que a la fecha es reportado mensualmente a la CIRC, con la calificación F, sin que exista un crédito impago que merezca tal calificación, situación que evidentemente lo perjudica en su imagen personal y constituye en si (sic) misma una actitud arbitraria, discriminatoria e ilegal.**

PETITORIO Y FUNDAMENTACIÓN LEGAL.- Con los fundamentos expuestos de conformidad con el procedimiento establecido en el Título (sic) XI, capítulo (sic) I, sección 5, art. 1º denominado **Central de Reclamos ASFI**, habida cuenta de que en fecha 15 de marzo de 2012, mediante nota cursada al Gerente Regional del Banco BISA Julio Oscar Gastón Solares Frerking, la SIDS S.A. solicito (sic) que nos retirara la calificación F de la CIRC, y encontrándonos en pleno desacuerdo con la respuesta emitida por la entidad supervisada, solicitamos a usted, habrá (sic) procedimiento administrativo interno de conformidad con la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, y del SIREFI por el incumplimiento de las siguientes disposiciones:

1.- TÍTULO VI, CAPITULO I, SECCIÓN 6, artículo 4º, denominado “Tratamiento de las quitas y condonaciones”. TITULO VI, CAPÍTULO I, SECCIÓN 7 artículo 1º, denominado: “Responsabilidad.- El Gerente general o instancia equivalente de la entidad supervisada, es responsable del cumplimiento y difusión interna del presente reglamento y de velar por que la información que se registra es autentica (sic), legítima, fidedigna, exacta, veraz y actualizada”

2.-TITULO XI, CAPITULO I, SECCIÓN 3, denominado Políticas y procedimientos con relación a la atención al cliente y usuario, que en su artículo 2º señala: “Buenas Practicas (sic).- La entidad supervisada debe observar al menos las siguientes practicas (sic) en su reracionamiento (sic) con sus clientes y sus usuarios: 3.- Respetar el marco normativo vigente y abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que por su carácter puedan dar lugar a excesos dada su posición dominante contractual”, en este caso y como lo habíamos explicado, en el documento transaccional, específicamente en la cláusula SEXTA punto 6.3, el banco hace constar que debe reportar a la CIRC, la operación, dentro del marco normativo de la ASFI , lo que supone que de acuerdo a la circular SB/479 de 14 de noviembre de 2004, las quitas y condonaciones no debieron ser reportadas y menos de la forma como se lo hace actualmente, reportando a la SIDS S.A. de forma mensual y con la calificación mas (sic) baja “F”, como si existiera un crédito en ejecución judicial o como si fuera una empresa insolvente. Así mismo, de forma arbitraria, reportar a uno solo de los garantes de la operación FRANCISCO JAVIER ALVAREZ SPA, en la misma calidad, contraviniendo expresamente la normativa citada líneas arriba.

3.- TITULO XI, CAPITULO II, SECCIÓN 3, denominada Otras Disposiciones:
“Artículo 3º.- **Incumplimiento.-** Para efectos del presente reglamento se considerará como incumplimiento, lo siguiente:

- 1.- Toda contravención o inobservancia al presente reglamento.
- 2.- No enviar los reportes de los tiempos de espera y otra información solicitada por la ASFI en el plazo y formato establecido por este órgano de control.
- 3.- **El envió (sic) de información manipulada o con datos alterados”.**

Por reportar la operación bancaria a la CIRC con la calificación F, como si estuviera en proceso de ejecución o fuera incobrable, cuando en la práctica se ha cumplido con los términos de la transacción.

Por reportar a FRNACISCO (sic) JAVIER ALVAREZ SPA, a la CIRC con la calificación F, siendo que ya no es representante legal de la empresa SIDS S.A. y no tiene ningún crédito pendiente con el Banco BISA.

Sancionando al banco BISA, por la manipulación, y falta de veracidad, de la información que es enviada a la CIRC...”

2. NOTA ASFI/DDC/R-83999/2013 DE FECHA 10 DE JUNIO DE 2013.-

Mediante nota ASFI/DDC/R-83999/2013 de 10 de junio de 2013, dirigida a la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA**, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero establece los extremos siguientes:

“...comunicamos a usted que se procedió con la revisión y análisis de la documentación proporcionada por el Banco BISA S.A., a través de la carta Cite: VPOT-C066/2013 de fecha 27 de marzo de 2013, determinando los siguientes aspectos:

Mediante Informe de Auditoría AI-36/2013 de fecha 25 de marzo de 2013 la Entidad Financiera señala que: “...El Acuerdo Transaccional suscrito entre el Banco BISA S.A. y los representantes de la empresa SIDS S.A. no fue en el marco de la Ley 2495, toda vez que el mismo fue a requerimiento de los interesados...y no de acuerdo al procedimiento en la citada Ley”.

Sobre el particular, de la revisión al Acuerdo Transaccional suscrito entre la empresa SIDS S.A. y la Entidad Financiera establecido en el Testimonio N° 394/2010 del 05 de abril de 2010 en su cláusula cuarta indica: “...SIDS S.A. y Paola Patricia Álvarez Banzer, en forma libre y voluntaria, han solicitado al Banco mediante nota de fecha 1 de marzo de 2010, cancelar parcialmente la obligación de crédito...”, texto que establece claramente que dicho contrato se realizó a requerimiento de los interesados; asimismo, no se han encontrado elementos que determinen que dicho contrato hubiese sido homologado por la ex Superintendencia de Empresas condición establecida por el artículo 17 de la Ley N° 2495 de Reestructuración Voluntaria de Empresas.

Por lo expuesto, se hace notar que dicho Acuerdo Transaccional no estaría dentro del alcance de la Ley N° 2495, y por lo tanto no corresponde la contabilización del saldo

condonado según lo estipulado en la carta Circular SB/479 de 24 de noviembre de 2004 que hace referencia a las Quitas y Condonaciones.

Del mismo modo, en el citado Testimonio de Acuerdo Transaccional específicamente en su cláusula sexta indica: "...que el Banco debe cumplir fiel y estrictamente con toda la normativa y aplicable en estos casos, respecto a su deber de contabilización y de reportar a la Central de Riesgos Crediticios de la Autoridad de Supervisión (ASFI) el saldo insoluto por este crédito como obligación del DEUDOR y de sus GARANTES".

Con respecto al anterior párrafo, el Banco habría cumplido con el registro del saldo condonado según lo establecido en el artículo 4, Sección 6, del Anexo 1 "Evaluación y Calificación de Cartera de Créditos", Capítulo I, Título II del Libro 3° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que señala: "Las quitas y condonaciones que surjan a partir de la aplicación del Acuerdo de Transacción, deben sujetarse a lo establecido en el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras", consecuentemente dicho saldo debe ir registrado en la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) conforme el inciso a), numeral 11, artículo 2, Sección 4, Capítulo II, Título II, Libro 3° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que señala: "La Entidad Supervisada debe reportar todos los créditos castigados por... a) Insolvencia, contabilizados en la subcuenta 861.01".

Por otra parte, con relación a su reclamo concerniente a que la Entidad Financiera solo reporta a uno de los garantes con deuda indirecta castigada por insolvencia, se verificó que los dos garantes personales que figuran en el Contrato de Préstamo de Dinero firmado el 20 de agosto de 1998 se encuentran reportados en la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC).

Finalmente, ante las pruebas materiales existentes se determina que no corresponde iniciar un proceso sancionatorio contra el Banco Bisa S.A., conforme lo expuesto en su petitorio por las explicaciones señaladas precedentemente..."

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 26 de junio de 2013, la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso de Revocatoria contra la nota ASFI/DDC/R-83999/2013 de 10 de junio de 2013, argumentando lo siguiente:

"...en la interpretación que efectúa la ASFI, a través de sus asesores, el banco (sic) Bisa S.A., "habría cumplido con el registro del saldo condonado según lo establecido en el artículo 4, Sección 6, del Anexo 1 "evaluación de Cartera de Créditos", Capítulo I, Título II del libro 3" de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que señala: "Las quitas y condonaciones que surjan a partir de la aplicación del Acuerdo de Transacción, deben sujetarse a lo establecido en el manual de cuentas para bancos y entidades Financieras", consecuentemente dicho saldo debe ir registrado en la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) conforme al inciso a), numeral 11, artículo 2, Sección 4, Capítulo II, título II, libro 3° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras que señala: "La

Entidad Supervisada debe reportar todos los créditos castigados por... a) Insolvencia, contabilizados en la sub-cuenta 861.01" (textual párrafo 7º, de la resolución ASFI/DDC/R-83999/2013). Sin embargo, el ente administrador -ASFI- comete un gravísimo error de apreciación, pues da por bien hecho, todo el tratamiento que se dio a esta operación bancaria, y en especial al reporte que hace banco (sic) Bisa S.A. a la CIRC, sobre la calificación crediticia de la SIDS S.A., cuando en realidad y de acuerdo a sus propias normas, el tratamiento que debió dar el Banco Bisa S.A., a la operación de condonación del saldo, en el reporte efectuado, es el que se encuentra previsto en el numeral 13, artículo 2, Sección 4, Capítulo II, título II, libro 3º de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, y la razón recae, en la interpretación jurídica que se debe hacer, de las normas administrativas que están regidas por el principio de **VERDAD MATERIAL**, previsto en el art. 4-d) de la Ley 2341, que literalmente señala: "**d) Principio de Verdad material: La administración pública, investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil**", pues en la practica (sic), y aun cuando la SIDS S.A., no se acogió plenamente a la Ley N° 2495, fue el banco (sic) Bisa S.A., quien de forma voluntaria, condonó el saldo insoluto, recibiendo como contraparte, el pago total del capital en dinero y en prestación diversa a la debida.

Complementariamente, es preciso recalcar que la circular SB/479/2004, de 24 de noviembre de 2004, **modifica sin excepción**, el TITULO IV, referido a la CIRC, de la Recopilación de Normas para Bancos y entidades Financieras, pues en términos doctrinales, bajo el principio de especificidad y en correcta interpretación del art. 14-IV De (sic) la C.P.E., "**Artículo 14.IV En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban**", y siendo evidente que la circular SB/479/2004, en ninguno de sus acápites, señala casos excepcionales de aplicación o de no aplicación de esta modificación, sus efectos son genéricos y sus fines irradian a todos los consumidores financieros que hayan suscrito acuerdos transaccionales con la EIF, por aplicación del art. 19 de la Ley 27175.

Por otra parte, y en virtud precisamente a la circular SB /479/2004, de 24 de noviembre de 2004, se entiende que los créditos castigados por insolvencia, son efectivamente reportados, por que permanece latente el derecho de cobro de la entidad financiera. En este caso, dicho derecho latente, **no existe**, pues los términos del acuerdo transaccional, establecen con absoluta claridad, que el saldo -si existiese- ha sido condonado, o en otros términos perdonado de forma permanente, haciendo imposible su cobro posterior, precisamente en virtud a dicho acuerdo que a la fecha se encuentra perfeccionado, por lo que la calificación de -insolvente-, **NO REFLEJA LA SITUACIÓN FINANCIERA DE LA EMPRESA**, y resulta una manipulación arbitraria del banco, y una violación al derecho a la imagen de la empresa SIDS SA, lamentablemente abalado por el ente regulador ASFI.

Por la misma línea, el termino insolvente, significa "**Que no tiene con qué pagar lo que debe**" (diccionario enciclopédico ilustrado Géminis, pag. 867), y en la practica (sic) este calificativo, no refleja de ninguna manera la realidad de la empresa SIDS SA, ni en el momento de la operación, ni después de esta, puesto que una empresa que

esta (sic) valorada en quince millones de dólares solo en activos, no puede ser declarada insolvente por una deuda, de 3.100.000 \$us.- de dólares norteamericanos, lo que de acuerdo a la lógica convencional, nos demuestra el error de apreciación, que ha cometido la ASFI, al convalidar la manipulación de la información que envía el Banco Bisa a la CIRC.

Así mismo, ratificamos, que el fin primordial de la denuncia, no es que se sancione al Banco Bisa S.A., pues si ese hubiera sido el propósito, se habría iniciado la acción penal que correspondía por ANATOSISMO, debidamente comprobado, tanto por el informe emitido por Sindico (sic) del Concurso preventivo y por otro Profesional Independiente, cuyas conclusiones adjunto, y que me remito a los originales en caso necesario, sino lo que se busca es que a través de la comprobación de las infracciones denunciadas, **EL BANCO Bisa (sic) S.A. RECTIFIQUE LA INFORMACIÓN QUE ENVÍA A LA CIRC.PARA QUE SEA UN REFLEJO DE LA REALIDAD DE LA SIDS S.A. Y GARANTE JAVIER ALVAREZ SPA** en correspondencia con la normativa de la ASFI, que impone a las entidades financieras, que manejen datos fidedignos y no manipulados, en estricto cumplimiento del art. 1º, sección 7, capítulo I, del Título VI, de la recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y sobre todo y en sujeción al art. 4-h) de la Ley 2341, referido al principio de jerarquía normativa, vinculado al carácter enunciativo del art 130 de la Constitución Política del Estado, que establece:

“Artículo 130.- I Toda persona individual o colectiva que crea estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados, o que afecten a su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación, podrá interponer la Acción de Protección de Privacidad”.

Por otra parte, pero no menos importante, el ente regulador -ASFI- se pronuncia sobre algunos de los puntos referidos en la denuncia, pero omite pronunciarse específicamente, sobre los puntos 2- y 3- del petitorio, que deben merecer un pronunciamiento expreso, fundado y motivado, sobre los hechos denunciados, conforme lo establece el art. 16-h) de la Ley 2341.

Dicho esto, entendemos, que la ASFI, es el ente regulador, cuyo fin es precisamente el de proteger al consumidor financiero de este tipo de arbitrariedades, y es en virtud a esta necesidad de protección, que acudimos ante ustedes, persiguiendo ese fin, es decir, de que la información financiera que tiene la CIRC, respecto de la SIDS S.A., sea fidedigna y responda a la verdadera situación de la empresa, y que no constituya una marca negativa perenne, que en la practica (sic) nos impide acceder de forma normal los servicios financieros.

Por lo expuesto, solicito a su autoridad, que en primer termino (sic), admita el presente recurso de revocatoria y luego de los tramites (sic) pertinentes REVOQUE, la resolución impugnada, disponiendo la corrección de la información que el Banco Bisa S.A., envía a la CIRC, por que consideramos que nuestros derechos subjetivos han sido

violentados, con la resolución ASFI/DDC/R-839999/2013, al no haber ejercido su deber de protección de los derechos financieros de la empresa SIDS S.A., que ha demostrado de forma concreta, los actos lesivos de nuestros derechos, que cometió y comete el Banco Bisa SA, no solo (sic) durante la operación de transacción, sino por sus efectos posteriores, pues pese a que no existe deuda pendiente de cobro con la institución financiera, y que de ninguna manera somos insolventes, se nos reporta como tal, afectando nuestro derecho a la imagen y reputación empresarial..."

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 420/2013 DE 9 DE JULIO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 420/2013 de 9 de julio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determinó "RECHAZAR la solicitud planteada por la señora Paola Patricia Álvarez Banzer a través del memorial recepcionado en fecha 26 de junio de 2013, en representación de la empresa SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR (SIDS) S.A.", entonces el Recurso de Revocatoria contenido en el mismo, por los fundamentos que se transcriben a continuación:

"...CONSIDERANDO:

Que, esta Autoridad de Supervisión a través de su oficina regional de Sucre recepcionó en fecha 18 de febrero de 2013 el memorial presentado por la señora Paola Patricia Álvarez Banzer, representante legal de la Sociedad Industrial del Sur (SIDS) S.A. mediante el cual presenta reclamo contra el Banco Bisa S.A., con relación a datos reportados en la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) pese a que su empresa SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR S.A. habría cumplido con lo estipulado en el Testimonio N° 394/2010 de fecha 05 de abril de 2010 sobre la cancelación parcial de deuda, pago con prestación diversa a la debida y consiguiente transferencia de bienes.

Que, mediante carta ASFI/DDC/R-34462/2013 de fecha 08 de marzo de 2013 esta Autoridad de Supervisión requirió al Banco Bisa S.A. un informe de Auditoría Interna amplio, detallado y debidamente documentado que considere todos los extremos expuestos por la reclamante en su memorial. Asimismo, se solicitaron fotocopias legibles de toda la carpeta del crédito.

Que, con Cite: VPOT-C066/2013 de fecha 27 de marzo de 2013, el Banco Bisa S.A. respondió el requerimiento ASFI/DDC/R-34462/2013, adjuntando el Informe de Auditoría Interna AI-36/2013 de fecha 25 de marzo de 2013 con sus respectivos anexos y copia de la carpeta de crédito de dicha empresa.

Que, del análisis de la documentación expuesta anteriormente, se describe la siguiente relación de hechos:

- a. En fecha 21 de agosto de 1998 la Sociedad Industrial del Sur (SIDS) S.A., adquirió un préstamo de dinero con garantías hipotecarias, prendarias y personales por un monto desembolsado de \$us.3.100.000- (Tres Millones Cien Mil 00/100 Dólares Americanos) a diez (10) años plazo con un (1) año de gracia a capital, destinado a capital de inversión.
- b. Según el historial de la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC), la operación de préstamo ingresa a castigo en abril de 2006.

c. Mediante nota del 01 de marzo de 2010, la Sociedad Industrial del Sur (SIDS) S.A. efectúa una propuesta formal para llegar a un acuerdo transaccional de pago constituido de la siguiente forma: Pago en efectivo mediante tres cheques de gerencia por Sus. 1.461.664,34.- (Un Millón Cuatrocientos Sesenta y Un Mil Seiscientos Sesenta y Cuatro 34/100 Dólares Americanos), y dación de pago de bienes Muebles e Inmuebles por \$us.372.128,55 (Trescientos Setenta y Dos Mil Ciento Veinticinco 55/100 Dólares Americanos), haciendo un total de \$us. 1.833.792,89.- (Un Millón Ochocientos Treinta y Tres Mil Setecientos Noventa y dos 89/100 Dólares Americanos), de los \$us.3.083.885.- (Tres Millones Ochenta y Tres Mil Ochocientos Ochenta y Cinco 00/100 Dólares Americanos) adeudados, documento firmado por los señores Paola Álvarez, Esther Álvarez y Jaime Álvarez.

d. Mediante Testimonio N° 394/2010 el Banco Bisa S.A. y la Sociedad Industrial del Sur (SIDS) S.A., suscriben un acuerdo transaccional referido a:

1. Cancelación parcial de deuda, por \$us. 1.461.664,34- (Un Millón Cuatrocientos Sesenta y Un Mil Seiscientos Sesenta y Cuatro 34/100 Dólares Americanos).
2. Pago con prestación diversa a la debida y consiguiente transferencia de bienes por \$us.372.128,55 (Trescientos Setenta y Dos Mil Ciento Veinticinco 55/100 Dólares Americanos).
3. Condonación de saldo insoluto, que hace el Banco Bisa S.A. a favor de la Sociedad Industrial del Sur (SIDS) S.A., por el saldo a capital insoluto del crédito que comprende una parte del capital, más intereses convencionales y penales, gastos judiciales y otros.
4. Garantía personal del señor Francisco Javier Álvarez Spa.

e. El informe de auditoría de fecha 25 de marzo de 2013, del Banco Bisa S.A. concluye lo siguiente:

1. El acuerdo transaccional establecido según Testimonio N° 394/201 de fecha 05 de abril de 2010, no fue realizado en el marco de la Ley N° 2495 de Reestructuración de Empresas de fecha 04 de agosto de 2003, razón por la cual no aplica la excepción de reportar el saldo condonado de la Sociedad Industrial del Sur (SIDS) S.A. por \$us. 1.180.092,11 (Un Millón Ciento Ochenta Mil Noventa y Dos 11/100 Dólares Americanos)
2. El Banco Bisa S.A. cumplió con el registro contable en la cuenta 865.01.2.01002 "Cuentas incobrables Castigadas Cartera" del saldo condonado, aplicable según el Manual de Cuentas de la ASFI, razón por la cual se reporta en la Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) al cliente Sociedad Industrial del Sur (SIDS) S.A., en cumplimiento al Reglamento de la CIRC.
3. Respecto al reclamo de reportar solamente a uno de los garantes con deuda indirecta castigada por insolvencia, no es evidente, toda vez que tanto Francisco Javier Álvarez Spa como Fernando Enrique Leopoldo Mercy Achondo, garantes de la operación N° 4980139 del cliente Sociedad Industrial del Sur (SIDS) S.A. fueron

reportados con deuda indirecta incobrable por insolvencia.

Que, con COMUNICACIÓN/ASFI/DDC/R-57696/2013 de fecha 22 de abril de 2013, se solicita a la Dirección de Supervisión de Riesgos II, opinión técnica sobre la conclusión del informe de auditoría interna AI-36/2013 de fecha 25 de marzo de 2013, referida a que: "...el Banco registró el saldo condonado por \$US1.180.092,11 de la operación N°4980139 del Cliente SIDS S.A, en la cuenta contable 865.01.2.0100 "Cuentas incobrables castigadas cartera", acorde al Manual de Cuentas de la ASFI, toda vez que en el mismo no existe una cuenta específica para operaciones condonadas, en función a un Acuerdo Transaccional entre partes..." solicitando se explique si la aplicación del saldo condonado corresponde a dicha cuenta debido a que no existe una cuenta contable específica para registrar **operaciones condonadas acordadas entre partes** y por lo tanto dicha condonación deba seguir plasmada en el informe confidencial como deuda incobrable por insolvencia.

Que, a través de la comunicación ASFI/DSR II/R-61601/2013 de fecha 29 de abril de 2013, el Director de Supervisión de Riesgos II, remite el INFORME /ASFI/DSR II/R-61597/2013 de fecha 29 de abril de 2013, que establece:

"En lo que concierne al Manual de Cuentas, éste si establece una cuenta contable (865.07) para la contabilización de créditos castigados y condonados acorde a la Ley 2495, que la misma reclamante arguye en su defensa basándose en la Circular SB/479 de 24 de noviembre de 2004.

Consecuentemente, corresponde a la DDC verificar si el argumento utilizado por el Banco (un acuerdo transaccional entre partes, **distinto al procedimiento establecido en la Ley 2495**), es un argumento válido y aplicable para el caso en cuestión".

Que, con Nota ASFI/DDC/R-83999/2013 de fecha 10 de junio de 2013, se da respuesta al memorial de reclamo recepcionado en fecha 18 de febrero de 2013.

Que, en fecha 26 de junio de 2013, la señora Paola Patricia Álvarez Banzer, presenta a esta Autoridad de Supervisión memorial de Recurso de Revocatoria, contra la carta ASFI/DDC/R-83999/2013, de fecha 10 de junio de 2013, considerándola como una Resolución Administrativa y estableciendo diferentes argumentos de orden legal.

CONSIDERANDO: (...)

Que, el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, establece que: "Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación".

Que, por otra parte el párrafo I del artículo 20 del ya mencionado Decreto Supremo, señala que: "Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada".

Que, el artículo 52 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002 establece que: “Los procedimientos administrativos, deberán necesariamente concluir con la emisión de una resolución administrativa que declare la aceptación o rechazo total o parcial de la pretensión del administrado, sin perjuicio de lo previsto en el párrafo III del Artículo 17° de la presente Ley”.

Que, el inciso o), del artículo 62 del Decreto Supremo N° 27113 Reglamento a la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, señala que la Autoridad Administrativa tiene el deber y la facultad de aceptar o rechazar peticiones, reclamaciones y recursos.

CONSIDERANDO:

Que, esta Autoridad de Supervisión recibió en fecha 26 de junio de 2013, el memorial presentado por la señora Paola Patricia Álvarez Banzer en representación legal de la Sociedad Industrial del Sur S.A., documento que fue consignado con R-92779, mediante el cual expone en su segundo párrafo lo siguiente: “...interpongo el recurso de revocatoria, en contra de la resolución administrativa N° ASFI/DDC/R-83999/2013 de fecha 10 de junio de 2013...”, entre otros puntos expuestos con relación a su primer reclamo y diferentes argumentos de orden legal.

Que, al respecto cabe señalar que el documento ASFI/DDC/R-83999/2013 de fecha 10 de junio de 2013, **es una carta de respuesta** en virtud al reclamo presentado por la señora Paola Patricia Álvarez en fecha 18 de febrero de 2013 y **no así una resolución administrativa** como supone la reclamante.

Que, por otro lado, se verificó que la citada carta de respuesta fue recepcionada por la señora Paola Patricia Álvarez en fecha 17 de junio de 2013 y el memorial de recurso de revocatoria fue recibido por esta Autoridad de Supervisión en fecha 26 de junio de 2013, al sexto día hábil administrativo de su notificación, el cual estaría fuera del plazo establecido para solicitar la consignación de la carta en una Resolución Administrativa.

Que, según lo establecido en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, los artículos 46 y 47 del citado Reglamento, disponen lo siguiente:

- El artículo 46: “Las Resoluciones Administrativas de las Superintendencias Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió”.
- El párrafo I del artículo 47 “Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de las Superintendencias Sectoriales que cause perjuicio a los hechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el artículo 40 del presente Reglamento”.

Que, de acuerdo a las disposiciones legales citadas precedentemente, el procedimiento especial en materia de regulación financiera establece que solo se puede

resolver Recursos de Revocatoria contra Resoluciones y no así contra actos de “menor jerarquía” o actos preparatorios administrativos, como son las (Cartas, Circulares, Comunicaciones).

Que, aplicando la interpretación teleológica de los artículos 19 y 20 del Decreto Supremo N° (sic) 27175 de 15 de septiembre de 2003, se tiene que la finalidad de solicitar la conversión de actos de menor jerarquía en Resoluciones Administrativas es precisamente porque dichos actos al mantener una simplicidad en cuanto a su emisión, para poder ser impugnados deben ser convertidos en actos administrativos definitivos propiamente dichos guardando las formalidades contenidas en el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, permitiéndosele al recurrente conocer los fundamentos jurídicos y técnicos correspondientes que dan respuesta a su petición.

Que, en tal sentido la señora Paola Patricia Álvarez Banzer, omitió activar el procedimiento legal previsto por el parágrafo I del artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, consiguientemente, la reclamante al no haber solicitado que se consigne la carta ASFI/DDC/R-83999/2013 de 10 de junio de 2013, en Resolución Administrativa definitiva, la misma no es susceptible de impugnación mediante Recurso de Revocatoria considerando que no representa un acto administrativo definitivo, conforme establece el citado parágrafo I, artículo 20 del Decreto Supremo N° 27175. En consecuencia, no corresponde a esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero considerar y pronunciarse, respecto al planteamiento que efectúa la recurrente en su Recurso de Revocatoria debiendo rechazar la solicitud.

Que, el Auto Constitucional 0290/2011-RCA de 28 de octubre de 2011, en el punto II.5, segundo párrafo señala: “(...) de la revisión de antecedentes se puede evidenciar conforme al fundamento jurídico 11.4 del presente Auto Constitucional, que la respuesta dirigida a la accionante por parte de la ASFI, si bien es una nota que no cuenta con las características de una resolución, sin embargo, al ser un acto administrativo la accionante debió pedir a dicha entidad que la respuesta a su reclamo se convierta en resolución y ante la misma proceda la interposición de los recursos de revocatoria y jerárquico tal como establece el art. 20 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Sectorial Financiera, aprobado mediante DS 27175 de 15 de septiembre de 2003.” “I. Para interponer los recursos administrativos señalados en el art. 19 de dicho Reglamento (otros actos administrativos), los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada (...)”.

Que, en este marco, la recurrente en el plazo de cinco días de haber recibido dicha nota, debió solicitar al Órgano Regulador en tiempo oportuno que consigne dicho acto administrativo en Resolución en virtud del parágrafo I del artículo 20 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, es decir a los cinco días hábiles de recibida la carta ASFI/DDC/R-83999/2013 de 10 de junio de 2013 recepcionada en fecha 17 de junio de 2013 por la reclamante...”

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 31 de julio de 2013, la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada al efecto por la señora Paola Patricia Álvarez Banzer, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa Resolución Administrativa ASFI N° 420/2013 de 9 de julio de 2013, argumentado lo siguiente:

“...I.- LAS INCONGRUENCIAS Y CONTRADICCIONES DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.- El art., (sic) 14, parágrafo IV de la N.C.P.E., establece con meridiana claridad: “En el ejercicio de sus derechos, NADIE SERÁ OBLIGADO A HACER LO QUE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES NO MANDEN, NI A PRIVARSE DE LO QUE ÉSTAS NO PROHÍBAN”. (Textual). Una derivación de la garantía constitucional y legal contenida en la norma constitucional citada, se encuentra precisamente en el texto del art., (sic) 91 del Pdto. Civil, de aplicación general, respecto a la interpretación de las leyes procesales, dispone. “(INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES). Al interpretar LA LEY PROCESAL, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procesos ES LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS POR LA LEY SUSTANTIVA. En caso de duda deberá atender a los principios constitucionales así como a los principios generales del derecho procesal”. (Textual). De la interpretación concordada de dichas normas constitucionales y legales, resulta fácil darse cuenta, que las resoluciones administrativas, como cualesquiera otras, para tener eficacia y validez como tales, deben ser debidamente fundamentadas, congruentes y en ningún caso contradictorias. Pero además, el art., (sic) 43, que regula precisamente la forma de resolver los recursos de revocatoria en las Superintendencias Sectoriales, que (sic) la que forma parte -aunque con otro nombre- la AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO (ASFI), establece de manera muy precisa, la (sic) formas de resolución de tales recursos administrativos, es decir: CONFIRMATORIAS, REVOCATORIAS, DESESTIMATORIAS o IMPROCEDENTES. Esta última forma de resolución debe ser Utilizada: “Cuando el recurso se hubiere interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliera con los requisitos exigidos”. (Textual).

*Sin embargo, la resolución impugnada de nuestra parte, **fecha en La Paz, el 09 de julio de 2013**, resulta primero incongruente, al determinar en su parte resolutive: “POR TANTO: La Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, con la facultad que le confiere la Constitución Política del Estado y demás normativa conexas y relacionadas. RESUELVE: ÚNICO.- RECHAZAR la solicitud presentada por la señora Paola Patricia Álvarez Banzer a través de memorial, recepcionado en fecha 26 de junio de 2013, en representación de la Empresa SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR (SIDS)S.A.”. (Textual).*

*Una primera incongruencia en la forma de la resolución impugnada, consiste en que: Primero se incluye la (sic) el término forense ÚNICO, que es corriente en su uso, para la redacción de leyes, decretos u otro tipo de normas, por las entidades, poderes u organismos que emiten tales preceptos o reglas. Pero, en ningún caso cuando se trata de resoluciones administrativas de las Superintendencias Sectoriales (sic), como la ASFI. En segundo lugar, en aplicación del citado art., 43, la resolución impugnada debió declarar IMPROCEDENTE, **el recurso de revocatoria, que no es lo mismo que***

una simple solicitud, si consideraba que el remedio procesal "...se hubiere interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliera con los requisitos exigidos". (Textual del art., (sic) 43-d), ya citado).

Pero, fuera de las incongruencias señaladas, la resolución que impugnamos, incurre en graves contradicciones de fondo: Pues, en su primer considerando y de manera contradictoria con su parte resolutive, comienza por analizar el informe de Auditoría Interna, remitido por el BANCO BISA S.A., y luego exponer erradamente los hechos expuestos por dicha entidad, buscando justificar una resolución **DESESTIMATORIA, al tenor del art., (sic) 43-c, bajo el equivocado argumento, de que el recurrente no hubiera demostrado vulneración de derechos subjetivos o lesiones a sus intereses legítimos.** Para finalmente, concluir resolviendo en el POR TANTO, EL RECHAZO de la solicitud, olvidando que se trataba de un recurso de revocatoria, y que por consiguiente, sólo podía resolverse en una de las formas si previstas en el señalado art., (sic) 43, bajo pena de vulnerar dicha norma procesal administrativa, "inventando" una nueva forma de resolución inexistente en el D.S. N° 27175 de 15 de 2003.

Del 2° al 5° considerando, la resolución impugnada, procura fundamentar en el fondo, una hipotética resolución **DESESTIMATORIA**, aunque interpretando los supuestos fácticos y jurídicos de manera completamente equivocada, con abundante cita de normas constitucionales, legales y reglamentarias, **aunque sin entender en esencia el "meollo" del asunto, completando de ése modo una resolución del recurso de revocatoria, totalmente contradictoria**, según demostraremos a continuación:

II.- LOS MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES Y LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO JERÁRQUICO.- Para comprender en su verdadera dimensión el "meollo" del asunto resuelto, nos referiremos en primer lugar a las MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES, que están previstos con suma precisión en los arts., (sic) 351 y siguientes del C. Civil: El citado art., (sic) 351 se encuentra en el TÍTULO II, bajo el epígrafe genérico "DE LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES", que textualmente nos enseña: "(MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES). Las obligaciones se extinguen por: 1) SU CUMPLIMIENTO; 2) Novación; 3) REMISIÓN o CONDONACIÓN; 4) Compensación; 5) Confusión; 6) Imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación, no imputable al deudor; 7) Prescripción; 8) OTRAS CAUSAS DETERMINADAS POR LA LEY". (Textual).

En el intento de aclarar de manera definitiva, el exacto entendimiento del concepto: MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES, acudiremos a Don CARLOS MORALES GUILLEN, que en su obra C. Civil, concordado y anotado, Tomo I, pág., 497, nos enseña: "La extinción de las obligaciones ES LA DESAPARICIÓN DEL VÍNCULO JURÍDICO QUE LIGA AL ACREEDOR CON EL DEUDOR, POR EFECTO DE UNA DE LAS CAUSALES QUE LA LEY SEÑALA, SEA POR EL CUMPLIMIENTO, por satisfacción dada al acreedor en forma distinta a la acordada entre partes, o sin género alguno de satisfacción. (Capitant)". (Textual de la obra citada, pág., 497).

Ahora bien, según el informe de Auditoría Interna AI-36/2013 de fecha 25 de marzo de 2013, con sus respectivos anexos y copia de la carpeta de crédito de dicha empresa; (sic) a la que se refiere la resolución de RECHAZO impugnada, en su primer considerando, LA OBLIGACIÓN O PRÉSTAMO DE DINERO, OTORGADO POR EL BANCO BISA S.A., a favor de la SIDS. S.A., se cumplió de la manera siguiente: "...d. Mediante testimonio N° 394/2010 el Bango Bisa S.A. y la Sociedad Industrial del Sur (SIDS) S.A., suscriben **UN ACUERDO TRANSACCIONAL referido a: 1. Cancelación parcial de deuda, por \$us 1.461.664,34.- (Un millón Cuatrocientos Sesenta y Un Mil Seiscientos Sesenta y Cuatro 34/100 Dólares americanos)**...". (Textual del fallo impugnado). Es decir se paga en efectivo y de manera parcial la suma señalada, que es una forma de cumplimiento y extinción de las obligaciones, al tenor del art., (sic) 351-1) del C. Civil. "...2. Pago con prestación diversa a la debida y consiguiente transferencia de bienes por \$us 372.128,55.- (Trescientos Setenta y Dos Mil Ciento Veinticinco 55/100 Dólares americanos)". (Textual).

Esta forma de cancelación con prestación diversa a la debida y consiguiente transferencia de bienes, se encuentra regulada en el art., 307 del C. Civil, en los siguientes términos: "**(PRESTACIÓN DIVERSA DE LA DEBIDA) I. El deudor no se libera ofreciendo una prestación diversa a la debida, aunque tenga igual o mayor valor, SALVO QUE EL ACREEDOR CONSIENTA EN ELLA. II. Si la prestación diversa de la debida HA CONSISTIDO EN LA TRASFERENCIA DE LA PROPIEDAD DE UNA COSA u otro derecho, el deudor responde por la evicción y por los vicios ocultos, a menos que el acreedor vencido prefiera en uno u otro caso exigir la prestación originaria y el resarcimiento del daño. III. NO REVIVEN LAS GARANTÍAS PRESTADAS POR LOS TERCEROS, SALVA VOLUNTAD DIVERSA DE ELLOS. IV. Que a (sic) salvo lo dispuesto en el artículo 309". (Textual). En el caso de autos, conforme reconoce el fallo impugnado; (sic) la SIDS. S.A., fuera del pago parcial en efectivo de la deuda o préstamo bancario, que originalmente era de 3.100.000.- \$us, que se verificó por un monto de 1.461.664,34.- \$us, aceptó en el contrato transaccional acordado por escritura pública N° 394/2010, la cancelación con prestación diversa de la debida, **es decir mediante transferencia de la propiedad de bienes inmuebles y muebles, conforme al art., (sic) 307 del C. Civil, que también se denomina DACIÓN EN PAGO, sin objeción alguna.** Dichas forma (sic) de extinción de las obligaciones, y un préstamo no es más que una obligación pecuniaria, en el sentido previsto por los arts., (sic) 404 al 415 del C. Civil, se encuentra regulado por el citado art., (sic) 351, numerales 1) Su cumplimiento, aún sea parcial, 3) Remisión o condonación, y 7) Otras causas determinadas por la ley, del mismo C. Civil.**

Adicionalmente, como también reconoce la resolución impugnada por recurso Jerárquico, fue cumplida por: "**3. CONDONACIÓN DE SALDO INSOLUTO, que hace el Banco Bisa S.A. a favor de la Sociedad Industrial del Sur (SIDS) S.A., POR EL SALDO A CAPITAL INSOLUTO DEL CRÉDITO, QUE COMPRENDE UNA PARTE DEL CAPITAL. MAS INTERESES CONVENCIONALES Y PENALES, GASTOS JUDICIALES y otros**". (Textual).

Dicha forma de extinción de las obligaciones, se encuentra normada por el art., (sic) 351-3) del C. Civil, como Remisión o condonación, y explicada en sus alcances por el art., (sic) 358 del mismo Código, en los siguientes términos textuales: "**(REMISIÓN O**

CONDONACIÓN EXPRESA). La declaración del acreedor de REMITIR O CONDONAR LA DEUDA EXTINGUE LA OBLIGACIÓN Y LIBERA AL DEUDOR, desde que ha sido comunicada a este último. Sin embargo, el deudor, puede manifestar, dentro de un término razonable, que no quiere aprovecharse de ella". (Textual). CARLOS MORALES GUILLEN, en su C. Civil, concordado y anotado, pág., (sic) 508, al comentar la citada norma sustantiva nos ilustra: "...**la remisión de la deuda en sentido lato, ES CUALQUIER RENUNCIA DE SU PROPIO DERECHO HECHA POR EL ACREEDOR, LIBERANDO AL DEUDOR DE LA OBLIGACIÓN.** Comprende en este sentido tanto la renuncia voluntaria (que se reglamenta en este capítulo), como la forzada que en la legislación moderna se la designa con la palabra convenio (concordato) que se examina al tratar la cesión de bienes (art., (sic) 1438). En sentido estricto se entiende por remisión, la renuncia que el acreedor hace voluntaria y gratuitamente del derecho propio en favor del deudor. Puede hacerla por testamento (legado de liberación, art., (sic) 1203) o por convención o contrato liberatorio, QUE SUPONE UN ACUERDO EXPRESO O TÁCITO DEL ACREEDOR O DEL DEUDOR, por lo que resulta cierta la necesidad de la aceptación del deudor, señalada en el artículo in fine como posibilidad negativa...". (Textual de la obra citada, pág., (sic) 508).

Precisamente, el "meollo" del asunto de que se trata, que nunca entendieron ni los banqueros, menos la ASFI, es que por efecto de la transacción que está claramente definida por el art., (sic) 945 y constituye COSA JUZGADA, en el sentido previsto por el art., (sic) 949, si es válida. Y, su eficacia y validez, nunca fue discutida ni por el Banco BISA S.A. y menos por la SIDS. (sic) S.A., **LOS MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES, QUE EXPLICAMOS EN LÍNEAS ANTERIORES, TIENEN COMO EFECTO ESENCIAL, LA LIBERACIÓN DEL DEUDOR, RESPECTO A LAS DEUDAS CONTRAÍDAS ANTERIORMENTE; que fue suscrita por acuerdo de ambas partes, acreedor y deudor, Y, esa liberación del obligado o deudor, por efecto del pago parcial de la deuda - cumplimiento- prestación diversa de la debida -otras causas determinadas por la ley- y la condonación o remisión, deviene EN LA EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN PECUNIARIA O PRÉSTAMO BANCARIO, a favor de la SIDS S.A., y por dicha razón, aún las garantías personales de JAVIER ÁLVAREZ SPÁ y FERNANDO ENRIQUE LEOPOLDO MERCY ACHONDO, resultan odiosas e ilegales, pues la deuda se encuentra extinguida y a no existir vínculo jurídico alguno entre acreedor y deudor, no tienen justificación legal alguna.** Con mayor motivo y razón, la persistencia de mantener la injuriante calificación de "insolvente" a la SIDS, o a los fiadores personales ya mencionados en la CIRC, **con reportes mensuales que el Banco BISA S.A., remite con la calificación más baja de la escala de la CIRC, es decir "F", como si la empresa SIDS. S.A., fueran (sic) insolventes y EL CRÉDITO ANTERIOR, QUE FUE RESUELTO MEDIANTE CONTRATO DE TRANSACCIÓN, SIENDO POR LO TANTO INEXISTENTE, POR HABERSE EXTINGUIDO CONFORME LO DISPONE EL ART., (sic) 351 DEL C. CIVIL; fuera incobrable, o estuviera en etapa de ejecución, lo que no es evidente, conforme se tiene demostrado documental y legalmente, que además vulnera nuestro derecho como empresa no sólo a la imagen, sino a la información cierta y fidedigna, a la que también otras entidades financieras tienen derecho, pues imposibilita el acceso tanto de la SIDS. S.A., como de los garantes "innecesarios", a operaciones de crédito de toda índole, porque nos muestra como una empresa insolvente, cuando en la práctica esto no es cierto, debido fundamentalmente a una errónea interpretación y aplicación de las**

normas regulatorias de las entidades financieras, cometidas por el BANCO BISA S.A., que deviene en una manipulación de la información de la CIRC, perjudicando gravemente nuestra imagen financiera; que, resulta ilegal y atentatoria a sus derechos constitucionales y legales, como se ha demostrado a lo largo de nuestra fundamentación.

Sin perjuicio de lo anterior, los errores de interpretación tanto del Banco BISA S.A., como del ente regulador la ASFI, de sus propias normas, son absolutamente evidentes y comprobables, según demostraremos a continuación: Porque, en el, primer considerando del fallo impugnado, la ASFI, afirma equivocadamente que: **"...El Banco registró el SALDO CONDONADO por Sus 1.180.092,11.- de la operación N° 4980139 del atente SIDS S.A., en la cuenta contable 865.01.20100 "CUENTAS INCOBRABLES CASTIGADAS CARTERA, acorde al Manual de Cuentas de la ASFI, TODA VEZ QUE EN EL MISMO NO EXISTE UNA CUENTA ESPECÍFICA PARA OPERACIONES CONDONADAS. EN FUNCIÓN A UN ACUERDO TRANSACCIONAL ENTRE PARTES..", solicitando se explique si la aplicación del saldo condonado corresponde a dicha cuenta, DEBIDO A QUE NO EXISTE UNA CUENTA CONTABLE ESPECÍFICA PARA REGISTRAR OPERACIONES CONDONADAS ACORDADAS ENTRE PARTES Y POR LO TANTO DICHA CONDONACIÓN DEBE SEGUIR PLASMADA EN EL INFORME CONFIDENCIAL COMO DEUDA INCOBRABLE POR INSOLVENCIA..."**. (Textual del fallo impugnado).

Sin embargo, lo que parecen haber olvidado tanto el Banco BISA, como la ASFI, como ente regulador, que ante la inexistencia de norma concreta que regule las relaciones comerciales o civiles, que corresponden al ámbito del DERECHO PRIVADO, **como la falta de una cuenta contable específica para registrar operaciones CONDONADAS ACORDADAS ENTRE PARTES;** debe acudirse por aplicación de los principios de interpretación procesal derivados de los arts., (sic) 1-II del Pdto. Civil, que al respecto dispone: "...II. No podrán excusarse de fallar bajo pretexto de FALTA, OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE LA LEY, en las causas sometidas a su juzgamiento, debiendo pronunciar sentencia SEGÚN LA EQUIDAD QUE NACE DE LAS LEYES, CONFORME A DISPOSICIONES QUE COMPRENDEN CASOS SEMEJANTES -que en la doctrina se conoce como ANALOGÍA- AL HECHO PARTICULAR QUE OCURRIERE". (Textual). Norma procesal civil, que debe aplicarse en concordancia con el citado art., (sic) 91 del mismo Pdto. Civil, que establece principios constitucionales y doctrinales para "llenar las supuestas lagunas de la Ley", en la resolución de los derechos de las personas en el ámbito del DERECHO PRIVADO. Y, en dicho sentido el art., 519 del C. Civil, establece de manera imperativa y clara: **"(EFICACIA DEL CONTRATO). El contrato TIENE FUERZA DE LEY ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la ley"**. (Textual). Razón por demás suficiente para aplicar en correcta interpretación analógica, ante la supuesta "laguna" o falta de previsión expresa del Manual (sic) de Cuentas de la ASFI, vigente en el momento en que se suscribió el contrato de transacción que acordó la condonación, pagos parciales y cumplimiento con prestación diversa a la debida; además claro está de los arts., (sic) 519 del C. Civil, que resulta aplicable a los negocios comerciales, por mandato expreso del art., (sic) 786 del C. de Comercio, que determina expresamente: **"(APLICACIÓN DE PRINCIPIOS Y PRUEBA DEL CÓDIGO Y PROCEDIMIENTO CIVIL). Se aplican supletoriamente a los**

negocios comerciales, LOS PRINCIPIOS Y NORMAS DE LOS CONTRATOS Y OBLIGACIONES, así como la prueba, regulados, respectivamente, **POR EL CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**". (Textual). De ése modo palpable y preciso se ha demostrado la evidente equivocación y errónea interpretación de las normas aludidas en el fallo de RECHAZO, impugnado mediante el presente recurso administrativo Jerárquico, que justifica debidamente su REVOCATORIA, por el superior en grado.

III.- COMPUTO DE PLAZOS.- Otro de los graves errores de interpretación y aplicación de las normas impugnadas, consiste en que la ASFI, supone que: "Que, al respecto cabe señalar que el documento ASFI/DDC/R-83999/2013, de fecha 10 de junio de 2013, es una carta de respuesta en virtud al reclamo presentado por la señora PAOLA PATRICIA ÁLVAREZ BANZER en fecha 17 de junio de 2013 y no así una resolución administrativa como supone erróneamente...". (Textual del fallo impugnado).

Como siempre ha ocurrido en el caso de autos, la ASFI, interpreta equivocadamente sus propias normas regulatorias, pues el art. 27 de la Ley 2341, establece con Claridad meridiana que: "(ACTO ADMINISTRATIVO). Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general ó particular emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente ley, QUE PRODUCE EFECTOS JURÍDICOS SOBRE EL ADMINISTRADO. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo". (Textual). En la práctica, la "carta de respuesta, constituye en esencia una resolución administrativa, pues produce un efecto definitivo y perjudicial, a la solicitud planteada por la SIDS SA a través de su representante. Porque, en sus propios términos, es la ASFI quien "determina que no corresponde iniciar un proceso sancionatorio contra el Banco Bisa S.A." (Textual ASFI/DDC/R-83999/2013), dándole a dicho documento el carácter innegable de resolución, porque su texto define una cuestión que perjudica gravemente a la empresa.

Sin perjuicio de esto, dicha norma se encuentra complementada y explicada por los arts., 19 y 20 del D.S. Reglamentario N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que determina: "(OBLIGACIÓN DE PRONUNCIARSE) I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al SUPERINTENDENTE SECTORIAL que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa, debidamente fundada y motivada". (Textual). Dicho requisito se cumplió mediante memorial de 25/06/2013, que en su página 3ª, párrafo II, línea 9ª a 13ª, solicita un "**pronunciamiento expreso, fundado y motivado sobre los puntos 2.- y 3.-**" del memorial de referencia; sin perjuicio de que una carta de respuesta, **no correspondía, respecto a un memorial expreso y fundamentado de denuncia de infracciones a las normas del ente regulador por el Banco BISA S.A., pues, nunca se remitió una carta u oficio, para que la ASFI, respondiera por medio de un oficio a una petición de tal naturaleza jurídica.**

Sin embargo de esto, tampoco se debe olvidar, que por mandato expreso del art. 39 del D.S. Reglamentario N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que establece con meridiana claridad, la obligación que tiene el Superintendente Sectorial - en este caso la Directora Ejecutiva a.i. de la ASFI-, de que, **ante la omisión de requisitos formales subsanables, se intime al recurrente a que cumpla con el acto previo necesario, en el plazo de 5 días, normativa que tampoco se cumplió por parte de la ASFI, si es que consideraban que el recurso prescindía de algún requisito previo para su admisión.**

En cuanto al plazo de recepción de la carta de respuesta de la ASFI, que fuera recibida el 17 de junio de 2013 y que: "...el memorial de recurso de revocatoria fue recibido por esta Autoridad de Supervisión en fecha 26 de junio de 2013, al sexto día hábil administrativo de su notificación, EL CUAL ESTARÍA FUERA DEL PLAZO ESTABLECIDO PARA SOLICITAR LA CONSIGNACIÓN DE LA CARTA EN UNA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA...". (Textual de la resolución impugnada). De nuevo la ASFI, incurre en un aberrante error, porque no tomó en cuenta, el claro mandato del art, (sic) 34 en cuanto al término de la distancia, que dispone: "(PLAZO POR DISTANCIA). Las actuaciones administrativas que deban ser realizadas por interesados QUE TENGAN SU DOMICILIO EN UNA SEDE PROVINCIAL O DEPARTAMENTAL DISTINTA A LA DE LA SUPERINTENDENCIA QUE EMITIÓ EL ACTO, tendrán un plazo adicional de cinco (5) días hábiles administrativos, a partir del día de cumplimiento del plazo". (Textual). Y, la respuesta por carta ASFI/DDC/R-83999/2013, de 10 de junio de 2013, **fue emitida y fechada en la ciudad de La Paz, -sede diferente a Sucre- razón por la cual la solicitud de consignación de la carta en una Resolución Administrativa, AÚN SIENDO PRESENTADA EN EL DÍA SEXTO HÁBIL ADMINISTRATIVO, SE ENCONTRABA DENTRO DE TÉRMINO, TOMANDO EN CUENTA EL PLAZO DE LA DISTANCIA PREVISTO POR EL ART., (sic) 34 ANTES CITADO, porque teníamos 5 días adicionales, como se ha demostrado.**

IV.- PETITORIO.- En consecuencia y con los fundamentos expuestos, interpongo recurso Jerárquico, dentro del término previsto por el art., (sic) 53 del D.S. N° 27175, que reglamenta la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, mejor conocida como Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera-SIREFI; y dentro del plazo de 10 días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la Resolución impugnada de 9 de julio de 2013, solicitando a usted que luego del trámite de ley, conceda el recurso ante el superior jerárquico, para que en vista de las graves infracciones denunciadas y demostradas, de la resolución del inferior, REVOQUE totalmente el fallo recurrido, disponiendo que el Banco BISA S.A., corrija la información que remite mensualmente a la CIRC, en el sentido de que no existe ninguna obligación crediticia pendiente de pago con la SIDS S.A. o los garantes ya mencionados, y cambiando la calificación de la empresa, en el sentido de que es solvente y está habilitada para procurar cualquier crédito en cualquier Banco del Sistema, en correcta interpretación y aplicación de la transacción acordada entre partes..."

6. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA.-

Mediante memorial presentado en fecha 13 de septiembre de 2013, la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA** acumula al proceso la siguiente documentación complementaria:

- Testimonio de Escritura Pública N° 394/2010, otorgado en fecha 5 de abril de 2010 por ante la Notaría de Fe Pública N° 14 del Distrito Judicial de Chuquisaca, a cargo de la Dra. Litz Maribel Aparicio Ordoñez, sobre acuerdo transaccional suscrito entre el Banco BISA, la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA**, y otras personas.
- Testimonio de Escritura Pública N° 526/2010, otorgado en fecha 10 de mayo de 2010 por ante la misma Notaría supra mencionada, sobre levantamiento y cancelación de gravámenes que realiza el Banco BISA a favor de la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA**.
- Dos reportes sobre Informe confidencial de deuda directa e indirecta, de fechas 21 de marzo de 2012 y 6 de febrero de 2013, correspondiente al “Deudor (...) **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR S.A.**”, y que refiere:

“(...)”

Entidad	Tipo Deuda	Calif	Tipo Crédito	(...)	Incobrable x Insolvencia	(...)
CARTERA DIRECTA						
BIS	DIR	F	C1	(...)	8,095,431.87	(...)
Total Cartera Directa				(...)	8,095,431.87	(...)

- Reporte sobre Informe confidencial de deuda directa e indirecta, de fecha 21 de marzo de 2012, correspondiente al “Deudor (...) **ALVAREZ SPA FRANCISCO JAVIER**” (con más su cédula de identidad), y que refiere:

“(...)”

Entidad	Tipo Deuda	Calif	Tipo Crédito	(...)	Incobrable x Insolvencia	(...)
CARTERA DIRECTA						
BIS	GAR		C1	(...)	8,095,431.87	(...)
Total Cartera Directa				(...)	8,095,431.87	(...)

- Certificado de fecha 4 de mayo de 2010, por el que el Banco BISA deja constancia de los extremos siguientes:

“...1.- Que, por escritura pública N° 1.364/98 de 21 de agosto de 1998 otorgada ante la Notario de Fe Pública Dra. Ana María Bellido de Prieto, el BANCO BISA S. A., concedió un préstamo a favor de SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA “SIDS S.A.” por US\$.3.100.000.-, con las garantías reales y personales de los señores: Francisco Javier Álvarez Spa y Fernando Enrique Leopoldo Mercy Achondo, en los términos y demás condiciones acordados en dicho documento; quedando un saldo deudor a capital de USD3.013.885.- (Tres millones trece mil ochocientos ochenta y cinco 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), más intereses corrientes y penales, gastos judiciales y honorarios.

2.- Que, luego, mediante escritura pública N° 394/2010, de 5 de abril del año en curso, otorgada ante la Notaría de Fe Pública Dra. Litz Maribel Aparicio O.. (sic) SIDS S. A. y el Banco BISA S. A. han suscrito un acuerdo transaccional, por el que se ha aceptado la cancelación parcial de la deuda de SIDS S. A. por el préstamo arriba descrito y ha procedido a condonar el saldo total insoluto a capital, más intereses convencionales y penales, gastos judiciales y otros cargos, por lo que el Banco BISA S. A. ha liberado totalmente a la empresa SIDS S. A. del pago del total del saldo insoluto de este crédito.

3.- Se deja expresamente aclarado que la condonación a favor de SIDS S. A., por el saldo insoluto a capital correspondiente al crédito referido, ha sido efectuada con conocimiento y aceptación de la empresa SIDS S. A., respecto a la obligación del Banco BISA S. A. de contabilizar y reportar tal condonación a la Central de Riesgos Crediticios de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI). con relación a la empresa deudora y sus garantes personales, de acuerdo con lo ordenado en la normativa reglamentaria vigente y aplicable a estos casos..."

- Nota BI-GER/018/2012 de 19 de marzo de 2012, emitida por el Banco BISA con el mismo tenor al que se ha hecho referencia en el certificado precedente.
- Nota de 13 de noviembre de 2012, por el que la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA** solicita al Banco BISA "una certificación que acredite, el cumplimiento total del acuerdo transaccional N° 394/2010 de fecha 5 de abril de 2010, suscrito con la SIDS S.A. ..."
- Certificado de fecha 14 de noviembre de 2012, emitido por el Banco BISA, con contenido similar al de fecha 4 de mayo de 2010, supra relacionado.
- Documentos varios que, según el mismo memorial de 13 de septiembre de 2013, la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA** pretende se trate de "Informes sobre anatosismo (sic)", estos son:
 - Hoja suelta (documento incompleto) sobre liquidación y "Resumen de informe", con sello del Juzgado Primero de Partido en lo Civil y Comercial de la ciudad de Sucre, sin mayor aclaración al respecto.
 - Informe pericial judicial "Caso DEAGS 0001" de fecha 10 de noviembre de 2001, con firma del Lic. Aud. Jorge Gerardo Mitre Lenz.

No obstante, no se tienen en la calidad que señala la recurrente, en observancia de los artículos 116° y 117° de la Constitución Política del Estado.

- Cinco pagarés con las características siguientes:
 1. N° 084/00 de 28 de abril de 2000, suscrito por el señor Francisco Javier Álvarez Spá en favor del Banco BISA, por el monto de \$us. 95.000.- (son noventa y cinco mil 00/100 dólares americanos), con el aval del señor Juan Luis Guzmán Hurtado.
 2. N° 116/00 de 29 de junio de 2000, suscrito por el señor Francisco Javier Álvarez Spá en favor del Banco BISA, por el monto de \$us. 76.500.- (son setenta y seis mil

- quinientos 00/100 dólares americanos), con el aval del señor Juan Luis Guzmán Hurtado.
3. N° 147/00 de 31 de julio de 2000, suscrito por el señor Francisco Javier Álvarez Spá en favor del Banco BISA, por el monto de \$us. 85.000.- (son ochenta y cinco mil 00/100 dólares americanos), con el aval de los señores Juan Luis Guzmán Hurtado y Patricia Banzer Velasco de Álvarez.
 4. N° 259/00 de 27 de diciembre de 2000, suscrito por el señor Francisco Javier Álvarez Spá en favor del Banco BISA, por el monto de \$us. 76.500.- (son setenta y seis mil quinientos 00/100 dólares americanos), con el aval de la señora Patricia Banzer Velasco de Álvarez.
 5. N° 260/00 de 27 de diciembre de 2000, suscrito por el señor Francisco Javier Álvarez Spá en favor del Banco BISA, por el monto de \$us. 85.000.- (son ochenta y cinco mil 00/100 dólares americanos), con el aval de la señora Patricia Banzer Velasco de Álvarez.
- Memorial de 20 de abril de 2010, presentado por el Banco BISA (coactivante) y por la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA** (coactivada) ante el Juzgado Segundo de Partido en lo Civil y Comercial de la ciudad de Sucre, dentro de la causa coactiva seguida entre ambas, que, en lo principal contiene el desistimiento de la primera en favor de la otra, y en el otrosí la aceptación del mismo.
 - Circular “SB/479 12004 (sic)”, expedida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras en fecha 24 de noviembre de 2004, referida a las “MODIFICACIONES AL TITULO VI - CENTRAL DE INFORMACIÓN DE RIESGOS DE LA RECOPILOCIÓN DE NORMAS”, y que señala que:

“...Conforme dispone el artículo 1 ° Capítulo 1 Sección 6 Título VI de la Recopilación de Normas, el Sistema de Central de Información de Riesgo Crediticio (CIRC) de la SBEF. (sic) es una base de datos que consolida la información que proporcionan las entidades financieras, con relación a sus operaciones crediticias, generando información de carácter individual, sobre el endeudamiento de personas naturales y jurídicas, en una entidad y en el sistema.

Dentro de este marco las entidades financieras reportan a la CIRC todas las operaciones relacionadas con las cuentas detalladas en la tabla RPT013 “Cuentas Contables”, dentro de las cuales se encuentran los créditos castigados por Insolvencia, Prescripción Legal y los castigos por disposición del D.S. N° 19249.

En el entendido de que el propósito fundamental de la CIRC es el de contar con una base de datos que brinde información válida, integra y oportuna de la cartera crediticia del sistema financiero, las entidades financieras deberán efectuar el reporte de los créditos castigados bajo las siguientes consideraciones: (...)

iv. Quitas y condonaciones, en el marco de la Ley 2495 de reestructuración de empresas:

- Si no se hubiera perfeccionado el Acuerdo de Transacción, los créditos del deudor se consideran castigados por insolvencia, lo que significa que debe dárseles el tratamiento establecido para este tipo de créditos en el numeral i) de la presente circular.
- Si se hubiera perfeccionado el Acuerdo de Transacción, las quitas y condonaciones que se realicen no deben ser reportadas a la CIRC.

Asimismo, en consideración a la previsión contenida en el Art. 94 tercer párrafo de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, referida a la obligatoriedad que tienen las entidades financieras de conservar, debidamente los libros y documentos de sus operaciones, microfilmados o registrados en medios magnéticos, por un período no menor a **10** años; las entidades financieras deben reportar a la CIRC información de sus créditos castigados por insolvencia sólo por 10 años, computable a partir de la fecha que ha sido declarado su estado de insolvencia.

Por todo lo mencionado, las entidades financieras deben efectuar la depuración respectiva de sus bases de datos, debiendo remitir a la CIRC, a partir del reporte correspondiente al mes de diciembre de **2004**, únicamente aquellos créditos castigados que se enmarquen dentro de las disposiciones establecidas en la presente Circular.

En virtud a lo señalado precedentemente y en aplicación del numeral 2° de la Resolución SB N° 061/98, de **23** de junio de 1998 que pone en vigencia el Reglamento de Central de Información de Riesgos, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras ha efectuado la modificación del Título VI de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras según anexo adjunto, el cual será incorporado en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras...”

7. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En atención a la solicitud que sale del memorial presentado en fecha 13 de septiembre de 2013 por la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA**, y conforme en respuesta al mismo fuera señalada en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 077/2013 de 19 de septiembre de 2013, en fecha 4 de octubre siguiente, se desarrolló la audiencia de Exposición Oral de Fundamentos.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme señala la propia recurrente en su memorial de 18 de febrero de 2013, el año 1998 obtuvo un préstamo con garantía hipotecaria y prendaria del Banco Industrial Sociedad Anónima BISA, por la suma de 3.100.000 \$us. (son tres millones CIENTO MIL DÓLARES AMERICANOS), con respecto al cual, ingresó en mora, determinando el inicio de una acción de ejecución coactiva, la que concluyó en año 2010, extraordinariamente, mediante el acuerdo transaccional que consta en la Escritura Pública N° 394/2010 de 5 de abril de 2010 (notaría Dra. Litz Maribel Aparicio Ordoñez), y que importó la *"cancelación parcial de deuda, 2.- pago con prestación diversa a la debida y consiguiente transferencia de bienes, 3.- condonación de saldo insoluto, y, 4.- Garantía personal (sic)"*.

Sin embargo, reclama el que pese a tal acuerdo transaccional, se hubiera reportado la operación bancaria a la Central de Información de Riesgo Crediticio, con la calificación F, *"como si estuviera en proceso de ejecución o fuera incobrable, cuando en la práctica se ha cumplido con los términos de la transacción"*, y al garante *"FRNACISCO (sic) JAVIER ALVAREZ SPA, a la CIRC -también- con la calificación F, siendo que ya no es representante legal de la empresa SIDS S.A. y no tiene ningún crédito pendiente con el Banco BISA"*.

Con base en tales acontecimientos, el precitado memorial de 18 de febrero de 2013 concluye solicitando al Ente Regulador, que: *"habrá (sic) procedimiento administrativo interno (contra el Banco BISA) de conformidad con la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, y del SIREFI"*, por el incumplimiento, a su decir, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en cuanto al Título VII, Capítulo I, Sección 6, Artículo 4°; Título VI, Capítulo I, Sección 7, artículo 1°; Título XI, Capítulo I, Sección 3, Artículo 2°; y Título XI, Capítulo II, Sección 3, Artículo 3°.

No obstante, mediante nota ASFI/DDC/R-83999/2013 de 10 de junio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero determina que *"no corresponde iniciar un proceso sancionatorio contra el Banco BISA S.A."*, lo que da lugar a la interposición contra la misma, del Recurso de Revocatoria de 26 de junio de 2013, interpuesto por la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA**, y a su turno, a la Resolución Administrativa ASFI N° 420/2013 de 9 de julio de 2013, la que habiendo resuelto rechazar *"la solicitud planteada"*, da lugar al Recurso Jerárquico que se pasa a considerar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Conforme lo supra relacionado, la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA** tiene impugnada al presente, la determinación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de rechazar la consideración al contenido de la nota ASFI/DDC/R-83999/2013 de 10 de junio de 2013, por cuanto, la misma no constituye un acto impugnado, sino que al resultar en un acto administrativo de menor jerarquía, debió de observarse para el mismo, el

procedimiento previsto por el artículo 20º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Sin embargo que tal controversia tiene la naturaleza adjetiva que de su simple enunciación es evidenciable, la recurrente ha hecho presente en su Recurso Jerárquico, otros elementos que hacen a su relación sustancial para con el Banco BISA, extremos sobre los que la competencia del suscrito para dilucidarlos y resolverlos no se ha abierto, en tanto no hacen a la impugnada Resolución Administrativa ASFI N° 420/2013 de 9 de julio de 2013.

Por consiguiente, la presente Resolución Ministerial Jerárquica se limita, en cuanto a su evaluación y determinación final, a efectuar el control de la legalidad con la que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha pronunciado los actos administrativos que hacen al caso presente, conforme sigue a continuación.

2.1. De la obligación de pronunciarse.-

El artículo 17º, parágrafo I, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, señala:

*“...La Administración Pública está **obligada a dictar resolución expresa** en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En una primera aproximación al tema, en función de lo solicitado en el memorial presentado el 18 de febrero de 2013, el Ente Regulador debió haber pronunciado una Resolución Administrativa, y no así una nota de respuesta, más aún si se considera que tal Resolución producirá efectos jurídicos que eventualmente pueden ser objeto de impugnación; amén de ello, ante una pretensión como la expresada por la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA** en su memorial de 26 de junio de 2013, el Ente Regulador debió considerar emitir la Resolución Administrativa que le corresponda a la controversia allí planteada.

En materia administrativa, el proceso se rige por el principio de legalidad, que refiere que las actuaciones de la Administración Pública deben estar sometidas al cumplimiento de la normativa, por lo que, corresponde determinar cuál es la norma aplicable al caso de autos. Para ello, debe revisarse la normativa administrativa especial, es decir el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, a saber:

*“...**Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos).** Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación.*

Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).

*I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados **o personas interesadas** solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el **plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber***

recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada..."

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Subsumiendo lo anterior al caso de autos, resulta en la obligación del interesado, de requerir la consignación en Resolución Administrativa de la nota ASFI/DDC/R-83999/2013 de 10 de junio de 2013, a efectos de hacerla recurrible de Revocatoria; sin embargo, la propia normativa administrativa, prevé que, ante la omisión del interesado, sea la Autoridad regulatoria la que quede obligada a reencauzar el procedimiento, conforme lo señala el artículo 42° de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, que establece:

*"...Artículo 42°. (Calificación del Procedimiento). El órgano administrativo **calificará y determinará el procedimiento que corresponda** a la naturaleza de la cuestión planteada, **si las partes incurrieran en error de su aplicación o designación...**" (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

Por tanto, es una carga procesal impuesta al Ente Regulador, reencauzar el procedimiento administrativo en lo sustancial, superando el vicio adjetivo, debiendo pronunciarse directamente mediante Resolución Administrativa expresa, al amparo del citado artículo 42° y del artículo 56°, ambos de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por lo que queda claro, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no siguió el procedimiento administrativo establecido para el efecto, conforme se tiene anotado en líneas precedentes, pasando por alto, que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, en su artículo 17°, define al **acto administrativo** como aquel *"...que **expresa la decisión de la autoridad reguladora, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados**"*.

En la economía jurídica boliviana (Art. 56°, Ley N° 2341), cualquier persona que se sintiera agraviada, puede presentar los recursos administrativos (de Revocatoria y Jerárquico), *"contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan un carácter equivalente siempre que dichos actos administrativos a **criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos**. II. Para efectos de esta Ley, se entenderán por resoluciones definitivas o actos administrativos, que tengan carácter equivalente a aquellos actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa..."*

Entonces, como resultado de la valoración de antecedentes hasta aquí realizada, debe concluirse que:

- **En función de lo solicitado en el memorial presentado el 18 de febrero de 2013, empero fundamentalmente dada la naturaleza del contenido de la nota ASFI/DDC/R-83999/2013 de 10 de junio de 2013, el Ente Regulador debió, en lugar de la misma, haber pronunciado una Resolución Administrativa con las formalidades a las que se refiere el artículo 17°, parágrafo II, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2013.**

- **Al contener la precitada nota una decisión definitiva, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero está en la obligación de pronunciarse de manera fundamentada y motivada sobre el fondo de la misma, a través de una Resolución Administrativa.**

Siguiendo tal análisis, el Ente Regulador debió aplicar el principio de eficacia, mismo que constituye un apoyo a la naturaleza teleológica del procedimiento, determinando que mediante su aplicación, los procedimientos deben lograr su finalidad para lo cual, las autoridades **podrán remover de oficio los obstáculos puramente formales, evitando dilaciones indebidas, o previendo nulidades o anulabilidades**, es decir, se entiende que por virtud de este principio, se sanean en todo procedimiento administrativo, los vicios procedimentales que se pueden advertir durante la actuación.

Así, debe prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, **por encima de formalísimos cuya realización no incida en su validez**, no determinen aspectos importantes en la decisión final, y no disminuyan las garantías del procedimiento ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales, deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que busca satisfacer con la aplicación de este principio.

Corresponde traer a colación el precedente administrativo ya sentado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 021/2010 de 27 de agosto de 2010, misma que determinó, en un caso de características análogas, lo siguiente:

“...Asimismo, y no menos trascendental es la obligación de la Administración Pública de otorgar una Resolución motivada de la pretensión que presente, en el uso de protección que debe otorgar la administración al administrado en el marco del debido proceso, situación que no sucedió en el caso de autos, ya que la Autoridad de de Supervisión del Sistema Financiero, al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria por medio una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010), cuando lo que correspondía era encaminar el proceso, y emitir Resolución Administrativa fundamentada respecto a la pretensión planteada que originó el Recurso de Revocatoria....”

En este contexto corresponde a esta instancia jerárquica reencauzar el procedimiento para que en instancia inferior se corrijan los vicios procesales aludidos y se tramite el proceso sin mayores dilaciones que conlleven a futuras nulidades procesales debiendo motivarse adecuadamente mediante resolución motivada la solicitud hecha por el recurrente...”

De la misma manera, lo determinado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, que, en lo referente al debido proceso, se remite a lo señalado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 0902/2010 de 10 de agosto de 2010, estableciendo lo siguiente:

“...Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por

disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes".

En el mismo sentido, ese mismo Tribunal se ha pronunciado en sus sentencias 0086/2010-R y 0223/2010-R, señalando que:

"...En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de

la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (...) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional”

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras).”

Consiguientemente, se concluye que, el Ente Regulador ha vulnerado los derechos a la defensa, al debido proceso y a la petición del recurrente, por cuanto:

- **No ha pronunciado una Resolución Administrativa, con las formalidades a las que se refiere el artículo 17º, parágrafo II, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 27175, para la solicitud que sale del memorial presentado el 18 de febrero de 2013** (en lugar de ello, ha emitido la nota ASFI/DDC/R-83999/2013 de 10 de junio de 2013).
- **No ha pronunciado Resolución Administrativa al Recurso de Revocatoria de 26 de junio de 2013.**

Dando lugar, de esa manera, a la indefensión de la parte recurrente y, consecuentemente, a que el procedimiento administrativo se encuentre viciado la nulidad a la que se refiere el artículo 35º, parágrafo I, inciso d), de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, en relación al artículo 115º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, mismas que se transcriben a continuación:

Constitución Política del Estado:

“...Artículo 115. (...)

II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, ala defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones...”

Ley Nº 2341, de Procedimiento Administrativo:

“...ARTÍCULO 35º (Nulidad del Acto).

I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes: (...)

d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado;...”

Que, en el presente caso al haberse violado el derecho al debido proceso y derecho a la defensa del recurrente, corresponde anularlo, debiendo en consecuencia el Ente Regulador, pronunciarse de manera fundamentada y motivada, a través de una Resolución Administrativa, sobre la pretensión de la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA**, expresada en su memorial de 26 de junio de 2013.

2.2. Imprecisiones del Recurso Jerárquico.-

Sin perjuicio de lo anterior, la suscrita Autoridad Jerárquica no puede pasar por alto las imprecisiones adjetivas en las que incurre la **SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR SOCIEDAD ANÓNIMA** a tiempo de su Recurso Jerárquico de 31 de julio de 2013.

Así, señala la recurrente:

- *“...se incluye la (sic) el término forense ÚNICO, que es corriente en su uso, para la redacción de leyes, decretos u otro tipo de normas, por las entidades, poderes u organismos que emiten tales preceptos o reglas. Pero, en ningún caso cuando se trata de resoluciones administrativas de las Superintendencias Sectoriales (sic), como la ASFI...”*

Lo mismo constituye una apreciación subjetiva que no se encuentra fundado en norma alguna y por tanto, no corresponde tenerse en cuenta.

- *“...en aplicación del citado art., (sic) 43 (se refiere al Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175), la resolución impugnada debió declarar **IMPROCEDENTE, el recurso de revocatoria, que no es lo mismo que una simple solicitud, si consideraba que el remedio procesal “...se hubiere interpuesto fuera del plazo señalado o el recurrente no cumpliera con los requisitos exigidos...”***

El párrafo I del artículo 43° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, está referido a “Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria”, es decir, al pronunciamiento sobre el fondo dentro de los alcances señalados por el artículo 65° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, una vez que se hubiera sustanciado a cabalidad el Recurso de Revocatoria al que el trámite corresponda, no siendo ese el caso.

Por otra parte, el párrafo II del mismo artículo 43°, faculta al Órgano Regulador, a “declarar la improcedencia de los recursos jerárquicos interpuestos” en las circunstancias que señala la norma y que obedecen a vicios adjetivos, es decir, sin haber ingresado a dilucidar la controversia de fondo, por lo que en este sentido, la actuación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es plenamente legítima.

Comentario aparte, en virtud del artículo señalado y sin perjuicio de lo señalado en el numeral 2.1 precedente, vista la determinación sobre rechazo que sale en la Resolución Administrativa ASFI N° 420/2013 de 9 de julio de 2013, resulta más apropiado que el Ente Regulador se pronuncie en fallos similares, por la improcedencia de las actuaciones que correspondan, antes que por su rechazo.

- *“...comienza por analizar el informe de Auditoría Interna, remitido por el BANCO BISA S.A., y luego exponer erradamente los hechos expuestos por dicha entidad, buscando justificar una resolución **DESESTIMATORIA** (...) Para finalmente, concluir resolviendo en el **POR TANTO, EL RECHAZO** de la solicitud, olvidando que se trataba de un recurso de revocatoria, y que por consiguiente, sólo podía resolverse en una de las formas si previstas en el señalado art., (sic) 43,...”*

Está claro que por imperio de los artículos 28°, inciso e), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 17°, párrafo II, inciso d), del Reglamento

aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la determinación de la Autoridad debe encontrarse debidamente fundamentada, lo que en el caso de autos ha cumplido el Ente Regulador, ahora recurrido, cuando consta que ha justificado la decisión que sale en su Resolución Administrativa ASFI N° 420/2013 de 9 de julio de 2013.

Dada la naturaleza administrativa del proceso, en función de la Autoridad ante la que se sustancia, y a la que, por tanto, hacen los principios de eficiencia, calidad y calidez (Art. 232° de la Const. Pol. del Estado), ha sido también pertinente que tal Autoridad fije su posición en la misma Resolución Administrativa.

Corresponde aclarar que los criterios aquí expuestos, se limitan al carácter fundado (formal) de la Resolución impugnada, no así al carácter errado de la decisión de fondo que la misma conlleva y que ha sido considerado en el numeral 2.1 precedente.

- *“...la carta de respuesta, constituye en esencia una resolución administrativa, pues produce un efecto definitivo y perjudicial, a la solicitud planteada por la SIDS SA...”*

Corresponde establecer los siguientes extremos:

1°. Conforme al principio de Derecho *lex specialis derogat generali* (la norma especial prevalece sobre la general), así como en materia administrativa, la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, goza de preferencia en su aplicación sobre cuestiones que hacen a la misma, frente a la norma común u ordinaria, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, goza de preferencia frente a la primera nombrada, porque para el caso, la norma de la Ley N° 2341 constituye la general a la materia administrativa, mientras que la del Reglamento corresponde en su especialidad, su aplicación preferente, a las materias específicas que conforman el Sistema de Regulación Financiera, determinando sea esta última ahora, la preferentemente aplicable.

2°. Dicho ello, las concepciones técnicas acerca de lo que se entiende por acto administrativo, son precisadas en la Ley N° 2341 y en su Reglamento (para el Sistema de Regulación Financiera) aprobado por el Decreto Supremo N° 27175.

En efecto, la Ley N° 2341 obedece a un criterio abstracto, cuando señala que:

*“...Se considera acto administrativo, toda **declaración, disposición o decisión** de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en al presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo...”* (Art. 27°; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Mientras que el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 -de aplicación preferente al caso, conforme lo visto-, con una visión más material, establece en sus artículos 18° y 19°, una diferenciación entre las Resoluciones (actos administrativos por antonomasia), y los **“Otros Actos Administrativos... de menor jerarquía o de orden operativo”**, con respecto a los cuales (empero dentro de los alcances y efectos ya

establecidos en el numeral 2.1 supra), les es aplicable lo señalado en el artículo 20º, parágrafo I, del mismo Reglamento, por tanto, no siendo evidente, en definitiva, lo señalado por la recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha cumplido con el principio del debido proceso, principio de legalidad.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa, al verse afectado el procedimiento y en especial, los derechos consagrados del recurrente.

Que, asimismo y no menos importante, este Ministerio no puede entrar al análisis de fondo, ya que el presente Recurso versa sobre el rechazo determinado por la Autoridad recurrida y no así sobre aspectos sustanciales que, previamente, deben ser resueltos por el ente regulador.

Que, de conformidad con el artículo 44º del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá ANULAR la resolución impugnada, hasta el vicio más antiguo, cuando exista indefensión del recurrente.

PORTANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 420/2013 de 9 de julio de 2013 **inclusive**, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.
FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/N° 548-2013 DE 17 DE JUNIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 077/2013 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2013

FALLO

REVOCA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/ URJ-SIREFI N° 077/2013

La Paz, 19 de Noviembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 548-2013 de 17 de junio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de 16 de octubre de 2012.

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 548-2013 de 17 de junio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de 16 de octubre de 2012.

Los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 075/2013 de 3 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 169/2013 de 17 de octubre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 8 de julio de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, legalmente representada por su Gerente Comercial Sr. René Nicolás Nogales Rodríguez, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 627/2008, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 548-2013 de 17 de junio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de 16 de octubre de 2012.

Que, por memorial presentado el 9 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, legalmente representada por su Gerente General Sr. Julio Vargas León, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 548-2013 de 17 de junio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de 16 de octubre de 2012.

Que, mediante nota DESP/APS/DJ/6630/2013, con fecha de recepción 12 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 548-2013 de 17 de junio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión y Acumulación de fecha 18 de julio de 2013, notificado en fecha 25 de julio de 2013, se admiten ambos Recursos Jerárquicos contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 548-2013 de fecha 17 de junio de 2013.

Que, en fecha 23 de septiembre de 2013, a horas 15:00, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

Que, antes de ingresar al análisis de fondo, es importante hacer referencia a los antecedentes que dieron lugar al presente Recurso Jerárquico.

Que, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en fecha 10 de mayo de 2013, emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 024/2013, misma que determinó, en su parte resolutive, lo siguiente:

“ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 941-2012 de

5 de diciembre de 2012, **inclusive** debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica...”

Los argumentos expuestos en la resolución son los siguientes:

“...2.2. De la administración de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.-

De acuerdo a lo establecido en la Ley de Pensiones No. 1732 de 29 de noviembre de 1996, transcrita en el numeral anterior, la **administración y otorgamiento de las prestaciones** de jubilación, invalidez, muerte, gastos funerarios y riesgos profesionales del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, se constituyen en responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Sin embargo, el mismo cuerpo legal determina en su artículo 31 inciso ñ), que las Administradora de Fondos de Pensiones, deben contratar Entidades Aseguradoras, para la cobertura de las prestaciones de invalidez y muerte causadas por Riesgo Común y Riesgo Profesional, las cuales, a partir de su contratación y en virtud al artículo 37 de la señalada Ley, **asumen la responsabilidad plena** para el pago de la totalidad de las prestaciones por Riesgos.

Ahora bien, conforme se evidencia del expediente, se tiene que en la última licitación realizada para la contratación de Entidades Aseguradoras, fue declarada desierta, generando que el Poder Ejecutivo emita el Decreto Supremo N° 28926 el 15 de noviembre de 2006, por el cual les otorga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, la administración total las prestaciones por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral (Prestaciones por Riesgos), conforme establece la Ley N° 1732 - Ley de Pensiones, con inicio de cobertura el 1 de noviembre de 2006.

El citado Decreto Supremo determina, que dicha administración será transitoria, y la fecha de su finalización, será aquella determinada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, hoy Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, misma que deberá coincidir con la contratación de Entidades Aseguradoras, (previa licitación).

Emitida y promulgada la nueva Ley de Pensiones, (Ley N° 065) de Pensiones, ésta sigue el mismo lineamiento legal en cuanto a la administración de las prestaciones por Riesgos, es decir que la misma no estaría a cargo de las AFP, sino de una Entidad Aseguradora, claro que con la especificación que ésta debe ser pública, conforme se evidencia de la transcripción de los artículos pertinentes de la citada Ley, que se realiza a continuación:

“Artículo 51.-

...La Entidad Pública de Seguros queda obligada a otorgar las coberturas de las Prestaciones de Invalidez, Pensiones por Muerte por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y Gastos Funerarios, al cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en la presente Ley y disposiciones reglamentarias, asumiendo la

responsabilidad plena del pago de la totalidad de las Prestaciones, Pensiones y Gastos Funerarios, constituyendo para el efecto las reservas requeridas...”

“Artículo 182.-

...Transitoriamente y mientras se constituya la Entidad Pública de Seguros y adquiera la capacidad de otorgar las prestaciones de riesgos, **el Organismo de Fiscalización realizará un proceso de licitación de Entidades Aseguradoras para la cobertura de Prestaciones, Pensiones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y Gastos Funerarios.**

En el periodo que dure este proceso la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo seguirá administrando el Fondo Colectivo de Riesgos...”

En virtud a ello y específicamente en sujeción a la determinación del artículo 177 de la Ley N° 065 de Pensiones (transcrito supra), las AFP deben cumplir mientras dure el período transitorio (es decir hasta el inicio de actividades de la Gestora) con las obligaciones determinadas en el Contrato, la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones **y demás normativa reglamentaria**, asumiendo de esta manera las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo, siendo por lo tanto las responsables de la administración total de las prestaciones por Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral hasta el inicio de las actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social, o la determinación expresa de la Autoridad Regulatoria.

2.3. De la Comisión por la administración de prestaciones.-

Futuro de Bolivia S.A. AFP en su Recurso Jerárquico señala que la Entidad Reguladora, pretende desconocer el alcance del artículo 177, interpretando de manera inadecuada la determinación dada sobre el pago de todas las comisiones que actualmente cobran las Administradoras de Fondos de Pensiones, las cuales –según asevera- están facultadas a percibir hasta que termine el periodo transitorio o en tanto la Gestora Pública no haya iniciado sus actividades, por lo que las Administradoras de Fondos de Pensiones, reclaman su derecho a percibir una remuneración por las prestaciones efectivamente cumplidas,

Por su parte BBVA Previsión AFP S.A. argumenta que la Resolución Administrativa confirmatoria, no tiene mayor sustento o fundamento por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ya que no explica porque las Administradoras de Fondos de Pensiones no tendrían derecho a cobrar la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) por los servicios prestados, asimismo no considera que la Constitución Política del Estado no permite el trabajo gratuito, por lo tanto, -a decir de la recurrente- la Entidad Reguladora no tiene la facultad legal de restringir el derecho de percibir una retribución justa por un servicio prestado a favor de los Fondos de Siniestralidad y de los Afiliados, pretendiendo convertirlo en un servicio gratuito.

Por su parte la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante

nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012, señala que considerando que el 01 de febrero de 2011 se inicia la recaudación de Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones, no corresponde el cobro de la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y es un poco más explícita en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 941-2012 de 5 de diciembre de 2012, donde fundamenta:

“...Que del inciso b) anterior (refiriéndose al artículo 177 de Ley No. 065) se entiende que, las AFP cobrarán la comisión por servicio de administración de portafolio, **por pago de pensiones** y la Comisión **del SIP (y no las generados en el SSO)**; y que para las comisiones del inciso a) según corresponda podían ser cobradas **hasta el inicio de la recaudación de las Contribuciones** al nuevo sistema de pensiones.

Que es importante recordar que, el artículo 2 del Decreto Supremo Nº 0778 de 26 de enero de 2011, establece como inicio de la recaudación de las Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios en el Sistema Integral de Pensiones a los períodos de cotización enero 2011 (en el caso de Asegurados Dependientes) y febrero 2011 (en el caso de Asegurados Independientes), siendo que para ambos casos se entiende que el pago de Contribuciones inicia a partir del primer día hábil del mes de febrero 2011.

Que por otro lado, Futuro de Bolivia S.A. AFP expresa que: “..., por lo que dicho periodo transitorio se prolongó en principio hasta la promulgación de la nueva Ley de Pensiones No. 065, pero además con los efectos de continuidad que la propia Ley 065 dispuso.”. Al respecto, la señalada Ley no determina en lo específico la prolongación del periodo transitorio para administración de prestaciones de Riesgo Común, Riesgo profesional (sic) y Riesgo Laboral, por lo que corresponde aplicar lo que determina la actual Ley de Pensiones.

Que por otro lado, evidentemente hasta antes de la promulgación de la actual Ley de Pensiones, el periodo transitorio de administración de prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del SSO tenía comisión específica, prevista por el Decreto Supremo No.29826 de 15 de noviembre de 2006 y la Resolución Administrativa SPVS/IP No.820 de 10 de octubre de 2007, el que no habría finalizado por la falta de la adjudicación a una Entidad de Seguros. En ese sentido, si bien no son las AFP las obligadas a administrar estos Riesgos, sin embargo se comprende que por el contexto dado por la actual Ley de Pensiones y, hasta el inicio de actividades de la Gestora, se tiene establecido que las AFP continúen realizando **todas** las obligaciones anteriores a la actual Ley de Pensiones, entendiendo también aquella de administración de Riesgos.

Que en cuanto al Contrato suscrito por las AFP con la ex SPVS, en su Cláusula OCTAVA (SERVICIOS), se señala que una vez que la Licencia sea otorgada a la AFP y hasta que ésta no sea revocada, prestará los Servicios cumpliendo con la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato. Asimismo la Cláusula DÉCIMO SEXTA (VIGENCIA DEL CONTRATO) establece que el Contrato mantendrá su vigencia hasta el debido cumplimiento de las obligaciones de la AFP especificadas en el mismo.

Que al presente se tiene que, el Contrato con las AFP se halla vigente así como la Licencia por la cual operan ambas; en ese entendido quedan incólumes las obligaciones de cumplir la Ley de Pensiones, sus reglamentos y disposiciones legales conexas.

Que por otro lado, resulta ser cierto que conforme al artículo 192 de la Ley de Pensiones (RESOLUCIÓN DE CONTRATOS CON LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES), finalizado el periodo de transición, los Contratos y Adendas quedarán resueltos. Sin embargo y como se indicó párrafos anteriores, durante el periodo de transición a la Gestora, las AFP continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley de Pensiones, Decretos Supremos y normativa reglamentaria.

Que finalmente, con respecto al argumento del deber que tendría esta Autoridad de emitir normativa para la interpretación extensiva e integradora del artículo 177 de la Ley de Pensiones; al respecto corresponde señalar que acorde a las atribuciones con las que se cuenta sólo se tiene facultades regulatorias, y no así reglamentarias ni de interpretación, correspondiendo estas a otras instancias."

Del análisis *ut supra* realizado por la Entidad Reguladora, se tiene que si bien la misma afirmaría que en el caso de autos, no correspondería el cobro de comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%), por el servicio que conlleva la administración total de las prestaciones, la misma no ha hecho el menor análisis en cuanto a si la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007 y el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, se encontrarían abrogados o derogados, toda vez que estas normas, establecen una comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas.

Que a su vez la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, omite pronunciarse respecto a lo previsto en el Artículo 177 (transcrito *supra*) de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, que señala, que las AFP están autorizadas al cobro de comisiones para:

- El servicio de administración de portafolio.
- El servicio de afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, descontable del Total Ganado o del Ingreso Cotizable del Afiliado a tiempo de efectuar la cotización.
- El servicio de pago de pensiones.

Debiendo considerar que el penúltimo párrafo del señalado artículo, establece que el porcentaje de las comisiones, será el mismo que las Administradoras de Fondos de Pensiones percibían antes de la promulgación de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.

De lo expuesto se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha cumplido con los principios de motivación y debida

fundamentación, por lo que el presente acto, no se cumple con el inciso e) del artículo 28 y el artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por lo que el Ente Regulador deberá realizar un nuevo **análisis integral de la norma**, y deberá determinar si corresponde o no el cobro de comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) por el servicio de administración y pago, toda vez que a la fecha las Administradoras de Fondos de Pensiones, se encuentran a cargo de la administración total de las prestaciones por Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral, mientras dure el periodo transitorio.

Finalmente corresponde traer a colación el pronunciamiento emitido por esta instancia jerárquica mediante Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, sentando el siguiente precedente:

“...Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda.”

Ahora bien complementando lo anterior la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 estableció:

“...El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final “

“La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión(....)”

Congruente con lo desarrollado, se concluye que el presente caso, ha sido llevado con vicios de anulabilidad, ya que el mismo no goza de la debida fundamentación y motivación, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, realizar un nuevo análisis y establecer de manera fundamentada a la definición que arribe, en estricta sujeción al procedimiento administrativo...”

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/Nº 809-2012 DE 16 DE OCTUBRE DE 2012.-

Que mediante Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 809-2012 de 16 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió lo siguiente:

“...ÚNICO.- I. Pronunciarse con referencia a las solicitudes de BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP, para lo cual se consigna en Resolución Administrativa la nota APS/DPC/7287/2012, de 21 de septiembre de 2012, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175, de 15 de septiembre de 2003.

II. La nota APS/DPC/7287/2012, de 21 de septiembre de 2012, forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa...”

Los argumentos expuestos en la resolución son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que como antecedentes del presente caso se tiene que, mediante nota PREV.CONT FDS. 01333/05/2011 de 31 de mayo de 2011, BBVA Previsión AFP S.A. efectúa la consulta referente al pago de la comisión del 0,85% por Administración de Prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral de acuerdo a lo establecido mediante Resolución Administrativa/SPVS/IP No 820 de 10 de octubre de 2007.

Que a través de la nota APS/DJ/549/2012 de 24 de enero de 2012, la APS consulta al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros sobre la aplicación del cobro de la comisión del 0,85% por Administración de Prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, realizada por parte de la AFP.

Que el Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros con nota MEFP/VPSF/DGP/USIP/No.0097/2012 de 17 de abril de 2012 comunica a la APS que deberá velar por el estricto cumplimiento de la normativa vigente en relación a la consulta efectuada mediante nota APS/DJ/549/2012.

Que la APS con nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012, en su parte pertinente señala lo siguiente:

“En este sentido, de acuerdo al análisis efectuado por esta Autoridad, en virtud al párrafo VIII del artículo 177 de la Ley No.065 de Pensiones y considerando que el 01 de febrero de 2011, se inicia la recaudación de Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones, no corresponde el cobro de la comisión del (sic) 0,85% por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, señalada en la nota PREV.CONT FDS. 01333/05/2011, a partir de la fecha antes mencionada.”

Que BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP en fechas 02 y 03 de octubre de 2012 respectivamente, solicitan que la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012 sea consignada en Resolución Administrativa.

Que con carácter previo al análisis de la controversia corresponde señalar que, el artículo 177 de la Ley de Pensiones establece que durante el período de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos

con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No.1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria; así como lo dispuesto en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el período de transición.

Que a su vez el punto VIII del artículo 177 de la Ley de Pensiones, en lo pertinente señala lo siguiente:

“VIII. Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran autorizadas a cobrar las Comisiones o Comisión, conforme lo siguiente:

- a) La Comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones.”*

Que en virtud a lo expuesto, cabe señalar que las Administradoras de Fondos de Pensiones durante el período de transición deben continuar cumpliendo todas las obligaciones determinadas por los Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria.

Que el artículo 2 del Decreto Supremo N° 0778, de 26 de enero de 2011, establece como inicio de la recaudación de las Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios en el Sistema Integral de Pensiones a los períodos de cotización enero 2011 (en el caso de Asegurados Dependientes) y febrero 2011 (en el caso de Asegurados Independientes), siendo que para ambos casos se entiende que el pago de Contribuciones inicia a partir del primer día hábil del mes de febrero 2011.

Que asimismo, la Circular AP/DPC/CO/01-2011, de 07 de enero de 2011, establece que a partir del primer día hábil del mes de febrero de 2011 se inicia la recaudación del Sistema Integral de Pensiones, disponiendo y estableciendo para este fin los Formularios de Pago de Contribuciones así como los medios de comunicación a empleadores y público en general.

Que por lo expuesto, corresponde atender la solicitud de BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP...”

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 8 de noviembre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/N°809-2012 de 16 de octubre de 2012, señalando lo siguiente:

“...II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

1) NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE IMPUGNA.-

Conforme con lo establecido por el artículo 28 de la Ley N° 2341 de Procedimiento administrativo, todo acto administrativo debe contener como elemento esencial,

entre otros, el referido en el inciso e) que a la letra dice: "**Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo**".

El referido inciso b) determina que el acto administrativo "debe sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable".

Como su Autoridad podrá advertir la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012 consignada posteriormente en la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 809-2012 de fecha 16 de Octubre de 2012 objeto de impugnación, se limita a señalar que por el análisis que se habría efectuado de la Ley No. 065, en su Artículo 177, parágrafo VII (sic), no corresponde el cobro de la comisión del 0,85%.

El acto administrativo contenido en dicha Nota dispone la modificación de la regulación normativa que se había aplicado en materia del cobro de la comisión señalada, hasta esa fecha. No obstante los efectos que esta modificación conlleva, se advierte la omisión del regulador de cumplir con la fundamentación y motivación que debe anteceder a dicho acto administrativo para al menos, justificar esta modificación. Máxime si éste cambio unilateral comprende incuestionablemente la afectación de los derechos subjetivos e intereses legítimos de Futuro de Bolivia que percibe esta comisión del 0.85% por concepto de los servicios que efectivamente prestó y presta hasta el presente.

La ausencia de motivación y fundamentación también se advierte en la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 809-2012 de 16 de octubre de 2012 que se limita a referir como precedente normativo la aplicación del Artículo 177 de la Ley de Pensiones No. 065, cuando la motivación de dicho acto implica la valoración normativa, la adecuación del hecho a la hipótesis legal, con el consiguiente análisis lógico del alcance y el objeto de las disposiciones que merecen ser modificadas.

Su Autoridad evidenciará la ausencia de motivación y de enlace lógico entre la normativa aplicable y la regulación que ahora se pretende imponer, restringiendo el derecho legítimo a percibir la comisión del 0.85% por riesgo común, riesgo profesional y riesgo laboral, servicios que FUTURO DE BOLIVIA continúa prestando hasta la fecha, al amparo del Contrato de Prestación de Servicios suscrito con el Estado Boliviano. Cabe precisar que la doctrina administrativa pregona ampliamente la importancia de la motivación del acto administrativo, así por ejemplo citamos a Gordillo cuando señala "el acto debe estar razonablemente fundado, o sea, debe explicar en sus propios considerandos, los motivos y los razonamientos por los cuales arriba a la decisión que adopta. Esa explicación debe serlo tanto de los hechos y antecedentes del caso, como del derecho en virtud del cual se considera ajustada a derecho la decisión y no pueden desconocerse las pruebas existentes ni los hechos objetivamente ciertos". (Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo II - 36 Y 37 T. IV).

En esta línea doctrinal, el artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175 establece expresamente la obligación para el regulador de emitir una Resolución

Administrativa "**DEBIDAMENTE FUNDADA Y MOTIVADA**". Dicho mandato legal en la Resolución Administrativa que impugnamos, no se ha cumplido.

Finalmente, es pertinente señalar las consideraciones de la jurisprudencia constitucional contenida en el SC 0752/2002 - R de 25 de junio que recogiendo lo señalado en la SC 1369/2001 - R de 19 de diciembre, estableció que el derecho al debido proceso "...exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no solo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es el fallo decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión". En esta línea de la jurisprudencia constitucional se ha manifestado el Tribunal Constitucional Plurinacional en varias Resoluciones SC 1365/2005-R, SC 2227/2010-R que su Autoridad se servirá considerarlas como precedentes jurisprudenciales que deben orientar su actuación administrativa.

En mérito a los argumentos jurídicos expuestos, su Autoridad advertirá que la Resolución Administrativa no ha cumplido con el elemento esencial contenido en el inciso e) del Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que no contiene la debida fundamentación y motivación de lo dispuesto en la parte dispositiva, con la consiguiente **NULIDAD**, del referido acto al amparo del artículo 35 inciso e) y artículo 30 inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo, al haberse transgredido el mandato contenido en el artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175. Por lo anterior, solicitamos que sin mas (sic) trámite disponga la **REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/N° 809-2012 de fecha 16 de Octubre de 2012 con la consiguiente NULIDAD DE OBRADOS Y ARCHIVO DE TRAMITE.**

2) DERECHO LEGÍTIMO DE FUTURO DE BOLIVIA A PERCIBIR LA COMISIÓN DEL 0,85%.-

En el inadmitido y menos consentido supuesto que su Autoridad rechazare la NULIDAD invocada en el numeral 1) anterior, sin perjuicio de reservarnos el ejercicio de nuestros derechos que por ese rechazo nos correspondiera, impugnamos igualmente la Resolución Administrativa No. APS/DPC/N° 809-2012 de fecha 16 de Octubre de 2012 por ser este acto administrativo atentatorio a nuestros derechos e intereses legítimos que a continuación exponemos y que su Autoridad se servirá valorarlos bajo la sana crítica y la razonabilidad que debe imperar en sus actuaciones:

2.1 Antecedentes normativos para el cobro de la comisión del 0.85 %.

El Decreto Supremo No. 29826 de fecha 15 de noviembre de 2006 estableció la obligación de las AFP de administrar totalmente las prestaciones de Riesgo Común

y Riesgo Profesional/Laboral, siendo la fecha de inicio de cobertura determinada para el efecto, el 1° de noviembre de 2006.

El artículo 1° de la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007, determinó "**Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral** del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, en el periodo establecido por el Decreto Supremo No. 28926 de 16 de noviembre de 2006, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas" (el subrayado es nuestro).

El artículo (sic) 5° de la Resolución citada, estableció que "La vigencia de la comisión, quedará automáticamente resuelta, **a tiempo del vencimiento del período transitorio de administración total...**".

Como es de conocimiento de su Autoridad, no se licitó la administración de los seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, por lo que dicho periodo transitorio se prolongó en principio hasta la promulgación de la nueva Ley de Pensiones No. 065, pero además con los efectos de continuidad que la propia Ley 065 dispuso. De tal modo que FUTURO DE BOLIVIA ha continuado y continúa con la administración de dichos seguros en el Sistema Integral de Pensiones. FUTURO DE BOLIVIA ha asumido por mandato legal las funciones de la aun (sic) inexistente Entidad Pública de Seguros.

2.2 De la legitimidad del cobro de la comisión del 0.85%.

El artículo 32 (Servicios y Comisiones), inciso c) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, estableció como derecho irrenunciable de FUTURO DE BOLIVIA a percibir una remuneración por los servicios prestados, al señalar que "El servicio de pago de Pensiones del seguro social obligatorio de largo plazo..., serán remunerados mediante comisiones correspondientes a cada uno de dichos pagos".

En el marco de lo establecido por el Art. 32, inciso c) de la Ley N° 1732 y conforme los antecedentes normativos detallados en el párrafo I., la CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA del Contrato de Prestación de Servicios suscrito por Futuro de Bolivia y la entonces Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros en sus numerales 15.2 y 15.4, otorga la facultad de FUTURO DE BOLIVIA para el **cobro de Comisiones Competitivas**, así como el, numeral 15.8 del predicho contrato de prestación de servicios que señala lo siguiente: "**15.8 Cobro de Comisiones con posterioridad al Período de Exclusividad**. Con posterioridad al vencimiento del Período de Exclusividad, la AFP podrá cobrar comisiones de acuerdo a las condiciones de mercado o a las que se determinen en forma específica por la Superintendencia mediante los mecanismos permitidos por la Ley de Pensiones y sus Normas Reglamentarias".

En ese contexto la ex SPVS mediante la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007, determinó **Aprobar la comisión por servicio de pago**

de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas".

Por su parte el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, en su disposición Final Primera estableció como comisión máxima por los servicios prestados en el marco del Decreto Supremo No. 28926, el cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre las primas recaudadas y acreditadas, enmarcando así dicha comisión al ámbito de los numerales 15.2, 15.4 y 15.8 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito con FUTURO DE BOLIVIA.

El artículo 177 de la Ley N° 065 establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante el Contrato de prestación de servicios suscrito con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición.

Al presente, el Contrato de Prestación de Servicios y sus adendas se encuentran plenamente vigentes y, conforme a lo establecido por el Art. 192 de la Ley N° 065, recién quedarán resueltos una vez concluido el periodo de administración transitorio.

De acuerdo con este marco contractual, FUTURO DE BOLIVIA se encuentra plenamente legitimada para percibir por concepto de REMUNERACIÓN la comisión del 0.85%, en contraprestación a los servicios de pago de prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral que efectivamente se encuentra prestando en tanto la Entidad Pública de Seguros no se haga cargo de dichos servicios.

2.3 Inobservancia al Art. 177, parágrafo VIII de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.

La Ley N° 065 en su Artículo 177, parágrafo VIII señala que: "Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran autorizadas a cobrar las Comisiones o Comisión, conforme a lo siguiente:

- a) La Comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones.**
- b) Las Comisiones por servicio de administración de portafolio, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.**

El porcentaje de las comisiones será el mismo que las Administradoras de Fondos de Pensiones percibían hasta antes de la fecha de promulgación de la presente Ley. La

Comisión del Sistema Integral de Pensiones será la determinada en la presente Ley.

Las Administradoras durante el periodo de transición podrán deducir los costos de transacciones y de la custodia de los Fondos de Pensiones administrados."

La comisión señalada en el inciso a) es aplicable solo a los aportes por periodos que corresponden al SSO con corte al periodo cotizable diciembre/2010; y que en la actualidad se sigue cobrando por el pago de aportes en mora.

Las comisiones a las que se hace referencia en el inciso b) engloban todas las comisiones que actualmente cobran las AFP, comisiones que además están facultadas a seguir cobrando en los montos determinados antes de la promulgación de la Ley N° 065, hasta que termine el periodo de transición, cuya relación es la siguiente:

- Comisiones por administración de portafolio.
- Comisiones por pago de pensiones de jubilación: Uno, punto treinta y uno por ciento (1.31%) sobre el monto total de la Prestaciones de Vejez y CC Mensual.
- Comisión por pago de Pensiones de Riesgos Común, Profesional y/o Laboral: Cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre primas recaudadas y acreditadas, esta comisión fue aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007.
- La comisión del SIP, que aplica a la recaudación de aportes a partir del período cotizable enero/2011 y que en el caso de las AFP, reemplaza a la comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones.

La Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de fecha 16 de Octubre de 2012 desconoce implícitamente los alcances del Artículo 177 antes transcrito. Esta disposición condiciona el pago de las comisiones, entre éstas las que corresponden por el pago de Pensiones de Riesgos Común, Profesional y/o Laboral (0.85%), hasta la fecha de inicio de las actividades de la Gestora Pública, en el entendido que ésta entidad deberá asumir efectivamente las coberturas que establece el artículo 51 de la Ley No. 065 en tanto no se cree la Entidad Pública de Seguros. Esta circunstancia a la fecha no se ha cumplido toda vez que FUTURO DE BOLIVIA continúa prestando estas prestaciones y por tanto, se mantiene pendiente la condición dispuesta por el artículo 177 de la Ley No. 065 referida a la finalización del periodo de transición.

2.4 De la Responsabilidad de pago de las prestaciones de riesgos común, profesional y laboral dentro del SIP.-

El artículo 51 de la Ley 065, establece que "**La Entidad Pública de Seguros queda obligada a otorgar las coberturas de las Prestaciones de Invalidez, Pensiones por Muerte por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y Gastos Funerarios, al cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en la presente Ley y disposiciones reglamentarias, asumiendo la responsabilidad plena del pago de la totalidad de las Prestaciones, Pensiones y Gastos Funerarios, constituyendo para el efecto las reservas requeridas**".

La obligación de otorgar las coberturas que señala el artículo 51, a la fecha continua siendo asumida por FUTURO DE BOLIVIA, por lo que el derecho a percibir una remuneración por este concepto, debe ser retribuida en tanto su administración se mantenga bajo la responsabilidad de FUTURO DE BOLIVIA, en estricta sujeción al Contrato de Prestación de Servicios suscrito con el Estado Boliviano.

No obstante que de acuerdo con la Ley N° 065, el pago de las prestaciones de riesgo común, profesional y/o laboral, son responsabilidad de la Entidad Pública de Seguros aun (sic) por crearse, la administración de estas prestaciones se mantiene legalmente confiada a FUTURO DE BOLIVIA. En este contexto, el marco legal y contractual que legitima a FUTURO DE BOLIVIA al derecho a percibir el pago de la comisión del 0.85%, se encuentra plenamente vigente hasta la culminación del periodo transitorio conforme establece el artículo 177 de la Ley No. 065...”

Por memorial presentado el 9 de noviembre de 2012, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/N°809-2012 de 16 de octubre de 2012, señalando lo siguiente:

“... **II FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-**

- 1) **Todo acto administrativo debe contener ciertos elementos exigidos en la normativa administrativa, mismos que no se cumplen en conjunto en la Nota APS/DPC/7287/2012 y en la R.A. 809/2012.**
 - a) **Competencia:** Ser dictado por autoridad competente;
 - b) **Causa:** Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;
 - c) **Objeto:** El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible.
 - d) **Procedimiento:** Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;
 - e) **Fundamento:** Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y,
 - f) **Finalidad:** Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

Como se podrá apreciar uno se los requisitos principales a efectos de que los regulados puedan ejercer su derecho a la defensa, es que los actos administrativos sean claros y debidamente fundamentados, haciendo mención a los antecedentes, hechos y fundamentos jurídicos en los que basan su fallo o determinación; tanto la nota APS/DPC/7287/2012 como así también la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de 16 de octubre de 2012, simplemente se limitan a manifestar que de acuerdo al análisis jurídico que se hubiera efectuado de la Ley 065, en su artículo 177, par. VII, sin establecer cual el análisis por el que no se debiera cobrar la comisión del 0,85%, quebrantando lo establecido en el art. 28, inciso e) de la Ley N° 2341, lo que

conlleva una vulneración franca al derecho de esta Administradora de Pensiones de cobrar una retribución por servicios que no forman parte de sus obligaciones, que de modo alguno pueden pasar desapercibidos por el Regulador, quien debe velar por el cumplimiento de la Ley y sobretodo la Constitución Política del Estado, que no permite el trabajo gratuito peor aún tratándose de una empresa privada a la que se la deja en estado de indefensión por no saber cuales los argumentos del Regulador para asumir esa posición.

III ANTECEDENTES SOBRE EL DERECHO DE LAS AFP AL COBRO DE UNA COMISIÓN DEL 0.85% POR LA ADMINISTRACIÓN DE LOS SEGUROS DE RIESGO COMÚN Y PROFESIONAL/LABORAL.

El Decreto Supremo 29826 de fecha 15 de noviembre de 2006 estableció la obligación de las AFP de administrar totalmente las prestaciones de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral, cuya fecha de inicio de cobertura fue el 1° de noviembre de 2006.

El artículo 1° de Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007, determina "Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, en el periodo establecido por el Decreto Supremo No. 28926 de 16 de noviembre de 2006, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas".

El Decreto Supremo 29400 en su Disposición Final Primera dispuso: "... La comisión máxima que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que presta dentro de los alcances del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de septiembre de 2006 y durante el periodo establecido en el mismo, será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de las primas recaudadas y acreditadas"

El Decreto Supremo N° 28926 en cuanto a la vigencia del periodo de administración de los Seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional/Laboral por parte de las AFP, estableció la administración transitoria de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional/Laboral por las AFP hasta la SPVS emita una licitación pública en al (sic) que se convoque a las Entidades Aseguradoras, quienes por Ley eran las encargadas de administrar los riesgos, obligaciones que nunca fueron contempladas para que las realicen las AFPs, y es por ello que el Estado Plurinacional de Bolivia determinó mediante Decreto Supremo en su momento la comisión del 0.85% por esos servicios. En el ejercicio de sus funciones y facultades legales también la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros emitió de la R.A. SPVS 820/2007 que en el artículo articulo (sic) 5° estableció: "La vigencia de la comisión, quedará automáticamente resuelta, a tiempo del vencimiento del período transitorio de administración total...", es importante recordar que este periodo transitorio NO finalizó hasta la fecha, pues no existe la convocatoria o licitación pública para la administración de los Riesgos, y sea adjudicada a una Entidad Especializada como lo exigía la Ley 1732 en su momento y ahora también lo determina la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 tampoco a la fecha existe una entidad especializada en seguros que se este (sic)

haciendo cargo de estos servicios.

IV. SUSTENTO LEGAL DE LA COMISIÓN DEL 0.85%.-

Ambos ordenamientos jurídicos tanto la 1732 como la 065 de Pensiones establecen claramente que no son las AFPs las obligadas a administrar los Riesgos, es más ni siquiera la Gestora Pública esta (sic) obligada a hacerlo, sino que prevé que ésta responsabilidad la lleve una entidad especializada en seguros. Resulta entonces lógico que si la AFP realiza un trabajo no contemplado dentro las responsabilidades legales y contractuales se proceda al pago por el servicio recibido como se ha venido ocurriendo desde muchos años atrás; hecho que la APS no puede desconocer tan fácilmente, peor aún cuando tiene conocimiento de toda la historia que giro alrededor de la administración de los riesgos por parte de las AFPs, las que empezamos cobrando una comisión del 11% respaldadas por resoluciones administrativas emitidas por la SPVS y que luego se bajo arbitrariamente (sic) por Decreto Supremo 29400 al 0.85% y ratificada por la RA 820 de 10 de octubre de 2010; y que ahora la APS en base a un análisis jurídico que desconocemos pretende convertirlo en un servicio gratuito, contrario a la normativa y la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

V. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

Promulgada y publicada la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2012, el Órgano Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones constitucionales promulgó el Decreto Supremo 778 de 26 de enero de 2011, disponiendo:

“Hasta que la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo asuma la disposición del SIP, las obligaciones establecidas en la Ley N° 065 y sus reglamentos serán asumidas por las AFP”.

Es decir, que las AFP tienen el deber legal de asumir las obligaciones establecidas en la normativa que regla el Sistema Integral de Pensiones a partir del 10 de diciembre de 2012 hasta que la Gestora Pública se haga cargo de su administración.

La Ley de Pensiones define las funciones y atribuciones de la Gestora Pública de Seguridad Social en el artículo 149, en las que destaca el inciso n) que a la letra manifiesta:

“Representar a los Asegurados ante la Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras, instituciones y autoridades competentes, con relación a las prestaciones, pensiones, beneficios y pagos que otorga el Sistema Integral de Pensiones, así como los Fondos que Administra”.

En concordancia con el citado inciso, el artículo 50 de la Ley N° 065 manda y ordena que: las coberturas de las Prestaciones de Invalidez, Pensiones por Muerte por Riesgo Común, Riesgo Profesional, Riesgo Laboral y Gastos Funerarios deben ser cubiertas por una Entidad Pública de Seguros, quien asume la responsabilidad plena del pago de esas prestaciones.

De la disposición legal citada, se colige que las coberturas de las Prestaciones de Invalidez, Pensiones por Muerte por Riesgo Común, Riesgo Profesional, Riesgo Laboral y Gastos Funerarios no son una OBLIGACIÓN propia de la Gestora Pública de Seguridad Social y en su caso si las AFPs las estamos cumpliendo a pesar que ni la propia Ley las considera para la Gestora Pública; las AFP en tanto dure el periodo transitorio tienen total derecho al cobro de la comisión.

De manera implícita, la responsabilidad y administración de las prestaciones de pago de prestaciones de los Seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral ha sido transferida a las AFP por mandato del Decreto Supremo 778, este servicio prestado por las AFP deben ser legalmente retribuidos mediante el cobro de una comisión por demás justa.

El derecho de las AFP al cobro de una retribución por los servicios prestados esta (sic) reconocido por el Contrato de Prestación de Servicios, decretos supremos y la Ley de Pensiones que en el numeral VIII) del Artículo 177 dispone:

"Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran autorizadas a cobrar las Comisiones o Comisión, conforme a lo siguiente:

- a) La Comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones.
- b) Las Comisiones por servicio de administración de portafolio, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

El porcentaje de las comisiones será el mismo que las Administradoras de Fondos de Pensiones percibían hasta antes de la fecha de promulgación de la presente Ley. La Comisión del Sistema Integral de Pensiones será la determinada en la presente Ley.

Las Administradoras durante el periodo de transición podrán deducir los costos de transacciones y de la custodia de los Fondos de Pensiones administrados."

Las comisiones establecidas en el inciso b) son las comisiones que cobran las AFP, es decir: (i) Comisiones por administración de portafolio, (ii) Comisiones por pago de pensiones, esta última comprende el cobro del: 1.31% por el pago de las Pensiones de Vejez, Compensación de Cotización Mensual; y el 0.85% por pago de Pensiones de Riesgos Común, Profesional, Riesgo Laboral, está última que tiene su antecedente normativo en la R.A. SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007, disposición que por mandato del párrafo primero del artículo 177 de la Ley N° 065 se encuentra vigente.

VI FACULTAD REGLAMENTARIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS.

La Ley N° 065 establece las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización del Sistema Integral de Pensiones, disponiendo en sus incisos a) y b):

“a) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.”

Asimismo, la Ley en su Artículo 197 dispone:

El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentarán y regularán la presente Ley en el marco de su competencia.”

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al amparo de los incisos citados y el artículo 197 tiene el deber legal de emitir una Resolución Administrativa de interpretación extensiva e integradora del artículo 177 de la Ley y demás disposiciones complementarias que rigen la seguridad social de largo plazo, porque éstas forman parte del ordenamiento jurídico del Estado y que a la vez se constituyen en los parámetros jurídicos en los que debe ser resuelta la R.A. APS/DPC/N° 809/2012.

Establecidos los antecedentes jurídicos del derecho al cobro de la Comisión del 0.85% por la administración de los Seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional, Riesgo Laboral y Gastos Funerarios por las AFP, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no tiene la facultad legal alguna para restringir el derecho de percibir una retribución justa por un servicio prestado ajeno a las tareas propias de la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, tareas que fueron encomendadas transitoriamente a las AFP por el Decreto Supremo 778, más aún cuando la Constitución Política del Estado establece que toda persona ha (sic) recibir una retribución justa por servicios prestados.

Por todo lo expuesto y de acuerdo a la Ley N° 065 se desprende que las comisiones del SIP establecidas en el artículo 151, no comprenden la administración del pago de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional, Riesgo Laboral y Gastos Funerarios, y siendo evidente que los servicios están siendo prestados a favor de los Fondos de Siniestralidad y de los afiliados, se pagan las prestaciones, en consecuencia, en tanto no se conforme la Entidad Pública de Seguros las AFP y/o la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, la AFP tiene el derecho de cobrar una comisión que cubra los gastos operativos de la administración de los seguros citados; en conformidad a los antecedentes normativos establecidos por la R.A. SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007; y D.S. N° 29400 de 29 de diciembre de 2007...”

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 548-2013 DE 17 DE JUNIO DE 2013.-

Que, en observancia a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°024/2013 de 10 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emite la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 548-2013 de 17 de junio de 2013, misma

que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de 16 de octubre de 2012.

Los argumentos de la citada Resolución Administrativa, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que en función a los argumentos planteados por las AFP, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

En cuanto a la Nulidad del Acto Administrativo.

Que el artículo 4 de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 de Procedimiento Administrativo establece los Principios que rigen la actividad administrativa, entre los que se halla el de Sometimiento Pleno a la Ley, el cual dice: “La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso.”

Que el artículo 1 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera establece que, el **Objeto** del Reglamento es **establecer** las normas aplicables a los procedimientos administrativos en el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, así como el **Procedimiento Administrativo para la interposición de recursos administrativos.**

Que a su vez el artículo 2 del señalado Decreto Supremo indica que, las Superintendencias del SIREFI (ahora Autoridades del Sistema de Regulación Financiera), **aplicarán** los procedimientos y recursos administrativos establecidos en el presente Reglamento en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo y de acuerdo a la normativa sectorial aplicable.

Que el artículo 19 del Decreto Supremo N° 27175 hace referencia a los actos administrativos de menor jerarquía, los cuales deben ser de atención por los regulados por su carácter obligatorio una vez notificados éstos. A su vez el artículo 20 expresa que para recurrir los actos de menor jerarquía (Circulares, Instructivos, Directivas, etc.), los regulados deben solicitar al Ente Regulador que los emitió que sea consignado dicho acto en Resolución Administrativa; para que el interesado recién pueda interponer el recurso de revocatoria, contra el acto administrativo haciendo conocer la vulneración a sus derechos.

Que es imprescindible que las actuaciones se enmarquen dentro del Principio de Legalidad Procesal, para lo cual las peticiones para su pronunciamiento deben ajustarse a procedimiento y plazos preestablecidos, en el presente caso el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera.

Que en el presente proceso, las solicitudes de consignar la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012 en Resolución Administrativa, fueron de forma concreta y expresa, sin señalar mayor argumento de fondo sobre el respecto, a lo cual esta Autoridad ha dado curso con la emisión de la R.A.809-2012, la cual no se limita a la

sola consignación, sino que expresa en la parte considerativa los fundamentos facticos como técnico-legales que respaldaron la nota señalada precedentemente, explicando sobre el pago de la comisión a las AFP por la administración transitoria de los Riesgos.

Que por otro lado, no es menos cierto que el hecho de consignar un acto de menor jerarquía en Resolución Administrativa, ha generado que los regulados en esta instancia hayan recién planteado de forma puntual sus observaciones y pretensiones en los Recursos de Revocatoria, las cuales son evaluadas por esta Autoridad y considerando la R.M.J.024/2013.

Que en ese comprendido, resulta inconsistente la solicitud de nulidad de la R.A.809-2012 por motivos de falta de fundamentación, considerando que en la misma se ha atendido debidamente las solicitudes de consignación y respaldado los motivos que dieron lugar a la emisión y notificación de la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012.

Que en virtud a los aspectos señalados anteriormente, queda establecido que el argumento de nulidad planteado no corresponde, en razón a que el acto administrativo impugnado contaba con la fundamentación correspondiente, la cual es ampliada con la presente.

CONSIDERANDO:

Que en esta parte del presente acto, para resolver las impugnaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones contra la R.A.809-2012 dentro del marco normativo aplicable, es pertinente hacer mención a la siguiente normativa de pensiones para luego desarrollar el análisis correspondiente:

Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

“GLOSARIO DE TÉRMINOS PREVISIONALES DEL SISTEMA INTEGRAL DE PENSIONES

...

Comisión: Son los montos de dinero pagados a favor de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, en calidad de contraprestación por servicios prestados, **de conformidad a la presente Ley.**” (Las negrillas son nuestras)

“Artículo 51. (COBERTURA DE PRESTACIONES). La Entidad Pública de Seguros queda obligada a otorgar las coberturas de las Prestaciones de Invalidez, Pensiones por Muerte por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y Gastos Funerarios, al cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en la presente Ley y disposiciones reglamentarias, asumiendo la responsabilidad plena del pago de la totalidad de las Prestaciones, Pensiones y Gastos Funerarios, constituyendo para el efecto las reservas requeridas.”

“Artículo 150. (INICIO DE ACTIVIDADES). I. ...

II. Mediante reglamento se establecerá el plazo y procedimiento para el inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.”

“Artículo 177. (CONTINUIDAD DE SERVICIOS). Las Administradoras de Fondos de Pensiones **continuarán** realizando todas las obligaciones determinadas mediante

Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No.1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como los dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentaria del Sistema Integral de Pensiones, **asumiendo** las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el período de **transición**, debiendo tomar en cuenta lo siguiente: ...

VIII. Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran autorizadas a cobrar las Comisiones o Comisión, conforme a lo siguiente:

- a. La Comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones.
- b. Las Comisiones por servicio de administración de portafolio, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

El porcentaje de las comisiones será el mismo que las Administradoras de Fondos de Pensiones percibían hasta antes de la fecha de promulgación de la presente Ley. **La Comisión del Sistema Integral de Pensiones será la determinada en la presente Ley.** (Las negrillas son nuestras)

Las Administradoras durante el período de transición podrán deducir los costos de transacciones y de la custodia de los Fondos de Pensiones administrados."

"Artículo 182. (COBERTURA TRANSITORIA DE RIESGOS). Transitoriamente y mientras se constituya la Entidad Pública de Seguros y adquiera la capacidad de otorgar las prestaciones de riesgos, el Organismo de Fiscalización realizará un proceso de licitación de Entidades Aseguradoras para la cobertura de Prestaciones, Pensiones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y Gastos Funerarios.

En el período que dure este proceso la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo seguirá administrando el Fondo Colectivo de Riesgos." (Las negrillas son nuestras)

"Artículo 198. (DEROGACIONES Y ABROGACIONES).

- I. Se abroga la Ley No.1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley."

Decreto Supremo N° 0822 de 16 de marzo de 2011.

"ARTÍCULO 1. (DEFINICIONES Y TERMINOLOGÍA). Las definiciones establecidas en la Ley N° 065, de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, son aplicables en el presente reglamento.

...

- *Beneficios: Es la prestación, la Pensión, o el Pago de Compensación de Cotizaciones según corresponda, generada por las contribuciones efectivamente pagadas, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley de Pensiones y el presente reglamento.*
- *Prestaciones: Son las Prestaciones de Vejez, las Prestaciones Solidarias de Vejez o las Prestaciones de Invalidez por Riesgo Común, por Riesgo Profesional o por Riesgo Laboral, que comprenden la Pensión del Asegurado, las Pensiones por Muerte de los Derechohabientes y los Gastos Funerarios."*

Que como antecedente, se tiene que por Ley No.1732 de Pensiones, se ha determinado que la administración y otorgamiento de las prestaciones de jubilación, invalidez, muerte, gastos funerarios y riesgos profesionales del SSO, se constituyen en responsabilidad de las AFP. Pero conforme al artículo 31 inc. ñ) de la misma norma se infiere que, las AFP deben contratar a Entidades Aseguradoras para la cobertura de las prestaciones de invalidez y muerte cuyo origen sea por Riesgo Común y Riesgo Profesional, las cuales en virtud del artículo 37 de la señalada norma asumen la responsabilidad para el pago de las prestaciones por riesgos.

Que por Decreto Supremo No.28926 de 15 de noviembre de 2006, al no contar con Entidades Aseguradoras que puedan cubrir las prestaciones por riesgos al declararse desierta la licitación, se otorga la administración total de los riesgos a las AFP, claro está, de manera transitoria hasta que el ente regulador contrate a las Aseguradoras, previa licitación.

Que con la Ley No.065 de Pensiones se establece que, la administración de los riesgos será a través de una Entidad Aseguradora Pública previo proceso de licitación y que, mientras subsista esta situación la Gestora Pública seguirá administrando el Fondo Colectivo de Riesgos.

Que por mandato expreso de la Ley No.065 de Pensiones, las AFP continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No.1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como los (sic) dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentaria (sic) del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Que en ese comprendido, hasta que la Entidad Pública de Seguros se constituya y adquiera la capacidad de otorgar prestaciones de riesgos, la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo (transitoriamente a cargo de las AFP) continuará administrando el Fondo Colectivo de Riesgos, siendo por tanto las responsables de la administración total de las prestaciones por Riesgo Común y Riesgo Profesional.

*Que en lo que se refiere a la normativa para la administración del pago pensiones por riesgos en el SSO y su comisión ésta ha quedado **sin efecto** , considerando lo que se tiene determinado por la Ley No.065 de Pensiones cuando se establece que, la Comisión del cero coma cinco por ciento (0,5) deducido del Total Ganado o del*

Ingreso Cotizable de los Asegurados a tiempo de efectuar la Contribución, por el servicio de aseguramiento, procesamiento de datos, administración de la cartera de inversiones de los Fondos, custodia de Valores, administración y pago de prestaciones.

Que para una mejor comprensión de lo anterior, corresponde señalar que las normas que establecían la Comisión del 0,85% para las AFP por la administración de riesgos, como lo son la Resolución Administrativa SPVS/IP/ No.820 de 10 de octubre de 2007 y el Decreto Supremo No. 29400 de 29 de diciembre de 2007, han quedado sin efecto, en el primer caso se halla abrogada y el segundo derogado en lo que corresponde al asunto en controversia; toda vez que se constituyen en normas que contrarían la Ley No.065 al establecer estas disposiciones un porcentaje distinto de la Comisión por los servicios previsionales, a percibirse por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, que transitoriamente representan las AFP, hasta el inicio formal de actividades de esta entidad pública.

Que en lo que respecta al acápite VIII del artículo 177 de la Ley No.065 de Pensiones (en particular el penúltimo párrafo), en atención a un integral entendimiento del texto normativo se tiene establecido que, en primer lugar, es evidente que las AFP se encuentran autorizadas para el cobro de la Comisión y, en segundo lugar, si bien el porcentaje de las comisiones será el mismo que las AFP percibían hasta antes de la fecha de promulgación de la Ley No.065, sin embargo habrá que considerar que al estar las AFP (transitoriamente) continuando con la administración de las prestaciones (riesgos), asumiendo las obligaciones de la Gestora Pública y encontrándose en vigencia la señalada Ley, en contraprestación por los servicios prestados tienen el derecho a la Comisión señalada en el inciso b) del acápite VIII del artículo 177 se (sic) la señalada Ley.

Que por otro lado, la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012 se halla dentro del marco legal previsto por la Ley N° 065 que, en su artículo 177, parágrafo VIII **inciso a.** dice que, las AFP se encuentran autorizadas a cobrar la Comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones **hasta el inicio de la recaudación** de las Contribuciones del Sistema Integral de Pensiones, que según el artículo 2 del Decreto Supremo N° 0778, de 26 de enero de 2011, la recaudación de las Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios en el Sistema Integral de Pensiones a los períodos de cotización enero 2011 (en el caso de Asegurados Dependientes) y febrero 2011 (en el caso de Asegurados Independientes).

Que es importante recordar que, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, establece como inicio de la recaudación de las Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios en el Sistema Integral de Pensiones a los períodos de cotización enero 2011 (en el caso de Asegurados Dependientes) y febrero 2011 (en el caso de Asegurados Independientes), siendo que para ambos casos se entiende que el pago de Contribuciones inicia a partir del primer día hábil del mes de febrero 2011.

Que en lo referente al **inciso b.** la norma textualmente expresa que, las Comisiones por servicio de administración, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo. Es decir que, este inciso aplica sólo para

comisiones a cobrar en el SIP, las cuales ya se hallan determinadas expresamente por norma vigente y no consideran el cobro de comisión por administración de prestaciones. En ese entendido, considerando que la norma que respaldaba la Comisión del 0,85% ha quedado sin efecto y no es considerada específicamente en este inciso (inciso b) del acápite VIII del artículo 177 de la Ley No.065), no corresponde que se continúe aplicando.

Que por otro lado, el Ente Regulador en ningún momento ha modificado la norma, sino que ha dejado en claro que, considerando el inicio de recaudación de Contribuciones al SIP, no corresponde el cobro de la Comisión del 0,85% por la administración y pago de prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.

Que por tanto, no hay restricción ni menoscabo alguno a algún derecho, cuando lo único que se ha hecho es recordar a las AFP lo que se tiene establecido en Ley.

Que por otro lado, Futuro de Bolivia S.A. AFP expresa que: "..., por lo que dicho periodo transitorio se prolongó en principio hasta la promulgación de la nueva Ley de Pensiones No. 065, pero además con los efectos de continuidad que la propia Ley 065 dispuso.". Al respecto, la señalada Ley no determina en lo específico la prolongación del periodo transitorio para administración de prestaciones de Riesgo Común, Riesgo profesional (sic) y Riesgo Laboral, por lo que corresponde aplicar lo que determina la actual Ley de Pensiones.

Que por otro lado, evidentemente hasta antes de la promulgación de la actual Ley de Pensiones, el período transitorio de administración de prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del SSO tenía comisión específica, prevista por el Decreto Supremo No.29826 de 15 de noviembre de 2006 y la Resolución Administrativa SPVS/IP No.820 de 10 de octubre de 2007, el que no habría finalizado por la falta de la adjudicación a una Entidad de Seguros. En ese sentido, si bien no son las AFP las obligadas a administrar estos Riesgos, sin embargo se comprende que por el contexto dado por la actual Ley de Pensiones y, hasta el inicio de actividades de la Gestora, se tiene establecido que las AFP continúen realizando **todas** las obligaciones anteriores a la actual Ley de Pensiones, entendiéndose también aquella de administración de Riesgos.

Que en cuanto al Contrato suscrito por las AFP con la ex SPVS, en su Cláusula OCTAVA (SERVICIOS), se señala que una vez que la Licencia sea otorgada a la AFP y hasta que ésta no sea revocada, prestará los Servicios cumpliendo con la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato. Asimismo la Cláusula DÉCIMO SEXTA (VIGENCIA DEL CONTRATO) establece que el Contrato mantendrá su vigencia hasta el debido cumplimiento de las obligaciones de la AFP especificadas en el mismo.

Que al presente se tiene que, el Contrato con las AFP se halla vigente así como la Licencia por la cual operan ambas; en ese entendido quedan incólumes las obligaciones de cumplir la Ley de Pensiones, sus reglamentos y disposiciones legales conexas.

Que por otro lado, resulta ser cierto que conforme al artículo 192 de la Ley de Pensiones (RESOLUCIÓN DE CONTRATOS CON LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES), finalizado el período de transición, los Contratos y Adendas quedarán resueltos. Sin embargo y como se indicó párrafos anteriores, durante el periodo de transición a la Gestora, las AFP continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley de Pensiones, Decretos Supremos y normativa reglamentaria.

Que finalmente, con respecto al argumento del deber que tendría esta Autoridad de emitir normativa para la interpretación extensiva e integradora del artículo 177 de la Ley de Pensiones; al respecto corresponde señalar que acorde a las atribuciones con las que se cuenta sólo se tiene facultades regulatorias, y no así reglamentarias ni de interpretación, correspondiendo éstas a otras instancias.

Que por todo lo expuesto, esta Autoridad observa que las entidades recurrentes no han presentado fundamentos suficientes que posibiliten la consideración de la Revocatoria a la R.A.809-2012.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, el Ente Regulador llega a la conclusión de que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento suficiente que permitan modificar la R.A.809-2012, en consecuencia, se debe confirmar la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 8 de julio de 2013, **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.)**, interpuso el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 548-2013 de 17 de junio de 2013, con los siguientes argumentos:

“...III FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

III.1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 024/2013 DE 10 DE MAYO DE 2013.

1. Dentro del Recurso Jerárquico interpuesto por las AFP contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 941/2012 de 05 de diciembre de 2012 que confirma la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809/2012 de 16 de octubre de 2012, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas resolvió anular la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 941/2012 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS porque la misma no goza de la debida

fundamentación, motivación y carece de un análisis integral de la norma, presupuestos exigidos por la Ley de Procedimiento Administrativo y demás disposiciones complementarias vigentes.

2. La R.A. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 024/2013, ordena que la APS debe pronunciarse sobre la abrogatoria y derogatoria de la R.A. SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007 y el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, toda vez que estas normas, establecen una comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas.
3. Por último ordena que la APS tiene el deber de pronunciarse sobre lo previsto en el Artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, que dispone que las AFP están autorizadas al pago de comisiones.

III.-2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC N° 548-2013 DE 17 DE JUNIO DE 2013 QUE CONFIRMA LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DPC/N° 809/2012 DE 16 DE OCTUBRE DE 2012.

1. La APS se pronunció sobre los puntos establecidos por el MEFP y resolvió confirmar la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809/2012 de 16 de octubre de 2012 manifestando:
2. "Que para una mejor comprensión de lo anterior, corresponde señalar que las normas que establecían la Comisión del 0,85% para las AFP por la administración de riesgos, como lo son la Resolución Administrativa SPVS/IP/No. 820 de 10 de octubre de 2007 y el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, han quedado sin efecto, en el primer caso se halla abrogada y el segundo derogado en lo que corresponde al asunto de controversia; toda vez que se constituyen en normas que contrarían la Ley N° 065 al establecer estas disposiciones un porcentaje distinto de la Comisión por los servicios previsionales, a percibirse por la Gestora Pública (sic) de la Seguridad Social de Largo Plazo, que transitoriamente representan las AFP, hasta el inicio formal de actividades de esta entidad pública."
3. "Que en lo que respecta al acápite VII del artículo 177 de la Ley N° 065 de Pensiones (en particular el penúltimo párrafo), en atención a un integral entendimiento del texto normativo se tiene establecido que, en primer lugar, es evidente que las AFP se encuentran autorizadas para el cobro de la Comisión y, en segundo lugar, si bien el porcentaje de las comisiones será el mismo (sic) que las AFP perciban hasta antes de la fecha de promulgación de la Ley N° 065 sin embargo habrá que considerar que al estar las AFP (transitoriamente) continuando con la administración de las prestaciones (riesgos), asumiendo las obligaciones de la Gestora Pública y encontrándose en vigencia la señalada Ley, en contraprestación por los servicios prestados tiene el derecho a la Comisión señalada en el inciso b) del acápite VII del artículo 177 de la citada Ley."
4. "Que en lo referente al inciso b) la norma textualmente expresa que, las Comisiones por servicio de administración, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo. Es decir que, este inciso aplica sólo para comisiones a cobrar en el SIP, las cuales ya se hallan determinadas expresamente por norma vigente y no consideran el cobro de comisión por administración de prestaciones. En ese entredicho, considerando

que la norma que respaldaba la Comisión del 0,85% ha quedado sin efecto y no es considerada específicamente en este inciso (inciso b) del acápite VII del artículo 177 de la Ley No.065, no correspondiendo que se continúe aplicando."

5. De los fundamentos expresados por la APS se tiene que no cumple lo ordenado por la Resolución Ministerial Jerárquica porque: (i) No explica cual el sustento para afirmar que la Resolución Administrativa N° 820 de 10 de octubre de 2007 se encuentra abrogada y el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 se encuentra derogado, únicamente expresa que ambas disposiciones contrarían la Ley N° 065, (ii) Asimismo, pretende desvirtuar el derecho al cobro de una comisión por parte de las AFP al manifestar que las disposiciones abrogadas y derogadas establecen un porcentaje distinto de la Comisión por servicios previsionales, sin identificar cuales, (iii) la APS reconoce que la Ley N° 065 NO CONSIDERA EL COBRO DE LA COMISIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN DE PRETACIONES (sic) DE LOS RIESGOS COMÚN, PROFESIONAL Y LABORAL, es decir, que la Ley no niega o prohíbe el derecho de las AFP a cobrar la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) por la Administración de estos seguros, lo que nos llega (sic) a concluir conforme establece el precepto constitucional del numeral IV del Artículo 14 de la Constitución Política del Estado que dispone: En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban.

III.3. RAZONAMIENTO JURÍDICO DEL MEFP CON REFERENCIA A LA VIGENCIA DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS QUE REGÍAN EL SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO.

1. El MEFP a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 037/2013 de 14 de junio de 2011, estableció el razonamiento jurídico con referencia a la vigencia de las disposiciones jurídicas que reglaban el Seguro Social Obligatorio luego de la promulgación de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2013.
2. La citada Resolución Administrativa expresa: "... corresponde revisar el citado artículo 198 de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, que señala:"... (DEROGACIONES Y ABROGACIONES). I. Se aboga la Ley N° 1732, de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley. II. Se derogan todas las disposiciones contrarias a la presente Ley, así como las siguientes disposiciones de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998. Seguros...

... De la norma precedentemente transcrita se tiene que, en ninguna parte del citado artículo (u otra Disposición Final de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones), ha determinado abrogatoria o derogatoria (la primera que deja sin efecto toda la norma y la segunda sólo parcialmente) del Decreto Supremo 24469 de 17 de enero de 1997, salvo claro está, si algún artículo del citado Decreto Supremo es contrario a la Ley N° 065, en cuyo caso aplica la derogatoria del mismo.

Es así que si bien el artículo 198, parágrafo segundo, establece la derogación tácita de las disposiciones contrarias a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, eso no significa que todo el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, (que reglamenta la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones) se encuentre abrogada en su totalidad o que el mismo no pueda seguir vigente."

III.4. LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS QUE REGULAN EL PAGO DE LA COMISIÓN DEL 0.85% NO CONTRADICEN A LA LEY N° 065 DE 10 DE DICIEMBRE DE 2010.

1. De la lectura del razonamiento jurídico del MEFP se concluye que, toda disposición jurídica que regía para el Seguro Social Obligatorio está vigente para el Sistema Integral de Pensiones, instituido por la Ley N° 065, siempre y cuando sus artículos no contradigan a la citada Ley.
2. A tiempo de ratificar los argumentos e (sic) hecho y derecho expresados en el Recurso de Revocatoria, y conforme se demostró que el derecho de las AFP al cobro de una comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) por la administración de los Seguros de Riesgo Común y Profesional y Laboral, no se encuentra en contradicción a los preceptos legales establecidos en el inciso b) del acápite VII del Artículo 177 de la Ley N° 065 de Pensiones.
3. La Ley N° 065 en su Artículo 177 dispone que las AFP continúan cumpliendo con sus obligaciones emergentes de las disposiciones jurídicas y del Contrato de Prestación de Servicios referidas al Seguro Social Obligatorio.
4. El Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, establece transitoriamente la obligación de administrar (totalmente) las prestaciones por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral a las AFP. Esta disposición fue complementada por la Resolución Administrativa SPVS-IP 820 de 10 de octubre de 2007, que aprueba el pago de la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%), derecho que fue posteriormente reconocido por el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007.
5. El reconocimiento del derecho al cobro de una comisión por la administración total de los Seguros de Riesgo Común, Profesional y Laboral se sustenta en la Ley N° 1732 porque la no la (sic) establece como una tarea propia de la AFP, el Artículo 31 inciso ñ) de la citada Ley que dispone la obligación de contratar a entidades aseguradoras para la cobertura de estos Seguros por parte de las AFP.
6. La Ley N° 065, al igual que la 1732, en el Artículo 50 de manera expresa dispone que las Prestaciones, Pensiones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y Gastos Funerarios, serán cubiertas por una Entidad Pública de Seguros. Por lo que se colige que en el Sistema Integral de Pensiones la cobertura de los Seguros citados no es una tarea propia de la Entidad Gestora de Seguridad Social de Largo Plazo y en consecuencia, no es una tarea propia de las AFP, ya que éstas por mandato de la Disposición Transitoria Única del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, asumen las obligaciones y derechos de la Gestora Pública.
7. El derecho al cobro de una comisión por una tarea que no es propia de la Gestora Pública de Seguridad Social no contradice el inciso b) del numeral VIII del artículo 177 de la Ley N° 065, en virtud a que éste no hace referencia a la comisión por la administración de los Seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y Gastos Funerarios. En consecuencia, conforme al razonamiento de la Resolución Ministerial Jerárquica citada precedentemente, la Disposición Final Primera (COMISIÓN DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES) del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, se encuentra vigente porque no contradice a la Ley N° 065.
8. De acuerdo a la Ley N° 065 se desprende que las comisiones del SIP establecidas

en el artículo 151, no comprenden la administración del pago de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional, Riesgo Laboral y Gastos Funerarios, y siendo evidente que los servicios están siendo prestados a favor de los Fondos de Siniestralidad y de los afiliados, se pagan las prestaciones, en consecuencia, en tanto no se conforme la Entidad Pública de Seguros las AFP y/o la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, la AFP tiene el derecho de cobrar una comisión que cubra los gastos operativos de la administración de los seguros citados; en conformidad a los antecedentes normativos establecidos por la R.A. SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007; y D.S. N° 29400 de 29 de diciembre de 2007.

III.5 FACULTAD REGLAMENTARIA DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS.

1. La Ley N° 065 establece las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización del Sistema Integral de Pensiones, disponiendo en sus incisos a) y b):
 - a) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.
 - b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, Entidad Pública de Seguros, Entidades Aseguradoras u otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.Asimismo, la Ley en su Artículo 197 dispone:

"El Órgano Ejecutivo y el Organismo de Fiscalización reglamentarán y regularán la presente Ley en el marco de su competencia."
2. La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al amparo de los incisos citados y el artículo 197 tiene el deber legal de emitir una Resolución Administrativa de interpretación extensiva e integradora del artículo 177 de la Ley y demás disposiciones complementarias que rigen la seguridad social de largo plazo, porque éstas forman parte del ordenamiento jurídico del Estado y que a la vez se constituyen en los parámetros jurídicos en los que debe ser resuelta la R.A. APS/DPC/N° 809/2012.
3. Establecidos los antecedentes jurídicos del derecho al cobro de la Comisión del 0.85% por la administración de los Seguros de Riesgo Común, Profesional, Laboral y Gastos Funerarios por las AFP, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no tiene la facultad legal alguna para restringir el derecho de percibir una retribución justa por un servicio prestado ajeno a las tareas propias de la Gestora Pública de Seguridad Social de largo Plazo, tareas que fueron encomendadas transitoriamente a las AFP por el Decreto Supremo 778, más aún cuando la Constitución Política del Estado establece que toda persona tiene derecho a recibir una retribución justa por servicios prestados.
4. Por todo lo expuesto y de acuerdo a la Ley N° 065, se concluye que las comisiones del SIP no comprenden la administración del pago de las prestaciones por Riesgo Común, Profesional, Laboral y Gastos Funerarios; siendo evidente que los servicios están siendo prestados a favor de los Fondos de Siniestralidad y de los Asegurados, en tanto no se conforme la Entidad Pública de Seguros la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo y/o las AFP tiene el derecho al cobro de una comisión que cubra los gastos operativos de la administración de los

seguros citados; en conformidad a los antecedentes normativos establecidos por la R.A. SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007; y D.S. N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, porque los mismos no contradicen la citada Ley.

PETITORIO

Por los fundamentos expresados, solicitamos a su Autoridad se sirva admitir el presente Recurso Jerárquico y en su mérito dictar Resolución bajo los preceptos de la sana crítica la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC N° 548-2013 de 17 de junio de 2013 que confirma la Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809/2012 de 16 de octubre de 2012, porque las disposiciones jurídicas que sustentan el cobro de la percepción de la Comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) no contraviene la Ley N° 065 en los preceptos legales del inciso b) del Artículo 177, porque esta comisión no es considerada en la Ley y de conformidad al razonamiento jurídico establecidos por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFPA/PSF/URJ-SIREFI N° 037/2013 de 14 de junio de 2011, se encuentra vigente y por ser de orden público su cumplimiento es obligatorio..."

Por memorial presentado el 9 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, interpuso el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 548-2013 de 17 de junio de 2013, con los siguientes argumentos:

"...I. CONSIDERACIONES PREVIAS.-

- 1.1. La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 24/2013 emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el recurso jerárquico interpuesto por nuestra AFP, conjuntamente la impugnación suscitada por BBVA Previsión AFP SA., dispone ANULAR la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 941- 2012 de 5 de diciembre inclusive, ordenando que se emita nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la Resolución Ministerial Jerárquica.
- 1.2. La Resolución Ministerial Jerárquica establece en la parte considerativa los fundamentos que motivan la anulación del acto administrativo emitido por la Autoridad de Pensiones y Seguros a tiempo de resolver nuestro recurso de revocatoria y que refieren en lo principal, a las siguientes consideraciones:
 - a) Que la Entidad Reguladora si bien afirmaría que no correspondería el cobro de la comisión del 0.85% por el servicio que conlleva la administración total de las prestaciones, la misma "no ha hecho el menor análisis en cuanto a si la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 820 de 10 de octubre de 2007 y Decreto Supremo No. 29400 de 29 de diciembre de 2007, se encontrarían abrogadas o derogadas, toda vez que estas normas, establecen una comisión del 0.85% sobre el monto de las primas recaudadas o acreditadas".
 - b) Que la APS "omite pronunciarse respecto a lo previsto en el Artículo 177 de la Ley de Pensiones No. 065 de 10 de diciembre de 2010", precisando que debe "considerar que el penúltimo párrafo del señalado artículo, establece que el porcentaje de las comisiones, será el mismo que las Administradoras de Fondos de

Pensiones percibían antes de la promulgación de la Ley No. 065 de 10 de diciembre de 2010.

c) Que la APS "no ha cumplido con los principios de motivación y debida fundamentación", por lo que el acto no cumple con el inciso e) del artículo 28 y artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

d) Se establece el mandato expreso que "el Ente Regulador deberá realizar un **nuevo análisis integral de la norma**, y deberá determinar si corresponde o no el cobro de comisión del cero punto ochenta y cinco (0.85%) por el servicio de administración y pago, toda vez que a la fecha las Administradoras de Fondos de Pensiones, **se encuentran a cargo de la administración total de las prestaciones por Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral, mientras dure el periodo transitorio**" (el resaltado es nuestro).

- 1.3 La autoridad jerárquica dispone la anulación del acto administrativo emitido por la APS, con el mandato expreso de que esta se pronuncie sobre las consideraciones jurídicas antes precisadas. Mediante Resolución APS/DJ/DPC/No.548-2013 la APS se pronuncia nuevamente ratificando su posición de confirmar la Resolución Administrativa APS/DPC/No. 809 - 2012 de 16 de octubre de 2012, advirtiéndose de la lectura sobre los fundamentos que motivan este acto administrativo, que la APS ha hecho caso omiso al mandato dispuesto por la Autoridad jerárquica.

Como se demuestra a continuación, la APS incurre otra vez en ambigüedades y contradicciones, desconociendo la normativa vigente y sus alcances. Omite cumplir con la instrucción emitida por la Autoridad Jerárquica de realizar un **análisis integral de la norma** que regula la aplicación de la comisión 0.85% y la valoración de la realidad material sobre la administración total que las Administradoras se encuentran EFECTIVAMENTE realizando sobre las prestaciones por Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral.

II INCUMPLIMIENTO AL MANDATO DISPUESTO POR LA AUTORIDAD JERARQUICA EN LA RESOLUCION MINISTERIAL JERARQUICA MEFP/VPSF/URG-SIREFI (sic) N° 024/2013.-

- 2.1 De la lectura a la Resolución objeto de la presente impugnación se tiene que extemporáneamente la APS cuestiona la nulidad dispuesta por su Autoridad, desconociendo que la Resolución Administrativa Jerárquica por la que se dispone la nulidad, conforme establece el artículo 56 inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, Decreto Supremo No. 27113 de 25 de julio de 2003, comprende el **saneamiento** del acto administrativo anulado con la consiguiente obligación de subsanar los vicios que la Autoridad Jerárquica ha observado al establecer expresamente que la APS habría incumplido con el inciso e) del artículo 28 y el artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Cabe precisar que la aseveración vertida por la APS, referida a que el argumento de nulidad planteado no correspondería, además de desconocer los alcances del mandato de anulación dispuesto por la Autoridad Jerárquica, se traduce inequívocamente en que la APS continúa omitiendo y por tanto incumpliendo el mandato de **subsanar** el acto administrativo anulado mediante la debida

fundamentación y motivación en cumplimiento a las disposiciones mencionadas, tal como se demuestra a continuación:

2.2 La APS se fundamenta y sostiene en las siguientes normas legales:

- a) El Artículo 31 inciso ñ) de la Ley No. 1732, precisando que "las AFP deben contratar a Entidades Aseguradoras para la cobertura de las prestaciones de invalidez y muerte cuyo origen sea por Riesgo Común y Riesgo Profesional, las cuales en virtud del artículo 37 de al (sic) señalada norma asumen la responsabilidad para el pago de las prestaciones por riesgos".
- b) Precisa que por Decreto Supremo No. 28926 de 15 de noviembre de 2006, al no contar con Entidades Aseguradoras que puedan coberturar las prestaciones por riesgos al declararse desierta la licitación, "se otorga la administración total de los riesgos a las AFP, **claro está, de manera transitoria** hasta que el ente regulador contrate a las Aseguradoras, previa licitación".
- c) Señala que con la Ley No. 065 de Pensiones se establece que, la administración de los riesgos será a través de una Entidad Aseguradora Pública previo proceso de licitación y que, **mientras subsista esta situación la Gestora Pública seguirá administrando el Fondo Colectivo de Riesgos.**
- d) Puntualiza que "Por mandato expreso de la Ley No. 065 de Pensiones, las AFP continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de Prestación de Servicios suscrito con el Estado Boliviano en el marco de la **Ley 1732 de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, asumiendo las obligaciones, atribuciones v facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo**".
- e) Es la propia APS que señala expresamente que "hasta que la Entidad Pública de Seguros se constituya y adquiera la capacidad de otorgar prestaciones de riesgos, la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo **(transitoriamente a cargo de las AFP) continuará administrando el Fondo Colectivo de Riesgos, siendo por tanto las responsables de la administración total de las prestaciones de riesgo común (sic) y Riesgo Profesional**". (el resaltado es nuestro)

De acuerdo con lo expuesto por la propia APS en la Resolución que se impugna, esta reitera y ratifica la normativa que fundamenta y sirve de base legal para la administración por las AFPs del Fondo Colectivo de Riesgos y su responsabilidad de administrar las prestaciones de riesgo común (sic) y Riesgo Profesional. Queda claro por la normativa citada en los incisos anteriores, que los servicios que prestaban las administradoras en cumplimiento de la Ley 1732, Decreto Supremo No. 28926 y **normas reglamentarias**, por efecto de la Ley No. 065 en su Artículo 177, **continúan** siendo prestados en el marco legal reconocido por esta norma durante el PERIODO DE TRANSICIÓN hasta que la Gestora Pública y la Entidad Pública de Seguros sean constituidas y adquieran la capacidad de otorgar prestaciones.

2.3 No obstante que la APS no cuestiona ni desconoce la normativa aplicable a las AFP's para el cumplimiento de sus obligaciones generadas como emergencia del Decreto Supremo No. 28926 y normas reglamentarias posteriores, para la atención y cobertura de las prestaciones de validez y muerte cuyo origen sea por Riesgo Común y Riesgo Profesional; asumiendo una posición carente de razonabilidad y

respaldo legal, asevera y desconoce la aplicación de las mismas normas reglamentarias cuando se trata del pago de la comisión del 0.85%.

La APS pretende fundamentar que las AFP's no tienen el derecho de percibir la comisión del 0.85% porque según sostiene la Resolución Administrativa SPVS/IP/No. 820 de 10 de octubre de 2007 habría sido abrogada, aseverando que la misma sería contraria a la ley (sic) No. 065 al establecer un porcentaje distinto de la Comisión de los servicios previsionales. Incumpliendo con el mandato expreso de la Autoridad jerárquica, la APS no realiza ningún análisis sobre los alcances de esta Resolución que por expresa disposición del artículo 177 al presente se mantiene vigente, tal como se demuestra en el numeral 2.4 siguiente.

En lo que respecta a los alcances de esta Resolución, el artículo 1º, determinó **"Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral** del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, en el periodo establecido por el Decreto Supremo No. 28926 de 16 de noviembre de 2006, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas" (el subrayado es nuestro).

El Artículo 5º de la Resolución citada, estableció que "La vigencia de la comisión, quedará automáticamente resuelta, **a tiempo del vencimiento del periodo transitorio de administración total...**".

Como es de conocimiento de su Autoridad, **no se licitó** la administración de los seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, por lo que dicho periodo transitorio se prolongó en principio hasta la promulgación de la nueva Ley de Pensiones No. 065, pero además con los efectos de continuidad que esta Ley dispuso en el artículo 177.

FUTURO DE BOLIVIA ha continuado y continua con la administración de dichos seguros en el Sistema Integral de Pensiones y ha asumido transitoriamente por mandato legal las funciones de la aun inexistente Entidad Pública de Seguros que, en su momento, será la obligada a otorgar las respectivas prestaciones conforme establece el artículo 51 de la Ley No. 065. Estas prestaciones las cubre por ahora FUTURO DE BOLIVIA.

La Ley N° 065 en su Artículo 177, párrafo VIII señala que: "Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran autorizadas a cobrar las Comisiones o Comisión, conforme a lo siguiente:

- a) **La Comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones.**
- b) **Las Comisiones por servicio de administración de portafolio, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.**

El porcentaje de las comisiones será el mismo que las Administradoras de Fondos de Pensiones percibían hasta antes de la fecha de promulgación de la presente Ley. La Comisión del Sistema Integral de Pensiones será la determinada en la presente Ley.

Las Administradoras durante el periodo de transición podrán deducir los costos de transacciones y de la custodia de los Fondos de Pensiones administrados." La APS sostiene que las comisiones referidas en el inciso b) se aplican solamente para comisiones por cobrar en el SIP. Añade que la comisión del 0.85% fue creada para la administración de pago de pensiones del SSO y no corresponde que se siga aplicando. Sobre este particular, cabe precisar que la norma contenida en el artículo 177 parágrafo VIII establece a continuación del inciso b), expresamente que el porcentaje de las comisiones será el mismo que las AFP's PERCIBIAN hasta antes de la fecha de promulgación. Si las comisiones reguladas en el inciso b) refirieran únicamente a comisiones para cobrar en el SIP, no tendrá ningún sentido jurídico que se regule expresamente a continuación el tratamiento de las comisiones que perciben las AFP's con anterioridad a la Ley No. 065.

La APS pretende DESCONOCER el alcance del inciso b), considerando de manera inadecuada la regulación del pago de todas las comisiones que actualmente cobran las AFP, entre estas la comisión del 0.85%. Dichas comisiones, se encuentran previstas en los montos determinados por la normativa reglamentaria antes de la promulgación de la Ley N° 065 y corresponde en consecuencia su aplicación, hasta **"la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo"**, es decir hasta que termine el periodo de transición.

- 2.4 La APS asevera que "la señalada Ley -refiriendo a la Ley No. 065- no determina en lo específico la prolongación del periodo transitorio para administración de prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, por lo que corresponde aplicar lo que determina la Ley de Pensiones".

Esta aseveración denota la evidente aplicación sesgada del Artículo 177 de la Ley N. 065. La APS no realiza una adecuada lectura de su contenido cuando al inicio de esta disposición se establece clara y de manera contundente:

"Las Administradoras de Fondos de Pensiones **continuarán realizando todas** las obligaciones determinadas mediante **Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria,** así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, **mientras dure el periodo de transición**".

Si bien el Artículo 198 de la misma Ley dispone la abrogatoria de la Ley No. 1732 de 29 de noviembre de 1996, de Pensiones y todas las disposiciones contrarias a la presente Ley", el Artículo 177 establece la aplicación ultractiva de las normas que

son abrogadas por efecto de la Ley 065. Tal es así que las Administradoras continúan administrando y haciéndose cargo de la cobertura de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral y consecuentemente, corresponde también aplicar ultractivamente las normas reglamentarias emitidas para el pago de las comisión del 0.85% en contraprestación a estos servicios y en cumplimiento al Contrato que el Estado Boliviano tiene suscrito con Futuro de Bolivia S.A. aun vigente por mandato expreso legal del artículo 177.

La aplicación arbitraria que realiza la APS, conlleva al desconocimiento de nuestros derechos que se encuentran expresamente reconocidos en el Decreto Supremo No. 28926, la Resolución Administrativa SPVS/IP/No. 820 y normas reglamentarias cuya aplicación ultractiva y transitoria se encuentra expresamente establecida en el primer párrafo del artículo 177, en tanto continúe el periodo transitorio hasta que la Entidad Gestora de Seguridad Social y la Entidad Pública de Seguros sean constituidas e inicien sus actividades.

- 2.5 La Resolución Administrativa que se impugna, sin base legal, nuevamente se respalda en una nota emitida por Viceministerio de Pensiones APS/DPC/7287 de 21 de septiembre de 2012, de cuyo contenido se advierte que en ninguna parte se establece que el pago de las comisiones, entre estas las que corresponden por pago de Pensiones de Riesgos Común, Profesional y/o Laboral (85%), deban realizarse hasta el 1ro de febrero de 2011, fecha del inicio de recaudación de Contribuciones al SIP, máxime si la Entidad Pública de Seguros todavía no ha asumido efectivamente las coberturas que establece el artículo 51 de la Ley No. 065.

Es un hecho incontrovertible que la Gestora Pública aún no ha iniciado sus actividades y FUTURO DE BOLIVIA continua prestando las prestaciones reconocidas en el artículo 177 parágrafo III, inciso b) segundo párrafo. Por tanto, corresponde que el Regulador **garantice un análisis integral** de la normativa vigente y en su mérito observe su estricto cumplimiento, mediante el pago de la comisión del 0.85% por los servicios antes referidos, toda vez que constituye un derecho **expresamente reconocido y por tanto adquirido** hasta antes de la promulgación de la Ley No. 065:

- (i) El artículo 32 (Servicios y Comisiones), inciso c) de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones, estableció como derecho irrenunciable de FUTURO DE BOLIVIA a percibir **una remuneración** por los servicios prestados, al señalar que "El servicio de pago de Pensiones del seguro social obligatorio (sic) de largo plazo..., serán remunerados mediante comisiones correspondientes a cada uno de dichos pagos".
- (ii) En el marco de lo establecido por el Art. 32, inciso c) de la Ley N° 1732 y conforme los antecedentes normativos detallados en el parágrafo I, la CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA del Contrato de Prestación de Servicios suscrito por Futuro de Bolivia y la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros en sus numerales 15.2 y 15.4, otorga la facultad de FUTURO DE BOLIVIA para el **cobro de Comisiones Competitivas**, así como el, numeral 15.8 del

*predicho contrato de prestación de servicios que señala lo siguiente: "**15.8 Cobro de Comisiones con posterioridad al Periodo de Exclusividad.** Con posterioridad al vencimiento del Periodo de Exclusividad, la AFP podrá cobrar comisiones de acuerdo a las condiciones de mercado o a las que se determinen en forma específica por la Superintendencia mediante los mecanismos permitidos por la Ley de Pensiones y sus Normas Reglamentarias".*

Al presente el Contrato de Prestación de Servicios y sus adendas se **encuentran plenamente vigentes** y, conforme a lo establecido por el Art. 192 de la Ley N° 065, recién quedarán resueltos una vez concluido el periodo de administración transitorio.

De acuerdo con este marco legal y contractual, FUTURO DE BOLIVIA se encuentra plenamente legitimada para percibir por concepto de REMUNERACIÓN la comisión del 0.85%, en contraprestación a los servicios de seguro que efectivamente se encuentra prestando en tanto la Entidad Pública de Seguros no se haga cargo de dichos servicios.

Desconocer el derecho legítimo a percibir una REMUNERACIÓN que como tenemos ampliamente demostrado se halla respaldada por la normativa contenida en el Artículo 177 de la Ley No. 065, no solo conlleva a la inobservancia de la regulación expresamente prevista para su cumplimiento, si no que desconoce el derecho constitucional de percibir una remuneración por la prestación de los servicios que son reconocidos por la propia APS y que reiteramos, se encuentran amparados por la normativa ampliamente expuesta y analizada en este recurso.

III. PETITORIO.-

Con base en los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso y el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, reitero y solicito a su Autoridad **Revocar Totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/N° (sic) 548 - 2013 de fecha 17 de junio de 2013**, y en su merito la revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DPC/No. (sic) 809-2012, ratificándose en consecuencia el derecho de las AFP a percibir la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre primas recaudadas y acreditadas por el servicio de pago de las pensiones (prestaciones) de riesgos común, profesional y/o laboral..."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, atendió la consulta realizada por BBVA Previsión AFP S.A., señalando que de acuerdo al análisis efectuado, y considerando que el 1º de febrero de 2011 se inicia la recaudación de Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones, no corresponde el cobro de la comisión del 0.85% por la administración temporal de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.

BBVA Previsión AFP S.A. por memorial de 1 de octubre de 2012 y Futuro de Bolivia S.A. AFP con nota FUT.APS.AL.2064/2012 de 3 de octubre de 2012, solicitan que la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012 sea consignada en Resolución Administrativa.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 809-2012 de 16 de octubre de 2012, eleva la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012, a rango de Resolución Administrativa.

En fechas 8 y 9 de noviembre de 2012, las Administradora de Fondos de Pensiones Interponen Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 809-2012 de 16 de octubre de 2012.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 548-2013 de 17 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 809-2012 de 16 de octubre de 2012.

Por memoriales de 8 y 9 de julio de 2013, BBVA Previsión AFP S.A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP respectivamente, interpusieron Recursos Jerárquicos contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 548-2013 de 17 de junio de 2013, mismos que pasan a resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Antecedentes normativos.-

Previo al análisis corresponde señalar la normativa aplicable al caso de autos, como sigue:

- Ley Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996:

“ARTÍCULO 27º ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP). La administración y el otorgamiento de las prestaciones de jubilación, invalidez, muerte, gastos funerarios y riesgos profesionales del seguro social obligatorio de largo plazo ... son responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)...”

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

“ARTÍCULO 31º OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (AFP). Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán cumplir con las siguientes obligaciones:

(...)

ñ) Contratar con entidades aseguradoras seguros para sus Afiliados, para la cobertura de las prestaciones de invalidez y muerte causadas por riesgo común y por riesgo profesional..."

"ARTÍCULO 32º SERVICIOS Y COMISIONES. Los servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) serán remunerados por las siguientes comisiones o primas, según corresponda:

- a) El servicio de administración de portafolio será remunerado mediante una comisión descontable de los fondos de pensiones administrados.
- b) El servicio de afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones será remunerado mediante una comisión, descontable del Total Ganado o del Ingreso Cotizable del Afiliado a tiempo de efectuar la cotización.
- c) El servicio de pago de Pensiones al seguro social obligatorio de largo plazo y el servicio de administración y pago de los beneficios de la capitalización, serán remunerados mediante comisiones correspondientes a cada uno de dichos pagos..."

- Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006:

"ARTÍCULO 1. (OBJETO)

- I. El presente Decreto Supremo, tiene por objeto disponer que las Administradoras de Fondos de Pensiones – AFP's, **administren totalmente las prestaciones por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral**, conforme establece la Ley N° 11732 (sic)- Ley de Pensiones, a partir de la publicación del presente Decreto Supremo en forma transitoria **hasta la fecha a ser determinada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS**. Se determina como fecha de **inicio de cobertura del período administrado por las AFP's**, el 1 de noviembre de 2006.
- II. Durante el período citado precedentemente, **las Administradoras de Fondos de Pensiones administrarán las prestaciones de invalidez y muerte por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral**, mediante las cuentas colectivas denominadas, respectivamente, "Cuenta de Siniestralidad" y "Cuenta de Riesgos Profesionales", que a la fecha son administradas por las AFP's, así como el pago de las rentas por Riesgo Profesional del Sistema de Reparto.
- III. A la finalización del periodo transitorio, la administración de las prestaciones por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral, quedará a cargo de las Entidades Aseguradoras, previa Licitación conforme a normativa vigente..."
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

- Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007:

"...ARTÍCULO 1º.- Aprobar la comisión por servicio de pago de pensiones de las

prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, en el período establecido por el Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, en cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas.
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

“...**ARTÍCULO 5°.-** La vigencia de la comisión, quedará automáticamente resuelta, a tiempo del vencimiento del período transitorio de administración total y una vez que el Contrato con las Entidades Aseguradoras entre en vigencia...”

- Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007:

“**DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA (COMISIÓN DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES)** La comisión máxima que cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que presta dentro de los alcances del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006 y durante el periodo establecido en el mismo, será de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas...”

- Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones:

“**ARTÍCULO 151. (FINANCIAMIENTO)** La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo se financiará con:

- a) La Comisión del cero coma cinco por ciento (0,5%) deducido del Total Ganado o del Ingreso Cotizable de los Asegurados atempore de efectuarla Contribución, por el servicio de aseguramiento, procesamiento de datos, administración de la cartera de inversiones de los Fondos, custodia de Valores, administración y pago de prestaciones...”

“**ARTÍCULO 177. (CONTINUIDAD DE SERVICIOS).** Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley N° 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición, debiendo tomar en cuenta lo siguiente:
(...)”

VIII. Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran autorizadas a cobrar las Comisiones o Comisión, conforme lo siguiente:

- a. La Comisión por **servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones** del Sistema Integral de Pensiones.
- b. Las Comisiones por **servicio de administración de portafolio, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones**, hasta la fecha de inicio

de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

El porcentaje de las comisiones será el mismo que las Administradoras de Fondos de Pensiones percibían hasta antes de la fecha de promulgación de la presente Ley. La Comisión del Sistema Integral de Pensiones será la determinada en la presente Ley..."
(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

2.2. En cuanto a las obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones y la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.-

La Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996, establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones, son las responsables de la administración y otorgamiento de las prestaciones de jubilación, invalidez, muerte, gastos funerarios y Riesgos Profesionales del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, debiendo para el efecto, contratar a las Entidades Aseguradoras para que éstas asuman la responsabilidad plena de la cobertura y el pago total de las prestaciones de Invalidez y muerte causadas por Riesgo Común y Riesgo Profesional.

En virtud a que la última licitación realizada para la contratación de las Entidades Aseguradoras, fue declarada desierta, mediante Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, se estableció que a partir del 1° de noviembre de 2006 las Administradoras de Fondos de Pensiones, administren totalmente las prestaciones por Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral, en forma **transitoria** hasta que la administración de las prestaciones por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral, quede a cargo de las Entidades Aseguradoras, previa Licitación conforme a normativa vigente.

Para tal efecto, tanto la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, como el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, establecen que durante el periodo transitorio las Administradoras de Fondos de Pensiones, reciban en contraprestación de sus servicios, una **comisión por el servicio de pago de pensiones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo**, de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%), sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas.

Una vez emitida la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, se estableció que la Entidad Pública de Seguros asumirá la responsabilidad plena del pago de la totalidad de las Prestaciones de Invalidez, Pensiones por Muerte por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, para lo cual el Organismo de Fiscalización debía realizar un proceso de licitación para la contratación de la Entidad Pública de Seguros, sin embargo, mientras dure este proceso, la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo, seguiría administrando el Fondo Colectivo de Riesgos.

En sujeción a lo determinado por el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben cumplir con las obligaciones determinadas en el Contrato, la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y la Ley N° 065 de Pensiones y demás normativa reglamentaria, asumiendo de manera transitoria las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo.

En tal sentido y debido a la existencia del Decreto Supremo N° 29826 de 15 de noviembre de 2006 y normas conexas, se entiende que desde el 1° de noviembre de 2006, hasta el inicio de actividades de la Entidad Gestora o hasta que se realice la licitación de la Entidad Pública de Seguros, las **responsables de la administración total de las prestaciones por Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral**, son las **Administradoras de Fondos de Pensiones**.

Ahora bien, en el marco de las atribuciones y competencias definidas en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y normativa vigente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, tiene entre otras, las siguientes obligaciones:

- a) Cumplir y hacer cumplir la Ley y sus decretos reglamentarios, asegurando la correcta aplicación de la norma.
- b) Regular la Ley en el marco de su competencia.

Entrando al caso de autos, tenemos que BBVA Previsión AFP S.A., mediante nota PREV.CONT FDS. 01333/05/2011 de **31 de mayo de 2011**, consultó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, respecto al pago de la Comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0,85%) por la administración de prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.

La Entidad Reguladora, con nota APS/DJ/549/2012 de **24 de enero de 2012**, a su vez, realizó la consulta al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, sobre el señalado cobro de Comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%), la cual fue atendida mediante nota MEFP/VPSF/DGP/USIP/N° 0097/2012 de **17 de abril de 2012**, en la que se comunicó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que en el marco de sus atribuciones y competencias definidas en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y la normativa vigente, debe velar por el estricto cumplimiento de las mismas.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DPC/7287/2012 de **21 de septiembre de 2012**, respondió la señalada consulta, argumentando que considerando que el 01 de febrero de 2011 se inicia la recaudación de Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones, no corresponde el cobro de la comisión del 0.85% por la administración temporal de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.

BBVA Previsión AFP S.A. mediante memorial de 1 de octubre de 2012 y Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.APS.AL.2064/2012 de 3 de octubre de 2012, solicitan que la nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012 sea consignada en Resolución Administrativa, misma que fue atendida mediante Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de 16 de octubre de 2012.

De la relación de hechos, se puede evidenciar que desde la consulta efectuada por BBVA Previsión AFP S.A., en fecha **31 de mayo de 2011**, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, recién en fecha **24 de enero de 2012**, realizó la consulta al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, es decir a los **siete (7) meses y veinticuatro (24) días**.

Asimismo, desde la recepción de la nota MEFP/VPSF/DGP/USIP/N° 0097/2012 el **17 de abril de 2012**, la Entidad Reguladora, en fecha **21 de septiembre de 2012**, atendió la consulta realizada por BBVA Previsión AFP S.A., a más de un año de efectuada la misma.

Como se puede observar, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, demoró considerablemente en atender la consulta realizada por BBVA Previsión AFP S.A., ocasionando que la recurrente se encuentre en un estado de incertidumbre durante más de un año.

De igual manera, la Entidad Reguladora, simplemente se limitó a señalar que no corresponde el cobro de la Comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%), toda vez que en fecha 1° de febrero de 2011 se inició la recaudación de Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones, sin establecer ningún procedimiento o análisis exhaustivo de la vigencia de la norma, a fin de asegurar su correcta aplicación.

Por lo tanto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no atendió de manera oportuna la consulta efectuada, ni realizó el análisis íntegro de la norma, incumpliendo su obligación de velar por el estricto cumplimiento de las normas que hubiera correspondido.

2.3. De la Comisión por la administración de prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.-

El argumento que presentan Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A., en sus Recursos Jerárquicos es que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no tiene la facultad de restringir el derecho a percibir una retribución justa por un servicio prestado ajeno las tareas propias de la Gestora Pública.

Tal como se señaló precedentemente, debido a la existencia del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, a partir del 1° de noviembre de 2006, las Administradoras de Fondos de Pensiones, transitoriamente se encuentran administrando y otorgando las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, hasta el inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo o la licitación de la Entidad Pública de Seguros.

Toda vez que a la promulgación de la Ley N° 065 de Pensiones, no existió la señalada licitación, las Administradoras de Fondos de Pensiones, continuaron con la responsabilidad plena para la administración y pago de la totalidad de las prestaciones por riesgos.

En virtud a ello y a lo determinado en el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y consiguientemente mientras dure el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones, se encuentran asumiendo las obligaciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo.

Es así que las obligaciones que tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones, tanto en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, como en el Sistema Integral de Pensiones y que no fueron transferidas a terceros, son las siguientes:

- Prestar servicios de Afiliación y registro, y su correspondiente administración.
- Recaudar las contribuciones, más los intereses que no hubieren sido pagados a la AFP por el empleador.
- Iniciar y tramitar los Procesos Ejecutivos Sociales.
- Realizar el cálculo de las pensiones que le corresponda al Asegurado.
- Gestionar y pagar las prestaciones.
- Retener y pagar el porcentaje de las pensiones para el seguro de salud.
- Representar a los Asegurados.

Entonces por la contraprestación a los servicios otorgados, en cumplimiento a la normativa vigente y al Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la Administradora de Fondos de Pensiones con la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, corresponde que los servicios a los que está obligada la Administradora, sean remunerados a través de una comisión.

Para tal efecto, la norma mediante el artículo 32 de la Ley N° 1732 de 29 de noviembre de 1996 de Pensiones y el párrafo VIII del artículo 177 de la Ley N° 065 de Pensiones, autorizan a las Administradoras de Fondos de Pensiones, a realizar el cobro de Comisión por:

- El servicio de afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones.
- El servicio de administración de portafolio.
- El servicio de pago de pensiones.

Asimismo, revisados los antecedentes normativos, tenemos que mediante Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, estableció que por el **servicio de pago** de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, reconoce el cobro de una comisión por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones, del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre primas recaudadas y acreditadas.

De igual manera, la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, establece que la comisión máxima que las Administradoras de Fondos de Pensiones podrán cobrar por el servicio que prestan dentro de los alcances del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, es del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas.

Ahora bien, la presente controversia surge como consecuencia de la consulta realizada por BBVA Previsión AFP S.A. respecto al referido cobro de comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%), por la administración total de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, una vez emitida la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DPC/7287/2012 de 21 de septiembre de 2012, elevada a Resolución Administrativa (Resolución Administrativa APS/DPC/N° 809-2012 de 16 de octubre de 2012), confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 548-2013 de 17 de junio de 2013, determinó que no corresponde el cobro de dicha comisión, en razón a que -a decir de la Entidad

Reguladora- el 1º de febrero de 2011 se inició la recaudación de Contribuciones al Sistema Integral de Pensiones.

Sobre el particular, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 024/2013 de 10 de mayo de 2013, ha señalado que:

*“...el penúltimo párrafo del señalado artículo (refiriéndose al artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones), establece que el **porcentaje de las comisiones, será el mismo que las Administradoras de Fondos de Pensiones percibían antes de la promulgación de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010.** ... Por lo que el Ente Regulador deberá realizar un nuevo **análisis integral de la norma**, y deberá determinar si corresponde o no el cobro de comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) por el servicio de administración y pago, toda vez que a la fecha las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran a cargo de la administración total de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional/Laboral, mientras dure el periodo transitorio...”*

(Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

La Entidad Reguladora mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 548-2013 de 17 de junio de 2013, se limita a señalar que: *“...dentro del marco legal previsto por la Ley N° 065 que, en su artículo 177, parágrafo VIII **inciso a)**, dice que, las AFP se encuentran autorizadas a cobrar la Comisión por servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones **hasta el inicio de la recaudación** de las Contribuciones del Sistema Integral de Pensiones, que según el artículo 2 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, la recaudación de las Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios en el Sistema Integral de Pensiones ... se inicia a partir del primer día hábil del mes de febrero de 2011 ... que en lo referente al **inciso b)**, la norma textualmente expresa que, las Comisiones por servicio de administración, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo. Es decir que, este inciso aplica sólo para comisiones a cobrar en el SIP, las cuales ya se hallan determinadas expresamente por norma vigente y no consideran el cobro de comisión por administración de prestaciones...”*

De lo señalado, corresponde realizar el análisis de las comisiones a las que tienen derecho las Administradoras de Fondos de Pensiones como sigue:

El artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, señala:

“ARTÍCULO 177. (CONTINUIDAD DE SERVICIOS). Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán **realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano EN EL MARCO DE LA LEY N° 1732, DE PENSIONES, DECRETOS SUPREMOS Y NORMATIVA REGULATORIA REGLAMENTARIA**, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, **asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de**

Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición, debiendo tomar en cuenta lo siguiente:

(...)

VIII. Las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran autorizadas a cobrar las Comisiones o Comisión, conforme lo siguiente:

- a) La Comisión por **servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones.**
- b) Las Comisiones por **servicio de administración de portafolio, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.**

El porcentaje de las comisiones **será el mismo que las Administradoras de Fondos de Pensiones percibían hasta antes de la fecha de promulgación de la presente Ley.** La Comisión del Sistema Integral de Pensiones será la determinada en la presente Ley..." (Las negrillas y mayúsculas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Entonces tenemos lo siguiente:

Inciso a)

Tal como se señaló, el inciso a) del párrafo VIII del artículo 177 de la Ley N° 065 de Pensiones, autoriza a las Administradoras de Fondos de Pensiones, al cobro de Comisión por el servicio de Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones, hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones.

Respecto al inicio de la recaudación de Contribuciones, el párrafo I del artículo 2 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, señala lo siguiente:

"...I. La recaudación de Contribuciones y los Aportes Nacionales Solidarios en el SIP, se iniciarán considerando los siguientes periodos de cotización:

- a) *El primer periodo de cotización para Asegurados Dependientes corresponde a enero de 2011.*
- b) *El primer periodo de cotización para Asegurados Independientes corresponde a febrero de 2011..."*

Si bien el inciso a) del párrafo VIII del artículo 177 señalado, hace referencia al cobro de comisión hasta el inicio de la recaudación de las contribuciones del Sistema Integral de Pensiones, motivo por el que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones rechaza a las Administradoras de Fondos de Pensiones el cobro de Comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%), es importante aclarar que éste inciso, autoriza al cobro de Comisión por el servicio de **Afiliación, procesamiento de datos y administración de prestaciones.**

Sin embargo, la presente controversia se inició por la consulta realizada por BBVA Previsión AFP S.A., respecto al cobro de comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%), autorizado mediante la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007 y el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, por el servicio de administración del **pago de las prestaciones** por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.

Por lo tanto, es evidente que el inciso a), como es planteado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no se aplica al presente caso de autos, toda vez que éste no hace referencia a la comisión por el servicio de pago de pensiones de las prestaciones por Riesgos.

Asimismo, es evidente que el artículo 151 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, determina que:

“... La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, se financiará con:

a) La Comisión del cero coma cinco por ciento (0,5%) deducido del Total Ganado o del Ingreso Cotizable de los Asegurados a tiempo de efectuar la Contribución, por el servicio de aseguramiento, procesamiento de datos, administración de la cartera de inversiones de los Fondos, custodia de Valores, administración y pago de prestaciones...”

Al respecto, si bien el artículo 177 de la Ley N° 065 de Pensiones, establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones, asumen las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, no debe olvidar que hasta la fecha, la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo, no ha sido creada, correspondiendo por lo tanto a la Entidad Reguladora emitir la regulación correspondiente o aclaración respecto a la comisión establecida por el inciso a) del párrafo VIII del artículo 177 de la Ley de Pensiones.

Inciso b)

El inciso b) del párrafo VIII del artículo 177 de la Ley N° 065 de Pensiones, autoriza el cobro de Comisión por el servicio de administración de portafolio, por pago de pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones, hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Respecto a la Comisión por el servicio de administración de portafolio, la misma se encuentra establecida en el numeral 15.1 de la cláusula Décimo Quinta del Contrato de Prestación de Servicios, suscrito entre la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros con las Administradoras de Fondos de Pensiones y la Comisión del Sistema Integral de Pensiones en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, sin embargo, ambas comisiones no son motivo de la presente controversia.

Ahora bien, respecto a la Comisión por el **pago de prestaciones**, la norma señala que la misma corresponde que sea cobrada por las Administradoras de Fondos de Pensiones, **hasta la fecha de inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo**

Plazo.

Como es de conocimiento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, hasta la fecha, la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo, no inició sus actividades, siendo por lo tanto responsables para el pago de prestaciones y consiguiente derecho al cobro de comisión por tal servicio, las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Asimismo, se tiene que el penúltimo párrafo del parágrafo VIII del artículo 177 de la Ley N° 065 de Pensiones, señala que el porcentaje de las comisiones será el mismo que las Administradoras de Fondos de Pensiones percibían **hasta antes de la fecha de promulgación de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones**, es decir:

- Uno punto treinta y uno por ciento (1.31%) sobre el monto de las Prestaciones de Vejez y CC Mensual, para el servicio pago de pensiones de jubilación (Resolución Administrativa SPVS-IP N° 963/2002 de 11 de diciembre de 2002).
- Cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%), sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas, por el servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral (Resolución Administrativa SPVS SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007 y Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007).

De acuerdo a lo establecido por el artículo 51 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la Entidad Pública de Seguros, queda obligada a otorgar la cobertura y asume la responsabilidad plena del pago de la totalidad de las Prestaciones de Invalidez y Muerte por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.

Sin embargo, debido a que hasta la fecha no fue creada la Entidad Pública de Seguros y al ser las Administradoras de Fondos de Pensiones, las encargadas de administrar transitoria y totalmente las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, corresponde **según dicta la normativa**, que éstas realicen el cobro de la comisión por el servicio de pago de prestaciones por riesgos, en el porcentaje que percibían hasta antes de la promulgación de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, mucho más si se considera que ésta no es una actividad propia de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

En tal sentido, corresponde que las Administradoras de Fondos de Pensiones, continúen cobrando la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas, por el servicio de administración del pago de las prestaciones por riesgos.

2.4. De la abrogación de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2010 y la derogación de la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 024/2013 de 10 de mayo

de 2013, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, señaló que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha cumplido con los principios de motivación y debida fundamentación, en virtud a que no **hizo el menor análisis** en cuanto a la vigencia de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007 y el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ya en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 548-2013 de 17 de junio de 2013, determina que:

*“...en lo que se refiere a la normativa para la administración del pago pensiones por riesgos en el SSO y su comisión ésta ha quedado **sin efecto**, considerando lo que se tiene determinado por la Ley No. 065 de Pensiones cuando se establece que, la Comisión del cero coma cinco por ciento (0,5) deducido del Total Ganado o del Ingreso Cotizable de los Asegurados a tiempo de efectuar la Contribución, por el servicio de aseguramiento, procesamiento de datos, administración de la cartera de inversiones de los Fondos, custodia de Valores, administración y pago de prestaciones.*

Que para una mejor comprensión de lo anterior, corresponde señalar que las normas que establecían la Comisión del 0,85% para las AFP por la administración de riesgos, como lo son la Resolución Administrativa SPVS/IP/No. 820 de 10 de octubre de 2007 y el Decreto Supremo No. 29400 de 29 de diciembre de 2007, han quedado sin efecto, en el primer caso se halla abrogada y el segundo derogado en lo que corresponde al asunto en controversia; toda vez que se constituyen en normas que contrarían la Ley No.065 al establecer estas disposiciones un porcentaje distinto de la Comisión por los servicios previsionales, a percibirse por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, que transitoriamente representan las AFP, hasta el inicio formal de actividades de esta entidad pública.

Que en lo que respecta al acápite VIII del artículo 177 de la Ley No.065 de Pensiones (en particular el penúltimo párrafo), en atención a un integral entendimiento del texto normativo se tiene establecido que, en primer lugar, es evidente que las AFP se encuentran autorizadas para el cobro de la Comisión y, en segundo lugar, si bien el porcentaje de las comisiones será el mismo que las AFP percibían hasta antes de la fecha de promulgación de la Ley No.065, sin embargo habrá que considerar que al estar las AFP (transitoriamente) continuando con la administración de las prestaciones (riesgos), asumiendo las obligaciones de la Gestora Pública y encontrándose en vigencia la señalada Ley, en contraprestación por los servicios prestados tienen el derecho a la Comisión señalada en el inciso b) del acápite VIII del artículo 177 se (sic) la señalada Ley...”

De lo señalado precedentemente, se tiene que el Ente Regulador, sin hacer un mayor análisis de la norma, afirma que la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007 y la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007, que establecen el cobro de comisión por la administración y otorgamiento de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral al Seguro Social Obligatorio, habrían quedado sin efecto, desde el inicio de la recaudación de

contribuciones al Sistema Integral de Pensiones, ya que son contrarias a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

Al respecto, si bien el artículo 198 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece abrogación y derogación tácita de todas las disposiciones contrarias a la señalada Ley N° 065 de Pensiones, eso no significa que el Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 y que la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 820 de 10 de octubre de 2007, se encuentren derogada y abrogada tácitamente, como da a entender la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Esto debido a que tal como se analizó en el numeral anterior, las Administradoras de Fondos de Pensiones, de manera transitoria, son las responsables plenas del pago de prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral (motivo de controversia), hasta el inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo, obligación que emerge del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006 y demás normativa reglamentaria y se ratifica por el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

Por lo tanto, en virtud a lo determinado por el inciso b) del párrafo VIII del artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, las Administradoras de Fondos de Pensiones, se encuentran autorizadas al cobro de Comisión por el pago de prestaciones, en el mismo porcentaje que percibían hasta antes de la fecha de promulgación de la Ley N° 065 de Pensiones.

En tal sentido, debido a que mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007 y a través de la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400, se aprobó la comisión por servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, de cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de primas recaudadas y acreditadas, las mismas tal como se señaló, se mantienen vigentes hasta el inicio de actividades de la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo.

Por tanto, es evidente que ninguna de las señaladas normas, son contrarias a la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, más aún si las mismas regulan el cobro de comisión por el servicio de pago de prestaciones por riesgos, por la administración transitoria de las prestaciones por Riesgos, monto que no fue modificado por la Ley o Decretos Reglamentarios vigentes.

En tal sentido, es evidente que no existe una contradicción entre los preceptos legales establecidos en la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007, la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 y la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, por lo tanto las mismas se encuentran vigentes y son de estricto cumplimiento por parte de los regulados.

2.5. De la vigencia de la Comisión por la administración de las Prestaciones por Riesgos.-

El artículo 1° del Decreto Supremo N° 28926 de 15 de noviembre de 2006, establece lo

siguiente:

- “ ...
I. El presente Decreto Supremo, tiene por objeto disponer que las Administradoras de Fondos de Pensiones – AFP's, administren totalmente las prestaciones por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral, ...en forma transitoria **hasta la fecha a ser determinada por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros – SPVS.**
(...)

III.A la finalización del periodo transitorio, la administración de las prestaciones por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral, quedará a cargo de las Entidades Aseguradoras, previa Licitación conforme a normativa vigente...

(Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Ahora bien, con relación a la comisión por el servicio de pago de pensiones de las prestaciones de Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, la Disposición Final Primera del Decreto Supremo N° 29400 de 29 de diciembre de 2007 establece que la vigencia de la comisión será durante el periodo establecido en el señalado Decreto Supremo N° 28926 (**hasta la finalización del periodo transitorio**), asimismo, el artículo 5 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 820 de 10 de octubre de 2007 determina que la vigencia de la comisión quedará automáticamente resuelta, **al vencimiento del periodo transitorio de administración total y una vez que el contrato con las Entidades Aseguradoras entre en vigencia.**

Toda vez que la última licitación realizada para la contratación de Entidades Aseguradoras fue declarada desierta, y considerando que hasta la fecha tampoco se cuenta con la Entidad Pública de Seguros o la Gestora Pública de la Seguridad Social de largo plazo, es evidente que las Administradoras de Fondos de Pensiones, son las responsables de realizar la administración total de las prestaciones por Riesgos.

En tal sentido, debido a que a la fecha el periodo transitorio de administración de las prestaciones por Riesgos **no finalizó**, y no se cuenta con un contrato vigente con las Entidades Públicas de Seguros, es indiscutible que la vigencia de la comisión por el servicio de pago de pensiones de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, no quedó resuelto.

Por lo tanto, corresponde reconocer a las Administradoras de Fondos de Pensiones, el servicio de pago de prestaciones por Riesgos, a través de la comisión establecida del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) sobre el monto de las primas recaudadas y acreditadas.

Finalmente, la norma claramente señala que la administración total de las prestaciones por riesgos, será realizada de manera transitoria **hasta la fecha a ser determinada por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, actual Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros**, sin embargo, no se cuenta con ninguna disposición emitida por el Órgano Fiscalizador, que modifique o deje sin efecto la comisión del cero punto ochenta y cinco por ciento (0.85%) por el servicio de pago de prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral, entendiéndose por lo tanto, que la señalada

comisión se encuentra vigente.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante, llega a la conclusión de que la Autoridad Fiscalizadora, no ha hecho un correcto análisis de la norma en cuanto al argumento presentado por las recurrentes, respecto a por que las Administradoras de Fondos de Pensiones no tendrían derecho a cobrar una comisión por los servicios prestados por la administración y otorgamiento de las prestaciones por Riesgo Común, Riesgo Profesional y Riesgo Laboral.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. b) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Revocar la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 548-2013 de 17 de junio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DPC/Nº 809-2012 de 16 de octubre de 2012, dejando sin efecto ambas Resoluciones Administrativas.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/N° 561-2013 DE 20 DE JUNIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 078/2013 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 078/2013

La Paz, 19 de Noviembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 561-2013 de 20 de junio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 076/2013 de 8 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 170/2013 de 21 de octubre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131° de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 12 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, representada legalmente por su Gerente de Operaciones el Sr. Freddy Mauricio Sanjinés Raña, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 055/2013 de fecha 7 de enero de 2013, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dr. Félix

Oblitas García, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 561-2013 de 20 de junio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013.

Que, en fecha 18 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió el expediente correspondiente al Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 561-2013 de 20 de junio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 23 de julio de 2013, notificado en fecha 25 de julio de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 561-2013 de 20 de junio de 2013.

Que, en fecha 5 de agosto de 2013, a horas 10:30, se recibió la Exposición Oral de Fundamentos, a solicitud de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

1.1. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DPC/7742/2012 de 5 de octubre de 2013, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con los siguientes cargos:

“...Il Imputación de Cargos

Cargo 1.- *Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.*

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Marcos Kim Lim (ASEA LTDA. INDUSTRIAS TEXTILES)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.

Fiscalía: Fiscalía de La Paz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal: Por el período comprendido entre el **10 de abril de 2012 al 27 de julio de 2012.**

Antecedentes:

- Por memorial de 19 de octubre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de Marcos Kim Lim, por el delito de apropiación indebida de aportes, manifestando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Asea Ltda. Industrias Textiles", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los períodos enero/2011 a junio/2011, misma que asciende a la suma de Bs113.834,83 (Nota de Débito N° 1-02-2011-00715 de 12 de septiembre de 2011).
- En fecha 15 de noviembre de 2011, presta su Declaración Informativa Mercedes García como denunciante y en representación de la AFP.
- Por memorial de 13 de diciembre de 2011, la AFP reitera requerimientos fiscales.
- El Sof. Mario Quisbert, investigador asignado al caso, por informe de 30 de marzo de 2012, dirigido al Tte. Pedro Ramos Jefe de la División Económicos y Financieros, sugiere a la Fiscal se notifique mediante edicto al denunciado por desconocer su domicilio.
- Por memorial de 29 de marzo de 2012, el denunciado Marcos Kim Lim, solicita se señale día y hora de audiencia.
- Por memorial de **10 de abril de 2012**, el Fiscal Dr. Roger Velásquez solicita al Juez Segundo de Instrucción en lo Penal, se notifique mediante edicto al imputado.
- Por memorial de **27 de julio de 2012**, la AFP, solicita al Fiscal se extienda fotocopias simples del cuaderno de investigación.

Cargo 2.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Arsenio Pastor Boez Youbert (ALVIMER S.A.)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.

Fiscalía: Fiscalía de La Paz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal: Por el período comprendido entre el **11 de abril de 2012 al momento de remisión de la documentación remitida por la AFP.**

Antecedentes:

- Por memorial de 08 de noviembre de 2011, la AFP, presenta denuncia en contra de Arsenio Pastor Boez Youbert, por el delito de Apropiación Indebida de Aportes, manifestando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Alvimer S.A.", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los períodos enero/2011 a junio/2011, misma que

asciende a la suma de Bs22.180,10 (Nota de Débito N° 1-02-2011-00703 de 09 de septiembre de 2011).

- En fecha 23 de noviembre de 2011, el Fiscal de Materia Dr. Carlos Fiorilo, informa al Juez Instructor de Turno en lo Penal, el inicio de las investigaciones.
- Por requerimiento de 22 de febrero de 2012, el Fiscal de Materia - Dr. Carlos Fiorilo, solicita al Ministerio de Trabajo, certifique detalle de finiquitos correspondientes a los trabajadores dependientes de la Empresa "Alvimer S.A." durante los periodos enero a junio/2011, y remita fotocopias legalizadas de formularios del último pago trimestral realizado por la empresa.
- En fecha **11 de abril de 2012**, presta su Declaración Informativa Mercedes García como denunciante y en representación de la AFP.

Cargo 3.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Víctor Hugo Rodríguez Vera (BOLÍVAR TRAVEL BUREAU SRL)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.

Fiscalía: Fiscalía de La Paz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal: Por el período comprendido entre el **26 de enero de 2012 al 27 de julio de 2012.**

Antecedentes:

- Por memorial de 05 de diciembre de 2011, la AFP, presenta denuncia en contra de Víctor Hugo Rodríguez Vera, por el delito de Apropriación Indevida de Aportes, manifestando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Bolívar Travel Bureau SRL", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a junio/2011, misma que asciende a la suma de Bs.4.944.59 (Nota de Débito N° 1-02-2011-00622 de 5 de septiembre de 2011).
- Por memorial de fecha **26 de enero de 2012**, la AFP, subsana lo observado adjuntando informe y fotocopias simples de la gestión administrativa de cobro, aclarando que el caso no registra proceso coactivo.
- Por memorial de **27 de julio de 2012**, solicita fotocopias simples del cuaderno de investigación.

Cargo 4.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de

enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Eduardo Cochi Cala (COOPERATIVA MINERA 26 DE FEBRERO LTDA)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.

Fiscalía: Fiscalía de La Paz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal: Por el período comprendido entre el **19 de octubre de 2011 al 26 de julio de 2012.**

Antecedentes:

- Por memorial de **19 de octubre de 2011**, la AFP presenta denuncia en contra de Eduardo Cochi Cala, por el delito de Apropiación Indevida de Aportes, manifestando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Cooperativa Minera 26 de Febrero Ltda.", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 y febrero/2011, misma que asciende a la suma de Bs40.069,69 (Nota de Débito N° 1-02-2011-00661 de 06 de septiembre de 2011).
- En fecha **26 de julio de 2012**, presta su Declaración Informativa Mercedes García como denunciante y en representación de la AFP.
- Por memorial de 27 de julio de 2012, la AFP solicita y reitera al Fiscal de Materia de la Localidad de Quime - Dra. Lenny Rojas, se franqueen los requerimientos solicitados en el Otrosí II y III del memorial de la denuncia.

Cargo 5.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Marco Antonio Jaldin Avalos (JALDIN & ASOCIADOS SRL)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.

Fiscalía: Fiscalía de La Paz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **05 de abril de 2012 al momento de remisión de la documentación remitida por la AFP;** además lo siguiente:

- a) Inconsistencia en los términos de la denuncia en cuanto al nombre del denunciado Marco Antonio Jaldin Avalos, cuando conforme al Formulario de Inscripción del Empleador (N° de Declaración 0100816), fotocopia de cédula de identidad, NIT, Testimonio N° 171/2005, se llama Marco Reynaldo Jaldin Avalos; nombre incorrecto que se mantiene durante la tramitación del proceso.
- b) Desde el memorial de 05 de abril de 2012 (apersonamiento del denunciado), no se evidencia actuación procesal alguna, por lo que, se advierte falta de diligencia en la tramitación de la causa por parte de la AFP, desconociendo que la carga material de la prueba corresponde a la parte acusadora.

Antecedentes:

- Por memorial de 05 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de Marco Antonio Jaldin Avalos, por el delito de Apropiación Indevida de Aportes, manifestando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Jaldin & Asociados SRL", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a junio/2011, misma que asciende a la suma de Bs24.063,18 (Nota de Débito N° 1-02-2011-00653 de 06 de septiembre de 2011).
- Por memorial de 2 de febrero de 2012, la Fiscal de Materia Dra. Elsi Villafranqui, informa al Juez Instructor de Turno en lo Penal el inicio de la investigación (señala denunciado: Marco "Antonio" Jaldin Avalos).
- En fecha 10 de febrero de 2012, presta su Declaración Informativa Mercedes García como denunciante y en representación de la AFP.
- Por memorial de 27 de febrero de 2012 la Fiscal de Materia Dra. Elsi Villafranqui, hace conocer al Juez Octavo de Instrucción en lo Penal, la ampliación de la investigación preliminar seguida en contra de Marco "Antonio" Jaldin Avalos.
- Por memorial de **05 de abril de 2012**, Marco **Reynaldo** Jaldin Avalos, solicita a la Fiscal de Materia - Dra. Elsi Villafranqui, fotocopias simples del cuaderno de investigación. A cuyo efecto, la fiscal por decreto de 11 de abril de 2012, dispone téngase por apersonado a fin de hacerle conocer ulteriores diligencias.

Cargo 6.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Raúl Antonio Valda Ibáñez (TEXTILES PUNTO BLANCO S.A.) **Juzgado**

Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.

Fiscalía: Fiscalía de La Paz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **04 de junio de 2012 al momento de remisión de la documentación remitida** (sic) por la AFP, considerando que al presente han transcurrido más de dos (2) meses, cuando la norma advierte que el Fiscal superior en jerarquía debe emitir la resolución dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de las actuaciones (art. 305 del CPP). Ello significa que el plazo para la emisión de la resolución ha vencido, y que por otra parte, la AFP no ha formulado reclamo alguno, aspecto que incide negativamente en la tramitación diligente de la causa.

Antecedentes:

- Por memorial de 21 de septiembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de Raúl Antonio Valda Ibáñez, por el delito de apropiación indebida de aportes, manifestando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Textiles Punto Blanco S.A.", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a julio/2011, misma que asciende a la suma de Bs.53.342.73 (Nota de Débito N° 1-02-2011-00620 de 5 de septiembre de 2011).
- Por memorial de 13 de octubre de 2011, la AFP presenta al Fiscal la nomina de testigos y solicita recepción de sus declaraciones.
- Por memorial de 03 de enero de 2012, la AFP, presenta la ampliación de la querrela en contra de Reynaldo Edwin Velasco Medrano, en su calidad de contador y apoderado legal de Raúl Antonio Valda Ibáñez, por el delito previsto en el art. 345 bis. del CP.
- El Fiscal de Materia - Dr. Jorge Alvarez, en fecha 2 de marzo de 2012, emite mandamiento de aprehensión en contra de Raúl Antonio Valda Ibáñez.
- Por memorial de 26 de abril de 2012, la AFP, amplía la denuncia penal en contra de Reynaldo Edwin Velasco Medrano y Raúl Antonio Valda Ibáñez, por el delito previsto en el art. 345 del CP, adjuntando la Nota de Débito N° 1-02-2012-00195 de 22 de marzo de 2012 por la suma de Bs. 38.400.85 por los periodos agosto/2011 a diciembre/2011, y la Nota de Débito N° 1-02-2012-00196 de 22 de marzo de 2012 por la suma de Bs. 49.045.08 por recargos (Margarita Jalanoca Callisaya).
- Por Resolución AL-96/12 de 4 de abril de 2012, el Fiscal, dispone el rechazo de la denuncia, al tenor de los arts. 301 num.3) y 304 num. 4) CPP, argumentando que han transcurrido seis (6) meses desde el inicio de las investigaciones, que sumado al hecho de falta de interés de la denunciante, constituyen obstáculos legales para realizar una eventual imputación y por ende continuar con el proceso.
- Por memorial de **04 de junio de 2012**, la AFP, objeta la Resolución de Rechazo, argumentando que no existe norma legal que determine la falta de diligencia de la parte querellante como un obstáculo legal para el desarrollo del proceso y que el fiscal ha incumplido sus deberes emitiendo una resolución contraria a la ley, por lo que solicita sea concedida la impugnación y sea remitido al superior jerárquico.

Cargo 7.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Elías Vaca Sánchez (SERVICIOS FUNAC TV SRL) **Juzgado Cautelar:** Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz. **Fiscalía:** Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **30 de noviembre de 2011 al 23 de febrero de 2012** y desde esta última fecha al **momento de remisión de la documentación remitida** (sic) **por la AFP.** Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de nueve (9) meses desde la presentación de la denuncia.

Antecedentes:

- Por memorial de 04 de octubre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de Elías Vaca Sánchez, por el delito de apropiación indebida de aportes, manifestando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Servicios Funac Tv SRL", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a julio/2011, misma que asciende a la suma de Bs21.009,79 (Nota de Débito N° 1-07-2011-00342 de 2 de septiembre de 2011).
- Mediante memorial de 25 de octubre de 2011, el Fiscal de Materia Dr. Lorgio Viveros, informa al Juez Instructor de Turno en lo Penal, el inicio de las investigaciones.
- Por memorial de **30 de noviembre de 2011**, la AFP, solicita al Fiscal se proceda a la citación formal con la denuncia y señale día y hora de audiencia para declaración informativa.
- Por memorial de **23 de febrero de 2012**, la AFP, solicita al Fiscal nuevo señalamiento de fecha y hora de audiencia para declaración informativa policial del denunciado.

Cargo 8.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Francisco José Miguel Gonzales (LOGICATI)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **12 de marzo de 2012 al momento de remisión de la documentación remitida** (sic) **por la AFP**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia.

Antecedentes:

- Por memorial de 03 de noviembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de Francisco José Miguel Gonzales, por el delito de apropiación indebida de aportes, manifestando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Logicati", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos abril/2011 a agosto/2011, misma que asciende a la suma de Bs15.748,16 (Nota de Débito N° 1-07-2011-00401 de 20 de octubre de 2011)
- Por memorial de 06 de enero de 2012, la AFP solicita se proceda a la citación formal con la denuncia y señale fecha y hora de audiencia para declaración informativa del denunciado.
- Por memorial de **12 de marzo de 2012**, Kadir Erwin Hurtado Núñez, en su calidad de Administrador Contable de la empresa Logicati solicita suspensión de audiencia, puesto que el denunciado Francisco José Miguel Gonzales no se encuentra en el país.

Cargo 9.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Limber Rodríguez Hurtado (HELPTec SOPORTE TÉCNICO)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal: Por el período comprendido entre el **01 de diciembre de 2011 al 03 de febrero de 2012** y desde esta última fecha al **momento de remisión de la documentación remitida** (sic) **por la AFP**.

Antecedentes:

- Por memorial de 16 de noviembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de Limber Rodríguez Hurtado, por el delito de apropiación indebida de aportes, manifestando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Helptec Soporte Técnico", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a septiembre/2011, misma que asciende a la suma de Bs19.993,80 (Nota de Débito N° 1-07-2011-00427 de 03 de noviembre de 2011)
- En fecha **01 de diciembre de 2011**, presta su Declaración Informativa el denunciante Carlos Garrido, como representante legal de la AFP.
- Por memorial de 03 **de febrero de 2012**, la AFP, solicita al Fiscal se cite mediante edicto de prensa al denunciado.

Cargo 10.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Armando Serrano Vaca (JUPAULUIIMPORT EXPORT) **Juzgado**

Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz. **Fiscalía:** Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **19 de diciembre de 2011** al **4 de abril de 2012** y desde esta última fecha al **26 de junio de 2012**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia.

Antecedentes:

- Por memorial de 16 de noviembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de Armando Serrano Vaca, por el delito de apropiación indebida de aportes, manifestando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Jupaului Import Export", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a septiembre/2011, misma que asciende a la suma de Bs17.800,41 (Nota de Débito N° 1-07-2011-00437 de 3 de noviembre de 2011).
- Por memorial de **19 de diciembre de 2011**, la AFP solicita la ampliación del término de la investigación preliminar, y disponga se proceda a la citación formal con la denuncia y señale fecha y hora de audiencia para declaración informativa del denunciante.

- Por memorial de **4 de abril de 2012**, la AFP propone al Fiscal diligencias preliminares investigativas.
- Por memorial de **26 de junio de 2012**, la AFP adjunta copia de tarjeta prontuario del denunciado y solicita señalamiento de audiencia para declaración informativa policial del denunciado.

Cargo 11.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Arturo Vega Soria (SERVI & TRANSBOL SRL)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el periodo comprendido entre el **20 de diciembre de 2011** al **16 de abril de 2012** y desde esta última fecha al **25 de junio de 2012**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia.

Antecedentes:

- Por memorial de 16 de noviembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de Arturo Vega Soria, por el delito de apropiación indebida de aportes, manifestando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Servi & Transbol SRL", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a septiembre/2011, misma que asciende a la suma de Bs22.899,37 (Nota de Débito N° 1-07-2011-00426 de 3 de noviembre de 2011).
- Por memorial de **20 de diciembre de 2011**, la AFP solicita la ampliación del término de la investigación preliminar, y disponga se proceda a la citación formal con la denuncia y señale fecha y hora de audiencia para declaración informativa del denunciante.
- Por memorial de **16 de abril de 2012**, la AFP reitera solicitud de requerimientos fiscales y propone diligencias preliminares investigativas.
- Por memorial de **25 de junio de 2012**, la AFP, adjunta copia de tarjeta prontuario del denunciado y solicita cooperación directa a la Fiscalía Departamental de Cochabamba para que tome declaración informativa del imputado.

Cargo 12.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre

de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Aurelio Lavayen Seda Reyda (LAVAYEN & ASOCIADOS LTDA)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el periodo comprendido entre el **09 de enero de 2012 al 18 de julio de 2012.**

Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia.

Antecedentes:

- Por memorial de 18 de noviembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de Pedro Aurelio Lavayen Seda Reyda, por el delito de apropiación indebida de aportes previsto en el art. 345. Bis.- del CP, señalando que su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Lavayen & Asociados Ltda", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a septiembre/2011, misma que asciende a la suma de Bs39.693,94 (Nota de Débito N° 1-07-2011-00412 de 1 de noviembre de 2011)
- El Sof. 2do. Delfín Mamani, investigador asignado al caso, por informe de 3 de enero de 2012, dirigido al Cnl. Antonio Ovando Director de la FELCC, manifestó: "informo a su autoridad que la parte denunciante no se apersono (sic) a esta División Económicos Financieros para pueda coadyuvar con la presente investigación. Por todo lo mencionado se sugiere que requiera la ampliación del presente caso" (sic)
- Por memorial de **09 de enero de 2012**, la AFP, solicita ampliación del término de investigación preliminar y propone diligencias preliminares investigativas.
- Por memorial de **18 de julio de 2012**, la AFP reitera solicitud de requerimientos fiscales y propone nuevas diligencias preliminares investigativas.

Cargo 13.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Alfredo Parada Alvis (COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS COMAYO)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **23 de noviembre de 2011** al **17 de julio de 2012**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia.

Antecedentes:

- Por memorial de **23 de noviembre de 2011**, la AFP presenta denuncia en contra de Alfredo Parada Alvis, por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Cooperativa de Servicios Públicos Comayo", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a septiembre/2011, misma que asciende a la suma de Bs41.922,07 (Nota de Débito N° 1-07-2011-00433 de 3 de noviembre de 2011).
- Por memorial de 08 de diciembre de 2011, el Fiscal de Materia Dr. Lider Justiniano, informa al Juez Instructor de Turno en lo Penal el inicio de las investigaciones.
- Por memorial de **17 de julio de 2012**, la AFP reitera solicitud de requerimientos fiscales y propone nuevas diligencias preliminares investigativas.

Cargo 14.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Juan Bernabé Medinaceli Valencia (INGENIO AZUCARERO CUATRO AS S.A.)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el periodo comprendido entre el **28 de febrero de 2012** al **20 de julio de 2012**.

Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia.

Antecedentes:

- Por memorial de **24 de noviembre de 2011**, la AFP presenta denuncia en contra de Juan Bernabé Medinaceli Valencia, por el delito de apropiación indebida de aportes previsto en el art. 345. Bis.- del CP, señalando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Ingenio Azucarero Cuatro As S.A.", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a septiembre/2011, misma que asciende a la suma de Bs56.396,25 (Nota de Débito N° 1-07-2011-00425 de 3 de noviembre de 2011)
- Por memorial de 08 de diciembre de 2011, el Fiscal de Materia Dr. Líder Justiniano, informa al Juez Instructor de Turno en lo Penal el inicio de las investigaciones.
- Por memorial de 20 de diciembre de 2011, la AFP solicita la ampliación del término de la investigación preliminar y disponga se proceda a la citación formal con la denuncia, y señale fecha y hora de audiencia para declaración informativa del denunciado.
- Por memorial de **28 de febrero de 2012**, la AFP solicita al Fiscal se cite mediante edicto de prensa al denunciado.
- Por memorial de **20 de julio de 2012**, la AFP reitera solicitud de requerimientos fiscales y propone nuevas diligencias preliminares.

Cargo 15.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Yoana Licet Soruco Parada (PROTOCOLO PROMOCIONES Y EVENTOS)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **20 de diciembre de 2011 al 20 de julio de 2012**. Pero además se tiene demora en la tramitación de requerimientos no otorgados (solicitado el 24 de noviembre de 2011 y reiterado el 20 de julio 2012).

Antecedentes:

- Por memorial de **24 de noviembre de 2011**, la AFP presenta denuncia en contra

de Yoana Licet Soruco Parada, por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Protocolo Promociones y Eventos", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a septiembre/2011, misma que asciende a la suma de Bs15.478,81 (Nota de Débito N° 1-07-2011-00424 de 01 de noviembre de 2011)

- En fecha 09 de diciembre de 2011, presta su Declaración Informativa el denunciante Carlos Garrido, como representante legal de la AFP.
- Por memorial de **20 de diciembre de 2011**, la AFP, solicita la ampliación del término de la investigación preliminar y disponga se proceda a la citación formal con la denuncia, y señale fecha y hora de audiencia para declaración informativa del denunciado.
- Por memorial de **20 de julio de 2012**, la AFP reitera solicitud de requerimientos fiscales y propone nuevas diligencias preliminares.

Cargo 16.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Miguel Angel Escobar Caram (OILFIELD TRUCKS CO. SRL)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal: Por el período comprendido entre el **28 de febrero de 2012 al momento de remisión de la documentación remitida por la AFP.**

Antecedentes:

- Por memorial de 23 de noviembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de Miguel Angel Escobar Caram, por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Oilfield Trucks Co. SRL", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a septiembre/2011, misma que asciende a la suma de Bs44.892,74 (Nota de Débito N° 1-07-2011-00423 de 1 de noviembre de 2011)
- En fecha 16 de diciembre de 2011, presta su Declaración Informativa el denunciante Carlos Garrido, como representante legal de la AFP.
- Por memorial de 20 de diciembre de 2011, la AFP solicita la ampliación del término de la investigación preliminar y disponga se proceda a la citación formal con la denuncia, y señale fecha y hora de audiencia para declaración informativa del denunciado.

- Por memorial de **28 de febrero de 2012**, la AFP, solicita al Fiscal se cite mediante edicto de prensa al denunciado.

Cargo 17.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Víctor Hugo Chávez Menacho (FUNDACIÓN PETROLERA DEL ORIENTE)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el periodo comprendido entre el **13 de febrero de 2012 al 23 de julio de 2012**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa policial, no obstante de haber transcurrido más de siete (7) meses desde la presentación de la denuncia.

Antecedentes:

- Por memorial de 13 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de Víctor Hugo Chávez Menacho, por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Fundación Petrolera del Oriente", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011, marzo/2011 a septiembre/2011, misma que asciende a la suma de Bs17.512,88 (Nota de Débito N° 1-07-2011-00409 de 1 de noviembre de 2011)
- Por memorial de 26 de enero de 2012, la AFP solicita la ampliación del término de la investigación preliminar y disponga se proceda a la citación formal con la denuncia, y señale fecha y hora de audiencia para declaración informativa.
- Por memorial de **13 de febrero de 2012**, la AFP solicita nuevo señalamiento para declaración informativa policial del denunciado.
- Por memorial de 14 de marzo de 2012, Yaneth Blanco Rojas devuelve citación al denunciado realizada por funcionario policial, argumentado que se realizó en forma errónea e impersonal.
- Por memorial de **23 de julio de 2012**, la AFP reitera disponga señalamiento de audiencia para declaración informativa policial del denunciado.

Cargo 18.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales

investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: José Alberto Ribera Irusta (FERRERE BOLIVIA SRL)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **30 de noviembre de 2011** al **29 de febrero de 2012** y desde esta última fecha al **23 de julio de 2012**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa policial, no obstante de haber transcurrido más de siete (7) meses desde la presentación de la denuncia.

Antecedentes:

- Por memorial de 20 de septiembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de José Alberto Ribera Irusta, por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Ferrere Bolivia SRL", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos febrero/2011 a junio/2011, misma que asciende a la suma de Bs11.934,25 (Nota de Débito N° 1-07-2011-00312 de 16 de agosto de 2011)
- Por memorial de 25 de octubre de 2011, el Fiscal de Materia Dr. Lorgio Viveros, informa al Juez Instructor de Turno en lo Penal el inicio de la investigación.
- En fecha 27 de octubre de 2011, presta su Declaración Informativa el denunciante Carlos Garrido, como representante legal de la AFP, declaración que es ratificada el 9 de diciembre de 2011.
- Por memorial de 11 de noviembre de 2011, la AFP solicita la ampliación del término de la investigación preliminar.
- Por memorial de **30 de noviembre de 2011**, la AFP solicita se proceda con la citación formal con la denuncia y señale fecha y hora de audiencia para declaración informativa del denunciado.
- Por memorial de **29 de febrero de 2012**, la AFP reitera solicitud de señalamiento de audiencia para declaración informativa policial del denunciado.
- Por memorial de **23 de julio de 2012**, la AFP reitera disponga señalamiento de audiencia para declaración informativa policial del denunciado.

Cargo 19.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Claudia Liliana Rodríguez Espitia (LAGRO SRL) **Juzgado**

Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz. **Fiscalía:** Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **09 de enero de 2012** al **18 de junio de 2012**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa policial, no obstante de haber transcurrido más de nueve (9) meses desde la presentación de la denuncia.

Antecedentes:

- Por memorial de **04 de octubre de 2011**, la AFP presenta denuncia en contra de Claudia Liliana Rodríguez Espitia, por el delito de apropiación indebida de aportes previsto en el art. 345. Bis.- del CP, señalando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Lagro SRL", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011, marzo a abril/2011, misma que asciende a la suma de Bs17.347,71 (Nota de Débito N° 1-07-2011-00255 de 20 de junio de 2011)
- Por memorial de 21 de noviembre de 2011, la AFP solicita la ampliación del término de la investigación preliminar.
- Por memorial de **09 de enero de 2012**, la AFP propone diligencias preliminares investigativas.
- Por memorial de **18 de junio de 2012**, la AFP presenta ampliación de denuncia penal en contra de Claudia Liliana Rodríguez Espitia, por el delito de apropiación indebida de aportes previsto en el art. 345. Bis.- del CP, por los periodos mayo/2011 a noviembre/2011 por la suma de Bs.46.480.52 de acuerdo a la Nota de Débito N° 1-07-2012-00049 de 24 de enero de 2012.

Cargo 20.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo, dando lugar al archivo de obrados.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Rubén Darío Orgaz Fernandez (sic) (UNIVERSAL TELECOMMUNICATIONS S.A. - UTECOM)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Cochabamba.

Fiscalía: Fiscalía de Cochabamba.

Actuación sin diligencia probatoria: Se advierte falta de actividad probatoria de parte de la Administradora, hecho evidenciado del cuaderno de investigación, desconociendo que la carga material de la prueba corresponde a la parte acusadora y no a la defensa, extremo que influyó en la Resolución de Rechazo a la denuncia (N° 2694/2011) emitida por la Fiscal, bajo el sustento de falta de elementos (pruebas) para sustentar la imputación.

Por otro lado, se advierte que la AFP en su condición de denunciante tenía la obligación de objetar la Resolución N° 2694/2011 de 22 de marzo de 2012, emitida por la Fiscal, que dispone el rechazo de la denuncia, esta omisión e incumplimiento a sus deberes en la falta de impugnación dio lugar a que el caso no sea revisado por el Fiscal superior (Departamental), y consiguientemente se proceda con el archivo de obrados.

Antecedentes:

- Por memorial de 28 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de Rubén Darío Orgaz Fernandez (sic), por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Universal Telecommunications S.A. -UTECOM", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a agosto/2011, misma que asciende a la suma de Bs12.198,28 (Nota de Débito N° 1-03-2011- 00119 de 10 de octubre de 2011).
- Por memorial de fecha 30 de diciembre de 2011, la Fiscal de Materia Dra. Liliam Ferrufino, informa al Juez Instructor de Turno en lo Penal el inicio de las investigaciones.
- En fecha 31 de enero de 2012, presta su Declaración Informativa el denunciante Kurt Guardia, como representante legal de la AFP.
- Por Resolución N° 2694/2011 de 22 de marzo de 2012, la Fiscal de Materia Dra. Liliam Ferrufino, dispone el rechazo de la denuncia en sujeción a los arts. 301 numeral 3) y 304 numeral 3) del CPP, argumentando que en el presente caso, no se ha colectado elementos suficientes que permitan sustentar fundadamente una imputación formal.
- Por memorial de fecha 22 de marzo de 2012, la Fiscal de Materia Dra. Liliam Ferrufino, informa al Juez Segundo de Instrucción en lo Penal, el rechazo de la denuncia.
- Por memorial de 05 de junio de 2012, la Fiscal de Materia Dra. Liliam Ferrufino, informa al Juez Segundo de Instrucción en lo Penal, que ha emitido **resolución de rechazo de denuncia, la misma que ha sido debidamente notificada a la parte denunciante o víctima (AFP), mediante edictos, No habiendo presentado objeción alguna, dentro del término previsto por el art. 305 del CPP**, por lo que solicita se tenga presente y determine lo que en derecho corresponde.

Cargo 21.- Existen indicios de incumplimiento por Futuro de Bolivia S.A. AFP a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo -

probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Para una mejor apreciación de la infracción, en lo pertinente, el hecho antijurídico ha sido detectado de la siguiente manera:

Empleador: Adnan El Maaz El Maaz (CONSORCIO HIDROELÉCTRICO MISICUNI)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Cochabamba.

Fiscalía: Fiscalía de Cochabamba.

Actuación sin diligencia: Se advierte que no obstante al tiempo transcurrido, desde la fecha de la denuncia (29 de diciembre de 2011) al presente han transcurrido más de nueve (9) meses; sin embargo, el proceso todavía se encuentra en la etapa investigativa preliminar (etapa inicial del proceso), cuando en aplicación del art. 300 del CPP, debe concluir (esta etapa) en un plazo máximo de veinte días, ampliables a noventa, salvo investigaciones complejas (art. 301 del CPP), que no es el caso, y si bien la AFP, solicitó al Fiscal (18 de abril de 2012) formule imputación formal, ante la falta de pronunciamiento de la autoridad, no ha formulado reclamo alguno, hecho que incide en la tramitación oportuna y diligente de la denuncia.

Antecedentes:

- Por memorial de **29 de diciembre de 2011**, la AFP presenta denuncia en contra de Adnan El Maaz El Maaz, por el delito de apropiación indebida de aportes previsto en el art. 345. Bis.- del Código Penal, señalando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Consortio Hidroeléctrico Misicuni", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a octubre/2011, misma que asciende a la suma de Bs772.543,20 (Nota de Débito N° 1-07-2011-00140 de 15 de diciembre de 2011).
- Por memorial de 30 de diciembre de 2011, la Fiscal de Materia Dra. Tatiana Salazar, informa al Juez Instructor de Turno en lo Penal el inicio de las investigaciones.
- En fecha 16 de enero de 2012, presta su Declaración Informativa el denunciado, Adnan El Maaz El Maaz, quien manifestó que efectuaron varias propuestas de pago al denunciante.
- En fecha **31 de enero de 2012**, presta su Declaración Informativa el denunciante Kurt Guardia, como representante legal de la AFP.
- Por memorial presentado el 18 de abril de 2012, la AFP, solicita a la Fiscal formule imputación formal..."

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota FUT.APS.AL. 2468/2012 de 16 de noviembre de 2012, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, presentó descargos por cada uno de los Cargos imputados mediante nota APS/DJ/DPC/7742/2013 de 5 de octubre de 2012, señalando adicionalmente que: "...durante el proceso investigativo que se viene realizando a nivel nacional contra todas aquellas empresas que se

constituyeron en mora y contra los que se han instaurado los procesos penales por DELITOS PREVISIONALES, se han venido y se continúa atravesando con la obstaculización por parte del Ministerio Público, esto debido por una parte, a la recargada labor; y por otra debido a que los Fiscales subestiman la importancia social y legal de este tipo penal que ha sido incorporada por la nueva Ley de Pensiones 065...”

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Auto de 19 de noviembre de 2012, determinó la apertura del término de prueba de diez (10) días hábiles administrativos, para que la Administradora de Fondos de Pensiones, remita los descargos correspondientes.

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), mediante nota FUT.APS.AL.2621/2012 de 4 de diciembre de 2012, remitió el informe y documentación para el Cargo N° 4.

Mediante Auto de 17 de diciembre de 2012, la Entidad Reguladora nuevamente determinó apertura de término de prueba a efectos de que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, presente la documentación idónea y justifique lo señalado en su nota FUT.APS.AL.2621/2012 de 4 de diciembre de 2012, en lo que respecta a la supuesta dilación de los procesos penales por el cambio de Fiscales y policías investigadores, el cual es atendido por la Administradora de Fondos de Pensiones, mediante nota FUT.APS.AL. 0055/2013 de 10 de enero de 2013.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 69-2013 DE 23 DE ENERO DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013, resuelve lo siguiente:

“...PRIMERO.- Sanciona (sic) a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los **Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21**, con una multa en Bolivianos equivalente a \$us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de \$us8.000,00 (OCHO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.

SEGUNDO.- I. Sanciona (sic) a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los **Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19 y 20**, con una multa en Bolivianos equivalente a \$us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de \$us16.500,00 (DIECISEIS MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.

II. La AFP deberá presentar en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Administrativa, la documentación de respaldo idónea que acredite haber prestado la

declaración informativa ante el Ministerio Público, correspondiente a los procesos penales imputados en los **Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18 y 19.**

III. Con relación al proceso penal imputado en el **Cargo N° 20**, la AFP en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Administrativa, la documentación de respaldo idónea que acredite haber presentado la acción penal correspondiente ante la autoridad competente.

TERCERO.- Se desestima los **Cargos N° 2 y 6.**

CUARTO.- I. La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.

II. Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.

QUINTO.- La AFP se encuentra en la responsabilidad de llevar los Procesos Penales del SIP conforme a norma, para lo cual son responsables de los resultados que estos puedan generar...”

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que en el marco del artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió al análisis técnico y jurídico de los descargos del regulado, aplicando el principio de la valoración razonada de la prueba.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP con veintiún (21) Cargos relativos a Procesos Penales del Sistema Integral de Pensiones instaurados contra Empleadores en mora, al evidenciar indicios de incumplimiento a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, por la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; ocasionando de esta manera interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

Que con carácter previo al análisis de fondo corresponde establecer que con relación a los Cargos N° 2 y 6, los descargos presentados por Futuro de Bolivia S.A. AFP son suficientes para levantar el cargo imputado.

Que en lo referente a los restantes cargos corresponde realizar el análisis de descargos a efectos de establecer el incumplimiento a la norma imputada, para lo cual se efectúa a continuación el (sic) siguiente evaluación:

Al Cargo 1.

Empleador: Marcos Kim Lim (ASEA LTDA. INDUSTRIAS TEXTILES)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.

Fiscalía: Fiscalía de La Paz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal: Por el período comprendido entre el **10 de abril de 2012 al 27 de julio de 2012.**

La Administradora, para este Cargo argumenta lo siguiente:

- Por la fotocopia adjunta, se tiene que el investigador asignado al caso, registró en su libro de remisiones, la devolución del cuaderno de investigaciones correspondiente al proceso penal seguido contra Marcos Kim Lim, al Fiscal Roger Velásquez en fecha 04/04/2012, siendo recepcionada por el personal del nombrado Fiscal.
- Posteriormente el Fiscal mediante memorial de fecha 10/04/12 solicita la citación al imputado mediante Edictos (Remitido en su oportunidad).
- Desde aquella fecha hasta la presentación del memorial donde se solicitó fotocopias simples, el cuaderno de investigación no se encontraba a la vista, por lo que no se podía realizar ninguna labor investigativa, más aún provocaron que ingresemos en una contradicción al solicitar el investigador la publicación de edictos cuando el imputado ya se apersonó por escrito ante el Fiscal. Una vez ubicado el cuaderno de investigaciones para proporcionarnos las fotocopias solicitadas, nuevamente desapareció, por lo que necesariamente en fecha 09/11/2012 se tuvo que presentar un memorial solicitando al Fiscal ponga a la vista el cuaderno de investigaciones debido al perjuicio que está ocasionando a esta AFP y su labor judicial, haciéndole notar que este hecho debía ser investigado por constituir un delito penal como es la Destrucción y Supresión de documentos públicos (Art. 202 del CP).

Asimismo, presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- Memorial con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones, presentado en fecha 09 de noviembre de 2012.
- Fotocopia del libro de remisiones de cuaderno de investigaciones del investigador Sof. Mario Quisberth.

Evaluación de descargos:

- El argumentar la desaparición del cuaderno de investigación, en el periodo comprendido sin movimiento procesal, desde el 10 de abril al 27 de julio de 2012, fecha que corresponde a la presentación y recepción del memorial de solicitud de la AFP al Fiscal de otorgación de fotocopias simples, no puede considerarse

como un hecho válido para justificar la falta de diligencia puesto que no cuenta con respaldado alguno que acredite dicho extremo.

Asimismo, la AFP debe tener presente que en aquellos procesos donde el cuaderno de investigación o expediente no sea habido o haya aparentemente desaparecido, debió solicitar oportunamente mediante memorial a la autoridad, en este caso al Fiscal, se ponga a la vista el mismo o solicitar la reposición inmediata de obrados, a fin de no generar retraso en la gestión judicial.

En ese sentido, si el cuaderno de investigación se encontraba extraviado durante el periodo 10 de abril de 2012 al 27 de julio de 2012, la AFP debió exigir oportunamente que el cuaderno de investigación se ponga a la vista y no limitarse a solicitar fotocopias simples cuando aparentemente desapareció, habiendo transcurrido entre las dos últimas actuaciones, un lapso de tiempo de más de noventa (90) días calendario, hecho que devela una actitud pasiva de parte de la Administradora.

- De igual forma, el referir que el cuaderno de investigación nuevamente se volvió a extraviar y que recién mediante memorial de fecha 08 de noviembre de 2012 se solicitó se ponga a la vista, no puede considerarse como un justificativo válido para la inactividad procesal durante los periodos observados que son anteriores (10 de abril de 2012 al 27 de julio de 2012). Además contradictoriamente, el memorial presentado en calidad de prueba de descargo textualmente señala: "...durante los últimos dos meses, se trató de ubicar el cuaderno de investigaciones, empero su personal subalterno, no dan con el paradero del caso, por lo que solicito a su autoridad como Director Funcional de las Investigaciones, Art. 297 del CPP, instruir tanto al investigador asignado al caso como todo el personal a su cargo poner a la vista el cuaderno de investigaciones del caso de referencia".

La prueba presentada por la AFP, fotocopia del memorial con cargo de recepción 09 de noviembre de 2012, refiere al aparente extravió del cuaderno de investigación dos meses antes de la presentación del memorial, ello significa, el supuesto extravió del cuaderno de investigación durante los meses de septiembre y octubre, pero no así por periodos anteriores.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 1 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual se ratifica en todos sus extremos.

Al Cargo N° 3.

Empleador: Víctor Hugo Rodríguez Vera (BOLIVAR TRAVEL BUREAU SRL)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.

Fiscalía: Fiscalía de La Paz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal: Por el período comprendido entre el 26 de enero de 2012 al 27 de julio de 2012.

La Administradora, en descargo argumenta lo siguiente:

- Luego del memorial de subsanación de denuncia de fecha 26/01/2012 presentado el 02/02/2012, en ventanilla de informaciones manifestaron que el caso habría sido asignado al Fiscal Jorge Lizandro Álvarez, posteriormente en FELCC nos informaron que el investigador asignado al caso era el Sof. Mancilla, de la División Económicos y Financieros, empero luego de transcurrir el plazo de la fase preliminar, el investigador asignado al caso nos habría informado que el cuaderno de investigaciones habría sido devuelto al Fiscal para la complementación de diligencias.
- Bajo esas circunstancias, aproximadamente en el mes de abril, el Fiscal Lizandro Álvarez fue suspendido del cargo, debiendo asumir el conocimiento de sus causas de forma temporal, el Fiscal en Suplencia Legal Dr. Humberto Quispe; sin embargo la entrega de casos bajo inventariación demoró un considerable lapso de tiempo, hasta que recién en fecha 27/07/2012 solicitamos al Fiscal en suplencia, Dr. Quispe, nos proporcione fotocopias simples del cuaderno de investigación, empero sorpresivamente nos informaron que el caso no se encontraba en el listado que le habría sido entregado bajo inventario, por lo que ante la constante búsqueda del caso, se decidió presentar en fecha 09/11/2012 un memorial a la entonces Fiscal Departamental Betty Yañiquez Lozano, solicitando instruya al Fiscal Álvarez a dar con el paradero del caso, misma que a la presente fecha aún se encuentran en despacho.
- Es preciso señalar que la demora y falta de diligencia en el presente caso, es atribuible al Ministerio Público por su cuestionable gestión administrativa en la asignación, suspensión de Fiscales, un inadecuado control para la entrega de casos por parte de un Fiscal suspendido a un Fiscal suplente y otras conductas que son ajenas a la conducta del departamento legal penal.

La AFP presenta como documentación de descargo la siguiente:

- *Memorial con suma:* Solicita se ponga a la vista cuaderno de investigación desaparecido (sic) y reasignación inmediata del caso, presentado en fecha 09 de noviembre de 2012.

Evaluación de descargos:

- El argüir que la demora y falta de diligencia en el presente caso sería de exclusiva responsabilidad del Ministerio Público, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldo material que acredite dicho extremo.

Esta argumentación presentada no tiene asidero, pues se trata de una excusa general para no develar la actitud pasiva de la AFP o su falta de diligencia en el Proceso Penal (PP); consecuentemente, si el PP se paraliza o dilata por razones atribuibles a funcionarios del Ministerio Público, correspondía a la Administradora presentar el reclamo pertinente, hecho que no aconteció, todo lo contrario, después de haber transcurrido más de ciento setenta (170) días calendario, período comprendido entre el 26 de enero de 2012 al 27 de julio de 2012, la AFP

se limitó a solicitar fotocopias simples del expediente y no proactivamente a promover los actos de investigación, considerando los plazos fatales en materia penal.

- Por otra parte, la prueba de descargo presentada por la AFP, consistente en el memorial presentado el 09 de noviembre de 2012, dirigido a la Fiscal Departamental de La Paz, en la suma señala: "Solicita se ponga a la vista cuaderno de investigación desaparecido y reasignación inmediata del caso que refiere" (MP c/ Víctor Hugo Rodríguez Vera).

La Administradora debe tener presente que, en aquellos procesos donde el cuaderno de investigación o expediente no sea habido o haya aparentemente desaparecido, debe requerir mediante memorial a la autoridad, se ponga a la vista el mismo o la reposición inmediata de obrados, a fin de no generar retraso en la gestión judicial.

En ese sentido, si el cuaderno de investigación se encontraba extraviado, la AFP debió solicitar al Fiscal, de manera oportuna, se ponga a la vista, hecho que recién aconteció el 09 de noviembre de 2012, y que revela una actitud pasiva de parte de la Administradora.

- En ese orden, y de la revisión del cuaderno de investigación se acredita de manera cronológica que desde el 26 de enero al 27 de julio de 2012, la Administradora no realizó actividad procesal alguna, limitándose en esta última fecha a solicitar fotocopias simples del expediente, y posteriormente desde 27 de junio al 09 de noviembre de 2012, tampoco realizó actuado alguno, concluyendo con el memorial de solicitud de que se ponga a la vista el cuaderno de investigación y reasignación de Fiscal.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 3 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

Al Cargo N° 4.

Empleador: Eduardo Cochi Cala (COOPERATIVA MINERA 26 DE FEBRERO LTDA)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.

Fiscalía: Fiscalía de La Paz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal: Por el período comprendido entre el 19 de octubre de 2011 al 26 de julio de 2012.

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- Se obtuvo dos citaciones firmadas por el Dr. Jhonny Garnica bajo el principio de unidad en el Ministerio Público, a solicitud de la entonces Fiscal de Quime Lenny Rojas, para que sean notificadas al imputado y preste declaración informativa en determinadas fechas, sin embargo, la Fiscal de Quime, en las dos ocasiones

instruyó que las mismas no sean notificadas debido a que existía la probabilidad de su cambio a otra capital.

- *Días después la Fiscal Lenny Rojas, efectivamente fue cambiada de jurisdicción, sin embargo la Fiscalía de Quime tenía en suplencia legal, "supuestamente", al Dr. Javier Carlos Flores de la localidad de Sica Sica – Prov. Aroma (según versión de Recursos Humanos de la Fiscalía), empero el Fiscal se negaba a recepcionar algún memorial o realizar alguna actuación debido a que no le habrían sido entregados los cuadernos de investigación y mucho menos las llaves de la oficina en la Fiscalía de Quime, retrasando de esta manera el desarrollo del proceso.*
- *Hace un mes atrás aproximadamente se tuvo conocimiento de la asignación de una Fiscal Titular en la localidad de Quime – Prov. Inquisivi, de nombre Jhaneth Usnayo, con quien se tuvo contacto y en fecha 25/10/2012 se le entregó el memorial por el que se le hacía conocer a los nuevos representantes legales de la cooperativa minera, de nombre Leonardo Álvaro Lima y Florentino Choque Mamani, para quienes emitió Requerimientos Fiscales al SEGIP, SERECI Y OTROS, los que fueron debidamente diligenciados, y se está en espera de sus respuestas para poder citarlos y presten sus declaraciones informativas policiales.*

Asimismo, la AFP presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- *Orden de Citación de fecha 22 de junio de 2012.*
- *Orden de Citación de fecha 18 de julio de 2012.*
- *Memorial de fecha 25 de octubre de 2012 haciendo conocer el nuevo representante legal de la cooperativa minera.*
- *Requerimientos Fiscales dirigidos al SEGIP, FELCC, SERECI, FUNDEMPRESA, de fecha 07 de noviembre de 2012.*

Evaluación de descargos:

- *El señalar que la falta de diligencia y retraso en el presente caso es de exclusiva responsabilidad del Ministerio Público, no puede considerarse como un hecho válido para justificar la falta de actividad procesal, ya que el argumento vertido carece de respaldo para acreditar dicho extremo. Asimismo, es necesario establecer para este cargo y aquellos de similar conducta antijurídica imputada de la AFP que, el regulado se halla en el deber de promover diligentemente la acción penal instaurada a cargo del fiscal, para lo se halla en la obligación de colaborar con los actos de investigación y diligenciamiento.*

En ese entendido, dicha argumentación presentada no tiene sustento alguno, al tratarse de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva o falta de diligencia en el PP, considerando además que, si el PP se paraliza o dilata por causas o motivos atribuibles a funcionarios del Ministerio Público, correspondía a la Administradora presentar el reclamo pertinente a las autoridades jerárquicas correspondientes a través de los medios legales que le franquea la ley, para evitar la paralización de la gestión judicial, extremo que no aconteció.

- Asimismo, se debe tener presente que la documentación presentada en calidad de descargo de mayor aproximación al 19 de octubre de 2011, corresponde a la 1ra. Citación al imputado Eduardo Cochi Cala que emite la Fiscalía de Quime de fecha 22 de junio de 2012.

De lo expuesto, se deduce que desde 19 de octubre de 2011 al 22 de junio de 2012, la AFP no realizó actividad procesal alguna permitiendo que el PP se encuentre sin movimiento por más doscientos treinta (230) días calendario, hecho corroborado por la prueba aportada como también de los argumentos vertidos por la Administradora al señalar en su descargo: "Se obtuvieron dos citaciones firmadas por el Dr. Jhonny Garnica bajo el principio de unidad en el Ministerio Público, a solicitud de la entonces Fiscal de Quime Lenny Rojas, para que sean notificadas al imputado...". Consecuentemente, está acreditado que desde 19 de octubre de 2011 al 22 de junio de 2012, la AFP tuvo una actitud pasiva frente a su obligación de llevar adelante el proceso con la diligencia respectiva.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 4 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

Al Cargo N° 5.

Empleador.: Marco Antonio Jaldin Avalos (JALDIN & ASOCIADOS SRL)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.

Fiscalía: Fiscalía de La Paz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **05 de abril de 2012 al momento de remisión de la documentación remitida por la AFP;** además lo siguiente:

- a) Inconsistencia en los términos de la denuncia en cuanto al nombre del denunciado Marco Antonio Jaldin Avalos, cuando conforme al Formulario de Inscripción del Empleador (N° de Declaración 0100816), fotocopia de cédula de identidad, NIT, Testimonio N° 171/2005, se llama Marco Reynaldo Jaldin Avalos; nombre incorrecto que se mantiene durante la tramitación del proceso.
- b) Desde el memorial de 05 de abril de 2012 (apersonamiento del denunciado), no se evidencia actuación procesal alguna, por lo que, se advierte falta de diligencia en la tramitación de la causa por parte de la AFP, desconociendo que la carga material de la prueba corresponde a la parte acusadora

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- Ante el error de la Denuncia en cuanto a la identidad del imputado, por disposición del Art. 83 del CPP, esta omisión puede ser corregida aún hasta en ejecución de Sentencia, por lo que en fecha 09/11/2012 se presentó memorial ante la Fiscal asignada al caso, corrigiendo la identidad del imputado por su

correcto nombre como es MARCO REYNALDO JALDIN AVALOS, solicitándole que este extremo también sea puesta en conocimiento del Juez Cautelar, debido al control jurisdiccional que lleva por disposición del Art. 54 y 279 del CPP.

- Luego del apersonamiento por escrito del imputado ante la Fiscal asignada al caso en fecha 05/04/2012, por disposición del Art. 162 del CPP, la citación debería ser realizada en su domicilio procesal, sin embargo no se pudo ubicar dicho domicilio, por lo que se decidió contar primero con la tarjeta prontuario del imputado, mediante requerimiento fiscal, para dar cumplimiento al Art. 163 del CPP, es decir la citación personal en domicilio real, empero a la fecha no se tiene respuesta del SEGIP, sin perjuicio de ello, mediante memorial presentado en fecha 20/09/2012 se amplió la Denuncia por nuevos periodos en mora, es decir que el caso aún continúa en investigación y en coordinación tanto con el investigador como con la Fiscal.

Asimismo, presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- Memorial con suma: Rectificando nombre del imputado solicita citación, presentado en fecha 09 de noviembre de 2012.
- Memorial con suma: Presenta ampliación de denuncia por nuevos periodos en mora, presentado en fecha 20 de noviembre de 2012.

Evaluación de descargos:

- En cuanto a la identidad del imputado, la AFP sostiene lo siguiente: “Ante el error de la Denuncia en cuanto a la identidad del imputado, por disposición del art. 83 del CPP, está (sic) omisión puede ser corregida aún hasta en ejecución de Sentencia, por lo que en fecha 09/11/2012 se presentó memorial ante la Fiscal asignada al caso, corrigiendo la identidad del imputado por su correcto nombre como es MARCO REYNALDO JALDIN AVALOS... ”.

El memorial presentado en el Ministerio Público en fecha 09 de noviembre de 2012, y presentado en calidad de prueba de descargo, evidentemente demuestra que se solicitó a la Fiscalía la rectificación del nombre del imputado, empero, este hecho precisamente corrobora que existió falta de cuidado de parte de la Administradora al iniciar y llevar adelante el PP, con una identidad errónea en el nombre del imputado.

La AFP no debe olvidar que es el actor principal del PP, ejerciendo además la representación de los Asegurados, por ello, la denuncia no puede ser imprecisa; el justificar que la identidad del demandado puede ser corregida en cualquier momento, implica que la AFP está consciente que la denuncia que presenta no era precisa; olvidando además, que en el presente caso, ya anteladamente conocía la verdadera identidad del ahora imputado.

- Por otro lado, Futuro de Bolivia S.A. AFP manifiesta que, durante el periodo observado por esta Autoridad como periodo sin impulso procesal, **se encontraba a la espera de la contar con la “tarjeta prontuario del imputado”** para su

notificación personal en domicilio real, aduciendo: **“empero a la fecha no se tiene respuesta del SEGIP, sin perjuicio de ello, mediante memorial presentado en fecha 20/09/2012 se amplió la Denuncia por nuevos periodos en mora”**.

Dicha afirmación es inexacta y contraria a los datos que arroja el proceso, puesto que conforme al cuaderno de investigación se evidencia que, **en fecha 15 de febrero de 2012, el Servicio General de Identificación Personal – SEGIP otorgó fotocopia legalizada de la Tarjeta Prontuario del imputado Marco Reynaldo Jaldin Avalos.**

En ese sentido, el argumento vertido por la AFP carece de veracidad, permitiendo que el PP se encuentre sin movimiento procesal y paralizado por más de ciento diez (110) días calendario, computable desde el 05 de abril al 08 de agosto de 2012, e inclusive conforme a los descargos presentados la paralización es ampliable al 09 de septiembre de 2012, fecha en la que presentó memorial al Fiscal solicitando rectificación de nombre del imputado.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

Al Cargo N° 7.

Empleador: Elías Vaca Sánchez (SERVICIOS FUNAC TV SRL)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **30 de noviembre de 2011 al 23 de febrero de 2012** y desde esta última fecha al **momento de remisión de la documentación remitida por la AFP**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de nueve (9) meses desde la presentación de la denuncia.

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- De acuerdo al rol de turnos en la Fiscalía de la FELCC, el Fiscal de Materia dependiente de la División Económico Financiero a cargo de la presente denuncia, en primera instancia se encontraba el Dr. Lorgio Viveros Sevilla, posteriormente fue reemplazado por el Dr. Alexander Osinaga Ribera, luego asumió las funciones el Dr. Javier Cordero Salcedo, y actualmente se encuentra el señor Fiscal Jaime Canedo Encinas; es decir, dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de cuatro (4) Fiscales.
- El continuo cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos, toda vez que proceden a cerrar sus oficinas sin atención al público para inventario y entrega de los cuadernos de

investigación por parte del Fiscal saliente y otra semana nuevamente sin atención por el Fiscal entrante que también realiza un nuevo inventario por lo recibido.

- La oficial Rosario Álvarez Velásquez, fue transferida a otra División; situación que motivo a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna.
- Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo, donde ocasiona que los cuadernos de investigación se encuentren con el secretario de la División para que él proceda a la reasignación del caso a un nuevo oficial, la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificadorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación, por lo expuesto; una vez realizada la reasignación pasa al nuevo policía y llega su cambio, quien deslinda de responsabilidad por la ausencia de dichas actuaciones procesales.
- Con relación a las audiencias de ratificatoria de denuncia por el señor Gerente Regional se han visto suspendidas en varias oportunidades por disposición del capitán ante la falta de policía investigador asignado, debiendo volver a la División en reiteradas oportunidades hasta ser atendidos.

Asimismo, presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- Requerimiento Fiscal de fecha 05 de diciembre de 2011, Ref.: Informa Ampliación del Plazo de Investigación.
- Memorial con suma: Solicita se proceda a la citación formal con la denuncia y señale fecha y hora de Audiencia para Declaración Informativa, presentado en fecha 08 de diciembre de 2011.
- Requerimiento Fiscal de fecha 09 de diciembre de 2011.
- Formulario de Orden de Citación N° 014391 de fecha 04 de enero de 2012.
- Memorial con suma: Solicita nuevo señalamiento de fecha y hora de Audiencia para Declaración Informativa Policial, presentado en fecha 24 de febrero de 2012.
- Requerimiento Fiscal de fecha 27 de febrero de 2012.
- **Orden de Citación de fecha 27 de febrero de 2012.**
- **Memorial con suma:** Presentó ampliación de denuncia penal por delitos de acción pública, y reitera señalamiento de fecha y hora de Audiencia para Declaración Informativa Policial, **presentado el 02 de octubre de 2012.**
- Requerimiento de 31 de diciembre de 2012, emitido por la Dra. Marina Flores Villena – Fiscal de Materia, que señala que el Fiscal Departamental es la Autoridad que tiene la atribución para disponer el desplazamiento de los Fiscales.
- Certificación de 08 de enero de 2013, emitida por el Cap. Alex Bedoya Fajardo – Jefe de División Económico, Financiero y Corrupción Pública de la FELCC, que establece que durante la gestión 2012 se han producido diferentes cambios tanto de Jefes de División como también de los diferentes funcionarios policiales, lo que

ha ocasionado que los casos que se encontraban en procesos de investigación sean reasignados.

Evaluación de descargos:

- La Administradora manifiesta lo siguiente: "...dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de cuatro (4) Fiscales". Asimismo, aduce: "El continuo cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos".

El argumentar que la demora y falta de diligencia en el presente caso es de exclusiva responsabilidad del Ministerio Público, por el cambio o rotación de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldo material que acredite dicho extremo.

Asimismo, de advertir retraso o paralización de la denuncia penal por motivos atribuibles al Fiscal, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores de la entidad a fin de formalizar un reclamo o queja, lo que no aconteció.

- Por otra parte afirma: "La oficial Rosario Álvarez Velásquez, fue transferida a otra División; situación que motivo (sic) a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna".

Dicha afirmación no puede considerarse como un justificativo válido para la inactividad procesal durante los periodos observados, más aún si consideramos que la AFP recién por memorial presentado el 02 de octubre de 2012, pide al Fiscal la reasignación de nuevo investigador.

- La AFP, además dice: "Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo...".

Tal argumentación no puede considerarse como un justificativo valedero, puesto que, si el investigador es sujeto de cambio o removido de sus funciones, la AFP debe solicitar oportunamente la reasignación de nuevo investigador al Fiscal para evitar precisamente la paralización del PP.

- La AFP también argumenta que: "...la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificadoras de denuncias,...entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación, por lo expuesto; una vez realizada la reasignación pasa al nuevo policía y llega su cambio, quien deslinda de responsabilidad por la ausencia de dichas actuaciones procesales".

Esa argumentación tampoco puede considerarse como un justificativo valedero ya que carece de respaldo; además, si el investigador asignado al caso, como consecuencia de su rotación o cambio, se niega u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas y producidas por su persona, la AFP, debe formalizar un reclamo o queja ante el Fiscal a cargo de la dirección de las investigaciones para que los actuados procesales sean devueltos y adjuntados al cuaderno de investigación.

- *Por otra parte, la AFP manifiesta lo siguiente: “Con relación a las audiencias de ratificatoria de denuncia por el señor Gerente Regional se han visto suspendidas en varias oportunidades por disposición del capitán ante la falta de policía investigador asignado, debiendo volver a la División en reiteradas oportunidades hasta ser atendidos”. Pero contradictoriamente también afirma: “...la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificadorias de denuncias...no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación”.*

Consecuentemente, al ser ambas afirmaciones totalmente contradictorias, puesto que por una parte, argumenta que la audiencia de declaración informativa policial (ratificatoria) del representante legal de la AFP fue suspendida reiteradamente por orden del Capitán (FELCC), y por la otra, arguye que dicho actuado procesal (declaración informativa) no cursa en el cuaderno de investigación por cambio de investigador, no pueden considerarse (las argumentaciones) como hechos valederos y ciertos, además que los justificativos carecen de respaldo material.

En ese sentido, y conforme al cuaderno de investigación, está acreditado que desde la presentación de la denuncia a la fecha de la remisión de la documentación de la AFP, transcurrieron más de nueve (9) meses sin que exista ratificatoria de la denuncia, hecho que denota falta de actividad procesal.

- *Es en ese orden, los periodos injustificados sin movimiento ni impulso procesal, se encuentran identificados por periodos específicos de tiempo, de los cuales, los períodos comprendidos entre el 27 de febrero de 2012 al momento de la remisión de la documentación a la APS, no se pudo verificar materialmente que la Administradora haya tenido una participación activa dentro del proceso, consecuentemente, permitió que el PP se encuentre paralizado por más de ciento cincuenta (150) días calendario. Es más, conforme a la documentación presentada en calidad de prueba de descargo, se advierte la paralización del proceso desde el 27 de febrero al 02 de octubre de 2012.*

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 7 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos

Al Cargo N° 8

Empleador: Francisco José Miguel Gonzales (LOGICATI)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **12 de marzo de 2012 al momento de remisión de la documentación remitida por la AFP.** El representante de la AFP no prestó su declaración.

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- Cabe mencionar que el presente caso, se encuentra con memorial de Desistimiento, en razón a que el representante legal de la empresa regularizó todos los periodos en mora, habiéndose cumplido el espíritu de la norma contenida en el Art. 106 de la Ley 108 es decir la Cobranza Judicial mediante la Acción Penal y sus efectos previstos en el Art. 118.I segundo parágrafo de la misma ley.

Asimismo, presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- Memorial con suma: Presentación de Denuncia Penal por delitos de Acción Pública, con cargo 04 de noviembre de 2011.
- Requerimiento Fiscal de fecha 07 de noviembre de 2011.
- Formulario de Caso N° FELCC-SCZ1108116, con fecha de registro 14 de noviembre de 2011.
- Memorial con suma: Solicita Ampliación del Término de Investigación Preliminar, presentado en fecha 30 de noviembre de 2011.
- Memorial con suma: Solicita se proceda a la citación formal con la denuncia, presentado en fecha 09 de enero de 2012.
- Requerimiento Fiscal de fecha 12 de enero de 2012.
- Formulario Orden de Citación N° 065569 de fecha 08 de marzo de 2012.
- **Memorial con suma:** Solicita Suspensión de Audiencia **de fecha 12 de marzo de 2012, presentado por la parte denunciada.**
- **Memorial con suma:** Desistimiento y Rechazo de Investigación **presentado en fecha 27 de septiembre de 2012**, a favor de Miguel Gonzales Francisco José, representante legal de la empresa LOGICATI.
- Requerimiento de 31 de diciembre de 2012, emitido por la Dra. Marina Flores Villena – Fiscal de Materia, que señala que el Fiscal Departamental es la Autoridad que tiene la atribución para disponer el desplazamiento de los Fiscales.
- Certificación de 08 de enero de 2013, emitida por el Cap. Alex Bedoya Fajardo – Jefe de División Económico, Financiero y Corrupción Pública de la FELCC, que establece que durante la gestión 2012 se han producido diferentes cambios tanto de Jefes de División como también de los diferentes funcionarios policiales, lo que ha ocasionado que los casos que se encontraban en procesos de investigación sean reasignados.

Evaluación de descargos:

- Es importante señalar que, los periodos injustificados sin movimiento ni impulso procesal, fueron claramente identificados por periodos específicos de tiempo,

períodos comprendidos entre el 12 de marzo de 2012 al momento de la remisión de la documentación a la APS en fecha 08 de agosto de 2012, en los cuales no se pudo verificar que la Administradora haya tenido una participación activa dentro del proceso.

Asimismo, conforme al cuaderno de investigación y prueba de descargo presentada se acredita que el representante legal de la AFP no prestó su declaración informativa (ratificatoria) dentro de la investigación preliminar, habiendo transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia.

Por lo tanto, el hecho que la AFP se limite argumentar que se cumplió con la finalidad de la acción penal puesto que la empresa canceló el adeudo y consecuentemente se ha presentado memorial de desistimiento de la denuncia en fecha 27 de septiembre de 2012, a favor de Francisco José Miguel Gonzales, no es un argumento válido para justificar el abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados, tampoco justifica la falta de declaración informativa del representante legal de la AFP en el PP.

La Administradora olvida que tiene la obligación de llevar adelante los PP con absoluta diligencia y responsabilidad, consecuentemente debe realizar las gestiones y actuaciones necesarias ante las autoridades competentes, y no es admisible la paralización injustificada del PP como aconteció en el presente caso desde el 12 de marzo al 27 de septiembre de 2012 inclusive, fecha del desistimiento de la denuncia penal.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 8 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

Al Cargo N° 9

Empleador: Limber Rodriguez Hurtado (HELPTEC SOPORTE TÉCNICO)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal: Por el período comprendido entre el **01 de diciembre de 2011 al 03 de febrero de 2012** y desde esta última fecha al **momento de remisión de la documentación remitida por la AFP.**

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- De acuerdo al rol de turnos en la Fiscalía de la FELCC, el Fiscal de Materia dependiente de la División Económico Financiero a cargo de la presente denuncia, en primera instancia se encontraba el Dr. Mario Mercado Justiniano y actualmente se encuentra el señor Fiscal Carlos Montaña Álvarez.
- El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos, toda vez que proceden a cerrar sus

oficinas sin atención al público para inventario y entrega de los cuadernos de investigación por parte del Fiscal saliente y otra semana nuevamente sin atención por el Fiscal entrante que también realiza un nuevo inventario por lo recibido.

- Por otra parte, el oficial Carlos Abrahán Castrillo Barriga, fue transferido a otra División; dejando pendiente informe de citación y demás diligencias realizadas con su persona; situación que motivó a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna.
- El señor Fiscal Carlos Montaña, en los casos que fueron sorteados a su persona para su conocimiento e investigación, por considerar que los montos denunciados por FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP son de mínima cuantía y de escasa relevancia social, no requirió ningún sólo memorial, luego procedió a la remisión de los cuadernos de investigación a la Unidad de Solución Temprana (UST), sin facilitar a este Departamento legal copia alguna de actuaciones procesales de los cuadernos de investigación, pese a los reiterados reclamos efectuados ante su persona como también ante el Señor Fiscal Coordinador de la Fiscalía de la FELCC, el Dr. Carlos Gutiérrez Méndez, posteriormente con el Nuevo Fiscal Coordinador Dr. Sebastián Eguez, ahora estos cuadernos están en la UST a cargo del Fiscal Lorgio Viveros, quien indica que serán devueltos, por que los plazos se encuentran vencidos debiendo ser rechazados deslindando todo tipo de responsabilidad, ya que no se encuentran ni las ampliaciones de la investigación. El Dpto. Penal está procediendo a la reposición de los copias de los memoriales y cuadernos de investigación, llegando a un entendimiento con el Fiscal de la UST y que nos pueda colaborar con la tramitación de estos procesos.

Asimismo, presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- Formulario de Declaración Informativa Policial de ratificatoria del denunciante de fecha 01 de diciembre de 2011.
- Memorial con suma: Solicita Ampliación del Término de Investigación Preliminar, presentado en fecha 20 de diciembre de 2011.
- Requerimiento Fiscal de fecha 20 de enero de 2012.
- Formulario de Orden de Citación N° 011161 de fecha 31 de enero de 2012.
- **Memorial** con suma: Solicita se Cite mediante Edicto de Prensa, **presentado en fecha 08 de febrero de 2012.**
- **Memorial** con suma: Presento Ampliación de Denuncia Penal por Delitos de Acción Pública, **presentado el 27 de septiembre de 2012.**
- Requerimiento de 31 de diciembre de 2012, emitido por la Dra. Marina Flores Villena – Fiscal de Materia, que señala que el Fiscal Departamental es la Autoridad que tiene la atribución para disponer el desplazamiento de los Fiscales.
- Certificación de 08 de enero de 2013, emitida por el Cap. Alex Bedoya Fajardo – Jefe de División Económico, Financiero y Corrupción Pública de la FELCC, que establece que durante la gestión 2012 se han producido diferentes cambios tanto de Jefes de División como también de los diferentes funcionarios policiales, lo que ha ocasionado que los casos que se encontraban en procesos de investigación sean reasignados.

Evaluación de descargos:

- La AFP argumenta lo siguiente: “El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos, toda vez que proceden a cerrar sus oficinas sin atención al público para inventario y entrega de los cuadernos de investigación por parte del Fiscal saliente y otra semana nuevamente sin atención por el Fiscal entrante que también realiza un nuevo inventario por lo recibido”.

El argumentar que la demora y falta de diligencia en el presente caso es de exclusiva responsabilidad del Ministerio Público, por la rotación o cambio de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldado material que acredite dicho extremo.

Además, resulta llamativo que de la revisión del cuaderno de investigación se acredite que, durante el periodo observado, sólo interviene en el PP el Fiscal Dr. Carlos Montaña Álvarez, en ese sentido de las actuaciones procesales, de manera cronológica se tiene:

- a) Requerimiento de 20 de enero de 2012, sobre complementación de diligencias policiales, suscrito por el Fiscal Dr. Carlos Montaña Álvarez.
 - b) Orden de Citación N° 011161 de 31 de enero de 2012 suscrita por el Fiscal Dr. Carlos Montaña Álvarez.
 - c) **Memorial de 03 de febrero de 2012, presentado por la AFP a la Fiscalía el 08 de febrero de 2012, sobre solicitud de citación mediante edicto, dirigido al Fiscal Dr. Carlos Montaña Alvarez.**
 - d) **Memorial de 26 de septiembre de 2012, presentado por la AFP a la Fiscalía el 27 de septiembre de 2012, sobre ampliación de denuncia, dirigido al Fiscal Dr. Carlos Montaña Alvarez.**
- Por otra parte, la AFP refiere: “...el oficial Carlos Abrahán Castrillo Barriga, fue transferido a otra División; dejando pendiente informe de citación y demás diligencias realizadas con su persona; situación que motivo (sic) a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna”.

Esa argumentación tampoco puede considerarse como un justificativo valedero ya que carece de respaldo, puesto que conforme al cuaderno de investigación y prueba de descargo presentada por la AFP, no existe memorial o documento sobre petición de reasignación de investigador, consecuentemente, el solo afirmar que se solicitaron varias veces la reasignación de investigador no es suficiente para justificar la falta de diligencia en el PP.

Además, si el investigador asignado al caso, como consecuencia de su rotación o cambio, se niega u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas y producidas por su persona, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe

recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, lo que no ocurre en el presente caso.

En ese sentido, la argumentación vertida no tiene asidero, se trata de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva en el PP, que dio lugar a que durante el periodo comprendido entre el 08 de febrero al 08 de agosto de 2012, inclusive al 27 de septiembre de 2012, se encuentre paralizado, sin movimiento ni impulso procesal.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 9 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos

Al Cargo N° 10

Empleador: Armando Serrano Vaca (JUPAULUI IMPORT EXPORT)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **19 de diciembre de 2011** al **4 de abril de 2012** y desde esta última fecha al **26 de junio de 2012**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia.

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- En el presente caso se puede advertir que diferentes fiscales se encuentran tomando conocimiento del referido proceso, sin llegar a determinar quién será el responsable de la investigación, toda vez que, los Cuadernos de Investigación se encuentran distribuidos a criterio de quien los posea, muchos de ellos se encuentran con Fiscales que no corresponden, se procede a realizar el reclamo respectivo, nadie los quiere remitir o recibir sin instrucción del JEFE COORDINADOR DE LA DIVISIÓN, ya que desconocen el motivo de porque los tienen en su poder, motivo por el cual muchos de nuestros memoriales se encuentran sin requerir hasta la fecha, y no se les da el impulso procesal correspondiente, pese a las gestiones que realiza el Depto. Legal Penal, no existiendo orden en el despacho de los fiscales.
- La oficial Rosario Álvarez Velásquez, fue transferida a otra División; situación que motivo a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna.
- Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo, donde ocasiona que los cuadernos de investigación se encuentren con el secretario de la División para que el proceda a la reasignación del caso a un nuevo oficial, la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificadorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar,

citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación, por lo expuesto; una vez realizada la reasignación pasa al nuevo policía y llega su cambio, quien deslinda de responsabilidad por la ausencia de dichas actuaciones procesales.

Asimismo, presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- **Memorial con suma:** Solicita Ampliación del Término de Investigación Preliminar, **de fecha 20 de diciembre de 2011.**
- **Memorial con suma:** Propone Diligencias Preliminares Investigativas, de fecha **09 de abril de 2012.**
- Requerimiento Fiscal de fecha 10 de abril de 2012.
- Requerimiento Fiscal dirigido al Director Departamental de Migraciones, de fecha 26 de abril de 2012.
- Requerimiento Fiscal dirigido al Director Departamental del SEGIP, de fecha 26 de abril de 2012.
- Requerimiento Fiscal dirigido al Gerente y/o Administrador de Fundempresa, de fecha 26 de abril de 2012.
- Copia de Tarjeta Prontuario a nombre de SERRANO VACA ARMANDO, emitido por el SEGIP en fecha 14 de mayo de 2012.
- Memorial con suma: Adjunto Copia de Tarjeta Prontuario y Solicito Nuevo Señalamiento de Audiencia para Declaración Informativa Policial, presentado en fecha **03 de julio de 2012.**
- Memorial con suma: Formalizo (sic) y Amplio (sic) Querrela Penal por delitos de acción pública, de fecha **29 de octubre de 2012.**
- Requerimiento de 31 de diciembre de 2012, emitido por la Dra. Marina Flores Villena – Fiscal de Materia, que señala que el Fiscal Departamental es la Autoridad que tiene la atribución para disponer el desplazamiento de los Fiscales.
- Certificación de 08 de enero de 2013, emitida por el Cap. Alex Bedoya Fajardo – Jefe de División Económico, Financiero y Corrupción Pública de la FELCC, que establece que durante la gestión 2012 se han producido diferentes cambios tanto de Jefes de División como también de los diferentes funcionarios policiales, lo que ha ocasionado que los casos que se encontraban en procesos de investigación sean reasignados.

Evaluación de descargos:

- La AFP argumenta lo siguiente: “En el presente caso se puede advertir que diferentes fiscales se encuentran tomando conocimiento del referido proceso, sin llegar a determinar quién será el responsable de la investigación...”.

El argumentar que la demora y falta de diligencia en el presente caso es de exclusiva responsabilidad del Ministerio Público, por el cambio o rotación de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldado material que acredite dicho extremo.

Asimismo, la AFP al evidenciar retraso o dilaciones de parte de funcionarios del Ministerio Público, que inciden en el normal desarrollo del PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, lo que no aconteció.

- Por otra parte, la AFP arguye lo siguiente: “La oficial Rosario Álvarez Velásquez, fue transferida a otra División; situación que motivo (sic) a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna” (sic).

La mencionada afirmación no puede considerarse con un hecho válido para justificar la paralización del PP durante el periodo observado que comprende el 20 de diciembre de 2011 al 09 de abril de 2012, en consideración a que la AFP, recién mediante memorial presentado en la Fiscalía en fecha 29 de octubre de 2012, pide reasignación de investigador.

- De igual forma, la AFP refiere: “Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo”. Además, señala: “...la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el investigador como ser las ratificadorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación...”.

Dicha argumentación no puede considerarse como un justificativo valedero para justificar el abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados ya que carece de respaldo, además si el PP se encuentra sin investigador por ausencia, fallecimiento, rotación u otra causal, corresponde a la AFP en su calidad de parte activa en el PP, solicitar oportunamente al Fiscal la reasignación de un nuevo investigador policial, precisamente para evitar la paralización del PP.

Asimismo, en el supuesto que el investigador policial se niegue u omita entregar las actuaciones procesales elaboradas por su persona, corresponde a la AFP presentar la denuncia o queja ante el Fiscal encargado del PP, extremo que tampoco aconteció en el presente caso.

- La Administradora respecto a la falta de declaración informativa policial (ratificatoria de denuncia) por parte de su representante legal, se limita a señalar “...la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificadorias de denuncias, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación..”.

De ello se deduce que ese actuado procesal (ratificatoria de denuncia de parte del representante legal) se llevó adelante, empero, el investigador por motivo de

su rotación o cambio, no lo entregó y consecuentemente no se encuentra en el cuaderno de investigación.

Argumento que no puede considerarse como justificativo para avalar la falta de declaración informativa policial de parte del denunciante, que importa falta de diligencia de la AFP, puesto que no cuenta con respaldo alguno; además, los investigadores policiales están en la obligación de dejar todo actuado procesal llevado adelante por su persona, bajo responsabilidad funcionaria.

- En ese sentido, los periodos injustificados sin movimiento ni impulso procesal, se encuentran claramente identificados por periodos específicos de tiempo, 20 de diciembre de 2011 al 09 de abril de 2012, en los cuales no se pudo verificar que la Administradora haya tenido una participación activa dentro del proceso; consecuentemente, la AFP tuvo una actitud pasiva frente a su obligación de llevar adelante el proceso con la diligencia respectiva, permitiendo la paralización de la causa dentro del periodo señalado.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 10 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos

Al Cargo N° 11

Empleador: Arturo Vega Soria (SERVI & TRANSBOL SRL)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **20 de diciembre de 2011 al 16 de abril de 2012** y desde esta última fecha al **25 de junio de 2012**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia.

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- De acuerdo al rol de turnos en la Fiscalía de la FELCC, el Fiscal de Materia dependiente de la División Económico Financiero a cargo de la presente denuncia, en primera instancia se encontraba el Dr. Mario Mercado Justiniano y actualmente se encuentra el señor Fiscal Carlos Montaña Álvarez.
- El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos, toda vez que proceden a cerrar sus oficinas sin atención al público para inventario y entrega de los cuadernos de investigación por parte del Fiscal saliente y otra semana nuevamente sin atención por el Fiscal entrante que también realiza un nuevo inventario por lo recibido.
- Por otra parte, el oficial Abraham Rivero Rodriguez, fue transferido a otra División; dejando pendiente informe de citación y demás diligencias realizadas con su persona; situación que motivo (sic) a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna.

- El señor Fiscal Carlos Montaña, en los casos que fueron sorteados a su persona para su conocimiento e investigación, por considerar que los montos denunciados por FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP son de mínima cuantía y de escasa relevancia social, no requirió ningún solo memorial, luego procedió a la remisión de los cuadernos de investigación a la Unidad de Solución Temprana, sin facilitar a este Departamento Legal copia alguna de las actuaciones procesales de los cuadernos de investigación, pese a los reiterados reclamos efectuados ante su persona como también ante el señor Fiscal Coordinar (sic) de la Fiscalía de la FELCC, el Dr. Carlos Gutiérrez Méndez, posteriormente con el Nuevo Fiscal Coordinar (sic) Dr. Sebastián Eguez, ahora estos cuadernos están en la UST a cargo del Fiscal Lorgio Viveros, quien indica que serán devueltos por que los plazos se encuentran vencidos debiendo ser rechazados deslindando todo tipo de responsabilidad, ya que no se encuentran ni las ampliaciones de la investigación. El Depto. Penal está procediendo a la reposición de las copias de los memoriales y cuadernos de investigación, llegando a un entendimiento con el Fiscal de UST y que nos pueda colaborar con la tramitación de estos procesos.

Asimismo, presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- Memorial con suma: Propone Diligencias Preliminares Investigativas, presentado en fecha **18 de abril de 2012**.
- Requerimiento Fiscal dirigido para el Director Departamental de Migraciones, presentado en fecha 21 de mayo de 2012.
- Requerimiento Fiscal dirigido al Director del Ministerio de Trabajo y Supervisión Social, presentado en fecha 31 de mayo de 2012.
- Copia de Tarjeta Prontuario a nombre de Vega Soria Arturo, emitido por el SEGIP en fecha 14 de mayo de 2012
- Cite: Hoja de Ruta N° 3157/2012 de fecha 25 de mayo de 2012, Ref. Respuesta a Requerimiento Fiscal por el Director de Migración.
- Memorial con suma: Adjunto copia de Tarjeta Prontuario y solicita cooperación directa, presentado en fecha 03 de julio de 2012.
- Memorial con suma: Formalizo y Amplio Querrela Penal por delitos de acción pública, presentado en fecha 25 de octubre de 2012.
- Requerimiento de 31 de diciembre de 2012, emitido por la Dra. Marina Flores Villena – Fiscal de Materia, que señala que el Fiscal Departamental es la Autoridad que tiene la atribución para disponer el desplazamiento de los Fiscales.
- Certificación de 08 de enero de 2013, emitida por el Cap. Alex Bedoya Fajardo – Jefe de División Económico, Financiero y Corrupción Pública de la FELCC, que establece que durante la gestión 2012 se han producido diferentes cambios tanto de Jefes de División como también de los diferentes funcionarios policiales, lo que ha ocasionado que los casos que se encontraban en procesos de investigación sean reasignados.

Evaluación de descargos:

- La AFP argumenta lo siguiente: “El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos, toda vez que proceden a cerrar sus oficinas...”.

Dicha afirmación no puede considerarse como un justificativo válido puesto que carece de respaldo material que acredite dicho extremo. Asimismo, de evidenciar retraso o dilación en el PP por cambio del representante del Ministerio Público, que inciden negativamente en el desarrollo normal del proceso, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja.

- *Por otra parte, arguye lo siguiente: "...el oficial Abrahán Rivero Rodríguez, fue transferido a otra División; dejando pendiente informe de citación y demás diligencias realizadas con su persona; situación que motivo (sic) a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades (sic) solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna".*

La referida afirmación no puede considerarse con un hecho válido para justificar la paralización del proceso durante el periodo, 20 de diciembre de 2011 al 16 de abril de 2012, más aún si consideramos que conforme se acredita del cuaderno de investigación y pruebas de descargo aportadas, la Administradora jamás solicitó la reasignación de nuevo investigador.

Además, en el caso que el investigador policial se niegue u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas por su persona, corresponde a la AFP presentar la denuncia o queja ante el Fiscal encargado de las investigaciones, extremo que tampoco aconteció en el presente caso.

- *Respecto a la falta de declaración informativa policial (ratificatoria de denuncia) por parte del representante legal, la AFP se limita a señalar "...la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificatorias de denuncias, ... no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación..".*

Lo anterior significaría que la declaración informativa policial (ratificatoria de denuncia) de parte del representante legal se llevó adelante, empero, el investigador por motivo de su rotación o cambio, no entregó dicho actuado procesal y consecuentemente no se encuentra en el cuaderno de investigación.

Afirmación que no puede considerarse como justificativo para avalar la falta de declaración informativa policial de parte del denunciante, que importa falta de diligencia de la AFP, ya que no cuenta con respaldo alguno; además, los investigadores policiales están en la obligación de dejar todo actuado procesal llevado adelante por su persona, bajo responsabilidad funcionaria.

- *Por otra parte, la AFP refiere lo siguiente: "El señor Fiscal Carlos Montaña, en los casos que fueron sorteados a su persona para su conocimiento e investigación, por considerar que los montos denunciados por FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP son de mínima cuantía y de escasa relevancia social, no requirió ningún solo memorial....."*

La argumentación mencionada no puede considerarse como un justificativo valedero para justificar el abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados ya que carece de respaldo, además se reitera que la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja cuando verifique la falta de atención de parte de los funcionarios del Ministerio Público, lo que no aconteció en el presente caso.

Además, conforme el cuaderno de investigación y prueba aportada en calidad de descargo se acredita que en fecha 26 de abril de 2012, el Fiscal Carlos Montañó Álvarez, requirió información sobre el imputado a la Dirección Departamental de Migración (Santa Cruz) y al Ministerio de Trabajo y Supervisión Social, aspecto que refuta la afirmación de que dicha autoridad no requirió ningún memorial.

- Consecuentemente, los periodos injustificados sin movimiento ni impulso procesal, fueron identificados por periodos específicos de tiempo, del 21 de diciembre de 2011 al 18 de abril de 2012, en los cuales no se pudo verificar que la Administradora haya tenido una participación activa dentro del proceso; consecuentemente, la AFP tuvo una actitud pasiva frente a su obligación de llevar adelante el proceso con la diligencia respectiva, permitiendo la paralización de la causa dentro del periodo señalado.

En ese sentido, los argumentos vertidos en función de descargo no tiene (sic) asidero, se trata de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva en el PP, que dio lugar a que durante el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2011 al 18 de abril de 2012, se encuentra paralizado, sin movimiento ni impulso procesal. Falta de diligencia que también es corroborado por la falta de declaración informativa policial o ratificatoria de denuncia de parte del representante legal de la AFP.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 11 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos

Al Cargo N° 12.

Empleador: Aurelio Lavayen Seda Reyda (LAVAYEN & ASOCIADOS LTDA)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **09 de enero de 2012 al 18 de julio de 2012**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia.

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- De acuerdo al rol de turnos en la Fiscalía de la FELCC, el Fiscal de Materia dependiente de la División Económico Financiero a cargo de la presente denuncia, en primera instancia se encontraba el Dr. Lorgio Viveros Sevilla, posteriormente fue reemplazado por el Dr. Alexander Osinaga Ribera, luego asumió las funciones el Dr. Javier Cordero Salcedo, y actualmente se encuentra el señor Fiscal Jaime Canedo Encinas; es decir, dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de cuatro (4) Fiscales.
- El continuo cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos, toda vez que proceden a cerrar sus oficinas sin atención al público para inventario y entrega de los cuadernos de investigación por parte del Fiscal saliente y otra semana nuevamente sin atención por el Fiscal entrante que también realiza un nuevo inventario por lo recibido.
- Con relación a las audiencias de ratificatoria de denuncia por el señor Gerente Regional se han visto suspendidas en varias oportunidades por disposición del capitán ante la falta de policía investigador asignado, debiendo volver a la División en reiteradas oportunidades hasta ser atendidos.

Asimismo, presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- **Memorial con suma:** Solicita Ampliación del Término de Investigación Preliminar, **presentado en fecha 18 de enero de 2012.**
- **Memorial con suma:** Reitera Solicitud de Requerimientos Fiscales, presentado en fecha **19 de julio de 2012.**
- Copia de Tarjeta Prontuario a nombre de Pedro Aurelio Lavayen Seda Reyda, emitido por el SEGIP en fecha 16 de agosto de 2012.
- Cite: Hoja de Ruta N° 4926/2012 de fecha 15 de agosto de 2012, Ref. Respuesta a Requerimiento Fiscal por el Director de Migración.
- Memorial con suma: Adjunto copia de Tarjeta Prontuario, presentado el 03 de octubre de 2012.
- Memorial con suma: Presento ampliación de denuncia penal por delitos de acción pública, presentando en fecha 02 de octubre de 2012.
- Requerimiento de 31 de diciembre de 2012, emitido por la Dra. Marina Flores Villena – Fiscal de Materia, que señala que el Fiscal Departamental es la Autoridad que tiene la atribución para disponer el desplazamiento de los Fiscales.
- Certificación de 08 de enero de 2013, emitida por el Cap. Alex Bedoya Fajardo – Jefe de División Económico, Financiero y Corrupción Pública de la FELCC, que establece que durante la gestión 2012 se han producido diferentes cambios tanto de Jefes de División como también de los diferentes funcionarios policiales, lo que ha ocasionado que los casos que se encontraban en procesos de investigación sean reasignados.

Evaluación de descargos:

- La AFP respecto a la inactividad procesal argumenta lo siguiente: "...dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de cuatro (4) Fiscales". Asimismo, señala: "El

continuo cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos...”

El argumentar que la continúa rotación de Fiscales ha generado retardación de justicia no puede considerarse con un hecho válido para justificar la paralización del PP por más de ciento sesenta (160) días calendario, puesto que dicha afirmación no se encuentra respaldada materialmente.

Asimismo, al evidenciar que en el PP se está produciendo dilación, retraso o paralización por causa atribuible al Fiscal, la AFP debe formalizar un reclamo o queja ante las instancias correspondientes, lo que no aconteció en el presente caso.

- Por otra parte, afirma: “Con relación a las audiencias de ratificatoria de denuncia por el señor Gerente Regional se han visto suspendidas en varias oportunidades por disposición del capitán ante la falta de policía investigador asignado, debiendo volver a la División en reiteradas oportunidades hasta ser atendidos”.

Dicha afirmación tampoco puede ser considerada puesto que no cuenta con respaldo material alguno. Asimismo, la dirección de las investigaciones se encuentra a cargo del representante del Ministerio Público (artículos 69 y 70 del Código de Procedimiento Penal) y no así de un funcionario policial. Además, ante la falta de investigador, la AFP, debe solicitar oportunamente al Fiscal la reasignación de investigador policial para evitar retraso o paralización en el PP.

En ese sentido, los periodos injustificados sin movimiento ni impulso procesal, fueron identificados por periodos específicos de tiempo, que comprenden entre 18 de enero al 18 de julio de 2012, en los cuales no se pudo verificar que la Administradora haya tenido una participación activa dentro del proceso, consecuentemente, la AFP tuvo una actitud pasiva frente a su obligación de llevar adelante el proceso con la diligencia respectiva, permitiendo la paralización de la causa.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 12 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

Al Cargo N° 13.

Empleador: Alfredo Parada Alvis (COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS (sic) COMAYO)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **23 de noviembre de 2011 al 17 de julio de 2012**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no

obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia.

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- De acuerdo al rol de turnos en la Fiscalía de la FELCC, el Fiscal de Materia dependiente de la División Económico Financiero a cargo de la presente denuncia, en primera instancia se encontraba a cargo la Dra. Fanny Alfaro Vaquilla, posteriormente fue reemplazada por el Dr. Líder Justiniano, luego nuevamente asumió funciones la Dra. Fanny Alfaro Vaquilla, reingresando por una pugna interna por dicha oficina el Dr. Líder Justiniano y actualmente se encuentra el señor Fiscal Roller Yimy Cuellar; es decir, dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de tres (3) fiscales.
- El continuo cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos, toda vez que proceden a cerrar sus oficinas sin atención al público para inventario y entrega de los cuadernos de investigación por parte del Fiscal saliente y otra semana nuevamente sin atención por el Fiscal entrante que también realiza un nuevo inventario por lo recibido, lo que ocasiona la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificadorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de la investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación.

Asimismo, presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- Oficio N° 36/2011 de fecha 25 de noviembre de 2011; Ref. Remite Denuncia.
- Requerimiento Fiscal de fecha 26 de noviembre de 2011.
- Formulario de Acta de Denuncia Caso N° FELCC-SCZ1108825, con fecha de registro 06 de diciembre de 2011.
- Informe de Inicio de la Investigación de fecha 08 de diciembre de 2011.
- Caratula Sistema Judicial N° 701199201152292 con fecha de ingreso 19 de diciembre de 2011.
- Informe emitido por el Oficial asignado Jhonny Villca de fecha 30 de diciembre de 2011.
- **Requerimiento Fiscal de fecha 16 de enero de 2012.**
- **Memorial con suma: Reitera solicitud de requerimientos fiscales, presentado el 18 de julio de 2012.**
- Requerimiento Fiscal de fecha 19 de julio de 2012.
- Memorial con suma: Formalizo (sic) y amplio (sic) querrela penal por delitos de acción pública, presentado en fecha 05 de noviembre de 2012.
- Requerimiento de 31 de diciembre de 2012, emitido por la Dra. Marina Flores Villena – Fiscal de Materia, que señala que el Fiscal Departamental es la Autoridad que tiene la atribución para disponer el desplazamiento de los Fiscales.
- Certificación de 08 de enero de 2013, emitida por el Cap. Alex Bedoya Fajardo – Jefe de División Económico, Financiero y Corrupción Pública de la FELCC, que

establece que durante la gestión 2012 se han producido diferentes cambios tanto de Jefes de División como también de los diferentes funcionarios policiales, lo que ha ocasionado que los casos que se encontraban en procesos de investigación sean reasignados.

Evaluación de descargos:

- La AFP argumenta lo siguiente: "...dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de tres (3) fiscales". Asimismo, señala: "El continuo cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos...".

El argumentar que la continúa rotación de Fiscales ha generado retardación de justicia no puede considerarse con un hecho válido para justificar la paralización del PP por más de ciento cincuenta (150) días calendario, puesto que dicha afirmación no se encuentra respaldada materialmente.

Asimismo, en el marco conceptual de buen padre de familia debe realizar las gestiones y actuaciones necesarias ante las autoridades competentes para evitar la paralización del PP, ello implica que, de haberse suscitado la paralización del PP por causas atribuibles a funcionarios del Ministerio Público debió recurrir ante los órganos jerárquicos superiores a fin de formalizar un reclamo o queja, lo que no aconteció.

En ese sentido, los periodos injustificados sin movimiento ni impulso procesal, fueron identificados por periodos específicos de tiempo, del 16 de enero al 18 de julio de 2012, es decir más de ciento setenta (170) días calendario, en los cuales no se pudo verificar que la Administradora haya tenido una participación activa dentro del proceso, extremo que dio lugar a la paralización injustificada del PP.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 13 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

Al Cargo N° 14

Empleador: Juan Bernabé Medinaceli Valencia (INGENIO AZUCARERO CUATRO AS S.A.)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **28 de febrero de 2012** al **20 de julio de 2012**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa, no obstante de haber transcurrido más de ocho (8) meses desde la presentación de la denuncia.

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- De acuerdo al rol de turnos en la Fiscalía de la FELCC, el Fiscal de Materia dependiente de la División Económico Financiero a cargo de la presente denuncia, en primera instancia se encontraba a cargo la Dra. Fanny Alfaro Vaquilla, posteriormente fue reemplazada por el Dr. Líder Justiniano, luego nuevamente asumió funciones la Dra. Fanny Alfaro Vaquilla, reingresando por una pugna interna por dicha oficina el Dr. Líder Justiniano y actualmente se encuentra el señor Fiscal Roller Yimy Cuellar; es decir, dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de tres (3) Fiscales.
- El continuo cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos, toda vez que proceden a cerrar sus oficinas sin atención al público para inventario y entrega de los cuadernos de investigación por parte del Fiscal saliente y otra semana nuevamente sin atención por el Fiscal entrante que también realiza un nuevo inventario por lo recibido, lo que ocasiona la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificadorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de la investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación.
- El oficial Erbin García, fue transferido a otra División; teniendo pendiente la elaboración de informe con relación a la diligencia de notificación realizada con el Formulario de Citación N° 011452, situación que motivo a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna.
- Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo, el Jefe de División de la Unidad Económico Financiero ha sufrido cambios en los últimos meses, primero estaba el Cap. Gonzalo Benavides, quien fue retirado por un proceso interno, asumiendo interinamente el Sgto. Juan Manuel Pereira, y en este momento se encuentra el Cap. Alex Bedoya; donde ocasiona que los cuadernos de investigación se encuentren con el secretario de la División para que el proceda a la reasignación del caso a un nuevo oficial, la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el investigador como ser las ratificadorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación, por lo expuesto; una vez realizada la reasignación pasa al nuevo policía y llega su cambio, quien deslinda de responsabilidad por la ausencia de dichas actuaciones procesales.

Asimismo, presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- **Memorial** con suma: Solicita se Cite mediante Edicto de Prensa, **presentado en fecha 01 de marzo de 2012.**

- **Memorial con suma:** Reitera solicitud de requerimientos fiscales, **presentado en fecha 23 de julio de 2012.**
- Memorial con suma: Presento (sic) ampliación de denuncia penal por delitos de acción pública, presentado en fecha 27 de septiembre de 2012.
- Requerimiento de 31 de diciembre de 2012, emitido por la Dra. Marina Flores Villena – Fiscal de Materia, que señala que el Fiscal Departamental es la Autoridad que tiene la atribución para disponer el desplazamiento de los Fiscales.
- Certificación de 08 de enero de 2013, emitida por el Cap. Alex Bedoya Fajardo – Jefe de División Económico, Financiero y Corrupción Pública de la FELCC, que establece que durante la gestión 2012 se han producido diferentes cambios tanto de Jefes de División como también de los diferentes funcionarios policiales, lo que ha ocasionado que los casos que se encontraban en procesos de investigación sean reasignados.

Evaluación de descargos:

- La AFP en cuanto a la inactividad procesal argumenta lo siguiente: “...dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de tres (3) Fiscales”. Asimismo, señala: “El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos...”.

El justificar que la demora y falta de diligencia en el presente caso es de exclusiva responsabilidad del Ministerio Público, por la rotación o cambio de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldo material que acredite dicho extremo.

Asimismo, en el caso de verificar dilaciones o paralización del PP por causas atribuibles al Fiscal, deberá acudir a las instancias superiores para presentar la queja correspondiente, o inclusive denuncia en caso de corresponder, hecho que no aconteció.

- Por otra parte, argumenta que: “El oficial Erbin García, fue transferido a otra División; teniendo pendiente la elaboración de informe con relación a la diligencia de notificación realizada con el Formulario de Citación N° 011452, situación que motivo (sic) a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna”.

La mencionada afirmación no puede considerarse con un hecho válido para justificar la paralización del proceso durante el periodo 01 de marzo al 23 de julio de 2012, en consideración a que la AFP, recién mediante memorial presentado en fecha 23 de julio de 2012, pide reasignación de investigador por cambio; ello importa que, si bien pidió la reasignación de investigador, el petitorio no fue oportuno, ocasionado la paralización del proceso por más de ciento treinta (130) días calendario.

- La AFP refiere: “Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo”. Además, señala: “...la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el investigador como ser las ratificadorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación...”.

Dicha argumentación no puede considerarse como un justificativo valedero para justificar el abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados ya que carece de respaldo, además si el investigar policial es separado del caso, corresponde la solicitud de reasignación de investigador, petición que debe efectuarse en forma oportuna.

Asimismo, si el investigador asignado al caso, se niega u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas y producidas por su persona dentro de las investigaciones, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, para que dichas actuaciones procesales sean devueltas y adjuntas al cuaderno de investigación.

- La Administradora respecto a la falta de declaración informativa policial (ratificatoria de denuncia) por parte de su representante legal, se limita a señalar “...la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificadorias de denuncias,... no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación..”.

De ello se deduce que ese actuado procesal (ratificatoria de denuncia de parte del representante legal) se llevó adelante, empero, el investigador por motivo de su rotación o cambio, no lo entregó y consecuentemente no se encuentra en el cuaderno de investigación.

Argumento que no puede considerarse como justificativo para avalar la falta de declaración informativa policial de parte del denunciante, que importa falta de diligencia de la AFP, puesto que no cuenta con respaldo alguno; además, los investigadores policiales están en la obligación de dejar todo actuado procesal llevado adelante por su persona, bajo responsabilidad funcionaria.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 14 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

Al Cargo N° 15.

Empleador: Yoana Licet Soruco Parada (PROTOCOLO PROMOCIONES Y EVENTOS)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **20 de diciembre de 2011** al **20 de julio de 2012**. Pero además se tiene demora en la tramitación de requerimientos no otorgados (solicitado el 24 de noviembre de 2011 y reiterado el 20 de julio 2012).

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- De acuerdo al rol de turnos en la Fiscalía de la FELCC, el Fiscal de Materia dependiente de la División Económico Financiero a cargo de la presente denuncia, en primera instancia se encontraba a cargo la Dra. Fanny Alfaro Vaquilla, posteriormente fue reemplazada por el Dr. Líder Justiniano, luego asumió nuevamente las funciones la Dra. Fanny Alfaro Vaquilla, reingresando por una pugna interna por dicha oficina el Dr. Líder Justiniano y actualmente se encuentra el señor Fiscal Roller Yimy Cuellar; es decir, dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de tres (3) Fiscales.
- El continuo cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos, toda vez que proceden a cerrar sus oficinas sin atención al público para inventario y entrega de los cuadernos de investigación por parte del Fiscal saliente y otra semana nuevamente sin atención por el Fiscal entrante que también realiza un nuevo inventario por lo recibido, lo que ocasiona la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificadorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de la investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación.
- La oficial Danitza Mamani Patty, fue transferida a otra División; teniendo pendiente la elaboración de informe con relación a la diligencia de notificación, situación que motivo a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna.
- Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo, el Jefe de División de la Unidad Económico Financiero ha sufrido cambios en los últimos meses, primero estaba el Cap. Gonzalo Benavides, quien fue retirado por un proceso interno, asumiendo interinamente el Sgto. Juan Manuel Pereira, y en este momento se encuentra el Cap. Alex Bedoya; donde ocasiona que los cuadernos de investigación se encuentren con el secretario de la División para que el proceda a la reasignación del caso a un nuevo oficial, la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificadorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación, por lo expuesto; una vez realizada la reasignación pasa al nuevo policía y llega su cambio, quien deslinda de responsabilidad por la ausencia de dichas actuaciones procesales.

Asimismo, presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- *Requerimiento Fiscal de fecha 26 de diciembre de 2011.*
- **Memorial con suma: Solicita ampliación de término de investigación preliminar, presentado el 27 de diciembre 2011.**
- *Requerimiento Fiscal de fecha 13 de enero de 2012.*
- *Informe de Inicio de Investigación de fecha 26 de enero de 2012.*
- **Memorial con suma: Reitera solicitud de requerimientos fiscales, presentado en fecha 23 de julio de 2012.**
- **Requerimiento de 31 de diciembre de 2012**, emitido por la Dra. Marina Flores Villena – Fiscal de Materia, que señala que el Fiscal Departamental es la Autoridad que tiene la atribución para disponer el desplazamiento de los Fiscales.
- *Certificación de 08 de enero de 2013, emitida por el Cap. Alex Bedoya Fajardo – Jefe de División Económico, Financiero y Corrupción Pública de la FELCC, que establece que durante la gestión 2012 se han producido diferentes cambios tanto de Jefes de División como también de los diferentes funcionarios policiales, lo que ha ocasionado que los casos que se encontraban en procesos de investigación sean reasignados.*

Evaluación de descargos:

- *La AFP en cuanto la inactividad procesal argumenta: "...dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de tres (3) Fiscales". Asimismo, señala: "El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos..."*

El justificar la paralización del presente caso por rotación o cambio de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldado material que acredite dicho extremo.

Asimismo, en el caso de verificar dilaciones o paralización del PP por causas atribuibles al Fiscal, deberá acudir a las instancias superiores para presentar la queja correspondiente, o inclusive denuncia en caso de corresponder, hecho que no aconteció.

- *Por otra parte, señala: "La oficial Danitza Mamani Patty, fue transferida a otra División; teniendo pendiente la elaboración de informe con relación a la diligencia de notificación, situación que motivo a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades (sic) solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna".*

La referida afirmación no puede considerarse con un hecho válido para justificar la paralización del PP durante el periodo 26 de enero al 23 de julio de 2012, ya que la misma no se encuentra avalada por respaldado material alguno conforme se evidencia del cuaderno de investigación.

- *Asimismo, la AFP refiere: "Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo". Además, señala: "...la ausencia de algunas*

actuaciones procesales elaboradas y producidas por el investigador como ser las ratificadorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación...”.

Dicha argumentación no puede considerarse como un justificativo valedero para justificar el abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados ya que carece de respaldo, además si el investigar policial es separado del caso, corresponde que la AFP solicite oportunamente al Fiscal la reasignación de investigador.

Asimismo, si el investigador asignado al caso, se niega u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas y producidas por su persona dentro de las investigaciones, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, para que dichas actuaciones procesales sean devueltas y adjuntas al cuaderno de investigación.

- En ese sentido, los argumentos presentados carecen de sustento, se trata de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva en el PP, que dio lugar a su paralización durante más de ciento sesenta (160) días calendario, periodo comprendido entre el 26 de enero al 23 de julio de 2012.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 15 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

Al Cargo N° 16.

Empleador: Miguel Ángel Escobar Caram (OILFIELD TRUCKS CO. SRL)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal: Por el período comprendido entre el **28 de febrero de 2012 al momento de remisión de la documentación remitida por la AFP.**

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- De acuerdo al rol de turnos en la Fiscalía de la FELCC, el Fiscal de Materia dependiente de la División Económico Financiero a cargo de la presente denuncia, en primera instancia se encontraba a cargo la Dra. Fanny Alfaro Vaquilla, posteriormente fue reemplazada por el Dr. Líder Justiniano, luego asumió nuevamente las funciones la Dra. Fanny Alfaro Vaquilla, reingresando por una pugna interna por dicha oficina el Dr. Líder Justiniano y actualmente se encuentra el señor Fiscal Roller Yimy Cuellar; es decir, dentro del periodo observado por la

APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de tres (3) Fiscales.

- El continuo cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos, toda vez que proceden a cerrar sus oficinas sin atención al público para inventario y entrega de los cuadernos de investigación por parte del Fiscal saliente y otra semana nuevamente sin atención por el Fiscal entrante que también realiza un nuevo inventario por lo recibido, lo que ocasiona la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificatorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de la investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación.
- El oficial Erbin García, fue transferido a otra División; teniendo pendiente la elaboración de informe con relación a la diligencia de notificación realizada con el Formulario de Citación N° 011451, situación que motivo a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna.
- Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo, el Jefe de División de la Unidad Económico Financiero ha sufrido cambios en los últimos meses, primero estaba el Cap. Gonzalo Benavides, quien fue retirado por un proceso interno, asumiendo interinamente el Sgto. Juan Manuel Pereira, y en este momento se encuentra el Cap. Alex Bedoya; donde ocasiona que los cuadernos de investigación se encuentren con el secretario de la División para que el proceda a la reasignación del caso a un nuevo oficial, la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificatorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación, por lo expuesto; una vez realizada la reasignación pasa al nuevo policía y llega su cambio, quien deslinda de responsabilidad por la ausencia de dichas actuaciones procesales.

Asimismo, presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- **Memorial** con suma: Solicita se Cite mediante Edicto de Prensa, **presentado en fecha 01 de marzo de 2012.**
- **Memorial** con suma: Presento (sic) ampliación de denuncia penal por delitos de acción pública, **presentado en fecha 27 de septiembre de 2012.**
- Requerimiento Fiscal de fecha 28 de septiembre de 2012.
- Requerimiento de 31 de diciembre de 2012, emitido por la Dra. Marina Flores Villena – Fiscal de Materia, que señala que el Fiscal Departamental es la Autoridad que tiene la atribución para disponer el desplazamiento de los Fiscales.
- Certificación de 08 de enero de 2013, emitida por el Cap. Alex Bedoya Fajardo – Jefe de División Económico, Financiero y Corrupción Pública de la FELCC, que establece que durante la gestión 2012 se han producido diferentes cambios tanto de Jefes de División como también de los diferentes funcionarios policiales, lo que

ha ocasionado que los casos que se encontraban en procesos de investigación sean reasignados.

Evaluación de descargos:

- La AFP argumenta lo siguiente: "...dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de tres (3) Fiscales". Asimismo, señala: "El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos..."

El pretender justificar la paralización del presente caso por rotación o cambio de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldado material que acredite dicho extremo.

La Administradora debe tener presente que atendiendo su calidad de parte activa en el PP, de evidenciar retraso o dilación en el PP por causas atribuibles al Ministerio Público, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, a fin de no generar retraso en la gestión judicial, lo que no aconteció en el presente caso.

- Por otra parte, señala: "El oficial Erbin García, fue transferido a otra División; teniendo pendiente la elaboración de informe con relación a la diligencia de notificación realizada con el Formulario de Citación N° 011451, situación que motivo a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna".

La referida afirmación no puede considerarse con un hecho válido para justificar la paralización del PP durante el periodo observado (01 de marzo al 08 de agosto de 2012), más aún si consideramos que recién por memorial presentado en fecha 27 de septiembre de 2012, la AFP pide al Fiscal la reasignación de nuevo investigador.

- Asimismo, la AFP refiere: "Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo". Además, señala: "...la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el investigador como ser las ratificadoras de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación..."

Dicha argumentación no puede considerarse como un justificativo valedero para justificar el abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados ya que carece de respaldo. Por otra parte, si el investigador asignado al caso, como consecuencia de su rotación o cambio, se niega u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas y producidas por su persona, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos

superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, lo que no aconteció en el presente caso.

- En ese sentido, los argumentos vertidos no cuentan con respaldo material alguno, se trata de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva en el PP, que dio lugar a su paralización durante el periodo comprendido entre 01 de marzo al 08 de agosto de 2012, inclusive ampliable al 27 de septiembre de 2012, conforme se tiene del cuaderno de investigación y prueba presentada.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo Nº 16 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

Al Cargo Nº 17.

Empleador: Víctor Hugo Chávez Menacho (FUNDACIÓN PETROLERA DEL ORIENTE)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **13 de febrero de 2012 al 23 de julio de 2012**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa policial, no obstante de haber transcurrido más de siete (7) meses desde la presentación de la denuncia.

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- De acuerdo al rol de turnos en la Fiscalía de la FELCC, el Fiscal de Materia dependiente de la División Económico Financiero a cargo de la presente denuncia, en primera instancia se encontraba a cargo la Dra. Fanny Alfaro Vaquilla, posteriormente fue reemplazada por el Dr. Líder Justiniano, luego asumió nuevamente las funciones la Dra. Fanny Alfaro Vaquilla, reingresando por una pugna interna por dicha oficina el Dr. Líder Justiniano y actualmente se encuentra el señor Fiscal Roller Yimy Cuellar; es decir, dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de tres (3) fiscales.
- El continuo cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos, toda vez que proceden a cerrar sus oficinas sin atención al público para inventario y entrega de los cuadernos de investigación por parte del Fiscal saliente y otra semana nuevamente sin atención por el Fiscal entrante que también realiza un nuevo inventario por lo recibido, lo que ocasiona la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificatorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de la investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación.
- El oficial Rolando Ortiz, posteriormente Erbin García, quienes fueron transferidos a otra División; teniendo pendiente la elaboración de los informes con relación a las

diligencias de notificaciones realizadas, situación que motivo a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna.

- Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo, el Jefe de División de la Unidad Económico Financiero ha sufrido cambios en los últimos meses, primero estaba el Cap. Gonzalo Benavides, quien fue retirado por un proceso interno, asumiendo interinamente el Sgto. Juan Manuel Pereira, y en este momento se encuentra el Cap. Alex Bedoya; donde ocasiona que los cuadernos de investigación se encuentren con el secretario de la División para que el proceda a la reasignación del caso a un nuevo oficial, la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificadorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación, por lo expuesto; una vez realizada la reasignación pasa al nuevo policía y llega su cambio, quien deslinda de responsabilidad por la ausencia de dichas actuaciones procesales.

Asimismo, presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- **Memorial** con suma: Solicito señalamiento de audiencia para declaración informativa policial, **presentado en fecha 24 de febrero de 2012.**
- Requerimiento Fiscal de fecha 25 de febrero de 2012.
- Formulario de Orden de Citación N° 006811 de fecha 07 de marzo de 2012.
- Memorial de la parte denunciada con suma: Hace presente y devuelve citación, de fecha 14 de marzo de 2012.
- **Memorial** con suma: Reitero disponga señalamiento de audiencia para declaración informativa policial, **de fecha 23 de julio de 2012.**
- **Memorial** con suma: Reitero nuevamente disponga señalamiento de audiencia para declaración informativa policial, **presentado en fecha 19 de octubre de 2012.**
- Memorial con suma: Formalizo (sic) y amplio (sic) querrela penal por delitos de acción pública, con cargo 22 de octubre de 2012.
- Requerimiento de 31 de diciembre de 2012, emitido por la Dra. Marina Flores Villena – Fiscal de Materia, que señala que el Fiscal Departamental es la Autoridad que tiene la atribución para disponer el desplazamiento de los Fiscales.
- Certificación de 08 de enero de 2013, emitida por el Cap. Alex Bedoya Fajardo – Jefe de División Económico, Financiero y Corrupción Pública de la FELCC, que establece que durante la gestión 2012 se han producido diferentes cambios tanto de Jefes de División como también de los diferentes funcionarios policiales, lo que ha ocasionado que los casos que se encontraban en procesos de investigación sean reasignados.

Evaluación de descargos:

- La AFP en cuanto a la inactividad procesal argumenta lo siguiente: “...dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la

fecha, ha existido una rotación de tres (3) Fiscales”. Asimismo, señala: “El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos...”.

El justificar la paralización del presente caso por rotación o cambio de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldo material que acredite dicho extremo.

La Administradora debe considerar que atendiendo su calidad de parte activa en el PP, de evidenciar retraso o paralización del PP por motivos atribuibles al Fiscal, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, a fin de no generar retraso en la gestión judicial.

- *Por otra parte, señala lo siguiente: “El oficial Rolando Ortiz, posteriormente Erbin García, quienes fueron transferidos a otra División; teniendo pendiente la elaboración de los informes con relación a las diligencias de notificaciones realizadas, situación que motivo a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna”.*

La referida afirmación no puede considerarse con un hecho válido para justificar la paralización del PP durante el periodo observado, más aún si consideramos que recién por memorial presentado en fecha 23 de junio de 2012, la AFP pide al Fiscal la reasignación de nuevo investigador, cuando dicha petición debió efectuarla oportunamente.

- *Asimismo, la AFP refiere: “Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo”. Además, señala: “...la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el investigador como ser las ratificadorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación...”.*

Dicha argumentación tampoco puede considerarse como un justificativo valedero para justificar el abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados ya que carece de respaldo, además si el investigador asignado al caso, es sujeto de rotación, corresponde a la AFP, solicitar al Fiscal la reasignación inmediata de investigador policial; asimismo, si como consecuencia de su rotación o cambio, el investigador se niega u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas y producidas por su persona, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante el Fiscal encargado de la investigación a fin de formalizar un reclamo o queja, para que dichas actuaciones procesales inmediatamente sean adjuntadas al cuaderno de investigación.

- La Administradora respecto a la falta de declaración informativa policial (ratificatoria de denuncia) por parte de su representante legal, se limita a señalar "...la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el oficial investigador como ser las ratificadorias de denuncias,... no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación..".

Del argumento vertido se deduce que ese actuado procesal (ratificatoria de denuncia de parte del representante legal) se llevó adelante, empero, el investigador por motivo de su rotación o cambio, no lo entregó y consecuentemente no se encuentra en el cuaderno de investigación.

Argumento que no puede considerarse como justificativo para avalar la falta de declaración informativa policial de parte del denunciante, que importa falta de diligencia de la AFP, puesto que no cuenta con respaldo alguno; además, los investigadores policiales están en la obligación de dejar todo actuado procesal llevado adelante por su persona, bajo responsabilidad funcionaria.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 17 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos

Al Cargo N° 18.

Empleador: José Alberto Ribera Irusta (FERRERE BOLIVIA SRL)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **30 de noviembre de 2011** al **29 de febrero de 2012** y desde esta última fecha al **23 de julio de 2012**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa policial, no obstante de haber transcurrido más de siete (7) meses desde la presentación de la denuncia.

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- Cabe mencionar que el presente caso, se encuentra con memorial de Desistimiento, en razón a que el representante legal de la empresa regularizó todos los periodos en mora, habiéndose cumplido el espíritu de la norma contenida en el Art. 106 de la Ley 108 (sic) es decir la Cobranza Judicial mediante la Acción Penal y sus efectos previstos en el Art. 118.I segundo párrafo de la misma Ley.

Asimismo, presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- Formulario de Declaración de Ratificatoria de Denuncia, de fecha 09 de diciembre de 2011.
- Requerimiento Fiscal de fecha 08 de diciembre de 2011.

- *Memorial con suma: Solicita se proceda a la citación formal con la denuncia, presentado el 12 de marzo de 2012.*
- *Requerimiento Fiscal de 15 de marzo de 2012.*
- *Memorial con suma: Reitera disponga señalamiento de audiencia, presentado en fecha 25 de julio de 2012.*
- *Memorial con suma: Desistimiento y Rechazo de investigación, de fecha 03 de octubre de 2012, a favor de José Alberto Ribera Irusta.*
- *Requerimiento de 31 de diciembre de 2012, emitido por la Dra. Marina Flores Villena – Fiscal de Materia, que señala que el Fiscal Departamental es la Autoridad que tiene la atribución para disponer el desplazamiento de los Fiscales.*
- *Certificación de 08 de enero de 2013, emitida por el Cap. Alex Bedoya Fajardo – Jefe de División Económico, Financiero y Corrupción Pública de la FELCC, que establece que durante la gestión 2012 se han producido diferentes cambios tanto de Jefes de División como también de los diferentes funcionarios policiales, lo que ha ocasionado que los casos que se encontraban en procesos de investigación sean reasignados.*

Evaluación de descargos:

- *Al respecto, es importante señalar que los periodos injustificados sin movimiento ni impulso procesal, fueron claramente identificados por periodos específicos de tiempo, acreditándose períodos comprendidos entre el 15 de marzo 25 de julio de 2012, es decir más de ciento veinte días (120) calendario en los cuales no se pudo verificar que la Administradora haya tenido una participación activa dentro del proceso.*

Asimismo, conforme al cuaderno de investigación y prueba documental de descargo se evidencia que el representante legal de la AFP no prestó su declaración informativa ratificatoria, habiendo transcurrido más de siete (7) meses desde la presentación de la denuncia a la remisión de la documentación de descargo.

Por lo tanto, el hecho que la AFP se limite argumentar que se cumplió con la finalidad de la acción penal puesto la empresa canceló el adeudo y consecuentemente se ha presentado memorial de desistimiento de la denuncia en fecha 03 de octubre de 2012, a favor de José Alberto Ribera Irusta , no es un argumento válido para justificar el abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados, tampoco justifica la falta de declaración informativa del representante legal de la AFP en el PP.

La Administradora olvida que tiene la obligación de llevar adelante los PP con absoluta diligencia y responsabilidad, consecuentemente debe realizar las gestiones y actuaciones necesarias ante las autoridades competentes, y no admisible la paralización injustificada del PP como aconteció en el presente caso.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 18 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

Al Cargo N° 19

Empleador: Claudia Liliana Rodríguez Espitia (LAGRO SRL)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal – Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo comprendido sin movimiento procesal y falta de diligencia: Por el período comprendido entre el **09 de enero de 2012 al 18 de junio de 2012**. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa policial, no obstante de haber transcurrido más de nueve (9) meses desde la presentación de la denuncia.

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- De acuerdo al rol de turnos en la Fiscalía de la FELCC, el Fiscal de Materia dependiente de la División Económico Financiero a cargo de la presente denuncia, en primera instancia se encontraba el Dr. Lorgio Viveros Sevilla, posteriormente fue reemplazado por el Dr. Alexander Osinaga Ribera, luego asumió las funciones el Dr. Javier Cordero Salcedo, y actualmente se encuentra el señor Fiscal Jaime Canedo Encinas; es decir, dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de cuatro (4) Fiscales.
- El continuo cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos, toda vez que proceden a cerrar sus oficinas sin atención al público para inventario y entrega de los cuadernos de investigación por parte del Fiscal saliente y otra semana nuevamente sin atención por el Fiscal entrante que también realiza un nuevo inventario por lo recibido.

Asimismo, presenta documentación en calidad de prueba de descargo:

- Memorial con suma: Propone diligencias preliminares investigativas, presentado el 10 de enero de 2012.
- Requerimiento Fiscal de 11 de enero de 2012.
- Requerimiento Fiscal dirigido al Director de Fundempresa de 11 de enero de 2012.
- Cite: Hoja de Ruta N° 2718/2012 de fecha 09 de mayo de 2012, Ref.: Respuesta a requerimiento fiscal por el Director de Migración.
- Memorial con suma: Presento (sic) ampliación de denuncia penal, de fecha 20 de junio de 2012.
- Requerimiento Fiscal de fecha 21 de junio de 2012.
- Requerimiento Fiscal dirigido al Juez de DRR de fecha 01 de agosto de 2012.
- Requerimiento Fiscal dirigido al Director de COTAS de fecha 01 de agosto de 2012.
- Requerimiento Fiscal dirigido al Director de ASFI de 01 de agosto de 2012.

- *Requerimiento fiscal dirigido al Director de Tránsito de Santa Cruz de 01 de agosto de 2012.*
- *Certificación del OEP de fecha 28 de septiembre de 2012.*
- *Nota de fecha 13 de septiembre de 2012 emitido por el Banco Unión.*
- *Cite N° S20192-20120926-092608 emitido por el BCP de fecha 03 de octubre de 2012.*
- *Requerimiento de 31 de diciembre de 2012, emitido por la Dra. Marina Flores Villena – Fiscal de Materia, que señala que el Fiscal Departamental es la Autoridad que tiene la atribución para disponer el desplazamiento de los Fiscales.*
- *Certificación de 08 de enero de 2013, emitida por el Cap. Alex Bedoya Fajardo – Jefe de División Económico, Financiero y Corrupción Pública de la FELCC, que establece que durante la gestión 2012 se han producido diferentes cambios tanto de Jefes de División como también de los diferentes funcionarios policiales, lo que ha ocasionado que los casos que se encontraban en procesos de investigación sean reasignados.*

Evaluación de descargos:

- *La AFP respecto a la inactividad procesal en PP argumenta: “...dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de cuatro (4) Fiscales”. Asimismo, señala: “El continuo cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos...”.*

El pretender justificar la paralización del presente caso por rotación o cambio de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldo material que acredite dicho extremo.

La Administradora debe tener presente que atendiendo su calidad de parte activa en el PP, de evidenciar dilación o paralización del PP por causas atribuibles al Fiscal, debe acudir ante la autoridad jerárquica superior del Ministerio Público a fin de formalizar un reclamo o queja, a fin de no generar retraso en la gestión judicial.

En ese sentido, los periodos injustificados sin movimiento ni impulso procesal, se encuentran identificados por periodos específicos de tiempo, en los cuales no se pudo verificar que la Administradora haya tenido una participación activa dentro del proceso.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 19 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos

Al Cargo N° 20

Empleador: Rubén Darío Orgaz Fernandez (UNIVERSAL TELECOMMUNICATIONS S.A. – UTECOM)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal – Cochabamba.

Fiscalía: Fiscalía de Cochabamba.

Actuación sin diligencia probatoria: Se advierte falta de actividad probatoria de parte de la Administradora, hecho evidenciado del cuaderno de investigación, desconociendo que la carga material de la prueba corresponde a la parte acusadora y no a la defensa, extremo que influencia en la Resolución de Rechazo a la denuncia (N° 2694/2011) emitida por la Fiscal, bajo el sustento de falta de elementos (pruebas) para sustentar la imputación.

Por otro lado, se advierte que la AFP en su condición de denunciante tenía la obligación de objetar la Resolución N° 2694/2011 de 22 de marzo de 2012, emitida por la Fiscal, que dispone el rechazo de la denuncia, esta omisión e incumplimiento a sus deberes en la falta de impugnación dio lugar a que el caso no sea revisado por el Fiscal superior (Departamental), y consiguientemente se proceda con el archivo de obrados.

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- “Si bien no se objetó la Resolución de Rechazo, por falta de personal legal en la ciudad de Cochabamba, conforme lo determina el Art. 26 del CPP, se solicitará al Fiscal Departamental la Conversión de Acciones y de ésta (sic) manera proseguir con el Proceso que como lo expresa el Art. 118 de la Ley 065 de Pensiones, no prescribe”

Evaluación de descargos:

- En cuanto a la falta de actividad probatoria de parte del denunciante (AFP), motivo o sustento del Fiscal para el rechazo de la denuncia, la Administradora no señala justificativo alguno para enervar el cargo.

Se debe tener presente que, la Administradora de Fondos de Pensiones tiene la obligación de realizar la actividad probatoria de manera prolija, a lo cual, tendrá que presentar todos los elementos de prueba suficientes para acreditar el ilícito penal; cabe señalar que esta exigencia tiene por finalidad lograr una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones, hecho que no aconteció en el presente caso.

En ese orden, la actividad probatoria es uno de los aspectos más importantes de la prueba como concepto general, en tal virtud, la parte acusadora (AFP) tiene la necesidad y hasta obligación de realizar actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión de un litigio sometido a proceso.

- Por otra parte, la AFP afirma que **“no se objetó la Resolución de Rechazo, por falta de personal legal en la ciudad de Cochabamba”**, argumento que no puede considerarse como justificativo válido, ya que carece de sustento material, además, la Administradora está obligada a presentar los recursos o

impugnaciones que le franquea la ley contra toda decisión desfavorable dictada por el Ministerio Público o por el órgano jurisdiccional, independientemente si cuenta o no con el personal necesario; consecuentemente, incumplió con la obligación de actuar con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

- Asimismo, el señalar que **“se solicitará al Fiscal Departamental la conversión de acciones”**, demuestra que desde la fecha de la Resolución de Rechazo a la denuncia (N° 2694/2011 de 22 de marzo de 2012) emitida por la Fiscal, a la fecha de la presentación de pruebas de descargos, la AFP no ha realizado actuado procesal alguno, corroborando la falta de diligencia de su parte. Además, la conversión de acciones (de acción penal pública a instancia de parte en acción privada), importa un proceso penal sin la participación del Ministerio Público (sic), y tiene sus implicancias legales, ya que retrotrae la denuncia a sus inicios con el perjuicio correspondiente.
- Por último, el esgrimir que el proceso penal no prescribe al amparo del artículo 118 de la Ley N°065, resulta una apreciación incorrecta, aclarando que la disposición legal invocada no corresponde, siendo la correcta el artículo 117 de la Ley N° 065, que versa sobre la imprescriptibilidad al derecho de cobro de las Contribuciones y de los Aportes Nacionales Solidarios adeudados al SIP.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 20 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos

Al Cargo N° 21.

Empleador: Adnan El Maaz El Maaz (CONSORCIO HIDROELECTRICO MISICUNI)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal – Cochabamba.

Fiscalía: Fiscalía de Cochabamba.

Actuación sin diligencia: Se advierte que no obstante al tiempo transcurrido, desde la fecha de la denuncia (29 de diciembre de 2011) al presente han transcurrido más de nueve (9) meses; sin embargo, el proceso todavía se encuentra en la etapa investigativa preliminar (etapa inicial del proceso), cuando en aplicación del art. 300 del CPP, debe concluir (esta etapa) en un plazo máximo de veinte días, ampliables a noventa, salvo investigaciones complejas (art. 301 del CPP), que no es el caso, y si bien la AFP, solicitó al Fiscal (18 de abril de 2012) formule imputación formal, ante la falta de pronunciamiento de la autoridad, no ha formulado reclamo alguno, hecho que incide en la tramitación oportuna y diligente de la denuncia.

La Administradora, argumenta lo siguiente:

- **“En reiteradas oportunidades se solicitó al Fiscal que conocía el proceso la emisión de Resolución de Imputación sin embargo debido a negligencia de esa autoridad y el cambio de Fiscales en esta División provoco (sic) una demora y dilación que únicamente es atribuible al Ministerio Público, sin embargo a la**

presente fecha el Fiscal Titular, está analizando los elementos de prueba para poder emitir una Resolución conforme el Art. 301 del CPP”.

Evaluación de descargos:

- Al respecto, el sólo manifestar que “en reiteradas oportunidades se solicitó al Fiscal la emisión de la Resolución de Imputación”, no es suficiente para desvirtuar el cargo, puesto que sólo se tiene evidencia del memorial de 18 de abril de 2012, mediante el cual la AFP solicitó al Fiscal formule imputación formal, posteriormente a este actuado no se acredita ningún otro; y ante la falta de pronunciamiento de la autoridad, no ha formulado reclamo alguno, hecho que incide en la tramitación oportuna y diligente de la denuncia, que fue presentada el 29 de diciembre de 2011.

En ese sentido, el argumento presentado no tienen (sic) asidero, se trata de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva en el PP, que dio lugar a su paralización, puesto que desde la solicitud de imputación formal, no ha realizado actuación procesal alguna, olvidando que tiene la obligación de llevar adelante los PP con absoluta diligencia y responsabilidad, y consecuentemente realizar las gestiones y actuaciones necesarias ante las autoridades competentes, hecho que no como (sic) aconteció en el presente caso.

Por lo tanto, los argumentos vertidos por Futuro de Bolivia S.A. AFP respecto al Cargo N° 21 no gozan de la convicción suficiente para poder desvirtuarlo, por lo cual el mismo se ratifica en todos sus extremos.

CONSIDERANDO:

Que en aplicación a lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, se ha considerado:

“El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

En esta tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente

individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inminente del principio de proporcionalidad como ser: **a)** Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, **b)** Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y **c)** Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Por otra parte, y en lo que respeta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: **a)** La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b)** La naturaleza de los perjuicios causados y **c)** La reincidencia en la comisión”.

Que de acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

A los Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21.

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: **a)** El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, por la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo; **b)** Los hechos se encuentran comprobados por la falta de movimiento procesal diligente en los PP por parte de la AFP, respecto a los periodos imputados en los cargos, cuya explicación y fundamentación se ofrece en el anterior Considerando. En cuanto al inciso **c)** la AFP no presentó ni realizó actuaciones procesales propias durante los períodos de inactividad del proceso, lo que demuestra la negligencia e impericia del regulado en la tramitación del PP.

Para la adecuación entre la gravedad de los hechos y las sanciones aplicadas, se efectúa el siguiente análisis: **a)** La AFP no actuó como un buen padre de familia e incurrió en una total negligencia en el movimiento procesal de los PP instaurados, incurriendo en inactividad procesal es decir sin movimiento procesal; **b)** El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado al no efectuar el movimiento procesal diligente en los PP retrasa la recuperación de las Contribuciones en mora de los

Empleadores que adeudan aportes al Sistema Integral de Pensiones; **c)** No se tiene registrada conducta reincidente del regulado.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada para los Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21 respecto a los periodos que se imputan, con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal y actuar diligente en los PP imputados; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP del Sistema Integral de Pensiones, dicha inobservancia a la norma si bien no causó daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no estar en movimiento los PP, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

A los Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18 y 19.

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: **a)** El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, por la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatoria; por lo que este hecho ha producido interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo. Pero además se tiene que el representante legal de la AFP, no prestó su declaración informativa. **b)** El hecho se encuentra comprobado por la falta de movimiento procesal diligente en los PP y, que la falta de realización de uno de los actuados del representante legal imprescindible para el avance del proceso (cual es prestar la declaración informativa, misma que tiene por objeto ratificar los términos de la denuncia sobre el hecho delictivo y formalizar la presencia del denunciante en la investigación), perjudica el normal desarrollo del PP, siendo atribuible a la AFP quien no ha justificado razonablemente esta omisión. En cuanto al inciso **c)** La AFP no presentó actuaciones procesales propias durante el período de inactividad del proceso ni prueba que demuestren pro actividad y diligencia en los actos investigativos y aquellos a los cuales está obligado a efectuar, como es el prestar la declaración como denunciante, lo que demuestra la negligencia e impericia del regulado en la tramitación de los PP.

Para la adecuación entre la gravedad de los hechos y las sanciones aplicadas, se efectúa el siguiente análisis: **a)** La AFP no actuó como un buen padre de familia e incurrió en una total negligencia en el movimiento procesal del PP; pero además se tiene comprobado que, el representante legal de la AFP en estos caso al no prestar su declaración informativa, limita el desarrollo regular de la investigación penal, siendo obligación del denunciante prestar su declaración, mas aun (sic) si se busca en lo futuro la imputación y/o acusación del denunciado. Asimismo en el inciso **b)** El

perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado no efectuó las actividades procesales de forma diligente en el PP lo cual retrasa la recuperación de las Contribuciones, pero también habrá que anotar que el no omitir prestar la declaración informativa por la AFP como denunciante restringe a que el PP se lleve de forma prolija demostrando ante el fiscal y el juez cautelar abandono o descuido de quien denuncia un hecho ilícito poniendo en riesgo de archivo de obrados del mismo PP; pero además esta omisión en lo posterior se constituirá en una limitante para el avance del proceso considerando que los delitos previsionales son a instancia de parte; por último en el inciso; **c)** No se tiene registrado ningún antecedente.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada para los Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18 y 19 respecto a los periodos que se imputan, con el hecho de que el regulado no mantuvo una actitud diligente en los PP imputados y que la falta de la declaración informativa por el regulado en el proceso impide que las actuaciones se encuentren completas al momento de imputar expresando abandono y descuido de la causa iniciada, siendo la declaración un actuado propio de la AFP para promover mejor la acción penal y formalizar su acción en proceso; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP del Sistema Integral de Pensiones, dicha inobservancia a la norma si bien no causó daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no obrar diligentemente en los PP, provoca que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

Al Cargo N° 20

En lo que respecta a la proporcionalidad corresponde señalar que: **a)** El hecho imputado se encuentra previamente calificado como infracción por la normativa imputada, en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, por la falta de actividad probatoria de parte de la Administradora, hecho evidenciado del cuaderno de investigación, extremo que influenció en la Resolución de Rechazo a la denuncia (N° 2694/2011) emitida por la Fiscal, bajo el sustento de falta de elementos (pruebas) para sustentar la imputación. Por otro lado, se advierte que la AFP en su condición de denunciante tenía la obligación de objetar la Resolución N° 2694/2011 de 22 de marzo de 2012, emitida por la Fiscal, que dispone el rechazo de la denuncia, esta omisión a sus deberes diligentes por la falta de impugnación dio lugar a que el caso no sea revisado por el Fiscal superior (Departamental), y se proceda con el archivo de obrados. **b)** El hecho se encuentra comprobado por los hechos imputados y la falta de realización de actuados imprescindibles para que el PP tenga una dirección distinta a la actual, responsabilidad atribuible a la AFP. En cuanto al inciso **c)** La AFP no realizó actuaciones procesales propias e idóneas de la AFP que permitieran la continuación

regular del PP, descargándose el regulado que no lo hizo por falta de un profesional para atender el caso y que promoverá la acción penal con la conversión de acciones, cuando por norma está obligada a dar cumplimiento estricto de la norma de pensiones, debiendo para tal efecto contar con los medios procesales y recursos humanos suficientes a su alcance para cumplir la norma de pensiones a cabalidad. Por tanto el hecho comprobado demuestra falta de diligencia en el proceso, demostrando que no tuvo pro actividad y cuidado en los actos investigativos y aquellos a los cuales está obligado a efectuar para hacer valer su pretensión penal, como es el recurrir las determinaciones contrarias a las pretensiones del regulado, lo que demuestra la negligencia e impericia del regulado en la tramitación de los PP.

Para la adecuación entre la gravedad de los hechos y las sanciones aplicadas, se efectúa el siguiente análisis: **a)** La AFP no actuó como un buen padre de familia e incurrió en una total negligencia en la falta de realización de actuaciones que propendan a hacer prevalecer la pretensión penal. Asimismo en el inciso **b)** El perjuicio ocasionado se expresa en que el regulado al no actuar prolijamente en el PP retrasa la recuperación de las Contribuciones; por último en el inciso; **c)** No se tiene registrado ningún antecedente.

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada en que por consecuencia de la conducta imputada al regulado impide que las actuaciones se encuentren debidamente llevadas, para promover mejor la acción penal y la recuperación de los adeudos al SIP; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP del Sistema Integral de Pensiones, dicha inobservancia a la norma si bien no causó daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al haber sido **archivada la causa penal** por disposición de la autoridad competente por los motivos anotados más arriba ha generado además del retraso en la recuperación de la mora, la pérdida de un mecanismo procesal para su cobro, pero además al haberse llevado incorrectamente el PP, el mismo al presente no se tiene en curso; provocando que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

CONSIDERANDO:

De la Acción Diligencial del regulado en los Procesos Penales.

La Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, en su artículo 149 dice:

Artículo 149 (Funcionarios y Atribuciones). La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones:

“...i) Iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para recuperación

de la mora, intereses y recargos.

...

v) Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia....".

La Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 55/2006 de 29 de agosto de 2008, en cuanto al buen padre de familia señala textualmente:

"Esta figura abstracta el "bonus" o "diligens pater familias" demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de las obligaciones, como lo haría (sic) todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestra el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho en esa misma situación."

El regulado en los cargos objeto de sanción, no se ha comportado como esa otra persona dedicada y responsable que tiene a cargo recursos (aportes de los Asegurados por recuperar por mora del Empleador) que no le pertenecen pero que están a su cargo administrarlos y en el presente caso recuperarlos, no procurando actuar diligentemente en la investigación para poder dar con la verdad de los hechos, la identidad de los responsables y ulteriormente recuperar los adeudos al SIP.

Por tanto, es responsabilidad de las AFP como administradoras de los fondos de pensiones y representantes de los Asegurados, como parte de una debida administración del servicio, realizar las actuaciones legales que franquea la ley para la protección y resguardo de los intereses que administra a través de los PP debidamente llevados, ante situaciones y hechos que perjudiquen o causen daño a los fondos y a los Asegurados.

Es así que, las obligaciones de la AFP como buen padre de familia lo obligan a actuar de una manera diligente que se la ha observado, quien es llamado a coadyuvar continuamente al fiscal en la causa.

Pues, el servicio de administración que la AFP hizo del SIP, tiene como característica que no es a título gratuito, al contrario, es remunerado justificando así la prestación esperada de:

- Calidad de su servicio.
- Eficiencia de su administración y
- Protección de los recursos bajo su administración.

La consecuencia visible de la falta de acciones diligentes en los PP a sancionarse ahora, es evidentemente por la falta de avance y negligencia en los actos de investigación y de recuperación de los adeudos en mora al SIP.

Por tanto, para los diecinueve (19) casos en los cuales los descargos no son suficientes, deben ser objeto de sanción.

Finalmente es menester traer a colación lo que indica la Sentencia Constitucional 1157/2004-R, fundamento utilizado para hacer notar la participación de los denunciados (AFP) en los PP indicándose que; si bien el Juez es quien tiene la obligación de velar porque el proceso se lleve conforme a ley, no es menos cierto que las partes procesales tienen la obligación de realizar el debido seguimiento al proceso; por consiguiente, el hecho de que el actor no se hubiera apersonado periódicamente ante las dependencias judiciales o investigativas, implica falta de interés y negligencia en la atención del trámite (sic) penal.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado, ante la insuficiencia de argumentos presentados en los descargos de Futuro de Bolivia S.A. AFP para todos los cargos, se llega a establecer los hechos ligados con el incumplimiento a las normas imputadas y la obligatoriedad de su cumplimiento, razón por la cual corresponde su sanción, exceptuando para los Cargos 2 y 6.

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones establece que:

“Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732, de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria, así como lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones reglamentarias del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición, ...”.

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997 Reglamento de la Ley N° 1732, establece las atribuciones y los procedimientos que debe seguir el Ente Regulador, para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al párrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana crítica y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción,

de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterio de calificación de gravedad:

“c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.”

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b) señala:

“b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media.”

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción,

“c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses.”

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997...”

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 19 de marzo de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

En fecha 30 de abril de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determina la apertura del término de prueba de diez (10) días hábiles administrativos, para que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, presente informe documentado sobre los siguientes aspectos:

“ ...

1. Con relación a los Cargos N° 7, 10, 13, 17 y 19, remita la documentación de respaldo que acredite haber presentado la Declaración Informativa ante el Ministerio Público, conforme se tiene instruido en el parágrafo II de lo resuelto en el SEGUNDO de la RA. 69-2013.

2. Con relación al Cargo N° 11, el Requerimiento Fiscal emitido por el Fiscal Departamental, correspondiente al caso del Empleador Arturo Vega Soria representante de la empresa SERVI Y TRANSBOL SRL...”

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 561-2013 DE 20 DE JUNIO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 561-2013 de 20 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

“...ÚNICO.- Confirma (sic) parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, quedando la redacción de la parte resolutive de la siguiente manera:

“...PRIMERO.- Sanciona (sic) a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los **Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 12, 14, 15, 16, 18 y 21**, con una multa en Bolivianos equivalente a \$us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de \$us11.000,00 (ONCE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.

SEGUNDO.- I. Sanciona (sic) a Futuro de Bolivia S.A. AFP por los **Cargos N° 7, 8, 10, 11, 13, 17, 19 y 20**, con una multa en Bolivianos equivalente a \$us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo, haciendo un total de \$us12.000,00 (DOCE MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA), por infracción a lo dispuesto en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011.

II. La AFP deberá presentar en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Administrativa, la documentación de respaldo idónea que acredite haber prestado la declaración informativa ante el Ministerio Público, correspondiente a los procesos penales imputados en los **Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18 y 19**.

III. Con relación al proceso penal imputado en el **Cargo N° 20**, la AFP en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución Administrativa, la documentación de respaldo idónea que acredite haber presentado la acción penal correspondiente ante la autoridad competente.

TERCERO.- Se desestima los **Cargos N° 2 y 6**.

CUARTO.- I. La multa señalada precedentemente, deberá ser depositada en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 0865 del Banco Central de

Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa.

II. Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles administrativos de efectuado el depósito.

QUINTO.- *La AFP se encuentra en la responsabilidad de llevar los Procesos Penales del SIP conforme a norma, para lo cual son responsables de los resultados que estos puedan generar.”*

Los argumentos de la presente resolución son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que en función a los fundamentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria, cabe emitir el pronunciamiento correspondiente.

ANÁLISIS TÉCNICO LEGAL:

AL PUNTO: II. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS POR LA APLICACIÓN DE UN RÉGIMEN ABROGADO PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES.

Sobre este aspecto, es necesario recordar a la AFP nuevamente que, conforme manda el artículo 177 de la Ley No.065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, se establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No.1732 de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria.

*En ese entendido, la AFP debe comprender que son dos los instrumentos legales por los cuales tiene que al presente continuar aplicando la normativa prevista para el sector de pensiones, como lo son la Ley No.1732 y el Contrato suscrito entre la AFP y el Estado Boliviano, marco normativo para que el regulado continúe realizando **todas** las obligaciones como administrador de los Fondos del FCI y en representación de los Asegurados; sin perjuicio de las determinaciones de la Ley No.065 de Pensiones y sus disposiciones reglamentarias.*

Por otro lado, el regulado olvida que al presente se tiene una administración transitoria de las pensiones, en razón a que la nueva Ley de Pensiones, crea la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo con todas las obligaciones, atribuciones y facultades que le atinge y que; mientras no se tenga su constitución formal y a efectos de dar continuidad a los servicios que se ofrecen en cuanto a la administración y pago de pensiones, es que la norma con sabiduría ha establecido

que las AFP continúen con todas sus obligaciones mientras dure el período de transición.

En lo que respecta al contrato (sic) de Prestación de Servicios entre la AFP y el Estado Boliviano, se debe recordar a la AFP que es un Contrato de naturaleza administrativa con todas sus características, donde en la Cláusula Octava, punto 8.3 (Inicio de la prestación de los Servicios) establece que una vez recibida la Licencia, la AFP deberá prestar todos los Servicios de conformidad a las disposiciones de la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato, **sin excepción alguna**. Asimismo, el Contrato aludido por la AFP en su Cláusula 8.6 establece que la AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, **de acuerdo a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias**.

Por lo que se concluye que, la AFP además de la norma del sector de pensiones relativa a la Seguridad Social de Largo Plazo se halla subordinada también a las cláusulas contractuales, no debiendo desconocer el marco jurídico en el cual se debe desenvolver.

Finalmente se recuerda a la AFP que la Ley No.065 de Pensiones, y en lo particular el artículo 177 es constitucional, por lo cual se halla plenamente vigente y a la cual corresponde su atención y cumplimiento, mientras no se declare lo contrario por el Contralor de la Constitucionalidad. En ese entendido sus efectos y alcances son plenamente válidos (sic) y de cumplimiento obligatorio por la AFP.

Ahora bien con relación al Régimen de las Sanciones previsto en el Capítulo VIII "Sanciones y Recursos", Parte I "Régimen de las Sanciones" del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997 que aplica esta APS a las entidades reguladas, de acuerdo al razonamiento anterior, se halla dentro de la normativa que reglamenta la Ley No.1732 de Pensiones, en lo particular a lo que hace al régimen vigente de sanciones para el sector de pensiones. Por tanto, cuando la AFP refiere que "no existe un marco reglamentario sancionador aplicable al incumplimiento de las obligaciones de la Gestora Pública", lo señalado resulta ser incorrecto al tener conocimiento pleno de que la norma reglamentaria sigue vigente, y no solamente la ahora observada por la AFP sino también alguna otra de orden operativo. Por lo que, si bien dentro de las facultades de esta Autoridad están la de control y supervisión, también se tiene la de sancionar a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo cuando incumpla la normativa de pensiones y que, durante el periodo de transición está representada por las AFP.

En lo que se refiere al argumento de una supuesta nulidad de la R.A.69-2013 por falta de fundamentación y motivación, la misma no corresponde considerando que los descargos presentados respecto a los procesos penales fueron evaluados y analizados en la señalada Resolución Administrativa, expresándose los motivos que llevaron al regulador a sancionar los cargos; sin perjuicio de lo anterior, corresponde señalar que en esta segunda instancia con el presente acto se tiende a satisfacer la fundamentación extrañada por la AFP respecto a los aspectos advertidos reclamados en su impugnación.

Asimismo, habrá que aclarar que la impugnación presentada contra la R.A.69-2013, en un total contrasentido la AFP ha solicitado la revocatoria de la señalada Resolución Administrativa y por otro la nulidad del acto administrativo; siendo conceptos contrapuestos. Por tanto no existe la posibilidad legal de declarar nulo un acto y revocar a la vez el mismo, siendo las características y efectos legales diferentes de cada determinación.

AL PUNTO: III. DEL ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS CASOS IMPUTADOS E ILEGALMENTE SANCIONADOS POR LA NORMATIVA APLICADA.

En el punto 3.1.1 a) del recurso, a los Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21, la AFP señala que la APS habría concluido de una manera errada en cuanto a la valoración de la prueba y en especial sobre la aplicación de la sana crítica (sic), toda vez que no consideró la realidad expresando: “contantes movimientos, acefalias (sic), rotaciones, suspensiones, renunciaciones tanto en el Órgano Judicial, Ministerio Público e inclusive la propia Institución Policial que obedecen a las constantes denuncias por retardación de justicia, actos de corrupción, etc., los que son de conocimiento público, circunstancias que evidentemente son ajenas a la voluntad de FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP...”. Asimismo, arguye que la “exposición precedente” ha sido asumida inclusive por el Tribunal Constitucional a momento de resolver incidencias al proceso que tenían por finalidad destruir la acción penal, invocando la SSCC 1529/2011 – R de fecha 11 de octubre que ratifica la SSCC 0510/2010 – R de 12 de julio. Concluyendo que el retraso y demora en la actividad procesal, se debió a circunstancias ajenas a la voluntad de la AFP, como es el cambio social, y que han sido tomados en cuenta por el más Alto Tribunal de Control de Constitucional.

Al respecto, la SSCC 0551/2010-R de 12 de julio, antecedente jurisprudencial de la SSCC 1529/2011 – R de fecha 11 de octubre, invocada por la AFP, resume que “la extinción de la acción penal solo puede ser admitida cuando concurren dos elementos: 1) El transcurso del tiempo; y, 2) **Ponderación integral de varios elementos que le hacen a cada caso en particular, como son la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo**”.

Asimismo, expresa que conforme a la doctrina y la jurisprudencia emanada de los órganos regionales de protección de los Derechos Humanos, como la Corte Americana de Derechos Humanos, se entiende por un proceso sin dilación indebida a aquel que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción.

Bajo esa lógica jurisprudencial, a los efectos del retraso o dilación procesal, se debe tomar en cuenta la valoración integral y concurrente de varios factores, aspecto también expresado en diferentes Sentencias Constitucionales (SSCC 0101/2004, SSCC 0551/2010-R de 12 de julio, SSCC 1529/2011 – R de fecha 11 de octubre); sin embargo, la Administradora pretende justificar la falta de diligencia, demora o retraso en el Proceso Penal (PP) atribuyendo como un hecho de única y exclusiva responsabilidad de las autoridades jurisdiccionales o del Ministerio Público, y que supuestamente esta “realidad” es desconocida por la APS.

Al respecto, corresponde señalar que el Ente Regulador conoce perfectamente de la realidad de Ministerio Público y del Órgano Jurisdiccional, "realidad" que ha sido valorada en todo su alcance a momento de emitirse la R.A.69-2013, siendo así que, de un análisis a cada caso concreto, a través de un estudio integral, se ha demostrado que el retraso, demora o paralización en la actividad procesal, no se debe a circunstancias atribuibles al Ministerio Público u Órgano Jurisdiccional, sino a la propia actividad o conducta del regulado.

En ese orden, con relación a los descargos presentados, que según la AFP, no fueron tomados en cuenta o valorados, se tiene lo siguiente:

Al Cargo N° 1.-

Denunciado: Marcos Kim Lim - ASEA LTDA. INDUSTRIAS TEXTILES: Referente al "Memorial con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones", el Ente Regulador señaló lo siguiente:

Evaluación de descargos:

- El argumentar la desaparición del cuaderno de investigación, en el periodo comprendido sin movimiento procesal, desde el 10 de abril al 27 de julio de 2012, fecha que corresponde a la presentación y recepción del memorial de solicitud de la AFP al Fiscal de otorgación de fotocopias simples, no puede considerarse como un hecho válido para justificar la falta de diligencia puesto que no cuenta con respaldo alguno que acredite dicho extremo.
- Asimismo, la AFP debe tener presente que en aquellos procesos donde el cuaderno de investigación o expediente no sea habido o haya aparentemente desaparecido, debió solicitar oportunamente mediante memorial a la autoridad, en este caso al Fiscal, se ponga a la vista el mismo o solicitar la reposición inmediata de obrados, a fin de no generar retraso en la gestión judicial.

En ese sentido, si el cuaderno de investigación se encontraba extraviado durante el periodo 10 de abril de 2012 al 27 de julio de 2012, la AFP debió exigir oportunamente que el cuaderno de investigación se ponga a la vista y no limitarse a solicitar fotocopias simples cuando aparentemente desapareció, habiendo transcurrido entre las dos últimas actuaciones, un lapso de tiempo de más de noventa (90) días calendario, hecho que devela una actitud pasiva de parte de la Administradora.

- De igual forma, el referir que el cuaderno de investigación nuevamente se volvió a extraviar y que recién mediante memorial de fecha 08 de noviembre de 2012 se solicitó se ponga a la vista, no puede considerarse como un justificativo válido para la inactividad procesal durante los periodos observados que son anteriores (10 de abril de 2012 al 27 de julio de 2012). Además contradictoriamente, el memorial presentado en calidad de prueba de descargo textualmente señala: "...**durante los últimos dos mes, se trató de**

ubicar el cuaderno de investigaciones, empero su personal subalterno, no dan con el paradero del caso, por lo que solicito a su autoridad como Director Funcional de las Investigaciones, Art. 297 del CPP, instruir tanto al investigador asignado al caso como todo el personal a su cargo poner a la vista el cuaderno de investigaciones del caso de referencia”.

La prueba presentada por la AFP, fotocopia del memorial con cargo de recepción 09 de noviembre de 2012, refiere al aparente extravió del cuaderno de investigación dos meses antes de la presentación del memorial, ello significa, el supuesto extravió del cuaderno de investigación durante los meses de septiembre y octubre, pero no así por periodos anteriores.

De lo expuesto, se acredita que efectivamente la APS valoró en toda su magnitud la prueba presentada por la AFP en calidad de descargo, consistente en un “Memorial (fotocopia) con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones, presentado en fecha 09 de noviembre de 2012, ante el Fiscal de Materia Dr. Roger Velásquez”, siendo la misma insuficiente para desvirtuar el Cargo, puesto que conforme a las fotocopias del cuaderno de investigación, sobre las últimas actuaciones procesales de forma cronológica se tiene al memorial de 10 de abril de 2012 (memorial del Fiscal Dr. Roger Velásquez, dirigido al Juez Segundo de Instrucción en lo Penal, solicitando se notifique mediante edicto), posteriormente, la AFP por memorial de 27 de julio de 2012 solicita al Fiscal Dr. Roger Velásquez, fotocopias simples del cuaderno de investigación, que fue concedido por decreto de 30 de julio de 2012, y por último, el memorial presentado el 09 de noviembre de 2012, solicitud se ponga a la vista el cuaderno de investigación; antecedentes procesales que evidencian sin lugar a duda que **“por el período comprendido entre el 10 de abril de 2012 al 27 de julio de 2012, no existe actuado procesal alguno, y desde el 27 de julio al 09 de noviembre de 2012, tampoco existe gestión procesal alguna de parte del denunciante (AFP)”**, consiguientemente, el justificar que la falta de actividad procesal se debe al actuar del Ministerio Público o de las autoridades que conocieron el mismo, carece de respaldo material.

Al Cargo N° 3.-

Denunciado: Víctor Hugo Rodríguez Vera - BOLIVAR TRAVEL BUREAU SRL: Inherente al “Memorial con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones desaparecido y reasignación inmediata del caso”, la APS señaló lo siguiente:

Evaluación de descargos:

- El argüir que la demora y falta de diligencia en el presente caso sería de exclusiva responsabilidad del Ministerio Público, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldo material que acredite dicho extremo.

Esta argumentación presentada no tiene asidero, pues se trata de una excusa general para no develar la actitud pasiva de la AFP o su falta de diligencia en el PP; consecuentemente, si el PP se paraliza o dilata por razones atribuibles a

funcionarios del Ministerio Público, correspondía a la Administradora presentar el reclamo pertinente, hecho que no aconteció, todo lo contrario, después de haber transcurrido más de ciento setenta (170) días calendario, período comprendido entre el 26 de enero de 2012 al 27 de julio de 2012, la AFP se limitó a solicitar fotocopias simples del expediente y no proactivamente a promover los actos de investigación, considerando los plazos fatales en materia penal.

- Por otra parte, la prueba de descargo presentada por la AFP, consistente en el memorial presentado el 09 de noviembre de 2012, dirigido a la Fiscal Departamental de La Paz, en la suma señala: “Solicita se ponga a la vista cuaderno de investigación desaparecido y reasignación inmediata del caso que refiere” (MP c/ Víctor Hugo Rodríguez Vera).

La Administradora debe tener presente que, en aquellos procesos donde el cuaderno de investigación o expediente no sea habido o haya aparentemente desaparecido, debe requerir mediante memorial a la autoridad, se ponga a la vista el mismo o la reposición inmediata de obrados, a fin de no generar retraso en la gestión judicial.

En ese sentido, si el cuaderno de investigación se encontraba extraviado, la AFP debió solicitar al Fiscal, de manera oportuna, se ponga a la vista, hecho que recién aconteció el 09 de noviembre de 2012, y que revela una actitud pasiva de parte de la Administradora.

- En ese orden, y de la revisión del cuaderno de investigación se acredita de manera cronológica que desde el 26 de enero al 27 de julio de 2012, la Administradora no realizó actividad procesal alguna, limitándose en esta última fecha a solicitar fotocopias simples del expediente, y posteriormente desde 27 de junio al 09 de noviembre de 2012, tampoco realizó actuado alguno, concluyendo con el memorial de solicitud de que se ponga a la vista el cuaderno de investigación y reasignación de Fiscal.

Lo expuesto precedentemente demuestra sin lugar a duda que, la APS ha analizado la prueba presentada en calidad de descargo, consistente en un “Memorial (fotocopia) con suma: Solicita se ponga a la vista el cuaderno de investigaciones desaparecido y reasignación inmediata del caso, presentado en fecha 09 de noviembre de 2012, ante la Fiscal Departamental de La Paz Dra. Betty Yañiquez”, siendo la misma insuficiente para desvirtuar el Cargo, puesto que el presunto extravió del cuaderno de investigación, que el regulado considera como relevante para justificar la inactividad procesal y que le atribuye al Ministerio Público, es un hecho reclamado recién el 09 de noviembre de 2012, cuyo antecedente inmediato es el memorial de 27 de julio de 2012 sobre solicitud de fotocopias simples, y el inmediato anterior el memorial de 26 de enero de 2012.

Al Cargo N° 4.- (según el recurso de la AFP el 5.)

Denunciado: Eduardo Cochi Cala - COOPERATIVA MINERA 26 DE FEBRERO LTDA:
Sobre “la nota de fecha 27/12/2012 dirigida al Fiscal de La Paz, para que certifique

el movimiento rotatorio y acefalías en la Fiscalía de Quime – Prov. Inquisivi”, el Ente Regulador señaló lo siguiente:

Evaluación de descargos:

- El señalar que la falta de diligencia y retraso en el presente caso es de exclusiva responsabilidad del Ministerio Público, no puede considerarse como un hecho válido para justificar la falta de actividad procesal, ya que el argumento vertido carece de respaldo para acreditar dicho extremo. Asimismo, es necesario establecer para este cargo y aquellos de similar conducta antijurídica imputada de la AFP que, el regulado se halla en el deber de promover diligentemente la acción penal instaurada a cargo del fiscal, para lo se halla en la obligación de colaborar con los actos de investigación y diligenciamiento.

En ese entendido, dicha argumentación presentada no tiene sustento alguno, al tratarse de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva o falta de diligencia en el PP, considerando además que, si el PP se paraliza o dilata por causas o motivos atribuibles a funcionarios del Ministerio Público, correspondía a la Administradora presentar el reclamo pertinente a las autoridades jerárquicas correspondientes a través de los medios legales que le franquea la ley, para evitar la paralización de la gestión judicial, extremo que no aconteció.

- Asimismo, se debe tener presente que la documentación presentada en calidad de descargo de mayor aproximación al 19 de octubre de 2011, corresponde a la 1ra. Citación al imputado Eduardo Cochi Cala que emite la Fiscalía de Quime de fecha 22 de junio de 2012.

De lo expuesto, se deduce que desde 19 de octubre de 2011 al 22 de junio de 2012, la AFP no realizó actividad procesal alguna permitiendo que el PP se encuentre sin movimiento por más doscientos treinta (230) días calendario, hecho corroborado por la prueba aportada como también de los argumentos vertidos por la Administradora al señalar en su descargo: “Se obtuvieron dos citaciones firmadas por el Dr. Jhonny Garnica bajo el principio de unidad en el Ministerio Público, a solicitud de la entonces Fiscal de Quime Lenny Rojas, para que sean notificadas al imputado...”. Consecuentemente, está acreditado que desde 19 de octubre de 2011 al 22 de junio de 2012, la AFP tuvo una actitud pasiva frente a su obligación de llevar adelante el proceso con la diligencia respectiva.

La nota que aduce el regulado es referente al Cargo N° 4 y no así al Cargo N° 5 como erróneamente señala en su memorial de 19 de marzo de 2013, y se trata de una solicitud de Certificación presentada en fecha 28 de diciembre de 2012 ante el Fiscal Departamental de La Paz, sobre la supuesta suspensión del Fiscal Jorge Álvarez y sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012 en la localidad de Quime. La respuesta a dicha petición no fue presentada en calidad de prueba

descargo desconociéndose su contenido, pero, en todo caso, la nota de referencia no desvirtúa el hecho que ante la paralización del PP, por motivos “aparentemente” atribuibles al Ministerio Público, correspondía a la AFP presentar el reclamo pertinente al Fiscal Departamental o ante el Juez de Instrucción en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional, extremó que no aconteció, todo lo contrario, permitió la suspensión del PP por más de doscientos treinta (230) días calendario.

Al Cargo N° 9.-

Denunciado: Limber Rodríguez Hurtado - HELPTEC SOPORTE TÉCNICO: Sobre “las notas de fecha 27/12/2012 y 04/01/2013 presentadas a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz y la Fiscal Coordinadora de Santa Cruz solicitando la Certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la División Económicos Financieros en la gestión 2012 especificando las fechas de sus cambios, y certificación de 08/01/2013 de la FELCC de Santa Cruz”, el Ente Regulador señaló lo siguiente:

Evaluación de descargos:

- La AFP argumenta lo siguiente: **“El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos, toda vez que proceden a cerrar sus oficinas sin atención al público para inventario y entrega de los cuadernos de investigación por parte del Fiscal saliente y otra semana nuevamente sin atención por el Fiscal entrante que también realiza un nuevo inventario por lo recibido”.**

El argumentar que la demora y falta de diligencia en el presente caso es de exclusiva responsabilidad del Ministerio Público, por la rotación o cambio de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldado material que acredite dicho extremo.

Además, resulta llamativo que **de la revisión del cuaderno de investigación se acredite que, durante el periodo observado, sólo interviene en el PP el Fiscal Dr. Carlos Montaña Álvarez**, en ese sentido de las actuaciones procesales, de manera cronológica se tiene:

- a) Requerimiento de 20 de enero de 2012, sobre complementación de diligencias policiales, suscrito por el **Fiscal Dr. Carlos Montaña Álvarez**.
- b) Orden de Citación N° 011161 de 31 de enero de 2012 suscrita por el **Fiscal Dr. Carlos Montaña Álvarez**.
- c) **Memorial de 03 de febrero de 2012, presentado por la AFP a la Fiscalía el 08 de febrero de 2012, sobre solicitud de citación mediante edicto, dirigido al Fiscal Dr. Carlos Montaña Álvarez.**
- d) **Memorial de 26 de septiembre de 2012, presentado por la AFP a la Fiscalía el 27 de septiembre de 2012, sobre ampliación de denuncia, dirigido al Fiscal Dr. Carlos Montaña Álvarez.**

- Por otra parte, la AFP refiere: "...el oficial Carlos Abrahán Castrillo Barriga, fue transferido a otra División; dejando pendiente informe de citación y demás diligencias realizadas con su persona; situación que motivo (sic) a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna" .

Esa argumentación tampoco puede considerarse como un justificativo valedero ya que carece de respaldo, puesto que conforme al cuaderno de investigación y prueba de descargo presentada por la AFP, no existe memorial o documento sobre petición de reasignación de investigador, consecuentemente, el solo afirmar que se solicitaron varias veces la reasignación de investigador no es suficiente para justificar la falta de diligencia en el PP.

Además, si el investigador asignado al caso, como consecuencia de su rotación o cambio, se niega u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas y producidas por su persona, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, lo que no ocurre en el presente caso.

En ese sentido, la argumentación vertida no tiene asidero, se trata de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva en el PP, que dio lugar a que durante el periodo comprendido entre el 08 de febrero al 08 de agosto de 2012, inclusive al 27 de septiembre de 2012, se encuentre paralizado, sin movimiento ni impulso procesal.

La nota CITE: ALP-SCZ-074/2012 de 27 de diciembre de 2012, dirigida a la Dra. Marina Flores, Fiscal Coordinadora FELCC de Santa Cruz, que la Administradora alude como prueba de descargo importante y que aparentemente no fue considerada, se trata de una solicitud de certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la gestión 2012, la misma que fue respondida en fecha 31 de diciembre de 2012, en la que se señala que la parte impetrante (AFP) deberá acudir al Fiscal Departamental a objeto de valer su pretensión.

En virtud a dicha respuesta, la AFP por nota CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, solicitó a la Fiscalía Departamental (antes denominada de Distrito) se certifique sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012. La respuesta al petitorio no fue presentada por la Administradora en calidad de prueba, desconociéndose su contenido.

Sin embargo, es necesario dejar en claro, que las mencionadas notas en ningún momento enervan o desvirtúan el Cargo, puesto que, **de una simple revisión de las fotocopias del cuaderno de investigación presentado por la AFP, se acredita que durante el periodo observado solamente intervino el Fiscal Dr. Carlos Montaña Alvarez**, lo cual demuestra que la falta de impulso procesal no se debió a la supuesta rotación de varios fiscales como pretende hacer creer la Administradora.

Por último, en cuanto a la Certificación de fecha 08 de enero de 2013 emitida por el Jefe de la División Económicos, Financieros y Corrupción Público de la FELCC de Santa Cruz, Capitán Alex Bedoya, sobre la reasignación de los investigadores, este hecho tampoco puede considerarse como un justificativo valedero para desvirtuar el cargo, en razón, que ante el eventual cambio de investigador y demora en la asignación de nuevo investigador, le corresponde al denunciante (AFP) solicitar oportunamente a la autoridad (Fiscal) la reasignación de investigador, lo que no aconteció.

Al Cargo N° 15.-

Denunciado: Yoana Licet Soruco Parada - PROTOCOLO PROMOCIONES Y EVENTOS: Inherente a “las notas de fecha 27/12/2012 y 04/01/2013 presentadas a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz y la Fiscal Coordinadora de Santa Cruz solicitando la Certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la División Económicos Financieros en la gestión 2012 especificando las fechas de sus cambios, y certificación de 08/01/2013 de la FELCC de Santa Cruz”, la APS señaló lo siguiente:

Evaluación de descargos:

- La AFP en cuanto la inactividad procesal argumenta: “...dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de tres (3) Fiscales”. Asimismo, señala: “El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos...”.

El justificar la paralización del presente caso por rotación o cambio de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldado material que acredite dicho extremo.

Asimismo, en el caso de verificar dilaciones o paralización del PP por causas atribuibles al Fiscal, deberá acudir a las instancias superiores para presentar la queja correspondiente, o inclusive denuncia en caso de corresponder, hecho que no aconteció.

- Por otra parte, señala: “La oficial Danitza Mamani Patty, fue transferida a otra División; teniendo pendiente la elaboración de informe con relación a la diligencia de notificación, situación que motivo (sic) a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna”.

La referida afirmación no puede considerarse con un hecho válido para justificar la paralización del PP durante el periodo 26 de enero al 23 de julio de 2012, ya que la misma no se encuentra avalada por respaldado material alguno conforme se evidencia del cuaderno de investigación.

- Asimismo, la AFP refiere: “Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo”. Además, señala: “...La ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el investigador como ser las ratificadorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación...”.

Dicha argumentación no puede considerarse como un justificativo valedero para justificar el abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados ya que carece de respaldo, además si el investigar policial es separado del caso, corresponde que la AFP solicite oportunamente al Fiscal la reasignación de investigador.

Asimismo, si el investigador asignado al caso, se niega u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas y producidas por su persona dentro de las investigaciones, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, para que dichas actuaciones procesales sean devueltas y adjuntas al cuaderno de investigación.

- En ese sentido, los argumentos presentados carecen de sustento, se trata de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva en el PP, que dio lugar a su paralización durante más de ciento sesenta (160) días calendario, periodo comprendido entre el 26 de enero al 23 de julio de 2012”.

La nota CITE: ALP-SCZ-074/2012 de 27 de diciembre de 2012, que la AFP insinúa que se trata de una prueba de descargo trascendental y que aparentemente no fue valorada, consiste en una solicitud de certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la gestión 2012, la misma que fue respondida en fecha 31 de diciembre de 2012, en la que se señala que la parte impetrante (AFP) deberá acudir al Fiscal Departamental a objeto de valer su pretensión, a cuyo efecto, la AFP por nota CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, solicitó a la Fiscalía Departamental se certifique sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012. La respuesta a la solicitud no fue presentada por la Administradora en calidad de prueba, desconociéndose su contenido.

Las notas CITE: ALP-SCZ-074/2012 y CITE: ALP-SCZ-002/2013, fueron examinadas por esta Autoridad, concluyendo que no son suficiente justificativo para enervar o desvirtuar el Cargo, en consideración a que no demuestran materialmente la supuesta rotación o cambio de Fiscales y que este hecho haya influenciado directamente en la paralización del PP, además se debe tener presente que, en el supuesto que haya rotación de Fiscales, que ocasiona interrupción de los actos procesales, corresponde que la AFP presente ante el Fiscal Departamental la queja o denuncia, o acuda al Juez Instructor en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional, hecho que no aconteció.

En lo referente a la Certificación de fecha 08 de enero de 2013 emitida por el Jefe de la División Económicos, Financieros y Corrupción Público de la FELCC de Santa Cruz, Capitán Alex Bedoya, sobre la reasignación de los investigadores, también fue objeto de análisis, empero, la AFP debe tener presente que ante el eventual cambio de investigador y falta de reasignación, que perjudique el normal desarrollo del proceso penal, le corresponde solicitar (oportunamente) a la autoridad (Fiscal) la reasignación de investigador, lo que tampoco aconteció.

Ello significa que, la AFP ante la falta de Fiscal en el PP por motivos rotación, cambio u otra causa, o ante la ausencia del investigador por nueva designación u otro motivo, que perjudiquen el normal desarrollo de la causa penal, no puede tener una conducta pasiva, todo lo contrario, tiene la obligación de acudir a las instancias pertinentes para evitar la paralización del PP, y no limitarse a justificar su accionar argumentando que se debió a las "circunstancias sociales" o "realidades" que imperan en el Ministerio Público.

Al Cargo N° 16.-

Denunciado: Miguel Ángel Escobar Caram - OILFIELD TRUCKS CO. SRL: Referente a "las notas de fecha 27/12/2012 y 04/01/2013 presentadas a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz y la Fiscal Coordinadora de Santa Cruz solicitando la Certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la División Económicos Financieros en la gestión 2012 especificando las fechas de sus cambios, y certificación de 08/01/2013 de la FELCC de Santa Cruz", la APS señaló lo siguiente:

Evaluación de descargos:

- La AFP argumenta lo siguiente: "...dentro del periodo observado por la APS, que comprende del mes de febrero hasta la fecha, ha existido una rotación de tres (3) Fiscales". Asimismo, señala: "El cambio de Fiscales en la División Económico Financiero, situación que genera retardación de justicia en los procesos...".

El pretender justificar la paralización del presente caso por rotación o cambio de Fiscales, no puede considerarse como un hecho válido puesto que carece de respaldoado material que acredite dicho extremo.

La Administradora debe tener presente que atendiendo su calidad de parte activa en el PP, de evidenciar retraso o dilación en el PP por causas atribuibles al Ministerio Público, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, a fin de no generar retraso en la gestión judicial, lo que no aconteció en el presente caso.

- Por otra parte, señala: "El oficial Erbin García, fue transferido a otra División; teniendo pendiente la elaboración de informe con relación a la diligencia de notificación realizada con el Formulario de Citación N° 011451, situación que

motivo a Futuro de Bolivia S.A. en reiteradas oportunidades solicitar al Fiscal de Materia la reasignación del caso a un nuevo oficial investigador, sin existir respuesta alguna”.

La referida afirmación no puede considerarse con un hecho válido para justificar la paralización del PP durante el periodo observado (01 de marzo al 08 de agosto de 2012), más aún si consideramos que recién por memorial presentado en fecha 27 de septiembre de 2012, la AFP pide al Fiscal la reasignación de nuevo investigador.

- Asimismo, la AFP refiere: “Los Policías de igual forma que los Fiscales se encuentran sujetos a cambios en sus asignaturas, sufriendo una constante rotación dentro de la institución verde olivo”. Además, señala: “...la ausencia de algunas actuaciones procesales elaboradas y producidas por el investigador como ser las ratificadorias de denuncias, informes solicitando la ampliación del término de investigación preliminar, citación, declaración informativa policial, informes de notificación entre otros, no se encuentran adjuntas al cuaderno de investigación...”.

Dicha argumentación no puede considerarse como un justificativo valedero para justificar el abandono y falta de diligencia en el PP durante los periodos observados ya que carece de respaldo. Por otra parte, si el investigador asignado al caso, como consecuencia de su rotación o cambio, se niega u omite entregar las actuaciones procesales elaboradas y producidas por su persona, la AFP en su calidad de parte activa en el PP, debe recurrir ante los órganos jerárquicos superiores correspondientes a fin de formalizar un reclamo o queja, lo que no aconteció en el presente caso.

- En ese sentido, los argumentos vertidos no cuentan con respaldo material alguno, se trata de una excusa general para no develar la AFP su actitud pasiva en el PP, que dio lugar a su paralización durante el periodo comprendido entre 01 de marzo al 08 de agosto de 2012, inclusive ampliable al 27 de septiembre de 2012, conforme se tiene del cuaderno de investigación y prueba presentada”.

El regulado afirma que, la nota CITE: ALP-SCZ-074/2012 es una prueba de descargo substancial y que supuestamente no fue valorada por el Ente Regulador, la misma, se trata de una solicitud de certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la gestión 2012, que fue respondida en fecha 31 de diciembre de 2012, en la que se señala que la parte impetrante deberá acudir al Fiscal Departamental a objeto de valer su pretensión, a cuyo efecto, la AFP por nota CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, solicitó a la Fiscalía Departamental se certifique sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales en la gestión 2012; la respuesta a la solicitud, no fue presentada por la AFP en calidad de prueba de descargo, desconociéndose su contenido.

Las notas CITE: ALP-SCZ-074/2012 y CITE: ALP-SCZ-002/2013, fueron analizadas por el Ente Regulador, concluyendo que no son suficiente justificativo para enervar el Cargo, en consideración a que las mismas no demuestran materialmente la aparente rotación de Fiscales en el caso y que además ello efectivamente haya influenciado en la paralización del PP.

En cuanto a la Certificación de fecha 08 de enero de 2013 emitida por el Jefe de la División Económicos, Financieros y Corrupción Público de la FELCC de Santa Cruz, Capitán Alex Bedoya, sobre la reasignación de los investigadores, también fue objeto de análisis, concluyendo que ante el eventual cambio de investigador y falta de reasignación, que perjudique el normal desarrollo del proceso penal, le corresponderá al denunciante (AFP) solicitar oportunamente a la autoridad (Fiscal) la reasignación de investigador, lo que no aconteció.

Al Cargo N° 21.-

Denunciado: Adnan El Maaz El Maaz - CONSORCIO HIDROELECTRICO MISICUNI: Referente a "las notas de fecha 27/12/2012 y 04/01/2013 presentadas a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz y la Fiscal Coordinadora de Santa Cruz solicitando la Certificación sobre el movimiento rotatorio de los Fiscales de Materia en la División Económicos Financieros en la gestión 2012 especificando las fechas de sus cambios, y certificación de 08/01/2013 de la FELCC de Santa Cruz", que la AFP aduce que el Ente Regulador no las valoró.

Evidentemente, el Ente Regulador, no ha considerado la nota CITE: ALP-SCZ-074/2012 de 27 de diciembre de 2012, CITE: ALP-SCZ-002/2013 de 04 de enero de 2013, y la Certificación de fecha 08 de enero de 2013, puesto que las mismas corresponden al Distrito Judicial de Santa Cruz y no así al Distrito Judicial de Cochabamba al que corresponde el presente caso (Cargo), por lo que no amerita mayores comentarios.

Sin embargo, se analizó la nota de 28 de diciembre de 2012, adjunta al memorial de recurso, presentada por la AFP al Fiscal Departamental de Cochabamba, referente a solicitud de certificación sobre el movimiento rotatorio de Fiscales en la gestión 2012. La respuesta a la solicitud, no fue presentada por la AFP en calidad de prueba de descargo, desconociéndose su contenido, concluyendo que la nota no se constituye en una prueba suficiente para enervar o desvirtuar el Cargo, en consideración a que no demuestra materialmente la supuesta rotación o cambio de Fiscales y que este hecho haya influenciado directamente en la paralización del PP.

Además, se debe considerar que en el supuesto (sic) haya rotación de Fiscales, que ocasiona interrupción de los actos procesales, corresponde a la AFP presentar ante el Fiscal Departamental la queja, o acudir ante el Juez Instructor en lo Penal correspondiente para que ejerza control jurisdiccional.

Por lo expuesto precedentemente, se tiene que, el Ente Regulador no desconoce la situación que atraviesa el Ministerio Público, la Policía Nacional y el Órgano Judicial, sobre las renuncias, cambios, rotaciones y otras circunstancias que pueden incidir negativamente en la pronta y oportuna administración de justicia, circunstancias que

fueron analizadas en su integridad, y se concluyó de la **ponderación integral de varios elementos que le hacen a cada caso en particular, que son producto o responden a la conducta del denunciante (AFP) que intervino en el proceso penal**, contraviniendo, la obligación que tiene de llevar adelante los procesos judiciales, con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia, conforme establece el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065, consecuentemente, se ha demostrado que el retraso, demora o paralización en la actividad procesal, no se debe a circunstancias atribuibles al Ministerio Público, Policía u Órgano Jurisdiccional, sino a la propia actividad o conducta del regulado.

Por otra parte, **en el punto 3.1.1 b)** del memorial de su recurso expone: "...los argumentos que fueron expuestos precedentemente son también aplicables a éste considerando, por lo que me ratifico íntegramente en toda la exposición realizada con antelación; y reiterando que los descargos presentados contrastados con la convivencia actual del medio social y sus cambios necesarios...".

Al respecto, conforme se manifestó anteriormente, cada caso (Cargo) fue analizado en forma integral, verificándose si las dilaciones indebidas obedecen a la conducta del Ministerio Público, Órgano Judicial o Policía Nacional, u otras circunstancias ajenas al propio órgano (falta de nombramiento oportuno, renunciaciones, etc.) que podrían incidir en la tramitación oportuna de la causa, o si devienen de la actividad procesal del denunciante (AFP), a cuyo efecto, se estableció fehacientemente que se han generado por los propios actos de la parte acusadora, que se traducen en una conducta omisiva (omisión impropia) o negativa del regulado en el PP.

Por otra, se debe tener presente que el artículo 115 -II de la Constitución Política del Estado, garantiza una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, en ese sentido, cuando se presentan dilaciones indebidas que responden a la conducta de los funcionarios del Ministerio Público, Órgano Judicial, o Policía Nacional cuando cumplan funciones de policía judicial, el denunciante (AFP) debe realizar las gestiones que correspondan para evitar la paralización o suspensión del PP, a través de los mecanismos y recursos que la Constitución y las leyes franquean para hacer valer sus derechos y pretensiones jurídicas.

En ese orden, encontrándose los PP (inherente a los Cargos) en la fase de la investigación preliminar, de presentarse dilaciones indebidas atribuibles al Ministerio Público o Policía Nacional, que aduce el regulado, le corresponde al denunciante (AFP) acudir a la instancia pertinente, sea el Fiscal Departamental, atendiendo la Ley N°260 de 11 de julio de 2012, que en su artículo 34 numeral 3) establece en sus atribuciones: "Ejercer la supervisión del ejercicio de las investigaciones por los Fiscales de Materia", en su numeral 14) del citado artículo, señala: "A requerimiento del Fiscal de Materia, solicitar a la autoridad policial competente la aplicación de procesos disciplinarios, para los servidores y servidoras policiales que sean separadas o separados de la investigación por haber incumplido requerimientos Fiscales o por haber actuado en forma negligente o ineficiente, bajo responsabilidad"; o en su caso, acudir ante el Juez de Instrucción en lo Penal correspondiente para que ejerza el control jurisdiccional, de acuerdo al artículo 54 numeral 1) del CPP, que establece

que son competentes para: "El control de la investigación, conforma a las facultades y deberes previstos en este Código".

Respecto al **punto 3.1.1 c)** de su memorial de recurso, el regulado argumenta: "...dejando de lado todas las circunstancias en que los Procesos Penal, no solo de FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP, sino del mundo litigante, se encuentran en estrados judiciales, el Ministerio Público y la propia Institución Policial, que como se observa cotidianamente están sujetas a muchos cuestionamientos y que fruto de ello se están realizando cambios, suspensiones, rotaciones, destituciones, etc. de Fiscales, Jueces e investigadores; extremos que aplicados a esta parámetro de proporcionalidad, eliminan la responsabilidad del regulado respecto a los cargos imputados".

Al respecto, la SSCC 0551/2010-R señala: "Conforme se expresa en la doctrina y la jurisprudencia emanada de los órganos regionales de protección de los Derechos Humanos, como la Corte Americana de Derechos Humanos, se entiende por un proceso sin dilación indebida a aquel que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción; de lo referido se infiere que este derecho no se desarrolla en condiciones de normalidad debido a la actuación negligente de las autoridades competentes, es decir, con un funcionamiento anormal de la administración de justicia, con una irregularidad irrazonable, dando lugar a que el proceso tenga una demora injustificada".

Con relación a ello, el regulado no ha demostrado materialmente que los PP que se encuentran bajo su cargo y responsabilidad, motivo de los Cargos imputados, se han desarrollado en condiciones de anormalidad debido al actuar y/o causas atinentes al Ministerio Público, Policía Nacional u Órgano Judicial; limitándose a cuestionar la "aparente" falta valoración de circunstancias que podrían influenciar negativamente en el desarrollo normal del proceso, cuestionamiento por cierto subjetivo, puesto que se ha efectuado una valoración integral de cada caso, concluyendo indubitablemente que la mora procesal se debe al accionar (negativo) del denunciante (AFP) y no así a aspectos ajenos.

Sobre el **punto 3.1.2 inciso a)** del memorial de recurso, inherente a los criterios de graduación, corresponde pronunciarse al respecto:

Con carácter previo al análisis, es menester señalar que, la tipicidad administrativa establece que, sólo podrá imponerse sanciones administrativas por conductas expresamente establecidas en leyes y disposiciones reglamentarias. En ese sentido se hace la descripción completa de la conducta (*praeceptum legis*) y de la sanción (*sanctio legi*). El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto.

La tipicidad desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador que busca

que las personas a quienes la norma van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos.

La descripción que efectúe el legislador, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables.

En ese entendido, en respuesta al argumento de la AFP de la supuesta falta de tipicidad; en una primera instancia se aclara en primer lugar que, la potestad punitiva del Estado agrupa el conjunto de competencias asignadas tanto para establecer infracciones como el imponer sanciones de distinta naturaleza jurídica.

Que para el ejercicio de esa potestad, se ha incorporado el **Principio de Tipicidad**, cuya definición de acuerdo a lo expuesto por el tratadista Eduardo García De Enterría en su libro *Curso de Derecho Administrativo*, se resume en "la descripción legal de una conducta específica (sic) a la que se conectará una sanción administrativa".

Dicho principio se encuentra establecido en la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo en su artículo 73 bajo el entendido de que "son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".

En segundo lugar se aclara que, el Principio de Tipicidad en materia administrativa tiene aplicación, pero no con la connotación que se presenta en el Derecho Penal, por ser este último más riguroso, "La razón de esa diferencia se encuentra en la naturaleza de las normas penales y las normas administrativas. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma; en el Derecho Administrativo Sancionador por el contrario, los tipos no son autónomos sino que se remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o prohibición", (Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 15/2007 de 06 de febrero de 2007).

Que por tal motivo y en el entendido de que constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI, conforme a ley, Reglamentos y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI, tal como lo prevé el artículo 63 del Decreto Supremo N° 27175, en su párrafo I, este ente regulador ha establecido los cargos expresamente descritos por cada PP, expresando como indicios de infracción la **inactividad procesal** en sus diversas formas en que se ha presentado en los PP.

En ese sentido, los hechos y situaciones que han sido identificados en la Nota de Cargos, como indicios de infracción a la normativa de pensiones, por la cual se debe regir las AFP y, no de forma discrecional o sin la diligencia debida, como se tiene comprobado de los casos sancionados. Dicha situación señalada anteriormente, ameritó que el Regulador analice los motivos del incumplimiento, la suficiencia de los descargos presentados para finalmente determinar la sanción correspondiente.

En consecuencia y en virtud a lo expuesto se concluye que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros tiene facultad legal y expresa para imputar con cargos y sancionar cuando la conducta y el actuar de Futuro de Bolivia S.A. AFP, en lo que concierne a la tramitación que efectúa en los PP, cuando

considere que el hecho antijurídico se adecúa a la norma aplicable, todo en apego de los principios de competencia, tipicidad y congruencia administrativa.

Por otro lado, el regulado ha observado la disposición imputada prevista en el artículo 149 inciso v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, por lo que corresponde señalar que el sentido de dicha norma es que, la AFP debe conducirse y realizar sus actividades con el **cuidado exigible** a un buen padre de familia, bajo ese contexto, el precepto legal señalado otorga el lineamiento legal para que la AFP se dirija en términos de economía, prudencia, oportunidad y celeridad a la tramitación del proceso en los PP.

Según la doctrina la falta de cuidado y diligencia, se tiene expresada también por conductas que salen del margen de responsabilidad mínima que debiera tener una persona frente a una obligación, por lo cual la culpa, negligencia, la imprudencia, son conceptos que se adecuan a la falta de diligencia.

Este Ente Regulador ha efectuado las evaluaciones respectivas a cada uno de los PP imputados, en particular al trabajo llevado a cabo por Futuro de Bolivia S.A. AFP en cuanto a la tramitación de esos procesos, verificando de esta manera la existencia inactividad procesal por actitudes de negligencia e inoperancia por parte de la AFP, en cuanto al procedimiento establecido para desarrollar los PP en los cuales figura como denunciante; conllevando el efecto negativo en la recuperación de los aportes adeudados al SIP por esta falta de cuidado exigible en la tramitación prolija de los PP.

La APS para imputar y sancionar incumplimiento al cuidado exigible, ha considerado el concepto abstracto de diligencia y contrastarlo con la conducta y actuaciones de las AFP en los procesos judiciales, observando para el efecto los hechos materiales, como por ejemplo, las fechas de presentación de los memoriales de la AFP para determinar la existencia de retrasos, la realización de actuaciones de investigación y ratificación de denuncia, la no interposición de recursos y otros aspectos que conduzcan a determinar que la AFP no tuvo un cuidado diligente.

En los casos sancionados, el hecho, típico, antijurídico y culpable de la AFP por vulneración a los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011 como norma sustantiva, es indiscutible por la inactividad procesal demostrada por la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales en los PP, produciendo interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo; adecuando su conducta a la tipología penal-administrativa imputada (deber).

Luego de haberse determinado la **tipicidad** de la conducta de Futuro de Bolivia S.A. AFP es que se tuvo presente la gradación de la sanción, para lo cual se han tomado los criterios establecidos por el Régimen de las Sanciones previsto en el Capítulo VIII "Sanciones y Recursos", Parte I "Régimen de las Sanciones" del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997, determinando que la conducta sancionable corresponde a la gravedad leve, por los siguientes motivos expuestos ya en la R.A.69-2013:

- Que la acción u omisión ha sido provocada de manera preterintencional.
- Que en el resultado no existe beneficio propio o daño.

De lo anterior se extrae que, en cuanto a la preterintencionalidad, se ha visto expresada con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal y diligente en los PP imputados; por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor que está, expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP, dicha inobservancia a la norma si bien no causó daño económico para los Asegurados, sin embargo al no estar en movimiento los PP provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones oportunamente y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio.

En ese sentido, el razonamiento e interpretación que tiene la AFP no es el preciso, para lo cual sirve para su aclaración sobre la preterintencionalidad la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 59/2006 de 06 de septiembre de 2006, que dice: "Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que se configure el delito (o infracción) preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de ese hecho dañoso; pero que produce la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable, produciéndose un segundo resultado que va mas allá de la intención del actor o, en otras palabras, cuando el resultado, siendo previsible, excede la intención del agente."

Del entendimiento anterior, es posible que la AFP no haya dolosamente pretendido afectar las prestaciones o beneficio al cual podría acceder el Asegurado; sin embargo no es menos cierto que, con su conducta no diligente pero con conocimiento pleno de la obligación normativa, ocasiona perjuicio al Asegurado al no tener éste recuperados los adeudos, por lo que no cuenta con sus aportes acreditados para oportunamente adquirir una prestación o beneficio del SIP, y que de efectivizarse aquello se tiene serios indicios de haber ocasionado daño.

Asimismo, el no considerar dentro del PP la realización de actuados esenciales para determinar la responsabilidad de los presuntos autores (empleadores) del delito previsional, demuestra desinterés y falta de cuidado diligente generado como resultado la inactividad procesal; pues ahí está la conducta típica antijurídica ahora culpable.

Finalmente, sobre los aspectos relativos a la **proporcionalidad** de la sanción, estos extremos ya se tienen fundamentados en la R.A.69-2013, sobre la estructura de análisis fijada por el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de

septiembre de 2005, a la cual fielmente se ha elaborado el análisis correspondiente por esta Autoridad y sobre el cual se ratifica.

En cuanto al **inciso b) del punto 3.1.2**, el regulado en su recurso manifiesta en la parte pertinente: "El criterio que su Autoridad aplica en este considerando, constituye un razonamiento muy subjetivo, toda vez que no explica que perjuicio cierto y consumado se ha demostrado que atente contra el Sistema Integral de Pensiones, toda vez que los Procesos Penales a excepción del cargo 20 no han sido RECHAZADOS o DECLARADOS ABSUELTOS LOS EMPLEADORES...". Asimismo refiere: "...corresponde nuevamente señalar que el proceso penal, tiene como único fin el de esclarecer un supuesto hecho antijurídico y aplicar la sanción penal...".

La Ley N° 065 en su artículo 106 establece que la GPS (transitoriamente la AFP) deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aporte Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal.

De acuerdo al artículo 149 literales i) y j) de la Ley N° 065, la GPS (transitoriamente la AFP), tiene las funciones y atribuciones de iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos, así como, iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados. A su vez la literal v) del artículo 149 de la Ley de Pensiones señala que, la GPS (transitoriamente la AFP) deberá prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia. Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 20 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, los procesos judiciales que se inicien en el marco de la Ley N° 065 para la recuperación de las Contribuciones en mora, deberán considerar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal.

De igual forma, el artículo 345 Bis, en su párrafo I (Apropiación Indevida de Aportes) del Código Penal, establece "El empleador que se apropiare de las Contribuciones destinadas al Sistema Integral de Pensiones, en su calidad de agente de retención y no los depositare en la Entidad señalada por Ley, dentro de los plazos establecidos para el pago, incurrirá en privación de libertad de cinco a diez años y multa de cien a quinientos días".

Precisamente, en el cumplimiento a la normativa legal citada, la AFP lleva adelante Procesos Penales, pero además, tiene la obligación ineludible de realizar la gestión judicial de manera pronta, oportuna y sin dilaciones para hacer viable no solo la imposición de una pena al autor de ilícito, sino además la "reparación del daño" (responsabilidad civil), lo contrario, importa un incumplimiento a sus deberes que deviene de un imperativo legal, que naturalmente conlleva a un perjuicio, que se contrapone a la pronta recuperación de Contribuciones en mora, indebidamente apropiadas por el Empleador.

En ese sentido, el argumentar que al no haberse emitido rechazo a la denuncia o declarados absueltos los empleadores, no es un justificativo válido para desvirtuar los Cargos, ya que esa incorrecta afirmación es contraria a lo previsto por el artículo 149 literal v) de la Ley N° 065.

En cuanto a la preterintencionalidad señalado en el **punto 3.1.3** del memorial del recurso corresponde pronunciarse al respecto.

Nos sobrecartamos en lo que corresponda a los criterios y lineamientos establecidos en el presente acto, para mejor comprender la conducta preterintencional y sus consecuencias jurídicas. Asimismo, en lo que se refiere a las conclusiones arribadas por la AFP se debe señalar que, si bien la intencionalidad en la realización de un delito es reflejada con el dolo, sin embargo en la preterintencionalidad tal como se la plantea refiere al deber u obligación que tiene **conocimiento** la AFP de cumplir con ese deber, pero no lo hace por motivos de negligencia o imprudencia (falta de cuidado exigible=inactividad procesal).

Se deja en claro que, el entendimiento de la R.A.69-2013 debe ser de tomado de manera integral, por lo que las interrogantes que plantea la AFP en su impugnación ya tiene repuesta en la señalada Resolución Administrativa; sin perjuicio de lo anterior, la inobservancia al imperativo normativo está reflejada desde la nota de cargos la cual expresa el hecho de no mantener un movimiento procesal diligente de la AFP, situación que no ha sido desvirtuada para los cargos sancionados.

Por otro lado, nuevamente la AFP cuestiona el concepto de Diligencia para imputar responsabilidad, sin embargo se recuerda al regulado que "Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestre el cuidado diligente y prudente con el que debió haberse manejado." (Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 070/2012 de 05 de diciembre de 2012).

En cuanto a la supuesta confusión de los términos de culpa y preterintención, lo señalado no tiene asidero suficiente en razón a que la conducta calificada para la imposición de la sanción, es el haberse demostrado que la infracción tiene el carácter de ser preterintencional; es decir que en dicha conducta por definición ingresan los elementos conocimiento y culpa. Por lo que la AFP además de tener conocimiento textual de la norma que le impone deberes y obligaciones, pese a ello está no los cumple en los PP, atribuyendo la responsabilidad de la inactividad procesal a terceros o a situaciones que no pudo manejar oportunamente, ocasionando como consecuencia mayor el retraso en la recuperación de los adeudos al SIP, en total perjuicio de los Asegurados.

Cuando la AFP señala que no es posible causar daño al SIP, resulta ser un argumento que llama la atención del regulado al no contemplar los verdaderos alcances del PP, considerándose a éste como la opción legal coercitiva permitida por Ley para recuperar las Contribuciones en mora y que, el sólo hecho de perder el proceso penal

implica eliminar el mecanismo legal represivo por el cual se pretende recuperar contribuciones en mora por culpa del empleador.

En lo referente a los **Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18 y 19**, el regulado señala que “siendo una copia del texto que corresponde al primer grupo de cargos descritos en el punto **3.1.1. a)** del presente memorial..., lo único adicional que su autoridad tomó como infracción y falta de diligencia es la falta de la Declaración Informativa Policial del o la Representante legal, cuyos argumentos también tiene íntima y estrecha relación a la poca valoración de la prueba de descargo...sin aplicar la sana crítica...”:

Asimismo, (en su **inciso b)** invocando los artículos 285, 287 y 289 del Código de Procedimiento Penal – CPP, la AFP, señala que las denuncias no han merecido observación alguna, además que, la “declaración del denunciante, es un acto que no ha sido determinado por la norma mucho menos por el procedimiento”, a lo cual, cita el artículo 14 - IV de la Constitución Política del Estado.

Además, expresa (**en su inciso c)** “...la falta de Declaración Ratificatoria del Denunciante la atribuye como NEGLIGENCIA Y FALTA DE DILIGENCIA, para lo cual corresponde únicamente ratificarse en el fundamento del inc. b) que antecede, toda vez que al no ser la Declaración Informativa de la Denunciante un acto procesal propio del denunciante o víctima, cuyos argumentos ya fueron expuestos en el memorial de denuncia, no puede considerarse como un acto procesal obligatorio...”.

Al respecto, de lo expresado por el regulado se corrobora el hecho que efectivamente el denunciante no prestó su declaración informativa policial en los procesos penales inherentes a los **Cargos**, pretendido desvirtuar los mismos con el argumento de que dicho acto procesal no es obligatorio ni tampoco se encuentra respaldado por normativa alguna, lo cual no es cierto ni evidente.

La **SSCC 1036/2002-R de 29 de agosto**, señala que: “el procedimiento ordinario del juicio penal tiene tres etapas: 1) La Etapa Preparatoria; 2) La Etapa Intermedia y 3) El juicio propiamente dicho oral y público. A su vez, cada Etapa está integrada por subetapas claramente marcadas, cumpliendo cada una de ellas una finalidad específica dentro de la genérica que todas ellas tienen en su conjunto. Así, la Etapa Preparatoria, que es la que nos interesa analizar por su pertinencia, se halla integrada por tres fases: 1) Actos iniciales; 2) Desarrollo de la etapa preparatoria y, 3) Conclusión de la etapa preparatoria”.

La primera fase de la Etapa Preparatoria, es decir, los actos iniciales o de investigación preliminar, de acuerdo al artículo 300 CPP, modificado por la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, establece: “Las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía, deberán concluir en el plazo máximo de veinte (20) días de iniciada la prevención. Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, la Policía remitirá a la Fiscalía los antecedentes y objetos secuestrados, salvo que el fiscal disponga en cualquier momento su remisión”.

Como parte de las investigaciones preliminares, el artículo 295 (Facultades) del CPP, señala: “Los miembros de la Policía Nacional, cuando cumplan funciones de policía judicial, en el marco de las disposiciones establecidas en este Código tendrán las siguientes facultades: 1) Recibir las denuncias levantando acta de las verbales, así como las declaraciones de los denunciantes;...”. Por otra parte, el artículo 82 del CPP, establece: “La intervención de una persona como querellante no la exime de la obligación de declarar como testigo en el proceso”, disposición que se encuentra en concordancia con el artículo 194 del mismo cuerpo legal que señala: “Toda persona será capaz de atestiguar, inclusive los funcionarios policiales respecto a sus actuaciones; el juez valorará el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

Bajo ese contexto normativo, se evidencia que la declaración informativa del denunciante, no se trata de un capricho o imposición del Ente Regulador, y que efectivamente es un acto obligatorio establecido por el ordenamiento jurídico penal. Asimismo, el considerar (la AFP) que se trata de un “acto absurdo o intrascendental” no es motivo suficiente para justificar su incumplimiento, además dicha apreciación por demás subjetiva, es incorrecta, puesto que al ser la declaración informativa policial del denunciante, un acto de aportación de hechos, introducido en las investigaciones preliminares, está dirigido a obtener (conjuntamente otros) del Fiscal su convencimiento sobre la participación del imputado en el hecho punible, habida cuenta que, recibidas las actuaciones policiales, el Fiscal mediante resolución fundada, puede rechazar la denuncia, querrela o actuaciones policiales, disponiendo su archivo, cuando: 1) Resulte que el hecho no existió, que no está tipificado como delito o que el imputado no ha participado en él; 2) No se haya podido individualizar al imputado; 3) La investigación no haya aportado elementos suficientes para fundar la acusación; y 4) Exista algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso (artículos 301 y 304 del CPP).

La AFP, al argumentar que ha cumplido con la sola presentación de la denuncia y que en su calidad de denunciante, al “no generar responsabilidad alguna”, no tendría que prestar su declaración informativa policial, salvo que el Fiscal cite formalmente al representante legal (¿?), confunde y desconoce, la normativa penal y la normativa de pensiones.

Al efecto, la participación de la AFP en el proceso penal no es un hecho casual, deviene del cumplimiento a la ley, así lo establece el artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065, de Pensiones, en concordancia con los artículos 20 y 23 del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, consiguientemente, su participación en el PP es de carácter obligatorio y no acaba con la sola presentación de la denuncia, deberá participar activamente en su condición de parte acusadora, realizando los actos de aportación de hechos (entre los que se encuentra la declaración informativa policial) en forma oportuna y obligatoria, puesto que (dichos actos) asumen una doble función correlativa: en la primera etapa (Preparatoria), la de preparar el juicio oral y público mediante la comprobación de la notitia criminis, y determinar el hecho punible y su presunto autor; mientras que en la otra, tiene como

exclusiva función lograr la convicción para que el Tribunal dicte una sentencia de condena.

En ese sentido, el tratadista Moreno Catena sostiene que "las partes acusadoras ocupan la posición activa en el proceso penal, instando, durante la fase de instrucción, la práctica de las diligencias que sean necesarias para preparar el juicio y la adopción de las medidas precisas a ese fin, y formulando la acusación contra una persona determinada una vez abierto el juicio oral, habida cuenta de que no puede haber condena sin acusación".

Por lo tanto, al ser un acto de aportación de hechos, la declaración informativa policial es obligatoria de acuerdo a la normativa legal expuesta precedentemente, su incumplimiento, denota falta de diligencia, impericia y negligencia de parte de la Administradora, perjudicando el normal desarrollo del PP y sus efectos.

La AFP, en su memorial de recurso, señala sobre **el punto 3.2.2.**, lo siguiente: **a)** "Nuevamente es necesario ratificar los argumentos del inc. b) del punto 3.2.1. sobre la obligatoriedad de la Declaración Ratificatoria en el Proceso Penal, sin embargo, en este punto, su Autoridad amplía la falta de diligencia con una circunstancia negativa traducida en influir perjudicialmente en la Imputación y/o Acusación..."

Como se expuso precedentemente, la declaración informativa policial del denunciante se trata de un acto procesal obligatorio, y no así, de un acto que puede renunciar la parte acusadora a su libre albedrío o conveniencia, como erróneamente arguye el regulado.

De lo expuesto, y de las normas legales citadas precedentemente, se infiere que la declaración informativa policial del denunciante, como acto obligatorio, es un acto de aportación de hechos, que tiene por finalidad introducir los hechos necesarios al proceso para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, dirigido a obtener conjuntamente otros actos de hecho o de prueba, del Fiscal su convencimiento, habida cuenta que, recibidas las actuaciones policiales, el Fiscal conforme a los artículos 301, 302 y 304 del CPP, mediante resolución fundada, puede imputar formalmente el delito atribuido o puede rechazar la denuncia, querrela o actuaciones policiales.

La AFP, en respecto al punto 3.2.2. inciso **b)**, señala lo siguiente: "...ello mereció una anterior fundamentación en el punto 3.1.2. inc. b), en el que con mayor argumento se expuso cual era el objeto del Proceso Penal, es decir el esclarecimiento de un posible hecho antijurídico y la sanción al autor del mismo y no un procedimiento para la recuperación de sumas liquidas exigibles como lo es el Proceso Coactivo Social". Asimismo, expresa: "...entre los preceptos para aplicar el Rechazo, no se encuentra la falta (de) declaración del Denunciante, toda vez que ese acto procesal, responderá a la ponderación y valoración objetiva de todos los elementos de prueba..."

Al respecto, la noción del objeto del Proceso Penal no aparece definida y menos indicada en el ordenamiento jurídico penal boliviano; sin embargo, siguiendo la teoría

romanista de la acción y de las fuentes de las obligaciones, el artículo 14 del CPP, establece: "De la comisión de todo delito nacen: la acción penal para la investigación del hecho, su juzgamiento y la imposición de una pena o medida de seguridad y la acción civil para la reparación de los daños y perjuicios emergentes".

El precepto es claro, en sentido de que del delito o presunto hecho delictivo nace el derecho de la acción o de acceso al proceso, para poder obtener, dentro de él, una resolución fundada, motivada y congruente sobre las pretensiones que en él se deduzcan, las cuales son la pretensión penal y la pretensión civil.

Ahora bien, respecto a la materia, el artículo 20 (Cobranza Judicial) del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, establece: "Los procesos judiciales que se inicien en el marco de la Ley N° 065 para la recuperación de las contribuciones en mora, deberán considerar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal". Asimismo, el artículo 345-I Bis del CP, señala: "Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante el Sistema Integral de Pensiones, en relación con las Contribuciones o Aportes Solidarios no pagados, más los intereses y recargos si correspondiese quedando extinguida la acción penal".

En esa línea, el artículo 149 literales i) y j) de la Ley N° 065, la GPS (transitoriamente la AFP), tiene las funciones y atribuciones de iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para la recuperación de la mora, intereses y recargos, así como, iniciar y tramitar los procesos judiciales que se requieran con el fin de precautelar los intereses de los Fondos administrados y de los Asegurados. A su vez la literal v) del artículo 149 de la Ley de Pensiones señala que deberá llevar adelante los PP con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia.

En ese ámbito legal, no queda dudas del fundamento del PP y su importancia en el SIP, tratándose de un medio legal (entre otros) para la recuperación de las Contribuciones en mora, aspecto que erróneamente desconoce la AFP, como el hecho de que la falta de diligencia repercute negativamente en la causa penal y naturalmente los fines que persigue, y que no sólo se limita a la sanción del autor del delito sino además a la recuperación efectiva de las contribuciones al SIP indebidamente apropiadas.

Asimismo, en cuanto al rechazo de la denuncia, querrela o actuaciones policiales de parte del Fiscal, señalado por el artículo 304 del CPP, es evidente, que la norma no señala de forma expresa que procederá (el rechazo) por la falta de declaración informativa del denunciante o querellante, aspecto que jamás fue afirmado por el Ente Regulador, como tampoco el hecho de que por falta de declaración informativa se procederá al archivo de obrados en sujeción al artículo 27 del CPP, como manifiesta la AFP a través de una interpretación sesgada, lo que se afirma es que el "omitir prestar la declaración informativa por la AFP restringe a que el PP se lleve de forma prolija" pero además "se constituirá en una limitante para el avance del proceso", hechos inobjetables, en virtud a que dicho actuado procesal tiene el carácter de obligatoriedad, que se trata de un acto de aportación de hechos, que tiene por finalidad introducir los hechos necesarios al proceso para acreditar la

existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, dirigido a obtener (conjuntamente otros actos de hecho o de prueba) del Fiscal su convencimiento.

Además, es menester aclarar, que la declaración informativa policial no se trata de un simple acto de ratificación de denuncia como afirma el regulado, ya que si bien es cierto, que el denunciante o querellante podría limitarse a la "ratificación de la denuncia o querrela", no es menos cierto, que a través de ese acto procesal se puede aportar valiosa información o elementos conducentes al conocimiento de la verdad historia del hecho delictivo, claro está que para algunos, de forma errónea se trata de un acto intrascendental de simple reiteración de los términos de la denuncia, olvidando que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a las partes acusadoras. En ese orden, la actividad probatoria es uno de los aspectos más importantes de la prueba como concepto general, en tal virtud, la parte acusadora tiene la necesidad y hasta obligación de realizar actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión de un litigio sometido a proceso.

Por otra parte, en su memorial de recurso, en su **punto 3.2.3 respecto a la preterintencionalidad**, la Administradora señala: "Una declaración ratificatoria del denunciante, no influye de ninguna manera en la promoción de la acción penal, toda vez que la presentación del memorial de denuncia es un acto legal previsto por el Art. 17 y 184 del CPP...". Asimismo, dice: "En síntesis, nuevamente su Autoridad a expresado su voluntad caprichosa de sancionar a FUTURO DE BOLIVIA sin respaldo legal alguno...".

Al respecto, en lo que corresponde a la declaración informativa policial, es un acto procesal obligatorio, conforme al artículo 295 inciso 1) del CPP (en concordancia con los artículos 82 y 194 del mismo cuerpo legal) para los miembros de la policía y de diligencia obligatoria prestar por la AFP; lo cual implica, que este acto procesal debe llevarse adelante independientemente a que el denunciante considere equívocamente que se trata de un hecho irrelevante y sin transcendencia, cuando en realidad se trata de un acto real de diligencia administrativa.

A cuyo efecto, contrariamente a lo expresado por la AFP, en el Proceso Penal, Cargo N° 20, el representante del Ministerio Público, Fiscal de Materia Dr. José Hernán Gutiérrez Moscoso, requirió en fecha 06 de enero de 2012, lo siguiente:

"El Ministerio Público, conforme los Arts. 45 numeral 1) y 76 de la Ley No. 2175, lo previsto por los Arts. 70, 277, 289 y última parte del Art. 298 del Código de Procedimiento Penal, en ejercicio de la Dirección Funcional; Ordena al Director de la FELCC de Cochabamba proceda a la asignación de un investigador al caso particular, a quien se le instruye proceder y ejecutar las diligencias necesarias a fin de coleccionar elementos de convicción sobre la existencia del hecho y la individualización e identificación del o los posibles autor o autores de los ilícitos denunciados, debiendo:

- Practique las órdenes de citación expedidas en forma oportuna en contra del denunciado, querellado o testigo.
- **Recepcione en forma detallada y cronológica la declaración informativa de la víctima.**
- Recepcione las declaraciones informativas a los posibles testigos presenciales del hecho así como de otras personas que presenciaron y conozcan las circunstancias del hecho y sus antecedentes.
- Practique los requerimientos que se expidiera a los fines de la investigación, así como coleccionar cuanta información sea conducente a la averiguación de la verdad histórica de los hechos, a cuyo fin esta Oficina Fiscal, emitirá las ordenes y requerimientos correspondientes.

Conforme a la previsión contenida en el Art. 300 de la Ley No. 1970, se dispone que el investigador deberá concluir con la investigación preliminar en el plazo de QUINCE días y dentro las 24 HORAS siguientes, remitir al Ministerio Público el Informe correspondiente. **Se advierte al Investigador asignado, que los plazos procesales son improrrogables, perentorios y de estricto cumplimiento, conforme prevén los Arts. 130, 135 y 300 de la Ley No. 1970”.**

Finalmente, el denunciante o querellante debe coadyuvar y aportar información con relación al hecho investigado, a fin de acumular mayores indicios y elementos de prueba a esta investigación, caso contrario se procederá conforme al Art. 304 del Código de Procedimiento Penal (rechazo de la denuncia). Notifíquese”.

Bajo ese contexto, queda claro que se trata de una actividad procesal obligatoria de parte del denunciante (AFP) y que tiene por finalidad introducir o aportar información con relación al hecho investigado o denunciado, para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, dirigido a obtener (conjuntamente otros actos de hecho o de prueba) del fiscal su convencimiento, para que formalice la imputación conforme al artículo 302 del CPP.

Asimismo, se debe tener presente que, el artículo 300 del CPP, modificado por la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, que señala: “Las investigaciones preliminares efectuadas por la Policía deberán concluir en el plazo máximo de veinte (20) días de iniciada la prevención”. Ello significa que la norma fija un plazo máximo de veinte (20) días para que concluya las investigaciones preliminares, dentro de los cuales el denunciante o víctima (AFP), debe prestar su declaración informativa policial, lo contrario, importa una conducta negativa, impidiendo el normal desarrollo del PP.

Respecto al Cargo N° 20, la AFP en el memorial de su recurso **(punto 4)** señala: “Si bien es cierto que existió una Resolución de rechazo que sin intencionalidad no fue objetada en su oportunidad, también es cierto que la empresa que corresponde a éste cargo cuya razón social es UNIVERSAL TELECOMMUNICATIONS S.A....regularizó todos los periodos en mora en consecuencia en fecha 09/03/2.013 se presentó el memorial de desistimiento...”.

Evidentemente, conforme a la fotocopia del memorial presentado en fecha 09 de marzo de 2013, adjunto al memorial de Recurso de Revocatoria de 19 de marzo de 2013, se evidencia que la AFP desistió de la acción penal iniciada en contra Rubén Darío Orgaz Fernández, representante legal de la Empresa "UNIVERSAL TELECOMMUNICATIONS S.A.", empero, esta circunstancia o motivo no puede considerarse como un justificativo válido para desvirtuar el Cargo, referente a la falta de actividad probatoria en el PP de parte del regulado, extremo determinante para la Resolución de Rechazo a la denuncia (N° 2694/2011) emitida por la Fiscal, Resolución que, por otra parte, no fue objetada por la Administradora siendo su deber inexcusable, dando lugar al archivo de obrados.

Debe precisarse que, la obligación que tiene la AFP respecto a los Procesos Penales, deviene de un imperativo legal, artículo 149 literales i), j) y v) de la Ley N° 065, **obligación de llevar adelante los procesos judiciales, con diligencia, prontitud, eficiencia y responsabilidad**. Consecuentemente, no existe la posibilidad de considerar la cancelación de los periodos apropiados al SIP de parte del denunciado, como un acontecimiento determinante para enervar el Cargo, atendiendo que este suceso (desistimiento) se presentó con posterioridad a los hechos que motivaron precisamente el Cargo.

En lo que respecta a la aplicación del Decreto Supremo No.24469 de 17 de enero de 1997, observado por el regulado en su **punto 5 del memorial de recurso**, corresponde sobrecartarnos al análisis anteriormente ya realizado en el presente acto.

En su memorial de recurso (**punto 6**), la Administradora, manifiesta sobre la "vulneración a la garantía constitucional del debido proceso en su elemento fundamental de la motivación de las resoluciones administrativas sancionatorias".

El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle de ser oído y hacer valer sus pretensiones legítimas (sic) frente al juez. El debido proceso administrativo consiste en que los actos y actuaciones de las autoridades administrativas deben ajustarse no sólo al ordenamiento jurídico legal sino a los preceptos constitucionales. Se pretende garantizar el correcto ejercicio de la administración pública a través de la expedición de actos administrativos que no resulten arbitrarios, y contrarios a los principios del Estado de derecho. Ello en virtud de que toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas realizada fuera de los mandatos constitucionales, legales y reglamentarios.

La SSCC N° 269/05-R de 29 de marzo; SSCC N° 731/00-R de 27 de julio; SSCC N° 1234/00-R de 21 de diciembre y SSCC N° 775/02-R de 02 de julio, expresaron lo siguiente: "...las garantías del debido proceso no son aplicables únicamente al ámbito judicial, sino que deben efectivizarse en todas las instancias en las que a las personas se les atribuya aplicando un procedimiento previsto en la ley y es obligación

ineludible de los que asumen la calidad de jueces garantizar el respeto a esta garantía constitucional".

Asimismo, la SSSC N° 1326/2010-R de 20 de septiembre, ha dispuesto "La jurisprudencia constitucional ha establecido, que la garantía del debido proceso comprende entre uno de sus elementos la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió.

La motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo. En cuanto a esta segunda, la motivación puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar el juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas".

Al respecto, la R.A.69-2013, cumple a cabalidad la exigencia de la motivación, uno de los elementos configurativos del debido proceso, puesto que, conforme a su texto y estructura se evidencia del cumplimiento de los requisitos esenciales (SSCC 0871/2010-R de 10 de agosto): a) Determina con claridad los hechos atribuidos, b) Contiene una exposición clara de los aspectos facticos (sic) pertinentes, c) Describe de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto, d) Describe de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por la parte, e) Valora de manera concreta y explícita (sic) todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada, f) Determina el nexo de causalidad.

Empero, el regulado aduce que no existió una valoración de todos los descargos presentados, paradójicamente, no precisa que prueba o que medio de prueba presentado no ha sido valorado o por lo menos considerado, lo cual, no deja dudas que la Resolución Administrativa impugnada contiene una valoración correcta y objetiva de todas y cada una de las pruebas de descargo presentada por la Administradora.

En cuanto a que la Resolución motivo de impugnación no analizó la "realidad" del país sobre los cambios y movimiento de los Fiscales, Jueces y Policías que derivan en

un cierto retraso en las investigaciones, resulta ser una afirmación errónea, puesto que de la lectura de la misma se advierte que, dentro del análisis de todos los aspectos relacionados al asunto principal también se analizó otros derivados del eje central, en ese sentido se ponderó la conducta y accionar de las autoridades competentes e inclusive aspectos ajenos al propio Órgano Jurisdiccional, Ministerio Público y Policía Nacional, como las acefalías (sic), renunciaciones y otras circunstancias que inciden negativamente en la pronta y oportuna administración de justicia; pero además se ponderó la conducta del regulado en el Proceso Penal, como actor acusador, sujeto esencial en el PP. En consecuencia se efectuó un estudio integral de cada caso en particular.

Por otro lado, el regulado señala que los argumentos contenidos en la Resolución carecen de legalidad, puesto que, no se ha considerado que la "declaración informativa ratificatoria del representante legal de Futuro de Bolivia S.A." es un acto procesal no previsto en la norma ingresando así en una flagrante violación del debido proceso respecto a la legalidad de la prueba.

La afirmación efectuada por la AFP carece de veracidad, puesto que, conforme se manifestó anteriormente, la "declaración informativa del denunciante" denominada incorrectamente como "declaración informativa ratificatoria", es un acto procesal obligatorio que tiene por finalidad introducir o aportar información con relación al hecho investigado o denunciado, para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, dirigido a obtener (conjuntamente otros actos de hecho o de prueba) del Fiscal su convencimiento, para que formalice la imputación.

Acto procesal previsto en el artículo 295 inciso 1) del CPP que se desarrolla de manera obligatoria en la fase de investigación preliminar (artículo 284 y siguientes del CPP) dentro de la Etapa Preparatoria del Proceso Penal, a cuyo efecto, el Ministerio Público a cargo de la dirección funcional de la investigación y de la actuación policial, conforme a los artículos 12 numeral 2), y 40 numeral 1) y 2) de la Ley N° 260 de 11 de julio de 2012 (antes artículos 45 numeral 1 y 76 de la Ley N° 2175), y lo previsto por los artículos 70, 277, 289 y última parte del artículo 298 del CPP, ordena al investigador policial asignado al caso recibir la declaración del denunciante; funcionario policial, que en sujeción a lo dispuesto por el artículo 293 y 295 inciso 1) del CPP, recibirá dicha declaración dentro del término de la investigación preliminar (artículo 300 del CPP, modificado por la Ley N° 007). Acto procesal que conforme a la normativa antes citada, no es ajeno al Proceso Penal, como arguye el regulado, consiguientemente, no existe la supuesta violación al debido proceso.

Que sin perjuicio de la fundamentación anterior, es necesario considerar que en atención al principio de verdad material se tiene que, para los procesos penales señalados en los **Cargos N° 12, 14 y 18**, la AFP a través de su representante legal prestó la declaración informativa policial oportunamente, es decir antes del inicio del presente proceso administrativo sancionatorio, lo que no libera sin embargo de la sanción por las otras conductas imputadas. En ese entendido, corresponde ajustar la multa impuesta en proporción a los descargos presentados en esta instancia.

En virtud a lo expuesto anteriormente, Futuro de Bolivia S.A. AFP no ha presentado fundamentos suficientes que permitan desestimar totalmente la sanción impuesta, por lo que corresponde confirmar parcialmente la R.A.69-2013.

CONSIDERANDO:

Que en lo referente al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Resuelve Segundo de la R.A.69-2013, se tiene la siguiente evaluación:

a) Casos con Recepción de Declaración Informativa.- Para los Cargos detallados más abajo, esta Autoridad con las facultades que le confiere la norma y en búsqueda de la verdad material ha verificado la realización de la diligencia requerida (Declaración), que exprese el cumplimiento de la obligación establecida en la R.A.69-2013.

Cargo N° 7.-

Denunciado: Elías Vaca Sánchez - SERVICIOS FUNAC TV SRL: Memorial presentado por la AFP en fecha 18 de marzo de 2013, sobre solicitud de recepción de declaración informativa y, la reasignación inmediata de investigador.

Al respecto, la solicitud de declaración informativa del denunciante, (el regulado) la efectúa amparándose en los artículos 295 numeral 1), 300, 301 numeral 2) en relación al artículo 24 del CPP; señalando además, que el petitorio responde a la R.A.69-2013 de la APS.

Con nota FUT.APS.AL.1113/2013 de 22 de mayo de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP **presenta** la Declaración Informativa como parte denunciante en el proceso penal seguido contra Elías Vaca Sánchez - SERVICIOS FUNAC TV SRL.

Cargo N° 10.-

Denunciado: Armando Serrano Vaca-JUPAULUI IMPORT EXPORT: Memorial presentado en fecha 18 de marzo de 2013, sobre solicitud de recepción de declaración informativa y, la reasignación inmediata de investigador.

La solicitud de declaración informativa del denunciante, la efectúa amparándose en los artículos 295 numeral 1), 300, 301 numeral 2) en relación al artículo 24 del CPP; señalando además, que el petitorio responde a la R.A.69-2013 de la APS.

Con nota FUT.APS.AL.1113/2013 de 22 de mayo de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP **presenta** la Declaración Informativa como parte denunciante en el proceso penal seguido contra Armando Serrano Vaca - JUPAULUI IMPORT EXPORT.

Cargo N° 12.-

Denunciado: Aurelio Lavayen Seda Reyda - LAVAYEN & ASOCIADOS LTDA: La Administradora manifiesta que acompaña el Acta de Declaración Informativa prestada por el denunciante.

Conforme a la documentación presentada se tiene el Formulario de Declaración, del cual se evidencia que el denunciante Carlos Garrido Villarroel prestó su Declaración Informativa en fecha 22 de diciembre de 2011.

Cargo N° 13.-

Denunciado: Alfredo Parada Alvis - COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS COMAYO: La AFP indica que debido a que el investigador no quiso recepcionar la declaración informativa del denunciante, en fecha 18 de marzo de 2013 se presentó memorial solicitando al Fiscal se comine al investigador asignado al caso para que el denunciante preste su declaración informativa.

La solicitud de declaración informativa del denunciante de fecha 18 de marzo de 2013, la efectúa amparándose en los artículos 295 numeral 1), 300, 301 numeral 2) en relación al artículo 24 del CPP; señalando además, que el petitorio responde a la R.A.69-2013 de la APS.

Con nota FUT.APS.AL.1113/2013 de 22 de mayo de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP **presenta** la Declaración Informativa como parte denunciante en el proceso penal seguido contra Alfredo Parada Alvis - COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS COMAYO.

Cargo N° 14.-

Denunciado: Juan Bernabé Medinaceli Valencia - INGENIO AZUCARERO CUATRO AS S.A.: La Administradora manifiesta que acompaña el Acta de Declaración Informativa prestada por el denunciante.

Conforme a la documentación presentada se tiene el Formulario de Declaración, del cual se evidencia que el denunciante Carlos Garrido Villarroel prestó su Declaración Informativa en fecha 16 de diciembre de 2011.

Cargo N° 17.-

Denunciado: Víctor Hugo Chávez Menacho - FUNDACIÓN PETROLERA DEL ORIENTE: La Administradora argumenta que debido a que el investigador no quiso recepcionar la declaración informativa del denunciante, en fecha 18 de marzo de 2013 se presentó memorial solicitando al Fiscal se comine al investigador asignado al caso para que el denunciante preste su declaración informativa.

Al respecto, la solicitud de declaración informativa del denunciante, el regulado la efectúa acogiéndose a los artículos 295 numeral 1), 300, 301 numeral 2) en relación al artículo 24 del CPP; además señala que el petitorio responde a la R.A.69-2013 de la APS.

Con nota FUT.APS.AL.1113/2013 de 22 de mayo de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP **presenta** la Declaración Informativa como parte denunciante en el proceso penal seguido contra Víctor Hugo Chávez Menacho - FUNDACIÓN PETROLERA DEL ORIENTE.

Cargo N° 18.-

Denunciado: José Alberto Ribera Irusta - FERRERE BOLIVIA SRL: El regulado argumenta que cuenta con declaración y que el empleador procedió a

regularizar su mora por lo que Gerencia Regional instruyó la presentación del desistimiento en el proceso, que fue presentada en fecha 03 de octubre de 2012.

Conforme a la documentación presentada se tiene el Formulario de Declaración, del cual se evidencia que el denunciante Carlos Garrido Villarroel prestó su Declaración Informativa en fecha 09 de diciembre de 2011.

Cargo N° 19.-

Denunciado: Claudia Liliana Rodríguez Espitia - LAGRO SRL: La Administradora argumenta que debido a que el investigador no quiso recepcionar la declaración informativa del denunciante, en fecha 18 de marzo de 2013 se presentó memorial **solicitando** al Fiscal se comine al investigador asignado al caso para que el denunciante preste su declaración informativa.

De la fotocopia del memorial, se evidencia que la solicitud de declaración informativa del denunciante, el regulado la efectúa amparándose en los artículos 295 numeral 1), 300, 301 numeral 2) en relación al artículo 24 del CPP; además, aduce que el petitorio responde a la R.A.69-2013 de la APS.

Con nota FUT.APS.AL.1113/2013 de 22 de mayo de 2013, Futuro de Bolivia S.A. AFP **presenta** la Declaración Informativa como parte denunciante en el proceso penal seguido contra Claudia Liliana Rodríguez Espitia - LAGRO SRL.

b) Casos con Desistimiento.- Respecto a los siguientes Cargos, con la presentación del Desistimiento, la persecución penal ha culminado.

Cargo N° 8.-

Denunciado: Francisco José Miguel Gonzales - LOGICATI: Argumenta que el empleador procedió a regularizar todos los periodos en mora por lo que Gerencia Regional instruyó la presentación del **desistimiento** en el proceso que fue presentado en fecha 27 de septiembre de 2012.

Efectivamente, el memorial presentado en fecha 27 de septiembre de 2012, se trata de un desistimiento de la acción penal, acto procesal que fue evaluado oportunamente al momento de la imputación del Cargo. Por lo que al presente encontrándose desistido el PP, ya no corresponde la realización de la diligencia de la Declaración Informativa Policial.

Cargo N° 18.-

Denunciado: José Alberto Ribera Irusta - FERRERE BOLIVIA SRL: El regulado argumenta que cuenta con declaración y que el empleador procedió a regularizar su mora por lo que Gerencia Regional instruyó la presentación del desistimiento en el proceso, que fue presentada en fecha 03 de octubre de 2012.

De la fotocopia del memorial presentado en fecha 03 de octubre de 2012, se evidencia que se procedió al **desistimiento** del proceso penal. Acto procesal, que fue evaluado oportunamente al momento de la imputación del Cargo. Por lo que al presente encontrándose desistido el PP, ya no corresponde la realización de la diligencia de la Declaración Informativa Policial.

Cargo N° 20.-

Denunciado: Rubén Darío Orgaz – UNIVERSAL TELECOMMUNICATIONS S.A.: El regulado con nota FUT.APS.AL 0487/2013 de 06 de marzo de 2013 argumenta que, el empleador ha pagado la contribuciones en mora, por lo que no corresponde realizar la conversión de acciones; por tanto finalizada la persecución penal.

De la evaluación del presente caso y la documentación adjunta, se tiene que la persecución penal ha concluido, por lo que no amerita la acreditación de la obligación impuesta.

c) Caso con Objeción a la Resolución de Rechazo.- De acuerdo al estado y plazos del PP y sin perjuicio de la obligación cumplida, se requiere la presentación del Requerimiento Fiscal emitido por el Fiscal Departamental.

Cargo N° 11.-

Denunciado: Arturo Vega Soria - SERVI & TRANSBOL SRL: La AFP señala que el Fiscal Carlos Montaña Álvarez mediante Resolución de 05 de octubre de 2012 emitió Resolución de Rechazo de denuncia, que fue **objutada** mediante memorial presentado en fecha 30 de noviembre de 2012, sin que a la fecha el Fiscal haya emitido la Resolución jerárquica correspondiente.

Evidentemente, el Fiscal de Materia – Dr. Carlos Montaña Álvarez, en fecha 05 de octubre de 2012, procedió a rechazar la denuncia, Resolución que señala: “...de acuerdo al avance de las investigaciones dentro del proceso penal se cuenta con la declaración ampliatoria de la víctima”. Asimismo, en sus conclusiones y fundamentación jurídica expresa: “Del análisis de todos los antecedentes, actuaciones policiales y procesales colectados, se establece que en el curso de las investigaciones no haya aportado elementos suficientes para fundar la acusación, ya que de acuerdo a la documentación cursante en el cuadernillo de investigaciones hace presumir un abandono del presente proceso penal, **ya que la parte denunciante (AFP) no se apersonó mas ante las dependencias de la FELCC ni del Ministerio Público, para coadyuvar con la presente investigación**, por lo que jurídicamente se evidencia la ausencia de uno de los elementos esenciales del tipo penal, como que **no haya aportado elementos suficientes para fundar su acusación**”.

A ello, por memorial presentado en fecha 30 de noviembre de 2012, la AFP objeta la Resolución de Rechazo de denuncia.

Que en consideración a los fines y propósitos que tiene esta APS, se ha efectuado la evaluación de las actuaciones realizadas y presentadas por la AFP, en atención a las obligaciones previstas en los parágrafo II e inclusive III de lo resuelto en el SEGUNDO de la R.A.69-2013.

Que en ese sentido, de la evaluación objetiva a la documentación presentada y las razones y circunstancias expuestas por Futuro de Bolivia S.A. AFP se tiene que, el regulado ha cumplido la obligación de prestar la declaración informativa para los Cargos 7,10, 12, 13, 14, 17, 18 y 19. Con relación al resto de los Cargos, esta Autoridad toma nota de la situación procesal en la que se encuentran éstos

procesos penales, a efectos de su consideración para la atención a la obligación impuesta.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión pormenorizada del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP, esta Autoridad concluye que la entidad recurrente ha presentado fundamentos que posibilitan cambiar parcialmente la ratio legis de la R.A.69-2013 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, en consecuencia, se confirma parcialmente el referido acto administrativo, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...".

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 12 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 561-2013 de fecha 20 de junio de 2013, con los siguientes argumentos:

"...I.- RESPECTO A LOS CARGOS N° 1, 3, 4, 5, 9,15,16 y 21:

La cita textual que se realizó en el Recurso de Revocatoria a las SSCC 1529/2011 - R de fecha 11 de Octubre y la SSCC 0510/2010 - R de 12 de Julio, tuvo la finalidad de que su Autoridad, a la luz del principio de búsqueda de la verdad material y efectiva contrastación de la realidad; y bajo parámetros analógicos, pueda realizar una adecuada ponderación y valoración razonada de todos los elementos de descargo que fueron presentados por nuestra AFP a cada uno de los cargos que nos fueron injustamente imputados y sancionados, contrastándolos debidamente con las circunstancias sociales (realidad que se vive en los juzgados, fiscalía y FELCC) que inciden negativamente en el desarrollo de los Procesos Penales, además de tener en cuenta otros factores negativos que también forman parte de esa perspectiva.

Para ello, debió tenerse en cuenta el siguiente texto de las citadas Sentencias Constitucionales **"...sin soslayar que la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público no se encuentra sujeta únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano (...) así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia, (el subrayado es nuestro)**; es decir que fuera de los repentinos cambios de fiscales, jueces e investigadores, acefalías (sic) y rotación de personal, también se encuentran como elementos que se deben tomar en cuenta la recargada labor de cada representante del Ministerio Público con la gran cantidad de procesos, como otra circunstancia que incide negativamente en el desarrollo del Proceso Penal, más aun si se toma en cuenta que entre los cargos imputados figura un Proceso Penal

que, a la presente fecha, se ventila en la localidad de Quime - Prov. Inquisivi; una jurisdicción que guarda bajo su competencia a una gran cantidad de pueblos, cantones y comunidades que requieren la presencia de la señora Fiscal en aquella provincia, para el que también debió considerarse la distancia entre esta jurisdicción y aquella, el transporte, la falta de recursos humanos en el Ministerio Público y otros aspectos que serán expuestos más adelante.

I.1 Cargos N° 1 y 3.- Es cierto y evidente que en ambos casos, existió una pausa procesal por el tiempo que señala esta Resolución Administrativa, sin embargo FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP no tomó en ningún momento una actitud pasiva ante la presunta "desaparición del cuaderno de investigación" sino que enterados de ello, se presentaron en ambos casos en el mes de noviembre dos memoriales solicitando, al Fiscal Velásquez en el cargo 1 y al Fiscal Departamental en el cargo 2, la puesta a la vista de ambos cuadernos de investigación, pero en ninguna de ellas logramos obtener respuestas o requerimientos que satisfagan nuestras pretensiones o solicitudes; he allí la circunstancia negativa que su autoridad debió tener en cuenta al momento de emitir la resolución hoy impugnada, es decir la negativa de ambas autoridades de otorgarnos una respuesta pronta y oportuna, debido a su recargada labor - según personal subalterno - por ello queda claro que no podemos presentar prueba material de esta irregularidad, más que los memoriales recepcionados, porque por un sentido común estos actuados al momento de salir del despacho fiscal, saldrán con una fecha que se enmarque dentro las veinticuatro horas previstas por ley, quedando injustificadas nuestras peticiones.

Por otra parte, el órgano regulador debe tomar en cuenta que los cuadernos de investigaciones, cuadernillos y expedientes de los procesos penales están bajo custodia y responsabilidad exclusivas de las autoridades que tienen a su cargo los mismos. En ese sentido ya las normas procesales han previsto precisamente procedimientos como la reposición y/o complementación de actuados.

Ahora bien debe tenerse en cuenta que ambos cargos imputados y sancionados, corresponden a Procesos Penales iniciados a causa de una mora presunta que será otro fundamento más adelante para enervar los argumentos de la resolución hoy impugnada.

I.2 Cargo N° 4.- Éste es un proceso penal que se ventila en la localidad de Quime - Prov. Inquisivi del departamento de La Paz, en el que existieron varios fiscales que asumieron la Dirección Funcional de las Investigaciones, y si bien es cierto que las pruebas valoradas por su autoridad fueron escasas, ello se debió a que al momento de intentar presentar cada memorial o inclusive verificar el nuevo investigador que habría sido designado al caso, la Fiscalía Departamental de La Paz nos informaba que el Fiscal habría sido cambiado de destino o, en alguna ocasión que nos apersonamos ante la localidad de Quime, que el fiscal no se encontraría en esa localidad porque tenía un Juicio Oral en Sica Sica, que es la provincia más cercana que tiene una Tribunal de Sentencia; una Inspección Ocular en Colquiri, etc.; es decir que el Fiscal siempre se encontraba con alguna diligencia en alguna otra localidad o comunidad de la misma Provincia.

Pero, reitero, también esa ausencia de actuados, se debió a los cambios y rotación de Fiscales que sufrió este asiento jurisdiccional; tal es así el caso que para el conocimiento de esta denuncia fueron designados los siguientes fiscales: Dr. Carlos Javier Flores (Fiscal de Sica Sica en suplencia legal de Quime), Carlos Escalante, Lenny Rojas y por último Janeth Usnayo, sin dejar de lado el tiempo que les tomaba a los tres primeros realizar el inventario de casos o el tiempo que la Fiscalía General demoraba en la asignación de un nuevo Fiscal a ese asiento jurisdiccional, circunstancias que su autoridad evidentemente no valoró por falta de prueba material que es cierto, toda vez que a su criterio la nota de solicitud realizada al Fiscal Departamental de La Paz para que nos sea proporcionada (sic) un certificado sobre el movimiento rotatorio de Fiscales en aquel asiento jurisdiccional de Quime - Prov. Inquisivi, no era suficiente para demostrar este extremo, debido a que no se habría presentado la respuesta a dicha solicitud, que no fue a causa de voluntad propia, sino debido a que el Fiscal Departamental no emitió ningún pronunciamiento que haya sido puesta a nuestro conocimiento, porque debía atravesar previamente por el conocimiento de todos esos fiscales y el departamento de recursos humanos, siendo esa la última noticia que se tuvo de esa solicitud.

I.2-(sic) Cargos 9,15,16.- En todos ellos, se presentaron como pruebas de descargo las notas de Solicitud de Certificaciones de movimientos rotatorios a la Fiscalía Departamental de Santa Cruz, pero todas ellas fueron desechadas y consideradas como carentes de valor por su autoridad en forma inexplicable, con el único argumento que no se habría presentado la respuesta a dichas solicitudes; pero escapa a nuestra responsabilidad que la Fiscalía Departamental de Santa Cruz no hayan emitido ningún pronunciamiento que haya sido puesta a nuestro conocimiento, mucho menos nos hayan proporcionado una copia de la respuesta a esa solicitud a pesar de los constantes reclamos que hicimos al respecto. La APS olvida que para la imputación de cargos debe verificarse en forma específica la relación de causalidad entre la conducta del supuesto infractor con la infracción. En este caso nuestra AFP no es la responsable de que no existan respuestas por parte de las autoridades del Ministerio Público.

Es innegable que las respuestas hubieran tenido un mayor efecto en la decisión adoptada por su autoridad, pero también debió haberse considerado las circunstancias sociales, los constantes cambios de fiscales en el Ministerio Público que a diario repercuten en los casos de relevancia social y conocimiento público, por ello es que **Eduardo Couture, asevera que, "el juicio de valor en la sana crítica ha de apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad"**. Ratificada en la SSCC 0143/2012.

I.3.- LA TIPICIDAD Y LA PRETERINTENCION.-

Queda claro que la tipicidad en materia administrativa (siguiendo analógicamente los elementos del proceso penal) es el acomodo o subsunción de una determinada conducta, sea institucional o de persona natural, a una determinada conducta ilícita o infracción, como lo refiere su autoridad. De la lectura realizada a todos los argumentos doctrinarios expuestos por su autoridad, necesariamente debo hacer cita al siguiente texto:

"Según la doctrina la falta de cuidado y diligencia, se tiene expresada también por conductas que salen del margen de responsabilidad mínima que deberá tener una persona frente a una obligación, por lo cual la culpa, negligencia, la imprudencia son conceptos que se adecúan a la falta de diligencia"

(..) la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 29/2006, que dice: "Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así para que se configure el delito (o infracción) preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto, la intención dirigía a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, o la realización efectiva de ese hecho dañoso, pero que produce la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente de comportamiento intencional del culpable, produciéndose un segundo resultado que va más allá de la intención del actor o, en otras palabras, cuando el resultado, siendo previsible excede la intención del agente" (el subrayado es nuestro)

Del entendimiento anterior, es posible que la AFP no haya dolosamente pretendido afectar las prestaciones o beneficio al cual podría acceder el Asegurado, sin embargo no es menos cierto que, con su conducta no diligente pero con conocimiento pleno de la obligación normativa, ocasiona perjuicio al asegurado al no tener éste recuperados los adeudos. (...) Así mismo (sic), el no considerar dentro del PP la realización de actuados esenciales para determinar la responsabilidad de los presuntos autores (empleadores) del delito previsional, demuestra desinterés y falta de cuidado diligente generado como resultado la inactividad procesal; pues ahí está la conducta típica antijurídica ahora culpable.

Luego de toda esa exposición que en la resolución administrativa es más ampulosa que concreta, concluye "si bien la intencionalidad en la realización de un delito es reflejada con el dolo, sin embargo en la preterintencionalidad tal como se plantea refiere al deber u obligación que tiene conocimiento la AFP de cumplir con ese deber, pero no lo hace por motivos de negligencia o imprudencia (falta de cuidado exigible = inactividad procesal)).

La necesaria cita precedente de los argumentos expuestos por su autoridad (sic), obedece a la necesidad de desvirtuar la forma tan caprichosa y abusiva que se realiza en la tipificación de la conducta de FUTURO DE BOLIVIA S.A respecto a los procesos penales.

Es de conocimiento básico del derecho, que al momento de tipificar un delito (o infracción) deben reunirse cinco de sus elementos constitutivos (acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y sanción) como propiamente expone su autoridad, y ante la ausencia de una de ellas, se incurre en una falta de tipicidad que conlleva a una exención de responsabilidad. También es de conocimiento básico que la **CULPABILIDAD** ha sido clasificada en dos tipos: **LA CULPA Y EL DOLO**, cada una de ellas totalmente diferentes que reflejan la conducta del agente al momento de consumir el hecho; la

primera (CULPA) que indica que la conducta ilícita del autor se debió a su negligencia, imprudencia o impericia -también expuestas por su autoridad- y la segunda que significa el conocimiento cierto y querido del autor para consumir el hecho.

Es por ello, que el legislador e inclusive el propio ejecutivo, en las distintas normas positivas o sancionadoras (leyes, decretos, resoluciones administrativas y otros) han creado conductas ilícitas reprochables y sancionables con la diferencia necesaria entre el DOLO y la CULPA; tal es así el clásico ejemplo del Código Penal que en su art. 13 quater, ha establecido "**Cuando la Ley no conmina expresamente con pena el delito culposo, solo es punible el delito doloso**", es decir que no hay delito culposo que se presuma, sino que debe estar expresamente determinado por la Ley.

Las conductas y sanciones del Procedimiento Administrativo no han sido la excepción, tal es así el D.S. 24469 invocado por su propia autoridad para sancionar la supuesta conducta antijurídica de esta AFP, que en su **art. 286 versa sobre la "no intencionalidad" en el inciso d)**, a diferencia de **la intencionalidad o preterintencionalidad del inciso c)**, éste último al que su autoridad caprichosamente desea acomodar sus criterio sancionador en forma sesgada y forzada.

Esta diferencia normativa, nace de aquel derecho fundamental tantas veces citados en el recurso de revocatoria, previsto en la Constitución Política del Estado en su art. 14.IV que dice: **Nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las Leyes no manden, ni a privarse de los que estas no prohíban"**

En el marco de esta exposición normativa y contrastados con los argumentos de su autoridad, queda claro que no es posible determinar que un hecho DOLOSO del que nace la PRETERINTENCIONALIDAD pueda consumarse con una conducta NEGLIGENTE (CULPA) como pretende hacer figurar su autoridad, toda vez que **ambos tipos de CULPABILIDAD tienen concepciones distintas y de naturaleza opuesta, así, en el dolo existe el conocimiento del delito o infracción y la intención de cometerlo, pero en la culpa no.** Este mismo criterio ha sido asumido por su autoridad al afirmar que "**Del entendimiento anterior, es posible que la AFP no haya dolosamente pretendido afectar las prestaciones o beneficio al cual podría acceder el Asegurado.**"; es decir no ha existido intención de querer cometer la infracción, mucho menos causar perjuicio a los asegurados o los propios fondos del SIP, por ello, no puede calificarse esta conducta como PRETERINTENCIONAL, mucho menos afirmar la "**falta de cuidado diligente**", que son propias de la NEGLIGENCIA Y CULPA para luego afirmar nuevamente que la infracción es calificada como PRETERINTENCIONAL contraviniendo flagrantemente a la propia **Resolución Jerárquica del SEREFI citada por su autoridad**, en cuyo concepto, esta conducta, refiere "**conocimiento, querer y voluntad de cometer el ilícito o infracción**".

Como una prueba más de la confusión que crea al tipificar esta conducta de forma tan caprichosa, debo hacer la siguiente cita de ésta Resolución carente de fundamentos congruentes "**...con su conducta no diligente pero con conocimiento pleno de la obligación normativa, ocasiona perjuicio al asegurado**" pero más arriba señala "**...dicha inobservancia a la norma si bien no causó daño económico para los Asegurados...**"; es decir primero afirma no haber causado un daño económico y luego

afirma haber ocasionado un perjuicio, **confusiones claras que reflejan únicamente la voluntad de sancionar a FUTURO DE BOLIVIA bajo cualquier argumento, a pesar de sus contradicciones.**

II.- RESPECTO A LOS CARGOS N° 7, 8,10,11,12,13,14,17,18 y 19:

El elemento fundamental para atribuir y sancionar a FUTURO DE BOLIVIA por una supuesta "falta de diligencia en los procesos penales" para estos cargos es la falta de declaración informativa policial del denunciante en cada una de ellas, para lo cual, su autoridad asume el criterio que este acto procesal es fundamental para la investigación, y sobre todo OBLIGATORIA en el proceso por imperio de los arts. 295num 1) 82 y 194 del Código de Procedimiento Penal.

Para desvirtuar esta errada apreciación "**DECLARACIÓN INFORMATIVA POLICIAL DEL DENUNCIANTE OBLIGATORIA**" es necesario identificar las formas de iniciar la acción penal: **1) La denuncia**, interpuesta por cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito (art. 284 del Código de Procedimiento Penal), **2) la Querrela** interpuesta únicamente por la víctima (art. 290 del Código de Procedimiento Penal); y, **3) la Acción Directa o Intervención Policial**, (art. 295 del Código de Procedimiento Penal), este último que es el fundamento de su autoridad para establecer que la declaración del denunciante es un acto procesal "OBLIGATORIO", pero para ello, cabe hacer cita textual de esta disposición "**Los miembros de la policía nacional, cuando cumplan funciones de policía judicial, en el marco de las disposiciones establecidas en este Código, tendrán las siguientes facultades: 1) Recibir las denuncias, levantando acta de las verbales, así como las declaraciones de los denunciantes;...**"

De la simple lectura del texto normativo, NO se puede apreciar ninguna palabra o sinónimo que determine "**OBLIGATORIEDAD**" del denunciante en prestar su declaración **informativa, sino que este precepto faculta al investigador a recepcionar la declaración del denunciante**, cuando haya tenido conocimiento de un hecho ilícito fehaciente y haya **intervenido de oficio** la fuerza pública en la comisión de un ilícito penal. Claro está que en estos casos el investigador o funcionario policial necesariamente debe recepcionar la declaración del denunciante para contar con una relación circunstanciada y la identificación del o los posibles autores y testigos; **estas circunstancias acontecen cuando la acción penal ha sido iniciada de oficio mediante una Intervención Policial. Lo detallado precedentemente, NO sucede cuando la Acción Penal se la realiza mediante Denuncia ante la Fiscalía** (art. 289 del Código de Procedimiento Penal) toda vez que para este acto procesal, se presenta un memorial o escrito con una relación circunstanciada de los hechos acontecidos, la identificación, si fuera posible, del o los autores del hecho, la identificación de pruebas, testigos y todos los que están contenidos en el art. 285 del Código de Procedimiento Penal, que son objeto de valoración por el Fiscal Analista y por el que se admite la Denuncia y se comunica al Juez Cautelar su investigación, que en suma se constituye precisamente en la declaración o emisión del conocimiento de los hechos que **tiene el denunciante. Entonces, la declaración informativa del denunciante efectivamente llega a constituir un acto innecesario, mucho más si este acto simplemente es ratificatorio de los argumentos que fueron expuestos en el memorial de denuncia.**

Ahora bien, su autoridad también hace cita a los arts. 82 y 194 del Código de Procedimiento Penal como normas que respaldan su criterio de OBLIGATORIEDAD de la declaración del denunciante, para ello es necesario hacer cita textual de ambas normativas: **"art. 82 (DEBER DE ATESTIGUAR) La intervención de una persona como querellante no la exime de la obligación de declarar como testigo en el proceso"; "art. 194 (CAPACIDAD DE TESTIFICAR Y APRECIACIÓN) toda persona será capaz de atestiguar, inclusive los funcionarios policiales respecto a sus actuaciones; el juez valorará el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica". De una simple lectura de estas dos normativas no se aprecia tampoco ninguna palabra o termino (sic) que indique la OBLIGATORIEDAD del denunciante en prestar su declaración informativa luego de presentada la denuncia. La primera refiere únicamente que el **QUERELLANTE tiene la obligación de prestar su declaración** como testigo en el proceso, ello es cierto y evidente y puede ser aplicado a la fase de investigación **cuando la acción penal ha sido activada mediante QUERRELLA, pero como se denota en los cargos imputados, las acciones penales han sido iniciadas mediante DENUNCIAS.****

El segundo precepto normativo, significa la capacidad que tienen todas las personas, incluidas los funcionarios policiales de prestar su declaración ante un determinado Juez o Tribunal de Sentencia, pero en una etapa de Juicio Oral no en una etapa de investigación; además no identifica al denunciante como una persona que este OBLIGADA a prestar su declaración informativa sino que su concepción e interpretación alcanza a todas las personas que sea **CITADAS para este acto procesal.**

Con estos argumentos, FUTURO DE BOLIVIA S.A. no trata de desviar su atribución de iniciar las acciones penales y proseguir con las mismas, sino que **la tipificación y sanción que impone su autoridad, son por demás injustificables, toda vez, que al no ser este acto procesal, como es la declaración del denunciante, un acto propio y obligatorio que el procedimiento establezca para el avance del proceso, no constituye materia justiciable sobre el que deba recaer una sanción pecuniaria o de otra índole, mucho menos sea motivo u causa justa para penalizar la ausencia de este actuado (declaración del denunciante), por ende queda por demás innecesario ingresar al análisis de fondo de los argumentos y métodos de tipicidad, graduación y proporcionalidad de la sanción, y la preterintencionalidad usados por su autoridad para sancionar pecuniariamente la supuesta "falta de diligencia del esta AFP", toda vez que aquel fundamento esencial de la resolución (falta de declaración del denunciante) en cuanto a estos cargos, ha sido desvirtuado como un acto procesal legal.**

Como notas complementarias, cabe señalar que las acciones penales iniciadas por FUTURO DE BOLIVIA, fueron mediante Denuncias pero en calidad de víctimas, para que sea así, que en virtud al art. 11 del Código de Procedimiento Penal, podamos tener una participación activa en el proceso pero no obligatoria, toda vez que muchos de los cargos imputados, si no son todos, constituyen procesos iniciados por moras presuntas, que en un determinado momento pueden generar responsabilidades, o en su caso, el inicio de contrademandas en nuestra contra, extremos que serán expuestas más adelante.

Su autoridad refiere que esta declaración informativa del denunciante, es un acto procesal fundamental para aportar con mayores elementos de prueba, pero omite considerar que al momento de interponer la denuncia, se está proporcionando al Ministerio Público suficientes indicios sobre la existencia del hecho, como es la Nota de Debito (sic), la Liquidación Penal, el Detalle de Nota de Debito (sic), los Formularios de Pagos, NIT, etc., que son documentos que pueden guiar al Fiscal a una efectiva investigación; además de los argumentos y relación de hechos expuestas en el memorial de denuncia que provocaron, correctamente, su admisión. No es un criterio lógico y legal, establecer que ante la ausencia de la declaración, éste constituiría un fundamento o motivo para disponer el rechazo de la denuncia, toda vez que el art. 304 núm. 3), versa sobre la ausencia de elementos suficientes que permitan fundar una acusación; **es decir la valoración íntegra (sic) de todos los elementos de prueba y convicción y no únicamente la declaración informativa del denunciante**, como quiere hacer prevalecer su autoridad. Esa valoración íntegra (sic), también sucederá al momento de emitir una Imputación Formal o la Resolución de Medidas Cautelares, los que no se basaran únicamente en la declaración del o la denunciante. Tampoco, es lógico ni legal asegurar que ante la ausencia de este acto procesal, se estancaría el proceso y limitaría su avance mucho menos asegurar que se **"restringe a que el Proceso Penal se lleve de forma prolija"**, toda vez que el Ministerio Público con las facultades que le confieren los arts. 225 de la Constitución Política del Estado, 17, 70 del Código de Procedimiento Penal, y la propia Ley 260, tiene toda la obligación de promover la persecución penal sin limitaciones hasta lograr la sanción al autor del hecho de forma prolija y correcta, pero como se advierte nuevamente su autoridad, hace una apreciación genérica pero no específica (sic) detallando porque motivos esa ausencia de declaración conllevaría a una desprolija investigación.

Finalmente se debe hacer notar al regulador que la única autoridad para calificar si un proceso se llevó o no diligentemente, y/o que falta alguna actuación esencial por parte de alguna de las partes, es el Fiscal que investiga el caso y el Juez que ejercita el control jurisdiccional del proceso penal. La APS, al observar la supuesta omisión de actos procesales, estaría incurriendo en una usurpación de funciones que no le competen.

III.- RESPECTO AL CARGO 20:

Su autoridad, hace cita completa del Requerimiento Fiscal de inicio de investigaciones donde el Fiscal instruye al investigador las diligencias a realizar. Es en estos casos cuando su autoridad debió haber demostrado el conocimiento cierto de la realidad en cuanto a la administración de justicia y las falencias que en ella suceden y no aplicar en forma subjetiva la letra muerta de la ley, que únicamente va en perjuicio de unos y el beneficio de otros.

Estos requerimientos son un modelo único utilizados por cada fiscal para cada determinado caso, donde disponen al investigador **repcionar la declaración de la víctima para una relación cronológica y detallada de los hechos**. Antes de ingresar al análisis de este argumento, cabe señalar que en su introducción este Requerimiento

no invoca el art. 295 del Código de Procedimiento Penal como un fundamento de ello sino se respalda en otras normativas propias del Ministerio Público.

Este requerimiento obedece a la facultad del investigador en citar a la víctima para que preste su declaración informativa policial, debido a la necesidad de esclarecer cualquier inquietud que requiera para la investigación, sin embargo ello no significa que sea una OBLIGACIÓN para el denunciante a realizar ese acto procesal por el que ahora deba ser sancionado. En caso que el investigador o Fiscal requiera la presencia del denunciante, bien puede expedir una citación conforme el art. 224 y **ante la omisión de esa citación, recaería una actitud dolosa que pueda ser merecedora de una sanción como su autoridad pretende, sin embargo ello no sucedió** porque ni la citación o conminatoria para ese acto, se encuentran entre los documentos que fueron valorados por su autoridad.

También, se hace referencia al plazo de 20 días para prestar esa declaración, pero ello tampoco es cierto, porque si bien el art. 300 del Código de Procedimiento Penal establece un plazo de 20 días de investigación preliminar, este plazo es ampliable por hasta seis meses de acuerdo a la SSCC 1036/2002 - R en apego al art. 301 núm. 2) del Código de Procedimiento Penal, donde el Fiscal o investigador pueden solicitar a la parte denunciante o víctima que preste su declaración ampliatoria si lo creyeren conveniente. Por último, su autoridad no otorgó ningún valor al memorial de Desistimiento presentado en este cargo que corresponde a la empresa UNIVERSAL TELECOMMUNICATIONS S.A., por el que se determina el pago exitoso y la regularización completa de las contribuciones adeudadas por el empleador, que según su autoridad constituyen el objeto mismo de los Procesos Judiciales, según art. 106 de la Ley 065, pero que, contradictoriamente a ese enunciamiento, no otorga ningún valor y continua con la intención sancionatoria por falta de diligenciamiento, pero que con seguridad será valorado por la autoridad administrativa jerárquica.

Antes de concluir, es necesario aclarar que si bien fueron presentados como descargos memoriales de solicitud de declaración informativa del denunciante con el fundamento del art. 295 núm. 1) del Código de Procedimiento Penal, debe considerarse también que esos actos fueron realizados por obligación de la primera Resolución Administrativa recurrida de revocatoria, a cuyo efecto necesariamente debía invocarse algún precepto normativo que respalde nuestra solicitud, sin que ello signifique nuestra conformidad con la interpretación adoptada por su autoridad, toda vez que con argumentos certeros y consistentes se refutó ese criterio y sus conclusiones.

IV.- VULNERACIÓN A LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO EN SU ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS SANCIONATORIAS.-

La SSCC 0143/2012 de 14 de Mayo, que es solo una de las tantas emitidas por el Tribunal Constitucional, establece "El debido proceso es una garantía constitucional, que en virtud de los efectos de irradiación de la Constitución Política del Estado, es también aplicable a los procesos administrativos y a todos aquellos procesos disciplinarios de carácter sancionatorio que se presentan en todas las esferas institucionales, sean éstas públicas o

privadas, dentro las cuáles se tenga que llegar a un fallo o resolución, decisión que en definitiva surte efectos jurídicos que indudablemente repercuten en los derechos de las personas..."(...)" El respeto absoluto por el debido proceso, es materia de eminente orden público y de los derechos que se encuentran vinculados al mismo. La motivación de las resoluciones administrativas, entendida como garantía del debido proceso, tiene que ser comprensible, puntual, concreta y en todos los casos lógica, incluyendo el análisis de todos los aspectos relacionados al asunto principal y de aquellos otros derivados del eje central en cuestión, debiendo en todos los casos efectuarse una relación de causalidad estrecha entre los hechos y la normativa inherente al caso específico..."(...)" En ningún caso se puede entender que existe motivación por la sola aplicación mecánica del derecho. La motivación debe compulsar las pruebas y arribar a conclusiones jurídicas ciertas sobre la base de hechos probados..."[...] En tanto y en cuanto las resoluciones administrativas conlleven insertas en su texto de manera expresa los fundamentos de hecho y de derecho, el sujeto sometido al proceso tendrá la plena convicción respecto a que la decisión asumida por la autoridad es a todas luces justa; razón por la cual no le está permitido a la autoridad administrativa, reemplazar una adecuada y sustanciosa fundamentación por una elemental relación de antecedentes..."

Su autoridad, al igual que en la primera resolución (sic) 69/2013 recurrida de revocatoria, hace una cita de los antecedentes que conforman los cargos imputados a FUTURO DE BOLIVIA S.A. y al mismo tiempo hace un supuesta valoración de todos los descargos presentados en cada una de ellas, para luego posteriormente ingresar en una parte Considerativa y luego Dispositiva.

La falta de valoración de las circunstancias sociales, geográficas y otras que rodean el Proceso Penal sustanciado en Quime - Prov. Inquisivi; la negligencia de otras autoridades en el cumplimiento de sus funciones y otros hechos ajenos a la voluntad de esta AFP; la errada tipicidad en cuanto a la conducta de FUTURO DE BOLIVIA con las normas sancionadoras; la equivocada apreciación que se hace a un acto procesal como es la declaración informativa del denunciante como un ACTO OBLIGATORIO no previsto por ley; el desechar los memoriales de desistimientos como pruebas que desvirtúan los cargos imputados y otros que fueron expuestos precedentemente; constituyen elementos que fueron transgredidos por esta Resolución Administrativa hoy impugnada y los que deben ser corregidos o en su caso anulados por la autoridad administrativa jerárquica y así velar por el cumplimiento efectivo de los derechos y garantías constitucionales reconocidos en la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO y los Tratados y Convenios Internacionales y demuestra que esa institución pública no valoró adecuadamente los elementos y peculiaridades de los procesos penales en Bolivia.

V.- MORAS PRESUNTAS.

Como una forma de ingresar y enervar las observaciones de su autoridad en los cargos imputados, debe tenerse en cuenta que gran parte de todos esos procesos (si es que no son todos) son acciones penales iniciadas en un principio con MORAS PRESUNTAS INCLUIDAS, motivo por el que CAUTELOSAMENTE se decidió iniciar las Acciones Penales mediante Denuncias y así evitar o reducir las posibilidades posibles (sic) contradenuncias o contrademandas que puedan perjudicar los intereses de esta

AFP, toda vez que si bien el Código de Procedimiento Penal y toda Ley que rige nuestro Estado Plurinacional recogen aquel principio y derecho fundamental de toda persona respecto a la "presunción de inocencia", en materia penal, este precepto se aplica únicamente cuando se cuestiona o se apunta a la participación de un autor en el hecho ilícito, sin embargo ello no sucede cuando identificamos un hecho ilícito; es decir que **podemos presumir la participación o no del imputado** hasta el momento de la Sentencia, pero es totalmente **cuestionable presumir** en la Denuncia **la existencia del hecho ilícito, que para el caso nuestro sería las Notas de Debito** (sic) **con moras presuntas.**

Por esos motivos, es que el superior jerárquico debe valorar la gravedad y riesgo de las Denuncias Penales por Moras Presuntas y de acuerdo al criterio asumido, atender los fundamentos de este Recurso Jerárquico.

V. PETITORIO:

Con base en los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso y el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, solicitamos a su autoridad elevar el presente Recurso Jerárquico ante la Unidad de Recursos Jerárquicos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, autoridad a la cual respetuosamente solicitamos disponga la Revocatoria total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 561-2013 de fecha 20 de junio de 2013 y en consecuencia de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013 que fuera confirmada en instancia de revocatoria, con el consiguiente archivo del trámite..."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente administrativo, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/DJ/DPC/7742/2012 de 5 de octubre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, notificó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con veintiún (21) Cargos, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de Pensiones de fecha 10 de diciembre de 2010, y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, por la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo – probatorias; produciendo interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos, que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de largo plazo.

Sustanciados los cargos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013, resolvió lo siguiente:

- Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con una multa en Bolivianos equivalente a \$us8.000,00 (OCHO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por los **Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21** (\$us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo).
- Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con una multa en Bolivianos equivalente a \$us16.500,00 (DIECISEIS MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por los **Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19 y 20** (\$us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por cada Cargo).
- Desestimar los Cargos N° 2 y 6.

En fecha 19 de marzo de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013, mismo que fue resuelto a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 561-2013 de 20 de junio de 2013, mediante la cual la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirma parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 69-2013 de 23 de enero de 2013, resolviendo:

- Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con una multa en Bolivianos equivalente a \$us11.000,00 (ONCE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por los **Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 12, 14, 15, 16, 18 y 21** (\$us1.000,00 (UN MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) por cada Cargo).
- Sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con una multa en Bolivianos equivalente a \$us12.000,00 (DOCE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por los **Cargos N° 7, 8, 10, 11, 13, 17, 19 y 20** (\$us1.500,00 (UN MIL QUINIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por cada Cargo).
- Desestimar los Cargos N° 2 y 6.

En fecha 12 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, interpone Recurso Jerárquico, mismo que se pasa a resolver.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Normativa aplicable al caso de autos.-

Previo al análisis de la controversia, corresponde traer a colación las determinaciones normativas que hacen al caso, conforme se procede a continuación:

- **Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010:**

"Artículo 106. (COBRANZA). La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo deberá efectuar el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aportes Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan, a través de la Gestión Administrativa de Cobro, del Proceso Coactivo de la Seguridad Social y/o del Proceso Penal..."

"Artículo 149. (FUNCIONES Y ATRIBUCIONES). La Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tiene las siguientes funciones y atribuciones:
(...)

i) Iniciar y tramitar los procesos judiciales correspondientes para recuperación de la mora, intereses y recargos.

(...)

v) Prestar los servicios con diligencia, prontitud, eficiencia y con el cuidado exigible a un buen padre de familia....".

- **Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011:**

"Artículo 20.- (COBRANZA JUDICIAL). Los procesos judiciales que se inicien en el marco de la Ley N° 065 para la recuperación de las contribuciones en mora, deberán considerar el Proceso Coactivo de la Seguridad Social y el Proceso Penal..."

2.2. Análisis de los Cargos N° 1 y 3.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, mediante Cargos N° 1 y 3, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, debido a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatorias; produciendo interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo, por los siguientes Empleadores:

- **Cargo N° 1.-**

Empleador: Marcos Kim Lim (ASEA LTDA. INDUSTRIAS TEXTILES)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.

Fiscalía: Fiscalía de La Paz.

Periodo sin movimiento procesal: Del **10 de abril de 2012** al **27 de julio de 2012.**

- **Cargo N° 3.-**

Empleador: Víctor Hugo Rodríguez Vera (BOLÍVAR TRAVEL BUREAU SRL)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.

Fiscalía: Fiscalía de La Paz.

Periodo sin movimiento procesal: Del **26 de enero de 2012** al **27 de julio de 2012.**

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), señala en su Recurso Jerárquico que si bien existiría inactividad procesal, este hecho

no es atribuible a la Administradora de Fondos de Pensiones, ya que en los dos casos se hubieran extraviado los cuadernos de investigación, hecho que no fue valorado por la Entidad Reguladora, mucho más si en noviembre de 2012, se hubieran presentado memoriales en cada uno de los casos, solicitando al Fiscal de materia, para que los cuadernos se pongan a la vista, pero en ninguno de ellos se logró obtener respuesta alguna.

Al respecto, es importante señalar que si bien la Administradora de Fondos de Pensiones, hubiera presentado memoriales en fecha **8 y 9 de noviembre de 2012**, para que el cuaderno se ponga a la vista, estos memoriales no pueden ser objeto de valoración para los cargos imputados y sancionados, debido a que los mismos fueron presentados con posterioridad al periodo observado y a la notificación de cargos.

Sin embargo, y en cuanto al periodo sancionado para el **Cargo N° 1**, se evidencia que en fecha **10 de abril de 2012**, el Fiscal Dr. Roger Velásquez requiere al Juez Segundo de Instrucción en lo Penal, se notifique al imputado mediante edictos y en fecha **27 de julio de 2012**, la Administradora de Fondos de Pensiones solicita al Fiscal, la extensión de fotocopias simples del cuaderno de investigación.

De lo cual se revela que desde fecha 10 de abril de 2012, hasta la presentación del Recurso Jerárquico no se tiene constancia de que **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP** haya publicado los edictos y continuado con la prosecución del proceso penal, pese a que el Fiscal asignado al caso, remitió al Juez de Instrucción en lo Penal el requerimiento de notificación mediante edictos, para la declaración del imputado.

Cabe aclarar que la finalidad principal de la notificación mediante edictos, es evitar la neutralización de la acción de la justicia por parte del imputado, el hecho de que la Administradora de Fondos de Pensiones cumpla oportunamente con la notificación mediante edictos, da lugar a que el proceso no se paralice y prosiga su curso de manera ágil, sin interrupciones de ninguna naturaleza, máxime si el artículo 133 del Código de Procedimiento Penal, dispone que todo proceso tendrá una duración máxima de tres (3) años, contados desde el primer acto del procedimiento, salvo el caso de que el imputado sea declarado rebelde, conforme determina el artículo 87 del citado Código Adjetivo.

Con relación al **Cargo N° 3**, corresponde señalar que mediante memorial de fecha **26 de enero de 2012**, la AFP subsana lo observado por la autoridad judicial, adjuntando informe y fotocopias simples de la gestión administrativa de cobro efectuada, aclarando que el caso no registra proceso coactivo; 6 meses posteriores mediante memorial de **27 de julio de 2012**, la AFP solicita al Juez fotocopias simples del cuaderno de investigación.

Evidenciándose que para los Cargos N° 1 y 3, el Ente Regulador ha aplicado adecuadamente el procedimiento establecido, debiendo confirmarse ambos Cargos y consiguientemente la sanción exceptuando la gravedad que será motivo de otro punto de análisis, al advertirse que dentro de los períodos observados existió una interrupción injustificada en la tramitación de las actuaciones procesales, consiguientemente, falta de diligencia y retraso en el procesamiento, en este caso, atribuibles a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, en

contravención a la normativa imputada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

2.3. En cuanto al Cargo N° 4.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con el Cargo N° 4, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y al artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, debido a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatorias; inmovilizando temporalmente el trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo, por:

Empleador: Eduardo Cochi Cala (COOPERATIVA MINERA 26 DE FEBRERO LTDA)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - La Paz.

Fiscalía: Fiscalía de La Paz.

Periodo sin movimiento procesal: Del **19 de octubre de 2011** al **26 de julio de 2012**.

La recurrente, señala en su Recurso Jerárquico que si bien existió una paralización del presente proceso, ésta no es atribuible a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, sino a circunstancias ajenas, como ser: que el presente proceso se ventilaría en la Localidad de Quime Provincia Inquisivi del Departamento de La Paz, añadiéndose que el Fiscal de Materia de dicha localidad fue sustituido en varias oportunidades, así como los investigadores asignados al presente caso, hechos que habrían ocasionado que la AFP no haya podido realizar varias actuaciones.

Al respecto, y compulsado el expediente administrativo, se tienen los siguientes actuados:

- Por memorial de **19 de octubre de 2011**, la AFP presenta denuncia contra Eduardo Cochi Cala, por el delito de Apropriación Indevida de Aportes.
- En fecha **26 de julio de 2012**, presta su Declaración Informativa la Sra. Mercedes García, como denunciante y en representación de la AFP.
- Por memorial de **27 de julio de 2012**, la AFP solicita y reitera al Fiscal de Materia de la Localidad de Quime - Dra. Lenny Rojas, se franqueen los requerimientos solicitados en los Otrosí II y III del memorial de la denuncia.

De los actuados transcritos, y siendo que la AFP aduce como descargo, la rotación de fiscales e investigadores; sin embargo de ello, ésta no presenta pruebas que avalen y respalden los extremos aludidos, y si bien estos hechos podrían ser considerados como verdaderos, ocasionando cierta demora que no sobrepasaría de dos o tres semanas; de ninguna manera una retardación procesal, de más de **nueve (9) meses**, como pretende hacer ver y justificar la Administradora de Fondos de Pensiones.

Asimismo, de los propios descargos presentados por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, se revela que la denuncia presentada data del **19 de octubre de 2011**, y la declaración de la denunciante y

representante de la AFP es de fecha **26 de julio de 2012**, es decir, con un aplazamiento de más de nueve (9) meses posteriores.

Por otro lado, la Administradora de Fondos de Pensiones no debe eludir o desatender, que la etapa preliminar de investigaciones, conforme lo determinado por el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 01 de la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, debe concluir en el plazo máximo de veinte (20) días, dentro los cuales, el Representante del Ministerio Público previo análisis de antecedentes determinará si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad exacta del autor o partícipe y de la víctima, entre otros.

Por último, el hecho de que la representante legal de la Administradora de Fondos de Pensiones, se apersona a prestar su Declaración Informativa Policial dentro de la investigación preliminar y, atestiguar conforme a lo establecido en el procedimiento penal, nueve (9) meses después de presentada la denuncia, notoriamente demuestra desatención y descuido en cuanto a coadyuvar con la investigación preliminar se refiere, por parte de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, no existiendo por ende descargo o justificativo alguno válido, para eximir del presente Cargo y consiguientemente la sanción.

2.4. En cuanto a los Cargos N° 9, 15 y 16.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con los Cargos N° 9, 15 y 16, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010 y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, debido a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatorias; ocasionando interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo, por los siguientes Empleadores:

- **Cargo N° 9.-**

Empleador: Limber Rodríguez Hurtado (HELPTEC SOPORTE TÉCNICO)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodos sin movimiento procesal:

- Del **1 de diciembre de 2011** al **3 de febrero de 2012** y
- Del **3 de febrero de 2012** a la **fecha de envío de documentación**.

- **Cargo N° 15.-**

Empleador: Yoana Licet Soruco Parada (PROTOCOLO PROMOCIONES Y EVENTOS)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo sin movimiento procesal: Del **20 de diciembre de 2011** al **20 de julio de 2012**.

Asimismo, existe demora en la tramitación de requerimientos no otorgados (solicitado el 24 de noviembre de 2011 y reiterado el 20 de julio 2012).

- **Cargo 16**

Empleador: Miguel Ángel Escobar Caram (OILFIELD TRUCKS CO. SRL) **Juzgado**
Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Santa Cruz.

Fiscalía: Fiscalía de Santa Cruz.

Periodo sin movimiento procesal: Del **28 de febrero de 2012** a la fecha de remisión de documentación.

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), arguye que en los tres casos por los cuales se los sanciona por inactividad procesal, no sería responsable, en razón a que estos hechos se debieron a causas ajenas a su responsabilidad, como por ejemplo a la rotación de Fiscales, señalando que los Fiscales de Materia habrían rotado en tres oportunidades, para los Cargos N° 15 y 16.

A su vez, alega que la Entidad Reguladora no habría valorado las notas de solicitud de certificaciones de movimientos rotatorios de la Fiscalía Departamental de Santa Cruz, que si bien las mismas no obtuvieron respuestas, este hecho escapa de la responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones.

Al respecto, se tiene que lo aducido por la recurrente, no condice con los antecedentes cursantes, ya que a fojas 15 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 561-2013 de 20 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros se ha pronunciado, en sentido de que, si bien se ha presentado las notas de solicitud de certificación al señor Fiscal de Distrito de Santa Cruz, para que informe sobre la rotación de fiscales en la gestión 2012, la respuesta a dicha solicitud no fue presentada por la AFP en calidad de prueba, desconociendo el contenido de la misma.

A su vez señala que, *“...Las notas Cite ALP-SCZ-024/2012 y Cite ALP-SCZ- 002/2013, fueron analizadas por el Ente Regulador, concluyendo que no son suficiente justificativo para enervar el cargo, en consideración a que las mismas no demuestran materialmente la aparente rotación de Fiscales en el caso y, que además ello, efectivamente haya influenciado en la paralización del proceso penal...”*

Al respecto, corresponde precisar que, si bien la recurrente señala que en los tres Cargos, hubiera habido inactividad procesal, a consecuencia de la rotación de Fiscales, tenemos para el **Cargo N° 9**, los siguientes actuados:

- Por memorial de **16 de noviembre de 2011**, la AFP presenta denuncia en contra del señor Limber Rodríguez Hurtado, por el delito de apropiación indebida de aportes.
- En fecha **1 de diciembre de 2011**, presta su Declaración Informativa el denunciante Carlos Garrido, como representante legal de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**.
- Por memorial de **3 de febrero de 2012**, la AFP solicita al Fiscal asignado al caso, la citación del denunciado mediante edicto de prensa.
- La AFP mediante nota FUT.APS.AL.1620/2012 de fecha **08 de agosto de 2012**, remite a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, fotocopias de los cuadernos de investigación y expedientes judiciales de 31 procesos penales.

De lo transcrito se tiene que, independientemente de que la AFP alegue la rotación de Fiscales como justificativo para su inactividad procesal, en ningún caso las mismas pueden alcanzar a los tres meses, si bien es evidente que cuando existe relevo de Fiscales, las oficinas permanecen cerradas por una o dos semanas, en el presente caso, no se está hablando de este tiempo, sino que desde la presentación del memorial de solicitud de citación mediante edictos hasta la fecha de envío de la documentación, ha transcurrido más de seis (6) meses, por tanto, el hecho de que la **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** no haya coadyuvado con la Policía, ni la Fiscalía para la realización oportuna de los actos e investigación preliminares, claramente demuestra descuido y abandono por parte de la AFP, en el presente proceso.

Con relación a los Cargos N° 15 y N° 16, se tienen los siguientes actuados:

Cargo N° 15.-

- Por memorial de **24 de noviembre de 2011**, la AFP presenta denuncia en contra de Yoana Licet Soruco Parada, por el delito de apropiación indebida de aportes.
- En fecha **9 de diciembre de 2011**, presta su Declaración Informativa el denunciante Carlos Garrido, como representante legal de la AFP.
- Por memorial de **20 de diciembre de 2011**, la AFP solicita la ampliación del término de la investigación preliminar, disponga se proceda a la citación formal con la denuncia, y señale fecha y hora de audiencia para declaración informativa del denunciado.
- Por memorial de **20 de julio de 2012**, la AFP reitera solicitud de requerimientos fiscales y propone nuevas diligencias preliminares.

Cargo N° 16.-

- Por memorial de **23 de noviembre de 2011**, la AFP presenta denuncia en contra de Miguel Angel Escobar Caram, por el delito de apropiación indebida de aportes.
- En fecha **16 de diciembre de 2011**, presta su Declaración Informativa el denunciante Carlos Garrido, como representante legal de la AFP.
- Por memorial de **20 de diciembre de 2011**, la AFP solicita la ampliación del término de la investigación preliminar y disponga se proceda a la citación formal con la denuncia, y señale fecha y hora de audiencia para declaración informativa del denunciado.
- Por memorial de **28 de febrero de 2012**, la AFP, solicita al Fiscal se cite mediante edicto de prensa al denunciado.
- Desde el 28 de febrero de 2012 hasta que la AFP mediante nota FUT.APS.AL.1620/2012 de fecha **08 de agosto de 2012**, remite a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, fotocopias de los cuadernos de investigación y expediente judiciales de 31 procesos penales.

De los actuados transcritos, referidos a los Cargos N° 15 y 16, se refleja retraso y dilatación en las actuaciones procesales realizadas por la Administradora de Fondos de Pensiones, prescindiendo u olvidándose, que la etapa preliminar de investigaciones, conforme lo determinado por el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 01 de la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, debe concluir en el plazo máximo de

veinte (20) días, por lo que este hecho, a su vez claramente demuestra, despreocupación y descuido en dar continuidad a los procesos penales iniciados y una falta de diligencia atribuible a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**.

Por tanto, para los Cargos N° 9, 15 y 16, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha aplicado correctamente el procedimiento establecido, correspondiendo confirmar los mismos, al demostrarse que dentro de los períodos observados por el Ente Regulador, si existió una paralización injustificada de las actuaciones procesales y falta de dedicación, imputable en estos casos a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, en contravención a la normativa imputada por la Autoridad Fiscalizadora.

2.5. Respecto a los Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18 y 19.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, atribuyó y sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con los Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18 y 19, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, debido a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatorias; produciendo interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo.

La recurrente señala en su Recurso Jerárquico, que el argumento fundamental para atribuir y sancionar a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, por la supuesta falta de diligencia en los Procesos Penales, fue que éstos como denunciante, no hubieran presentado su declaración informativa, la cual – según la recurrente- no es un acto procesal propio y obligatorio que el procedimiento establezca, para la prosecución del Proceso Penal, por lo que no existiría una obligación de prestarla y que este hecho no puede ser sancionado a la AFP por el Ente Regulador.

Asimismo, continua alegando que, al ser denunciante sólo tendría la obligación de poner en conocimiento de las Autoridades Competentes, la comisión de un delito, conforme establece el artículo 284 del Código de Procedimiento Penal.

Al respecto, extraña lo aducido por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, y que la misma pretenda hacerse la desentendida en cuanto a la normativa que rige en materia de pensiones y materia penal, por lo que corresponde hacer algunas disgregaciones de orden legal.

Si bien la AFP hubiera iniciado la acción penal a denuncia y no así a través de una querrela, la diferencia de estas dos figuras, radica en que el denunciante no interviene personalmente como parte acusadora en el juicio penal.

Que conforme lo manifiesta el Código de Procedimiento Penal, el inicio de una acción penal se puede dar de oficio, denuncia o querrela, según la naturaleza del delito.

Sin embargo de ello y en todas estas formas de inicio del procedimiento penal, se reconocen el derecho de la víctima o de su representante, a su participación dentro del Proceso Penal, conforme lo señala el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, que refiere "*...la víctima podrá promover la acción penal mediante querrela...*", asimismo, el artículo 76.I y III, y artículo 11 ambos del mismo Código Adjetivo, modificado por la Ley 007 de 18 de mayo de 2010, que refiere: "*La víctima por sí sola o por intermedio de un representante, sea particular o del Estado, podrá intervenir en el proceso penal, aunque no se hubiera constituido en querellante...*"

A su vez, conforme dispone el artículo 78 del Código del Procedimiento Penal, la querrela puede ser presentada hasta antes de que finalice la etapa preparatoria.

Que en este sentido, las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta antes de la presentación de la acusación por el Fiscal ante el Juez de Instrucción en lo Penal, se encuentran en la obligación de querrellarse y participar dentro del juicio oral.

Que en este sentido entonces, se tiene que independientemente de que el proceso haya sido iniciado con una denuncia, los mismos a su vez se encuentran obligados a querrellarse, conforme determina la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, en sus artículos 106 y 149, Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, en su artículo 20, mismos que señalan que la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, son representantes de sus Asegurados y están en la obligación de iniciar los Procesos Coactivos Sociales y el Proceso Penal, para el cobro de montos adeudados por concepto de Contribuciones, Aportes Nacional Solidario y el Interés por Mora, el Interés Incremental y recargos que correspondan.

De lo referido entonces, e independientemente de la figura que haya utilizado la AFP para dar inicio a los Procesos Penales, al ser representantes de sus Asegurados, éstos no sólo se encuentran en la obligación de poner en aviso de un supuesto delito a las autoridades competentes, sino de participar dentro de éstos, comportándose en todo momento como un buen padre de familia, es decir, que las Administradoras de Fondos de Pensiones, en todo momento deberán velar por la protección y resguardo de los intereses de sus Asegurados, debiendo para ello realizar cuantas acciones legales correspondan, para recuperar de los empleadores, los aportes que se encuentran en mora.

En este sentido, a su vez, están obligados a presentar su declaración informativa y ratificarse en cada uno de los puntos de su denuncia, que si bien el Código de Procedimiento Penal, no haría referencia a la obligación de la declaración del denunciante, en la práctica cotidiana, la declaración del denunciante es el primer acto solicitado por el Fiscal de Materia en etapa investigativa, ya que conforme a la declaración del denunciante se tienen los primeros elementos de convicción para dar luego a la declaración del sindicado.

Que, la recurrente no debe olvidar que la denuncia es un acto formal en el sentido que, aunque carece del rigor de una demanda, **convoca una mínima carga para su autor en cuanto exige (i) presentación verbal o escrita ante una autoridad pública; (ii) el apremio del juramento; (iii) que recaiga sobre hechos investigables de oficio; (iv) la identificación del autor de la denuncia; (v) la constancia acerca del día y hora de su presentación; (vi) suficiente motivación, en el sentido que contenga una relación clara de los hechos que**

conozca el denunciante, (vii) la manifestación, si los hechos han sido puestos en conocimiento de otro funcionario. La denuncia es un acto debido en cuanto involucra el ejercicio de un deber jurídico del cual es titular la persona o el servidor público que tuviere conocimiento de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio.

Que entonces, el no haber prestado su declaración informativa y al no haber aportado mayores elementos a la investigación, ha dado lugar a que la Administradora de Fondos de Pensiones, haya demostrado una falta de diligencia y demora dentro de los procesos penales iniciados.

2.6. En cuanto al Cargo N° 20.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, imputó y sancionó a **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, con el Cargo N°20, por incumplimiento a lo establecido en los artículos 106 y 149 incisos i) y v) de la Ley N° 065 de Pensiones de 10 de diciembre de 2010, y el artículo 20 del Decreto Supremo N° 778 de 26 de enero de 2011, debido a la falta de diligencia en las actuaciones y gestiones procesales investigativo - probatorias; produciendo interrupción del trámite procesal y la postergación de los efectos que persigue el Proceso Penal de la Seguridad Social de Largo Plazo, por:

Empleador: Rubén Darío Orgaz Fernández (UNIVERSAL TELECOMMUNICATIONS S.A. - UTECOM)

Juzgado Cautelar: Juez de Instrucción en lo Penal - Cochabamba.

Fiscalía: Fiscalía de Cochabamba.

..."Actuación sin diligencia probatoria: *Se advierte falta de actividad probatoria, hecho evidenciado del cuaderno de investigación, desconociendo que la carga material de la prueba corresponde a la parte acusadora y no a la defensa, extremo que influyó en la Resolución de Rechazo a la denuncia (N° 2694/2011) emitida por la Fiscal, bajo el sustento de falta de elementos (pruebas) para sustentar la imputación.*

Por otro lado, se advierte que la AFP en su condición de denunciante tenía la obligación de objetar la Resolución N° 2694/2011 de 22 de marzo de 2012, emitida por la Fiscal, que dispone el rechazo de la denuncia, esta omisión e incumplimiento a sus deberes en la falta de impugnación dio lugar a que el caso no sea revisado por el Fiscal superior (Departamental), y consiguientemente se proceda con el archivo de obrados.

De la documentación que tiene el expediente de autos, se evidencian los siguientes antecedentes:

"...

- Por memorial de 28 de diciembre de 2011, la AFP presenta denuncia en contra de Rubén Darío Orgaz Fernandez, por el delito de apropiación indebida de aportes, señalando que en su condición de agente de retención de aportes de los trabajadores de la Empresa "Universal Telecommunications S.A. -UTECOM", ha incumplido el pago de contribuciones al SIP de los periodos enero/2011 a*

agosto/2011, misma que asciende a la suma de Bs 12.198,28 (Nota de Débito N° 1-03-2011- 00119 de 10 de octubre de 2011).

- Por memorial de fecha 30 de diciembre de 2011, la Fiscal de Materia Dra. Liliam Ferrufino, informa al Juez Instructor de Turno en lo Penal el inicio de las investigaciones.
- En fecha 31 de enero de 2012, presta su Declaración Informativa el denunciante Sr. Kurt Guardia, como representante legal de la AFP.
- Por Resolución N° 2694/2011 de 22 de marzo de 2012, la Fiscal de Materia Dra. Liliam Ferrufino, dispone el rechazo de la denuncia en sujeción a los arts. 301 numeral 3) y 304 numeral 3) del CPP, argumentando que en el presente caso, no se ha colectado elementos suficientes que permitan sustentar fundadamente una imputación formal.
- Por memorial de fecha 22 de marzo de 2012, la Fiscal de Materia Dra. Liliam Ferrufino, informa al Juez Segundo de Instrucción en lo Penal, el rechazo de la denuncia.
- Por memorial de fecha 05 de junio de 2012, la Fiscal de Materia Dra. Liliam Ferrufino, informa al Juez Segundo de Instrucción en lo Penal, que ha emitido **resolución de rechazo de denuncia, la misma que ha sido debidamente notificada a la parte denunciante o víctima (AFP), mediante edictos, No habiendo presentado objeción alguna, dentro del término previsto por el art. 305 del CPP, por lo que solicita se tenga presente y determine lo que en derecho corresponde...**

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP), señala como descargo en su Recurso Jerárquico, que en cuanto a la declaración del denunciante, la misma corresponde a un modelo utilizado individualmente por cada Fiscal, para cada caso determinado y que en el mismo disponen recepcionar la declaración informativa y de ratificación de la víctima, para una relación cronológica y que sin embargo, el mismo no es obligatorio para el denunciante.

Al respecto, independientemente de que el primer requerimiento emitido por la Fiscal de Materia, correspondería a un modelo único, este hecho no hace que el mismo no deba ser cumplido por la denunciante, ni que el mismo se encuentre supeditado a la voluntad del investigador de realizar los actos investigativos determinados por el Fiscal, que conforme se tiene anotado, es el encargado de la investigación y de practicar las diligencias de la etapa preparatoria para reunir los elementos de convicción y evitar la fuga y ocultamiento de los sospechosos.

Que en este sentido se tiene que, si el Fiscal ordenó la declaración de la denunciante, este acto debió ser realizado de manera inmediata a la presentación de la denuncia y no así un mes después de haberse presentado la misma.

Ahora bien, en cuanto a que la etapa preparatoria puede ser extendida al término de seis meses, conforme señala la SSCC 1036/2002, -R de 29 de agosto de 2002, al respecto y conforme lo anota la Sentencia Constitucional:

“...El proceso consiste en una progresiva y continuada secuencia de actos. Así, el Código procesal vigente, al igual que sus similares aludidos, con diversos matices

configuran el procedimiento ordinario del juicio penal en tres partes, a saber: **1) La Etapa Preparatoria**; 2) La Etapa Intermedia y 3) El juicio propiamente dicho (oral y público). A su vez, cada Etapa está integrada por subetapas o fases claramente marcadas, cumpliendo cada una de ellas una finalidad específica dentro de la genérica que todas ellas tienen en su conjunto. **Así, la Etapa Preparatoria, que es la que nos interesa analizar por su pertinencia, se halla integrada por tres fases: 1) Actos iniciales; 2) Desarrollo de la etapa preparatoria y, 3) Conclusión de la etapa preparatoria.**

1) La primera fase, es **decir, los actos iniciales o de la investigación preliminar, (art. 284 y siguientes del CPP), comienza con la denuncia, querrela o con la noticia fehaciente que reciben las autoridades llamadas por ley (Policía-Fiscalía), sobre la comisión de un delito.**

2) La segunda fase, esto es, el desarrollo de la etapa preparatoria, empieza con la imputación formal (art. 301 inc. 1) y 302 del CPP), y representa el inicio del proceso penal. Los supuestos 2), 3) y 4), que acoge el art. 301 no hacen al desarrollo de la Etapa Preparatoria, pues son opciones alternativas a la imputación formal.

3) La tercera fase se denomina conclusión de la etapa preparatoria, y está constituida por los 'actos conclusivos', entre los cuales se encuentra la presentación de la acusación por el fiscal al juez o presidente del Tribunal (art. 323 del CPP)".

A su vez la misma sentencia señala:

"...Consecuentemente, dado el carácter público del proceso, el cómputo de los seis meses previstos por el art. 134 CPP para el desarrollo de la Etapa Preparatoria, empieza a partir de que el Juez cautelar pone en conocimiento del encausado la imputación formal, siendo éste el actuado jurisdiccional que marca el inicio del proceso penal, y a partir de ahí, se tiene un término máximo de seis meses para presentar la acusación, ampliable únicamente en el supuesto que existan varios imputados..."

Conforme se tiene anotado, el término de los seis meses para la ampliación de la etapa preparatoria se da una vez presentada la imputación y en los casos donde exista varios sindicados y en los que por su complejidad lo amerite, sin embargo de ello, este argumento no puede ser usado como justificativo para la desatención y negligencia de la AFP, en la etapa preliminar misma que tiene una duración máxima de 20 días de iniciada la prevención, conforme dispone el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 007.

En cuanto al desistimiento presentado como descargo, se tiene que el mismo fue presentado por el señor Kurt Ludwig Hugo Guardia Von Borries en fecha 4 de marzo de 2013, es posterior a la Resolución de Rechazo N° 2694/2011 de 22 de marzo de 2012, emitida por la Fiscal Dra. Liliam Ferrufino, por lo que la presentación de éste, no tiene relevancia cuando el Juez ya ha declarado el rechazo de la causa, un año antes de la presentación del desistimiento.

Por lo que el mismo, no puede servir como prueba justificativa, para el levantamiento del cargo atribuido por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

2.7. En cuanto a la vulneración al debido proceso en su elemento fundamental a la motivación.-

La recurrente señala que el Ente Regulador no se habría pronunciado, ni habría valorado las circunstancias, sociales, geográficas, cambio de fiscales que obstaculizaron a los Procesos Penales, la negligencia de otras autoridades en la paralización de los mismos, hechos que no son responsabilidad de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**.

Al respecto, de la lectura de las Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/Nº 561-2013 de 20 de junio de 2013, y APS/DJ/DPC/Nº 69-2013 de 23 de enero de 2013, se tiene que las mismas, se encuentran debidamente fundamentadas en cuanto a todos los descargos presentados por la recurrente, sin embargo de ello, ninguna de las circunstancias antes referidas puede atenuar la responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones, en cuanto a la paralización de los Procesos Penales, se debió a causas externas como ser el cambio de fiscales, circunstancias geográficas, que si bien las mismas podría justificar cierta demora, ésta no podría exceder dos o tres semanas, sin embargo de ello, ninguna de estas circunstancias puede respaldar una demora de casi un año en cuanto a las diligencias preliminares, más aún si consideramos que el proceso penal tiene una duración máxima de de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento, salvo el caso de rebeldía, conforme determina el artículo 133 del Código de Procedimiento Penal.

Que en este sentido, se tiene que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha cumplido con lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e) de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo.

No existiendo por ende, ninguna vulneración al principio de motivación en relación al Principio del Debido Proceso.

2.8 Mora Presunta.-

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP) señala en su Recurso Jerárquico, que en los Cargos imputados debe tenerse en cuenta que gran parte de todos los procesos, son acciones penales iniciadas en un principio con moras presuntas incluidas, por lo que si bien se inició la acción penal mediante denuncias, se debe considerar la presunción de inocencia en materia penal, es decir, que se puede presumir la participación o no del imputado hasta el momento de la sentencia.

Al respecto, en cuanto a que la mayoría de los procesos penales fueran iniciados con mora presunta, (hecho que no corresponde), que además, no viene al caso de autos ya que el presente proceso, versa sobre la inactividad de los procesos penales, cuyo fin es buscar la imposición de una sanción por la comisión de un delito (apropiación indebida) independientemente del monto adeudado.

Investigación que a su vez, está a cargo del Ministerio Público, quien tiene, en su caso, la obligación de ejercer y sustentar la acción penal pública en representación de la comunidad, función que debe desarrollar con estricta sujeción a la Constitución Política del Estado, a los Tratados Internacionales y a las Leyes; también debe promover y resguardar los derechos de las víctimas durante el curso del proceso penal.

En cuanto a que el inicio de la acción penal daría lugar a la vulneración al principio de inocencia, corresponde señalar que la presunción de inocencia, garantiza que el acusado no sea condenado sin que exista una sentencia que desvirtúe tal presunción.

Ahora y ya en el caso, de que un imputado o sindicado considere que dentro de un proceso penal se está vulnerando algún derecho, el mismo podrá hacer conocer de estos hechos al Juez Cautelar, autoridad que conforme a lo preceptuado por el artículo 54 inc. 1) del Código de Procedimiento Penal concordante por el artículo 279, es competente para ejercer el control del desenvolvimiento de los actos de investigación que realizan tanto fiscales como funcionarios policiales, y es quien a su vez, el que precautela los derechos y garantías del imputado.

Que en ningún caso, el inicio de una acción penal por apropiación indebida, daría lugar a que se vulnere el principio de inocencia conforme se tiene anotado.

2.9. En cuanto a la preterintencionalidad.-

La recurrente señala que, en ninguno de los casos sancionados existiría preterintencionalidad por parte de **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, toda vez que, no existió intención, ni se causó daño económico a los Afiliados, sin embargo de ello, el Ente Regulador hubiera sancionado a la AFP, con gravedad leve, aduciendo la existencia de preterintencionalidad, lo cual -a decir de la recurrente- no corresponde.

Que, previo al análisis de este punto, corresponde remitirnos al Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamentario a la Ley de Pensiones, relativo al Régimen de las Sanciones y Recursos, que determina:

“Artículo 286. (CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD). Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:

a) Gravedad máxima: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos hayan sido provocados por el trasgresor con premeditación o de forma dolosa, haya resultado beneficio propio o de terceros, o causado daño a terceros.

b) Gravedad media: cuando la infracción o los actos u omisiones referidos, hayan sido causados por negligencia, falta de pericia o culpa y causen daño.

c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera **preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.**

d) Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada sin intencionalidad y no exista daño para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado.” (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ahora bien, de la lectura de la norma tenemos, que la calificación de la gravedad, implica que el comportamiento (acción u omisión) respecto a la infracción, cuente con elementos identificadores que permitan la calificación de la gravedad de la sanción.

Por lo que corresponde entonces, referirnos a lo ya determinado por esta instancia jerárquica mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 004/2012 de fecha de 26 de enero de 2012, en cuanto a la preterintencionalidad, que a su vez, ha recogido la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ/59/2006 de 6 de septiembre de 2006, que señala:

*“Se habla de preterintencionalidad cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que se configure el delito (o infracción) **preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto**, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de ese hecho dañoso, pero que produce la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede a la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable, produciéndose un segundo resultado que va más allá de la intención del actor o, en otras palabras, cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente.*

Por otra parte, se ha precisado en la doctrina que se requiere que se dé una progresión en la misma línea entre el resultado requerido y el resultado más grave que se ha verificado, y según esto, la diferencia entre ambos resultados estaría en la gravedad de la ofensa, debiendo tratarse del mismo género de interés lesionado.

La doctrina, de igual manera, ha señalado que son características de la preterintencionalidad: a) El propósito de cometer un delito determinado; b) La producción de un resultado ilícito mayor que el pretendido por el agente; c) La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido; d) La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido y e) La calificación legal del hecho según el resultado.

Ahora bien, el Capítulo VIII del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamentario a la Ley de Pensiones, relativo al régimen de las sanciones y recursos, en su Artículo 286, literal c), expresa que la calificación de gravedad leve se presenta "cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de personas relacionadas al infractor".

De la lectura de este precepto se puede colegir que la preterintencionalidad reconocida para este tipo de gravedad puede darse no solo por una conducta dolosa (acción), **sino también por una actitud culposa u omisiva...**" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Expuesto el precedente administrativo, se tiene entonces que, para que exista preterintencionalidad deben existir dos elementos, el primero: **la acción u omisión voluntaria del sujeto**, y el segundo: que la **acción u omisión del actor al cometer el hecho dañoso, tenga consecuencias mayores a la prevista**.

Entonces, importa revisar los argumentos esgrimidos por la instancia recurrida, quien mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 561-2013 de 20 de junio de 2013, sobre la fundamentación de la calificación de gravedad, señala:

"...A los Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21.

(...)

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada para los Cargos N° 1, 3, 4, 5, 9, 15, 16 y 21 respecto a los periodos que se imputan, con el hecho de que el regulado no mantuvo un movimiento procesal y actuar diligente en los PP imputados; por lo que la AFP incurrió **no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP del Sistema Integral de Pensiones**, dicha inobservancia a la norma si bien no causó daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no estar en movimiento los PP, provoca que los Asegurados, no cuenten con sus Contribuciones, y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio..."

"...A los Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18 y 19.

(...)

En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada para los Cargos N° 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18 y 19 respecto a los periodos que se imputan, con el hecho de que el regulado no mantuvo una actitud diligente en los PP imputados y que la falta de la declaración informativa por el regulado en el proceso impide que las actuaciones se encuentren completas al momento de imputar expresando abandono y descuido de la causa iniciada, siendo la declaración un actuado propio de la AFP para promover mejor la acción penal y formalizar su acción en proceso; por lo que la AFP **incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP del Sistema Integral de Pensiones**, dicha inobservancia a la norma si bien no causó daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al

principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al no obrar diligentemente en los PP, provoca que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio...

“...Al Cargo N° 20.

(...)

*En lo que corresponde a la preterintencionalidad, se ha visto expresada en que por consecuencia de la conducta imputada al regulado impide que las actuaciones se encuentren debidamente llevadas, para promover mejor la acción penal y la recuperación de los adeudos al SIP; **por lo que la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP del Sistema Integral de Pensiones**, dicha inobservancia a la norma si bien no causó daño económico constatado para los Asegurados, sin embargo en base al principio de razonabilidad y proporcionalidad se sanciona la preterintencionalidad en el accionar de la AFP, ya que al haber sido **archivada la causa penal** por disposición de la autoridad competente por los motivos anotados más arriba ha generado además del retraso en la recuperación de la mora, la pérdida de un mecanismo procesal para su cobro, pero además al haberse llevado incorrectamente el PP, el mismo al presente no se tiene en curso; provocando que los Asegurados no cuenten con sus Contribuciones y tengan dificultades en el acceso a una prestación o beneficio...*

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito, se tiene que el Ente Regulador considera la existencia de preterintencionalidad en todos los Cargos, debido a que:

“...la AFP incurrió no sólo en inobservancia a un imperativo que era de conocimiento previo al hecho infractor, sino también produjo una consecuencia mayor, que está expresada en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria desde el inicio hasta la conclusión de los PP del Sistema Integral de Pensiones,...”

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que conforme se tiene anotado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, hace referencia a la obligación y deber de cuidado que deben de tener las Administradoras de Fondos de Pensiones, desde el inicio hasta la conclusión de los Procesos Penales del Sistema Integral de Pensiones, hecho que no corresponde a la preterintencionalidad, sino a la **culpa**, que hace referencia a la omisión de diligencia exigible a la AFP.

Al respecto, si bien se ha constado que los procesos observados, se han llevado con dilaciones indebidas, falta de diligencia, desatención, incumpliendo así con su deber de buen padre de familia con sus Afiliados, hecho que no significa necesariamente que haya

existido preterintencionalidad, ya que en ningún momento, el Ente Regulador ha demostrado que la AFP tuvo el propósito de cometer las determinadas infracciones o haya omitido voluntariamente, dar continuidad a los procesos penales, ni tampoco ha hecho referencia, a cual fuera la consecuencia mayor que se hubiera causado, ya que si bien la misma estaría expresada **en la vulneración al deber que tiene la AFP de actuar con el cuidado y la diligencia necesaria**, por lo que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a momento de adoptar una decisión, corresponderá fundamentar cada uno de estos aspectos y debe establecer, sí en el presente caso ha existido preterintencionalidad, y de no existir la misma no corresponderá la calificación de infracciones como leve; sino más bien de gravedad levísima en el marco de lo dispuesto por el inciso d) del Artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha motivado, ni ha fundamentado en cuanto a la gradación de la sanción, específicamente en cuanto al haber determinado preterintencionalidad, tal cual se evidencia de la fundamentación expuesta en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, conforme se determinó en los diversos precedentes desarrollados por este Ministerio, la doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo, establecidos a priori por la Ley con las causales de nulidad señaladas por Ley.

Que, de acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 36 de la precitada disposición legal, dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo la indefensión de los interesados una de ellas, cual ocurrió en el caso de autos.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Anular la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 561-2013 de 20 de junio de 2013, **inclusive**, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitir nueva Resolución Administrativa considerando los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 491/2013 DE 07 DE AGOSTO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 079/2013 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 079/2013

La Paz, 20 de Noviembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa ASFI N° 491/2013 de 7 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 077/2013 de 09 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 171/2013 de 22 de octubre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del señor Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 28 de agosto de 2013, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, representado por su Gerente General, Sr. José Noel Zamora, en mérito al Testimonio de Poder N° 293/2009 de 30 de julio de 2009, otorgado por ante Notaría de Fe Pública N° 02 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dr. Hugo Alba Rodrigo, interpuso Recurso Jerárquico, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 491/2013 de 7 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de

noviembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-129908/2013 de fecha 29 de agosto de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI N° 491/2013 de 7 de agosto de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 4 de septiembre de 2013, notificado en fecha 10 de septiembre de 2013 se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 491/2013 de 7 de agosto de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1.-ANTECEDENTES

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, notificó con el cargo al **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, por la presunta contravención al inciso g) del artículo 79 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) por mantener entre los meses de enero y abril de 2011 un exceso de inversiones en los Bancos Bisa S.A. y Unión S.A. que superan el 20% del Patrimonio Neto del Fondo.

El **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, presenta descargos a través de nota GG-296/2011.

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 029/2012 de 23 de mayo de 2012, se resolvió lo siguiente:

*“...**ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI/N° 749/2011 de 28 de octubre de 2011 **inclusive**, debiendo en consecuencia expedirse nueva Resolución ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica...”*

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emergencia de la Resolución Ministerial Jerárquica, emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012.

Que en fecha 21 de diciembre de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, misma que es confirmada por la Resolución Administrativa ASFI N° 44/2013 de 23 de enero de 2013.

Que el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, mediante memorial de 14 de febrero de 2013, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 44/2013 de 23 de enero de 2013.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 de 24 de junio de 2013, resolvió:

*“...**ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 enero de 2013, inclusive, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, ambas pronunciadas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debiendo en consecuencia emitir una resolución, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica...”*

Los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica son los siguientes:

“...2.1. Nulidad por omisión de la norma infringida.-

El recurrente, **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, alega que:

“...la Resolución Sancionatoria Nro. ASFI/643/2012 del 23 de noviembre de 2012, en la parte resolutive primera establece la sanción en contra de PRODEM FFP S.A., pero no identifica el artículo que presuntamente habría sido contravenido, aspecto que ciertamente es violatorio a la obligación que tiene de identificar la norma contravenida, tal como lo establece el Principio de Tipicidad, dentro del régimen sancionador del Derecho Administrativo boliviano, el cual se halla identificado en los artículos 73 y siguientes de la Ley Nro. 2341 de Procedimientos Administrativos...”

Compulsado tal extremo con la Resolución de referencia (ASFI N° 643-2012 de 23 de noviembre de 2012), concretamente con su parte dispositiva, se observa que, evidentemente, la misma omite mencionar la norma en concreto infringida, esta es, el inciso g) del artículo 79°, de la Ley N° 1488, de Bancos y Entidades Financieras, conforme se puede evidenciar de la transcripción siguiente:

“...RESUELVE:

PRIMERO.- Sancionar al **FONDO FINANCIERO PRIVADO “PRODEM” S.A.** con multa de Bs205,779,70 (DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE 70/100 BOLIVIANOS), equivalente al 3% del capital mínimo para Fondos Financieros Privados (Derechos Especiales de Giro 630,000,00) por mantener entre los meses de enero y abril de 2011 exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del Fondo...”

Sin embargo, en la misma Resolución, se evidencia menciones precisas acerca de la norma omitida, así como de su expreso incumplimiento (como fundamento de la sustanciación), a saber:

“...el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que las entidades de intermediación financiera no bancarias no podrán “conceder créditos a una entidad del sistema financiero por más del veinte por ciento (20%) de su patrimonio neto, (...)

...a tiempo de afirmar la **existencia de un incumplimiento temporal del límite establecido en el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)**, el Fondo no presentó descargos que acrediten que el exceso se haya producido como consecuencia de la percepción (...)

...el Fondo no cuenta con una estrategia para diversificar la liquidez en caso de que se presenten concentraciones de fondos en entidades financieras específicas, que den lugar **al incumplimiento al inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)**, demostrando que no existe una adecuada gestión del Riesgo de Liquidez (...)

...el Fondo no acreditó en los descargos que los depósitos que dieron origen a **los incumplimientos al inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)**, provengan de depósitos en cuentas de sus clientes estatales (...)

...los argumentos de descargo analizados precedentemente no desvirtúan **el incumplimiento al límite establecido por el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras**, notificados mediante nota ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, por exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del señalado Fondo (...)

...la entidad ha manifestado **como descargo “...las características del hecho fortuito descritas anteriormente determinan la imposibilidad de subsumir al artículo 79 inciso g) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras**, toda vez que el incremento registrado no corresponde a operaciones de créditos ni de inversiones, (...)

...se concluye que los argumentos de descargo analizados precedentemente **no desvirtúan el incumplimiento por parte del FONDO FINANCIERO PRIVADO “PRODEM” S.A., al límite establecido por el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras**, (Texto Ordenado), notificados mediante nota ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, (...)

...para la gradación de la sanción, se ha establecido parámetros que fundamentan la aplicación de sanción pecuniaria, basada principalmente en **el incumplimiento en el que incurrió FONDO FINANCIERO PRIVADO “PRODEM” S.A., el cual se encuentra establecido en el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) (...)**

...Tipificación. Se evidencia el incumplimiento a las disposiciones del inciso g) del artículo 79 de la Ley No 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)

(...)

...la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través del Informe Legal ASFI/DSR I/R-135655/2012 de 23 de octubre de 2012, efectuó la evaluación de los descargos presentados por la entidad mediante carta GG-296/2011 de 11 de octubre de 2011, concluyendo que no se **desvirtuó la infracción del inciso g) del artículo 79 de la Ley No 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)**, al mantener entre los meses de enero y abril de 2011 exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del señalado Fondo..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De manera tal que, no queda lugar a duda de que la sanción que en definitiva se impone, obedece al incumplimiento del inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), **por el cual además fue imputado**, quedando establecido congruentemente, el nexo de causalidad entre la conducta infractora, con los alcances de la conducta tipificada y vulnerada, amén que, al haberse recurrido contra la Resolución Administrativa ASFI N° 643-2012 de 23 de noviembre de 2012, empero no por este extremo -es decir, no habiéndose controvertido inicialmente el mismo-, ha ganado en eficacia al importar la conformidad del administrado, con la forma del pronunciamiento.

Aún así, el extremo, como lo ha descrito el recurrente, necesariamente importa la existencia de una norma poco precisa, toda vez que, si en el Derecho Administrativo Sancionador, la tipicidad es condición sine quanon para la imputación de la infracción (es decir, que la conducta infractora encaje en la norma que establece la infracción para que se pueda determinar la existencia de hechos determinantes y por ende, la existencia de la infracción en función a la valoración de la conducta y de los hechos ocurridos), nada más preciso que lo mismo se encuentre consignado en la parte resolutive del fallo y no se limite a la considerativa.

No obstante, tal criterio obedece a una precisión garantista a favor del administrado que supera a la norma, por cuanto, no existe en la misma, disposición precisa de que la parte resolutive de una Resolución sancionatoria, deba señalar expresamente la norma infringida; aún así fuera, resultando el alegato en una cuestión formal, de su sustanciación como lo pretende el recurrente -declaratoria de nulidad-, amén de resultar infundado e intrascendente, devendría en un nuevo proceso sobre los restantes alegatos, por tanto, más allá de prolongarse en el tiempo, no influiría en el fallo de fondo que en justicia, debe corresponder a la controversia principal, lo que amerita se rechace este alegato del **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, en observancia del principio de economía al que se refiere el artículo 4º, inciso k), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, no ameritando por ello mayor consideración al respecto.

2.2. De la incongruencia argüida entre la imputación y la sanción.-

El **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, señala también el Recurso Jerárquico, que:

“...la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-100805/2011 del 27 de septiembre de 2011 no establece en lo absoluto que la base de la imputación administrativa sea la omisión de la posibilidad de diversificación de depósitos.

Esta situación provoca que la ASFI, no obstante de haber iniciado la sanción por una supuesta "deficiencia de control interno", tal como fuera expresamente señalado en la Resolución 749/2011 del 28 de octubre de 2011, al final de su evaluación sancionatoria, termina estableciendo una sanción por un hecho del cual nosotros no teníamos conocimiento, lo cual implica que se ha generado un escenario de indefensión...”

El alegato así expuesto, hace abstracción del desarrollo mismo del procedimiento dentro del caso, conforme se encuentra previsto en la norma; aseveración que se realiza por las siguientes razones:

- Mediante nota ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, se ha imputado con el cargo al **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, a los efectos de los artículos 66°, parágrafo I, y 67°, parágrafos I y II, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, de 15 de septiembre de 2003, estos son, para que el imputado presente sus pruebas de descargos o sus justificaciones.
- El **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, cumpliendo su carga y ejerciendo su derecho, hizo presente sus descargos, según consta en la nota GG-296/2011.
- Entonces, ya en cumplimiento del artículo 67°, parágrafo II, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, **en base a lo alegado por el entonces imputado** (entonces en una manifestación del derecho a la petición y a la obtención de respuesta, que señalan los artículos 24° de la Constitución Política del Estado, y 16°, incisos a) y h), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo), tuvo que proceder:

“...al **análisis de los antecedentes y descargos presentados**, aplicando el principio de la sana crítica y **valoración razonada de la prueba, no pudiendo en ningún caso ignorar o dejar de evaluar los descargos presentados**, garantizando en todo momento el pleno ejercicio de defensa...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Entonces, el proceso de análisis y valoración de cada descargo debe ser descrito en la Resolución sancionatoria o desestimatoria correspondiente, a manera de fundamentos, los que no se van a expresar, por parte del Regulador, con anterioridad a la misma, por cuanto, corresponde a los descargos que vayan a ser presentados por el imputado, en respuesta a la imposición de cargos.

Razonando en sentido inverso, el Regulador no conoce los argumentos que serán presentados a tiempo de los descargos, de manera tal que no puede presumirlas a tiempo de la notificación de cargos, sino que debe pronunciarse sobre ellas, recién a tiempo de la Resolución sancionatoria o desestimatoria, según corresponda, claro sin separarse a tiempo de sancionar o desestimar la sanción de la imputación dada.

Por tanto, es infundado lo aseverado por el recurrente, en sentido que determinados pronunciamientos que salen de la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, no guardan conformidad con la nota de cargos, porque la Resolución Administrativa como tal, a diferencia de la notificación de cargos, es el resultado de haberse escuchado al imputado, por tanto, si ese derecho es ejercido (como es el caso) su contenido va a ser, necesariamente distinto, del de la nota de cargos.

Ello no debe importar ninguna incongruencia, como lo señala el recurrente, extremo que obliga a compulsar los conceptos "deficiencia de control interno" que sale de la nota de cargos, con "omisión de la posibilidad de diversificación de depósitos" a la que, en consideración a los descargos del **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, han sido expresados en la resolución sancionatoria, para llegar a la conclusión que, una "**omisión de la posibilidad de diversificación de depósitos**", importa una "deficiencia de control interno", porque es éste último el que debe considerar las circunstancias en las cuales la entidad financiera podrá diversificar los depósitos a efectos de acomodarse a la norma, y evitar de esta manera, sanciones como las que refiere el caso de autos.

Por consiguiente, no se evidencia la incongruencia entre las actuaciones señaladas, determinando sea infundado el alegato en ese sentido.

2.3. Fundamentación y aplicación de la verdad material en el criterio de ubicación geográfica.-

El Ente Regulador, en su Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 y valiéndose de un cuadro sobre "los puntos de atención financieros existentes", infiere que la recurrente estaba en condiciones de diversificar sus depósitos, emergentes de las recaudaciones diarias realizadas, para así evitar incurrir en la infracción a la norma.

Al respecto, el Recurso Jerárquico señala que:

"...en contraposición al deber de fundamentar, motivar y explicar su decisión, corresponde observar que la "fundamentación" de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la resolución sancionatoria se limita a emitir una simple aseveración y la confección de un cuadro, que por si mismos, no explican en lo absoluto nada (...)

...también se puede citar el hecho de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, establece una sanción, manifestando que no se habrían presentado los "documentos" respaldatorios del descargo.

Sobre el particular, corresponde recordar a la entidad reguladora, que tiene la obligación de cumplir con el Principio de Verdad Material...”

Toda vez que el extremo fue también alegado a tiempo del Recurso de Revocatoria de 21 de diciembre de 2012, es pertinente dejar constancia del pronunciamiento del Ente Regulador, contenido en la ahora recurrida Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013:

“...el Fondo Financiero Privado Prodem S.A. tenía la posibilidad de diversificar sus depósitos contando a su disposición con dichas entidades financieras y sus respectivos puntos de atención a nivel nacional, para diversificar sus depósitos, aspecto que no fue considerado por el recurrente dando lugar a que en los meses de enero y abril de 2011, se incumpla el inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado). (...)

...la Resolución Jerárquica SIREFI SG SIREFI RJ 02/2006 de 10 de enero de 2006 indica: “El artículo 29, parágrafo III, del Decreto Supremo N° 27175 menciona que las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo al principio de la sana crítica” (...) este sistema no autoriza a la autoridad a efectuar la valoración arbitrariamente, por el contrario, le exige que determine el valor de las pruebas haciendo un análisis razonado de ellas siguiendo las reglas de la lógica, de lo que dicta su experiencia el buen sentido y el entendimiento humano (...)”

...la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006 de 2 de agosto de 2006, señala que: “La doctrina en Derecho Administrativo ha sostenido de manera uniforme que en cuanto al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. (...)”

...En tal sentido, el Órgano Regulador ha revisado, tomado en cuenta y valorado toda la prueba de descargo aportada por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO “PRODEM” S.A.**, así se desprende del análisis de descargos páginas 3 al 11...”

En atención a las cuestiones formales alegadas en recurso (“la “fundamentación”... se limita a... la confección de un cuadro”), hay que señalar que la tabla o cuadro ejecutivo, **constituye una herramienta válida, en tanto facilita una mejor comprensión de determinados datos contables o técnicos**, siendo de uso ampliamente difundido en los más diversos ámbitos; por tanto, no estando prohibida esa forma de presentación de la fundamentación, y en cuanto cumpla con la finalidad para la que ha sido diseñada, constituye un medio idóneo a ser tenido en cuenta, en tanto constituya fundamento de la Resolución, y no desvirtúa la disposición del artículo 28°, inciso e), de la Ley N° 2341 (de Procedimiento Administrativo), mencionado por el recurrente.

Asimismo, al alegato que sugiere en la Resolución sancionatoria, “citas tan escuetas” y que “de ninguna manera pueden ser consideradas suficiente”, hay que señalar que en los términos de la Sentencia Constitucional 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010 (que establece que la fundamentación de una resolución no necesariamente tiene que

ser extensa, sino contener una exposición concisa y razonable y que permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron a tomar la decisión), determina que las supra mencionadas Resoluciones Administrativas ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, y ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013, se encuentren debidamente fundamentadas.

No obstante, estos extremos no consideran y por tanto no resuelven, sea favorable o desfavorablemente, la cuestión de fondo señalada por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA** a lo largo de todo el proceso, en sentido que:

“...La cobertura geográfica a nivel nacional que el Fondo tiene es de 103 Agencias y 36 Cajas Externas, lo cual obliga a determinar de manera inmediata la situación de liquidez de cada unidad de negocio y atender adicionalmente servicios de recaudación de pagos a numerosas instituciones públicas y privadas, por las cuales perciben depósitos que deben transferir a través de las cuentas corrientes que mantienen en las distintas entidades bancarias en todo el país...” (Nota GG-296/2011 de 14 de octubre de 2011).

En este sentido, de la revisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2013 (sancionatoria), se evidencia que la misma tiene expresiones como las siguientes:

“...La cobertura geográfica a nivel nacional que el Fondo tiene es de 103 Agencias y 36 Cajas Externas, lo cual obliga a determinar de manera inmediata la situación de liquidez de cada unidad de negocio y atender adicionalmente servicios de recaudación de pagos a numerosas instituciones públicas y privadas, por las cuales perciben depósitos que deben transferir a través de las cuentas corrientes que mantienen en las distintas entidades bancarias en todo el país.

Al respecto, del análisis de los puntos de atención financieros existentes durante los meses (enero, febrero y abril) en los que se identificaron los incumplimientos al inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), en la gestión 2011, se observa que la entidad tenía la posibilidad de diversificar sus depósitos, contando a su disposición los puntos de atención a nivel nacional de las entidades financieras (...)

La entidad argumenta que no puede operar con todos los Bancos del Sistema, ya que algunas instituciones como el Banco Nacional de Bolivia S.A. y el Banco de Crédito de Bolivia S.A. han cerrado las cuentas del Fondo y el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. ha prohibido realizar depósitos en efectivo en sus agencias, sólo permitiendo realizar depósitos en cheques, por lo que concentran sus operaciones en las pocas entidades que todavía le permiten mantener operaciones a la vista como son Banco BISA S.A., Banco Unión S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Económico S.A., eligiendo entre estas aquellas que tienen presencia a nivel nacional (Banco BISA S.A. y Banco Unión S.A.).

Si bien, el Fondo argumenta que en las fechas de los incumplimientos ya no mantenía cuentas a la vista en el Banco Nacional de Bolivia S.A. y en el Banco de

Crédito de Bolivia S.A., debido a que éstas entidades les habrían cerrado sus cuentas a la vista, la entidad no presentó en los descargos los respaldos que acrediten que los citados bancos les hayan cerrado sus cuentas. Por otra parte, se observa que en esas fechas el Fondo tenía margen de concentración de depósitos en los bancos con los que aún operaba (Banco Económico S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Mercantil Santa Cruz S.A.),...

Ello determina que, el Ente Regulador ha expresado su posición, la que obedece a una abstracción meramente teórica cual lógica, empero prescinde de considerar los alegatos del sancionado.

El **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, por su parte, impugna la determinación, al referir que las operaciones controvertidas, se realizaron en el transcurso del día, inclusive en horarios nocturnos, por montos considerables, y los Bancos en los que tienen sus cuentas, solamente les permiten efectuar transferencias hasta las doce del mediodía, sin embargo, dichos montos son transferidos a su cuenta de encaje legal el primer día hábil siguiente; pese a ello han tomado otras medidas como ser incrementar el límite de las firmas autorizadas de sus ejecutivos para que pueda efectuar transferencias mayores, sin embargo los Bancos establecen límites diarios de transferencia, lo cual también les limita mover montos mayores, haciendo que algunos días de los meses de enero a abril de 2011, hayan excedido, temporalmente, el límite del 20% de su patrimonio neto, por recaudaciones que no están relacionados a créditos ni inversión.

A tiempo del Recurso de Revocatoria, la recurrente ha presentado documentación que respalda los movimientos de efectivo en los días observados 12, 14, 18 y 21 de enero, 1, 7, 14 y 17 de febrero, 11 y 21 de marzo y 11, 20, 26, 27, 29 y 30 de abril, de 2011, la misma que ha sido valorada por la Autoridad Reguladora tal como lo manifiesta en la Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013, señalando que no otorga prueba alguna que determine que los Bancos Unión S.A. y Bisa S.A., en los cuales se dieron los excesos, hayan establecido restricciones para que la recurrente hubiera podido efectuar sus depósitos.

Así también, presentaron la nota BCB-GEF-SOP-CE-2011-24 de fecha 21 de noviembre de 2011, el Banco Central de Bolivia comunica a la recurrente que puede realizar depósitos y retiros en las oficinas de la ciudad de La Paz.

Entonces, si bien la recurrente señala que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. le limita a realizar transferencias solamente hasta el mediodía y el Banco Ganadero S.A. le restringió a efectuar retiros de dineros de hasta tres millones de bolivianos diarios (tal como se puede certificar de las notas que adjuntaron a su Recurso de Revocatoria), se debe considerar que los saldos en una cuenta bancaria están compuestos del saldo del día anterior más los depósitos del día.

En tal sentido, si los depósitos diarios eran de tal magnitud que **previsiblemente**, podían generar un exceso en los límites legales, entonces la recurrente estaba en condiciones y podía –nada demuestra lo contrario– hacer retiro del monto suficiente de sus cuentas el

día anterior -o hasta el mediodía, en el caso del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., para que todo lo recaudado sea depositado sin sobrepasar el referido límite.

Para llegar a tal conclusión, es importante hacer notar que del total de los importes recaudados en un determinado día, no necesariamente todos son depositados en los Bancos, tal como también lo manifiesta la recurrente:

“...dichas operaciones se realizan en el transcurso del día laborable, **incluyendo las últimas horas de los días**, mientras que **los bancos** con los cuales trabajamos **nos reciben las cartas de transferencia hasta las 12:00 pm, razón por la cual después de esta hora no podemos realizar más transferencias aún cuando continuamos recibiendo depósitos por montos considerables**” (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De ello se establece que, los montos recaudados en la tarde y en la noche, recién se iban a depositar al día siguiente, oportunidad en la que se debió establecer la cuenta y el Banco en la que se realizarían los depósitos, diversificándolos para evitar la infracción ahora sancionada, a fin de no exceder el límite señalado.

El cuadro siguiente, producto de los datos extraídos del expediente, permite demostrar el volumen de recaudaciones y el volumen de excesos por día:

Fecha	Excesos (Bs)			Recaudación Total (Bs)	Exceso/Recaud. Porcentaje
	Banco BISA	Banco Unión	Total		
12/01/2011	12.933.193,23		12.933.193,23	14.638.564,14	88,35%
14/01/2011	4.908.825,65		4.908.825,65	14.744.040,62	33,29%
18/01/2011	6.374.940,15		6.374.940,15	13.402.037,14	47,57%
21/01/2011	3.283.343,74		3.283.343,74	17.916.949,04	18,33%
01/02/2011	8.114.840,55		8.114.840,55	14.175.259,44	57,25%
07/02/2011	6.264.761,52		6.264.761,52	12.654.590,22	49,51%
14/02/2011	12.996.303,38		12.996.303,38	29.825.693,52	43,57%
17/02/2011	7.850.464,88		7.850.464,88	16.934.963,77	46,36%
11/03/2011	72.272,77		72.272,77	21.576.884,27	0,33%
21/03/2011	735.328,19		735.328,19	30.314.414,72	2,43%
11/04/2011	0,00	869.154,19	869.154,19	13.664.936,61	6,36%
20/04/2011	2.049.693,82	1.663.225,58	3.712.919,40	19.694.777,81	18,85%
26/04/2011	2.014.422,05		2.014.422,05	17.827.094,62	11,30%
27/04/2011	19.100.867,90		19.100.867,90	34.127.664,44	55,97%
29/04/2011	8.537.428,88		8.537.428,88	32.905.267,23	25,95%
30/04/2011	14.902.550,94		14.902.550,94	0,00	0,00%

Se puede apreciar que la cantidad excedida, en muchos casos, es un porcentaje mayor al 20% de lo recaudado; considerando que la recurrente argumenta que los excesos se deben a que el volumen de recaudaciones diario es elevado, se debe inferir que gran parte de la recaudación diaria se depositó en sus cuentas, en este caso del Banco Unión S.A. y Banco BISA S.A., no existiendo evidencia de que en éstos Bancos se hayan dado restricciones para efectuar depósitos y retiros, lo cual no pudo permitir a la Autoridad Reguladora llegar a la conclusión a la que arribó.

Por otro lado, se debe tomar en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el inciso a), artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el Fondo debe reportar diariamente la información exigida en el Anexo R (OBLIGACIONES CON ENTIDADES DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA), por lo que las propias entidades financieras, diariamente tienen información respecto de los montos depositados en cada Banco y, obviamente, tienen conocimiento de los montos que deben mantener en cada uno para evitar transgredir los límites establecidos por la norma, en este caso, el establecido en el inciso g) del artículo 79° de la Ley N° 1488 (de Bancos y Entidades Financieras).

Como se puede observar de todo lo desarrollado, el control del cumplimiento de límites normativos, en este caso el establecido en el inciso g) del artículo 79° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, corresponde a un manejo de Tesorería o Gestión de Riesgo de Liquidez de cada entidad, que más allá de la elevada cuantía que pueden importar las recaudaciones diarias, el control de sus saldos en las cuentas de los diferentes Bancos recibe un monitoreo continuo, por lo que la entidad sancionada estaba en condiciones de realizar los movimientos necesarios para evitar incumplir el límite de la norma, ante cualquier eventualidad, con los Bancos comerciales. Asimismo, la cuenta de encaje legal se encuentra siempre habilitada para efectuar retiros y depósitos ilimitados.

Todos estos extremos, **permiten determinar que, en teoría**, el recurrente, contaba con las alternativas suficientes para poder desconcentrar sus cuentas bancarias y así evitar incumplir con el límite establecido en el inciso g) del artículo 79°, de la Ley de Bancos y Entidades Financieras; no obstante, estos extremos son productos de la abstracción, así de teórica, que corresponde a la suscrita Autoridad Jerárquica, puesto que, conforme consta en obrados, no fueron considerados, menos evaluados por la Autoridad Reguladora: no se estableció que los montos recaudados podían ser depositados en las diferentes cuentas bancarias que mantenía la recurrente, o si pese a tal desconcentración, no se hubiera podido evitar el exceso legal, como sugiere el recurrente.

Debe concluirse entonces, en existir dentro del caso, falta de evaluación a los puntos específicos que señala el Recurso de Revocatoria; el Recurso Jerárquico señala que la Autoridad Reguladora simplemente hace referencia a que la recurrente tenía "...la posibilidad de diversificar sus depósitos...", lo cual no es, en criterio del recurrente, suficiente fundamento para establecer su decisión de sancionarla, por cuanto, no consideraría los hechos fácticos por los cuales se habría dado la presunta contravención, resaltando que cuentan con ciento tres (103) agencias y treinta y seis (36) cajas externas, lo cual les exige a ser eficientes a fin de atender los servicios de recaudación de cada entidad, pública y privada, para las cuales realizan dicho servicio.

El origen a la falta de consideración de ese alegato en lo sustancial, radica en haber el Órgano Regulador, limitado su análisis a cuestiones teóricas, prescindiendo de su deber de investigar "la verdad material en oposición a la verdad formal..." (Art. 4°, Inc. 'd', Ley N° 2341), por cuanto, no ha averiguado, conforme lo alegado por el recurrente, si la causa del incumplimiento del límite citado en el inciso g) del artículo 79° de la Ley N°

1488, se debió: a la gran cantidad de agencias (103) y cajas externas (36) que tiene la entidad financiera (con el consiguiente volumen de recaudaciones diarias), a la restricción de horarios impuesta por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., o a la restricción en monto y tiempo establecida por el Banco Ganadero S.A.

2.4. Aplicación de la definición de crédito al exceso de inversiones.-

Asimismo, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA** alega que:

“...La ASFI, se limita a reiterar y retranscribir las definiciones del título Preliminar, Capítulo I de la Ley Nro. 1488 que define al Crédito (...)

...resulta inexplicable, cómo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, intenta forzar a que los pagos por concepto de Recaudaciones Aduaneras, Impuestos Nacionales, Registro Único Automotor, Entel, abonos por regalías mineras y otros que deben ser transferidos a la cuenta de encaje legal, sean considerados como CREDITOS (...)

...en relación a la obligación de documentar dichos porcentajes de operaciones, se remite la información correspondiente, con lo cual se demuestra la veracidad de nuestro argumento y en todo caso la inconsistencia de la argumentación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero...”

Nuevamente es pertinente remitirse a lo señalado en la Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013, dado referirse el recurrente al mismo, además de haber expuesto alegato similar en oportunidad del Recurso de Revocatoria:

“...el Fondo al realizar dicha afirmación no ha considerado lo establecido en las definiciones contenidas en el Título Preliminar, Capítulo I de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), que define como “crédito” señalando que “Es todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes”.

Asimismo, a tiempo de afirmar la existencia de un incumplimiento temporal del límite establecido en el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), el Fondo no presentó descargos que acrediten que el exceso se haya producido como consecuencia de la percepción de Recaudaciones Aduaneras, Recaudaciones de Impuestos Internos, Recaudaciones de Registro Único de Automotores (RUAT), Recaudaciones de ENTEL, Abonos por Regalías Mineras y otros.

Cabe mencionar, que la entidad en los descargos presentados no hizo referencia al porcentaje de depósitos que representan las recaudaciones de los servicios citados en el párrafo precedente, del total de depósitos percibidos en las fechas de incumplimientos, no pudiendo verificar que los incumplimientos identificados sean consecuencia de dichos depósitos...”

Con ello, queda claro que, no es que el Ente Regulador se haya limitado a la transcripción de la definiciones pertinentes, contenidas en el Título Preliminar, Capítulo I de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), sino que, obedeciendo al ámbito de la regulación, la figura del crédito a una concepción teórica precisa, la misma, *iure et iure*, no admite un criterio distinto: "**todo** activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes" (las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), como en definitiva lo es, el mantener un exceso de inversiones en otras entidades financieras, importa por definición un crédito.

Contable y materialmente, el exceso -después sancionado se ha producido-, criterio fundamental que hace inatendible el alegato en este sentido.

2.5. Respetto a los saldos en Bancos, no asociados a créditos ni inversión.-

El recurrente ha señalado también, que si bien existen saldos que temporalmente sobrepasaron el veinte por ciento (20%) de su Patrimonio Neto, éstos se debieron a depósitos recibidos por concepto de Recaudaciones aduaneras, abonos por regalías mineras y otros, los cuales en todos los casos fueron transferidos, al día siguiente hábil, a su cuenta de encaje legal y posteriormente a las cuentas de sus clientes.

También manifiesta que dichas recaudaciones no están asociadas a créditos ni a inversión, las cuales por su naturaleza, obedecen a un proceso de evaluación previa y aplicación de políticas financieras.

Al respecto y como ya se tiene supra dicho, la Autoridad Reguladora manifestó que al realizar tal argumentación, la recurrente, no ha hecho una correcta y oportuna consideración de lo establecido en el Título Preliminar, Capítulo I de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), respecto de la definición de "crédito".

Ahora, tomando en cuenta esa definición, inclusive los dineros recaudados y depositados en las cuentas bancarias de la recurrente, son considerados "créditos", por lo que mal ésta puede alegar que las recaudaciones que efectúan para diferentes entidades, públicas y privadas, no está, relacionadas a créditos ni inversiones, pues la definición es amplia y abarca, como se tiene dicho, el producto de las recaudaciones.

En efecto, los importes que son recaudados en horarios en los que los Bancos no reciben más depósitos, son abonados al día siguiente, momento en el cual la recurrente cuenta ya con los mecanismos suficientes para poder establecer que, de efectuar tal depósito, estaría incumpliendo o no el límite del artículo 79º, inciso g), de la Ley N° 1488, es decir, que puede decidir depositar en su cuenta de un Banco comercial o en su cuenta de encaje legal, con lo que evitaría caer en cualquier incumplimiento.

No obstante y como se tiene dicho en el numeral 2.3 supra, ante las defensas concretas planteadas por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA**, su

consideración no debió limitarse a la simple exposición de argumentos teóricos, sino que dado lo objetivo de las mismas, debe ameritar la verificación material que exige la norma del artículo 4º, inciso d), de la ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, lo que en definitiva no se evidencia haber ocurrido dentro del caso de autos.

Por lo que, éstos extremos determinan una vulneración al debido proceso administrativo, al no haberse atendido las pretensiones del recurrente y al no haberse averiguado la veracidad de las mismas, dando lugar a su indefensión...”

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 643/2012 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sanciona al Fondo Financiero Privado Prodem S.A., con multa de Bs205,779,70 , equivalente al 3% del capital mínimo para Fondos Financieros Privados (Derechos Especiales de Giro 630,000,00) por mantener entre los meses de enero y abril de 2011 exceso de inversiones en los Bancos Bisa S.A. y Unión S.A., superando el 20% del patrimonio neto del Fondo...”

Los argumentos de la presente Resolución Administrativa son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, el artículo 1 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), define que crédito “es todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas con sus clientes”.

Que, el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que las entidades de intermediación financiera no bancarias no podrán “conceder créditos a una entidad del sistema financiero por más del veinte por ciento (20%) de su patrimonio neto, con excepción de los casos expresamente autorizados por la Superintendencia en lugares donde no existan suficientes entidades financieras”.

Que, el artículo 99 de la misma Ley, establece que cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de la mencionada Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a sanciones administrativas. Asimismo, el artículo 110 de la misma Ley dispone que las sanciones impuestas por el Órgano Supervisor serán puestas en conocimiento del Directorio u órgano equivalente de la entidad financiera.

Que, el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Capítulo II, del Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece en el artículo 10 de la Sección 2 que “las entidades financieras que concedan o mantengan créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límite legal del veinte por ciento (20%) con respecto a su patrimonio neto (límite de 3%) para Fondos Financieros Privados y Cooperativas de Ahorro y Crédito, serán pasibles de sanción

pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo y conminadas a regularizar tal situación en la forma y plazo que determine el Órgano Regulador”.

CONSIDERANDO:

Que, en cumplimiento de los fundamentos contenidos en la Resolución Jerárquica Ministerial MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2012 de 23 de mayo de 2012, a continuación se expone la consideración y evaluación de los descargos presentados por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO “PRODEM” S.A.**, mediante carta GG-296/2011 de 14 de octubre de 2011:

a) COBERTURA GEOGRÁFICA A NIVEL NACIONAL

La cobertura geográfica a nivel nacional que el Fondo tiene es de 103 Agencias y 36 Cajas Externas, lo cual obliga a determinar de manera inmediata la situación de liquidez de cada unidad de negocio y atender adicionalmente servicios de recaudación de pagos a numerosas instituciones públicas y privadas, por las cuales perciben depósitos que deben transferir a través de las cuentas corrientes que mantienen en las distintas entidades bancarias en todo el país.

Al respecto, del análisis de los puntos de atención financieros existentes durante los meses (enero, febrero y abril) en los que se identificaron los incumplimientos al inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), en la gestión 2011, se observa que la entidad tenía la posibilidad de diversificar sus depósitos, contando a su disposición los puntos de atención a nivel nacional de las entidades financieras con las que trabajaba en las fechas de incumplimientos (Banco Económico S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), tal como se muestra a continuación:

MES	ENTIDAD	Agencia Fija	Cajero Automático	Mandatario	Oficina Central	Oficina Externa	Oficina Ferial	Sucursal	Ventanilla	TOTAL
ene-11	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	102	91	-	1	37	3	7	60	301
	BANCO ECONÓMICO S.A.	19	46	-	1	4	-	2	5	77
	BANCOP GANADERO S.A.	18	56	-	1	5	1	4	2	87
	BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	59	246	-	1	18	-	5	3	332
feb-11	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	103	92	1	1	37	3	7	60	304
	BANCO ECONÓMICO S.A.	19	46	-	1	4	-	2	5	77
	BANCOP GANADERO S.A.	18	56	-	1	5	1	4	2	87
	BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	60	250	-	1	18	-	5	3	337
mar-11	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	103	92	2	1	37	3	7	60	306
	BANCO ECONÓMICO S.A.	19	46	-	1	4	-	2	5	77
	BANCOP GANADERO S.A.	18	56	-	1	5	1	4	2	87
	BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	60	250	-	1	17	-	5	3	338
abr-11	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	103	92	2	1	37	3	7	60	306
	BANCO ECONÓMICO S.A.	20	46	-	1	5	-	2	5	79
	BANCOP GANADERO S.A.	18	62	-	1	5	-	4	2	92
	BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	60	250	-	1	12	-	5	3	331

Asimismo, cabe mencionar que el Fondo en sus descargos no hace referencia que los incumplimientos identificados hayan tenido origen en agencias que por su situación o posición geográfica se hayan visto imposibilitadas de desconcentrar su posición de liquidez.

b) VOLUMEN DE OPERACIONES

La entidad argumenta que no puede operar con todos los Bancos del Sistema, ya que algunas instituciones como el Banco Nacional de Bolivia S.A. y el Banco de Crédito de Bolivia S.A. han cerrado las cuentas del Fondo y el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. ha prohibido realizar depósitos en efectivo en sus agencias, sólo permitiendo realizar depósitos en cheques, por lo que concentran sus operaciones en las pocas entidades que todavía le permiten mantener operaciones a la vista como son Banco BISA S.A., Banco Unión S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Económico S.A., eligiendo entre estas aquellas que tienen presencia a nivel nacional (Banco BISA S.A. y Banco Unión S.A.).

Si bien, el Fondo argumenta que en las fechas de los incumplimientos ya no mantenía cuentas a la vista en el Banco Nacional de Bolivia S.A. y en el Banco de Crédito de Bolivia S.A., debido a que éstas entidades les habrían cerrado sus cuentas a la vista, la entidad no presentó en los descargos los respaldos que acrediten que los citados bancos les hayan cerrado sus cuentas. Por otra parte, se observa que en esas fechas el Fondo tenía margen de concentración de depósitos en los bancos con los que aún operaba (Banco Económico S.A., Banco Ganadero S.A. y Banco Mercantil Santa Cruz S.A.), tal como se detalla a continuación:

Relación de Concentración de Inversiones por Entidad Financiera con el Patrimonio Neto (Expresado en Porcentaje)

Fecha	Límite	BEC ⁽¹⁾	Margen o Exceso	BGA ⁽¹⁾	Margen o Exceso	BIS ⁽¹⁾	Margen o Exceso	BME ⁽¹⁾	Margen o Exceso	BUN ⁽¹⁾	Margen o Exceso
12/01/2011	20%	9%	11%	0%	20%	25%	-5%	7%	13%	12%	8%
14/01/2011	20%	8%	12%	0%	20%	22%	-2%	5%	15%	12%	8%
18/01/2011	20%	6%	14%	0%	20%	22%	-2%	5%	16%	13%	7%
21/01/2011	20%	11%	9%	0%	20%	21%	-1%	7%	13%	12%	8%
01/02/2011	20%	12%	8%	0%	20%	23%	-3%	6%	14%	12%	8%
07/02/2011	20%	7%	13%	3%	17%	22%	-2%	5%	15%	11%	9%
14/02/2011	20%	9%	11%	3%	17%	25%	-5%	6%	14%	12%	8%
17/02/2011	20%	7%	13%	7%	13%	23%	-3%	7%	13%	11%	9%
11/03/2011	20%	5%	15%	14%	6%	20%	0%	8%	12%	13%	7%
21/03/2011	20%	6%	14%	7%	13%	20%	0%	8%	12%	13%	7%
11/04/2011	20%	7%	13%	12%	8%	16%	4%	5%	15%	20%	0%
20/04/2011	20%	11%	9%	8%	12%	21%	-1%	5%	15%	21%	-1%
26/04/2011	20%	9%	11%	9%	11%	21%	-1%	4%	16%	16%	4%
27/04/2011	20%	11%	9%	9%	11%	27%	-7%	5%	15%	12%	8%
29/04/2011	20%	4%	16%	8%	12%	23%	-3%	8%	12%	9%	11%
30/04/2011	20%	4%	16%	8%	12%	25%	-5%	9%	11%	10%	10%

(1) (BEC) Banco Económico S.A., (BGA) Banco Ganadero S.A. y (BME) Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

c) SALDOS NO ASOCIADOS A CRÉDITOS NI A INVERSIONES

Por tal situación, el Fondo afirma que de la revisión de su Reporte Diario de Liquidez durante los meses comprendidos entre enero y abril de 2011, en algunos días existieron saldos no asociados a créditos ni inversión de sus cuentas en dichas instituciones financieras, que sobrepasaron temporalmente el 20% de su Patrimonio Neto, correspondiendo únicamente a depósitos recibidos en las cuentas corrientes del Fondo

por concepto de Recaudaciones Aduaneras, Impuestos Internos, Registro Único de Automotores (RUAT), Entel, abonos por Regalías Mineras y otros, los cuales deben ser transferidos a la cuenta de Encaje Legal.

Al respecto, el Fondo al realizar dicha afirmación no ha considerado lo establecido en las definiciones contenidas en el Título Preliminar, Capítulo I de la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), que define como “crédito” señalando que “Es todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes”.

Asimismo, a tiempo de afirmar la existencia de un incumplimiento temporal del límite establecido en el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), el Fondo no presentó descargos que acrediten que el exceso se haya producido como consecuencia de la percepción de Recaudaciones Aduaneras, Recaudaciones de Impuestos Internos, Recaudaciones de Registro Único de Automotores (RUAT), Recaudaciones de ENTEL, Abonos por Regalías Mineras y otros.

Cabe mencionar, que la entidad en los descargos presentados no hizo referencia al porcentaje de depósitos que representan las recaudaciones de los servicios citados en el párrafo precedente, del total de depósitos percibidos en las fechas de incumplimientos, no pudiendo verificar que los incumplimientos identificados sean consecuencia de dichos depósitos.

d) OPERACIONES REALIZADAS EN LAS ÚLTIMAS HORAS DEL DÍA

Asimismo, argumentó que dichas operaciones se realizan en el transcurso del día, incluyendo las últimas horas de los días, mientras que los Bancos con los cuales trabajan reciben las cartas de transferencia hasta horas 12:00 p.m., razón por la cual después de esa hora no se pueden realizar más transferencias aun cuando el Fondo continúa recibiendo depósitos por montos considerables. De la misma forma, la entidad mencionó que en cumplimiento a lo previsto por la normativa financiera, los excesos que puedan presentarse, son transferidos a la cuenta de encaje legal mantenida en el Banco Central de Bolivia, el primer día hábil siguiente y luego a los respectivos destinatarios.

Al respecto, el Fondo no cuenta con una estrategia para diversificar la liquidez en caso de que se presenten concentraciones de fondos en entidades financieras específicas, que den lugar al incumplimiento al inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), demostrando que no existe una adecuada gestión del Riesgo de Liquidez.

Asimismo, la entidad afirma que cuando se presentan excedentes, éstos son transferidos el primer día hábil siguiente a la cuenta de encaje legal, sin embargo, se identificaron incumplimientos consecutivos los días 26, 27 y 29, 30 de abril de 2011, por tanto, el Fondo en la práctica no realiza la transferencia de fondos a la cuenta de encaje legal después de identificar excesos en sus cuentas corrientes abiertas en las Entidades de Intermediación Financiera.

Por otro lado, de acuerdo con lo establecido en el inciso a), artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el Fondo debe reportar diariamente la información requerida por el Anexo R de Obligaciones con Entidades de Intermediación Financiera, por lo que cuenta con información para efectuar el seguimiento a la concentración de inversiones de forma diaria, por lo tanto, es responsabilidad de la entidad el cumplimiento permanente de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, para lo cual debe hacer uso de herramientas y mecanismos que considere necesarios.

e) MEDIDAS CORRECTIVAS

Ante esa situación, la entidad menciona que ha adoptado medidas para facilitar la transferencia de los recursos captados, incrementando los límites de las firmas autorizadas, sin embargo, las instituciones financieras establecen límites diarios para los débitos, lo cual dificulta movilizar con mayor agilidad los recursos.

Al respecto, tal como la entidad afirma las medidas adoptadas son posteriores a los incumplimientos identificados.

Asimismo, el Fondo no remitió documentación que acredite el hecho de que los Bancos Unión S.A. y Bisa S.A. hayan impuesto límites diarios para debitar fondos, demostrando que la entidad no cuenta con una adecuada gestión de riesgos que les permita tener un control de la administración de liquidez.

f) OPERACIONES DE DEPÓSITOS EN SUS CUENTAS CORRIENTES

Asimismo, el Fondo argumenta que se trata únicamente de operaciones de depósitos en sus cuentas corrientes, efectuadas por sus clientes estatales (ENTEL, Servicios de Impuestos Nacionales y Aduana Nacional de Bolivia) y privados que en todos los casos fueron transferidos al siguiente día hábil, por la Oficina Nacional, a la cuenta de encaje legal y posteriormente a las cuentas de sus clientes, a quienes les prestan servicios de recaudación de sus cobranzas, lo cual denota que los incrementos fueron generados en mérito a operaciones realizadas en horas en que los bancos con los cuales operan, ya no reciben instrucciones de débitos.

Tal como se mencionó en el inciso d) el Fondo afirma que cuando se presenten excedentes serán transferidos al primer día hábil siguiente a la cuenta de encaje legal, sin embargo, se identificaron incumplimientos consecutivos los días 26, 27 y 29, 30 de abril de 2011, por tanto, el Fondo en la práctica, no realiza la transferencia de fondos a la cuenta de encaje legal después de identificar excesos en sus cuentas corrientes abiertas en las Entidades de Intermediación Financiera.

Por otra parte, el Fondo no acreditó en los descargos que los depósitos que dieron origen a los incumplimientos al inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), provengan de depósitos en cuentas de sus clientes estatales.

Del análisis anterior se concluye que los argumentos de descargo analizados precedentemente no desvirtúan el incumplimiento al límite establecido por el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, notificados

mediante nota ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, por exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del señalado Fondo

CONSIDERANDO:

Que adicionalmente la entidad ha manifestado como descargo "...las características del hecho fortuito descritas anteriormente determinan la imposibilidad de subsumir al artículo 79 inciso g) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, toda vez que el incremento registrado no corresponde a operaciones de créditos ni de inversiones, las cuales, por su naturaleza, obedecen a un proceso de evaluación previa y aplicación de políticas financieras y adopción de la decisión que corresponda, mediante una manifestación de voluntad de transferir recursos bajo figura de otorgamiento de crédito o colocación de recursos en instrumentos de captación emitidos por el banco destinatario de los fondos". En este entendido debe considerarse la posible concurrencia de un hecho fortuito o de fuerza mayor como causa del incumplimiento de los límites a los que se encuentra sujeto.

Que, en este sentido, Julien Bonnecase en su Tratado Elemental de Derecho Civil, Volumen 2, pág. 837 define la fuerza mayor como "el acontecimiento que hace imposible el cumplimiento de la obligación. Constituye, dice, un obstáculo absoluto para el cumplimiento". Agrega el autor que: "... nos encontraremos ante una imposibilidad absoluta, si los otros obligados, colocados en una situación análoga, no pueden cumplir sus obligaciones por el mismo acontecimiento. Si alguno de ellos, por el contrario, cumple las suyas, nos encontraremos ante una imposibilidad relativa; y al mismo tiempo fuera del dominio de la fuerza mayor".

Que, el autor señalado anteriormente, explica que, el primer elemento que configura la fuerza mayor es la imposibilidad absoluta para cumplir; toda vez que la fuerza mayor es impotente por sí misma para producir el efecto liberatorio, si no va acompañada de una condición, negativa y externa cual es la ausencia de culpa del obligado. Dicho en otros términos, cuando el origen de la imposibilidad de cumplir es el dolo, la negligencia o imprudencia, la culpa neutraliza el obstáculo, y el obligado permanece siendo responsable.

El segundo elemento lo configura la imprevisibilidad; lo que significa que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia. Contrariamente si el hecho razonablemente hubiera podido preverse, por ser un acontecimiento normal o de ocurrencia frecuente, no se estructura el elemento imprevisible.

El tercer elemento, conforme concluye Julien Bonnecase, está en que el hecho sea irresistible; o sea, que la persona no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias.

Que, todos los elementos integrantes de la fuerza mayor antes transcritos, deben ser concurrentes, lo cual se traduce en que si los hechos y circunstancias alegadas ciertamente revisten el carácter de imprevisibles, pero se las puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura cuando a pesar de ser irresistibles pueden

preverse.

Que, los hechos y circunstancias alegadas por la entidad financiera no pueden calificarse de hecho fortuito fuerza mayor por la sola existencia de uno de sus requisitos, o cuando la circunstancia para su realización sea más difícil o más onerosa que lo previsto inicialmente

Que, es importante también considerar que la Ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), define a “crédito” señalando que “Es todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes”, de esta manera el término crédito es considerado en el límite previsto en el inciso g) del artículo 79 de la señalada Ley, de acuerdo a los alcances y criterios establecidos en la definición contenida en el señalado artículo 1.

Que, así también el argumento de la entidad financiera orientado a desconocer los alcances de “crédito”, y limitarlo solamente a la colación de operaciones crediticias o inversiones, es un criterio equivocado toda vez que la definición la otorga la misma Ley en el artículo 1, desde el punto de vista de la generación de un posible riesgo, al que se expone la entidad, en este entendido no es argumento válido el tratar de circunscribir el límite del inciso g) del artículo 79 de la Ley solamente a operaciones crediticias e inversiones.

Que, así también debe tomarse en cuenta el **principio de convalidación**, según el cual la entidad ha reconocido y se ha sometido al cumplimiento de este límite el mismo que es controlado por esta Autoridad de Supervisión de manera diaria.

Que, en virtud a lo anterior, se concluye que los argumentos de descargo analizados precedentemente no desvirtúan el incumplimiento por parte del **FONDO FINANCIERO PRIVADO “PRODEM” S.A.**, al límite establecido por el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, (Texto Ordenado), notificados mediante nota ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, por exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del señalado Fondo, en consecuencia corresponde la imposición de sanción administrativa.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo con lo expuesto, para la gradación de la sanción, se ha establecido parámetros que fundamentan la aplicación de sanción pecuniaria, basada principalmente en el incumplimiento en el que incurrió **FONDO FINANCIERO PRIVADO “PRODEM” S.A.**, el cual se encuentra establecido en el inciso g) del artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Que, para la modulación de la sanción debe considerarse la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que señala que: “El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación

que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión”.

Que, para la imposición de sanción se consideran los siguientes elementos:

Tipificación. Se evidencia el incumplimiento a las disposiciones del inciso g) del artículo 79 de la Ley No 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Calificación. Conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley señalada anteriormente, la inobservancia a las disposiciones legales así como a las recomendaciones emitidas por esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, circunscriben la conducta del **FONDO FINANCIERO PRIVADO “PRODEM” S.A.**, en el ámbito de omisiones graves en contraposición a las omisiones leves que ameritan la sanción de amonestación.

Gradación. Al considerarse que la inobservancia que promueve el proceso sancionatorio bien pudo evitarse de haberse considerado las disposiciones legales vigentes, por cuanto se configura una acción por negligencia por parte de la entidad y sus administradores en el diseño y aplicación de su política de inversiones.

Modulación. A los efectos de lo previsto en el artículo 10 de la Sección 2 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el cual prevé que “las entidades financieras que concedan o mantengan créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límite legal del veinte por ciento (20%) con respecto a su patrimonio neto (límite de 3%) para Fondos Financieros Privados y Cooperativas de Ahorro y Crédito, serán pasibles de sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo...” y considerando que los hechos que originaron el incumplimiento no reviste perjuicio económico para la entidad ni afecta a los clientes y teniendo en cuenta que la entidad no fue sancionada anteriormente, por idéntica causa, amerita la imposición de sanción mínima del 20% del exceso incurrido.

Que, no obstante lo anterior, la imposición de sanción pecuniaria mínima del 20% correspondiente al monto del exceso incurrido en inversiones por la entidad entre los periodos comprendidos entre los meses de enero y abril de 2011, excedería el límite previsto en numeral 2 del artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, (Texto Ordenado), del 3% del capital mínimo de las entidades constituidas como fondos financieros privados.

Que, en observancia de lo previsto en el numeral 2 del artículo 99 citando anteriormente, la sanción pecuniaria no puede superar el límite previsto por Ley,

correspondiendo en consecuencia la imposición de multa del 3% del capital mínimo para Fondos, de acuerdo al siguiente cálculo:

ENTIDAD	DÍA	PATRIMONIO NETO BS	LIMITE 20%	SALDO TOTAL BS	EXCESO BS	20% SOBRE EL MONTO QUE EXCEDE	CAPITAL MÍNIMO FONDOS 630.000 D.E.G.	TIPO DE CAMBIO EN BS POR UNIDAD DE D.E.G.	3% SOBRE CAPITAL MÍNIMO	
BANCO BISA S.A.	12/01/2011	274,354,639.00	54,870,927.80	67,804,121.03	12,933,193.23	2,586,638.65	6,675,474.96	10.5960	200,264.25	
	14/01/2011	278,630,114.00	55,726,022.80	60,632,848.45	4,906,825.65	981,365.13	6,719,809.07	10.6664	201,594.27	
	18/01/2011	278,630,114.00	55,726,022.80	62,100,962.95	6,374,940.15	1,274,988.03	6,763,968.29	10.7365	202,919.05	
	21/01/2011	278,630,114.00	55,726,022.80	59,009,366.54	3,283,343.74	656,668.75	6,801,044.54	10.7953	204,031.34	
	01/02/2011	278,630,114.00	55,726,022.80	63,840,863.35	8,114,840.55	1,622,968.11	6,809,433.62	10.8086	204,283.01	
	07/02/2011	278,630,114.00	55,726,022.80	61,990,784.32	6,264,761.52	1,252,952.30	6,816,234.60	10.8194	204,487.04	
	14/02/2011	281,071,114.00	56,214,222.80	69,210,526.18	12,996,303.38	2,599,260.68	6,775,428.74	10.8194	203,262.86	
	17/02/2011	281,071,114.00	56,214,222.80	64,064,687.48	7,850,464.68	1,570,092.94	6,777,608.54	10.7581	203,328.26	
	11/03/2011	281,071,114.00	56,214,222.80	56,286,495.57	72,272.77	14,454.55	6,827,659.02	10.8376	204,829.77	
	21/03/2011	281,857,582.00	56,371,516.40	57,106,844.59	735,328.19	147,065.64	6,893,037.90	10.9413	206,791.14	
	20/04/2011	281,811,837.00	56,362,367.40	58,412,061.22	2,049,693.82	409,938.76	6,907,789.98	10.9647	207,233.70	
	26/04/2011	281,811,843.00	56,362,368.60	58,376,790.65	2,014,422.05	402,884.41	6,972,032.34	11.0667	209,160.97	
	27/04/2011	281,811,844.00	56,362,368.80	75,463,236.70	19,100,867.90	3,820,173.58	6,986,573.69	11.0898	209,597.21	
	29/04/2011	281,811,846.00	56,362,369.20	64,899,797.88	8,537,428.68	1,707,485.74	7,030,501.57	11.1595	210,915.05	
	30/04/2011	281,811,847.00	56,362,369.40	71,264,920.34	14,902,550.94	2,980,510.19	7,030,501.57	11.1595	210,915.05	
	BANCO UNIÓN S.A.	11/04/2011	281,857,582.00	56,371,516.40	57,240,670.59	869,154.19	173,830.84	6,913,606.52	10.9740	207,408.20
		20/04/2011	281,811,837.00	56,362,367.40	58,025,592.98	1,663,225.58	332,645.12	6,907,789.98	10.9647	207,233.70
PROMEDIO DEL PERIODO OBSERVADO						6,627,624.53	1,325,524.91	6,859,323.23	10.89	205,779.70

Que, conforme a los criterios y parámetros descritos anteriormente, el 3% del capital mínimo para fondos financiero privados, a la fecha en que se produjeron los incumplimientos es de Derechos Especiales de Giro 630,000,00 (Seiscientos treinta mil Derechos Especiales de Giro), equivalente a Bs205,779,70, en consecuencia corresponde la imposición de sanción pecuniaria por este monto en estricta observancia del numeral 2 del Artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través del Informe Legal ASFI/DSR I/R-135655/2012 de 23 de octubre de 2012, efectuó la evaluación de los descargos presentados por la entidad mediante carta GG-296/2011 de 11 de octubre de 2011, concluyendo que no se desvirtuó la infracción del inciso g) del artículo 79 de la Ley No 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al mantener entre los meses de enero y abril de 2011 exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del señalado Fondo..."

3. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 21 de diciembre de 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, con los siguientes argumentos:

"...6.2. Incurre nuevamente en Falta de Fundamentación.

Se debe tomar en cuenta que la Resolución Jerárquica MEFP/VPSF/URJ/SIREFI/029/2012 del 23 de mayo de 2012, determinó la obligación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, de fundamentar y motivar la resolución, a tiempo de realizar un análisis sobre la subsunción administrativa, aspecto que no fue cumplido por el Regulador, lo cual precipita nuevamente a una nulidad de sus actuaciones.

1.3. Evidencia Fractura de Principio de Congruencia.

De la revisión de la Resolución ASFI Nro. 643/2012 del 23 de noviembre de 2012, se observa que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, establece como fundamento del cargo y hecho supuestamente observable:

"...a que la entidad tenía la posibilidad de diversificar los depósitos..."

En ese sentido, la Notificación de Cargos ASFI/DSR II/R-100805/2012 del 27 de septiembre de 2012 no establece en lo absoluto que la base de la imputación administrativa sea la omisión de la posibilidad de diversificación de depósitos.

Esta situación provoca que la ASFI, no obstante de haber iniciado la sanción por una supuesta "deficiencia de control interno", tal como fuera expresamente señalado en la Resolución 749/2012 del 28 de octubre de 2012, al final de su evaluación sancionatoria, termina estableciendo una sanción por un hecho del cual nosotros no teníamos conocimiento, lo cual implica que se ha generado un escenario de indefensión.

Esta conducta jurídica es contraria al Principio de Congruencia que rige el procedimiento Administrativo, ya ha sido ampliamente descrita en la Jurisprudencia Administrativa, por el cual no puede existir una sanción cuando se violenta la identidad con la acusación y espíritu de la Notificación de Cargos.

6.4. Ubicación Geográfica.

Es altamente observable que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución ASFI Nro. 643/2012 del 23 de noviembre de 2012, en el Sexto Considerando de su resolución referida al análisis de la Cobertura Geográfica a nivel nacional, en forma totalmente Inexplicable, determina como la base de la acusación administrativa, en contra de la entidad regulada:

"... la posibilidad de diversificar sus depósitos..."

En ese sentido, en contraposición al deber de fundamentar, motivar y explicar su decisión, corresponde observar que la "fundamentación" de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la resolución sancionatoria se limita a emitir una simple aseveración y la confección de un cuadro, que por sí mismos, no explican en lo absoluto nada, aspecto que es contraventor de lo establecido en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, que dispone:

ARTICULO 28°.- (Elementos Esenciales del Acto Administrativos).-

Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

- a) Competencia: Ser dictado por autoridad competente;
- b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;
- c) Objeto: El objeto debe ser cierto, lícito y materialmente posible.;
- d) Procedimiento: Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y los que resulten aplicables del ordenamiento jurídico;
- e) **Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos**

indicados en el inciso b) del presente artículo: y.

f) Finalidad: Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

Como se puede apreciar la exposición de unas citas tan escuetas en la resolución sancionatoria, de ninguna manera pueden ser consideradas suficiente respecto de la obligación de fundamentación, a la cual están obligadas todas las entidades reguladoras en uso de la facultad del ius puniendi administrativo.

A mayor abundamiento, también se puede citar el hecho de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, establece una sanción, manifestando que no se habrían presentado los "documentos", respaldatorios del descargo.

Sobre el particular, corresponde recordar a la entidad reguladora, que tiene la obligación de cumplir con el Principio de Verdad Material, descrito en el artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo que dispone:

ARTICULO 4º.- (Principios Generales de la Actividad Administrativa).-

La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:

- a) Principio fundamental: El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los Intereses de la colectividad;
- b) Principio de auto tutela: La Administración Pública dicta actos que efectos sobre los ciudadanos y podrá ejecutar según corresponda por sí misma sus propios actos, sin perjuicio del control judicial posterior;
- c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;
- d) **Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;**

En consecuencia, queda demostrado que el hecho de pasar la "carga de la prueba" al regulado, es una franca violación por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al artículo 4 Inciso d) de la Ley nro. 2341 de Procedimiento Administrativo.

6.5. Sobre el volumen de operaciones.

En relación al argumento de la ASFI, relativo a la falta de evidencia de que ya no se mantenían cuentas a la vista en el BNB y BCP, adjunto al presente descargo se remite la documentación correspondiente, donde consta que dichas instituciones nos instruyeron cerrar las cuentas corrientes que manteníamos, por lo cual resulta imposible trabajar con dichas instituciones a efectos de diversificar nuestras operaciones y recursos a la vista. (Anexo N° 1).

Adicionalmente, las instituciones bancarias con las cuales trabajamos, nos imponen límites diarios para realizar operaciones de retiro, lo cual nos imposibilita transferir recursos por montos superiores a dichos límites, imposibilitando de esta manera el libre flujo de los recursos líquidos por montos superiores a dichos límites (Anexo N° 2)

6.6. Saldo no asociados a créditos ni a inversiones.

La ASFI, se limita a reiterar y re transcribir las definiciones del título Preliminar, Capítulo I de la Ley Nro. 1488 que define al Crédito.

Sin embargo, por la lectura de la resolución, resulta inexplicable, cómo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, intenta forzar a que los pagos por concepto de Recaudaciones Aduaneras, Impuestos Nacionales, Registro Único Automotor, Entel, abonos por regalías mineras y otros que deben ser transferidos a la cuenta de encaje legal, sean considerados como CREDITOS.

Por otra parte, en relación a la obligación de documentar dichos porcentajes de operaciones, se remite la documentación correspondiente, con lo cual se demuestra la veracidad de nuestro argumento, de que los recursos manejados en las referidas cuentas obedecen, entre otros, a los conceptos inicialmente argumentados, y por lo tanto la inconsistencia de la argumentación de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. (Anexo N° 3)

6.7. Consideraciones del Orden Técnico

El Fondo Financiero Privado PRODEM, S.A., por no ser una institución bancaria, no está inscrito en la Cámara de Compensación administrada por el Banco Central de Bolivia, por lo cual los recursos que capta de su clientela, debe transferirlos a la cuenta mantenida en dicho ente emisor (Cuenta de Encaje Legal), a través de las Instituciones Bancarias en las cuales aún mantiene cuentas corrientes, por lo que está obligado a manejar sus recursos en las pocas instituciones que acceden a trabajar con nosotros, con las limitaciones ya señaladas, lo cual nos crea concentración de recursos y limitaciones para movilizarlos (Anexo N° 4).

7. Petitorio.

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 46 a 50 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 solicito, Revocar totalmente la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012 por una sanción con multa de Bs. 205, 779,70 (DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE 70/100 BOLIVIANOS), equivalente al 3% del capital mínimo para Fondos Financieros Privados (Derechos Especiales de Giro 630, 000,00) por mantener entre los meses de enero y abril de 2011 exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del fondo..."

4. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 491/2013 DE 7 DE AGOSTO DE 2013.-

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por emergencia de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 de 24 de junio de 2013 emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 491/2013 de 7 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°643/2012 de 23 de noviembre de 2013.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que, uno de los elementos establecidos por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 de 24 de junio de 2013, es la falta de evaluación de los elementos específicos que señala el Recurso de Revocatoria planteado por el Fondo Financiero Privado Prodem S.A., por cuanto la Autoridad de Supervisión se habría limitado a efectuar un análisis teórico prescindiendo de la verdad material.

Que, en este sentido es necesario valorar los argumentos expuestos por el recurrente, en su memorial de Recurso de Revocatoria presentado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero el 21 de diciembre de 2012, sin embargo, con carácter previo a la evaluación y desarrollo de cada uno de los puntos planteados, así como de los elementos establecidos en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 de 24 de junio de 2013, corresponde aclarar que las gestiones que realizó la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tiene como propósito principal el de establecer los suficientes elementos de convicción y certeza considerando el principio de verdad material que rige a la actividad administrativa.

Que, en el marco de lo citado precedentemente es necesario considerar el Recurso de Revocatoria planteado por el Fondo Financiero Privado Prodem S.A., el cual señala los aspectos siguientes:

- La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 029/2012 de 23 de mayo de 2012, habría determinado la obligación de fundamentar y motivar la resolución, aspecto que no fue cumplido por el Regulador.
- La Resolución ASFI N° 643/2012, habría observado que la entidad "tenía la posibilidad de diversificar los depósitos", en este sentido la notificación de cargos ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, no habría establecido que la base de la imputación administrativa sea la omisión de diversificar depósitos.
- La Autoridad de Supervisión habría iniciado sanción por "deficiencia de control interno" de acuerdo a la Resolución ASFI N° 749/2011, sancionando un hecho del cual no tendríamos conocimiento vulnerando el principio de congruencia.

Sobre la ubicación geográfica

- La Resolución ASFI N° 643/2012, en el sexto considerando referido al análisis de la cobertura geográfica a nivel nacional, habría determinado como la base de acusación "la posibilidad de diversificar sus depósitos", en ese sentido el Órgano Regulador no habría fundamentado dicha resolución y se habría limitado a emitir una simple aseveración y un cuadro que no explican nada contraviniendo el inciso e), artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341.
- El Órgano Regulador habría establecido una sanción señalando que no se habrían presentado los "documentos" de descargo, sobre el particular dicha Autoridad tiene la obligación de cumplir con el principio de verdad material dispuesto en el inciso d) artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341.

Sobre el volumen de operaciones

- Respecto al argumento de falta de evidencia de que no se habría mantenido cuentas a la vista en el Banco Nacional de Bolivia S.A. y el Banco de Crédito de Bolivia S.A., se remite la documentación correspondiente donde consta que dichas instituciones nos habrían instruido cerrar las cuentas corrientes.
- Las instituciones bancarias con las que trabajamos nos habrían impuesto límites diarios para realizar operaciones de retiro, imposibilitándonos a transferir recursos por montos superiores a dichos límites.

Saldos no asociados a créditos ni inversiones

- La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría intentado forzar a través de la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, que los pagos por concepto de recaudaciones aduaneras, impuestos nacionales, registro único automotor, entel, abonos por regalías mineras y otros sean considerados créditos.
- La entidad habría documentado dichos porcentajes de operaciones, con lo que se demuestra la veracidad de que señalado.

Consideraciones de orden técnico

- El Fondo Financiero Privado Prodem S.A., al no ser una institución financiera bancaria no está inscrito en la Cámara de Compensación administrada por el Banco Central de Bolivia, por lo que los recursos que habría captado deben ser transferidos a la cuenta de encaje legal a través de las instituciones bancarias en las cuales mantiene cuentas corrientes, por lo que está obligado a manejar sus recursos con pocas instituciones que acceden a trabajar con dicha entidad, lo cual crea concentración de recursos y limitaciones para movilizarlos.

Concluye el memorial solicitando la revocatoria de la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012.

Que, en ese contexto, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en virtud del principio verdad material y con el objeto de cumplir con lo señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 de 24 de junio de 2013, ha solicitado información adicional al Fondo Financiero Privado S.A., por cuanto el Órgano de Supervisión en el marco de los artículos 92, 93, 95 y 96 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), se encontraba efectuando una inspección Ordinaria de Riesgo de Liquidez y Gobierno Corporativo del 1 al 19 de julio de 2013.

Esta situación dio lugar a que el Fondo Financiero Privado Prodem S.A., emitiera la nota GG-282/2013 de 25 de julio de 2013, la cual señala lo siguiente: "... Le comunico que el F.F.P. PRODEM S.A. suscribió contratos para prestar los servicios de recaudaciones de Aduana Nacional de Impuestos Nacionales y del Registro Único para la Administración Tributaria Municipal (RUAT). Los importes recaudados por estos conceptos deben ser

entregados al día siguiente a las respectivas instituciones, mediante transferencia a las cuentas que las mismas mantienen en el Banco Central de Bolivia para dichos fines.

Por otra parte, debemos señalar que en nuestra Comunicación de Descargos N° GG-296/2011 de fecha 14 de octubre de 2011, explicamos ampliamente las referidas restricciones operativas que las instituciones bancarias de nuestro sistema financiero nos han impuesto, las cuales se citan a continuación:

Nuestra institución ha sido notificada, por parte de las diferentes instituciones financieras con las que trabajamos, de ciertas restricciones para operar con ellas, mismas que se hacen conocer con el objeto de contextualizar la dinámica de nuestras operaciones:

1. Banco Central de Bolivia: El ente emisor no nos permite depositar recursos líquidos en los corresponsables del interior para cubrir el encaje legal, lo cual si les está permitido a las entidades del sistema bancario, ello nos coloca en una situación de desventaja y dependencia con respecto a dichas entidades, quienes similarmente tampoco nos permiten realizar depósitos e recursos en efectivo, obligándonos a concentrar nuestras operaciones en las pocas entidades que si nos la aceptan.

Como consecuencia de lo anterior, nuestra institución debe trasladar el efectivo y los cheques recaudados en toda nuestra red de agencias distribuidas en el territorio nacional (rurales: 60% y urbanas 40%) hacia el Banco Bisa S.A., para posteriormente ser transferidos a la Cuenta Encaje Legal que tenemos en el BCB.

2. Banco Mercantil Santa Cruz S.A. y Banco Unión S.A.: Estas entidades financieras nos han manifestado su voluntad de no recibir nuestros depósitos en efectivo, y en el caso del Banco Mercantil Santa Cruz S.A., adicionalmente no nos acepta cheques ajenos, por lo cual no era posible transferir los recursos excedentes a estas entidades financieras, por lo tanto esta alternativa no constituye ninguna solución.
3. Banco Económico S.A. y Banco Ganadero S.A.: Estas entidades tienen poca cobertura nacional, aspecto que nos imposibilita apoyarnos suficientemente en las mismas, para desconcentrar nuestros depósitos, ya que nuestra red de agencias se extiende a sectores del territorio nacional donde las referidas entidades no tienen presencia, por lo cual resulta operativamente imposible realizar depósitos en aquellas localidades en donde no tienen presencia. Adicionalmente, nos limitan el monto de los retiros diarios a Bs3.000.000.

Cabe destacar que en las cuentas que mantenemos en el Banco Bisa S.A. y en el Banco Unión S.A., se concentran además del producto de las recaudaciones señaladas, los depósitos que recibimos en cheques por parte de nuestros clientes por distintos conceptos, a los fines de que sean enviados a la Cámara de Compensación.

Lo importante a señalar es que el monto de los excesos en los límites de las cuentas mantenidas en los referidos bancos, es inferior al monto de las recaudaciones en

referencia, lo que demuestra de que (sic) no haber sido por dichas operaciones, el saldo de nuestras cuentas no hubiera superado el límite legal establecido.

El único fin de concentrar nuestros recursos en estas dos entidades financieras, fue responder a la necesidad operativa de remitirlos a las instituciones con las cuales suscribimos los referidos contratos de cobranza, entre las cuales están entidades gubernamentales cuyo objetivo final es el beneficio de toda la población del país”.

CONSIDERANDO:

Que, en cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 de 24 de junio de 2013, la presente Resolución debe circunscribirse previamente a emitir pronunciamiento sobre los aspectos anulados, es decir considerar el memorial de recurso de revocatoria considerando el principio de verdad material en relación a si la causa del incumplimiento se debió a la gran cantidad de agencias (103) y cajas externas (36) que tiene la entidad financiera (con el consiguiente volumen de recaudaciones diarias), a la restricción de horarios impuesta por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., o a la restricción en monto y tiempo establecido por el Banco Ganadero S.A., al respecto cabe señalar los aspectos siguientes:

- Siguiendo la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, respecto a la motivación o fundamentación de los actos administrativos señala que “Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda”.

Al respecto el inciso d) parágrafo II del artículo 17 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, impone a la Autoridad Administrativa de motivar o fundamentar sus decisiones marco normativo concordante con el inciso e) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002.

En ese sentido, se emitió la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, la cual resuelve sancionar al **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, con multa de Bs205.779.70 (DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE 70/100 BOLIVIANOS), por mantener entre los meses de enero y abril de 2011,

exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y UNIÓN S.A., superando el 20% del patrimonio neto del Fondo.

La Resolución ASFI N° 643/2012, fundamenta su decisión de sancionar al Fondo Financiero Privado Prodem S.A., considerando la norma infringida y que dicha entidad no presentó descargos que desvirtúen el incumplimiento del inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), asimismo, establece parámetros técnico legales como bases orientadoras para señalar que el recurrente no desvirtuó el incumplimiento, así se desprende del análisis establecido en las páginas 3 al 9, al evaluar los siguientes elementos: a) cobertura geográfica a nivel nacional, b) volumen de operaciones, c) saldos no asociados a créditos ni a inversiones, d) operaciones realizadas en la últimas horas del día, e) medidas correctivas y f) operaciones de depósitos en sus cuentas corrientes.

Adicionalmente se consideró y evaluó como descargo las características del hecho fortuito, consiguientemente cumple con lo establecido en el inciso e) artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, respecto a que todo acto administrativo debe ser fundamentado, expresando en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado.

- Respecto a que se habría sancionado al recurrente por un hecho del cual no tenía conocimiento; cabe señalar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, notificó cargos al Fondo Financiero Privado Prodem S.A. por incumplimiento al inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), por mantener entre los meses de enero y abril de 2011 un exceso de inversiones en los Bancos BISA S.A. y Unión S.A., superando el 20% del patrimonio neto del señalado Fondo.

La notificación de cargos de acuerdo a lo manifestado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2044 de 11 de octubre de 2011, se entiende como "El acto jurídico – administrativo por medio del cual se pone en conocimiento de una persona natural o jurídica las imputaciones o infracciones presuntamente cometidas por esta, con la finalidad que pueda ejercer su irrestricto derecho a la defensa presentando toda la prueba pertinente así como formular las alegaciones correspondientes respecto de los cargos atribuidos.

La notificación de cargos, como acto jurídico – administrativo, además de los requisitos de validez y forma que exige la ley y las normas reglamentarias, necesariamente, debe contener la mención de todas y cada una de las infracciones específicas atribuidas a la persona; puesto que de ello derivará o dependerá la resolución definitiva dictada por la autoridad.

En ese entendido, la formulación o notificación de cargos, al derivar en una Resolución Administrativa, debe encontrarse acorde al principio de congruencia

que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo, en este caso, guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final".

En ese entendido, notificado los cargos el recurrente tiene (7) días hábiles administrativos, computables a partir de la fecha de recepción de la notificación, para que efectúe los descargos y explicaciones pertinentes debidamente documentados, aspecto que fue considerado por la entidad a tiempo de presentar su carta de descargos GG-296/2011 de 14 de octubre de 2011.

En tal sentido, a momento de emitir la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero consideró y evaluó los descargos presentados, así se desprende del análisis efectuado en la página 3 al 12, el cual señala "A continuación se expone la consideración y evaluación de los descargos presentados por el Fondo Financiero Privado Prodem S.A., mediante carta GG-296/2011 de 14 de octubre de 2011..."

La Resolución ASFI N° 643/2012, es clara precisa y coherente respecto a las pretensiones del recurrente, asimismo guarda relación con los incumplimientos notificados y la sanción impuesta, así se desprende del análisis de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 de 24 de junio de 2013, página 61, la cual señala que "Es infundado lo aseverado por el recurrente, en sentido que determinados pronunciamientos que salen de la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, no guardan conformidad con la nota de cargos, porque la Resolución Administrativa como tal, a diferencia de la notificación de cargos, es el resultado de haberse escuchado al imputado, por tanto, si ese derecho es ejercido (como es el caso) su contenido va a ser necesariamente distinto, del de la nota de cargos.

Ello no debe importar ninguna incongruencia, como lo señala el recurrente, extremo que obliga a compulsar los conceptos "deficiencia de control interno" que sale de la nota de cargos, con "omisión de la posibilidad de diversificación de depósitos" a la que, en consideración a los descargos del FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM SOCIEDAD ANÓNIMA, han sido expresados en la resolución sancionatoria, para llegar a la conclusión que, una "omisión de la posibilidad de diversificación de depósitos", importa una "deficiencia de control interno", porque es este último el que debe considerar las circunstancias en las cuales la entidad financiera podrá diversificar los depósitos a efectos de acomodarse a la norma, y evitar de esta manera sanciones como las que refiere el caso de autos.

Por consiguiente, no se evidencia la incongruencia entre las actuaciones señaladas, determinando sea infundado el alegato en ese sentido".

- Respecto a la diversificación de los depósitos, cabe señalar que de acuerdo a la información reportada a través del Sistema de Información Financiera (SIF) y considerando los argumentos del recurrente (que no podía realizar inversiones en

los Bancos Nacional de Bolivia S.A. y Crédito de Bolivia S.A.) y que según lo expresado por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. relativo a que las operaciones de traspasos realizadas para el pago de recaudaciones de los servicios públicos y traspasos de fondos a cuentas fiscales serían recepcionadas con normalidad, se advierte que el Fondo Financiero Privado S.A., mantenía cuentas en otras entidades con margen para realizar inversiones las que no presentaban restricciones en el periodo del incumplimiento, el detalle se expone a continuación en el siguiente cuadro:

Fecha	Margen BEC (Bs)	Margen BEC %	Margen BGA (Bs)	Margen BGA %	Margen BIS (Bs)	Margen BIS %	Margen BME (Bs)	Margen BME %	Margen BUN (Bs)	Margen BUN %	Total margen diario (Bs)	Total exceso diario (Bs)
12/01/2011	30,682,224	11.18%	54,691,822	19.93%	(12,933,193.23)	-4.71%	36,847,801	13.43%	22,300,043	8.13%	144,521,891	(12,933,193)
14/01/2011	32,777,499	11.76%	55,526,917	19.93%	(4,906,826)	-1.76%	41,611,055	14.93%	23,469,666	8.42%	153,385,137	(4,906,826)
18/01/2011	39,777,499	14.28%	55,526,917	19.93%	(6,374,940)	-2.29%	41,968,606	15.06%	20,196,972	7.25%	157,469,994	(6,374,940)
21/01/2011	24,127,499	8.66%	55,526,917	19.93%	(3,283,344)	-1.18%	37,345,677	13.40%	22,211,520	7.97%	139,211,614	(3,283,344)
01/02/2011	23,176,564	8.32%	55,514,917	19.92%	(8,299,352)	-2.98%	38,736,683	13.90%	22,724,598	8.16%	140,152,762	(8,299,352)
07/02/2011	36,826,564	13.22%	47,187,967	16.94%	(6,354,344)	-2.28%	40,975,048	14.71%	24,061,355	8.64%	149,050,935	(6,354,344)
14/02/2011	30,368,680	10.80%	46,404,167	16.51%	(13,096,319)	-4.66%	39,660,566	14.11%	23,821,371	8.48%	140,254,784	(13,096,319)
17/02/2011	37,344,764	13.29%	37,664,062	13.40%	(7,850,465)	-2.79%	35,627,634	12.68%	25,712,158	9.15%	136,348,618	(7,850,465)
11/03/2011	42,813,149	15.23%	15,376,462	5.47%	(235,422)	-0.08%	33,426,938	11.89%	20,851,345	7.42%	112,467,895	(235,422)
21/03/2011	40,072,243	14.22%	35,844,816	12.72%	(735,328)	-0.26%	33,253,256	11.80%	20,745,230	7.36%	129,915,544	(735,328)
11/04/2011	37,696,299	13.37%	22,289,751	7.91%	10,536,480	3.74%	42,279,542	15.00%	(869,154)	-0.31%	112,802,073	(869,154)
20/04/2011	24,578,150	8.72%	33,190,934	11.78%	(2,049,694)	-0.73%	43,305,246	15.37%	(1,663,226)	-0.59%	101,074,330	(3,712,919)
26/04/2011	30,291,350	10.75%	31,764,477	11.27%	(2,014,423)	-0.71%	44,559,277	15.81%	12,291,571	4.36%	118,906,675	(2,014,423)
27/04/2011	25,786,975	9.15%	31,362,230	11.13%	(19,100,869)	-6.78%	42,721,526	15.16%	22,872,743	8.12%	122,743,475	(19,100,869)
29/04/2011	46,393,658	16.46%	33,962,230	12.05%	(8,537,430)	-3.03%	33,578,968	11.92%	29,712,910	10.54%	143,647,766	(8,537,430)
30/04/2011	46,343,442	16.44%	33,853,662	12.01%	(14,902,553)	-5.29%	31,615,381	11.22%	29,126,811	10.34%	140,939,296	(14,902,553)

Fuente: Información reportada por el Fondo reportada a través del Sistema de Información Financiera (SIF) (BEC) Banco Económico S.A., (BGA) Banco Ganadero S.A., (BIS) Banco Bisa S.A., (BME) Banco Mercantil Santa Cruz S.A.

Como se advierte en el cuadro el Fondo Financiero Privado Prodem S.A., tenía margen para diversificar sus depósitos en todos los casos, siendo responsabilidad de la entidad gestionar su liquidez.

De igual manera, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 de 24 de junio de 2013, en la página 68 señala "...El control del cumplimiento de límites normativos, en este caso el establecido en el inciso g) del artículo 79° de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, corresponde a un manejo de Tesorería o Gestión de Riesgo de Liquidez de cada entidad, que más allá de la elevada cuantía que pueden importar las recaudaciones diarias, el control de sus saldos en las cuentas de los diferentes Bancos recibe un monitoreo continuo, por lo que la entidad sancionada estaba en condiciones de realizar los movimiento necesarios para evitar incumplir el límite de la norma, ante cualquier eventualidad, con los Bancos comerciales. Asimismo, la cuenta de encaje legal se encuentra siempre habilitada para efectuar retiros y depósitos ilimitados..."

Por lo que queda claro que el recurrente no puede pretender exonerar su responsabilidad de cumplir el control del cumplimiento de límites establecido en el inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), por cuanto el recurrente presta un servicio público, su ejercicio requiere profesionalidad, en el entendido de que presta de manera masiva un servicio para

el que se requiere preparación particular, conoce de manera previa las obligaciones a las que está constreñido, siendo una de estas obligaciones, precisamente, el conocimiento exacto de la normativa que regula el sector y de manera muy especial la observancia de las prohibiciones y limitaciones a las que está sometido, por cuanto el servicio que presta es en definitiva un servicio público.

- La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero consideró lo manifestado por el recurrente, respecto a que no puede operar con todos los bancos del sistema, ya que algunas instituciones como el Banco Nacional de Bolivia S.A. y el Banco de Crédito S.A. habrían cerrado las cuentas del Fondo, al respecto cabe aclarar que de la nota BMSC BIF 39/2010 de 14 de octubre de 2010, emitida por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., se advierte que dicha entidad no autorizó el retiro de fondos en efectivo y **no realizó restricción alguna a los depósitos en efectivo**, tal como manifestó el Fondo. **Asimismo, la citada carta no comunica sobre limitaciones en el horario de transferencias.**
- En relación a que el Banco Ganadero S.A. a través de un correo electrónico de 16 de noviembre de 2011, habría comunicado al Fondo la necesidad de confirmar los retiros un día antes y que los mismos sean hasta Bs3,000,000 (Tres millones 00/100 Bolivianos) y/o \$us500,000 (Quinientos mil 00/100 Dólares), cabe señalar que el correo electrónico remitido por el Banco Ganadero S.A., mediante el cual da a conocer las restricciones de retiros diarios, **es posterior al periodo en el cual se identificaron los incumplimientos al límite de Inversiones.**

En virtud a lo citado precedentemente se tiene, que el argumento esgrimido por el recurrente no es válido ni mucho menos aceptable, por cuanto su calidad de profesional no permite lugar a confusión ni incorrectas interpretaciones, contrario sensu, le obliga actuar con la máxima diligencia como un "bonus" o "diligens pater familias", entendida como "Una figura abstracta creada en el Derecho Romano para poder determinar el grado de culpa de una persona en una determinada situación jurídica. Esta figura abstracta del "bonus" o "diligens pater familias" demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo harían todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona o entidad que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestre el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho en esa misma situación" (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 14/2007 de 6 de febrero de 2007).

- En relación a que existen saldos que temporalmente sobrepasaron el veinte por ciento (20%) de su Patrimonio Neto, los cuales se debieron a depósitos recibidos por concepto de recaudaciones aduaneras, abonos por regalías mineras y otros, los cuales en todos los casos fueron transferidos, al día siguiente hábil, a su cuenta de encaje legal y posteriormente a las cuentas de sus clientes.

Asimismo, de la revisión de los extractos de la cuenta de encaje legal del Fondo, se advierte que los importes por concepto de recaudaciones fueron transferidos a su

cuenta de encaje y posteriormente a las cuentas de sus clientes, observándose que en fecha 11 y 20 de abril de 2011, se produjeron excesos en el Banco Unión S.A. y no se efectuaron traspasos de dicho Banco, a su cuenta de Encaje Legal, tal como lo manifestó el Fondo:

El detalle de depósitos a través del SIPAV a la cuenta de Encaje Legal del Fondo, por fecha y hora se expone a continuación:

Fecha	Total exceso diario (Bs)		Depósitos a través del SIPAV en la Cuenta de Encaje del Fondo								
	BIS	BUN	Fecha	Hrs	BIS	Hrs	Bec	Hrs	BME	Hrs	BGA
12/01/2011	12,933,193		13/01/2011	16:00	31,000,000	14:46	7,000,000	15:54	7,000,000		
				14:23	43,000,000						
14/01/2011	4,906,826		17/01/2011	13:06	5,000,000						
18/01/2011	6,374,940		19/01/2011	14:05	45,000,000						
21/01/2011	3,283,344		24/01/2011	15:12	33,000,000	14:29	7,000,000				
01/02/2011	8,299,352		02/02/2013	15:48	35,000,000			14:20	2,000,000		
07/02/2011	6,354,344		08/02/2011	16:07	36,000,000						
14/02/2011	13,096,319		15/02/2011	16:23	41,000,000						
17/02/2011	7,850,465		18/02/2011	16:13	30,000,000						
11/03/2011	235,422		14/03/2011	14:43	35,000,000						
21/03/2011	735,328		22/03/2011	12:52	34,000,000						
11/04/2011		869,154	12/04/2011					16:17	7,000,000	15:25	3,000,000
20/04/2011	2,049,694	1,663,226	21/04/2011	15:36	30,000,000						
26/04/2011	2,014,423		27/04/2011			17:29	7,000,000			17:21	3,000,000
27/04/2011	19,100,869		28/04/2011	14:43	39,000,000	15:15	14,000,000	15:53	7,000,000	15:53	3,000,000
29/04/2011	8,537,430										
30/04/2011	14,902,553		03/05/2011	16:07	32,500,000			16:25	8,016,000		

Fuente: Información de los extractos de Cuenta de Encaje en el Banco Central de Bolivia (BEC) Banco Económico S.A., (BGA) Banco Ganadero S.A., (BIS) Banco Bisa S.A., (BME) Banco Mercantil Santa Cruz S.A. (BUN) Banco Unión S.A.

De la revisión de los extractos proporcionados por la entidad sobre las transacciones realizadas a través del Sistema de Pagos de Alto Valor (SIPAV), se verificó que el 26 de abril de 2011, el Fondo no realizó la transferencia de fondos al día siguiente hábil a la cuenta de sus clientes, tal como lo señaló en sus descargos. Asimismo, según los extractos de la Cuenta de Encaje Legal las transferencias (depósitos en su Cuenta de Encaje Legal) en todos casos fueron realizadas después del mediodía.

Finalmente, se debe considerar, que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., mediante carta BMSC BIF 39/2010 de 14 de octubre de 2010, manifestó que las operaciones de traspasos realizadas para el pago de recaudaciones de los servicios públicos y traspasos de fondos a cuentas fiscales se continuarán recepcionando con normalidad, sin embargo, no se advierte que el Fondo haya considerado la misma.

Que, de los descargos presentados, se advierte que el Fondo Financiero Privado Prodem S.A., no desvirtuó el incumplimiento al inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), toda vez que el recurrente canalizaba sus recursos a través de sus cuentas corrientes, en las cuales mantenía un margen para realizar inversiones y las mismas no presentaban restricciones en el periodo del incumplimiento.

CONSIDERANDO:

En lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada el autor Alejandro Nieto García señala que “La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) Subsunción del tipo en una clase de infracción; c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase” (Derecho Administrativo sancionador, 4 ed. Madrid 2005, pág. 347).

Aplicando los razonamientos señalados (adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada) los mismos deben someterse a los criterios para su graduación, por lo tanto en el presente caso se tiene el siguiente análisis respecto al Principio de Proporcionalidad:

- **Tipificación.** El principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto y de la sanción es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir, de no realizar algo o de cumplir determinada acción, en el presente caso, conforme lo señala la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, página 10, se tiene que el **FONDO FINANCIERO PRIVADO “PRODEM” S.A.**, tuvo un exceso de inversiones en el banco Bisa S.A. y el banco Unión S.A., entre los meses de enero y abril de 2011, superando el 20% de su patrimonio neto, incumpliendo el inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado).
- **Gradación.** Las infracciones cometidas por el recurrente son incumplimientos susceptibles de sanción por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuya competencia emana de la Ley, misma que faculta imponer sanciones administrativas a las entidades supervisadas, ponderando el grado de la infracción, en el presente caso, dicha inobservancia se encuentra establecida en el inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado) y el artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el cual dispone que: “Las entidades financieras que concedan o mantengan créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límite legal del veinte por ciento 20% con respecto a su patrimonio neto, serán pasibles de sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido, sin exceder el tres por ciento 3% del capital mínimo”.

En el presente caso el criterio reglado de modulación anteriormente referido, como sanción mínima, es decir el 20% del exceso, sobrepasa el 3% del capital mínimo de la entidad, de acuerdo con el cálculo contenido en el cuadro siguiente:

ENTIDAD	DIA	PATRIMONIO NETO BS	LÍMITE 20%	SALDO TOTAL BS	EXCESO BS	20% SOBRE EL MONTO QUE EXCEDE	CAPITAL MÍNIMO FONDOS 630.000 D.E.G.	TIPO DE CAMBIO EN BS POR UNIDAD DE D.E.G.	3% SOBRE CAPITAL MÍNIMO	
BANCO BISA S.A.	12/01/2011	274.354.639.00	54.870.927.80	67.804.121.03	12.933.193.23	2.586.638.65	6.675.474.96	10.5960	200.284.25	
	14/01/2011	278.630.114.00	55.726.022.80	60.632.848.45	4.906.825.65	981.365.13	6.719.809.07	10.6664	201.594.27	
	18/01/2011	278.630.114.00	55.726.022.80	62.100.962.95	6.374.940.15	1.274.988.03	6.763.968.26	10.7365	202.919.05	
	21/01/2011	278.630.114.00	55.726.022.80	59.009.366.54	3.283.343.74	656.668.75	6.801.044.54	10.7963	204.031.34	
	01/02/2011	278.630.114.00	55.726.022.80	63.840.663.35	8.114.640.55	1.622.968.11	6.806.433.62	10.8086	204.283.01	
	07/02/2011	278.630.114.00	55.726.022.80	61.990.784.32	6.264.761.52	1.262.952.30	6.816.234.60	10.8194	204.487.04	
	14/02/2011	281.071.114.00	56.214.222.80	69.210.526.18	12.996.303.38	2.599.269.69	6.775.428.74	10.8194	203.262.86	
	17/02/2011	281.071.114.00	56.214.222.80	64.064.687.48	7.850.484.68	1.570.092.94	6.777.608.54	10.7581	203.326.26	
	11/03/2011	281.071.114.00	56.214.222.80	56.286.496.57	72.272.77	14.454.55	6.827.859.02	10.8376	204.829.77	
	21/03/2011	281.857.562.00	56.371.518.40	57.106.844.68	735.328.19	147.065.64	6.893.037.90	10.8413	206.791.14	
	20/04/2011	281.811.837.00	56.362.367.40	58.412.061.22	2.049.693.82	409.938.70	6.807.789.98	10.9647	207.233.70	
	26/04/2011	281.811.843.00	56.362.368.60	58.378.790.65	2.014.422.05	402.884.41	6.972.032.34	11.0667	209.160.87	
	27/04/2011	281.811.844.00	56.362.368.80	75.463.238.70	19.100.967.90	3.820.173.58	6.986.573.69	11.0698	209.597.21	
	29/04/2011	281.811.846.00	56.362.369.20	64.809.797.68	8.537.428.69	1.707.485.74	7.030.501.57	11.1595	210.915.05	
	30/04/2011	281.811.847.00	56.362.369.40	71.264.920.34	14.902.550.94	2.980.510.19	7.030.501.57	11.1595	210.915.05	
	BANCO UNIÓN S.A.	11/04/2011	281.857.562.00	56.371.518.40	57.240.670.59	869.154.19	173.830.84	6.913.606.52	10.9740	207.406.20
		20/04/2011	281.811.837.00	56.362.367.40	58.025.562.96	1.663.225.58	332.845.12	6.907.789.98	10.9647	207.233.70
PROMEDIO DEL PERÍODO OBSERVADO						6.827.824.63	1.326.624.91	6.869.323.23	-10.88	206.779.70

Consecuentemente la imposición de una sanción pecuniaria mínima del veinte por ciento del exceso de concentración de inversiones establecidas en los periodos comprendidos entre los meses de enero y abril de 2011, no sería proporcional.

En ese sentido y aplicando el criterio de que la sanción aplicada no puede ser más beneficiosa que el incumplimiento incurrido, pero tampoco puede sobrepasar el límite reglado establecido en la normativa regulatoria, corresponde aplicar el límite máximo del 3% del capital para Fondos Financieros Privados, por lo que el 3% del capital mínimo es de 630.000.00 Derechos Especiales de Giro equivalente a Bs205.779.70 (DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE 70/100 BOLIVIANOS).

Adicionalmente, se ha considerado los siguientes criterios de graduación: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en la comisión de las infracciones.

Aplicando lo citado precedentemente, en el presente caso, se tiene lo siguiente:

- a) De la evaluación de los antecedentes presentados por el recurrente, se advierte la existencia de culpa, en su elemento negligencia, toda vez que el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.** tuvo un exceso de inversiones en el banco BISA S.A. y el banco UNIÓN S.A. entre los meses de enero y abril de 2011, superando el 20% de su patrimonio neto.

El actuar negligente del recurrente se advierte por cuanto la entidad tenía la posibilidad de diversificar sus depósitos, contando a su disposición con varios puntos de atención a nivel nacional de entidades financieras.

- b) Respecto a la naturaleza de los perjuicios ocasionados, la entidad entre los meses de enero y abril de 2011, excedió el límite permitido por el inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado), por cuanto tuvo un exceso de inversiones en el banco BISA S.A. y el banco UNIÓN S.A., sin embargo de

ello, no se advierte que dicho incumplimiento hubieran ocasionado perjuicio a terceros.

- c) Respecto a la cuantía para la imposición de la sanción, cabe señalar que el artículo 10, Sección 2, Capítulo II, Título XIII del Reglamento de Sanciones contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, el cual dispone que: "Las entidades financieras que concedan o mantengan créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límites legal del veinte por ciento 20% con respecto a su patrimonio neto, serán pasibles de sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido, sin exceder el tres por ciento 3% del capital mínimo", dicho criterio reglado de modulación sobrepasa el 3% de capital mínimo para Fondos, por lo que en el presenta caso corresponde aplicar el límite máximo (3% capital mínimo) 630.000.00 Derechos Especiales de Giro equivalente a Bs205.779.70 (DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE 70/100 BOLIVIANOS).

Que, consiguientemente los argumentos expuestos por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.**, no son suficientes para desvirtuar los alcances de la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, por cuanto es obligación del recurrente cumplir con la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 (Texto Ordenado).

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Estado Plurinacional, como parte de la política financiera, prescribe en su artículo 332, parágrafo I que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de Bancos y entidades financieras, de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia ha designado a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, respecto al principio de verdad material señala que la administración pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.

Que, el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, dispone que los recursos administrativos previstos en la presente Ley, serán resueltos

confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si éste estuviese interpuesto fuera de término.

Que, el artículo 43 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes.

Que, el artículo 49 de la citada disposición legal dispone que la Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria tendrá un plazo de veinte días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 1 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), define que crédito es todo activo de riesgo, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su recuperación, provee o se compromete a proveer fondos u otros bienes o garantizar frente a terceros, el cumplimiento de obligaciones contraídas con sus clientes.

Que, el inciso g) del artículo 79 de la Ley N 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que las entidades de intermediación financiera no bancarias no podrán conceder créditos en una entidad del sistema financiero por más del veinte por ciento (20%) de su patrimonio neto, con excepción de los casos expresamente autorizados por la Superintendencia en lugares donde no existan suficientes entidades financieras.

Que, el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Capítulo II, del Título XIII de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece en el artículo 10 de la Sección 2 que las entidades financieras que concedan o mantengan créditos con un prestatario o grupo prestatario, por encima del límite legal del veinte por ciento (20%) con respecto a su patrimonio neto (límite de 3%) para Fondos Financieros Privados y Cooperativas de Ahorro y Crédito, serán pasibles de sanción pecuniaria por un monto no menor al veinte ni mayor al cincuenta por ciento del exceso incurrido, sin exceder el tres por ciento (3%) del capital mínimo y conminadas a regularizar tal situación en la forma y plazo que determine el Órgano Regulado...”

5. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 28 de agosto de 2013, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 491/2013 de 7 de agosto de 2013, señalando lo siguiente:

“...**Fundamentación**

7.1. Nulidad de la Resolución Sancionatoria Nro. 643/2012 del 23 de noviembre de 2012.

Señor Viceministro en la instancia jerárquica, se debe tomar en cuenta que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, comete un error de origen desde la Resolución Sancionatoria Nro. ASFI/643/2012 del 23 de noviembre de 2012, que tampoco es

considerado, explicado o fundamentado a través de la Resolución que resuelve la Revocatoria Nro. ASFI Nro. 044/2013 del 23 de enero de 2013, toda vez que ha cercenado un elemento fundamental de una resolución sancionatoria, que no puede ser amparada en la instancia de fin de sede administrativa.

Al respecto, corresponde poner en su atención que conforme la jurisprudencia constitucional, la Administración al momento de establecer una sanción, debe identificar con claridad el artículo que fue omitido o fue objeto de la infracción.

En ese sentido, en la Resolución Sancionatoria Nro. ASFI/643/2012 del 23 de noviembre de 2012, en la parte resolutive primera establece la sanción en contra de PRODEM FFP S.A., pero no identifica el artículo que presuntamente habría sido contravenido, aspecto que ciertamente es violatorio a la obligación que tiene de identificar la norma contravenida, tal como lo establece el Principio de Tipicidad, dentro del régimen sancionador del Derecho Administrativo boliviano, el cual se halla identificado en los artículos 73 y siguientes de la Ley Nro. 2341 de Procedimientos Administrativos.

7.2. EVIDENCIA NUEVA FRACTURA DE INSTRUCCIÓN EMITIDA MEDIANTE RESOLUCIÓN MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 39/2013 DE 24 DE JUNIO DE 2013

... Con el objetivo de que su Autoridad pueda advertir con absoluta nitidez la reiteración sobre los incumplimientos a las instrucciones emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, emitida mediante Resolución Ministerial Jerárquica, Nro. MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 de 24 de junio de 2013, corresponde poner en su atención los siguientes extremos de orden legal y administrativo:

En principio es necesario destacar que ratificamos en todos sus términos los argumentos de hecho y de derecho expuestos tanto en el Recurso Revocatoria interpuesto por esta Entidad Microfinanciera, en fecha 20 de noviembre de 2011, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 749/2011, del 28 de Octubre de 2011 como en la nota de descargos identificada con el GG-296/2011, por lo cual lo damos aquí por íntegramente reproducidos, invocados y fundamentados y por este motivo sólo procederemos a explicar las argumentaciones relativas a las afirmaciones realizadas por esa Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, expresadas en la Resolución ASFI N° 491/2013 del 07 de Agosto de 2013, mediante la cual se propone subsanar las observaciones señaladas por la Resolución Ministerial Jerárquica señalada ut supra a fines de que sean suficientemente evaluados y ponderada su incidencia en la situación que origina los hechos controvertidos en aras de que prevalezca la verdad material, la cual debe ser considerada y tratada como un Principio del Procedimiento Administrativo, que en la actualidad está siendo nuevamente fracturado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y que no han podido ser subsanadas por la (sic) dicha autoridad, no obstante la inspección especial realizada con este propósito en particular.

1. Sobre la Ubicación Geográfica:

Hemos señalado que nuestra red de Sucursales y Agencias abarcan todo el territorio nacional, de las cuales el 60% se ubican en el área rural, y en todas las Agencias se realizan operaciones de recaudación por conceptos que originaron los montos que se excedieron del límite (sic) legal establecido [RUAT, Impuestos Nacionales, Recaudaciones

de Aduanas, Ente). Esta cobertura supera con creces la red de las instituciones bancarias con las cuales trabajamos, lo cual en algunas localidades se imposibilita el realizar los depósitos del dinero recaudado en algunas oficinas de la red de Sucursales y Agencias de las Entidades Financieras con las que trabajamos. Como ejemplo podemos citar los casos de los Bancos Económico S.A. que no cuenta con Puntos de Atención Financieros en Sucre y Potosí; y por otro lado, el Banco Ganadero S.A. que no cuenta con Puntos de Atención Financieros en Potosí, mientras que nosotros contamos con 9 y 6 Puntos de Atención Financieros, tanto en Potosí como en Sucre, respectivamente.

El cuadro incorporado en la página 4 de la Resolución ASFI 643/2012 del 23 de Nov. de 2012, no desvirtúa la información por nosotros aseverada y tampoco incorpora ningún elemento probatorio, por el contrario refuerza nuestro argumento de que las instituciones con las cuales trabajamos poseen una red de sucursales y agencias menor y por lo tanto geográficamente menos extendida que la red que posee el F.F.P. PRODEM, S.A., por lo cual se dificulta el depositar el efectivo recaudado en la totalidad de nuestras oficinas en las pocas que ofrecen dichas instituciones bancadas, ya que por elemental lógica se entiende que si nuestra red de Sucursales y Agencias es más numerosa, necesariamente tiene mayor cobertura que la que posee otra institución cuya red es más pequeña.

2. Con respecto a las limitaciones impuestas por otros bancos:

2.1. Banco Mercantil Santa Cruz S.A.: Con relación a las aseveraciones sostenidas en las Páginas (sic) 8 y 9 de la Resolución ASFI N° 491/2013 de fecha 07 de agosto de 2013, según el referido banco señaló **"que las operaciones de traspaso realizadas para el pago de recaudaciones de los servicios públicos y traspaso de Fondos a cuentas fiscales serían recepcionadas con normalidad"** ¹ La afirmación no guarda ninguna relación con lo que hemos argumentado, ya que los recursos recaudados son en efectivo, los cuales no son susceptibles de ser transferirse (sic) por SIPAV, ya que los recursos que se pueden transferir son los que están disponibles en el BCB o en otros bancos. El problema radica en depositar el efectivo en las instituciones bancarias con las cuales trabajamos.

Adicionalmente, se afirma que el referido banco **"no realizó restricción alguna a los depósitos en efectivo"** ², al respecto desconocemos de donde obtienen esta interpretación, a tales efectos es necesario citar literalmente el texto de la comunicación cite BMSC BIF 39/2010, de fecha 14 de octubre de 2010, cuya copia se anexa identificada como **Anexo N° 1**.

"(...)

"Las disposiciones para la administración de operaciones son las siguientes:

- Las únicas operaciones autorizadas para que puedan realizar en el banco son las operaciones SIPAV, las cuales tendrán un costo por servicio de Bs. 600.- (Seiscientos Bolivianos 00/100). Dentro de esta disposición se contemplan las solicitudes que realiza su entidad para realizar el traspaso de fondos a sus respectivas cuentas de encaje tanto en M/N como en M/E.
- Asimismo, se aclara que las operaciones de traspasos realizados para el pago de recaudaciones de los servicios públicos y traspasos de fondos a cuentas fiscales se continuarán (sic) recepcionando con normalidad.

- No se autoriza el retiro de fondos en efectivo en ninguna de las Agencias del Banco.
- No se autoriza el pago de cheques emitidos por su entidad posterior al miércoles 20/10/2010."

Las nuevas disposición (sic) establecidas en la presente entra en vigencia a partir del jueves 21/10/2010.

Como se puede apreciar, en el primer punto, se señala claramente, que **"las únicas operaciones que se pueden realizar en el bancos (sic) son las operaciones SIPAV"**³, otras acotaciones están descritas en los puntos siguientes. Por lo que de manera inequívoca debemos entender la negativa (sic) realizar cualesquiera (sic) otro tipo de operaciones con dicho banco y cualquier otra interpretación resulta totalmente errada y fuera de lugar en ninguna parte de la referida comunicación, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., señala que nos permitirá realizar operaciones en efectivo.

Adicionalmente, los puntos 3 y 4 constituyen de manera clara, precisa e inequívoca, limitaciones a la realización de operaciones en efectivo. Por lo que, el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. oficializó de manera restrictiva el tipo de operaciones que podemos realizar con esa institución.

Como se entenderá los recursos captados en la red de Sucursales y Agencias, constituyen en cada punto de atención, un todo que debe ser trasladado a los bancos mediante las empresas especializadas de transporte de valores, por lo cual operativamente es imposible separarlos de acuerdo a su concepto y procedencia.

2.2. Existencia de Cuentas Bancarias en otras Instituciones: Con relación la aseveración según la cual la entidad "mantenía cuentas en otras entidades con margen para realizar inversiones las que no presentaban restricciones en el periodo de incumplimiento..."⁴., tenemos a bien señalar":

El argumento de la cobertura geográfica constituye una limitante para realizar los depósitos en efectivo, aun cuando tengamos margen para ello en algunos bancos.

Adicionalmente, las restricciones para realizar retiros, por cualquier vía (SIPAV, Cheques o Efectivo] no nos permiten diversificar los depósitos en efectivo, ya que sería irresponsable depositarlos a sabiendas de que no estarán disponibles en su totalidad al día siguiente, tal como lo requieren nuestros clientes Estatales. En efecto, si realizáramos los depósitos en el Banco Ganadero S.A., al día siguiente no pudiéramos retirar más de Bs. 3.000.000. lo (sic) cual nos imposibilitaría cumplir con la obligación de transferir los recursos a las cuentas del Tesoro General de la Nación (TGN] en un máximo de 24 horas.

2.3 Limitación impuesta por el Banco Ganadero S.A.: Con relación a que la limitación impuesta por el Banco Ganadero S.A. es posterior a la observación, es necesario destacar que la certificación fue solicitada en esa oportunidad precisamente para incorporarla como elemento probatorio en los descargos solicitados por ese organismo de supervisión. Dicha restricción está vigente desde la apertura de la

cuenta. En tal sentido, ese organismo en ejercicio de búsqueda de la verdad material y de su facultad contralora, puede solicitar la confirmación a dicha institución a fin de verificar si dicha restricción está vigente desde la apertura de la cuenta.

Con relación al 2do párrafo de la página 10, el mismo no se comprende por cuanto no sostiene ninguna observación, ni agrega ningún elemento adicional a la controversia, aspecto que v (sic) en contrasentido con lo dispuesto por el Ministerio de Economía y Finanzas Pública, cuando en la instancia jerárquica procedió a dar instrucciones vinculares al regulador de primera instancia, respecto al cumplimiento del artículo 4 inciso d) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo relativo a la verdad material.

3. **Sobregiros en el Banco Unión S.A. los días 11 y 20 de abril de 2011:** Al respecto tenemos a bien destacar que en esos días se recibieron recaudaciones por montos superiores a los referidos sobregiros, tal como se detalla en el próximo cuadro.
4. **Saldos no asociados a créditos ni a inversiones:** Al respecto, la resolución ministerial señalada ut supra, instruyó el cumplimiento del deber de investigar la verdad material más allá de las afirmaciones teóricas. En cumplimiento de ese deber, ese organismo de supervisión, en el marco de la inspección sobre Riesgo de Liquidez y Gobierno Corporativo practicada a partir del 1º de julio de 2013, solicitó verbalmente elementos probatorios con relación a diversos argumentos sostenidos por nosotros como eximentes de la responsabilidad que se nos imputa. En esa ocasión le fue suministrada información comparativa relativa a los excesos de límites diarios y el monto de las recaudaciones por concepto de RUAT, Servicio de Impuestos Nacionales (SIN), Aduana y ENTEL en los respectivos días, con anexos probatorios de las operaciones realizadas cada uno de los días, en la cual se demuestra que en todos los casos de exceso del límite legal establecido, éste era inferior al monto de las recaudaciones del respectivo día, y la comunicación N° GG-282/2013 del 25 de julio de 2013, en la cual se indica **"Lo importante a señalar es que el monto de los excesos en los límites (sic) de las cuentas mantenidas en los referidos bancos, es inferior al monto de las recaudaciones en referencia, lo que demuestra que de no haber sido por dichas operaciones, el saldo de nuestras cuentas no hubiera superado el límite (sic) legal establecido."**⁵

No obstante, esta información no fue considerada, ya que no se hace mención a la misma, no se desvirtúa, ni se agrega ningún elemento probatorio adicional para suplir la insuficiencia en cuanto a la verdad material señalada en la Resolución Ministerial Jerárquica a la cual tantas veces hemos hecho referencia, lo cual constituye un verdadero silencio de pruebas. A continuación se presenta la información ya suministrada:

(En Bolivianos)

MES	FECHA	ADUANA	Ref.	SIN	Ref.	RUAT	Ref.	TOTAL	Exceso del Límite	
									BISA	UNION
ENERO	miércoles 12 de enero de	10,550,532.0	L	1,180,221.8	2	2,907,810.	3	14,638,564.1	12,933,193.	
	viernes 14 de enero de	10,332,133.0	4	2,945,062.2	5	1,466,845.	6	14,744,040.6	4,906,825.6	

Comparación de los sobregiros diarios con las recaudaciones diarias		martes 18 de enero de 2011	9,040,950.0	7	2,918,935.9	8	1,442,151.	9	13,402,037.1	6,374,940.1		
		viernes 21 de enero de	13,646,537.0	10	2,800,158.2	11	1,470,253.	12	17,916,949.0	3,283,343.7		
	FEBRER	O	martes 1 de febrero de	13,768,848.0	13			406,411.44	14	14,175,259.4	8,114,840.5	
			lunes 7 de febrero de 2011	10,276,037.0	15	1,877,642.0	16	500,911.22	17	12,654,590.2	6,264,761.5	
			lunes 14 de febrero de 2011	15,339,200.0	18	13,923,879.0	19	562,614.52	20	29,825,693.5	12,996,303.	
			jueves 17 de febrero de	11,278,894.0	21	5,109,977.0	22	546,092.77	23	16,934,963.7	7,850,464.6	
	MARZO		viernes 11 de marzo de	17,863,785.0	24	3,293,287.0	25	419,812.27	26	21,576,884.2	72,272.77	
			lunes 21 de marzo de 2011	9,799,303.0	27	20,133,767.0	28	381,344.72	29	30,314,414.7	735,328.19	
	ABRIL		lunes 11 de abril de 2011	8,122,767.0	30	5,062,452.0	31	479,707.61	32	13,664,926.6		869,154.19
			miércoles 20 de abril de	13,227,960.0	33	5,817,887.0	34	648,930.81	35	19,694,777.8	2,049,693.8	1,663,225.5
			martes 26 de abril de 2011	11,210,866.0	36	5,925,714.3	37	690,514.30	38	17,827,094.6	2,014,422.0	
			miércoles 27 de abril de	11,209,671.0	39	22,163,664.0	40	754,329.44	41	34,127,664.4	19,100,867.	
			viernes 29 de abril de 2011	8,831,046.0	42	23,571,247.0	43	493,974.23	44	32,896,267.2	8,537,428.6	
			sábado 30 de abril de 2011							0.00	14,902,550.	1)

1)

d
o corresponde depósitos realizados en el Banco Bisa el día sábado por recaudaciones realizadas el día anterior, las cuales no fue depositar el mismo día por haber sido recibidas después de la hora en que el banco cierra sus agencias, mientras que las nuestras continúan operando hasta las 6:00 PM. tiempo durante el cual se siguen recibiendo recaudaciones.

Similarmente, con relación a la imputación realizada en la pag. (sic) 6 de la Resolución AS (sic) N° 643/2012 del 23 de Noviembre de 2012, según la cual no realizamos transferencias los días 26, 27, 29 y 30 de abril del 2011, es necesario señalar lo siguiente:

El 26 de abril: No se realizaron transferencias del Banco Bisa S.A. debido a que para realizar los mismos debemos tener la certeza de que los depósitos que se envían a través de la empresa transportadora de Valores Brinks, se realizaron efectivamente, lo cual se verifica mediante consulta a los estados de cuentas. Es necesario acotar que en caso de que estos depósitos se realicen en horas de la tarde, imposibilita el realizar las transferencias a la cuenta de Encaje Legal ya que los Bancos con los cuales operamos, nos reciben las solicitudes de transferencias y depósitos de cheques solo hasta el mediodía.

El 27 de abril: Se instruyó al Banco Bisa S.A. para que realizara una transferencia por Bs. 30.000.000,00 y dicho Banco no lo procesó, tal como consta en el **Anexo N° 2**.

El 29 de Abril: Se realizaron transferencias por Bs. 10.500.000,00, monto suficiente para ubicar nuestro saldo por debajo del límite establecido. No obstante el cliente Minera San Cristóbal realizó una transferencia a las 8:34 PM. por **Bs. 3.842.84,57** que por razones de la hora resultaba imposible transferirlo, así como tampoco el día 30 de abril debido a que por ser día sábado era no hábil para los bancos, aunado a otras recaudaciones cuyo monto total determinaron el saldo de la cuenta, tal como se indica el cuadro anterior, tal como consta en los **Anexos N° 3 y 4**.

Adicionalmente, el cuadro precedente señala que los días 26, 27 y 29 de abril de 2011, se recibieron recaudaciones por Bs. 17.827.094,62, 34.127.664,44 y 32.896.267,23, respectivamente, los cuales fueron depositados en las cuentas mantenidas en el Banco Bisa S.A.

El día 30 de abril: Era imposible realizar transferencias debido a que el mismo fue día sábado, el cual es no laborable para el BCB y para las Oficinas Centrales de las Entidades Bancarias.

5. Con relación a la aseveración según la cual "la entidad no presentó en los descargos los respaldos que acrediten que los citados bancos les hayan cerrados sus cuentas." ⁶. Anexamos a la presente copia de la comunicación emitida por el Banco Nacional de Bolivia de fecha 23 de Julio de 2008, en la cual nos comunica que esa institución determinó el cierre de la cuentas corrientes y cajas de ahorros que manteníamos en esa institución, tal como se puede apreciar en el **Anexo N° 5**. Asimismo, con relación al Banco de Crédito de Bolivia, el cual adoptó la misma medida, lamentablemente no fue posible ubicar en nuestros archivos la comunicación mediante la cual nos informan de su decisión. No obstante, ese organismo de supervisión en ejercicio de su facultad contralora y en procura de la verdad material puede solicitar al referido banco la confirmación de la información por nosotros suministrada.

Finalmente, es necesario ratificar la situación por las que atraviesan las instituciones microfinancieras, las cuales en virtud de no estar incluidas en el contrato de corresponsalía celebrado entre el Banco Central de Bolivia (BCB) y el Banco Unión S.A., para compensar los cheques y transferir el efectivo hasta el BCB, se deben realizar dichas operaciones a través de las Instituciones Bancarias que aun aceptan trabajar con nosotros, imponiendo condiciones limitantes que dificultan nuestra operatividad y afectan nuestros costos, todo lo cual atenta contra nuestra eficiencia y capacidad operativa para ofrecer servicios de calidad a los vastos sectores a quienes va dirigida nuestro accionar, ocasionando perjuicios no solo a nuestras instituciones sino también a nuestra clientela.

8. Petitorio.

Por lo expuesto, en estricto apego a la ley, existiendo fundamentos legales que justifican plenamente mi pretensión, en fiel amparo de lo previsto por los artículos 66 y 68 de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, concordante con los artículos 52 a 60 del Reglamento de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera - SIREFI, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 del 15 de septiembre de 2003 solicito:

1. REVOCAR TOTALMENTE la Resolución ASFI N° 491/2013 de 7 de agosto de 2013, toda vez que dicha resolución no cumple con la previsión establecida en el artículo 28 inciso e) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, en lo relativo a la obligación de fundamentación tal como fuera establecido en la Resolución MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2012 del 23 de mayo de 2012.
2. Se proceda a determinar nuevamente la nulidad (sic) las actuaciones ejercidas por Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, toda vez que no ha dado cumplimiento a la instrucción de la instancia jerárquica de APLICAR el PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL, tal como lo dispuso la Resolución MEFP/VPSF/URJ-491/2013 (sic) del 24 de junio de 2013.
3. Se proceda a efectuar nuevamente el análisis de nulidad de todo lo obrado hasta la resolución Nro. ASFI/643/2012 del 23 de noviembre de 2012, inclusive toda vez que la parte resolutive primera no establece el artículo en específico de la contravención identificada por la ASFI, aspecto que genera oscuridad, imprecisión y es contrario a la jurisprudencia constitucional que obliga al regulador a establecer con precisión el artículo de la contravención.
4. Se tenga presente que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, desde la

emisión de la Resolución Ministerial Jerárquica N° MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 de 24 de junio de 2013, no ha podido demostrar EN LOS HECHOS la forma de cómo se podría haber evitado las observaciones que la misma autoridad observa.

5. *En mérito a lo establecido en el artículo 16 inciso a) de la Ley Nro. 2341 de Procedimiento Administrativo, respetuosamente solicitamos nuevamente que en la instancia jerárquica se proceda a realizar una revisión exhaustiva de la Verdad Material la cual no ha sido cumplida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dentro de la inspección que fuera realizada dentro de la entidad que represento.*
6. *Conforme lo previsto en el artículo 55 parágrafo II del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 27175, solicito a su Autoridad que habiendo cumplido con todos los requisitos establecidos en la normatividad procedimental, se proceda a la admisión del Presente Recurso Jerárquico y se emita el consecuente auto de admisión..."*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Que en fecha 23 de noviembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012, sancionó al **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, con multa de Bs205.779,70 equivalente al 3% del capital mínimo para Fondos Financieros Privados, por mantener entre los meses de enero y abril de 2011, exceso de inversiones en los Bancos Bisa S.A. y Unión S.A., superando el 20% del Patrimonio Neto del Fondo.

Que, en fecha 21 de diciembre 2012, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, mismo que fue resuelto a través de la Resolución Administrativa ASFI N° 044/2013 de 23 de enero de 2013, la cual confirma en todas sus partes la Resolución ASFI N° 643/2012.

Que, en fecha 14 de febrero de 2013, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 044/2012 de 23 de enero de 2013.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 039/2013 de 24 de junio de 2013, en la que resolvió ANULAR el procedimiento hasta la Resolución Administrativa ASFI/N° 044/2013 de 23 de enero de 2013,

inclusive e instruye dictar nueva Resolución conforme los fundamentos establecidos en la citada Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 07 de agosto de 2013, emite nueva Resolución Administrativa ASFI N° 491/2013, resolviendo el Recurso de Revocatoria interpuesto por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, el 21 de diciembre de 2012, resolviendo CONFIRMAR en todas su partes la Resolución ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012.

Que, en fecha 28 de agosto de 2013, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, interpuso Recurso Jerárquico, mismo que pasa a resolverse.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto a la nulidad de la Resolución Administrativa Sancionatoria.-

El recurrente señala que la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, hubiera vulnerado el principio de tipicidad al no haber identificado el artículo presuntamente contravenido en su parte resolutive, por lo que, el presente proceso, debe anularse hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012.

Por lo que importa referirnos al principio de tipicidad, es así que la jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ha establecido, en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ N° 32/2005 de 19 de agosto de 2005:

*“... la ley de procedimiento administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo **podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias** bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (praecemtum legis) y de la sanción (sanctio legis). **el precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. la tipicidad desarrolla el principio fundamental** “ nullum crimen, nulla poena sine lege”, criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. la descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria...”*

Ahora bien, ya en el caso de autos, el recurrente hace referencia a la indeterminación del praecemtum legis por parte del Ente Regulador, por lo que importa traer a colación la Nota de Cargos ASFI/DSR II/R-100805/2011 de 27 de septiembre de 2011, misma que explícita e inequívocamente señala la presunta contravención al **inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras** por mantener entre los meses de enero y abril de 2011, un

exceso de inversiones en los Bancos Bisa S.A. y Unión S.A. que superan el 20% del Patrimonio Neto del **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**,

Que, de igual forma, y ya de la lectura de la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, se tiene que, la Autoridad de Supervisión, sancionó al recurrente por incumplimiento a lo establecido en el **inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras**, por mantener entre los meses de enero y abril de 2011, un exceso de inversiones en los Bancos Bisa S.A. y Unión S.A., que superan el 20% del Patrimonio Neto del **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**

Entonces, conforme se verifica, el Ente Regulador ha cumplido con el artículo 73 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, referido al principio de tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios, que es parte insoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del ius puniendi estatal, que exige norma mediante la cual se establece una sanción, evitando la indeterminación que daría lugar a la arbitrariedad, señalando inobjetablemente cuál es la norma incumplida y por la cual el recurrente fue objeto de sanción.

Asimismo y más allá de lo explicado, si bien la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, en su parte resolutive no hubiera hecho referencia al **inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras**, de ninguna manera este hecho puede ser entendido como una vulneración al principio de tipicidad, ya que, conforme se explicó líneas precedentes, el incumplimiento se encuentra desarrollado en considerandos de la mencionada Resolución, que tienen correspondencia con la parte resolutive de la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 y sin duda hacen a la esencia por la que fundamenta su posición.

En este contexto, no se debe olvidar que la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012, no sólo consta de la parte resolutive sino también de la parte considerativa, donde justamente se encuentran los fundamentos de la Resolución, por tanto, es infundado lo aseverado por el recurrente, en sentido de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría vulnerado el principio de tipicidad.

2.2. En cuanto a las limitaciones impuestas por otros bancos.-

La recurrente, señala que las entidades micro financieras, las cuales al no estar incluidas en el contrato de corresponsalía celebrado entre el Banco Central de Bolivia (BCB) y el Banco Unión S.A. (BUN), están obligados a efectuar dichas transacciones a través de las instituciones bancarias que aceptan trabajar con ellas, que como demostraron no son todas y, peor aún, con una serie de limitantes que afectan su operatividad y sus costos, todo lo cual atenta contra su eficiencia y capacidad operativa, ocasionando perjuicios para ellos y su clientela.

Asimismo, señalan las limitantes que, en el presente caso, tenían con los Bancos Mercantil Santa Cruz S.A. y Ganadero S.A., para poder efectuar más depósitos y que los horarios, en los cuales reciben importantes montos por recaudación, estas instituciones ya no reciben depósitos y que algunas Entidades de Intermediación Financieras Bancarias les limitan el

monto diario de transferencia (caso Banco Ganadero S.A.), lo cual no les permitiría cumplir con sus clientes para los cuales recaudan fondos, debido a que, por contrato, están obligados a depositarles en sus cuentas al día siguiente de la fecha de recaudación y considerando que son sumas grandes les sería imposible cumplir con tal acuerdo transaccional.

Así también, señalan que la cobertura geográfica nacional que alcanzan con sus agencias, es superior a la de los bancos con los cuales trabajan, constituyéndose en otra limitante para realizar los depósitos en efectivo, aun cuando tengan margen de depósitos en sus cuentas.

Al respecto y en cuanto a las limitaciones impuestas por el Banco Ganadero S.A., Banco Mercantil Santa Cruz S.A., y otros, alegados por el recurrente, si bien existieron ciertas restricciones, las mismas no pueden ser un justificativo para el incumplimiento de la norma, en este caso al artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, por lo que no se puede considerar tales limitaciones como eximente de responsabilidad. En razón a que, es el propio recurrente, en su Recurso Jerárquico, afirma, en cuanto al Banco Ganadero S.A., que dicha restricción estaba vigente desde la apertura de la cuenta, por lo que siendo de conocimiento previo la limitación, el recurrente debió controlar cuidadosamente sus límites.

Ahora ya, en el caso del Banco Mercantil S.A., se tiene que la carta con CITE: BMSC BIF 39/2010 de fecha 14 de octubre de 2010, si bien la misma hace referencia a que a partir del 20 de octubre de 2010, no se autorizaría el pago de cheques ni el retiro de fondos, se tiene que, el recurrente, primero, tuvo el tiempo suficiente para tomar alguna otra medida, que le permita administrar los volúmenes de liquidez de manera adecuada y enmarcada en la normativa vigente que, además, en los meses de noviembre y diciembre de 2010, la misma sí cumplió a cabalidad con el precepto legal –nada demuestra lo contrario-, hecho que claramente indica que no existió un caso de imposibilidad o de fuerza mayor, para el cumplimiento de la ley.

Ahora bien, es importante señalar que de conformidad a lo determinado en el inc. a), Artículo 1, Sección 2, Capítulo II, Título II de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, la entidad financiera, diariamente debe enviar a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, vía electrónica la información requerida por el Anexo “R” de Obligaciones con Entidades de Intermediación Financiera, en consecuencia, tenía y tiene, información respecto de los montos depositados en cada Banco y de los límites máximos que debe mantener en cada uno, para evitar transgredir los márgenes establecidos por la norma, en este caso, por el inciso g) del Artículo 79° de la Ley N° 1488 (de Bancos y Entidades Financieras).

Que el hecho de que la recurrente no haya realizado un control interno sobre el manejo de Tesorería o Gestión de Riesgo de Liquidez, corresponde a un actuar negligente, que más allá de la elevada cuantía que pueden importar las recaudaciones diarias, el control de sus saldos en las cuentas de los diferentes Bancos debe recibir un cotejo y revisión permanente, por lo que la entidad sancionada estaba en condiciones de realizar –y debió hacerlo- los movimientos necesarios para evitar incumplir el límite de la norma citada, ante cualquier

eventualidad con los Bancos comerciales y considerar depósitos a la cuenta de encaje legal que se encuentra siempre habilitada para efectuar retiros y depósitos ilimitados.

Ahora bien, respecto al referido control, la Autoridad Reguladora se ha manifestado en la Resolución Administrativa ASFI N° 491/2013 de 7 de agosto de 2013, señalando "...el recurrente no puede pretender exonerar su responsabilidad de cumplir el control del cumplimiento de límites establecido en el inciso g) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N°1488 (Texto Ordenado), por cuanto el recurrente presta un servicio público, su ejercicio requiere profesionalidad, en el entendido de que presta de manera masiva un servicio para el que se requiere preparación particular, conoce de manera previa las obligaciones a las que esta constreñido, siendo una de estas obligaciones, precisamente, el conocimiento exacto de la normativa que regula el sector y de manera muy especial la observancia de las prohibiciones y limitaciones a las que esta (sic) sometido, por cuanto el servicio que presta es en definitiva un servicio público.", por lo que el recurrente, al igual que los demás regulados, tienen la obligación de actuar laboriosamente con diligencia y profesionalismo, máxime si de cumplir, o incumplir, la norma se trata.

Si bien las referidas limitaciones operativas con las que tropezó el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.** con los Bancos comerciales con los que trabaja, tal como alega en su recurso, habrían ocasionado los incumplimientos observados, no se pudo advertir en el expediente, ningún antecedente que demuestre que, al realizar o presentarse el primer incumplimiento, es decir, el 12 de enero de 2011, el recurrente haya informado y, es más, haya solicitado a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ya sea ampliar el límite del Artículo 79° de la Ley N° 1488, inciso g) o para poner en su conocimiento que tal situación podría volver a ocurrir por dichas restricciones.

De darse aquello, habría demostrado un eficiente control de sus límites legales y la buena fe en dicho incumplimiento, sin embargo, tuvieron que pasar más de tres meses y, peor aún, que la propia Autoridad Reguladora, sea la que detecte y revele, a ese momento, las varias oportunidades en que se dieron las contravenciones a la ley, como se puede observar del cuadro de la ASFI:

Fecha	Excesos (Bs)			Recaudación Total (Bs)	Exceso/Recaud. Porcentaje
	Banco Bisa	Banco Unión	Total		
12/01/2011	12.933.193,23		12.933.193,23	14.638.564,14	88,35%
14/01/2011	4.908.825,65		4.908.825,65	14.744.040,62	33,29%
18/01/2011	6.374.940,15		6.374.940,15	13.402.037,14	47,57%
21/01/2011	3.283.343,74		3.283.343,74	17.916.949,04	18,33%
01/02/2011	8.114.840,55		8.114.840,55	14.175.259,44	57,25%
07/02/2011	6.264.761,52		6.264.761,52	12.654.590,22	49,51%
14/02/2011	12.996.303,38		12.996.303,38	29.825.693,52	43,57%
17/02/2011	7.850.464,88		7.850.464,88	16.934.963,77	46,36%
11/03/2011	72.272,77		72.272,77	21.576.884,27	0,33%
21/03/2011	735.328,19		735.328,19	30.314.414,72	2,43%
11/04/2011	0,00	869.154,19	869.154,19	13.664.936,61	6,36%
20/04/2011	2.049.693,82	1.663.225,58	3.712.919,40	19.694.777,81	18,85%
26/04/2011	2.014.422,05		2.014.422,05	17.827.094,62	11,30%
27/04/2011	19.100.867,90		19.100.867,90	34.127.664,44	55,97%
29/04/2011	8.537.428,88		8.537.428,88	32.905.267,23	25,95%
30/04/2011	14.902.550,94		14.902.550,94	0,00	0,00%

En cuanto a las limitaciones generadas por los bancos, la Autoridad reguladora se manifestó en la Resolución Confirmatoria, ahora recurrida, señalando:

“(…)

- La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero consideró lo manifestado por el recurrente, respecto a que no puede operar con todos los bancos del sistema, ya que algunas instituciones como el Banco Nacional de Bolivia S.A. y el Banco de Crédito S.A. habrían cerrado las cuentas del Fondo, al respecto cabe aclarar que de la nota BMSC BIF 39/2010 de 14 de octubre de 2010, emitida por el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., se advierte que dicha entidad no autorizó el retiro de fondos en efectivo y **no realizó restricción alguna a los depósitos en efectivo**, tal como manifestó el Fondo. **Asimismo, la citada carta no comunica sobre limitaciones en el horario de transferencias.**
- En relación a que el Banco Ganadero S.A. a través de un correo electrónico de 16 de noviembre de 2011, habría comunicado al Fondo la necesidad de confirmar los retiros un día antes y que los mismos sean hasta Bs3,000,000 (Tres millones 00/100 Bolivianos) y/o \$us500,000 (Quinientos mil 00/100 Dólares), cabe señalar que el correo electrónico remitido por el Banco Ganadero S.A., mediante el cual da a conocer las restricciones de retiros diarios, **es posterior al periodo en el cual se identificaron los incumplimientos al límite de Inversiones.**
- En virtud a lo citado precedentemente se tiene, que el argumento esgrimido por el recurrente no es válido ni mucho menos aceptable, por cuanto su calidad de profesional no permite lugar a confusión ni incorrectas interpretaciones, contrario sensu, le obliga actuar con la máxima diligencia como un “bonus” o “diligens pater familias”, entendida como “Una figura abstracta creada en el Derecho Romano para poder determinar el grado de culpa de una persona en una determinada situación jurídica. Esta figura abstracta del “bonus” o “diligens pater familias” demuestra a un hombre que se conduce en sociedad con la prudencia y diligencia normal y común en el cumplimiento de sus obligaciones, como lo harían todos los hombres que se encuentren en esa misma situación. Este concepto sirve para imputar culpa a aquella persona o entidad que en sus obligaciones, negocios y actuaciones no demuestre el cuidado diligente y prudente que una persona común lo habría hecho en esa misma situación” (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 14/2007 de 6 de febrero de 2007).”.

Nuevamente vemos que, independientemente de las limitaciones operativas, era deber del recurrente **velar por el cumplimiento a la norma**, porque un manejo responsable y profesional no puede permitir transgredir la norma en varias oportunidades y durante tanto tiempo (más de tres meses), sin ser reportado o puesto en conocimiento de la Autoridad Reguladora oportunamente, a fin de solicitar se tomen las medidas que correspondan o se justifique tal transgresión (como recién lo hace en sus recursos), advirtiendo de su potencial reiteración.

En consecuencia, el ahora recurrente, incumplió el límite establecido en el inciso g) del Artículo 79º de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras, en las fechas y montos que se expresaron en el cuadro anterior.

2.3. Saldos no asociados a créditos ni a inversiones.-

El recurrente alega que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha dado cumplimiento a su deber de investigar la verdad material, tal como señalaría la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 039/2013 de 14 de junio de 2013, ya que en la inspección sobre Riesgo de Liquidez y Gobierno Corporativo practicada a partir del 1 de julio de 2013, si bien le fue suministrada información comparativa referida a los excesos de límites diarios y el monto de las recaudaciones, la misma no habría sido considerada, ya que no se haría mención a la misma, no se la desvirtúa, ni se agrega ningún elemento probatorio adicional, lo cual constituiría (desde el punto de vista del recurrente) un silencio de pruebas. La información proporcionada y a la que hace alusión es la que se presenta en el cuadro siguiente:

Comparación de los sobregiros diarios con las recaudaciones diarias

(En Bolivianos)

MES	FECHA	ADUANA	Ref.	SIN	Ref.	RUAT	Ref.	TOTAL	Exceso del Límite	
									BISA	UNION
ENERO	miércoles 12 de enero de	10,550,532.0	L	1,180,221.8	2	2,907,810.	3	14,638,564.1	12,933,193.	
	viernes 14 de enero de	10,332,133.0	4	2,945,062.2	5	1,466,845.	6	14,744,040.6	4,906,825.6	
	martes 18 de enero de 2011	9,040,950.0	7	2,918,935.9	8	1,442,151.	9	13,402,037.1	6,374,940.1	
	viernes 21 de enero de	13,646,537.0	10	2,800,158.2	11	1,470,253.	12	17,916,949.0	3,283,343.7	
FEBRERO	martes 1 de febrero de	13,768,848.0	13			406,411.44	14	14,175,259.4	8,114,840.5	
	lunes 7 de febrero de 2011	10,276,037.0	15	1,877,642.0	16	500,911.22	17	12,654,590.2	6,264,761.5	
	lunes 14 de febrero de 2011	15,339,200.0	18	13,923,879.0	19	562,614.52	20	29,825,693.5	12,996,303.	
	jueves 17 de febrero de	11,278,894.0	21	5,109,977.0	22	546,092.77	23	16,934,963.7	7,850,464.6	
MARZO	viernes 11 de marzo de	17,863,785.0	24	3,293,287.0	25	419,812.27	26	21,576,884.2	72,272.77	
	lunes 21 de marzo de 2011	9,799,303.0	27	20,133,767.0	28	381,344.72	29	30,314,414.7	735,328.19	
ABRIL	lunes 11 de abril de 2011	8,122,767.0	30	5,062,452.0	31	479,707.61	32	13,664,926.6		869,154.19
	miércoles 20 de abril de	13,227,960.0	33	5,817,887.0	34	648,930.81	35	19,694,777.8	2,049,693.8	1,663,225.5
	martes 26 de abril de 2011	11,210,866.0	36	5,925,714.3	37	690,514.30	38	17,827,094.6	2,014,422.0	
	miércoles 27 de abril de	11,209,671.0	39	22,163,664.0	40	754,329.44	41	34,127,664.4	19,100,867.	
	viernes 29 de abril de 2011	8,831,046.0	42	23,571,247.0	43	493,974.23	44	32,896,267.2	8,537,428.6	
	sábado 30 de abril de 2011							0.00	14,902,550.	1)

1) Este saldo corresponde depósitos realizados en el Banco BISA el día sábado por recaudaciones realizadas el día anterior, las cuales no fue depositar el mismo día por haber sido recibidas después de la hora en que el banco cierra sus agencias, mientras que las nuestras continúan operando hasta las 6:00 PM. tiempo durante el cual se siguen recibiendo recaudaciones.

Revisados los antecedentes, se puede advertir que la Autoridad sí ha considerado la referida información, cuando en la Resolución confirmatoria, señala:

“...Asimismo, de la revisión de los extractos de la cuenta de encaje legal del Fondo, se advierte que los importes por concepto de recaudaciones fueron transferidos a su cuenta de encaje y posteriormente a las cuentas de sus clientes, observándose que en fecha 11 y 20 de abril de 2011, se produjeron excesos en el Banco Unión S.A. y no se efectuaron traspasos de dicho Banco, a su cuenta de Encaje Legal, tal como lo manifestó el Fondo:

El detalle de depósitos a través del SIPAV a la cuenta de Encaje Legal del Fondo, por fecha y hora se expone a continuación:

Fecha	Total exceso diario (Bs)		Depósitos a través del SIPAV en la Cuenta de Encaje del Fondo								
	BIS	BUN	Fecha	Hrs	BIS	Hrs	Bec	Hrs	BME	Hrs	BGA
12/01/2011	12,933,193		13/01/2011	16:00	31,000,000	14:46	7,000,000	15:54	7,000,000		
				14:23	43,000,000						
14/01/2011	4,906,826		17/01/2011	13:06	5,000,000						
18/01/2011	6,374,940		19/01/2011	14:05	45,000,000						
21/01/2011	3,283,344		24/01/2011	15:12	33,000,000	14:29	7,000,000				
01/02/2011	8,299,352		02/02/2013	15:48	35,000,000			14:20	2,000,000		
07/02/2011	6,354,344		08/02/2011	16:07	36,000,000						
14/02/2011	13,096,319		15/02/2011	16:23	41,000,000						
17/02/2011	7,850,465		18/02/2011	16:13	30,000,000						
11/03/2011	235,422		14/03/2011	14:43	35,000,000						
21/03/2011	735,328		22/03/2011	12:52	34,000,000						
11/04/2011		869,154	12/04/2011					16:17	7,000,000	15:25	3,000,000
20/04/2011	2,049,694	1,663,226	21/04/2011	15:36	30,000,000						
26/04/2011	2,014,423		27/04/2011			17:29	7,000,000			17:21	3,000,000
27/04/2011	19,100,869		28/04/2011	14:43	39,000,000	15:15	14,000,000	15:53	7,000,000	15:53	3,000,000
29/04/2011	8,537,430										
30/04/2011	14,902,553		03/05/2011	16:07	32,500,000			16:25	8,016,000		

Fuente: Información de los extractos de Cuenta de Encaje en el Banco Central de Bolivia (BEC) Banco Económico S.A., (BGA) Banco Ganadero S.A., (BIS) Banco Bisa S.A., (BME) Banco Mercantil Santa Cruz S.A. (BUN) Banco Unión S.A.

De la revisión de los extractos proporcionados por la entidad sobre las transacciones realizadas a través del Sistema de Pagos de Alto Valor (SIPAV), se verificó que el 26 de abril de 2011, el Fondo no realizó la transferencia de fondos al día siguiente hábil a la cuenta de sus clientes, tal como lo señaló en sus descargos. Asimismo, según los extractos de la Cuenta de Encaje Legal las transferencias (depósitos en su Cuenta de Encaje Legal) en todos los casos fueron realizadas después del mediodía.

Finalmente, se debe considerar, que el Banco Mercantil Santa Cruz S.A., mediante carta BMSC BIF 39/2010 de 14 de octubre de 2010, manifestó que las operaciones de traspasos realizadas para el pago de recaudaciones de los servicios públicos y traspasos de fondos a cuentas fiscales se continuarán recepcionando con normalidad, sin embargo, no se advierte que el Fondo haya considerado la misma."

Adviértase que, la información proporcionada por el recurrente sí fue considerada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dado que en el cuadro antes presentado, se revela que se analizaron los volúmenes recaudados y las transferencias realizadas, en este caso, a través del Sistema de Pagos de Alto Valor (SIPAV), en la cuenta de Encaje Legal del Fondo.

Ahora bien, tal como señala el recurrente, las recaudaciones de la tarde y de la noche de un determinado día, las depositan al día siguiente, donde también se realizan las transferencias a las cuentas de los clientes dueños de las citadas recaudaciones, sin embargo, de los cuadros precedentes, se puede apreciar que los días 12 y 26 de abril no se realizaron transferencias del Banco Bisa S.A.: el día 12, no habría existido necesidad debido a que no se incumplió el límite normado pero sí el día 26, debieron realizarse transferencias porque se excedió el límite legal, demostrándose que sí pudieron haber evitado transgredir la norma de haber realizado la transferencia, sin embargo, al respecto, la recurrente menciona que no pudieron realizar la transferencia debido a que la recaudación del día

anterior no habría sido confirmada por la transportadora BRINKS, pues los depósitos efectuados en la tarde imposibilitan las transferencias a la cuenta de Encaje Legal ya que los Bancos solo aceptan solicitudes hasta mediodía.

Si bien lo manifestado por el recurrente, en sentido de que, las solicitudes de traspaso a la cuenta de Encaje Legal solamente son aceptadas hasta mediodía, también es cierto que debieron haber tomado las previsiones correspondientes para que los depósitos de BRINKS sean oportunos, pues éste seguimiento es y debe ser responsabilidad de la Administración de Tesorería, por lo que los argumentos vertidos tanto para justificar las no transferencias en 26 de abril de 2011 no son suficientes para enervar los cargos imputados y sancionados.

De igual manera, los argumentos expuestos respecto a la falta de transferencias de los días 27, 29 y 30 de abril, solamente justifican por qué no pudieron efectuar tales transferencias, es decir, que redundan en las limitantes operativas, como si fuesen hechos fortuitos, pero no es así, ya que las limitaciones las tienen todos los días, en los que cumplen y en los que incumplen los límites, por lo que, reiteramos, ya debieron desarrollar estrategias para evitar incumplir la norma.

De lo manifestado en los párrafos precedentes, se puede apreciar que si bien existen o existieron limitantes operativas, tal como se dijo ut supra, es responsabilidad de la Administración del Fondo, a través de sus áreas pertinentes, monitorear permanentemente el control de límites normativos, pues no corresponde que temas operativos controlables, sean fundamento para el incumplimiento a la norma debido a que la recaudación de recursos para sus clientes no ha sido solamente en los días de incumplimiento, sino todos los días, lo cual demuestra que sí pueden dar cumplimiento a dichos límites, pese a las mencionadas limitaciones operativas.

Por último y en cuanto a la posible vulneración al principio de verdad material, por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se pudo evidenciar, del análisis ut supra, que el Ente Regulador cumplió a cabalidad con el inciso d) del Artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, determinando que no existió ningún justificativo, por parte del recurrente, que demuestre que el incumplimiento se debió a un caso de fuerza mayor o hecho fortuito, que no pudo ser evitado y previsto por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.**, por tanto, no existe alegación y justificativo válido para el incumplimiento a lo expresamente determinado en el inciso g) del Artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financiera, no existiendo por ende, más verdad que probar en el presente caso.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente analizado y expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha hecho una correcta valoración de la prueba así como una correcta interpretación de la norma en cuanto al incumplimiento a lo determinado al inciso g) del Artículo 79 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículos 43 inc. a) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Confirmar Totalmente la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa ASFI N° 491/2013 de 7 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 643/2012 de 23 de noviembre de 2012.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/N° 611-2013 DE 08 DE JULIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 080/2013 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 080/2013

La Paz, 27 de Noviembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 611-2013 de fecha 8 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 517-2013 de fecha 4 de junio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de control, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 078/2013 de 11 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 172/2013 de 24 de octubre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 23 de julio de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada legalmente por su Gerente Regional, Lic. René Darío Mostajo Otasevic, según el Testimonio de Poder N° 325/2012, otorgado en fecha 25 de abril de 2012 por ante Notaría de Fe Pública N° 111 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo del Dr. Lorenzo Sandoval Estenssoro, presentó Recurso Jerárquico

contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 611-2013 de fecha 8 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 517-2013 de fecha 4 de junio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/6806/2013 con fecha de recepción 26 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 611-2013 de fecha 8 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 517-2013 de fecha 4 de junio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 31 de julio de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, mismo que fue notificado el 5 de agosto de 2013.

Que, en fecha 9 de septiembre de 2013 se llevó adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** en su memorial de 14 de agosto de 2013 y señalada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 071/2013 de 26 de agosto de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 026/2013 DE 13 DE MAYO DE 2012.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 026/2013 de 13 de mayo de 2013, se resolvió lo siguiente:

*"...ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 880-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012 **inclusive**, que fuera confirmada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de fecha 11 de diciembre de 2012, debiendo en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica..."*

2. ANTECEDENTES.-

Conforme consta de la nota de fecha 2 de marzo de 2012, dirigida a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, la señora María Elena Durán Ramos, cliente y asegurada de la misma, presentó el reclamo referido a que: "por un mal asesoramiento por parte de un agente de seguros de su Institución, accedí a cambiar mi plan de Seguro de Vida Entera por el plan Seguro de Vida Flexible", por cuya emergencia, la Autoridad Fiscalizadora inició un proceso sancionatorio contra la Entidad Aseguradora mencionada,

mediante nota APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2012, siendo el cargo impuesto el transcrito a continuación:

*“...no ha demostrado que en el proceso de cambio del Plan de Vida Entera a Vida Flexible, hubiera cumplido a la normativa pertinente. Esto es, el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: **“PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS:... a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...”**”.*

Sustanciados los correspondientes descargos, conforme fueran presentados por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** en su nota NAVI-GR-657-2012 de fecha 25 de octubre de 2012, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

*“...**PRIMERO.- SANCIONAR A NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** con una multa en Bolivianos equivalente a Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (2.000 UFV's), por haber incurrido en la prohibición señalada en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998...”*

Mediante memorial presentado en fecha 4 de diciembre de 2012, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, pronunciada por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de 11 de diciembre de 2012 y dentro del Recurso de Revocatoria interpuesto por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, se confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Por memorial de fecha 27 de diciembre de 2012, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, por la que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirma totalmente la primera.

Corridos los trámites inherentes al Recurso Jerárquico, le correspondió al suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, como Autoridad Jerárquica, pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013, por la que se anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012, con los siguientes fundamentos:

“...Es pertinente traer a colación, lo señalado por la recurrente en su memorial presentado en fecha 15 de febrero de 2013, en sentido que:

“...Su autoridad habrá notado que nuestra impugnación se basa en el análisis de principios constitucionales medulares de nuestro sistema legal, que fueron

conculcados en la dictación del acto administrativo impugnado y **no hace énfasis en las cuestiones de hecho que rodean al caso en cuestión que hemos considerado menos relevantes** dada la gravedad de las violaciones constitucionales contenidas en el acto recurrido..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Es así que, se concluye en que efectivamente, los alegatos de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** -que corresponden al presente analizarse y resolverse-, están referidos en concreto, al carácter principista que hace al instituto de la prueba, como componente del debido proceso administrativo, y visto desde el contexto concreto que allí se señala: presunción de inocencia, presunción de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, y discrecionalidad reglada, entonces en la aplicación que de todo ello hace la recurrente al caso.

2.1. Comprobación de la ocurrencia de la infracción imputada y sancionada.-

No obstante la generalidad de los términos que hacen a la imputación con la que se expresa el cargo en la nota APS/DJ/DS/7749/2012 (extremo sobre el que, al no existir observación o impugnación alguna, ha ganado en efectividad por su convalidación, al igual que en la mención errónea que la misma nota hace de "Seguros Illimani S.A."), es posible saber que la imputación consiste en que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, ha incumplido el artículo 14º, inciso 'a' de la Ley Nº 1833 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), el que establece que:

"ARTICULO 14. - PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS. Las Entidades Aseguradoras quedan prohibidas de:

a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos..."

Ahora, en función a ello, la revisión del Recurso Jerárquico permite concluir de inicio que, así como presentado en un único capítulo ("**I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN**"), el agravio que el mismo expresa es básicamente uno: el que no se hubiera comprobado el cargo impuesto contra la recurrente, no obstante lo cual y en lugar de aplicarse las presunciones de inocencia y de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, se la hubiera sancionado aplicando indebidamente un criterio discrecional.

Por lo que corresponde realizar la compulsa que el caso amerita, tomando en cuenta las expresiones señaladas por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** que se detallan a continuación, sin perjuicio de la transcripción realizada en la presente Resolución Ministerial:

"...Su digno despacho pretende afirmar que una autoridad del estado (sic) como esa distinguida autoridad reguladora (sic), está al margen, exenta, eximida, libre, no limitada, no condicionada o alcanzada, ni obligada a

presumir la inocencia de una persona al imponerle una pena. La premisa planteada por su autoridad (sic) pretende realizar un vuelco trascendental al sentido del Art. 18 del Reglamento de sanciones aplicado para imponer una pena sobre una persona natural o jurídica y a nuestro propio sistema legal (...)

...la norma establece una premisa que legalmente se denomina "presunción de hecho" por la cual se debe entender y asumir (la norma no admite otra posibilidad "in limine") que toda persona es inocente, en tanto no se presenten pruebas que sustenten la posibilidad de afirmar lo contrario, para solo luego poder ampararse en alguna norma que permita (sic) imponerle una pena (...)

...nuestra sociedad sí presentó pruebas documentales de haber asesorado con precisión, exactitud y oportunidad en pleno cumplimiento de la norma. Su digna autoridad no presentó prueba alguna que demuestre que nuestro actuar no fue especialmente diligente en todo momento, como lo dispone la norma positiva (la escrita)..."

2.1.1. Trascendencia de la cuestión de fondo sobre los extremos recurridos.-

Corresponde aquí una nueva aclaración: el Recurso Jerárquico -como se tiene dicho-, está referido en concreto, a que no se hubiera comprobado el cargo impuesto, después sancionado (de allí que se alegue, infracción a las presunciones de inocencia y de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, e indebida aplicación del principio de discrecionalidad reglada).

Toda vez que la impugnación de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** "se basa en el análisis de principios constitucionales medulares... y no hace énfasis en las cuestiones de hecho que rodean al caso en cuestión que hemos considerado menos relevantes" (memorial de fecha 15 de febrero de 2013), corresponde rescatar lo señalado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012 de 13 de noviembre de 2012:

"...Que en adición y **revisando la documentación adjunta a la carta de descargos** se evidencia que la misma es repetitiva de correspondencia unilateral de esta compañía, pero **ninguna de ellas acredita hechos materiales que evidencien una asesoría completa, exacta y veraz para proceder al cambio**; v.gr. una explicación pormenorizada del incremento del monto de las primas correspondientes..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Argumento que, en los términos de la Sentencia Constitucional 2212/2010-R de 19 de noviembre de 2010 (que establece que la fundamentación de una resolución no necesariamente tiene que ser extensa, sino contener una exposición concisa y razonable y que permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron a tomar la decisión), determina que **la supra mencionada Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012, se encuentra debidamente fundamentada en cuanto a su**

decisión de sancionar a la ahora recurrente, tanto en lo fáctico -apreciación de la prueba producida incluida- como en lo jurídico.

Independientemente de ello, se tiene presente que la misma ha incorporado en su tenor, los informes APS/DS/JTS/1418/2012 de 30 de octubre de 2012, y (legal) APS/DJ/DS/344/2012 de 7 de noviembre de 2012, conforme se evidencia de su preámbulo (parte de "Vistos"), determinando ello que al tenor del artículo 52º, párrafo III, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, hagan parte de tal Resolución, siendo pertinente rescatar, en lo trascendental, lo señalado por ambos informes:

- Informe APS/DS/JTS/1418/2012 (mencionado en la Resolución sancionatoria como "APS/DS/JCF/1418/2012") de 30 de octubre de 2012:

*"...es importante aclarar que los incumplimientos surgen a raíz del cambio de plan de Vida Entera a Vida Flexible, donde < (sic) **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** no ha presentado descargos suficientes para levantar los cargos por incumplimientos.*

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. se limita a señalar que en el Anexo D se entregó documentación a la asegurada para que pueda evaluar las diferencias entre las dos modalidades de Seguro.

Evaluada la documentación se observa que entregó a su cliente los siguientes documentos:

- Carta a María Elena Duran (sic) Ramos de fecha 27 de junio de 2011, enviada por la aseguradora, en la que le hacen conocer a la asegurada que: "Debido al cambio de plan de seguro, de vida entera póliza N° NAVI-VI-004281/2007, al plan PREMIUM de vida flexible póliza N° POL-VF-LP-00200720-2010-00, sin interrumpir la cobertura del seguro de vida, Nacional Vida Seguros de Personas S.A. reconoce la antigüedad para la aplicación de los siguientes artículos del condicionado general de la presente póliza:

Artículo 5: Impugnabilidad (De acuerdo al Art. 1138 del Código de Comercio)

Artículo 7: Riesgos no cubiertos, inciso a) Suicidio (De acuerdo al Art. 1139 del Código de Comercio)

- Condicionado Particular de la Póliza de Seguro de Vida Flexible.
- Solicitud de Seguro de la Póliza de Seguro de Vida Flexible.

Los documentos antes señalados, no demuestran asesoría alguna por parte de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** para el cambio del Plan de Vida entera a Vida Flexible.

Por último, señala que en relación a los incisos c) y d) de la notificación de cargos, que señala: “En relación a los incisos c) y d) del punto 3, nos remitimos a los documentos del “Anexo E”, que grafican las diferencias entre los planes y **que sirvieron para que en conocimiento de las mismas, nuestra asegurada pudiera tomar la decisión de retornar al plan de que originalmente formaba parte**”.

Al respecto, no existe evidencia de recepción por parte de la Señora María Elena Duran (sic) Ramos sobre las mencionadas diferencias. Asimismo, la aseguradora ratifica que el Seguro de Vida **Entera caduca a los 30 días y que no existen Retiros Parciales**, lo cual se reitera y va en contra de lo que establece el condicionado general, ratificando por consiguiente la falta de asesoría por parte de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**

En este sentido, no son suficientes los descargos de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** para levantar los cargos imputados a través de la nota **CITE: APS/DJ/DS/7749/2012** de fecha 05 de octubre de 2012...”

- Informe legal APS/DJ/DS/344/2012 de 7 de noviembre de 2012:

“...**3.2.** La compañía **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, mediante nota CITE: NAVI-GR/657-2012 de 25 de octubre de 2012, expone sus argumentos de descargos incurriendo en una confusión de momentos en que sucedieron los hechos, deduciendo falsamente, que habría otorgado información veráz (sic), oportuna y suficiente a la señora María Elena Durán Ramos.

3.3. La confusión más relevante de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** consiste en interpretar las quejas de la señora María Elena Durán Ramos, como muestra inequívoca de haber recibido información exacta y comprensiva en su momento.

3.4. Como demostración de haberse proporcionado información exacta y oportuna, adjunta la póliza de seguro actual, el plan de pagos de primas actualizado, copia de documentos que habría entregado a la usuaria en el anexo “D”, y la afirmación taxativa de que “atendieron las quejas de la usuaria de manera inmediata y sin mayores dilaciones”.

3.5. Respecto de esta afirmación conviene discernir respecto de lo que se entiende por “**oportunidad**” y por el término “**exacto o exacta**”. Vayamos por partes; en cuanto al significado de la voz “**oportunidad**”, tal alude a un hecho o circunstancia que se da en un momento adecuado para hacerlo, de manera que implique conveniencia de tiempo y lugar. En otras y pocas palabras: momento propicio para hacer y/o decir algo. Ergo, si hacemos o decimos algo en momento inadecuado con inconveniencia de tiempo y lugar, lo hecho y dicho será “**inoportuno**”, no surtiendo los efectos que se pretende, ocurran.

3.6. En cuanto al termino **“exacto o exacta”**, entenderemos como aquello que se “adequa o se ajusta completamente a algo”, o para matizar con un rasgo subjetivo, diremos que es algo con lo que se está completamente de acuerdo. También este término es sinónimo de “verdad” cuando se utiliza la palabra para decir que algo es exactamente cierto o que lo que otra persona dijo es exacto pues respeta la verdad.

3.7. En el ámbito de la aplicación de las normas legales positivas, los términos “oportuno” y “exacto o exacta” adquieren capital importancia, ya que las normas se las cumplen en un determinado momento y lugar y no antes o después. Este uso racional de los hechos o los dichos corresponden congruentemente con lo entendido por “exacto” ya que si lo dicho o hecho es oportuno, será entonces verdadero porque corresponde en momento, lugar y a la veracidad del fenómeno.

3.8. Esta disquisición es imprescindible para valorar el argumento de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** en sentido de que las quejas de su usuaria María Elena Durán Ramos es prueba de que sí orientó, proporcionó información exacta y oportuna a propósito del cambio de plan de seguro. Cuando la Ley prescribe supuestos hipotéticos como futuros encuadramientos a la misma, es que está señalando que ciertos hechos deben ser efectuados o llevados a cabo **antes de** y no **después de**. En el caso que nos ocupa, no es de recibo (sic) pretender justificar que María Elena Durán Ramos fue informada verazmente para el cambio de plan de seguro de Vida Entera a Vida Flexible argumentando que las quejas y el sentimiento de “estafa” demuestran que efectivamente se cumplieron las normas atinentes. Aceptar tal argumento sería tanto como (mutatis mutandis) si aceptáramos como eximente de responsabilidad alguna que un sujeto manifestara, luego de robar, que no robó porque devolvió lo robado.

3.9. Como se puede deducir, el hecho de devolver lo robado no borra ni elimina que en un momento dado, se robó por mucho que luego se hubiera devuelto el producto del robo.

3.10. En el caso de María Elena Durán Ramos, las normas que rigen fenómenos de cambio de plan de seguro son de ineludible cumplimiento antes de que la persona adopte o tome una decisión, y no aplicar las normas después de haberse tomado la decisión. Justificar que las quejas (luego de haberse firmado los cambios de plan de seguro) son prueba de que haberse cumplido con las normas imputadas de incumplidas, simplemente no resiste el menor análisis.

3.11. En efecto, las prohibiciones contenidas en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 son para evitar incurrir en las mismas **antes de** y no **después de**, como ingenuamente, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** interpreta.

3.12. Por otro lado, se debe claramente establecido que los cargos imputados se refieren al incumplimiento de normas atinentes a las prohibiciones en ocasión de cambios de plan de seguro contenidas en la Ley de Seguros y disposiciones inscritas en las propias pólizas, pero de ninguna manera se refieren los cargos a la velocidad y rapidez con que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** hubiera procedido a retornar a María Elena Duran Ramos a su plan original de "Vida Entera".

3.13. En adición y revisando las documentación adjuntada en la carta de descargos de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, la misma es repetitiva de correspondencia unilateral de ésta compañía, pero ninguna de ellas acreditan hechos materiales que evidencien una asesoría completa, exacta y veraz para proceder al cambio; v.gr. una explicación pormenorizada del incremento del monto de las primas correspondientes.

3.14. De acuerdo a lo transcrito en lo que a las alegaciones de descargo se refiere, su contenido no hace más que confirmar los cargos imputados, como podrá verificarse en el análisis que desarrolla la presente resolución administrativa (sic)..."

Consiguientemente y al contrario de la consideración de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** (en sentido que las cuestiones de fondo -"de hecho" dice la recurrente- que hacen al de autos, son "menos relevantes"), lo trascendental, fundamental y principal del caso, es que para la toma de la decisión que consta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 880-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012, el Ente Regulador ha hecho una correcta evaluación de las evidencias acumuladas al proceso sancionador hasta ese momento, pruebas documentales producidas por la sancionada, por una parte, y las resultantes de la investigación por la otra.

Entonces, tampoco es cierto lo sugerido por el Recurso Jerárquico, en sentido que la decisión sancionatoria carezca de sustento legal y fáctico, que para la imposición de la sanción se hubiera recurrido a una discrecionalidad reglada, que estuviere fundada en una "práctica jurídica" cual si fuera fuente del Derecho, y que la esencia de la pena impuesta esté basada "en la inexistencia de conceptos... de "oportunidad", "exactitud", "in oportunidad", "precisión", "la opinión del juzgador" o en "las definiciones y criterio personal del juzgador", entre otros alegatos.

En síntesis, no es evidente lo señalado por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, en sentido que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 880-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012, no se encuentre motivada en cuanto a la prueba existente a tal data, extremo que determinó los agravios que salen en el Recurso Jerárquico (referidos específicamente a las presunciones de inocencia y de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, y a la aplicación indebida de un criterio discrecional, entonces, en el entender de la recurrente, **como emergentes de ello**).

Lo que en el caso consta -por el expediente- que ha sucedido, es que pasando por alto lo señalado en el párrafo precedente, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, a tiempo de su Recurso de Revocatoria de 4 de diciembre de 2012 (y con similares argumentos que después hará valer en oportunidad del Recurso Jerárquico), se ha esforzado en desarrollar in abstracto, la trascendencia e importancia jurídica de la producción de prueba, para luego recién concretizarla al caso, al señalar que:

“...En todo el texto de la resolución impugnada su autoridad no solo (sic) deja de lado la presunción legal de inocencia y diligencia de la que nuestra sociedad es titular por mérito de la norma. Su autoridad también viola todos los principios del debido sustento de su afirmación de culpabilidad en pruebas admisibles en derecho, limitándose a basar su sanción en su propia opinión y en nuestras propias declaraciones.

En otras palabras, su autoridad se basa nada menos que en su propia definición y entendimiento de lo dispuesto por la norma, para imponer una sanción sobre nuestra sociedad, sin presentar ni compulsar en lo absoluto prueba alguna basada; en derecho positivo que sustente sus afirmaciones, como lo exige nuestro sistema legal que no presume la culpabilidad sino la inocencia de las personas objeto de juzgamiento...”

Empero, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, en ninguna parte de su Recurso de Revocatoria señala, cómo es que la Resolución Administrativa en esa coyuntura recurrida (APS/DJ/DS/Nº 880-2012), habría dejado de lado las presunciones de inocencia y de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, o, en infracción de los principios del “debido sustento”, no se hubiera sustentado la culpabilidad allí decidida, resultando que aquello de haberse sancionado “limitándose” a la propia opinión del Ente Regulador o a sus propias declaraciones, no es sino, una posición particular de la recurrente, que no encuentra mayor asidero jurídico.

En ese contexto, ha hecho bien el Ente recurrido (porque es su deber, al tenor de los artículos 24º y 120º de la Constitución Política del Estado, y 63º de la Ley Nº 2341) en pronunciarse, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, sobre los extremos precisos de lo recurrido por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme consta en la misma; empero además, la Resolución Administrativa última nombrada -ahora recurrida- pone énfasis, entre otros, en los fundamentos siguientes:

- El proceso se ha desarrollado con observancia de las fases que le son inherentes, entonces con verificación y establecimiento de las irregularidades, los involucrados y los hechos, notificándose el cargo emergente de ello a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, a efectos pueda asumir defensa, concediéndosele el plazo para la producción de descargos y pruebas,

con cuyo cumplimiento, se dictó la resolución sancionatoria debidamente fundamentada y motivada.

- Durante la sustanciación del procedimiento sancionatorio, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** tuvo la oportunidad de producir sus pruebas, sin que de ninguna parte de la resolución sancionatoria, se pueda interpretar negación de la proposición de prueba de la recurrente, o que se hubiera desconocido la categoría de las pruebas producidas.
- Los descargos presentados por la recurrente, a través de la nota NAVI-GR/657/2012 de 25 de octubre de 2012, no desvirtuaron el cargo imputado: no demostraron que la aseguradora hubiera asesorado correctamente a la señora María Elena Durán Ramos en el cambio de plan de seguro.
- En la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012, no existe referencia alguna de que se hubiera prescindido de la evidencia producida para en su lugar (cual si fuera prueba), se hubiera utilizado la aclaración del significado de términos que hacían al buen entendimiento del caso (“oportunidad”, “exacto o exacta”, o “inoportuno”).
- La Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros no emitió ningún juicio de valor definitivo, antes de recibir y valorar los descargos y probanzas de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, “en respeto y aplicación del principio de legalidad y de presunción de inocencia”.

De ello, se concluye que en la oportunidad de resolver el Recurso de Revocatoria, además de atender con pertinencia los extremos en concreto recurridos, señaló el Ente Regulador que la determinación de la infracción sancionable, obedeció al resultado de la evaluación del procedimiento probatorio que le es inherente y que fue efectivamente realizado, de manera tal que, la comisión de la falta sancionada, se encuentra debidamente comprobada.

Por tanto, contrariamente a lo sugerido por la recurrente, no sólo que el conocimiento actual acerca de la sustanciación del fondo de la sanción impuesta, es trascendental y determinante en la resolución de la controversia presente, sino que además, en lo que hace a las acusadas inobservancias a los principios por ella señalados, al estar planteadas en el Recurso cual realidades independientes, cuando en realidad son accesorias del tema, y toda vez que **las resoluciones impugnadas se encuentran fundamentadas en aspectos fácticos (sobre la probanza) como jurídicos, y no habiendo existido la inobservancia al procedimiento probatorio**, entonces, *accessorium sequitur principale* (no a la inversa, como mal parece entender la recurrente), **tampoco hay inobservancia a las presunciones de inocencia y de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, o una indebida aplicación del principio de discrecionalidad reglada que sea emergente de lo mismo.**

En definitiva, los alegatos señalados en el Recurso Jerárquico son infundados.

No obstante y ante determinadas cuestiones específicas sobre las que la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 965-2012 pone incidencia (en su considerando sobre “precisiones conceptuales”), es pertinente esclarecer las mismas - conforme sigue a continuación-, lo que sin embargo, no trasciende ni influye en la conclusión supra señalada, empero sobre las que suscrita Autoridad Jerárquica no puede dejar de hacer referencia.

2.1.2. La Administración como integrante de la relación procesal administrativa.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros señala que:

“...Por las particularidades del Derecho Administrativo, la administración (sic), aunque sea la que emitió la disposición o instrumento que se impugna ex post, no es parte **strictu sensu**, ya que por mandato legal, es la propia administración (sic) que emitió el acto que se impugna la que conoce también pretensiones de revocación de los afectados...”

En principio, al compulsar el concepto lato sensu de jurisdicción, con el que strictu sensu corresponde al Derecho Administrativo, podría inferirse que el último deviene del primero (algo así como la especialidad forzada en haberse ramificado la Ciencia Administrativa de la Ciencia del Derecho).

En efecto, mientras que en el caso primero se define a la jurisdicción como a la “función pública, ... en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica” (Couture en los Fundamentos), para el otro, se dice que es “la potestad que reside en la Administración pública..., para decidir sobre las reclamaciones a que dan lugar los propios actos administrativos” (Cabanellas, al definir la Jurisdicción administrativa en su Diccionario).

En la comparación simplista de ambas, la jurisdicción (sea la ordinaria o sea la administrativa), importa objetivamente, un acto de juicio sobre una contención de relevancia jurídica, que como tal, amerita ser resuelta; la diferencia entre ellas sencillamente radicaría, en que en un caso la ejerce el juez, mientras que en el otro la Administración, lógica que hace entendible lo afirmado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en sentido que la Administración “no es parte strictu sensu”, o sea, que siendo la Administración quien va a decidir la controversia administrativa suscitada, entonces en lo adjetivo, viene a integrar la relación jurídica cual juzgador imparcial, y no así como parte interesada, no correspondiéndole las cargas que son inherentes a las partes, el onus probandi entre ellas.

Sin embargo, ese enunciado objetivo, pasa por alto la naturaleza propia de la Administración Pública, que en definitiva, no es la de administrar justicia -como en el caso de la jurisdicción ordinaria-, sino mas bien “la provisión de bienes, obras y servicios a los administrados, procurando alcanzar su finalidad” (Celín Saavedra en Administración Pública - Fundamentos, gestión y responsabilidades), entendiéndose

por administrado, a “Toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa” (Art. 11º, Par. I, Ley N° 2341).

Lo cierto es que, cuando las decisiones administrativas, “a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos” (Art. 56º, Par. I, Ley N° 2341), hacen procedente la instauración del proceso recursivo (Cap. V, Tít. Tercero, Ley N° 2341) y determinando ello una relación jurídica adjetiva especial, donde la controversia será resuelta por la propia Administración pública (a diferencia de la jurisdicción ordinaria, donde la administración de justicia se da por un tercero imparcial).

Es decir que, en purismo jurídico, la Administración que toma una decisión y ante la reclamación contra la misma, la resuelve con plena potestad legal, superando la simple especialización objetiva que importa la materia, y no obstante que al estar su desempeño “destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad” (Art. 4º, Inc. ‘a’, Ley N° 2341), la mera existencia de tal reclamación determina que tales intereses se encuentren enfrentados y contrapuestos a los de los particulares y privados.

Entonces, subjetivamente, en el caso del proceso sancionador y en el del consiguiente recursivo (entonces en lo adjetivo), no es evidente aquello de que “la administración (sic)... no es parte *strictu sensu*” del proceso, por cuanto se contrapone al administrado, es su parte contraria, es su contraparte.

Asimismo y toda vez que, como se ha dicho, la jurisdicción administrativa tiene la potestad para decidir sobre las reclamaciones a que dan lugar sus propios actos, su comportamiento dentro del proceso es especial, empero no exento de las cargas procesales que le son inherentes; así, en cuanto a la prueba, al corresponderle investigar la verdad material (ídem, Inc. ‘d’), y dado su deber de fundamentar su decisión (Arts. 28º, Inc. ‘e’, Ley N° 2341, y 17º, Par. II, Inc. ‘d’, Reglamento aprobado por D.S. N° 27175), los hechos sólo pueden ser relevantes si son comprobados o comprobables, tocándole a la Administración, entonces, probar su imputación, lo que además es la base fáctica para ulteriormente comprobar la comisión de la infracción.

Entonces, la carga de la prueba de los cargos imputados -con ello, de la comisión de la sanción- le corresponde a la Administración, mientras que al administrado le corresponde la carga de la prueba de sus descargos; de ello hablan los artículos 4º, inciso ‘d’, de la Ley N° 2341, 29º, 50º, 65º, 66º, 67º y 68º, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 (dentro del caso de autos, el procedimiento probatorio de precedente referencia, ha sido cumplido, conforme consta de la relación que sale en el numeral 2.1.1 *supra*).

Eso mismo ha expresado la recurrida en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012, cuando unívocamente ha señalado: “la carga probatoria de la parte que pretende la revocación de una resolución administrativa... corresponde a quien se

considera afectada"; no obstante, es obvio que el Recurso de Revocatoria al que corresponde, no se limita al onus probandi que le corresponde al imputado, sino también, al que evidentemente le corresponde al Ente Regulador.

Por ello, la posición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros es contradictoria, cuando en la misma Resolución Administrativa, señala que: "no hay preceptiva legal en la jurisdicción (sic) nacional que obligue a la Administración a producir prueba por ella misma dentro de procesos como el que nos ocupa", extremo que, conforme lo visto y conforme lo señalan los artículos 4º, inciso d) de la Ley Nº 2341, y 89º, inciso 'a', de su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003, no es evidente.

2.1.3. Discrecionalidad y facultad potestativa en la producción de la prueba.-

La Resolución recurrida, continúa:

"...se encuentra consagrado en el artículo 50 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, donde se dispone que a **discreción** de la Administración, puede solicitarse la producción de prueba que ella considere atinente, o a petición de parte (...)

...la realidad social sobre la que se erige el Derecho y su práctica jurídica consecuente, contempla también los **Actos Discrecionales Reglados...**"

Y prosigue con una exposición acerca de la teoría de los Actos Discrecionales Reglados.

Conviene recordar que, el artículo señalado por la recurrida y que establece el procedimiento probatorio en la sustanciación del Recurso de Revocatoria, comienza señalando que: "El Superintendente Sectorial -léase el Ente Regulador- **podrá** disponer la producción de prueba, de oficio o a solicitud de parte" (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Conforme puede concluirse del cotejo del diccionario, la potestad a la que hace referencia la norma, importa una facultativa, en tanto **la Autoridad puede hacerla u omitirla** ("Facultativo... Potestativo; aplícase al acto que libremente **se puede hacer u omitir...**"), mientras que lo discrecional ("Que **se hace** libre y prudentemente") determina algo que sí va a efectuarse, empero con un grado de prudencia exigible a su ejecutor, y es allí cuando el Derecho ha instituido el principio administrativo de discrecionalidad, que el Administrador configura en la teoría de los Actos Discrecionales Reglados.

Para entender ello, es pertinente remitirse a lo señalado por Comadira, citado en Principios de Derecho Administrativo (publicación de este Ministerio):

"...la discrecionalidad debe ser entendida como un margen de apreciación conferido normativamente a la actuación administrativa, como una posibilidad

de elección doblemente juridizada: primero, en tanto toda **potestad, incluso la discrecional, presupone la existencia de la norma atributiva y, segundo en cuanto el propio despliegue de la potestad discrecional debe sujetarse a los límites jurídicos impuestos por el ordenamiento...**"

El mismo libro señala pertinentemente, que:

"...La potestad reglada es aquella que se halla determinada en una norma o ley, y establece cómo una autoridad debe actuar, sin que ésta pueda hacer apreciaciones subjetivas en cuanto al procedimiento a utilizar.

La facultad discrecional otorga, en cambio, un margen de libertad a la Administración en su actuar, otorgándole diferentes opciones igual de justas, para tomar una determinación administrativa. Se debe precisar que esta facultad discrecional no es extra legal, como bien lo anota el tratadista García de Enterría, que la discrecionalidad: "**no puede darse al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto**",..."

Entonces, la discrecionalidad (a la que se refiere la recurrida), es posible sólo si previamente existe una potestad normativa para ello (como la señalada por el artículo 50°), por lo que el carácter discrecional no debe confundirse con la facultad potestativa, como mal lo ha hecho el Ente Regulador.

A este respecto, además, se menciona lo señalado en la Sentencia Constitucional 1464/2004-R de 13 de septiembre de 2004:

"...**Principio de los límites a la discrecionalidad.** La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminar cuál es la situación del hecho. **Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.**

Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad, que señala que "La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento"..."

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Queda claro que la Resolución Administrativa recurrida, no ha reparado en la diferencia aludida y, en lugar de ello, ha confundido ambas figuras.

En todo caso, y conforme se ha señalado en el numeral 2.1.1 supra, tal fundamento no influye en el fondo de lo que al presente se decide, empero por lo mismo, cabe establecer que la mención que de ello hace la resolución recurrida es impertinente, por cuanto sólo busca una justificación innecesaria.

2.1.4. Trascendencia fundamental del instituto de la prueba.-

No obstante lo anterior, hay que mencionar que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha tenido en cuenta la trascendencia del instituto jurídico prueba, por cuanto y conforme se ha dicho, si bien en el artículo 50º, párrafo I, del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, el uso del verbo podrá hace referencia a la producción de prueba cual si fuera una facultad potestativa o librada a la voluntad del Ente Regulador, no debe perderse de vista que para el caso, es aplicable lo referido en el mismo Reglamento, ahora en su artículo 29º, que establece que:

“...Artículo 29.- (Prueba).

I. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de sus decisiones ...”

La inobservancia a lo anterior importa, a su vez, exista inobservancia al principio aquel que señala, que “la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil” (Art. 4º, Inc. d), Ley N° 2341).

El derecho a la prueba como tal, constituye una de las garantías del debido proceso al que se refieren los artículos 115º de la Constitución Política del Estado, 4º de la Ley N° 2341 de 22 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), y 2º, inciso ‘a’, del Reglamento de sanciones del sector seguros (aprobado por la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003), conforme se transcriben a continuación:

Constitución Política del Estado:

“Artículo 115. (...)

II. **El Estado garantiza el derecho al debido proceso**, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones...”

Ley N° 2341 de 22 de abril de 2002:

“Artículo 4.- (Principios Generales de la Actividad Administrativa).

La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:

- a) Principio de sometimiento pleno a la Ley: la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, **asegurando a los administrados el debido proceso;...**”

Reglamento de sanciones del sector seguros:

“Artículo 2.- (Principios)

A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptarán los siguientes principios:

- a) **Debido proceso: Es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos...**” (En los tres casos, las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En virtud de tales disposiciones, se reconoce el principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades administrativas, razón por la cual, están obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas aquellas normas que permitan a los administrados presentar, solicitar y controvertir pruebas, y que garanticen el ejercicio efectivo del derecho de defensa, de forma tal que, el debido proceso se define como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas, dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley.

Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados, para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva situación jurídica, cuando quiera que la Autoridad administrativa, deba aplicar la ley en el conocimiento de un hecho o de una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción.

En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar la justicia, como valor reconocido por los artículos 8º, parágrafo II, y 115º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado; se manifiesta a través de un conjunto complejo de principios, reglas y mandatos que la ley le impone a la Administración Pública para su ordenado funcionamiento, por virtud de los cuales es necesario otorgar a los

administrados la oportunidad de producir las pruebas que demuestren sus derechos, actuación que, en todos los casos, debe ajustarse a la observancia plena de las disposiciones, los términos y etapas procesales descritas en la ley.

De esta manera, el debido proceso administrativo exige de la Administración el acatamiento pleno de la Constitución y de la ley en el ejercicio de sus funciones, bajo pena de desconocer los principios que regulan la actividad administrativa, y de vulnerar derechos fundamentales de quienes acceden o son vinculados a las actuaciones de la Administración.

En ese sentido, debe entenderse que, anteponer el criterio de discrecionalidad reglada al derecho a la prueba, importa violación al derecho de petición y de obtención de respuesta, conforme está previsto por el artículo 24° de la Constitución Política del Estado, el que señala:

“Artículo 24. Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario.”

Sobre este extremo y, en particular, sobre la implicancia del derecho a la prueba como conformante de la garantía del debido proceso administrativo, se ha pronunciado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ- 17/2004 de 11 de octubre de 2004, cuando señala:

“...la Constitución Política del Estado (...) consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio a la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, **pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo**, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos (...)

Por su parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, **ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas**, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas; es decir, se trata de una suma de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego. En

otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las relaciones surgidas en el procedimiento administrativo. Entonces, el debido proceso al ser una garantía procesal tiene como finalidad que la persona no pueda ser sancionada o perjudicada por decisiones de la autoridad que desconozca las oportunidades establecidas por la Ley, a favor de los administrados, para intervenir y defenderse..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el mismo sentido se ha pronunciado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010, al establecer que:

"...El debido proceso en materia administrativa constituye una garantía fundamental de la administrado y consiste conforme han determinado los precedentes administrativos emitidos por la Ex Superintendencia General del SIREFI, en la conjunción de garantías, desde la participación efectiva en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, **ofrecer y producir pruebas**, y obtener decisiones fundadas o motivadas, entre otras, teniendo como finalidad que la persona no pueda ser sancionada sin que se hayan cumplido los procedimientos legales, y **se haya otorgado en todo momento el derecho a la defensa**.

Asimismo, se debe tomar en cuenta, que en el derecho administrativo como garantía del debido proceso, debe respetarse los derechos del administrado, no pudiendo violarse el derecho a la defensa, a ser oído **a presentar pruebas**, antes de la determinación de la Autoridad de la comisión de una infracción..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De la trascendencia emergente de ello y conforme a la primacía dispuesta por el artículo 410º, parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, resulta que no puede el Ente Regulador anteponer el criterio de discrecionalidad reglada al derecho a la prueba, como tampoco pretender "la potestad unilateral de la Administración, para disponer la producción de la prueba", sin que ello importe inobservancia a los principios de sometimiento pleno a la ley -en cuanto al debido proceso administrativo- y de verdad material (Art. 4º, Incs. 'c' y 'd' de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002).

2.2. Determinación de la gravedad de la infracción.-

2.2.1. Presunción de actuación con especial diligencia del sector seguros.-

La recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, establece también que:

"...la cita del artículo 18 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, es impertinente ya que sus disposiciones se aplican estrictamente "a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, independientemente de su naturaleza o de la norma que las hubiere

creado, que se encuentren operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros y especialmente, aunque no solamente, a: ...". En otras palabras, tal norma se aplica solamente a los regulados y no a los entes reguladores (sic) como insinúa la recurrente..."

Con la aclaración previa, que el artículo señalado por la recurrida está contenido en el Reglamento de sanciones del sector seguros, aprobado por la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, el extremo resulta trascendente, a los fines de determinar la gravedad de la infracción (y consiguientemente, imponer la sanción que a ella corresponda), conforme al mencionado artículo 18°, que en lo conducente, señala que:

"...La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros -léase, el Ente Regulador- estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad,..." (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De su parte, la mención acerca de que las disposiciones de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, "se aplica solamente a los regulados y no a los entes reguladores como insinúa la recurrente", deviene de lo que en lo pertinente y a la letra, señala el artículo 1° del mismo Reglamento:

"...Las regulaciones contenidas en la presente norma se aplican a las personas naturales o jurídicas, entidades o grupos de personas, independientemente de su naturaleza o de la norma que las hubiera creado, que se encuentren operando en las actividades reguladas por la Ley de Seguros..."

En el entender de la Reguladora, las normas señaladas por el Reglamento de sanciones del sector seguros, no le son aplicables a la misma ("a los entes reguladores", dice la Resolución), sin aclarar el fundamento de tal posición, aunque remitiéndose para ello al ámbito de aplicación de tal norma, donde efectivamente, no se contempla sino, a los diversos operadores de las actividades reguladas por la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros).

Entonces, resultando que las sanciones establecidas por el Reglamento son aplicables a los operadores de seguros, porque sólo ellos pueden cometer infracciones en el desarrollo de sus actividades comerciales, obviamente no es sancionable, dentro de ese plano, el Ente Regulador.

Empero, el hecho de que no le sea aplicable el régimen sancionador (como por defecto se interpreta del artículo 1° del Reglamento), no quiere decir que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros no deba observar el

mismo, más aún, cuando tal entidad, como Órgano Sancionador, es también aquel que va a imputar los cargos, e imponer las sanciones correspondientes, dentro del marco que importa ese régimen.

Por otro lado, la presente Resolución Ministerial Jerárquica ha señalado supra, que el Ente Regulador no ha aclarado el fundamento de su decisión en cuanto a este aspecto, por cuanto no ha explicado la trascendencia de lo señalado en el artículo 1º, con el artículo 18º, ambos del Reglamento, teniendo en cuenta para ello, que el artículo último señalado, establece, clara, palmaria e inequívocamente, cuál la responsabilidad que le corresponde al Ente Sancionador, esta es, **estimar la gravedad de la infracción**.

Por tanto, así el artículo 1º del Reglamento señalara una incompetencia absoluta del Regulador, para participar del proceso sancionador (estipulación que obviamente no existe), por aplicación del principio de especialidad, tendría que observarse con primacía, el artículo 18º en la tarea de estimar la gravedad de la infracción, de manera tal que, de no existir prueba en sentido de que no se deba esperar una conducta diligente en el administrado, debió presumirse que el mismo "actúa en todo momento con especial diligencia".

Ahora bien; al haber rechazado la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sin fundamento legal, el análisis acerca de si le favorecía y le era aplicable (o no) a la sancionada, la Presunción de actuación con especial diligencia -propia del sector seguros-, prevista por el artículo 18º del Reglamento correspondiente, ha viciado el proceso, por cuanto, conforme al artículo 62º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003):

"...Artículo 62.- (Legalidad)

I. El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos..."

2.2.2. Estimación y modulación de la sanción.-

Luego de haber determinado la existencia de la infracción, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, presenta el siguiente fundamento, a los fines de su justificativo a la consiguiente imposición de la sanción:

"...CONSIDERANDO:

Que en cuanto a la sanción, se tiene lo dispuesto por el inciso d), numeral I) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como **infracciones leves**, sujetas a la imposición de sanciones de multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento

ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes:
d) Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia, al estado o al público.

Que en la anterior descripción de la cuantificación de la multa, la norma pertinente establece un rango de un mínimo a un máximo, dejando al prudente arbitrio de la Administración, la modulación y determinación del monto, de manera que aunque existan atenuantes, la sanción impuesta tampoco constituya escarnio a la justicia, considerando asimismo, el carácter insubsanable o subsanable de la falta cometida...”

Entonces, amén de no haber considerado la circunstancia acerca de la -presumida- actuación con especial diligencia (a la que se ha hecho referencia supra en el numeral 2.3.1), no consta en el tenor de la Resolución Administrativa sancionatoria, el criterio utilizado para la imposición específica de la sanción de multa en “Dos Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (2.000 UFV's)” (artículo primero).

Es más, la referida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012, ha prescindido de considerar, sea para su aplicación o su rechazo, la posibilidad de imponer la sanción de amonestación en lugar de la de multa, extremo evidenciable en la llamativa -por lo defectuosa- transcripción que ha hecho del artículo 16º (“Infracciones Leves”), parágrafo I, del Reglamento de Sanciones del sector seguros, aprobado por la Resolución Administrativa Nº 602 de 24 de octubre de 2003, cuya redacción correcta es la siguiente:

“...I. Se consideran como infracciones leves, sujetas a la imposición de sanciones **de amonestación** o multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes conductas:...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Estos extremos permiten concluir, que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, así como a tiempo de modular e imponer la sanción que consta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 880-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012, en infracción a la norma, no ha considerado el agravante o atenuante de la responsabilidad que importa la presunción de actuación con especial diligencia del sector seguros, tampoco ha hecho una correcta modulación de la sanción imponible, al haber considerado parcialmente los elementos que hacen a tal procedimiento, prescindiendo injustificadamente del criterio de amonestación como sanción de posible aplicación.

2.3. Sobre la irretroactividad del acto administrativo.-

Siendo pertinente recordar que, el artículo 63º, parágrafo II, de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo) establece que “La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente...”, se deja constancia

que, a diferencia de lo expresado en oportunidad de la audiencia de exposición oral de fundamentos de 13 de febrero de 2013 y de lo expresado en el memorial de fecha 15 siguiente, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** no ha alegado, en oportunidad de su Recurso Jerárquico, infracción alguna al principio de irretroactividad de la norma, y que, según el memorial de 15 de febrero de 2013, tenga que ver con que:

*“...la autoridad impugnada se basó, para la sanción de nuestra sociedad, en definiciones de categorías... que se encuentran contenidas en la **Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880/102 (sic) de fecha 13 de noviembre re (sic) de 2012**, que de manera totalmente inaudita es la misma resolución con la que nos impone la Multa, con base en las mismas definiciones.*

(...) definiciones citadas para la evaluación y compulsa de los actos y conductas que en suma fueron los que motivaron el proceso sancionatorio, los cuales tuvieron lugar nada menos que en el año 2011, es decir años antes de que la norma fuera dictada, pasando completamente por alto el principio de irretroactividad de la norma...”

Esto tiene que ver con lo señalado en la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, en lo pertinente, a continuación transcrita:

*“...Que como demostración de haberse proporcionado información exacta y oportuna -**NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**-, adjunta... la afirmación taxativa de que “atendieron las quejas de la usuaria de manera inmediata y sin mayores dilaciones”.*

Que en el ámbito de la aplicación de las normas legales positivas, los términos “oportunidad” y “exacto o exacta” adquieren capital importancia, ya que las normas se las cumplen en un determinado momento y lugar y no antes o después. (...)

Que en el caso de María Elena Durán Ramos, las normas que rigen el cambio de plan de seguro son de ineludible cumplimiento antes de que la persona adopte o tome una decisión, y no aplicar las normas después de haberse tomado la decisión. Justificar que las quejas (luego de haberse firmado los cambios de plan de seguro) son prueba de haberse cumplido con las normas imputadas de incumplidas, simplemente no resiste el menor análisis.

*Que en efecto, las prohibiciones contenidas en el artículo 14.a) de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 son para evitar incurrir en las mismas **antes de** y no **después de**,...”*

En el entender de la recurrente, la exposición supra transcrita de la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, viene a importar una nueva regulación de lo que debe entenderse por “oportunidad” y

“exacto o exacta”, por tanto, por simple aplicación del principio de irretroactividad - Art. 123º (“La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo”), Const. Pol. del Estado- sus efectos no pueden retrotraerse a hechos anteriores a esa data, como los que hacen a la nota de cargos APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2012.

Entonces, lo que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** aqueja, es que al haberse implementado recién, por la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012, las definiciones de “oportunidad” y “exacto o exacta”, no puede esa misma Resolución Administrativa sancionarla por incumplimiento a las mismas, conforme ha sucedido.

No obstante, se debe recordar que es deber del Ente Regulador, en la fase posterior a la notificación de cargos, proceder “al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicando el principio de sana crítica y valoración razonada de la prueba” (Art. 67º, Par. II, Reglamento aprobado por D.S. Nº 27175), para con ello pronunciar la Resolución respectiva (ídem, Art. 68º, Par. I).

En tal sentido, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012 de 13 de noviembre de 2012, lejos de imponer una norma regulatoria referida al extremo, lo que ha hecho es dejar constancia del análisis de los descargos presentados por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, y referidos en concreto a que:

“...el mismo hecho de que nuestra usuaria, en forma inmediata al cambio de plan, hubiera expresado su preocupación por las diferencias entre planes que no eran convenientes a sus intereses, **es una muestra** de que dicha usuaria recibió una explicación completa y suficiente, que le sirvió para tomar una decisión con base en su propio interés...” (Nota NAVI-GR-657-2012 de fecha 25 de octubre de 2012; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Con respecto a lo mismo y en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012, previo a desarrollar su análisis al agravio expresado, la Autoridad recurrida ha dicho que “conviene discernir respecto de lo que se entiende por **“oportunidad”** y por el término **“exacto o exacta”**...”, es decir, ha señalado los alcances conceptuales sobre los que va a desarrollar sus argumentos, sin que lo mismo importe, de manera alguna, estar implementando una nueva regulación sobre tales extremos.

Asimismo, en la ulterior Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 965-2012 de 11 de diciembre de 2012, y ante el alegato que establece la recurrente, la Autoridad recurrida ha señalado que:

“...argumentar como lo hizo **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, “que prueba de haberse cumplido con la norma que regula el cambio de plan de seguro era la queja de María Elena Durán Ramos así como la prontitud con que la aseguradora había retornado al plan original de seguro (Plan de Vida

Entera) a favor de la usuaria", **hacía menester que el ente regulador sustente la posición de que las normas se las cumple en los momentos que ellas indican y no antes o después.** Esta explicación deja en evidencia que la ahora recurrente, deliberadamente o no, pretende descontextualizar el uso y los propósitos de aclaración de términos que constan en la resolución impugnada..."

Queda de ello claro, que no existe en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012, intención de implementar regulación alguna, y que en la actividad que le ha correspondido al Ente Regulador, la sanción impuesta corresponde a la infracción del artículo 14º, inciso 'a', de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 (de Seguros), como lo ha señalado la nota de cargos APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2012, determinando sea infundado el agravio expresado en este sentido (...)

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a tiempo de determinar la imputación primero, y la comisión de la infracción después, ha hecho un correcto análisis de la norma, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, la motivación y la fundamentación del mismo.

Que, no ha sucedido lo mismo en cuanto a la modulación de la gravedad, y a la imposición de la sanción, por cuanto, no ha considerado, cual agravante o atenuante de la responsabilidad, la presunción de actuación con especial diligencia del sector seguros, como tampoco ha hecho una correcta modulación de la sanción imponible, al haber considerado parcialmente los elementos que hacen a tal procedimiento, prescindiendo injustificadamente del criterio de amonestación como sanción de posible aplicación..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 517-2013 DE 4 DE JUNIO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/ Nº 517-2013 de 4 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resolvió:

"...PRIMERO.- Imponer a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, una sanción correspondiente a **AMONESTACIÓN GRAVE**, por haber incurrido en la prohibición señalada en el artículo 14.a) de la Ley No. 1883 de 25 de junio de 1998.

SEGUNDO.- Instruir a la Dirección Administrativa y Financiera de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, efectuar la devolución de la multa impuesta a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, mediante Resolución Administrativa ANH/DJ/DS/No. 880-2012 de 13 de noviembre de 2012..."

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa, son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, los cargos consisten, en pocas palabras, en que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, no brindó a María Elena Durán Ramos, información completa, veráz (sic) y oportuna, y suficiente para promover el cambio del “Plan de Vida Entera” al “Plan de Vida Flexible”, violando la disposiciones legales que rigen esta situación, tal cual se anotó en la nota de notificación de cargos.

CONSIDERANDO:

La compañía **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, mediante nota CITE: NAVI-GR/657-2012 de 25 de octubre de 2012, expone sus argumentos de descargos incurriendo en una confusión de momentos en que sucedieron los hechos, deduciendo falsamente, que habría otorgado información veráz (sic), oportuna y suficiente a la señora María Elena Durán Ramos.

Que la confusión más relevante de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** consiste en interpretar las quejas de la señora María Elena Durán Ramos, como muestra inequívoca de haber recibido información exacta y comprensiva en su momento.

Que como demostración de haberse proporcionado información exacta y oportuna, adjunta la póliza de seguro actual, el plan de pagos de primas actualizado, copia de documentos que habría entregado a la usuaria en el anexo “D”, y la afirmación taxativa de que “atendieron las quejas de la usuaria de manera inmediata y sin mayores dilaciones”.

Que respecto de esta afirmación conviene discernir respecto de lo que se entiende por “oportunidad” y por el término “exacto o exacta”. Vayamos por partes; en cuanto al significado de la voz “oportunidad”, tal alude a un hecho o circunstancia que se da en un momento adecuado para hacerlo, de manera que implique conveniencia de tiempo y lugar. En otras y pocas palabras: momento propicio para hacer y/o decir algo. Ergo, si hacemos o decimos algo en momento inadecuado con inconveniencia de tiempo y lugar, lo hecho y dicho será “inoportuno”, no surtiendo los efectos que se pretende, ocurran.

Que en cuanto al término “exacto o exacta”, entenderemos como aquello que se “adecúa o se ajusta completamente a algo”, o para matizar con un rasgo subjetivo, diremos que es algo con lo que se está completamente de acuerdo. También este término es sinónimo de “verdad” cuando se utiliza la palabra para decir que algo es exactamente cierto o que lo que otra persona dijo es exacto pues respeta la verdad.

Que en el ámbito de la aplicación de las normas legales positivas, los términos “oportunidad” y “exacto o exacta” adquieren capital importancia, ya que las normas se las cumplen en un determinado momento y lugar y no antes o después. Este uso racional de los hechos o los dichos corresponden congruentemente con lo entendido por “exacto” ya que si lo dicho o hecho es oportuno, será entonces verdadero

porque corresponde en momento, lugar y a la veracidad del fenómeno.

Que esta disquisición es imprescindible para valorar el argumento de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** en sentido de que las quejas de su usuaria María Elena Durán Ramos es prueba de que sí orientó, proporcionó información exacta y oportuna a propósito del cambio de plan de seguro. Cuando la Ley prescribe supuestos hipotéticos como futuros encuadramientos a la misma, es que está señalando que ciertos hechos deben ser efectuados o llevados a cabo **antes de** y no **después de**. En el caso que nos ocupa, no es de recibo pretender justificar que María Elena Durán Ramos fue informada verazmente para el cambio de plan de seguro de Vida Entera a Vida Flexible argumentando que las quejas y el sentimiento de "estafa" demuestran que efectivamente se cumplieron las normas atinentes. Aceptar tal argumento sería tanto como (mutatis mutandis) si aceptáramos como eximente de responsabilidad alguna que un sujeto manifestara, luego de robar, que no robó porque devolvió lo robado.

Que como se puede deducir, el hecho de devolver lo robado no borra ni elimina que en un momento dado, se robó por mucho que luego se hubiera devuelto el producto del robo.

En el caso de María Elena Durán Ramos, las normas que rigen fenómenos de cambio de plan de seguro son de ineludible cumplimiento antes de que la persona adopte o tome una decisión, y no aplicar las normas después de haberse tomado la decisión. Justificar que las quejas (luego de haberse firmado los cambios de plan de seguro) son prueba de que haberse cumplido con las normas imputadas de incumplidas, simplemente no resiste el menor análisis.

Que en efecto, las prohibiciones contenidas en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 son para evitar incurrir en las mismas **antes de** y no **después de**, como ingenuamente, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** interpreta.

Que por otro lado, se debe claramente establecer que los cargos imputados se refieren al incumplimiento de normas atinentes a las prohibiciones en ocasión de cambios de plan de seguro contenidas en la Ley de Seguros y disposiciones inscritas en las propias pólizas, pero de ninguna manera se refieren los cargos a la velocidad y rapidez con que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** hubiera procedido a retornar a María Elena Durán Ramos a su plan original de "Vida Entera".

Que en adición y revisando la documentación adjuntada en la carta de descargos de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, la misma es repetitiva de correspondencia unilateral de esta compañía, pero ninguna de ellas acreditan hechos materiales que evidencien una asesoría completa, exacta y veraz para proceder al cambio; v.gr. una explicación pormenorizada del incremento del monto de las primas correspondientes.

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a lo transcrito en lo que a las alegaciones de descargo se refiere, su contenido no hace más que confirmar los cargos imputados, como podrá verificarse en el análisis que desarrolla la presente resolución administrativa.

Que sin embargo es necesario tomar en cuenta, que por la documentación cursante en el expediente, se observa que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, atendió el reclamo efectuado por la ciudadana María Elena Durán Ramos, retornándola al "Plan Vida Entera", tal cual fuera solicitado por ésta, devolviendo a su vez el dinero indebidamente cobrado, por lo que no hubo daño a la asegurada.

Que en tal sentido, el parágrafo II del artículo 88 del Reglamento a la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, aprobado por Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003, establece que la admisión y producción de pruebas se sujetará a criterios de amplitud, flexibilidad e informalismo. En la duda sobre su admisibilidad y pertinencia, se estará a favor de su admisión y producción.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 52 de la Ley de Seguros No. 1883 establece los tipos de infracciones en 4, a saber; Infracciones Leves; Infracciones Graves; Infracciones Insubsanables e Infracciones Penales.

Que de acuerdo a la naturaleza de la infracción, cuando el incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales, la APS se encuentra habilitada a aplicar una sanción leve correspondiente ya sea a amonestación o la imposición de una multa pecuniaria, esto de acuerdo a la gravedad de la infracción y de acuerdo a la valoración de las pruebas, siendo una facultad potestativa o discrecional del ente regulador.

CONSIDERANDO

Que a efectos de la determinación de la gravedad de la infracción, el artículo 18 de la Resolución Administrativa IS No. 602 establece que la APS estimará el (sic) la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares.

CONSIDERANDO

Que en cuanto a la sanción, se tiene lo dispuesto por el inciso d), numeral I) del artículo 16 de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, que establece: "Se considerarán como **infracciones leves**, sujetas a la imposición de

sanciones de amonestación o multa correspondiente a una suma no menor a setecientos ochenta y cuatro (784), ni mayor a treinta y nueve mil ciento ochenta y seis (39.186) Unidades de Fomento de Vivienda (UFV), las siguientes: d) Incumplimiento de contenidos de información debida a la Superintendencia, al estado o al público.

Que en la anterior descripción de las infracciones leves, se establecen dos tipos de sanciones; 1) amonestación y 2) multa pecuniaria. Considerando asimismo, el carácter insubsanable o subsanable de la falta cometida.”

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 24 de junio de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 517-2013 de 4 de junio de 2013, con los siguientes argumentos:

“...III - FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACION

1. La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2013 de fecha 13 de mayo de 2013 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas del Estado Plurinacional de Bolivia al anular el procedimiento administrativo incluyendo en esa anulación el pronunciamiento inicial de su digna autoridad contenido en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS Nº 880/2012 de fecha 13 de noviembre de 2012 que fuera confirmada por su autoridad mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 965-2012 de fecha 11 de diciembre de 2012, establece en su parte resolutive lo siguiente:

“...debiendo en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa **ajustándola** a derecho, conforme los **fundamentos establecidos** en la presente Resolución...”

Lo importante a los efectos de ésta impugnación, es identificar cuáles son los “fundamentos establecidos” por la resolución anulatoria.

Estos fundamentos se encuentran a lo largo de la misma, pero los que son los más relevantes, y que son igualmente citados por su autoridad en la RA 517 que hoy impugnamos dicen lo siguiente:

“...no ha sucedido lo mismo en cuanto a la modulación de la gravedad, y a la imposición de la sanción, por cuanto, no ha considerado, cual agravante o atenuante de la responsabilidad, la presunción de actuación con especial diferencia del sector de seguros, como tampoco ha hecho una correcta modulación de la sanción imponible al haber considerado parcialmente los elementos que hacen a tal procedimiento...”

Nótese que la autoridad superior, ha establecido que su respetable autoridad, en la emisión de los juicios de valor contenidos la resolución anulada no ha tomado

en cuenta la presunción de inocencia, que derivaron directamente en la modulación de la imposición de la sanción sobre nuestra sociedad, y no ha tomado en consideración los elementos atenuantes “ex lege” (legales) que devienen de la presunción de actuación diligente, que no es más que una expresión de la garantía constitucional de Presunción de Inocencia.

Esto significa que la pretensión su autoridad de imponer una sanción con base solamente en su opinión y afirmación unilateral o con sustento en las afirmaciones de nuestra sociedad o en la simple descripción de hechos insuficientes para probar la negligencia que es una categoría mixta (subjettiva y objetiva), sin presentar para dichos juicios de valor, prueba alguna que respalde sus afirmaciones para lograr la destrucción de la presunción de actuar diligente que establece la norma positiva, ha sido censurada por la autoridad superior.

Es decir que si su autoridad pretendiera imponer una sanción con base en la presunción de culpabilidad, como lo hace en la Resolución que hoy impugnamos, debió presentar pruebas idóneas y el sustento legal suficiente y distinto al anulado que así se lo permitiera, sujetando su actuar no en la presunción de actuar negligente (culpabilidad) sino en la presunción de actuación diligente (inocencia).

A pesar de lo anterior, su autoridad sin reparar en el hecho de que todo lo obrado por usted fue anulado, se limitó a realizar una copia idéntica del acto impugnado, adoptando premisas idénticas a las originalmente censuradas por la autoridad superior, en las que usted realiza una presunción de negligencia. Así por ejemplo su autoridad se basa en premisas como las que sales a partir del párrafo sexto de la página 3 cuándo dice:

“La aseguradora **no ha presentado** a ésta APS documentos **que demuestren** haber prestado...” (sic) ...el asesoramiento...” (sic) ...**diligente...**”

“...el desconocimiento de éstas normas inscritas...” (sic) ...**demuestra** que ...” (sic) ...ha proporcionado...” (sic) ...un asesoramiento...” (sic) ... **negligente...**”

“...,(sic) la **carta de descargos...**” (sic) ...ninguna de ella acreditan hechos materiales que **evidencien una asesoría completa...**”

En síntesis, su autoridad una vez más y apartándose de lo dispuesto por la autoridad superior, pretende basar la sanción impuesta en la RA 517 que hoy impugnamos, en las mismas premisas anuladas, que asumen el actuar negligente, es decir la culpabilidad de los regulados, sin presentar prueba adicional o distinta a la presentada originalmente (que ha sido objeto de anulación) viciando una vez más de nulidad su pronunciamiento.

2. El Art. 52 de la Ley de Seguros N° 1883 de fecha 25 de junio de 1998, establece lo

siguiente:

“...ARTÍCULO 52.- INFRACCIONES Y SANCIONES.- Se establecen los siguientes tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia: INFRACCIONES

INFRACCIONES LEVES. Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de **negligencia o imprudencia** no imputable a los representantes legales de la entidad y que **no causen daño económico** o perjuicio a la misma o a los **asegurados**, tomadores del seguro, Beneficiarios u otros terceros INFRACCIONES GRAVES (sic). Corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de **culpa o dolo** imputable a los representantes legales de la entidad y que **causen daño económico** o perjuicio a la misma o a los **asegurados**, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros...”

En la hipótesis nunca consentida de nuestra sociedad hubiera incurrido en una infracción de la norma, lo cual no ha sido demostrado por su autoridad, verá usted que la norma es muy clara y textual al establecer una gradación calificada y estratificada de infracciones en leves o graves en función a parámetros muy claros y objetivos.

Los presupuestos de las infracciones **leves**, son los siguientes:

- Que se trate de un incumplimiento enmendable o subsanable.
- Que sea el resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad
- Que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

En cambio los presupuestos para las infracciones **graves** dicen lo siguiente:

- Que se trate de un incumplimiento enmendable o subsanable.
- Que sea el resultado de culpa o dolo imputable a los representantes legales de la entidad.
- Que causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros

Es importante remarcar que las diferencias entre los dos grupos de requisitos se resumen en dos y son las siguientes:

- ❖ En primer lugar, si existe negligencia o imprudencia concurrentes de los representantes legales de la entidad sancionada (gerentes, directores, apoderados), es decir cuando la autoridad ha podido presentar pruebas

incontrastables que destruyan la presunción de diligencia establecidas en la norma en favor de éstos funcionarios, procede la calificación de “leve” para la infracción.

Si en cambio ha sido posible por parte de la autoridad la presentación de pruebas que demuestran la culpa o el dolo en la conducta de los representantes legales de la entidad sancionada (gerentes, directores, representantes), entonces la infracción pasa de ser leve a convertirse en grave.

- ❖ Por otro lado, la diferencia entre una infracción leve y una grave estriba en la ocurrencia de un daño. Si existe un daño, la infracción será grave y si no es posible demostrar la existencia del mismo, entonces la infracción será leve.

En el caso que nos ocupa los actos de incumplimiento, tienen las siguientes características:

- Son actos que han sido subsanados por nuestra sociedad en forma amplia no solamente en los tiempos sino también en los términos solicitados por nuestra asegurada.
- Son actos que no provienen de acto alguno de negligencia imputable a los representantes de nuestra sociedad, lo que no ha sido siquiera citado en ningún momento del proceso.
- Son actos no (sic) han causado daño económico o perjuicio a nuestra sociedad y menos a nuestra ex asegurada la Sra. Durán o a terceros.

Al respecto, su propia autoridad, en la resolución impugnada, al concluir sobre los pilares tácticos (de hecho) de la RA 517 dice en su último párrafo de la página 8, lo siguiente:

“...es necesario tomar en cuenta que por la documentación cursante en el expediente, **se observa** que NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., **atendió el reclamo efectuado** por la ciudadana María Elena Durán Ramos, retornándola al “Plan Vida Entera”, **tal cual fuera solicitado por ésta...**” (sic) **...por lo que no hubo daño a la asegurada...**”

Su autoridad expresamente reconoce que:

- Nuestra sociedad atendió el reclamo de la Sra. Durán.
- Que no hubo daño económico a la asegurada.

En cuanto a su análisis de la negligencia concurrente, su autoridad afirma lo siguiente:

“...A **efectos de la determinación de la gravedad** de la infracción, el artículo 18 de la resolución Administrativa IS N° 602 establece que la APS estimará la

gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A éstos efectos **todo representante legal**, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, **se considera que actúa en todo momento con especial diligencia**, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se debe esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares...”

Verá que (sic) usted, en la RA 517 impugnada, reconoce expresamente la garantía de actuación con diligencia de las actuaciones de nuestra sociedad y se acoge a la misma, por lo que no se podría imponer una sanción con base en una conducta negligente que no ha sido demostrada en ninguna parte de lo obrado, habiéndose más bien admitido la actuación diligente de nuestra sociedad, de un acto subsanado que no ha causado daño a ninguna persona.

Por otro lado, el reglamento de Sanciones del Sector de Seguros contenido en la Resolución Administrativa N° 602 de fecha 24 de octubre de 2003, establece la existencia de amonestaciones graves y leves, cuando dice:

“..Artículo 11.- (Amonestación) La comisión de una infracción leve, proveniente de **un hecho, acto u omisión sancionable, motiva una amonestación**. Por amonestación se entenderá una llamada de atención que puede tener los siguientes grados:

- a) **Amonestación leve**; y
- b) Amonestación grave...”

De las conclusiones de su autoridad y con arreglo a todo lo expuesto precedentemente, es claro que su autoridad estableció (repetimos) que:

- Nuestra sociedad atendió, sin excepción ni reserva, el pedido de la Sra. Durán.
- No Hubo daño económico a la Sra. Durán ni a un tercero y menos a la sociedad.
- No hubo acto de negligencia de ningún ejecutivo ni apoderado de nuestra sociedad.

En otras palabras no ha existido conducta sancionable y en el peor de los casos que nunca ha sido objeto de probanza, sus premisas (que carecen de pruebas en los términos exigidos por la norma) solo podrían configurar una infracción leve de la norma, en el más bajo nivel de gravedad previsto por la norma boliviana para éstos casos.

Es importante remarcar que su autoridad en la resolución que sea dictada en atención de éste recurso, no puede pasar por alto los principios centrales y abstractos

sentados y establecidos con carácter vinculante para todos los actos futuros de su autoridad, por la **Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 031/2013 de fecha 10 de junio de 2013** y por la **Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 032/2013** de fecha 10 de junio de 2013 que de manera uniforme y consistente, han aclarado toda duda respecto de la errónea forma de escrutinio de las conductas que tradicionalmente ha realizado su digna autoridad, como las que configuran éste caso, estableciendo que dicha forma de evaluación con base en su propia respetable opinión, no tiene sustento legal.

Estos fallos, con base en la Reglas de Interpretación de las Normas en el Tiempo (la norma posterior de igual jerarquía redefine lo establecido normas de la misma jerarquía previas), ha redefinido los establecido por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de fecha 13 de mayo de 2013

Y han sentado nuevas bases de la forma como su autoridad debe actuar en casos sancionatorios como el que nos ocupa.

Entonces, éstos actos no solo prevalecen (sic) sobre lo anteriormente resuelto por la autoridad ratificando la garantía constitucional de presunción de inocencia, sino que son vinculantes en forma expresa a los actos de su autoridad para los actos sucesivos.

En otras palabras, no solamente no existen bases legales ni fácticas que le permitan a usted pasar por alto los principios generales establecidos en las citadas Resoluciones Ministeriales Jerárquicas, al resolver éste recurso, continuando el soporte de la pretensión de sancionar a nuestra sociedad sin prueba alguna, sinó (sic) que tampoco existen bases legales para imponer sanción alguna a nuestra sociedad, al no haberse cumplido ninguno de los requisitos establecidos y exigidos por la norma positiva boliviana.

Al no haber existido daño alguno en contra de ninguna persona, como expresamente lo reconoce su autoridad y no haber demostrado el actuar negligente de ninguno de los apoderados o representantes de nuestra sociedad, su autoridad carece de base legal para afirmar, sin prueba alguna, que se ha producido un incumplimiento de la norma y menos para imponer en contra de nuestra sociedad la sanción de amonestación grave como lo ha hecho, violando el procedimiento legalmente establecido al imponer una sanción sin la existencia de una conducta ilegal o violatoria de la norma, en base a la norma y a los principios sentados por el superior que a partir de su dictación son vinculantes a la conducta de su autoridad y de cumplimiento obligatorio en todos sus actos posteriores.

El actuar sin base en la norma positiva, violando la garantía constitucional del Debido Proceso, ha viciando una vez más de nulidad el pronunciamiento de su autoridad, lo que corresponde sea subsanado por su autoridad mediante pronunciamiento revocatorio, en aplicación de las normas dictadas por el superior en grado que ha dejado sentados los principios a los cuales sus actos deben sujetarse a partir de su dictación.

IV – PETITORIO

En base a lo anterior, y en apego al Art. 65 de la LPA y del Art. 46 y siguientes del D.S. 27175, pedimos a Ud. pueda proceder a la Revocatoria Total de la RA 517, dejando sin efecto dicha norma en su totalidad y en caso contrario, nos reservamos el derecho de interponer el Recurso Jerárquico correspondiente, ante el superior en grado...”

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 611-2013 DE 7 ENERO 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 611-2013 de 7 enero 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, determinó confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 517-2013 de 4 de junio de 2013, con los argumentos que se transcriben a continuación:

“...CONSIDERANDO:

Que, la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998 - de Seguros, establece atribuciones a favor de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS), como las siguientes:

s) Emitir disposiciones operativas para el cumplimiento de la presente Ley y de sus reglamentos.

t) Todas aquellas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones (...)

CONSIDERANDO:

Que esta sanción fue emitida en atención a lo señalado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2013 de 13 de mayo de 2013, en sentido de que “no se ha hecho una correcta modulación de la sanción imponible, prescindiendo injustificadamente del criterio de amonestación como sanción de posible aplicación”.

Que se puede evidenciar por tanto, que la instancia administrativa superior a la APS insta a reevaluar la magnitud de la sanción en el caso de la Señora María Elena Durán Ramos, por lo que esta es la línea que se determinó para imponer la sanción en la resolución administrativa que ahora se recurre (...)

CONSIDERANDO:

Que conviene recapitular el origen de este caso. Veamos:

*a) En fecha 6 de marzo de 2012, la señora María Elena Durán Ramos presenta su carta de 1 de marzo de 2012 por la que hace conocer a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** su sentimiento de haber sido estafada por el cambio de Plan de Vida Entera a Plan de Vida Flexible ya que dicho cambio le importa mayor esfuerzo económico, fuera de sus posibilidades.*

b) En conocimiento de esta situación, la APS solicita información y documentación a dicha compañía en relación a los extremos anotados por la citada ciudadana.

c. Como consecuencia de sucesivas comunicaciones intercambiadas entre la autoridad reguladora y la compañía, se llega a la conclusión presuntiva de que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** no ha demostrado que en el proceso de cambio del Plan de Vida Entera a Vida Flexible, hubiera cumplido a la normativa pertinente. Esto es, el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: **“PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS:... a)** Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...”.

La anterior imputación se basa en los siguientes hechos:

a) La aseguradora no ha presentado a esta APS documentos que demuestren haber prestado a María Elena Durán Ramos, el asesoramiento exacto, suficiente, diligente y que no le induzca a error, para el cambio de plan que opera con la Póliza de Vida Entera y el slip de Cotización del Seguro de Vida Flexible.

b) Asimismo, se pre determina que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, en este caso concreto y como consecuencia de haber afirmado que la Póliza de Vida Entera 206-934101-2000 03 002, no reconoce el beneficio de Retiro Parcial, ha desconocido la vigencia del numeral 1.15 del artículo 1 de la Póliza de Vida Entera que establece que el “Retiro Parcial es el pago del Valor de Rescate efectuado por la compañía a favor del asegurado”.

c) Este desconocimiento de parte de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** se relaciona con lo dispuesto por el artículo 18 de la Póliza de Vida Entera que dispone que “queda convenido y/o específicamente acordado en el presente contrato, **que el préstamo a que tenga opción el asegurado según sus valores garantizados se aplicará automática y prioritariamente a pago de las primas devengadas a sus respectivos vencimientos, antes de recurrir a la alternativa de saldar el seguro** por un capital reducido y siempre que su Valor de Rescate sea igual o mayor al monto de la prima devengada.” (las negritas son de la APS).

d) Este párrafo tiene que ver y desmiente la afirmación de la compañía de que el seguro de vida entera caduca a los 30 días posteriores al incumplimiento en el pago de la cuota de la prima acordada.

e) En adición, se concluye que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** ha desconocido la segunda parte de lo dispuesto por el numeral 13.1. del artículo 13 de la Póliza de Vida Entera: “Cualquier cambio que el Contratante o Asegurado desee efectuar en capital asegurado, en el plan de seguro o su duración, será solicitado por escrito a la Compañía, **la cual le dará a conocer las condiciones en que el cambio puede efectuarse**” (las negritas son de la APS); esto es, no prestó los elementos de análisis, como ventajas y desventajas, diferencias o similitudes de ambos planes para

tomar una decisión correcta.

f) El desconocimiento de estas normas inscritas en la propia Póliza de Vida Entera 206-934101-2000 03 002, demuestra que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** ha proporcionado a María Elena Durán Ramos un asesoramiento inexacto, deficiente y negligente en el proceso de cambio de Plan de Vida Entera a Vida Flexible, incurriendo en la prohibición contemplada en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: “**PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS:...**
a) Publicitar y entregar información **inexacta** o falsa que **induzca a error** sobre la situación de la entidad y **de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...**”.

CONSIDERANDO:

Que en **relación al argumento 1** de la recurrente expuesto en el sexto Considerando de la presente Resolución, se debe señalar que, en resguardo de las garantías constitucionales como el derecho a la defensa, **presunción de inocencia** y debido proceso en sede administrativa, el legislador ha previsto el acápite “Etapas del Procedimiento Sancionador” en el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Que lo que ha ocurrido en el caso de la señora María Elena Durán Ramos es que: **a)** Esta ciudadana denuncia ciertos hechos y la APS promueve la respectiva investigación identificando a la persona involucrada y los hechos concomitantes (artículo 65 de dicho decreto supremo) generándose variada correspondencia; **b)** Establecida presuntivamente infracciones, la APS notifica con cargos con las advertencias del caso (artículo 66 del aquél decreto supremo) haciendo conocer las infracciones establecidas y las normas vulneradas **para que pueda asumir su defensa;** **c)** Concede el plazo de rigor para que el presunto infractor presente pruebas, alegaciones, explicaciones, informaciones y justificativos que estime convenientes, la APS analiza tales pruebas y alegatos aplicando el principio de sana crítica y valoración razonada de los mismos (artículo 67 del decreto citado); **d)** Efectuado aquél análisis y valoración, la APS dictó la resolución que estimó apropiada, así como la sanción de rigor (artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175).

Las evidencias materiales de estas actuaciones del ente regulador constan en el expediente administrativo y en **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** indubitadamente, como prueba del respeto y aplicación del **principio de presunción de inocencia.** Por lo que el argumento de aquella aseguradora de que no se respetó tal presunción, es inconsistente con los hechos y con los documentos producidos.

Que sobre la base de estos elementos, la APS, de no haber modulado la pena, bien hubiera podido aplicar el máximo de la sanción para infracciones leves; en efecto, el artículo 16.I de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 determina un rango que va desde la amonestación hasta la multa (de 784 UFV's a 39.186 UFV's). Si hubiera actuado arbitraria e irreflexivamente, se hubiera impuesto la multa pecuniaria máxima como la norma le permite.

Que nada de esto ha ocurrido en la resolución que ahora se recurre, y en efecto, la norma, tal como se la describe, deja al prudente criterio del ente regulador la gradación de la pena como bien se ha anotado y de ahí el rango que contempla, y de ahí también, que en la resolución que se recurre ahora, se hubiera impuesto la pena de **Amonestación Grave**, porque ese es el criterio de sana crítica y razonada que la Ley atribuye al ente regulador, precisamente porque no se apreció daño a terceros o perjuicios a terceros, aunque sí, cierto perjuicio al mercado de seguros (recordar que María Elena Durán Ramos señala que se sintió estafada con el cambio de plan de vida); es decir, cierto perjuicio a la imagen de seriedad y transparencia de dicho mercado y de sus actores (léase **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**).

Que lo anteriormente expuesto significa valoración de los hechos y las pruebas en función de las atenuantes y agravantes que concurrieron. Otra cosa es que a aquella aseguradora no le agrada la sanción per se.

Que en cuanto a que la APS no hubiera analizado los descargos de la Corredora, se debe manifestar que de la evaluación a los descargos presentados se observa que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** pretende justificar el incumplimiento, señalando que en fecha 03 de mayo de 2012 la Señora María Elena Dura Ramos retorno al plan de Seguro de Vida Entera, sin modificación de ninguna naturaleza y sin costo ni perjuicio para la asegurada, adjuntando además la nota CITE: NAVI-LP-OP-0307/2012.

Sin embargo, es importante aclarar que los incumplimientos surgen a raíz del cambio de plan de Vida Entera a Vida Flexible, respecto del cual, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** no ha presentado descargos suficientes para levantar los cargos por incumplimientos. Que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** se limita a señalar que en el Anexo D se entregó documentación a la asegurada para que pueda evaluar las diferencias entre las dos modalidades de Seguro.

Que evaluada la documentación se observa que entregó a su cliente los siguientes documentos:

- a) Carta a María Elena Duran Ramos de fecha 27 de junio de 2011, enviada por la aseguradora, en la que le hacen conocer a la asegurada que: “Debido al cambio de plan de seguro, de vida entera póliza N° NAVI-VI-004281/2007, al plan PREMIUM de vida flexible póliza N° POL-VF-LP-00200720-2010-00, sin interrumpir la cobertura del seguro de vida, Nacional Vida Seguros de Personas S.A. reconoce la antigüedad para la aplicación de los siguientes artículos del condicionado general de la presente póliza: **Artículo 5: Impugnabilidad (De acuerdo al Art. 1138 del Código de Comercio) Artículo 7: Riesgos no cubiertos, inciso a) Suicidio (De acuerdo al Art. 1139 del Código de Comercio)**
- b) Condicionado Particular de la Póliza de Seguro de Vida Flexible.
- c) Solicitud de Seguro de la Póliza de Seguro de Vida Flexible.

Que los documentos antes señalados, no demuestran asesoría alguna por parte de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** para el cambio del Plan de Vida entera a Vida Flexible.

Que por último, señala que en relación a los incisos c) y d) de la notificación de cargos: "En relación a los incisos c) y d) del punto 3, nos remitimos a los documentos del "Anexo E", que grafican las diferencias entre los planes y que sirvieron para que en conocimiento de las mismas, nuestra asegurada pudiera tomar la decisión de retornar al plan de que originalmente formaba parte".

Al respecto, no existe evidencia de recepción por parte de la Señora María Elena Duran Ramos sobre las mencionadas diferencias. Asimismo, la aseguradora ratifica que el Seguro de Vida Entera **caduca a los 30 días y que no existen Retiros Parciales**, lo cual se reitera y va en contra de lo que establece el condicionado general, ratificando por consiguiente la falta de asesoría por parte de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**

Que son estas las razones, documentos y declaraciones generadas por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** que motivaron a la APS a considerar como insuficientes tales descargos, toda vez que se brindó a esta aseguradora, la oportunidad (por mandato legal además) de demostrar que la queja de María Elena Durán Ramos era infundada. Es decir, no presentó adecuadamente sus descargos, no desdijo que no advirtió a su cliente de ciertos cambios en los beneficios de la Póliza en un plan y en el otro, no demostró haber (como pide la ley), documentalmente, asesorado debidamente a María Elena Ramos, etc.

Que a propósito de este alegato de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, es obvio que para esta persona jurídica, la carga de la prueba (onus probandi) recae o debe recaer única y absolutamente en la APS, olvidando que el artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 señala que el rol que corresponde al ente regulador es hacer conocer las presuntas infracciones al regulado (léase, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**) para que este produzca sus probanzas y lo que estime conveniente, para que sobre cuya base, la APS emita su juicio de valor.

Que en cuanto al tema de la prueba, el artículo 29.I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 señala que las Superintendencias, a petición de parte o de oficio, **podrán** disponer la producción de pruebas admisibles en derecho. Como se puede apreciar, la facultad de producir prueba per se por la Administración es potestativa y no imperativa.

Que así es como se plantea en nuestra jurisdicción lo concerniente a la prueba. Si tal no es del agrado de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, corresponde que accione para cambiar la legislación en el ámbito que es apropiado.

Que no establece la norma que la administración deba producir sus propias pruebas;

la administración investiga hechos y personas. En este caso, las bases sobre las cuales, la APS emitió la resolución administrativa son: **a)** Existe una denuncia escrita de María Elena Ramos; **b)** La APS ha solicitado informes y documentación previas en relación a la denuncia; **c)** Ha elaborado (subsecuentemente) informes técnicos de valoración; **d)** Ha notificado a la aseguradora; **e)** La aseguradora ha producido sus descargos junto a documentación que fue valorada en su día como insuficiente; y **f)** Elaboró la decisión que la Ley le faculta.

Que ese es el cuadro o contexto en el que se lleva a cabo un procedimiento sancionatorio (y por ende, el que nos ocupa), por lo que argumentar que se ha soslayado las pruebas o actuado sin bases legales como fácticas es inconsistente; peor aún, insistir en que la APS no ha tomado en cuenta los elementos atenuantes "ex lege" que devienen de la presunción de inocencia, y significa además, que la sanción impuesta sobre la base de una simple descripción de los hechos y juicios de valor sin presentar prueba alguna que respalde sus afirmaciones, ha sido censurada por la autoridad superior, carece de veracidad. La APS emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 517-2013 de 4 de junio de 2013 sobre la base de la denuncia de María Elena Ramos; sobre la base de una primera respuesta de la aseguradora contrastada con las normas y documentos adjuntados; sobre la base de los descargos expresos de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, y sobre la base de su prudente criterio, sana crítica y experiencia adquirida (amparados por la Ley).

Que otro aspecto a resaltarse es que NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., con el conjunto de argumentos de su recurso de revocatoria, se confunde de destinatario u objeto; en efecto, todas sus argumentaciones son copia de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 026/2013 que van dirigidas a la anulación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 880-2012 de 13 de noviembre de 2013, por lo que no pueden constituir objeto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 517-2013 de 4 de junio de 2013.

Que en **relación al argumento 2** de la recurrente, expuesto en el sexto Considerando de la presente Resolución; esto es que la APS hubiera impuesto la sanción en la resolución que se recurre, sobre la base de la culpabilidad y en la presunción de actuar negligente de la entidad, el mismo carece de sustento legal, pues en el anterior punto 1. se ha demostrado que el ente regulador actuó aplicando el procedimiento sancionatorio pre determinado (esto es en buen romance, respetando el principio de inocencia) y por oposición natural, rehuyendo del prejuicio de culpabilidad. En adición, la APS ha actuado y emitido la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 517-2013 de 4 de junio de 2013 sobre la base de juicios formados tomando en cuenta los descargos producidos por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, mismos que, a juicio de la APS, acreditan negligencia cuando es precisamente lo contrario que la norma espera de sus regulados.

Que en **relación al argumento 3** de la recurrente, expuesto en el sexto Considerando de la presente Resolución, referido a que la APS se limita a repetir las premisas de la resolución administrativa anulada viciando así de nulidad pues hace de lado las

observaciones de la URJ-SIREFI; es decir, vuelve a sancionar sin pruebas adicional o distinta, conviene aclarar que la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 026/2013 de 13 de mayo de 2013 (en su página 76) contiene observaciones a la modulación de la gravedad de la sanción, a las atenuantes o agravantes que hubieran concurrido en la responsabilidad, la presunción de especial diligencia, y no haber considerado otros criterios de sanción como la amonestación (aspectos ya dilucidados en párrafos anteriores de esta resolución). En efecto, dicha resolución ministerial jerárquica nada dice ni obliga a la APS a “presentar prueba adicional o distinta para sancionar” como, subjetivamente, interpreta **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONA S.A.**

Que, además, ya se ha demostrado que la producción de prueba por parte de la Administración, es facultativa y no preceptiva, si redundando en pos de la obtención de la verdad material.

Que en cuanto a las **alegaciones 4, 5, 6, y 7** del recurso de revocatoria anotados en el sexto Considerando de la presente resolución, evidentemente, el artículo 52 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 establece criterios de diferenciación entre las infracciones leves y las infracciones graves, destacándose entre ellas la concurrencia de dolo y culpa atribuible a los representantes legales, y la existencia de daño.

Que en este marco, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 517-2013 de 4 de junio de 2013 no señala, ni una sola palabra, que denote haber evidenciado entidad de “atribución de culpa o dolo” a “los representantes legales” de la recurrente. La APS no ha discriminado la responsabilidad personal de los **representantes legales** en sentido estricto, ya que las consecuencias de los actos de las entidades reguladas (en este caso) son institucionales; vale decir, se atribuye a la persona jurídica y no a la persona física. De ahí que alegar que no se ha demostrado la culpa o dolo de “los representantes legales, carece de consistencia jurídica y legal, y en adición, es “hacer decir a la APS algo que nunca ha dicho”.

Que lo que sí se ha evidenciado en la actitud de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, es negligencia en el cumplimiento de sus deberes como se ha demostrado en reflexiones anteriores de esta resolución (recordar el contenido de las cartas que la aseguradora remite a María Elena Durán; recordar que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** no produjo ni un solo documento que acredite haber asesorado en todos los aspectos del cambio de Póliza de Vida Entera a Vida Flexible; recordar que al final, no tuvo más remedio que devolver a aquella cliente o usuaria al plan originalmente contratado).

Que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** alega que el hecho de haber devuelto al plan de vida original constituye una prueba de “haberse subsanado en tiempo y en forma los actos”. Pero cabe una pregunta elemental, si esta Aseguradora tiene plena convicción y consciente de que su actuación (en este caso) fue impecable y lejos de todo cuestionamiento, por qué y qué es lo que subsanó? Nadie, en su buen juicio, subsanará actos que están bien o que están correctos, únicamente se subsana lo que está incorrecto o errado, o equivocado. Pues

NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A., de este modo y en su afán de auto complacerse, expone y revela la verdadera naturaleza de sus actos en el caso de María Elena Durán Ramos que no es otra que la de haberse desempeñado deficientemente, confirmando así el cargo imputado así como la sanción de amonestación grave.

Que ya en el campo de la formulación lógica de los cargos, se debe manifestar que la APS sancionó a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** sobre la base de una tesis (formulación de cargos), analizando subsecuentemente la antítesis (descargos producidos) para finalmente, elaborar una síntesis (la resolución que ahora se impugna) quedando fuera de toda duda que el ente regulador hubiera actuado sobre la base de simples "premisas", como alega la Aseguradora.

Que en cuanto a la **alegación 8** del recurso de revocatoria anotado en el sexto Considerando de la presente resolución y luego de la anterior exposición desarrollada, queda claramente demostrado que la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 517-2013 de 4 de junio de 2013 conlleva bases jurídico-legales y bases factuales, alejadas definitivamente de cualquier criterio subjetivo caprichoso.

CONSIDERANDO:

Que el conjunto de alegaciones esgrimidos por la recurrente en el presente recurso no enervan ni destruyen los razonamientos cursantes en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 517-2013 de 04 de junio de 2013, por lo que se concluye que la recurrente no ha desvirtuado lo dispuesto en la referida resolución administrativa, correspondiendo confirmar la misma..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 23 de julio de 2013, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 611-2013 de 8 de julio de 2013, argumentando lo siguiente:

“...I- ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACION

La Resolución Ministerial Jerárquica N° 026/2013 de fecha 13 de mayo de 2013, anuló obrados en base a múltiples violaciones constitucionales de su autoridad en la resolución con la cual usted impuso una multa a nuestra sociedad.

En su porción más saliente, el citado acto administrativo dice lo siguiente en su página 72:

“..Estos extremos permiten concluir, que a (sic) Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, así coma (sic) a tiempo de modular e imponer la sanción que consta en la Resolución administrativa APS/DJ/DS 880-2012 de fecha 13 de noviembre de 2012, **en infracción a la norma,** no ha considerado el agravante o atenuante de lo (sic) responsabilidad que importa la **presunción**

de actuación con especial diligencia del sector seguros, tampoco ha hecho una correcta modulación de la sanción imponible, al haber considerado parcialmente los elementos que hacen a tal procedimiento, prescindiendo injustificadamente del criterio de (sic) amonestación como sanción de posible aplicación...”

Nótese que la autoridad superior, establece como “Verdad Formal Jurídicamente establecida” (que no admite mayor tratamiento en ésta arena) que su autoridad no ha considerado la atenuación que proviene de la Presunción de Actuación con Especial Diligencia, que no es más que una expresión del principio de Presunción de Inocencia, consagrado como una garantía de rango nada menos que constitucional.

Entonces, señor Director, no está en debate el hecho de si su autoridad puede o no asumir, presumir y suponer y menos basar una sanción en una actuación “presuntamente” negligente. La autoridad superior, ha dejado sentado, como “verdad formal”, que al menos en ésta etapa no puede admitir discusión, que mediante acto administrativo formal, que su autoridad ha actuado “en infracción de la norma”.

Adicionalmente, la autoridad superior en su parte resolutive establece lo siguiente:

“...**debiendo** en consecuencia dictarse nueva Resolución administrativa ajustándola a derecho, **conforme a los fundamentos establecidos** en la presente Resolución Ministerial Jerárquica...”

Verá usted que para evitar la infracción de la norma en la que su autoridad ha incurrido, debería haber tomado en consideración y como premisa esencial, la existencia de la presunción de actuar diligente al momento de imponer una sanción.

La Resolución impugnada en recurso de revocatoria, hoy confirmada por su autoridad, no solamente desconoce dicha presunción que es una garantía constitucional, sino que en su fundamento realiza afirmaciones categóricas que desafían y contrarían lo dispuesto por la autoridad superior.

Señor Director Ejecutivo, Las (sic) Resoluciones Jerárquicas emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas del Estado Plurinacional de Bolivia, constituyen la voz del Estado en el máximo, más grave y más serio nivel de impugnación de los actos de sus inferiores y son actos administrativos de carácter vinculante y por consiguiente de cumplimiento obligatorio para todas las autoridades administrativas reguladoras del Sistema de Regulación Financiera de orden operativo, quienes se encuentran en la obligación de actuar en apego a lo dispuesto por la máxima autoridad de revisión en sede administrativa de nuestro sistema legal.

Estos actos contienen declaraciones que constituyen verdades sobre las que no es posible continuar un debate, al menos en la esfera administrativa, y mucho menos es posible pasar por alto dichas declaraciones pues no constituyen meras declaraciones retóricas o meramente procedimentales. Son actos formales cuya observancia es

obligatoria.

Pero ingresando en materia, y al meollo de la cuestión, en la RA 611 que hoy impugnamos, su respetable autoridad emite una serie de juicios de valor de orden subjetivo que no pertenecen al ámbito del derecho. Sin embargo, en lo que sí es relevante en el ámbito del derecho, que es un foro superior y que merece nuestra consideración, usted realiza afirmaciones categóricas que no se apegan a lo dispuesto por el superior en grado y por el contrario se apartan de lo establecido por la autoridad Ministerial, cuando dice en forma sostenida, consistente y repetida:

(página 6)

“...- La aseguradora no ha presentado a ésta APS documentos que demuestren haber prestado asesoramiento exacto, suficiente, diligente y que no le induzca a error...”

(página 8)

“...no ha presentado descargos suficientes para levantar los cargos por incumplimientos...”

(página (sic))

“...Qué son éstas las razones, documentos y declaraciones generadas NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. que motivaron a la APS a considerar como insuficientes tales descargos toda vez que se brindo a esta aseguradora la oportunidad (por mandato legal) de demostrar que la queja...” (sic) ...era infundada...”

(página 12)

“...No produjo ni un solo documento que acredite haber asesorado...”

Note su autoridad que una vez más y de manera expresa y abierta, pasa por alto el pilar de la presunción de actuar con especial diligencia que constituye una garantía con base constitucional de nuestro sistema legal, que reiteramos, ha sido inclusive remarcado en varias porciones de la Resolución Ministerial Jerárquica precedentemente citada que usted simplemente no atiende en ninguna porción de su texto.

Las frases previamente transcritas muestran con claridad que su autoridad continúa sosteniendo (en violación de la Ley y de los actos administrativos del superior que son vinculantes) en forma incontrastable e inconfundible que la culpabilidad o la negligencia en el sistema legal del Estado Plurinacional de Bolivia, se presume, lo cual viola no solo la norma constitucional sino una gama innumerable de reglamentos y norma (sic) inferiores a la norma suprema.

No es posible omitir el hecho de que para usted el regulado se presume negligente y por tanto la carga de la prueba recae sobre éste regulado quien debe probar que no es negligente y sólo así puede ser liberado de culpa y por consiguiente de sanción.

Estas (sic) afirmaciones, violan de manera frontal las múltiples normas de orden constitucional citadas por nosotros en los sendos medios impugnatorios interpuestos contra los actos de su respetable autoridad.

Su autoridad llega al extremo de afirmar que sus premisas estarían respaldadas por la norma boliviana sin citar cuál norma, debido a que obviamente un texto con semejante nivel de distorsión normativa, no existe en nuestra economía legal. Y usted dice:

(página 10)

“no demostró haber (como pide la Ley) documentalmente asesorado debidamente...”

Pero eso no es todo, su autoridad, para justificar la inexistencia de pruebas que no se presentaron nunca hasta el momento y menos para la imposición de la sanción de amonestación, sostiene lo siguiente:

(página 10)

“...la facultad de producir prueba per se por la Administración es potestativa **y no imperativa...**”

“...que **no establece la norma** que la administración deba producir **sus pruebas...**”

Estas afirmaciones tuyas, son realmente repeticiones de argumentos pasados en éste proceso de impugnación, ya censurados por el superior en grado y que no podrían ser objeto de consideración, cual si fueran “nuevos” o al menos no condenados por la autoridad ministerial.

Adicionalmente, su autoridad desconoce abiertamente que el superior en grado ya consideró y resolvió su respetable pero ilegal criterio de que una autoridad administrativa en el Estado Plurinacional de Bolivia, estaría al margen del cumplimiento de ciertas normas constitucionales como el de la garantía de Presunción de Inocencia o el deber de condenar a una persona a una pena con la presentación de pruebas incontestables que destruyan la presunción de inocencia que le protege.

Todas éstas cuestiones ya han sido debatidas y clarificadas por la autoridad superior, con gran abundancia y excelencia, a las cuales nos remitimos.

Por último, su autoridad realiza una afirmación que no es posible pasar por alto

cuando dice:

*“...La APS sancionó a NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. sobre la base de una **tesis** (formulación de cargos), analizando subsecuentemente la **antítesis** (descargos producidos) para finalmente, elaborar una **síntesis** (la resolución...”*

Señor Director, nuestro sistema legal se basa en una estructura lógica que es diametralmente opuesta a la que usted expone en el acto impugnado y que explica en gran medida el grado de distorsión y desviación de las premisas de su autoridad contenidas en el acto impugnado y en todos los actos administrativos previos dictados por su autoridad a los que me remito y que no repetiré por no ser conveniente en ésta etapa.

Nuestro sistema legal tiene como tesis la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia” que dice:

“...Artículo 117

- I. **Se garantiza la presunción de inocencia.** (Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado.*
- II. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible...”*

Note usted que la norma no dice “...salvo en materia administrativa,,,, (sic)” Y (sic) menos dice “...salvo que la autoridad administrativa considere que será la culpabilidad la que se deba presumir...” o alguna frase como “... salvo que el caso lo amerite...” La norma es taxativa y precisa. Si existe duda sobre la aplicación de una norma, debe aplicarse la más favorable y dicha garantía sólo puede desecharse con la presentación de pruebas que demuestren palmariamente la culpabilidad (o la negligencia).

Por último, señor Director, su autoridad se escuda en el hecho de haber seguido un “iter” procedimental al pie de la letra, cual si dicho cumplimiento0 (sic) tuviera el poder de subsanar actos de violación constitucional como lo que denunciarnos con éste recurso.

Cabe anotar una vez más que la autoridad superior, de acuerdo a los documentos que cursan en obrados, ya consideró y ya resolvió dichas cuestiones afirmando de manera expresa que el mero cumplimiento de un procedimiento no convalida las violaciones constitucionales que dicho procedimiento pretendiera consagrar, nos remitimos a dichas consideraciones que cursan en los varios actos administrativos que forman parte de éste procedimiento impugnatorio.

En síntesis, su autoridad no ha presentado los elementos probatorios que sirvan de base para la imposición de sanción alguna en contra de nuestra autoridad y menos a

ajustado sus actos a lo dispuesto por la autoridad superior y por nuestra constitución (sic) Política al haber basado su sanción en presunciones, premisas, e hipótesis violatorias a la norma constitución, lo que amerita la nulidad de todo lo obrado.

II – PETITORIO

*En base a lo anterior, y en apego al Art. 66 de la LPA, interponemos recurso Jerárquico en contra de la **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 611-2013 DE 8 DE JULIO DE 2013 (“RA 611”)**, invocando la nulidad de todo lo actuado por haberse dictado en reiterada violación de la norma constitucional y al procedimiento legalmente establecido en el derecho positivo boliviano.*

En ese sentido, pedimos se sirva remitir el expediente del exordio a consideración del superior en grado, quien con seguridad anulara todo lo obrado hasta el inicio mismo del ilegal procedimiento sancionador...”

7. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 9 de septiembre de 2013 se llevó adelante la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** en su memorial de 14 de agosto de 2013 y señalada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI Nº 071/2013 de 26 de agosto de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme consta de la nota de fecha 2 de marzo de 2012, dirigida a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, la señora María Elena Durán Ramos, cliente y asegurada de la misma, presentó el reclamo referido a que: *“por un mal asesoramiento por parte de un agente de seguros de su Institución, accedí a cambiar mi plan de Seguro de Vida Entera por el plan Seguro de Vida Flexible”*.

Amén que la nota de referencia, termina solicitando *“anular la póliza del Seguro de Vida Flexible para retornar al Seguro de Vida Entera”* (lo que habría sido atendido favorablemente, conforme sale de la nota NAVI-LP-OP-0307/2012 de 26 de marzo de 2012), cuya copia fue remitida a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros,

ésta ha determinado el inicio de las investigaciones a las que se refiere el informe APS/DS/JTS/1418/2012 de 30 de octubre de 2012.

En tal sentido, por emergencia del reclamo presentado por la señora María Elena Durán Ramos, la Autoridad Fiscalizadora, inició proceso sancionatorio contra la Entidad Aseguradora, mediante nota APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2012, por el cargo siguiente:

*“...no ha demostrado que en el proceso de cambio del Plan de Vida Entera a Vida Flexible, hubiera cumplido a la normativa pertinente. Esto es, el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: **“PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS:...** a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...”.*

Presentados los descargos, siguieron las fases inherentes al proceso sancionatorio y recursivo (Resolución Administrativa -sancionatoria- APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012 y Resolución Administrativa -confirmatoria de la anterior- APS/DJ/DS/N° 965-2012 de 11 de diciembre de 2012).

No obstante y como emergencia del Recurso Jerárquico de 27 de diciembre de 2012, se anuló el procedimiento administrativo “*hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 880-2012 de 13 de noviembre de 2012*”, dando lugar a que se haya pronunciado en lugar de ésta última, la Resolución Administrativa -sancionatoria- APS/DJ/DS/N° 517-2013 de 4 de junio de 2013, y posteriormente, habiendo sido la misma recurrida de Revocatoria, la Resolución Administrativa -confirmatoria- APS/DJ/DS/N° 611-2013 de 8 de julio de 2013.

Al presente, habiéndose interpuesto Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 611-2013, corresponde pasar a analizarlo y resolverlo a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Acerca de la presunción de inocencia.-

Consta de la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 611-2013 de fecha 8 de julio de 2013, la posición del Ente Regulador en sentido de haber presumido una actuación negligente de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** en su relación con su cliente María Elena Durán Ramos, habiendo generado con ello, la controversia concreta a la que se refiere el Recurso Jerárquico: haberse sancionado a la recurrente (en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 517-2013 de 4 de junio de 2013), prescindiendo de la presunción de inocencia a la que, cual garantía constitucional, se refiere el artículo 116°, párrafo I, de la Constitución Política del Estado, y que en materia de seguros, tiene especial disposición en el artículo 18° del Reglamento de sanciones del sector seguros, aprobado por la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003, y que establece que:

“...todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En función de ello y en la pretensión de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, no le corresponda sanción alguna, el Recurso Jerárquico se resume en expresiones como las siguientes:

“...para usted el regulado se presume negligente y por tanto la carga de la prueba recae sobre éste regulado quien debe probar que no es negligente y sólo así puede ser liberado de culpa y por consiguiente de sanción (...)

...su autoridad desconoce abiertamente que el superior en grado ya consideró y resolvió su respetable pero ilegal criterio de que una autoridad administrativa en el Estado Plurinacional de Bolivia, estaría al margen del cumplimiento de ciertas normas constitucionales como el de la garantía de Presunción de Inocencia o el deber de condenar a una persona a una pena con la presentación de pruebas incontrastables que destruyan la presunción de inocencia que le protege (...)

En síntesis, su autoridad no ha presentado los elementos probatorios que sirvan de base para la imposición de sanción alguna en contra de nuestra autoridad y menos a ajustado sus actos a lo dispuesto por la autoridad superior y por nuestra constitución (sic) Política al haber basado su sanción en presunciones, premisas, e hipótesis violatorias a la norma constitución, lo que amerita la nulidad de todo lo obrado...”

Alegato este que, siendo repetitivo del expresado a tiempo del Recurso de Revocatoria, permite confrontarlo con la posición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, expresada en oportunidad de la ahora recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 611-2013 de fecha 8 de julio de 2013, conforme la transcripción siguiente:

“...NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A. no ha presentado descargos suficientes para levantar los cargos por incumplimientos. Que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** se limita a señalar que en el Anexo D se entregó documentación a la asegurada para que pueda evaluar las diferencias entre las dos modalidades de Seguro (...)

*...los documentos antes señalados, no demuestran asesoría alguna por parte de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** para el cambio del Plan de Vida entera a Vida Flexible.*

Que por último, señala que en relación a los incisos c) y d) de la notificación de cargos: “En relación a los incisos c) y d) del punto 3, nos remitimos a los documentos del “Anexo E”, que grafican las diferencias entre los planes y que sirvieron para que en conocimiento de las mismas, nuestra asegurada pudiera tomar la decisión de retornar al plan de que originalmente formaba parte”.

Al respecto, no existe evidencia de recepción por parte de la Señora María Elena Duran Ramos sobre las mencionadas diferencias (...)

...se brindó a esta aseguradora, la oportunidad (por mandato legal además) de demostrar que la queja de María Elena Durán Ramos era infundada. Es decir, no presentó adecuadamente sus descargos, no desdijo que no advirtió a su cliente de ciertos cambios en los beneficios de la Póliza en un plan y en el otro, no demostró haber (como pide la ley), documentalmente, asesorado debidamente a María Elena Ramos, etc.

Que a propósito de este alegato de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, es obvio que para esta persona jurídica, la carga de la prueba (onus probandi) recae o debe recaer única y absolutamente en la APS, olvidando que el artículo 67 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 señala que el rol que corresponde al ente regulador es hacer conocer las presuntas infracciones al regulado (léase, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**) para que este produzca sus probanzas y lo que estime conveniente, para que sobre cuya base, la APS emita su juicio de valor.

Que en cuanto al tema de la prueba, el artículo 29.I del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 señala que las Superintendencias, a petición de parte o de oficio, **podrán** disponer la producción de pruebas admisibles en derecho. Como se puede apreciar, la facultad de producir prueba per se por la Administración es potestativa y no imperativa(...)

...no establece la norma que la administración deba producir sus propias pruebas; la administración investiga hechos y personas. En este caso, las bases sobre las cuales, la APS emitió la resolución administrativa son: **a)** Existe una denuncia escrita de María Elena Ramos; **b)** La APS ha solicitado informes y documentación previas en relación a la denuncia; **c)** Ha elaborado (subsecuentemente) informes técnicos de valoración; **d)** Ha notificado a la aseguradora; **e)** La aseguradora ha producido sus descargos junto a documentación que fue valorada en su día como insuficiente; y **f)** Elaboró la decisión que la Ley le faculta (...)

...el ente regulador actuó aplicando el procedimiento sancionatorio pre determinado (esto es en buen romance, respetando el principio de inocencia) y por oposición natural, rehuyendo del prejuicio de culpabilidad. En adición, la APS ha actuado y emitido la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 517-2013 de 4 de junio de 2013 sobre la base de juicios formados tomando en cuenta los descargos producidos por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, mismos que, a juicio de la APS, acreditan negligencia cuando es precisamente lo contrario que la norma espera de sus regulados (...)

...se ha evidenciado en la actitud de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, es negligencia en el cumplimiento de sus deberes como se ha demostrado en reflexiones anteriores de esta resolución (recordar el contenido de las cartas que la

aseguradora remite a María Elena Durán; recordar que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** no produjo ni un solo documento que acredite haber asesorado en todos los aspectos del cambio de Póliza de Vida Entera a Vida Flexible; recordar que al final, no tuvo más remedio que devolver a aquella cliente o usuaria al plan originalmente contratado)...”

Aquí cabe establecer que el extremo, conforme lo ha alegado **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, es trascendental toda vez que, más allá de atacar la responsabilidad que a la misma se atribuye por no brindar “a María Elena Durán Ramos, información completa, veráz (sic) y oportuna, y suficiente para promover el cambio del “Plan de Vida Entera” al “Plan Vida Flexible”, violando las disposiciones legales que rigen esta situación” (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 517-2013), determinaría la inexistencia de infracción sancionable, por cuanto, al no ser demostrada, queda en una presunción.

Entonces, en la posición de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, no se le ha comprobado infracción alguna, y que por lo tanto, no corresponde se le imponga ninguna sanción por sencilla aplicación del principio de presunción de inocencia; mientras que para la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, al no haber desvirtuado la aseguradora el cargo imputado en su contra, sí corresponde la sanción.

Así planteado, en el trasfondo del alegado principio de la presunción de inocencia, está la figura de la carga de la prueba (el denominado *onus probandi*), entendida como la obligación procesal del deber de demostrar un hecho: quien tiene la carga de la prueba es quien ha de demostrar el incumplimiento de la norma; su fundamento es que aquella persona que involucre a otra en la autoría de un determinado incumplimiento normativo, debe demostrarlo.

Así se desprende del artículo 74º de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), que establece que “se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo”.

En este sentido, la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 611-2013 establece criterios, como los transcritos a continuación, y que son menester aclarar:

“...es obvio que para esta persona jurídica -se refiere a **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**-, la carga de la prueba (*onus probandi*) recae o debe recaer única y absolutamente en la APS, olvidando que el artículo 67 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 señala que el rol que corresponde al ente regulador es hacer conocer las presuntas infracciones al regulado (léase, **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**) para que este produzca sus probanzas y lo que estime conveniente, para que sobre cuya base, la APS emita su juicio de valor.

Que en cuanto al tema de la prueba, el artículo 29.I del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 señala que las Superintendencias, a petición de parte o

de oficio, **podrán** disponer la producción de pruebas admisibles en derecho. Como se puede apreciar, la facultad de producir prueba per se por la Administración es potestativa y no imperativa (...)

Que no establece la norma que la administración deba producir sus propias pruebas; la administración investiga hechos y personas..."

Efectivamente, el artículo 29º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, habla de la potestad de los Entes Reguladores del Sistema de Regulación Financiera, para "*disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de sus decisiones...*", empero ello de ninguna manera constituye una autorización, para que los mismos entes prescindan de la investigación a la que se encuentran obligados por imperio del artículo 4º, inciso d), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), el que a la letra señala:

"...La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil..."

Investigar es, de acuerdo a la definición del diccionario, "*Hacer diligencias para descubrir algo*" (y diligencia, a su vez, es el "*Trámite de un asunto administrativo, y constancia escrita de haberlo efectuado*").

Por tanto, de lo anterior no cabe duda que, al margen de la carga impuesta para los imputados por los artículos 66º (dice: "*presentar pruebas de descargo o justificaciones*"), y 67º ("*el presunto infractor presente todos los descargos, pruebas, alegaciones, explicaciones, informaciones y justificativos que creyere útiles para ejercitar su derecho de defensa*", y "*antecedentes y descargos presentados*") del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, existe también la obligación de la Administración, de investigar los hechos imputados, mediante las diligencias que para ello sean necesarias, por lo que no puede limitarse a "*hacer conocer las presuntas infracciones al regulado (...) para que este produzca sus probanzas y lo que estime conveniente, para que sobre cuya base, la APS emita su juicio de valor*", como mal sugiere la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 611-2013 de fecha 8 de julio de 2013.

Nótese que el artículo 68º del mismo Reglamento, establece que "*Vencido el término de prueba, el Superintendente respectivo en el plazo de los diez (10) días hábiles administrativos siguientes, dictará la resolución...*", es decir, que la fase procesal para la sanción o desestimación de la misma, tiene dos partes fundamentales: la primera, de 3 a 15 días (Art. 67º del Reglamento), para la producción de descargos, y la posterior de 10 días, para el pronunciamiento de la Resolución correspondiente con base en la imputación empero también en los descargos, 10 días en los que, entonces, la Administración debe cumplir la carga para ella señalada por el artículo 4º, inciso d), de la Ley N° 2341, fundamentalmente si de la compulsa de los mismos resulta la existencia de una o varias controversias.

Es esa circunstancia, es recién aplicable la disposición del artículo 29º, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003

(aludido por la recurrida), la que evidentemente así expuesto, resulta en una facultad potestativa de la Administración, pero que no es independiente, sino que obedece a la necesidad de dar cumplimiento con el deber de investigación de la misma.

Bajo esa lógica, la imposición de la sanción que consta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 517-2013, obedecería a una presunción, a una sospecha, empero a ningún hecho confirmado o demostrado, habiéndose limitado la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a emitir:

*“...la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 517-2013 de 4 de junio de 2013 sobre la base de juicios formados tomando en cuenta los descargos producidos por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, mismos que, a juicio de la APS, acreditan negligencia cuando es precisamente lo contrario que la norma espera de sus regulados (...)*

*...se ha evidenciado en la actitud de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, es negligencia en el cumplimiento de sus deberes como se ha demostrado en reflexiones anteriores de esta resolución (recordar el contenido de las cartas que la aseguradora remite a María Elena Durán; recordar que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** no produjo ni un solo documento que acredite haber asesorado en todos los aspectos del cambio de Póliza de Vida Entera a Vida Flexible; recordar que al final, no tuvo más remedio que devolver a aquella cliente o usuaria al plan originalmente contratado)...” (Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 611-2013 de fecha 8 de julio de 2013).*

En este sentido, las determinaciones del Regulador no resultan congruentes entre sí, por cuanto, la resolución definitiva de todas ellas -de la que supra se han transcrito las porciones señaladas- resulta justificar la sanción en una negligencia entendida de manera genérica y que den definitiva no hace a lo imputado, cuando conforme lo visto, el cargo en concreto está referido a “no haber observado y cumplido debidamente la normativa señalada”, en relación al “artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: **“PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS:... a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...”** (nota de cargo APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2013; las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

No obstante y conforme se establece infra, es precisamente en ejercicio de la verdad material a la que queda obligada la Administración (entonces también el suscrito), que corresponde ahora determinar si en un criterio de estricta justicia y más allá de lo determinado por el Ente Regulador, sea por los antecedentes elevados por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, o sea en los fundamentos con base a los cuales el mismo Ente Regulador ha tomado sus sucesivas determinaciones, se ha comprobado que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** ha cometido la infracción por la que ha sido imputada.

2.2. Entrega de información inexacta.-

Conforme consta de la nota de cargos APS/DJ/DS/7749/2012 de 5 de octubre de 2013, la infracción imputada y después sancionada, consiste en “no haber observado y cumplido debidamente la normativa señalada”, normativa que, en el tenor de la misma nota, es la siguiente:

“...el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: **“PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS:... a) Publicitar y entregar información inexacta o falsa que induzca a error sobre la situación de la entidad y de sus productos, o de las condiciones de comercialización de los mismos...”** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

A este respecto y conforme lo ya supra señalado, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 611-2013 de fecha 8 de julio de 2013, ha aclarado que “La sanción que ahora impone la APS en la resolución que se recurre -se refiere a la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 517-2013 de fecha 4 de junio de 2013-, lo hace sobre la base de la culpabilidad y **en la presunción de actuar negligente de la entidad...**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En tal sentido, de la misma Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 611-2013, se rescatan extremos como los siguientes:

“...La anterior imputación -se refiere a la que consta de la nota de cargos APS/DJ/DS/7749/2012- se basa en los siguientes hechos: (...)

b) Asimismo, se pre determina que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.**, en este caso concreto y como consecuencia de haber afirmado que la Póliza de Vida Entera 206-934101-2000 03 002, no reconoce el beneficio de Retiro Parcial, ha desconocido la vigencia del numeral 1.15 del artículo 1 de la Póliza de Vida Entera que establece que el “Retiro Parcial es el pago del Valor de Rescate efectuado por la compañía a favor del asegurado”.

c) Este desconocimiento de parte de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** se relaciona con lo dispuesto por el artículo 18 de la Póliza de Vida Entera que dispone que “queda convenido y/o específicamente acordado en el presente contrato, **que el préstamo a que tenga opción el asegurado según sus valores garantizados se aplicará automática y prioritariamente a pago de las primas devengadas a sus respectivos vencimientos, antes de recurrir a la alternativa de saldar el seguro** por un capital reducido y siempre que su Valor de Rescate sea igual o mayor al monto de la prima devengada.” (las negritas son de la APS).

d) Este párrafo tiene que ver y desmiente la afirmación de la compañía de que el seguro de vida entera caduca a los 30 días posteriores al incumplimiento en el pago de la cuota de la prima acordada.

e) En adición, se concluye que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** ha

desconocido la segunda parte de lo dispuesto por el numeral 13.1. del artículo 13 de la Póliza de Vida Entera: “Cualquier cambio que el Contratante o Asegurado deseara efectuar en capital asegurado, en el plan de seguro o su duración, será solicitado por escrito a la Compañía, **la cual le dará a conocer las condiciones en que el cambio puede efectuarse**” (las negritas son de la APS); esto es, no prestó los elementos de análisis, como ventajas y desventajas, diferencias o similitudes de ambos planes para tomar una decisión correcta.

f) El desconocimiento de estas normas inscritas en la propia Póliza de Vida Entera 206-934101-2000 03 002, demuestra que **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.** ha proporcionado a María Elena Durán Ramos un asesoramiento inexacto, deficiente y negligente en el proceso de cambio de Plan de Vida Entera a Vida Flexible, incurriendo en la prohibición contemplada en el artículo 14.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que establece: “**PROHIBICIONES A LAS ENTIDADES ASEGURADORAS:...**
a) Publicitar y entregar información **inexacta** o falsa que **induzca a error** sobre la situación de la entidad y **de sus productos**, o **de las condiciones de comercialización de los mismos...**”.

Corresponde aquí tener presente, que estos extremos devienen de la propia imputación con el cargo; no obstante, los procedimientos recursivos incoados por **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** (los del Recurso de Revocatoria de fecha 24 de junio de 2013 e inclusive los que determinarían el pronunciamiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 026/2013 de 13 de mayo de 2013) no han hecho incidencia sobre los extremos precitados, sino que más bien han estado limitados a “el análisis de principios constitucionales medulares... y no hace énfasis en las cuestiones de hecho que rodean al caso en cuestión que hemos considerado menos relevantes” (memorial presentado por la misma recurrente en fecha 15 de febrero de 2013, dentro del la sustanciación del Recurso Jerárquico anterior), exigiéndose con respecto a ello “precisiones conceptuales” referidas a determinados elementos gramaticales.

Lo cierto es que, conforme consta en obrados, hasta el presente, la serie de hechos **ciertos, materiales y concretos** (no así presuntos, conforme se evidencia de su propio tenor y de su cotejo con los restantes datos que salen del expediente) en los que se basa la imputación, conforme han sido mencionados en la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 611-2013, **no han sido desvirtuados de ninguna manera por parte de NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, sino por el contrario, así como los descargos de la nota NAVI-GR-657/2012 de 25 de octubre de 2012 no los irritan (por cuanto están referidos a la conducta de la ahora recurrente, emergente de la infracción y no así a la conducta que importa la infracción, como bien se señala en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 517-2013 de 4 de junio de 2013), el Recurso Jerárquico de 23 de julio de 2013 también los ignora, prefiriendo circunscribirse a la serie de extremos sobre los que se ha hecho supra relación, evaluación y referencia, y por tanto, dejándolos firmes, vigente subsistentes.

Por tanto y en conclusión, la determinación de la responsabilidad de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA** en la comisión de lo imputado y después infringido, se mantiene firme, vigente y subsistente, empero no basada en una *presunción de*

negligencia, como mal sugiere la recurrida, sino en la existencia de evidencia concreta y concluyente acerca de que la recurrente prestó una información inexacta y con ello, un asesoramiento deficiente a su asegurada, extremo que consta no solo de la nota de fecha 2 de marzo de 2012, presentada por la misma y que da origen al proceso sancionatorio, sino de la serie de efectos técnicos supra señalados, todos los cuales, se reitera, no han sido desvirtuados dentro de los recursos que componen al proceso recursivo.

CONSIDERANDO:

Que, de todo el análisis anterior, se concluye que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 611-2013 de fecha 8 de julio de 2013, ha limitado su análisis a los presupuestos del Recurso de Revocatoria y no así a los restantes que salen del expediente del caso de autos, los que, sin embargo, sustentan los criterios que oportunamente han sustentado la imputación y después, la sanción en contra de **NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS SOCIEDAD ANÓNIMA**.

Que, de conformidad con el artículo 43°, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 611-2013 de fecha 8 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS N° 517-2013 de fecha 4 de junio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO “FATIMA” LTDA.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 462-2013 DE 24 DE JULIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI N° 081/2013 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2013

FALLO

REVOCA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 081/2013

La Paz, 27 de Noviembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 462/2013 de 24 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°331/2013 de 6 de junio de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 079/2013 de 15 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 174/2013 de 25 de octubre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 13 de agosto de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.**, legalmente representada por el Sr. Oscar Manuel Coronado Espinoza, Gerente General, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 1039/2013 de 12 de agosto de 2013, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 12 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra a cargo del Dr. Edgar Rosales Lijerón, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N°462/2013 de 24 de julio de 2013, que en

Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°331/2013 de 6 de junio de 2013.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R-121988/2013 de fecha 15 de agosto de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa ASFI N° 462/2013 de 24 de julio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de 21 de agosto de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.**, mismo que fue notificado el 27 de agosto de 2013.

Que, el 23 de septiembre de 2013, a horas 9:00 se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.**

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

Que, antes de ingresar al análisis de fondo, es importante hacer referencia a los antecedentes que dieron lugar al presente Recurso Jerárquico.

Que, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en fecha 3 de mayo de 2011, emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2011, misma que determinó, en su parte resolutive, lo siguiente:

*"...**ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 1018/2010 de 7 de diciembre de 2010 **inclusive**, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva Resolución Administrativa pronunciándose sobre todos los aspectos alegados por la recurrente y de conformidad con los argumentos desarrollados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica..."*

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por emergencia de la Resolución Ministerial Jerárquica, emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 489/2011 de 20 de junio de 2011, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°892/2010 de 21 de octubre de 2010.

Que, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.**, mediante memorial de 11 de julio de 2011, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 489/2011 de 20 de junio de 2011.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 060/2011 de 15 de noviembre de 2011, resolvió:

*"...**ANULAR** el procedimiento administrativo hasta la nota de cargos ASFI/DSR/III/R-97686/2010 de 24 de septiembre de 2010 **inclusive**, debiendo la Autoridad de*

Supervisión del Sistema Financiero emitir nueva nota de cargos, conforme a derecho y a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica...”.

Que, en cumplimiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 060/2011, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 404/2012 de 14 de agosto de 2012, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°239/2012 de 14 de junio de 2012.

Mediante memorial presentado el 4 de septiembre de 2012, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO “FÁTIMA” LTDA.**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 404/2012 de 14 de agosto de 2012.

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°082/2012 de 28 de diciembre de 2012 resolvió:

*“...ANULAR el Procedimiento Administrativo hasta la nota de cargos ASFI/DSR II/R-58421/2012 de 14 de mayo de 2012, **inclusive**, debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica....”*

2. NOTA DE CARGOS.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en aplicación a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°082/2012 de 28 de diciembre de 2012, mediante Nota de Cargos ASFI/DSR II/R-62585/2013 de 30 de abril de 2013, notificó a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO “FÁTIMA” LTDA.**, con las presuntas contravenciones en las que habría incurrido la entidad, conforme el siguiente texto:

“...En cumplimiento de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012 de 28 de diciembre de 2012 y de acuerdo con la información reportada a la Central de Información de Riesgo Crediticio CIRC al 31 de enero de 2010 y 31 de julio de 2010, esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha establecido presunto incumplimiento al artículo 79, inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) al determinar que la Cooperativa mantuvo dos operaciones crediticias con el señor Marco Antonio Rivero Rivero por \$us.8,000.00 como codeudor de la señora Gaby Rivero Zambrana y por Bs56,000.00 como deudor en los periodos en los cuales fue contratado como Cajero de la Cooperativa (del 28 de enero de 2010 al 17 de abril de 2010 y del 1 de julio de 2010 al 31 de agosto de 2010), de acuerdo al siguiente detalle:

N° CRÉDITO	MONTO	DESEMBOLSO	CALIDAD	PERIODO DE CONTRATACIÓN
10031928	\$us.8.000.00	17/11/2006	Garante hipotecario Marco Antonio Rivero Rivero	Del 28/01/2010 al 17/04/2010
10037054	Bs.56,000.00	17/12/2009	Crédito directo a favor de Marco Antonio Rivero Rivero	Del 01/07/2010 al 31/08/2010

En consecuencia y a los efectos de lo establecido por el artículo 109 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y por el artículo 1, Sección 3 del

Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Capítulo II, Título II, Libro 7 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se **NOTIFICA** a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, en la persona del Gerente General, en su condición de representante legal de la entidad, otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente hábil de la fecha de recepción de la presente notificación, para que efectúe los descargos y explicaciones pertinentes debidamente documentados."

Que, en fecha 21 de mayo de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.**, presentó descargos.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 331/2013 DE 6 DE JUNIO DE 2013.-

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI N° 331/2013 de 6 de junio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve:

"...PRIMERO.- Sancionar a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, con una multa pecuniaria de 1,000.00 DEG (Un mil Derechos Especiales de Giro) equivalente al 1 % del Capital Mínimo requerido para la entidad, al haber incumplido con lo establecido en el artículo 79, inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al determinarse en base a la información reportada a la CIRC al 31 de enero de 2010 y 31 de julio de 2010, que el señor Marco Antonio Rivero Rivero en su calidad de Funcionario (Cajero), mantenía operaciones con la entidad.

SEGUNDO.- La multa impuesta deberá depositarse en la Cuenta Fiscal N° 1-4678352 (Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero - Multas) del Banco Unión S.A., en moneda nacional y al tipo de cambio vigente en la fecha de pago, dentro los siguientes 15 días hábiles posteriores a la notificación con la presente Resolución, debiendo remitir las papeletas de depósito correspondientes en el transcurso de dicho plazo.

TERCERO.- Disponer que la presente Resolución sea puesta en conocimiento de la Asamblea de Socios y los Consejos de Administración y Vigilancia de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FATIMA" LTDA.**, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), debiendo remitirse a este Órgano de Supervisión copia de las Actas respectivas."

Los argumentos presentados, en la referida Resolución Administrativa, son los siguientes:

**"...
CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia determina en su primer párrafo, que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una Institución de Regulación de Bancos y Entidades Financieras de derecho público y con jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, la parte pertinente del artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece que la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades

Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) y asumirá además las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, la aplicación de sanciones constituye una de las atribuciones conferidas por la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su condición de Órgano Regulador y Supervisor de las entidades de intermediación financiera, cuya aplicación se encuentra reglamentada por normas específicas contenidas en el Libro 7°, Título II, Capítulo II, Sección I de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras y se ajusta a los lineamientos establecidos por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que ratifica la jurisdicción administrativa y competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia designó a la ciudadana Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a. i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 79, inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) determina que las Entidades de Intermediación Financiera no Bancaria no podrán: “Conceder o mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de prestatarios vinculados a ellos, dentro de los alcances del artículo 50 de esta Ley. Para efectos de la presente Ley, se entenderán por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, ya sean apoderados o no, o que presten servicios a la entidad bajo cualquier denominación, que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma. Los créditos que mantengan tales personas deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones”.

Que, el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) determina que: “Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas: (...) 2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo (...)”

Que, el artículo 102 del mismo cuerpo legal establece lo siguiente: “Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse”.

CONSIDERANDO:

Que, cumpliendo lo dispuesto por la Instancia Jerárquica corresponde analizar el incumplimiento del artículo 79, inciso d) de la Ley N° 1488, así como los descargos presentados por la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.** con carta G.G. N° 074/2013 recibida el 22 de mayo de 2013, de cuyo análisis y evaluación se establecen los aspectos siguientes:

- 1) La Cooperativa presenta como descargo lo señalado en la Carta Circular ASFI/DEJ/1082/2013, que hace referencia a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012 del 28 de diciembre de 2012, en la que se establece que el límite establecido en el artículo 54, numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras: "... no es aplicable para las Entidades de Intermediación Financiera No Bancarias, las cuales únicamente deben enmarcar su actuar en el Art. 79 inciso d) de la mencionada ley."

Al respecto, esta Autoridad de Supervisión al inicio del presente proceso sancionatorio, aplicó el límite establecido en el mencionado artículo 54, que luego fue observado a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012, aspecto que fue corregido con la emisión de una nueva nota de cargos ASFI/DSR II/R-62585/2013 de 30 de abril de 2013, por el incumplimiento a lo establecido por el artículo 79, inciso d), por lo que el descargo señalado no desvirtúa el cargo notificado, toda vez que la mencionada Carta Circular expresamente señala la prohibición de que las entidades financieras no bancarias, otorguen y mantengan créditos con sus funcionarios.

- 2) Asimismo, la entidad hace referencia a la Carta Circular ASFI/DEJ/ 2070/2013 de 16 de abril de 2013, que otorga plazo hasta el 30 de agosto de 2013 para que se cancelen las operaciones otorgadas por las entidades a sus funcionarios. Lo establecido por la mencionada Carta Circular, no exime de responsabilidad a la Cooperativa por la infracción a la normativa, ya que sólo complementa lo señalado en la Carta Circular ASFI/DEJ/1082/2013, en tal sentido, la carta circular referida por la entidad no desvirtúa el incumplimiento a lo establecido en el artículo 79, inciso d) de la Ley N° 1488, ya que solamente otorga plazo a las entidades para la cancelación de créditos otorgados a sus funcionarios.

Por tanto, en cumplimiento a lo ordenado por la instancia Jerárquica a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012 que resuelve anular el proceso sancionatorio hasta la nota de cargos inclusive, corresponde que esta Autoridad de Supervisión emita nueva Resolución Administrativa Sancionatoria por el incumplimiento del artículo 79, inciso d).

- 3) Por otra parte la Cooperativa señala que existiría contradicción entre la nota de cargos por el supuesto incumplimiento del artículo 79, inciso d) y las Cartas Circulares ASFI/DEJ/1082/2013 y ASFI/DEJ/2070/2013, al haber reconocido esta Autoridad la confusión al aplicar a las entidades no bancarias el límite establecido en el artículo 54, numeral 4 de la LBEF.

Al respecto, según los fundamentos de la Resolución Jerárquica mencionada, ya no corresponde tomar en cuenta el límite señalado en el artículo 54, numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por no ser

aplicable a las entidades no bancarias como es el caso de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, toda vez que la instancia jerárquica ha determinado que existiría incumplimiento solamente al artículo 79, inciso d) de la mencionada Ley, razón por la cual con carta ASFI/DSR II/R-62585/2013 de 30 de abril de 2013, se notificó nuevamente cargos por el incumplimiento al mencionado artículo 79, inciso d), lo que no implica contradicción alguna.

- 4) Como conclusión, la entidad afirma que no correspondería la Notificación de Cargos por el incumplimiento al artículo 79, inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), con el argumento que este proceso ya fue ventilado y resuelto a favor de la Cooperativa, y que de acuerdo al principio constitucional que nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, no correspondería que se notifique nuevamente a la Cooperativa. Asimismo, establecen como fundamento jurídico el principio *non bis in ídem*, como la imposibilidad de que se sancione dos veces por un mismo hecho.

Al respecto, la Cooperativa no ha realizado un correcto análisis de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012, la misma que resolvió **anular** el procedimiento administrativo hasta la nota de cargos, debiendo en consecuencia dictarse una nueva Resolución Administrativa, quedando sin efecto la sanción aplicada previamente a través de Resolución ASFI N° 239/2012 de 14 de junio de 2012, por tanto, el proceso no ha concluido ni a favor ni en contra de la entidad como tampoco se ha emitido sanción, por lo que el argumento de la Cooperativa que afirma que se estaría sancionando dos veces por el mismo hecho, no tiene sustento legal.

- 5) Finalmente, la entidad argumenta que no existió reincidencia ni daño o perjuicio económico a la entidad financiera, ni a sus clientes, señalando además que los créditos del señor Marco Antonio Rivero Rivero ya fueron cancelados con anterioridad a la Carta Circular ASFI/DEJ/2070/2013.

Si bien, con la cancelación de las operaciones se regularizó el incumplimiento a la normativa, esto no exime de responsabilidad a la Cooperativa por la contravención a la mencionada normativa. Sin embargo, estos aspectos serán tomados en cuenta al momento de imponerse sanción administrativa.

Que, al no haber otros argumentos de descargo presentados por parte de la entidad que desvirtúen el incumplimiento, corresponde la imposición de sanción administrativa por el incumplimiento al artículo 79, inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) por haberse mantenido operaciones con el señor Marco Antonio Rivero Rivero funcionario de la Cooperativa.

CONSIDERANDO:

Que, para la modulación de la sanción a ser impuesta a la entidad, se ha considerado la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, para lo cual, conforme lo dispone la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 de 31 de enero de 2008 que cita a la

Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que señala que: "El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas infracciones en la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión".

Que, para los efectos de la gradación entre el hecho que genera el proceso sancionatorio y la sanción a ser impuesta se consideran los elementos siguientes:

Tipificación. Se evidencia el incumplimiento al artículo 79, inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al haberse evidenciado en base a la información reportada a la CIRC al 31 de enero de 2010 y al 31 de julio de 2010, que el señor Marco Antonio Rivero Rivero en su calidad de Funcionario (Cajero), mantenía operaciones con la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**

Calificación. Bajo el análisis precedente, conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la inobservancia a las disposiciones legales así como a las normas reglamentarias, circunscriben la conducta de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, en el ámbito de Infracciones establecidas en el artículo 102 del antes mencionado cuerpo legal.

Gradación. Al considerarse que la inobservancia que promueve el proceso sancionatorio bien pudo evitarse de haberse considerado las disposiciones legales vigentes, por cuanto estas operaciones redundaron en la generación de beneficios económicos para la Cooperativa.

Asimismo, se configura una acción por negligencia por parte de los administradores de la Cooperativa al no haber solicitado la cancelación de las operaciones de forma previa a la contratación del señor Marco Antonio Rivero Rivero, incumpliendo lo señalado en el inciso d) del artículo 79, de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).

Modulación. A los efectos de modular la multa aplicable a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, se debe considerar el artículo 102 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) que dispone: "Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por

negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse.”.

Que, en el presente caso se considera que la infracción motivo del presente proceso sancionatorio no tiene el carácter de recurrente. Asimismo, se ha tomado en cuenta la inexistencia de daños en contra de terceros, así como las medidas de regularización adoptadas por la entidad, al haber desvinculado al señor Marco Antonio Rivero Rivero y al haberse cancelado en su totalidad los dos créditos que mantuvo dicho funcionario con la entidad, aspectos que justifican la imposición de una sanción mínima equivalente al 1% del Capital Mínimo de la Cooperativa, tomando en cuenta además que la norma establece la imposición de una multa hasta el 3% del Capital Mínimo., según el detalle que se describe a continuación:

**COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA “FÁTIMA” LTDA.
CAPITAL MÍNIMO**

(Expresado en Derechos Especiales de Giro - DEG)

Capital Mínimo	Porcentaje	Monto en DEG
	3%	3,000
El equivalente a 100,000 DEG	2%	2,000
	1%	1,000

CONSIDERANDO:

Que, la Dirección de Supervisión de Riesgos II, mediante INFORME / ASFI/ DSR II/ R-80142 /2013 de 3 de junio de 2013, ha analizado los antecedentes, descargos y explicaciones presentadas por parte de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA “FÁTIMA” LTDA.**, en el marco de lo dispuesto en el artículo 99, numeral 2 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), recomendando la imposición de una sanción mínima de 1,000.00 DEG (Un mil Derechos Especiales de Giro) equivalente al 1 % del Capital Mínimo establecido para una Cooperativa...”

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 1 de julio de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO “FÁTIMA” LTDA.**, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI/N°462/2013 de 24 de julio de 2013, con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI/N° 462/2013 DE 24 DE JULIO DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI/N° 462/2013 de 24 de julio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero confirmó la Resolución Administrativa ASFI N° 331/2013 de 6 de junio de 2013.

Los argumentos presentados en la Resolución Administrativa son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, evaluados los descargos de la Cooperativa, se emitió la Resolución Administrativa ASFI N° 331/2013 de 6 de junio de 2013, disponiendo "Sancionar a la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA., con una multa pecuniaria de 1,000.00 DEG (Un mil Derechos Especiales de Giro) equivalentes al 1 % del Capital Mínimo requerido para la entidad, al haber incumplido con lo establecido en el artículo 79, inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al determinarse en base a la información reportada a la CIRC al 31 de enero de 2010 y 31 de julio de 2010, que el señor Marco Antonio Rivero Rivero en su calidad de Funcionario (Cajero) mantenía operaciones crediticias con la entidad", misma que fue notificada a la entidad en fecha 13 de junio de 2013.

Que, la determinación de carácter sancionatorio establecida en la Resolución ASFI N° 331/2013, se sustenta en los siguientes fundamentos:

1. "La Cooperativa presenta como descargo lo señalado en la Carta Circular ASFI/DEJ/1082/2013, que hace referencia a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012 del 28 de diciembre de 2012, en la que se establece que el límite establecido en el artículo 54, numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras: "... no es aplicable para las Entidades de Intermediación Financiera no Bancarias, las cuales únicamente deben enmarcar su actuar en el Art. 79 inciso d) de la mencionada ley."

Al respecto, esta Autoridad de Supervisión, al inicio del presente proceso sancionatorio, aplicó el límite establecido en el mencionado artículo 54, que luego fue observado a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012, aspecto que fue corregido con la emisión de una nueva nota de cargos ASFI/DSR II/R-62585/2013 de 30 de abril de 2013, por el incumplimiento a lo establecido por el artículo 79, inciso d), por lo que el descargo señalado no desvirtúa el cargo notificado, toda vez que la mencionada Carta Circular expresamente señala la prohibición de que las entidades financieras no bancarias, otorguen y mantengan créditos con sus funcionarios."

2. "Asimismo, la entidad hace referencia a la Carta Circular ASFI/DEJ/ 2070/2013 de 16 de abril de 2013, que otorga plazo hasta el 30 de agosto de 2013 para que se cancelen las operaciones otorgadas por las entidades a sus funcionarios. Lo establecido por la mencionada Carta Circular, no exime de responsabilidad a la Cooperativa por la infracción a la normativa, ya que sólo complementa lo señalado en la Carta Circular ASFI/DEJ/1082/2013, en tal sentido, la carta circular referida por la entidad no desvirtúa el incumplimiento a lo establecido en el artículo 79, inciso d) de la Ley N° 1488, ya que solamente otorga plazo a las entidades para la cancelación de créditos otorgados a sus funcionarios."

Por tanto, en cumplimiento a lo ordenado por la instancia Jerárquica a través de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012 que resuelve anular el proceso sancionatorio hasta la nota de cargos inclusive, corresponde que esta Autoridad de Supervisión emita nueva Resolución Administrativa Sancionatoria por el incumplimiento del artículo 79, inciso d)."

3. "Por otra parte la Cooperativa señala que existiría contradicción entre la nota de cargos por el supuesto incumplimiento del artículo 79, inciso d) y las Cartas Circulares ASFI/DEJ/1082/2013 y ASFI/DEJ/2070/2013, al haber reconocido esta Autoridad la confusión al aplicar a las entidades no bancarias el límite establecido en el artículo 54, numeral 4 de la LBEF.

Al respecto, según los fundamentos de la Resolución Jerárquica mencionada, ya no corresponde tomar en cuenta el límite señalado en el artículo 54, numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por no ser aplicable a las entidades no bancarias como es el caso de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO ABIERTA "FÁTIMA" LTDA.**, toda vez que la instancia jerárquica ha determinado que existiría incumplimiento solamente al artículo 79, inciso d) de la mencionada Ley, razón por la cual con carta ASFI/DSR II/IR-62585/2013 de 30 de abril de 2013, se notificó nuevamente cargos por el incumplimiento al mencionado artículo 79, inciso d), lo que no implica contradicción alguna."

4. "Como conclusión, la entidad afirma que no correspondería la Notificación de Cargos por el incumplimiento al artículo 79, inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), con el argumento que este proceso ya fue ventilado y resuelto a favor de la Cooperativa, y que de acuerdo al principio constitucional que nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, no correspondería que se notifique nuevamente a la Cooperativa. Asimismo, establecen como fundamento jurídico el principio non bis in ídem, como la imposibilidad de que se sancione dos veces por un mismo hecho.

Al respecto, la Cooperativa no ha realizado un correcto análisis de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012, la misma que resolvió **anular** el procedimiento administrativo hasta la nota de cargos, debiendo en consecuencia dictarse una nueva Resolución Administrativa, quedando sin efecto la sanción aplicada previamente a través de Resolución ASFI N°239/2012 de 14 de junio de 2012, por tanto, el proceso no ha concluido ni a favor ni en contra de la entidad como tampoco se ha emitido sanción, por lo que el argumento de la Cooperativa que afirma que se estaría sancionando dos veces por el mismo hecho, no tiene sustento legal."

5. "Finalmente, la entidad argumenta que no existió reincidencia ni daño o perjuicio económico a la entidad financiera, ni a sus clientes, señalando además que los créditos del señor Marco Antonio Rivero Rivero ya fueron cancelados con anterioridad a la Carta Circular ASFI/DEJ/2070/2013.

Si bien, con la cancelación de las operaciones se regularizó el incumplimiento a la normativa, esto no exime de responsabilidad a la Cooperativa por la contravención a la mencionada normativa. Sin embargo, estos aspectos serán tomados en cuenta al momento de imponerse sanción administrativa."

"Que, al no haber otros argumentos de descargo presentados por parte de la entidad que desvirtúen el incumplimiento, corresponde la imposición de sanción administrativa por el incumplimiento al artículo 79, inciso d) de la Ley N° 1488 de

Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) por haberse mantenido operaciones con el señor Marco Antonio Rivero Rivero funcionario de la Cooperativa.”

Que, al considerar el acto gravoso a sus intereses, la Cooperativa presentó en fecha 1 de julio de 2013 un memorial interponiendo recurso de revocatoria contra la Resolución ASFI N° 331/2013 de 6 de junio de 2013, solicitando se la deje sin efecto conforme a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se transcriben:

II.- ANTECEDENTES

Señora Directora en fecha 13 de Junio del 2013, hemos recibido la Resolución ASFI/N° 331/2013, en la cual nos hacen conocer “que nuevamente sancionan a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Fátima Ltda., con una multa “pecuniaria” de 1.000,00 DEG (UN MIL DERECHOS ESPECIALES DE GIRO), equivalente al 1% del Capital Mínimo requerido para la entidad, al haber incumplido con lo establecido en el Artículo 79 Inc. d) de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) al determinarse en base a la información reportada a la CIRC al 31 de enero de 2010 y 31 de julio de 2010, que el Señor Marco Antonio Rivero Rivero en su calidad de funcionario (cajero) mantenía operaciones crediticias en la entidad.

En la Resolución de Referencia, se indica que para la modulación de la sanción a ser impuesta a la entidad, se ha considerado la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, para lo cual, conforme lo dispone la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 014/2008 DE 31/03/2008 que cita a la Resolución SG SIREFI RJ 38/2005 de fecha 15 de septiembre de 2005 en la que señala que: “El Principio de Proporcionalidad en materia sancionatoria, implicara la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del referido Principio, como ser: a) que los hechos imputados se encuentran previamente calificados como faltas e infracciones a la norma aplicable; b) que el hecho sancionado se encuentra plenamente probado y; c) que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y (a responsabilidad exigida. Respecto a la debida adecuación entre (a gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su gradación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) la existencia de la intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; b) la naturaleza de los perjuicios causados y; c) la reincidencia en la comisión”.

Señora Directora, respecto al incumplimiento al Art. 79 inciso d) de la Ley de Bancos, se considera que el Cajero Marco Antonio Rivero Rivero, no califica como un prestatario vinculado a la Entidad de acuerdo con lo que establece el Artículo 79, inciso d) y el Artículo 50 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por lo que la Resolución ASFI No 331/2013 del 06 de junio de 2013 no sería aplicable.

III.-RECURSO DE REVOCATORIA

En aplicación de los Arts. 13 (Inciso I), 14, 24, 110, de la Constitución Política del Estado, Arts. 46, 47,48 Y 49 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera del Decreto Supremo No. 27175, concordante con el Art. 10 del Decreto Supremo 071 de fecha 09/04/2009, y demás normas sustantivas, es que muy respetuosamente solicito a su autoridad se sirva considerar el presente **RECURSO DE REVOCATORIA CONTRA LA RESOLUCIÓN ASFI/N° 331/2013 de fecha 6 de junio de 2013, dictada por la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista, Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ya que la misma es atentatoria a nuestros derechos y violenta preceptos legales, civiles e inclusive Constitucionales, puesto que se nos está sancionando, sin tomar en cuenta primeramente que el Art. 79 inc. d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto ordenado) de 14 de Abril de 1993, claramente señala que las entidades de intermediación financiera no bancaria no podrán realizar las siguientes operaciones:**

“Conceder o mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de prestatarios vinculados a ellos, **dentro de los alcances del artículo 50° de esta Ley.** Para efectos de la presente Ley, se entenderán por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, ya sean apoderados o no, o que presten servicios a ¡a entidad bajo cualquier denominación, que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma. Los créditos que mantengan tales personas deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones’ Bajo este análisis y en base a la aplicación del Art. 50 tenemos “Con relación a las operaciones de crédito, deberá cumplirse lo siguiente:

a) Las entidades financieras no podrán otorgar créditos **a prestatarios o grupos prestatarios vinculados a ellas.**

b) **Será considerado vinculado a una entidad financiera todo prestatario o grupo prestatario que reúna una o más de las siguientes características.**

...

2. Desempeñe en la entidad financiera funciones directivas ejecutivas, de control interno, o que preste asesoramiento permanente a las instancias superiores de su administración. Será igualmente considerado prestatario vinculado toda persona jurídica con fines de lucro en la que los mismos participan”.

PRIMER AGRAVIO: No se ha considerado que el Cajero Marco Antonio Rivero Rivero, no califica como un prestatario vinculado a la Entidad de acuerdo con lo que establece el Artículo 79, inciso d) en relación al Artículo 50 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por lo que la Resolución ASFI No. 331/2013 del 06 de junio de 2013 no sería aplicable. Le hacemos notar a su Autoridad que la sanción que arbitraria y violatoriamente pretende aplicar contra un supuesto incumplimiento al Artículo 79 inc. d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), no se encuentra establecida en la Ley, ni en el Reglamento de Multas y Sanciones de la Recopilación de Normas de la ASFI, bajo el entendido que **la multa no es aplicable al no existir un prestatario vinculado (definido en el Art 50 de la Ley 1488)**, en concordancia con el Artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo y la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-

SIREFI 060/2011 que establecen claramente que "solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las Leyes y disposiciones reglamentarias". Este accionar es contrario al principio de seguridad jurídica, ya que el accionar de la administración pública y de toda autoridad debe enmarcarse en la Ley y no se pueden hacer interpretaciones arbitrarias y mucho menos imponer sanciones en casos en los que la Ley expresamente no las prevea.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1815/2010-R de 25 de octubre de 2010

"Un Estado Democrático de Derecho se organiza y rige por los principios fundamentales, entre ellos, el de seguridad jurídica, buena fe y presunción de legitimidad. La seguridad según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, implica: "exención de peligro o daño, solidez, certeza plena, firme convicción" y, conforme al entendimiento de la SC 0070/2010-R de 3 de mayo: "... la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías fundamentales previstos en la Ley Fundamental, es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal; este entendimiento está acorde con el nuevo texto constitucional, que en su art. 178 dispone que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta, entre otros, en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, probidad y celeridad". Ahora bien, de acuerdo al entendimiento de la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, la seguridad jurídica constituye uno de los principios que sustenta la potestad de impartir justicia conforme al mandato contenido en el art. 178 de la misma norma; en consonancia con ello, se entiende que la interpretación constitucional debe orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de Derecho, pues las normas constitucionales constituyen la base del resto del ordenamiento jurídico".

SEGUNDO AGRAVIO: También NO se ha considerado que la mencionada Resolución 331/2013 es DISCRIMINATORIA, atentatoria y **violatoria de lo que establece el Artículo 114 de la Constitución Política del Estado** Plurinacional de Bolivia en su parágrafo I indica que "Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna". En su parágrafo segundo indica: "El Estado prohíbe y sanciona **toda forma de discriminación** fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, **tipo de ocupación**, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, **u otras** que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona". Este derecho fundamental y principio constitucional a la igualdad de trato, impide que se pueda negar a un cajero, que no cumple funciones ejecutivas, tampoco compromete con su sólo firma el patrimonio o actividad alguna de nuestra entidad

financiera, negarle un préstamo o sancionar a la institución por hacerle un préstamo, viola el principio de igualdad, ya que se lo está discriminando en razón de la función que cumple, al margen de la legalidad, ya que su función no está considerada por Ley, como prohibitiva o merecedora de sanción a la entidad financiera.

Por otra parte, el principio de igualdad de trato a nuestra Cooperativa, ya que existía un plazo expresamente establecido para regularizar cualquier crédito, que se pudiera considerar como irregular o vinculado y nosotros cumplimos con él mismo, al no considerarse éste aspecto se vulnera además nuestro derecho a un debido proceso.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0846/2005-R de 25 de julio de 2005

“El derecho a la defensa se halla íntimamente ligado al derecho al debido proceso consagrado en la norma prevista por el art. 16.IV de la CPE, garantía que ha sido desarrollada por este Tribunal en la línea jurisprudencial que partió del razonamiento del AC 289/1999-R, de 29 de octubre, en el que se manifestó que:

“(…) la garantía constitucional del debido proceso, exige que los litigantes tengan el beneficio de un juicio imparcial ante los tribunales y que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar, es decir, implica el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, lo que importa a su vez el derecho a la defensa, el emplazamiento personal, el derecho de ser asistido por un intérprete, el derecho a un juez imparcial; y por otra parte, se produce también por la infracción de las disposiciones legales procesales, es decir, los procedimientos y formalidades establecidas por Ley”, garantía al debido proceso que es aplicable a los procesos judiciales y administrativos en los que se imponga sanciones”.

TERCER AGRAVIO: En el supuesto no admitido de aceptar su razonamiento, se vulnera el Principio de IMPARCIALIDAD conforme al Art. 4 inciso f) de la Ley 2341 del 23 de abril de 2002 donde textualmente dice: “Las autoridades Administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados”. Lo que se está haciendo con la Cooperativa Fátima Ltda., es claramente **discriminatorio** considerando que se la pretende sancionar pecuniariamente por hecho considerado por la Autoridad Fiscalizadora como incumplimiento a una norma, mientras que a las demás Instituciones Financieras No Bancarias se les estaría permitiendo esta situación otorgándoles incluso un plazo para su adecuación a lo dispuesto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012. Esta discriminación la evidenciamos en la Carta Circular ASFI/DEJ/1082/2013 del 25 de febrero de 2013 que al no ser aplicable el Art. 54, numeral 4 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras para las Entidades No Bancarias, estas deben ENMARCAR SU ACTUAR en el Art. 79 inc. d) de la mencionada Ley. Donde indican además en su segundo párrafo que “en consecuencia, las Entidades de intermediación Financiera No Bancarias no pueden conceder ni mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de prestatarios vinculados a ellos”. Así mismo mediante Circular ASFI/DEJ/2070/2013 del 16 de abril de 2013 continuando con la Carta Circular mencionada líneas arriba se **“dispone que el plazo máximo para que las operaciones crediticias otorgadas a sus funcionarios sean canceladas, vence el 30 de agosto de 2013”**. Claramente existe discriminación y no

existe IGUALDAD DE TRATO ante las demás Entidades Financieras No Bancarias quienes tienen un plazo de regularización, adecuación y cumplimiento a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012, por cuanto al ser esta disposición una interpretación nunca antes aplicada por las Entidades Financieras y por su Autoridad en las Fiscalizaciones, presupone el lógico incumplimiento en el Sistema No Bancario.

Por todo lo anteriormente señalado y en el marco del respeto a nuestra Constitución, Leyes y disposiciones emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, pido a su autoridad dejar sin efecto la resolución sancionatoria e instruir la devolución correspondiente de nuestro Depósito Bancario conforme al Decreto Supremo 27175 Art. 43 inc. b)

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1912/2010-R de 25 de octubre 2010

III. 3. Sobre el derecho al debido proceso

“Al respecto este Tribunal, ha desarrollado mediante la SC 1145/2010-R de 27 de agosto: “Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en ‘... el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos’ (SSCC 0418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).

La trascendencia del debido proceso se encuentra en su íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: ‘La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc, derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes’ (las negrillas son nuestras). En similar sentido se ha pronunciado la jurisprudencia reciente de este Tribunal en las SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otras.

En el ámbito normativo, el debido proceso se manifiesta en una triple dimensión, pues por una parte, se encuentra reconocido como un derecho humano por instrumentos internacionales en la materia como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), que

conforme al art. 410.II de la CPE forman parte del bloque de constitucionalidad, y también se establece como un derecho en el art. 115 parágrafo II; al mismo tiempo, a nivel constitucional, se le reconoce como derecho fundamental y como garantía jurisdiccional, configuración jurídica contemplada ya por el art. 16 de la CPEabrg, que se ha mantenido y precisado en el art. 117.I de la CPE que dispone: "Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso...".

En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho o ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho o la congruencia entre acusación y condena; el principio del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esto listo en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de éste como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: 'En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (...) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional' (las negrillas son nuestras).

"Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 1234/2000-R y 0042/2004, entre otras)".

Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía -la perfección- el pleno

cumplimiento de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso.

Por otra parte, el debido proceso también es considerado como un principio, que emanó del principio de legalidad penal en su vertiente procesal, y que figura como una directriz de administración de justicia en el art. 180 de la CPE.

Concluyendo este punto, se debe remarcar que, como se aprecia de las citas de los artículos 115.II y 117.I efectuadas anteriormente, la Constitución Política del Estado vigente en el marco de las tendencias actuales del Derecho Constitucional ha plasmado de manera expresa el reconocimiento del debido proceso; derecho; garantía; principio, respecto al que existe consenso en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto al contenido e implicaciones referidos por la jurisprudencia glosada, la que por ello guarda estrecha congruencia con la anteriormente Ley Fundamental vigente y es plenamente aplicable, a pesar de haber sido desarrollada en el marco de la Constitución abrogada, resaltando que su carácter de derecho fundamental lo hace exigible ante cualquier procedimiento, sea público o privado”.

Por lo expuesto solicito que este tema sea analizado y reconsiderado en el marco del respeto que nuestro Gobierno Plurinacional tiene por nuestra Constitución y las Leyes y por todo lo anteriormente señalado pido a su autoridad que conforme al Art. 43 Inciso b), del decreto Supremo N° 27175, deje sin efecto la resolución sancionatoria, puesto que no se ocasionó ningún daño a la institución ni se puso en riesgo el patrimonio de la Cooperativa, tampoco se incurrió en reincidencia, tal como usted misma lo reconoce en la última parte del párrafo 4to. de la página 10 de la Resolución ASFI 404/2012 que a la letra dice “ASIMISMO SE TOMA EN CUENTA QUE LA INFRACCIÓN MOTIVO DEL PRESENTE PROCESO SANCIONATORIO NO TIENE EL CARÁCTER DE RECURRENTE Y NO HA REPERCUTIDO EN LA EXISTENCIA DE DAÑOS EN CONTRA DE TERCEROS”, y como lo indica la Resolución ASFI 331/2013 motivo del presente Recurso en su página 8 a la letra indica “ASIMISMO SE TOMA EN CUENTA QUE LA INFRACCIÓN MOTIVO DEL PRESENTE PROCESO SANCIONATORIO NO TIENE EL CARÁCTER DE RECURRENTE Y NO HA REPERCUTIDO EN LA EXISTENCIA DE DAÑOS EN CONTRA DE TERCEROS. ASÍ COMO LAS MEDIDAS DE REGULARIZACIÓN ADOPTADAS POR LA ENTIDAD, AL HABERSE DESVINCULADO AL SEÑOR MARCO ANTONIO RIVERO RIVERO Y CANCELADOS EN SU TOTALIDAD LOS DOS CRÉDITOS QUE MANTUVO DICHO FUNCIONARIO CON LA ENTIDAD”.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 332 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, determina en su primer párrafo que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de Regulación de Bancos y Entidades Financieras de derecho público y con jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, la parte pertinente del Artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece que la entonces Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) y asumirá además las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores.

Que, el párrafo IV del Artículo 1° de La Ley N° 3076 de Modificaciones a las Leyes N° 2427 del Bonosol, N° 2341 de Procedimiento Administrativo y N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) determina que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y servicios auxiliares financieros.

Que, de conformidad a lo dispuesto por el inciso e) del Artículo 12 del Decreto Supremo N° 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitir Resoluciones Administrativas que competen a ésta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, el Artículo 1, párrafo IV de la Ley 3076 establece que la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y servicios auxiliares financieros. Tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas, ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias a todas las entidades.

Que, el artículo 92 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero efectuará el control de las actividades de las entidades financieras con arreglo a la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y normas reglamentarias.

Que, el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, establece los principios a los cuales debe regirse la actividad administrativa, señalando entre los mismos al inciso d) Principio de Verdad Material, referido a que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el Procedimiento Civil; disposición concordante con lo establecido por el artículo 71 de dicha Ley, la cual dispone que las sanciones administrativas deben basarse también en los principios de legalidad y proporcionalidad.

Que, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia designó a la ciudadana Lenny Tatiana

Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el Artículo 79 de la Ley N° 1488 expresamente prohíbe a las entidades de intermediación financiera no bancaria a (...) “d) Conceder o mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de prestatarios vinculados a ellos, dentro de los alcances del artículo 50° de esta Ley. Para efectos de la presente Ley, se entenderán por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, ya sean apoderados o no, o que presten servicios a la entidad bajo cualquier denominación, que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma. Los créditos que mantengan tales personas deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones”.

Que, el Artículo 99 la Ley N° 1488 establece en el Artículo 99 (sic) que las sanciones administrativas que recaen sobre las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados que contravengan las disposiciones de dicha Ley.

Que, el párrafo I del Artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, manifiesta: “Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias”.

Que, el párrafo I del Artículo 63 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala: “Constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI, conforme a ley, Reglamentos y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI”.

Que, el numeral 10 del Artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece que: “Son atribuciones de la Superintendencia: (...) 10. Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales”.

CONSIDERANDO:

Que, en base al criterio expuesto por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la Resolución ASFI N° 331/2013 de 6 de junio de 2013 y al de la entidad recurrente, expuesto en el memorial de impugnación presentado en fecha 1 de julio de 2013, si tiene el siguiente análisis:

Al primer agravio.- Manifiesta la entidad que la vinculación del Sr. Marco Antonio Rivero Rivero con la Cooperativa, en calidad de cajero, no se encuadra a lo descrito por el Artículo 79, inciso d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras para aplicar la sanción establecida, toda vez que la vinculación del prestatario no corresponde a la descripción del Artículo 50 de la misma Ley.

Al respecto, es necesario remitirse al texto del Artículo 79, inciso d) de la Ley N° 1488, que expresamente prohíbe a las entidades de intermediación financiera no bancarias a: “Conceder o mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o

grupos de prestatarios vinculados a ellos, dentro de los alcances del artículo 50° de esta Ley. Para efectos de la presente Ley, se entenderán por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, ya sean apoderados o no, o que presten servicios a la entidad bajo cualquier denominación, que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma. Los créditos que mantengan tales personas deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones.”

Con una amplia descripción, el artículo en cuestión establece que son ejecutivos y funcionarios de las entidades de intermediación financiera no bancarias, aquellos que cumplen funciones de decisión u operación o que presten servicios a la entidad bajo cualquier denominación, lo que en definitiva la prohibición contempla a todos y a cualquier funcionario que preste servicios a la entidad.

En este sentido, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas estableció en la página 33 lo siguiente:

“... en el caso de Autos, al haber mantenido créditos con el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero, los mismos que fueron cancelados en fechas 18 de noviembre de 2010 y 30 de agosto de 2010, siendo que el mencionado señor ingresó a la Cooperativa a cumplir funciones temporales de cajero, en fechas 28 de enero al 17 de abril y del 01 de julio al 31 de agosto de 2010, **hace que la Cooperativa haya incumplido con lo establecido en el artículo 79 inc. d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras. Hecho que hace que la conducta, atribuida a la Cooperativa, se enmarque dentro del tipo imputado**”. (Las negrillas han sido adicionadas)

Por lo anterior, ha quedado establecido que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta “Fátima” Ltda., infringió el Artículo 79, inciso d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al haber mantenido créditos con el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero en fechas 28 de enero al 17 de abril y del 01 de julio al 31 de agosto de 2010, períodos en los que el referido prestatario se desempeñaba como funcionario de la entidad.

Al segundo agravio.- Califica a la Resolución ASFI N° 331/2013 de discriminatoria y violatoria del Artículo 114 (SIC) de la Constitución Política del Estado Plurinacional, puesto que negarle un préstamo a un cajero que no cumple funciones ejecutivas, ni compromete a sola firma el patrimonio de la entidad, implica un acto ilegal y expresamente sancionado por la propia norma suprema.

La entidad, además de equivocar el artículo constitucional citado (debió referirse al Artículo 14, parágrafo II de la C.P.E.), equivoca también el carácter de su aplicación y el concepto de la norma invocada, puesto que la Resolución ASFI N° 331/2013 no afecta a los derechos del Sr. Marco Antonio Rivero Rivero, ni se sustenta en el tipo de ocupación que realizó en la Cooperativa. La Resolución dispone la sanción a la entidad de intermediación financiera por incumplimiento al Artículo 79, literal d) de la Ley 1488, que prohíbe conceder y mantener créditos con sus funcionarios, más allá de que se trate de un cajero o de su máximo ejecutivo.

El artículo 14, parágrafo II de la Constitución Política del Estado Plurinacional, al que se refiere la entidad cuando equivocadamente invoca el Artículo 114, señala en el parágrafo IV lo siguiente: “En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni privarse de lo que estas no prohíban”; aplicando esta garantía constitucional al caso en cuestión, se tiene que la norma infringida, que tiene rango de ley del Estado, expresamente prohíbe a las entidades de intermediación financiera no bancarias a mantener créditos con sus funcionarios, prohibición expresa no cumplida por la Cooperativa Fátima Ltda., por tanto no existe un acto vulneratorio de ningún derecho.

Resultan también infundados los argumentos de la entidad recurrente al calificar a la Resolución impugnada como un acto discriminatorio contra el cajero Marco Antonio Rivero Rivero, puesto que los créditos que motivaron la sanción no fueron otorgados cuando el Sr. Rivero fungía como cajero, si no antes; es así que si bien la norma infringida prohíbe a las entidades no bancarias a conceder o mantener créditos con sus funcionarios, la sanción no se sustenta en la otorgación, sino en el hecho de haber mantenido créditos con una persona a la que la entidad vinculó en condición de funcionario sin antes haber previsto la cancelación de dichos créditos.

En este mismo sentido, la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 082/2012 consideró en la página 33 lo siguiente:

“Que, el Artículo 79 inc. d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras es claro al señalar que los créditos que mantengan las Entidades de Intermediación Financiera no bancarias con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de prestatarios, estos últimos vinculados dentro del alcance del artículo 50, deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones, independientemente del cargo en el cual vayan a desempeñar funciones e independientemente de cuál sea el monto, **dado que lo que se está prohibido es que las entidades de intermediación financiera concedan o mantengan un crédito vinculado con sus funcionarios**”. (Las negrillas han sido incorporadas)

Al mismo tiempo, en la página 35, la misma Resolución Ministerial Jerárquica manifiesta:

“Por lo que en el presente caso, la segunda parte del artículo 79 inc. d), no puede ser aplicado conforme lo señala la Autoridad de Fiscalización, es decir dentro de los parámetros establecidos en el artículo 54 numeral 4 ya que, en el caso de autos, la obligación de pagar los préstamos antes de que una persona entre en funciones en una entidad no bancaria, **es para todos los funcionarios**, independientemente de las funciones que prestan e independientemente del monto del préstamo o crédito”.

Es en este sentido que el segundo agravio manifestado por la entidad recurrente tampoco cuenta con fundamentación favorable.

Al tercer agravio.- Nuevamente la Cooperativa alega discriminación en la Resolución ASFI N° 331/2013, esta vez en su contra, puesto que entiende que se la pretende sancionar pese a que mediante Circular ASFI/DEJ/2070/2013 de 16 de abril

de 2013, se dispone un plazo de máximo para que las operaciones crediticias otorgadas a sus funcionarios sean canceladas, vence el 30 de agosto de 2013.

Entiende equivocadamente la entidad, que esta Autoridad de Supervisión estaría actuando en el presente caso con una ambigüedad de criterios respecto a la aplicación de la ley respecto a una u otra entidad, lo cual no es cierto ni sustentable por los siguientes aspectos.

1. La Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), establece en el Artículo 99 que las sanciones administrativas recaen sobre las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados que contravengan las disposiciones de dicha Ley.
2. El párrafo I del Artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, manifiesta: "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".
3. El párrafo I del Artículo 63 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala: "Constituyen infracciones, las contravenciones por acción u omisión a las disposiciones legales del SIREFI, conforme a ley, Reglamentos y Resoluciones de las Superintendencias del SIREFI".
4. En las consideraciones de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 082/2012, taxativamente se expresa en la página 33: "...siendo que el mencionado señor ingresó a la Cooperativa a cumplir funciones temporales de cajero, en fechas 28 de enero al 17 de abril y del 01 de julio al 31 de agosto de 2010, **hace que la Cooperativa haya incumplido con lo establecido en el artículo 79 inc. d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.** Hecho que, hace que la conducta, atribuida a la Cooperativa, se enmarque dentro del tipo imputado." Las negrillas han sido incorporadas.
5. El Artículo 164, párrafo II de la Constitución Política del Estado Plurinacional, expresamente manifiesta: "La ley será de cumplimiento obligatorio desde el día de su publicación, salvo que en ella se establezca un plazo diferente para su entrada en vigencia", salvedad que no es aplicable a la Ley N° 1488 en toda su extensión.

Por las consideraciones de orden legal antes expuestas, no es posible que esta Autoridad de Supervisión pueda, de mutuo propio, disponer un plazo para el cumplimiento de la ley, lo que se corrobora en la misma Resolución ASFI N° 331/2013, página 5, cuando se señala: "Lo establecido por la mencionada Carta Circular, no exime de responsabilidad a la Cooperativa por la infracción a la normativa, ya que sólo complementa lo señalado en la Carta Circular ASFI/DEJ/1082/2013, en tal sentido, la carta circular referida por la entidad no desvirtúa el incumplimiento a lo establecido en el artículo 79, inciso d) de la Ley N° 1488, **ya que solamente otorga plazo a las entidades para la cancelación de créditos otorgados a sus funcionarios.**" Las negrillas han sido incorporadas.

Por lo expuesto, no es cierto ni admisible como fundamento de agravio el argumento que el Órgano Fiscalizador haya previsto un plazo de regularización, adecuación y cumplimiento a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 082/2012 para otras entidades de intermediación financiera no bancarias exceptuando a la Cooperativa Fátima Ltda., lo que desvirtúa exista un acto discriminatorio contra la entidad.

CONSIDERANDO:

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ha dispuesto anular el proceso administrativo hasta la nota de cargos ASFI/DSR II/R-58421/2012 de 14 de mayo de 2012, inclusive, ordenando se dicte nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 082/2012.

Que, en las páginas 35 a 36 de la Resolución precitada, se señala: "Que, si bien, en el presente caso, ésta Instancia Jerárquica ha determinado que existiría incumplimiento al artículos 79 inciso d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por parte de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., corresponde Anular el presente proceso ya que se ha evidenciado que la Autoridad de Fiscalización ha vulnerado el principio tipificación y legalidad debiendo en consecuencia emitir un nuevo acto administrativo considerando lo ya expresado por esta autoridad a fin de evitar mayores dilaciones en el proceso, así como en resguardo de los principios de celeridad y economía procesal."

Que, en el análisis y resolución de los actos administrativos impugnados, es deber de esta Autoridad de Supervisión regirse a las determinaciones de la instancia jerárquica, misma que en el caso de autos manifiesta expresamente que, si bien no es imputable a la Cooperativa el incumplimiento del Artículo 54, al haber ingresado el Sr. Marco Antonio Rivero Rivero a la Cooperativa a cumplir funciones temporales de cajero en fechas 28 de enero al 17 de abril y de 1 de julio a 31 de agosto de 2010, hace que la Cooperativa haya incumplido con lo establecido con el Artículo 79, inciso d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado)..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 13 de agosto de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 462/2013 de 24 de julio de 2013, argumentando lo siguiente:

"...PRIMER AGRAVIO: PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN Y DE LA SANCIÓN INTERPUESTA.- En aplicación de los arts. 13. I y III y 14.IV de la Constitución Política del Estado, 79 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, y, arts. 1492, 1495, 1497, 1504 inc. 1) y 1506 del Código Civil, interpongo PRESCRIPCIÓN en contra de la Resolución ASFI/N° 331/2013 de 06 de junio de 2013 y la Resolución ASFI No. 462/2013 de 24 de julio de 2013, bajo la siguiente fundamentación de agravios:

ANTECEDENTES

A los efectos de que la autoridad jerárquica realice una objetiva consideración de este agravio invocado, se deben considerar los siguientes antecedentes:

.....1.-**Por primera vez**, este proceso se inicia formalmente cuando se emite la nota de cargo ASFI/DSR M-97686 de 24 de septiembre de 2010, notificada a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Fátima Ltda.". en fecha 21 de octubre de 2010, sancionando con multa a la institución por haber cometido la infracción del Art. 54 numeral 4) de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras, al haber contratado en calidad de funcionario (cajero), al señor Marco Antonio Rivera Rivera en fecha 28 de enero de 2010 y recontratado el 01 de julio de 2010, teniendo un crédito pendiente de pago con la Cooperativa, proceso que concluye con la Resolución Ministerial Jerárquica MEFPA/PSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 03 de mayo de 2011, por la cual, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas ANULA el proceso hasta la nota de cargo.

.....2.- **Por segunda vez**, se vuelve a iniciar proceso, se emite la nota de cargo ASFI/DSR 11-58421 de 14 de mayo de 2012, sancionando con multa a la institución por haber cometido las infracciones de los Art. 54 numeral 4) y 79 inc. d) de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al haber contratado en calidad de funcionario (cajero), al señor Marco Antonio Rivera Rivera en fecha 28 de enero de 2010 y recontratado el 01 de julio de 2010, teniendo un crédito pendiente de pago con la Cooperativa, proceso que concluye con la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012 de 28 de diciembre de 2012, por la cual, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas **ANULA** el proceso hasta la segunda nota de cargo.

.....3.- **Por tercera vez**, se vuelve a iniciar proceso, se emite la nota de cargo ASFI/DSR 11-62585 de 30 de abril de 2013, sancionando con multa a la institución por haber cometido la infracción del Art. 79 inc. d) de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras, al haber contratado en calidad de funcionario (cajero), al señor Marco Antonio Rivero Rivero, en fecha 28 de enero de 2010 y recontratado el 01 de julio de 2010, teniendo un crédito pendiente de pago con la Cooperativa, proceso que actualmente, se encuentra en la etapa de interposición del Recurso Jerárquico.

NORMATIVA APLICABLE A LA PRESCRIPCIÓN

INFRACCIÓN DE NORMAS ADMINISTRATIVAS

Si bien, por una omisión involuntaria, no se alegó la prescripción de la infracción y de la sanción que se intenta interponer a nuestra entidad, la Ley y la jurisprudencia constitucional y ordinaria, de manera expresa prevén que la misma puede ser invocada en cualquier estado de la causa y es irrenunciable, conforme a la aplicación del art. 79 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, y, arts. 1492, 1495, 1497, 1504 inc. 1) y 1506 del Código Civil, por lo cual, interpongo PRESCRIPCIÓN de la infracción y de la sanción, conforme a las normas jurídicas y jurisprudencia que se invocan a continuación:

ARTICULO 79° LPA (Prescripción de Infracciones y Sanciones).

Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2º de la presente Ley.

ARTÍCULO 1492. CC. (EFECTO EXTINTIVO DE LA PRESCRIPCIÓN).-

I. Los derechos se extinguen por la prescripción cuando su titular no los ejerce durante el tiempo que la ley establece.

ARTÍCULO 1495. CC. (RÉGIMEN LEGAL DE LA PRESCRIPCIÓN).-

No se puede modificar el régimen legal de la prescripción ni prescindir de él, bajo sanción de nulidad.

ARTÍCULO 1497. CC. (OPORTUNIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN).-

La prescripción puede oponerse en cualquier estado de la causa, aunque sea en ejecución de sentencia si está probada.

ARTÍCULO 1504. CC. (INEFICACIA DE LA INTERRUPCIÓN).-La prescripción no se interrumpe:

- 1) Si la notificación se anula por falta de forma o se declara su falsedad.**

CONCLUSIÓN Y PETITORIO

Conforme a los antecedentes expuestos y la normativa legal invocada, toda vez que **LA PRESCRIPCIÓN PUEDE SER INVOCADA EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCESO**, incluso en ejecución de sentencia, **siendo la misma de ORDEN PÚBLICO E IRRENUNCIABLE**, y, toda vez que han existido nulidades del proceso hasta fs. 0, que incluyen, las notificaciones con las notas de cargo que dan inicio a la ejecución de la sanción conforme a Ley, **LO CUAL, HACE INEFICAZ CUALQUIER INTERRUPCIÓN DE LA FACULTAD DE INVOCAR INFRACCIÓN ALGUNA, ASÍ COMO IMPONER CUALQUIER SANCIÓN**, solicito se declare la **PRESCRIPCIÓN** de la supuesta infracción y de la sanción que se intenta interponer a nuestra entidad de intermediación financiera no bancaria, disponiendo la extinción de la infracción y/o de la sanción por prescripción, en aplicación expresa de la Ley y la jurisprudencia constitucional y ordinaria, que se transcribe a continuación, de carácter obligatoria y vinculante para toda autoridad o particular:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0117/2013 Sucre, 1 de febrero de 2013

"II.3.La presente acción de inconstitucionalidad concreta, ha sido promovida por el accionante en representación de Néstor Alberto Ángulo Zambrana, dentro del recurso de revocatoria interpuesto contra la RA 204, emitida por el Director Ejecutivo a.i. de la Dirección General de Aeronáutica Civil, demandando la

inconstitucionalidad del art. 185 de la Ley 2902, cuyo precepto señala: "La inobservancia y contravención a las disposiciones de la presente Ley, sus Decretos y Normas Reglamentarias y la Reglamentación Aeronáutica Boliviana que estén caracterizadas como faltas y no importen delitos, serán determinadas por la autoridad aeronáutica y sancionadas con:

- a) Apercibimiento
- b) Multa de hasta el máximo que determine la reglamentación.
- c) Suspensión temporal o indefinida de las licencias y habilitaciones concedidas por la autoridad aeronáutica.
- d) Suspensión temporal o revocatoria del Certificado de Operador Aéreo y/ o permisos otorgados para la explotación de los servicios aero (sic) comerciales".

III.3. El principio de supletoriedad

Con relación al significado de la supletoriedad, José Luis Ibáñez señala: "y es que no puede negarse la existencia de lagunas legis -no tolerables por el ordenamiento jurídico, lo que, según González Pérez, puede obedecer a que estemos ante casos inexistentes en el momento de la promulgación de la Ley o la imperfección del legislador al regular los casos ya existentes. Así como tampoco puede negarse que el propio ordenamiento jurídico establece los mecanismos precisos para su integración lo que, en la mayoría de los supuestos implica establecer las reglas para resolver el problema de ausencia de la ley.

En este entendido, es que ante ausencia de la ley o vacíos de la ley puede ser aplicable el principio de subsidiariedad, toda vez que la anomia se soluciona acudiendo a normas de otro ordenamiento diferente.

Al respecto de los vacíos normativos y la aplicación del principio de supletoriedad, la SC 0221/2004-R de 12 de febrero, ha señalado: "...Con relación al vacío normativo, cabe señalar que se produce en aquellos supuestos en los que el legislador, al elaborar la Ley, crea una determinada institución jurídica, pero omite regular un determinado elemento o detalle referido a la institución creada, con lo que se origina un vacío normativo en la Ley. Según enseña la doctrina, el vacío normativo se resuelve por medio de procedimientos de integración normativa, lo que supone una aplicación supletoria de normas contenidas en otras leyes análogas o, en su caso, aplicando los principios generales del Derecho. Ahora bien, para la aplicación supletoria de una norma legal a situaciones no contempladas expresamente en una Ley, requiere de la concurrencia de las siguientes condiciones: 1) la previsión expresa contenida en la Ley que presenta el vacío normativo de la aplicación supletoria de determinadas leyes para las situaciones no previstas expresamente; 2) la analogía legis, es decir, que la situación no contemplada expresamente en la Ley que presenta el vacío normativo sea igual a la situación regulada por la otra Ley, cuya norma se aplicará por supletoriedad.

III.4. Del derecho a la defensa

Con relación al derecho a la defensa, establecido por el art. 115 de la CPE, la SCP 1089/2012 de 5 de septiembre, señala: "El anterior Tribunal Constitucional, en la SC 2777/2010-R de 10 de diciembre, ratificó el entendimiento de las SSCC 0183/2010-R y 1534/2003-R, precisando que el derecho a la defensa es la: "...potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.", entendimiento ratificado recientemente por la SC 0183/2010-R de 24 de mayo, que además precisó que el derecho a la defensa se extiende: '...i) Al derecho a ser escuchado en el proceso; j) Al derecho a presentar prueba; iii) Al derecho a hacer uso de los recursos; y, iv) Al derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal, que actualmente se encuentra contemplado en el art. 119.11 de la CPE".

III.5. Normas constitucionales cuya infracción se denuncia

"Artículo 109.

II. Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por ley"

"Artículo 115

III. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia, plural, pronta y oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones".

"Artículo 14

III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos".

Las normas del Libro Primero del Código Penal Boliviano, se aplicarán a los delitos previstos en esta Ley en cuanto sean compatibles"; en este entendido, se evidencia que dicha disposición ha previsto la aplicación supletoria de una ley análoga, como resulta ser la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que la misma tiene por objeto establecer las normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público, entre otras.

En este entendido, es aplicable con relación al régimen de las prescripciones lo establecido por el art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el cual señala: "Las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2 de la presente Ley".

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 600/2011-R Sucre, 3 de mayo de 2011

"III.1. Alcances y fines de la prescripción de la acción penal

En principio, es necesario recordar que la prescripción constituye una institución jurídica en virtud de la cual, y por el transcurso del tiempo determinado por ley, cesa la persecución penal del Estado ejercitada a través de los órganos jurisdiccionales, o por los particulares en los delitos de acción privada. Se funda en un interés social por cuanto el Estado no puede prolongar indefinidamente en el tiempo la persecución penal, ya sea por negligencia de la víctima o falta de interés de los órganos encargados de la misma.

Guillermo Cabanellas, refiriéndose a este instituto, señaló que constituye: "La consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono desidia, inactividad o impotencia" En materia penal sostiene el mismo tratadista que involucra la: "extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo sin perseguir el delito o falta luego de quebrantada la condena"

En correspondencia con lo dicho la jurisprudencia constitucional, ha establecido que: "... La prescripción se traduce en los efectos que produce el transcurso del tiempo sobre el ejercicio de una determinada facultad. Esta definición, aplicada al ámbito penal, significa la expresa renuncia por parte del Estado del derecho a juzgar debido al tiempo transcurrido.

Conforme a ello, es el propio Estado el que, a través de la norma penal (procesal o sustantiva, según las legislaciones), establece los límites de tiempo en que se puede ejercer la persecución penal. La actividad represiva del Estado no puede ser ejercida de manera indefinida, ya que al hacerlo se quebrantaría el equilibrio que debe existir entre la función de defensa de la sociedad y la protección de derechos y garantías individuales" (SC 0023/2007-R de 16 de enero).

El mismo entendimiento, luego de identificar las razones que fundamentan la prescripción, concluyó que ésta: "...debe fundamentarse desde la Constitución, en la medida en que este instituto está íntimamente vinculado con los principios, valores, derechos y garantías constitucionales, fundamentalmente la garantía del debido proceso, la prohibición de indefensión y el derecho a la seguridad jurídica.

Así, respecto al derecho a la defensa, es innegable que si pese al tiempo transcurrido, la acción penal se dirigiera contra el supuesto culpable, llegando inclusive a imponerse una pena, se produciría una grave indefensión, pues los medios de defensa de los que podría servirse el imputado, o ya no existirían o se encontrarían debilitados, corriéndose el riesgo de condenar a un inocente por el tiempo transcurrido..."

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1369/2011-R Sucre, 30 de septiembre de 2011

"III.3. Diferencias entre prescripción y caducidad

Guillermo Cabanellas recogiendo los criterios de distintos doctrinarios, establece sus características y diferencias, al referir: 2. Caducidad y prescripción extintiva. Se trata de dos conceptos jurídicos de deslinde muy complejo, al punto de discrepar fundamentalmente los autores, en su caracterización y en sus diferencias. Cortés Giménez, resumiendo puntos de vista de Alas, De Buen, Castán, Enneccerus y otros declara que: "La caducidad o decadencia puede ser convencional o legal; **mientras que la prescripción tiene siempre su origen en la última. En la prescripción, el derecho nace con duración indefinida y sólo se pierde cuando haya negligencia en usarlo**; en la caducidad nace el derecho sujeto a un término fijo de duración, prescindiéndose de toda consideración de negligencia del titular. La prescripción opera generalmente a través de una excepción; en tanto la caducidad produce sus efectos de manera directa y automática. Por ello dice Enneccerus que el plazo de caducidad ha de tomarse en cuenta por el juez, aunque sólo se desprenda su transcurso de la exposición del demandante; **la prescripción se aplica únicamente a los derechos llamados potestativos**. En la caducidad, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, no se admiten generalmente causas de interrupción o suspensión".

Respecto de la prescripción, sostiene que es la: "Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; **ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. (...). Es por lo tanto un medio de adquirir derechos o de perder otros adquiridos, obrando el tiempo, en realidad, como el productor esencial de estas situaciones jurídicas"**. (Diccionario de Derecho Usual, Tomo II y VI, Editorial Heliasta, 27ª Edición, Revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, pág. 14 y 372 a 373).

La doctrina española, precisó: "-Tanto la caducidad como la prescripción se enmarcan dentro de los modos de extinción de los derechos por el transcurso del tiempo en que pudieron ser ejercitados. (...). -La caducidad y la prescripción responde a una misma finalidad: evitar la incertidumbre permanente e indefinida de los derechos; y tienen un mismo fundamento: la presunción de abandono de los derechos por su titular. (...). -La prescripción debe ser alegada por la parte interesada en la misma, y en esa medida es renunciable. La caducidad, por el contrario, opera de oficio". (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Prescripción y Caducidad de Derechos y Acciones, Madrid, mayo 1995, pág. 41 a 42). -lo resaltado nos pertenece.

Criterios doctrinarios que delimitan las diferencias existentes entre ambos institutos jurídicos, permitiendo concluir que la prescripción está referida al ejercicio de derechos subjetivos en general o acciones en el plazo determinado por la Ley, sea para su extinción o adquisición, lapso de tiempo que admite causales de interrupción o suspensión y opera a pedido de parte. En la caducidad el ejercicio de un derecho (potestativo) no subjetivo o acción, está supeditado a que se efectúe en el término fijado por la ley o la voluntad de las partes; sus efectos se producen de manera directa sin necesidad de pedido de parte, pudiendo ser declarada de oficio.

En ese entendido, cabe precisar que un derecho subjetivo tiene una duración indefinida y sólo se pierde cuando su titular no lo ejerce en el término fijado a causa de su negligencia, operando en consecuencia la prescripción; en cambio, en la caducidad el ejercicio del derecho potestativo o facultativo nace sujeto a un término fijo de duración a cuya conclusión se produce su extinción.

III.3.2. Jurisprudencia comparada

La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia T-433 de junio 24 de 1992, se pronunció sobre esta institución de la siguiente forma: "Consiste la caducidad en el fenómeno procesal de declarar extinguida la acción por no incoarse ante la jurisdicción competente dentro del término perentorio establecido por el ordenamiento jurídico para ello.

Opera la caducidad ipso iure, vale decir, que el juez puede y debe decretarla oficiosamente cuando verifique el hecho objetivo de la inactividad del actor en el lapso consagrado en la ley para iniciar la acción. Este plazo no se suspende, ni se interrumpe, ya que se inspira en razones de orden público, lo cual si ocurre tratándose de la prescripción civil, medio este de extinguir las acciones de esta clase".

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0001/2004-R Sucre, 7 de enero de 2004

"III.1.El art. 1492 CC establece que los derechos se extinguen por la prescripción cuando su titular no los ejerce durante el tiempo que la ley establece.

La prescripción comienza a correr desde que el derecho ha podido hacerse valer o desde que el titular ha dejado de ejercerlo, conforme lo dispone el art. 1493 CC, no pudiendo modificarse el régimen legal de la prescripción ni prescindirse de él, bajo sanción de nulidad (art. 1495).

De acuerdo al art. 1507 del referido cuerpo de normas, los derechos patrimoniales se extinguen por la prescripción en el plazo de cinco años, a menos que la ley disponga otra cosa.

La prescripción consiste en la consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión en propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. En el ámbito del Derecho Civil la prescripción constituye un modo de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo. Es por lo tanto, un medio de adquirir derechos o de perder otros adquiridos, obrando el tiempo, en realidad, como el productor esencial de estas situaciones jurídicas.

El fundamento de la prescripción es, por regla general, el deseo del legislador de imponer la paz social, la cual se vería amenazada por la actividad, largo tiempo diferida, de un acreedor o de un propietario. Este fundamento es admitido en la casi totalidad de las legislaciones, variando únicamente el plazo necesario para la prescripción y las causas o motivos de su interrupción o suspensión."

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0582/2004-R Sucre, 15 de abril de 2004

"III. 1. Los institutos jurídicos de la caducidad y prescripción.

La prescripción permite la consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo, ya sea convirtiendo un hecho en derecho, ya perpetuando una renuncia o abandono de un determinado derecho. En el ámbito del Derecho Civil, la prescripción es un medio de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo, en las condiciones previstas por ley.

Con mucha frecuencia suele confundirse la prescripción liberatoria con la caducidad, cabe advertir que son dos institutos jurídicos distintos, pues la prescripción se refiere a la sustancia del derecho, en cambio la caducidad se refiere al procedimiento; la prescripción puede ser objeto de suspensión frente a algunas personas dentro de ciertas circunstancias, en cambio la caducidad es de aplicación general o erga omnes; la prescripción puede ser interrumpida o suspendida, en cambio la caducidad sólo se puede interrumpir por los actos procesales."

SEGUNDO AGRAVIO: VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD, MOTIVACIÓN Y DEBIDO

PROCESO: No se ha considerado que el Cajero Marco Antonio Rivero Rivero, no califica como un prestatario vinculado a la Entidad de acuerdo con lo que establece el Artículo 79, inciso d) y el Artículo 50 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), por lo que la Resolución ASFI No 331/2013 del 06 de junio de 2013 y la Resolución ASFI No. 462/2013 de 24 de julio de 2013, no serían aplicables.

Le hacemos notar a su Autoridad que la sanción que arbitraria y violatoriamente pretende aplicar contra un supuesto incumplimiento al Artículo 79 inc. d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), no se encuentra establecida en la Ley, ni en el Reglamento de Multas y Sanciones de la Recopilación de Normas de la ASFI, bajo el entendido que **la multa no es aplicable al no existir un prestatario vinculado (definido en el Art. 50 de la Ley 1488)**, en aplicación de los arts. 71, 72, 73 y 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo y la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 060/2011 que establecen claramente que "solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las Leyes y disposiciones reglamentarias".

Este accionar es contrario al principio de seguridad jurídica, ya que el accionar de la administración pública y de toda autoridad debe enmarcarse en la Ley y no se pueden hacer interpretaciones arbitrarias y mucho menos imponer sanciones en casos en los que la Ley expresamente no las prevea.

Se nos está sancionando, sin tomar en cuenta, primeramente, que el Art. 79 inc d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 (Texto ordenado) de 14 de Abril de 1993, claramente señala que las entidades de intermediación financiera no bancaria **no podrán** realizar las siguientes operaciones:

"Conceder o mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de prestatarios vinculados a ellos, **dentro de los alcances del artículo 50° de esta Ley.** Para efectos de la presente Ley, se entenderán por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, ya sean apoderados o no, o que presten servicios a la entidad bajo cualquier denominación, que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma. Los créditos que mantengan tales personas deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones". Bajo este análisis y en base a la aplicación del Art. 50 tenemos "Con relación a las operaciones de crédito, deberá cumplirse lo siguiente:

a) Las entidades financieras no podrán otorgar créditos **a prestatarios o grupos prestatarios vinculados a ellas.**

b) **Será considerado vinculado a una entidad financiera todo prestatario o grupo prestatario que reúna una o más de las siguientes características...**

2. Desempeñe en la entidad financiera funciones directivas, ejecutivas, de control interno, o que preste asesoramiento permanente a las instancias superiores de su administración. Será igualmente considerado prestatario vinculado toda persona jurídica con fines de lucro en la que los mismos participan".

Le pido se considere la normatividad expresa de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, que señala sobre el particular:

ARTÍCULO 71° (Principios Sancionadores).

Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.

ARTÍCULO 72° (Principio de Legalidad).

Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables.

ARTÍCULO 73° (Principio de Tipicidad).

- I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.
- II. Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.
- III. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, no podrán implicar en ningún caso ni directa ni indirectamente la privación de libertad.

ARTÍCULO 74° (Principio de Presunción de Inocencia).

En concordancia con la prescripción constitucional, se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo.

ARTÍCULO 77° (Principio de Irretroactividad).

Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras que estuvieran vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan la infracción administrativa

Concretando el contenido del agravio que hemos sufrido, le pido considerar los siguientes aspectos:

1.- Las resoluciones recurridas, dando cumplimiento a los principios de tipicidad y motivación que son exigibles en toda sanción, toda vez que deben concurrir todos los requisitos en la conducta por la supuesta infracción del Art. 79 inc. d) de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), NO FUNDAMENTÓ, dentro de los alcances del Art. 50 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras, **que característica de las señaladas en el referido precepto legal, ha llevado a su autoridad a establecer que él funcionario (cajero), señor Marco Antonio Rivero Rivero, tenía la condición de PRESTATARIO VINCULADO a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "FATIMA Ltda.", para considerar que el crédito o préstamo otorgado al referido funcionario, tenga la condición de una operación de crédito VINCULADA, por tanto, inmersa en las prohibiciones del Art. 50 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado).**

2.- Las resoluciones recurridas, de conformidad y dando cumplimiento a los principios de tipicidad y motivación que son exigibles en toda sanción, toda vez que deben concurrir todos los requisitos en la conducta por la supuesta infracción del Art. 79 inc. d) de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), **NO FUNDAMENTÓ, que disposición legal, doctrina o jurisprudencia establece que un funcionario (cajero), ejerce funciones de decisión u operación en torno a los créditos o prestamos que puede otorgar una entidad de intermediación financiera como es la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "FATIMA Ltda.", y, NO especifica en qué momento del procedimiento de la otorgación de un crédito toma una decisión o realiza una operación y cuál sería la misma.**

3.- Las resoluciones recurridas, de conformidad y dando cumplimiento a los principios de tipicidad y motivación que son exigibles en toda sanción, toda vez que deben concurrir todos los requisitos en la conducta por la supuesta infracción del Art. 79 inc. d) de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), **NO FUNDAMENTÓ, que disposición legal, doctrina o jurisprudencia establece que un funcionario (cajero), puede comprometer sin limitación o con limitaciones particulares A SOLA FIRMA, a una entidad de intermediación financiera como es la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "FATIMA Ltda.". Aclarando si es el patrimonio o capital**

social de la entidad o qué cosa lo que puede comprometer sin limitación o con limitaciones particulares A SOLA FIRMA.

4.- Para considerar que el crédito o préstamo otorgado al referido funcionario, tenga la condición de una operación de crédito VINCULADA, por tanto, inmersa en las prohibiciones o infracciones del Art. 50 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y por el mandato dispuesto en los Art. 62, 63 parágrafo II y 64 del D.S. 27175 Reglamento del Sistema de Regulación Financiera, **en ningún momento el SIREFI o la ASFI han incluido DE MANERA EXPRESA dentro del REGLAMENTO DE FALTAS Y SANCIONES, dictado o alguna disposición legal que haga una clasificación de las infracciones y sus respectivas sanciones, al art. 79 inc. d), mucho menos han establecido UNA SANCIÓN EXPRESA, según su naturaleza y gravedad, especificando cuales son de carácter personal y cuáles de carácter institucional, así como cuando se las considera por acción o por omisión.**

5.- La Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "FATIMA Ltda.", nunca fue formalmente notificada con Ley, Resolución o circular, o conoció por algún órgano de publicación, en ningún momento que el SIREFI o la ASFI han incluido DE MANERA EXPRESA dentro del REGLAMENTO DE FALTAS Y SANCIONES, o dictado o alguna disposición legal que haga una clasificación de las infracciones y sus respectivas sanciones, al art. 79 inc. d), mucho menos que han establecido UNA SANCIÓN EXPRESA, según su naturaleza y gravedad, especificando cuales son de carácter personal y cuáles de carácter institucional, así como cuando se las considera por acción o por omisión, a los efectos de dar cumplimiento a los Art. 17 parágrafo I, 18, 21 y 22 del D.S. 27175 Reglamento del Sistema de Regulación Financiera.

Le solicito se aplique la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, que tiene carácter obligatorio y vinculante para toda autoridad, que a continuación se transcribe:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0143/2012 Sucre, 14 de mayo de 2012

"III.2.1. Jurisprudencia relacionada con el debido proceso, el derecho a la defensa y la motivación de las resoluciones en sede administrativa

El Tribunal Constitucional, en la SC 1289/2010-R de 13 de septiembre, señaló que: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, contenida en la SC 0752/2002-R de 25 de junio, recogiendo lo señalado en la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre, ha establecido que el derecho al debido proceso '...exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma. Que, consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión'.

En el mismo sentido, la SC 0577/2004-R de 15 de abril, respecto a las resoluciones de los tribunales de alzada, ha establecido que la "...exigencia de fundamentar las decisiones, se torna aún más relevante cuando el Juez o Tribunal debe resolver en apelación la impugnación de las resoluciones pronunciadas por las autoridades de primera instancia (...), es imprescindible que dichas Resoluciones sean suficientemente motivadas y expongan con claridad las razones y fundamentos legales que las sustentan y que permitan concluir, que la determinación sobre la existencia o inexistencia del agravio sufrido fue el resultado de una correcta y objetiva valoración de las pruebas, del mismo modo que se exige al apelante cumplir con la obligación de fundamentar los agravios; por cuanto, en la medida en que las resoluciones contengan, los fundamentos de hecho y de derecho, el demandado tendrá la certeza de que la decisión adoptada es justa; por lo que no le esta permitido a un Juez o Tribunal, reemplazar la fundamentación por la relación de antecedentes, la mención de los requerimientos de las partes o hacer alusión de que el Juez de instancia obró conforme a derecho, (...); con mayor razón, si se tiene en cuenta que el contar con una Resolución debidamente fundamentada y motivada es un derecho fundamental de la persona y forma parte del debido proceso ..." (las negrillas nos corresponden).

Por su parte, la SC 1326/2010-R de 20 de septiembre, ha dispuesto: "La jurisprudencia constitucional ha establecido, que la garantía del debido proceso comprende entre uno de sus elementos la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió.

La motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo. En cuanto a esta segunda, la motivación puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar el juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas" (las negrillas nos pertenecen).

Respecto a la falta de motivación de las resoluciones inherentes a procesos disciplinarios en el seno de la Policía Nacional de Bolivia, el Tribunal Constitucional mediante la SC 0871/2010-R de 10 de agosto, ha determinado que: "Es imperante además precisar que toda resolución ya sea jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación como elemento configurativo del debido proceso debe contener los siguientes aspectos a saber: a) Debe determinar con claridad los hechos

atribuidos a las partes procesales, b) Debe contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes, c) Debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto, d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales, e) Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada, f) Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado"(las negrillas son nuestras).

III.2.2. El debido proceso y el derecho a la defensa en la Constitución Política del Estado y su aplicación al ámbito administrativo

La Constitución Política de Estado, define los valores de sociedad en su art. 8, disponiendo que el Estado Plurinacional de Bolivia se sustenta entre otros, en el valor de la justicia social, para vivir bien; consecuentemente, la administración de justicia se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de partes ante el juez.

El art.115.II de la CPE, señala: "El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones". El art. 117.1, por su parte establece: "Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso (...)".

El art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada y proclamada por la Asamblea General, en su Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, dispone: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que las garantías del debido proceso, no sólo son exigibles a nivel judicial, sino también deben ser de obligatorio cumplimiento por cualquier autoridad que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional. En este sentido:"De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana".

El debido proceso es una garantía constitucional, que en virtud de los efectos de irradiación de la Constitución Política del Estado, es también aplicable a los procesos administrativos y a todos aquellos procesos disciplinarios de carácter sancionatorio que se presentan en todas las esferas institucionales, sean éstas públicas o privadas, dentro las cuáles se tenga que llegar a un fallo o resolución, 4 decisión que en definitiva surte efectos jurídicos que indudablemente repercuten en los derechos de las personas.

Ticona Postigo, señala: "El debido proceso legal, proceso justo o simplemente debido proceso (así como el derecho de acción, de contradicción) es un derecho humano fundamental que tiene toda persona y que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente, pues, él "Estado no sólo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción) sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo". A criterio del tratadista Saenz, "el Debido Proceso en su dimensión adjetiva, se refiere a toda aquella estructura de principios y derechos que corresponden a las partes durante la secuela de todo tipo de proceso, sea este jurisdiccional, sea administrativo, o sea corporativo particular".

"El proceso administrativo sancionatorio al igual que el procedimiento penal, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto: a) al juez natural, b) legalidad formal, c) tipicidad, d) equidad, y, e) defensa irrestricta. Eduardo García Enterría, en relación al proceso administrativo sancionador, ha señalado: "...La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal".

El proceso administrativo, reconoce el actuar procesal de las partes, que son las personas físicas o morales que intervienen en el proceso propiamente dicho y sobre las cuales gravitan las consecuencias de todos los aspectos del mismo, desde el inicio hasta la conclusión definitiva; en resumen, las partes de un proceso administrativo son: el Órgano Colegiado o autoridad investida con la facultad de sancionar o dicho de otra manera, el Juez Natural de «orden administrativo» y el servidor público, que actúa a nombre del Estado, contra el cual se sustanciará determinada acción disciplinaria" (SC 1448/2011-R de 10 de octubre). **La tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios, es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del jus puniendi estatal, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar al nullun crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, de cual se deriva el principio de tipicidad (SC 0498/2011-R de 25 de abril).**

Ahora bien, ingresando en los aspectos doctrinales relacionados al caso de autos, cabe señalar que uno de los elementos esenciales del debido proceso, es la motivación de las resoluciones, entendida ésta como un derecho fundamental de todos los justiciables y administrados constituyéndose en una de las garantías que

forma parte del contenido adjetivo del ya referido "debido proceso"; siendo también un presupuesto fundamental del correcto ejercicio a la tutela judicial efectiva.

A su vez, el derecho a la defensa irrestricta, componente del debido proceso, se halla inserto en el art. 115.11 de la CPE, cuando: "El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa (...)". El derecho a la defensa irrestricta, es un elemento integrante transversal a todas las fases sustantivas del proceso penal o disciplinario. Al respecto, Binder afirma: "El Derecho a la Defensa cumple dentro del Proceso Penal, un papel particular, por una parte actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás".

El derecho a la defensa irrestricta, es uno de los mínimos procesales que debe concurrir dentro de un proceso sancionatorio en el que se encuentre presente el debido proceso, constituyendo de esta manera un bloque de garantías procesales dentro del procedimiento sancionador, siempre en procura de efectivizar un proceso justo.

III.2.3. La motivación de las resoluciones como elemento procesal adjetivo del debido proceso y el deber de pronunciarse respecto a la totalidad de las cuestiones reclamadas por los procesados

El respeto absoluto por el debido proceso, es materia de eminente orden público y de los derechos que se encuentran vinculados al mismo. La motivación de las resoluciones administrativas, entendida como garantía del debido proceso, tiene que ser comprensible, puntual, concreta y en todos los casos lógica, incluyendo el análisis de todos los aspectos relacionados al asunto principal y de aquellos otros derivados del eje central en cuestión, debiendo en todos los casos efectuarse una relación de causalidad estrecha entre los hechos y la normativa inherente al caso específico.

En ningún caso se puede entender que existe motivación por la sola aplicación mecánica del derecho. La motivación debe compulsar las pruebas y arribar a conclusiones jurídicas ciertas sobre la base de hechos probados. **Cualquier autoridad administrativa que emita una resolución, debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar una minuciosa fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de la misma, lo contrario significa que cuando ésta autoridad disciplinaria omite realizar una correcta motivación, elimina la parte estructural de la resolución, asumiendo una decisión de hecho y no de derecho, lesionando efectivamente el debido proceso, derivando en el extremo inaceptable que los procesados no puedan conocer cuáles son las razones del fallo.**

El tratadista Agustín Gordillo, al referirse a los caracteres y requisitos que deben reunir las decisiones administrativas, ha expresado: "(...) no pueden desconocerse las pruebas existentes ni los hechos objetivamente ciertos (...). El acto debe resolver todas las peticiones formuladas (...) o sea, todas las cuestiones planteadas. En esto todas las legislaciones y la doctrina son uniformes". **Esta ineludible exigencia de fundamentar las decisiones, se torna aún más relevante cuando la autoridad administrativa o tribunal de alzada deba resolver la impugnación de las resoluciones pronunciadas por las autoridades de primera instancia; más aún, si se trata de aspectos relacionados con excepciones interpuestas, que en todos los casos, su resolución tiene carácter definitivo causando**

efectos permanentes, razón por la cual, se reitera que resulta imprescindible que dichas resoluciones sean suficientemente motivadas y expongan con claridad las razones y fundamentos legales que las sustentan, permitiendo concluir, que la determinación asumida sobre la existencia o inexistencia de la falta administrativa, fue el resultado de una correcta y objetiva valoración de las pruebas, de la misma manera que se exige del administrado apelante, cumplir con la obligación de fundamentar los agravios supuestamente sufridos.

"No basta la simple cita de preceptos legales en una resolución para considerar motivada ésta, sino que es preciso que se expongan las argumentaciones pertinentes que conduzcan a establecer la decisión correspondiente".

En tanto y en cuanto las resoluciones administrativas conlleven insertas en su texto de manera expresa los fundamentos de hecho y de derecho, el sujeto sometido al proceso tendrá la plena convicción respecto a que la decisión asumida por la autoridad es a todas luces justa; razón por la cual no le está permitido a la autoridad administrativa, reemplazar una adecuada y sustanciosa fundamentación por una elemental relación de antecedentes. Por otra parte, tampoco puede considerarse una adecuada motivación el hecho de únicamente efectuar citas normativas en el texto resolutivo, tampoco es suficiente alegar que el actuar de la autoridad administrativa de primera instancia fue conforme a derecho, omitiendo el pronunciamiento respecto a todos los aspectos observados por la persona sometida a proceso, ya que el no pronunciarse en relación a algún extremo planteado, desvirtúa el fondo mismo del fallo asumido, ingresando en el terreno de la arbitrariedad, que a criterio de Legaz y Lacambra; "es una actitud antijurídica que consiste en la negación del derecho como legalidad y cometida por el propio custodio de la misma, es decir por el propio poder público"

Los tratadistas Ossorio y Florit, afirman lo siguiente: "Frente a la absoluta libertad del juzgador para apreciar y valorar las pruebas, y también frente a la restricción valorativa de la prueba legal, surge el sistema de la sana crítica que deja al juez formar libremente su convicción, pero obligándole a establecer los fundamentos de la misma". De la misma forma, Eduardo Couture, asevera que, "el juicio de valor en la sana crítica ha de apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad".

En conclusión, corresponde afirmar rotundamente, que la ausencia de una suficiente y adecuada motivación, vulnera el derecho al debido proceso, persé el derecho a la defensa, impidiendo que la tutela jurisdiccional administrativa sea efectiva, dando lugar al extremo inaceptable de la arbitrariedad, aclarándose que la obligación de motivar las resoluciones no significa que las decisiones adoptadas necesariamente deban satisfacer al administrado, lo que sí es trascendental, es que la decisión sea justificada, dando lugar a que de esta manera se lleguen a emitir decisiones justas efectivizando el imperio de la justicia constitucional de la igualdad, inserta en nuestra Constitución Política del Estado, garantizando a los ciudadanos el ejercicio pleno de sus derechos constitucionales para el "vivir Bien"."

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1786/2011-R Sucre, 7 de noviembre de 2011

"III.2. La seguridad jurídica y el principio de legalidad en el nuevo orden constitucional

La SC 0096/2010-R de 4 de mayo, ha señalado: "Sobre la seguridad jurídica, invocada en su momento por la accionante, como 'derecho fundamental', cabe señalar que, si bien la Constitución Política del Estado abrogada, en el catálogo de derechos fundamentales contenidos en su art. 7 inc. a), establecía que toda persona tiene el derecho: 'A la vida, la salud y la seguridad', a partir de lo cual, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció la consagración del 'derecho a la seguridad jurídica' como derecho fundamental, y en su mérito, ante la * constatación de su vulneración, en repetidas ocasiones otorgó la tutela del amparo. No obstante, al presente, y en vigencia de la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, la seguridad jurídica, no se encuentra consagrada como derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo (art. 178 de la CPE); y por otro lado, como un principio articulador de la economía plural en el modelo económico boliviano (art. 306.111 de la CPE). Esta característica actual, es coincidente con lo establecido por otra Constitución y Tribunal Constitucional, tal el caso de España que en su Constitución en el art. 9.3, establece a la seguridad jurídica como principio, y en su jurisprudencia, a través de la STC 3/2002 de 14 de enero, ha señalado que: "'a seguridad jurídica es un principio general del ordenamiento jurídico y un mandato dirigido a los poderes públicos que no configura, sin embargo, derecho fundamental alguno a favor de los ciudadanos que pueda interesarse en el proceso constitucional de amparo'.

En consecuencia, y volviendo a la realidad jurídica nacional actual, se debe tener claramente establecido que 'la seguridad jurídica' al ser un principio, no puede ser tutelado por el recurso o acción de amparo constitucional que tiene por finalidad proteger derechos fundamentales -no principios-, reconocidos por la Constitución, las normas internacionales de derechos humanos reconocidos y/o ratificados por el país (que conforman el bloque de constitucionalidad) y las leyes; sin embargo, por su reconocimiento constitucional, no puede ser inobservado por las autoridades jurisdiccionales y/o administrativas, a momento de conocer y resolver un caso concreto sometido a su competencia, por tanto es de inexcusable cumplimiento.

De tal manera que cuando se viola un derecho fundamental en esa instancia procesal sea judicial o administrativa, deviene en la inobservancia a este principio de orden general y procesal, es decir, es un efecto o consecuencia; más sin embargo ello no implica que sea tutelable, precisamente y como se tiene explicado, por no ser un derecho autónomo, como sostuvo la pasada jurisprudencia de este Tribunal. Por ello, cuando se exigía la tutela en su generalidad se lo hacía unido a otros derechos como lógica consecuencia, no así de manera independiente.

Al respecto, en un entendimiento coherente con el presente razonamiento, este Tribunal en la SC 0070/2010-R de 3 de mayo, señaló que: 'la seguridad jurídica como principio emergente y dentro de un Estado de Derecho, implica la protección constitucional de la actuación arbitraria estatal; por lo tanto, la relación Estado-ciudadano (a) debe sujetarse a reglas claras, precisas y determinadas, en especial a las leyes, que deben desarrollar los mandatos de la Constitución Política del Estado, buscando en su contenido la materialización de los derechos y garantías

fundamentales previstos en la Ley Fundamental, es decir, que sea previsible para la sociedad la actuación estatal; este entendimiento está acorde con el nuevo texto constitucional, que en su art. 178 dispone que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta, entre otros, en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, probidad y celeridad'.

Por lo expuesto precedentemente se concluye que, el principio de seguridad jurídica, si bien no puede ser invocado directamente como lesionado, sino se halla estrechamente vinculado a derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política del Estado y el bloque de constitucionalidad, no se puede de dejar de lado el hecho que a través de la protección esos derechos y garantías, se materializa el cumplimiento de este principio.

En cuanto al principio de legalidad, de conformidad a lo previsto por el art. 180 de la CPE, éste Tribunal a través de su SC 0275/2010 de 7 de junio, ha señalado que: "(...) es un principio procesal de la jurisdicción ordinaria; al respecto este Tribunal a través de la SC 0919/2006-R de 18 de septiembre, que a su vez citó a la SC 0062/2002 de 31 de julio, estableció que: 'el principio general de legalidad, como elemento esencial del Estado de Derecho' (...) en su vertiente procesal (garantía jurisdiccional), tiende a garantizar que nadie pueda ser sancionado sino en virtud de un proceso desarrollado conforme a las reglas establecidas en el procedimiento en cuestión, en el que se respeten las garantías establecidas por ley".

III.4.El debido proceso y el derecho a la defensa en el ámbito constitucional.

El proceso sancionatorio, sea en el ámbito que fuere, necesariamente debe hallarse impregnado de todos los componentes que hacen al debido proceso, elementos que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. "... La doctrina en materia de derecho sancionador es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal". (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II, Civitas, Madrid, 1999, página 159).

Este procedimiento sancionatorio, debe ser originado en una falta establecida de antemano, cumpliéndose con el principio de tipicidad, elemento fundamental del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del jus puniendi que exige la preexistencia de la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar a la aplicación de la máxima universal del "nullun crimen, nulla poena sine lege", evitando de ésta manera la Indeterminación que da lugar a la arbitrariedad.

El art. 117.1 de la CPE, señala que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso, entendido éste como el derecho de toda persona física o jurídica a un proceso justo y equitativo, dentro del cual se garantice al procesado el conocimiento o notificación oportuna de la presunta falta cometida a efectos de que pueda estructurar eficazmente su defensa, consiguientemente le asisten también el derecho a ser escuchado, a presentar

pruebas, a impugnar, y fundamentalmente el derecho a la doble instancia; otorgándole la oportunidad de defenderse sin restricción alguna de cualquier agresión a sus derechos originada en actos de cualquier particular o del propio Estado a través de sus autoridades; entendimiento que nos permite afirmar que el debido proceso no sólo es aplicable en el ámbito judicial, sino también a todo el universo del derecho sancionatorio.

El debido proceso es transversal a todo procedimiento sancionatorio, haciendo a su esencia misma, en razón a que no podrá aplicarse sanción alguna si haber previamente escuchado los argumentos de defensa de la parte acusada. La administración pública no puede apartarse del respeto absoluto al debido proceso, debiendo en todos los casos en los cuáles se inicie un procedimiento sancionatorio, comprobar los hechos dentro del marco del respeto a las garantías constitucionales, permitiendo a su vez que el procesado respalde su posición y en definitiva haga conocer su verdad ante un juzgador imparcial quien a la hora de emitir la resolución que corresponda habrá compulsado la totalidad de la documentación y evidencia sujeta a su consideración, garantizando de ésta manera el debido proceso hoy acusado de haber sido vulnerado.

La SC 0160/2010-R de 17 de mayo, señaló que: "El debido proceso, está reconocido constitucionalmente como derecho y garantía jurisdiccional a la vez, por los arts. 115.11 y 117.1 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE) -art. 16.IV de la CPEabrg-, y como derecho humano por los arts. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y ya fue desarrollado y entendido por este Tribunal como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; es decir, comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar esos derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado así como los Convenios y Tratados Internacionales".

En el mismo sentido la SC 0902/2010-R de 10 de agosto, determinó que: "En el ámbito normativo, el debido proceso se manifiesta en una triple dimensión, pues por una parte, se encuentra reconocido como un derecho humano por instrumentos internacionales en la materia como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), que conforme al art. 410.11 de la CPE forman parte del bloque de constitucionalidad, y también se establece como un derecho en el art. 115.11 de la misma norma; al mismo tiempo, a nivel constitucional, se le reconoce como derecho fundamental y como garantía jurisdiccional, configuración jurídica contemplada ya por el art. 16 de la CPEabrg, que se ha mantenido y precisado en el art. 117.1 de la CPE que dispone: 'Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso...'".

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1787/2011-R Sucre, 7 de noviembre de 2011

"III.2.El debido proceso y el derecho a la defensa en el ámbito constitucional

El proceso sancionatorio, sea en el ámbito que fuere, necesariamente debe hallarse impregnado de todos los componentes que hacen al debido proceso, elementos que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. "... La doctrina en materia de derecho sancionador es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone; es decir, sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal". (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II, Civitas, Madrid, 1999, página 159).

Este procedimiento sancionatorio, debe ser originado en una falta establecida de antemano, cumpliéndose con el principio de tipicidad, elemento fundamental del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del jus puniendi, que exige la preexistencia de la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar a la aplicación de la máxima universal del "nullum crimen, nulla poena sine lege", evitando de ésta manera la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad.

El art. 117.1 de la CPE, señala que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso, entendido éste como el derecho de toda persona física o jurídica a un proceso justo y equitativo, dentro del cual se garantice al procesado el conocimiento o notificación oportuna de la presunta falta cometida a efectos de que pueda estructurar eficazmente su defensa, consiguientemente le asisten también el derecho a ser escuchado, a presentar pruebas, a impugnar, y fundamentalmente el derecho a la doble instancia; otorgándole la oportunidad de defenderse sin restricción alguna de cualquier agresión a sus derechos originada en actos de cualquier particular o del propio Estado a través de sus autoridades; entendimiento que nos permite afirmar que el debido proceso no sólo es aplicable en el ámbito judicial, sino también a todo el universo del derecho sancionatorio."

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0498/2011-R Sucre, 25 de abril de 2011

"El proceso administrativo, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad v defensa irrestricta. "... La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal". (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II, Civitas, Madrid, 1999, página 159).

El art. 73.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) (Principio de Tipicidad) señala que: "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias y II Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias".

La tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios, es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del jus puniendi estatal, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar al nullum crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, de cual se deriva el principio de tipicidad."

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1863/2010-R Sucre, 25 de octubre de 2010

"111.4.2. Sobre la garantía al debido proceso

La tipicidad en los procesos administrativos sancionatorios, es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del jus puniendi estatal, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción dando lugar al nullum crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, del cual se deriva el principio de tipicidad.

A dicho efecto, es necesario dejar claramente establecido que el auto inicial de un proceso administrativo, con el cual se debe notificar al procesado para que asuma defensa, debe contener la descripción de los hechos que motivan el proceso, los elementos que inducen a sostener que el procesado presumiblemente es el autor de la presunta contravención y finalmente debe contener, ineludiblemente, la calificación legal de la conducta, identificando con precisión la norma supuestamente vulnerada, aspecto último que en el caso en examen, es incorrecto en el auto ampliatorio del sumario objeto de amparo.

De acuerdo a principios generales del derecho, en especial en el ámbito sancionador, correspondía en el presente caso al Tribunal Jerárquico, valorar las pruebas, los hechos acontecidos, las circunstancias que rodean a los hechos, las causas de justificación aplicables a cada caso; evaluar los descargos presentados por las partes, considerando las atenuantes que se esgrimen en las argumentaciones expuestas, así como las agravantes que pudieran surgir, y finalmente lo más importante, tenía el deber ineludible de contrastar todo ello con las disposiciones legales aplicables a los hechos que son objeto de investigación, para encontrar, si existía, la causalidad entre los hechos o faltas cometidas y la norma que describe su sanción. La función del Tribunal Jerárquico, como de cualquier administrador de justicia, debe ser llevada a cabo respetando los principios y valores en que se sustenta la administración de justicia en general.

La tipificación en materia sancionatoria no es una mera formalidad de la cual pueda o deba prescindirse, so pretexto de preservación del bien jurídico de la justicia. La correcta tipificación, garantiza la efectiva aplicación de los derechos y garantías fundamentales que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. El respeto por el debido proceso, es materia de eminente orden público, y de los derechos que se encuentran vinculados al mismo."

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0787/2010-R Sucre, 2 de agosto de 2010

"III.4.Sobre el proceso disciplinario en autos

El proceso disciplinario, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta. "...La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme, al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas, se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal". (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de derecho administrativo, II, Civitas, Madrid, 1999, página 159).

La tipicidad en los procesos disciplinarios, es parte indisoluble del debido proceso, que a su vez es común al ejercicio del jus puniendi, que exige que la norma mediante la cual se establece una sanción, dando lugar al nullum crimen, nulla poena sine lege, evitando la indeterminación que da lugar a la arbitrariedad. Existe una aplicación general y transversal de la legalidad como integrante del debido proceso, del cual se deriva el principio de tipicidad.

A dicho efecto, es necesario dejar claramente establecido que el auto inicial de un proceso administrativo, con el cual se debe notificar al procesado para que asuma defensa, debe contener la descripción de los hechos que motivan el proceso, los elementos que inducen a sostener que el procesado presumiblemente es el autor de la presunta contravención y finalmente debe contener, ineludiblemente, la calificación legal de la conducta, identificando con precisión la norma supuestamente violada, aspecto último que en el caso en examen, es incorrecto en el auto inicial del sumario objeto del recurso de amparo.

De acuerdo a principios generales del derecho, en especial en el ámbito sancionados correspondía en el presente caso al Sumariante, valorar las pruebas, los hechos acontecidos, las circunstancias que rodean a los hechos, las causas de justificación aplicables a cada caso; evaluar los descargos presentados por las partes, considerando las atenuantes que se esgrimen en las argumentaciones expuestas, así como las agravantes que pudieran surgir de la evaluación; y, finalmente lo más importante, tiene el deber ineludible de contrastar todo ello con las disposiciones legales aplicables a los hechos que son objeto de investigación dentro el presente sumario administrativo **para encontrar la causalidad entre los hechos o faltas cometidas y la norma que describe su sanción. La función de sumariante como de cualquier administrador de justicia, debe ser llevada a cabo respetando los principios y valores en que se sustenta la administración de justicia en general.**

La tipificación en materia sancionatoria no es una mera formalidad de la cual pueda o deba prescindirse, so pretexto de preservación del bien jurídico de la justicia. La correcta tipificación, garantiza la efectivización de los derechos y garantías fundamentales que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. El respeto por el debido proceso, es materia de eminente orden público, y de los derechos que se encuentran vinculados al mismo."

TERCER AGRAVIO: VIOLACIÓN Y DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO NOM BIS IN ÍDEM.-
En nuestro recurso de revocatoria se alegó la **violación al principio y derecho**

fundamental de la entidad que represento del nom bis in ídem que reconoce el art. 117 parágrafo II de la Constitución Política del Estado, por existir un doble procesamiento, por los mismos hechos, en contra de nuestra misma entidad y con la misma calificación jurídica y la misma sanción que se pretende aplicar, entre la segunda y tercera oportunidad que nos pretende sancionar, su autoridad en las Resoluciones ASFI No 331/2013 del 06 de junio de 2013, y, sobre todo, en la Resolución ASFI No. 462/2013 de 24 de julio de 2013, recurridas, señala que al NO EXISTIR SANCIÓN el proceso no concluyo, sólo fue anulado y que por esa razón el principio nom bis in ídem no sería aplicable.

ANTECEDENTES

A los efectos de que la autoridad jerárquica realice una objetiva consideración de este agravio invocado, se deben considerar los siguientes antecedentes:

.....1.- **Por primera vez,** este proceso se inicia formalmente cuando se emite la nota de cargo ASFI/DSR II-97686 de 24 de septiembre de 2010, notificada a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Fátima Ltda." en fecha 21 de octubre de 11" I sancionando con multa a la institución por haber cometido la infracción del Art. 54 numeral 4) de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras, al haber contratado en calidad de funcionario (cajero), al señor Marco Antonio Rivero Rivero en fecha 28 de enero de 2010 y recontratado el 01 de julio de 2010, teniendo un crédito pendiente de pago con la Cooperativa, proceso que concluye con la Resolución Ministerial Jerárquica MEPPA/PSF/URJ-SIREFI 022/2011 de 03 de mayo de 2011, por la cual, el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas ANULA el proceso hasta la nota de cargo.

.....2.- **Por segunda vez,** se vuelve a iniciar proceso, se emite la nota de cargo ASFI/DSR 11-58421 de 14 de mayo de 2012, sancionando con multa a la institución por haber cometido las infracciones de los Art. 54 numeral 4) y 79 inc. d) de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), al haber contratado en calidad de funcionario (cajero), al señor Marco Antonio Rivero Rivera en fecha 28 de enero de 2010 y recontratado el 01 de julio de 2010, teniendo un crédito pendiente de pago con la Cooperativa, proceso que concluye con la Resolución Ministerial Jerárquica MEPPA/PSF/URJ-SIREFI 082/2012 de 28 de diciembre de 2012, por la cual, el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas ANULA el proceso hasta la segunda nota de cargo.

.....3.- **Por tercera vez,** se vuelve a iniciar proceso, se emite la nota de cargo ASFI/DSR II-62585 de 30 de abril de 2013, sancionando con multa a la institución por haber cometido la infracción del Art. 79 inc. d) de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras, al haber contratado en calidad de funcionario (cajero), al señor Marco Antonio Rivero Rivero, en fecha 28 de enero de 2010 y recontratado el 01 de julio de 2010, teniendo un crédito pendiente de pago con la Cooperativa, proceso que actualmente, se encuentra en la etapa de interposición del Recurso Jerárquico.

CONCLUSIÓN

De los antecedentes expuestos, se llega a la conclusión incuestionable, que la ASFI, en la segunda y tercera oportunidad, nos está procesando y se nos pretende sancionar:

1.- **Por los mismos hechos**, haber contratado en calidad de funcionario (cajero), al señor Marco Antonio Rivero Rivero, en fecha 28 de enero de 2010 y recontratado el 01 de julio de 2010, teniendo un crédito pendiente de pago con la Cooperativa.

2.- **En contra de la misma persona jurídica**, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Fátima Ltda."

3.- **Con la misma calificación jurídica y la misma sanción**, con multa a la institución por haber cometido la infracción del Art. 79 inc d) de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras.

Lo anterior demuestra sin lugar a dudas que **la ASFI, incurre en vulneración y desconocimiento, al principio y derecho fundamental de la entidad que represento del nom bis in ídem que reconoce el art. 117 parágrafo II de la Constitución Política del Estado, por existir un doble procesamiento, por los mismos hechos, en contra de nuestra misma entidad y con la misma calificación jurídica y la misma sanción que se pretende aplicar, entre la segunda y tercera oportunidad que nos pretende sancionar, su autoridad.**

Le solicito se considere y aplique la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, que tiene carácter obligatorio y vinculante para toda autoridad, que a continuación se transcribe:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0509/2012 Sucre, 9 de julio de 2012

"III.5. Con relación al nom bis in idem

Respecto al nom bis in idem la SC 1044/2010-R de 23 de agosto, tiene el siguiente entendimiento: "En su oportunidad este Tribunal definió las implicancias y alcances del principio "non bis in idem", en ese sentido, la SC 0506/2005-R de 10 de mayo, precisó: "El principio non bis in idem implica, en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos. En la doctrina y jurisprudencia española, el **principio implica la prohibición de imponer una doble sanción, cuando existe identidad de sujeto, del hecho y del fundamento respecto a una conducta que va fue sancionada con anterioridad**".

El mencionado principio está contemplado por un aspecto sustantivo, es decir, que nadie puede ser sancionado doblemente por un hecho por el cual va ha sido absuelto o condenado: y, el aspecto procesal o adjetivo, esto es, que nadie puede ser juzgado nuevamente por un hecho por el cual va ha sido absuelto o condenado.

De las premisas antedichas, se tiene en una cabal dimensión, que se vulnera al "non bis in idem", no sólo cuando se sanciona sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por un mismo hecho.

Ahora bien, como se tiene precisado líneas precedentes, se considera en la doctrina al "non bis in idem" como un principio, sin embargo, tal y como se desarrolló en el

Fundamento Jurídico III.3 de la presente Sentencia Constitucional, **el "non bis in idem" viene a constituirse en una garantía específica del debido proceso, es por ello que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio "non bis in idem" está consagrado no como un principio, sino como un derecho humano que forma parte del derecho al debido proceso: así se tiene por ejemplo en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que lo consagra en su art. 8.4 mismo que dispone: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos": por otro lado, también se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, específicamente en su art. 14 inc. 7) que establece lo siguiente: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiese sido ya condenado o absuelto por una Sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".**

La normativa citada resulta ser aplicable merced a que los instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad según lo dispone el art. 410 de la CPE y tomando en cuenta también el tenor del art. 256 de la misma Constitución, que indica lo siguiente: "Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta".

En consecuencia, el "non bis in idem" se encuentra consagrado en la Constitución Política del Estado como una garantía jurisdiccional en virtud a que se encuentra contemplado en el art 117.11 y que a la letra indica "Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho", sin embargo, de (sic)acuerdo al art. 256 de CPE antes citado se concibe al "non bis in idem" como un derecho que forma parte de los elementos configurativos del debido proceso como un derecho de la persona.

Así también lo entendió este Tribunal Constitucional cuando en la SC 1764/2004-R de 9 de noviembre indicó: "Tomando en cuenta que las normas previstas por los tratados, pactos o convenciones internacionales sobre derechos humanos que hubiesen sido suscritos o ratificados por el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad, haciendo una interpretación integradora de las normas previstas por el art. 16 de la Constitución en concordancia con los instrumentos internacionales antes referidos, **se infiere que al formar parte del derecho al debido proceso se constituye en un derecho constitucional de la persona, por lo tanto oponible ante las autoridades públicas y tutelable por la vía del amparo constitucional. Es en esa perspectiva que el legislador ordinario ha previsto, en el art. 4 del CPP, la persecución penal única, referida a que nadie podrá ser procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias, lo que significa la prohibición de un ejercicio reiterado del ius puniendi del Estado**", (las negrillas nos corresponden).

A mayor abundamiento, se debe recurrir a la jurisprudencia comparada citada en la SC 1764/2004-R de 9 de noviembre; así: "... la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia T-520/92, al referirse al alcance del non bis in idem, sostiene lo siguiente: "Es una garantía que prohíbe a las autoridades investigar, juzgar o condenar a una persona más de una vez por el mismo hecho respecto del cual ya se tramitó un proceso y se profirió una decisión, constituyéndose en elemento enderezado a realizar los valores de la justicia y la seguridad jurídica, al lado de otros principios- también fundamentales- como la presunción de inocencia y el derecho de defensa"; de su parte el Tribunal Constitucional de España, en su Sentencia 154/1990, al referirse a su finalidad y alcances, ha sostenido que con el principio del non bis in idem, Se impide sancionar doblemente por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción".

De lo desarrollado se puede afirmar que el "non bis in idem", no sólo se constituye en un principio procesal sino más bien como un derecho humano reconocido y consagrado en los Tratados y Convenios Internacionales e integrado al sistema constitucional boliviano como un derecho fundamental que forma parte del derecho al debido proceso, vinculado además con el derecho a la seguridad y el principio de la presunción de inocencia. Por lo tanto, este derecho podrá invocarse en el caso de duplicidad de procesos o de sanciones frente al intento de sancionar de nuevo."

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 2670/2010-R Sucre, 6 de diciembre de 2010

"III.3. Del principio "Nom bis in idem" en cuanto al doble juzgamiento

La jurisprudencia constitucional, en atención a la imposibilidad de doble juzgamiento por los mismos hechos y causas, estableció a través de la SC 0135/2007-R de 14 de marzo, en cuanto al principio nom bis in idem que: "(...) es necesario referirnos al principio non bis in idem, conceptualizado por la SC 0506/2005-R, de 10 de mayo, la cual hace una clara precisión de sus alcances: "... El principio non bis in idem implica, en términos generales, la imposibilidad de que el Estado sancione dos veces a una persona por los mismos hechos....

En el principio se debe distinguir el aspecto sustantivo (nadie puede ser sancionado doblemente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado) y el aspecto procesal o adjetivo (nadie puede ser juzgado nuevamente por un hecho por el cual ya ha sido absuelto o condenado). En este sentido, existirá vulneración al non bis in idem, no sólo cuando se sanciona sino también cuando se juzga nuevamente a una persona por un mismo hecho".

En ese entendido, la SC 1764/2004-R de 9 de noviembre, bajo el mismo razonamiento señaló lo siguiente: "... podrá invocarse en el caso de duplicidad de procesos o de sanciones frente al intento de sancionar de nuevo; en efecto, si la finalidad del derecho al non bis in idem es evitar el doble enjuiciamiento y la aplicación de la

doble sanción, se entiende que la condición para invocarlo es que se hubiese sustanciado materialmente un proceso culminando con una decisión firme en cualquiera de las formas de conclusión previstas por el Código de Procedimiento Penal.'

CUARTO AGRAVIO: VIOLACIÓN Y DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO Y DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN.-

En nuestro recurso de revocatoria se alegó que, en el supuesto no admitido de aceptar su razonamiento, se vulnera el Principio de IMPARCIALIDAD conforme al Art. 4 inciso f) de la Ley 2341 del 23 de abril de 2002 donde textualmente dice: "Las autoridades Administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados". Lo que se está haciendo con la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta Fátima Ltda., es claramente **discriminatorio** considerando que se la pretende sancionar pecuniariamente por hecho considerado por la Autoridad Fiscalizadora como incumplimiento a una norma, mientras que a las demás Instituciones Financieras No Bancarias se les estaría permitiendo esta situación otorgándoles incluso un plazo para su adecuación a lo dispuesto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012. Esta discriminación la evidenciamos en la Carta Circular ASFI /DEJ/1082/2013 del 25 de febrero de 2013 que al no ser aplicable el Art. 54, numeral 4 de la Ley 1488 de Bancos y Entidades Financieras para las Entidades No Bancarias, estas deben ENMARCAR SU ACTUAR en el Art. 79 inc. d) de la mencionada Ley. Donde indican además en su segundo párrafo que "en consecuencia, las Entidades de intermediación Financiera No Bancarias no pueden conceder ni mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de prestatarios vinculados a ellos". Así mismo mediante Circular ASFI/DEJ/2070/2013 del 16 de abril de 2013 continuando con la Carta Circular mencionada líneas arriba se **"dispone que el plazo máximo para que las operaciones crediticias otorgadas a sus funcionarios sean canceladas, vence el 30 de agosto de 2013"**. Claramente existe discriminación y no existe IGUALDAD DE TRATO ante las demás Entidades Financieras No Bancarias quienes tienen un plazo de regularización, adecuación y cumplimiento a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012, incluso presuponen el incumplimiento en el Sistema No Bancario y por ello dan plazo de adecuación y cumplimiento, lo cual no ha sido considerado en nuestro caso toda vez que los créditos que mantuvo el funcionario (cajero) Marco Antonio Rivera Rivera fueron cancelados en su totalidad el 30/08/2010, pero lamentablemente la ASFI no considera esta situación.

Principio de igualdad que se encuentra íntimamente vinculado, al principio de legalidad y al debido proceso.

Su autoridad en las Resoluciones ASFI No 331/2013 del 06 de junio de 2013, y, sobre todo, en la Resolución ASFI No. 462/2013 de 24 de julio de 2013, recurrida, rechazo este argumento que no sería aplicable, señalando lo siguiente: "Por las consideraciones de orden legal antes expuestas, no es posible que esta Autoridad de Supervisión pueda, de mutuo propio, disponer un plazo para el cumplimiento de la ley, lo que se corrobora en la misma Resolución ASFI N°331/2013, página (sic) 5, cuando se señala: "Lo establecido por la mencionada Carta Circular

ASFI/DEJ/1082/2013, en tal sentido, la carta circular referida por la entidad no desvirtúa el incumplimiento a lo establecido en el artículo 79 inciso d) de la Ley N°1488, ya que solamente otorga plazo a las entidades para la cancelación de créditos otorgados a sus funcionarios."

Por lo expuesto, no es cierto ni admisible como fundamento de agravio el argumento que el Órgano Fiscalizador haya previsto un plazo de regularización, adecuación, y cumplimiento a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°082/2012 para otras entidades de intermediación financiera no bancarias exceptuando a la Cooperativa Fátima Ltda., lo que desvirtúa exista un acto discriminatorio contra la entidad."

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL AL 1023/2012 Sucre, 5 de septiembre de 2012

"III.3. Sobre el derecho a la igualdad

La SCP 0080/2012 de 16 de abril, en relación al derecho a la igualdad y su multidimensionalidad jurídica constitucional, estableció lo siguiente: "El preámbulo de la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, señala: "...construimos un nuevo Estado. Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos...".

La arquitectura jurídica e institucional de un Estado de Derecho, se fundamenta en los valores elegidos como sociedad, tales como la igualdad y la no discriminación entre otros. La comunidad entiende que necesita proteger, reforzar y profundizar los valores, mismos que evolucionan permanentemente a la par de la mutación permanente de las circunstancias y retos, con los cuales el ser colectivo se va enfrentando. La igualdad, por tanto es un valor guía y eje del todo colectivo, que se haya reconocido en el art. 8.11 de la CPE, cuando señala: 'El Estado sé sustenta en los valores de unidad, igualdad...'.

La Constitución Política del Estado considera a la igualdad, no únicamente como un valor supremo, sino también como un principio motor de todo el aparato jurídico, siempre en procura del logro de un régimen de igualdad real, donde no se reconozcan privilegios y se erradique toda forma de discriminación, consolidando los rasgos e impronta de nuestro nuevo modelo de Estado. Carlos Bernal Pulido al referirse a la igualdad como un principio ha señalado: 'este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos (...) como derecho la igualdad atribuye al individuo (el sujeto activo) el derecho de exigir del Estado o de los particulares (el sujeto pasivo) el cumplimiento de los mandatos que se derivan del principio de igualdad". **"El principio de igualdad (...). en su doble vertiente de igualdad de trato v de no discriminación, se proyecta, como va tuvimos oportunidad de decir, sobre todos los poderes públicos, operando por ello mismo en dos planos distintos: igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley (...)" (las negrillas nos corresponden).**

La igualdad, además de ser un valor y un principio, es también un derecho y una garantía que encuentra su límite y amplitud en la norma (las negrillas nos pertenecen)".

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0579/2012 Sucre, 20 de julio de 2012

"III.5. Derecho a la no discriminación

El **art. 14** de la **CPE**, en sus párrafos II y III determina (sic):

I. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.

II. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.

Para ingresar a analizar el derecho a la no discriminación, debemos necesariamente referirnos al valor-derecho-garantía de la igualdad. El derecho a la igualdad implica el no recibir trato discriminado por parte de los particulares y del Estado; contando en todos los casos con el derecho de exigir el mismo trato que otras personas en similar situación".

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...).

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole (...).

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

"Los Estados Partes en el presente Pacto, se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

(...) Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto (...).

El art. 26 del Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966, dispone: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la

ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 24, expresa: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

La SC 0125/2010-R de 10 de mayo, señaló: "En definitiva, diremos que el derecho a la igualdad se entiende como aquél derecho genérico, concreción y desarrollo del valor igualdad, por lo que supone el reconocimiento por parte de las normas jurídicas del principio de no discriminación al momento de reconocer y garantizar los derechos, y además, del cumplimiento social efectivo de la misma" (las negrillas nos corresponden)."

QUINTO AGRAVIO: VIOLACIÓN Y DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO Y DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN.- En nuestro recurso de revocatoria se alegó que, NO se consideró que la mencionada Resolución 331/2013 es DISCRIMINATORIA, atentatoria y **violatoria de lo que establece el Artículo 14 de la Constitución Política del Estado** Plurinacional de Bolivia en su párrafo I indica que *Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna*". En su párrafo segundo indica *"El Estado prohíbe y sanciona **toda forma de discriminación** fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, **tipo de ocupación**, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, **u otras** que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona"*.

Se vulnera el principio de igualdad de trato a nuestra Cooperativa, ya que existía un plazo expresamente establecido para regularizar cualquier crédito, que se pudiera considerar como irregular o vinculado y nosotros cumplimos con él mismo de manera anticipada a la fecha límite (sic) establecida (30 de agosto de 2013), al no considerarse éste aspecto se vulnera además nuestro derecho a un debido proceso.

Su autoridad en las Resoluciones ASFI No 331/2013 del 06 de junio de 2013, y, sobre todo, en la Resolución ASFI No. 462/2013 de 24 de julio de 2013, recurrida, rechazó este argumento que no sería aplicable, señalando lo siguiente:

"Aplicando esta garantía constitucional al caso en cuestión, se tiene que la norma infringida, que tiene rango de ley del Estado, expresamente prohíbe a las entidades de intermediación financiera no bancarias a mantener créditos con sus funcionarios, prohibición expresa no cumplida por la Cooperativa Fátima Ltda., por tanto no existe un acto vulneratorio de ningún derecho.

Resultan también infundados los argumentos de la entidad recurrente de calificar a la Resolución impugnada como un acto discriminatorio contra el cajero Marco Antonio Rivero Rivero, puesto que los créditos que motivaron la sanción no fueron otorgados cuando el Sr. Rivero fungía como cajero, si no antes; es así que si bien la norma infringida prohíbe a las entidades no bancarias a conceder o mantener créditos con sus funcionarios, la sanción no se sustenta en la otorgación, si no en el hecho de haber mantenido créditos con una persona a la que la entidad vinculó en condición de funcionario sin antes haber previsto la cancelación de dichos créditos"

POR LO EXPUESTO SOLICITO QUE ESTE TEMA SEA ANALIZADO Y RECONSIDERADO EN EL MARCO DEL RESPETO QUE NUESTRO GOBIERNO PLURINACIONAL, LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, LAS LEYES, Y. NORMATIVIDAD APLICABLE, POR TODO LO ANTERIORMENTE ARGUMENTADO. INTERPONGO RECURSO JERÁRQUICO, ANTE LA AUTORIDAD COMPETENTE, A QUIÉN EN DEFINITIVA SOLICITO:

1 -DECLARAR PRESCRITA LA INFRACCIÓN, ASÍ COMO LA SANCIÓN IMPUESTA.

2.-OPTATIVAMENTE. REVOCAR LAS RESOLUCIONES RECURRIDAS. DEJANDO SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA. PUESTO QUE NO SE OCASIONO NINGÚN DAÑO A LA INSTITUCIÓN NI SE PUSO EN RIESGO EL PATRIMONIO DE LA COOPERATIVA, TAMPOCO SE INCURRIÓ EN REINCIDENCIA. TAL COMO USTED MISMA LO RECONOCE EN LA ULTIMA PARTE DEL PÁRRAFO 4TO DE LA PAGINA 10 DE LA RESOLUCIÓN ASFI 404/2012 QUE A LA LETRA DICE "ASIMISMO SE TOMA EN CUENTA QUE LA INFRACCIÓN MOTIVO DEL PRESENTE PROCESO SANCIONATORIO NO TIENE EL CARÁCTER DE RECURRENTE Y NO HA REPERCUTIDO EN LA EXISTENCIA DE DAÑOS EN CONTRA DE TERCEROS", Y. COMO LO SEÑALA LA RESOLUCIÓN ASFI 331/2013. EN SU PÁGINA 8 A LA LETRA INDICA "ASIMISMO SE TOMA EN CUENTA QUE LA INFRACCIÓN MOTIVO DEL PRESENTE PROCESO SANCIONATORIO NO TIENE EL CARÁCTER DE RECURRENTE Y NO HA REPERCUTIDO EN LA EXISTENCIA DE DAÑOS EN CONTRA DE TERCEROS. ASI COMO LAS MEDIDAS DE REGULARIZACION ADOPTADAS POR LA ENTIDAD, AL HABERSE DESVINCULADO AL SEÑOR MARCO ANTONIO RIVERO RIVERO Y CANCELADOS EN SU TOTALIDAD LOS DOS CRÉDITOS QUE MANTUVO DICHO FUNCIONARIO CON LA ENTIDAD".

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada, por la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Fátima" Ltda., corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI N° 331/2013 de 6 de junio de 2013, sanciona a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.**, con una multa de 1.000 DEG (Un mil Derechos Especiales de Giro), por incumplimiento al Artículo 79, inciso d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

Por memorial presentado el 1 de julio de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 331/2013 de 6 de junio de 2013, mismo que fue resuelto a través de la Resolución Administrativa ASFI N° 462/2013 de 24 de julio de 2013, que confirma en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 331/2013.

En fecha 13 de agosto de 2013, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.**, interpone Recurso Jerárquico contra la citada Resolución Administrativa ASFI N° 462/2013, mismo que se pasa a resolver:

1.1. Normativa Imputada.-

Previo al análisis de fondo, corresponde traer a colación la norma que ha sido imputada, conforme se procede a continuación:

- **Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras**

"Artículo 79°. Las entidades de intermediación financiera no bancaria no podrán realizar las siguientes operaciones:

*"...d) **Conceder o mantener créditos** con sus ejecutivos, **funcionarios** o grupos de prestatarios **vinculados a ellos, dentro de los alcances del artículo 50° de esta Ley.** Para efectos de la presente Ley, se entenderán por ejecutivos y funcionarios, aquellos que ejercen funciones de decisión u operación, ya sean apoderados o no, o que presten servicios a la entidad bajo cualquier denominación, que puedan comprometer a la entidad, sin limitación o con limitaciones particulares a sola firma. Los créditos que mantengan tales personas deberán ser íntegramente pagados antes de asumir funciones...." (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

2. ANALISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Con carácter previo a ingresar al fondo del Recurso, es necesario referirse a algunas actuaciones administrativas de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero:

Que, en fecha 25 de febrero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite la Carta Circular ASFI/DEJ/1082/2013, misma que fue notificada a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.** en la misma fecha, Carta Circular que determina:

"...La Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 082/2012 de 28 de diciembre de 2012, dentro del proceso jerárquico instaurado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Abierta "Fátima" Ltda., pronunciada por el Sr. Ministro de Economía y Finanzas Públicas fundamenta que el límite establecido en el artículo 54, numeral 4 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras no es aplicable para las Entidades de

Intermediación Financiera No Bancarias, las cuales únicamente deben enmarcar su actuar en el artículo 79, inciso d) de la mencionada Ley.

En consecuencia, las Entidades de Intermediación Financiera No Bancarias no pueden conceder ni mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupo de prestatarios vinculados a ellos...”

Que, en fecha 16 de abril de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite nueva Carta Circular ASFI/DEJ/2070/2013, misma que es notificada a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO “FÁTIMA” LTDA.** el 19 de abril de 2013, Carta Circular que dispone lo siguiente:

*“...Continuando con la CARTA CIRCULAR/ASFI/DEJ/1082/2013 de 25 de febrero de 2013, que comunica que las Entidades de Intermediación Financiera No Bancarias no pueden conceder ni mantener créditos con sus ejecutivos, funcionarios o grupo de prestatarios vinculados a ellos, conforme lo establecido por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREF! 082/2012 de 28 de diciembre de 2012, por medio de la presente **se dispone que el plazo máximo para que las operaciones crediticias otorgadas a sus que el plazo máximo para que las operaciones crediticias otorgadas a sus funcionarios sean canceladas, vence el 30 de agosto de 2013.**”*

Se aclara que, no se ingresa a analizar la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en cuanto a la emisión de las Circulares citadas).

Nótese en este punto, que la propia Autoridad de Supervisión a través de la Carta Circular ASFI/DEJ/2070/2013 complementaria a su predecesora Carta Circular ASFI/DEJ/1082/2013, otorga a todas las Entidades de **Intermediación Financiera No Bancarias**, un plazo hasta el 30 de agosto de 2013, para que éstas cancelen y regularicen las operaciones crediticias otorgadas a sus funcionarios, en cuanto se refiere al artículo 79 inciso d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

2.1. Inicio del Proceso sancionador.-

Que los artículos 81 y 82 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, disponen:

“...Artículo 81 (DILIGENCIAS PRELIMINARES)” I. En forma previa al inicio de los procedimientos sancionadores, los funcionarios determinados expresamente para el efecto (...) organizarán y reunirán todas las actuaciones preliminares necesarias, donde se identificarán (...) a los presuntos responsables de los hechos susceptibles de **iniciación del procedimiento**, las normas o previsiones **expresamente vulneradas** y...

Artículo 82.- (ETAPA DE INICIACIÓN).- “La etapa de iniciación se formalizará **con la notificación a los presuntos infractores** con los cargos imputados...”(sic)

Adviértase entonces que en el procedimiento administrativo existen dos etapas claramente diferenciadas y debidamente separadas; la preliminar, que tiene por objeto adquirir cuanta prueba y actuación conduzca al esclarecimiento de los hechos y a determinar las posibles responsabilidades por las cuales podría imputarse infracciones y la segunda, que constituye el Procedimiento Administrativo, mismo, que se inicia con la notificación de cargos al

presunto infractor; etapa donde se sitúan las garantías constitucionales de presunción de inocencia, derecho a la defensa y debido proceso, por ser, precisamente ésta la fase donde se objetiviza el procedimiento sancionador.

En este entendido, tenemos que, el Ente Regulador inició proceso administrativo sancionador a través de Nota de Cargos ASFI/DSR11/ R-62585/2013 de fecha 30 de abril de 2013, por un presunto incumplimiento al artículo 79, inciso d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras. Nota de Cargos que fue notificada a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO “FÁTIMA” LTDA.** en fecha 15 de mayo de 2013, bajo el cargo de haber mantenido dos operaciones crediticias con el señor Marco Antonio Rivero Rivero, por la suma de \$us8,000.00 como codeudor de la señora Gaby Rivero Zambrana y por el monto de Bs56,000.00, simultáneamente en los periodos en que fue contratado, para que desarrolle funciones de Cajero en la Cooperativa, es decir, del 28 de enero de 2010 al 17 de abril de 2010 y del 1 de julio de 2010 al 31 de agosto de 2010.

Que, conforme se tiene de los antecedentes y de lo expuesto por la propia recurrente, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO “FÁTIMA” LTDA., mantuvo temporalmente créditos con su ex funcionario eventual Sr. Marco Antonio Rivero Rivero.**

Si bien, la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO “FÁTIMA” LTDA.** habría incumplido el literal d) del artículo 79 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, conforme reza la nota de cargos, por haber mantenido créditos con su ex funcionario señor Marco Antonio Rivero Rivero, mientras se encontraba como trabajador dependiente de ésta; la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en virtud a su facultad regulatoria, emitió la Carta Circular Complementaria ASFI/DEJ/2070/2013 de 16 de abril de 2013, que fue notificada a la Cooperativa el 19 de abril de 2013, en la que dispone otorgar un plazo de gracia hasta el **30 de agosto de 2013**, para que todas aquellas Entidades Financieras No Bancarias que mantengan operaciones crediticias con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de prestatarios vinculados a ellos, cancelen y regularicen éstas, impostergablemente hasta el 30 de agosto de 2013.

En ese contexto, encontrándose vigente el plazo otorgado por la propia Autoridad Reguladora, no correspondía el inicio del proceso sancionador en contra de la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO “FÁTIMA” LTDA.**, toda vez que, en el presente caso de autos, la notificación de cargos con la carta ASFI/DSR11/R-62585/2013 ha sido efectuada el **15 de mayo de 2013**, un mes posterior a la emisión de la Carta Circular ASFI/DEJ/2070/2013 de **16 de abril de 2013**, que fue notificada a la Cooperativa el **19 de abril de 2013**.

De los antecedentes y revisión del expediente administrativo, se tiene que si bien la Cooperativa mantuvo dos operaciones crediticias con el señor Marco Antonio Rivero Rivero en los períodos en los cuales fue contratado eventualmente como Cajero de la Cooperativa, estos créditos hubieron sido cancelados antes de la fecha límite dispuesta por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, para que las Entidades Financieras No Bancarias cancelen y regularicen éstos, conforme el artículo 79 inciso d) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

Por lo expuesto y como se evidencia, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha incurrido en una manifiesta contradicción en los actos administrativos que ha vulnerado así el debido proceso y el principio de igualdad.

Al respecto, se tiene que, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha señalado que "... la igualdad no únicamente debe entenderse como un valor supremo, sino también como un principio motor de todo el aparato jurídico, siempre en procura del logro de un régimen de igualdad real.... ". "El principio de igualdad (...), en su doble vertiente de igualdad de trato y de no discriminación, se proyecta, como ya tuvimos oportunidad de decir, sobre todos los poderes públicos, operando por ello mismo en dos planos distintos: igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley..."

En el presente caso, se tiene que, el haber iniciado un proceso sancionador a la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA., en fecha posterior a la emisión** a la Carta Circular ASFI/DEJ/2070/2013 de 16 de abril de 2013, y anterior al plazo otorgado por el Ente Regulador establecido hasta el 30 de agosto de 2013, ha vulnerado el principio de igualdad en razón a que todas las Entidades Financieras No Bancarias entre ellas la **COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "FÁTIMA" LTDA.,** que mantenían operaciones crediticias con sus ejecutivos, funcionarios o grupos de prestatarios vinculados a ellos, tenían hasta el 30 de agosto de 2013, para regularizar su situación.

Ahora ya conforme se tiene del precedente administrativo, anotado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de fecha 3 de mayo de 2010, referente al debido proceso, tenemos que:

"...por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 0902/2010-Sucre, 10 de agosto de 2010, ha determinado sobre el derecho al debido proceso lo siguiente:

"Considerando los criterios de la doctrina, en su jurisprudencia previa este Tribunal ha señalado que el debido proceso consiste en "...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (...) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (SSCC 418/2000-R, 1276/2001-R y 0119/2003-R, entre otras).

La trascendencia del debido proceso se encuentra en íntima vinculación con la realización del valor justicia en el procedimiento, así lo ha entendido este Tribunal cuando en la SC 0999/2003-R de 16 de julio, señaló que: "La importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino buscar un proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro

ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, **como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes**" (las negrillas han sido insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el mismo sentido, el Tribunal ha pronunciado la reciente jurisprudencia mediante SSCC 0086/2010-R y 0223/2010-R, entre otras, señalando que:

"...En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: "En opinión de esta Corte, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, **es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal.** El desarrollo histórico del proceso consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (...) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional"

Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras)...."

Por lo señalado, dentro de su competencia ésta instancia jerárquica, respecto al control de legalidad del proceso administrativo seguido, detecta –conforme ya se señaló– que no se ha cumplido con el principio del debido proceso, igualdad y legalidad.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, apoyado en los principios de sana crítica y razonabilidad, concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha cumplido con el principio de legalidad, en la emisión de la Resolución Administrativa ASFI N°331/2013 de 6 de junio de 2013, por lo que la misma debe revocarse, no correspondiendo entonces que esta autoridad se pronuncie sobre los demás puntos impugnados en el Recurso Jerárquico.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43 inc. b) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Revocar la resolución impugnada.

PORTANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR la Resolución Administrativa ASFI N° 462/2013 de 24 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N°331/2013 de 6 de junio de 2013.

Regístrese notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM
INTERNATIONAL S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/N° 718-2013 DE 08 DE AGOSTO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 082/2013 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 082/2013

La Paz, 27 de Noviembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 718-2013 de fecha 8 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 489-2013 de fecha 22 de mayo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicho órgano de fiscalización, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 080/2013 de 17 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 176/2013 de 28 de octubre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 19 de agosto de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada al efecto por su Vicepresidente Ejecutivo, señor Robin Gabriel Barragán Ibargüen, conforme consta en el testimonio de poder N° 0078/2010, otorgado en fecha 20 de enero de 2010 por ante Notaría de Fe Pública N° 069 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo del Dr. Carlos Huanca Ayaviri, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 718-2013 de

fecha 8 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 489-2013 de fecha 22 de mayo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/7347/2013, con fecha de recepción 22 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 718-2013 de fecha 8 de agosto de 2013.

Que, por providencia de fecha 28 de agosto de 2013, notificada en fecha 4 de septiembre siguiente, se dispuso que con carácter previo, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros adjunte la constancia legible de la notificación practicada de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 718-2013 de fecha 8 de agosto de 2013 a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, extremo que fue cumplido mediante la nota APS/DESP/DJ/DS/7598/2013 de fecha 5 de septiembre de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 10 de septiembre de 2013, notificado en fecha 17 de septiembre de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 718-2013 de fecha 8 de agosto de 2013.

Que, por Auto de fecha 19 de septiembre de 2013, se dispuso la notificación del **Gobierno Autónomo Municipal de Oruro** con el Recurso Jerárquico, a los fines que, en su calidad de tercero interesado, se apersona y presente sus alegatos sobre el mismo, lo que sucedió mediante la presentación de memorial, por parte de esa entidad edilicia, en fecha 7 de octubre de 2013, puesto en conocimiento de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, conforme lo ordena la providencia de 18 de octubre de 2013.

Que, en fecha 5 de noviembre de 2013, se desarrolló la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** en su memorial de fecha 15 de octubre de 2013, y señalada en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 086/2013 de 25 de octubre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTIFICACIÓN DE CARGOS.-

Mediante nota APS/DESP/DJ/DS/4768/2013 de 4 de abril de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros imputó a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, con los cargos, conforme la siguiente transcripción:

“...Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera “SIREFI”, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica a usted que como resultado de la verificación del reclamo del Gobierno Autónomo Municipal de Oruro (GAMO) en relación a la negativa de su compañía de ejecutar la Póliza de Cumplimiento de Obra para Entidades Públicas COP-A00728 con un monto caucionado de Bs.1.241.416,12 y Póliza de Correcta Inversión de Anticipo CIP-A00750 con un monto caucionado de Bs.1.635.416,15 (tal como previene el plazo en la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas aprobado por la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007), se ha llegado a los siguientes supuestos contra **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**

Incumplimiento presunto de la obligación de las entidades aseguradoras en (sic) los incisos a) y c) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que señalan: **“OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- a)** Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida (dentro del plazo previsto en la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional) al producirse la eventualidad prevista...”, y **c)** mantener el capital mínimo y **constituir y mantener las reservas técnicas** (a momento de producirse el siniestro).

En consecuencia, **NOTIFICAMOS** a usted, en su condición de representante legal de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, con los cargos anotados en los párrafos precedentes, al no haber observado y cumplido debidamente la normativa señalada, por lo que en aplicación del artículo 67 del Decreto Supremo No. 27175 se le concede un plazo de diez (10) días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de su legal notificación con la presente carta, a objeto de que presente descargos, pruebas, alegaciones y todo cuanto creyere útil para ejercer su legítimo derecho a la defensa...”

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Por nota ANL-0250/13 de 13 de mayo de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** respondió a los cargos de la nota APS/DESP/DJ/DS/4768/2013 de 4 de abril de 2013, presentando los siguientes descargos:

“...I.1.- Sobre la supuesta infracción del Inciso a) del artículo 12 de la Ley de Seguros:

Nuestra compañía, en el trámite de ejecución de las pólizas CIP-A00750 y COP-A00728, fue notificada con el Exhorto Suplicatorio emitido por el juez primero de Partido en lo civil de Oruro, por el que el juez de la causa, ordenaba expresamente a nuestra compañía la suspensión de ejecución de las pólizas COP-A00728 y COP-A00750 (Adjuntamos fotocopia); Como (sic) es de su conocimiento nuestra compañía al igual que las personas individuales o colectivas de nuestro estado (sic) tenemos la obligación legal de cumplir y acatar las disposiciones emanadas de autoridad competente, lo contrario podría entenderse como desobediencia y constituirse en un delito.

Por otra parte, la cláusula de ejecución establece el requisito a cumplir por parte del beneficiario, el mismo que debe estar conforme lo establece el Procedimiento Administrativo y cumplir con lo señalado por la citada norma.

Nuestra compañía, una vez levantada la orden de suspensión de ejecución de las pólizas COP-A00728 y CIP-A00750, procedió a continuar el trámite de pago por las citadas pólizas, mimo que fue concluido satisfactoriamente, tal cual se evidencia de los comprobantes de pago que adjuntamos y el finiquito suscrito por el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro.

Por lo expuesto, entendemos que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. dio cumplimiento estricto a lo dispuesto por el inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros, en consecuencia, consideramos que debe dejarse sin efecto el proceso sancionatorio relacionado a la supuesta infracción del inciso a) del Art. 12 de la Ley de Seguros.

1.2.- Sobre la supuesta infracción del Inciso c) del Artículo 12 de la Ley de Seguros:

De la lectura del inciso c) del Artículo 12 de la ley de Seguros, se evidencia que el objetivo de la misma es precautelar y asegurar que las compañías de seguros a momento de conocer un siniestro tomen los recaudos necesarios para que una vez concluidos los trámites, cumplidos todos los requisitos exigidos por norma y aceptado el reclamo, se puede proceder al pago de la indemnización.

En el presente caso, nuestra compañía cumplió ese propósito, puesto que como señalamos en líneas precedentes, el reclamo fue debidamente atendido y cancelada la indemnización total a satisfacción del beneficiario, no existiendo inconveniente alguno en cuanto se refiere al aseguramiento del pago.

Por todos los argumentos señalados, solicitamos a su autoridad que en consideración a los descargos y argumentos presentados se proceda a dejar sin efecto los presentes cargos y de esta manera dar por concluido el presente proceso..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 489-2013 de 22 de mayo de 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 489-2013 de 22 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros presenta la siguiente fundamentación:

"...CONSIDERANDO:

Que como cuestión de fondo, se debe indicar que este asunto se origina a causa del reclamo de parte del Gobierno Autónomo Municipal de Oruro en relación a la negativa de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.**, de ejecutar la Póliza de Cumplimiento de Obra para Entidades Públicas COP-A00728 con un monto caucionado de Bs.1.241.416,12 y Póliza de Correcta Inversión de Anticipo CIP-A00750 con un monto caucionado de Bs.1.635.416,15.

CONSIDERANDO

Que las normas acusadas de incumplidas, en relación a la existencia de versiones distintas, son las siguientes:

1. El artículo 12.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 señala: “**OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- a)** Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida (dentro del plazo previsto en la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional) al producirse la eventualidad prevista...”.

2. El artículo 12.c) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que señala: “**OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- ...c)** mantener el capital mínimo y **constituir y mantener las reservas técnicas**”.

CONSIDERANDO:

Que conviene tener presente, de manera esquemática, el cuadro de situación del caso a fin de dilucidar adecuadamente el mismo. Veamos:

1. La anterior negativa de la aseguradora tiene su origen en la siguiente sucesión de hechos e intercambio de correspondencia:

- a) Mediante carta GAMO N° 2234/10 de 25 de noviembre de 2010 (recibida por esta compañía el día 26 de 2010) firmada por la Alcaldesa Municipal, el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro solicita a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** la ejecución inmediata de la Póliza de **Cumplimiento de Obra para Entidades Públicas COP-A00728** con un monto caucionado de **Bs.1.241.416,12** y **Póliza de Correcta Inversión de Anticipo CIP-A00750** con un monto caucionado de **Bs.1.635.416,15** a mérito de que el contratista SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.R.L. había vulnerado varios términos del contrato de obra DAJ. CONT. N° 057/07 de 17 de diciembre de 2010.

Acompaña a esta carta, la Resolución Administrativa N° 288-032 de 25 de noviembre de 2010 firmada por la Alcaldesa Municipal y el Oficial Mayor de Desarrollo y Hacienda a.i., cuya parte resolutive declara el incumplimiento del Contrato por causales atribuibles a dicho contratista y solicita además, la ejecución inmediata de las pólizas citadas en el anterior párrafo.

- b) En lo principal, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** responde de manera negativa a la ejecución solicitada, argumentando que la resolución antedicha había sido objeto de recurso de revocatoria por lo que su ejecución quedaba pendiente, siendo la consecuencia inmediata, la no procedencia de la ejecución de las pólizas.

- c) A través de carta CITE: ANL-0408/10 de 6 de diciembre de 2010, la Aseguradora comunica al Gobierno Autónomo Municipal de Oruro evaluar la nota Cite SUDAM/GG260/10 enviada por SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIONES SRL. Dicha carta señala que el siniestro no ha ocurrido por lo que no correspondería la ejecución citada.
- d) Una vez que la APS recibe el reclamo correspondiente solicita a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, mediante carta CITE: APS/DS/JTS/3917/2012 de 29 de mayo de 2012, copia completa del expediente del siniestro, informe fundamentado y su posición respecto a la ejecución de las pólizas. Esta carta es respondida a través de la nota CITE: ANL-0333/12 de 5 de junio de 2012 en la que la aseguradora ratifica su negativa.
- e) Mediante **carta CITE: APS/DS/JTS/4981/2012 de 4 de julio de 2012**, la APS recuerda a la Aseguradora que el fiador debe pagar la indemnización en el plazo de 15 días sin esperar requerimiento judicial o extra judicial y que la ejecución no está sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la MAE, otorgándole en consecuencia el plazo de 5 días administrativos para que envíe a la APS el documento que acredite el cumplimiento de la ejecución de las pólizas anotadas precedentemente.
- Solicita también informar si a mayo de 2012, las **Pólizas CIP-A00750 y COP-A00728** tenían constituida la reserva técnica correspondiente y en su caso, remitir la documentación respaldatoria.
- f) Mediante CITE ANL-00414/2012 de fecha 17 de julio de 2012, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** informa a este órgano de fiscalización que mantiene su postura con relación al reclamo de ejecución de garantías solicitada por la Municipalidad de Oruro. Respecto a la reserva técnica correspondiente a ambas pólizas, indica que a la fecha, la misma se encuentra constituida.
- g) En fecha 25 de julio de 2012, mediante CITE APS/DS/JTS/551/2012, esta autoridad otorga un plazo de dos días administrativos para que la aseguradora remita los Registros Contables de constitución de las reservas de siniestros pendientes, de acuerdo a los montos que correspondan para las pólizas CIP-A00750 y COP-A00728.
- h) Mediante CITE ANL-00458/12 de fecha 03 de agosto de 2012, la Aseguradora remite fotocopias de los registros de reserva técnica para las Pólizas CIP-A00750 y COP-A00728.

- i) El Gobierno Autónomo Municipal de Oruro, mediante Cite G.A.M.O 1339/12, remite a este órgano de fiscalización documentación que acredita que el proceso de revocatoria de la Resolución Administrativa N° 268 de 25 de noviembre de 2010 que plasma el incumplimiento, fue negado, adquiriendo en consecuencia la calidad de cosa juzgada.
- j) Mediante CITE APS/DS/JTS/6143/2012, la APS remite a la aseguradora la Certificación emitida por el Consejo Municipal de Oruro por el que acredita que la Resolución Administrativa N° 268 de 25 de noviembre de 2010 ha adquirido la calidad de cosa juzgada; asimismo solicita que en el plazo de 3 días administrativos remita documentación que acredite el cumplimiento a su contrato de seguros.
- k) En fecha 22 de agosto de 2012, mediante CITE ANL-0501/12, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** informa que procederá a indemnizar inmediatamente al Gobierno Autónomo Municipal de Oruro.

CONSIDERANDO:

Que luego de aquella digresión, corresponde referirse a los argumentos de descargo que se resumen de la siguiente manera:

1. SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A., en cuanto al cargo de incumplimiento del artículo 12.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, no procedió al pago por la ejecución de las Pólizas CIP-A00750 y COP-A00728 debido a que existía una orden judicial de la jurisdicción del Departamento de Oruro de suspensión de la ejecución de las pólizas, por lo que no podía desobedecer órdenes judiciales.

2. Una vez levantada la orden judicial, la Aseguradora procedió al pago de las Pólizas correspondientes.

3. En cuanto al incumplimiento del artículo 12.c) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** indica que procedió al pago de la indemnización solicitada, teniendo presente que el objetivo de esta disposición legal es precautelar que las compañías de seguros puedan proceder al pago de la indemnización una vez ocurrido el siniestro y cumplidos los trámites de rigor.

CONSIDERANDO

Que del intercambio de correspondencia resulta evidente lo siguiente:

a) El Gobierno Autónomo Municipal de Oruro remitió carta y resolución administrativa firmados por la Alcaldesa Municipal declarando el incumplimiento del Contrato de Obra DAJ. CONT N° 050/07 de 17 de diciembre de 2007 y solicitando la ejecución de las Pólizas CIP-A00750 y COP-A00728, cumpliendo de esta manera lo dispuesto en la

Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas, aprobada por la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007.

b) SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A. responde negativamente a la anterior solicitud manifestando que SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.R.L se oponía a la misma y además, que la resolución administrativa que declaraba la resolución del contrato, había sido objeto de recurso de revocatoria.

b) (sic) Como consecuencia de estos hechos, la APS solicita por escrito, que la Aseguradora informe si a mayo de 2012, las pólizas tenían constituida la reserva técnica, respondiendo ésta que sí.

Que contrastando la negativa de la ejecución de las pólizas, con la norma pertinente, resulta evidente que la aseguradora incumplió dicha cláusula de ejecución inmediata condicional argumentando situaciones extrañas como la oposición de la constructora y que la resolución administrativa en cuestión había sido objeto de recurso de revocatoria (que por cierto no tiene efecto suspensivo), cuando la norma es precisa en cuanto a la ejecución requerida; esto es, la sola presentación de la declaración de incumplimiento firmada por la más alta autoridad de la entidad concernida sin ninguna otra condición.

Que esta negativa conlleva incumplimiento del artículo 12.a) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 que señala: "**OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS:...** a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista".

Que por otro lado y en lo relacionado a la petición de presentación de la constitución de las reservas técnicas de las Pólizas, se acredita que la aseguradora responde que sí se ha constituido, pero con la omisión de aclarar que la constitución había sido efectuada a la fecha en que se remitía la respuesta al requerimiento de la APS. Recuérdese que el ente fiscalizador, mediante cartas CITE APD/DS/JTS/4981/2012 de 04 de julio de 2012 y CITE APD/DS/JTS/5551/2012 de 25 de julio de 2012 solicita a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.** informar respecto de la constitución de tales reservas técnicas, y la respuesta de la aseguradora afirmando que sí se había constituido las reservas técnicas tiene fecha de 3 de agosto de 2012; o sea, la aseguradora constituyó las reservas técnicas a la fecha de responder al requerimiento de la APS (3 de agosto de 2012) y no como se le había solicitado informara y acreditara (a mayo de 2012).

Que en efecto, luego de la evaluación efectuada a la documentación presentada por la aseguradora, se observa que la constitución de reserva técnica se produjo recién el 17 de julio de 2012 y que a mayo de 2012, no existía ninguna reserva de tal naturaleza.

En adición, la información, tal como ha brindado la aseguradora, implica distorsión de la misma e irregularidades en el Balance General ya que se constituye reservas

técnicas de un siniestro ocurrido el año 2010, recién en fecha 17 de julio de 2012, como en los estados de cuentas, partes de producción y siniestros.

Que debe tenerse presente que **la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas** aprobada por la **Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007**, señala expresamente: “No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la Póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que esta es **IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL** y que puede ser **RENOVABLE** conforme a lo pactado entre las partes.

En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamando sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, **en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días** de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.

La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo...” (las negritas son de la APS).

Que como se puede observar, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.** tenía 15 días hábiles administrativos para proceder al pago solicitado por el G.A.M.O., cosa que recién hizo el 7 de noviembre de 2012 como se desprende de las fotocopias de las Órdenes de Pago de Siniestros de esta compañía (recuérdese que la solicitud primigenia del G.A.M.O. tiene fecha de 26 de noviembre de 2010); o sea, la Aseguradora procedió al pago casi dos años después, situación que contradice lo prescrito por la Cláusula transcrita precedentemente y por la que **SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.** no podía oponer pretexto alguno, mucho menos controversias suscitadas en otras jurisdicciones. Reiteramos, la Aseguradora mal hizo en oponer pretextos para el no pago de la indemnización no contemplados en la norma especial transcrita como es la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional Para Entidades Públicas.

Que en adición, se tiene que si el G.A.M.O. solicitó el pago en fecha 26 de noviembre de 2010 y el plazo legal de pago es de 15 días, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.** tenía hasta el 17 de diciembre de 2010 para efectivizar el pago, por lo que esta compañía no podía esperar que se emitiera el **Auto de Suspensión de Ejecución del Juez Primero de PC de Oruro** (28 de diciembre de 2010) para después como ahora, invocar que su negativa a proceder el pago de la indemnización tuvo como base aquél Auto, emitido con posterioridad al vencimiento de los 15 días de plazo que la Aseguradora tenía para cumplir su obligación.

Que en resumen, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.** tenía y

tiene el deber de honrar sus obligaciones dentro los plazos legales establecidos y no cuando estime, subjetivamente, conveniente hacerlo.

CONSIDERANDO:

Que de lo expuesto, se concluye que ninguno de los argumentos expuestos precedentemente, enervan los cargos acusados, correspondiendo sancionar a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** ya que su conducta se adecúa a la sanción dispuesta en el artículo 16.I.f) e inciso e) del artículo 16.II. de la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003..."

Con base en tales fundamentos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve lo siguiente:

"...ÚNICO (sic) .- SANCIONAR a SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A., con una multa en Bolivianos equivalente 40.001 UFV's (Cuarenta Mil Un Unidades de Fomento a la Vivienda) por contravención de los incisos a) y c) del artículo 12 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

SEGUNDO.- La multa impuesta deberá ser depositada en el Banco Central de Bolivia en la Cuenta Transitoria del T.G.N. N° 865 en un plazo máximo de 15 días hábiles administrativos computables a partir del día siguiente de la notificación con la presente Resolución sancionatoria.

TERCERO.- SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. deberá hacer llegar, al día siguiente del plazo señalado en el artículo precedente, copia de la boleta que acredite el cumplimiento de la sanción..."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 9 de julio de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 489-2013 de 22 de mayo de 2013, bajo los siguientes argumentos:

"...III.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO.

III.1.- Sobre el supuesto incumplimiento del inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros:

En el presente punto es preciso hacer notar algunos aspectos y hechos que esa autoridad no ha considerado y evaluado a momento de emitir la resolución sancionatoria.

- 1) **Suspensión judicial de la ejecución:** Posterior a la solicitud de ejecución, el Juez Primero en lo Civil de la ciudad de Oruro, dispuso la medida precautoria de paralización de ejecución de las pólizas que nos ocupan, esta situación como

es bien conocida, al tratarse de una orden emitida por autoridad judicial, es de cumplimiento obligatorio, por lo que, nuestra compañía debió acatar y cumplir esa decisión judicial, consiguientemente estábamos impedidos de indemnizar las mismas.

En fecha 3 de marzo de 2011, nos fue notificada (sic) el levantamiento de la suspensión dispuesta por el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de la ciudad de Oruro, actuación ratificada por el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro mediante nota de fecha 11 de marzo de 2011.

Como se puede apreciar, legalmente estábamos impedidos de ejecutar las pólizas en los plazos previstos, en virtud a la disposición judicial existente.

- 2) **Ley de Procedimiento Administrativo:** Nuestra compañía, comunicó al Gobierno Autónomo Municipal de Oruro que la condición establecida en la cláusula de ejecución disponía que el documento de mayor jerarquía además de estar suscrita y emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva, debía estar conforme lo establece el Procedimiento Administrativo, tal cual se evidencia de nuestra nota Cite ANL-0107/11.

Es preciso recordar que el Asegurado, Sudamericana de Construcción, al amparo de lo preceptuado en la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, interpuso recursos impugnatorios en contra de la Resolución, lo que implica que la citada resolución no adquirió la calidad de cosa juzgada en el ámbito administrativo.

Ante esa comunicación, el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro, acepta y reconoce la existencia de dos recursos jerárquicos presentados por Sudamericana de Construcción, y nos informan que los mismos habrían concluido en su tramitación, sin embargo de acuerdo a la Certificación de fecha 4 de agosto de 2011, emitida por el propio Concejo Municipal de Oruro (Instancia que resuelve los recursos jerárquicos), los recursos interpuestos no fueron resueltos.

Es preciso también señalar que el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro, conector de esta situación, en fecha 10 de septiembre de 2012 nos hace llegar su nota Cite G.A.M.O. en la que nos confirman que la vía administrativa concluyó, situación que es también comunicada y ratificada por la APS mediante su nota Cite APS/DS/JTS/6143/2012, en la que nos remiten una copia de la nota del Gobierno Autónomo Municipal de Oruro confirmando tal situación.

Asimismo, es preciso aclarar que en fecha 18 de octubre de 2012, el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro nos envía por primera vez documentación que acredita legalmente que la persona que suscribió la declaración de incumplimiento plasmado en el documento de mayor jerarquía era competente para tal actuación administrativa.

Se entiende que el cumplimiento de la obligación por parte de la compañía estaba condicionada a la emisión de la declaración de incumplimiento plasmado en el documento de mayor jerarquía suscrita por la Máxima Autoridad Ejecutiva y conforme lo prevé el procedimiento administrativo, esa obligación implica que quien suscribe esa declaración debe contar y acreditar su competencia.

- 3) **De la póliza de correcta inversión de anticipo:** Las cláusulas de ejecución adheridas a las pólizas de caución para entidades públicas, establecen los requisitos para su ejecución, sin embargo, como es de su conocimiento las pólizas de correcta inversión de anticipo, garantizan la parte no invertida correctamente, por lo que es necesario contar con una liquidación de saldos previa.

En el presente caso, esa liquidación nos fue remitida por el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro en fecha 7 de septiembre de 2012.

Consecuentemente, resulta lógico entender que nuestra compañía no podía ejecutar esa póliza sin contar con ese requisito intrínseco.

III.2.- Sobre el supuesto incumplimiento del Inciso c) del Artículo 12 de la Ley de Seguros

La Ley de Seguros en su artículo 5 define las reservas técnicas como aquellas cuyo valor corresponde a pasivos emergentes de las operaciones del seguro y del reaseguro que las entidades se encuentran obligadas a constituir y mantener permanentemente mediante procedimientos de cálculos preestablecidos.

Esta obligación está refrendada por el inciso c9 (sic) del artículo 12 de la citada ley, el que señala que es obligación de las compañías, mantener el capital mínimo y constituir y mantener las reservas técnicas.

Estos preceptos legales tiene un propósito y en el caso que nos ocupa es el que las compañías de de seguros al momento que tengan que indemnizar un siniestro, cuenten con los suficientes recursos económicos para cumplir con su obligación de pago.

Se entiende que nos encontramos frente a normas de carácter protectorio y preventivo, que como señalamos precedentemente, pretenden precautelar el interés del asegurado ante la ocurrencia de un siniestro y sobre todo el pago.

En el presente caso, nuestra compañía cumplió con los preceptos legales puesto que como afirma y acepta la propia APS, constituyó la reserva técnica y una vez constituida la misma la mantuvo hasta el pago de la indemnización.

Ahora bien, tal cual se evidencia de los antecedentes Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., ha cumplido con el pago de la indemnización, es decir,

que el propósito de la constitución de la reserva técnica fue cumplido puesto que el asegurado ha recibido la totalidad del pago por concepto de indemnización de las pólizas.

IV.- PETITORIO

Por todo lo expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 47 y 48 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del Recurso de Revocatoria, en tiempo hábil y oportuno, invocando nuestro derecho a la petición ante la Autoridad Administrativa, reconocido por el artículo 16 literal a) de la Ley No.2341 de Procedimiento Administrativo solicitamos:

i. Admita el presente Recurso de Revocatoria.

ii. Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente recurso de revocatoria disponiendo la REVOCATORIA TOTAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 489-2013 de fecha 22 de mayo de 2013, dejando sin efecto la sanción impuesta a Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. ...”

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 718-2013 DE 8 DE AGOSTO DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 718-2013 de 8 de agosto de 2013 y en Recurso de Revocatoria interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, se confirma en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 489-2013 de 22 de mayo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, con los siguientes fundamentos:

“...CONSIDERANDO:

Que en tiempo hábil y oportuno, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.**, mediante memorial presentado el 09 de julio de 2013, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 489/2013 de 22 de mayo de 2013, argumentando (de manera resumida), lo siguiente:

1. SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A., legalmente, estaba impedida de ejecutar las pólizas debido a una orden judicial de ejecución del Juez Primero de Partido en lo Civil de Oruro, cuyo cumplimiento era obligatorio para la compañía y recién en fecha 31 de marzo de 2011 se levanta la suspensión.

2. SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A. comunicó al Gobierno Autónomo Municipal de Oruro (GAMO) que a los fines de ejecución se debía presentar el documento de mayor jerarquía suscrita y emitida por la MAE.

SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.R.L. interpuso recurso de revocatoria contra aquella resolución, situación que importaba la no calidad de cosa juzgada de la

misma. El Gobierno Autónomo Municipal de Oruro acepta la existencia de dos recursos jerárquicos presentados por esta empresa; sin embargo de acuerdo a la certificación de 4 de agosto de 2011, emitida por el Concejo Municipal de Oruro, los recursos no fueron resueltos.

3. No es sino en fecha 18 de octubre de 2012 que el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro hace llegar por primera vez documentación que acredita legalmente que la persona que suscribió la declaración de incumplimiento plasmado en el documento de mayor jerarquía, era competente para tal actuación administrativa.

4. En relación a la Póliza de Correcta Inversión de Anticipo, el GAMO hace llegar recién en fecha 7 de septiembre de 2012, la liquidación de saldos previa, sin cuyo requisito, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** no podía ejecutar la Póliza.

5. Los artículos 5 y 9 de la Ley de Seguros tiene carácter protectivo y preventivo al disponer la constitución de reservas, mantener el capital mínimo a fin de garantizar, en su momento, la indemnización del siniestro. En el caso presente, la aseguradora cumplió con los preceptos legales y como la propia APS lo afirma, se pagó la indemnización y que el propósito de la reserva técnica fue cumplido.

CONSIDERANDO:

Que visto y revisado lo anterior, corresponde ahora analizar las alegaciones de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada **en los puntos 1 y 2 del quinto Considerando de la presente resolución** (se refiere al de precedente transcripción), se debe reiterar el razonamiento de la resolución que ahora se recurre, en sentido de que la aseguradora incumplió dicha cláusula de ejecución inmediata condicional argumentando situaciones extrañas como la oposición de la constructora y que la resolución administrativa en cuestión había sido objeto de recurso de revocatoria, cuando la norma particular y especializada es precisa en cuanto a la ejecución requerida; esto es, la sola presentación de la declaración de incumplimiento firmada por la más alta autoridad de la entidad concernida sin ninguna otra condición, de acuerdo a lo lo (sic) dispuesto en la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas aprobado por la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007.

Que debe quedar claro definitivamente que la vía administrativa tiene carácter especializado en relación a la jurisdicción ordinaria, con sus propias normas, plazos y condiciones. Intentar aplicar tales órdenes normativos simultáneamente, como pretende **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, conlleva perjuicios y confusiones innecesarias.

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en **el punto 3 del quinto Considerando de la presente resolución**, se debe manifestar que mediante carta

GAMO N° 2234/10 de 25 de noviembre de 2010 firmada por la Alcaldesa Municipal, el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro solicita a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** (recibida por esta compañía el día 26 de noviembre de 2010) la ejecución inmediata de la **Póliza de Cumplimiento de Obra para Entidades Públicas COP-A00728** con un monto caucionado de **Bs.1.241.416,12** y **Póliza de Correcta Inversión de Anticipo CIP-A00750** con un monto caucionado de **Bs.1.635.416,15** a mérito de de (sic) que el contratista SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.R.L. había vulnerado varios términos del contrato de obra DAJ. CONT. N° 057/07 de 17 de diciembre de 2010.

Acompaña a esta carta, **la Resolución Administrativa N° 288-032 de 25 de noviembre de 2010 firmada por la Alcaldesa Municipal** y el Oficial Mayor de Desarrollo y Hacienda a.i., cuya parte resolutive declara el incumplimiento del Contrato en cuestión por causales atribuibles a dicho contratista y solicita además, la ejecución inmediata de las pólizas citadas en el anterior párrafo, por lo que alegar que recién en fecha 18 de octubre de 2012, el GAMO acredita "legalmente" el documento firmado por la MAE no condice con los datos y documentos del proceso. Seguramente **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** confunde esta fecha con la culminación del proceso del recurso de revocatoria (que a la postre da la razón al reclamante Gobierno Autónomo Municipal de Oruro) que obviamente, genera documentos judiciales pertinentes, pero que en l (sic) fondo, no desdicen las normas acusadas de incumplidas en sede administrativa.

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en **el punto 4 del quinto Considerando de la presente resolución**, resulta candoroso que **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** manifieste ahora que no pagó la indemnización, en su momento, de las pólizas en cuestión porque "no había una conciliación de saldos".

En efecto, si su alegación fuera creíble y consistente, la misma hubiera sido ya expuesta en el contenido de la carta de Descargos CITE: ANL-0250/13 de 13 de mayo de 2013; aun más, tampoco en alguna de las cartas que **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** genera durante el proceso ex ante la resolución que ahora se recurre, se ha planteado la ausencia de "saldos a conciliar" como obstáculo para la no ejecución de las pólizas CIP-A00750 y COP-A00728. De todas maneras, el argumento propiamente dicho no es sustentable ya que aún en el caso de que la carencia de la "conciliación" de saldos hubiera sido planteada por la aseguradora inmediatamente de presentada la carta GAMO N° 2234/10 de 25 de noviembre de 2010 firmada por la Alcaldesa Municipal junto a la resolución administrativa que declaraba la resolución del contrato, tal no era procedente al tenor de la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007.

No obstante, es necesario dejar establecido que el beneficiario remitió a la aseguradora, en fecha 07 de septiembre de 2012 la suma de saldos a favor y en contra de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 del Condicionado General de la Póliza CIP-A000750, misma que fue indemnizada al beneficiario en fecha 13 de noviembre de 2012, pago que, nuevamente, incumple el plazo de 15 días previstos en

la Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional adherida a la Póliza en cuestión.

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en **el punto 5 del quinto Considerando de la presente resolución**, ya se manifestó claramente en la resolución impugnada que en lo relacionado a la petición de presentación de la constitución de las reservas técnicas de las Pólizas, se acredita que la aseguradora responde que sí se ha constituido, pero con la omisión de aclarar que la constitución había sido efectuada a la fecha en que se remitía la respuesta al requerimiento de la APS. Recuérdese que el ente fiscalizador, mediante cartas CITE APD/DS/JTS/4981/2012 de 04 de julio de 2012 y CITE APD/DS/JTS/5551/2012 de 25 de julio de 2012 solicita a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** informar respecto de la constitución de tales reservas técnicas, y la respuesta de la aseguradora afirmando que sí se había constituido las reservas técnicas tiene fecha de 3 de agosto de 2012; o sea, se deduce y concluye que la aseguradora constituyó las reservas técnicas a la fecha de responder al requerimiento de la APS (3 de agosto de 2012) y no como se le había solicitado informara y acreditara (a mayo de 2012).

Que la obligación de la aseguradora era y es la de constituir la reserva técnica relacionada a la ocurrencia de siniestros inmediatamente de contratada la póliza y no cuando ella estime conveniente (en este caso, luego de más de dos años de ocurrido el siniestro); en efecto, el artículo 12.c) de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 no establece excepciones o momentos. La diligencia del buen padre de familia conduce a razonar que la reserva debe ser constituida inmediatamente de contratada la póliza, precisamente por el carácter “protectivo” y “preventivo” (como bien aduce la recurrente) de la capacidad de indemnización de la aseguradora, de acuerdo a los artículos 5 y 9 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998.

CONSIDERANDO:

Que por lo expuesto, la APS considera que **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** no ha demostrado argumentos que justifiquen la revocación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 489-2013 de 22 de mayo de 2013, correspondiendo confirmar la misma sobre la base de los argumentos recientemente expuestos...”

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 19 de agosto de 2013, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** interpone Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 718-2013 de 8 de agosto de 2013, expresando lo siguiente:

“...III.- FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros en el sexto Considerando de la R.A. 7187-2013, realiza su fundamentación para la confirmación de la Resolución Administrativa N° 489-2013, por lo que, corresponde desvirtuar todos y cada uno de los argumentos señalados en el citado considerando:

III.1.- Sobre el supuesto incumplimiento del Inciso a) del Artículo 12 de la Ley de Seguros:

La autoridad refiere que la compañía en su recurso de revocatoria argumenta "situaciones extrañas como la oposición de la constructora y que la resolución había sido objeto de recurso re revocatoria..." (Sic), situación errónea, puesto que de la simple lectura de nuestro recurso se evidencia que no manifestamos que la negativa de ejecución se debía a la oposición de la constructora, al contrario expusimos como uno de los argumentos centrales que existía una orden judicial de suspensión de ejecución, emitida por el Juez Primero en lo Civil de la ciudad de Oruro, quien expresamente dispuso la medida precautoria de paralización de ejecución de las pólizas que nos ocupan, esta situación como es bien conocida, al tratarse de una orden emitida por autoridad judicial, es de cumplimiento obligatorio, por lo que, nuestra compañía debió acatar y cumplir esa decisión judicial, consiguientemente estábamos impedidos de indemnizar las mismas.

En fecha 3 de marzo de 2011, nos fue notificado el levantamiento de la suspensión dispuesta por el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de la ciudad de Oruro, actuación ratificada por el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro mediante nota de fecha 11 de marzo de 2011.

Como se puede apreciar, legalmente estábamos impedidos de ejecutar las pólizas en los plazos previstos, en virtud a la disposición judicial existente, situación que fue demostrada y comprobada por la propia APS puesto que cursa en los antecedentes remitidos a esa autoridad.

En consecuencia, la inicial imposibilidad de ejecutar las pólizas no devinieron de la oposición de la constructora, -como mal señala la APS- sino fue producto de la orden emitida por autoridad competente.

Asimismo, la APS en el citado sexto considerando se manifiesta sobre la cuestión administrativa y confunde de manera extraña esta vía (Administrativa) con la vía ordinaria, cuando nuestra compañía, en ningún momento intenta aplicar simultáneamente estos procedimientos, afirmación por demás errónea, puesto que lo que señalamos en nuestro recurso es que la cláusula de ejecución autorizada y aprobada por la APS, establece con claridad absoluta que la condición para la ejecución de la póliza es la presentación del documento de mayor jerarquía suscrita y emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva y **conforme lo establece el Procedimiento administrativo** (Las negrillas son nuestras).

En este sentido, nuestra compañía, comunicó al Gobierno Autónomo Municipal de Oruro que la condición establecida en la cláusula de ejecución disponía que el documento de mayor jerarquía además de estar suscrita y emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva, debía estar conforme lo establece el Procedimiento Administrativo, tal cual se evidencia de nuestra nota Cite ANL-0107/11.

Es preciso recordar que el Asegurado, Sudamericana de Construcción, al amparo de

lo preceptuado en la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, interpuso recursos impugnatorios en contra de la Resolución, lo que implica que la citada resolución no adquirió la calidad de cosa juzgada en el ámbito administrativo.

Ante esa comunicación, el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro, acepta y reconoce la existencia de dos recursos jerárquicos presentados por Sudamericana de Construcción, y nos informan que los mismos habrían concluido en su tramitación, sin embargo de acuerdo a la Certificación de fecha 4 de agosto de 2011, emitida por el propio Concejo Municipal de Oruro (Instancia que resuelve los recursos jerárquicos), los recursos interpuestos no fueron resueltos. Es preciso también señalar que el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro, conocedor de esta situación, en fecha 10 de septiembre de 2012 nos hace llegar su nota Cite G.A.M.O. en la que nos confirman que la vía administrativa concluyó, situación que es también comunicada y ratificada por la APS mediante su nota Cite APS/DS/JTS/6143/2012, en la que nos remiten una copia de la nota del Gobierno Autónomo Municipal de Oruro confirmando tal situación. Asimismo, es preciso aclarar que en fecha 18 de octubre de 2012, el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro nos envía por primera vez documentación que acredita legalmente que la persona que suscribió la declaración de incumplimiento plasmado en el documento de mayor jerarquía era competente para tal actuación administrativa.

Se entiende que el cumplimiento de la obligación por parte de la compañía estaba condicionada a la emisión de la declaración de incumplimiento plasmado en el documento de mayor jerarquía suscrita por la Máxima Autoridad Ejecutiva y conforme lo prevé el procedimiento administrativo, esa obligación implica que quien suscribe esa declaración debe contar y acreditar su competencia.

Por todo lo señalado, se puede evidenciar que la APS a momento de emitir la R.A. 718, no valoró ni analizó adecuadamente nuestros argumentos, limitándose a basarse en una parte de lo que la propia póliza establece sin entrar a considerar la misma en su conjunto. En cuanto se refiere a la póliza de Correcta Inversión de Anticipo la APS señala de manera poco adecuada y hasta agresiva que: "...resulta candoroso que Seguros y reaseguros Credinform Internacional S.A. manifieste ahora que no pagó la indemnización en su momento de las pólizas en cuestión porque "no había una conciliación de saldos", para posteriormente intentar justificar sus expresiones con argumentos fuera de lugar.

Como es de conocimiento de la propia APS, las pólizas de Correcta Inversión de Anticipo, tiene por objeto garantizar que el asegurado invierta correctamente el anticipo recibido del beneficiario, en consecuencia el (sic) lógico entender que la aseguradora debe responder por la parte no invertida o incorrectamente invertida; Para tal efecto resulta indispensable que se cuente previamente con una liquidación de saldos, caso contrario se estaría incumpliendo el espíritu de este tipo de pólizas.

Esta afirmación encuentra su respaldo y confirmación de la simple lectura de la nota ASFI/DSS/R-115427/2010 emitida en fecha 4 de noviembre de 2010 por la ASFI - Autoridad que en la citada fecha era la entidad reguladora y fiscalizadora de las

compañías de seguros- la que en su tercer párrafo señala: "...la póliza de Correcta Inversión de Anticipo, con Cláusula a Primer Requerimiento se ejecuta con la nota de declaración de incumplimiento firmada por el RPS o la MAE, **únicamente por el importe no invertido o no amortizado por el afianzado**" (Las negrillas son nuestras); Resulta lógico entender que para determinar el monto no invertido es necesario e imprescindible contar con una liquidación de saldos previa. Es más la Ley N° 365 de Seguro de Fianzas en su artículo 4, Parágrafo II, prevé esta situación, al señalar que: "Para el caso de las pólizas de seguro de fianzas que garanticen la correcta inversión de anticipo, la ejecución se realizará por la parte no invertida o indebidamente invertida y no resarcida por el afianzado, debiendo en este caso la entidad beneficiaría presentar adicionalmente al documento señalado en el parágrafo anterior, el "Informe de saldos a favor y en contra" elaborado por la misma entidad beneficiaría".

Si bien la norma que señalamos anteriormente es posterior al tema que nos ocupa, no es posible desconocer que la misma confirma y norma lo señalado con respecto a la necesidad de contar con una liquidación de saldos previo al pago de este tipo de pólizas.

En el presente caso, esa liquidación nos fue remitida por el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro en fecha 7 de septiembre de 2012.

Consecuentemente, resulta lógico entender que nuestra compañía no podía ejecutar esa póliza sin contar con ese requisito intrínseco. En consecuencia, lo afirmado por nuestra compañía en el recurso de revocatoria no es candoroso, más al contrario era indispensable como reconoce la propia APS, al no desvirtuar de manera técnica ni legal ese nuestro argumento.

III.2.- Sobre el supuesto incumplimiento del Inciso c) del Artículo 12 de la Ley de Seguros

Sobre este punto, la APS incurre en errores de apreciación puesto que confunde la constitución de reservas en el presente caso, puesto que estamos hablando de reservas de siniestros, los que se constituyen una vez ocurrido o denunciado el siniestro y no a la contratación de las pólizas.

Ahora bien, la Ley de Seguros en su artículo 5 define las reservas técnicas como aquellas cuyo valor corresponde a pasivos emergentes de las operaciones del seguro y del reaseguro que las entidades se encuentran obligadas a constituir y mantener permanentemente mediante procedimientos de cálculos preestablecidos, norma que se encuentra también prevista en el inciso c) del artículo 12 de la citada ley, el que señala que es obligación de las compañías, mantener el capital mínimo y constituir y mantener las reservas técnicas.

Se debe entender que lo que se intenta es que las compañías de seguros cuando se presente un siniestro y el mismo sea pagable, cuenten con los suficientes recursos económicos para cumplir con su obligación de pago y no perjudicar al asegurado.

En el presente caso, como señalamos en el recurso de revocatoria, nuestra compañía

cumplió con los preceptos legales puesto que como afirma y acepta la propia APS, constituyó la reserva técnica y una vez constituida la misma la mantuvo hasta el pago de la indemnización situación que se realizó, puesto que como se evidencia de los antecedentes hemos procedido al pago total y a satisfacción del beneficiario, cancelando la suma de Bs.- 2.876.578,27 (Dos millones ochocientos setenta y seis mil quinientos setenta y ocho 27/100 Bolivianos), es decir, que el propósito de la constitución de la reserva técnica fue cumplido puesto que el Beneficiario ha recibido la totalidad del pago por concepto de indemnización de las pólizas.

IV.- PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38, 52 y 53 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso Jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

- 1. Admita el presente Recurso Jerárquico al tenor del artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175**
- 2. Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso Jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 718-2013 de 8 de agosto de 2013, y consecuentemente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 489-2013 de 22 de mayo de 2013, dejando sin efecto la sanción impuesta a la compañía..."**

7. ALEGATOS DEL TERCER INTERESADO.-

Mediante memorial presentado en fecha 7 de octubre de 2013, el **Gobierno Autónomo Municipal de Oruro**, en su calidad de tercero legítimo interesado, expresa los alegatos siguientes:

"...Siendo el estado de la causa, en atención al art. 41.11 del D.S. N° 27175 que aprueba el Reglamento Especifico de la Ley N° 2341 para el sector de regulación financiera, me permito formular y realizarlos siguientes criterios y fundamentos: (...)

En cuanto al procedimiento seguido administrativamente ante esa instancia tributaria (sic):

- El reclamo interpuesto por el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro, de manera paralela, ameritó que conforme las normas administrativas pertinentes a nivel de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, se abra proceso administrativo sancionatorio, en el cual y ante la evidencia y constatación del incumplimiento injustificado de la Empresa de Seguros y Reaseguros CREDINFORM INTERNACIONAL S.A., se emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N0 489-2013 que impone sanciones a la citada aseguradora. Ante este hecho, la Empresa de Seguros y Reaseguros CREDINFORM INTERNACIONAL S.A., impugno la citado RA 489-2013, lo que resulto en la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 718-2013, misma que es objeto de impugnación mediante recurso jerárquico, motivo del presente memorial.*

En atención a esos antecedentes, me permito señalar y afirmar:

1. El argumento del recurrente en sentido de que la negativa a cancelar por la existencia de una orden judicial de paralización del pago, es inexacta, por cuanto, conforme demuestran los antecedentes del caso, la aseguradora habría negado el pago aun antes de existir la mencionada orden judicial por lo que habría incurrido en omisión de pago aun antes de conocer la paralización dispuesta por orden judicial, es decir, la preclusión del plazo de pago se dio antes y de manera previa. Aspectos que no son citados en el tenor del memorial de impugnación.
2. Conforme reconoce y confiesa la Empresa sancionada, una vez levantada la orden judicial que dispuso la paralización, ya no existía ningún obstáculo para la consumación del pago. Sin embargo y conforme se ha acreditado ante la APS, la Empresa Aseguradora siguió negando el pago injustificadamente.
3. En cuanto al argumento de la Empresa Aseguradora de que existía recursos administrativos interpuestos por la Empresa Asegurada, se debe señalar lo siguiente: Las condiciones de la cláusula de ejecución establecida en las pólizas ejecutadas referidas a la frase **"...conforme lo establece el Procedimiento Administrativo"**, se refieren única y exclusivamente a las condiciones formales y requisitos expresos establecidos por el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, para el ACTO ADMINISTRATIVO en sí y de ninguna manera, se refiere a los argumentos erróneos esgrimidos por la parte recurrente, como el de usar el argumento de que no existía "cosa juzgada", figura e instituto legal inaplicable al caso por no existir exigencia expresa normativa referida al tema en análisis.
4. Tampoco no es cierto que la ejecución haya sido realizada sin la debida acreditación de la Máxima Autoridad Ejecutiva del G.A.M.O., esta afirmación por demás temeraria, cae sola por su propio peso, por cuanto conforme establecen los cargos de presentación de los requerimientos de ejecución, se acompaña y adjunto a los mismos los documentos que ahora y de manera reciente la Empresa Aseguradora reclama como no presentados, llamando la atención que recién en esta instancia se le ocurre esgrimir tal reclamo que por mucho, ya se ha acreditado documentalmente ante la APS.
5. Con referencia al reclamo de la aseguradora relativo a la póliza que cubría el anticipo, resulta suficiente la lectura del propio argumento de la Empresa Credinform, que dice al acudir a la Ley N° 365 art.4.II, que la ejecución no solo se realiza por la parte no invertida o indebidamente invertida del anticipo sino también para cubrir el resarcimiento por este indebido uso del anticipo; supuesto factico que se ha operado en el presente caso y por el cual se ha dispuesto la ejecución de la póliza de buena inversión de anticipo. Siendo, inadecuado y extemporáneo el reclamo de que previamente debía existir una conciliación de saldos, cuando en los hechos se tiene que éste aspecto no fue reclamado por el Asegurador ante el G.A.M.O. oportunamente, sino mucho después de haber incurrido en las causales que han ameritado la imposición de sanciones ahora impugnadas.

6. En lo relativo a la no constitución de reservas de la Empresa Impugnadora, se tiene que este tema se constituye en un aspecto netamente intrínseco a las relaciones entre la APS y las Empresas Aseguradoras, ante lo cual el G.A.M.O. señala que la Empresa de Seguros y Reaseguros CREDINFORM INTERNACIONAL S.A., no habría constituido la misma por cuanto, ante el no oportuno pago, se presume que la Empresa Aseguradora no tenía constituida tal reserva técnica. Extremo que la APS ha determinado, previa verificación administrativa.

Por tanto, a mérito de lo expuesto, considerando la existencia de un proceso administrativo sancionatorio, ventilado en estricta sujeción a las garantías constitucionales que asisten al administrado Empresa de Seguros y Reaseguros CREDINFORM INTERNACIONAL S.A. y entendiendo la no veracidad de los argumentos del recurrente por cuanto todos los actos de la APS se ajustaron a los antecedentes del caso y a los documentos y normas preexistentes, solicito se emita resolución definitiva CONFIRMANDO con alcance total, la resolución recurrida..."

8. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 5 de noviembre de 2013, se desarrolló la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, conforme fuera solicitada por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNACIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** en su memorial de fecha 15 de octubre de 2013, y señalada en la nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 086/2013 de 25 de octubre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 17 de diciembre de 2007, el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro suscribió un contrato de obra con la Empresa Sudamericana de Construcciones S.R.L., con el objeto de ejecutar la construcción del proyecto "Pavimento flexible ciudadelas mineras", cuyo cumplimiento fue afianzado mediante las pólizas N° CIP-A00750 (de garantía de correcta inversión de anticipos) y N° COP-A00728 (de garantía de cumplimiento de contrato de obra), emitidas por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNACIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, entonces la fiadora.

Tratándose de pólizas cuya beneficiaria es la entidad pública señalada, la mismas fueron otorgadas bajo la regulación de la Resolución Administrativa IS/N° 731 de 11 de septiembre de 2007, que aprueba el texto único y uniforme de las pólizas de garantías para entidades públicas, con *Cláusula de ejecución inmediata condicional* con la redacción siguiente:

"...CLÁUSULA DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL PARA ENTIDADES PÚBLICAS"
(...)

No obstante lo que se diga en contrario en las Condiciones Generales de la Póliza, mediante la presente cláusula que forma parte integrante e indivisible de la Póliza de Garantía, se establece que ésta es IRREVOCABLE, DE EJECUCIÓN INMEDIATA CONDICIONAL y que puede ser RENOVABLE conforme a lo pactado entre partes.

En este entendido, en caso de incumplimiento, el Fiador indemnizará al Beneficiario de la misma, el valor caucionado reclamado sin exceder el límite establecido en las Condiciones Particulares, en forma inmediata y a más tardar dentro de los 15 días de acuerdo al procedimiento citado en el siguiente párrafo, sin esperar requerimiento judicial o extrajudicial alguno.

La ejecución de la póliza, no estará sujeta a ninguna otra condición que no sea la presentación del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda y según lo establece el Procedimiento Administrativo.

Todos los demás términos y/o condiciones se mantienen en pleno vigor..."

La ejecución del proyecto Pavimento flexible ciudadelas mineras, fue incumplida por la Empresa Sudamericana de Construcciones S.R.L., lo que dio lugar a la emisión, por parte del Gobierno Autónomo Municipal de Oruro, de la Resolución Administrativa N° 268/2010 de fecha 25 de noviembre de 2010, que declaró el incumplimiento señalado, disponiendo en consecuencia, la ejecución inmediata de las pólizas supra mencionadas, a cuyo efecto y por nota GAMO No. 2234/10, recibida por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** en fecha 26 de noviembre de 2010, se puso en conocimiento de esta última la Resolución Administrativa precitada, por tanto, la disposición del beneficiario para que se pase a la ejecución de las mismas.

No obstante, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** no hizo efectiva tal ejecución, extrañando por nota ANL-0328/11 de 8 de agosto de 2011, un pronunciamiento del Consejo Municipal de Oruro acerca de un proceso administrativo pendiente.

Por consiguiente, mediante nota GAMO 0710/12 de 4 de mayo de 2012, el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro, y bajo la referencia "*solicitud de intervención para cumplimiento de ejecución de pólizas de garantía*", puso en conocimiento de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los extremos señalados, lo que su vez dio lugar a la instauración del correspondiente proceso sancionatorio contra la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, expresado en, sucesivamente, la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/4768/2013 de 4 de abril de 2013, luego en la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 489-2013 de fecha 22 de mayo de 2013, la que habiendo sido recurrida de Revocatoria, ameritó el pronunciamiento de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 718-2013 de fecha 8 de agosto de 2013, que

confirma en todas sus partes a la anterior, contra la que ha sido interpuesto el Recurso Jerárquico que pasa a evaluarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Incumplimiento a la indemnización.-

La ocurrencia de la infracción, en el caso sancionada, opera contra el artículo 12º, inciso a), de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, de Seguros, el que a la letra señala:

“...ARTÍCULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren:

a) Indemnizar los daños y pérdidas o cumplir la prestación convenida al producirse la eventualidad prevista...”

Con respecto a ello, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** en su Recurso Jerárquico, crea controversia respecto a la recurrida Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 718-2013, en sentido de no haber hecho mención anterior -en oportunidad de su Recurso de Revocatoria- que *“la negativa de ejecución se debía a la oposición de la constructora”*, lo cual resulta en un reclamo que no tiene mayor incidencia ni trascendencia sobre el fondo de lo recurrido, por cuanto, al consistir la controversia acerca de dos pólizas con *Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas*, según se encuentra implementada en la Resolución Administrativa IS Nº 731 de 11 de septiembre de 2007, entonces, no corresponde a tal realidad jurídica, un extremo como el ahora señalado por la recurrente.

En ese sentido, la mención que realiza el Ente Regulador en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 718-2013, obedece a la respuesta que se otorga al impertinente alegato de la recurrente, no obstante y por lo señalado, no corresponde mayor atención sobre el extremo, por cuanto distrae la atención sobre los verdaderos puntos que hacen a la controversia.

Por otra parte, alega la recurrente que *“legalmente estábamos impedidos de ejecutar las pólizas en los plazos previstos, en virtud a la disposición judicial existente, situación que fue demostrada y comprobada por la propia APS puesto que cursa en los antecedentes remitidos a esa autoridad”*, que *“el Asegurado, Sudamericana de Construcción, interpuso recursos impugnatorios en contra de la Resolución, lo que implica que la citada resolución no adquirió la calidad de cosa juzgada en el ámbito administrativo”* y que *“de acuerdo a la Certificación de fecha 4 de agosto de 2011, emitida por el propio Concejo Municipal de Oruro (Instancia que resuelve los recursos jerárquicos), los recursos interpuestos no fueron resueltos (...) en fecha 10 de septiembre de 2012 nos hace llegar su nota Cite G.A.M.O. en la que nos confirman que la vía administrativa concluyó”*.

No obstante, considerando que argumentos similares se arrastran desde la nota (de descargos) ANL-0250/13 de 13 de mayo de 2013, como también del Recurso de Revocatoria de 9 de julio de 2013, su reiteración ahora en oportunidad del Recurso Jerárquico, no desvirtúa el fundamento determinante que, en respuesta a los anteriores, fuera expuesto por el Ente Regulador, este es, que:

“...SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A. tenía 15 días hábiles administrativos para proceder al pago solicitado por el G.A.M.O., cosa que recién hizo el 7 de noviembre de 2012 como se desprende de las fotocopias de las Órdenes de Pago de Siniestros de esta compañía (recuérdese que la solicitud primigenia del G.A.M.O. tiene fecha de 26 de noviembre de 2010); o sea, la Aseguradora procedió al pago casi dos años después, situación que contradice lo prescrito por la Cláusula transcrita precedentemente (se refiere a la Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas) y por la que **SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.** no podía oponer pretexto alguno, mucho menos controversias suscitadas en otras jurisdicciones (...)

...si el G.A.M.O. solicitó el pago en fecha 26 de noviembre de 2010 y el plazo legal de pago es de 15 días, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.** tenía hasta el 17 de diciembre de 2010 para efectivizar el pago, por lo que esta compañía no podía esperar que se emitiera el **Auto de Suspensión de Ejecución del Juez Primero de PC de Oruro** (28 de diciembre de 2010) para después como ahora, invocar que su negativa a proceder el pago de la indemnización tuvo como base aquél Auto, emitido con posterioridad al vencimiento de los 15 días de plazo que la Aseguradora tenía para cumplir su obligación...” (Resolución Administrativa -sancionatoria- APS/DJ/DS/Nº 489-2013).

O como mejor lo expresa el memorial presentado en fecha 7 de octubre de 2013 por el **Gobierno Autónomo Municipal de Oruro**, cuando señala que:

“...El argumento del recurrente en sentido de que la negativa a cancelar por la existencia de una orden judicial de paralización del pago, es inexacta, por cuanto, conforme demuestran los antecedentes del caso, la aseguradora habría negado el pago aun antes de existir la mencionada orden judicial por lo que habría incurrido en omisión de pago aun antes de conocer la paralización dispuesta por orden judicial, es decir, la preclusión del plazo de pago se dio antes y de manera previa...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En efecto, el Recurso Jerárquico interpuesto por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, evita pronunciarse acerca del hecho - fundamental- que, habiendo el **Gobierno Autónomo Municipal de Oruro** acreditado en fecha **26 de noviembre de 2010** (mediante nota GAMO No. 2234/10), el documento al que hace referencia la *Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas* que forma parte integrante de las dos pólizas controvertidas, y por tanto, debiéndose haber hecho efectivo el resarcimiento hasta fecha **17 de diciembre de 2010**, no sucedió lo mismo hasta tal data, entonces sucediendo ya a partir del día siguiente (18 de diciembre de 2010), la infracción al inciso a) del artículo 12º, de la Ley Nº 1883 de 25 de junio de 1998, de Seguros, y justificando la sanción en mérito a ello, impuesta.

Como se comprende del razonamiento expuesto, el alegato referido a la existencia de una orden judicial sobreviniente que suspendía la ejecución de las pólizas, es intrascendente a los fines de la imputación, por cuanto, tal orden (Juzgado de Partido Primero en lo Civil de la ciudad de Oruro), al haber sido notificada recién en fecha **17 de enero de 2011** un mes después de la caducidad del término para la ejecución, no sirve para justificar la negativa a la ejecución, toda vez que no alcanza a explicar el porqué no se hizo efectiva la misma durante el mes siguiente al reclamo de resarcimiento.

Considerando que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** recién efectivizó el pago correspondiente en fecha 7 de noviembre de 2012, se puede concluir que la misma actuó con negligencia, al no haber efectivizado el pago dentro de los quince días a los que se refiere la *Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas*, cuando aún no existía orden judicial que lo impidiera, habiendo dado lugar a que posteriormente no se hubiera podido efectivizar el resarcimiento sino hasta la referida fecha 7 de noviembre de 2012, con los consiguientes perjuicios que devienen de la propia naturaleza de los motivos que llevaron a contratar las pólizas.

El Recurso Jerárquico señala también, que:

- *“...lo que señalamos en nuestro recurso es que la cláusula de ejecución autorizada y aprobada por la APS, establece con claridad absoluta que la condición para la ejecución de la póliza es la presentación del documento de mayor jerarquía suscrita y emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva (...)*

En este sentido, nuestra compañía, comunicó al Gobierno Autónomo Municipal de Oruro que la condición establecida en la cláusula de ejecución disponía que el documento de mayor jerarquía además de estar suscrita y emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva, debía estar conforme lo establece el Procedimiento Administrativo, tal cual se evidencia de nuestra nota Cite ANL-0107/11...”

No obstante, de acuerdo al informe APS/DS/JTS/1308/2012 de 1º de octubre de 2012, lo que señala la nota ANL-0107/11 de 22 de marzo de 2011, es que la aseguradora fue notificada con el levantamiento de la orden de suspensión, por lo que a efectos del resarcimiento, se debía cumplir con lo establecido en la *Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas*, entonces el beneficiario **Gobierno Autónomo Municipal de Oruro**, debía -nuevamente, según el criterio de la ahora recurrente- presentar el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo, emitido y firmado por su Máxima Autoridad Ejecutiva, documento que, como se recordará, ya había sido acreditado en fecha **26 de noviembre de 2010** (mediante nota GAMO No. 2234/10), casi cuatro meses antes del nuevo requerimiento.

En tal sentido, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** ha solicitado que ante el levantamiento de la orden de suspensión, se siga el procedimiento administrativo correspondiente, se infiere que en alusión a recursos administrativos interpuestos contra la declaración del **Gobierno Autónomo Municipal de Oruro** emergente del incumplimiento de lo contratado y afianzado; no obstante, el resultado de un trámite como el alegado por el ahora recurrente, no puede cambiar la realidad jurídica que importa la existencia de la *Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas*, y la finalidad por la que se ha implementado la misma; era entonces, un requerimiento impertinente para la obligatoria ejecución inmediata de las pólizas.

El Recurso Jerárquico nuevamente va a aludir a los recursos administrativos pendientes, cuando establece haber comunicado al beneficiario, que *“el documento de mayor jerarquía además de estar suscrita y emitida por la Máxima Autoridad Ejecutiva, debía estar conforme lo establece el Procedimiento Administrativo, tal cual se evidencia de nuestra*

nota Cite ANL-0107/11" (esto, porque no aclara a qué otra exigencia del Procedimiento Administrativo se refiere con el uso de la palabra "además", y cuando no se observa alguna deficiencia de esa naturaleza en la Resolución Administrativa N° 268/2010 de fecha 25 de noviembre de 2010).

En todo caso, corresponde ratificar el criterio de que tal requerimiento era inviable a la luz de lo que establece la *Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas*, determinando el carácter evasivo -de la responsabilidad de resarcimiento- en la actuación de la ahora recurrente.

La recurrente razona correctamente, cuando señala que:

"...en fecha 18 de octubre de 2012, el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro nos envía por primera vez documentación que acredita legalmente que la persona que suscribió la declaración de incumplimiento plasmado en el documento de mayor jerarquía era competente para tal actuación administrativa..."

Sin embargo, así como se ha concluido supra, en una actitud evasiva en el pago del resarcimiento por parte de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, lo mismo se ratifica ahora, cuando resulta que, quien había suscrito la Resolución Administrativa N° 268/2010 de fecha 25 de noviembre de 2010, era la señora Lic. Rossío Carolina Pimentel Flores, de quien resulta un hecho obvio, notorio y conocido, que ejerce el cargo de Alcaldesa en el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro, entonces su representante legal al tenor del artículo 44º, numeral 1) de la Ley N° 2028, de 28 de octubre de 1999, de Municipalidades (y la ahora recurrente de ninguna manera puede alegar desconocimiento de la Ley; Art. 108º, Num. 1, Const. Pol. del Estado), de manera tal que, resultando además el cargo de Alcaldesa uno de naturaleza pública, no es suficiente justificar la negativa al resarcimiento en que "quien suscribe esa declaración debe contar y acreditar su competencia", por cuanto, si como dice el aforismo doctrinal *notoria non egent probatione* (citado por Couture en sus *Fundamentos*: "Quedan también fuera del objeto de la prueba los hechos notorios", aquí le era más exigible a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, que acredite el motivo por el que pondría en duda que la señora Lic. Rossío Carolina Pimentel Flores, no ejercía el cargo de Alcaldesa, extremo este último, sobre el que no existe fundamento alguno.

Por lo demás, no se puede pretender en la conducta del **Gobierno Autónomo Municipal de Oruro**, una aceptación al procedimiento impuesto por la ahora recurrente, o una convalidación de los vicios que hacen a tal procedimiento, diverso del previsto en la *Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas*, sino más bien una conducta tolerante por parte del beneficiario de las pólizas, frente a una actitud francamente evasiva por parte de la aseguradora.

Con respecto a la existencia de procesos administrativos, emergentes de la contratación del **Gobierno Autónomo Municipal de Oruro** con la afianzada Empresa Sudamericana de Construcciones S.R.L., y que a tiempo de la solicitud de resarcimiento, se encontraban en fase recursiva, entonces no *ejecutoriados*, no permitían pasar al mismo, amén de la falta de propiedad en la terminología utilizada (dado no existir una figura de *ejecutoria* en materia

administrativa), es oportuno señalar que tal circunstancia no sólo no se halla prevista por el procedimiento establecido en la *Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas*, sino que al señalar que su ejecución “no estará sujeta a ninguna otra condición”, la prohíbe implícitamente.

A tal respecto y para aclarar la figura, conforme se ha expresado en las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 040 y MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 042, ambas de 5 de julio de 2012, cuyo precedente determina:

*“...las pólizas de seguro con Cláusula de **ejecución inmediata** condicional para entidades públicas, encuentran su fundamento normativo en la Resolución Administrativa IS-731 de 11 de septiembre de 2007, **norma especial** que establece los requisitos, procedimiento y plazos para la ejecución de tales pólizas, resultando que, más allá de la teoría sobre pólizas de caución expresada por la recurrente, opera en estos casos una inversión de la oportunidad para la indemnización, de manera tal que, **lejos de un procedimiento previo de constatación de la contingencia, aceptación del pago, y peritaje en caso de controversia sobre lo mismo, o en su caso arbitraje, el carácter inmediato importa el resarcimiento a simple presentación “del original o copia legalizada de la declaración de incumplimiento, plasmada en el documento de mayor jerarquía del nivel ejecutivo citado en las Condiciones Particulares, emitido y firmado por la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) de la entidad pública que corresponda** y según lo establece el Procedimiento Administrativo”.*

Lo anterior no significa que la teoría jurídica que hace a las pólizas de seguros de caución no goce de validez y no sea susceptible de aplicación para estos casos, sino que, como expresa Cabanellas en su Diccionario, “la conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual, que ha de prevalecer en caso de conflicto de intereses entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado”, hace que con el carácter especial que importa la concurrencia de entidades públicas - entonces del propio Estado- como beneficiarias de las pólizas, **no se supedita su indemnización a mayor trámite**, resultando que no por ello las sociedades aseguradoras quedan impedidas de verificar la existencia o no de la contingencia y de salir al daño o perjuicio consiguiente en el último caso, por lo que el ejecutivo de **la entidad pública que solicite y consiguientemente cobre el producto del resarcimiento inmediato reclamado, asume la responsabilidad para el caso de no haber surgido la contingencia que hubiera dado origen a tal resarcimiento**” (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Por consiguiente, es injustificado que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNACIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** hubiera supeditado el pago del resarcimiento debido, a la conclusión de otros trámites administrativos que determinaban que la Resolución Administrativa N° 288-032 de 25 de noviembre de 2010, firmada por la Máxima Autoridad Ejecutiva del beneficiario y declarando el incumplimiento del Contrato, no había adquirido firmeza administrativa (*ejecutoria* le dice la recurrente), por cuanto, es precisamente para evitar circunstancias como ésta, por lo que se ha implementado la *Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas*, de manera tal que, no obstante su suceso, el pago del resarcimiento a favor de las entidades públicas, resulte expedito, de manera tal que su alegato al presente, resulta infundado.

A este extremo, recuérdese que los artículos 32º, parágrafo I, y 59º, parágrafo I, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), establecen que “Los actos de la Administración Pública... se presumen válidos y producen efectos desde la fecha de de su notificación o publicación” y que “**La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), por lo que no existiendo ninguna Resolución Administrativa que ordene la suspensión de los efectos de la Resolución del Gobierno Autónomo Municipal de Oruro (en los términos del artículo 59º1, parágrafo II, de la misma Ley), la pretensión del recurrente es inatendible.

Lo anterior no importa impertinencia o impracticabilidad de determinados fallos (judiciales o administrativos), que sobrevinientemente lleguen a establecer una realidad diferente a la que ha resultado del pronto resarcimiento, emergente del sencillo cumplimiento de la *Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas*, sino que en un plano de estricta justicia, quien resultare afectado por ello, puede hacer valer sus derechos por la vía que corresponda.

Iguals consideraciones con respecto a que:

“...resulta indispensable que se cuente previamente con una liquidación de saldos, caso contrario se estaría incumpliendo el espíritu de este tipo de pólizas.

*Esta afirmación encuentra su respaldo y confirmación de la simple lectura de la nota ASFI/DSS/R-115427/2010 (...): “...la póliza de Correcta Inversión de Anticipo, con Cláusula a Primer Requerimiento se ejecuta con la nota de declaración de incumplimiento firmada por el RPS o la MAE, **únicamente por el importe no invertido o no amortizado por el afianzado...**”*

Extremo que de ser incumplido y en mérito a la inversión del procedimiento que conlleva la inevitable aplicación Resolución Administrativa IS-731 de 11 de septiembre de 2007, determina el pago del total que conste en la póliza, empero que de no corresponder al “*importe no invertido o no amortizado por el afianzado*”, genera las responsabilidades correspondientes para quien omitió de hacer presente la liquidación correspondiente, o de haberlo hecho, hubiera hecho contar en la misma datos incorrectos.

De ello queda claro que, si el resarcimiento en cumplimiento de la *Cláusula* no era procedente, de manera total por no haber sucedido la contingencia o por no haberse cumplido los requisitos para ello, o de manera parcial por resultar que la liquidación del monto resarcible no corresponde al monto efectivamente resarcido, no le está impedido a la aseguradora afectada, iniciar el reclamo correspondiente, por lo que el resarcimiento efectivo, obligatorio e inmediato, es independiente de conciliar y reembolsar lo que pudiera establecer una eventual liquidación posterior.

Para aclarar lo referido en el párrafo anterior, citamos el texto de la cláusula 4ª del condicionado general de la Póliza de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo:

“...Cláusula 4ª.- Cálculo de la indemnización de los daños

Se entenderá por Valor Caucionado al total del Anticipo consignado en el Contrato

principal, siendo pagadera por esta póliza, únicamente la parte no invertida o no amortizada por el Afianzado **después de realizado el cálculo de saldos a favor o en contra**. El Fiador indemnizará, por cuenta del Afianzado, el monto de tales daños calificados y solo hasta el límite estipulado como valor caucionado en las Condiciones Particulares de esta Póliza...” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Del texto transcrito se puede advertir que el cálculo de saldos, a favor o en contra, no constituye en sí mismo un requisito para proceder al resarcimiento, sino que hace parte del procedimiento de resarcimiento, por lo que de ninguna manera puede constituir un óbice para realizar el pago correspondiente (no pudiendo así alegarlo la aseguradora, o invocarlo para evitar el pago), sino que hace a la dinámica entre aseguradora y beneficiario dentro del proceso de pago, el que en todo caso, se encuentra ya determinado mediante la Resolución Administrativa pronunciada por la Máxima Autoridad Ejecutiva.

Lo contrario significaría desnaturalizar la finalidad con la que ha sido implementada la Resolución Administrativa IS N° 731 de 11 de septiembre de 2007) y en especial, la *Cláusula de Ejecución Inmediata Condicional para Entidades Públicas* aprobada por la misma.

En definitiva, al haber sido acreditada en su debida oportunidad, la Resolución Administrativa pronunciada por la Máxima Autoridad Ejecutiva del beneficiario de las pólizas (el Gobierno Autónomo Municipal de Oruro), único requisito exigible a los efectos de la *Cláusula de ejecución inmediata condicional para entidades públicas*, resulta evidente que, dentro del caso, la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** ha incumplido su deber de indemnizar la contingencia afianzada oportunamente, conforme lo convenido a tiempo de la contratación de las pólizas.

2.2. Incumplimiento con el deber de constitución y mantenimiento de reservas técnicas.-

La ocurrencia de tal infracción, opera también contra el artículo 12° de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, empero ahora en su inciso c), referido a:

“...ARTICULO 12.- OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS.- Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cumplir con las siguientes obligaciones, de acuerdo a la modalidad de seguros que administren: (...)

c) Mantener el capital mínimo y constituir y mantener las reservas técnicas...”

Como se puede observar, es obligación de las Compañías Aseguradoras mantener las reservas técnicas, siendo reflejada tal previsión en los registros contables, por ello, el Manual de Cuentas para las Compañías Aseguradoras, establece:

“CÓDIGO	205
GRUPO	RESERVAS TÉCNICAS DE SINIESTROS
CONCEPTO	<i>Es la provisión técnica por siniestros ocurridos y estimados a cargo de la entidad, cuyo objetivo es afrontar los costos de indemnización por</i>

siniestros, en cumplimiento al contrato suscrito para tal efecto...."

Independientemente de otras reservas técnicas, la recurrente estaba en la obligación de constituir las reservas técnicas de siniestros, para las pólizas CIP-A00750 y COP-A00728, desde el momento en que la beneficiaria dio a conocer el siniestro con la presentación de la nota GAMO N° 2234/10 presentada en fecha 26 de diciembre de 2010.

Al respecto, la recurrente primero establece una serie de abstracciones teóricas (sobre que existiría un error de apreciación al confundirse *"la constitución de reservas... puesto que estamos hablando de reservas de siniestros, los que se constituyen una vez ocurrido o denunciado el siniestro y no a la contratación de las pólizas"*).

Con ello se pretende desvirtuar el cargo, al señalar que la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNACIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA** *"constituyó la reserva técnica y una vez constituida la misma la mantuvo hasta el pago de la indemnización situación que se realizó, puesto que como se evidencia de los antecedentes hemos procedido al pago total y a satisfacción del beneficiario"*.

No obstante, ello sólo determina que, a momento de salir al resarcimiento y más allá de la demora a la que se refiere el cargo relacionado en el numeral 2.1 supra, no hubo ningún inconveniente financiero para lo mismo, por cuanto, la ahora recurrente tenía reservas técnicas suficientes como para enfrentar la contingencia prevista.

Sin embargo, no es a ello a lo que se refieren la imputación y la sanción, sino a no haber constituido y mantenido, desde el conocimiento del siniestro, -por el tiempo que fuera necesario- las reservas técnicas correspondientes a la contingencia concreta que importaba las pólizas a favor del Gobierno Autónomo Municipal de Oruro, en las circunstancias en que se encontraba (también ya señaladas supra) y que obligaban legalmente, a la constitución de reservas técnicas, las que no fueron realizadas por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNACIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**.

Al respecto, la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 489-2013 de 22 de mayo de 2013 -sancionatoria-, señala que:

*"...el ente fiscalizador, mediante cartas CITE APD/DS/JTS/4981/2012 de 04 de julio de 2012 y CITE APD/DS/JTS/5551/2012 de 25 de julio de 2012 solicita a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNACIONAL S.A.** informar respecto de la constitución de tales reservas técnicas, y la respuesta de la aseguradora afirmando que sí se había constituido las reservas técnicas tiene fecha de 3 de agosto de 2012; o sea, la aseguradora constituyó las reservas técnicas a la fecha de responder al requerimiento de la APS (3 de agosto de 2012) y no como se le había solicitado informara y acreditara (a mayo de 2012) (...)*

...la información, tal como ha brindado la aseguradora, implica distorsión de la misma e irregularidades en el Balance General ya que se constituye reservas técnicas de un siniestro ocurrido el año 2010, recién en fecha 17 de julio de 2012, como en los estados de cuentas, partes de producción y siniestros..."

Consiguientemente, se confirma el carácter infundado del alegato que, en este sentido, ha sido señalado por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, correspondiendo su rechazo.

2.3. Con respecto a los alegatos del tercer interesado.-

Cabe dejar constancia que los alegatos del tercer interesado, el **Gobierno Autónomo Municipal de Oruro**, hechos presentes mediante memorial de 7 de octubre de 2013, constituye un informe puntual acerca de los extremos que han rodeado a su reclamación en contra de la **COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, alegatos que, en todo caso, han sido debidamente considerados a los efectos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, conforme consta en su tenor.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas concluye que, la Entidad Fiscalizadora ha realizado una correcta valoración de los elementos producidos a tiempo de pronunciar la imposición de la sanción dentro del caso de autos, y confirmar después la misma en la Resolución Administrativa ahora recurrida.

Que, de conformidad con el artículo 43º, numeral I, inciso a) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el artículo 2º del Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá disponer la CONFIRMACIÓN de la Resolución recurrida, con alcance total cuando ratifique lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 718-2013 de fecha 8 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 489-2013 de fecha 22 de mayo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/N° 607-2013 DE 04 DE JULIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 083/2013 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2013

FALLO

REVOCA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 083/2013

La Paz, 27 de Noviembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 607-2013 de fecha 4 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/N° 491-2013 de fecha 27 de mayo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 081/2013 de fecha 18 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 177/2013 de fecha 29 de octubre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 25 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, representada legalmente por su Gerente General, Sr. Julio Antonio Vargas León, conforme al Testimonio de Poder N° 563/2001 de fecha 3 de octubre de 2001, suscrito por ante la Notaría de Fe Pública N° 035 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso

Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 607-2013 de fecha 4 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/N° 491-2013 de fecha 27 de mayo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota DESP/APS/DJ/6889/2013 de fecha 29 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 607-2013 de fecha 4 de julio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 1° de agosto de 2013, notificado en fecha 5 de agosto de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 607-2013 de fecha 4 de julio de 2013.

Que, en fecha 9 de agosto de 2013 se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en el otrosí de su memorial de Recurso Jerárquico, y por consiguiente, señalada en el Auto de Admisión de 1° de agosto de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/UI/N° 491-2013 DE 27 DE MAYO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/N° 491-2013 de fecha 27 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros estable los extremos siguientes:

“...CONSIDERANDO: (...)

Que conforme determina el artículo 177 de la Ley de Pensiones, en el periodo de transición, las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley N° 1732 de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria reglamentaria; así como lo dispuesto en la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 y disposiciones reglamentarias del SIP, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el período de transición.

Que el Título VI, Capítulo Único de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2012 de Pensiones, norma el Régimen de Inversiones del SIP, estableciendo políticas, límites, inversiones en el extranjero y otros.

Que de acuerdo a los artículos 148 y 149 inc. I) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo tendrá como objeto la administración y representación de los Fondos del SIP, y tiene entre sus funciones el valorar diariamente las inversiones de cada uno de los Fondos

administrados a precios de mercado, de acuerdo a la metodología establecida en disposiciones legales vigentes.

Que la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, determina las funciones y atribuciones de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, entre las que se encuentra todas aquellas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

CONSIDERANDO:

Que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) mediante Resolución Administrativa ASFI N° 390 de 09 de agosto de 2012 pone en vigencia el “Texto Ordenado de la Metodología de Valoración” por el cual se establece que, la valoración de valores adquiridos en el extranjero debe realizarse de acuerdo a las características de emisión de dichos títulos.

Que mediante Resolución Administrativa APS/DJ/UI/N° 740-2012 de 19 de septiembre de 2012, se ha dispuesto la Autorización para la Adquisición de Títulos Valores en el Extranjero emitidos por el Tesoro General de la Nación del Estado Plurinacional de Bolivia, señalándose en el Artículo Séptimo que, la Valoración de los Valores emitidos en el extranjero que compongan las carteras de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), a las Entidades Aseguradoras y a la Gestora Pública de Seguridad Social de Largo Plazo, deberá ser efectuada de acuerdo a lo dispuesto por la Resolución Administrativa ASFI N° 390 de 09 de agosto de 2012 “Texto Ordenado de la Metodología de Valoración”.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS en cumplimiento a sus facultades de control y supervisión, ha identificado diferencias en precios y tasas reportadas por las AFP en los informes diarios de inversiones referente a la valoración de los Bonos de deuda Soberana emitida en el Extranjero (BSE), diferencias que surgen a raíz de la estructura de la cuponera; por lo que con nota APS/UI/9539/2012 de 30 de noviembre de 2012, realizó la consulta a la ASFI referente al plazo de amortización que debe ser utilizado para el cálculo de tasa y precios unitarios de los Bonos de Deuda Soberana emitidos en el extranjero.

Que en respuesta, se tiene la nota ASFI/DSV/R-162435/2012 de 11 de diciembre de 2012, que en su único párrafo señala que, la valoración de Bonos de Deuda Soberana emitidos en el extranjero, deberán efectuarse con el monto de los cupones establecidos en las características de emisión, los cuales reconocen para el pago del cupón un período de ciento ochenta (180) días y no así los días efectivamente transcurridos.

Que el 26 de marzo de 2013, esta Autoridad con nota APS/DESP/UI/4603/2013, solicita a la ASFI la ejemplificación del cálculo del porcentaje del valor par nacional. En respuesta se remite la nota ASFI/DSV/R-46701/2013 de 02 de abril de 2013, en la cual se ejemplifica el cálculo de dicha fórmula, utilizando el número 100 del denominador como número entero.

CONSIDERANDO:

Que esta Autoridad evidencia que Futuro de Bolivia S.A. AFP estaría efectuando una valoración incorrecta de los BSE al no aplicar la metodología y normativa vigente para el efecto, emitida por la ASFI.

Que la valoración incorrecta de los BSE por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP significaría que la rentabilidad del Fondo de Capitalización Individual, así como el Valor Cuota se encuentren subvaluados, en función a la metodología de valoración de la ASFI. Considerando que la fórmula del %VPN es la siguiente:

$$\%VPN = \frac{(\%VPE + \%IDNP)}{(100 + \%IDNP)} * 100$$

Que asumiendo que, el 100 del denominador es un número entero de acuerdo a lo establecido por la ASFI, se tienen los siguientes resultados para fecha 31/10/2012:

Calculo (sic) según ASFI	Calculo (sic) según Futuro
$\%VPN = \left(\frac{(100.0939\% + 0.0267857\%)}{(100 + 0.0267857\%)} \right) * 100$	$= \left(\frac{(100.0939\% + 0.0267857\%)}{(100\% + 0.0267857\%)} \right) * 100\%$
$\%VPN = \left(\frac{100.1207\%}{10000.0268\%} \right) * 100$	$\%VPN = \left(\frac{100.1207\%}{100.02679\%} \right) * 100$
$\%VPN = 1.0012042\% * 100$	$\%VPN = 100.0939\% * 100\%$
$\%VPN = 100.120418\%$	$\%VPN = 100.0939\%$

Que como se puede observar del cuadro precedente, Futuro de Bolivia S.A. AFP estaría subvalorando el %VPN en 0.026518% por título para la fecha de cálculo utilizada.

Que por otro lado, corresponde efectuar un análisis del impacto que se tiene en las operaciones que efectúa la AFP, conforme a lo siguiente:

- En todos los procesos de operaciones, vale decir, recaudaciones, acreditaciones y otros, un cambio en el Valor Cuota se ve directamente reflejado sobre el Valor Cuota utilizado.
- Para el caso que nos ocupa, una variación del Valor Cuota, siendo que actualmente el mismo se encontraría subvaluado, implicaría utilizar el Valor Cuota que correspondería a la aplicación de la metodología de valoración de la ASFI, lo que significa un incremento en dicho valor, por lo que directamente

todos los casos se verían favorecidos sin generar un daño al fondo al constituirse únicamente en un Ajuste que se ve reflejado en un nuevo Valor Cuota.

Que hasta ahora, se ha identificado que a la fecha de vencimiento de cupones, la valoración tanto de la metodología que aplica la AFP como de la que corresponde a la metodología señalada en normativa vigente por la ASFI, ambas dan como resultado un mismo Valor Cuota.

Que a efectos netamente ejemplificativos se tiene el siguiente caso:

VALORACIÓN SEGÚN AFP					VALORACIÓN SEGÚN ASFI				
FECHA RECAUDACIÓN	VALOR CUOTA	RECAUDACIÓN Bs.	CUOTAS COMPRADAS	MONTO Bs. AJUSTE	FECHA RECAUDACIÓN	VALOR CUOTA	RECAUDACIÓN Bs.	CUOTAS COMPRADAS	MONTO Bs. AJUSTE
4/27/2013	536.78517277	28,035,432.51	52,228,40		4/27/2013	537.05074267	28,035,432.51	52,202.58	
4/28/2013	536.85373866	46,336,092.25	86,310,46		4/28/2013	537.11506266	46,336,092.25	86,268.47	
4/29/2013	536.92241343	8,168,533.50	15,213,62		4/29/2013	536.92241343	8,168,533.50	15,213.62	

Que el cuadro anterior, expresa y confirma el hecho que efectuar un Ajuste del Valor Cuota no representa un efecto negativo en el FCI y que por tanto no corresponde transferencia de recursos entre fondos ni devolución por parte de la AFP, por lo que se recomienda, efectuar el Ajuste Contable correspondiente a través de la aplicación de la metodología de valoración de la ASFI.

Que por lo expuesto, los efectos que tendría la valoración incorrecta de los BSE en las prestaciones, beneficios y operaciones del SIP, corresponde se realice el ajuste contable correspondiente..."

Con base en tales fundamentos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió:

"...**PRIMERO.- I.** Futuro de Bolivia S.A. AFP en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, deberá realizar el ajuste contable según los lineamientos de la presente norma, para lo cual tendrá que considerar la aplicación de la metodología de valoración de la ASFI.

II. Asimismo, la AFP deberá identificar caso por caso las diferencias generadas considerando lo señalado en el **ANEXO I** y proceder a:

- En el caso de Retiros Mínimos, Masa Hereditaria y Retiro Final, determinar la diferencia en cada uno de los casos tanto en Bolivianos (Bs.) como en Cuotas y efectuar el traspaso de la diferencia identificada a la Cuenta de Resultados Acumulados del FCI al Valor Cuota vigente a la fecha de transferencia.
- En el caso de Prestaciones de Vejez (PV), Prestaciones Solidarias de Vejez (PSV), Prestaciones por Muerte derivadas de éstas, determinar la diferencia en cada uno de los casos tanto en Bolivianos (Bs.) como en Cuotas que se hubieran generado en la determinación del Saldo Acumulado utilizado para el cálculo de la Fracción de Saldo Acumulado (FSA), y traspasar dicho monto al Fondo

de Vejez (Cuenta de Mensualidad Vitalicia Variable - MVV), en cuotas y a Valor Cuota vigente a fecha de transferencia.

- c) En el caso de Operaciones, corresponde únicamente efectuar el Ajuste del Valor Cuota considerando que el mismo no representa un efecto negativo en el FCI.

III. En el plazo de tres (3) días hábiles administrativos de vencido el plazo señalado en el punto Primero de la presente Resolución Administrativa, la AFP deberá remitir informe documentado sobre el cumplimiento de las instrucciones de los acápite anteriores.

SEGUNDO.- La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS, a través de la Dirección de Prestaciones Contributivas y la Jefatura de Inversiones quedan encargadas del cumplimiento de la presente Resolución Administrativa...”

1.1. Anexo I de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/Nº 491-2013.-

El “Procedimiento para los casos de prestaciones y beneficios” que se halla contenido en el anexo I, referido por el artículo primero, parágrafo II, de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/Nº 491-2013, establece los extremos siguientes:

“...PROCEDIMIENTO PARA LOS CASOS DE PRESTACIONES Y BENEFICIOS

A) Retiros Mínimos (sólo cuando se hubiera efectuado el último pago utilizando los Valores Cuota objeto del reproceso instruido en la presente Resolución Administrativa), **Masa Hereditaria y Retiro Final.**

1. Si el Valor Cuota utilizado fuera mayor al Valor Cuota reprocesado, la AFP deberá determinar la diferencia en cada uno de los casos tanto en Bolivianos (Bs.) como en Cuotas, y deberá efectuar la devolución de la diferencia identificada con recursos propios a la Cuenta de Resultados Acumulados del Fondo de Ahorro Previsional - FAP (FCI) al Valor Cuota vigente a la fecha de transferencia.

Ejemplo:

Asegurado A	Nº de Cuotas	V C usado	Monto en Bs
	200	516,4611	103.292,21
		(01/12/12)	
	Nº de Cuotas	V C Correcto	Monto en Bs
	200	516,4386	103.287,72
		(01/12/12)	
		Diferencia	(4,4961)

Si se efectuara la devolución el día 19 de diciembre

Nº de Cuotas	Valor Cuota a fecha de	Monto en Bs
--------------	------------------------	-------------

	Devolución	
0.008705581	517.4239	4.5045

* $4.4961/516.4611 = 0.008705581$
 $0.008705581 * 517.4239 = 4.5045$

** Nota: Los Valores Cuota señalados así como las fechas mencionadas son utilizados sólo a manera ejemplificativa; la AFP deberá utilizar los Valores Cuota reales.

2. Si el Valor Cuota utilizado fuera menor al Valor Cuota reprocesado, la AFP deberá determinar la diferencia en cada uno de los casos tanto en Bolivianos (Bs.) como en Cuotas y deberá efectuar el traspaso de la diferencia identificada a la Cuenta de Resultados Acumulados del Fondo de Ahorro Previsional - FAP (FCI) al Valor Cuota vigente a la fecha de transferencia.

B) Prestaciones de Vejez (PV), Prestaciones Solidarias de Vejez (PSV), Prestaciones por Muerte derivadas de éstas.

1. Si el Valor Cuota utilizado fuera mayor al Valor Cuota reprocesado, la AFP deberá determinar la diferencia en cada uno de los casos tanto en Bolivianos (Bs.) como en Cuotas que se hubieran generado en la determinación del Saldo Acumulado utilizado para el cálculo de la Fracción de Saldo Acumulado (FSA), y reintegrar dicho monto en cuotas y a Valor Cuota vigente a fecha de transferencia, al Fondo de Vejez con recursos propios de la AFP.

Ejemplo:

Asegurado B	Nº de Cuotas	V C usado	Monto en Bs	Monto de FSA
	500	516,4611	258,290.53	
		(01/12/12)		
	Nº de Cuotas	V C Correcto	Monto en Bs	
	500	516,4386	258,219.29	1.291,10
		(01/12/12)		
		Diferencia	11.2402	

Si se efectuara la devolución el día 19 de diciembre

Nº de Cuotas	Valor Cuota a fecha de Reintegro	Monto en Bs.
0.021763952	517.4239	11.2612

* $11.2402/516.4611 = 0.021763952$
 $0.021763952 * 517.4239 = 11.2612$

** Nota: Los Valores Cuota señalados así como las fechas mencionadas son utilizadas sólo a manera ejemplificativa; la AFP deberá utilizar los Valores Cuota reales.

2. Si el Valor Cuota utilizado fuera menor al Valor Cuota reprocesado, la AFP deberá determinar la diferencia en cada uno de los casos tanto en Bolivianos (Bs.) como en Cuotas que se hubieran generado en la determinación del Saldo Acumulado utilizado para el cálculo de la Fracción de Saldo Acumulado (FSA), y traspasar dicho monto en cuotas y a Valor Cuota vigente a fecha de transferencia a la Cuenta del Fondo de Vejez (Mensualidad Vitalicia Variable - MVV)..."

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 5 de junio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/Nº 491-2013 de 27 de mayo de 2013, con los mismos argumentos que después hará valer en su Recurso Jerárquico.

No obstante, hace mención también a que:

"...Considerando que la APS y la ASFI tienen competencias de regulación específica (sic) a los sectores y/o mercados sobre los cuales tienen tuición, su Autoridad fuera de hacer consultas que resultan extemporáneas a una Autoridad encargada de la supervisión de otros sectores y/o mercados, debió analizar el impacto y aplicación de la metodología de aplicación de otro sector regulado, al que el es propio, procediendo conforme en derecho corresponde; es decir, a emitir la respectiva HOMOLOGACIÓN, para su aplicación por parte e las AFP, aspecto que de la compulsa y revisión de los antecedentes del caso se evidencia, no existe..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 607-2013 DE 04 DE JULIO DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 607-2013 de 04 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resolvió "Confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/Nº 491-2013 de 27 de mayo de 2013", en base a los argumentos siguientes:

"...ANTECEDENTES PARA LA VIGENCIA DE LA NORMATIVA APLICABLE CASO.

En esta parte del análisis es importante tomar en cuenta las diferentes actuaciones administrativas consideradas por esta Autoridad para el presente caso.

Al presente se tiene que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) como entidad competente, mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 390 de 09 de agosto de 2012, ha aprobado el "Texto Ordenado de la Metodología de Valoración" por el cual se establece, la valoración de valores adquiridos en el extranjero que debe realizarse de acuerdo a las características de emisión de dichos títulos; el cual se halla en plena vigencia y goza de toda la legitimidad.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS mediante nota

con cite APS/UI/9539/2012 de 30 de noviembre de 2012, realiza la consulta a la ASFI referente al plazo de amortización que debe ser utilizado para el cálculo de tasa y precios unitarios de los Bonos de Deuda Soberana emitidos en el extranjero. En respuesta, con nota ASFI/DSV/R-162435/2012 de 11 de diciembre de 2012, se señala que, la valoración de Bonos de Deuda Soberana emitidos en el extranjero, deberá efectuarse con el monto de los cupones establecidos en las características de emisión, las cuales reconocen para el pago del cupón un periodo de 180 días y no así los días efectivamente transcurridos.

En fecha 17 de enero de 2013, con nota APS/UI/478/2013 se realiza una nueva consulta sobre la aplicación de la fórmula del cálculo del %VPN relativa a la Valoración de Bonos de deuda soberana emitida por el TGN en plaza extranjera. La ASFI mediante nota ASFI/DSV/R-13666/2013, manifiesta que **el denominador de la fórmula (sic) es en número entero.**

Finalmente, esta Autoridad con nota APS/DESP/UI/4603/2013, solicita la ejemplificación del cálculo del porcentaje del valor par nacional. Con nota ASFI/DSV/R-46701/2013 de 02 de abril de 2013, la ASFI ejemplifica el cálculo de dicha fórmula, utilizando el número 100 del denominador como número entero y ratificando su posición emitida mediante nota ASFI/DSV/R-13666/2013 recibida el 28 de enero de 2013.

De acuerdo a las actuaciones legales firmes y vigentes detalladas anteriormente, en su debida oportunidad, la APS ha emitido los siguientes actuados dirigidos a sus regulados:

- Resolución Administrativa APS/DJ/UI/N° 740-2012 de 19 de septiembre de 2012 - Autorización para la Adquisición de Títulos Valores en el Extranjero emitidos por el Tesoro General de la Nación del Estado Plurinacional de Bolivia, el Artículo (sic) Séptimo señala que, la Valoración de los Valores emitidos en el extranjero que compongan las carteras de las Administradoras de Fondos de Pensiones, a las Entidades Aseguradoras y a la Gestora Publica (sic) de Seguridad Social de Largo Plazo, deberá ser efectuada de acuerdo a lo dispuesto por la Resolución ASFI N° 390 de 09 de agosto de 2012 – Texto Ordenado de la Metodología de Valoración. La cual se halla firme en sede administrativa.
- Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/N° 491/2013 de 27 de mayo de 2013, en la cual instruye a Futuro de Bolivia S.A. AFP el ajuste contable según los lineamientos de dicha norma, considerando la aplicación de la metodología de valoración de la ASFI. La cual se halla impugnada por Futuro de Bolivia S.A. AFP.

DE LA VALORACIÓN.

De la evaluación del Recurso de Revocatoria presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se llega a establecer que Futuro de Bolivia S.A. AFP está efectuando una valoración incorrecta de los bonos soberanos al no aplicar la metodología y

normativa vigente para el efecto, emitida por la ASFI.

Considerando que según se tiene como antecedentes, pese a que la ASFI mediante nota ASFI/DSV/R-13666/2013 recibida el 28 de enero de 2013, ha expresado que el denominador de la fórmula es en número entero.

En ese sentido, tomando en cuenta que el 100 del denominador es un número entero de acuerdo a lo establecido por la ASFI, se tienen los siguientes resultados para fecha 31/10/2012:

Calculo (sic) según ASFI	Calculo (sic) según Futuro
$\%VPN = \left(\frac{(100.0939\% + 0.0267857\%)}{(100 + 0.0267857\%)} \right) * 100$	$\%VPN = \left(\frac{(100.0939\% + 0.0267857\%)}{(100\% + 0.0267857\%)} \right) * 100\%$
$\%VPN = \left(\frac{100.1207\%}{10000.0268\%} \right) * 100$	$\%VPN = \left(\frac{100.1207\%}{100.02679\%} \right) * 100\%$
$\%VPN = 1.0012042\% * 100$	$\%VPN = 100.0939\% * 100\%$
$\%VPN = 100.120418\%$	$\%VPN = 100.0939\%$

Adicionalmente, se debe considerar las funciones y atribuciones establecidas en la Ley N° 1834 – Ley del Mercado de Valores de 31 de marzo de 1998, Capítulo (sic) II, Artículo (sic) 15- Funciones y Atribuciones de la Superintendencia de Valores, que mediante Decreto Supremo N° 0071 de 09 de abril de 2009, determina que, las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de Valores de la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros (SPVS) sean asumidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, se señala regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y a las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho mercado, además de velar por el desarrollo de un mercado sano, seguro, transparente y competitivo, entre otros.

Es decir, que la ASFI, como institución rectora sobre los temas relacionados con el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración; es la entidad llamada por norma para emitir la normativa de valoración, quien además confirmó **su posición manifestando que el denominador de la fórmula (sic) es en número entero.**

En ese comprendido, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS entre sus funciones y atribuciones debe cumplir y hacer cumplir la normativa vigente a sus regulados.

DE LA PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD.

Conforme al artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo se tiene como Principio General de la Actividad Administrativa, el de **presunción de legitimidad**, considerando que las actuaciones de la Administración Pública se encuentran sometidas plenamente a la Ley, por lo que se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario.

La Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional sobre el respecto establece que, se presume la constitucionalidad de toda ley, decreto, **resolución y actos** de los Órganos del Estado en todos sus niveles, hasta tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva y declare su inconstitucionalidad.

Por otro lado, la justicia constitucional acerca del tema se ha pronunciado de la siguiente manera:

- La Sentencia Constitucional 0124/2010-R de 10 de mayo de 2010, dice:

“Desde el momento en que la sentencia queda firme,..., el referido mandato, junto a la declaración de certeza que le antecede, adviene inmutable y definitivo...”
(Las negrillas son nuestras).

- La Sentencia Constitucional 1693/2010-R de 25 de octubre de 2010, dice:

“...la seguridad jurídica, no se encuentra consagrada como derecho fundamental, sino como un principio que sustenta la potestad de impartir justicia emanada del pueblo (art.178 de la CPE); y por otro lado, como un principio articulador de la economía plural en el modelo económico boliviano (art.306.III de la CPE). ...

En consecuencia, y volviendo a la realidad jurídica nacional actual, se debe tener claramente establecido que “la seguridad jurídica” al ser un principio, no puede ser tutelado por el recurso o acción de amparo constitucional que tiene por finalidad proteger derechos fundamentales -no principios-, reconocidos por la Constitución, las normas internacionales de derechos humanos reconocidos y/o ratificados por el país (que conforman el bloque de constitucionalidad) y las leyes; sin embargo, por su reconocimiento constitucional, no puede ser inobservado por las autoridades jurisdiccionales y/o administrativas, a momento de conocer y resolver un caso concreto sometido a su competencia, por tanto es de inexcusable cumplimiento.”.

Por su parte la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 11/2006 de 13 de marzo de 2006, señala:

*“La **seguridad jurídica** apunta a la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación. Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica. En efecto, un proceso o procedimiento justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y, sobretudo, la indefensión jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger. Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre,*

significa que ese individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto de sus derechos.”.

Ahora bien, en consideración a las determinaciones establecidas anteriormente y de la evaluación del presente caso, corresponde señalar lo siguiente.

Es preciso dejar en claro que, bajo el principio de seguridad jurídica, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y su firmeza; es una realidad jurídica que la Resolución Administrativa ASFI N° 390 de 09 de agosto de 2012 se constituye en una normativa vigente al estar firme en sede administrativa, siendo su aplicación de cumplimiento obligatorio para aquellas entidades y personas involucradas por esta norma, por la actividad que ejercen.

Por otro lado, esta Autoridad para el cumplimiento de la norma de pensiones en el ámbito de las inversiones, se halla en la obligación de considerar y en lo que corresponda, toda normativa vigente que tenga relación directa con las actividades que deben realizar sus regulados.

En ese sentido, al instruirse a Futuro de Bolivia S.A. AFP la realización del ajuste contable según los lineamientos de la R.A.491-2013, considerando la aplicación de la metodología de valoración de la ASFI, no se constituye en algo lesivo; cuando por el contrario, la metodología señalada además de estar relacionada a las tareas de la AFP encuentra respaldo en normativa vigente, gozando de la presunción de legitimidad.

Por otro lado, al haber expresamente la R.A.491-2013 señalado que, la AFP realice el ajuste contable según los lineamientos de la presente norma, para lo cual tendrá que considerar la aplicación de la metodología de valoración de la ASFI, suple de esta manera la figura de la homologación (...)

CONSIDERANDO:

Que finalmente de la revisión exhaustiva del Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP el Ente Regulador llega a la conclusión de que la entidad recurrente no ha presentado argumentos con fundamento suficiente que permita modificar la R.A.491-2013, en consecuencia, se debe confirmar la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa, en el marco del inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica: “I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida...”

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 25 de julio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa

APS/DJ/DPC/N° 607-2013 de 4 de julio de 2013, expresando los alegatos siguientes:

"...I. DE LA SUPUESTA VALORACIÓN INCORRECTA Y SUBVALUACIÓN DEL FONDO Y VALOR CUOTA:

Con relación a que la supuesta valoración incorrecta de los Bonos Soberanos Emitidos en el Extranjero (BSE) por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP estaría ocasionando que la rentabilidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), así como el Valor Cuota, se encuentren subvaluados considerando la metodología de valoración de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), a la luz del principio de búsqueda de la verdad material consagrado en nuestra Constitución Política del Estado, y en el artículo 4, inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo y tomando en cuenta la lógica de la valoración del VPE de Bonos, tengo a bien manifestar lo siguiente:

1. Futuro de Bolivia S.A. AFP no está impugnando ni observando la Resolución Administrativa ASFI N° 390 de 9 de agosto de 2012 (Texto Ordenado de la Metodología de Valoración), la cual consideramos legítima y cuya firmeza en sede administrativa no está siendo cuestionada dentro del marco de la seguridad jurídica.
2. De hecho, Futuro de Bolivia S.A. AFP se encuentra dando estricto cumplimiento a dicha norma, en cuanto se refiere a la valoración de los BSE, dando una aplicación adecuada a la metodología de valoración de estos instrumentos normada por ella. En tal sentido, rechazamos enfáticamente la afirmación de la APS cuando ésta expresa que: "De la evaluación del Recurso Revocatorio presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, se llega a establecer que Futuro de Bolivia S.A. AFP está efectuando una valoración incorrecta de los bonos soberanos al no aplicar la metodología y normativa vigente para el efecto, emitida por la ASFI".
3. En el caso de Autos, la controversia se refiere a una interpretación matemáticamente incorrecta que la ASFI está realizando de esta norma, misma que ha sido originalmente emitida por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros. A esto se suma que la APS, en su condición de ente regulador de las Administradoras de Fondos de Pensiones, omite manifestarse al respecto, basando su fundamentación únicamente en dos cartas que habría recibido de la ASFI (cites ASFI/DSV/R-13666/2013 y ASFI/DSV/R-46701/2013), careciendo entonces el acto administrativo de la debida fundamentación y motivación, limitándose a referir en la Resolución que se impugna que: "**...la ASFI, como institución rectora sobre los temas relacionados con el Texto Ordenado de la Metodología de valoración; es la entidad llamada por norma para emitir normativa de valoración, quien además confirmó su posición manifestando que el denominador de la formula (sic) es un número entero**".

Lo citado ut supra nos preocupa sobremanera, ya que la APS aparentemente no ha considerado lo que hemos manifestado en nuestro Recurso de

Revocatoria, puesto que insiste en el uso de un argumento que no hace al fondo de nuestro Recurso de Revocatoria, como se verá más adelante.

II. FUNDAMENTOS FINANCIEROS QUE APOYAN NUESTRA CORRECTA VALORACIÓN DE LOS BSE:

Es importante recordar que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/N° 491-2013, objeto de nuestro Recurso de Revocatoria, establece, en su cuarto Considerando, que la fórmula del %VPN es la siguiente:

$$\%VPN = \frac{(\%VPE + \%IDNP)}{(100 + \%IDNP)} * 100$$

1. Al respecto, la APS argumenta su Resolución confirmatoria en que “la ASFI ejemplifica el cálculo de dicha fórmula, utilizando el número 100 del denominador como número entero...”. Al respecto, reiteramos lo manifestado en nuestro Recurso de Revocatoria, en sentido que no es ésta la interpretación que pretendemos impugnar, ya que estamos plenamente de acuerdo con que el número 100 del denominador es un número entero, como se aprecia además de una simple revisión. Lo que la APS parece omitir es que, tal como lo ejemplificamos en nuestro Recurso de Revocatoria, TODAS las variables contenidas en dicha fórmula son números enteros.

Como ya se mencionó en nuestro Recurso de Revocatoria, la Resolución objeto de nuestra impugnación omite la explicación de cada una de las variables de dicha fórmula, detalladas en la Resolución Administrativa ASFI N° 390/2012 de 9 de agosto de 2012, la cual reza lo siguiente:

“Donde:

%VPN = Porcentaje del valor par nacional.

%VPE = Precio BID o valor par extranjero **(en porcentaje)** (las negrillas y el subrayado son propios)

%IDNP= Intereses devengados no pagados **(en porcentaje)** (las negrillas y el subrayado son propios)”

Como se lee de lo anterior, reiteramos que no solamente el 100 del denominador es un número entero, sino que todas las variables de la fórmula son número enteros, los cuales se encuentran expresados EN PORCENTAJE. Este hecho puede verificarse en la información proporcionada por la Bolsa Boliviana de Valores S.A. (BBV) correspondiente al %VPE, que para fecha 31 de octubre de 2012 fue de 100.0939 (ver Anexo 1). Nótese que la BBV proporciona como %VPE un número entero, mismo que se encuentra expresado en porcentaje (100.0939 significa 100.0939% del valor nominal).

Asimismo, la variable %IDNP de la fórmula anterior es igualmente un número entero, expresado en porcentaje, ya que de acuerdo a la Resolución Administrativa ASFI N° 390/2012, la fórmula del %IDNP incluye una multiplicación por 100 al final, cuyo objetivo es expresar en porcentaje el resultado del cálculo respectivo. Cabe recordar que dicha fórmula es la siguiente:

$$\%IDNP = \frac{Int}{D_{t,t-1}} * (D_{v,t-1}) * 100$$

En tal contexto, lo que la fórmula del %VPN pretende es realizar una relación entre el valor de mercado de los bonos en los mercados extranjeros expresado como porcentaje (%VPE), contra el valor nominal de estos instrumentos expresado igualmente como porcentaje (100), sumando en el numerador y el denominador de dicha relación él (sic) %IDNP también expresado como porcentaje, ya que tanto las cotizaciones de los mercados extranjeros, como el valor nominal de los bonos, no incluyen los intereses devengados y no pagados. Por lo tanto, queda claro que para realizar el cálculo del %VPN, deben utilizarse números enteros para todas las variables que conforman la respectiva fórmula, ya que todos ellos se encuentran expresados en porcentaje.

En este sentido, el verdadero y correcto cálculo del %VPN realizado por Futuro de Bolivia S.A. para fecha 31 de octubre de 2012 es diferente al ejemplo proporcionado por la Resolución objeto de nuestra impugnación, mismo que erróneamente se repite en la Resolución confirmatoria, aún (sic) cuando el resultado final sea el mismo, sólo que expresado de diferente manera. Las diferencias en dicho cálculo, que parecen no haber sido tomadas en cuenta por la APS en su Resolución confirmatoria, se exponen a continuación:

Ejemplo proporcionado erróneamente en la Resolución	Cálculo realmente realizado por AFP Futuro de Bolivia S.A.
$\%VPN = \left(\frac{(100.0939\% + 0.0267857\%)}{(100\% + 0.0267857\%)} \right) * 100\%$	$\%VPN = \left(\frac{(100.0939\% + 0.0267857)}{(100 + 0.0267857)} \right) * 100$
$\%VPN = \left(\frac{100.1207\%}{100.02679\%} \right) * 100\%$	$\%VPN = \left(\frac{100.1207}{100.02679} \right) * 100$
$\%VPN = 100.0939\% * 100\%$	$\%VPN = 100.0939\% * 100$
$\%VPN = 100.0939\%$	$\%VPN = 100.0939$

Como puede verificarse, el cálculo realizado por Futuro de Bolivia S.A. AFP arroja como resultado un número entero, mismo que se encuentra expresado en porcentaje, así como todas las variables que se utilizaron como insumo para su cálculo. Con esto se da cumplimiento a lo establecido en la Resolución Administrativa ASFI N° 390/2012, misma que define el %VPN como "Porcentaje del valor par nacional" (subrayado nuestro).

2. Una vez que queda clara la metodología de cálculo utilizada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, corresponde ahora realizar una comparación entre el cálculo

realizado por la AFP y el cálculo que, según la Resolución objeto de impugnación y la Resolución confirmatoria, realiza la ASFI:

Cálculo según ASFI	Cálculo según AFP Futuro
$\%VPN = \left(\frac{(100.0939\% + 0.0267857\%)}{(100\% + 0.0267857\%)} \right) * 100$	$\%VPN = \left(\frac{(100.0939\% + 0.0267857)}{(100 + 0.0267857)} \right) * 100$
$\%VPN = \left(\frac{100.1207\%}{100.02679\%} \right) * 100$	$\%VPN = \left(\frac{100.1207}{100.02679} \right) * 100$
$\%VPN = 1.0012042\% * 100$	$\%VPN = 1.000939 * 100$
$\%VPN = 100.120418\%$	$\%VPN = 100.0939$

Como puede verificarse, debido a una incorrecta utilización de números enteros y números expresados en porcentaje, el cálculo que supuestamente se debería realizar según la metodología de la ASFI involucra un cociente cuyo denominador es de 10000.02679%, mismo que no tiene sentido ni fundamento matemático alguno, y que genera una sobrevaloración "artificial" de los BSE.

En el cálculo realizado por Futuro de Bolivia S.A. AFP, dicho cociente tiene como denominador el número 100.02679, que corresponde al valor nominal de los BSE más los intereses devengados y no pagados a la fecha de cálculo, ambos expresados como porcentaje.

3. Cuando calificamos como "artificial" la sobrevaloración que se generaría si los BSE se valorasen según la metodología de ASFI, nos referimos a que la misma se va incrementando con el paso del tiempo, hasta el día de vencimiento de un cupón de estos valores, momento en el cual la variable %IDNP equivale a cero (porque en tal fecha todos los intereses devengados son efectivamente pagados). Entonces, lo que ocurre es que en la fecha de vencimiento de cupón la sobrevaloración generada por la metodología de la ASFI se ajusta automáticamente, arrojando ambas metodologías de cálculo los mismos resultados de valoración, tal como lo menciona la propia Resolución impugnada, y lo reitera de Resolución confirmatoria.

Para demostrar este extremo, nos permitimos realizar a continuación una comparación entre las valoraciones de los BSE utilizando ambas metodologías, para los días 28 de abril de 2013 (un día antes del vencimiento del primer cupón) y 29 de abril de 2013 (fecha de vencimiento del primer cupón), considerando que él (sic) %VPE proporcionado por la BBV para dichas fechas fue de 100.7188 y 101.9285, respectivamente:

Valoración de los BSE para el 28 de abril de 2013:

Cálculo según ASFI	Cálculo según AFP Futuro
$\%VPN = \left(\frac{(100.7188\% + 2.424604\%)}{(100\% + 2.424604\%)} \right) * 100$	$\%VPN = \left(\frac{(100.7188 + 2.424604)}{(100 + 2.424604)} \right) * 100$

$\%VPN = \left(\frac{103.14340\%}{10002.424604\%} \right) * 100$	$\%VPN = \left(\frac{103.143404}{102.424604} \right) * 100$
$\%VPN = 0.01031184\% * 100$	$\%VPN = 1.007018 * 100$
$\%VPN = 103.1184\%$	$\%VPN = 100.7018$
Multiplicando por el valor nominal de cada bono:	Multiplicando por el valor nominal de cada bono:
Valor BSE = 103.1184% * 1,000 \$US = \$US 1,031.18	Valor BSE = 100.7018% * 1,000 \$US = \$US 1,007.02

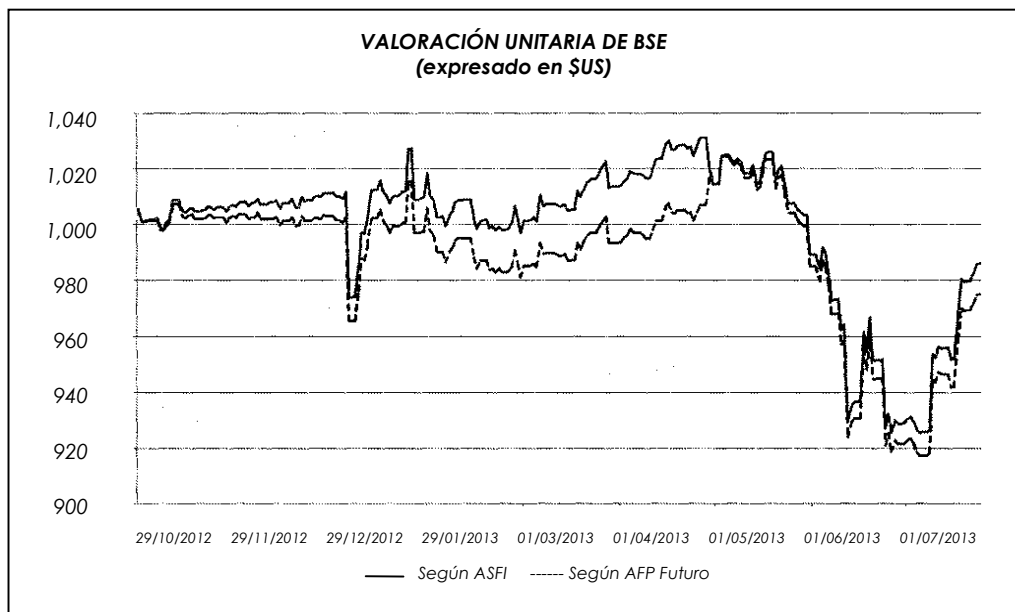
Valoración del (sic) los BSE para el 29 de abril de 2013:

Cálculo según ASFI	Cálculo según AFP Futuro
$\%VPN = \left(\frac{(101.9285\% + 0.00\%)}{(100 + 0.00\%)} \right) * 100$	$\%VPN = \left(\frac{(101.9285\% + 0.00)}{(100 + 0.00)} \right) * 100$
$\%VPN = \left(\frac{101.9285\%}{10000\%} \right) * 100$	$\%VPN = \left(\frac{101.9285}{100} \right) * 100$
$\%VPN = 0.01019285\% * 100$	$\%VPN = 1.019285 * 100$
$\%VPN = 101.9285\%$	$\%VPN = 101.9285$
Multiplicando por el valor nominal de cada bono:	Multiplicando por el valor nominal de cada bono:
Valor BSE = 101.9285% * 1,000 \$US = \$US 1,019.29	Valor BSE = 101.9285% * 1,000 \$US = \$US 1,019.29

Como se puede observar, un día antes del vencimiento del primer cupón de los BSE (28 de abril de 2013), la metodología de ASFI genera una sobrevaloración de \$US 24.16 por cada bono, que resulta de restar \$US 1,031.18 menos \$US 1,007.02. Considerando que en dicha fecha el FCI administrado por Futuro de Bolivia S.A. AFP tenía en su cartera de inversiones una cantidad de 78,987 bonos, esta sobrevaloración hubiese significado un monto total considerable de \$US 1,908,325.92 (un millón novecientos ocho mil trescientos veinticinco 92/100 Dólares Americanos) si es que hubiésemos valorado los BSE según la interpretación de ASFI.

Sin embargo, dado que el día del vencimiento del primer cupón de los BSE (29 de abril de 2013) ambas metodologías de valoración arrojan el mismo resultado, la sobrevaloración mencionada en el párrafo anterior se hubiese ajustado automáticamente en esta fecha, generando una pérdida considerable para el FCI por el monto que se aproxima a los \$US 2 millones.

4. A continuación se presenta un gráfico en el que se comparan los resultados de la valoración unitaria de los BSE desde su fecha de emisión (29 de octubre de 2012) hasta la actualidad (24 de julio de 2013), según las metodologías de ASFI y de Futuro de Bolivia S.A. AFP, mismo que se construyó a partir de los datos proporcionado (sic) en el Anexo 2:



5. Como puede observarse, la metodología de ASFI arroja una sobrevaloración que se va incrementando en el tiempo, hasta que llega la fecha de vencimiento de cupón de los BSE (29 de abril de 2013), momento en el cual ambas metodologías convergen en la misma valoración y se corrige la sobrevaloración generada; es decir, la metodología de ASFI genera una pérdida por valoración. A partir del día siguiente al vencimiento del cupón, la metodología de ASFI vuelve a generar una sobrevaloración, misma que se irá acumulando hasta el vencimiento del siguiente cupón, para corregirse en tal fecha, y así sucesivamente.

En otras palabras, la metodología de ASFI hace que los BSE se empiecen a sobrevalorar a partir del día siguiente al vencimiento de un cupón, sobrevaloración que se va incrementando con el paso de los días, hasta que llega el vencimiento del próximo cupón, momento en el cual la metodología de ASFI genera nuevamente una pérdida por valoración, misma que hace que la sobrevaloración acumulada se ajuste.

6. Si se aplicase la metodología de acuerdo a la interpretación de la ASFI, la sobrevaloración que se acumularía en los períodos de 6 meses comprendidos entre un cupón de los BSE y el siguiente, implicaría que el Valor Cuota del FCI se vaya inflando artificialmente dentro de dichos lapsos de tiempo, lo cual generaría beneficios para ciertos afiliados, en perjuicio de otros.

Así, los afiliados que en dichos períodos retirasen el dinero de sus Cuentas Personales Previsionales, mediante Retiros Mínimos por ejemplo, se beneficiarían con el retiro de montos superiores a los que realmente les correspondería si se realizara una correcta valoración de los BSE, puesto que esta prestación se calcula en base al Valor Cuota del FCI. De hecho, todas las prestaciones del Fondo cuyo pago se basa en la redención de Cuotas significarían un beneficio

para los Afiliados que retiran su dinero, en desmedro de aquellos que mantienen sus ahorros en el Fondo.

Por otra parte, durante los períodos de sobrevaloración del (sic) los BSE, y por ende del Valor Cuota del FCI, todos los Aportes nuevos realizados por los Afiliados implicarían un perjuicio para ellos, debido a que con el dinero de sus aportes adquirirían una cantidad de Cuotas menor a la que les correspondería si se realizara una correcta valoración de los BSE.

Por último, los perjuicios arriba mencionados se producirían asimismo de manera intertemporal, ya que los perjuicios que sufrirían ciertos Afiliados serían mayores a medida que se acerque la fecha del próximo cupón de los BSE, puesto que, como se demostró, la sobrevaloración que se generaría si se aplicase la metodología de ASFI va creciendo en el tiempo, dentro del período de 6 meses comprendido entre los vencimientos de los cupones de los BSE.

7. De esta manera, reiteramos que Futuro de Bolivia S.A. AFP está efectuando la valoración correcta de los BSE, dando una aplicación adecuada a la metodología y normativa vigente para tal efecto, misma que ha sido emitida en su momento por la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, estando el Valor Cuota del FCI correctamente calculado, lo que redundaría en que no exista la posibilidad de que algunos Afiliados se beneficien en desmedro de otros.
8. Por lo tanto, la rentabilidad y el Valor Cuota del FCI no se encuentran subvaluados, como lo menciona la APS en su Resolución objeto de impugnación y lo reitera en su Resolución confirmatoria. Por el contrario, la aplicación de la Resolución impugnada significará generar una sobrevaloración "artificial" en el Fondo, como se demostró, lo que generará perjuicios a propio FCI y a sus afiliados asegurados.
9. Por último, y dado que lastimosamente la APS rechazó nuestra solicitud de que se suspenda la aplicación de la Resolución impugnada, nos hemos visto en la obligación de dar cumplimiento a la misma a partir del pasado 11 de julio de 2013, momento a partir del cual se están causando los perjuicios arriba mencionados a nuestros Afiliados Asegurados, perjuicios que, como hemos manifestado repetidamente, son irreversibles y no corresponde que sean atribuidos a nuestra responsabilidad.

Por todos los fundamentos arriba expresados, y luego de una valoración razonada y de sana crítica, su Autoridad fácilmente podrá colegir que Futuro de Bolivia S.A. AFP está efectuando la valoración correcta de los BSE, dando una aplicación adecuada a la metodología y normativa vigente para tal efecto, estando el Valor Cuota del FCI correctamente calculado, lo que redundaría en que bajo nuestra metodología no exista la posibilidad de que algunos Afiliados del Fondo se beneficien en desmedro de otros, garantizando así el acceso a los beneficios y prestaciones del SIP bajo el principio de **Eficacia** establecido por el artículo 3, inciso i) de la Ley N° 065 de 10 de

diciembre de 2010, que no es más que "...el correcto uso de los recursos de la Seguridad Social de Largo Plazo, para garantizar el pago de las prestaciones y beneficios que esta Ley otorga" y dentro de los principios generales de valoración, por lo que la Autoridad que conozca el Recurso Jerárquico, ajustando su fallo a los argumentos técnico - financieros correctos y aplicables, tendrá que disponer la revocatoria de la Resolución Administrativa impugnada.

III. FALTA DE UN ELEMENTOS (sic) ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO:

Sin perjuicio de los argumentos técnico-financieros expuestos, que demuestran claramente la pertinencia y certeza de nuestra solicitud de revocatoria, cabe también precisar que el Acto Administrativo recurrido no cuenta con un elemento esencial para su validez, como es la motivación.

Así, es necesario precisar que la doctrina administrativa pregona ampliamente la importancia de la fundamentación y motivación del acto administrativo, así por ejemplo se cita a Gordillo cuando señala que "el acto debe estar razonablemente fundado, o sea, debe explicar en sus propios considerandos, los motivos y los razonamientos por los cuales arriba a la decisión que adopta. Esa explicación debe serlo tanto de los hechos y antecedentes del caso, como del derecho en virtud del cual se considera ajustada a derecho la decisión y no pueden desconocerse las pruebas existentes ni los hechos objetivamente ciertos". (Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo II – 36 Y 37 T. IV).

En esta línea doctrinal, el artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175 establece expresamente la obligación para el regulador en el entendido de que debe emitir una Resolución Administrativa "**DEBIDAMENTE FUNDADA Y MOTIVADA**". Dicho mandato legal en la Resolución Administrativa que impugnamos, no se ha cumplido.

Finalmente, es pertinente señalar las consideraciones de la jurisprudencia contenida en la Sentencia Constitucional Plurinacional 1089/2012 de 05 de septiembre de 2012, misma que hace referencia a la jurisprudencia del anterior Tribunal Constitucional, contenida en la SC 0752/2002-R de 25 de junio que recogiendo lo señalado en la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre, estableció que el derecho al debido proceso...

"...exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de la misma. Que consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no solo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión de hecho no de derecho que vulnera de manera flagrante el citado derecho que permite a las partes conocer cuáles son las razones para que se declare en tal o cual sentido; o lo que es lo mismo cuál es la ratio decidendi que llevó al Juez a tomar la decisión".

En esta línea de la jurisprudencia constitucional se ha manifestado el Tribunal

Constitucional Plurinacional en varias Resoluciones, de las cuales se cita entre otras la SC 1365/2005-R, SC 2227/2010-R que su Autoridad se servirá considerarlas como precedentes jurisprudenciales que deben orientar su actuación administrativa.

En mérito a los argumentos técnicos y jurídicos expuestos, su Autoridad advertirá que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/N° 491-2013 de 27 de mayo de 2013 confirmada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/607-2013 de 04 de julio de 2013, no ha cumplido con el elemento principal y esencial contenido en el inciso e) del Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que no contiene la debida fundamentación y motivación de lo establecido en la parte dispositiva, lo que ocasiona la consiguiente **NULIDAD** del referido acto administrativo al amparo del artículo 35 inciso e) y artículo 30 inciso d) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, al haberse transgredido el mandato contenido en el artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175.

IV. PETITORIO:

Con base en los fundamentos jurídicos y técnico-financieros expuestos en este recurso y el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, solicito a su Autoridad se sirva elevar el presente Recurso Jerárquico ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, a fin de que esta autoridad disponga la urgente Revocatoria total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 607-2013 de fecha 04 de julio de 2013 y en consecuencia de la APS/DJ/DPC/UI/N° 491-2013 de 27 de mayo de 2013, con el consiguiente archivo del trámite, máxime considerando que la aplicación de la misma, que nos hemos visto obligados a cumplir, viene generando los perjuicios detallados en el presente Recurso, mismos que se van incrementando con el paso del tiempo..."

5. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 9 de agosto de 2013, se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos que fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** en el otrosí de su memorial de Recurso Jerárquico, y por consiguiente, señalada en el Auto de Admisión de 1° de agosto de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Conforme se desprende del informe APS/DPC/UI/17/2013 de 24 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en cumplimiento a sus facultades de control y supervisión, identificó diferencias en precios y tasas reportadas por las Administradoras de Fondos de Pensiones, en los informes diarios de inversiones referentes a la valoración de los Bonos de deuda Soberana emitida en el Extranjero (BSE), diferencias que surgieron a raíz de la estructura de la denominada cuponera, por cuyo efecto, en fecha 17 de enero de 2013 y mediante nota APS/UI/478/2013, se consultó a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero sobre la aplicación de la fórmula del cálculo del "%VPN" relativa a la Valoración de Bonos de deuda soberana emitida por el TGN en plaza extranjera.

En respuesta, por nota ASFI/DSV/R-13666/2013, recibida en fecha 28 de enero de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero manifiesta que el denominador de la fórmula es en número entero.

De ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros evidenció que, a su entender, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** estaría efectuando una valoración incorrecta de los Bonos de deuda Soberana emitida en el Extranjero, al no aplicar la metodología y normativa vigente para el efecto

Por su efecto y mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/Nº 491-2013 de fecha 27 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros dispuso, que *"Futuro de Bolivia S.A. AFP en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, deberá realizar el ajuste contable según los lineamientos de la presente norma, para lo cual tendrá que considerar la aplicación de la metodología de valoración de la ASFI"*.

Toda vez que dicha determinación causó controversia, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, por memorial de fecha 5 de junio de 2013, la misma hizo presente su Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/Nº 491-2013, y posteriormente, habiendo dado lugar a la confirmación de la primera (que consta en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 607-2013 de fecha 4 de julio de 2013), al Recurso Jerárquico contra esta última, mismo que pasa a evaluarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Fórmula de cálculo para Bonos Soberanos emitidos en el Extranjero (BSE).-

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, contrariando la forma de cálculo que impone el Ente Regulador (en interpretación, esta última, de la disposición pertinente de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero), alega como correcta su valoración de los Bonos Soberanos emitidos en el Extranjero (BSE), toda vez que aplica la fórmula de la Metodología de Valoración de Valores, misma que se encuentra establecida en su numeral VI.2.b), y es como sigue:

“ ...

$$\%VPN = \frac{(\%VPE + \%IDNP)}{(100 + \%IDNP)} * 100$$

Donde:

%VPN = Porcentaje del Valor Par Nacional

%VPE = Precio BID o Valor Par Extranjero (en porcentaje)

%IDNP = Intereses devengados no pagados (en porcentaje)...”

En primer término, importa que no solamente el “número 100” de la fórmula transcrita ut supra y que corresponde al denominador en la misma, es un número entero dentro de la misma, como lo menciona la Autoridad Reguladora en su Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 607-2013 (ahora recurrida), sino que lo son todas las variables que conforman la referida fórmula.

Si bien se expresan en la misma, en porcentajes, lo es a efectos de su cálculo, tal como se puede observar del reporte “para fecha 31/10/2012” proporcionado por la Bolsa Boliviana de Valores S.A., donde el valor de los Bonos Soberanos emitidos en el Extranjero (100,0939) se expresa en porcentaje, al igual que el %IDNP.

Al respecto, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en su Recurso Jerárquico, señala que:

“...la fórmula del %VPN, lo que pretende es realizar una relación entre el valor de mercado de los bonos en mercados extranjeros expresado como porcentaje (%VPE), contra el valor nominal de estos instrumentos expresado como porcentaje (100)... Por lo tanto, queda claro que para realizar el cálculo del %VPN, deben utilizarse números enteros para todas las variables que conforman la respectiva fórmula, ya que todos ellos se encuentran expresados en porcentaje...”

De ello, resulta que la observación recae sobre la aplicación de la fórmula, más específicamente, sobre la forma en que deben ser reemplazados los valores de las variables de la misma.

La Autoridad Reguladora, en cumplimiento de sus facultades de supervisión y control, identifica en su informe/APS/DPC/UI/17/2013 de 24 de mayo de 2013 -entonces, a su entender-, que la recurrente:

“...estaría efectuando una valoración incorrecta de los BSE al no aplicar la metodología y normativa vigente para el efecto, emitida por la ASFI.

Que la valoración incorrecta de los BSE por parte de Futuro de Bolivia S.A. AFP significaría que la rentabilidad del Fondo de Capitalización Individual, así como el Valor Cuota se encuentren subvaluados, en función a la metodología de valoración de la ASFI...”

Para ello, alude la fórmula de cálculo del %VPN -supra señalada-, y se justifica en haber realizado consultas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en lo que en concreto al caso interesa, entonces, en lo referido a “que el denominador de la fórmula es en número entero” (siendo pertinente reiterar que de esa manera se alude al número 100 que aparece en la fórmula de cálculo del %VPN).

Es necesario hacer notar que, el cálculo del valor de los Bonos Soberanos emitidos en el Extranjero (BSE), se efectúa aplicando la segunda fórmula establecida en el numeral VI.2., inciso b), de la Metodología de Valoración de Valores, que resultando en la normativa vigente, las Administradoras de Fondos de Pensiones están obligadas a aplicar, fórmula que ahora se la reitera a efectos de su análisis:

$$\%VPN = \frac{(\%VPE + \%IDNP)}{(100 + \%IDNP)} * 100$$

En principio, se puede establecer que la fórmula misma indica que el resultado obtenido de su aplicación, estará expresado en términos porcentuales o porcentajes, usándose el símbolo “%” para significar que **el valor ya está expresado en términos porcentuales**. Esta precisión es importante (por ello se enfatiza en la misma), dado que es el punto central de la controversia, conforme se establece infra.

En consecuencia, cuando el resultado obtenido está o estará expresado en términos porcentuales, para guardar coherencia matemática, las variables de dicha fórmula también deben estar expresados en los mismos términos, o efectuar una operación matemática auxiliar que permita dicha expresión (en el caso concreto, es la multiplicación por 100 del cociente de la fórmula).

Ahora bien; las variables de la fórmula están expresadas, o deben estar expresadas en términos porcentuales o porcentajes, tal cual sucede con el dato del Valor Par Extranjero (VPE) que proporciona la Bolsa Boliviana de Valores S.A. (BBV), que para el cálculo del Valor Par Nacional del 31 de octubre de 2012, proporcionó la cifra 100,0939 (un ciento 0939/1000), que debe interpretarse como el 100,0939% del Valor nominal del BSE, en este caso, \$us1.000, 94.- (Un mil 94/100 dólares americanos) en términos monetarios, debido a que el valor nominal unitario de los mencionados Valores es \$us1.000.- (Un mil 00/100 dólares americanos).

Dicho en el ejemplo que plantean, tanto la recurrida como la recurrente, el valor porcentual del VPE es igual a 100,0939 (%VPE=100,0939) y no a 100,0939%, toda vez que, si a la cifra proporcionada por la BBV le adicionamos el símbolo “%” (%VPE=100,0939%), tendríamos que el valor porcentual del VPE es igual a 10009,39 (%VPE=10009,39), lo cual resulta incoherente.

Es decir: en la fórmula se reemplazan los datos obtenidos prescindiendo del símbolo “%” porque **ya están expresados en porcentajes**, lo cual hace que la operación resulte en una de valores absolutos y que para tener el resultado en términos porcentuales (como lo establece la fórmula %VPN), el cociente debe ser multiplicado por cien (100), cifra que obviamente, no lleva ni debe llevar el símbolo “%”, por cuanto, su objetivo es, precisamente, el de convertir el resultado en valor porcentual.

Para una mejor comprensión de lo expuesto, a continuación se presenta el cálculo del %VPN de los BSE con el ejemplo de cálculo al 31 de octubre de 2012, con los siguientes datos:

$$\begin{aligned} \%VPE &= 100,0939 \\ \%IDNP &= 0,0267857 \end{aligned}$$

Cálculo
$\%VPN = \left(\frac{(100.0939 + 0.0267857)}{(100 + 0.0267857)} \right) * 100$
$\%VPN = \left(\frac{100.120686}{100.026786} \right) * 100$
$\%VPN = 1,000939 * 100$
$\%VPN = 100,0939$
(Se debe leer como 100,0939%)

Al respecto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, tanto en su Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/N° 491-2013 de fecha 27 de mayo de 2013, como en la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 607-2013 de fecha 4 de julio de 2013 (confirmatoria de la anterior), ha presentado un cálculo comparativo, entre lo realizado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y lo realizado por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, cálculo que se reproduce a continuación:

“ ...

<i>Calculo (sic) según ASFI</i>	<i>Calculo (sic) según Futuro</i>
$\%VPN = \left(\frac{(100.0939\% + 0.0267857\%)}{(100 + 0.0267857\%)} \right) * 100$	$\%VPN = \left(\frac{(100.0939\% + 0.0267857\%)}{(100\% + 0.0267857\%)} \right) * 100\%$
$\%VPN = \left(\frac{100.1207\%}{10000.0268\%} \right) * 100$	$\%VPN = \left(\frac{100.1207\%}{100.02679\%} \right) * 100\%$
$\%VPN = 1.0012042\% * 100$	$\%VPN = 100.0939\% * 100\%$
$\%VPN = 100.120418\%$	$\%VPN = 100.0939\%$

(...)”

De ello, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros concluye que, al 31 de octubre de 2012, la “AFP estaría subvalorando el %VPN en 0,026518% por título para la fecha de cálculo utilizada”, señalando además, en su Resolución confirmatoria, que la ASFI “es la institución rectora sobre los temas relacionados con el Texto Ordenado de la Metodología de Valoración; es la entidad llamada por norma para emitir la normativa de valoración, quién además confirmó **su posición manifestando que el denominador de la fórmula es en número entero**” (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica); no obstante, la recurrente alega, tanto en el Recurso de Revocatoria como ahora en el Jerárquico, que tal cálculo no debe realizarse de la manera que el Ente Regulador señala -conforme al cuadro precedente), sino de la manera siguiente:

“ ...

Ejemplo proporcionado erróneamente en la Resolución	Cálculo realmente realizado por AFP Futuro de Bolivia S.A.
$\%VPN = \left(\frac{(100.0939\% + 0.0267857\%)}{(100\% + 0.0267857\%)} \right) * 100\%$	$\%VPN = \left(\frac{(100.0939\% + 0.0267857)}{(100 + 0.0267857)} \right) * 100$
$\%VPN = \left(\frac{100.1207\%}{100.02679\%} \right) * 100\%$	$\%VPN = \left(\frac{100.1207}{100.02679} \right) * 100$
$\%VPN = 100.0939\% * 100\%$	$\%VPN = 100.0939\% * 100$
$\%VPN = 100.0939\%$	$\%VPN = 100.0939$

(...)”

En tal lógica, el reemplazo de las variables en la fórmula, conforme lo ha dispuesto la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no guarda conformidad con el criterio de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que ha dado origen a la controversia.

Asimismo, respecto del ejemplo supra expuesto, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala que:

“...debido a una incorrecta utilización de números enteros y números expresados en porcentaje, el cálculo que supuestamente se debería realizar según la metodología de la ASFI involucra un cociente cuyo denominador es de 10000.02679%, mismo que no tiene sentido ni fundamento matemático alguno, y que genera una sobrevaloración “artificial” de los BSE...”

En mérito a ello, la suscrita Autoridad Jerárquica ha podido verificar que, el resultado obtenido por el Ente Regulador (columna “Cálculo de la ASFI”, según el ejemplo), no es el correcto, lo que se constata en la comprobación de las dos siguientes operaciones aritméticas:

- “... (100+0,0267857%) = 10000,0268%...”
- “... $\left(\frac{100,1207\%}{10000,0268\%} \right) = 1,0012042\%$...”

Considerando que los mencionados cálculos hacen al resultado final obtenido, como tal, a la base fundamental de la decisión de la Autoridad Reguladora, se debe concluir que, el cálculo del Valor Par Nacional para los Bonos Soberanos Emitidos en el Extranjero (BSE) determinado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, empero de la forma en la que lo considera la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, es incorrecta.

1.2. Subvaluación del Fondo y del Valor de la Cuota.-

En la posición del Ente Regulador, a consecuencia de la supuesta “valoración incorrecta de los BSE al no aplicar la metodología y normativa vigente para el efecto, emitida por la ASFI”, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** estaría subvaluando el valor del Fondo de Capitalización Individual (FCI) y, por ende, el Valor de la Cuota del mismo.

La recurrente ha señalado en sus Recursos -tanto en el de Revocatoria como en el

Jerárquico-, que de su parte, sí está realizando una correcta valuación del Fondo de Capitalización Individual, así como del correspondiente valor de cuota; en cambio, la forma de cálculo asumida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, genera una sobrevaloración lo que generaría “una pérdida por valoración” repetitivamente, por cuanto:

“...hace que los BSE se empiecen a sobrevalorar a partir del día siguiente al vencimiento de un cupón, sobrevaloración que se va incrementando con el paso de los días, hasta que llega el vencimiento del próximo cupón, momento en el cual la metodología de ASFI genera nuevamente una pérdida por valoración, misma que hace que la sobrevaloración acumulada se ajuste...”

La recurrente además alega, que si se aplicase la metodología como ha sido dispuesta por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros:

“...la sobrevaloración que se acumularía en los períodos de 6 meses comprendidos entre un cupón de los BSE y el siguiente, implicaría que el Valor Cuota del FCI se vaya inflando artificialmente dentro de dichos lapsos de tiempo, lo cual generaría beneficios para ciertos afiliados, en perjuicio de otros...”

En el entender de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, los afiliados que en tales circunstancias retirasen el dinero de sus Cuentas Personales Previsionales, se beneficiarían con el retiro de montos superiores a los que realmente les corresponderían (de acuerdo a la valoración de los Bonos Soberanos emitidos en el Extranjero que alega la propia recurrente), toda vez que la prestación se calcula en base al Valor Cuota del FCI.

Emergente de ello, concluye de su parte, estar “efectuando la valoración correcta de los BSE”, por lo que ni la rentabilidad, ni el Valor Cuota del FCI, se encontrarían subvaluados, más por el contrario, de aplicarse el criterio de la Resolución impugnada, sí se generaría -siempre en el entender de la recurrente- una sobrevaloración artificial en el FCI, en perjuicio del propio Fondo como de los afiliados asegurados.

Al respecto, es de hacer notar que, la Autoridad Reguladora ha señalado en su Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/N° 491-2013 de fecha 27 de mayo de 2013:

“...En todos los procesos de operaciones, vale decir, recaudaciones, acreditaciones y otros, un cambio en el Valor Cuota se ve directamente reflejado sobre el Valor Cuota utilizado.

(...) una variación del Valor Cuota, siendo que actualmente el mismo se encontraría subvaluado, implicaría utilizar el Valor Cuota que correspondería a la aplicación de la metodología de valoración de la ASFI, lo que significa un incremento en dicho valor, por lo que directamente todos los casos se verían favorecidos sin generar un daño al fondo al constituirse únicamente en un Ajuste que se ve reflejado en un nuevo Valor Cuota.

(...) efectuar un Ajuste del Valor Cuota no representa un efecto negativo en el FCI y que por tanto no corresponde transferencia de recursos entre fondos ni devolución por parte de la AFP, por lo que se recomienda, efectuar el Ajuste Contable correspondiente a través de la aplicación de la metodología de valoración de la ASFI...”

Y en su Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 607-2013 de fecha 4 de julio de 2013, ha ampliado el criterio de la siguiente manera:

"...para el cumplimiento de la norma de pensiones en el ámbito de las inversiones, se halla en la obligación de considerar y en lo que corresponda, toda normativa vigente que tenga relación directa con las actividades que deben realizar sus regulados(...)

...la realización del ajuste contable según los lineamientos de la R.A. 491-2013, considerando la aplicación de la metodología de valoración de la ASFI, no se constituye en algo lesivo; cuando por el contrario, la metodología señalada además de estar relacionada a las tareas de la AFP encuentra respaldo en normativa vigente, gozando de la presunción de legitimidad..."

Por consiguiente, en consideración a todo lo manifestado, tanto por el recurrente como por la recurrida, se puede advertir que la consideración a una sobrevaluación o a una subvaluación del FCI y de su Valor de Cuota, están directamente relacionadas con la aplicación de la fórmula cuestionada y de cuyo análisis, conforme se explicó en el numeral supra precedente, la conclusión al anterior acápite le es común al presente, en sentido de que el cálculo del Valor Par Nacional para los Bonos Soberanos Emitidos en el Extranjero (BSE), de la forma en la que lo considera la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, es incorrecto.

1.3. Falta de fundamentación en la Resolución impugnada.-

Sin perjuicio de todo lo anterior, y toda vez que la recurrente acusa también, que "el Acto Administrativo recurrido no cuenta con un elemento esencial para su validez, como es la motivación", y amplía el alegato en el siguiente sentido:

*"...la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/Nº 491-2013 de 27 de mayo de 2013 confirmada mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/607-2013 de 04 de julio de 2013, no ha cumplido con el elemento principal y esencial contenido en el inciso e) del Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que no contiene la debida fundamentación y motivación de lo establecido en la parte dispositiva, lo que ocasiona la consiguiente **NULIDAD** del referido acto administrativo al amparo del artículo 35 inciso e) y artículo 30 inciso d) de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, al haberse transgredido el mandato contenido en el artículo 20 del Decreto Supremo No. 27175..."*

El agravio así expresado, deja al criterio del suscrito el determinar si efectivamente, existe en el pronunciamiento del Ente Regulador una falta de motivación y fundamentación en el fallo impugnado, por cuanto es evidente, que lo mismo hace a la obligación de quien lo pronuncio, conforme lo establece el inciso d) del párrafo II, del artículo 17º del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 (concordante con el inciso e) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 23 de abril de 2002), el que impone a la Autoridad Administrativa el deber de motivar o fundamentar sus decisiones.

Sin embargo, debe hacerse notar que, amén de la exposición teórica que hace al derecho presumiblemente infringido, y de la mención supra transcrita (que hace mas a un petitorio particular que a un fundamento real), la recurrente no concretiza como habría incumplido la Autoridad recurrida con su deber de motivar sus decisiones.

Tampoco señala en qué consistiría, en el criterio del Recurso, la violación que acusa, limitándose a su simple mención, conforme lo supra transcrito, extremo que bien debiera determinar el rechazo de este alegato en razón de su evidente carácter infundado; no obstante visto lo concluido pro el suscrito en los numerales 1.1 y 1.2 precedentes (los que no se refieren en específico a ninguna falta de motivación), toca presumir que cuando la recurrente acusa una falta de fundamentación, lo mismo tiene que ver con no haber el Ente Regulador determinado cuál la aplicación correcta de la fórmula de cálculo de los valores de los Bonos Soberanos emitidos en el Extranjero.

Sobre este extremo se ha pronunciado la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ- 17/2004 de 11 de octubre de 2004, cuando señala:

“...la Constitución Política del Estado (...) consagra que nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, es decir, que se prohíbe la imposición de toda sanción, en cualquier ámbito, materia o jurisdicción, sin ejercicio a la defensa. En materia administrativa, este principio implicará la potestad inviolable de todo individuo a ser escuchado en un procedimiento administrativo, pudiendo presentar las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso eficaz de los recursos administrativos que la ley le franquea. Asimismo, entraña la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia administrativa a fin que los administrados puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado por la Administración Pública que pueda afectar sus derechos (...)

*Por su parte, el debido proceso administrativo consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, **obtener decisiones fundadas o motivadas**, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, tener la posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas...”* (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010, al establecer que:

*“...El debido proceso en materia administrativa constituye una garantía fundamental del administrado y consiste conforme han determinado los precedentes administrativos emitidos por la Ex Superintendencia General del SIREFI, en la conjunción de garantías, desde la participación efectiva en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión, ofrecer y producir pruebas, **y obtener decisiones fundadas o motivadas**, entre otras,...*

Asimismo, se debe tomar en cuenta, que en el derecho administrativo como garantía del debido proceso, debe respetarse los derechos del administrado, no pudiendo violarse el derecho a la defensa, a ser oído a presentar pruebas, antes de la determinación de la Autoridad de la comisión de una infracción...” (las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consiguientemente, se establece la carencia de fundamentación precisa a lo decidido en oportunidad de resolver el Recurso de Revocatoria, más ello no dando razón al recurrente, cuyo alegato es, en este sentido insuficiente, sino por conclusión propia del suscrito, emergente de la revisión de los antecedentes supra señalados.

No obstante, esta conclusión no trasciende ni modifica la correspondiente a la de los numerales 1.1 y 1.2 supra evaluados, y que hace a la decisión del presente fallo.

CONSIDERANDO:

Que, de la revisión y análisis de los datos puestos a consideración de la suscrita Autoridad Jerárquica, se establece que el cálculo del Valor Par Nacional para los Bonos Soberanos Emitidos en el Extranjero (BSE), de la forma en que ha sido considerado por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, es incorrecto.

Que, de conformidad con el artículo 43º, inciso b), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá revocar la resolución impugnada, con alcance total, cuando pronunciándose sobre el fondo, la deje sin efecto.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO. REVOCAR la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 607-2013 de fecha 4 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/UI/N° 491-2013 de fecha 27 de mayo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, dejando sin efecto ambas resoluciones.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

SINCHI WAYRA S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 419-2013 DE 09 DE JULIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 084/2013 DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 084/2013

La Paz, 28 de Noviembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SINCHI WAYRA S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó y revocó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 82/2013 de 21 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 178/2013 de 29 de octubre de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 25 de julio de 2013, **SINCHI WAYRA S.A.**, representada legalmente por los Sres. Roberto Luis Martín Botero Reynolds y Juan Pablo Bonifaz Echalar, tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 485/2013 de 20 de mayo de 2013, otorgado ante Notaría de Fe Pública N° 48 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. María Renée Paz Córdova, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 419/2013

de 9 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente y revocó parcialmente la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R- 112120/2013, con fecha de recepción 31 de julio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 5 de agosto de 2013, notificado en fecha 13 de agosto de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013.

Que, mediante Auto de 8 de agosto de 2013, se hizo un llamamiento al tercer interesado **BANCO UNIÓN S.A.**, para que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presente alegatos.

Que, en fecha 26 de agosto de 2013, el **BANCO UNIÓN S.A.** presentó alegatos ante el Recurso Jerárquico Interpuesto por la empresa **SINCHI WAYRA S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. ANTECEDENTES.-

Que, antes de ingresar al análisis de fondo, es importante hacer referencia a los antecedentes que dieron lugar al presente Recurso Jerárquico.

Que, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en fecha 3 de junio de 2013, emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 027/2013, misma que determinó, en su parte resolutive, lo siguiente:

*“**ANULAR** la Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, **inclusive** debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.”*

Los argumentos expuestos en la resolución son los siguientes:

“...2.1. Cargo N° 2, supuesta inseguridad en el sistema denominado “UNINET”

La recurrente señala que la ASFI se hubiera pronunciado de manera parcial en cuanto a la seguridad del sistema UNINET que hace al Cargo N° 2, pese a que, en criterio de la recurrente, el Banco Unión S.A. no hubiera asumido las medidas necesarias en el referido sistema, para evitar que se realicen las transacciones indebidas, por lo que en el presente caso no correspondía levantar y desestimar la

sanción en cuanto al Cargo N° 2.

Previo al análisis de fondo, en cuanto a este punto, nos remitiremos a lo ya expuesto por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012.

“...En este En ese contexto, se establece que los descargos presentados por el Banco Unión S.A. no respaldan que entre el período comprendido del 10 al 19 de enero de 2012 su sistema haya sido seguro y robusto con un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio y recién como se observa el 16 de mayo de 2012 mediante la circular N° 087/2012-REF hace conocer a su personal la implementación de clave virtual para uso en página transaccional del Banco, ratificándose la vulneración a la normativa como se indica en el informe ASFI/DSR I/R-58922, razones por las cuales **no se desvirtúa el cargo notificado....**”

Ahora bien, ya la Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, en cuanto al Cargo N° 2, señala:

“...En ese sentido y en cumplimiento a las recomendaciones impartidas, el Banco Unión S.A. hizo conocer la vigencia de las Circulares N° 228/2011REF. ALERTA-Prevención contra Fraude o Sustracción de Claves de Clientes en UNINET do 27 de octubre de 2011; Circular N° 268/2011-REF: Controles Adicionales de Seguridad para ingreso a nuestra Banca por Internet UNINET de 1 de diciembre de 2011. Circular N° 087/2012-REF: Implementación Clave Virtual para Uso de Página Transaccional del Banco de 16 de mayo de 2012. Adicionalmente, refuerza esta recomendación con la Circular N° 169/2012 de 21 de agosto de 2012. referida a la determinación obligatoria para todas aquellas transacciones habilitadas por UniNet, que representen movimientos de efectivo desde las cuentas de sus clientes hacia terceros. Con esta medida de seguridad, la entidad estaría contrarrestando los actos delictivos denominados "Phishers" hacia los clientes y usuarios de UniNet.”

Por todos estos antecedentes y luego de contrastarse los hechos y las circunstancias de la contravención, se puede colegir que el Banco Unión S.A. cumplió la determinación establecida en el artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, habilitando para tal efecto una serie de recomendaciones para el servicio de transferencia y transacción electrónicas de fondos desde su plataforma tecnológica UniNet...”

Nótese en este punto que la ASFI, en su Resolución Administrativa sancionatoria, se pronuncia en sentido de que los respaldos presentados por el Banco Unión S.A., (Circular N° 087/2012-REF: Implementación Clave Virtual para Uso de Página Transaccional del Banco de 16 de mayo de 2012, adicionalmente, refuerza esta recomendación con la Circular N° 169/2012 de 21 de agosto de 2012) no corresponderían al período sancionado, es decir, del 10 al 19 de enero de 2012, por lo que no correspondería levantar la sanción

Sin embargo, ya en su Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, levanta la sanción en cuanto al Cargo N° 2 con el fundamento de que el Banco Unión S.A. habría cumplido con dicha recomendación al emitir cuatro Circulares "...N° 228/2011REF. ALERTA-Prevención contra Fraude o Sustracción de Claves de Clientes en UNINET **de 27 de octubre de 2011**; Circular N° 268/2011-REF: Controles Adicionales de Seguridad para ingreso a nuestra Banca por Internet UNINET **de 1 de diciembre de 2011**, Circular N° 087/2012-REF: Implementación Clave Virtual para Uso de Página Transaccional del Banco de **16 de mayo de 2012**. Adicionalmente, refuerza esta recomendación con la Circular N° 169/2012 de **21 de agosto de 2012...**".

De lo expuesto, se constata la incongruencia a la que arriba el Ente Regulador al momento de valorar las pruebas, ya que, como vimos antes, la ASFI se pronuncia en sentido de que no existirían descargos en cuanto al período comprendido entre el 10 y el 19 de enero de 2012 y luego ya en la Resolución Administrativa ASFI N° ASFI 778/2012 de 24 de diciembre que resuelve el Recurso de Revocatoria ésta considera la implementación de las cuatro Circulares como descargos para el mismo período.

De todo ello, se desprende que la Autoridad de Supervisión debe hacer una nueva valoración de los descargos, haciendo referencia a que si las cuatro circulares corresponderían ser valoradas dentro del periodo del 10 al 19 de enero de 2012 o solamente las dos primeras, pues las transacciones observadas se dieron del 10 al 19 de enero de 2012.

De igual manera, debe establecer, concretamente, si la implementación de advertencias, como son el caso de las Circulares N° 228/2011 y 268/2011, antes mencionadas, son instrumentos suficientes para brindar seguridad a los clientes del Banco Unión S.A., para evitar riesgos de "Phising."

De la misma manera, nótese, en cuanto al informe de auditoría N° AIN 036/2012 de fecha 29/03/2012, fue considerado por la Autoridad Reguladora en la Resolución Sancionatoria como parte de los descargos del Banco Unión S.A., habiendo concluido que dichos descargos no eran suficientes para desvirtuar, en este caso, el Cargo N° 2; sin embargo, el mismo informe es considerado en la Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, como uno de los elementos para levantar el mismo Cargo N° 2 y disminuir el importe de la sanción.

Esta situación, genera confusión respecto de cuál es la verdadera posición de la Autoridad Reguladora sobre el contenido del informe N° AIN 036/2012 de fecha 29/03/2012, en lo que respecta al Cargo N° 2, por lo que corresponde que la Autoridad Reguladora fundamente claramente su criterio respecto a dicho informe y al contenido del mismo, específicamente respecto al mencionado Cargo N° 2.

2.2. En cuanto a la sanción.-

La recurrente señala que se sancione al Banco Unión S.A. por la inseguridad de su sistema y, en definitiva, se multe de manera coherente tomando en cuenta el monto del daño generado.

Al respecto, conforme ya se ha expuesto en la Resolución Ministerial Jerárquica, MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 019/2009 de 4 de diciembre de 2009 así como en el libro La Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (pág. 226), se ha establecido que:

“el principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustadas a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responden a la idea de la justicia o verdad material (...)

(...)En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa

*Así se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser **a)** Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, **b)** Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y **c)** que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida*

*Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador **a)** la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b)** naturaleza de los perjuicios causados **c)** la reincidencia en la comisión.”*

Siguiendo esta línea, se tiene que si bien la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se pronunció, en su Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, en cuanto a la graduación de la multa, ya en la Resolución Administrativa N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, la misma modifica el importe de la sanción al Banco Unión S.A. de DEG2.000,00 (Dos Mil 00/100 Derechos Especiales de Giro) a DEG1.100,00 (Un mil cien 00/100 Derechos Especiales de Giro), sin establecer cuáles habrían sido los elementos utilizados para la determinación de una multa de DEG1.100,00 (Un mil cien 00/100 Derechos Especiales de Giro).

Dicho esto, al ser vital dentro del examen de legalidad la verificación del cumplimiento del principio de motivación en el acto impugnado, y habiendo

realizado el análisis correspondiente conforme se apreció precedentemente, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha cumplido con su deber de motivar el acto en cuanto a la proporcionalidad de la sanción y en cuanto a la valoración de las pruebas.

Que, por lo anteriormente expresado, corresponde traer a colación el pronunciamiento emitido por esta instancia jerárquica mediante Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005, sentando el siguiente precedente:

“Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda.”

Ahora bien complementando lo anterior la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 estableció:

“...El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final “

“La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión(....)”

De lo precedentemente citado, tenemos que, el presente proceso debe anularse debido a que el mismo no goza de la debida fundamentación y motivación, por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberá hacer una nueva valoración de la prueba, así como deberá establecer de manera fundamentada el importe de la multa, debiendo encontrarse ésta conforme al principio de proporcionalidad.

Por último, en cuanto a lo referido por la recurrente, en sentido de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero habría dado mayor valor legal al informe de Auditoría Interna del Banco Unión S.A., N° AIN 036/2012, de fecha 29/03/2012, se tiene que el mismo, al corresponder a una diligencia preliminar, debe necesariamente ser considerado ya que es un elemento más de convicción dentro del presente proceso.

Sin embargo de ello, no significa que sea el único elemento a considerar dentro del presente proceso, pues conforme se vio de los antecedentes, también se consideró la inspección realizada por funcionarios de la Autoridad Reguladora así como los informes técnicos y legales que hacen al presente proceso, por lo que no es verdad lo argumentado por el recurrente, en cuanto a que la ASFI se encontraría parcializada con el Banco Unión S.A...”

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 28 de noviembre de 2012, el **BANCO UNIÓN S.A.** interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, en el cual señala lo siguiente:

“(...)

- La Resolución ASFI No. 575/2012 carece de sustento y fundamentación para determinar el incumplimiento del artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.
- El Informe ASFI/DSR I/R-56922/2012 de 15 de mayo de 2012 establece en el punto 3.4 los clientes, entre los que se encuentra Sinchi Wayra S.A. fueron víctimas de fraude informático de tipo “Phishing”. Asimismo, el informe indica que el Banco Unión S.A. ha establecido la existencia de vulneraciones a cuentas de clientes del Banco a través del sistema UNINET, utilizando para tal efecto las contraseñas otorgadas a los clientes.

Al respecto, el Banco manifiesta que en ninguno de los informes se ha afirmado la existencia de “vulneraciones a cuentas de clientes del Banco a través del sistema UniNet”, texto puede dar lugar a interpretaciones erróneas.

- La ocurrencia de un “Phishing” no tiene relación con la seguridad de un sistema o su vulnerabilidad, sino más bien, con la posibilidad de que un usuario autorizado, por negligencia, falta de cuidado o de una u otra manera, involuntariamente o de otra forma, otorgue sus claves o códigos de acceso a un tercero que, posteriormente, los utiliza para efectuar transferencias de fondos y de esta manera sustraer los fondos de su víctima. En este sentido, es conceptualmente equivocado señalar que la ocurrencia del “Phishing” a la Empresa Sinchi Wayra S.A. sea producto de la vulneración del Sistema UniNet y, mucho menos, tomando en cuenta que el manejo de claves o códigos de seguridad es responsabilidad exclusiva de dicha empresa, quienes tenían acceso exclusivo a tal información.
- En fecha 17 de marzo de 2011, el Banco procedió a la entrega de las Claves de Acceso al señor Arturo Antonio Zalles Balanza en representación de la empresa

Sinchi Wayra, conforme se acredita en el formulario adjunto. Adicionalmente la página <https://servicios.bancounion.com.bo/uninet/validuser.aspx?redirect=true>), a través de la cual se ingresa al Sistema Uninet, utiliza el protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado "SSL/TLS". Esto último se refleja en la Barra de Direcciones de todos los navegadores al incluir el prefijo "HTTPS.". De esta forma se asegura la autenticidad, la confidencialidad y la integridad de las transacciones, efectuadas mediante el Sistema UniNet.

En este sentido, se concluye que la única manera para que un cliente pueda realizar transacciones a través del sistema UniNet es utilizando la Clave de Acceso única asociada a un Código de Usuario, proporcionada en forma segura, confidencial y exclusivamente al cliente. Por lo tanto, el cliente es el único responsable de su uso o en su defecto de su transmisión a terceros, circunstancia que de ninguna manera puede ser atribuida al Sistema Uninet.

- Asimismo, para precautelar el PIN en caso de software malicioso de captura de teclado (key loggers) estuviese instalado en la computadora del cliente, la página web de ingreso a UNINET cuenta con un teclado virtual.

Petitorio.- En consideración a lo expuesto y con el sustento de los informes de Auditoría del Banco Unión S.A., cuyas copias se adjuntan, se observa que a tiempo de emitir la Resolución ASFI No. 575/2012, no se habría considerado los antecedentes y descargos presentados relativos al Cargo No. 2 que alude al presunto incumplimiento al artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por cuanto en ningún momento se ha podido comprobar la vulneración a la disposición señalada, en el periodo comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, ni la carencia de un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones solo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por este medio", por cuanto es claro que los débitos no identificados por la empresa Sinchi Wayra de su Cuenta Corriente No. 10000005423524, en el periodo referido, constituye un fraude informático de tipo "Phishing", aspecto que no tiene relación con la conceptualización de que existió una vulneración al sistema UniNet.

Consecuentemente, se solicita revocar parcialmente la Resolución ASFI No. 575/2012 levantándose o desestimándose el Cargo No. 2 de dicha Resolución, desvirtuado en virtud a los argumentos anteriormente expuestos y en consecuencia, en virtud al principio de proporcionalidad disminuir la multa de DEG 2.000.-, establecida en la parte Resolutiva de la señalada Resolución ASFI No. 575/2012"..

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 419/2013 DE 9 DE JULIO DE 2013.-

Que, en observancia a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°027/2013 de 3 de junio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Resolución Administrativa ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013, misma que:

“...PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE, el resuelve primero, referente a los cargos 1, 3 y 4 de la Resolución ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, por no haber sido objeto de impugnación, manteniéndose los mismos firmes y subsistentes.

SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE el resuelve primero de la Resolución ASFI No. 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, dejando sin efecto el cargo N° 2 y la sanción respecto al incumplimiento del Artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

TERCERO.- REVOCAR PARCIALMENTE la sanción impuesta en el resuelve primero de la Resolución ASFI No. 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, de DEG2.000.- (DOS MIL DERECHOS ESPECIALES DE GIRO), estableciéndose una nueva cuantificación sancionatoria de DEG\$1.100.- (UN MIL CIEN DERECHOS ESPECIALES DE GIRO), por los incumplimiento a los cargos 1, 3 y 4 de la mencionada Resolución.

Los argumentos de la referida resolución son los siguientes:

“...CONSIDERANDO:

Que, en Resolución **Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 027/2013** de 3 de junio de 2013, esta instancia dispone que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, dicte nueva Resolución Administrativa, ajustándola a derecho, conforme a los siguientes fundamentos:

- Valoración del informe de Auditoría AIN 036/2012 de 29/03/12 en razón de que la misma fue insuficiente para desvirtuar el cargo N° 2, sin embargo el mismo informe ya en la Resolución ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012 la considera como uno de los elementos para levantar el mismo.
- La obligación de establecer, bajo la debida fundamentación, las razones del levantamiento de la sanción impuesta,
- Fundamentación sobre el Protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado “SSL/TLS” garantizaría la autenticación confidencialidad e integridad a los usuarios del sistema Uninet del Banco Unión S.A.
- La proporcionalidad en la sanción es coherente con la inseguridad que alega la empresa Sinchi Wayra S.A., el mismo que tiene como origen al denominado “Phishing”.
- Valoración de toda la prueba, incluso de la extrañada por el recurrente.
- Sobre supuesta inseguridad en el sistema denominado “UNINET” (cargo N° 2).

CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el marco del Debido Proceso, consagrado en el Parágrafo II del Artículo 115 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, así como el Principio de Verdad Material y en observancia a los fundamentos de la Resolución Jerárquica se procede a valorar el **cargo N° 2**, impugnado por el Banco Unión S.A., de acuerdo a las siguientes consideraciones:

▪ Sobre la valoración del Informe de Auditoría AIN 036/2012 de 29/03/12

El Informe de Auditoría AIN 036/2012 de 29 de marzo de 2012, es un informe complementario del Informe AIN 012/2012 de 9 de febrero de 2012, en el cual se arriba a las siguientes conclusiones:

“Se ha determinado que las nueve transferencias de fondos suman un total de Bs626.400 y las mismas fueron realizadas a través del servicio de Banca por internet (UNINET) utilizando el usuario del Sr. Arturo Zalles Balanza, quien pertenece al personal ejecutivo de Sinchi Wayra S.A.

- *Asimismo se ha identificado que las direcciones IP desde las que se iniciaron las mencionadas transacciones tuvieron su origen en las ciudades de Las Paz en Bolivia, así como Juárez, Monterrey y Distrito Federal en México (adj. Cuadro).*
- *Las transferencias se realizaron con destino a cuentas del Banco Ganadero y Banco Mercantil Santa Cruz, de acuerdo al siguiente cuadro (adj. Cuadro).*
- *Por otro lado, se debe hacer notar que **el Banco en cuanto tuvo conocimiento de que circulaban correos solicitando información a los clientes del sistema financiero ha estado sacando constantemente publicaciones por prensa a nivel nacional, advirtiendo que el Banco no solicita a sus clientes contraseñas, números de tarjetas o información personal, la primera publicación salió el 30/10/2011.***
También se ha insertado en el sitio web corporativo un comunicado haciendo recomendaciones de seguridad para los clientes que utilizan el servicio UNINET”.

Asimismo, el Banco de manera complementaria, concluye:

- *“... con relación a las transacciones reclamadas por el cliente, se concluye que el Banco ha cumplido con las instrucciones del cliente relacionadas a la otorgación de accesos al servicio UNINET, con las precauciones y responsabilidades que conlleva la administración de claves y PIN, descartando toda posibilidad de que los sistemas de seguridad del Banco para el uso de UNINET fueron vulnerados (...) Finalmente, considerando los puntos expuestos anteriormente y en el Informe adjunto, se ratifica que los controles de seguridad tecnológica que protegen los servicios de Banca por Internet (UNINET), no fueron vulnerados”.*

De la lectura del Informe de Auditoría AIN 036/2012 de 29 de marzo de 2012, y en estricta observancia al principio de verdad material, se puede observar sobre los puntos en conflicto, que la institución financiera advertida de los fraudes cibernéticos que estaban ocurriendo, publicó en el periódico "El Deber" (de circulación nacional) de fecha 14 de noviembre de 2011 (entre algunas publicaciones), un comunicado sobre advertencia de "phishing", cuya fotocopia del aviso con la factura del mismo, se encuentra en el expediente de este proceso administrativo.

Asimismo, de acuerdo al Informe de Auditoría, se colocó una advertencia en el sitio web corporativo que refiere la misma advertencia, situación que nos lleva a la conclusión de que la entidad financiera realizó las acciones oportunas a fin de advertir a sus clientes y/o usuarios sobre correos o requerimientos fraudulentos.

▪ **Razones del levantamiento de la sanción impuesta**

Esta Autoridad de Supervisión a través de la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2013 de 5 de noviembre de 2012 y en aplicación a la potestad sancionadora consagrada en el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) sancionó a la entidad financiera con una multa de DEG2.000.- (DOS MIL 00/100 DERECHOS ESPECIALES DE GIRO), por los cargos notificados a través de la comunicación ASFI/DCC/124139/2012 de 10 de octubre de 2012, entre los cuales se encontraba el **Cargo N° 2**, referido a: **"Al artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, por no implementar en el sistema de Banca por Internet "UNINET", en el período comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio"**.

Con referencia a la observación citada, se ha considerado el INFORME/ASFI/DSR I/R-64764 de 3 de mayo de 2013, Inspección Especial: Caso Empresa Sinchi Wayra S.A., que menciona: "... para establecer si un usuario ha sido víctima de Phishing o de algún otro tipo de fraude informático **deben efectuarse oportunamente procesos de recolección de evidencia en equipos (computadoras y/o dispositivos móviles) empleados para el acceso al servicio del que se presume le fue robada la información confidencial de autenticación (códigos y claves) al usuario**" (las negrillas son nuestras).

En este sentido, al haberse realizado una inspección especial sobre el tema en particular y haberse concluido que la evidencia disponible es insuficiente, esta Autoridad de Supervisión considera que se debe levantar la sanción impuesta.

▪ **Fundamentación sobre el Protocolo de autenticación y cifrado (encriptación) denominado "SSL/TLS" garantizaría la autenticación confidencialidad e integridad a los usuarios del sistema Uninet del Banco Unión S.A.**

A fin de dar respuesta a la pregunta solicitada por instancia jerárquica, se debe comprender como Protocolo de autenticación y Cifrado (encriptación) al conjunto de reglas que rigen el intercambio de información a través de una red de computadoras, un protocolo de autenticación (o autenticación) es un tipo de protocolo criptográfico que tiene el propósito de autenticar entidades que desean comunicarse de forma segura. Los protocolos de autenticación se negocian inmediatamente después de determinar la calidad del vínculo y antes de negociar el nivel de red.

Por otra parte, el denominado "SSL/TLS", que es acrónimo de Secure Sockets Layer, que en español significa: "Capa de Conexión Segura", es un protocolo criptográfico que proporciona comunicaciones seguras por una red, comúnmente Internet. Para establecer una conexión segura SSL, su aplicación debe tener una clave de cifrado que le asigna una autoridad de certificación (normalmente especializada para este tipo de certificaciones), que para el presente caso, a la fecha de los eventos, dicha condición se encontraba cumplida por el Banco, tal como se indica en punto 2.2 "Infraestructura Tecnológica asociada a UniNet" del Informe ASFI / DSR I /R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012: "(...) Restricción para uso del certificado SSL en la comunicación (si no se usa SSL se deniega el acceso al sitio)." Garantizando la autenticación, confidencialidad e integridad a los usuarios del sistema Uninet de dicha entidad financiera.

- **La proporcionalidad en la sanción es coherente con la inseguridad que alega la empresa Sinchi Wayra S.A., el mismo que tiene como origen al denominado "Phishing".**

El Principio de proporcionalidad, alegado por la instancia jerárquica, impone que el contenido de toda decisión deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables.

En este sentido, se sancionó a la entidad financiera Banco Unión S.A. de acuerdo a la potestad sancionadora de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, establecida en el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) y al artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras. Asimismo, esta proporcionalidad para imponer la sanción, tuvo como base los hechos que le sirvieron de causa o motivo para la imposición de la misma.

Por otra parte, al no existir una sanción específica que refiera la presente contravención, ésta Autoridad se sustentó en las atribuciones dispuestas en el numeral 10 del artículo 154 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), la cual menciona: "Imponer sanciones administrativas a las entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales".

▪ **Valoración de toda la prueba, incluso de la extrañada por el recurrente.**

Sobre la valoración de toda la prueba que refiere el Recurso Jerárquico, esta Autoridad de Supervisión, vuelve a valorar los descargos presentados por el Banco Unión S.A., así como manifestarse sobre la prueba extrañada.

- ✓ El **Informe ASFI / DSR I /R-58992/2012** de 15 de mayo de 2012, realizado por el Supervisor de Riesgo Tecnológico de la Dirección de Supervisión de Riesgos I de esta Autoridad de Supervisión, que se inicia a raíz de una denuncia presentada por la Sra. María Tudela Rodríguez, sobre supuestos delitos de Phishing, entre los cuales se encuentra la empresa Sinchi Wayra S.A., manifestando sobre el caso concreto: *“Caso: SINCHI WAYRA S.A.—Mediante carta BUSA GG N°50/2012 de 25 de enero de 2012, el Banco informó a esta Autoridad de Supervisión que la empresa Sinchi Wayra S.A. ha denunciado nueve transferencias irregulares desde su cuenta a través del sistema ACH por un monto de Bs626,000 a cuentas de personas naturales en diferentes bancos. Asimismo, se afirma que las transacciones por Internet tuvieron su origen en países extranjeros”*.

Del análisis del Informe, se puede apreciar que al 15 de mayo de 2012 existía doce (12) casos con los mismos antecedentes particulares “Phishing”, razón por lo cual, en primera instancia se aprecia que los clientes (12 casos) fueron víctimas de fraude informático y que el Banco estableció la existencia de vulneraciones a cuentas de clientes a través de su Sistema UNINET. Asimismo, el referido Informe de la Dirección de Supervisión de Riesgos I, concluye que para el caso de la empresa Sinchi Wayra la denuncia debería ser ampliada por un Informe de Auditoría Interna y recomienda la necesidad de implementar sistemas robustos de autenticación a fin de minimizar los casos de Phishing y proceder con la devolución de importes defraudados a aquellos clientes de los cuales se excedió el monto máximo diario autorizado en las transacciones no reconocidas.

De acuerdo a la recomendación del **Informe ASFI / DSR I /R-58992/2012** de 15 de mayo de 2012 de la Dirección de Supervisión de Riesgos I, el Banco Unión S.A. remitió los Informes de Auditoría sobre el caso en particular:

- ✓ El **informe AIN 012/2012** de 09 de febrero de 2012, emitido por el Auditor en Sistemas y el Auditor Nacional Interno del Banco Unión S.A., el cual tiene por objetivo evaluar y establecer el cumplimiento de los procedimientos internos establecidos en la norma interna para la realización de transferencias por el servicio de Banca por Internet. Para este cometido, la institución financiera realizó un análisis de todas las transferencias observadas y concluye que en todos los casos se utilizó el mismo usuario (73783 – Zalles Balanza Arturo Antonio) que corresponde a la cuenta usuario “BI”, misma que corresponde a una cuenta utilizada por el sistema UNIBANCA para las transacciones vía banca por internet.

Asimismo, establece las personas beneficiarias de los traspasos que corresponden a: Hugo Ivis Miranda Encinas, Omar Gustavo Apaza Mamani Jesús Diego Salazar Cruz, John Alcides González Mercado, Felipe Richard Tola Mamani y Mayck Romel Quilca Cruz, de los cuales el único que tiene un registro coincidente entre el Banco Unión es el señor Hugo Ivis Miranda Encinas.

Por otra parte, el mencionado informe hace alusión a una advertencia en el sitio corporativo por amenazas de Phishing, que menciona que pone en conocimiento de los clientes que el Banco NUNCA solicita información personal de los clientes.

Asimismo, el Banco menciona a través de su Gerencia Nacional Legal que: *“Al existir una carta expresa del cliente para que se le otorgue el servicio de UNINET e incluso señalar la identidad de sus funcionarios que harían uso del servicio, el Banco procedió a cumplir las instrucciones durante todo el tiempo. Además, debemos hacer énfasis que como en cualquier servicio financiero en el que se utiliza claves o PIN, el cliente es responsable de su uso desde el momento en que recibe la clave o PIN de parte del Banco”*. (El subrayado es nuestro).

El Informe concluye que por todos los aspectos mencionados, el Banco ha cumplido con las instrucciones del cliente, con las precauciones y responsabilidades que conlleva la administración de claves y PIN, descartando toda posibilidad de que los sistemas de seguridad del Banco para el uso de UNINET hayan sido vulnerados.

Como se puede apreciar del Informe AIN 012/2012, este concluye aseverando que se hizo un seguimiento a todas las transacciones realizadas y éstas fueron realizadas por el poseedor de la clave o PIN quien es en última instancia el responsable de su uso, desde el momento de acceder a ella.

- ✓ El **Informe AIN 023/2012** de 1º de marzo de 2012, emitido por el Auditor en Sistemas y revisado por el Auditor Nacional Interno del Banco Unión S.A., tuvo como objetivo verificar toda la información relacionada a los controles a ser implementados para incrementar las medidas de seguridad actuales del proceso de autenticación de los usuarios del Portal UNINET, concluyendo que el Banco a la fecha tiene en proceso la implementación de un mecanismo denominado *“Token Virtual”* el cual está en etapa previa a la realización de pruebas piloto.

Por otro lado, en el tema de casos identificados con transacciones no autorizadas, el Área de Asesoría Legal, sobre el caso de Sinchi Wayra, menciona que se instruyó al Asesor Legal de Recuperaciones hacer seguimiento a la denuncia penal y coadyuvar con la misma.

El informe concluye mencionando que el Banco a la fecha de la presentación del informe, tiene en proceso de implementación un sistema de seguridad que robustecerá su sistema actual.

Finalmente, el informe menciona que todos los casos identificados con transacciones no autorizadas a través de UniNet, considerados como casos de “*phishing*” sobre los clientes, están siendo atendidos a través de la Gerencia Nacional Legal, por lo que los controles de seguridad perimetral de los sistemas del Banco no fueron vulnerados.

Como se puede apreciar del Informe de Auditoría, el Banco sólo hace mención a la implementación de medidas de seguridad que están dirigidas a robustecer su sistema de seguridad, reiterando que los controles de seguridad del Banco, en lo que concierne a sistemas, no fueron vulnerados.

Con referencia a la “**prueba extrañada**”, esta Autoridad de Supervisión, manifiesta:

En instancia jerárquica se pudo apreciar que la Empresa Sinchi Wayra S.A. presentó al Banco Unión S.A. en fecha 27 de septiembre de 2011 una carta, en la cual se solicita puntualmente: “...reiteramos que toda transacción que implique movimiento de fondos requiere siempre de 2 aprobadores para su procesamiento, conforme se establece en los poderes que les presentamos para el caso de los usuarios Mercedes Carranza, Felipe Hartmann, Fernando Ramos y Arturo Antonio Zalles. En este sentido, solicitamos que la configuración de aprobaciones de UNINET involucre operativamente la participación de 2 usuarios para la liberación de cada transacción”.

Sobre este particular, y atendiendo el requerimiento de dicha instancia, dentro del término de prueba aperturado en instancia de revocatoria, se solicitó a la Comisión Especial específicamente lo siguiente: “... si bien el INFORME /ASFI/DSR I /R-64764/2013 de 3 de mayo de 2013, concluye que el Banco Unión S.A. cumplió con las solicitudes del cliente relacionadas a la otorgación de accesos al servicio UniNet, no se hace mención a la aclaración que solicita la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 018/2013, relativa a la solicitud de la empresa Sinchi Wayra S.A. de dos aprobadores para el movimiento de fondos, adjuntando para tal efecto una fotocopia simple de la carta FIN-197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011...”.

Sobre el particular, la Comisión Especial informa: “...se solicitó formalmente a la entidad bancaria toda la documentación de la empresa Sinchi Wayra S.A., conjuntamente a la información generada por el sistema UniNet y los registros de cambios de su base de datos, estableciéndose que la carta FIN-197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011 **no forma parte de los antecedentes documentales del señalado cliente**” (las negrillas son nuestras).

En este sentido, considerando que la carta a que hace mención la Empresa Sinchi Wayra S.A., no fue encontrada por el Banco Unión S.A., quien alega en su nota CITE: CA/BUN P.CORP.292 de 10 de mayo de 2013: *“El Banco se encuentra revisando los archivos y en caso de que existiera el contrato de Uninet o algún documento adicional, se informará a su autoridad”*, corresponde remitir antecedentes a la Dirección de Supervisión de Riesgos I, a efectos de que evalúen si corresponde el inicio de un proceso administrativo sobre este nuevo presunto incumplimiento.

▪ **Sobre supuesta inseguridad en el sistema denominado “UNINET”**

El Banco Unión S.A., reconoce que la empresa Sinchi Wayra S.A. fue víctima de fraude informático tipo “Phishing”, asimismo aclara que la existencia de este tipo de vulneraciones a cuentas de clientes del Banco, son efectuadas a través de la utilización de contraseñas otorgadas a sus clientes, y no así *“vulneración a cuentas de clientes del Banco a través del sistema UniNet”* (el subrayado es nuestro).

De esta aclaración, se puede advertir que evidentemente existió un fraude tipo “Phishing”, que es un tipo de fraude a través del cual se envían correos electrónicos que proviene de fuentes fiables (por ejemplo de entidades financieras). Este tipo de delito consiste en crear una *página falsa* y cuando el cliente de la cuenta introduce los datos pedidos, da lugar a la estafa. Los principales daños provocados por el “*phishing*” son el robo de identidad y datos confidenciales.

Para la averiguación de este tipo de fraudes, se deben efectuar oportunamente procesos de recolección de evidencia a nivel de hardware y software, los cuales podrían determinar el grado de responsabilidad de la entidad o del cliente y/o usuario.

Para el caso en particular, (Banco Unión S.A.), es importante traer a colación el Informe de Inspección Especial realizado, sobre el reclamo de la Empresa Sinchi Wayra S.A., que se realizó el pasado 30 de abril del año en curso, en la cual se menciona: *“... para determinar si un sistema informático pudiese haber sido vulnerado, es preciso efectuar a tiempo pruebas de informática forense, para la identificación de las vulnerabilidades potencialmente explotadas, examinar los registros del sistema y de las herramientas con las que interactúa. Dado que el Sistema de Banca por Internet del Banco (Uninet) ha sufrido modificaciones en fechas posteriores a los acontecimientos que nos ocupan y que no se dispone de recursos tecnológicos para replicar las condiciones, no nos pronunciaremos sobre este supuesto”*.

Concluyendo este informe en: *“... la evidencia disponible es insuficiente para establecer si las transacciones de fondos no reconocidas y reclamadas,*

realizadas entre el 10 y 19 de enero de 2012, en cuentas de Sinchi Wayra S.A. son atribuibles a esta empresa o fueron logradas por vulneración al sistema informático del Banco Unión S.A.”.

- Esta Autoridad de Supervisión, en atención a la **Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 18/2013** de 16 de abril de 2013, que refiere un caso similar presentado por la Empresa Sinchi Wayra S.A., dispuso la conformación de una comisión especial, conformada por profesionales en informática, a efecto de establecer y determinar, en una inspección in situ, si las transacciones de fondos no reconocidas y reclamadas realizadas entre el 10 y 19 de enero de 2012 en cuentas de Sinchi Wayra son atribuibles a ésta o fueron logradas por vulneración al sistema informático de la entidad financiera.

Como resultado de la inspección in situ, la Dirección de Supervisión de Riesgos I dispuso un personal, de cuyos resultados se establece:

“... Examinada la Bitácora General de modificaciones a la cuenta 1-0000005423524, no se ha encontrado ninguna alteración. Sin embargo, no hay tablas relacionadas directamente con el servicio UniNet que tengan bitácora en BIT_CAMBIOS. Las tablas más cercanas son:

- CUENTA_EFECTIVO, Maestro de Cuentas.
- MOVIMTO_DIARIO, Movimiento de Cuentas.
- ENVIO_ACH, Solicitudes de Transferencias ACH”.

Asimismo, el informe señala: *“La Empresa Sinchi Wayra S.A. solicitó la apertura de una cuenta en moneda nacional, requiriendo que la misma sea de manejo indistinto; posteriormente, a través de carta FIN-027 02-2011 de 23 de febrero de 2011, solicita la habilitación del Servicio UniNet, para los servicios de Consulta de Saldos, Pago de Impuestos, Traspasos entre Cuentas y Transferencias a Otros Bancos, para sus cuentas corrientes en moneda nacional, a los usuarios que se detallan a continuación:*

	Nombre	CI	Accesos Autorizados
Eduardo Enrique	Enrique Capriles Tejada	799212 LP	Consulta de Saldos /Carga de Operaciones /Autorización
Hilmar Rode		E0031602	Consulta de Saldos /Carga de Operaciones /Autorización
María de las Mercedes	Mercedes Carranza Aguayo	3424955 LP	Consulta de Saldos /Carga de Operaciones /Autorización
Luis Felipe Hartmann	Hartmann Luzio	2016978 LP	Consulta de Saldos /Carga de Operaciones /Autorización
Cesar Fernando Ramos	Ramos Moreno	E0025382	Consulta de Saldos /Carga de Operaciones /Autorización
Arturo Antonio Zalles	Zalles Balanza	462285 LP	Consulta de Saldos /Carga de Operaciones /Autorización
Juan Pablo Arce	Arce Jofré	2445370 LP	Consulta de Saldos /Carga de Operaciones
Fernando Rivera	Rivera Carvajal	3458384 LP	Consulta de Saldos /Carga de Operaciones

Incluyendo en el detalle de la solicitud referida al Sr. Arturo Antonio Zalles Balanza, con cuyo usuario se efectuaron las transacciones reclamadas por la Empresa.

De la evaluación in-situ realizada y sobre la base de la documentación presentada por la entidad, se concluye que:

1. *"El Banco cumplió con las solicitudes del cliente relacionadas a la otorgación de accesos al servicio UniNet.*
2. *Las nueve (9) transacciones reclamadas por la Empresa, realizadas a través del servicio UniNet entre el 10 y 19 de enero de 2012, que afectaron a la cuenta 1-0000005423524, fueron ejecutadas utilizando un Número de Identificación de Usuario y Clave Personal de Acceso válidos, sobre un canal de comunicación seguro.*
3. *Al 10 de enero de 2012, el Banco no mantenía permanentemente abierto y disponible un canal de comunicación que permitiese al usuario solicitar el bloqueo en tiempo real de cualquier operación que intente efectuarse utilizando sus medios de acceso o claves de autenticación.*
4. *El registro de pistas de control de la solución UniNet, que permitía el registro y seguimiento íntegro de las operaciones realizadas, no contemplaba la generación de archivos que permitiesen respaldar los antecedentes de cada operación electrónica, necesarios para efectuar cualquier seguimiento, examen o certificación posterior.*
5. *Los requisitos para los sistemas de transferencia y transacción electrónica, establecidos en el artículo 1, Sección 4, Capítulo II, Título VII, Libro 3° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se encontraban parcialmente implementados en la solución UniNet a momento de procesar las nueve (9) transacciones reclamadas por la Empresa".*

No obstante las conclusiones señaladas precedentemente, cabe mencionar que conforme lo expuesto en el punto 2.1, Consideraciones Iniciales, del presente informe, la evidencia disponible es insuficiente para establecer si las transacciones de fondos no reconocidas y reclamadas, realizadas entre el 10 y 19 de enero de 2012, en cuentas de Sinchi Wayra S.A., son atribuibles a esta empresa o fueron logradas por vulneración al sistema informático del Banco Unión S.A."

En este sentido, y considerando las conclusiones arribadas sobre el tema, el Derecho Administrativo, se manifiesta con el "Principio In Dubio Pro Actione" que es un derecho fundamental aplicable en diferentes ámbitos del mismo, que en concordancia con el Tribunal Constitucional menciona: "... con la finalidad de garantizar el debido proceso y derecho a la defensa del administrado o de quien se encuentra siendo procesado, el ordenamiento administrativo permite a la autoridad administrativa realizar una interpretación favorable al procesado, ...". Por lo que se establece que ante la duda surgida, la regla se aplica en favor del administrado (Banco Unión S.A.), facilitando de este modo, que se pueda dictar una resolución sobre el fondo del asunto.

Por lo tanto, queda claro que al no poder determinar si la vulneración fue atribuible al sistema del Banco Unión S.A. o por el contrato fue atribuible a la empresa Sinchi Wayra S.A., se establece que el cargo debe ser desvirtuado...”

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Estado, como parte de la política financiera, determina en el parágrafo I del artículo 332, que las entidades financieras estén reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras, de derecho público y con jurisdicción en todo el territorio boliviano.

Que, en cumplimiento a ese mandato constitucional, a través del artículo 137 del Decreto Supremo No. 29894 de 7 de febrero de 2009, se establece que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se denominará Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, asumiendo las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de valores y seguros.

Que, el artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras N° 1488 de 14 de abril de 1993, señala entre las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, el vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera y el de ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades que intermedien recursos financieros.

Que, la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, por disposición de la Ley, es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades vinculadas con los sectores relacionados a intermediación financiera y valores.

Que, la imposición de sanciones administrativas constituye una de las atribuciones conferidas por la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado) a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su condición de Órgano Regulador y Supervisor de las entidades de intermediación financiera, cuya aplicación se encuentra sustentada por el artículo 99 de la citada Ley, ajustándose a los lineamientos establecidos en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, “Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera”.

Que, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el señor Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, designó a la ciudadana Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), regula las actividades de intermediación financiera con el propósito de precautelar el orden financiero y promover un sistema financiero sólido, confiable y competitivo.

Que, el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras (Texto Ordenado), determina que cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan sus previsiones legales o las normas reglamentarias, serán pasibles a la imposición de sanciones administrativas.

Que, el Artículo 79 de la Ley N° 2341, del Procedimiento Administrativo señala que las infracciones prescribirán en el término de dos (2) años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un (1) año. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida mediante la iniciación del procedimiento de cobro, conforme a reglamentación especial para los órganos de la Administración Pública, comprendidos en el Artículo 2° de la presente Ley.

Que, el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para Bancos y Entidades Financieras, dispone en el párrafo I que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva, asimismo el artículo 43 del citado Decreto Supremo, establece las formas de resolver el recurso de revocatoria interpuesto por los recurrentes.

Que el Decreto Supremo N° 22203, Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, en su artículo 3, dentro de las funciones establecidas para este Órgano de Supervisión establece: "Interpretar en el ámbito administrativo, los alcances de las disposiciones legales y administrativas que rigen a las entidades a su cargo".

CONSIDERANDO:

Que, el Informe Legal ASFI/DAJ/R-100690/2013 de 8 de julio de 2013, establece que la sanción impuesta en la Resolución ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, sobre el incumplimiento del artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, motivo del Recurso de Revocatoria presentado por el Banco Unión S.A., es un cargo que debe ser revocado en razón de no existir la evidencia disponible para determinar la existencia de este extremo, tal cual lo establece el Informe de la Comisión Especial realizado en fecha 30 de abril de 2013, por lo que este cargo queda desvirtuado, quedando una multa residual por los cargos 1, 3 y 4 de DESGs1.100

(MIL CIEN DERECHOS ESPECIALES DE GIRO), de acuerdo a la valoración establecida en la Comunicación / ASFI/DDC/R-165705/2012 de 14 de diciembre de 2012...”

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 25 de julio de 2013, **SINCHI WAYRA S.A.**, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013, argumentando lo siguiente:

“(...)
“

2. INTERPONE RECURSO JERÁRQUICO.

2.1. Resolución Recurrida.

En fecha 17 de julio de 2013 se ha notificado a Sinchi Wayra S.A., con la Resolución ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013, mediante la cual su Autoridad resuelve el Recurso de Revocatoria planteado, revocando parcialmente la Resolución ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012 y revocando la sanción impuesta y estableciendo nuevo quantum en razón a haber dejado sin efecto una de las sanciones establecidas en el cargo N° 2.

2.2. Fundamentos de la Resolución de Revocatoria.

ASFI volviendo a cometer errores pasados ya representados, sin considerar los extremos necesarios para la emisión de la Resolución Revocatoria, ratifica su decisión de reducir la sanción que amerita el accionar del Banco Unión S.A., amparando el fallo en el Informe de Inspección Especial, el cual señala que no se puede determinar si la responsabilidad de las transacciones es atribuible a la empresa perjudicada (Sinchi Wayra), o al Banco Unión por la vulneración a su sistema informático.

Con ese fundamento, simple ratifica la posición de liberar de responsabilidad al Banco Unión, por este concepto, obviando totalmente la responsabilidad que esta entidad financiera tiene como depositario de ahorros de la población.

2.3. Elementos Fácticos y fundamentos legales que sirven de base para recurrir en Jerárquico.

Corresponde dejar de manifiesto que ASFI ha viciado sus actos parcialización y subjetividad, conforme pasamos a detallar;

2.3.1.- Se debe tener presente que en todo momento el Banco Unión debe ser responsable por los depósitos que maneja, en ese contexto, debe asumir las medidas de seguridad necesarias para evitar que se den figuras delictivas como por ejemplo el Phishing, contra los usuarios de sus servicios y sus clientes; medidas que en la práctica no se ha dado, fundamentalmente porque el único aspecto realmente objetivo y claro es que existe un desmedro patrimonial para Sinchi Wayra, a causa de la

falta de diligencia, seriedad y seguridad de un Banco supervisado y controlado, cuyo principal accionista es el Estado.

La responsabilidad que el Banco tiene, es por no implementar mecanismos seguros y eficientes para el manejo de cuentas por el servicio de UNINET; prueba clara de ello es que existe un resultado negativo y una pérdida de fondos de una cuenta privada; aspecto que significa que los "supuestos" actos de seguridad que hubiera realizado no tuvieron resultado real.

Se debe tener en cuenta además que fue el propio Estado quien obligó a todos los particulares que tienen obligaciones con este a realizar sus transacciones a través de un Banco corresponsal inseguro (Banco Unión), mayor razón para ser lo más cautelosos posible con el manejo de esta entidad financiera, ya que la fe del Estado está comprometida con hechos cuyos resultados son lesivos.

*Si conforme consta en el cuerpo de antecedentes existía una solicitud remitida por la empresa para el manejo conjunto de las cuentas y este no fue implementado, **cómo** puede entenderse que ahora ASFI plantee el principio in dubio pro actione, realmente existe una duda aceptable que pueda generar incertidumbre respecto del accionar responsable del Banco, o solo es una actuación corporativa del Estado en defensa a ultranza de sus actos, sin importar la procedencia o cuan lesivos estos puedan resultar. La situación referida resulta un exceso y no podría ser entendida de otra manera, porque la evaluación a medias de los hechos realizada por ASFI, por más que esté fundada en 19 fojas, no es más que papel y esa situación no fue la referida por el Ministerio de Hacienda cuando anuló la primera Resolución de Revocatoria, que ordenaba que se emita un fallo en respeto al debido proceso, a la fundamentación y a la motivación.*

2.3.2.- *No es cierto que el Banco Unión hubiera asumido todas las medidas necesarias para evitar se consumen las transacciones indebidas realizadas, debido a que se tiene como resultado real la realización de nueve transferencias de dinero desde cuentas de esta empresa a cuentas de terceros ajenos a la relación contractual que se mantiene con el Banco Unión. Además, se tiene conocimiento que existen asimismo, otras transacciones indebidas de otros clientes del Banco, que sufrieron los mismos débitos indebidos que los sufridos por Sinchi Wayra S.A., que son de conocimiento de ASFI y que están siendo tramitados por cuerda separada ante la misma instancia.*

Simplemente que ASFI de manera separada y sin asumir su responsabilidad de Autoridad de Supervisión y Regulación de Bancos, las mantiene separadas, sin unificar el procedimiento de averiguación y con este hecho deja de ser una autoridad imparcial e incondicional de sus regulados, coadyuvando a tratar de despejar el escenario oscuro en el que Banco Unión se encontraba. No puede sino entenderse esto, debido a que la defensa acérrima que se ejercita

del Banco Unión es notoriamente grosera y este hecho no tiene una explicación causal explicativa coherente, sino que evidencia ese afán de defensa demostrado de manera incontestable en la presente denuncia.

2.3.3.- Se reitera la fundamentación realizada en sentido que no se ingresó a considerar que un sistema bancario seguro, es aquel que minimiza el riesgo de sus clientes a través del establecimiento de medios seguros como son los que se tienen en otras entidades financieras como ser:

- Clave Token, que cambia constantemente, cada 30 segundos, además del password.
- Clave y Password en teclado digital con mouse para evitar ingresar la clave mediante teclado, que es más fácilmente grabable.
- Clave y Password además de ingresar los datos contenidos en una tarjeta entregada al usuario.

ASFI tampoco analiza cuáles eran las responsabilidades del depositario en este caso el Banco, no analiza lo dispuesto por el Código Civil en sus Artículo 838 y 862 en concordancia con el Artículo 1346 y siguientes del Código de Comercio, que comparten el principio que el depositario tiene como obligación principal y básica la custodia de los bienes entregados en esta calidad (en este caso dinero), con la obligación correspondiente de la restitución de los mismos en los términos del contrato.

2.3.4.- El principio *ÍN DUBIO PRO ACTIONE*, es aceptable cuando no existen elementos suficientes para el establecimiento de una responsabilidad contra el administrado, obviamente que cuando una investigación se realiza de forma absolutamente parcializada, sesgada y de una total apología del administrado (con capital del estado), este principio constitucional sagrado de presunción de inocencia, se desvirtúa y convierte en la tumba del estado de derecho.

La duda razonable que aplica ASFI como beneficio al administrado en el presente caso, es que ASFI solicitó al Banco Unión la copia de la nota FIN-197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011, remitida por Sinchi Wayra y recepcionada en el Banco Unión en la misma fecha señalando el Banco, que la nota remitida no cursa en sus archivos. ASFI limitó increíblemente su investigación a esa situación, es decir a la respuesta evasiva del Banco, nunca solicitó la referida nota a Sinchi Wayra en su calidad de tercero interesado perjudicado patrimonialmente por los débitos indebidos en sus cuentas bancarias. ASFI bien pudo haberla solicitado a la empresa solicitante para fines de investigar la verdad materia] dé los hechos. Por ello su investigación fue limitada por la mal voluntad demostrada y en ese contexto, luego de la grave irregularidad referida, asume la duda razonable a favor del administrado, conestando (sic) de esta forma el ilícito proceder del Banco, a quien obviamente no le interesa que la referida nota salga a luz, porque es contundente para determinar la responsabilidad por no cumplir instrucciones del depositario. Los elementos puestos a su consideración son suficientes para

evitar aplicar a favor del Banco el principio *in dubio pro actione*, sino más bien profundizar la investigación, debido a que lo primero que se debía investigar era porque el banco serio y responsable - Banco Unión - no guarda registro documental de sus clientes y porque de manera absolutamente sospechosa no encuentra documentos que hacen a su responsabilidad total en un hecho, como es la solicitud de manejo conjunto de la cuenta, y no realizado por primera vez, sino como reiteración, conforme el texto literal de la nota establece. (Para mayor abundamiento, adjuntamos la nota de referencia en copia simple, con el correspondiente sello de recepción)

Por otro lado, si se analiza todo el tema y el contexto en que se encuentra, el Banco da cumplimiento y asume la nota en algunos aspectos, pero para otros aspectos menciona que no tiene conocimiento de los hechos, paso a detallar, el Banco en el informe de Auditoría Interna refiere que Sinchi Wayra había solicitado la ampliación de los límites de transacciones para sus usuarios, resulta que conforme su Autoridad Jerárquica podrá evidenciar, la nota por la cual se amplía el límite de manejo a USD. 2.000.000.- es la misma nota FIN 197 09-2011. Por ello no se entiende porque ASFI no analiza estos extremos y aplica multas mayores a esta entidad bancaria, eso implica falta de seriedad, poco análisis y falta de exhaustividad en la formación de la razón última del fallo.

2.3.5.- Cabe precisar que con relación al supuesto Phishing, no pueden establecerse elementos reales que hagan a su existencia, todo son presunciones y es más fácil para ASFI responsabilizar sin prueba alguna, a un tercer sujeto que no es parte del proceso sancionatorio, como es Sinchi Wayra la perjudicada con el inseguro sistema del Banco Unión y con la falta de seguridad jurídica de los fallos de la entidad pública que se encarga de la supervisión de las entidades financieras, la combinación es macabra para perjudicar a los intereses de terceros depositantes de buena fe.

ASFI para siquiera mencionar la posibilidad de existencia u ocurrencia de un Phishing, debería cuando menos tener algún elemento no importa cuán pequeño sea, que coadyuve a señalar que este pudo existir, pero no; tan solo intuye, asume o presupone que es así y deslinda la responsabilidad del Banco.

CONCLUSIONES.

En el curso del presente memorial, se han demostrado de manera fehaciente los siguientes extremos:

1. Que el Banco Unión al no implementar sistemas de seguridad suficientes y coherentes, es definitivamente responsable del daño causado a la empresa a través de los débitos automáticos indebidos.
2. Es de conocimiento de ASFI que existen otros clientes perjudicados con el accionar negligente del Banco Unión, y que ASFI hizo caso omiso de esa situación y se mantiene en su posición de evitar el tema y manejar los casos como temas aislados.
3. El principio *In dubio pro actione*, no debería ser aplicado en casos en los que el

administrado con una conducta negligente o dolosa ha perjudicado la investigación, asumiendo la entidad de supervisión la imposibilidad de una mayor investigación por cuestiones atribuibles al mismo administrado, por ello existiría una suerte de consorcio contrario a los intereses de los clientes del Banco Unión.

4. Se ha establecido que Sinchi Wayra para fines de una correcta administración de justicia en sede administrativa, remite la nota FIN-197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011, por supuesto con sello de recepción, en fotocopia simple, siendo obligación del Banco la remisión del documento original.
5. El Phishing no ha sido probado, por consiguiente no puede asumirse que en virtud a que ASFI no tiene elementos suficientes que hagan a la validez de esa aseveración.

PETITORIO.

Por los argumentos de hecho y de Derecho expuestos en todo el cuerpo de este memorial, en estricta observancia de lo dispuesto en los Arts. 52 y siguientes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI (D.S. N° 27175) dentro de término hábil, interponemos Recurso Jerárquico contra la Resolución ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013, solicitando a Su Autoridad que tome en cuenta los extremos planteados en el cuerpo del presente memorial, que acreditan una situación jurídica irregular, y que en definitiva **REVOQUE TOTALMENTE** la citada resolución, estableciendo la responsabilidad del Banco Unión S.A. por la inseguridad de su sistema y en definitiva se multe de manera coherente tomando en cuenta el monto del daño generado, Revocando la parte resolutive Segunda de la Resolución impugnada y restableciendo la multa que originalmente se dispuso..".

5. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-

Que, mediante nota Cite: CA/BUSAGG/871/2013, presentada en fecha 26 de agosto de 2013, el **BANCO UNIÓN S.A.** presentó alegatos refiriendo lo siguiente:

"En atención al Auto de fecha 8 de agosto de 2013, mediante el cual, en fecha 13 de agosto de 2013,, se notifica a esta Entidad Financiera con el Recurso Jerárquico interpuesto por la empresa Sinchi Wayra S.A., contra la Resolución Administrativa ASFI No. 419/2013, a los fines legales pertinentes, se manifiesta lo siguiente:

El Banco Unión S.A. rechaza los argumentos expresados por la empresa Sinchi Wayra en su memorial de fecha 24 de julio del presente año, mediante los cuales, en forma equivocada y sin justificación alguna, solicita indebidamente la revocatoria de la Resolución ASFI No. 419/2013 de 9 de junio de 2013, por cuanto el Recurso Jerárquico de la empresa Sinchi Wayra, en nuestro entender, carece de sustento jurídico y se apartan de la verdad de los hechos demostrados a lo largo del proceso administrativo y por tanto no desvirtúa los argumentos de la Resolución Administrativa ASFI No. 419/2013

Al respecto, se solicita tomar en consideración los argumentos siguientes:

1. Sinchi Wayra manifiesta equivocadamente, que las medidas de seguridad del Banco no fueron suficientes, mencionando falazmente, que dicho aspecto (la supuesta deficiencia de seguridad) se prueba con la ocurrencia de nueve (9) transacciones indebidas efectuadas mediante UniNet. En otros términos, Sinchi Wayra, de forma errada, manifiesta que el Banco Unión S.A., al no implementar sistemas de seguridad suficiente y coherente es responsable del daño ocasionado a la empresa a través de débitos automáticos supuestamente indebidos.

Al respecto, esta Entidad Bancaria considera que la ocurrencia de las nueve (9) transacciones, que Sinchi Wayra reputa de indebidas y el supuesto perjuicio patrimonial que le atribuye a dichas transacciones, únicamente prueban o demuestran la forma descuidada, poco prudente y negligente, o incluso, probablemente, tal vez mal intencionada, con la que "los usuarios autorizados" de la mencionada empresa han manejado las claves o códigos de acceso a UniNet, por cuanto, mediante tales claves o códigos de acceso asignadas a sus usuarios, se ha permitido (sic) la realización de tales transacciones, supuestamente por terceras personas.

Es indispensable resaltar que, contrariamente a las especulaciones efectuadas por la empresa Sinchi Wayra, el Banco Unión S.A. ha demostrado a lo largo del proceso administrativo, que:

- En fecha 17 de marzo de 2011, el Banco Unión S.A. procedió a la entrega de las referidas claves al señor Arturo Antonio Zalles Balanza en representación de la empresa Sinchi Wayra., conforme se acredita en el formulario respectivo adjunto.
- Las nueve transferencias de fondos efectuadas a través de UniNet fueron realizadas utilizando el usuario del señor Arturo Zalles Balanza, quien pertenece al personal ejecutivo de Sinchi Wayra S.A.
- Las direcciones IP desde las que se iniciaron las mencionadas transacciones tuvieron su origen en las ciudades de La Paz en Bolivia, así como en Juárez, Monterrey y Distrito Federal en México:

Transacción	Monto Bs	Usuario	Nombre usuario	Dirección IP identificada	Proveedor	Origen geográfico
1	69.600, 00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	200.105.155.130	AES COMMUNICATIONS	La Paz, Bolivia
2	69.600, 00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	189.171.165.47	UNINET S.A. de C.V.	Juárez, México
3	69.600, 00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	189.176.39.23	UNINET S.A. de C.V.	Juárez, México
4	69.600, 00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	189.182.253.54	UNINET S.A. de C.V.	Juárez, México

5	69.600, 00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	201.116.140.246	UNINET S.A. de C.V.	Monterrey, México
6	69.600, 00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	201.144.130.21	UNINET S.A. de C.V.	Monterrey, México
7	69.600, 00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	189.203.217.238	PCS de México S.A. de C.V.	Distrito Federal, México
8	69.600, 00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	189.203.217.238	PCS de México S.A. de C.V.	Distrito Federal, México
9	69.600, 00	73783	Zalles Balanza Arturo Antonio	189.203.217.76	PCS de México, S.A. de C.V.	Distrito Federal, México

- Los controles de seguridad tecnológica que protegen los servicios de Banca por Internet, no fueron vulnerados y, en consecuencia, que los débitos no identificados por la empresa Sinchi Wayra de su Cuenta Corriente No. 10000005423524, constituyen un fraude informático de tipo "Phishing".
2. Sinchi Wayra, a tiempo de ignorar el hecho que las nueve transferencias de fondos efectuadas a través de UniNet fueron realizadas utilizando el usuario del señor Arturo Zalles Balanza, ejecutivo de dicha empresa, en procura de sustentar su infundado Recurso Jerárquico, insiste en señalar que el Banco, como responsables de los depósitos que maneja, tenía que asumir medidas de seguridad suficientes para evitar que se den figuras delictivas como el "Phishing". Asimismo, señala que, un sistema bancario seguro es el minimiza el riesgo de sus clientes a través del establecimiento de medios seguros como la Clave Token, Clave y Password en teclado digital con mouse, o Claves y Password contenidos en tarjetas entregadas a los clientes.

Sobre el particular, es necesario tomar en cuenta que la ocurrencia de un "phishing", no tienen relación con la seguridad de un sistema o su vulnerabilidad, sino más bien con la posibilidad de que un usuario autorizado, por negligencia, falta de cuidado o de una u otra manera, de forma involuntaria o de otra forma, otorgue sus claves o códigos de acceso a un tercero, que posteriormente los utilice para efectuar transferencias de fondos, sustrayendo recursos de su víctima.

El Sistema UniNet está diseñado de forma que cada cliente recibe un Código de Usuario y una Clave de Acceso Única. La mencionada Clave de Acceso Única se encuentra asociada al referido Código de Usuario y en cumplimiento a nuestros procedimientos es entregada exclusivamente al cliente o en su defecto, a su representante legal acreditado, de tratarse de una persona jurídica, mediante un sobre cerrado inviolable, garantizando de esta forma que solo el cliente que hubiese recibido dicho código, con su respectiva Clave podrá ingresar al Sistema y afectar única y exclusivamente la cuenta y recursos de los cuales es titular.

Cumple resaltar que lo anteriormente señalado, no ha podido ser cuestionado o desvirtuado por la empresa Sinchi Wayra, ni desconocido por la ASFI,

consecuentemente, el Sistema UniNet, cuenta con las medidas suficientes, sin embargo, es de resaltar que las medidas y procedimientos descritos, e incluso aquellos que el Banco ha implementado (como es el caso de la Clave Virtual, mediante la cual se envía un código alfanumérico al celular del cliente, a objeto de que sea digitado en el Sistema UniNet para cada transacción) o, también, las medidas de seguridad que esta Entidad Bancaria, pueda establecer en lo futuro, resultan inútiles, si es el cliente o usuario el que proporciona la claves o códigos de habilitación, acceso o transacción a terceros o en su defecto, efectúa una mala gestión o uso de los mismos.

En resumen, cualquier mecanismos de seguridad con el que cuente un sistema por internet, pueden ser afectados siempre frente a la posibilidad de que el cliente o usuario otorgue, proporcione o de acceso de dichas claves, códigos, clave token o Password a otras personas para su aplicación o en su defecto, efectúe un indebido empleo de los medios de seguridad y acceso.

3. Sinchi Wayra, argumenta que es de conocimiento de la ASFI la existencia de otros clientes perjudicados con el accionar, supuestamente negligente del Banco y que la ASFI hizo caso omiso de esta situación y se mantiene en su posición de evitar el tema y manejar los casos como temas aislados.

Sobre el particular, es deber aclarar que, la ocurrencia de otros casos de supuestos phishing respecto de otros clientes, no constituye justificación suficiente para siquiera dudar de la vulnerabilidad del Sistema UniNet, mucho menos, si se toma en cuenta que la empresa Sinchi Wayra en ningún momento ha podido aportar prueba ni argumentos que acrediten que lo ocurrido es consecuencia de un mal funcionamiento o vulneración del Sistema UniNet; más por el contrario, se debe reiterar que de conformidad a los registros del Banco, se ha determinado que las nueve transferencias de fondos observadas por Sinchi Wayra S.A., fueron realizadas a través del servicio de Banca por internet utilizando el usuario del Sr. Arturo Zalles Balanza, operaciones que solo pueden ser realizadas mediante la Clave de Acceso Única asignada.

Preocupa que la empresa Sinchi Wayra cuestione el proceder de la ASFI, en sentido de no acumular el tratamiento de casos de phishing, cuestionando su imparcialidad e incondicionalidad e incluso argumentando que dicha Institución de Supervisión no coadyuva en despejar "escenarios oscuros en el Banco Unión S.A.", expresiones que entendemos son producto de la desesperación de sus ejecutivos generada por la imposibilidad de rebatir los hechos y la responsabilidad producto de la inadecuada gestión de sus claves asignadas a su usuario acreditado.

4. Sinchi Wayra, señala que el principio de In Dubio Pro Actione, no debiera ser aplicado en casos en los que el administrado con una conducta supuestamente negligente o dolosa ha perjudicado la investigación, asumiendo la entidad de Supervisión la Imposibilidad de una mayor investigación por cuestiones atribuibles

al mismo administrado, por ello existiría una suerte de consorcio a los intereses de los clientes del Banco Unión S.A.

El comentario en cuestión, refiere a la nota FIN-197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011 remitida por Sinchi Wayra al Banco, la misma que en oportunidad a su requerimiento por parte de la ASFI, no fue hallada en los archivos de esta Entidad Bancaria, lo cual motivo se instruya una revisión acuciosa del mencionado antecedente documental en los registros del Banco.

Sobre el particular cumple considerar lo siguiente:

- Con relación a la aplicación del principio de "In Dubio Pro Actione" de parte de la ASFI respecto de este caso, el Banco Unión S.A. considera que ha demostrado que los débitos no identificados por la empresa Sinchi Wayra de su Cuenta Corriente No. 10000005423524, constituyen un fraude informático de tipo "Phishing", por cuanto las nueve transferencias de fondos efectuadas a través de UniNet, reputadas por la mencionada empresa como indebidas, fueron realizadas utilizando el usuario del señor Arturo Zalles Balanza, ejecutivo de Sinchi Wayra, sin que la presunta empresa afectada por dichas transacciones haya podido rebatir ese hecho incuestionable, por lo que la aplicación de tal principio (el de In Dubio Pro Actione) resulta innecesario frente a la verdad material, aunque, ciertamente conveniente a los intereses del Banco, por cuanto, al menos por esa vía sea respetado y hecho prevalecer la falta de ausencia de responsabilidad de esta Entidad Bancaria respecto de las transacciones efectuadas por el nombrado funcionario de Sinchi Wayra.
- Sin perjuicio de lo anteriormente manifestado, es pertinente señalar que la existencia o no de la nota FIN-197 09-2011 de Sinchi Wayra, así como, en su caso, su alcance y validez, nada tienen que ver con la invulnerabilidad, o si se quiere con la presunta vulnerabilidad del Sistema UniNet del Banco, por cuanto dicha nota referiría única y exclusivamente a aspectos operativos de acreditación o configuración de montos y cantidad de usuarios requeridos para la realización de transacciones, aspectos ajenos a la cuestionada fortaleza o supuesta fragilidad del sistema informático del Banco.
- Al respecto, cumple considerar que la Resolución ASFI/No.419/2012 de 9 de julio de 2013 (materia del infundado Recurso Jerárquico interpuesto por Sinchi Wayra) tiene por objeto revocar la Injusta sanción impuesta contra el Banco Unión S.A. por el Cargo No. 2 establecida en la Resolución ASFI No. 575/2012 emitida en fecha 5 de noviembre de 2012, que versa exclusivamente sobre el desvirtuado incumplimiento "al artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras", por supuestamente "no implementar en el sistema de Banca por Internet "UNINET" en el periodo comprendido del 10 al 19 de enero de 2012, un perfil de seguridad que garantice la realización de las operaciones sólo por personas autorizadas para ello, resguardando la confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio".

- Por otro lado, debe resaltarse que la nota FIN-197 09-2011, si fue objeto de consideración por parte la ASFI en la Resolución ASFI/No.419/2012, por cuanto en la última parte de página 13 de dicha Resolución, expresamente se señala que "corresponde remitir antecedentes a la Dirección de Supervisión de Riesgo I, a efectos de que se evalúen si corresponde el inicio de un proceso administrativo sobre este nuevo presunto incumplimiento", en el entendido, de que ciertamente la mencionada nota FIN-197- 09-2011 no tiene relación o efecto respecto del objeto de la aludida Resolución ASFI/No.419/2012.

5. Sinchi Wayra, concluye señalando que el Phishing no ha sido probado.

Sobre el particular, debe tomarse en cuenta que dicha empresa, se ha limitado a esgrimir diferentes acusaciones, sin otorgar una sola prueba o acreditar la veracidad de su afirmación, que van desde cuestionar sin fundamento el actuar de la ASFI e incluso, la necesidad de que el Banco deba probar las aseveraciones efectuadas por la propia empresa Sinchi Wayra, desconociendo la evidencia proporcionada por el Banco sobre los hechos, es decir que:

- *El Sistema UniNet del Banco, constituye un Sistema seguro, por los aspectos técnicos acreditados y por cuanto no existe ningún tipo de evidencia o prueba que determine que el mismo ha podido ser vulnerado.*
- *Las transferencias de fondos que en su momento cuestionó la empresa Sinchi Wayra S.A. fueron realizadas a través del servicio de Banca por internet utilizando el usuario del Sr. Arturo Zalles Balanza, quien pertenece al personal ejecutivo de Sinchi Wayra S.A.*
- *El manejo y uso de las claves proporcionadas por el Banco a la empresa Sinchi Wayra S.A., para que sus usuarios operen realizando transferencias de sus cuentas bancarias, constituyen responsabilidad exclusiva de dichas personas y de la empresa a la cual representan. Debiéndose subrayar que la obligación de guardarla y custodia de un depósito, en el marco de lo previsto en el artículo 862 del Código Civil, relativo al depósito irregular, no puede limitar la potestad del titular de disponer de la suma depositada, es decir no puede limitar su restitución, aspecto que en el marco de una cuenta bancaria, en el marco del Sistema Uninet, se efectúa por el usuario mediante el uso de las claves exclusivamente proporcionadas al mismo.*

En consideración a lo expuesto, se solicita se desestime el Recurso Jerárquico interpuesto de forma infundada por la empresa Sinchi Wayra S.A. y en consecuencia se confirme la Resolución ASFI No. 419/2013 de 9 de julio de 2013..."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Que, en fecha 1 de marzo de 2012, **SINCHI WAYRA** presenta reclamo a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en contra del Banco Unión S.A., por débitos no identificados e indebidos de su cuenta corriente N° 10000005423524, a través de nueve transacciones realizadas entre el 10 y el 19 de enero de 2012, con el usuario y clave de acceso del Sr. Arturo Zalles Balanza, ejecutivo de Sinchi Wayra, ascendiendo a la suma total de Bs626.400.-, las cuales se habrían realizado mediante el servicio de UNINET.

Que, mediante Resolución Administrativa ASFI N°575/2012 de 5 de noviembre de 2012, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió sancionar al **BANCO UNIÓN S.A.**, con una multa de DEG2.000,00 (Dos mil 00/100 derechos especiales de giro), por incumplimiento al inciso III, punto 3.3. de la normativa interna del Banco NOP-23 para el Servicio UNINET; al artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF); al numeral 6, artículo 2, Sección 4, Capítulo I, Título XI del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en la RNBEF y al artículo 3, Sección 4, Capítulo I, Título XI del Reglamento para la Atención de Reclamos a Clientes y Usuarios contenido en la RNBEF.

Que, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en fecha 3 de junio de 2013, emitió la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 027/2013, misma que determinó:

***“ANULAR** la Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, **inclusive** debiendo, en consecuencia, dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.”*

Que, en observancia a la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°027/2013 de 3 de junio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Resolución Administrativa ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013, misma que:

- Confirma parcialmente el resuelve primero, referente a los cargos 1, 3 y 4 de la Resolución ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, por no haber sido objeto de impugnación, manteniéndose los mismos firmes y subsistentes.
- Revoca Parcialmente el resuelve primero de la Resolución ASFI No. 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, dejando sin efecto el cargo N° 2 y la sanción respecto al incumplimiento del Artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

- Revoca parcialmente la sanción impuesta en el resuelve primero de la Resolución ASFI No. 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, de DEG2.000.- (DOS MIL DERECHOS ESPECIALES DE GIRO), estableciéndose una nueva cuantificación sancionatoria de DEG\$1.100.- (UN MIL CIEN DERECHOS ESPECIALES DE GIRO), por los incumplimiento a los cargos 1, 3 y 4 de la mencionada Resolución.

Que, en fecha 25 de julio de 2013, **SINCHI WAYRA**, interpuso Recurso Jerárquico, mismo que pasa a resolverse.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. En cuanto a la valoración del Informe de Auditoría AIN 036/2012 de 29/03/12.-

Previo al análisis de este punto, corresponde remitirnos a lo ya expuesto por esta instancia en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 027/2013, en cuanto al Informe de Auditoría AIN 036/2012 de 29/03/12, señalando:

“(…)

*De la misma manera, nótese, en cuanto al informe de **auditoría N° AIN 036/2012 de fecha 29/03/2012, fue considerado por la Autoridad Reguladora en la Resolución Sancionatoria como parte de los descargos del Banco Unión S.A., habiendo concluido que dichos descargos no eran suficientes para desvirtuar, en este caso, el Cargo N° 2; sin embargo, el mismo informe es considerado en la Resolución Administrativa ASFI N° 778/2012 de 24 de diciembre de 2012, como uno de los elementos para levantar el mismo Cargo N° 2 y disminuir el importe de la sanción.***

Esta situación, genera confusión respecto de cuál es la verdadera posición de la Autoridad Reguladora sobre el contenido del informe N° AIN 036/2012 de fecha 29/03/2012, en lo que respecta al Cargo N° 2, por lo que corresponde que la Autoridad Reguladora fundamente claramente su criterio respecto a dicho informe y al contenido del mismo, específicamente respecto al mencionado Cargo N° 2.

Ahora bien, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a través de la Resolución Administrativa ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013, se ha pronunciado de la siguiente manera:

“(…)

- **Sobre la valoración del Informe de Auditoría AIN 036/2012 de 29/03/12**

El Informe de Auditoría AIN 036/2012 de 29 de marzo de 2012, es un informe complementario del Informe AIN 012/2012 de 9 de febrero de 2012, en el cual se arriba a las siguientes conclusiones:

“Se ha determinado que las nueve transferencias de fondos suman un total de Bs.626.400 y las mismas fueron realizadas a través del servicio de Banca por internet (UNINET) utilizando el usuario del Sr. Arturo Zalles Balanza, quien pertenece al personal ejecutivo de Sinchi Wayra S.A.

- Asimismo se ha identificado que las direcciones IP desde las que se iniciaron las mencionadas transacciones tuvieron su origen en las ciudades de Las Paz en Bolivia, así como Juárez, Monterrey y Distrito Federal en México (adj. Cuadro).
- Las transferencias se realizaron con destino a cuentas del Banco Ganadero y Banco Mercantil Santa Cruz, de acuerdo al siguiente cuadro (adj. Cuadro).
- Por otro lado, se debe hacer notar que **el Banco en cuanto tuvo conocimiento de que circulaban correos solicitando información a los clientes del sistema financiero ha estado sacando constantemente publicaciones por prensa a nivel nacional, advirtiendo que el Banco no solicita a sus clientes contraseñas, números de tarjetas o información personal, la primera publicación salió el 30/10/2011.**
- También se ha insertado en el sitio web corporativo un comunicado haciendo recomendaciones de seguridad para los clientes que utilizan el servicio UNINET”.

Asimismo, el Banco de manera complementaria, concluye:

- “... con relación a las transacciones reclamadas por el cliente, se concluye que el Banco ha cumplido con las instrucciones del cliente relacionadas a la otorgación de accesos al servicio UNINET, con las precauciones y responsabilidades que conlleva la administración de claves y PIN, descartando toda posibilidad de que los sistemas de seguridad del Banco para el uso de UNINET fueron vulnerados (...) Finalmente, considerando los puntos expuestos anteriormente y en el Informe adjunto, se ratifica que los controles de seguridad tecnológica que protegen los servicios de Banca por Internet (UNINET), no fueron vulnerados”.

De la lectura del Informe de Auditoría AIN 036/2012 de 29 de marzo de 2012, y en estricta observancia al principio de verdad material, se puede observar sobre los puntos en conflicto, que la institución financiera advertida de los fraudes cibernéticos que estaban ocurriendo, publicó en el periódico “El Deber” (de circulación nacional) de fecha 14 de noviembre de 2011 (entre algunas publicaciones), un comunicado sobre advertencia de “phishing”, cuya fotocopia del aviso con la factura del mismo, se encuentra en el expediente de este proceso administrativo.

Asimismo, de acuerdo al Informe de Auditoría, se colocó una advertencia en el sitio web corporativo que refiere la misma advertencia, situación que nos lleva a la conclusión de que la entidad financiera realizó las acciones oportunas a fin de advertir a sus clientes y/o usuarios sobre correos o requerimientos fraudulentos.

Que, conforme lo anotado, se tiene que, la ASFI no hace ningún análisis del Informe de Auditoría AIN 036/2012 de 29 de marzo de 2012, simplemente se limita a copiar partes de dicho informe para concluir que el Banco Unión S.A., hubiera realizado acciones oportunas a fin de advertir a sus clientes y/o usuarios sobre correos o requerimientos fraudulentos.

Tampoco se ha pronunciado sobre lo establecido en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 027/2013, respecto a que ya en la Resolución Administrativa ASFI N° 575/2012 de 5 de noviembre de 2012, el mismo informe, es utilizado por parte del Ente Regulador para sancionar al Banco Unión S.A. y ya en la Resolución que resuelve el Recurso

de Revocatoria, es utilizado, por la misma autoridad, para levantar el cargo dos (no existiendo concordancia entre estos dos extremos).

Que, de igual manera, esta instancia jerárquica determinó que la Autoridad Reguladora se pronuncie, concretamente, si las cuatro circulares, que se citan a continuación, correspondían ser valoradas dentro del periodo del 10 al 19 de enero de 2012:

- a. Circular N° 228/2011REF. ALERTA-Prevención contra Fraude o Sustracción de Claves de Clientes en UNINET do 27 de octubre de 2011.
- b. Circular N° 268/2011-REF: Controles Adicionales de Seguridad para ingreso a nuestra Banca por Internet UNINET de 1 de diciembre de 2011.
- c. Circular N° 087/2012-REF: Implementación Clave Virtual para Uso de Página Transaccional del Banco de 16 de mayo de 2012.
- d. Circular N° 169/2012 de 21 de agosto de 2012.

O solamente las dos primeras, pues las transacciones observadas se dieron del 10 al 19 de enero de 2012, donde la misma Autoridad Reguladora debía establecer si la implementación de advertencias, como son el caso de las Circulares N° 228/2011 y 268/2011 antes mencionadas, son instrumentos suficientes para brindar seguridad a los clientes del Banco Unión S.A., para evitar riesgos de "Phising".

Sin embargo de ello, y pese a que se solicitó pronunciamiento expreso sobre estos aspectos, la ASFI, en su Resolución Administrativa ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013, no hace referencia a los mismos excluyéndolos de su fundamentación.

Por lo que, en base a la compulsa efectuada precedentemente y el control de legalidad del proceso administrativo seguido, ésta instancia jerárquica se pronuncia determinando que la Autoridad Fiscalizadora no ha cumplido con su deber de motivar su decisión en cuanto a los puntos ya observados y anulados por esta instancia, por lo que corresponde, nuevamente, dar lugar a la anulación hasta que la Autoridad se pronuncie sobre todos los hechos que hacen al objeto del presente recurso.

2.2. En cuanto a la Nota FIN-197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011, presentada por Sinchi Wayra, como prueba, a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.-

La nota FIN-197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011, de cuyo tenor extractamos lo siguiente:

*“Mediante la presente, solicitamos modificar los montos límite para transacciones diarias en Uninet para las cuentas **10000005423524** y **10000005423540** conforme al siguiente detalle:*

<i>Usuario</i>	<i>Cédula de Identidad</i>	<i>Monto Límite Diario</i>
<i>Eduardo Enrique Capriles Tejada</i>	<i>799212 LP</i>	<i>\$us.-2.000.000</i>
<i>Humar Rodé</i>	<i>E0031602</i>	<i>\$us.-2.000.000</i>
<i>María de las Mercedes Carranza Aguayo</i>	<i>3424955 LP</i>	<i>\$us.-2.000.000</i>

Luis Felipe Hartmann Luzio	2016978 LP	\$us.-2.000.000
Cesar Fernando Ramos Moreno	E0025382	\$us.-2.000.000
Arturo Antonio Zalles Balanza	462285 LP	\$us.-2.000.000

Asimismo, **reiteramos que toda transacción que implique movimiento de fondos requiere siempre de 2 aprobadores** para su procesamiento, conforme se establece en los poderes que les presentamos para el caso de los usuarios Mercedes Carranza, Felipe Hartmann, Fernando Ramos y **Arturo Antonio Zalles**. **En este sentido, solicitamos que la configuración de aprobaciones en UNINET involucre operativamente la participación de 2 usuarios para la liberación de cada transacción...** (Las negrillas y subrayado son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en su Resolución ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013, ha señalado:

*“...Sobre el particular, la Comisión Especial informa: “...se solicitó formalmente a la entidad bancaria toda la documentación de la empresa Sinchi Wayra S.A., conjuntamente a la información generada por el sistema UniNet y los registros de cambios de su base de datos, estableciéndose que la carta FIN-197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011 **no forma parte de los antecedentes documentales del señalado cliente**” (las negrillas son nuestras).*

En este sentido, considerando que la carta a que hace mención la Empresa Sinchi Wayra S.A., no fue encontrada por el Banco Unión S.A., quien alega en su nota CITE: CA/BUN P.CORP.292 de 10 de mayo de 2013: “El Banco se encuentra revisando los archivos y en caso de que existiera el contrato de Uninet o algún documento adicional, se informará a su autoridad”, corresponde remitir antecedentes a la Dirección de Supervisión de Riesgos I, a efectos de que evalúen si corresponde el inicio de un proceso administrativo sobre este nuevo presunto incumplimiento...”

Al respecto, se tiene que, la Nota FIN-197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011, no corresponde a otro proceso sancionador sino al caso de autos, ya que la misma haría referencia a que, si bien se hubieran realizado transacciones de la cuenta del Sr. Arturo Antonio Zalles Balanza, el Banco Unión S.A. necesitaba de dos autorizaciones para que haya dado curso a dichas transacciones, en estricto cumplimiento a lo solicitado por el titular de la cuenta (Sinchi Wayra S.A.)

Que, en este sentido, no debe olvidar la Autoridad Reguladora que ésta tiene la obligación de seguir el procedimiento administrativo en la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias, independientemente de cómo estas hayan sido alegadas y, en su caso, probadas por las partes.

Que, respecto del Principio de Verdad Material, el Tribunal Constitucional de Bolivia a través de la Sentencia Constitucional 0427/2010-R de 28 de junio de 2010, señala:

“...El principio de verdad material previsto por el art. 4 inc. d) de la LPA, determina que la administración pública investigará la verdad material, en virtud de la cual, la

decisión de la Administración debe ceñirse a los hechos y no limitarse únicamente al contenido literal del expediente, incluso más allá de lo estrictamente aportado por las partes, siendo **obligación de la administración la averiguación total de los hechos, no restringiendo su actuar a simplemente algunas actuaciones de carácter administrativo formal que no son suficientes para asumir decisiones.** La tarea investigativa de la administración pública, en todos los casos sometidos al ámbito de su jurisdicción, debe basarse en **documentación, datos y hechos ciertos con directa relación de causalidad, que deben tener la calidad de incontrastables, en base a cuya información integral la autoridad administrativa con plena convicción y sustento, emitirá el pronunciamiento que corresponda respecto al tema de fondo en cuestión...**"

Por lo que, en cumplimiento de este principio, a objeto de formar una firme y serena convicción de los hechos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, deberá verificar la existencia de la misma y determinar la ocurrencia de la infracción del Artículo 1, Sección 4, Capítulo XII, Título X de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras considerando y valorando lo siguiente:

- Nota FIN-197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011; determinar si las transacciones realizadas con el usuario del Sr. Arturo Antonio Zalles Balanza, en el período observado, contaban con las dos autorizaciones que se solicitó a través de la referida nota y si se dio cumplimiento al límite diario de \$us2.000.- (Dos mil 00/100 Dólares estadounidenses), como también fue solicitado en la misma nota.
- A su vez deberá pronunciarse sobre si estas medidas de seguridad, solicitadas por Sinchi Wayra, fueron adoptadas por el Banco Unión S.A., dentro de su sistema Uninet y si la implementación de las mismas o, en su caso, la no implementación, derivan en la infracción o demostrarían que el Sistema del Banco Unión S.A. fuera robusto y seguro, garantizando que la realización de las operaciones sólo puedan realizarse por personas autorizadas.

Que, el hecho de que la ASFI no se pronunciara y no haya valorado los mencionados hechos, hace que la instancia inferior nuevamente haya transgredido el procedimiento administrativo y el debido proceso.

2.3. En cuanto a los informes ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012 y el de la Comisión Especial.-

De la lectura de la Resolución ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013, pág. 11, en el punto de la Valoración de toda la prueba, incluso la extrañada por el recurrente, respecto al Informe ASFI/DSR I/R-58992/2012 de 15 de mayo de 2012, la ASFI señalaría:

"...Del análisis del Informe, se puede apreciar que al 15 de mayo de 2012 existía doce (12) casos con los mismos antecedentes particulares "Phishing", razón por lo cual, en primera instancia se aprecia que los clientes (12 casos) fueron víctimas de fraude informático y que el Banco estableció la existencia de vulneraciones a cuentas de clientes a través de su Sistema UNINET. Asimismo, el referido Informe de la Dirección de Supervisión de Riesgos I, concluye que para el caso de la empresa Sinchi Wayra la

denuncia debería ser ampliada por un Informe de Auditoría Interna y recomienda la necesidad de implementar sistemas robustos de autenticación a fin de minimizar los casos de Phishing y proceder con la devolución de importes defraudados a aquellos clientes de los cuales se excedió el monto máximo diario autorizado en las transacciones no reconocidas.”

Es necesario hacer notar que el informe ASFI/DSR I/R- 58992/2012 de 15 de mayo de 2012, emitido por el propio órgano regulador, **recomienda la necesidad de implementar sistemas robustos** de autenticación **a fin de minimizar los casos de Phishing**, sin embargo de ello, y ya a pág. 14 y 16 de la Resolución ASFI N° 419/2013, la ASFI se pronuncia, sobre la base del informe de una Comisión Especial, señalando “...que la evidencia disponible es insuficiente para establecer si las transacciones de fondos no reconocidas y reclamadas, realizadas entre el 10 y 19 de enero de 2012, en cuentas de Sinchi Wayra S.A., son atribuibles a esta empresa o fueron logradas por vulneración al sistema informático del Banco Unión S.A...”, así también, en el mismo informe de la Comisión Especial, pág. 15 de la Resolución ASFI N° 419/2013, la Autoridad Reguladora concluye, entre otras:

“2. Las nueve (9) transacciones reclamadas por la Empresa, realizadas a través del servicio UniNet entre el 10 y 19 de enero de 2012, que afectaron a la cuenta 1-0000005423524, fueron ejecutadas utilizando un Número de Identificación de Usuario y Clave Personal de Acceso válidos, **sobre un canal de comunicación seguro...**

5. **Los requisitos para los sistemas de transferencia y transacción electrónica, establecidos en el artículo 1, Sección 4, Capítulo II, Título VII, Libro 3° de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se encontraban parcialmente implementados en la solución UniNet a momento de procesar las nueve (9) transacciones reclamadas por la Empresa.”**

(Las negrillas y subrayados fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Nótese que los resultados de las dos inspecciones realizadas por la Autoridad Reguladora (Informe ASFI/DSR I/R- 58992/2012 de 15 de mayo de 2012 y el informe de la Comisión Especial), son contradictorios pese a que los mismos corresponden a la misma Dirección de Supervisión de Riesgos I, lo que demuestra una falta de coherencia entre una y otra manifestación de la Autoridad Reguladora, sobre el mismo tema. Por lo tanto, en el presente caso, y a la hora de motivar su decisión, la Autoridad Reguladora deberá hacer un nuevo análisis de los referidos informes y pronunciarse al respecto.

CONSIDERANDO:

Que, por todo lo anteriormente expresado, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, concluye que la Entidad Fiscalizadora no ha cumplido con el principio del debido proceso, valoración de la prueba, ni con el principio de motivación y fundamentación, verdad material. Es así que, el Ente Regulador, deberá pronunciarse técnica y legalmente sobre el cargo dos, así como sobre la Nota FIN- 197 09-2011 de 27 de septiembre de 2011, y, en caso de determinarse el levantamiento del referido cargo, el mismo deberá encontrarse debidamente motivado, cual en derecho corresponde.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico que dé lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa, al verse afectado el procedimiento y en especial los derechos consagrados del tercer interesado.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

PORTANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 419/2013 de 9 de julio de 2013, **inclusive**, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

BANCO UNION S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI N° 401-2013 DE 02 DE JULIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 085/2013 DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 085/2013

La Paz, 28 de Noviembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO UNIÓN S.A.**, contra la Resolución Administrativa ASFI N° 401/2013 de 2 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa ASFI N° 268/2013 de 9 de mayo de 2013, ambos actos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°83/2013 de 21 de octubre de 2013, y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 179/2013 de 30 de octubre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por nota CITE: CA/BUSAGG 719/2013 presentada en fecha 24 de julio de 2013, el **BANCO UNIÓN S.A.**, representado al efecto por su Gerente General, Sra. Marcia del Carmen Villarroel Gonzáles, conforme lo acredita el Testimonio de Poder N° 1157/2007, extendido en fecha 19 de noviembre de 2007 por ante Notaría de Fe Pública N° 33 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Mónica Isabel Villarroel Rojas, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 401/2013 de 2 de julio de 2013, que en Recurso

de Revocatoria, confirmó en todas sus partes la Resolución Administrativa ASFI N° 268/2013 de 9 de mayo de 2013.

Que, mediante nota ASFI/DAJ/R- 110143/2013, con fecha de recepción 26 de julio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 401/2013 de 2 de julio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 31 de julio de 2013, se admitió el Recurso Jerárquico presentado por el **BANCO UNIÓN S.A.**, mismo que fue notificado en fecha 5 de agosto de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGO.-

Mediante nota ASFI/DSV/R-46723/2013 de fecha 2 de abril de 2013, notificada en fecha 17 de abril de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó al **BANCO UNIÓN S.A.**, con los siguientes cargos:

Cargo N° 1

Retraso en el envío de información del Anexo A:

Con la información correspondiente al 31/08/2012

Norma supuestamente incumplida:

Artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, artículo 103 inciso h) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.

Cargo N° 2

Retraso en el envío de información de Hecho Relevante:

Comunican que en reunión de Directorio de 10/08/2012, se aceptó la renuncia del Síndico Suplente Gonzalo García G. de fecha 27/07/2012.

Norma supuestamente incumplida:

Artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, artículo 106 inciso b) numeral 1 y artículo 107 del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.

Cargo N° 3

Retraso en el envío de Estados Financieros Trimestrales:

Con información al 30/09/2012

Norma supuestamente incumplida:

Artículos 68 y 75 inciso a) de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y artículo 103 inciso b) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota CA/BUSAGG/429/2013 recibida el 24 de abril de 2013, el **BANCO UNIÓN S.A.** presentó sus descargos, con los siguientes argumentos:

"1. Con relación al Cargo No. 1. "Retraso en el envío de información – Anexo A: Información correspondiente al 31/08/2012", manifestamos lo siguiente:---Mediante nota BUSA GG N°777/2012 (adjunta) recepcionada en fecha 11 de septiembre de 2012 por su Entidad, se envió impreso el Anexo "A" y fotocopia del comprobante de depósito correspondiente al Pago de Tasa de Regulación por mantenimiento de DPF's al 31 de agosto de 2012.---Posteriormente, mediante nota BUSA GG N°854/2012 (adjunta) recepcionada en fecha 15 de octubre de 2012 por su entidad, se remitió el comprobante de depósito por el pago de la multa impuesta por el retraso en el Pago de Tasa de Regulación por mantenimiento de DPF's al 31 de agosto de 2012.---Se remite copia simple de la referida carta.---2. Respecto al Cargo No. 2 "Hecho Relevante: comunican que en reunión de Directorio de 10/08/2012, se aceptó la renuncia del Síndico Suplente Gonzalo García G. de fecha 27/07/2012", manifestamos lo siguiente:---Mediante nota que consigna la fecha de 27 de julio de 2012, recibida por el Banco Unión S.A. en fecha "31 de julio de 2012", el señor Gonzalo García Grandi, presentó su renuncia al cargo de Síndico Suplente de esta Entidad Bancaria. Conforme se acredita en la nota: Cite: BUSA GG No.662/2012, dirigida a la Directora Ejecutiva a.i. de la ASFI y Cite BUSAGG No.663/2012 también remida (sic) a la nombrada Directora Ejecutiva a.i. y con atención al Lic. Gonzalo Bravo Salas, Director de Supervisión de Valores, ambas de fecha "31 de julio de 2012", se reportó como "Hecho Relevante", la renuncia del nombrado Síndico Suplente, cumpliendo por tanto con lo previsto en los artículos 105, 106 y 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores.---Solo luego, en fecha 1 de octubre de 2012, en forma posterior al cumplimiento de lo previsto en los artículos 105, 106 y 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores y de manera complementaria, se comunicó a la Directora Ejecutiva a.i., con atención al Lic. Gonzalo Bravo Salas, Director de Supervisión de Valores, la consideración de dicha renuncia por parte del Directorio del Banco Unión S.A. en reunión de fecha 10 de agosto de 2012.---Cumple resaltar que en la referida nota de 1 de octubre de 2012, se recalcó que el hecho relevante que nos ocupa, fue puesto en conocimiento del órgano de fiscalización y control en fecha "31 de julio de 2012", es decir el mismo día de conocida la renuncia del Síndico Suplente.---Por lo mencionado, y de acuerdo a los antecedentes documentales, que remiten en fotocopia simple, por cuanto constituyen antecedente que cursan en sus registros y sobretodo, en el marco del alcance previsto en los artículos 105, 106 y 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, el Hecho Relevante cuestionado, fue comunicado oportunamente, por lo que corresponde dejar sin efecto el Cargo No. 2, incluido en la nota CITE:ASFI/DSV/R-46723/2012.---3. Con relación al Cargo No.3 Retraso en el envío de información – Estados Financieros Trimestrales: Al 30/09/2012, corresponde señalar lo siguiente:-Mediante nota BUSA GG N°882/2012

(adjunta) recepcionada en fecha 31/10/2012 por su entidad, se remitieron los Estados financieros Trimestrales al 30/09/2012”.

3.- RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 268/2013 DE 9 DE MAYO DE 2013.-

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emite Resolución Administrativa ASFI N° 268/2013 de 9 de mayo de 2013, determinando:

“PRIMERO.- Sancionar al **BANCO UNIÓN S.A.** con **multa** equivalente en Bolivianos a **\$us. 3.350.- (TRES MIL TRESCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, por los cargos N° 1, 2 y 3, sobre incumplimientos a los artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores, a los incisos b) y h) del artículo 103, al numeral 1 inciso b) del artículo 106 y artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores.

SEGUNDO.- El importe de la sanción deberá ser depositado en la cuenta del Banco Central de Bolivia N° 0865 T.G.N. CUENTA TRANSITORIA M/N del Tesoro General de la Nación y deberá remitir copia del comprobante de pago dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la fecha de notificación con la presente Resolución Administrativa.”

Los argumentos expuestos en la Resolución Administrativa sancionatoria, son los siguientes:

“CONSIDERANDO:

Que, el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, dispone que los participantes del Mercado de Valores deberán mantener actualizada la información requerida por dicha norma legal y sus reglamentos, con el propósito de garantizar la igualdad de oportunidades a los participantes del Mercado y que dicha información deberá ser veraz, suficiente y oportuna.

Que, el artículo 69 de la misma Ley señala que las entidades registradas deben divulgar en forma veraz, completa, suficiente y oportuna todo hecho o información respecto de sí mismas, que pudieran afectar positiva o negativamente su posición jurídica, económica o su posición financiera o la de sus Valores en el Mercado, cuando estos se encuentren inscritos en el registro.

Que, el inciso b) del artículo 103 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, aprobado con Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005, señala que los Emisores y las Entidades Calificadoras de Riesgo constituidas en Bolivia, deben presentar en forma trimestral sus estados financieros, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de cierre del respectivo trimestre.

Que, el inciso h) del artículo 103 del citado Reglamento, dispone que los Bancos y Entidades Financieras inscritos y autorizados como emisores de DPF's en el RMV, deben presentar en forma mensual a ASFI, la información detallada en el Anexo “A” del Reglamento del RMV, dentro de los primeros diez (10) días calendario del mes siguiente. De igual manera, en el mismo plazo y a través de correo electrónico, deben hacer llegar el Reporte de Emisiones Diarias de DPF's, conteniendo la información detallada en el Reglamento.

Que el numeral 1, inciso b) del artículo 106 de la citada norma legal, establece como

Hechos Relevantes los cambios de directores, principales ejecutivos, síndicos y liquidadores.

Que, el artículo 107 de la citada norma, señala que las personas jurídicas deben comunicar a la Intendencia de Valores, actual ASFI, toda información que constituya un Hecho Relevante a más tardar al día siguiente de conocido el mismo.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, establece, entre otras, las siguientes funciones y atribuciones de ASFI:

Numeral 1) Cumplir y hacer cumplir la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

Numeral 2) Regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho Mercado.

Numeral 17) Supervisar, inspeccionar, establecer responsabilidades y aplicar sanciones a las personas naturales y jurídicas bajo su jurisdicción.

Que, el inciso a) del artículo 108 de la referida Ley, modificado por Sentencia Constitucional N° 0042/2004 de 22 de abril de 2004 dispone que, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que correspondan, la Autoridad de Supervisión aplicará a los infractores de las disposiciones de dicha Ley, sus reglamentos y sus resoluciones administrativas según la gravedad del caso, entre otras, las sanciones de amonestación escrita y multa que serán aplicadas mediante resolución administrativa que admitirá los recursos previstos por Ley.

Que, mediante Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001, se aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, que en su artículo 3 dispone que, los principios de legalidad, legitimidad, igualdad y proporcionalidad rigen la atribución sancionadora de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).

Que, el artículo 21 del citado Reglamento, prevé que las infracciones respecto a las obligaciones de información, a las que se encuentren sujetas las personas naturales y jurídicas autorizadas e inscritas en el Registro del Mercado de Valores, se sancionarán conforme a lo previsto en el Capítulo II del mismo Reglamento. Finalmente, establece que las infracciones previstas en el mencionado Capítulo no se hallan sujetas a la aplicación de lo dispuesto por el artículo 7 en cuanto se refiere a la reincidencia y concurso de infracciones.

Que, el artículo 22 del mencionado Reglamento, determina que los emisores y demás participantes del Mercado de Valores, que se encuentren autorizados e inscritos en el Registro del Mercado de Valores, deben cumplir en forma oportuna con el envío de la información a la que resulten obligados y que el retraso en el envío de cualquier información sujeta a un plazo de presentación se sancionará con una multa según los siguientes casos:

1. De uno (1) a quince (15) días con el equivalente en Bolivianos a \$us.50.- por día de retraso.

2. Sin perjuicio de la aplicación por el inciso anterior, el retraso de la presentación de información a partir del décimo sexto (16) hasta el trigésimo (30) día de retraso se sancionará con el equivalente en Bolivianos a \$us.100.- por día de retraso.
3. Sin perjuicio de la aplicación de lo establecido por los incisos anteriores, a partir del trigésimo primer (31) día hábil de retraso, hasta cinco (5) días posteriores, se impondrá una multa equivalente en Bolivianos a \$us.200.- por día de retraso.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Informe Técnico ASFI/DSV/R-62068/2013 de 29 de abril de 2013 e Informe Legal ASFI/DSV/R-64413/2013 de 3 de mayo de 2013, se efectuó la verificación y el análisis respectivo de los descargos presentados por el BANCO UNIÓN S.A. de acuerdo a lo expuesto a continuación:

- **Primer Cargo.-** En cuanto al retraso en el envío del **Anexo "A"**, información correspondiente al 31 de agosto de 2012, la Sociedad manifiesta que el 11 de septiembre de 2012, remitió impreso el Anexo "A" y fotocopia del comprobante de depósito correspondiente al pago de Tasa de Regulación por mantenimiento de DPF's.

Revisados los archivos del RMV se evidencia la recepción del documento observado mediante carta BUSA GG N° 777/2012 el 11 de septiembre de 2012, cuando el plazo límite conforme a la normativa que establece la obligación de presentar el Anexo "A" dentro de los primeros diez (10) días calendario del mes siguiente, vencía el 10 de septiembre de 2012.

En consecuencia, **se ratifica** el cargo y se establece un (1) día hábil administrativo de retraso, siendo la Sociedad pasible a sanción de multa en Bolivianos equivalente a **\$us.50.- (CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)** por el día de retraso, en cumplimiento a lo establecido en el numeral 1, artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.

- **Segundo Cargo.-** Con relación al retraso en la comunicación del **Hecho Relevante**, referido a que en reunión de directorio de 10 de agosto de 2012, se aceptó la renuncia del Síndico Suplente Gonzalo García G. de fecha 27 de julio de 2012, la Sociedad manifiesta que este hecho fue comunicado mediante carta BUSA GG N° 663/2012 el 31 de julio de 2012 y que posteriormente en reunión de Directorio de 10 de agosto de 2012 se consideró dicha renuncia habiendo comunicado este hecho, de manera complementaria el 1 de octubre de 2012.

Al respecto, se confirma que la Sociedad comunicó mediante carta la renuncia del Síndico Suplente el 31 de julio de 2012, sin embargo cabe hacer notar que la Normativa dispone claramente que se consideran Hechos Relevantes, entre otros, los cambios de Síndicos, no existiendo al 31 de julio de 2012 una resolución sobre la aceptación o no de la citada renuncia.

Revisados los archivos del RMV, se evidencia que la Sociedad comunicó el Hecho Relevante observado mediante carta CA/BUSA GG N° 821/2012 de 1 de octubre de 2012, remitiendo el Acta de la Reunión Extraordinaria de Directorio de 10 de agosto de 2012, en la que se aceptó la renuncia del Síndico Suplente, fecha a partir de la

cual se hace efectivo el Cambio del Síndico. En aplicación a la Normativa que señala la obligación de comunicar los Hechos Relevantes a más tardar al día siguiente de conocidos, el Hecho observado debió ser comunicado hasta el 13 de agosto de 2012 y se hizo efectivo el 1 de octubre de 2012, con treinta y cinco (35) días hábiles administrativos de retraso.

En consecuencia, la Sociedad es pasible a sanción de multa de uno a quince días, en Bolivianos equivalente a \$us.50.- (CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, a partir del décimo sexto hasta el trigésimo día de retraso, en Bolivianos equivalente a \$us.100.- (CIEN 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, sin perjuicio de la aplicación de lo anteriormente establecido, a partir del trigésimo primer (31) día hábil de retraso, hasta cinco (5) días posteriores, se impone una multa equivalente en Bolivianos a \$us.200.- (DOSCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS) por día de retraso, sumando una multa en Bolivianos equivalente a **\$us.3.250.- (TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)**, en cumplimiento a lo establecido en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.

- **Tercer Cargo.**- En cuanto al retraso en el envío de los **Estados Financieros Trimestrales** al 30 de septiembre de 2012, la Sociedad señala que fueron remitidos mediante carta BUSA GG N° 882/2012, recepcionada por ASFI el 31 de octubre de 2012.

Cursa en archivos del RMV la carta citada como descargo por la Sociedad, confirmándose la fecha de recepción del 31 de octubre de 2012, cuando conforme a Normativa que establece la obligación de presentar los estados financieros en forma trimestral, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de cierre del respectivo trimestre, debieron ser presentados hasta el 30 de octubre de 2012.

En consecuencia, se **ratifica** el cargo y se establece un (1) día hábil administrativo de retraso, siendo la Sociedad pasible a sanción de multa en Bolivianos equivalente a **\$us.50.- (CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS)** por el día de retraso, en cumplimiento a lo establecido en el numeral 1, artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas.

Que, de acuerdo al análisis efectuado debe considerarse que las infracciones ratificadas se ajustan a los siguientes parámetros: los hechos imputados se encuentran plenamente probados, los mismos se encuentran calificados como infracciones en el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, por lo que en cumplimiento del artículo 21 del citado Reglamento de Sanciones, las infracciones por retraso y por incumplimiento en el envío de información deben ser sancionadas en sujeción al Capítulo II sobre "Infracciones por incumplimiento y retraso en el envío de información". Finalmente, establece que las infracciones previstas en el mencionado Capítulo no se hallan sujetas a la aplicación de lo dispuesto por el artículo 7 en cuanto se refiere a la reincidencia y concurso de infracciones.

Que, el Capítulo II del citado Reglamento, en su artículo 22, prevé que el envío extemporáneo de cualquier información sujeta a un plazo de presentación, debe ser sancionado con multa en relación al cómputo de días de demora, que de acuerdo al análisis efectuado precedentemente por los cargos N° 1, 2 y 3, suma una multa total en

Bolivianos equivalente a **\$us.3.350.- (TRES MIL TRESCIENTOS CINCUENTA 00/100 DÓLARES AMERICANOS).**"

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Que, en fecha 3 de junio de 2013, mediante nota Cite: CA/BUSAGG/548/2013, el **BANCO UNIÓN S.A.** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 268/2013 de 9 de mayo de 2013, con los siguientes argumentos:

"1. Desconocimiento del principio de verdad material.

El Banco Unión S.A. mediante notas Cite: No. 662/2012 y Cite: No. 663/2012, ambas con fecha de recepción de 31 de julio de 2012, comunicó como hecho relevante la "renuncia del señor Gonzalo García Grandi a la designación de Sindico Suplente" del Banco, comunicación realizada el mismo día de presentada la nota de renuncia por parte del nombrado Sindico (sic) Suplente.

Dicha comunicación fue realizada en estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, que establece expresamente que "las personas jurídicas deberán comunicar (...) toda la información que constituya un Hecho Relevante a más tardar al día siguiente de "conocido" el mismo", es decir, en el caso que nos ocupa, el mismo día de conocida la renuncia del Sindico (sic) Suplente.

Cumple considerar que el referido artículo 107 es el que regula o precisa la "oportunidad" en la cual deben darse a conocer los Hechos Relevantes expresando que dicha oportunidad abarca al día siguiente a partir de su "conocimiento". En contraposición, es importante subrayar que el numeral 1) del Inciso b) del (frase ilegible) Registro del Mercado de Valores, se limita a establecer de forma enunciativa, es decir no excluyente (palabra ilegible) circunstancia que constituye un hecho relevante, como es el caso de "cambios de directores, (palabra ilegible) ejecutivos, síndicos y liquidadores", sin referir expresamente la oportunidad para comunicar o dar a (palabra ilegible) dicho hecho.

En dicho marco la Resolución ASFI No. 268/2013 a tiempo de imponer la sanción respecto del Segundo Cargo se contrapone al principio de Verdad Material instituido en el inciso d) del artículo 4 de la Ley No. 2341 de fecha 2341 que establece que "la Administración Pública investigará la Verdad Material en oposición a la verdad formal...", al dejar de valor (sic) que esta Entidad Bancaria mediante notas Cite: No. 662/2012 y Cite: No. 663/2012, ambas con fecha de recepción de 31 de julio de 2012, comunicó como hecho relevante la "renuncia del señor Gonzalo García Grandi al cargo de Sindico (sic) Suplente" del Banco, comunicación realizada el mismo día de presentada la nota de renuncia por parte del nombrado señor, otorgando de forma equivocada mayor preponderancias a supuestos aspectos formales, que sin perjuicio de lo señalado, en nuestro entender, tampoco fueron adecuadamente apreciados por la ASFI, conforme se señala a continuación.

2. Desconocimiento del principio de sometimiento pleno a la Ley y a la legalidad en el procedimiento sancionador.

En la Resolución ASFI No. 268/2013 se pretende fundamentar el establecimiento del

Segundo Cargo y de la sanción Impuesta al mismo, señalando el presunto incumplimiento de lo previsto el numeral 1) del inciso b) del artículo 106 del Registro del Mercado de Valores, que instituye como Hecho Relevante el "cambios de directores, principales ejecutivos, síndicos y liquidadores"

Al respecto, se debe ser categórico al señalar que dicho numeral 1) del inciso b) del artículo 106 de mencionado Reglamento, en estricto sensu, no alude de forma expresa a la "renuncia* de un Síndico. Asimismo, debe destacarse que el numeral 1) del inciso b) del artículo 106 del Reglamento del Registro de Mercado de Valores, tampoco señala requisitos a cumplir o una oportunidad, tiempo o momento distinto al referido en el artículo 107 del mencionado Reglamento, para hacer conocer cambios de síndicos y mucho menos, requisito u oportunidad para comunicar la renuncia de un síndico suplente, como es el caso que nos ocupa.

Si bien el Banco Unión S.A. a comunicado la renuncia de su síndico (sic) suplente aludiendo al numeral 1) del inciso b) del artículo 106 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, lo ha hecho en virtud a que dicha disposición refiere a los síndicos de una Entidad, pero no por haberse operado su cambio, como se explica más adelante, sino más bien, en virtud a que se considera que la renuncia del mismo ciertamente constituye un hecho relevante al amparo de lo previsto en el 69 de la Ley del Mercado de Valores y artículo 105 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores.

En este sentido, en base a todo lo descrito, no corresponde aplicar una sanción en virtud al establecimiento de un cargo sustentado en una disposición que en estricto sensu no refiere a la obligatoriedad de comunicar la renuncia de un síndico (sic) suplente y mucho menos establece condiciones, ni oportunidad para dar a conocer dicha renuncia, apartándose del principio de sometimiento a la Ley y de la Legalidad establecida en el artículo 62 del Decreta Supremo No. 27175.

3. Carencia de fundamento jurídico en el sustento del Segundo Cargo de la Resolución ASFI No. 268/2013.

En la Resolución ASFI No. 268/2013, se pretende sustentar el presunto Incumplimiento que (palabra ilegible) Cargo (pagina 6 de la Resolución), expresando lo siguiente:

"Con relación al retraso en lo comunicación del Hecho Relevante, referido a que en reunión de directorio de 10 de agosto de 2012, se aceptó la renuncia del Síndico (sic) Gonzalo García G. de 27 de julio de 2012, la Sociedad Manifiesta que este hecho fue comunicado mediante carta BUSA GG N° 663/2012 el 31 de julio de 2012 y que posteriormente en reunión de Directorio de 10 de agosto de 2012 se consideró dicha reunión habiendo comunicado este hecho, de manera complementaria el 1 de octubre de 2012.

Al respecto, se confirma que la Sociedad comunicó mediante carta la renuncia del Síndico Suplente el 31 de julio de 2012, sin embargo cabe hacer notar que la Normativa dispone claramente que se consideran Hechos Relevantes, entre otros, los cambios de Síndicos, no existiendo al 31 de julio de 2012 una resolución sobre la aceptación o no de la citada renuncia.

Revisados los archivos del RMV, se evidencia que la Sociedad comunicó el Hecho Relevante observado mediante carta CA/BUSA GG No. 821/2012 de 1 de octubre de 2012, remitiendo el Acta de la Reunión Extraordinaria de Directorio de 10 de agosto de 2012, en la que se aceptó la renuncia del Sindico Suplente, fecha a partir de la cual se hace efectivo el Cambio de Sindico (sic). En aplicación a la Normativa que señala la obligación de comunicar los Hechos Relevantes a más tardar al día siguiente de conocidos, el Hecho observado debió ser comunicado hasta el 13 de agosto de 2012 y se hizo efectivo el 1 de octubre de 2012, con treinta y cinco (35) días hábiles administrativos de retraso".

Como se puede apreciar, el fundamento del Segundo Cargo, versa sobre la pretensión equivocada de aplicar una disposición que trata sobre "el "cambio de un síndico" al hecho, diferente, de la "renuncia" del mismo.

Igualmente, se aprecia que se estaría desconociendo la validez de haber reportado el hecho relevante una vez conocido el mismo, es decir, el 31 de julio de 2012, argumentando que en dicha fecha no se ha producido el cambio del sindico, por cuanto en ese momento no se cuenta con la Resolución o determinación del Directorio del Banco que acepte dicha renuncia, sin considerar que tampoco en esa fecha (la de aceptación de la renuncia) ha operado o se ha producido algún cambio sindico (sic), toda vez que dicho sindico (sic) no ha sido objeto de sustitución o cambio por otro, por lo que tampoco ha existido incumplimiento a la norma o retraso en su cumplimiento.

Debe resaltarse que la única forma en la cual se hubiera podido producir el cambio de sindico de firma automática producto de la renuncia de otro, es si dicha renuncia la hubiera presentado el Sindico (sic) Titular, lo cual hubiera generado el remplazo (sic) por el suplente.

En el caso del Banco Unión S.A. se ha reportado mediante notas Cite: No. 662/2012 y Cite: No. 663/2012, ambas con fecha de recepción de 31 de julio de 2012, la "renuncia del Sindico (sic) Suplente" del Banco, el mismo día de conocida dicha renuncia, sin que en lo futuro se haya procedido a la designación de un reemplazante en dicho cargo que motive un cambio de sindico suplente.

Por lo tanto, en el marco de lo previsto en el artículo 46 y siguientes del Decreto Supremo 27175, se solicita revocar parcialmente la Resolución recurrida, dejando sin efecto el Segundo Cargo y la sanción en consecuencia impuesta.

A los fines legales pertinentes, se adjunta copia legalizada del Testimonio de Poder General, (frase ilegible) Suficiente No. 1.157/2007, otorgado en fecha 19 de noviembre de 2007, ante la Dra. Mónica Isabel Villarroel (palabra ilegible) Notario de Fe Pública de este Distrito Judicial, así como la personería jurídica del Banco Unión S.A., contenido en la escritura pública N° 947/2003 de fecha 8 de mayo de 2003, que acredita la constitución legal de la Entidad Bancaria que represento."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI N° 401/2013 DE 2 DE JULIO DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa ASFI N° 401/2013 de 2 de julio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resuelve "**CONFIRMAR** en todas sus partes la Resolución ASFI N° 268/2013 de 9 de mayo de 2013...", con base en los argumentos que se

transcriben a continuación:

“CONSIDERANDO:

Que, en mérito a la revisión y análisis de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente administrativo, corresponde la compulsión de los argumentos expuestos en el Recurso de Revocatoria, presentado por la entidad recurrente el 3 de junio de 2013, de acuerdo a lo siguiente:

1. Desconocimiento del principio de verdad material.

Con relación al Principio de Verdad Material, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006 de 2 de agosto de 2006, se ha pronunciado de la siguiente manera:

“La doctrina en derecho administrativo ha sostenido de manera uniforme que en cuanto al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La Autoridad Administrativa, en consecuencia no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) y si la decisión administrativa no se ajustará a los hechos materiales, la decisión de la administración pública estará viciada. Así el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material, de la realidad y circunstancias de los hechos tal cuál aquella y estas son, independientemente de cómo ellas hayan sido alegadas o propuestas y en su caso probadas por las partes; por ello el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes.”

*Bajo este lineamiento, se verifica que la Ley del Mercado de Valores en el artículo 69, señala que las entidades registradas en el RMV deben divulgar en forma veraz, **completa, suficiente y oportuna** todo hecho o información relevante respecto de sí mismas, que pudiera afectar positiva o negativamente su posición jurídica, económica o su posición financiera o la de sus Valores en el mercado, cuando estos se encuentren inscritos en el registro.*

Al respecto, el Reglamento del Mercado de Valores, en su artículo 100, señala que las personas autorizadas e inscritas en el RMV, tienen la obligación de proporcionar a ASFI, toda la información que en formatos, medios y plazos específicos, sea requerida por dicha norma y disposiciones aplicables, así como la solicitada en el marco de las competencias del Órgano Regulador.

*Con relación a los Hechos Relevantes, el citado Reglamento del RMV, en el artículo 106, inciso b), numeral 1, establece dentro de los aspectos gerenciales o administrativos de una Sociedad, que se considera como Hecho Relevante **el cambio** de directores, principales ejecutivos, **síndicos** y liquidadores. Igualmente, el penúltimo párrafo del citado artículo 106, dispone que para determinar cuándo una información califica como*

Hecho Relevante, las personas jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV en general y los emisores en particular, deberán emplear la diligencia de un buen padre de familia o la de un hombre juicioso, poniendo en conocimiento de los inversionistas, la información que en su caso considerarían importante para sus propias decisiones de inversión o venta de estos valores.

Asimismo, el artículo 107 de la norma citada, dispone que las personas jurídicas deben comunicar a ASFI toda información que constituya un Hecho Relevante, a más tardar al día siguiente de conocido el mismo.

Con referencia a lo fundamentado por el recurrente, efectivamente el 31 de julio de 2012, el **BANCO UNIÓN S.A.**, ha puesto en conocimiento de este Órgano de Supervisión, la renuncia de su Síndico Suplente, mediante cartas BUSA GG N° 662/2012 y BUSA GG N° 663/2012, ambas con el mismo tenor y fecha, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 107 y a la diligencia recomendada a los emisores, en el penúltimo párrafo del artículo 106, ambos del citado Reglamento del RMV, hecho que en el presente caso, no solo no ha sido observado por este Órgano de Supervisión, sino que fue oportunamente publicado en los reportes de Hechos Relevantes (sic) de ASFI, el 1 de agosto de 2012.

Sin embargo, el segundo punto de la Notificación de Cargos ASFI/DSV/R-46723/2013 de 2 de abril de 2013, en el presente caso, observa el retraso en el envío del Hecho Relevante referido a la aceptación del BANCO UNIÓN S.A. a la renuncia presentada, por el Síndico Gonzalo García G., el 27 de julio de 2012, que fue considerada en la reunión del Directorio de dicha entidad, el 10 de agosto de 2012 y comunicada a ASFI el 1 de octubre de 2012, mediante carta CA/BUSA GG N° 821/2012, con más de 35 días hábiles administrativos de retraso, contraviniendo lo dispuesto en el numeral 1, inciso b) del artículo 106 del Reglamento del RMV, que establece como Hecho Relevante el cambio de Directores, principales ejecutivos, síndicos y liquidadores.

Por lo expuesto, considerando que dicha renuncia por sí sola no causa efectos jurídicos en tanto no sea aceptada, como está expresamente previsto en los artículos 319 y 342 del Código de Comercio que establecen que: "La renuncia del cargo de Síndico debe ser presentada al directorio, el cual podrá aceptarla siempre que no afecte el normal funcionamiento de la administración o rechazarla hasta que la próxima junta general se pronuncie al respecto. Entre tanto, el síndico permanecerá en funciones con las responsabilidades inherentes", este Órgano de Supervisión no puede considerar como cumplida la obligación extrañada en el segundo cargo de la citada notificación, simplemente con la comunicación de un hecho relevante que no es el observado, como es la renuncia del Sr. García Grandi, que en todo caso resulta incompleto, en razón a que la misma, recién se consolidó con la **aceptación** por parte del Directorio del **BANCO UNIÓN S.A.**, el 10 de agosto de 2012, porque en ese lapso de tiempo, el Sr. García Grandi mantuvo su condición de Síndico Suplente.

Situación que también ha sido prevista en este mismo sentido en los Estatutos Sociales de la entidad regulada, que señalan en el Título I, sobre la Naturaleza Jurídica y Denominación, que la sociedad se registrará por la Ley de Bancos y Entidades Financieras, el Código de Comercio, normas especiales del sistema financiero y su Estatuto, el mismo que en el artículo 63 señala: "El Síndico durará en sus funciones por el lapso de un año, pudiendo ser reelegido indefinidamente. Sin embargo, no cesará su mandato hasta que

su sustituto haya tomado posesión del cargo, salvo caso de incapacidad, impedimento o prohibición legal”.

Asimismo, es necesario aclarar que el artículo 107 de la norma citada, establece la oportunidad de presentación para todos los hechos relevantes.

Al respecto se debe tener en cuenta que la doctrina y los principios fundamentales del derecho, son uniformes al considerar que “una norma jurídica no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse la intención del legislador, dentro de un contexto coordinado y armónico con las demás normas del ordenamiento jurídico completo y coherente”. En el presente caso, concordante con lo establecido en el Código de Comercio, el Reglamento del RMV, establece la comunicación del cambio de síndicos como hecho relevante a ser comunicado al Mercado de Valores, porque atañe a la fiscalización del órgano de administración de la Sociedad. No sería coherente que el Órgano de Supervisión ponga en conocimiento del Mercado la renuncia del síndico y no haga conocer oportunamente la aceptación de la misma, es decir a partir de cuándo se hace efectiva el referido cambio, en este sentido, tanto la Ley del Mercado de Valores como el Reglamento del RMV, establecen la obligación de los emisores de difundir información **completa, suficiente y oportuna** en los formatos, medios y **plazos específicos**. En este caso, dicho cambio se hizo efectivo en el momento en que el Directorio de la Sociedad aceptó la renuncia y debió ser comunicado máximo al día siguiente de realizada la reunión de Directorio, conforme señala el artículo 107 del Reglamento del RMV.

Por lo expuesto, si esta autoridad da por cumplida la comunicación del hecho relevante del cambio de síndico, con la sola comunicación de la renuncia del Sr. García Grandi, estaría incumpliendo sus funciones de velar por el desarrollo de un Mercado de Valores sano, seguro y transparente, establecidas en el artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores, difundiendo información incompleta y extemporánea.

En consecuencia se verifica que el recurrente no ha demostrado que la resolución impugnada haya vulnerado el principio de verdad material, porque como bien manifiesta en su recurso de revocatoria la entidad regulada, ha puesto oportunamente en conocimiento de la autoridad de supervisión, la renuncia del Síndico Suplente y no así la aceptación de su Directorio a dicha renuncia que es lo que ha sido observado en la Notificación de Cargos ASFI/DSV/R-46723/2013 de 2 de abril de 2013, por tanto no puede pretender que con la comunicación de otro hecho, la autoridad se dé por informada de todo lo concerniente al mismo, como en este caso es la aceptación de dicha renuncia que efectiviza la conclusión de la función de Síndico Suplente del Sr. Gonzalo García Grandi, por lo que en todo caso, en base a la valoración objetiva de los hechos y descargos presentados, ajustados a las circunstancias y realidad material, la Resolución ASFI 268/2013, ha aplicado objetivamente la normativa que regula el Mercado de Valores.

2. Desconocimiento del principio de sometimiento pleno a la Ley y a la legalidad en el procedimiento sancionador.

La Sociedad en forma categórica manifiesta que el numeral 1) del inciso b) del artículo 106 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, no alude en forma expresa a la “renuncia” de un síndico y tampoco señala requisitos a cumplir o una oportunidad,

tiempo o momento para hacer conocer cambios de síndicos y menos en el caso de un síndico suplente.

Al respecto es necesario aclarar que la Sociedad confunde el cargo imputado, porque como se señaló precedentemente, la Notificación de Cargos ASFI/DSV/R-46723/2013, en virtud a la cual se ha iniciado el proceso administrativo en cuestión, observa en el Cargo N° 2, el retraso en el envío del Hecho Relevante, referido a la **aceptación** del **BANCO UNIÓN S.A.** y no así la renuncia presentada por el Síndico Gonzalo García G., en el marco de lo expresamente dispuesto en el numeral 1, inciso b) del artículo 106 del Reglamento del RMV, que señala como Hecho Relevante **el cambio de síndicos**, sin diferenciar entre titular o suplente y como reconoce la misma Sociedad en su Recurso de Revocatoria, el artículo 107 de la norma citada, establece la oportunidad, tiempo o momento en que las Sociedades tienen la obligación de comunicar toda información que constituya un Hecho Relevante, al establecer que sea a más tardar al día siguiente de conocido el mismo, por lo que en el presente caso el plazo para comunicar el cambio del Síndico Suplente, corría a partir de la aceptación de la renuncia del síndico por parte del Directorio. Asimismo, el término "cambio" no necesariamente se refiere al reemplazo de un síndico por otro, sino más bien, en el marco del objetivo de la comunicación de hechos relevantes, corresponde al cambio de su situación legal dentro la Sociedad, por cuanto otra interpretación daría lugar a desnaturalizar el objetivo e inmediatez de la comunicación de hechos relevantes, fundamental en el desarrollo de actividades del Mercado de Valores.

Por otro lado, cabe aclarar que el último párrafo del artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores señala que las personas jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV, pueden formular consultas a ASFI, respecto a si una determinada información califica o no como hecho relevante, permitiendo al regulado aclarar cualquier duda al respecto.

Finalmente, considerando que el principio de legalidad, se constituye en una garantía constitucional que le asiste al administrado de contar con el marco legal expreso para ser procesado o condenado. La Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, en su artículo 72 desarrolla el principio de legalidad en el ámbito sancionador administrativo, al disponer: "Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente ley y disposiciones reglamentarias aplicables".

En el presente caso, se verifica que con la emisión de la Resolución ASFI N° 268/2013, no se ha vulnerado el principio de legalidad y sometimiento pleno a la ley, por cuanto el procedimiento sancionador ha sido iniciado en virtud al incumplimiento de los artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores y el numeral 1), inciso b) del artículo 106 y el artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores y sancionado de conformidad a lo establecido en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas, que dispone que el retraso en el envío de cualquier información sujeta a un plazo de presentación, se sancionará con multa según los días de retraso.

3. Carencia de fundamento jurídico en el sustento del Segundo Cargo de la Resolución ASFI No. 268/2013.

La Sociedad incide sobre la diferencia entre "cambio del síndico" y la "renuncia del mismo" y que se estaría desconociendo el reporte del Hecho Relevante producido el 31 de julio de 2012, señalando que en la fecha en que el Directorio aceptó la renuncia del síndico no se produjo ningún "cambio", sin embargo conforme establece el Código de Comercio y los Estatutos de la Sociedad citados anteriormente, el síndico no cesa su mandato hasta la aceptación de la renuncia, hecho que se produjo con la aceptación del Directorio de 10 de agosto de 2012, por lo tanto el plazo para la comunicación del Hecho Relevante corre precisamente a partir de dicha aceptación.

Por último cabe hacer notar que este órgano de regulación, no desconoció en ningún momento la comunicación de 31 de julio de 2012, sobre la carta de renuncia presentada por el Síndico Suplente toda vez que fue publicado en los reportes de Hechos Relevantes de 1 de agosto de 2012, de igual manera fue publicado el Hecho Relevante de la aceptación del Directorio del 10 de agosto de 2012, comunicado el 1 de octubre y publicado el 2 de octubre de 2012.

Que, consiguientemente los argumentos expuestos por el **BANCO UNIÓN S.A.**, no son suficientes para desvirtuar el alcance de la Resolución ASFI N° 268/2013 de 9 de mayo de 2013, por cuanto la Sociedad ha comunicado con retraso de más de 35 días hábiles administrativos, el Hecho Relevante relativo a la aceptación, en reunión de Directorio, de la renuncia presentada por el Síndico Suplente Sr. Gonzalo García G., incumpliendo los artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores y el numeral 1), inciso b) del artículo 106 y el artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores y no ha probado que se haya vulnerado los principios de verdad material y legalidad en la emisión de dicha Resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 331 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009, establece que las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley.

Que, el parágrafo I del artículo 332 de la señalada norma suprema, dispone que las entidades financieras estarán reguladas y supervisadas por una institución de regulación de bancos y entidades financieras y que esta institución tendrá carácter de derecho público y jurisdicción en todo el territorio boliviano, reconociendo el carácter constitucional de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece que la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se denominará "Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero" y además de las funciones regulatorias y de supervisión en el sistema de intermediación financiera, asumirá las funciones y atribuciones de control y supervisión de las actividades económicas de Valores.

Que, el Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, determina que las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de Valores de la ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros (SPVS) sean asumidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Que, de conformidad a lo dispuesto por el inciso e) del artículo 12 del Decreto Supremo N° 25317 de 1 de marzo de 1999, es atribución de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitir Resoluciones Administrativas que competen a ésta en su conjunto y al sector de Valores.

Que, en virtud a la normativa enunciada, mediante Resolución Suprema N° 05423 de 7 de abril de 2011, el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia ha designado a la Dra. Lenny Tatiana Valdivia Bautista como Directora Ejecutiva a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 11 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, aprobada el 23 de abril de 2002, establece que toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda.

Que, el artículo 38 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), aprobado con Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, dispone que los recursos se presentarán dentro del plazo establecido, por escrito, de manera fundamentada, especificando la resolución impugnada, acreditando personería y señalando domicilio.

Que, el artículo 43 del D.S. N° 27175, dispone que las resoluciones sobre los recursos de revocatoria podrán ser confirmatorias, revocatorias, desestimatorias e improcedentes.

Que, el artículo 47 del citado Reglamento, en su parágrafo I, dispone que los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida.

Que, los artículos 48 y 49 de la norma citada, establecen que el recurso de revocatoria debe ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a su notificación, teniendo la Superintendencia Sectorial que conozca el recurso de revocatoria, un plazo de veinte días hábiles administrativos siguientes a su interposición, para sustanciar el recurso y dictar resolución.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 15 de la Ley N° 1834 del Mercado de Valores de 31 de marzo de 1998, entre las funciones y atribuciones de ASFI, establece las siguientes: 1. Cumplir y hacer cumplir la Ley del Mercado de Valores y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos; 2. Regular, controlar, supervisar y fiscalizar el Mercado de Valores y las personas, entidades y actividades relacionadas a dicho Mercado; 3. Velar por el desarrollo de un Mercado de Valores sano, seguro, transparente y competitivo y 17. Supervisar, inspeccionar, establecer responsabilidades y aplicar sanciones a las personas naturales y jurídicas bajo su jurisdicción.

Que, el artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores, dispone que la información que

por disposición de dicha ley y sus reglamentos debe ser presentada a ASFI, bolsas de valores y otras entidades relacionadas al Mercado de Valores, deberá ser veraz, suficiente y oportuna.

Que, el artículo 69 de la citada Ley, establece que las entidades registradas, deben divulgar en forma veraz, completa, suficiente y oportuna todo hecho o información relevante respecto de sí mismas, que pudieren afectar positiva o negativamente su posición jurídica, económica o su posición financiera o la de sus Valores en el Mercado, cuando estos se encuentren inscritos en el Registro del Mercado de Valores. Asimismo, determina que se entenderá por Hecho Relevante todo aquel acontecimiento, provocado por el emisor o no, que por su importancia pueda afectarlo o a sus empresas vinculadas, de forma tal, que influya o pueda influir en la decisión de invertir en Valores emitidos por él o que pueda alterar el precio de sus Valores en el Mercado.

Que, el artículo 110 de la norma citada, establece que la sanción de multa se aplicará a las personas y entidades participantes en el Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa grave (actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar), en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento.

Que, el artículo 100 del Reglamento del Registro de Mercado de Valores, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005, establece que las personas naturales y jurídicas autorizadas e inscritas en el Registro del Mercado de Valores, tienen la obligación de proporcionar a ASFI toda la información que en formatos, medios y plazos específicos sea requerida por este Reglamento y demás disposiciones aplicables y aquella información que sea solicitada por este Órgano de Supervisión en el marco de sus competencias.

Que, el citado Reglamento del RMV, en el artículo 106, inciso b), numeral 1, establece que se considera como Hecho Relevante el cambio de directores, principales ejecutivos, síndicos y liquidadores. Y en el penúltimo párrafo, dispone que para determinar cuándo una información califica como Hecho Relevante, las personas jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV en general y los emisores en particular, deberán emplear la diligencia de un buen padre de familia o la de un hombre juicioso, poniendo en conocimiento de los inversionistas, la información que en su caso considerarían importante para sus propias decisiones de inversión o venta de estos valores.

Que, el artículo 107 de la norma citada, dispone que las personas jurídicas deben comunicar a ASFI toda información que constituya un Hecho Relevante, a más tardar al día siguiente de conocido el mismo.

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo al Informe Legal ASFI/DAJ/R-95805/2013 de 1 de julio de 2013, se efectuó la evaluación de los argumentos esgrimidos en el recurso de revocatoria de 3 de junio de 2013, concluyendo que los mismos no han desvirtuado las consideraciones expuestas en la Resolución ASFI N° 268/2013 de 9 de mayo de 2013, al haberse verificado que la entidad recurrente ha comunicado con retraso el Hecho Relevante relativo a la aceptación, en reunión de Directorio, de la renuncia presentada por el Síndico Suplente Sr. Gonzalo García

G., incumpliendo los artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores y el numeral 1), inciso b) del artículo 106 y el artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores y no ha probado que se haya vulnerado los principios de verdad material y legalidad en la emisión de dicha Resolución."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante nota CITE: CA/BUSAGG 719/2013, presentado en fecha 24 de julio de 2013, el **BANCO UNIÓN S.A.**, representado por su Gerente General, señora Marcia del Carmen Villarroel Gonzáles, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI N° 401/2013 de 2 de julio de 2013, argumentando lo siguiente:

"1. Se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores

Como se tiene manifestado, el Banco, mediante notas Cite: No. 662/2012 y Cite: No. 663/2012, ambas con fecha de recepción de 31 de julio de 2012, comunicó como hecho relevante la "renuncia del señor Gonzalo García Grandi a la designación de Sindico Suplente" de esta Entidad Bancaria, comunicación realizada el mismo día de presentada la nota de renuncia por parte del nombrado Sindico (sic) Suplente.

Cumple considerar que el artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, establece expresamente que "las personas jurídicas deberán comunicar (...) toda la información que constituya un Hecho Relevante a más tardar "al día siguiente" de "conocido" el mismo. En el caso que nos ocupa, el hecho relevante, es decir la renuncia del Sindico (sic) Suplente, ocurrido 31 de julio de 2012 y comunicada oportunamente el mismo día, mediante las notas Cite: No. 662/2012 y Cite: No. 663/2012, antes referidas.

Corresponde denotar que la propia Resolución ASFI No. 401/2013, en su parte considerativa, párrafo cuarto, de la página quinta, expresamente reconoce el cumplimiento del artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, al señalar textualmente lo siguiente:

Con referencia a lo fundamentado por el recurrente, efectivamente el 31 de julio de 2012, el BANCO UNIÓN S.A., ha puesto en conocimiento de este Órgano de Supervisión, la renuncia de su Síndico Suplente, mediante cartas BUSA GG N° 662/2012 y BUSA GG N° 663/2012, ambas con el mismo tenor y fecha, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 107 y a la diligencia recomendada a los emisores, en el penúltimo párrafo del artículo **106**, ambos del citado Reglamento del RMV, hecho que en el presente caso, no solo **no ha sido observado** por este Órgano de Supervisión, sino que fue oportunamente publicado en los reportes de **Hechos Relevante (sic) de ASFI, el 1 de agosto de 2012.**

2. No se ha incumplido el numeral 1, inciso b) del artículo 106 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores.

El artículo 106, inciso b), numeral 1) del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 106. De manera enunciativa y sin que esto constituya una lista excluyente, se considerarán Hechos Relevantes los siguientes:

b) Aspecto Gerenciales o Administración:

1) Cambios de directores, principales ejecutivos, **síndicos** y liquidadores"

Al respecto corresponde considerar lo siguiente:

2.1. De acuerdo a lo expresamente previsto en el numeral 1) inciso b) del artículo 106 del mencionado Reglamento, el hecho relevante al que refiere la inconfundible la disposición es a los "cambios de síndicos", sin aludir de forma alguna a la "renuncia" de un Síndico.

En este sentido, no es pertinente referir a un incumplimiento y aplicar una sanción en virtud al establecimiento de un cargo sustentado en una disposición que en estricto sensu no refiere a la obligatoriedad de comunicar la renuncia de un síndico (sic) suplente y que adicionalmente tampoco establece condiciones, ni oportunidad para dar a conocer un acto o el tratamiento de una renuncia.

Por lo mencionado no es posible establecer un incumplimiento con relación a una disposición que alude a circunstancias diferente a los de los hechos, apartándose del principio de sometimiento a la Ley y de la Legalidad establecida en la normativa vigente.

Si bien el Banco Unión S.A. a (sic) comunicado la renuncia de su síndico (sic) suplente aludiendo al numeral 1) del inciso b) del artículo 106 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, lo ha hecho en virtud a que dicha disposición refiere a los síndicos de una Entidad, pero no por haberse operado su cambio de los mismos, sino más bien, en virtud a que se considera que la renuncia del mismo ciertamente constituye un hecho relevante al amparo de lo previsto en el 69 de la Ley del Mercado de Valores y artículo 105 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores.

2.2. El numeral 1) del inciso b) del artículo 106 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, al margen de no referirse a la renuncia de un síndico, sino al cambio de uno de ellos, tampoco señala requisitos a cumplir o una oportunidad, tiempo o momento distinto al referido en el artículo 107 del mencionado Reglamento, para hacer conocer el cambios de síndicos y mucho menos o de ninguna forma, requisito u oportunidad para comunicar la renuncia de un síndico suplente, como es el caso ocurrido en el Baco Unión S.A.

Sin dejar de tomar en cuenta que el numeral 1) del inciso b) del artículo 106 del mencionado Reglamento, no alude a la renuncia de un síndico (sic), con relación al cambio del síndico, dicha circunstancia exige que ocupa cuando se produce la designación de uno nuevo por parte de la Junta de Accionistas o en su defecto por la renuncia del titular que implicaría que el Síndico (sic) Suplente ejerza tales funciones en lugar del primero. Sin embargo (sic), es de subrayar que en el caso de la renuncia del Síndico del Banco Unión S.A., oportunamente reportado a la ASFI, la renuncia fue efectuada por el Síndico (sic) Suplente, hecho que de ningún modo implicó el cambio o sustitución del Síndico titular y en ejercicio del Banco desde su

designación como tal y hasta la fecha.

En este sentido, en nuestro entender, es equivocado, injusto y contrario a la normativa vigente pretender aplicar una disposición relativa a actos específicos (cambio de sindico (sic)) a circunstancias distintas (renuncia del sindico) y sobre tal criterio equivocado, establecer requisitos de forma y efectos jurídicos que no son de ninguna manera aplicables a la renuncia del Sindico Suplente del Banco Unión S.A., por cuanto su renuncia no ha motivado un cambio o sustitución del Sindico (sic) Suplente y mucho menos del Sindico (sic) Titular.

3. Incorrecta valoración de los hechos y de los argumentos expuesto por el Banco por parte de la ASFI.

La ASFI a tiempo de evaluar (compulsar) los argumentos expuesto por el Banco al interponer el Recurso de Revocatoria (nota BUSA GG/548/2013), en nuestro entender, desconoce la verdad de los hechos, ignora el principio de sometimiento pleno a la Ley y a la legalidad y en tal medida la Resolución ASFI No. 401/2013 carece de fundamento jurídico, por cuanto corresponde tomar en cuenta lo siguiente:

3.1. Verdad Material.

- La Resolución ASFI No. 401/2013, a tiempo de reconocer expresamente, en su parte considerativa (parágrafo corto (sic) de la página quinta de la Resolución), que el Banco ha cumplido lo dispuesto en el artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores y que tampoco ha sido si (sic) observada la oportuna comunicación de la renuncia del Síndico Suplente del banco, cuestiona el "retraso en el envío de información respecto de la aceptación del Banco a dicha renuncia" como la causa del presunto incumplimiento fundada en el supuesto "cambio de sindico"(páginas quinta y sexta de la Resolución) señalando fundamentalmente lo siguiente:

Sin embargo, el segundo punto de la Molificación de Cargos ASFI/DSV/R-46723/2013 de 2 de abril de 2013, en el presente caso, observa el retraso en el envío del Hecho Relevante referido a la aceptación del BANCO UNIÓN S.A, a la renuncia presentada, por el Síndico Gonzalo García G., el 27 de julio de 2012, que fue considerada en la reunión del Directorio de dicha entidad, el 10 de agosto de 2012 y comunicada a ASFI el 1 de octubre de 2012, mediante carta CA/BUSA GG N° 821/2012, con más de 35 días hábiles administrativos de retraso, contraviniendo lo dispuesto en el numeral 1, inciso b) del artículo 106 del Reglamento del RMV, que establece como Hecho Relevante el cambio de Directores, principales ejecutivos, síndicos y liquidadores.

Por lo expuesto, considerando que dicha renuncia por sí sola no causa efectos jurídicos en tanto no sea aceptada, como está expresamente previsto en los artículos 319 y 342 del Código de Comercio que establecen que; 'La renuncia del cargo de Síndico debe ser presentada al directorio, el cual podrá aceptarla siempre que no afecte el normal funcionamiento de la administración o rechazarla hasta que la próxima junta general se pronuncie al respecto. Entre tanto, el sindico permanecerá en funciones con las responsabilidades inherentes" este Órgano de Supervisión no puede

considerar como cumplida la obligación extrañada en el segundo cargo de la citada notificación, simplemente con la comunicación de un hecho relevante que no es el observado, como es la renuncia del Sr. García Grandi, que en todo caso resulta incompleto, en razón a. que la misma, recién se consolidó con la aceptación por parte del Directorio del BANCO UNIÓN S.A. el 10 de agosto de 2012, porque en ese lapso de tiempo, el Sr. García Grandi mantuvo su condición de Sindico (sic) Suplente.

Por lo expuesto, si esta autoridad da por cumplida la comunicación del hecho relevante del cambio de sindico (sic), con la sola comunicación de la renuncia del Sr. García Grandi. estaría incumpliendo sus funciones de velar por el desarrollo de un Mercado de Valores sano, seguro y transparente, establecidas en el artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores, difundiendo información incompleta y extemporánea.

En consecuencia se verifica que el recurrente no ha demostrado que la resolución impugnada haya vulnerado el principio de verdad material, porque como bien manifiesta en su recurso de revocatoria la entidad regulada, ha puesto oportunamente en conocimiento de la autoridad de supervisión, la renuncia del Sindico (sic) Suplente y no así la aceptación de su Directorio a dicha renuncia que es lo que ha sido observado en la Notificación de Cargos ASFI/DSV/R-4G723/201 3 de 2 de abril de 2013, por tanto no puede pretender que con la comunicación de otro hecho, la autoridad se dé por informada de todo lo concerniente al mismo, como en este caso es la aceptación de dicha renuncia que efectiviza la conclusión de la función de Sindico (sic) Suplente del Sr. Gonzalo García Grandi, por lo que en todo caso, en base a la valoración objetiva de los hechos y descargos presentados, ajustados a las circunstancias y realidad material, la Resolución ASFI 268/2013, ha aplicado objetivamente la normativa que regula el Mercado de Valores.

- A criterio de esta Entidad Bancaria, existe diferencia entre el acto de una "renuncia" de un Sindico (sic), respecto del "cambio" del mismo, diferencia que tiene por efecto que no se configure el presunto incumplimiento con relación a lo previsto en numeral 1) del inciso b) del artículo 106 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores. En este sentido, no puede existir incumplimiento producto del retraso en el envío del Hecho Relevante de la aceptación de una (sic)

"renuncia" del sindico, no prevista en la norma, por cuanto tal suceso es diferente al "cambio" de dicho sindico que si se encuentra previsto en la norma, pero o (sic) ocurrido o acaecido en los hechos. En resumen, no puede existir incumplimiento en el envío o reporte de hechos que no sucedieron en los hechos conforme lo prevé la norma aplicable.

Corresponde resalta (sic) que la diferencia jurídica anotada, no solo tiene un carácter literal o formal, toda vez que en la realidad de los hechos, la renuncia del Sindico del Banco objeto de oportuno reporte, al tratarse de la renuncia del Sindico (sic) "Suplente", de ninguna forma y en ningún momento implico un canje, sustitución

o cambio del Sindico (sic) Titular y en ejerció (sic), aspecto invariable desde la fecha de su nombramiento y hasta la fecha presente.

- Con relación a las alusiones a los artículos 319 y 342 del Código de Comercio efectuadas por la ASFI, se debe resaltar que la nombrada Autoridad de Supervisión atribuye a dichos artículos un alcance o significación equivocados respecto de lo previsto en el numeral 1) del inciso b) del artículo 106 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores y también con relación a la verdad de los hechos, es decir con relación a la renuncia del Sindico Suplente del Banco.

Debe denotarse (sic) que los artículos 319 y 342 del Código de Comercio refieren a la "renuncia" del los Síndicos y su aceptación; y no tienen relación respecto del cambio o sustitución del sindico. Es necesario tomar en cuenta que, en el caso que no ocupa, la aceptación o no de la renuncia del Sindico Suplente por parte del Directorio no tiene efecto o significancia con relación a lo dispuesto por el numeral 1) del inciso b) del artículo 106 del Reglamento aludido, por cuanto dicha renuncia, al igual que su aceptación no genero (sic) ningún efecto respecto al Sindico (sic) Titular el cual cumplió ordinariamente y sin cambio alguno sus labores (sic) o funciones. En otros términos, la permanencia o no del Sindico (sic) producto de la aceptación o no por parte del Directorio, solo tendría efecto para generar un cambio si se hubiese tratado del (sic) la renuncia del Sindico (sic) Titular, por cuanto solo de esta forma el Sindico (sic) Suplente pasaría a ocupar el lugar del primero, pero definitivamente no al contrario.

- En concreto, corresponde nuevamente aclarar (sic) y recalcar que el Banco Unión S.A. comunico la "renuncia" de su Sindico (sic) Suplente y no el cambio de Sindico (sic), por cuanto tal situación no ocurrió, es decir, es imposible comunicar un cambio de sindico (sic) que en ningún momento se produjo con la renuncia del Sindico (sic) Suplente, dado que el mencionado Sindico (sic) Titular nunca dejo de ejercer sus funciones, consecuentemente el denominado sindico (sic) suplente en ninguna oportunidad pudo fungir como Sindico (sic) del Banco, por tanto, no es posible establecer un demora o retraso en el reporte o informe de un hecho que no sucedió. Asimismo, debe también aclararse y recalcar que la comunicación de la renuncia fue oportuna, aspecto expresamente establecido o ratificado por la misma ASFI, conforme se expresa en la parte considerativa (página quinta) de la Resolución ASFI No. 401/2013, por lo que es incorrecto y contradictoria (sic) pretender desconocer su adecuado y oportuno reporte otorgar al hecho de la renuncia del sindico (sic) suplente efecto que no tuvo o genero (sic).

3.2. Sometimiento pleno a la Ley y a la Legalidad.

La ASFI pretende sustentar la falta de sometimiento pleno a la Ley y la legalidad de sus actos administrativos, a tiempo de imponer una multa al Banco Unión S.A., en base al supuesto incumplimiento del numeral 1 inciso b) del artículo 106 y artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, señalando, entre otros argumentos, los siguientes:

Al respecto es necesario aclarar que la Sociedad confunde el cargo imputado, porque como se señaló precedentemente, la Notificación de Cargos ASFI/DSV/R-46723/2013, en virtud a la cual se ha iniciado el proceso administrativo en cuestión,

observa en el Cargo N° 2, el retraso en el envío del Hecho Relevante, referido a la **aceptación del BANCO UNIÓN S.A.** y no así la renuncia presentada por el Sindico (sic) Gonzalo García G., en el marco de lo expresamente dispuesto en el numeral 1, inciso b) del artículo 106 del Reglamento del RMV, que señala como Hecho Relevante **el cambio de síndicos**, sin diferenciar entre titular o suplente y como reconoce la misma Sociedad en su Recurso de Revocatoria, el artículo 107 de la norma citada, establece la oportunidad, tiempo o momento en que las Sociedades tienen la obligación de comunicar toda información que constituya un Hecho Relevante, al establecer que sea a más tardar al día siguiente de conocido el mismo, por lo que en el presente caso el plazo para comunicar el cambio del Sindico (sic) Suplente, corría a partir de la aceptación de la renuncia del síndico por parte del Directorio. Asimismo, el término "cambio" no necesariamente se refiere al reemplazo de un síndico por otro, sino mas bien, en el marco del objetivo de la comunicación de hechos relevantes, corresponde al cambio de su situación legal dentro la Sociedad, por cuanto otra interpretación daría lugar a desnaturalizar el objetivo e inmediatez de la comunicación de hechos relevantes, fundamental en el desarrollo de actividades del Mercado de Valores.

En el presente caso, se verifica que con la emisión de la Resolución ASFI N° 268/2013, no se ha vulnerado el principio de legalidad y sometimiento pleno a la ley, por cuanto el procedimiento sancionador ha sido iniciado en virtud al incumplimiento de los artículos 60 y 69 de la Ley del Mercado de Valores y el numeral 1), inciso b) del artículo 103 y el artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores y sancionado de conformidad lo establecido en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas, que dispone que el retraso en el envío de cualquier Información sujeta a un plazo de presentación, se sancionará con multa según los días de retraso.

- Sobre el particular, es evidente la falta de sometimiento a la Ley de la sanción establecida ilegalmente en contra de esta Entidad Bancaria, por cuanto, a objeto de sustentar un incumplimiento, a la ASFI, no le es posible dejar de hacer referencia a la alusión de "cambio de sindico", aspecto que no ocurrió en las circunstancias objeto de reporte por parte del Banco Unión S.A., dado que el Sindico (sic) Titular nunca dejó de ejercer sus funciones.
- Es pertinente tomar en cuenta que el artículo 4 inciso c) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, instituye el principio de sometimiento "pleno" a la Ley, disponiendo expresamente que la Administración Pública rige sus actos con sometimiento "pleno", es decir, absoluto y no relativo a la Ley. Por tanto, no corresponde a la Administración Pública, incluyendo a la ASFI, atribuir a las normas o disposiciones legales alcance o significado que la propia norma no señala, como es el caso de significar que existe identidad en la "renuncia" del síndico respecto de su "cambio" o que por cambio no debe entenderse como remplazo (en el caso que nos ocupa, remplazo del síndico), sino debiera comprenderse como el "cambio de situación legal dentro de la sociedad" de acuerdo interpretado exclusivamente a la nombrada Autoridad de Supervisión, lo cual definitivamente conlleva desconocer el "pleno" sometimiento a la legalidad de manda la Ley.
- A mayor abundamiento, la misma ASFI en el primer párrafo de la página siete de la

parte considerativa de la Resolución 401/2013, reconoce que la "renuncia" que no se encuentra prevista en el numeral 1, inciso b) del artículo 106 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, es un "hecho distinto" a aquel que generaría un cambio de síndico, producto de la aceptación de dicha renuncia, que como se tiene anotado no provoco ningún tipo de cambio del síndico en el Banco Unión S.A.

El artículo 106, inciso b), numeral 1) del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, dispone que se considera "Hecho Relevantes" al (sic) "cambios de directores, principales ejecutivos, síndicos y liquidadores", sin referir expresamente a la "renuncia" de tales síndicos.

En el caso del Banco Unión S.A. la renuncia de su síndico suplente, oportuna y adecuadamente reportada según la ASFI, no generó (sic) ningún cambio en el ejercicio de la función del Síndico Titular, que se mantiene inalterable al presente, hecho que imposibilita a esta Entidad Bancaria comunicar un cambio producto de dicha renuncia.

3.3. Criterios carentes de fundamento.

La ASFI, en su intento de fundamentar la injusta imposición de multa al Banco Unión S.A. insiste en que existió una demora en el reporte del Hecho Relevante relativo a la aceptación de la renuncia del Síndico (sic) Suplente por parte del Directorio, suponiendo que dicha aceptación implica un cambio de síndico, conforme lo exigiría el artículo 106, inciso b), numeral 1) del Reglamento del Registro del Mercado de Valores. Al respecto la ASFI señala:

La Sociedad incide sobre la diferencia entre "cambio del síndico" y la "renuncia del mismo" y que se estaría desconociendo el reporte del Hecho Relevante producido el 31 de julio de 2012, señalando que en la fecha en que el Directorio aceptó la renuncia del Síndico no se produjo ningún cambio, sin embargo conforme establece el Código de Comercio y los Estatutos de la Sociedad citados anteriormente, el síndico (sic) no cesa su mandato hasta la aceptación de la renuncia, hecho que se produjo con la aceptación del Directorio de 10 de agosto de 2012, por lo tanto el plazo para la comunicación del Hecho Relevante corre precisamente a partir de dicha aceptación.

Por último cabe hacer notar que este órgano de regulación, no desconoció en ningún momento la comunicación de 31 de julio de 2012, sobre la carta de renuncia presentada por el Síndico Suplente toda vez que fue publicado en los reportes de Hechos Relevantes de 1 de agosto de 2012, de igual manera fue publicado el Hecho Relevante de la aceptación del Directorio del 10 de agosto de 2012, comunicado el 1 de octubre y publicado el 2 de octubre de 2012.

Al respecto, la ASFI no considera que la referida cesión de mandato a la que alude, no se encuentra prevista el artículo 106, inciso b), numeral 1) del Reglamento del Registro del Mercado de Valores. En este sentido, cumple nuevamente denotar que una cesación en el cargo de Síndico es diferente a un cambio del mismo. La aceptación de la renuncia del síndico que implica la cesación en dicho cargo, en el caso que nos ocupa, no generó ningún efecto en el Banco, por cuanto, dicha renuncia o su aceptación no motivó en el Banco cambio alguno, por cuanto la renuncia o la aceptación de la misma versa respecto del Síndico Suplente, por lo tanto el Síndico Titular, como se tiene manifestado, continuó cumpliendo sus funciones sin alteración alguna.

Un síndico suplente, no ejerce como síndico, si no es en suplencia del denominado titular, es decir, dicho suplente, remplace a aquel que está llamado para actuar en caso de su ausencia, entre tanto, es imposible que pueda fungir como síndico o ser considerado propiamente tal. En el caso del Banco Unión S.A., el Síndico Suplente en ningún momento tuvo la posibilidad de ejercer como síndico, habiendo presentado su renuncia sin ejercer un solo día de Síndico del Banco.

La ASFI, en la Resolución No. 401/2013 de 2 de julio de 2013, objeto de la presente impugnación, cita la "Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006 de 2 de agosto de 2006", que expresa lo siguiente:

Con relación al Principio de Verdad Material, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 48/2006 de 2 de agosto de 2006, se ha pronunciado de la siguiente manera:

"La doctrina en derecho administrativo ha sostenido de manera uniforme que en cuanto al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La Autoridad Administrativa, en consecuencia no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) y si tal decisión administrativa no se ajustará a los hechos materiales. La decisión de la administración pública estará viciada. Así el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material, de la realidad y circunstancias de los hechos tal cual aquella y estas son, independientemente de cómo ellas hayan sido alegadas o propuestas y en su caso probadas por las partes; por ello el órgano administrativo está en la obligación de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes,"

Sin embargo, la nombrada Autoridad de Supervisión, a partandose (sic) del criterio antes mencionado, continúa desconociendo los hechos o verdades materiales siguientes:

No se ha incumplido el numeral 1, inciso b) del artículo 106 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, por cuanto dicha disposición lo alude a que la renuncia de un síndico (sic) y la aceptación de dicha renuncia por parte del Directorio, constituyen Hechos Relevantes, mas aun si se considera que dicha renuncia del síndico suplente y/o su aceptación por parte del Directorio, no genero ningún cambio de el ejercicio del cargo del Síndico Titular que se mantuvo inalterable, denotándose incluso, que el mencionado Síndico Suplente, en ningún momento, a partir de su designación y hasta su renuncia ejerció de Síndico (sic) del Banco. En otros términos, es imposible para el Banco Unión S.A. informar o reportar un cambio de Síndico (sic), producto de la renuncia del Síndico Suplente, por cuanto, tal situación (la de la renuncia del Síndico Suplente) e incluso, la aceptación de tal circunstancia (la aceptación de la renuncia del Síndico Suplente) en ningún momento genero como efecto un cambio del Síndico titular en ejercicio, el cual en ningún momento fue objeto de sustitución o suplencia por el denominado Síndico (sic) Suplente, el cual, es síndico del Banco solo si actúa en remplazo del titular, lo cual nunca se produjo.

Por lo tanto, en el marco de lo previsto en el artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo 27175, se solicita revocar la Resolución ASFI No. 401/2013 de 2 de julio de 2013, dejando sin efecto el Segundo Cargo y la sanción en consecuencia impuesta por la Resolución ASFI 268/2013 de 9 de mayo de 2013."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota ASFI/DSV/R-46723/2013, notificada en fecha 17 de abril de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero notificó al **BANCO UNIÓN S.A.**, con los siguientes cargos:

Retraso en el envío de información de:

- **Anexo A:** información correspondiente al 31/08/2012

Norma supuestamente incumplida: Artículo 68 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, artículo 103 inciso h) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.

- **Hecho Relevante:** comunican que en reunión de Directorio de 10/08/2012, se aceptó la renuncia del Síndico Suplente Gonzalo García G. de fecha 27/07/2012.

Norma supuestamente incumplida: Artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, artículo 106 inciso b) numeral 1 y artículo 107 del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.

- **Estados Financieros Trimestrales:** al 30/09/2012

Norma supuestamente incumplida: Artículos 68 y 75 inciso a) de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998 y artículo 103 inciso b) del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.

Los correspondientes descargos fueron presentados en fecha 24 de abril de 2013, mediante nota CA/BUSAGG/429/2013, en la cual el **BANCO UNIÓN S.A.** no reconoce los supuestos incumplimientos.

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero mediante Resolución Administrativa ASFI N° 268/2013 de 9 de mayo de 2013, determinó sancionar al **BANCO UNIÓN S.A.**, por los cargos 1,2,3 con una multa equivalente en Bolivianos a \$us3.350.- (Tres mil trescientos cincuenta 00/100 dólares americanos), por incumplimiento a los artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores, a los incisos b) y h) del artículo 103, al numeral 1 inciso b) del

artículo 106 y al artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores.

En fecha 3 de junio de 2013, mediante nota Cite: CA/BUSAGG/548/2013, el **BANCO UNIÓN S.A.** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI N° 268/2013 de 9 de mayo de 2013, argumentando, solamente respecto al segundo cargo, que la norma establece la obligatoriedad de informar sobre el **cambio** de Síndico y no sobre la **renuncia**, haciendo hincapié en que se informó oportunamente de la renuncia del Síndico de la sociedad, es decir de la presentación de la nota de renuncia, por lo que no correspondería la multa impuesta.

Mediante Resolución Administrativa ASFI N° 401/2013 de 2 de julio de 2013, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió Confirmar totalmente la Resolución ASFI N° 268/2013 de 9 de mayo de 2013, argumentando que la observación no es a la comunicación de la presentación de la carta de renuncia por parte del Síndico de la sociedad, sino a la comunicación inoportuna de la aceptación de dicha renuncia por parte del Directorio del Banco, que es cuando se habría consolidado tal renuncia, dando lugar a la interposición, en fecha 24 de julio de 2013, del Recurso Jerárquico que pasa a analizarse y resolverse a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En primer término, importa precisar que esta instancia Jerárquica sólo se pronunciará, y hará el correspondiente control de legalidad, en cuanto al cargo dos, siendo que el cargo uno y tres no fueron objeto de impugnación, ni en Recurso de Revocatoria ni en el Recurso Jerárquico, por lo que los mismos quedan confirmados.

2.1. De la normativa.-

Antes de ingresar al análisis de fondo, es necesario citar la norma que establece el Hecho Relevante y que regula la comunicación del mismo, así tenemos:

- **Ley del Mercado de Valores**

“ARTÍCULO 68.- CALIDAD Y PUBLICIDAD DE LA INFORMACION. *Los participantes del Mercado de Valores, deberán mantener actualizada la información requerida por esta Ley y sus reglamentos, con el propósito de garantizar la igualdad de oportunidades a los participantes del mercado.*

La información que por disposición de esta Ley y sus reglamentos deba ser presentada a la Superintendencia de Valores, bolsas de valores y otras entidades relacionadas al Mercado de Valores, deberá ser veraz, suficiente y oportuna.

La publicidad relativa a la emisión, colocación o intermediación de Valores y cualquier otra actividad publicitaria que se realice en el Mercado de Valores, no debe inducir a confusión o error.

Reglamentariamente se establecerá el contenido, la forma y periodicidad que deberá observarse al presentar la información, tomando en consideración las características de los emisores, de los Valores ofrecidos o de las entidades que se sometan a registro.

ARTÍCULO 69.- HECHOS RELEVANTES. *Las entidades registradas deberán divulgar en forma veraz, completa, **suficiente y oportuna todo hecho o información relevante respecto de sí mismas, que pudieren afectar positiva o negativamente su posición jurídica,***

económica o su posición financiera o la de sus Valores en el mercado, cuando estos se encuentren inscritos en el registro.

Se entenderá por hecho relevante todo aquel acontecimiento provocado por el emisor o no, que por su importancia pueda afectarlo o a sus empresas vinculadas, de forma tal, que influya o pueda influir en la decisión de invertir en Valores emitidos por él o que pueda alterar el precio de sus Valores en el mercado..."

- **Reglamento del Registro del Mercado de Valores (RMV)**

"**Artículo 106.**- De manera enunciativa y sin que esto constituya una lista excluyente, se considerarán Hechos Relevantes los siguientes:

b) Aspecto Gerenciales o Administración:

1) **Cambios** de directores, principales ejecutivos, **síndicos** y liquidadores...

...Para determinar cuándo una información califica como Hecho Relevante, las personas jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV en general y los emisores en particular, deberán emplear la diligencia de un buen padre de familia o la de un hombre juicioso, poniendo en conocimiento de los inversionistas la información que en su caso, considerarían importante para sus propias decisiones de inversión o venta de esos valores..."

Artículo 107.- Las personas jurídicas deberán comunicar a la Intendencia de Valores toda **información que constituya un Hecho Relevante a más tardar al día siguiente de conocido el mismo...**

(Las negrillas y subrayado son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- **Código de Comercio**

"**Art. 319.**- (**RENUNCIA**). La renuncia del cargo de director debe ser presentada al directorio, el cual podrá aceptarla siempre que no afecte al normal funcionamiento de la administración, o rechazarla hasta que la próxima junta general se pronuncie al respecto. Entre tanto, el director permanecerá en funciones con las responsabilidades inherentes."

"**Art. 342.**- (**NORMAS APLICABLES**). Se aplicará a los síndicos lo dispuesto en los artículos 312, 315, incisos: 1) y 2), 317, 318, 319 y 329 **entendiéndose que cuando se hace referencia a director o directorio, se debe sustituir por síndico o consejo de vigilancia.**"

2.2. Principio de Tipicidad.-

La recurrente señala que la ASFI no habría cumplido con el principio de tipicidad al sancionar a la recurrente específicamente por el numeral 1, inciso b) del artículo 106 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores.

En razón a que el artículo 106, inciso b), numeral 1) haría referencia **cambios de síndicos** que en el caso de autos no hubiera existido ningún cambio de síndico, sino que se hubiera aceptado la renuncia del síndico suplente.

Que al respecto, del principio de tipicidad este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2011 de fecha de 20 de enero de 2011 se pronunció de la siguiente manera:

"...Para Trayler y Aguado el principio de tipicidad exige dentro del Derecho Administrativo Sancionatorio un doble mandato:

*La tipicidad como mandato al legislador y la tipicidad como mandato a la administración: 1. Como **mandato al legislador se es exigible una determinación con la mayor certeza posible, de la conducta y la correspondiente sanción a la misma.** 2. **La sujeción de la administración a dichos preceptos, como obligación de la administración de realizar una correcta imputación.***

*Congruentemente con lo anterior, tenemos que el **principio de tipicidad**, se encuentra íntimamente ligado al **principio de legalidad**, es decir a la necesidad incontrastable de contar con la descripción normativa de la conducta contraria a derecho, así como su correspondiente sanción.*

El legislador o regulador según el marco de competencia, tiene la obligación de regular mediante la expedición de preceptos, las conductas típicamente inaceptadas, de las conductas que desestabilizan el buen funcionamiento de la sociedad en general.

Garberi y Bulleron nos dicen que la tipicidad es la realización del principio de legalidad al afirmar: "Mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de las infracciones y sanciones en la –Ley-, la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una "lex previa", el requisito de una "lex certa".

Que a su vez Alejandro Nieto García en ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) señala:

"... la determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta.

*En efecto después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera a) **Subsunción de la actuación en un tipo** normativo de infracción, b) **subsunción del tipo en una clase de infracción;** c) Determinación de la correlación entre la **clase de infracción y la clase de sanción** d) Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase." (Las negrillas y el subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)*

La jurisprudencia administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera ha establecido a su vez en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005:

*"... la ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual solo **podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.** Bajo*

ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa clara e inequívoca del precepto (*praecceptum legis*) y de la sanción (*sanctio legis*). **El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental** “ *nullum crimen, nulla poena sine lege*”, criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador, y de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria...”

Ahora bien, subsumiéndonos al caso de autos, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sancionó al Banco Unión S.A., por el cargo dos, por incumplimiento a los artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, artículo 106 inciso b) numeral 1 y artículo 107 del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005, al no haber comunicado oportunamente que en reunión de Directorio de 10/08/2012, se aceptó la renuncia del Síndico Suplente Gonzalo García G.

De la jurisprudencia citada, así como de la notificación de cargos, se puede establecer que el Ente Regulador ha cumplido con el principio de tipicidad en razón a que la conducta del regulado se adecúa a lo establecido en el numeral 1, inciso b) del artículo 106 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores. Toda vez, y como bien señala la recurrente, la misma haría referencia al **cambio de síndico**; se entiende que cualquier cambio de ésta persona debe ser informado, independientemente de cuál sea la forma de alejamiento del cargo, renuncia, despido, jubilación, etc.

Por lo tanto, no corresponde lo alegado por la recurrente en sentido de que la ASFI estaría vulnerando el principio de tipicidad al sancionarle por incumplimiento, específicamente, al numeral 1, inciso b) del artículo 106 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, más aún si consideramos que es la propia recurrente la que, en primera instancia, consideró como Hecho Relevante la renuncia, por lo cual informó, dentro de las 24 horas siguientes, a la ASFI y ya en cuanto a la aceptación de la renuncia por parte del Directorio, la recurrente considera que este hecho no es un acto relevante en razón a que el citado artículo 106 del reglamento del RMV, hace referencia al cambio del síndico y no así a una renuncia, hecho totalmente contradictorio cuando la misma señala que ésta ya habría cumplido con el artículo 107, al remitir a la ASFI el Hecho Relevante dispuesto en el artículo 106.

Por lo que, se hace notar a la recurrente, independientemente de cuál haya sido la forma de alejamiento del cargo del Síndico, la norma aplica y el hecho de que la recurrente no haya dado aviso en el término de 24 horas de la aceptación de la renuncia, el mismo, ha dado lugar a que se infrinjan los artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, artículo 106 inciso b) numeral 1 y artículo 107 del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005.

Por lo que, en base a la compulsas efectuadas precedentemente y el control de legalidad del proceso administrativo seguido, ésta instancia jerárquica se pronuncia determinando

que la Autoridad Fiscalizadora ha cumplido con el Principio de Tipicidad, en cuanto a la imputación dada por el artículo 106 inciso b) numeral 1 del Reglamento del RMV.

2.3. Del Hecho Relevante y la oportunidad de su comunicación.-

La recurrente señala, en su Recurso Jerárquico, que no corresponde la sanción impuesta por el cargo dos porque informó oportunamente, a la Autoridad Reguladora, sobre la renuncia del Síndico Suplente de la Sociedad, vale decir el 31 de julio de 2013, el mismo día en el que se tuvo conocimiento de dicha renuncia.

Al respecto, y tal como se tiene de la transcripción de la norma pertinente, en el anterior punto, se tiene que el Reglamento del RMV, específicamente en su artículo 106, inciso b), numeral 1), establece como Hecho Relevante el **cambio de Síndico**, siendo el artículo 107, del mismo cuerpo normativo, el que dispone que tal Hecho Relevante debe ser comunicado, a la Autoridad Reguladora, a **más tardar, al día siguiente de conocido el mismo.**

Así también, es preciso señalar que el penúltimo párrafo del artículo 106 del Reglamento del RMV, señala: **"Para determinar cuándo una información califica como Hecho Relevante, las personas jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV en general y los emisores en particular, deberán emplear la diligencia de un buen padre de familia o la de un hombre juicioso, poniendo en conocimiento de los inversionistas la información que en su caso, considerarían importante para sus propias decisiones de inversión o venta de esos valores."** (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), de los antecedentes, se puede inferir que el propio Banco Unión S.A. al comunicar al mercado de valores en general, a través del registro del Mercado de Valores (RMV) administrado por la Autoridad Reguladora, calificó como Hecho Relevante la renuncia del Síndico Suplente, por lo que se encontraba en la obligación de, también, informar de la misma forma la aceptación de la carta de renuncia, por parte del Directorio, que a la luz de los hechos sí sucedió pero con 35 días hábiles de retraso. Por lo tanto, no corresponde que la propia recurrente alegue que no corresponde la sanción porque la norma hace referencia a **Cambio de Síndico** y no a **Renuncia del Síndico**.

Adicionalmente a lo ya manifestado, es preciso señalar que la función del Síndico, en una sociedad anónima, es de suma importancia dado que el Síndico es una persona a quien se le confía una función de tutela, en beneficio de intereses ajenos, en el presente caso el de los accionistas, por ello tiene atribuciones y deberes de "fiscalizador" para proteger los intereses de sus representados, tal como lo establece el propio Código de Comercio, de la siguiente manera:

"Art. 332.- (SINDICOS). La fiscalización interna y permanente de la sociedad anónima estará a cargo de uno o más síndicos, accionistas o no, designados por la junta general convocada para este fin. Pueden ser reelegidos y su designación revocada por la junta general...

...Art. 335.- (ATRIBUCIONES Y DEBERES DEL SÍNDICO). El cargo de síndico es personal e indelegable.

Son atribuciones y deberes del síndico, sin perjuicio de lo señalado por este Código o por los estatutos, los siguientes:

1) Fiscalizar la administración de la sociedad, sin intervenir en la gestión administrativa;

- 2) Asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones del directorio y, en su caso, del comité ejecutivo y concurrir necesariamente a las juntas generales de accionistas, a todas las cuales debe ser citado;
- 3) Examinar los libros, documentos, estados de cuenta y practicar arquezos y verificación de valores toda vez que lo juzgue conveniente. Puede exigir la confección de balances de comprobación;
- 4) Verificar la constitución de fianza para el ejercicio del cargo de director, informando a la Junta general sobre irregularidades, sin perjuicio de adoptar las medidas para corregirlas.
- 5) Revisar el balance general y estados de resultados, debiendo presentar informe escrito a la junta general ordinaria, dictaminando el contenido de los mismos y de la memoria anual;
- 6) Convocar a juntas extraordinarias cuando lo juzgue conveniente, y a juntas ordinarias y especiales cuando omitiera hacerlo el directorio;
- 7) Hacer incluir en la orden del día de cualquier junta los asuntos que estime necesarios;
- 8) Exigir el cumplimiento de las leyes, reglamentos y resoluciones de la junta general por parte de los órganos sociales, conocer los informes de auditoría y, en su caso concretar la realización de auditorías externas, previa autorización de la junta general;
- 9) Supervigilar la liquidación de la sociedad;
- 10) Atender las denuncias que presenten por escrito los accionistas e informar a la junta sobre las investigaciones que al respecto realice, juntamente con sus conclusiones y sugerencias, y
- 11) Los señalados expresamente por la junta general de accionistas."

Como se puede apreciar de lo transcrito, las funciones y atribuciones del Síndico son de importancia relevante, por ello **la norma ha considerado como Hecho Relevante** una serie de acontecimientos siendo uno de ellos el Cambio de Síndico (sin especificar titular y/o suplente), sin embargo, y esto es importante resaltar, **de manera enunciativa y no limitativa** (artículo 106 del reglamento del RMV), por lo que en consideración a las importantes funciones del Síndico en la sociedad –se infiere- la recurrente ha considerado importante informar de la renuncia del Síndico Suplente tal como lo manifiesta en su Recurso de Revocatoria **"...Dicha comunicación fue realizada en estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 107 del Reglamento del Registro del Mercado de Valores, que establece expresamente que "las personas jurídicas deberán comunicar (...) toda la información que constituya un Hecho Relevante a más tardar al día siguiente de "conocido" el mismo", es decir, en el caso que nos ocupa, el mismo día de conocida la renuncia del Síndico (sic) Suplente..."** (Las negrillas y el subrayado fueron insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), criterio que también fue reiterado en su Recurso Jerárquico.

Por lo tanto, no corresponde lo alegado por la recurrente en sentido de que se estaría vulnerando el principio de legalidad en razón a que dicho norma haría referencia a **cambios de síndicos**

Que, en el presente caso, revisados los antecedentes, la carta de renuncia al cargo de Síndico (suplente) del Banco Unión S.A., presentada por el señor Gonzalo García Grandi en fecha 31 de julio de julio de 2012, considerada como Hecho Relevante por la propia recurrente (en virtud al artículo 106, b, 1, del Reglamento del RMV), fue puesta en conocimiento de la Autoridad Reguladora en la misma fecha, vale decir dentro del plazo

establecido en el artículo 107, con lo que se dio cumplimiento a dicho artículo, así como también a lo dispuesto en los artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834.

Sin embargo, de ello, tal como lo manifiesta la Autoridad Reguladora en las Resoluciones Administrativas ASFI N° 268/2013 de 9 de mayo de 2013 y ASFI N° 401/2013 de 2 de julio de 2013, la renuncia del Síndico se consolida una vez que el Directorio aprueba tal renuncia, conforme se tiene de los artículos 319 y 342 del Código de Comercio que, al respecto, señalan:

“Art. 319.- (RENUNCIA). La renuncia del cargo de director debe ser presentada al directorio, el cual podrá aceptarla siempre que no afecte al normal funcionamiento de la administración, o rechazarla hasta que la próxima junta general se pronuncie al respecto. Entre tanto, el director permanecerá en funciones con las responsabilidades inherentes.”

“Art. 342.- (NORMAS APLICABLES). Se aplicará a los síndicos lo dispuesto en los artículos 312, 315, incisos: 1) y 2), 317, 318, 319 y 329 entendiéndose que cuando se hace referencia a director o directorio, se debe sustituir por síndico o consejo de vigilancia.”

Es decir, que nos encontraríamos ante dos Hechos Relevantes:

1. La presentación de la carta de renuncia por parte del Síndico, el 31 de julio de 2012, que fue informada el mismo día a la Autoridad Reguladora.
2. La aceptación de la renuncia del Síndico, que se dio recién en la Sesión de Directorio de fecha 10 de agosto de 2012 y fue informada en fecha 1 de octubre de 2013 (Con treinta y cinco (35) días de retraso).

Por lo que, si bien, en el presente caso, la recurrente ha cumplido con parte de la normativa, omite considerar que también le correspondía informar, en el término de 24 horas, sobre la aceptación de la renuncia por parte del directorio, pues y conforme ya vimos en lo dispuesto en el artículo 319 del Código de Comercio, la misma puede ser aceptada o rechazada.

En consideración a dicha norma, la recurrente estaba en la obligación de informar a la Autoridad Reguladora **la aceptación de la renuncia del Síndico suplente del Banco, señor Gonzalo García G. de fecha, cumpliendo de esta manera con el plazo dispuesto en el artículo 107 de la Ley del Mercado de Valores.**

Que, el artículo 69 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834, claramente señala que cualquier acontecimiento que por su importancia pueda afectarla o pueda influir en la decisión de invertir en Valores emitidos por ella o que pueda alterar el precio de sus Valores en el mercado, la misma debe ser divulgada en forma veraz, completa, suficiente y oportuna.

Que, en este sentido, se tiene que efectivamente la aceptación de la renuncia es un hecho relevante que tiene que ser informado en razón a que la renuncia se tendrá por consolidada una vez que el Directorio, del Banco Unión S.A., la apruebe y que, en el presente caso, la misma fue aprobada en fecha 10 de agosto de 2012, vale decir que hasta ésa fecha el señor Gonzalo García Grandi continuaba o debía continuar en funciones.

La aprobación de la renuncia, por parte del Directorio, recién fue informada en fecha 1 de octubre de 2012, es decir con treinta y cinco (35) día de retraso.

Del análisis ut supra, se evidencia que no existe ninguna vulneración al principio de legalidad y verdad material por parte del Ente Regulador, ya que, conforme se observó, el Banco Unión S.A. informó, sobre la aceptación de la renuncia del Síndico Suplente, con treinta y cinco días de retraso, es decir, fuera del plazo establecido, configurándose entonces la infracción.

2.2. Sobre el principio de proporcionalidad y aplicación de la sanción.-

Que, importa subsumirnos al precedente ya sentado y expresado por la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2011 de 4 de mayo de 2011, en cuanto al principio de proporcionalidad, donde se determina:

"...el principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la Ley y normas derivadas aplicables, ajustadas a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responden a la idea de la justicia o verdad material (...)

(...)En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

*Así se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser **a)** Que lo hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, **b)** Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y **c)** que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida*

*Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación además de los contenidos en las normas de carácter sancionador **a)** la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b)** naturaleza de los perjuicios causados **c)** la reincidencia en la comisión."*

Consecuentemente, se tiene que el Ente Regulador, en su Resolución Administrativa ASFI N° 268/2013 de 9 de mayo de 2013, se pronunció de la siguiente manera:

"...Que de acuerdo al análisis efectuado debe considerarse que la infracciones ratificadas se ajustan a los siguientes parámetros: los hechos imputados se encuentran plenamente probados, los mismos se encuentran calificados como infracciones en el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, por lo que en cumplimiento del artículo 21 del citado Reglamento de Sanciones, las infracciones por retraso en el envío de información. Finalmente establece que las infracciones previstas en el mencionado Capítulo no se halan (sic) sujetas a la aplicación de lo dispuesto por el Artículo 7 en cuanto se refiere a la reincidencia y concurso de infracciones..."

Que, el artículo 22 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, prevé que el envío extemporáneo de cualquier información sujeta a un plazo de presentación, debe ser sancionado con multa, en relación al cómputo de días de mora.

Por último, la Autoridad de Supervisión, ya en cuanto a la sanción de multa, en la Resolución Administrativa ASFI N° 401/2013 de 2 de julio de 2013, determinó lo siguiente:

*"...Que, el artículo 110 de la norma citada, establece que **la sanción de multa se aplicará a las personas** y entidades participantes en el Mercado de Valores, por infracciones u omisiones cometidas por culpa grave (**actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitar**), en los casos, montos y cuantías fijados en reglamento.*

Que, el artículo 100 del Reglamento del Registro de Mercado de Valores, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 756 de 16 de septiembre de 2005, establece que las personas naturales y jurídicas autorizadas e inscritas en el Registro del Mercado de Valores, tienen la obligación de proporcionar a ASFI toda la información que en formatos, medios y plazos específicos sea requerida por este Reglamento y demás disposiciones aplicables y aquella información que sea solicitada por este Órgano de Supervisión en el marco de sus competencias.

*Que, el citado Reglamento del RMV, en el artículo 106, inciso b), numeral 1, establece que se considera como Hecho Relevante el cambio de directores, principales ejecutivos, síndicos y liquidadores. Y en el penúltimo párrafo, dispone que para determinar cuándo una información califica como Hecho Relevante, las personas jurídicas autorizadas e inscritas en el RMV en general y los emisores en particular, **deberán emplear la diligencia de un buen padre de familia o la de un hombre juicioso, poniendo en conocimiento de los inversionistas, la información que en su caso considerarían importante para sus propias decisiones de inversión o venta de estos valores. ...**"(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

De lo mencionado tenemos que, si bien, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha señalado la norma correspondiente a la aplicación y proporcionalidad de la sanción, la misma no ha hecho un análisis en cuanto a los Artículos 109 y 110 de la Ley del Mercado de Valores y los parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, ya que no se sabe si la presunta infracción fue cometida por culpa grave o por negligencia y si en la misma conducta existió perjuicio (Criterio ya recogido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 33/2007 de 2 de abril de 2007.)

También es necesario hacer notar que en los antecedentes no consta evidencia de que se haya nombrado a otra persona en el cargo de Síndico Suplente, así como tampoco consta en los Hechos Relevantes del Banco Unión S.A., en el Registro del Mercado de Valores –RMV- (Página Web de la Autoridad Reguladora: <https://www.asfi.gob.bo>).

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, y de la revisión de la documentación cursante en el expediente, se llega a la conclusión que, si bien, en el presente caso, ésta

Instancia Jerárquica ha determinado que existiría incumplimiento a los Artículos 68 y 69 de la Ley del Mercado de Valores N° 1834 de 31 de marzo de 1998, artículo 106 inciso b) numeral 1 y artículo 107 del Reglamento del RMV, aprobado con RA 756 de 16 de septiembre de 2005, por parte del Banco Unión S.A., corresponde anular el presente proceso ya que, conforme se ha manifestado, la Autoridad de Fiscalización a momento de imponer la sanción no ha valorado los criterios recogidos en el principio de proporcionalidad.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

En cambio la anulabilidad del Acto Administrativo, se circunscribe a defectos formales en la tramitación del proceso administrativo, regularizando el procedimiento una vez evidenciado el defecto, siendo sus causales las establecidas por ley.

De acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 36, dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad), siendo el defecto de forma una de éstas causales, careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin y dando lugar a la indefensión de los interesados.

Que, en el caso de autos, se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado en el procedimiento y en especial en los derechos consagrados del recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

PORTANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa ASFI N° 268/2013 de 9 de mayo de 2013, **inclusive**, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

CONSEJEROS Y CORREDORES DE
SEGUROS BOLIVIA S.R.L.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/N° 620-2013 DE 09 DE JULIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 086/2013 DE 10 DE DICIEMBRE DE 2013

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 086/2013

La Paz, 10 de Diciembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 620-2013 de 9 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013 de 2 de abril de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 084/2013 de 22 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 180/2013 de 31 de octubre de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras, y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 5 de agosto de 2013, el Dr. Rodrigo Javier Garrón Bozo, en representación de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°620-2013 de 9 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013 de 2 de abril de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/7071/2013, con fecha de recepción 9 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°620-2013 de 9 de julio de 2013.

Que, por memorial presentado el 28 de agosto de 2013, y conforme le fuera requerido por providencia de 14 de agosto de 2013, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** acredita la personería de su apoderado, Dr. Rodrigo Javier Garrón Bozo, para representarla, mediante el Testimonio de Poder N° 283/2008, otorgado en fecha 9 de mayo de 2008, por ante Notaría de Fe Pública N° 055 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Mabel Hortensia Fernández Rodríguez.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 2 de septiembre de 2013, notificado en fecha 4 de septiembre de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 620-2013 de 9 de julio de 2013.

Que, mediante Auto de fecha 3 de septiembre de 2013, notificado en fecha 4 de septiembre siguiente, se dispuso la notificación al tercer interesado, **CRÉDITO AMIGO S.A.**, con el Recurso Jerárquico interpuesto por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°620-2013 de 9 de julio de 2013, a efectos presente sus alegatos.

Que, mediante Auto de fecha 30 de septiembre de 2013, notificado en fecha 3 de octubre de 2013, se notificó a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, como tercer interesado, con el Recurso Jerárquico interpuesto por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°620-2013 de 9 de julio de 2013, a efectos presente sus alegatos.

Que, mediante nota GG EXT 035/2013 de fecha 17 de septiembre de 2013, **CRÉDITO AMIGO S.A.** presentó sus alegatos sobre el Recurso Jerárquico interpuesto por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°620-2013 de 9 de julio de 2013.

Que, mediante memorial de fecha 17 de octubre de 2013, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** presentó sus alegatos sobre el Recurso Jerárquico interpuesto por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°620-2013 de 9 de julio de 2013.

Que, en fecha 5 de noviembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia de exposición oral, conforme fuera solicitada por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** en su memorial presentado en fecha 2 de octubre de 2013, y señalada mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 081/2013 de 14 de octubre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de las principales actuaciones administrativas cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGO.-

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/DS/N° 4036/2013 de 22 de febrero de 2013, recibida por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.A.** en fecha 4 de marzo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros la notificó con los siguientes cargos:

*"...Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera "SIREFI", aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, se comunica a usted que como resultado de la evaluación del reclamo efectuado por **CRÉDITO AMIGO S.A.**, por negligencia en el rol de asesor en seguros relacionado con la ejecución de la Póliza SEGURO GENERAL PARA BANQUEROS DHP 84 N° CGB-B0006 con vigencia del 3 de septiembre de 2010 al 3 de septiembre de 2011 emitido por Credinform Internacional S.A., se ha llegado a los siguientes supuestos contra **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.:***

1. Incumplimiento presunto de los incisos a), c), y e) del artículo 23 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, que establece: **"a) Informar a la entidad aseguradora acerca de las condiciones en que se encuentra el riesgo y asesorar al asegurado o tomador del seguro, a los fines de contratar la cobertura más adecuada a sus intereses"** (las negrillas son de la APS).

c) Ilustrar al asegurado o tomador del seguro de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de seguro, su interpretación y su extensión, verificando que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro.

d) Asesorar al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro acerca de sus derechos y obligaciones, en particular en materia de siniestros y pago de primas..."

2. Asimismo, implicaría incumplimiento del artículo 10 de la Resolución Administrativa IS N° 046/99 de 31 de marzo de 1999, que señala: "Tanto los Corredores de Seguros como de Reaseguros tiene la obligación de efectuar seguimiento permanente de sus clientes en aspectos relativos a renovaciones, modificaciones del riesgo y otros aspectos relevantes, debiendo existir evidencia de las notificaciones efectuadas a sus clientes, aseguradores y reaseguradoras según corresponda..."

2. NOTA DE DESCARGOS.-

Que, mediante nota ADM-0157/2013 fechada en 18 de enero (sic, debió decir marzo, dado hacer referencia nota APS/DESP/DJ/DS/N° 4036/2013 de 22 de febrero de 2013) de 2013, **CONSEJEROS Y CORREDORES SEGUROS BOLIVIA S.A.** presentó los siguientes descargos.

"...Durante todo el tiempo que duro nuestro servicio como Corredores de Seguros de Amigo S.A., estuvieron dirigidos a velar por sus intereses, por lo que nos sorprende de sobre manera, que se llegue al supuesto de incumplimiento de los Incisos a); c) y e) del Art. 23 de la ley N° (sic) 1883 del 25 de Julio de 1988 y del Art. 10 de la Resolución

Administrativa IS N° 046/99 del 31 de marzo de 1,999 cuando cumplió adecuada y debidamente con las obligaciones previstas en los artículos e incisos señalados.

Consecuentemente y en atención a su carta de Notificación, con el respeto que merece su autoridad consideramos que en cuanto a nuestro rol de Corredores de Seguros, hemos hecho conocer a su autoridad detalladamente en nuestras cartas enviadas a su autoridad.

Creemos firmemente que hemos cumplido con Crédito Amigo S.A. como sus Corredores de Seguros durante el tiempo estuvimos como sus asesores, por lo siguiente:

En relación al incumplimiento de los incisos a); c) y e) del Art. 23 de la ley N° 1883 del 25 de Julio de 1988 donde se establece que: "a) Informar a la entidad aseguradora acerca de las condiciones en que se encuentre el riesgo y asesorar al asegurado o tomador del seguro, a los fines de contratar la cobertura más adecuada a sus intereses." Cabe señalar que en ninguna parte indica que se debe informar por escrito, lo cual implica que son validos otros medios de comunicación, como el verbal; modelo que se utilizo de manera continua en las reuniones de asesoramiento de la Gerencia General de Consejeros al Gerente General de Crédito Amigo S.A. Sr. Fernando Soliz quien firma la carta de nombramiento a favor de CONSEJEROS; documentos que les hicimos llegar en nuestras cartas ADM-413/2012; ADM-0928/2012; ADM-1002/2012 y documentos que se adjuntaron como prueba, del asesoramiento brindado a Crédito Amigo S.A..

En cuanto al inciso "c) ilustrar al asegurado o tomador del seguro de manera detallada y precisa sobre las clausulas del contrato de seguro, su interpretación y su extensión, verificando que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrato el seguro."

La Gerencia de Crédito Amigo S.A. a la cabeza del Sr. Fernando Soliz, recibió de parte de la Gerencia de Consejeros amplias explicaciones ilustrativas, precisas e interpretativas en lo concerniente a Seguros y al alcance de sus Pólizas, como se demuestra en nuestras cartas ADM-413/2012; ADM-0928/2012; ADM-1002/2012 y documentos que se enviaron a su despacho ante sus requerimientos.

Sobre el inciso "e) Asesorar al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro acerca de sus derechos y obligaciones, en particular en materia de siniestros y pago de primas." Toda la documentación enviada a su autoridad como respuesta a sus requerimientos, es la prueba más fehaciente de haber cumplido en el asesoramiento de su programa de Seguros, de manera escrita como se demuestra con nuestras cartas ADM-413/2012; ADM-0928/2012; ADM-1002/2012 y documentos que enviamos a su autoridad, como el que continuamente se hizo verbalmente, en reuniones de asesoramiento de la Gerencia General de Consejeros al Gerente General de Crédito Amigo S.A. Sr. Fernando Soliz.

Fue una decisión directa de Crédito Amigo S.A. dejar sin efecto las pólizas renovadas y que **inmediatamente**, serían colocadas por el nuevo Corredor (Consejeros y Corredores de Seguros) bajo las mismas tasas y coberturas.

Al ser una decisión para ejecución inmediata, no permite interponerla con otra acción y por el contrario se constituye en una acción para ser ejecutada en el instante, razón por demás suficiente para cumplir con la decisión. Negociar condiciones o modificar aspectos de fondo de la póliza, hubiera significado no cumplir con las instrucciones del mandante, dilatando los plazos de entrega y dejando sin cobertura al asegurado.

También cabe destacar que se hicieron continuas gestiones en relación a las primas de sus pólizas donde se demuestra que se trabajó mejorando con plazos en beneficio de los intereses de Crédito Amigo S.A.

Asimismo, mediante nuestra carta ADM-Nª (sic) 413, explicamos a su autoridad detalladamente, los servicios de corretaje de seguros que realizamos, cumpliendo toda la normativa que nuestro ordenamiento legal exige, a través de la intermediación que el marco legal nos permite.

Actuamos dentro del marco legal, no solo abordando los pormenores de nuestras gestiones en materia de la renovación de sus pólizas, sino del siniestro que tuvieron en esa oportunidad.

Nuestra carta ADM-0928/2012 producto de la reunión que solicitamos a su digna autoridad y acorde con las explicaciones que recibimos de su personal técnico, amplió con la documentación que se adjunto, la puntual aclaración de que Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia S.R.L. (sic) inicio (sic) sus servicios con Crédito Amigo S.A., posterior a la fecha en la que su anterior Corredor, negocio y renovó por segundo periodo consecutivo la Póliza Banquera DHP 85 Nª (sic) CGB-B00006, manteniendo todas sus coberturas sin modificación alguna y de pleno conocimiento de parte de Crédito Amigo S.A. Estas renovaciones y el Programa de Seguros, venían renovándose desde hace cinco (5) años atrás, con pleno conocimiento del asegurado por intermediación de los Corredores que atendieron a Crédito Amigo S.A.

La renovación de la Póliza Banquera DHP 85 Nª CGB-B00006, con la participación de Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia S.R.L., se produce en instancias en que una vez recibido el nombramiento como asesores de Crédito Amigo S.A., instruyen de manera inmediata a la Compañía Aseguradora Credinform International S.A., dejar sin efecto las pólizas renovadas recientemente y que serán colocadas por Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia S.R.L. de manera inmediata bajo el mismo concepto (Coberturas y alcances).

Reiteramos a su autoridad una vez más que nuestro rol de asesoramiento, que Consejeros es una institución cuyos principios comerciales están estrictamente orientados al respeto de la norma y las disposiciones legales que rigen la actividad aseguradora, ratificando que nuestros servicios de Corredores de Seguros, se

desarrollaron dentro de los alcances de los Art. 23 de la Ley de Seguros 1883 y del Art. 10 de la R.A. IS 046/99.

Como resultado, asistimos a Crédito Amigo S.A. en lo concerniente a las coberturas de sus pólizas, asimismo también señalamos que la renovación de las pólizas de Crédito Amigo S.A. en ese periodo se venía realizando durante cinco (5) años previos consecutivos, y eran de pleno conocimiento tanto del asegurado como del asegurador, no solo en las coberturas sino en el riesgo, razón por demás comprobada cuando Crédito Amigo S.A., instruye a Credinform mediante su carta del 15/10/2010 para que la colocación de las pólizas se ejecute sin modificación alguna y por intermedio de Consejeros y Corredores de Seguros S.A.

De la misma manera, la carta ADM-1002/2012, sirvió para aclarar que la decisión de Crédito Amigo S.A. de renovar sus pólizas a través de Consejeros, fue de manera directa a la Compañía Aseguradora, sin dejar dudas de que su ejecución debió ser inmediata. Tal seguridad de parte de Crédito Amigo S.A. para instruir la renovación de sus pólizas, denota el conocimiento y la seguridad de los alcances y coberturas que tenía de su Programa de Seguros y hace conocer su determinación a la Aseguradora directamente; mediante su carta del 15/10/2010 para que deje sin efecto las pólizas recientemente renovadas, determinando que serían colocadas inmediatamente bajo el mismo concepto (Coberturas y alcances) por intermedio de Consejeros y Corredores de Seguros S.A.

No es aceptable calificar de falta de asesoramiento, a situaciones súbitas, accidentales e imprevistas, que no formen parte de las coberturas o del alcance de estas, en una póliza determinada.

Adjuntamos a la carta ADM-1002/2012 la documentación que fue la base de la intermediación y las gestiones realizadas, aclarando en esta oportunidad, que buena parte del asesoramiento, se hizo verbalmente y de manera continua, en las reuniones de la Gerencia General de Consejeros con el Gerente General de Crédito Amigo S.A. Sr. Fernando Soliz.

Finalmente mediante nuestra carta ADM-1002/2012, hicimos notar la importancia de velar también por las entidades que forman el mercado de los seguros, por lo que se hace necesario que también la Compañía Aseguradora Credinform Internacional S.A., aclare sobre el rechazo que hizo sobre el Siniestro de Robo de dinero en las instalaciones de Crédito Amigo S.A., hecho que para Consejeros es un siniestro totalmente amparado bajo la póliza contratada; buena parte de las gestiones realizadas en ese contexto, se describen como prueba en el Informe Sustentario que se adjunta a la copia de la carta de Consejeros a Crédito Amigo S.A. el 27/02/2012.(Informe Adjunto)

Por todo lo expuesto, consideramos que la magnitud con la que se quiere apreciar el supuesto daño ocasionado a Crédito Amigo S.A. de acuerdo al Art. 23 de la Ley 1883 del 25 de junio de 1,998 en sus incisos "a", "c" y "e" así como al Art. 10 de la Resolución Administrativa IS N° 046/99 del 31 de marzo de 1,999 no se ajusta a la realidad y objetividad con la que Consejeros y Corredores de Seguros brindo sus servicios a

Crédito Amigo S.A., para que tenga que resarcir el aparente daño civil de un reclamo que tiene cobertura y cuyo proceso aun cuenta con la instancia del Arbitraje (Adjunto copia de Póliza Banquera DHP 85 N° CGB-B00006) para mantener el reclamo y no como se trata de hacer ver; "un reclamo que ha llegado a su culminación", dando por hecho una determinación claramente cuestionada, reiteramos una vez más, con cobertura y sujeta a la determinación final por un arbitraje, tal como establece el contrato pactado con Crediform International S.A.. Aclaremos que en ningún apartado de la Ley de Seguros, instruye que los Corredores de Seguros deben asumir los riesgos de los asegurados, para proceder al pago de sus siniestros, la función establecida es solo de intermediación.

En consecuencia, a tiempo de comunicar a su digna Autoridad, nuestro total desacuerdo con el rumbo que se pretende dar al reclamo de Crédito Amigo S.A. por supuesta negligencia en el caso que nos ocupa- (sic), expresamos que nosotros hemos actuado conforme a Ley y hemos realizados (sic) todas las gestiones para realizar nuestro rol de asesores es por ello que APS no tiene competencia y debe declinar a dirimir este reclamo puesto que carece de jurisdicción para determinar el cumplimiento o no de los servicios que brindamos, o más aun, establecer el pago de daños y perjuicios, tal como aspira el denunciante y corresponde dirimirse ante un Tribunal Arbitral.

Por lo expuesto ratificamos a su autoridad que en el Reclamo de Amigo S.A., solo debe resolverse por un Tribunal Arbitral, quien es el único órgano llamado a interpretar si hay discrepancias con la póliza y el Siniestro ocurrido a Crédito Amigo S.A. (Que suponemos es el motivo de la denuncia puesta en nuestra Corredora)..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 259-2013 DE 2 DE ABRIL DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013 de 2 de abril de 2013, la Autoridad Reguladora resolvió:

"...PRIMERO.- SANCIONAR A CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L. con multa equivalente en Bolivianos a Cinco Mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (5.000 UFV's), por incumplimiento de los incisos a), c) y e) del artículo 23 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 y el artículo 10 de la Resolución Administrativa IS N° 046 del 31 de marzo de 1999..."

Los argumentos de la citada Resolución Administrativa, son los siguientes:

"...CONSIDERANDO:

Que como se puede inferir, los cargos consisten en que **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** no habría asesorado correctamente a **CRÉDITO AMIGO S.A.** en los eventos suscitados a propósito de la ocurrencia del siniestro en las oficinas de esta última compañía en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra el 9 de agosto de 2011 (robo de \$us.6.722 y Bs.675.410,00) y la consiguiente ejecución de la Póliza SEGURO GENERAL PARA BANQUEROS DHP 84 N° CGB-B00006 con vigencia del 3 de septiembre de 2010 al 3 de septiembre de 2011 (...)

CONSIDERANDO:

Que es derecho de todo regulado, la obtención de una decisión fundada conforme prevé el "Derecho al Debido Proceso" previsto en el artículo 115 – II de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPE) y una vez analizados los antecedentes, corresponde analizar los descargos de la Corredora.

CONSIDERANDO:

Que concierne efectuar algunas digresiones a manera de antecedentes en este caso.

1. En fecha 7 de febrero de 2013, la Dirección Jurídica de la APS recibe el Informe Técnico APS/DS/JTS/126/2013 de 6 de febrero de 2013, por el cual, se recomienda analizar el caso en cuestión a fines de proseguir con ulteriores actuaciones.

2. Se trata de la denuncia de 4 de septiembre 2012, recibida en la APS en fecha 5 de septiembre del año en curso de **CRÉDITO AMIGO S.A.** contra **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** por presunta negligencia en su condición de corredor de seguros y en relación a la vigencia y aplicación de la Póliza SEGURO GENERAL PARA BANQUEROS DHP 84 N° CGB-B00006, con vigencia del 3 de septiembre de 2010 al 3 de septiembre de 2011 emitida por Credinform International S.A.

Que es necesario señalar que existen puntos de vista contrapuestos de las compañías concernidas respecto de la responsabilidad emergente del robo citado y la negativa de CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. de proceder a la indemnización subsecuente por carecer (según ella) de cobertura las circunstancias que sucedieron en el robo señalado.

Que en efecto, mientras **CRÉDITO AMIGO S.A.** aduce que la corredora no fue asesorada debidamente respecto de las descoberturas que señalaba la Póliza en cuestión (v.gr. no cobertura el dinero que se encuentra fuera de la caja fuerte), **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** señala que cumplió con generosidad su rol de asesor en el caso concreto (gestiones permanentes, contratación de expertos internacionales, etc. sin obligación de asesorar legalmente a su asesorado).

3. La presunta negligencia habría surgido desde el momento en que **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** asume la función de corredor de seguros hasta la ocurrencia y consecuencias del robo de \$us6.722 y Bs675.410,00 de las oficinas de **CRÉDITO AMIGO S.A.** en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra en fecha 9 de agosto de 2011.

4. Los elementos que configurarían la negligencia derivan de la existencia de:

a) La carta SCCO-035/2010 de 15 de octubre de 2010 emitida por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, por la que esta corredora comunica a

Credinform International S.A. que ha sido nombrada asesora en seguros de **CRÉDITO AMIGO S.A.**

b) La carta Cite GOF-038/2010 de 15 de octubre de 2010 de **CRÉDITO AMIGO S.A.** que confirma a **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** como su corredora y asesora de seguros a cargo de la gestión, la renovación y atención de siniestros según las cotizaciones alcanzadas referentes a sus pólizas de seguros.

c) La carta Cite GOF-040/2010 de 15 de octubre de 2010 de **CRÉDITO AMIGO S.A.**, dirigida a Credinform International S.A., por la que "comunica que por motivos de índole confidencial desiste del servicio de asesoría en seguros que Universal Brokers prestaba, agradeciendo dejar sin efecto las pólizas recientemente renovadas, las cuales están pendientes de pago, por lo que las mismas serán colocadas inmediatamente bajo el mismo concepto (coberturas, tasas) pero con la intermediación de Consejeros..."

CONSIDERANDO:

Que efectuado aquél cuadro de situación y en relación a los argumentos 1 y 10 de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** contemplado en el quinto Considerando de la presente Resolución, se debe indicar que la obligación de informar no conlleva un enfoque cerrado y por lo mismo, serán válidos todos aquellos medios que logren precisamente eso, informar (de manera oportuna y eficiente) al cliente.

En este contexto, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** afirma que sí asesoró; sin embargo de la prueba adunada al expediente se acredita que lo hizo pero únicamente en la etapa de ocurrencia del siniestro y no como debió hacerlo, en las tres etapas, es decir: i) al momento de la contratación del seguro, ii) durante la vigencia de la póliza, y iii) al producirse el siniestro; por lo que aseverar que "procedió en todo momento a asesorar debidamente a **CRÉDITO AMIGO S.A.**" no es tan cierto.

Que conviene revisar el contenido de las cartas que acreditarían que **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** cumplió su deber de informar y asesorar debidamente a su cliente **CRÉDITO AMIGO S.A.**

1. **La carta ADM-413/2012 de 27 de septiembre de 2012.** Se trata de una correspondencia dirigida a la APS de fecha 27 de septiembre de 2012 en la que la corredora sostiene que llevó varias acciones luego de ocurrido el hecho, como gestiones, envió de cartas a Credinform International S.A., solicitud de documentos, viajes de personal peruano a la Paz y a Santa Cruz para sostener la procedencia del pago de la indemnización debida, entre los principales.
2. **La carta ADM-0928/2012 de 01 de noviembre de 2012.** También dirigida a la APS, en la que efectúa una detallada relación de correspondencia entre la corredora y Credinform International S.A. que revela conocimiento del rol que desempeñaba **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, la

documentación concernida, y programas de la Póliza en cuestión (adjuntan documentación).

- 3. La carta ADM-1002/2012 de 7 de diciembre de 2012.** Esta carta dirigida a la APS, refiere justificativos del rol que desempeñó la corredora en el caso de CRÉDITO AMIGO S.A. indicando que el siniestro ocurrió en pleno proceso de evaluación del programa de seguros.

CONSIDERANDO:

Que por lo revisado precedentemente, se concluye que existe abundante información y documentación que develan fenómenos como que **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** llevó a cabo actuaciones varias, luego de ocurrido el siniestro en fecha 9 de agosto de 2011. Estas actuaciones como viajes de personal peruano a La Paz y a Santa Cruz, contratación de abogados, solicitudes escritas de documentación intercambiada entre el asegurado, la aseguradora y la corredora son de conocimiento de **CRÉDITO AMIGO S.A.**, a juzgar del tenor de la carta de 22 de agosto de 2012 dirigida a esta compañía por parte de la corredora, sin que sus extremos hubieran sido desvirtuados, y la carta ADM-890/2012 de 15 de octubre de 2012 dirigida a la APS.

CONSIDERANDO:

Que en relación al argumento 2 de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, contemplado en el quinto Considerando de la presente Resolución, se debe establecer que la ilustración al asegurado por parte del Corredor no se limita a sucesos ex post al siniestro, como ya se indicó, sino y como lo señala el inciso c) del artículo 23 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, la corredora tiene el deber legal de explicar al asegurado sobre las cláusulas del contrato, su interpretación y su extensión. Resulta, nuevamente obvio, que la ilustración, asesoramiento y demás obligaciones deben ocurrir a tiempo de contratar la póliza, durante y después de la vigencia de la misma, y no simplemente luego de ocurrido el siniestro.

Que en relación al argumento 3 de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, contemplado en el quinto Considerando de la presente Resolución, el razonamiento efectuado para los dos incisos anteriores del artículo 23 de la Ley de Seguros es válido para este acápite, recalcando que el asesoramiento abarca todo el periodo de vigencia de la Póliza y no únicamente, desde que ocurre el siniestro.

Que en relación a los argumentos 4, 6 y 8, contemplados en el quinto Considerando de la presente Resolución, el hecho de que fuera **CRÉDITO AMIGO S.A.** quien hubiera decidido la colocación inmediata de las pólizas no exime, ni eximió a la corredora del cumplimiento de sus obligaciones como tal. Tampoco constituye justificativo alegar que la asegurada tenía conocimiento de las coberturas y demás características de la Póliza porque el programa venía renovándose desde hacían (sic) cinco años sin modificación alguna. Se espera, siempre, un rol diligente de la corredora y no presunciones de "que la asegurada tenía pleno conocimiento" de las condiciones de la Póliza.

Que en relación al argumento 5 de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, contemplado en el quinto Considerando de la presente Resolución, los cargos acusados no se refieren a que la corredora no hubiera asesorado adecuadamente en relación a las primas y "otras gestiones" no especificadas.

Que en relación al argumento 7, contemplado en el quinto Considerando de la presente Resolución, un hecho que llama la atención es la alegación de que a momento de ocurrido el siniestro (9 de agosto de 2011), la corredora venía "procesando" el programa de coberturas de la póliza, cuando la misma había sido designada como tal 10 meses antes del robo. En efecto, así lo demuestran las cartas SCCO-035/2010 de 15 de octubre de 2010 emitida por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, por la que esta corredora comunica a Credinform International S.A. que ha sido nombrada asesora en seguros de **CRÉDITO AMIGO S.A.** y el Cite GOF-038/2010 de 15 de octubre de 2010 de **CRÉDITO AMIGO S.A.** por la que confirma a **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** como su corredora y asesora de seguros a cargo de la gestión, la renovación y atención de siniestros según las cotizaciones alcanzadas referentes a sus pólizas de seguros.

Es decir, que desde el 15 de octubre de 2010 hasta el 9 de agosto de 2011 (cuando ocurre el siniestro), **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** venía "procesando", "evaluando" el programa de las Pólizas (ver carta ADM-1002/2012 de 7 de diciembre de 2012). Este último dato corrobora que la Corredora no brindó un asesoramiento diligente antes de la ocurrencia del siniestro. **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** asesoró debidamente a **CRÉDITO AMIGO S.A.** pero solamente después de ocurrido el robo y no antes del siniestro, como era su deber.

Que en relación al argumento 9, contemplado en el quinto Considerando de la presente Resolución, resulta ingenuo señalar que no se puede calificar de falta de asesoramiento a situaciones súbitas, accidentales e imprevistas que no forman parte de las coberturas o del alcance de estas. En efecto, la naturaleza de la Póliza en cuestión es que constituye una "Póliza de Seguro de Banqueros" cuyo objeto es la protección bancaria; pero protección de qué? (sic) De sus instalaciones (y lo que cabe en ellas, como los dineros robados) en caja fuerte, en ventanillas y cajas registradoras solo en horarios de oficinas. Obviamente que la pérdida de dineros de la entidad financiera es uno de los **imprevistos**, una de las **situaciones súbitas** que motivan la contratación de la Póliza por lo que, se reitera, resulta inconsistente manifestar que estas eventualidades no son falta de asesoramiento.

Que en relación al argumento 11, contemplado en el quinto Considerando de la presente Resolución, la denuncia es de **CRÉDITO AMIGO S.A.** contra **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** y no contra **CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.**, por lo que resulta impertinente pretender involucrar a esta aseguradora. Si se tiene algo contra la actuación de esta compañía, se lo debe hacer mediante el canal apropiado.

Que en relación al argumento 12, contemplado en el quinto Considerando de la presente Resolución, tampoco se pretende, en la sustanciación de la denuncia que

nos ocupa, que la Corredora pague el daño civil a **CRÉDITO AMIGO S.A.**, pues la APS no es la instancia competente. El objeto de la presente resolución es dilucidar si existe materia sancionable en vía administrativa (y consiguiente sanción) en referencia a la falta de asesoramiento de parte de la Corredora a **CRÉDITO AMIGO S.A.**

Que en relación al argumento 13, contemplado en el quinto Considerando de la presente Resolución, tampoco es materia de este instrumento administrativo legal, dirimir si corresponde el pago o no de la Póliza. Se reitera que el objeto es dilucidar la procedencia sancionable de la acusada falta de asesoramiento a **CRÉDITO AMIGO S.A.**

CONSIDERANDO:

Que por lo expuesto, se evidencia que **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** no asesoró a **CRÉDITO AMIGO S.A.**, a raíz de su rol de Corredora de esta compañía. El análisis contradictorio de la información y documentación cursante en archivos, demuestra que la Corredora actuó activamente, pero luego de ocurrido el robo el 9 de agosto de 2011, habiendo limitado su papel legal en el periodo que medió desde el 15 de octubre de 2010 hasta el 9 de agosto de 2011.

Que es menester aclarar que los juicios vertidos en esta resolución administrativa sancionatoria no significan que la APS otorgue amparo a la procedencia o improcedencia de la ejecución de la Póliza Seguro General para Banqueros DHP 84 N° CGB-B00006, ya que los hechos acaecidos con respecto del riesgo protegido y sus consecuencias jurídicas, corresponden ser conocidos y resueltos por un Tribunal Arbitral, conforme lo establecen el artículo 39 de la Ley de Seguros 1883 y la propia póliza de seguro.

CONSIDERANDO:

Que por lo expuesto y en atención a que los cargos imputados no han sido desvirtuados por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** se considera haber mérito para sancionarla, teniendo presente que el artículo 19 de la Resolución Administrativa IS N° 046/99 de 31 de marzo de 1999 "Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros" remite a la Resolución Administrativa IS N° 602 de 24 de octubre de 2003 para aplicar las sanciones pertinentes..."

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

4.1. Memorial de Recurso, presentado por CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.-

Que, mediante memorial presentado en fecha 30 de abril de 2013, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/N° 259/2013 de 2 de abril de 2013, con los siguientes argumentos:

"...INCOMPETENCIA DE LA APS

1. De acuerdo a lo ya señalado por nuestra firma, en los descargos presentados oportunamente, la APS es incompetente para conocer el reclamo efectuado por

CRÉDITO AMIGO S.A., toda vez que el mismo trata sobre el siniestro ocurrido en las oficinas de esta compañía en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra el 9 de Agosto de 2011, y la consecuente negativa de la compañía CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. de efectuar el pago del seguro correspondiente.

2. El presente trámite, implica una violación al procedimiento administrativo -por los motivos que se detallaran más adelante-, a la cláusula arbitral suscrita en la Póliza General para Banqueros DHP 84 N° CGB-B00006 con vigencia del 3 de septiembre de 2010 al 3 de septiembre de 2011, y por tanto a nuestro consagrado derecho a la defensa, toda vez que del análisis general y particular de la Resolución Administrativa objeto del presente recurso, particularmente en el tercer considerando, su autoridad establece claramente que la Resolución emitida es a consecuencia del siniestro ocurrido, y no así a consecuencia de una violación normativa o de un incumplimiento claro y objetivo de nuestra firma, por lo que su autoridad resulta INCOMPETENTE para resolver el reclamo de CRÉDITO AMIGO S.A. basta con hacer notar que si como, resultado de las gestiones realizadas por nuestra firma, CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. hubiese efectivizado el pago del siniestro, nuestra firma no podría ni hubiese sido sancionada por su autoridad, de hecho es probable que incluso hasta hubiésemos recibido una felicitación, de parte de quienes eran nuestros clientes por las "buenas gestiones" que habríamos realizado.
3. Queda claro entonces, que es absurdo el argumento forzado de que la Resolución emitida por su autoridad, tiene como antecedente previo o motivacional, los "hechos" ocurrido (sic) de forma previa al siniestro, los cuales, quedan fuera de contexto y de consideración por los motivos señalados. En otras palabras, la buena o mala asesoría, la existente o inexistente asesoría, que hubiese podido o no existir de forma previa al siniestro, se encuentra en el ámbito de la especulación, y tiene como base, una suposición de su autoridad, a partir de que nuestra firma -a criterio de la APS-, no habría acreditado de manera objetiva la asesoría brindada a nuestros clientes. De hecho, el razonamiento "jurídico" de la resolución y en sí, de todo el procedimiento llevado a cabo, resulta ser absolutamente inconstitucional, pues su autoridad, en vez de requerir a CREDITO AMIGO S.A. la presentación de pruebas de cargo sobre las alegaciones planteadas en nuestra contra, se ha requerido a nuestra firma que presentemos pruebas de descargo a nuestro favor, con lo cual por supuesto que existe y se genera un ambiente de desigualdad entre partes, y una violación al principio de imparcialidad, que debe reinar en todo el procedimiento y en la resolución correspondiente, pues debe contemplarse que no se trata de un ciudadano de a pie, al cual nuestra firma pudo haber asesorado, sino que se trata de una micro financiera, la cual está sujeta a controles rigurosos por parte de la ASFI, cuanta (sic) con una equipo gerencial especializado, abogados internos y externos, y todo un staff que le permite medianamente conocer el alcance de una póliza, más aun tratándose de una que ya fue renovada bajo los mismos términos y condiciones durante varios años, negar este hecho, simplemente implica un desmesurado afán de sancionar a nuestra firma sin intentar buscar si quiera la verdad material de los hechos, tal cual manda el procedimiento administrativo.

4. *En toda la resolución administrativa 259/2013, la APS no menciona NI UNA SOLA PRUEBA DE CARGO PRESENTADA POR CRÉDITO AMIGO S.A., es decir que, para su autoridad basta y sobra la palabra de una sola de las partes para dar por ciertas a dichas afirmaciones, en desmedro de toda la documentación presentada por nuestra firma. Como se puede evidenciar en la indicada resolución, su autoridad se limita a realizar un ligero análisis de la documentación presentada por nuestra parte, haciendo además una interpretación cuasi exegética de la norma.*

VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LOS ACTOS Y RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

1. *En el considerando siete de la resolución objeto del presente recurso, su autoridad señala que “CONSIERNE EFECTUAR ALGUNAS DIGRESIONES A MANERA DE ANTECEDENTES”.*
2. *De acuerdo a la terminología jurídica y técnica que se debe aplicar en todo acto o procedimiento jurídico y/o administrativo, a fin de uniformar el lenguaje procesal y multiplicidad de interpretaciones, lo que su autoridad establece en otros términos, es que realizará un análisis de asuntos que no tienen absolutamente nada que ver con el caso, es decir, con el reclamo y los descargos presentados, a modo de utilizarlos como antecedentes. ¿DE QUE FORMA SE PUEDEN UTILIZAR ELEMENTOS QUE NO TIENEN NADA QUE VER, COMO ANTECEDENTES?*
3. *Este hecho viola el principio de congruencia anteriormente señalado, pues todo acto administrativo debe estar conectado, vinculado, relacionado y tener congruencia con lo que se pide, con los descargos y con la resolución final, incluir elementos que no se encuentren relacionados, sin explicar cuál es el motivo para dicha inclusión, indicando simplemente “que conciernen”, lógicamente es una alteración al procedimiento, clara y evidente.*
4. *No obstante lo señalado, nos permitimos hacer un análisis de estos puntos, que a criterio de su autoridad (al señalar que son digresiones), no tiene nada que ver con el asunto principal.*

DIGRESIONES DEL PRESENTE CASO SEGÚN LA APS:

- a. *El informe técnico APS/DS/JTS/126/2013 de 6 de febrero de 2013, por el cual se recomienda analizar el caso en cuestión.*
- b. *Denuncia de CRÉDITO AMIGO S.A. ante la APS en contra de nuestra compañía.*
- c. *La negativa de CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. de proceder a la indemnización, subsecuente a CRÉDITO AMIGO S.A.*
- d. *La presunta negligencia de nuestra firma, así como las cartas con CITES SCCO-035/2010, CITE N° GOF-038/2010. CITE N° GOF-040/2010, todas de fecha 15 de octubre de 2010, las cuales supuestamente configurarían la indicada negligencia.*

Como se puede observar de manera absolutamente incongruente, se establece en la resolución que, no es parte del asunto principal, ni la denuncia, ni los cargos presentados por CRÉDITO AMIGO S.A., no obstante ello sirven como antecedente.

Este incomprensible considerando tal cual está planteado, no tiene ninguna razón de ser, toda vez que al ser una digresión, no debiera formar parte de la respectiva resolución por los motivos señalados, y por otra parte al no tener supuestamente relación con el hecho principal de la resolución, nos limita el poder objetar estos puntos, pues técnicamente no serían parte del análisis de su autoridad, con lo cual se viola nuevamente el derecho a la defensa.

SOBRE LA SUPUESTA FALTA DE ASESORIA

1. En el octavo considerado su autoridad señala "haber efectuado un cuadro de situación" sobre el cual jamás fuimos notificados, desconocemos de que trata, sus alcances, informes, pruebas de cargo y descargo consideradas, no obstante ello, este supuesto cuadro de situación efectuado, resulta ser -para efectos de la presente resolución-, la base técnico legal que sustentaría toda la posición asumida en la resolución administrativa 259/2013, pues a partir de la misma se estaría desvirtuando, los argumentos presentados por nuestra firma y que fueron resumidos por su autoridad en diez puntos dentro de la resolución administrativa.
2. La APS indica en este considerando que son "VÁLIDOS TODOS AQUELLOS MEDIOS" que logren informar al cliente, pero contrariamente, **SU AUTORIDAD NO ADMITETODOS (sic) AQUELLOS MEDIOS QUE PRUEBAN ESTA ASESORÍA**, es decir que, para su autoridad es posible asesorar de cualquier forma posible, **siempre y cuando se deje constancia de la asesoría, caso contrario la asesoría que se brinde (valga la redundancia), no sería considerada como tal.**
3. Como se puede advertir claramente, lo señalado por su autoridad conlleva una contradicción en sí mismo, aspecto que técnicamente se denomina tautología, pues si se permiten todos los medios para asesorar, estos no pueden ser luego, arbitrariamente limitados a solo aquellos que dejen constancia formal y escrita o documentada de la misma.
4. Nuestra firma ha cumplido en el rol establecido por la normativa nacional, y CRÉDITO AMIGO S.A. no ha presentado ninguna prueba de cargo que desmienta nuestra posición, ese si es un hecho objetivo que su autoridad debe contemplar, lo contrario, reiteramos es una transgresión a nuestro derecho constitucional.
5. Realizar una (sic) análisis de solo la prueba de descargo presentada por nuestra parte, sin realizar una (sic) análisis de la prueba de cargo presentada en nuestra contra, y peor aún, sin que su autoridad haya realizado gestiones por su cuenta, orientadas a buscar la verdad material de los hechos, es una transgresión absoluta al procedimiento aplicable, a la Constitución y a los Tratados Internacionales en materia de derechos fundamentales suscritos por el país, concretamente el Pacto de San José de Costa Rica.
6. Su autoridad acertadamente reconoce en este considerando que CRÉDITO AMIGO S.A., no desvirtuó ninguno de los fundamentos esgrimidos por nuestra parte

sobre la asesoría brindada luego del siniestro, el cual se constituye en el motivo de la denuncia presentada por CRÉDITO AMIGO S.A. en nuestra contra.

7. Si su autoridad consideraba que el siniestro, ni nuestra asesoría brindada en el siniestro, tiene relación con la resolución administrativa emitida, y por el contrario la misma se basa en la asesoría que brindan las corredoras en forma previa a los siniestros, entonces su autoridad debe dejar en claro que la Resolución administrativa 259/2013, tiene como base una investigación de oficio, sobre la cual no existiría prueba de cargo ni argumentación en nuestra contra, por lo que su autoridad debe citar la base legal cierta, que señale la obligación de las corredoras de seguros de brindar asesoría a nuestros clientes mediante mecanismos y formas que dejen constancia del servicio brindado.
8. Este detalle, resulta ser absolutamente relevante en la presente resolución, es más, resulta ser un elemento estructural en la norma, pues a partir del mismo, los mecanismos y formas de brindar asesoría de las corredoras en Bolivia, excluyéndose aquella asesoría, atención directa, preferente y personalizada, a Cambio de mecanismos impersonales, documentados que dejen constancia del servicio brindado.
9. Como la Resolución se centra supuestamente, en la asesoría previa brindada a CRÉDITO AMIGO S.A., en los alcances de la póliza contratada por estos y en desconocimiento del cliente sobre los términos de la misma, resulta ser discriminatorio, parcializado e incongruente, que su autoridad haya excluido, de responsabilidad alguna a todas las corredoras de seguros que brindaban servicios anteriormente a CREDITO AMIGO S.A.
10. Reiteramos que es inaudito, que su autoridad de por ciertas las afirmaciones de CRÉDITO AMIGO S.A., sobre el supuesto desconocimiento de los alcances de la póliza contratada, tomando en cuenta que dicha póliza, fue suscrita bajo los mismos términos y condiciones por todos los brokers anteriores, será que todos evitaron asesorar al cliente? ¿será posible aceptar como ciertas las afirmaciones realizadas por CRÉDITO AMIGO S.A.?
11. Más allá de lo señalado, es importante hacer notar a su autoridad, pese a su incompetencia para conocer este asunto, que los alcances de la póliza, son a nuestro criterio correctos y válidos, y presumimos válidamente que dicho alcance es también correcto y válido para los anteriores brokers que asesoraban a CREDITO AMIGO S.A., los cuales al igual que nuestra firma asesoramos a diferentes entidades bancarias y financieras, con lo cual consideramos tener la experiencia técnica necesaria para realizar esta afirmación.
12. En los supuestos alcances de la póliza que no fueron informados a CRÉDITO AMIGO S.A., se supone que, ¿debíamos informarle sobre las eventuales interpretaciones que las empresas de seguros podrían hacerle a la póliza?, ciertamente esta premisa, es transversal a toda la Resolución Administrativa, a la denuncia presentada y a la naturaleza de los brokers de seguros, pues en la Resolución Administrativa, se hace alusión permanente a una supuesta falta de asesoría previa a CREDITO AMIGO S.A., y que estos desconocían el alcancé la

póliza, sin embargo aun cuando hubiésemos brindado una asesoría, totalmente escrita sobre los alcances de la póliza, está no hubiera incluido de ninguna forma la arbitraria interpretación por CREDINFORM INTERNATIONAL S.A., sobre la misma, con lo cual ocurrido el siniestro, nos encontraríamos exactamente en la misma situación, por lo que resulta, afanoso señalar "que se espera un rol diligente de la corredora", cuando en realidad se colige que lo que se pretende es responsabilizar a nuestra firma por una arbitraria interpretación de la póliza por parte de CREDINFORM INTERNATIONAL.

13. Es importante remarcarle a su autoridad que el hecho que CRÉDITO AMIGO S.A., tenga conocimiento de los alcances de la póliza, no es solo "una presunción de nuestra parte", sino que es un hecho fáctico y comprobable, toda vez que la obligación de informar, no es solo de CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L. sino de todos los brokers que anteriormente asesoraron a CRÉDITO AMIGO S.A., sobre una póliza de un mismo tenor y contenido. Además considerando que CREDITO AMIGO S.A., es una entidad regulada y supervisada por la ASFI, tiene la obligación-además-de informarse sobre los alcances de la póliza, pues el dinero que administra, no es propio sino de terceros particulares, con lo cual alegar no haberse informado sobre los alcances de una póliza que llevan utilizando en más de 5 años, es una transgresión muy seria que podría poner en riesgo la estabilidad de las financieras y bancos en general, bajo este argumento se podrían generar escenarios de desprotección a los ahorristas.
14. Todos estos elementos hacen que el presente caso, tenga un alcance más allá de la multa impuesta por su autoridad, y que contenga elementos mucho más complejos, que son competencia y deben ser analizados por un Tribunal Arbitral especializado, conforme fue estipulado en la póliza.

SOBRE EL CONTENIDO DE LA PÓLIZA

15. **No obstante que su autoridad es incompetente para analizar el contenido de la póliza, en la Resolución Administrativa se señala que** "LA NATURALEZA DE LA PÓLIZA EN CUESTIÓN, ES QUE CONSTITUYE UNA PÓLIZA DE SEGURO DE BANQUEROS CUYO OBJETO ES LA PROTECCIÓN BANCARIA"; PERO ¿PROTECCIÓN DE QUE? DE SUS INTALACIONES (Y LO QUE CABE EN ELLAS, COMO LOS DINEROS ROBADOS), EN CAJA FUERTE, EN VENTANILLA Y CAJAS REGISTRADORAS, SOLO EN HORARIOS DE OFICINAS".
16. Como se puede observar claramente, su autoridad transgrede la cláusula arbitral existente en la póliza, pues desde ya en la resolución se hace un análisis de la misma, de su contenido, de lo que protege y de lo que no, aspecto que está absolutamente fuera de lugar y constituye una arbitrariedad, toda vez que, quienes suscribieron la póliza fueron CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. y CRÉDITO AMIGO S.A. a través de nuestra intermediación, ciertamente, pero que al no haberse incluido en el presente proceso a CREDINFORM INTERNATIONAL, aun cuando en el caso que su autoridad hubiese gozado de competencia, estaría limitada a interpretar la póliza señalada, pues no se habría notificado a una de las partes que la suscriben, violándose su derecho a la defensa y atribuyéndose su autoridad funciones que no le competen, pues estas atribuciones deben ser

llevadas en Tribunal Arbitral.

17. *Su autoridad no es competente para analizar el contenido de la póliza, ver sus alcances, ni si el contenido de la misma se encuentra correcto o no, es importante señalar, que bajo la legislación boliviana, las pólizas no son contratos nominados y que por tanto el contenido y alcances varia, he ahí que se genera competencia entre las diferentes empresas de seguros, lo contrario sería establecer un modelo tipo por parte de su autoridad, y obligar a todas las compañías a su cumplimiento. Por tanto, intentar señalar que nuestra compañía no cumplió con el asesoramiento previo al siniestro, a partir de la interpretación arbitraria de CREDINFORM INTERNATIONAL S.A., y al parecer de la aceptación de CRÉDITO AMIGO S.A. y de su autoridad, sobre dicha afirmación, constituye un acto viciado de nulidad y arbitrario, toda vez que a nuestro criterio, la póliza fue emitida en términos correctos y quien está llamado a conocer o resolver sobre este asunto es el Tribunal Arbitral pactado. No está demás (sic) recordar a su autoridad que las empresas de servicios como las corredoras, tiene (sic) una obligación de medios y no de resultados, es decir que nuestra responsabilidad se limita a realizar nuestro mayor esfuerzo en el servicio que brindamos, lo cual hemos demostrado ampliamente, y no así a los resultados que puedan obtener en consecuencia, tal cual establece el Código Civil.*

PETITORIO

*Por todo lo anteriormente expuesto, dentro de plazo legal y oportuno, amparados en el Art. 56 y siguientes de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo, en tiempo hábil, presentamos RECURSO DE REVOCATORIA contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N^o 259-2013, **SOLICITANDO REVOQUE TOTALMENTE LA SEÑALADA RESOLUCIÓN Y CONSECUENTEMENTE DECLARE IMPROCEDENTE LA DENUNCIA PRESENTADA POR CRÉDITO AMIGO SA, y sea conforme a derecho...**"*

4.2. Memorial presentado por SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.-

Que, en fecha 20 de mayo de 2013, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** hizo presente su pronunciamiento sobre los alegatos del Recurso de Revocatoria de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA SRL.**, refiriendo que en ningún momento ha interpretado arbitrariamente la póliza, que si bien en este caso se hubiera rechazado la misma, fue después de haber realizado un análisis pormenorizado y minucioso del caso, y que además, en ningún caso la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros interpreta la póliza o analiza sus coberturas; a su vez señala que, nuevamente Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia S.R.L., intenta inculpar a todos los brokers anteriores y deslindar su responsabilidad en cuanto a la falta de asesoría de a Crédito Amigo S.A.

4.3. Memorial presentado por CREDITO AMIGO S.A. .-

Que, mediante nota GG EXT 023/2013 de 21 de mayo de 2013, **CREDITO AMIGO S.A.** presentó sus alegatos con referencia al Recurso de Revocatoria presentado por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA SRL.**, señalando que, a diferencia de lo referido por la recurrente, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sí tiene competencia para conocer la denuncia en cuanto a los incumplimientos a los incisos

a), c) y e) del artículo 23° de la Ley 1883 de 25 de junio de 1998, y al artículo 10° de la Resolución Administrativa IS N° 046 del 31 de marzo de 1999, y que si bien existiría un daño económico al denunciante, de ninguna manera en el fondo del reclamo la misma estaría solicitando un análisis de la póliza.

A su vez, señala que la recurrente, dentro de su Recurso de Revocatoria, tiene apreciaciones erróneas y fuera de lugar, afirmando que fue el siniestro el evento que ocasionó la denuncia y que sin el siniestro no habría de denuncia; a este extremo señala que, la denuncia se sustenta en el hecho de la falta de asesoramiento del Corredor de Seguros a momento de la contratación y durante su vigencia, previo al siniestro.

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/N° 620-2013 DE 9 DE JULIO DE 2013.-

Mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 620-2013 de 9 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013 de 2 de abril de 2013, conforme a los argumentos siguientes:

“...CONSIDERANDO:

*Que el motivo por el que se emitió la **Resolución Administrativa N° APS/DJ/DS/N° 259-2013 de 02 de abril de 2013**, fue el resultado de la evaluación del reclamo efectuado por **CRÉDITO AMIGO S.A.** por negligencia en el rol de asesor en seguros, relacionado con la ejecución de la Póliza **SEGURO GENERAL PARA BANQUEROS DHP 84 N° CGB-B00006** con vigencia del 3 de septiembre de 2010 al 3 de septiembre de 2011 emitido por **Credinform Internacional S.A.**, cuyos cargos imputados no fueron desvirtuados por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** en el momento procesal apropiado que en ejercicio de su derecho constitucional de defensa, le fue otorgado ampliamente.*

CONSIDERANDO: (...)

*Que en cuanto a **los argumentos 1, 2 y 3 expuestos en el quinto Considerando** de la presente Resolución que tiene que ver con una supuesta incompetencia del ente regulador, conviene referirse (retrospectivamente) al conjunto de atribuciones, facultades y objetivos que sustentan a la APS en su actuación, en este y en otros casos.*

1. El artículo 167 de la Ley de Pensiones N° 065 de 10 de diciembre de 2010, establece que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones – AP se denominará en adelante Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS y asumirá las atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de seguros de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero – ASFI.

2. El artículo 168 de la referida Ley determina que son funciones y atribuciones del organismo de fiscalización:

“...a) Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos.

b) Fiscalizar, supervisar, regular, controlar, inspeccionar y sancionar a ...entidades aseguradoras u otras **entidades bajo su jurisdicción**, de acuerdo a la presente Ley, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

c) Asumir las funciones, atribuciones, competencias, derechos y obligaciones establecidas en la Ley de Seguros que fueron transferidas a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero –ASFI.-

g) Supervisar las transacciones y los contratos realizados por las entidades bajo su jurisdicción, relacionados con las actividades establecidas en la ...Ley de Seguros...”

3. El artículo 41 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 establece como funciones y objetivos de la ex SPVS (Léase APS):

“...c) Proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros.

d) Velar por la publicidad adecuada y la transparencia de las operaciones en el mercado de seguros.

e) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos...”

4. Referente a las atribuciones de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (Léase APS) tenemos:

“...c) **Supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción.**

d) Supervisar las actividades, pólizas de seguros y los contratos en general realizados por las entidades bajo su jurisdicción.

k) Ordenar inspecciones o auditorías a las entidades y personas bajo su jurisdicción...”

5. El artículo 1 de la Ley N° 1883 de 25 de junio 1998, se tiene:

a) “Ámbito de Aplicación.-El artículo 1 de la referida ley señala que el ámbito de aplicación comprende las actividades de asumir riesgos de terceros y conceder coberturas, la contratación de seguros en general, el prepago de servicios de índole similar, así **como los servicios de intermediación y auxiliares de dichas actividades**, por sociedades anónimas, expresamente constituidas y autorizadas a tales efectos, por la Superintendencia...”

b) “El artículo 4 de la referida norma establece: La presente Ley y sus reglamentos tiene por objetivo regular la actividad aseguradora, reaseguradora, de intermediarios, auxiliares y entidades de prepago para que cuenten con la suficiente credibilidad, solvencia y transparencia garantizando un mercado competitivo. Asimismo, determina los derechos y deberes de las entidades aseguradoras y establece los principios de equidad y seguridad jurídica para la protección a los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro...”

Que aclarando que las negrillas en la anterior paráfrasis obedecen a un fin remarcatorio, señalar que todas estas normas devienen de Leyes, Decretos Supremos

y Resoluciones de carácter reglamentario como se anota y no son invento ni capricho de la APS, además de que están relacionadas explícitamente, con el asunto central; la falta de asesoramiento diligente de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** relacionado con la Póliza SEGURO GENERAL PARA BANQUEROS DHP 84 N° CGB.B00006 con vigencia del 3 de septiembre de 2012 al 3 de septiembre de 2011.

Que en lo fundamental, la APS tiene facultades para examinar las pólizas de seguros y los contratos en general relacionados, facultades para supervisar, fiscalizar y sancionar las inconductas de sus regulados, entre ellas a **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**

Que en este contexto, la resolución recurrida trata, estrictamente, de la negligencia de la ahora recurrente en su rol de asesora en seguros relacionada con la póliza citada en párrafos precedentes. Basta leer el instrumento administrativo recurrido para evidenciar que se resuelve un asunto relacionado con la Póliza SEGURO GENERAL PARA BANQUEROS DHP 84 N° CGB.B00006 con vigencia del 3 de septiembre de 2012 al 3 de septiembre de 2011. No se ha analizado ni resuelto la concurrencia o no del siniestro, tampoco se ha dilucidado la justicia o injusticia de la ejecución de dicha póliza.

Que se ha demostrado que la APS tiene el ineludible deber de hacer cumplir la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 y precisamente, una disposición atinente de dicha Ley es lo señalado en el segundo párrafo de su artículo 1, que prescribe que la Ley norma el funcionamiento y fiscaliza a las actividades de las entidades **que rechazan las actividades** señaladas anteriormente, la protección a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros y las atribuciones de la Superintendencia (léase, APS). Las actividades que la Ley de Seguros prevé son la asunción de riesgos y la concesión de coberturas, la contratación de seguros en general, el prepago de servicios de índole similar al seguro, **así** como los servicios de intermediación y auxiliares de dichas actividades.

Que la pregunta obvia es cuál el objeto para que Ley faculte a la APS a hacer cumplir sus disposiciones, supervisar a sus regulados? Precisamente para velar por la seguridad, solvencia y liquidez de las entidades aseguradoras... intermediarios y auxiliares de seguro a fin de proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros de modo que haya transparencia de las operaciones en el mercado de seguros (favor leer el artículo 41 de la Ley citada).

Que algo que debe quedar claro es que la APS sancionó a **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, no porque hubiera ocurrido el siniestro, sino, como **consecuencia** de la queja de CRÉDITO AMIGO S.A. respecto del cumplimiento de las obligaciones de aquella Corredora y una de ellas es el asesoramiento que comprende: informar a la entidad asegurada de las condiciones del riesgo; ilustrar al asegurado de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de seguro y su extensión; así como asesorar al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro acerca de sus derechos y obligaciones (favor leer el artículo 23 de la Ley de Seguros).

Que el deber de asesoramiento diligente de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** surge desde el momento en que esta Corredora asume la función de Corredor de seguros, pasando por el momento de la ocurrencia del robo de \$us.6.772 y Bs.675.410,00 de las oficinas de CRÉDITO AMIGO S.A. en la ciudad de Santa Cruz en fecha 9 de agosto de 2011, hasta la tramitación de las emergencias de tal suceso.

Que el reclamo de CRÉDITO AMIGO S.A. importó el incumplimiento de normas citadas con precisión en la carta de Notificación de Cargos APS/DESP/DJ/DS/N° 4036/2013 de 22 de febrero de 2013, por lo que queda claro que **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** confunde o pretende confundir (candorosamente) alterando el orden de cosas; se sanciona por el incumplimiento de disposiciones legales relacionado con la Póliza tantas veces anotada y no por la ocurrencia del siniestro.

Que en cuanto a que la APS se hubiera basado en "especulaciones" absurdas y forzadas en la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013 de 2 de abril de 2013, la recurrente debiera leer el documento que ahora recurre, con la tranquilidad necesaria para comprender que la base documental y fáctica (que en conjunto configuran base legal) de la emisión de aquella resolución se encuentran especificados y analizados en sus considerandos segundo, tercero, cuarto, quinto, séptimo, octavo y décimo, que se los da por reproducidos. Todo lo cual se encuentra lejos de especulaciones (criterios infundados o inventados, sin base real) y más lejos de cualquier razonamiento "forzado" (obligado).

Que respecto del no requerimiento de pruebas a CRÉDITO AMIGO S.A., la recurrente tiene que tener presente que para la emisión de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013 de 2 de abril de 2013, la APS ha cumplido, rigurosamente, todas y cada una de las etapas del procedimiento sancionador establecidos en el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, cumplimiento que no escapa al convencimiento de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, siendo prueba de ello que, pese a afirmar que es inconstitucional, no especifica por qué es tal, no especifica las omisiones sustantivas que apunten a inconstitucionalidades, y no las especifica porque sabe que este procedimiento se encuentra respaldado por las normas pertinentes.

Que en cuanto al **argumento 4 expuesto en el quinto Considerando** de la presente Resolución, definitivamente, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** debe imponerse del procedimiento sancionador administrativo que, como se ha señalado, se encuentra determinado en el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, procedimiento que ha permitido hacer conocer a esta Corredora los cargos acusados, ha permitido que practique sus descargos, ha permitido que se notifique a terceros interesados como CRÉDITO AMIGO S.A. y CREDINFORM INTERNACIONAL S.A., y finalmente, ha permitido que la APS emita juicio de valor congruente. En tal sentido, no hay desigualdades ni falta de imparcialidades, mismas que al no estar sustentadas, constituyen meras especulaciones forzadas de la ahora recurrente.

Que en cuanto a los **argumentos 5 y 11 expuestos en el quinto Considerando** de la presente Resolución referido a la carencia de pruebas de cargo, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** tiene que estar consciente de que se encuentra en sede administrativa y no ordinaria por lo que el procedimiento se encuentra determinado (aunque no guste a esta Corredora) en el artículo 65 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; en adición, se reitera que la base razonada (el conjunto de documentos, hechos, análisis y valoraciones legales) se encuentran detalladas en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013 de 2 de abril de 2013, que si se las revisa, darán luz para darse cuenta que la sanción impuesta no se basa en suposiciones, arbitrariedades, inventos o caprichos de la APS, no siendo rol de esta entidad reguladora, efectuar exégesis alguna, sino, cumplir la Ley.

Que en cuanto a los **argumentos 5 y 6 expuestos en el quinto Considerando** de la presente Resolución referido al incumplimiento del principio de congruencia, se debe señalar que la resolución que se impugna ha considerado los hechos, documentos y alegaciones pertinentes y atinentes al asunto; en todo caso, si **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** considera que existen elementos extraños tendría que especificar por qué y cuáles en concreto, son esos "elementos extraños"; en efecto, no basta con adjetivar, sino que, es necesario fundar y explicar los "elementos" que configuran ser **ajenos** al asunto que resolvió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013 de 2 de abril de 2013, omisión que exime a esta APS de mayores comentarios.

Que en cuanto a los **argumentos 7 y 8 expuestos en el quinto Considerando** de la presente Resolución referido (nuevamente) a la presencia de "elementos extraños", la recurrente cita alguna documentación incurriendo en la omisión de no precisar por qué son tipificados como extraños al caso. Veamos:

a) El Informe Técnico APS/DS/JTS/126/2013 de 6 de febrero de 2013 es un instrumento técnico de la APS que, en este caso, analiza y recomienda acciones ulteriores relacionadas únicamente con su objeto; la conducta de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** en el caso de CRÉDITO AMIGO S.A. que **sí** tiene que ver, y mucho, con el asunto que nos ocupa ahora.

b) La denuncia de CRÉDITO AMIGO S.A. de 4 de septiembre de 2012 y recibida en la APS el 5 del mismo mes y año de **CRÉDITO AMIGO S.A.** contra **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** por presunta negligencia en su condición de corredor de seguros de aquella y en relación a la vigencia y aplicación de la Póliza SEGURO GENERAL PARA BANQUEROS DHP 84 N° CGB-B00006, con vigencia del 3 de septiembre de 2010 al 3 de septiembre de 2011 emitida por Credinform International S.A. Tema que tiene que ver directamente con el asunto que dilucida la resolución recurrida.

c) La carta SCCO-035/2010 de 15 de octubre de 2010 emitida por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, por la que esta corredora comunica a

Credinform International S.A. que ha sido nombrada asesora en seguros de **CRÉDITO AMIGO S.A.**

d) La carta Cite GOF-038/2010 de 15 de octubre de 2010 de **CRÉDITO AMIGO S.A.** por la que confirma a **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** como su corredora y asesora de seguros a cargo de la gestión, la renovación y atención de siniestros según las cotizaciones alcanzadas referentes a sus pólizas de seguros.

e) La carta Cite GOF-040/2010 de 15 de octubre de 2010 de **CRÉDITO AMIGO S.A.** dirigida a Credinform International S.A., por la que "comunica que por motivos de índole confidencial desiste del servicio de asesoría en seguros que Universal Brokers prestaba, agradeciendo dejar sin efecto las pólizas recientemente renovadas, las cuales están pendientes de pago, por lo que las mismas serán colocadas inmediatamente bajo el mismo concepto (coberturas, tasas) pero con la intermediación de Consejeros..."

Que se puede inferir fácilmente que, estas tres cartas, se relacionan directamente con las imputaciones a **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**; se relacionan con la denuncia contra esta Corredora, se encuentran ligados con los cargos subsecuentemente acusados y los descargos que en su día, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** practicó y finalmente, con la sanción aplicada.

Que se debe destacar el hecho de que, no es sino ahora que **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** acude al argumento de tachar de impertinencia estos elementos, cuando bien pudo hacerlo a momento de producir los descargos que el procedimiento le permite y le manda.

Que en cuanto al **argumento 9 expuesto en el quinto Considerando** de la presente Resolución referido a que no se notificó con un "cuadro de situación" a la recurrente, la APS manifiesta que las cartas detalladas en la resolución recurrida, el reclamo de **CRÉDITO AMIGO S.A.**, la prevención de este reclamo asumida por la APS y la imputación consiguiente, fueron de pleno conocimiento de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, ya que incluso, esta Corredora estuvo al tanto de las incidencias previas al reclamo propiamente dicho, debido precisamente, al "asesoramiento" parcial brindado a **CRÉDITO AMIGO S.A.** luego de ocurrido el siniestro, por lo que mal puede ahora argumentar defecto procesal alguno, o peor aún, desconocimiento de los prolegómenos de este proceso.

Que en cuanto a los **argumentos 10 y 11 expuestos en el quinto Considerando** de la presente Resolución, es necesario señalar que el entendimiento común de **Tautología** alude a la repetición redundante de un pensamiento o expresión; v.gr. el dos es dos porque es dos. Ahora bien, cuando la APS sostiene que son válidos todos los medios que logren informar (en este caso, al cliente) está afirmando latu sensu, que **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** puede acreditar por todos los medios que **sí** asesoró plenamente a **CRÉDITO AMIGO S.A.** con el único requisito de demostrar el asesoramiento. En el evento que nos ocupa, esta Corredora ha

demostrado que asesoró a su cliente, pero parcialmente; o sea, luego de haber ocurrido el siniestro, tal cual reconoce la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013 de 2 de abril de 2013.

Que en cuanto a los **argumento 13 y 14 expuestos en el quinto Considerando** de la presente Resolución, la APS ha manifestado que no es de su competencia dilucidar si ocurrió o no el siniestro, y que lo que ha procesado es el reclamo de CRÉDITO AMIGO S.A. respecto del cumplimiento de normas administrativas que regulan la actividad de intermediación en el mercado de seguros; en efecto, tómese en cuenta lo que se establece en la página 14 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013 de 2 de abril de 2013:

“Que en relación al argumento 12 de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** contemplado en el quinto Considerando de la presente Resolución, tampoco se pretende, en la sustanciación de la denuncia que nos ocupa, que la Corredora pague el daño civil causado a **CRÉDITO AMIGO S.A.** El objeto de la presente resolución es dilucidar si existe materia sancionable (y consiguiente sanción) en referencia a la falta de asesoramiento de parte de la Corredora a **CRÉDITO AMIGO S.A.**

Que en relación al argumento 13 de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** contemplado en el quinto Considerando de la presente Resolución, tampoco es materia de este instrumento administrativo legal, dirimir si corresponde el pago o no de la Póliza. Se reitera que el objeto es dilucidar la procedencia sancionable de la acusada falta de asesoramiento a **CRÉDITO AMIGO S.A.** a raíz de la designación como corredora de esta última, de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**”

Que esta paráfrasis es elocuente y se explica por sí misma, y en lo que hace a la investigación del asunto, la APS **deja claro** que procedió a fiscalizar la actuación de esta Corredora sobre la base del reclamo de CRÉDITO AMIGO S.A. y las normas administrativas que le son aplicables, conforme se ha demostrado generosamente a lo largo de esta resolución.

Que resulta perverso al sentido común argumentar que la Corredora no tiene obligación de dejar constancia de su asesoramiento. Si **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** insiste en que asesoró plenamente tuvo la oportunidad de demostrarlo (a través de la contratación de personal peruano, contratación de abogados, citas y reuniones con las partes, cartas, etc) y lo hizo, pero acreditando que su asesoramiento fue parcial, ex post al siniestro y no durante la vigencia plena de la Póliza en cuestión como era y es su obligación. En efecto, se debe dejar establecido que la ilustración al asegurado por parte del Corredor no se limita a sucesos ex post al siniestro, como ha ocurrido en el caso que nos ocupa, sino y como señala el inciso c) del artículo 23 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, se debe verificar los alcances de la Póliza en cuanto a sus estipulaciones y condiciones bajo los cuales se contrató el seguro. Resulta, nuevamente obvio, que la ilustración, asesoramiento y demás obligaciones deben ocurrir a tiempo de contratar la póliza,

durante y después de la vigencia de la misma, y no simplemente luego de ocurrido el siniestro.

Que **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** en una actitud racional, acreditó que asesoró a su cliente aunque de manera **ex post**, y lo hizo porque tenía elementos probatorios, por lo que si esta Corredora estuviera realmente convencida de que no tiene obligación alguna de probar su asesoramiento, no lo habría hecho en la etapa de la producción de descargos como lo hizo (valga la redundancia del verbo hacer); en otras palabras, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** hizo exactamente lo que en teoría (sus alegaciones en el presente recurso) niega.

Que en cuanto al **argumento 15 expuesto en el quinto Considerando** de la presente Resolución, la APS considera que resulta inconsistente que la recurrente señale que se ha limitado a un análisis al asesoramiento previo brindado a CRÉDITO AMIGO S.A.; en efecto, no es posible definir si el asesoramiento fue previo o parcial si no se tiene un enfoque global y sistémico del caso de manera tal que se sepa con certeza que el asesoramiento fue previo o parcial en desmedro del resto.

Que tampoco resulta de buen juicio deslindar responsabilidades propias pretendiendo involucrar a otras compañías corredoras anteriores a la recurrente, más aun si se considera que el reclamo fue contra **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** ya que era esta compañía la que ejercía titularidad del asesoramiento cuando se solicitó la ejecución de la Póliza SEGURO GENERAL PARA BANQUEROS DHP 84 N° CGB-B00006, por lo que no existe discriminación ni incongruencia alguna.

Que en relación a los **argumentos 16, 17, 20, 21** de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** contemplados en el **quinto Considerando de la presente Resolución**, el hecho de que fuera **CRÉDITO AMIGO S.A.** quien hubiera decidido la colocación inmediata de las pólizas, o hubiera tenido conocimiento de los alcances de la dicha póliza, no exime ni eximió a la corredora del cumplimiento de sus obligaciones como tal, ya que en sentido legal, la contratación de intermediarios de seguro no está condicionada al conocimiento previo o no, por parte de la asegurada, de los alcances de las coberturas de la tantas veces citada póliza. Tampoco constituye justificativo alegar que la asegurada tenía conocimiento (se reitera una vez más) de las coberturas y demás características de la Póliza porque el programa venía renovándose desde hacía cinco años sin modificación alguna. Se espera, siempre, un rol diligente de la corredora y no presunciones de “que la asegurada tenía pleno conocimiento” de las condiciones de la Póliza. En todo caso, lo inaudito es que la Corredora ampare su negligencia en que la asegurada ya tenía conocimiento de los alcances de la Póliza.

Que en relación a que si **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** debía asesorar sobre las interpretaciones que eventualmente podrían las aseguradoras asumir, la APS no ha manifestado semejante extremo y se ha sujetado a lo que establecen los incisos pertinentes del artículo 23 de la Ley N° 1883 de 25 de

junio de 1998; esto es, informar al cliente acerca de las condiciones en que se encuentra el riesgo, se debe verificar los alcances de la Póliza en cuanto a sus estipulaciones, interpretaciones, extensión y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro, y asesorar durante la vigencia del contrato de seguro acerca de derechos y obligaciones emergentes. Resulta, nuevamente obvio, que la ilustración, asesoramiento y demás obligaciones deben ocurrir a tiempo de contratar la póliza, durante y después de la vigencia de la misma, y no simplemente luego de ocurrido el siniestro.

Que en relación **a los argumentos 18, 19 y 25 de CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** contemplados en **el quinto Considerando de la presente Resolución**, es menester preguntarse cómo sabe o puede afirmar la recurrente que “de ninguna manera hubiera sido posible incluir la arbitraria interpretación de la aseguradora”. Lo que cabe discernir es que **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** tenía el deber de asesor plenamente a CRÉDITO AMIGO S.A. respecto de la póliza conforme se ha sustentado, legalmente, en el párrafo precedente. Lo demás es simplemente especulación.

Que el asesoramiento pleno deviene del cumplimiento diligente de las obligaciones como intermediario en el mercado de seguros; en todo caso, incidir en el papel diligente de la recurrente es “transversal” a toda la actuación, al objeto social y a la propia imagen de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, que creemos, es de interés superior de esta compañía.

Que la APS es categórica al señalar que en el caso de la Resolución impugnada, no se ha dilucidado el juzgamiento de la negativa de ejecución de la póliza SEGURO GENERAL PARA BANQUEROS DHP 84 N° CGB-B00006. En efecto, así lo manifiesta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013 de 2 de abril de 2013 en su página 14: “Que en relación al argumento 12 de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** contemplado en el quinto Considerando de la presente Resolución, tampoco se pretende, en la sustanciación de la denuncia que nos ocupa, que la Corredora pague el daño civil causado a **CRÉDITO AMIGO S.A.** El objeto de la presente resolución es dilucidar si existe materia sancionable (y consiguiente sanción) en referencia a la falta de asesoramiento de parte de la Corredora a **CRÉDITO AMIGO S.A.**”.

Que en relación **a los argumentos 22, 23 y 24 de CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** contemplados en **el quinto Considerando de la presente Resolución**, ya se ha explicado con generosidad didáctica, los elementos y razones que amparan la competencia de la APS en el conocimiento y resolución de este caso y el escenario que corresponde al arbitraje u otras instancias estipuladas.

CONSIDERANDO:

Que pese a lo ampliamente expuesto precedentemente, es menester resaltar a la corredora de seguros que el artículo 10 (SEGUIMIENTO Y NOTIFICACIONES), de la

Resolución Administrativa IS N° 046/99 (Reglamento de Corredores de Seguros), establece lo siguiente:

"Tanto los Corredores de Seguros como de Reaseguros tienen la obligación de efectuar seguimiento permanente de sus clientes en aspectos relativos a renovaciones, modificaciones de coberturas, modificaciones del riesgo y otros aspectos relevantes, **debiendo existir evidencia de las notificaciones efectuadas a sus clientes, aseguradoras y reaseguradoras según corresponda.**"

Que como es posible observar, la norma es clara al señalar que el corredor debe efectuar seguimiento permanente de sus clientes en aspectos relevantes, **debiendo existir evidencia de las notificaciones**, encontrándose por su puesto entre los aspectos relevantes, el seguimiento que debe seguir la corredora en aspectos como el asesoramiento al asegurado a los fines de que éste contrate la cobertura más adecuada a sus intereses y el de ilustrar al asegurado de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de seguro, su interpretación y su extensión, obligaciones que se encuentran claramente establecidas en los incisos a) y c), artículo 23 de la Ley de Seguros N° 1883, (OBLIGACIONES DE LOS CORREDORES DE SEGUROS Y REASEGUROS)

Que **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** ha admitido que no tiene evidencia del asesoramiento brindado, evidenciándose por consiguiente los incumplimientos, y con mayor razón cuando se afirma que la "carga de la prueba" radica exclusivamente en la APS, ya que mediante esta última acotación, demostramos que, en el caso que nos ocupa, la carga de la prueba radica en el administrado.

CONSIDERANDO:

Que mediante Auto de 29 de mayo de 2013 y notificada a **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** en fecha 06 de junio de 2013; a SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNACIONAL S.A. en fecha 12 de junio de 2013; y a CRÉDITO AMIGO S.A. en fecha 14 de junio del mismo año, la APS, tomando en cuenta que corresponde que las entidades concernidas tengan la posibilidad de exponer sus alegaciones para que sobre la base de estos elementos junto al propio recurso de revocatoria en cuestión, cuente con suficientes pautas que permitan emitir la resolución más conducente y justa posible, resolvió la **Vista del Expediente**, misma que contiene las actuaciones llevadas a cabo a raíz del reclamo de esta última entidad, entre ellas, la posición de las dos últimas entidades en relación al Recurso de Revocatoria que nos ocupa.

A aquél fin, se otorgó un plazo de cinco días hábiles administrativos para que se alegue lo que se estimara conveniente a sus intereses.

Que como respuesta a aquél Auto, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, en fecha 13 de junio de 2013 y mediante memorial, solicita una prórroga de cinco días adicionales al amparo del artículo 21.III de la Ley de Procedimiento

Administrativo, en razón a la distancia ya que la entidad se encuentra en la ciudad de Santa Cruz, petición atendida favorablemente a través del Auto de 17 de junio de 2013 debidamente notificada a **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** en fecha 25 de junio de 2013.

Que no obstante lo anterior, esta Corredora, mediante memorial de 27 de junio de 2013 y recibida en la APS en fecha 28 de junio del mismo año, solicita se la notifique con los pronunciamientos por parte de CRÉDITO AMIGO S.A. y de SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A., en cuya respuesta se emite el Auto de 2 de julio del año que corre.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo razonado, fundamentado y motivado en esta exposición, no existen elementos que ameriten revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 259-2013 de 2 de abril de 2013, correspondiendo su total confirmación..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

6.1. Memorial de Recurso presentado por CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.-

Mediante memorial presentado el 5 de agosto de 2013, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 620-2013 de 9 de julio de 2013, argumentando lo siguiente:

"...I. VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 620-2013 (...)

Llama mucho la atención que la APS malinterprete los agravios expuestos en el recurso de revocatoria, siendo que de la lectura del memorial se puede observar que en ningún momento **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** cuestionó la inconstitucional de las etapas del procedimiento administrativo seguido por la APS, sino mas bien, la inconstitucionalidad por vulneración al principio de la verdad material que rige el procedimiento administrativo, ya que se ha emitido una resolución administrativa sobre la base de **ALGUNAS** de las pruebas presentadas por **UNA** de las partes -**CONSEJEROS**- generando además desigualdad y vulneración al principio de imparcialidad (...)

La APS textualmente señala que no cuenta con un enfoque global de los hechos, sin embargo emite una resolución administrativa sancionatoria en contra de mi empresa por hechos de los cuales no tiene **CERTEZA**. Acaso uno de los principios rectores no es el de la verdad material de los hechos? (...)

Si bien la carga de la prueba le corresponde al Administrado, no es menos cierto que la verdad material es un principio que deberá regir toda actividad administrativa, por lo que la administración no podrá apartarse de ella.

CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L. ha señalado en varias oportunidades que no cuenta con documentación que respalde el "asesoramiento previo" que se hizo a CREDITO AMIGO S.A., lo que no significa que no se haya realizado la Asesoría, siendo que la misma se efectivizó de manera oral, hecho que CREDITO AMIGO S.A. no ha podido desvirtuar.

En este sentido, la Doctrina señala lo siguiente:

"(...) En consecuencia de que la administración debe ajustarse a los hechos reales, a la verdad material prescindiendo de que ellos hayan sido alegados y probados por el particular o no, resulta que la carga procesal, de averiguar esos hechos y cualesquiera otros que resulten necesarios para la correcta solución del caso, recae sobre ella.

Si la decisión administrativa no se ajusta a tales hechos reales, aunque ello resulte de una falta de información no subsanada por el particular, el principio de la verdad material lleva a igual conclusión: el acto que no se ajusta a la verdad de los hechos se encuentra viciado (...)" (GORDILLO, Agustín Tratado de Derecho Administrativo Capítulo VII) **El subrayado es nuestro.**

Por todo lo anteriormente señalado, se concluye que la APS ha emitido una Resolución Administrativa apartándose totalmente de los principios del Derecho Administrativo y de una manera irresponsable ha sancionado a mi empresa, sin contar con pruebas pertinentes para llegar a la verdad material, al haber emitido un acto que no se ajusta a la verdad de los hechos, encontrándose el mismo viciado, lo que ha vulnerando de esta manera mi derecho a la defensa.

II. PETITORIO

Por todo lo anteriormente expuesto, dentro de plazo legal y oportuno, amparados en el Art. 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 en concordancia con el Art. 66 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, en tiempo hábil, presentamos RECURSO JERÁRQUICO contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 620-2013 DE 9 DE JULIO DE 2013, **SOLICITANDO REVOQUE TOTALMENTE LA SEÑALADA RESOLUCIÓN Y CONSECUENTEMENTE DECLARE IMPROCEDENTE LA DENUNCIA PRESENTADA POR CRÉDITO AMIGO SA**, y sea conforme a derecho...."

6.2. Alegatos de los terceros interesados.-

6.2.1. Alegatos de CREDITO AMIGO S.A.-

Que, mediante memorial presentado el 19 de septiembre de 2013, **CREDITO AMIGO S.A.** presentó sus alegatos, refiriendo lo siguiente:

"...2. RECURSO JERÁRQUICO PRESENTADO POR CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.

Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia S.R.L. mediante oficio de fecha 5 de agosto de 2013, presentó un Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa

APS/DJ/DS/Nº 620- 2013, cuyo contenido menciona la supuesta vulneración al principio de la "verdad material" por parte de la AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS - APS, señalando que la Autoridad Administrativa no contaría con documentación que respalde el asesoramiento previo que se hizo a Amigo S.A. ya que este supuesto asesoramiento según Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL fue "Oral", por lo que no existiría certeza sobre los hechos que motivaron la sanción y que "AMIGO S.A. no habría podido desvirtuar.

Esta desafortunada afirmación resulta por demás una errada presunción, por cuanto AMIGO S.A. en ningún momento dejó de desvirtuar todas las apreciaciones que pretendían dar a entender la existencia de supuestos "asesoramientos orales" previos al siniestro. Por el contrario, AMIGO S.A. ha demostrado que desde el momento de la designación de Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL como su Corredor no ha existido ninguna documentación, sea correspondencia, informes, cualquier tipo de misiva o correo electrónico y hechos administrativos por los cuales se demuestre haber otorgado asesoramiento previo al siniestro. Lo que realmente aconteció fue que, una vez ocurrido el siniestro, Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL empezó a cursar cartas e informes referidos a la forma de atender el siniestro, pero nunca para evitar la contingencia ocurrida o adecuar las instalaciones de AMIGO S.A. acorde a los requerimientos de la Compañía Aseguradora para prevenir cualquier riesgo de pérdida, obligación básica de cualquier Corredor de Seguros al momento de contratar una Póliza de Seguro.

Es importante resaltar que Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL ha incurrido en falsear la verdad de los hechos, al expresar ante la APS en varias oportunidades y en forma escrita "No haber participado en la contratación de las pólizas de seguro correspondientes a AMIGO S.A.", hecho que fue demostrado con las cartas de designación de AMIGO S.A. a Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL y la correspondencia dirigida por Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL a CREDINFORM Internacional S.A., comunicándoles su designación como Corredor para cualquier negociación posterior, hechos que han sido valorados y evidenciados por la APS.

Además, Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL expreso en sus descargos que AMIGO S.A. debía disponer al interior de su organización de ejecutivos y personal con especialidad en materia de seguros para poder interpretar el alcance de una póliza, aseveración que se considera poco profesional, por cuanto implicaría la innecesaria la contratación de un corredor de seguros cuyas funciones están dirigidas a prestar todo el apoyo técnico y legal especializado al momento de la contratación de cualquier cobertura de riesgo asegurable, durante la vigencia de la póliza de seguro y en el caso de ocurrir un siniestro apoyar en su gestión. Se entiende que de inicio Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL a tiempo de su nombramiento debió efectuar una Auditoria Técnica de las instalaciones de AMIGO S.A. y un diagnostico del contenido de las pólizas y verificar su correcta cobertura.

Al margen de lo anterior, es importante puntualizar que la denuncia fue presentada en fecha 5 de septiembre de 2012, como resultado del siniestro ocurrido el 11 de

agosto de 2011, en consecuencia la correspondencia dirigida a AMIGO S.A. posterior a la denuncia y que está siendo esgrimida por Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL como descargo para acreditar asesoramiento al asegurado, corresponde a la etapa posterior a la ocurrencia del siniestro, reiterando que la denuncia de AMIGO S.A. se basa en la ausencia de **asesoramiento en la etapa previa al siniestro**.

Por tal razón es importante puntualizar que el artículo 11º, numeral I) de la Ley 2341 de 23 de abril de 2002, Ley del Procedimiento Administrativo, dice: "Toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda", previsión legal que ratifica el contenido del artículo 15º del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, por lo que el derecho de AMIGO S.A. de acudir ante la Autoridad Administrativa de Control del sistema de seguros, cuenta con todo el respaldo jurídico de protección en su condición de consumidor de servicios financieros.

Al margen de lo anterior, a tiempo de rechazar las afirmaciones contenidas en el Oficio de interposición del Recurso Jerárquico, debo hacer énfasis en la carta de 22 de agosto de 2012 dirigida por Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL. a AMIGO S.A. que fue respondida por esta última, con las cartas GG EXT 066/ 2012 y GG EXT 067/2012 de fechas 6 y 13 de septiembre de 2012 que cursan en el expediente, lo que demuestra que AMIGO S.A. en todo momento respondió a Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL, no siendo evidente lo afirmado por el recurrente, que "no se ha podido desvirtuar" la supuesta existencia de asesoramiento previo.

En resumen, las argumentaciones expresadas en el Oficio por el que Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL, interpone Recurso Jerárquico no constituye prueba que sustente la improcedencia de la denuncia presentada por AMIGO S.A. y por el contrario pretende confundir a su Autoridad con deducciones especulativas no apropiadas al caso.

3. ATRIBUCIONES DE LA APS

Con la finalidad de desvirtuar las apreciaciones de Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL, sobre la supuesta vulneración de los principios del Derecho Administrativo en la denuncia presentada por AMIGO S.A., nos permitimos puntualizar el marco legal que establece las atribuciones de la APS:

a. Ley de Pensiones Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2012

Los artículos 167 y 168, incisos a), b), c) y d) confieren a la APS atribuciones, competencias, derechos y obligaciones en materia de seguros, referidas a hacer cumplir las disposiciones legales referidas a seguros, fiscalizar, supervisar, regular y controlar a las entidades sujetas a su jurisdicción y vigilar la correcta prestación de servicios.

b. Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998

La Ley de Seguros establece como ámbito de aplicación toda la actividad que desarrollan las empresas legalmente constituidas y autorizadas por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, hoy Autoridad de Pensiones y Seguros. Esta disposición legal contiene normas y regulaciones de la actividad aseguradora y reaseguradora, de los intermediarios, auxiliares y entidades de prepago, así como los derechos y deberes de las empresas de seguro, estableciendo los principios de equidad y seguridad jurídica para la protección de los asegurados, tomadores y beneficiarios del seguro.

Los Arts. 21° al 24°, definen las actividades de corretaje en seguros y reaseguros, como la intermediación en la contratación de seguros y reaseguros, a cambio de una contraprestación denominada "comisión".

El Art. 23° establece las siguientes obligaciones para los corredores de seguros:

- a. **Informar a la entidad aseguradora acerca de las condiciones en que se encuentre el riesgo y asesorar al asegurado o tomador del seguro, a los fines de contratar la cobertura más adecuada a sus intereses.**
- b. Informar a la entidad aseguradora sobre la idoneidad de las personas naturales o jurídicas que contraten por su intermedio.
- c. **Ilustrar al asegurado o tomador del seguro de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de seguro, su interpretación y su extensión, verificando que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro.**
- d. Comunicar a la entidad aseguradora cualquier modificación del riesgo de que hubiese tenido conocimiento o información, dentro las 24 horas siguientes.
- e. **Asesorar al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro acerca de sus derechos y obligaciones, en particular en materia de siniestros y pago de primas.**
- f. Guardar la mayor reserva profesional sobre las negociaciones en las que intervenga, siendo responsable civil y en su caso, penalmente, de los daños que ocasione.

c. Ley del Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002 y Decreto Reglamentario N° 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Establecen que los órganos administrativos como la APS tendrán la competencia para conocer y resolver cualquier asunto administrativo, cuando éste emane o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias, así como atender las denuncias que los interesados presenten contra los sujetos regulados, iniciando los procesos, organizando los expedientes que respalda su tramitación, la producción de la prueba y pronunciando sobre la aplicación de las sanciones que según los casos correspondan.

d. Resolución Administrativa N° 046/99 de 31 de marzo de 1999.

Emitida por la Superintendencia de Seguros, hoy Autoridad de Pensiones y Seguros, por la que reglamenta el funcionamiento y prestación de servicios de las empresas Corredoras de Seguros y Reaseguros ampliada y modificada mediante Resoluciones Nos. RA 0697 de 28 de agosto de 2008 y RA 195 de 2 de abril de 2012 estableciendo las obligaciones y prohibiciones para las empresas corredoras de seguros, las que enfatizan la obligación de las corredoras para actuar en el permanente asesoramiento a los asegurados, con quienes convinieron la gestión de las respectivas pólizas de seguro.

El artículo 10 relativo a seguimiento y notificaciones, establece que los Corredores de Seguros como de Reaseguros tienen la obligación de **efectuar seguimiento permanente de sus clientes en aspectos relativos a renovaciones, modificaciones de coberturas, modificaciones del riesgo y otros aspectos relevantes, debiendo existir evidencia de las notificaciones efectuadas a sus clientes.**

Las principales obligaciones de los corredores de seguros, se refieren a:

1. Contar con el mandato o Carta de Nombramiento, expedido y firmado por el tomador o asegurado que para el caso será el mandante, en el que se identifique al corredor de seguros, señalando expresamente la voluntad del mandante para que el corredor mencionado intermedie ante las compañías del mercado los riesgos especificados en la Carta de Nombramiento y solicitud de seguro, según sus instrucciones.
2. Apegarse a las tarifas, pólizas, anexos, planes de seguro y demás elementos, técnicas establecidas por las entidades aseguradoras.
3. Informar al mandante que la prestación de los servicios de corretaje de seguros será retribuida con el pago de comisiones calculadas sobre las primas.
4. Comprobar la identidad y capacidad del mandante, así como informar a la entidad aseguradora sobre la idoneidad de las personas naturales o jurídicas que contraten por su intermedio.
5. Proporcionar a las entidades aseguradoras, junto con la Carta de Nombramiento, el informe de inspección del o los riesgos sobre los que se solicita cotización, balance, inventarios, y toda otra información o documentación que razonablemente solicite el asegurador con relación al riesgo, teniendo en cuenta que el asegurador debe formar un juicio sobre las características del riesgo a asegurar.
6. Presentar a la Superintendencia a requerimiento fundamentado de la misma, toda información que sea solicitada por esta institución, sin restricción de ninguna naturaleza en Bolivia y en el extranjero.

4. VERDAD MATERIAL

Teniendo en consideración los principios del Derecho Administrativo contenidos en la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, artículo 4º, que concuerdan con los del Código de Procedimiento Civil en materia de pruebas, la verdad como un imperativo moral, es el fundamento del ordenamiento social, basada en la Buena Fe, en ese sentido, la verdad material, se ha constituido en uno de los principales principios del Derecho Administrativo, bajo el criterio que, la verdad debe presentar conformidad de las cosas con los conceptos científicos de la investigación, por cuya razón lógica, nuestra legislación, establece la obligación de investigar hasta encontrar la "verdad material" Bajo ese principio, la autoridad administrativa debe ajustarse a los hechos, prescindiendo que hayan sido alegados, probados o no por el administrado. En el caso que nos ocupa, toda la prueba aportada y acumulada al expediente administrativo, que ha merecido la valoración por parte del órgano administrativo, no manifiesta evidencia alguna, elemento o indicio que lleve a revelar hechos que muestren el "supuesto asesoramiento oral".

Es más, en diferentes oportunidades, la APS solicitó reiteradamente a Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL aportar elementos que demuestren la existencia de asesoramiento previo al siniestro, sin que Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL haya podido atender dicho requerimiento, de donde se infiere como "verdad material de que **no hubo ningún tipo de asesoramiento en materia de seguros por parte de Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL para su cliente AMIGO S.A. previo al siniestro.**

CONCLUSIONES

De todo lo expresado y mencionado en el presente oficio corresponde efectuar las siguientes conclusiones

1. La APS tiene plena competencia para conocer la denuncia presentada en contra de Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL en consideración a que ésta es una empresa bajo la jurisdicción del Órgano regulador del sistema de seguros.
2. La APS en sus resoluciones se ha ajustado estrictamente al procedimiento establecido en la Ley 2341, Ley del Procedimiento Administrativo, y Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 y a los Principios Generales de la Actividad Administrativa y en lo específico al principio de la verdad material.
3. En el marco del principio de la "verdad material" los hechos investigados y valorados por la APS, la documentación que fue acompañada en calidad de prueba veraz, y los cargos notificados no desvirtuados por Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL, han conducido a la APS a determinar la inexistencia de asesoramiento previo al siniestro por parte del corredor de AMIGO S.A.

Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia, ha actuado con absoluta negligencia, deficiencia, dejadez e irresponsabilidad en los servicios de asesoramiento a la que se encontraba obligada, tal como se demuestra por la abundante documentación acumulada en el expediente que es de acceso público.

4. Se ha demostrado a través de las pruebas de cargo y descargo acumuladas en el expediente, que Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL, actuó con negligencia y omitió cumplir con la responsabilidad de efectuar asesoramiento eficiente a su cliente AMIGO S.A., no habiendo realizado la obligatoria auditoría técnica para verificar las condiciones de la póliza, al dar inicio a sus servicios, con el fin de determinar riesgos no cubiertos y en especial verificar el alcance del Convenio II, formulando recomendaciones o advertencias en la aplicación de la Póliza, no se examinaron si las condiciones acordadas estaban conformes a los criterios de contratación que requería o necesitaba el asegurado, no se realizó un diagnóstico, no se efectuaron recomendaciones para proponer modificaciones a sus procedimientos, la implementación de medidas de seguridad que permitan un perfecto funcionamiento de las coberturas ante cualquier siniestro y un plan de seguimiento a las Pólizas de AMIGO S.A., a las que estaba obligado según la normativa vigente, causando daños económicos en sus intereses legítimos
5. Asimismo, es necesario dejar claro que el argumento de Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL, de que su asesoramiento "se habría" realizado en forma no escrita, es insostenible e inaceptable carente de certeza para probar la verdad material por cuanto necesariamente su asesoramiento debió estar consignado en un documento formal que hubiera reflejado su profesionalismo, tal como lo exige la Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998 y la Resolución Administrativa N° 046/99 de 31 de marzo de 1999.
7. (Sic, debió decir 6) La denuncia efectuada por AMIGO S.A. ante la APS en fecha 5 de septiembre de 2012, se sustenta en la ausencia de asesoramiento en la etapa previa al siniestro, circunstancia que ocasionó a AMIGO S.A. considerables daños económicos e impidió la adopción de medidas necesarias para cumplir con los requerimientos de la póliza o en su caso, solicitar a la compañía aseguradora la modificación de estos requerimientos.

Por lo anterior resulta inaceptable la argumentación de Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL, que su asesoramiento posterior al siniestro, compensaría la falta incurrida en la etapa previa al siniestro.

PETITORIO

Por lo expresado, con el debido respeto, en atención a las argumentaciones contenidas en el presente Oficio, se rechace el Recurso interpuesto por el señor Rodrigo Javier Garrón Bozo, en representación de Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia SRL y confirme en todas sus partes la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 620-2013 de 9 de julio de 2013..."

6.2.2. Alegatos de SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.-

Que, mediante memorial presentado el 17 de octubre de 2013, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, presentó alegatos refiriendo lo siguiente:

"...I. EXPONE ALEGATOS Y FUNDAMENTOS SOBRE EL RECURSO JERARQUICO PRESENTADO POR CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA SRL. EN CONTRA DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/ N° 620-2013, EMITIDA EL 9 DE JULIO DE 2013

Al amparo de lo dispuesto por el Artículo 41 del Decreto Supremo N° 27175, precautelando nuestro derecho e interés legítimo, tenemos a bien expresar los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- De la lectura del Recurso Jerárquico interpuesto por Consejeros y Consultores de Seguros Bolivia Srl., se evidencia que el único argumento expuesto se refiere a la vulneración del Principio de Verdad Material en la resolución recurrida.*
- Ahora bien, todos los argumentos expuestos carecen de fundamentación legal y se limitan a transcribir partes de la resolución ahora recurrida, no existiendo elementos suficientes para desvirtuar lo expuesto, alegado y concluido por la APS en la R.A. 620/2013.*
- Nuestra compañía, mantiene la posición expresada y expuesta en el presente caso, es decir, consideramos que los argumentos señalados a lo largo del presente proceso por Consejeros y consultores de seguros Bolivia Srl., en la mayoría de los casos son irrelevantes y que solo pretenden eludir responsabilidades y transmitir las a terceros.*
- La corredora siguiendo su lógica de eludir responsabilidades y transmitir las a terceros, manifiesta que anteriormente otras corredores (sic) anteriormente manejaron la cuenta bajo las mismas condiciones, en este sentido, sin necesidad de entrar en apreciaciones subjetivas sobre anteriores corredores que manejaron la cuenta, consideramos que no es válido ni suficiente que el recurrente intente justificarse alegando supuestas conductas anteriores de otras corredoras, puesto que entendemos que es obligación de las corredoras actuar independientemente al momento de analizar, valorar y asesorar adecuadamente a sus clientes, sin importar lo que hubiese ocurrido anteriormente.*

Otro de los argumentos esgrimidos en el presente proceso por la ahora recurrente se refiere a la interpretación de la póliza, al respecto, como señalamos es totalmente incoherente y falta de fundamento jurídico y técnico, puesto que las pólizas no se interpretan a capricho o voluntad de las partes, puesto que las condiciones, cláusulas, anexos y otros están claramente previstas en los textos de las mismas que son entregadas a los asegurados directamente o en algunos casos a través de los intermediarios de seguros, quienes son conocedores sobre la materia.

De igual manera, de la lectura de los antecedentes en el presente proceso y en particular del recurso de revocatoria interpuesto anteriormente por consejeros, se

evidencia que la corredora señala que aseveró que su labor de asesoría no incluye la "...arbitraria interpretación por Credinform International"

Estas afirmaciones resultan totalmente injustificadas y confirman el hecho de que la corredora conocedora de sus obligaciones y de su incumplimiento pretende escudarse en el argumento de que se ha interpretado arbitrariamente la póliza, argumentos totalmente infundados y hasta malintencionados, puesto que nuestra compañía en todos los casos actúa de manera clara y transparente y siempre acta (sic) lo establecido en todos los contratos de seguros que suscribe.

En el caso que nos ocupa, de la revisión de los antecedentes, se desprende y constata que en ningún momento nuestra compañía interpretó arbitrariamente la póliza, mas al contrario efectuó un análisis pormenorizado y minucioso de todos los elementos existentes, incluida la póliza en su totalidad, producto de ese análisis técnico y legal sobre los alcances y coberturas de la póliza, así como del siniestro, ha emitido un pronunciamiento final, rechazando el reclamo. Es más, consecuentes con nuestras políticas de análisis y valoración de todos los reclamos, recurrimos a tres ajustadores para que de manera independiente evalúen el siniestro, estos ajustadores de manera uniforme confirman nuestra posición con respecto al rechazo del siniestro, aspecto que demuestra que en ningún momento la aseguradora interpretó arbitrariamente la póliza.

Por todo lo expuesto, la posición de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., en el presente caso ha sido expuesta, fundamentada y argumentada de manera precisa y clara, posición que recordamos fue remitida anteriormente a la APS en fecha 20 de mayo de 2013, mediante memorial con toda la documentación pertinente, antecedentes que cursan en el expediente..."

CONSIDERANDO:

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, por cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

En fecha 11 de octubre de 2010 y cual asegurado, **CRÉDITO AMIGO S.A.** contrató con **SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.**, la Póliza de seguro general para banqueros DHP 84 N° CGB-B00006, cuyas condiciones generales establecen:

"...la Compañía a su vez se compromete por la presente, a pagar e indemnizar al Asegurado por todas aquellas pérdidas que pudiesen ocurrir durante la vigencia de este Seguro, establecido en las Condiciones Particulares de esta Póliza, o que hubiesen sido descubiertas en dicho período, habiendo sido ocasionadas en la forma que se establece a continuación, sujeto siempre a todos los términos, exclusiones, condiciones y limitaciones del presente condicionado (...)

CLÁUSULA 2 - INSTALACIONES

Por motivo de pérdida de cualquier propiedad por robo o hurto, sustracción, falsas apariencias o por desaparición inexplicable y misteriosa, daño, destrucción o colocación fuera de lugar de cualquier manera o por cualquier persona, mientras dicha propiedad se encuentre en o dentro de cualquiera de los predios donde quiera que éstos estén ubicados incluyendo vagones o casetas móviles y/o similares de uso temporal utilizados por el Asegurado para la realización de transacciones, excepto cuando dicha propiedad se halla en el correo o con un transportador contratado que no sea una Compañía de vehículos blindados para transporte.

Por motivo de pérdida de cualquiera de los artículos definidos bajo Propiedad en la Definición (c) que estuvieren en posesión de cualquier cliente del Asegurado o representante del mismo, ya sea que el Asegurado sea o no responsable de dicha pérdida,

(I) Debido a cualquier causa mientras dicha propiedad se encuentre dentro de cualquiera de los predios del Asegurado, o

(II) Por robo, mientras dicho cliente o representante del mismo se encuentre realizando transacciones con el Asegurado en una ventanilla exterior, cajero automático o cualquier otra, instalación similar provista por el Asegurado para dicho objetó, o mientras dicho cliente o representante del mismo se halle dentro del edificio, paso de vehículos, estacionamiento o cualquier otra instalación del Asegurado destinada a ofrecer mayor comodidad y conveniencia para dicho cliente o su representante, siempre y cuando su presencia en dichos, predios se deba a la realización de transacciones, bancarias con el Asegurado, estando siempre sujetas a las provisiones de la Condición Especial 3 y excluyendo de todas maneras, la pérdida ocasionada por dicho cliente o representante del mismo.

Por motivo de pérdida o daño al mobiliario, instalaciones, equipo (excepto computadoras y equipo periférico), papelería, suministros, cajas fuertes o bóvedas dentro de los predios del Asegurado que sean ocasionados por robo o hurto, sustracción, o cualquier intento de robo o por vandalismo o daño malicioso, exceptuando sin embargo, todo daño o pérdida ocasionada por incendio.

Por motivo de pérdida por daños ocasionados a dichos predios, emergentes de actos de robo, hurto, sustracción o cualquier intento de robo o por daños al interior de dichos predios por vandalismo o daño malicioso.

Siempre y cuando el Asegurado sea propietario de dichos predios, instalaciones, equipo (excepto computadoras y equipo periférico), papelería, suministros, cajas fuertes o bóvedas o que sea legalmente responsable por dichos daños o pérdidas, exceptuando sin embargo, todo daño pérdida ocasionado por incendio..."

Asimismo, es sus condiciones particulares se establece la vigencia "A partir del 03/09/2012 hasta el 03/09/2011 (365 días)", y como objeto del seguro:

“...* RIESGO: PROTECCION BANCARIA.

* AMBITO TERRITORIAL: BOLIVIA

* LÍMITES Y COBERTURAS: SECCIÓN I-CONDICIONADO DHP 84.

- CONVENIOS, COBERTURAS Y LÍMITES: (...)

- CONVENIO II: INSTALACIONES LAS 24 HORAS DEL DIA

Y LOS 365 DIAS DEL AÑO PERO EN CAJA FUERTE Y EN VENTANILLAS Y CAJAS REGISTRADORAS SOLO EN HORA-

RIO DE OFICINAS: \$US. 100.000.- (...)

Lugar y Fecha de Emisión: SANTA CRUZ, 11 de Octubre de 2010

Cartera: CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIV (sic)...”

No obstante los detalles últimos, mediante nota GOF-038/2010, fechada en 15 de octubre de 2010, **CRÉDITO AMIGO S.A.** designó a **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, como “nuestros corredores y asesores de seguros, para que se hagan cargo de la gestión, renovación y atención de siniestros (...) referentes a nuestras pólizas de seguros...”; el extremo además es puesto en conocimiento de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** mediante nota GOF-040 de la misma fecha.

Mediante nota SCCO-035/2010, también del 15 de octubre de 2010, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** comunica a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, que:

“...hemos sido nombrados asesores en seguros por los Sr(s). CREDITO AMIGO S.A. por lo que adjuntamos a la presente una copia de la carta de nombramiento que da fe de lo antes mencionado.

Por todo lo expuesto le rogaría si fuera tan gentil de proporcionarnos una copia de las pólizas de seguros vigentes de nuestro mutuo cliente, como así también las que están en proceso de renovación, así mismo a partir de la fecha le agradecería coordinar con nosotros cualquier tema referido a las mismas...”

Conforme sale de la denuncia de fecha 5 de septiembre de 2012, presentada por **CRÉDITO AMIGO S.A.** a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros:

“...En fecha 09.08.2011 a Hrs. 17:45 ocurrió el robo por asalto en oficinas de AMIGO S.A habiéndose sustraído la suma de US\$ 6,722.-y en moneda nacional Bs. 675,410.00, evento que, inmediatamente, fue denunciado a la Policía Nacional (...)

Inmediatamente de sucedido el asalto, se efectuó el aviso del siniestro (sic) Consejeros y Corredores de Seguros Bolivia S.R.L, mediante llamada telefónica. A las dos horas de sucedido el hecho, personal de Consejeros estaba en la oficina de Amigo S.A. instruyendo sobre la información requerida para presentar a CREDINFORM International S.A....”

El reclamo por el siniestro a la aseguradora fue realizado en fecha 10 de agosto de 2011, por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**; por su efecto, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** encargó elaborar el correspondiente informe a Ajustes & Peritajes S.R.L., de cuya consecuencia, mediante nota SC/DR/GRALES/1787/2011 de fecha 22 de septiembre de 2011, comunica a **CRÉDITO AMIGO S.A.**, que tal reclamo es improcedente, por cuanto, el dinero robado se encontraba fuera de la caja fuerte y en una oficina administrativa, que no atiende al público y que no contaba con ventanillas ni caja registradora, entonces en incumplimiento al Convenio II de las condiciones particulares de la póliza (“...*EN CAJA FUERTE Y EN VENTANILLAS Y CAJAS REGISTRADORAS...*”).

No obstante haberse intentado el resarcimiento de la contingencia, por parte de la aseguradora, mediante varias otras gestiones infructuosas que constan en la supra citada denuncia de 5 de septiembre de 2012, la improcedencia declarada se mantiene subsistente, extremos que dieron lugar a la presentación de esta última, por incumplimiento con los servicios de asesoramiento, por ante la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, por parte de **CRÉDITO AMIGO S.A.**, contra la Corredora de seguros **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**

El Ente Regulador, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013 de 2 de abril de 2013 sanciona a **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, con la multa en bolivianos, equivalente a cinco mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda (5.000 UFV's), por incumplimiento de los incisos a), c) y e), del artículo 23° de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998, y al artículo 10° de la Resolución Administrativa IS N° 046 del 31 de marzo de 1999.

Por memorial presentado el 30 de abril de 2013, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013, mismo que fue resuelto a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 620-2013 de 9 de julio de 2013, que confirmó a la anterior, por lo que en fecha 5 de agosto de 2013, la misma recurrente interpone Recurso Jerárquico, mismo que se pasa a analizar y resolver a continuación.

1.1. Normativa aplicable al caso.-

Previo al análisis de la controversia, conviene traer a colación la normativa aplicable al caso, conforme se procede a continuación:

- **Ley de Seguros N° 1883 de 25 de junio de 1998:**

“...**ARTICULO 23.- OBLIGACIONES DE LOS CORREDORES DE SEGUROS y REASEGUROS.-**

1. *Son obligaciones de los corredores de seguros:*

a) **Informar a la entidad aseguradora acerca de las condiciones en que se encuentre el riesgo** y asesorar al asegurado o tomador del seguro, a los fines de contratar la cobertura más adecuada a sus intereses (...)

c) **Ilustrar al asegurado o tomador del seguro de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de seguro, su interpretación y su extensión, verificando que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales se contrató el seguro (...)**

e) **Asesorar al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro acerca de sus derechos y obligaciones, en particular en materia de siniestros y pago de primas...** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- Resolución Administrativa IS/No. 046/99, de 31 de Marzo de 1999:

“...ARTICULO 10 (SEGUIMIENTO Y NOTIFICACIONES)

*Tanto los Corredores de Seguros como de Reaseguros tienen la obligación de efectuar seguimiento permanente de sus clientes en aspectos relativos a renovaciones, modificaciones de coberturas, modificaciones del riesgo y otros aspectos relevantes, **debiendo existir evidencia de las notificaciones efectuadas a sus clientes, aseguradoras y reaseguradoras según corresponda...*** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Conforme al artículo 63º, parágrafo II, de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), *“La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente...”*, determinando que la presente Resolución Ministerial pase a pronunciarse sobre la generalidad de extremos señalados en el Recurso Jerárquico.

No obstante importa precisar, que al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, le corresponde realizar el control de legalidad sobre los antecedentes cursantes en el expediente administrativo, supra transcritos, constatando la compatibilidad de éstos con la Constitución Política del Estado, las leyes que los sustentan y el límite del accionar de la instancia inferior, conforme se procede a continuación.

2.1. Incongruencia en la determinación de las etapas del incumplimiento.-

Conforme a la nota de cargos (APS/DESP/DJ/DS/N° 4036/2013 de 22 de febrero de 2013), la imputación que da origen al proceso sancionatorio, está referida a la presumible negligencia de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, en su rol de asesor de seguros, **“relacionado con la ejecución de la Póliza SEGURO GENERAL PARA BANQUEROS DHP 84 N° CGB-B0006”** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La ejecución, como tal, está referida al cumplimiento de la póliza, conforme lo contratado (*“a indemnizar un daño o a cumplir la prestación convenida”*, Art. 979º, Cód. Comercio), como emergencia de su contingencia, a la realización de lo contratado para que lo misma tenga la efectividad buscada; por tanto, en los términos de la nota de cargos

APS/DESP/DJ/DS/N° 4036/2013, la falta de asesoramiento extrañada y después sancionada, corresponde, necesariamente, al periodo de tiempo posterior a la ocurrencia del siniestro (9 de agosto de 2011), cuando en la expectativa legítima de **CRÉDITO AMIGO S.A.**, debió realizarse y cumplirse en su favor, el resarcimiento contratado de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**

En este sentido, la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013 de 2 de abril de 2013, pareciera ser coincidente con ello, cuando establece que:

*“...los cargos consisten en que **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** no habría asesorado correctamente a **CRÉDITO AMIGO S.A.** en los eventos suscitados a propósito de la ocurrencia del siniestro en las oficinas de esta última compañía en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra el 9 de agosto de 2011 (robo de \$us.6.722 y Bs.675.410,00) y la consiguiente ejecución de la Póliza SEGURO GENERAL PARA BANQUEROS DHP 84 N° CGB-B00006 con vigencia del 3 de septiembre de 2010 al 3 de septiembre de 2011...” (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).*

No obstante, la redacción posterior de la misma Resolución Administrativa, amén que contradice lo por ella señalado en principio, determina una incongruencia con los hechos expuestos por el denunciante **CRÉDITO AMIGO S.A.**, cuando señala:

*“...la denuncia de 4 de septiembre 2012, recibida en la APS en fecha 5 de septiembre del año en curso de **CRÉDITO AMIGO S.A.** contra **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** por presunta negligencia en su condición de corredor de seguros y en relación a la vigencia y aplicación de la Póliza SEGURO GENERAL PARA BANQUEROS DHP 84 N° CGB-B00006, con vigencia del 3 de septiembre de 2010 al 3 de septiembre de 2011 emitida por Credinform International S.A.*

Que es necesario señalar que existen puntos de vista contrapuestos de las compañías concernidas respecto de la responsabilidad emergente del robo citado y la negativa de CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. de proceder a la indemnización subsecuente por carecer (según ella) de cobertura las circunstancias que sucedieron en el robo señalado.

*Que en efecto, mientras **CRÉDITO AMIGO S.A.** aduce que la corredora no fue asesorada debidamente respecto de las descubiertas que señalaba la Póliza en cuestión (v.gr. no cobertura el dinero que se encuentra fuera de la caja fuerte), **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** señala que cumplió con generosidad su rol de asesor en el caso concreto (gestiones permanentes, contratación de expertos internacionales, etc. sin obligación de asesorar legalmente a su asesorado).*

3. La presunta negligencia habría surgido desde el momento en que CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L. asume la función de corredor de seguros hasta la ocurrencia y consecuencias del robo de \$us6.722 y Bs675.410,00 de las oficinas de CRÉDITO AMIGO S.A. en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra en fecha 9 de agosto de 2011 (...)

*...**CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** afirma que sí asesoró; sin embargo de la prueba adunada al expediente se acredita que lo hizo pero únicamente en la etapa de ocurrencia del siniestro y no como debió hacerlo, en las tres etapas, es decir: i) al momento de la contratación del seguro, ii) durante la vigencia de la póliza, y iii) al producirse el siniestro...* (Las negrillas y el subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Esto le sirve al Regulador, para concluir en que “aseverar -como lo ha hecho **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**- que “procedió en todo momento a asesorar debidamente a **CRÉDITO AMIGO S.A.**” no es tan cierto...”

Recuérdese que la controversia está directamente determinada, por lo contratado en las condiciones particulares (Convenio II) de la *Póliza de seguro general para banqueros DHP 84 N° CGB-B00006*, contratada en fecha 11 de octubre de 2010, en sentido de limitar los alcances de su cobertura a “**INSTALACIONES... PERO -sólo- EN CAJA FUERTE Y EN VENTANILLAS Y CAJAS REGISTRADORAS**” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), no así fuera de la caja fuerte y en una oficina administrativa, que no atiende al público y que no contaba con ventanillas ni caja registradora, donde se produjo el robo agravado que importa la contingencia cuyo resarcimiento se reclama.

Entonces, de la lectura de todos los datos anteriores, se extraen los elementos siguientes:

- El proceso sancionatorio (ahora recursivo), se inició a denuncia de **CRÉDITO AMIGO S.A.** presentada en fecha 5 de septiembre de 2012, sobre la supuesta negligencia de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, en su condición de corredor de seguros contratado, y en relación a la vigencia y aplicación de la póliza, es decir, lo que después la sancionatoria Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013 ha de identificar como etapas “*ii) durante la vigencia de la póliza, y iii) al producirse el siniestro*”.
- Incongruentemente a ello, la emergente nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/N° 4036/2013, se centra únicamente respecto a la “*negligencia en el rol de asesor en seguros relacionado con la ejecución de la Póliza*” (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica), y que únicamente hace a la etapa iii (*al producirse el siniestro*).
- Dada la existencia de Recurso de Revocatoria, la correspondiente (y supra citada) Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013, refiere con igual incongruencia, que la falta de asesoramiento, corresponde a “*las tres etapas, es decir: i) al momento de la contratación del seguro, ii) durante la vigencia de la póliza, y iii) al producirse el siniestro...*”

Respecto de la congruencia, valor jurídico que hace al Derecho Administrativo procesal, empero fundamentalmente, principio procesal que hace a la garantía del debido proceso, fija un límite en el poder discrecional de la Autoridad, quien debe expresar en los considerandos el por qué de su decisión, haciendo alusión a los hechos que las partes invocaron y a las pruebas producidas y aplicando las normas jurídicas pertinentes; a

posteriori, la parte resuelve siempre de acuerdo al petitorio.

Un fallo incongruente es arbitrario, pues excede la potestad del juzgador, ya sea que decida más de lo reclamado, o menos de lo que fuera pedido, o sobre cuestiones no articuladas.

Es pertinente rescatar lo señalado por el precedente de regulación financiera, contenido en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004, el que establece:

“...El acto administrativo debe encontrarse acorde con el principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final...”

“...La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en el caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente a través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión...”

Como resultado de todo lo anterior, resulta que se ha impuesto a **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** una sanción, sobre hechos no contemplados a tiempo de la imputación, importando ello, el no haber ejercido, la ahora recurrente, su derecho a la defensa, en infracción a los artículos 115º, parágrafo II, 117º, parágrafo II, y 119º, de la Constitución Política del Estado, empero además, al principio de congruencia entre lo pretendido y lo resuelto), que se halla dispuesto por el artículo 16º, inciso h), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo): *“las personas tienen los siguientes derechos: (...) A obtener una respuesta fundada y motivada a las peticiones y solicitudes que formulen...”*, vulnerándose además de dicha manera, la garantía del debido proceso.

2.2. Alcances de la responsabilidad del corredor de seguros.-

Sin perjuicio de lo anterior, atendiendo aquello de que *“La resolución se referirá siempre a las pretensiones formuladas por el recurrente”*, (Art. 63º, Par. II, Ley N° 2341), y en tanto es inherente a la controversia de fondo, planteada por **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, como a los alegatos de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** y de **CRÉDITO AMIGO S.A.**, corresponde señalar que hace a las obligaciones de un corredor de seguros, el asesorar a su cliente, ilustrarles de manera detallada y precisa sobre las cláusulas del contrato de seguro, y sobre sus derechos y obligaciones durante la vigencia del contrato de seguro.

Adicionalmente, el Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros (Resolución Administrativa IS/No. 046/99, de 31 de Marzo de 1999) establece su obligación de efectuar seguimiento permanente en aspectos relativos a renovaciones, modificaciones de

coberturas, modificaciones del riesgo y otros aspectos relevantes, **dejando evidencia de las notificaciones** correspondientes.

En consecuencia, queda claro que el asesoramiento debe ser permanente y durante toda la vigencia del contrato de seguro.

Considerado ello dentro del caso y de la revisión del expediente, se tiene que:

- **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** fue contratada por **CRÉDITO AMIGO S.A.** en fecha 15 de octubre de 2010 **para la gestión, renovación y atención de siniestros**. Los términos de las pólizas ya habrían sido definidos antes de su contratación, hecho que se puede constatar de las notas emitidas por la última nombrada: GOF-038/2010 y GOF-040/2010 de 15 de octubre de 2010, esta última solicitándole a la aseguradora *"...dejar sin efecto las pólizas recientemente renovadas, las cuales están pendientes de pago, por lo que las mismas serán colocadas inmediatamente **bajo el mismo concepto (coberturas, tasas), pero con la intermediación de Consejeros**"*.
- Como consecuencia de su contratación, **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** remitió la nota SCCO-035/2010 del mismo 15 de octubre de 2010, a **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, que en una parte de su tenor señala *"Por todo lo expuesto le rogaría si fuera tan gentil de proporcionarnos una copia de las pólizas de seguros vigentes de nuestro mutuo cliente, así como también las que están en proceso de renovación, así mismo a partir de la fecha le agradecería coordinar con nosotros cualquier tema referido a las mismas"* (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo que se desprende que la ahora recurrente, tomó conocimiento de todas las condiciones de la póliza; considerando que, conforme lo expuesto, el asesoramiento al que están obligadas las corredoras es durante toda la vigencia de las pólizas, no puede limitar su asesoramiento al inicio de la contratación de las pólizas o después de ocurrido el siniestro.

En este sentido, no puede ser eximente de responsabilidad lo referido por la corredora, en sentido de que las pólizas se encontraban ya vigentes a momento de la designación que sale de la nota GOF-038/2010, fechada en 15 de octubre de 2010, toda vez que si bien este hecho es cierto, la misma tenía la obligación de asesorar a su cliente, de forma permanente, desde el momento en que fue contratada y considerar si la misma estaba de acuerdo con todos los términos de las pólizas o en desacuerdo, hechos de los que, en los términos de la Resolución Administrativa IS/No. 046/99, de 31 de marzo de 1999, debió existir *"evidencia de las notificaciones"* a su cliente.

Es importante recordar a la recurrente, que su asesoramiento no se limita a hacer un análisis de las cláusulas de las pólizas, sino que debe ser un asesoramiento integral y profesional, tal cual señala el Diccionario de Seguros MAPFRE (con respecto a la definición de corredor de seguros):

"...Persona física o jurídica que realiza la actividad mercantil de mediación de

seguros privados sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras, y que ofrece **asesoramiento** independiente, **profesional e imparcial** a quienes demanden la cobertura de los riesgos a que se encuentran expuestas sus personas, sus patrimonios, sus intereses o responsabilidades.

Los corredores de seguros **deberán informar** a quien trate de concertar el seguro **sobre las condiciones** del contrato que a su juicio conviene suscribir y ofrecer la cobertura que, **de acuerdo a su criterio profesional, mejor se adapte a las necesidades de aquel**; asimismo, velarán por la concurrencia de los requisitos que ha de reunir la póliza de seguro para su eficacia y plenitud de efectos.

Igualmente, vendrán obligados durante la vigencia del contrato de seguro en que hayan intervenido a facilitar al tomador, al asegurado y al beneficiario del seguro la información que reclamen sobre cualquiera de las cláusulas de la póliza y, en caso de siniestro, a prestarles su asistencia y asesoramiento..."

(Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por lo tanto, de ninguna manera se puede considerar el argumento de la recurrente en sentido de que las pólizas estaban en vigencia y por tanto estas estarían exentas de responsabilidad, en cuanto a sus obligaciones de asesoramiento.

Ahora bien, en cuanto a lo referido por la recurrente en sentido de que ésta sí habría cumplido con su obligación de asesorar a su cliente, de manera previa al siniestro, que dicho asesoramiento se hubiera realizado de manera verbal y que **CRÉDITO AMIGO S.A.** no habría podido desvirtuar, importa recordarle a **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, que el presente procedimiento administrativo la involucra únicamente a ella y al Ente Regulador.

Si bien concurre la presencia de los terceros interesados, no se debe pasar por alto que la actuación de los mismos se circunscribe a determinar cuál es el derecho o interés legítimo que podría estarse vulnerando con la decisión adoptada por el Órgano Regulador, y no así a que los mismos deban desvirtuar determinados hechos, quedando los conflictos y controversias que pudieran surgir entre aseguradora - asegurado, a los medios de resolución que al efecto la norma prevé, con el fin de no distorsionar la naturaleza del proceso administrativo.

En todo caso y dado lo determinado en el numeral 2.1 precedente, estos extremos, así como -por el mismo motivo- los señalados seguidamente, no influyen en la determinación final del presente fallo administrativo.

2.3. En cuanto a la verdad material.-

Asimismo, la recurrente **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** señala que el Ente Regulador, se habría pronunciado sobre alguna de las pruebas, y que este hecho habría dado lugar a que se vulneren los principios de verdad material, de igualdad y de imparcialidad, asimismo, que no le correspondería demostrar su inocencia y presentar

prueba que determine ello; entonces, en la lógica de la recurrente, la carga de la prueba recae o debe recaer única y absolutamente, en la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

En este sentido, no obstante que el *onus probandi*, entendido como el deber procesal de demostrar un hecho, determina en principio que quien tiene la **carga de la prueba**, es quien ha de demostrar el incumplimiento de la norma, fundamentado ello en que aquella persona que involucre a otra en la autoría de un determinado incumplimiento normativo, debe demostrarlo; así se desprende del artículo 74° de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), que establece que *"se presume la inocencia de las personas mientras no se demuestre lo contrario en idóneo procedimiento administrativo"*.

En este sentido, el artículo 29°, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, habla de la potestad de los Entes Reguladores del Sistema de Regulación Financiera, para *"disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de sus decisiones..."*, empero ello de ninguna manera constituye una autorización, para que los mismos entes prescindan de la investigación a la que se encuentran obligados por imperio del artículo 4°, inciso d), de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002 (de Procedimiento Administrativo), el que a la letra señala:

"...La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil..."

Investigar es, de acuerdo a la definición del diccionario, *"Hacer diligencias para descubrir algo"* (y diligencia, a su vez, es el *"Trámite de un asunto administrativo, y constancia escrita de haberlo efectuado"*).

Por tanto, de lo anterior no cabe duda que, al margen de la carga impuesta para los imputados por los artículos 66° (dice: *"presentar pruebas de descargo o justificaciones"*), y 67° (*"el presunto infractor presente todos los descargos, pruebas, alegaciones, explicaciones, informaciones y justificativos que creyere útiles para ejercitar su derecho de defensa"*, y *"antecedentes y descargos presentados"*) del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, existe también la obligación de la Administración, de investigar los hechos imputados, mediante las diligencias que para ello sean necesarias.

Nótese que el artículo 68° del mismo Reglamento, establece que *"Vencido el término de prueba, el Superintendente respectivo en el plazo de los diez (10) días hábiles administrativos siguientes, dictará la resolución..."*, es decir, que la fase procesal para la sanción o desestimación de la misma, tiene dos partes fundamentales: la primera, de 3 a 15 días (Art. 67° del Reglamento), para la producción de descargos, y la posterior de 10 días, para el pronunciamiento de la Resolución correspondiente con base en la imputación empero también en los descargos, 10 días en los que, entonces, la Administración debe cumplir la carga para ella señalada por el artículo 4°, inciso d), de la Ley N° 2341, fundamentalmente si de la compulsión de los mismos resulta la existencia de una o varias controversias.

Es esa circunstancia, es recién aplicable la disposición del artículo 29°, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la que evidentemente así expuesto, resulta en una facultad potestativa de la Administración, pero que no es independiente, sino que obedece a la necesidad de dar cumplimiento con el deber de investigación de la misma.

En todo caso, el criterio de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.** contradice al artículo 67° del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, el que señala que el rol que corresponde al Ente Regulador, es hacer conocer las presuntas infracciones al regulado, para que éste produzca sus probanzas y lo que estime conveniente, para que sobre cuya base, emita su juicio de valor, y el artículo 29°, parágrafo I, del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, señala que las Superintendencias (léase *Autoridades Reguladoras*), a petición de parte o de oficio, podrán disponer la producción de pruebas admisibles en derecho.

En este caso, las bases sobre las cuales la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la Resolución Administrativa sancionatoria, son: **a)** la existencia de una denuncia escrita por parte de **CRÉDITO AMIGO S.A.**, **b)** los informes solicitados por el Ente Regulador en relación a la denuncia, **c)** la notificación al presunto infractor para que presente sus descargos y pruebas, y **d)** la elaboración (subsecuentemente) de informes técnicos y legales de valoración, con los cuales elaboró la decisión que la ley le impone, por tanto, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros ha cumplido con su obligación de búsqueda de la verdad material, lo que no libera a la recurrente, de sus propias cargas procesales en su interés particular.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente, y de la revisión de la documentación cursante en el expediente, se llega a la conclusión, de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no ha hecho un análisis congruente en sus sucesivos pronunciamientos, respecto de lo denunciado por **CRÉDITO AMIGO S.A.**, por lo que, en base a la compulsa efectuada precedentemente y el control de legalidad del proceso administrativo seguido, corresponde anular el presente proceso a objeto de que se reencauce el procedimiento administrativo, y señale con exactitud cuál o cuáles son las etapas (conforme las clasifica en su Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 259-2013 de 2 de abril de 2013) en las que se habría producido el supuesto incumplimiento por parte de **CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.**, a efectos este último pueda hacer presente cuanto alegato y documentación sean necesarios, para asumir su defensa.

Que, conforme se determinó en la Resolución Ministerial Jerárquica 010/2009 de fecha 23 de octubre de 2009, la doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad; es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

Que, en cambio, la anulabilidad del Acto Administrativo, se circunscribe a defectos formales

en la tramitación del proceso administrativo, regularizando el procedimiento una vez evidenciado el defecto, siendo sus causales las establecidas por ley.

Que, de acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, en su artículo 36°, dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad), siendo el defecto de forma una de éstas causales, careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin y dando lugar a la indefensión de los interesados, **como es en el caso de autos**, en el que se evidencia que el acto administrativo no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado en el procedimiento y en especial en los derechos consagrados del recurrente.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la nota de cargos APS/DESP/DJ/DS/N° 4036/2013 de 22 de febrero de 2013, **inclusive**, debiendo en consecuencia, emitirse nueva notificación de cargos, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DPC/N° 658-2013 DE 24 DE JULIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL
DE PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N°087/2013 DE 16 DE DICIEMBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 087/2013

La Paz, 16 de Diciembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 658-2013 de fecha 24 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 502-2013 de fecha 29 de mayo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 085/2013 de fecha 24 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 184/2013 de fecha 08 de noviembre de 2013, ambos emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37° del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras; y conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 12 de agosto de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, representada legalmente por Gerente de Inversiones, señor José Antonio Gil Sensano, tal como acredita el Testimonio Poder N° 563/2001 de 3 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra.

Rebeca Mendoza Gallardo, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 658-2013 de fecha 24 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 502-2013 de fecha 29 de mayo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/7168/2013, con fecha de recepción 15 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 658-2013 de fecha 24 de julio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 20 de agosto de 2013, notificado en fecha 27 de agosto de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 658-2013 de fecha 24 de julio de 2013.

Que, mediante Auto de 20 de agosto de 2013, notificado en fecha 27 de agosto de 2013, se dispone la notificación a **PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A. (BBVA PREVISIÓN AFP S.A)**, con el Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 658-2013 de 24 de julio de 2013, emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, a efectos de que en calidad de tercero interesado, se apersona y presente sus alegatos, los mismos que no han sido presentados por esta Administradora.

Que, en fecha 3 de octubre de 2013 se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, que fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, mediante memorial presentado en fecha 13 de septiembre de 2013 y señalada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 076/2013 de 19 de septiembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la relación de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se transcriben a continuación:

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/N° 502-2013 DE 29 DE MAYO DE 2013.-

Mediante nota MEFP/VPCF/DGSGIF N° 0117/2013 de 31 de enero de 2013, el Viceministerio de Presupuesto y Contabilidad Fiscal, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, un Servicio WEB a través del cual ambas Administradoras de Fondos de Pensiones, puedan validar la información referida a los Certificados de No Adeudo para los proveedores registrados al Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa - SIGMA.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 1497 de 20 de febrero de 2013, establece que el Registro Único de Proveedores del Estado – RUPE, es el registro válido para contrataciones con el Estado Plurinacional de Bolivia, a cargo del Órgano Rector del Sistema de Administración de

Bienes y Servicios, el cual podrá interrelacionarse con otros sistemas o subsistemas públicos y/o privados.

En tal sentido, con el fin de realizar la coordinación interinstitucional correspondiente con la Dirección General de Sistemas de la Gestión de Información Fiscal, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, estableció el procedimiento para la emisión electrónica o digital de la Certificación de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones a través del SIGMA, para que los funcionarios que tienen el cargo de Responsable del Proceso de Contratación de Bienes y Servicios del Estado, de acuerdo a las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, puedan verificar la autenticidad del Certificado de No Adeudo presentado por el Empleador proponente.

Con base a tales fundamentos, Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros determina:

"...PRIMERO.- (OBJETO). El objeto de la presente Resolución Administrativa es establecer el procedimiento para que las Administradoras de Fondos de Pensiones, en adelante AFP, procedan a la emisión electrónica o digital de las Certificaciones de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo a los Empleadores registrados en el Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa - SIGMA a través de un Servicio Web.

SEGUNDO.- (CNA EN LÍNEA VÍA "SERVICIO WEB"). I. Las AFP en un plazo de treinta (30) días hábiles administrativos posteriores a la notificación con la presente Resolución Administrativa, deberán poner a disposición del SIGMA, un Servicio Web, a través del cual las AFP certifiquen el registro de los Empleadores y si éstos se encuentran en mora a la Seguridad Social de largo plazo, según la estructura de intercambio de información adjunta a la presente en ANEXO 1, procediendo a la emisión electrónica o digital de dicha certificación.

II. La certificación electrónica o digital de no adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, tendrá validez a efectos del artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones.

TERCERO.- (AUTENTICACIÓN E INTEGRIDAD DE LA INFORMACIÓN). I. El Servicio Web deberá contar con las medidas de seguridad correspondientes, que impidan el acceso a la información a terceros y, que garantice la autenticación e integridad de la información.

II. La información emitida por las AFP a través del Servicio Web, deberá incluir mecanismos que permitan acreditar la identidad del autor o emisor de la misma, evitando la manipulación o alteración del mensaje en el transcurso de la comunicación, como ser Firma Digital, Encriptación de Datos, etc.

III. Las AFP son responsables por el contenido de la información a remitirse.

CUARTO.- (SISTEMA DE CONSULTAS WEB DE CNA). En un plazo de treinta (30) días hábiles administrativos posteriores a la notificación con la presente Resolución Administrativa, las AFP deberán desarrollar un sistema de consultas en línea de CNA a través del SIGMA, mediante el cual a partir del Número de Identificación del Empleador o la Razón Social del mismo, se pueda consultar una Base de Datos de CNA con el detalle de todos los CNA que fueron emitidos para un determinado Empleador.

QUINTO.- (ESTRUCTURA REPORTADA A LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PENSIONES Y SEGUROS - APS). Se modifica la estructura de la Base de Datos reportada a la APS, determinada por el ANEXO 1 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°309/2011 de 21 de septiembre de 2011, conforme al ANEXO 2 de la presente Resolución..."

Los señalados anexo 1 y anexo 2 establecen lo siguiente:

1.1. ANEXO 1.-

"...Intercambio de información vía Servicio Web

Considerando que el SIGMA necesita consultar información de los Certificados de No Adeudo, se tienen los siguientes parámetros para el Servicio Web:

1. Parámetros de entrada

Consulta realizada desde el SIGMA hacia una de las dos AFP

Nro.	CAMPO	FORMATO	LONGITUD	DESCRIPCIÓN DEL CAMPO	DESCRIPCIÓN DEL DOMINIO
1	AFP	AA	2	Código de la AFP	01:Futuro de Bolivia S.A. AFP 02:BBVA Previsión AFP S.A.
2	NUM_ID_EMP	AAA...AAA	13	Número NIT	Ej. 0000001234567

2. Información devuelta por la AFP

- Código de la AFP (01=Futuro de Bolivia S.A. AFP, 02=BBVA Previsión AFP S.A.)
- Tipo del Número de Identificación del Empleador (NIT)
- Número de Identificación del Empleador (13 dígitos rellenos con cero a la izquierda)
- Razón Social
- Estado (CD=Con deuda, SD=Sin deuda, NR=No Registrado)
- Último periodo cotizado al SIP (mes/año)
- Fecha de emisión del Certificado (fecha de consulta)

3. Estructura de la información

Nro.	CAMPO	FORMATO	LONGITUD	DESCRIPCIÓN DEL CAMPO	DESCRIPCIÓN DEL DOMINIO
1	COD_AFP	AA	2	Código de la AFP	01:Futuro de Bolivia S.A. AFP 02:BBVA Previsión AFP S.A.
2	TIPO_ID_EMP	AAA	3	Tipo de Empleador.	NIT

3	NUM_ID_EMP	AAA...AAA	15	Número NIT	Rellenado con ceros a la izquierda
4	RAZON_SOCIAL	AAA...AAA	70	Razón Social del Empleador	
5	ESTADO	AA	2	Estado del Empleador	CD: Con deuda SD: Sin deuda NR: No registrado
6	PERIODO	MM/AAAA	6	Último periodo cotizado	Ej. 02/2012
7	FECHA_CONSULTA	AAAAMMDD	8	Fecha en la que el SIGMA efectuó la consulta	

...

1.2. ANEXO 2.-

“...DETALLE DE CERTIFICADOS DE NO ADEUDO EMITIDOS

Nombre del Archivo

El nombre del archivo deberá tener la siguiente estructura:

XXXEEAAMMDD.TXT

XXXX	Distinción del Archivo CNAE: Certificado de No Adeudo Emitidos.
EE	Código de la AFP
AA	Año correspondiente a la información publicada.
MM	Mes correspondiente a la información publicada, con dos dígitos
DD	Día correspondiente a la información publicada, con dos dígitos
PDF	Extensión del archivo

Estructura del archivo de CNA.

Nro.	CAMPO	FORMATO	LONGITUD	DESCRIPCIÓN DEL CAMPO	DESCRIPCIÓN DEL DOMINIO
1	TIPO_EMP	AAAA	4	Tipo de Empleador solicitante	ESM: Empleador sin mora
					ECM: Empleador con mora
					EUSD: Empresa Unipersonal sin dependientes
					PN: Persona Natural
					ENR: Empresa no registrada
2	TIPO_ID	AAA	3	Tipo de Identificación	GOB, NIT, RUC, SUP
3	NUM_ID	AAA...AAA	15	Número GOB, NIT, RUC, SUP	Rellenado con ceros a la izquierda
4	NOMBRE	AAA...AAA	70	Nombre o Razón Social del solicitante	
5	CIUDAD	AAA...AAA	25	Nombre de ciudad donde se solicita el CNA	
6	FECHA_RECEPCION_SOLICITUD	DD...MM...AA		Fecha de recepción de la solicitud de emisión de Certificado de No Adeudo.	
7	FECHA_CERT	DD...MM...AA		Fecha de Emisión Certificado o respuesta	
8	NÚMERO DE CERTIFICADO			Número del Certificado o respuesta	
9	VIGENCIA DEL CERTIFICADO	AA...DD/MM/AA ... AA...DD/MM/AA	16	Debe señalar de que fecha a que fecha tiene vigencia el certificado emitido.	

...

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 25 de junio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta Recurso de Revocatoria

contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 502-2013 de 29 de mayo de 2013, señalando lo siguiente:

"...II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

A efectos de que su Autoridad pueda rectificar las incongruencias de la norma emitida, nos permitimos exponer los siguientes fundamentos de orden técnico y legal, que solicitamos sean objeto de la sana crítica y valoración razonada conforme a lo siguiente.

a) Emisión de Certificados de No Adeudo - CNA.-

El artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, dispone que: "Para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, **el proponente** deberá presentar la certificación **emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo**, de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones". Por su parte el inciso hh) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009, define al "Proponente" como Persona natural o jurídica que participa en un proceso de contratación mediante la presentación de su propuesta o cotización. (**Las negrillas y subrayado es nuestro** (sic)).

Ahora bien, a efectos de que ambas AFP puedan emitir los Certificados de No Adeudo - CNA, su Autoridad emitió la CIRCULAR AP/DPC/CO/05-2011, de fecha 01 de febrero de 2011 consignada en Resolución Administrativa AP/DJ/DF/N° 47-2011 de 21 de febrero de 2011 y confirmada mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 047-2011 de 01 de junio de 2011; por la cual se establece que "... la AFP deberá emitir la certificación de no adeudo en el plazo máximo de un (1) día hábil administrativo a computarse a partir de la fecha de presentación del requerimiento"; por otro lado, la citada normativa también señala que "En caso de que se evidencie que la persona jurídica presenta adeudos a la Seguridad Social de Largo Plazo, la AFP deberá remitir nota de respuesta a la misma, en el plazo señalado en el párrafo anterior...adjuntando liquidación de mora".

De la norma citada precedentemente, se tiene que las AFP en su rol transitorio de Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, **son las únicas entidades autorizadas para la emisión del Certificado de No Adeudo - CNA, a solicitud del empleador proponente**, para que sea éste quien lo presente en los procesos de licitación para contratación de Bienes y Servicios del Estado.

Sobre todo lo expresado ut supra, es menester hacer cita a las Sentencias Constitucionales 1464/04-R de 13 de septiembre; 908/05-R de 8 de agosto y 55/05-R de 12 de septiembre por las cuales se determina las implicancias del principio de jerarquía de los actos administrativos, al señalar que este principio:

"...Se deriva del principio de legalidad, y prescribe que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma de grado superior,

principio que está recogido en el art. 4 inc h) de la LPA..." (las negrillas son nuestras)

Sin embargo de lo expresado, y olvidándose que las actuaciones de la administración pública deben guiarse por los principios de sometimiento pleno a la Ley y de Jerarquía Normativa citados previamente; y que se encuentran establecidos en el artículo 4, inciso c) y h) de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo; por los cuales la administración debe regir sus actos con sometimiento pleno a la Ley y observado la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las Leyes; ha pretendido justificar la Resolución Administrativa recurrida cuando en sus considerandos ha señalado "Que con el fin de realizar la coordinación interinstitucional correspondientes con la Dirección General de Sistemas de la Gestión de Información Fiscal, para el cumplimiento de sus fines así como los de esta Autoridad, es preciso contar con la **norma que permita la emisión electrónica o digital de la Certificación de No Adeudo** por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y al Sistema Integral de Pensiones **a través del SIGMA**". (las negrillas y subrayado es (sic) nuestro); cuando a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, el marco normativo vigente señala de manera inexcusable que:

- La Certificación de No Adeudo (CNA) debe ser emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo y no así por ninguna otra institución ajena a esta información, en este caso el SIGMA.
- La Certificación de No Adeudo (CNA) deberá ser presentada por el proponente;
- Conforme a la circular AP/DPC/CO/05-2011 de fecha 01 de febrero de 2011, debe existir "**un requerimiento formal** de las personas jurídicas **registradas** en la Seguridad Social de Largo Plazo que manifiesten su interés en participar en procesos de Contrataciones de Bienes y Servicios del Estado en el marco del Decreto Supremo N° 181 de 28 de junio de 2009".

b) Vulneración de derechos constitucionales.-

De acuerdo a lo establecido por nuestra Constitución Política del Estado en su Artículo 14, parágrafo IV, "**En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban**"; por lo que a la luz del principio de búsqueda de la verdad material, fácilmente se puede colegir que en el marco de la normativa vigente, las AFP en su rol transitorio de Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, deberán emitir el Certificado de No Adeudo - CNA sólo a solicitud formal del proponente, por lo cual no corresponde dar ningún acceso al SIGMA para generar dichos certificados, por cuanto dicha disposición no emana de la Ley.

c) Incumplimiento de normativa vigente.-

Sobre este particular, es importante aclarar que de considerar la emisión del Certificado de No Adeudo - CNA por el SIGMA u otro que no sea la GPS, está

conllevará al incumplimiento de la normativa vigente para la emisión de los predichos certificados, debido a que no podrá remitirse ninguna nota de respuesta al "proponente" con deuda y mucho menos en el plazo establecido, cuya finalidad es poner en conocimiento del empleador con deuda, la relación y/o detalle de su mora para que la misma sea regularizada.

d) CNA en línea vía "SERVICIO WEB".-

El Artículo (sic) SEGUNDO (CNA EN LINEA VIA "SERVICIO WEB") de la Resolución Administrativa recurrida, señala que: Las AFP en un plazo de treinta (30) días hábiles administrativos posteriores a la notificación con la presente Resolución Administrativa, **deberán poner (sic) disposición del SIGMA, un Servicio Web,** a través del cual las AFP certifiquen el registro de los Empleadores -de acuerdo con el artículo PRIMERO, Empleadores registrados en el Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa-SIGMA y si estos se encuentran en mora a la Seguridad Social de Largo Plazo, según estructura de intercambio de información adjunta a la presente en el ANEXO 1; procediendo a la emisión Electrónica o digital de dicha certificación. II. La certificación Electrónica o digital de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, tendrá validez a efectos del artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010"Anexo 1 (Intercambio de información vía Servicio WEB) **Considerando que el SIGMA necesita consultar** información de los Certificados de No Adeudo, se tiene los siguientes parámetros para el servicio WEB. 1. Parámetros de Entrada. Consulta realizada desde el SIGMA hacia una de las dos AFP; 2. Información devuelta por la AFPEstado (CD=Con Deuda, SD=Sin Deuda, NR=No registrado)... Fecha de Emisión del Certificado (Fecha de Consulta)

De la norma precedentemente señalada, se podrá observar que existe una confusión en los términos y otros, debido a que:

- La AFP desconoce la información total de los Empleadores Registrados en el SIGMA y/o al RUPE, asimismo la información que maneja la AFP en sus Bases de datos es de carácter confidencial, no pudiendo darse a conocer a terceros, en este caso el SIGMA y/o al RUPE. Esta situación debe ser aclarada por el regulador, debido a que caso contrario la AFP no podrá controlar si se efectúan consultas indebidas respecto a información de Empleadores que no son proponentes a contrataciones estatales.
- Se señala que la AFP procederá a la emisión electrónica o digital, situación que se contradice con lo expresado en los considerandos de la Resolución Administrativa recurrida cuando refiere "**...norma que permita la emisión electrónica o digital de la Certificación de No Adeudo** por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y al Sistema Integral de Pensiones **a través del SIGMA**", y contradictoria también con lo indicado en el Anexo 1 que indica (Intercambio de información vía Servicio WEB) **Considerando que el SIGMA necesita consultar** información de los Certificados de No Adeudo". Es decir, que por un lado se requiere dar acceso al SIGMA para

que este (sic) genere los CNA - aspecto que contradice la normativa vigente-; y por otro, entendería que es la AFP la que emite los CNA, y que SIGMA solo debe acceder a dicha información para consultar la veracidad de la información.

- La única entidad que puede emitir un certificado de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y al Sistema Integral de Pensiones, es la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.
- Que de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 100 de la Ley de Pensiones N° 065, **el Certificado de No Adeudo debe ser presentado por el Proponente.**
- Que concordante con la norma emitida por el Regulador, para que se otorgue un CNA debe existir una solicitud formal en la que inequívocamente se manifieste, el interés del Proponente de participar en un proceso de contratación estatal. Claro está que esta solicitud debe ser presentada a la GPS quien emitirá el CNA en un plazo no mayor de un día contado a partir de su recepción.
- Si bien el Decreto Supremo N° 1497 de 20 de febrero de 2013, establece que el objeto del RUPE es centralizar la información sobre los proveedores del Estado Plurinacional de Bolivia que participan en las contrataciones del Estado; Simplificar y agilizar; y generar ahorro en los procesos de contratación, y que podrá interrelacionarse con otros sistemas o subsistemas públicos y/o privados para alcanzar sus fines. Es necesario aclarar que un Decreto Supremo por jerarquía de norma no es superior a lo dispuesto en la Ley de Pensiones, respecto a la emisión del CNA por la GPS y que el proponente debe presentar el CNA, asimismo claramente se indica "podrá interrelacionarse con sistemas públicos y/o privados", en ningún caso se establece "deberá" es decir de carácter obligatorio, por lo que claramente el decreto definió esta situación considerando la posibilidad de existencia -es este caso la Ley de Pensiones N° 065- de norma específica, que pueda ser contraria a lo establecido.
- De acuerdo a lo establecido en el Reglamento del Registro Único de Proveedores del Estado (RUPE), se establece en el artículo cuarto y quinto lo siguiente: "El RUPE deberá considerar mínimamente la siguiente información, de acuerdo con la naturaleza del proveedor, a) Datos generales; b) Bienes, Obras y/o Servicios Ofertados; c) Información legal, administrativa, formación y/o experiencia; d) Desistimientos, resoluciones de contrato u otra información sobre impedimentos para contratar con el Estado; e) Información Complementaria. Las entidades Públicas que administren información oficial sobre impedimentos para contratar con el Estado, deberán proporcionar y mantener actualizada esta información en el RUPE, de acuerdo a las condiciones establecidas en los documentos suscritos para este propósito". De lo anterior si bien la existencia de Deuda con el Estado reflejada en el CNA es un impedimento para contratación, la actualización y obligatoriedad de esta información actualizada en el RUPE,

está establecida para instituciones públicas, y no así para las AFP que si bien en el periodo de transición efectuaran las funciones de la GPS, son sociedades anónimas privadas que mantienen su información un (sic) sus bases de datos propias.

- Asimismo de acuerdo a lo establecido en el Reglamento del Registro Único de Proveedores del Estado (RUPE), se establece en el artículo séptimo, octavo y catorceavo que: Es el mismo Proveedor que se registra a través de un sitio web al RUPE, y es responsable de la veracidad del registro y que el Administrador del RUPE no es responsable de errores u omisiones en la información registrada por el proveedor y publicada a través del sistema. Por lo que el utilizar la información de Registro del RUPE efectuada por el mismo proveedor puede presentar inconsistencias, tal cual se presenta el siguiente ejemplo: En el RUPE se registro (sic) la "persona natural" (bajo este registro no es obligatorio llenar el NIT) Montes de Oca Verastegui Milenka Orietta (MEDECIN) con documento de identificación CI 4276497, (...)
- Si el RUPE y/o SIGMA nos remitiese dicha información, consultando deuda, la AFP verificaría que el documento de registro en el RUPE no es NIT, por lo cual no es Empleador, resultando como respuesta Empresa no registrada. No obstante el registro en el RUPE de este proveedor es errado debido a que no es una Persona Natural, sino es una Persona Jurídica con NIT 4276497015. Por lo que la información resultante debería ser otra. Situación que puede ser verificada por la AFP en la interrelación con el Proponente solicitante de CNA.

e) Sistema de consultas WEB de CNA.-

La Resolución Administrativa recurrida, ha señalado en sus considerandos que "...la presente norma tendrá importancia para aquellos funcionarios que tienen el cargo de Responsable de Contratación de bienes (sic) y Servicios del Estado, de acuerdo a las Normas básicas del sistema de Administración de Bienes y Servicios, para que puedan verificar la autenticidad del Certificado de no Adeudo presentado por el Empleador proponente". Por lo que a efectos de dar cumplimiento a las normas básicas de contratación; se entiende que (sic) necesario que el Contratante, es decir, el Estado Plurinacional de Bolivia- (sic) pueda consultar si existe un impedimento (relacionado a la mora), para la contratación del proveedor; y pese a que según lo establecido en la clausula (sic) sexta, numeral 6.6.7 del contrato de prestación de servicios suscrito por nuestra AFP con la ex SPVS, la obligación de conceder acceso a nuestros sistemas y bases de datos está limitada, los funcionarios de la Superintendencia (actualmente APS); no existiría inconveniente alguno respecto a que el SIGMA y/o contratante, consulte los CNA emitidos por la GPS, considerando que para dicho efecto previamente el proponente efectuó su solicitud formal a la GPS y la misma fue emitida en el plazo normado de un día hábil. Los permisos o password para acceso en modo de consulta a la Base de Datos de CNA emitidos por nuestra AFP, serían asignados por nuestra AFP a solicitud expresa de la APS en la que se deberá detallar el nombre de la entidad y funcionario responsable; debiendo además la APS apereibir a la

entidad y funcionario sobre las restricciones y uso de la información a la que accedan.

f) Modificación de la estructura de la Base de Datos reportada a la APS.-

El artículo quinto de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 502-2013, establece que se modifica la estructura base de datos, determinada en el Anexo 1 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 309/2011 de 21 de diciembre de 2011 (sic), es necesario observar lo siguiente:

- En el Anexo 2 "DETALLE DE CERTIFICADOS DE NO ADEUDO EMITIDOS, se Incluye (sic) una categorización que indica TIPO_EMP, en descripción del campo señala: Tipo de Empleador Solicitante y en descripción de Dominio indica: ESM: Empleador sin Mora; ECM: Empleador con mora; EUSD: Empresa unipersonal sin dependientes; RN: Persona Natural; ENR: Empresa No registrada. Al respecto es necesario señalar que se entiende que existe un error en la descripción del campo debido a que no se refiere al Empleador, sino al Tipo de proponente Solicitante, respecto a la clasificación del dominio es necesario señalar que las categorizaciones EUSD, PN y ENR no están establecidas en nuestra Base de Datos y/o en alguna normativa emitida por el Regulador, por lo cual, es necesario que definan cada categorización y la correspondiente identificación en nuestra base de datos de registro de Empleadores, antes de incluir las mismas en la Estructura de archivo CNA.
- Incluyen el campo Vigencia del Certificado y en descripción del campo señala "Debe señalar de que fecha a qué fecha tiene vigencia el certificado emitido". Al respecto es necesario señalar que en ninguna norma el regulador estableció el plazo de vigencia de los CNA, que consideramos que no debería exceder el plazo del mismo mes de la emisión, considerando que cada mes devenga un nuevo periodo de cotización sobre la cual los Empleadores deben efectuar los pagos, así también dicha vigencia solo debería ser para los **Empleadores sin Mora**, debido a que un empleador con mora o una empresa no registrada puede cambiar su condición con el pago o el registro.

V. PETITORIO:

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por nuestra AFP, es que al amparo de lo establecido por el artículo 24 de la Constitución Política del Estado y el artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de Septiembre de 2003, solicito a su Autoridad Revocar la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 502-2013 de fecha 29 de mayo de 2013, ajustando la misma a derecho conforme a los fundamentos esgrimidos en nuestro recurso..."

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DPC/Nº 658-2013 DE 24 DE JULIO DE 2013.-

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 658-2013 de 24 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros-APS, resolvió "Confirmar

parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 502-2013 de 29 de mayo de 2013", a cuyo efecto, hizo presentes los fundamentos siguientes:

"...CONSIDERANDO: (...)

...corresponde aclarar que de acuerdo al artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, **el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo**, de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y al Sistema Integral de Pensiones.

Que por lo tanto, dando cumplimiento a la Ley de Pensiones, esta Autoridad emitió la R.A.502-2013, bajo los siguientes parámetros:

1. La certificación electrónica o digital de no adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, **debe ser emitida por las AFP** mientras dure el período de transición al que hace alusión el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.
2. La citada Certificación, **será emitida por las AFP al proponente** que a través de un sistema que las AFP pondrán a disposición del Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa - SIGMA, certifique lo que corresponda en relación a la existencia de mora a la Seguridad Social de Largo Plazo en la AFP que lo emite.
3. El Decreto Supremo N°1497 de 20 de febrero de 2013, establece el Registro Único de Proveedores del Estado - RUPE, el cual tiene por objeto:
 - a. Centralizar la información sobre los proveedores del Estado Plurinacional de Bolivia que participan en las contrataciones del Estado;
 - b. Simplificar, agilizar y generar ahorro en los procesos de contratación.
4. El párrafo II del artículo 3 del Decreto Supremo N°1497 de 20 de febrero de 2013 dispone que, el RUPE podrá interrelacionarse con otros sistemas o subsistemas públicos y/o privados para alcanzar sus fines.
5. El párrafo III del artículo 3 del Decreto Supremo N°1497 de 20 de febrero de 2013, establece que para contrataciones mayores a Bs20.000.- (Veinte mil 00/100 Bolivianos) se solicitará el Certificado del RUPE al proveedor, que reemplazará la documentación validada por el sistema, para la formalización de la contratación, según lo establecido en la reglamentación.

El artículo 100 de la Ley N°065 señala que, para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación de no adeudo emitida por la Gestora Pública, sin especificar si la emisión será física a través de un documento impreso por la AFP o de forma digital, asimismo no señala que será necesariamente a solicitud formal del proponente.

6. La empresa seleccionada dentro de un determinado proceso de contratación de Bienes y Servicios del Estado, se encuentra en la obligación de presentar a la entidad contratante, el Certificado del RUPE, el cual, en lo que concierne al artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, a partir de la R.A. 502-2013, contará con la certificación de no adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo emitida por las AFP en los casos que así corresponda.
7. La R.A. 502-2013, no modifica la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 047-2011 de 01 de junio de 2011, ni la deja sin efecto, siendo obligación de las AFP "...otorgar certificaciones de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones, a requerimiento formal de las personas jurídicas registradas en la Seguridad Social de Largo Plazo, que manifiesten su interés de participar en procesos de contrataciones de Bienes y Servicios del Estado...".
8. A objeto de dar cumplimiento al artículo 100 de la Ley N°065 de 10 de diciembre de 2010, y simplificar, agilizar y generar ahorro en los procesos de contratación como dispone el punto 2. del párrafo I. del artículo 3 del Decreto Supremo N°1497 de 20 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS emite la R.A.502-2013, instruyendo a las AFP "...poner a disposición del SIGMA, un Servicio Web, a través del cual las AFP certifiquen el registro de los Empleadores y si éstos se encuentran en mora a la Seguridad Social de largo plazo, según la estructura de intercambio de información adjunta a la presente en ANEXO 1, procediendo a la emisión electrónica o digital de dicha certificación."

Que, más allá de la solicitud efectuada por el Viceministerio de Presupuesto y Contabilidad Fiscal mediante nota MEFP/VPCF/DGSGIF N° 0117/2013 de 31 de enero de 2013, para que ambas AFP puedan validar la información referida a los Certificados de No Adeudo para los proveedores registrados al Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa - SIGMA, esta Autoridad en el marco de sus funciones y atribuciones determinadas por la Ley de Pensiones, dispone mediante la Resolución Administrativa recurrida; entre otros puntos, la implementación por parte de las AFP, de medidas de seguridad que impidan el acceso a la información a terceros y que garantice la autenticación e integridad de la información.

Que igualmente, se establece la obligación de las AFP, para que las certificaciones que emitan incluyan mecanismos que permitan acreditar la identidad del autor o emisor de la misma, evitando la manipulación o alteración del mensaje en el transcurso de la comunicación, como ser Firma Digital, Encriptación de Datos, etc.

Que en lo que respecta a las Sentencias Constitucionales (SS.CC.) aludidas, una vez evaluadas estas (sic), evidentemente hacen referencia al Principio de Jerarquía y de Legalidad enunciados por el regulado, entendido (sic) éstos como el sometimiento de la Administración al derecho; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución y a las leyes, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos (SS.CC.0908/2005-R). En el

presente caso, esta Autoridad ha velado por los principios señalados, considerando la jerarquía de las normas y su legalidad; en lo particular en lo referente a la emisión de los Certificados de No Adeudo, que por efecto de la Ley de Pensiones lo efectúan transitoriamente las AFP, implementando esta Autoridad, dentro de sus competencias, regulación relativa a la emisión electrónica o digital de CNA vía Web, la cual de ninguna manera contraviene norma de jerarquía superior.

Que sin perjuicio de lo anterior se debe tener en cuenta también que, la S.S.CC. 1464/2004-R hace referencia al Principio de Discrecionalidad, indicando que "La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. ...De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos,... Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad.". De lo anterior se extrae que esta Autoridad conforme al artículo 197 de la Ley de Pensiones tiene la potestad de regulación de la señalada Ley, pero sin contravenirla claro está, considerando los límites de la discrecionalidad, pero también respondiendo a los fines de la norma, cual es pretender lograr con la regulación emitida, mayor eficiencia en los procesos de contratación a través de un procedimiento para que las AFP procedan a emitir electrónicamente o digitalmente los CNA a empleadores registrados en el SIGMA mediante el servicio Web.

Que por tanto, no hay vulneración a derecho constitucional alguno, ni se discute que sean las AFP las que deben emitir los CNA, como depositarias (sic) legales de la información referente al estado de deuda que tienen los empleadores (proponentes) y que, obviamente su procesamiento dentro del contexto de la norma recurrida, debe ser conforme a procedimiento establecido en la R.A.502-2013.

Que asimismo, la AFP debe entender que uno de los propósitos de la norma recurrida, es buscar la coordinación interinstitucional en favor de las contrataciones estatales con los proponentes, permitiendo el acceso a la información con la que cuentan las AFP, como emisores de los Certificados de No Adeudo, extendido a Empleadores que se presentan en los Procesos de Contratación de Bienes y Servicios con el Estado (...)

...es importante señalar al regulado que, evidentemente la actualización de la información del RUPE es para instituciones públicas; sin embargo la AFP como entidad que forma parte integral de la Seguridad Social de Largo Plazo, tiene a su cargo las funciones y obligaciones de índole público delegadas por Ley y Contrato con el Estado, para que asuma éstas responsabilidades aun siendo esta entidad de orden privado, pero dentro del marco legal de pensiones.

Que en ese sentido, como bien señala en el recurso la AFP, esta es la única entidad con la obligación y atribución para certificar, dentro del marco legal de pensiones, si el Empleador se encuentra en mora a la Seguridad Social de Largo Plazo; en este caso

mediante el servicio Web, procediendo con la emisión electrónica o digital de dicha certificación.

Que finalmente se debe señalar que, las obligaciones de la AFP se hallan delimitadas, considerando la información debida con la que cuentan en sus bases de datos y circunscribiendo su actuar conforme a norma de pensiones y no necesariamente la que rige el RUPE. Por lo que una actualización de la información relativa a los CNA a emitirse, debe ser conforme a norma y los registros y datos con los que cuenta el regulado (...)

Que las AFP seguirán emitiendo el Certificado de No Adeudo, en este caso la emisión será vía Servicio Web directamente al proponente a través de la plataforma desarrollada por el SIGMA.

Que de igual manera se entregan los Estados de Ahorro Previsional - EAP, físicamente cuando el Asegurado se apersona a la AFP y pide una copia de su EAP, o vía Web cuando el Asegurado ingresa a su sesión en el Sitio Web de la AFP desde cualquier otro lugar a través del internet.

Que el CNA que emitirá la AFP vía Servicio **Web**, será incluido al Formulario RUPE automáticamente por el sistema del SIGMA, este RUPE es específico para cada Convocatoria o Licitación pública a la que el proponente desee presentarse.

Que asimismo, es importante considerar que el Proveedor que se registra a través del sitio Web al RUPE, al ser responsable de la información que declara, en caso de registrarse como persona natural con un número de CI, el Certificado de RUPE estará emitido hacia la persona natural, no pudiendo ser presentado en un procesos de contratación de Bienes y Servicios con el Estado para contratarse como apersona jurídica con un NIT (si lo tuviera) (...)

...de la evaluación a la normativa de pensiones y las consideraciones realizadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP, es pertinente adecuar la disposición emitida, con el fin de que el sistema de consultas de Certificados de No Adeudo que desarrollará la AFP, se encuentre disponible solamente para la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS. (...)

Que una vez evaluado el argumento planteado por la AFP, es recomendable el ajuste y modificación del campo observado.

Que asimismo, en cuanto al argumento referido a que la clasificación del dominio de las categorizaciones EUSD, PN y ENR, no estarían establecidas en la Base de Datos de la AFP; al respecto el regulado debe tomar nota de que la normativa recurrida ha establecido de forma peculiar y acorde a su objeto, una "Estructura del archivo de CNA", la cual debe ser implementada incluyendo estas nuevas categorías, conforme lo tiene instruido por el Ente Regulador.

Sin perjuicio a lo citado, corresponde la modificación del Campo N° 1, conforme a lo siguiente:

Nro.	CAMPO	FORMATO	LONGITUD	DESCRIPCIÓN DEL CAMPO	DESCRIPCIÓN DEL DOMINIO
1	TIPO_PROV	AAA	4	Tipo de Proveedor solicitante	ESM: Empleador Proveedor Sin mora ECM: Empleador Proveedor Con mora EUSD: Empresa Proveedor (sic) Unipersonal Sin Dependientes PN: Persona Natural – Sin registro como Empleador ENR: Empresa Proveedor (sic) No registrada

(...) es importante señalar que mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/N°551-2013 de 18 de junio de 2013, se establece la vigencia de las Certificaciones emitidas por las AFP, norma de la cual el SIGMA tiene conocimiento...”

Con base en tales fundamentos, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros resuelve:

“...**PRIMERO.-** Confirmar parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 502-2013 de 29 de mayo de 2013, modificándose en lo siguiente:

- Se modifica lo resuelto en el CUARTO de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 502-2013 de 29 de mayo de 2013, conforme al tenor siguiente:

“**CUARTO.- (SISTEMA DE CONSULTAS WEB DE CNA).** I. En un plazo de treinta (30) días hábiles administrativos posteriores a la notificación con la presente Resolución Administrativa, las AFP deberán desarrollar un sistema de consultas en línea de CNA mediante el cual a partir del Número de Identificación del Empleador o la Razón Social del mismo, se pueda consultar una Base de Datos de CNA con el detalle de todos los CNA que fueron emitidos para un determinado Empleador.

II. El sistema de consultas en línea de CNA, estará a disponibilidad solamente de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS”

- Se modifica el Anexo 2 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°502-2013 de 29 de mayo de 2013, en lo que corresponde al subtítulo "Estructura del archivo CNA, N° 1, de acuerdo a lo siguientes (sic):

Nro.	CAMPO	FORMATO	LONGITUD	DESCRIPCIÓN DEL CAMPO	DESCRIPCIÓN DEL DOMINIO
1	TIPO_PROV	AAA	4	Tipo de Proveedor solicitante	ESM: Empleador Proveedor Sin mora ECM: Empleador Proveedor Con mora EUSD: Empresa Proveedor (sic) Unipersonal Sin Dependientes PN: Persona Natural – Sin registro como Empleador ENR: Empresa Proveedor (sic) No registrada

En lo demás la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N°502-2013 de 29 de mayo de 2013, queda incólume...”

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

En fecha 12 de agosto de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP)** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 658-2013 de 24 de julio de 2013, expresando lo siguiente:

“...II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

A efectos de que su Autoridad pueda rectificar las incongruencias de la norma que se impugna, nos permitimos exponer los siguientes fundamentos de orden técnico y legal, que solicitamos sean objeto de la sana crítica y valoración razonada.

1. En la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 658-2013, su Autoridad ha señalado que:

“1. La certificación electrónica o digital de no adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, **debe ser emitida por las AFP** mientras dure el periodo de transición al que hace alusión el artículo 177 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones.

2. La citada Certificación, **será emitida por las AFP al proponente que a través de un sistema que las AFP pondrán a disposición del Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa - SIGMA, certifique lo que corresponda en relación a la existencia de mora a la Seguridad Social de Largo Plazo en la AFP que lo emite, "(el subrayado es nuestro).**

- Al respecto es importante mencionar que, como bien señala su Autoridad, la AFP durante el periodo de transición, es la única entidad que debe emitir el CNA; y el hecho de poner a disposición del Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa - SIGMA, **un sistema** que les permita generar el Certificado de No Adeudo, significaría que sea dicha institución quien emitirá el Certificado de No Adeudo, y no así la AFP, contradiciendo a todas luces, **lo establecido por el artículo 100 de la Ley Nº 065 de 10 de Diciembre de 2010 de Pensiones, la cual dispone que: “Para la contratación de Bienes y Servicios de Estado, el proponente deberá presentar la certificación emitida por la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de Largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones”.**
- Igualmente, reiteramos que su Autoridad emitió la CIRCULAR AP/DPC/CO/05-2011, de fecha 01 de febrero de 2011, consignada en Resolución Administrativa APS/DJ/DF/Nº 47-2011 de 21 de febrero de 2011; y confirmada mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 047-2011 de 01 de junio de 2011; por la cual se establece que, “...la AFP deberá emitir la certificación de no adeudo en el plazo máximo de un (1) día hábil administrativo a computarse a partir de la fecha de presentación del requerimiento”, por lo que las AFP de acuerdo a Ley reitero, **son las únicas entidades autorizadas para la emisión del Certificado de No Adeudo - CNA a solicitud del empleador proponente**, para que sea este quien lo

presente en los procesos de licitación para contratación de Bienes y Servicios del Estado.

- Por último, si bien su Autoridad trata de explicar los motivos que le llevaron a la emisión de la R.A.502-2013, ello no cambia lo señalado en el Artículo SEGUNDO (CNA EN LINEA VIA "SERVICIO WEB") de la Resolución Administrativa recurrida, cuando señala que: "las AFP en un plazo de treinta (30) hábiles administrativos posteriores a la notificación con la presente Resolución Administrativa deberán poner a disposición del SIGMA, un Servicio Web, a través del cual las AFP certifiquen el registro de los Empleadores y si estos se encuentran en mora a la Seguridad Social de largo plazo, según la estructura de intercambio de información adjunta a la presente en anexo 1, procediendo a la emisión electrónica o digital de dicha certificación", por lo que se entiende, que la entidad que emitirá los Certificados de No Adeudo, es el SIGMA, para los empleadores registrados en el RUPE, situación, que se encuentra al margen del control que pueda ejercer nuestra Administradora, sobre una base de datos que no nos pertenece, aspecto que demuestra claramente una incongruencia.
 - Asimismo, su Autoridad justifica la R.A. 502-2013 mencionando "...con el fin de realizar la **coordinación interinstitucional** correspondientes con la Dirección General de Sistemas de la Gestión de Información Fiscal, para el cumplimiento de sus fines **así como los de esta Autoridad, es preciso contar con la norma que permita la emisión electrónica o digital de la Certificación de No Adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y al Sistema Integral de Pensiones a través del SIGMA**", sin tomar en cuenta que para cumplir con estos fines, se está contraviniendo lo establecido en el artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de Diciembre de 2010 de Pensiones, debido a que la R.A.658/2013, no puede estar por encima de la Ley; ni de la reglamentación sectorial cuya aplicación es preferente por el principio de especialidad de la norma; la misma que en lo concerniente a la emisión de CNA, conforme lo establecido por la R.A. APS/DJ/DPC/N° 047-2011 de 01 de junio de 2011, prescribe como bien señala su Autoridad en el parámetro número (sic) 8 de los considerandos que es obligación de las AFP "...otorgar certificaciones de no adeudo por contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de pensiones, **a requerimiento formal de las personas jurídicas registradas en la Seguridad Social de Largo Plazo...**" (las negrilla (sic) son nuestras).
2. Por otra parte, su Autoridad ha señalado que: "El Decreto Supremo N° 1497 de 20 de febrero de 2013, establece el Registro Único de Proveedores del Estado-RUPE, el cual tiene por objeto:
- a. Centralizar la información sobre los proveedores del Estado Plurinacional de Bolivia que participan en las contrataciones del Estado.
 - b. Simplificar, agilizar y generar ahorro en los procesos de contratación.
4. El párrafo III del artículo 3 del Decreto Supremo N° 1497 de 20 de febrero de 2013 dispone que, el RUPE podrá interrelacionarse con otros sistemas o subsistemas públicos y/o privados para alcanzar sus fines.

5. El párrafo III del artículo 3 del Decreto Supremo N°1497 de 20 de febrero de 2013, establece que para contrataciones mayores a Bs.20.000.- (Veinte mil 00/100 Bolivianos) se solicitara (sic) el Certificado del RUPE al proveedor, que reemplazara la documentación validada por el sistema, para la formalización de la contratación, según lo establecido en la reglamentación.

El artículo 100 de la Ley N° 065 señala que, para la contratación de Bienes y Servicios del Estado, el proponente deberá presentar la certificación de no adeudo emitida por la Gestora Publica (sic), **sin especificar si la emisión será física a través de un documento impreso por la AFP o de forma digital, asimismo no señala que será necesariamente a solicitud formal del proponente.**"(Las negrillas son nuestras)

- Sobre lo anterior, su Autoridad reitera lo expuesto en nuestro recurso revocatorio, cuando mencionamos que, "el Decreto Supremo N° 1497 de 20 de febrero de 2013, establece que el objeto del RUPE es centralizar la información sobre los proveedores del Estado Plurinacional de Bolivia que participan en las contrataciones del Estado simplificar y agilizar; **y generar ahorro en los procesos de contratación, y que podrá interrelacionarse con otros sistemas o subsistemas públicos y/o privados para alcanzar sus fines**", objeto que no ha sido cuestionado por la AFP en ningún momento, sin embargo, el objeto del Decreto Supremo, no cambia lo expresado por nuestra AFP en el sentido de que "**...un Decreto Supremo por jerarquía de norma no es superior a lo dispuesto en la Ley de Pensiones respecto a la emisión del CNA por la GPS y que el proponente debe presentar el CNA**", asimismo, se aclaró (sic) que el Decreto Supremo 1497 señala "**podrá interrelacionarse con sistemas públicos y/o privados**", en ningún caso se establece "**deberá**" es decir de carácter obligatorio, por lo que claramente el Decreto Supremo definió esta situación considerando la posibilidad de existencia de una norma de mayor jerarquía y especialidad como lo es la Ley de Pensiones N° 065.
- Respecto a que de acuerdo al artículo 100 de la Ley N° 065, **no se especifica si la emisión será física a través de un documento impreso por la AFP o de forma digital**, cabe señalar, que aun cuando no se encuentran estas especificaciones mencionadas en el artículo 100 de Ley N° 065, es su Autoridad quien realizó (sic) la interpretación jurídica del mismo, estableciendo mediante Circular AP/DPC/CO/05-2011 de fecha 01 de febrero de 2011 "**En cumplimiento al artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, en consideración a lo dispuesto en el artículo 100 de la mencionada Ley y a lo establecido en el párrafo I. de la Disposición Adicional Única del Decreto Supremo N° 0778 de 26 de enero de 2011, se instruye a la AFP otorgar certificaciones de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones, a requerimiento formal de las personas jurídicas registradas en la Seguridad Social de Largo Plazo**, que manifiesten su interés en participar en procesos de Contrataciones de Bienes y Servicios del Estado en el marco del Decreto Supremo N° 181 de 28 de junio de 2009"(las negrillas y subrayado son nuestras).

- Para ilustrar y entender mejor la emisión de certificados en forma digital, es importante describir que se entiende por Certificación Digital, Firma Digital y Entidad Certificadora de acuerdo a lo siguiente:

Certificación Digital: Es un documento digital firmado digitalmente (sic) por una entidad certificadora autorizada que vincula unos datos de verificación de firma a un signatario y confirma su identidad. El certificado digital es válido únicamente dentro el periodo de vigencia, indicado en el certificado digital.

Entidad Certificadora: Es la persona jurídica de derecho público o privado que tiene capacidad económica, técnica, legal y administrativa **para prestar servicios de certificación digital** y otros relacionados, previo derecho de autorización otorgada por la ATT a través de la suscripción del contrato correspondiente.

Firma Digital: Es la firma electrónica que identifica únicamente a su titular, creada por métodos que se encuentren bajo el absoluto y exclusivo control de su titular, susceptible de verificación y está vinculada a los datos del documento digital de modo tal que cualquier modificación de los mismos ponga en evidencia su alternación.

- De acuerdo con los conceptos citados precedentemente y lo establecido en los considerandos de la R.A.502-2013, se entiende que es el SIGMA la Entidad Certificadora que prestara (sic) servicios de certificación digital y que emitirá las certificaciones de No Adeudo (¿?), y no así la AFP en su rol transitorio de Gestora Publica (sic) de la Seguridad Social de Largo Plazo. No se debe olvidar que el SIGMA no es una entidad o institución, sino un sistema informático administrado por otra entidad, por lo que la APS, con estas resoluciones, crea una situación en la cual no existirá un responsable por la información que las AFPs pondrán a disposición del SIGMA.
- Ahora bien, conforme a lo establecido en el Reglamento de la Ley N° 164, "Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de información y comunicación sobre desarrollo contenidos y aplicaciones de Tecnologías de Información y Comunicación", respecto a las obligaciones para garantizar la publicidad, seguridad, integridad y eficacia de la firma y certificado digital, las entidades certificadoras están obligadas, de acuerdo al inciso i) del artículo 23, "Mantener la confidencialidad de la información proporcionada por los titulares de certificados digitales limitando su empleo a las necesidades propias del servicio de certificación, salvo orden judicial o solicitud del titular del certificado digital, según sea el caso", de lo señalado es importante remarcar la obligación y el cuidado que debe tener la AFP en su rol transitorio de Gestora Publica (sic) de la Seguridad Social de Largo Plazo en cuanto a la información que está bajo su tutela, esto respecto a poner a disposición del SIGMA, un sistema para emitir los Certificados de No Adeudo y/o realizar consultas.
- Asimismo, es importante mencionar, que de acuerdo a la Ley N° 164/2011, se establece en el artículo (sic) 21 (FUNCIONES), las funciones que debe realizar la

entidad certificadora, lo cual debe ser aclarado por su Autoridad, tomando en cuenta que la entidad certificadora de acuerdo a R.A.502-2013 es el SIGMA, de igual forma, solicitamos una aclaración referente al artículo 37 el cual señala (DEL TITULAR DE LA FIRMA Y CERTIFICADO DIGITAL) "El documento con firma digital le otorga a su titular **la responsabilidad sobre los efectos jurídicos generados por la utilización del mismo**", y lo señalado en su párrafo III "Las personas jurídicas son titulares de la firma digital y del certificado digital a través de sus representantes legales" (las negrillas y subrayados son nuestros), de lo mencionado en el artículo citado precedentemente, se entiende que al ser el SIGMA la institución que emitirá los Certificados de No Adeudo, deberá el mismo ser titular de la firma digital y no así, como se establece en la R.A.502-2013, la AFP en su rol transitorio de Gestora Pública (sic) de la Seguridad Social de Largo Plazo, situación que implicará una dicotomía jurídica, puesto que el SIGMA no es una institución o una entidad estatal, sino es un sistema administrado por otra instancia.

3. Por otro lado, la Resolución Administrativa 658-2013, emitida por su Autoridad, menciona que:

"7. La R.A.502-2013, **no modifica la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 047-2011 de 01 de junio de 2011, ni la deja sin efecto, siendo obligación de las AFP"... otorgar certificaciones de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones, a requerimiento formal** de las personas jurídicas registradas en la Seguridad Social de Largo Plazo, que manifiesten su interés de participar en procesos de contratación de Bienes y Servicios del Estado..."

9. **A objeto de dar cumplimiento al artículo 100 de la Ley Nº 065 de 10 de diciembre de 2010, y simplificar, agilizar y generar ahorro en los procesos de contratación como dispone el punto 2, del párrafo I. del artículo 3 del Decreto Supremo Nº 1497 de 20 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS emite la R.A.502-2013, instruyendo a las AFP"... poner a disposición del SIGMA, un Servicio Web, a través del cual las AFP certifiquen el registro de los Empleadores y si estos se encuentran en mora a la Seguridad Social de largo plazo, según la estructura de intercambio de información adjunta a la presente en ANEXO 1, procediendo a la emisión electrónica o digital de dicha certificación"**

- Cuando se refiere a que la R.A. 502-2013 no modifica y no deja sin efecto la R.A. **APS/DJ/DPC/Nº 047-2011 de 01 de junio de 2011**, en cuanto a la obligación de las AFP "**...otorgar certificaciones de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones, a requerimiento formal** de las personas jurídicas registradas en la Seguridad Social de Largo Plazo, que manifiesten su interés de participar en procesos de contratación de Bienes y Servicios del Estado...", **confirma** nuevamente mediante la R.A. APS/DJ/DPC/Nº 658-2013, que el proponente debe realizar el **requerimiento formal**, para solicitar la certificación de No Adeudo, situación que no fue prevista en la R.A. 502-2013.

- Así también, cuando menciona que **“A objeto de dar cumplimiento al artículo 100 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010...”** la **“Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros -APS emite la R.A.502-2013...”**, consideramos que el objeto no está siendo cumplido, debido a que la R.A.502-2013, contradice lo establecido por Ley, con relación a que la Certificación de No Adeudo (CNA) debe ser emitida por la Gestora Pública (sic) de la Seguridad Social de Largo Plazo y no así otra institución.
4. Cuando su Autoridad menciona: **“Que más allá de la solicitud efectuada por el Viceministerio de Presupuesto y Contabilidad Fiscal mediante nota MEFP/VPCF/DGSGIF N° 0117/2013 de 31 de enero de 2013, para que ambas AFP puedan validar la información referida a los Certificados de No Adeudo para los proveedores registrados al Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa - SIGMA, esta Autoridad en el marco de sus funciones y atribuciones determinadas por la Ley de Pensiones, dispone mediante la Resolución Administrativa recurrida; entre otros puntos, la implementación por parte de las AFP, de medidas de seguridad que impidan el acceso a la información de terceros y que garantice la autenticación e integridad de la información”**
 - Del análisis realizado a lo mencionado (sic) por su Autoridad, referente a la solicitud efectuada por el Viceministerio de Presupuesto y Contabilidad fiscal mediante nota MEFP/VPCF/DGSGIF N° 0117/2013, la misma es clara al señalar **“...para que ambas AFP puedan validar la información de Certificados de No Adeudo para proveedores registrados al Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa - SIGMA”**, por lo que significa que el Viceministerio solicitó una “validación de información”, validación que no se encuentra descrita en la R.A. 502/2013, es más, su Autoridad cambia la solicitud de validación, por una Certificación de No Adeudo en línea, trocando sin ningún respaldo legal la solicitud del Viceministerio.
 5. Respecto a que de la (sic) lectura realizada a la Sentencia Constitucional (SS.CC.0908/2005-R) y lo mencionado por su Autoridad cuando señala **“...en el presente caso, esta Autoridad ha velado por los principios señalados, considerando la jerarquía de las normas y su legalidad; en lo particular en lo referente a la emisión de los Certificados de No Adeudo, que por efecto de la Ley de Pensiones lo efectúan transitoriamente las AFP, implementando electrónica o digital de CNA vía Web, la cual de ninguna manera contraviene norma de jerarquía superior”**, su Autoridad, no puede pretender desconocer que el dar prioridad al objeto y fines del D.S.1497, contrapone la misma, a lo dispuesto en la Ley de Pensiones, la sentencia constitucional citada menciona que: **“El Principio de la jerarquía de los actos administrativos. Se deriva del principio de legalidad, y prescribe que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma de grado superior”**
 6. Cuando su Autoridad, menciona dentro sus considerandos: **“Que por tanto, no hay vulneración a derecho constitucional alguno, ni se discute que sean las AFP, las que deben emitir los CNA, como depositarías legales de la información referente al está**

(sic) de deuda que tiene los empleadores (proponentes) y que, obviamente su procesamiento dentro del contexto de la norma recurrida, debe ser conforme a procedimiento establecido en la R.A. 502-2013", señala **"como depositarías legales"**, situación que no se encuentra establecida dentro las funciones y atribuciones de la Ley de Pensiones, con relación a la Gestora Publica (sic) de la Seguridad Social de Largo Plazo.

7. Su Autoridad menciona: "Que las AFP seguirán emitiendo el Certificado de No Adeudo, en este caso la emisión será vía Servicio Web directamente al proponente a través de la plataforma desarrollada por el SIGMA", situación, que genera una confusión, de acuerdo a lo establecido por Ley, debido a que el Certificado de No Adeudo no será emitida directamente al proponente, sino a través de la plataforma desarrollada por el SIGMA, por otro lado cuando menciona "Que de igual manera se entregan los Estados de Ahorro Previsional -EAP, físicamente cuando el Asegurado se apersona a la AFP y pide una copia de su EAP, o vía Web cuando el Asegurado ingresa a su sesión en el Sitio Web de la AFP desde cualquier otro lugar a través del internet", situación, que no puede ser comparada ni utilizada como ejemplo en el presente caso, debido a que esta información es consultada por los dueños de esta información, y no así por terceras personas.
8. En relación a lo mencionado nuestro Recurso de Revocatoria, sobre el Artículo (sic) SEGUNDO, (CNA EN LINEA VIA "SERVICIO WEB") de la Resolución Administrativa recurrida, reiteramos que:

"La AFP desconoce la información total de los Empleadores Registrados en el SIGMA y/o al RUPE, asimismo la información que maneja la AFP en sus Bases de datos es de carácter confidencial, no pudiendo darse a conocer a terceros en este caso el SIGMA y/o al RUPE. Esta situación debe ser aclarada por el regulador, debido a que caso contrario la AFP no podrá controlar si se efectúan consultas indebidas respecto a información de Empleadores que no son proponentes a contrataciones estatales"

Es importante repetir que nuestra AFP, desconoce la información total de los empleadores registrados en el SIGMA, y que esta situación, no podrá permitir a nuestra AFP, realizar el control de consultas indebidas respecto a esta información, con relación a Empleadores o terceros que no son proponentes a contrataciones estatales, lo cual, no ha sido aclarado por su Autoridad en la presente R.A. 658-2013.

En cuanto a que "la información que maneja las AFP en sus Bases de datos es de carácter confidencial, no pudiendo darse a conocer a terceros, este caso el SIGMA y/o RUPE", aclaramos que si bien, la AFP forma parte integral de la Seguridad de Largo Plazo, y tiene a su cargo las funciones y obligaciones de índole publico (sic) delegadas por Ley y Contrato con el Estado, ello no significa que se desconozca que la AFP es una sociedad anónima, la cual es una sociedad privada que mantiene su información en bases de datos propias cuyo acceso está limitado contractualmente, solo a personal autorizado de la APS.

9. En cuanto a que la AFP procederá a la emisión electrónica o digital, debemos señalar que esta situación se contradice con lo expresado en los considerandos de la Resolución Administrativa recurrida cuando **refiere "...norma que permita la emisión electrónica o digital de la Certificación de No Adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y al Sistema Integral de Pensiones a través del SIGMA"**, y es contradictoria también con lo indicado en el Anexo 1 que indica (Intercambio de información vía Servicio WEB) **Considerando que el SIGMA necesita consultar información de los Certificados de No Adeudo**" Es decir, que por un lado se requiere dar acceso al SIGMA para que este genere los CNA- aspecto que contradice la normativa vigente, y por otro entenderá que es la AFP la que emite los CNA, y que SIGMA solo debe acceder a dicha información para consultar la veracidad de la información.
- Por lo anteriormente expuesto, y de la lectura del artículo 100 de la Ley N° 065, reiteramos nuevamente a su Autoridad, que la única entidad que puede emitir un certificado de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo y al Sistema Integral de Pensiones, es la Gestora Pública (sic) de la Seguridad Social de Largo Plazo.
10. De la modificación realizada de los campos del ANEXO 2. (Detalle de Certificados de No Adeudo emitidos), con las categorías: *ESM: Empleador Proveedor Sin Mora, ECM:Empleador Proveedor con Mora, EUSD:Empresa Proveedor Unipersonal Sin Dependientes, PN:Persona Natural - Sin registro como Empleador y ENR:Empresa Proveedor No registrada*, señalamos lo siguiente:
- Si bien, estas categorías han sido modificadas adicionando el termino (sic) *Proveedor*, es necesario que su Autoridad nos aclare la diferencia que existe entre *PN: Persona Natural - Sin registro como Empleador* y *EUSD: Empresa Proveedor Unipersonal Sin Dependientes*, debido a que una **Persona Natural** de acuerdo a lo establecido en el Código de Comercio Art. 5 num 1., "es único propietario o dueño de una empresa", por lo que se entiende que la misma no cuenta con dependientes, situación que se haya (sic) descrita dentro la categoría de **Empresa Proveedor Unipersonal Sin Dependientes**.

III. PETITORIO:

Con base en los fundamentos jurídicos expuestos en este recurso y el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003, solicito a su Autoridad se sirva elevar el presente Recurso Jerárquico ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, a fin de que esta Autoridad disponga la urgente REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 658-2013 de fecha 24 de julio de 2013 y en consecuencia de la APS/DJ/DPC/N° 502-2013 de 29 de mayo de 2013..."

5. AUDIENCIA DE EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

En fecha 3 de octubre de 2013 se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, que fuera solicitada por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE**

FONDOS DE PENSIONES, mediante memorial presentado en fecha 13 de septiembre de 2013 y señalada por nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 076/2013 de 19 de septiembre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que supone que se debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

De acuerdo a lo establecido por el artículo 100° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010, de Pensiones, la responsable de la emisión de la Certificación de No Adeudo al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones, para contrataciones de Bienes y Servicios del Estado, es la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo.

En virtud al artículo 177° de la Ley N° 065 de Pensiones, en tanto la Gestora no sea constituida, las Administradoras de Fondos de Pensiones continúan realizando todas las obligaciones determinadas por el Contrato de Prestación de Servicios, Ley de Pensiones, Decretos Supremos y demás normativa regulatoria reglamentaria.

Con tal antecedente y mediante Circular AP/DPC/CO/05-2011 de 1° de febrero de 2011, la entonces Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (ahora Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros), instruyó a las Administradoras de Fondos de Pensiones, otorgar Certificaciones de No Adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones, a requerimiento formal de las personas jurídicas registradas en la Seguridad Social de largo plazo, que manifiesten su interés de participar en procesos de contratación de Bienes y Servicios del Estado.

Mediante nota MEFP/VPCF/DGSGIF N° 0117/2013 de 31 de enero de 2013, el Viceministerio de Presupuesto y Contabilidad Fiscal, solicitó a las Administradoras de Fondos de Pensiones, la implementación de un servicio web, a través del cual, las mismas puedan validar la información referida a los Certificados de No Adeudo para los proveedores registrados en el Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa – SIGMA.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 502-2013 de 29 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, estableció el procedimiento para la emisión electrónica o digital de las Certificaciones de no Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, a los Empleadores registrados en el Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa (SIGMA), a través de un servicio web.

Por memorial presentado el 25 de junio de 2013, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 502-2013, el que es resuelto a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 658-2013 de 24 de julio de 2013, la que la confirma parcialmente; por su efecto, en fecha 12 de agosto de 2013, la misma recurrente interpone el Recurso Jerárquico que se pasa a evaluar y resolver a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

2.1. Responsabilidad por la emisión de los Certificados de No Adeudo.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 502-2013 de 29 de mayo de 2013, estableció que: *“con el fin de realizar la coordinación interinstitucional correspondiente, con la Dirección General de Sistemas de la Gestión de Información Fiscal para el cumplimiento de sus fines así como los de esta Autoridad, es preciso contar con la norma que permita la emisión electrónica o digital de la Certificación de no adeudo por Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones a través del SIGMA”*.

Se debe recordar que, el precitado Sistema Integrado de Gestión y Modernización Administrativa (SIGMA), tiene como objetivos, la gestión de recursos, generación de información, promover la economía, eficiencia y efectividad de la gestión pública, e interrelacionar los sistemas de administración financiera con los sistemas de control interno y externo, a cargo de la Dirección General de Gestión de Información Fiscal.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 1497 de 20 de febrero de 2013, establece el Registro Único de Proveedores del Estado (RUPE), a efectos de las contrataciones del Estado Plurinacional de Bolivia, cuyo objeto es centralizar la información sobre los proveedores que participan en las mismas mediante un registro que puede interrelacionarse con otros sistemas o subsistemas públicos y/o privados.

Entonces, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** señala, en su Recurso Jerárquico, que el hecho de poner a disposición del SIGMA, un sistema que permita generar el Certificado de No Adeudo, y por tanto, que le permita emitir el señalado Certificado, en lugar de las Administradoras de Fondos de Pensiones, importa contravenir lo dispuesto en el artículo 100° de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, que establece que la única autorizada para tal emisión, son las propias Administradoras (por efectos del artículo 177° de la Ley N° 065 de Pensiones, en tanto no entre en funciones la Gestora Pública de la Seguridad Social de Largo Plazo), entendiéndose que quien emite los Certificados de No Adeudo de Contribuciones, lo hace como depositaria legal de la información, situación que no se encuentra dentro de las funciones y atribuciones del SIGMA, conforme al artículo precitado.

Asimismo, la recurrente señala que la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 047-2011 de 1° de junio de 2011, determinó que las Certificaciones de No Adeudo, deben ser otorgadas a requerimiento formal de las personas jurídicas registradas en la Seguridad Social de largo plazo y que mantienen su interés en participar en procesos de contrataciones de bienes y

servicios, la cual, no habiendo sido modificada ni dejada sin efecto, es contraria por la norma ahora impugnada.

Al respecto, debido a que las Administradoras de Fondos de Pensiones, son las responsables de administrar la totalidad de los registros e información generada en la Seguridad Social de largo plazo, es evidente que para la emisión del Certificado de No Adeudo de Contribuciones, deben realizar la consulta de sus Bases de Datos a fin de determinar si el Empleador cuenta o no con deudas al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y/o al Sistema Integral de Pensiones, por lo tanto, no corresponde lo aseverado por la recurrente, en sentido de que la responsable de la emisión electrónica o digital del Certificado de No Adeudo sería el SIGMA o el proponente.

Ahora bien, el procedimiento establecido mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 502-2013 de 29 de mayo de 2013, determina la emisión de las Certificaciones de No Adeudo a la Seguridad Social de Largo Plazo, considerando lo siguiente:

- La emisión electrónica o digital de las Certificaciones.
- A empleadores registrados en el SIGMA.
- A través de un servicio web.
- A disposición de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones.

Servicio web a través del cual las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben **certificar** el registro de los Empleadores y si los mismos se encuentran en mora a la Seguridad Social de largo plazo, debiendo desarrollar para ello un sistema de **consultas en línea** de CNA, a partir del número de identificación del Empleador o la Razón Social del mismo, sistema de consulta de la Base de Datos de CNA, con el detalle de todos los CNA que fueron emitidos para un determinado Empleador, el cual debe estar **a disposición solamente de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros**.

Para tal efecto, la norma claramente señala que para la emisión electrónica o digital de las Certificaciones de No Adeudo de Contribuciones, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben desarrollar un **sistema de consulta en línea**, para que los funcionarios responsables del proceso de contratación de bienes y servicios del Estado y proponentes registrados en el SIGMA, verifiquen de manera inmediata la información de sus contribuciones, reportada en el Certificado de No Adeudo de Contribuciones y puedan participar en contrataciones con el Estado.

Por lo tanto, una vez desarrollado el sistema de consulta por las Administradoras de Fondos de Pensiones, los proponentes registrados en el SIGMA a través de un usuario asignado, podrán consultar en línea (vía servicio WEB y de manera inmediata) respecto a sus contribuciones a la Seguridad Social de largo plazo y obtendrán el Certificado de No Adeudo, emitido por las responsables de la información, es decir por las AFP, información que también servirá a la Entidad Pública contratante para revisar la veracidad del documento presentado por el proponente.

Asimismo, si bien la Circular AP/DPC/CO/05-2011 de 1º de febrero de 2011, establece que las Certificaciones de No Adeudo de Contribuciones, serán emitidas a requerimiento formal de las personas jurídicas registradas en la Seguridad Social de largo plazo, sin embargo, se tiene que al desarrollar un sistema de consulta en línea, no se requiere la solicitud formal, ya que el proponente a través del registro de sus datos, solicitará la emisión de su Certificación vía servicio web.

Por lo señalado, no son admisibles los argumentos presentados por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, en sentido que el SIGMA y el proponente, serían quienes emitirán el Certificado de No Adeudo de Contribuciones, toda vez que al ser las Administradoras de Fondos de Pensiones las responsables de la información, son ellas las que tienen la responsabilidad de Certificar si la empresa cuenta o no con deudas al Seguro Social Obligatorio y/o al Sistema Integral de Pensiones; asimismo, la recurrente no presenta argumentos válidos que justifiquen la no emisión electrónica o digital de los Certificados de No Adeudo, mucho más si se considera que la información a ser proporcionada vía servicio web coadyuvará a otorgar de manera inmediata la Certificación.

No obstante, es importante que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, determine si la disposición de la información será solamente a la Entidad Reguladora o al SIGMA, por cuanto, el artículo 1º de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 502-2013 de 29 de mayo de 2013, señala que las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán poner a disposición del **SIGMA** un servicio web, sin embargo, en el artículo 4º, modificado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 658-2013 de 24 de julio de 2013, señala que el sistema de consulta en línea, estará a disponibilidad **solamente de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros**, por lo tanto existe una contradicción al respecto, debiendo la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones, establecer la disposición exacta de la información de los Certificados de No Adeudo de Contribuciones.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, es importante recordar a la recurrente que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DPC/DJ/Nº 552-2013 de 18 de junio de 2013, complementó la normativa para la emisión de Certificados de No Adeudo de Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones, en virtud a la cual las Administradoras de Fondos de Pensiones, actualmente se encuentran obligadas a la emisión vía web de los Certificados de No Adeudo.

2.2. De la confidencialidad de la información.-

El artículo 3º de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/Nº 502-2013 de 29 de mayo de 2013, señala lo siguiente:

“...TERCERO.- (AUTENTICACIÓN E INTEGRIDAD DE LA INFORMACIÓN). I. El Servicio WEB deberá contar con las medidas de seguridad correspondientes, que impidan el acceso a la información a terceros y, que garantice la autenticación e integridad de la información.

*II. La información emitida por las AFP a través del Servicio Web, deberá incluir mecanismos que permitan acreditar la identidad del autor o emisor de la misma, **evitando la manipulación o alteración del mensaje** en el transcurso de la comunicación, como ser Firma, Encriptación de Datos, etc.*

III. Las AFP son responsables por el contenido de la información a remitirse..."

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

argumenta que no pueden ejercer control sobre una Base de Datos que no les pertenece (refiriéndose al SIGMA) y que el reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación N° 164 de 8 de agosto de 2011, establece que para el desarrollo, contenido y aplicaciones de Tecnología de Información, se debe mantener la confidencialidad de la información proporcionada por los titulares de Certificados digitales, limitando su empleo a sus necesidades.

Asimismo, señala que el SIGMA al no ser una Institución, sino un sistema informático, no existiría un responsable por la información que las Administradoras de Fondos de Pensiones, pondrán a su disposición y que desconoce la información total de los empleadores registrados en el SIGMA, lo cual no permitirá a las mismas, realizar el control de consultas indebidas de Empleadores que no son proponentes para contrataciones estatales, considerando que la información que maneja una Administradora de Fondos de Pensiones, es de carácter confidencial y no puede ser proporcionada a terceros, información cuyo acceso está limitado al personal autorizado de la APS.

Al respecto, es importante señalar que no corresponde lo señalado por la recurrente, toda vez que el procedimiento para la emisión de Certificaciones de No Adeudo de Contribuciones, establece el desarrollo de medidas de seguridad que impidan el acceso de información a terceros, es decir, que la información que reporten en la comunicación, no pueda ser modificada, ni alterada, siendo simplemente de consulta para los proponentes que pretendan participar en contrataciones con el Estado.

Asimismo, si bien es evidente que la información que manejan las Administradoras de Fondos de Pensiones, es de responsabilidad exclusiva de ellas, y deben mantener la confidencialidad de la información que administran, sin embargo, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** debe considerar que cuando un proponente registrado en el SIGMA requiera información sobre sus contribuciones, a través del servicio web desarrollado por la Administradora de Fondos de Pensiones, el mismo simplemente mostrara la Certificación de No Adeudo de Contribuciones firmada por la responsable de la AFP, la cual no podrá ser modificada, ni alterada a conveniencia del proponente, al ser solo de consulta.

Por otro lado, no corresponde el argumento presentado por **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, respecto a que no tendrá el control de las consultas indebidas de Empleadores que no son proponentes para contrataciones con el Estado, debido a que el Certificado de No Adeudo de Contribuciones, es válido exclusivamente para efectos del artículo 100° de la Ley N° 065 de Pensiones, para proponentes que quieran participar en contrataciones con el Estado.

Por lo tanto, cuando un proponente requiera el servicio vía web para la emisión del Certificado de No Adeudo de Contribuciones, la consulta será realizada en línea y la Administradora de Fondos de Pensiones debe contar con los mecanismos de seguridad, impidiendo el acceso a terceros, es decir sólo debe permitir el acceso a empleadores que no se encuentran registrados en el SIGMA.

2.3. Del Principio de Jerarquía Normativa.-

FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES señala que el Decreto Supremo N° 1497 de 20 de febrero de 2013 y la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 658-2013 de 24 de julio de 2013, no pueden estar por encima de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, dando prioridad a los fines del Decreto Supremo N° 1497 y contraponiendo a lo establecido por la Ley respecto a la emisión del Certificados de No Adeudo por parte de la Gestora Pública.

Al respecto, es evidente que no existe una violación al principio de Jerarquía Normativa, toda vez que tal como se señaló precedentemente, tanto la Ley N° 065 de Pensiones, como la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 502-2013 de 29 de mayo de 2013, confirmada por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 658-2013 de 24 de julio de 2013, establecen que la responsable de la emisión de los Certificados de No Adeudo al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones, son las Administradoras de Fondos de Pensiones a los proponentes que quieran participar de una contratación de bienes y servicios con el Estado.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 1497, no contraviene lo dispuesto en la Ley N° 065 de Pensiones, toda vez que el RUPE es un registro para contrataciones con el Estado que centraliza la información de los proveedores que participan en contrataciones con el Estado y puede relacionarse con otros sistemas o subsistemas públicos y/o privados, para alcanzar sus fines, entendiéndose por lo tanto, que el servicio de consulta en línea vía web desarrollado por las Administradoras de Fondos de Pensiones, es un sistema que se relaciona con el RUPE para fines de contrataciones de Bienes y Servicios con el Estado.

Amén de todo ello, conforme lo establecido en los numerales 2.1 y 2.2 supra, al no existir una contradicción o antinomia entre la serie de normas referidas por la recurrente, puede existir infracción alguna al principio de jerarquía normativa y en todo caso, sí existe una complementariedad entre las mismas, por lo que en definitiva, el alegato de **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, es infundado.

2.4. Del Anexo 2.-

La recurrente solicita aclaración respecto al Anexo 2 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 502-2013 de 29 de mayo de 2013, modificado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 658-2013 de 24 de julio de 2013, respecto a la diferencia que existe entre: PN: Persona Natural – Sin registro como Empleador y EUSD: Empresa Proveedor Unipersonal Sin Dependientes, considerando –según la recurrente- que una **Persona Natural** es único propietario o dueño de una empresa, y por lo tanto la misma no cuenta con

dependientes, lo cual estaría descrito dentro de la categoría de **Empresa Proveedor Unipersonal Sin Dependientes**.

El señalado Anexo 2 de la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 502-2013 de 29 de mayo de 2013, modificado por la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 658-2013 de 24 de julio de 2013, establece lo siguiente:

“ (...)

Nro.	CAMPO	FORMATO	LONGITUD	DESCRIPCIÓN DEL CAMPO	DESCRIPCIÓN DEL DOMINIO
1	TIPO_PROV	AAA	4	Tipo de Proveedor solicitante	<i>ESM: Empleador Proveedor Sin mora</i> <i>ECM: Empleador Proveedor Con mora</i> <i>EUSD: Empresa Proveedor (sic) Unipersonal Sin Dependientes</i> <i>PN: Persona Natural – Sin registro como Empleador</i> <i>ENR: Empresa Proveedor (sic) No registrada</i>

...”

Respecto a la aclaración solicitada por la recurrente, es importante señalar que esta instancia jerárquica no tiene la atribución de realizar aclaraciones a la norma, correspondiendo la misma ser atendida por la Entidad Reguladora.

Sin perjuicio de ello, la Ley N° 065 de Pensiones en su artículo 100 establece que para efectos de la contratación de Bienes y Servicios con el Estado, el proponente deberá presentar el Certificado de No Adeudo de Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones.

Asimismo, en virtud a lo establecido en el inciso hh) del artículo 5°, del Decreto Supremo N° 0181 de 28 de junio de 2009, define al Proponente como Persona Natural o Jurídica que participa en un proceso de contratación mediante la presentación de su propuesta o cotización.

De igual forma, **FUTURO DE BOLIVIA SOCIEDAD ANÓNIMA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** debe considerar el procedimiento establecido mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 551-2013 de 18 de junio de 2013, norma que complementa el procedimiento para la emisión de los Certificados de No Adeudo al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y al Sistema Integral de Pensiones.

Ahora bien, se entiende que una persona natural sin registro como Empleador, es cualquier persona que se encuentre registrada con su documento de identidad y que quiere acceder a una contratación de Bienes y Servicios con el Estado, sin embargo, una Empresa Unipersonal es la persona jurídica, que cuenta con NIT y se encuentra registrada de esa manera en el Registro de Comercio (al presente, de administración delegada a Fundempresa).

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43°, parágrafo I, inciso a), del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera aprobado por el

Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá revocar totalmente la Resolución impugnada, cuando pronunciándose sobre el fondo, la deje sin efecto en su integridad.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 658-2013 de fecha 24 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria, confirmó parcialmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DPC/N° 502-2013 de fecha 29 de mayo de 2013, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

ARTÍCULO SEGUNDO.- La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones debe determinar si la disposición de la información, conforme a sus Resoluciones Administrativas APS/DJ/DPC/N° 502-2013 de fecha 29 de mayo de 2013 y APS/DJ/DPC/N° 658-2013 de fecha 24 de julio de 2013, será puesta a disposición única de la Entidad Reguladora o también del SIGMA, conforme lo señalado en el numeral 2.1 de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DS/N° 659-2013 DE 24 DE JULIO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACION Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 088/2013 DE 16 DE DICIEMBRE DE 2013

FALLO

REVOCA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 088/2013

La Paz, 16 de Diciembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°659-2013 de 24 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°890-2012 de 15 de noviembre de 2012, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 086/2013 de 29 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 185/2013 de 11 de noviembre de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo N°29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo N°0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N°131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 12 de agosto de 2013, **Seguros y Reaseguros Credinform International S.A.**, representada legalmente por su Vicepresidente Ejecutivo Sr. Robin Gabriel Barragán Ibargüen tal como lo acredita el Testimonio Poder N° 0078/2010 de fecha 20 de enero de 2010, otorgado por ante Notario de Fe Pública Dr. Carlos Huanca Ayaviri, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°659-2013 de 24 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°890-2012 de 15 de noviembre de 2012.

Que, mediante nota cite: APS/DESP/DJ/DS/7176/2013, con fecha de recepción 15 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°659-2013 de 24 de julio de 2013.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 20 de agosto de 2013, notificado en fecha 27 de agosto de 2013, se admite el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°659-2013 de 24 de julio de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 035/2013 DE 14 DE JUNIO DE 2013.-

Mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2013 de 14 de junio de 2013, se resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO ÚNICO.- ANULAR el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°30-2013 de 14 de enero de 2013, **inclusive**, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.”

2. ANTECEDENTES.-

Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., mediante nota SGER TEC 593/2012 de 2 de octubre de 2012, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros el Registro de cláusulas adicionales para la Póliza de Seguro de Automotor, bajo el siguiente detalle:

- Cláusula de Cobertura Automática para Nuevas Adquisiciones (15 días).
- Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga.
- Cláusula de Proporcionalidad (Swing) +/- 10%.
- Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga para la Póliza de Seguro de Automotores (Incluye certificado del reasegurador).

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, en respuesta, mediante nota Cite APS/DS/JTS/7898/2012 de 10 de octubre de 2012, se pronunció en sentido de rechazar la solicitud debido a que las cláusulas solicitadas corresponden a un riesgo de responsabilidad civil, no relacionado a daños ocasionados al vehículo asegurado o daños que pueda ocasionar el mismo, por lo que el registro técnicamente no procede, más cuando el propio reasegurador, establece claramente que la cláusula alimentaría el ramo de Responsabilidad Civil.

Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., mediante nota SGER TEC 0665/2012 de fecha 16 de octubre de 2012, reiteró la solicitud argumentando que la razón técnica es que la carga transportada por los vehículos en el momento en que los mismos circulan, forma parte del riesgo de este automotor que puede causar un daño o lesión a un tercero.

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota CITE: APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012, ratificó que no corresponde el registro de las cláusulas requeridas, reiterando que las cláusulas solicitadas corresponden al ramo de responsabilidad civil, no relacionado a daños ocasionados al vehículo asegurado o daños que pueda ocasionar el mismo, lo cual está contemplado en su póliza de automotores y es ratificado por el propio reasegurador.

Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., mediante nota CITE: ANL-0661/12 de fecha 6 de noviembre de 2012, solicitó a la Autoridad Reguladora, que al amparo de lo dispuesto por el artículo 19 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175, la nota CITE: APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012, sea consignada en una Resolución Administrativa.

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 890-2012 de 15 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros consignó en Resolución Administrativa la nota CITE: APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012.

Ante Recurso de Revocatoria presentado por Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 890-2012 de 15 de noviembre de 2012, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°030-2013 de 14 de enero de 2013, por la cual confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°890-2012 de 15 de noviembre de 2012.

Mediante memorial de fecha 5 de febrero de 2013, Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 30-2013 de 14 de enero de 2013.

En atención al Recurso Jerárquico, le correspondió al suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, como Autoridad Jerárquica, pronunciar la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2013 de 14 de junio de 2013, por la que se anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 030-2013 de 14 de enero de 2013, inclusive, con los siguientes argumentos:

“2.1. En cuanto a la inclusión de nuevas cláusulas a la Póliza de Seguro de Automotores.-

*La recurrente argumenta que existen los suficientes elementos técnicos y legales para que las Cláusulas solicitadas para su registro, mediante nota SGER TEC 593/2012 de 2 de octubre de 2012, sean consideradas dentro de la póliza de Seguro de Automotores, específicamente las observadas por la Autoridad Reguladora, referidas a cobertura de **Operaciones de Carga y Descarga y Responsabilidad Civil de Carga**, para lo que hacen referencia al Código de Comercio, al Decreto Supremo N° 27295, (Reglamento del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT) y a la Resolución Administrativa IS N° 304/99 de 21 de octubre de 1999. Así también, hacen referencia a una serie de definiciones extractadas de diferentes textos especializados en seguros, para respaldar su posición.*

Al respecto, la Autoridad Reguladora presenta como argumentación principal que la Responsabilidad Civil está considerada tanto como “cobertura” o “ramo” según los elementos que la constituyen, para lo cual recurre a la definición del diccionario de la Fundación MAPFRE (empresa española multinacional dedicada al rubro de seguros y reaseguros), señalando:

*“...Por **“ramo” de seguros**, se entiende al “Conjunto de modalidades de seguro relativas a*

riesgos de características o naturaleza semejantes. En este sentido se habla de ramo de vida, ramo de automóviles (**léase automotores**), ramo de incendios, etc.” según el diccionario de la Fundación MAPFRE (las negrillas son de la APS), mientras que por “**cobertura**” se entiende a la porción de un riesgo, responsabilidad u obligación que se encuentra asegurada, garantizada o respaldada, en otras palabras, es el riesgo que cubre la póliza contratada con todas sus limitaciones, delimitaciones y exclusiones.

Así también, la Autoridad Reguladora, nuevamente hace referencia al diccionario de la Fundación MAPFRE de seguros cuando señala, respecto al seguro de Automotores, que:

“...es aquél que tiene por objeto la prestación de indemnizaciones derivadas de accidentes producidos a consecuencia de la circulación de vehículos”.

Haciendo notar que el elemento común para la aplicación de la cobertura de responsabilidad civil es que el vehículo o automotor esté en movimiento. Por lo que, en criterio de la misma “si se quiere asociar la responsabilidad civil a los automotores, los elementos concurrentes deben considerar al automotor en movimiento, pero si se quiere aplicar la responsabilidad civil sin considerar al automotor en movimiento, tal constituye un ramo de los seguros.”

Por su parte, la recurrente, argumenta que la Póliza de Automotores tendría por objeto “proteger el patrimonio del asegurado ante los daños y perjuicios causados por y en el vehículo asegurado.” y siendo que se pueden estar efectuando operaciones de carga y descarga de bienes y/o carga del y/o al vehículo, los daños que podría ocasionar tal operación serían cubiertos por el seguro o Póliza de Automotores.

Respalda tal posición haciendo referencia a lo dispuesto por el Código de Comercio, en los siguientes artículos:

- “**Artículo 984.- (Riesgos cubiertos).** El asegurador puede cubrir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestas las personas, los bienes o el patrimonio”.
- “**Artículo 1044 (Objeto).** “Puede ser objeto del seguro de daños, cualquier riesgo que, directa o indirectamente, afecte a los bienes o al patrimonio de un persona, siempre que exista interés asegurable manifestado en el deseo de que el siniestro no ocurra, al tener esta persona un interés económico lícito...”
- “**Artículo 1113 (Otros seguros de daños).** “...pueden emitirse pólizas de riesgos combinados como ser seguros de automotores, de aviones y otros.”

Siguiendo la compulsa del caso, se evidencia que la Autoridad Reguladora no cuestiona que se pueda coberturar los riesgos de **Operaciones de Carga y Descarga y Responsabilidad Civil de Carga**, sino observa que la Póliza de Automotores tiene el objeto de cubrir riesgos que podría ocasionar el vehículo pero **cuando éste se encuentra en movimiento** y no cuando el mismo esté estacionado, que sería el momento de la carga y descarga, por lo que, en su criterio, dichas coberturas deberían considerarse dentro del **ramo** de Responsabilidad Civil, Riesgos Varios o Misceláneos y no como una **cobertura** de responsabilidad civil por daños ocasionados por el vehículo, dentro del **ramo** de Automotores, posición que tampoco va en contra de lo dispuesto por el Código de Comercio.

Considerando lo expuesto, se efectúa el análisis de las dos cláusulas solicitadas para registro:

“Operaciones de Carga y Descarga. Mediante la presente cláusula se acuerda y establece que, la compañía indemnizará daños, tanto ocasionados al vehículo, como a terceros (responsabilidad civil) mientras se esté cargando y descargando bienes y/o carga del y/o al mismo.”

De la lectura de la cobertura de la cláusula, se establece que para realizar la operación de carga y descarga del y al vehículo, éste necesariamente debe encontrarse sin movimiento, es decir encontrarse estacionado. Sin embargo, es importante hacer notar que la Operación de carga y descarga no necesariamente está ligada a que la misma sea de un o a un vehículo, por lo que cualquier cobertura que se tenga que considerar para la carga, en este caso, dentro del Ramo de Automotores o, dicho de otra manera, sea cubierto por una póliza de Automotores, debe estar siempre ligada a que la carga debe encontrarse en el o descargarse desde el vehículo asegurado.

“Responsabilidad Civil de Carga. Queda entendido y convenido que la cobertura de Responsabilidad Civil de la póliza, se amplía a cubrir Responsabilidad Civil de Carga, misma que cubre todos los daños causados a bienes de terceros o lesiones corporales a terceros cuando la carga transportada del vehículo provoque el daño o lesión o cuando el conductor del vehículo asegurado realice operaciones de carga y descarga del y/o al vehículo.

Se excluyen expresamente daños a la carga transportada.”

Se entiende que la carga transportada puede ocasionar daños tanto cuando el vehículo se encuentre en movimiento o cuando éste no se encuentre en movimiento, debido a que la carga puede soltarse, deslizarse, puede ser inflamable, corrosiva, explosiva, etc.

De lo expuesto, se puede concluir lo siguiente:

1. Si bien es cierto, lo manifestado por la Autoridad Reguladora, cuando indica que la cobertura de riesgos por daños **que podría ocasionar** el vehículo implica que éste deba encontrarse en movimiento, no es menos cierto que las coberturas a vehículos (léase Automotores), no solamente son a los daños que éste pueda ocasionar sino también a los daños que pueda recibir, para lo cual **no es necesario que el vehículo se encuentre en movimiento.**
2. El daño que pueda sufrir un vehículo o terceros, como consecuencia de la carga que lleva dicho vehículo, puede ser parte de la Póliza de Automotores, siendo el principal bien asegurado el vehículo y el daño que pueda ocasionar la carga, como una cobertura de aquella póliza.
3. El daño que pueda ocasionar la carga, tanto al vehículo como a terceros, podría deberse a que ésta se suelte, se deslice, sea inflamable, corrosiva, explosiva, etc., para lo cual el vehículo puede estar o no en movimiento, en cuyo caso puede ser considerarse como cobertura de una póliza de Automotores, siendo el principal bien asegurado el vehículo.
4. La operación de carga y descarga, como riesgo que pueda generar daño a terceros o al propio vehículo, solamente podría formar parte de una Póliza de

Automotores cuando ésta operación esté ligada al vehículo asegurado mediante la referida póliza.

Por lo que, el argumento vertido por la Autoridad Reguladora en sentido de que el vehículo tiene que encontrarse en movimiento para que todas las cláusulas en cuestión formen parte de la póliza de Automotores, no es suficiente para justificar su posición de negar el registro de las cláusulas en la Póliza de Automotores, debido a que las coberturas de una Póliza de Automotores, no necesariamente exigen que el vehículo se encuentre en movimiento; asimismo, los riesgos que genera la carga que se transportan en el vehículo también puede ser parte de la póliza de Automotores, conforme se tiene de los siguientes ejemplos extractados de pólizas de Automotores, de empresas de seguros del extranjero:

- **Póliza de Seguro para vehículos automotores de la Corredora de Seguros del Banco del Estado y de la empresa aseguradora Royal y Sunalliance Seguros Generales, de Chile.**

“ARTICULO 3: RIESGOS CUBIERTOS

1) Daños materiales.

Los daños materiales directos que puedan sufrir el vehículo asegurado, sus piezas o partes y sus accesorios, como consecuencia de volcamiento o colisión accidental con objetos en movimiento o estacionarios, incendio, rayo o explosión, **tanto si el vehículo se haya estacionado** como en movimiento”

(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

- **SANCOR Seguros y MAPFRE Seguros, empresas Argentinas**

Póliza Automóviles

“Cláusula 1.- Responsabilidad Civil hacia terceros. Riesgo cubierto

El Asegurador se obliga a mantener indemne al Asegurado y/o a la persona que con su autorización conduzca el vehículo objeto de seguro (en adelante el Conductor) por cuanto deban a un tercero sólo por los conceptos e importes previstos en la cláusula siguiente, **por los daños** personales **causados** por ese vehículo o **por la carga que transporte** en condiciones reglamentarias, por hechos acaecidos en el plazo convenido en razón de la responsabilidad civil que pueda resultar a cargo de ellos...”

(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

- **Paraná Seguros, empresa Argentina**

Póliza de Automotores

“RESPONSABILIDAD CIVIL

SEGURO DEL CASCO AUTOMOTOR

Proteger el patrimonio del asegurado y/o conductor, ante los daños y perjuicios causados por el vehículo asegurado o **por la carga que transporta.**” (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por lo tanto, la Autoridad Reguladora deberá fundamentar conforme a derecho y emitir el debido pronunciamiento, para lo cual debe realizar una nueva evaluación de la solicitud de registro efectuada por la recurrente, así como deberá considerar las coberturas de carga, basándose en la normativa vigente.

Que, a su vez, y en cuanto a que la empresa HANNOVER RUCHVERSICHERUNG AG, reaseguradora, emitió un certificado en el cual deja constancia de que el contrato de Reaseguro suscrito entre ambas cubre la cláusula que se detalla:

“(…)

- Nombre de la Cláusula: Cláusula de Responsabilidad de Carga.
- Pólizas a las que aplica: Pólizas de Automotores.

Se aclara que dicha cláusula puede ser otorgada para el ramo de automotores, siempre que alimente al contrato de reaseguro Tent Plan para el ramo de Responsabilidad Civil”

Con dicho certificado, la recurrente argumenta que las cláusulas solicitadas para registro sean consideradas dentro del Ramo de Automotores, estaría respaldada, siempre que los recursos generados por la prima cobrada alimenten el contrato de reaseguro para el Ramo de Responsabilidad Civil.

Sin embargo, del mismo certificado, la Autoridad Reguladora interpreta que la empresa reaseguradora más bien respalda la posición de la APS al certificar que la responsabilidad civil de carga puede ser considerada como cláusula adicional (cobertura) dentro del Ramo de Automotores, pero condicionada a que el vehículo se encuentre en movimiento y si los recursos que genera van a la cuenta del Ramo de Responsabilidad Civil entonces se consideraría como ramo.

Nótese en este punto que la referencia del certificado es simplemente a la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga y no, además, a la Cláusula de Operación de Carga y Descarga, por lo que no se puede establecer si dicha cláusula estaría aceptada o no por el Reasegurador como parte de la Póliza de Automotores. Por su parte, la Autoridad Reguladora tampoco manifiesta expresamente su posición respecto a si dicha certificación es suficiente para entender que el Reasegurador cubriría las dos cláusulas precedentemente señaladas.

Por lo tanto, y bajo el cumplimiento del principio de verdad material a la que se encuentra obligada la Autoridad, ésta debe considerar si es necesario solicitar un nuevo certificado del Reasegurador (HANNOVER RUCHVERSICHERUNG AG) a fin de que la redacción del mismo sea claro y concreto y no de lugar a diferentes interpretaciones como en el caso presente y si es necesario que el Reasegurador mencione expresamente que la cobertura es para las dos cláusulas adicionales solicitadas para registro por la recurrente.

Por último, el Ente Regulador deberá señalar cuáles son las imprecisiones y ambigüedades que presentarían las cláusulas para no ser registradas dentro del ramo de automotores, tomando en cuenta que el rechazo fue por lo establecido en el artículo 4, inciso b, de la Resolución Administrativa IS N° 070/1999 de 23 de marzo de 1999 (Reglamento de Registro de Pólizas, Anexos y/o Cláusulas Adicionales), que establece:

"El rechazo de la solicitud de registro procederá sólo en los siguientes casos: b) Cuando la redacción del documento presente ambigüedades o imprecisiones que comprometan la legitimidad de la póliza..."

Que, todos estos aspectos denotan que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha incumplido lo establecido en el Artículo 28, literales b) y e), de la Ley de Procedimiento Administrativo que señala:

"Que deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable (...). Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignado, además los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo y.

Concordante con lo anterior, el artículo 30, literal a), de la Ley de Procedimiento Administrativo establece en cuanto a la motivación:

"Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando resuelvan recursos administrativos.

Que, a su vez, en cuanto a la motivación de los actos administrativos, la Ex Superintendencia de Regulación Financiera SIREFI en su libro de Jurisprudencia Administrativa, en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 32/2005 de 19 de agosto de 2005 ha señalado:

"Uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso.

Así la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de críticas las bases en que se funda."

De lo precedentemente citado, tenemos que, el presente proceso debe anularse debido a que el mismo no goza de la debida fundamentación y motivación, por lo que el Ente Regulador deberá hacer una nueva valoración de la prueba, así como deberá establecer de manera fundamentada porque en el presente caso no corresponde registrar las pólizas en el ramo de automotores.

2.2. En cuanto a la supuesta negativa de registro de las Cláusulas.-

La recurrente, considera que la Autoridad Reguladora acepta expresamente que no rechaza el registro de las Cláusulas en cuestión "...ni las exposiciones técnicas y de doctrina que respaldan la existencia y razón de ser de dichas Cláusulas: no niega que pueda registrarse dichos textos; sin embargo sugiere una clasificación que distorsiona la información del ramo por el objeto del seguro al que se refiere (vehículo) y se considera por tanto que, los argumentos de rechazo no son contundentes por tratarse solamente de la forma y no del fondo del tema en cuestión, insistiendo en la clasificación de ramo y cobertura y en la ilegitimidad en la que supuestamente incurre la póliza de automotores

al contener las Clausulas, ilegitimidad que no fue argumento del rechazo inicial y que se considera debe ser demostrada por el ente regulador...”

Al respecto, la Autoridad Reguladora señala “Que en pocas palabras, el rechazo de la APS a la petición de registro se debe a que la cobertura que se pretende registrar no corresponde o no aplica al ramo de Seguro de Automotores, sino, al ramo independiente de Responsabilidad Civil; que la cláusula que se pretende registrar solamente comprende a “la carga” y no a la descarga, y esta diferenciación que la carga simplemente no deriva del uso de un vehículo asegurado, como ya se explicó. Tampoco la APS niega la facultad de la recurrente de registrar cláusulas para el ramo de Riesgos Varios o Misceláneos si así lo desea y ve conveniente.”

Que si bien en el caso de autos, la Autoridad no niega el hecho que la recurrente pueda hacer el correspondiente registro de las Cláusulas en cuestión, sin embargo su observación va a que no corresponde que dichas cláusulas sean registradas en el ramo de Automotores sino en el de Responsabilidad Civil, Riesgos Varios o Misceláneos.

Por lo que, el Ente Regulador deberá fundamentar con mayor precisión su posición respecto de si las cláusulas en cuestión corresponden ser registradas dentro del ramo de Automotores o dentro de otro ramo de seguros **y principalmente**, cuáles serían las connotaciones que tendría para el mercado de seguros el registrarlas en el ramo de Automotores...”

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DS/Nº 659-2013 DE 24 DE JULIO DE 2013.-

Que, siguiendo el procedimiento administrativo y toda vez que se anuló hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº30-2013 de 14 de enero de 2013, inclusive, la Autoridad Reguladora emitió una nueva Resolución Administrativa, APS/DJ/DS/Nº 659-2013 de 24 de julio de 2013, mediante la cual resolvió:

“ÚNICO.- CONFIRMAR la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/Nº 890-2012 de 15 de noviembre de 2012 en todas sus partes.”

Los argumentos de la citada Resolución Administrativa, son los siguientes:

“CONSIDERANDO

Que corresponde analizar las alegaciones de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en **el punto 1 del sexto Considerando de la presente resolución**, nada que objetar teniendo presente que únicamente se observan, **a)** la Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga, y **b)** la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga para la Póliza de Seguros de Automotores.

Que en **el punto 2 del sexto Considerando de la presente resolución** la nota APS/DS/JTS/7898/2012 de 10 de octubre de 2012 establece que el seguro de automotores es aquél que tiene por objeto proteger el patrimonio del asegurado ante los daños y perjuicios causados **por y en el vehículo asegurado**. Esta aseveración tiene íntima relación con la carta SGER TEC 593/2012 de 2 de octubre de 2012 mediante la que **SEGUROS Y**

REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. solicita el registro de las cláusulas señaladas en los considerandos precedentes y, en lo pertinente el texto de la "Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga" que propone la compañía establece de manera textual: "Mediante la presente cláusula se acuerda y establece que, la compañía indemnizará daños, tanto ocasionados al vehículo, como a terceros (responsabilidad civil) mientras se esté cargando y descargando bienes y/o carga del y/o al mismo..."

La Responsabilidad Civil por Carga y Descarga de bienes puede abarcar situaciones como accidentes que resulten de la operación de carga y descarga (caídas, rompimientos, etc), por lo que esta cobertura ampara daños ocasionados a terceros como efecto de la realización de "operaciones de carga y descarga" (valga el pleonasma). Mientras que el Seguro de Automotores, o la Póliza de Seguros de Automotores (de acuerdo los contenidos de promoción de la página web de la propia compañía **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**) es un seguro integral diseñado para **cubrir los daños a los vehículos** a consecuencia de un accidente, incendio y/o robo, con las siguientes coberturas:

- a) Pérdida total por accidente o robo.
- b) Daños propios por vuelco, colisión, embarrancamiento, traslado del vehículo asegurado en transbordadores, incendio y/o rayo y otros.
- c) Robo de partes y piezas.
- d) Responsabilidad civil por daños materiales y/o corporales
- e) Accidentes personales a pasajeros por muerte, invalidez y gastos médicos.
- f) Daños por riesgos políticos.
- g) Asistencia jurídica.
- h) Asistencia vehicular por auxilio mecánico...etc.
- i) Cobertura para el vehículo cuando se encuentre fuera del territorio nacional.
- j) Otras requeridas por el asegurado.

Que puede advertirse, que en cuanto al concepto de la Póliza de Seguros de Automotores y las diversas contingencias o "coberturas" que incluye la misma, se encuentra el de responsabilidad civil causada por el vehículo, pero no por la carga del vehículo, cobertura que corresponde al ramo de responsabilidad civil.

Esta noción del Seguro de Automotores encuentra su correlato en lo señalado en el **Diccionario MAPFRE de Seguros** que establece que "es aquél que tiene por objeto la prestación de indemnizaciones derivadas de accidentes producidos a consecuencia de la circulación de vehículos".

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en **los puntos 3 y 4 del sexto Considerando de la presente resolución**, por la naturaleza de las alegaciones de **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, se responderá en dos partes, por una parte en relación a la afirmación de que las cláusulas de Cobertura para operaciones de carga y descarga y la clausula de responsabilidad civil de carga si aplican a la póliza de automotores y por otra parte, respecto al respaldo de reaseguro.

Que sobre la afirmación, basta con repasar el propio ejemplo brindado por el asegurador, donde señala el turril que hace daño a otro vehículo o peatón, ese daño

causado a un tercero **caería bajo la responsabilidad civil del asegurado dueño del vehículo (las negrillas son de la APS).**

Que como es posible observar, es la propia aseguradora quien manifiesta y confirma que dicho evento corresponde a la **responsabilidad civil del dueño del vehículo asegurado** y no a la responsabilidad civil del vehículo asegurado. Se debe recordar que la materia asegurada en el seguro de automotores es el vehículo y no el dueño del vehículo.

Que los daños a terceros que no sean ocasionados por el vehículo automotor pero por los que el dueño del vehículo asegurado es civilmente responsable, encuentran cobertura en el ramo de responsabilidad civil y no así en el ramo de automotores.

Que con relación a que lo anterior es práctica de una póliza multiriesgo, esta autoridad está de acuerdo y es por ello que se brinda la opción de que la aseguradora pueda registrar una póliza multiriesgo que ampare coberturas de distintos ramos de seguros, pero no en una póliza de automotores cuyo objeto principal es el de asegurar los daños al vehículo asegurado, y los daños a terceros o a ocupantes, ocasionados por éste.

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en **el punto 5 del sexto Considerando de la presente resolución**, tanto lo señalado en el artículo 5 de la Ley N° 1883 de 25 de junio de 1998 respecto a la Póliza de Seguro (instrumento que permite operativizar el contrato de seguro) como lo dispuesto en el artículo 984 del Código de Comercio en sentido de que el asegurador puede cubrir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestas las personas, los bienes, o el patrimonio son determinaciones que el órgano de fiscalización, nada tiene que objetar; por cuanto es evidente que el contrato de seguros se regula de acuerdo a lo determinado por el Código de Comercio y una póliza de seguro es un contrato entre el asegurado y la aseguradora donde se establecen derechos y obligaciones para ambas partes, no obstante el registro de pólizas se encuentra normado por la Resolución Administrativa IS N° 070 de 23 de abril de 1999, la cual es de inexcusable cumplimiento.

Que es necesario aclarar que el rechazo del registro no se debe a que las cláusulas no cumplen con lo establecido por el artículo 984 del Código de Comercio, Credinform trata de tergiversar el motivo del rechazo de registro, exponiendo que las cláusulas que solicitan para registro se enmarcan en lo establecido por el artículo 984 del Código de Comercio; sin embargo, es menester aclarar que el rechazo del registro se debe a **que la cobertura que se pretende registrar no corresponde al ramo de automotores**, incurriendo en las causales de rechazo establecidas en la Resolución Administrativa N° 070 de 23 de abril de 1999 lo que será desarrollado más adelante.

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en **los puntos 6, 7, 8 y 13 del sexto Considerando de la presente resolución**,

Que dados los argumentos expuestos por la aseguradora, en este punto subdividiremos el análisis según la estructura del mismo, por lo que se establecen los siguientes argumentos:

a) El rechazo del registro no se debe a que las cláusulas no cumplen con lo establecido por el artículo 984 del Código de Comercio.

SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. tergiversa el motivo del rechazo de registro, exponiendo que las cláusulas que solicitan para registro se enmarcan en lo establecido por el artículo 984 del Código de Comercio; sin embargo, es menester

aclarar que el rechazo del registro no se debe a este aspecto, **sino a que la cobertura que se pretende registrar no corresponde al ramo de automotores**, incurriendo en las causales de rechazo establecidas en la Resolución Administrativa N° 070 de 23 de abril de 1999 lo que será desarrollado más adelante.

b) El rechazo del registro no se debe a que no existe un Interés Asegurable.

No se ha rechazado el registro por no existir un interés asegurable, sino porque la cobertura que se pretende registrar no corresponde al ramo de automotores, incurriendo en las causales de rechazo establecidas en la Resolución Administrativa N° 070 de 23 de abril de 1999 lo que será desarrollado más adelante

c) El Seguro de Automotores ampara daños ocasionados al vehículo o daños ocasionados por el uso del vehículo automotor y no daños que corresponden a otro ramo de seguro.

SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. señala que lo establecido por el artículo 1113 del Código de Comercio demuestra que es permitido que el Seguro de Automotores incluya varias coberturas de riesgos y por tanto, de ramos diferentes, dando como ejemplo las secciones registradas mediante Resolución Administrativa N° 593 de fecha 22 de octubre de 2003.

Al respecto, el artículo 1113 del Código de Comercio señala que "...pueden emitirse pólizas de riesgos combinados como ser seguros de automotores, de aviones y otros", y es en ese sentido que la Póliza de Automotores presenta una combinación de riesgos, sin embargo, dichos riesgos están relacionados a los daños patrimoniales que se puedan ocasionar al vehículo automotor o por el uso del vehículo automotor, **no por otro riesgo, como es la carga transportada.**

Que asimismo, se aclara que el rechazo a las cláusulas solicitadas radica en que tal como pretende el registro de las cláusulas la recurrente, se estaría tergiversando el objeto de la póliza de seguros de automotores, toda vez que las coberturas son a las operaciones de carga y descarga y la responsabilidad civil que generan las mismas a terceros y no así los daños que genere el vehículo.

Que a fin de sustentar de manera concreta este punto, es necesario desglosar y analizar el objeto y alcance de cada una de las Secciones a las cuales hace referencia la aseguradora:

-Sección I: Responsabilidad Civil Extracontractual – Objeto y Alcance.- La compañía garantiza el pago de las indemnizaciones de las cuales, de acuerdo a Ley, resulte civilmente responsable el asegurado a consecuencia de lesiones corporales y daños materiales **que se causen por el uso del vehículo asegurado**, dentro la póliza, exceptuando las exclusiones que se señalan en la Cláusula 5.

-Sección II: Pérdida Total por Robo – Objeto y Alcance.- Se entiende por pérdida total al amparo de la presente cobertura, **el robo total del vehículo asegurado**, perpetrado por personas desconocidas y cuando transcurridos 45 días del aviso que haya dado el Asegurado a la Compañía, no haya sido hallado ni existan indicios sobre su paradero; en cuyo caso el robo se indemnizará como pérdida total hasta el ochenta por ciento (80%)

del valor real del vehículo robado en el momento del siniestro, quedando el Asegurado como Coasegurador por el restante veinte por ciento (20%).

Que si la recuperación del vehículo robado tuviera lugar antes del plazo arriba indicado, esta Sección no cubre los daños o robos parciales que como consecuencia del robo total haya sufrido el vehículo recuperado, los mismos que estarán cubiertos por las coberturas de Daños Propios o Robo Parcial, siempre que estas hubieran sido contratadas.

-Sección III: Pérdida Total por Accidente – Definición.- Se entiende por pérdida total: **a) la destrucción completa del vehículo asegurado** por daños sufridos en un evento súbito, imprevisto y accidental; **b) Cuando el costo de reparación de los daños sufridos por el vehículo asegurado**, como consecuencia de un solo accidente, excede el setenta y cinco por ciento (75%) del valor asegurado.

-Sección IV: Seguro de Daños Propios – Objeto.- La compañía **indemnizará los daños que sufra el vehículo** en territorio boliviano como consecuencia de cualquier accidente, ya sea que se encuentre el vehículo en circulación o estacionado, siempre que sea conducido por el propio Asegurado o por otra persona con autorización de este y, en todos los casos, legalmente habilitada para conducir vehículos conforme a las regulaciones de las Autoridades de Tránsito.

-Sección V: Seguro de Conmoción Civil, Huelgas y Daño Malicioso –Alcance.- Por la presente Sección queda establecido que el seguro a que ella se refiere cubre además **la pérdida o daño al vehículo asegurado** en esta póliza directamente causado por: a) personas que tomen parte en huelgas, lock-out (cierre patronal), disturbios laborales o conmoción civil, incluyendo fuego o explosión causados en forma directa por cualquiera de los motivos señalados en este párrafo, así como los daños provocados por cualquier persona maliciosa. b) Actos de Autoridad(es) legalmente constituidas con el propósito de reprimir o de atenuar las consecuencias de una alteración del orden público, o con el propósito de prevenir tales actos.

-Sección VI: Seguro de Robo Parcial.- Mediante la presente sección, la compañía cubre el **robo de partes y piezas del vehículo asegurado**, siempre que las mismas se hallen formando parte del vehículo asegurado, siempre que las mismas se hallen formando parte del vehículo y fijadas al mismo o hubieran sido añadidas en forma posterior y declaradas en forma expresa al seguro incluyendo la rueda completa de repuesto, la llave de ruedas y la gata, y estén verificadas en la inspección de pre-riesgo.

Que para la aplicación de la presente cobertura, el hecho de robo debe haberse consumado, con la sustracción de las partes y/o piezas integrantes del vehículo asegurado; si no se hubiera dado la anterior situación y solo existe un aparente intento de robo con el daño consecuente al vehículo asegurado, este será considerado bajo la cobertura de daño malicioso y la indemnización respectiva será efectiva siempre y cuando se cuente con la cobertura correspondiente.

-Sección VII: Seguro de Accidentes Personales a Ocupantes de Vehículos.- Mediante la presente sección, las garantías de la póliza del rubro se extienden a cubrir a los ocupantes señalados en la póliza principal, contra los riesgos de Muerte, Invalidez Permanente (total

o parcial) y Gastos médicos **como Consecuencia de accidente del Vehículo Asegurado** bajo la Póliza Original.

Como es posible observar de la simple lectura a los subrayados, el objeto y alcance en cuanto a los riesgos asegurados de las secciones antes citadas se refieren a los daños y perjuicios patrimoniales que podrían ser generados por daños **al vehículo asegurado o por el uso del vehículo asegurado**.

Que en las cláusulas que pretenden registrar, otorgar cobertura a los daños a terceros ocasionados **por la carga** del vehículo asegurado, que **no se derivan del uso del vehículo asegurado**, desvirtúa por completo el objeto y alcance de una póliza de automotores.

Que este aspecto incurre en lo determinado por la Resolución Administrativa 070 de 23 de abril de 1999 que en su artículo 4, inciso b) establece como causal de rechazo:

“b. Cuando la redacción del documento presente ambigüedades o imprecisiones, que comprometan la legitimidad de la póliza.”

Que en este sentido el argumento de la aseguradora basándose en las secciones de la póliza de automotores no es válido.

d) El rechazo del registro no se debe a que no exista el Respaldo del Reasegurador

SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A. tergiversa el motivo del rechazo de registro de las cláusulas solicitadas, al señalar que el reasegurador comparte la suerte del asegurador y existe respaldo del reasegurador quien ha emitido un certificado señalando que la Cláusula de responsabilidad Civil de Carga para la póliza de automotores **APLICA** a dicha póliza de automotores y es cubierta por el contrato suscrito, aunque alimente otro ramo, citando el ejemplo de la póliza multiriesgo que contiene secciones de ramos diferentes y alimenta en el contrato de reaseguro según el ramo que corresponda.

Que debe aclararse que el rechazo del registro no se debe a que no exista respaldo del reasegurador; es evidente que se tiene el respaldo del reaseguro, pero también es evidente que las cláusulas solicitadas para registro **NO APLICAN** al ramo de automotores, toda vez que el reasegurador en su certificado ha señalado que la Cláusula **puede ser otorgada** para el ramo de automotores **siempre que alimente** al contrato de reaseguro para el ramo de responsabilidad, es decir, se confirma que las cláusulas **NO APLICAN** para el ramo de automotores sino al ramo de responsabilidad civil, no siendo evidente lo afirmado por la aseguradora.

Que asimismo, la APS no está negando el registro de un producto que contemple la combinación de ramos diferentes, tal como el Seguro Multiriesgo, sino que se ha observado la pretensión de registrar una cláusula que desvirtúe por completo el objeto y alcance del ramo de automotores. Es menester recordar que el Seguro Multiriesgo se encuentra registrado a través de la Resolución Administrativa N° 824/2007 cuyo ramo de aplicación es el de **Riesgos Varios Misceláneos**.

Que si la aseguradora pretende registrar un producto para vehículos automotores que contemple una combinación de distintos ramos de seguros, debiera elaborar un producto combinado registrándolo en el ramo de riesgos varios misceláneos, no en el ramo de automotores.

Que el contenido de la certificación emitida en fecha 1 de octubre de 2012 por **HANNOVER VERSICHERUNG AG** señala: “Mediante el presente certificado se deja constancia que, la cláusula detallada líneas abajo para las pólizas señaladas, es cubierta por el Contrato de Reaseguro programa Tent Plan, suscrito entre Hannover Ruckversicherung y Seguros y Reaseguros Credinform Internacional S.A.

- Nombre de la Cláusula: Cláusula de Responsabilidad de Carga.
- Pólizas a las que aplica: Pólizas de Automotores.

Se aclara que dicha cláusula puede ser otorgada para el ramo de automotores, siempre que alimente al contrato de reaseguro Tent Plan para el ramo de Responsabilidad Civil...”.

En primer lugar se destaca el hecho de que el programa Tent Plan es un contrato de reaseguro general que comprende varios ramos; incendio, ramos técnicos, transporte, y responsabilidad civil, de acuerdo al documento adjunto a la carta SGER TEC 0069/2012 de 15 de febrero de 2012, remitido a esta APS por **SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.** Siendo esta la naturaleza del contrato de reaseguro citado, es coherente lo anotado en el último párrafo de la certificación; que la cláusula de responsabilidad civil de carga puede ser comercializada en la póliza de automotores siempre que los recursos económicos vayan a la cuenta del contrato Tent Plan **en el ramo de Responsabilidad Civil.**

Que lo que la reaseguradora Hannover Ruckversicherung AG está señalando es que la cobertura de responsabilidad civil de carga, debe ser reportada en el ramo de responsabilidad civil, es decir que tiene el mismo concepto del órgano de regulación en cuanto a qué ramo corresponde la cobertura solicitada, la diferencia radica en que el reasegurador le permite comercializar la cláusula con la póliza de automotores, mientras que este órgano de fiscalización no.

Que por consiguiente, la posición (por la certificación emitida) del Reasegurador es esclarecedora y no requiere de mayor indagación.

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en **el punto 9 del sexto Considerando de la presente resolución, SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.** otorga implícitamente la razón a la APS al citar que la responsabilidad civil se encuentra comprendida en las “coberturas” de la Póliza de Seguro de Automotores al citar el texto: “la sección I – Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual de la Póliza de Seguro de Automotores, señala que la compañía garantiza el pago de las indemnizaciones de las cuales, de acuerdo a ley, resulte civilmente responsable el Asegurado a consecuencia de lesiones corporales y daños materiales que se causen a terceros **por el uso del vehículo asegurado**, dentro la vigencia de esta Póliza, exceptuando lo señalado en la Cláusula 5: muerte, lesiones o daños corporales causados por la carga transportada por el vehículo asegurado” (las negrillas son de la APS). Nótese que no se trata de una “responsabilidad civil” a secas, sino, se trata de una “responsabilidad civil” por el **uso de vehículo asegurado**, exactamente como la autoridad reguladora razona. En lo demás, la facultad concedida por intermedio del artículo 1013 del Código de Comercio puede ser practicada en los levantamientos de **cobertura** que el asegurado viere por conveniente.

Que si bien es cierto que la aseguradora tiene la potestad de registrar anexos que levanten las exclusiones de la póliza, éstas deben enmarcarse en lo determinado por la Resolución Administrativa 070 de 23 de abril de 1999 que en su artículo 4, inciso b) establece como causal de rechazo:

“b. Cuando la redacción del documento presente ambigüedades o imprecisiones, que comprometan la legitimidad de la póliza.”

En el presente caso, las cláusulas sujetas a registro, pretenden otorgar cobertura de los daños a terceros ocasionados **por la carga** del vehículo asegurado, los mismos que **no se derivan del uso del vehículo asegurado**, desvirtuando por completo el objeto y alcance de una póliza de automotores y por consiguiente generando imprecisiones que comprometen la legitimidad de una póliza de automotores.

Que en este sentido, técnicamente no es factible levantar la exclusión establecida en la cláusula 5, inciso d) de la Sección I – Responsabilidad Civil Extracontractual de la póliza de automotores.

Que en relación a la Cláusula de Cobertura para operaciones de carga y descarga, efectivamente la cláusula ampara los daños ocasionados al vehículo por la carga transportada, la cual, es importante aclarar **NO HA SIDO** observada como tergiversa la Entidad Aseguradora.

Que la observación radica en que pretenden ampliar la cobertura a los daños ocasionados a terceros (responsabilidad civil), por la carga, lo cual fue desarrollado en los puntos precedentes ampliamente, por no corresponder al ramo de automotores sino al ramo de responsabilidad civil, desvirtuando por completo el objeto y alcance de una póliza de automotores e incurriendo en lo dispuesto por el artículo 4, inciso b) de la Resolución Administrativa IS N° 070 /199 de 23 de marzo de 1999.

Que con relación a la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga para la Póliza de Seguro de Automotores, se reitera el siguiente argumento técnico: si bien es cierto que la aseguradora tiene la potestad de registrar anexos que levanten las exclusiones de la póliza, éstas deben enmarcarse en lo determinado por la Resolución Administrativa 070 de 23 de abril de 1999 que en su artículo 4, inciso b) establece como causal de rechazo:

“b. Cuando la redacción del documento presente ambigüedades o imprecisiones, que comprometan la legitimidad de la póliza.”

Que en el presente caso, las cláusulas en cuestión pretenden otorgar cobertura a los daños a terceros ocasionados **por la carga** del vehículo asegurado, los mismos que **no se derivan del uso del vehículo asegurado**, desvirtuando por completo el objeto y alcance de una póliza de automotores y por consiguiente generando imprecisiones que comprometen la legitimidad de una póliza de automotores.

Que el texto de las mencionadas cláusulas presenta ambigüedades e imprecisiones respecto a la cobertura que se pretende otorgar, como los daños que produzcan las operaciones de carga y descarga a terceras personas; es decir la responsabilidad civil que generen las mismas, no el uso del vehículo.

Que reiteramos que si bien en la sección I de la Póliza de Automotores existe la cobertura de Responsabilidad Civil Extracontractual, se aclara que el objeto y alcance radica en las

indemnizaciones de las cuales resulte civilmente responsable el asegurado a consecuencia de lesiones corporales y daños materiales que se causen por el uso del vehículo asegurado.

Que para mayor comprensión, supongamos que un vehículo tiene carga en la cabina y al momento de descargar por un hecho fortuito, la carga cae sobre el pie de un tercero. En este caso queda claro que lo que ocasiona el daño es la carga y no el vehículo.

Que en este sentido, técnicamente no es factible levantar la exclusión establecida en la cláusula 5, inciso d) de la Sección I – Responsabilidad Civil Extracontractual de la póliza de automotores.

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en **el punto 11 del sexto Considerando de la presente resolución**, se evidencia una contradicción ya que por un lado habla de la carga **“que transporta”** el vehículo asegurado considerándose a dicha carga **una extensión** del vehículo si aquella causase algún daño, pero surge la interrogante de que la carga puede estar siendo manipulada sin que el vehículo esté **en movimiento** o que esté siendo **“transportada”**.

Que en relación a que la aseguradora ejemplifica las chatas y remolques, es importante aclarar que éstos tienen las características de un vehículo, tal es así que las Entidades Aseguradoras, aseguran los mismos ya sea como parte del vehículo automotor o como una póliza independiente, a diferencia de la carga que no forma parte del vehículo asegurado y tampoco tiene las características del mismo.

Que esto también es corroborado por el propio Condicionado Particular de la póliza de automotores de SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A., registrada mediante Resolución Administrativa N° 593-2003, donde en la parte DATOS DEL VEHICULO ASEGURADO, se contemplan varias de las características que tiene un remolque o una chata, tales como la marca, Modelo, uso, chasis, color, año, propiedad y otros, características que no todas las cargas tienen.

Que asimismo, también es corroborado por la misma aseguradora, cuando en su recurso de revocatoria incluye la definición de vehículo a motor, señalando lo siguiente:

“3. ¿Qué se entiende por vehículo a motor?”

Tienen la consideración de vehículo a motor, a los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y de la obligación de estar asegurados, todo vehículo especial o no, idóneo para circular por la superficie terrestre e impulsado por motor, incluidos los ciclomotores, **así como los remolques y semiremolques**, estén o no enganchados, con exclusión de los...”

Que como es posible observar, la definición no contempla la carga transportada del vehículo. En este sentido, los argumentos en relación a que la carga es una extensión del vehículo, no corresponden.

Que por último, es necesario aclarar que no se ha procedido al rechazo de la cobertura porque las cláusulas sujetas a registro, no tengan las características de riesgo, tal como la aseguradora pretende tergiversar.

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en **el punto 13 del sexto Considerando de la presente resolución**, es importante resaltar que la aseguradora ha

señalado y aceptado que el reasegurador **reconoce** que el riesgo de RC de carga **corresponde** y alimenta **al contrato de Responsabilidad Civil**, lo cual es base de nuestro rechazo.

"Las cláusulas que pretenden registrar no aplican al ramo de automotores sino al ramo de responsabilidad civil".

Que con relación a que el reasegurador permite y respalda a la aseguradora el poder emitir la cobertura para la póliza de automotores, también es evidente, no obstante, es importante aclarar que las normas en el Estado Plurinacional de Bolivia deben cumplirse y el respaldo de un Reasegurador no se sobrepone a éstas, reiterando nuevamente que las cláusulas sujetas a registro, pretenden otorgar cobertura a los daños a terceros ocasionados **por la carga** del vehículo asegurado, los mismos que **no se derivan del uso del vehículo asegurado**, desvirtuando por completo el objeto y alcance de una póliza de automotores y por consiguiente generando imprecisiones que comprometen la legitimidad de una póliza de automotores e incurriendo en lo establecido por el artículo 4, inciso b) de la RA 070-1999.

Que aclaramos que permitir el registro de cláusulas a categorías que no corresponden, sería el inicio de un desorden técnico que crearía confusión y opacidad en el mercado de seguros, con LA POSIBILIDAD DE registrar cualquier cosa en cualquier categoría de seguros. En todo caso, el respaldo de reaseguro es solo para la cláusula de responsabilidad civil de carga y no para la cláusula de cobertura para operaciones de carga y descarga.

Que nuevamente es importante aclarar, que si la aseguradora pretende registrar un producto para vehículos automotores que contemple una combinación de distintos ramos de seguros, debiera elaborar un producto combinado registrándolo en el ramo de riesgos varios misceláneos, no en el ramo de automotores.

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en **el punto 14 del sexto Considerando de la presente resolución**, la APS no discute el desarrollo de conceptos por parte de la doctrina y textos especializados de materia de seguros.

Que no obstante y con relación a las definiciones de Interés asegurable e indemnización, es importante reiterar (nuevamente) y aclarar que no se han observado las cláusulas sujetas a registro porque no exista un interés asegurable, o no se enmarcan en el concepto de indemnización sino porque incurren en lo establecido por el artículo 4 inciso b) de la Resolución Administrativa IS N° 070 de 23 de abril de 1999.

Que en relación a lo que define el Diccionario Mapfre como Seguro de Automóviles, claramente, las cláusulas que pretenden registrar no se enmarcan en dicha definición toda vez que las mismas amparan daños a terceros por las operaciones de carga y descarga y no producidos a consecuencia **de la circulación de vehículos**. En este sentido, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.** entra en contradicción con lo establecido por su cláusula y la propia definición a la que hacen referencia.

Que en lo referido a la definición de vehículo a motor que la compañía recurrente expone para señalar que la carga es una unidad de riesgo, se observa que dicha definición no incluye a la carga, motivo por el cual, el argumento no tiene asidero ni

técnico ni legal alguno. Por último, respecto al ejemplo de la “póliza paquete” que la aseguradora argumenta, nuevamente **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** entra en contradicción, toda vez que tal como ellos señalan en el ejemplo es una “póliza paquete” y no una “póliza de automotores”, lo cual ha sido observado por la APS.

Que se reitera que las cláusulas sujetas a registro, pretenden otorgar cobertura a los daños a terceros ocasionados **por la carga** del vehículo asegurado, los mismos que **no derivan del uso del vehículo asegurado**, desvirtuando por completo el objeto y alcance de una póliza de automotores y por consiguiente, generando imprecisiones que comprometen la legitimidad de una póliza de automotores.

Que como colofón de toda esta exposición, insistir los argumentos técnicos que respaldan la posición de esta APS de que las cláusulas que **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** pretende registrar no corresponden al ramo de automotores sino al ramo de responsabilidad civil; tal es así que la compañía recurrente a través de la Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 868 de 7 de noviembre de 2008, tiene registrada en el ramo de Responsabilidad Civil, la siguiente cláusula:

- Cláusula para cubrir Responsabilidad Civil de Carga.
- Código: 102-910800-2002 11 063-2045.

Que este es un argumento adicional que justifica técnicamente que la Responsabilidad Civil de Carga no corresponde al ramo de automotores.

Que a mayor abundancia de elementos, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** oferta en su página web la Responsabilidad Civil de Carga. En efecto, en dicha página web se encuentra que en el ramo de Seguro de Responsabilidad Civil se oferta la **cobertura de responsabilidad Civil de Carga**. En este sentido, la propia aseguradora enmarca la cobertura en este ramo y no en el ramo de automotores, por lo que se ratifica la posición del ente regulador.

Que en relación a la alegación de la recurrente señalada en el punto 15 del sexto Considerando de la presente resolución, este ente regulador tampoco discute la antigüedad de existencia de la compañía de seguros, reiterando una vez más, que los criterios fundados y razonados que se han desarrollado en toda la extensión de la presente resolución administrativa, configuran un cuadro de corrección en la actuación de la Autoridad de Control y Fiscalización de Pensiones y Seguros.

CONSIDERANDO:

Que es necesario dejar establecido que, al margen de los aspectos técnicos que sostienen la posición de rechazo al registro de las cláusulas en cuestión, tal negativa no se debe a que:

- a) Las cláusulas que se solicitan registrar no estén en conformidad con el artículo 984 del Código de Comercio.
- b) No exista un interés asegurable, ya que pretender lo contrario sería entrar en prejuicios inconducentes e inconsistentes.
- c) No exista respaldo del reasegurador.
- d) Un producto contemple la combinación de ramos diferentes.

e) La cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga no esté amparando daños ocasionados al vehículo por la carga transportada, situación no observada por la APS.

Que en pocas palabras, el rechazo de la APS a la petición de registro se debe a que la cobertura que se pretende registrar no corresponde o no aplica al ramo de Seguro de Automotores, sino, al ramo de Responsabilidad Civil. Tampoco la APS niega la facultad de la recurrente de registrar cláusulas para el ramo de Riesgos Varios o Misceláneos si así lo desea y ve conveniente.

Que la situación en que incurre **SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.** se adecúa a lo previsto en el artículo 4.b) de la Resolución Administrativa IS N° 070/1999 de 23 de marzo de 1999 que establece: "El rechazo de la solicitud de registro procederá sólo en los siguientes casos: b) Cuando la redacción del documento presente ambigüedades o imprecisiones que comprometan la legitimidad de la póliza...". Las imprecisiones no pueden ser más obvias en este caso, como bien se ha explicado.

Que claramente se puede inferir que el hecho de pretender registrar cláusulas en capítulos que no corresponden (por las razones legales, de doctrina y de práctica desarrollados) constituye ambigüedades e imprecisiones que esta APS, tiene el deber de prevenir y clarificar para una apropiada construcción de la práctica positiva del mercado de seguros.

CONSIDERANDO:

Que como ejemplo de perversión de la realidad registral (en el caso de aceptarse el registro tal cual propone la aseguradora) tomemos un par de ejemplos:

El aceptar el registro de la cláusula de Responsabilidad Civil de Carga en el ramo de automotores, tergiversará la información estadística del Mercado de Seguros, toda vez que tanto las primas como siniestros de la cobertura adicional de responsabilidad civil, serían reportados en el ramo de automotores.

Que a manera de ejemplo, los siguientes cuadros muestran cual sería el impacto del reporte de las Estadísticas de primas y siniestros, cuando la Entidad Aseguradora comercializa de manera incorrecta la cobertura de Responsabilidad Civil de Carga como Anexo junto a la póliza de Automotores y cuando la Entidad Aseguradora comercializa de manera correcta el Anexo, junto a una póliza de Responsabilidad Civil.

Para hacer más entendibles los cuadros, supongamos que se comercializaron en el mes solamente 10 seguros de vehículos automotores cobrando \$us. 200.- dólares americanos por cada seguro y se comercializaron 10 pólizas de responsabilidad civil por \$us. 100.- dólares americanos por cada póliza comercializada. Adicionalmente supongamos que añadir el Anexo de Responsabilidad Civil de Carga, cuesta \$us. 10.- dólares americanos.

En este ejemplo el reporte estadístico de primas generaría inconsistencias de la siguiente manera:

IMPACTO EN EL REPORTE DE PRIMAS COMERCIALIZANDO LA COBERTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE CARGA EN EL RAMO DE AUTOMOTORES VERSUS EL RAMO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Ramo de Seguro	Reporte de primas con anexo de responsabilidad civil de carga en el ramo de	Reporte de primas con anexo de responsabilidad civil de carga en el ramo Responsabilidad Civil	Impacto en porcentaje
-----------------------	--	---	------------------------------

	automotores (REPORTE INCORRECTO)	(REPORTE CORRECTO)	
Incendio			
Robo			
Automotores	\$US. 2.100.-	\$US. 2.000.-	5%
Transportes			
Responsabilidad Civil	\$US. 1.000.-	\$US. 1.100.-	10%
...			

Que es posible observar que la inconsistencia de los reportes estadísticos es significativa, llegando en el ejemplo a tergiversar la información en un 5% en el ramo de automotores y en un 10% en el ramo de responsabilidad Civil.

Que siguiendo con el mismo ejemplo, supongamos que un empleado de la empresa donde se aseguró el vehículo se encuentra realizando la operación de descarga de la carga, con tan mala suerte que al pasar la carga a otro empleado, se le resbala y cae encima del pie de un transeúnte, supongamos que la curación asciende a \$us. 3.000.-, en este caso el efecto en los reportes de siniestros se muestra en el siguiente cuadro:

**IMPACTO EN EL REPORTE DE SINIESTROS
COMERCIALIZANDO LA COBERTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE CARGA
EN EL RAMO DE AUTOMOTORES VERSUS EL RAMO DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

Ramo de Seguro	Reporte de primas con anexo de responsabilidad civil de carga en el ramo de automotores (REPORTE INCORRECTO)	Reporte de primas con anexo de responsabilidad civil de carga en el ramo Responsabilidad Civil (REPORTE CORRECTO)	Impacto en porcentaje
Incendio			
Robo			
Automotores	\$US. 3.000.-		100%
Transportes			
Responsabilidad Civil		\$US. 3.000.-	100%
...			

El cuadro muestra que el reporte estará totalmente tergiversado, toda vez que lo correcto es que el Anexo de Responsabilidad Civil de Carga, corresponde a un riesgo del ramo de responsabilidad civil y no al riesgo del ramo de automotores.

CONSIDERANDO:

Que por todo lo analizado a lo largo de esta Resolución Administrativa, se concluye que técnica y legalmente es improcedente el registro de la Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga y la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga para incluir a la Póliza de Seguro de Automotores, registrada mediante Resolución Administrativa IS N° 593/03 de fecha 22 de octubre de 2003, puesto que no cumplen con lo que establece el artículo 4, inciso b) de la Resolución Administrativa IS N° 070 /199 de 23 de marzo de 1999.

Que la APS considera que **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.** no ha demostrado argumentos que justifiquen su oposición a registrar las cláusulas en cuestión en otras categorías que no sean en las que pretende, dado que el ente regulador no ha negado el registro como tal, sino y en tanto y en cuanto, ellas no corresponden al rubro solicitado (pero sí corresponden a otros)

CONSIDERANDO:

Que por lo expuesto y analizado, se concluye que no existe mérito para la revocación de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 890-2012 de 15 de noviembre de 2012, correspondiendo confirmar la misma sobre la base de los argumentos recientemente expuestos.”

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Que, en fecha 12 de agosto de 2013, SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A., presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución APS/DJ/DS/N° 659/2013 de 24 de julio de 2013, con los siguientes argumentos:

“III.- FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO.

1) Nuevamente como referimos en nuestro recurso de revocatoria corresponde señalar lo que nuestro ordenamiento jurídico en materia de seguros establece, es así que la Ley de Seguros establece que la Póliza de Seguro es un documento que instrumenta el contrato de seguro, en el que se establecen las normas que de manera general y particular, regulan las relaciones contractuales entre el asegurado y asegurador, de acuerdo al Código de Comercio. **(Subrayado nuestro).** Con lo precedentemente determinado en la ley, se describe a continuación lo determinado en el -Código de Comercio (criterio coincidente con la doctrina). El Código de Comercio en su artículo 984 señala que el asegurador puede cubrir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestas las personas, los bienes o el patrimonio, con lo cual, se confirma que la Cláusula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga y la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga para la Póliza de Seguro de Automotores, implican que la compañía de seguros otorga cobertura tanto **a)** al mismo vehículo por las operaciones de carga y descarga de una carga transportada por el mismo como **b)** cobertura por riesgos que exponen a un daño o lesión a personas y/o sus bienes y/o su patrimonio, al ser estas personas, terceros afectados por las operaciones de carga y descarga de carga transportada por un vehículo, o afectados por el daño o lesión causados por la carga transportada por un vehículo.

El artículo 1044 **(Objeto)** del mismo cuerpo normativo, señala que puede ser objeto del seguro de daños, cualquier riesgo que, directa o indirectamente, afecte a los bienes o al patrimonio de una persona, siempre que exista interés asegurable manifestado en el deseo de que el siniestro no ocurra, al tener esta persona un interés económico lícito. En este caso, se establece claramente que existe un interés asegurado exteriorizado en el deseo de que un daño al vehículo o a un tercero o lesión al mismo, no ocurra, a causa de las operaciones de carga y descarga de una carga transportada por el vehículo asegurado, o por la misma carga transportada por un vehículo asegurado.

Con este argumento se pretende mostrar que, Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. cubre **a)** al vehículo en sí y **b)** el riesgo de responsabilidad civil a terceros causados por la carga de un vehículo asegurado o por las operaciones de carga y descarga de la misma.

El artículo 1113 **(Otros seguros de daños)** del Código de Comercio dispone que “...pueden emitirse pólizas de riesgos combinados como ser seguros de automotores, de aviones y otros. ” Este punto demuestra que es permitido que el seguro de Automotores incluya varias coberturas de riesgos y por tanto, de ramos diferentes, tal es así que, la póliza de Seguro de Automotores registrada mediante Resolución Administrativa IS. Nro. 593 de

fecha 22 de Octubre de 2003 con código de registro N° 102 - 910500 - 2003 10 085 contiene las siguientes secciones de diferentes coberturas y diferentes ramos, acorde a lo dispuesto con la clasificación de coberturas para Automotores, de la Resolución Administrativa IS N° 304 de fecha 21 de octubre de 1999:

- **Sección I:** Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual
- **Sección II:** Seguro de Pérdida Total Por Robo
- **Sección III:** Seguro de Pérdida Total Por Accidente
- **Sección IV:** Seguro de Daños Propios
- **Sección V:** Seguro de Conmoción Civil, Huelgas y Daño Malicioso
- **Sección VI:** Seguro de Robo Parcial
- **Sección VII:** Seguro de Accidentes Personales a Ocupantes de Vehículos

2) Por otra parte, como también señalamos en el recurso de revocatoria, el reasegurador **HANNOVER RÜCK**, quien respalda las operaciones de Seguros y Reaseguros Credinform International S.A., ha emitido un CERTIFICADO señalando que la Clausula de Responsabilidad Civil de Carga para la póliza de Automotores **APLICA** a dicha póliza de Automotores y **es cubierta** por el contrato suscrito entre compañía y dicho reasegurador, lo cual sustenta la base técnica de poder otorgar dicha clausula en la póliza de seguro de Automotores, aunque alimente otro ramo. Se vuelve a citar el ejemplo de la póliza de Seguro Multirisgo registrada mediante resolución Administrativa IS N° 824/2007 con el código de registro N° 102-910951-2007 10 100, que contiene las siguientes secciones y alimenta a su propio ramo en el contrato de reaseguro suscrito entre nuestra compañía y Hannover Rück y a través de Conesa Kieffer & Asociados en el caso de la Sección de Riesgos Políticos y Terrorismo:

- Sección I: Todo Riesgo de Daños a la Propiedad
- Sección II: Seguro de Equipo Electrónico
- Sección III: Seguro de Rotura de Maquinaria
- Sección IV: Pérdida de Beneficios a Consecuencia de Rotura de Maquinaria
- Sección V: Pérdida de Beneficios a Consecuencia de Todo Riesgo de Daños a la Propiedad
- Sección VI: Seguro para Riesgos Políticos y Terrorismo
- Sección VII: Seguro de Todo Riesgo de Construcción
- Sección VIII: Seguro de Todo Riesgo de Montaje
- Sección IX: Seguro de Todo Riesgo de Equipo de Contratistas
- Sección X: Seguro de Equipo Móvil Pesado

3) Finalmente, en cuanto a la póliza, señala que, de acuerdo a lo establecido en la Sección I - Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual de la póliza de Seguro de Automotores, "la Compañía garantiza el pago de las indemnizaciones de las cuales, de acuerdo a Ley, resulte civilmente responsable el Asegurado a consecuencia de lesiones corporales y daños materiales que se causen a terceros por el uso del vehículo asegurado, dentro la vigencia de esta Póliza, exceptuando las exclusiones que se señalan en la Cláusula 5: muerte, lesiones o daños causados por la carga transportada por el vehículo asegurado

Esta clausula de exclusión fue levantada por la compañía, otorgando la cobertura a través de las clausulas, como se realiza en la práctica normal en cualquier otra póliza que contiene exclusiones que son levantadas a través de la correspondiente clausula de cobertura, misma que encuentra sustento para su registro en la Resolución Administrativa N° 304/1999 cuando señala dentro del método de cotización, la asignación del código para este tipo de cláusulas:

“X = 2 si se trata de cláusulas adicionales y/o anexos que tengan connotación para ampliar o modificar la cobertura básica del condicionado general” (Subrayado nuestro)

No entendemos los motivos por los que la APS suprime este párrafo en el resumen de alegatos que nuestra compañía expuso en el recurso, considerando que es de suma importancia pues, la R.A. 304 señala expresa mente (sic) que una cláusula puede ampliar o modificar la cobertura básica del condicionado general de un póliza.

El asegurado goza de la libertad de discrepar en los términos establecidos en la póliza de acuerdo al Artículo 1013 del Código de Comercio que también se halla inserto en el Condicionado General de la póliza de Seguros de Automotores.

Finalmente y una vez más, cabe resaltar la existencia del respaldo y soporte del reasegurador del contrato de reaseguro, tanto de Automotores como de Responsabilidad Civil, que demuestra que técnicamente puede otorgarse las CLAUSULAS en la póliza de Automotores y que no se está levantando una exclusión que implicará contratar una cobertura facultativa de reaseguro que además encarecería el seguro al asegurado que debe ser protegido en su patrimonio, bienes o personas como lo señala la Ley de Seguros. Nuevamente la APS no considera este último argumento, bajo el pretexto de que los alegatos de la compañía son reiterativos, pero cabe aclarar que, cada proposición planteada tiene su razón de ser y está inserta en el Recurso de Revocatoria para reforzar nuestra posición, como en este último caso que resalta que la compañía busca proteger el patrimonio del asegurado al otorgarle una cobertura respaldada por el reasegurador sin tener que recurrir a otra alternativa más onerosa.

4) En cuanto al texto de las cláusulas, las CLAUSULAS requeridas para su registro contienen el siguiente texto:

CLAUSULA DE COBERTURA PARA OPERACIONES DE CARGA Y DESCARGA

Mediante la presente cláusula se acuerda y establece que, la compañía indemnizará daños, tanto ocasionados al vehículo, como a terceros (responsabilidad civil) mientras se esté cargando y descargando bienes y/o carga del y/o al mismo.

Contrario a lo que cita APS en la Resolución Administrativa N° 890/2012, que señala textualmente: “Al respecto, reiteramos que las cláusulas solicitadas corresponden al ramo de responsabilidad civil, no relacionado a daños ocasionados al vehículo asegurado o daños que pueda ocasionar el mismo,...” esta cláusula si contiene cobertura al vehículo por los daños que se causan al mismo mientras se realizan operaciones de carga y descarga, con lo cual, lo citado por la R.A. 890/2012 es incorrecto.

CLAUSULA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE CARGA PARA LA PÓLIZA DE SEGURO DE AUTOMOTORES

Queda entendido y convenido que la cobertura de Responsabilidad Civil de la póliza, se amplía a cubrir Responsabilidad Civil de Carga, misma que cubre todos los daños causados a bienes de terceros o lesiones corporales a terceros cuando la carga transportada del vehículo provoque el daño o lesión o cuando el conductor del vehículo asegurado realice operaciones de carga y descarga del y/o al vehículo.
Se excluyen expresamente daños a la carga transportada.”

Mediante esta clausula se extiende la cobertura de Responsabilidad Civil de la SECCION I de la póliza, a cubrir daños y/o lesiones a terceros causados por las carga que transporta el vehículo o durante las operaciones de carga y descarga; tal como señalado anteriormente, la clausula citada levanta la exclusión del inciso e) de la Clausula 5 de dicha SECCION I, como se realiza en prácticas normales de esta y otras pólizas, contando inclusive con el soporte y respaldo del reasegurador del contrato de reaseguro automático de Automotores y Responsabilidad Civil.

La carga de un vehículo, para efectos de esta Clausula, se considera una extensión del mismo a la hora de causar un daño o lesión a un tercero, lo que se explica casi por sí solo, siendo un vehículo en movimiento UN RIESGO que puede causar daños o lesiones a un tercero; tal es así que, inclusive una chata o un remolque adheridos a un vehículo asegurado, que causen un daño a un tercero, son objetos del seguro casados con el vehículo automotor y por tanto incluidos como ítems en la póliza de seguro automotor. Este concepto inclusive encuentra sustento legal en el Decreto Supremo 27295 que regula al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito - SOAT cuyo artículo 23 señala:

"El SOAT cubre los riesgos de muerte y lesiones corporales que sufran las personas como consecuencia de accidentes de tránsito en que intervengan el vehículo asegurado y sus remolques." (Subrayado nuestro)

La carga transportada por un vehículo asegurado, forma parte del riesgo que significa dicho vehículo, tanto mientras esté estacionado o parado, como mientras esté en movimiento, porque constituye un peligro incluido al hecho de estar adherido o cargado en el vehículo; este riesgo pertenece a un evento cubierto por la responsabilidad civil, pero la misma está asignada al hecho de que la carga acompaña al vehículo y que puede causar un daño a un tercero. Tanto los daños causados por la carga, como las operaciones de carga y descarga, contienen todas las características del riesgo, en este caso el riesgo de automotor al que van ligadas:

- Incierto
- Posible
- Concreto
- Lícito
- Fortuito
- Contenido económico

5) En cuanto al respaldo de reaseguro, el reasegurador del contrato de reaseguro XL TP y del reaseguro de Automotores, Hannover Rückversicherungs (registrado en APS), ha remitido una certificación que textualmente dice: "Mediante el presente certificado se deja constancia que, la Clausula detallada líneas abajo para las pólizas señaladas, es cubierta por el Contrato de Reaseguro - Programa Tent Plan, suscrito entre Hannover Rückversicherungs y Seguros y Reaseguros Credinform Internacional S.A. :

N°	Nombre de la Cláusula	Pólizas a las que aplica
1	Cláusula de responsabilidad civil de carga	Pólizas de Automotores

Se aclara que dicha Clausula puede ser otorgada para el ramo de Automotores, siempre que alimente al contrato de reaseguro Tent Plan para el ramo de Responsabilidad Civil.

Es cuanto a bien tenemos certificar. "

Es correcto señalar que el reasegurador reconoce que el riesgo de RC de carga corresponde y alimenta al contrato de Reaseguro de Responsabilidad Civil, pero también es evidente QUE EL PROPIO REASEGURADOR PERMITE Y RESPALDA A LA COMPAÑÍA EL PODER EMITIR ESTA COBERTURA PARA LA POLIZA DE AUTOMOTORES, con lo cual, con una base de prudencia y responsabilidad, Seguros y Reaseguros Credinform Internacional S.A. otorga la cobertura con el debido respaldo de su reasegurador, y se confirma una vez más que, el seguro de automotores encierra varios riesgos combinados que implican probabilidades de ocurrencia de hechos dentro de esos riesgos, tal como son los daños al vehículo ocasionados por la carga que transporta y las operaciones de carga y descarga y los daños a terceros producidos por la carga transportada por el vehículo. Asimismo, querer limitar el otorgar esta cobertura una vez respaldada por un reasegurador que lleva a cabo operaciones a nivel mundial, se considera que implica no aceptar la universalidad del seguro y su aplicabilidad no solo en Bolivia, sino en todo el mundo.

6) En nuestro recurso con el propósito de profundizar en el tema que nos ocupa, nos referimos y citamos a varios autores en materia de seguros, sin embargo, la APS, se limitó a señalar que las citas y doctrina expuesta no está en discusión, por lo que, entendemos que nos estaría dando la razón, sin perjuicio de lo señalado, consideramos necesario y de suma importancia reiterar los mismos, a efectos de la Resolución del Recursos Jerárquico. De acuerdo a lo citado en los textos SEGUROS - TEMAS ESENCIALES de Fernando Palacios Sánchez (2007, 735 páginas) que se ocupa entre otros seguros de Seguro automotor en Colombia y LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU SEGURO de Juan Perán Ortega, que se ocupa también de la Responsabilidad civil del vehículo a motor (1998, 511 páginas), en el seguro de RC de automotor, se excluyen daños a la carga transportada (tal como cita una de las CLAUSULAS objeto de este Recurso) y no así exclusiones por daños a terceros causados por la carga ni se excluyen daños al vehículo causados por la carga que transporta.

En el Diccionario MAPFRE de Seguros de Julio Castelo Matrán (1988, 311 páginas) define al seguro de automóviles como "aquel que tiene por objeto la prestación de indemnizaciones derivadas de accidentes producidos a consecuencia de la circulación de vehículos.", con lo cual, se refuerza el hecho de que, un accidente en el cual circule un vehículo y el mismo pueda contener carga y esta dañe al propio vehículo o a terceras personas, queda totalmente enmarcado en la definición citada.

La emisión de LAS CLAUSULAS adheridas a la póliza de Seguro de Automotores NO dejan al descubierto los conceptos básicos de "Interés asegurable" e "Indemnización" de la doctrina de seguros.

Sobre el interés asegurable el Diccionario MAPFRE de Seguros ya citado señala:

"Interés asegurable: requisito que debe concurrir en quien desee la cobertura de determinado riesgo, reflejado en sus sincero deseo de que le siniestro no se produzca, ya que a consecuencia de él, se originaría un perjuicio a su patrimonio [...]. El interés asegurable no es solo un requisito que imponen los aseguradores, sino una necesidad

para velar por la naturaleza de la institución aseguradora, sin la cual sería imposible cumplir su función protectora en la sociedad"

De igual manera otros autores sobre el interés asegurable señalan:

"Por interés asegurable se entiende la relación lícita de valor económico sobre un bien. Cuando esta relación se halla amenazada por un riesgo, es un interés asegurable"

El interés asegurable es un requisito que debe concurrir en quien desee la cobertura de algún riesgo, reflejado en su deseo verdadero de que el siniestro no se produzca, ya que a consecuencia de él se originaría un perjuicio para su patrimonio.

El principio del interés asegurable se entenderá fácilmente si se tiene en cuenta lo que se está asegurando, esto quiere decir, el objeto del contrato no es la cosa amenazada por un peligro incierto, sino el interés del asegurado en que el daño no se produzca. El interés asegurable no es solo un simple requisito que imponen los aseguradores, sino una necesidad para velar por la naturaleza de la institución aseguradora. En efecto si tomamos en cuenta estas premisas, tendríamos que la existencia de contratos sin interés asegurable, produciría necesariamente un aumento en la siniestrabilidad y esto motivaría una elevación de las primas y el verdadero asegurado tendría que pagar un precio superior al que realmente correspondería a su riesgo, perjudicándose así no sólo él, sino también la economía del país, que tendría que soportar una carga económica superior a la debida. **(Magee J.H. en su texto "Seguros Generales I". México by UTEHA)**

Asimismo, debemos mencionar lo señalado por los autores Castillo Freyre y Richter Valdivia en cuanto se refiere al interés asegurable:

"El interés asegurable consiste en "la voluntad de querer conservar indemne un valor incorporado a un relación jurídica de contenido económico que vincula a un sujeto con un objeto, en la voluntad de conservar un valor incorporado al derecho subjetivo" (1). En tal sentido, podemos afirmar, que el interés asegurable es la relación de valor económico sobre un bien (patrimonio o persona, un objeto o un sujeto de derecho) que existe cuando esta relación se haya amenazada por la eventualidad de un riesgo, por lo que se le incorpora en el programa del contrato de seguros". **(CASTILLO FREYRE, Mario y RICHTER VALDIVIA, Pedro. Op. Cit. p 91-92)**

Sobre el concepto de indemnización el Diccionario MAPFRE de Seguros ya citado señala:

"Indemnización: ...compensación o resarcimiento económico por el menoscabo producido al perjudicado que se realiza por el causante del daño o por quien deba corresponder en su lugar. [...] El fin de la indemnización es conseguir una reposición económica en el patrimonio del asegurado afectado por un siniestro, bien a través de la sustitución de los objetos dañados o mediante la entrega de una cantidad en metálico equivalente a los bienes lesionados.

De igual manera otros autores señalan:

"Es la suma pecuniaria que desembolsa la compañía de seguros a favor del asegurado o los beneficiarios de éste, al materializarse el riesgo contemplado en la póliza de seguros suscrita por las partes" **(Vega Copo, Abel; Tratado del contrato de seguro- Civitas S.A.)**

"Es la suma pecuniaria que desembolsa la compañía de seguros a favor del asegurado o los beneficiarios de éste, al materializarse el riesgo contemplado en la póliza de seguros suscrita por las partes". (Productos y Servicios Financieros y de Seguros; Vale, Vicente del; 2006 Mcgraw-Hill Interamericana de España)

Con esto quiere ponerse en evidencia el vacío que existiría respecto a estos conceptos si no se otorgan las CLAUSULAS en vista del requerimiento del asegurado.

La doctrina no solamente contempla la definición de riesgo, sino de UNIDAD DE RIESGO, con lo cual, podemos reiterar que el vehículo y su carga constituyen una unidad de riesgo en vista de la siguiente definición extraída del texto GESTION DEL SEGURO DEL AUTOMOVIL - UD2.T3 - El contrato de seguro del automóvil y sus modalidades MAESTRIA EN GESTION DE SEGUROS, MAPFRE:

"3. ¿Qué se entiende por vehículo a motor?

Tienen la consideración de vehículos a motor, a los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y de la obligación de estar asegurados, todo vehículo, especial o no, idóneo para circular por la superficie terrestre e impulsado por motor, incluidos los ciclomotores, así como los remolques y semiremolques, estén o no enganchados, con exclusión de los ferrocarriles, tranvías y otros que circulen por vías que les sean propias. Los vehículos impulsados por motores eléctricos, que tengan la consideración legal de juguetes, están excluidos de esta ley, e igualmente las sillas de ruedas. "

Para concluir con esta exposición respecto a lo que establece la práctica de seguros y su doctrina, a continuación se cita textualmente lo establecido en el texto GESTION DEL SEGURO DEL AUTOMOVIL - UD2.T4 - Modalidades de contratación MAESTRIA EN GESTION DE SEGUROS, MAPFRE, el relación a la póliza "Paquete", donde claramente se encuentra la cobertura que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. desea otorgar con las CLAUSULAS, con lo cual se confirma que técnicamente y universalmente es posible otorgarlas en ese ramo:

"¿Qué es una "póliza-paquete"?

Las distintas modalidades de seguro y sus correspondientes coberturas pueden integrarse, total o parcialmente, en una determinada oferta de póliza. Esta póliza, [...] recoge varias coberturas, se denomina en el argot sectorial "póliza-paquete".

Modalidad D

- Seguro obligatorio.
- Seguro de responsabilidad civil suplementaria.
- Defensa jurídica (penal y civil).
- Reclamación de daños.
- Seguro del conductor.
- Asistencia en viaje.
- Daños producidos a terceros por remolques, caravanas y los objetos transportados.

(Subrayado nuestro)

Modalidad E

- Seguro obligatorio.
- Seguro de responsabilidad civil suplementaria.
- Defensa jurídica (penal y civil).
- Reclamación de daños.
- Seguro del conductor.
- Asistencia en viaje.
- Daños producidos a terceros por remolques, caravanas y los objetos transportados. **{Subrayado nuestro}**
- Roturas de lunas y parabrisas. Se incluyen aquí los daños ocasionados por rotura total o parcial de las lunas delantera, trasera y laterales.
- Incendio del vehículo. Cubre todos los daños ocasionados al vehículo como consecuencia del incendio o explosión del mismo. En caso de pérdida total se establecen indemnizaciones del 100% del valor de nuevo durante el período de tiempo que se determine (normalmente de uno a tres años).

Modalidad F

A partir de una cierta gama de prestaciones conviene distinguir entre coberturas personales y materiales para clarificar la oferta.

Coberturas de riesgos y servicios personales:

- Seguro obligatorio.
- Seguro de responsabilidad civil suplementaria.
- Defensa jurídica (penal y civil).
- Reclamación de daños.
- Seguro del conductor.
- Asistencia en viaje.
- Daños producidos a terceros por remolques, caravanas y los objetos transportados. **{Subrayado nuestro}**
- Información telefónica. Servicio consistente en la atención de consultas de los asegurados y asesoramiento sobre cuestiones legales y de la circulación en general.

Coberturas para el automóvil

- Rotura de lunas y parabrisas.
- Incendio del vehículo.
- Robo y hurto del vehículo. Se indemniza por el valor de mercado del vehículo o por su valor de nuevo. Es más frecuente el primer supuesto, que llega al 100% de dicho valor. Cuando se indemniza por el valor de compra, el porcentaje respecto al mismo varía según la antigüedad del vehículo.
- Limpieza del vehículo por transporte de heridos a un centro sanitario.
- Préstamo sin intereses ni gastos, destinado a la reforma de daños del vehículo cuando el siniestro tenga lugar sin tercero responsable. Se estipula un máximo de 3000 euros a devolver en cuotas mensuales. "

En conclusión, indica que a la luz de los argumentos técnicos y legales señalados y fundamentos en el presente recurso, se infiere que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, actuó incorrectamente al negar el registro de las cláusulas

solicitadas por nuestra compañía, debiendo en consecuencia revertir tal decisión, considerando además que la compañía posee 58 años de experiencia en el rubro y a la fecha no cuenta con siniestros en litigio por no pago, con lo cual se considera que APS no podría coartar la libertad de cubrir riesgos solicitados por los asegurados; en consecuencia se pide la admisión del recurso y la revocatoria total de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/890-2012 de 15 de noviembre de 2012.

III.2. De la Resolución 659-2013

En la citada Resolución Administrativa la APS, esgrime una serie de argumentos con el propósito de justificar su errónea interpretación y decisión, en ese sentido y para mayor entendimiento, procedemos a desvirtuar todos y cada uno de los argumentos presentados por la APS en el mismo orden:

1) A la respuesta de APS al punto 1 del Sexto considerando de la RA 659/2013:

De la lectura de este punto, se confirma que se observa la Clausula de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga y la Clausula de Responsabilidad Civil de Carga, ambas cláusulas para la póliza de Automotores, donde no solamente se hace alusión a daños a terceros causados por la carga, sino por otros bienes que se entienden se encontrarían dentro del vehículo asegurado.

2) A la respuesta de APS al punto 2 del Sexto considerando de la RA 659/2013:

En cuanto a lo que señala la APS respecto a lo establecido en la página WEB de la compañía, se considera que el alegato de APS no puede aplicarse al caso que nos ocupa, ya que dicha página WEB muestra una relación de productos y/o pólizas que comercializa la compañía de manera general y no se refiere así a una póliza en particular; tal es así que Seguros y Reaseguros Credinform International S.A. tiene registrados la (sic) menos 3 pólizas en el ramo Automotores con diferentes características e inclusive las coberturas que se otorgan difieren entre esas pólizas, con lo cual, rechazamos todas las aseveraciones que mencionan a dicha página WEB que no contemplan términos y condiciones de una póliza que es registrada en la APS y que posee un código de registro y que además se constituye en un contrato entre partes tal como lo señala el artículo 982 del Código de Comercio que señala que "El contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento de las partes. Los derechos y obligaciones recíprocos empiezan desde el momento de su celebración." Por otra parte cabe confirmar que el contenido de dicha página WEB es meramente informativa para quien la visita y que es susceptible de cambios y/o actualizaciones conforme la dinámica del negocio asegurador, un día puede contener ciertos textos y al día siguiente ser actualizados. Tal es así que a la fecha este alegato de la APS no es consistente frente al contenido actual de dicha página WEB.

En cuanto se refiere a lo que señala la APS sobre la definición del diccionario Mapfre, es preciso aclarar que no está en discusión lo señalado en el Diccionario Mapfre ya que la definición se aplica precisamente a la póliza de seguros de Automotores, sin embargo la APS incurre en no hacer una distinción entre lo que es la póliza en general y lo que es la cobertura de Responsabilidad Civil en particular; tal es así que, la Sección I - Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual de la Póliza de Automotores, excluye daños causados por la carga transportada, exclusión que desea sea levantada mediante Clausula, pero no excluye explícitamente daños causados por las operaciones de carga y descarga y tampoco daños o lesiones producidos por bienes (que no necesariamente son carga) a terceros, con lo cual y según regla universal, aquello que no está excluido

está cubierto.

3) A la respuesta de APS a los puntos 3 y 4 del Sexto considerando de la RA 659/2013: Contrario a lo que la APS trata de interpretar de manera superficial, la carga transportada por un vehículo asegurado y los bienes contenidos dentro de él, forman parte del riesgo, es decir, que dicho vehículo no se maneja por sí mismo sino por un conductor que puede ser el dueño o el asignado por éste, mientras esté estacionado o parado, o esté en movimiento, porque en sí constituye un peligro, incluido al hecho de estar adherido o cargado en el vehículo. Este riesgo pertenece a un evento efectivamente cubierto por la responsabilidad civil, cobertura que es contenida en la póliza de Automotores a través de la Sección I. Tanto los daños causados por la carga y/o bienes contenidos en el vehículo, como las operaciones de carga y descarga, contienen todas las características del riesgo, en este caso el riesgo de automotor al que van ligadas:

- Incierto
- Posible
- Concreto
- Lícito
- Fortuito
- Contenido económico

La APS incurre en una contradicción al señalar que la carga no es parte del riesgo del vehículo y que es responsabilidad del dueño del vehículo, sin tomar en cuenta que el vehículo no camina por sí solo o se carga a sí mismo, sino que existe una persona que lo articula, tanto al vehículo como tal y a aquellos elementos que lo convierten en un solo riesgo; los daños a los terceros causados por las operaciones de carga y descarga y por la carga y/o bienes contenidos en el vehículo en sí, son inherentes a la operación que realiza dicho vehículo para mejor utilidad de su dueño y lo que desea la compañía de seguros es otorgar una cobertura integral al dueño del vehículo sin incurrir en un gasto mayor que deteriore su economía contratando otra póliza (Una póliza de responsabilidad sola como sugiere la APS en su exposición) y por otro lado otorgando una solución a su necesidad de cobertura cuando opera un vehículo que tiene una carga o contiene bienes de uso particular o comercial, y además dicha carga y/o bienes se manipulan.

4) A la respuesta de APS al punto 5 del Sexto considerando de la RA 659/2013:

La compañía no intenta con ninguno de los argumentos esgrimidos tergiversar el motivo del rechazo, sino exponer todos los elementos legales y técnicos que considera sustentan las razones por las cuales deben registrarse las cláusulas que nos ocupan para la póliza de Automotores dentro del ramo de Automotores, resultando de tal análisis que la misma APS acepta, que las Cláusulas no incumplen ni contradicen el Código de Comercio por tanto no son ilegales.

5) A la respuesta de APS a los puntos 6, 7, 8 y 13 del Sexto considerando de la RA 659/2013:

La APS tácitamente acepta la exposición y fundamentación de la compañía que demuestra la legalidad y posibilidad de comercializar las Cláusulas que nos ocupan según establece el Código de Comercio puesto que entre otras cosas, existe interés asegurable según lo exige la técnica del negocio. Cabe reiterar que no se pretende tergiversar el objeto de la póliza otorgando cobertura a las operaciones de carga y descarga como señala la APS y la responsabilidad civil que generan las mismas, sino que se otorga cobertura de daños a terceros (responsabilidad civil) por operaciones de carga y descarga DE UNA CARGA Y/O DE UN BIEN QUE SE ENCUENTRA EN EL VEHICULO

ASEGURADO FORMANDO UNA UNIDAD DE RIESGO, es decir que se está protegiendo a terceros no de una carga o un bien en un lugar cualquiera, sino de los daños que una carga y/o bien causen, mientras sean parte del riesgo del vehículo asegurado al estar en su casco, llámese cabina, compartimiento, parrilla, carrocería o tolva de camioneta y/o camión.

La Sección I de la póliza referida a Responsabilidad Civil Extracontractual que la propia APS menciona subrayándola: "Daños que se causen **por el uso del vehículo asegurado**" justamente se enmarca en los daños a terceros causados por el uso del vehículo asegurado, en el caso que nos ocupa cuando esté siendo usado para llevar carga y/o bienes, mismos que se suben al vehículo o que se bajan del mismo (carga y descarga), lo cual refuerza la exposición de que debe registrarse los anexos que cubren **un riesgo que parte del uso del vehículo** como la misma póliza lo establece, con lo cual, cuando la APS señala que los daños causados a terceros por la carga, no se derivan del uso del vehículo cae en contradicción porque el vehículo está siendo **usado** para llevar la carga y/o bienes como ya se mencionó, con lo cual, no se desvirtúa el objeto de la póliza de automotores que ya prevé una cobertura de daños a terceros y por tanto no se incurre en ambigüedad ni distorsión ni imprecisión a la póliza, mucho más porque la Sección I no excluye daños y/o lesiones a terceros por operaciones de carga y descarga ni producidos por bienes (no necesariamente carga) contenidos en dicho vehículo.

Respecto al respaldo, la APS confirma que no existe falta de respaldo pero realiza interpretaciones equivocadas de la certificación del reasegurador, misma de la cual se ha pedido actualización y que se adjunta al presente, con la siguiente aclaración citada textualmente por el reasegurador: "**Se aclara que dicha Clausula puede ser otorgada para la Cobertura /Sección de Responsabilidad Civil de las Pólizas de Automotores del Ramo de Automotores, siempre que la prima cobrada por dicha Clausula, alimente al contrato de reaseguro Tent Plan para el Ramo de Responsabilidad Civil.**" (Subrayado nuestro).

Este aspecto confirma que legalmente, técnicamente y universalmente en el campo de seguros y reaseguros, es posible otorgar la cobertura de daños a terceros ocasionados por la carga y/o bienes dentro del Ramo de Automotores (no en Misceláneos como pretende la APS).

Asimismo, al señalar la APS los contratos de reaseguro de la compañía, no especifica que el contrato de Reaseguro para Automotores, Accidentes Personales y SOAT incluye en las coberturas de Automotores las siguientes:

- o Casco
- o **Responsabilidad Civil**
- o Accidentes Personales de Pasajero
- o Extraterritorialidad a países limítrofes

Y además dicho contrato acepta de manera especial dentro del mismo Ambulancias y Carros Bomberos; cabe mencionar en este punto que, el reasegurador acepta ambulancias con sus equipos médicos (y los daños que causen a terceros); puede deducirse que los riesgos aceptados por el reasegurador se entienden aceptados mientras las ambulancias o carros bomberos se encuentran parados o en movimiento; como es sino que, podría cubrirse un daño producido por un carro bombero a un tercero mientras se baja o descarga de él equipos para apagar un incendio? Estos aspectos no se encuentran excluidos del contrato y por tanto se hallan cubiertos.

Se reitera que no existe entonces ambigüedad al pedir el registro de las Clausulas ya que

las mismas amparan daños y/o lesiones por el uso del vehículo cuando este incorpora en su casco / interior carga y/o bienes.

Respecto al respaldo del reaseguro, se reitera que el contenido del certificado actualizado refuerza la posición de la compañía de seguros.

En cuanto se refiere a la posición de la APS sobre el registro de las Clausulas en un producto que no sea Automotores y que esté registrado bajo el ramo de Misceláneos, se considera que esto causaría distorsión en la información al Mercado porque se trata de una póliza de Automotores y no Misceláneos, al ser el objeto principal y sus coberturas (Secciones) precisamente orientadas al vehículo, tal como la misma APS expone y resume en la RA 659/2013, con lo cual, al momento de reportarse a la APS todas las pólizas emitidas como Misceláneas como es sugerido, se las incluiría en la codificación del ramo 9109 (Misceláneos) y no dentro del ramo 9155 (Automotores), lo que como señalamos precedentemente ocasionaría una distorsión en la información. No se considera operativamente ni técnicamente lógico registrar toda una póliza con un objeto del seguro claro, solo por 2 clausulas que no modifican todo el contenido de la misma, sino que amparan un evento dentro de una de las secciones de la póliza.

Cabe señalar como dato adicional que, dentro del ramo Misceláneos se encuentran las pólizas de Transporte de Dinero, de Rotura de Vidrios, de Seguro de Equinos (Caballos), de Seguro de Obras de Arte, Seguro Multiriesgo (Incluye Daños a la propiedad, terrorismo, etc.), mostrando de manera incorrecta la producción de un Ramo tan importante para Credinform fusionado a otros muy diferentes.

6) A la respuesta de la APS al punto 9 del Sexto considerando de la RA 659/2013:

La APS nuevamente expone el rechazo en base al argumento de que el daño causado al tercero no nace del uso del vehículo asegurado y ejemplifica el daño producido a un tercero por la carga y no por el vehículo, pero olvida que la carga y/o bienes a los que se refieren las Clausulas en cuestión, son justamente la carga y/o bienes que lleva el vehículo cuyo uso es en este caso transportar dicha carga o bienes, confirmando nuevamente que se encuentra asidero en otorgar una cobertura a un tercero, por un daño o lesión causados por la carga y/o bienes que un vehículo lleva y por lo cual es usado por su dueño: para llevar dicha carga y/o bienes.

Es así que, aceptando la APS que existe interés asegurable y es legal comercializar las cláusulas, se entiende que si es posible levantar uno de los incisos de la exclusión 5 de la Sección I de la póliza que señala textualmente: "Muerte, lesiones o daños causados por la carga transportada por el vehículo asegurado"; no se pretende levantar toda la exclusión 5 como señala incorrectamente APS.

7) En relación a la exposición de la APS en la que señala que no ha observado la Clausula de Cobertura para operaciones de carga y descarga, se entiende que dicha clausula será registrada en futuro por la APS para la póliza de Automotores y no será objeto de rechazo por parte del ente regulador, lo cual causa contradicción porque su registro fue rechazado mediante R.A. 890/2012. En vista a lo citado por la APS en la Resolución 659/2013 entonces, entendemos que la APS procederá al registro de la clausula citada. No queda claro si este punto refiere al punto 10 del Sexto considerando de la RA 659/2013 al que no hace mención la APS, por lo que puede considerarse aceptado que es incorrecto lo nombrado por dicha entidad reguladora en la R.A. 890/2012.

8) A la respuesta de APS al punto 11 del Sexto considerando de la RA 659/2013:

La APS señala que la carga no se encuentra en la definición del vehículo y que no forma

parte del mismo, a lo cual debe aclararse a la APS que sería ilógico pretender que una carga y/o un bien es parte de la carrocería o casco de un vehículo o que un vehículo incluya en su definición que su contenido (bienes/carga) es una extensión física y palpable del mismo; lo que se pretende exponer es que dicha carga y/o bien al estar siendo llevados por el vehículo, son parte del RIESGO que supone este bien, con lo cual se considera existe una distorsión en la interpretación de la APS tomando los argumentos de la compañía "a la letra muerta" y no dentro del contexto técnico de lo que es el seguro y lo que significa un riesgo y una UNIDAD DE RIESGO; en esta caso se expone que el vehículo y sus extensiones además de la carga que transporta y/o bienes que lleva se constituyen en una UNIDAD DE RIESGO.

9) A la respuesta de APS al punto 13 del Sexto considerando de la RA 659/2013:

La APS señala que el reasegurador reconoce que el riesgo de RC corresponde y alimenta el contrato de Responsabilidad Civil; no obstante y según la certificación adjunta, dicho reasegurador también aclara que dicha Clausula puede ser otorgada para la Sección de Responsabilidad Civil de la Póliza de Automotores **del ramo de Automotores**, lo cual refuerza lo expuesto anteriormente sobre su posibilidad de registro dentro del ramo de Automotores.

La APS señala que, aunque exista una certificación de un reasegurador debe cumplirse lo que se norma en el Estado Plurinacional de Bolivia, no obstante se evidencia que, no existe normativa sobre el registro de la clausula que nos ocupa y por ello se ha llegado a la instancia actual de exponer argumentación técnica y mostrar experiencia y actuación mundial respecto al otorgamiento de esta cobertura, siendo uno de los elementos de aclaración, justamente la posición de un reasegurador renombrado y conocedor de la técnica, que no se pretende se superponga a las leyes, sino que de luces para la resolución de este tipo de controversias.

Cabe reiterar entonces que, esta aclaración del reasegurador refuerza el hecho de que no se está incurriendo en imprecisiones ni comprometiendo la legitimidad de la póliza: para comprometer la legitimidad de la póliza deberían ocurrir 3 hechos: no poder mantener su validez, no reflejar justicia y no contener eficacia.

Respecto al desorden técnico al que refiere APS, no se encuentra asidero en su afirmación, ya que, la prima cobrada por el vehículo será reportada al ramo que corresponda y la prima cobrada por la Clausula será reportada al ramo de Responsabilidad Civil de ser el caso y que para ello la compañía cuenta con los sistemas informáticos y herramientas que permiten un reporte transparente de este tipo de casos a la APS sin incurrir en distorsión de la información del mercado.

10) A la respuesta de APS al punto 14 del Sexto considerando de la RA 659/2013:

La APS señala que la compañía entra en contradicción respecto a la definición del Diccionario Mapire, con lo que cabe aclarar que, se han citado autores y definiciones que hacen a la técnica del seguro para enriquecer todos los aspectos expuestos por la compañía en su recurso y que todos los autores citados ayudan en sus definiciones a lo que busca la compañía que es registrar las clausulas para la póliza de Automotores del Ramo de Automotores, mismo que en diferentes partes del mundo tiene sus connotaciones, forma de comercialización e inclusive diferentes nombres para ser más atractivo el producto al cliente o denotar que tiene más servicios y/o coberturas que solo cubrir el casco del vehículo. En concordancia con lo anterior, se aclara que la "Póliza paquete" es otra forma de denominar a la póliza de automotores que incluye más servicios y más coberturas que benefician al cliente, y que para fines de los alegatos de

Credinform es justamente uno más de los sustentos y muestras de que la responsabilidad civil por la carga si es comercializada en otros países dentro de una póliza de Automotores, con lo cual de la lectura de la exposición de la APS, se ve claramente que intentan ignorar estos conceptos y realidades mundiales y desechar la forma de operar de compañías que lo que buscan es beneficiar a sus clientes con soluciones.

Con la posición de la APS al rechazar esta realidad se considera que:

- a) Se coarta la actuación de las compañías de seguros y se sujeta dicha actuación a la decisión de algunos funcionarios de APS cuando dichas actuaciones y términos vienen siendo utilizados por más de 100 años por reaseguradores en todo el mundo.
- b) Se limita la creatividad de las compañías de seguros que quieren atender a su cliente y ofrecerle el mejor servicio con los instrumentos técnicos a su disponibilidad (respaldo de Reaseguro en este caso).
- c) Se estaría obligando a las compañías a elaborar textos "tipo" cuya lectura excluya términos técnicos mínimos, cuando el seguro es un rubro técnico; para poner un ejemplo, un vademecum médico tendría que ser redactado para que lo entienda cualquiera y el Ministerio de Salud tendría que normar aquello cuando corresponde al rubro médico y su accionar.
- d) Desaparecerían los funcionarios técnicos de las compañías con capacidad de análisis y/o la carrera y especialización / técnico en seguros, los abogados que interpretan la ley de Seguros y reglamentación pertinente, pues terminaríamos sujetándonos a un Manual emitido por la APS o a las disposiciones emitidas por Resoluciones Administrativas sin tener conexión con el campo asegurador y reasegurador mundial.

También debe considerarse que:

- a) El mercado de seguros es un mercado de libre competencia, cuyas exigencias y necesidades son dinámicas.
- b) Los errores de suscripción de pólizas que pueda cometer una compañía de seguros, otorgando términos y condiciones de seguros a sus clientes, se reflejan de manera directa en los siniestros que dicha compañía termina pagando en desmedro de sus cifras financieras y su propia utilidad, es decir paga con creces dichos errores pues la prima cobrada es tan solo un porcentaje del valor que se asegura y por tanto que se indemniza.
- c) Si se encontrara un texto ambiguo y vigente en el momento del siniestro, la Ley de Seguros establece claramente que el mismo se interpretaría el mismo a favor del asegurado.
- d) Deben minimizarse los actuados que impidan el crecimiento del mercado, ya que, ninguna compañía de seguros querrá explotar su creatividad o mejorará su operación por temor a las sanciones de APS.
- e) La Ley de Seguros señala que la APS debe velar por el cliente/asegurado; en el presente caso, se está otorgando un beneficio al mismo y al negar el registro dentro de la póliza de Automotores del usuario final (no una póliza miscelánea), se le niega un servicio al asegurado.
- f) El rol de la APS es preventivo y vela por la solvencia de las compañías de seguros implicando que las mismas mantengan:
 - Reservas Técnicas
 - Reaseguro adecuado
 - Servicio al asegurado

- Experiencia.

g) Corresponde que la APS ejerza sus funciones para hacer cumplir a lo que las compañías de seguros se obligan mediante sus pólizas.

11) A la respuesta de APS al punto 15 del Sexto considerando de la RA 659/2013:

Se aclara que, en toda la existencia de la compañía de seguros no ha existido un reclamo rechazado por la misma que incurra en actuaciones de mala fe o de perjuicio contra el asegurado, sino que se ha regido por la técnica del seguro que es la que se expone en el presente recurso.

12) Considerando Octavo de la RA 659/2013:

La APS acepta expresamente que el rechazo de las cláusulas no se debe a contravención al Código de Comercio, ni falta de interés asegurable, ni falta de respaldo de reaseguro ni que un producto pueda contener ramos diferentes, ni que la Clausula de Operaciones de Carga y Descarga no esté amparando daños al vehículo, sino más bien que las Clausulas aplican al Ramo de Responsabilidad Civil y no al Ramo de Automotores pudiendo la compañía registrar un producto en Riesgos Varios Misceláneos, lo cual no puede ser tomado en cuenta en vista a la certificación aclarada remitida por el reasegurador y reiterando que al ser el objeto principal de una póliza de automotores el vehículo, trasladar su clasificación y/o reporte a Riesgos Varios Misceláneos crearía una distorsión en la información del mercado a (sic) APS, información que se considera debe ser transparente a los usuarios y demás compañías de seguros, más aun por el volumen de cartera en el ramo de Automotores que posee nuestra compañía.

La APS acepta tácitamente que, no rechaza el registro de las Clausulas ni las exposiciones técnicas y de doctrina que respaldan la existencia y razón de ser de dichas Clausulas: no niega que pueda registrarse dichos textos; sin embargo sugiere una clasificación que distorsiona la información del ramo por el objeto del seguro al que se refiere (vehículo) y se considera por tanto que, los argumentos de rechazo no son contundentes por tratarse solamente de la forma y no del fondo del tema que nos ocupa, insistiendo en que las Clausulas crean ambigüedades e imprecisiones y en la ilegitimidad en la que supuestamente incurre la póliza de automotores al contener las Clausulas:

- a) La imprecisión no existe porque se tiene bien claro que lo que se pretende cubrir es daños y/o lesiones a terceros causados por la carga y/o bienes contenidos en el vehículo asegurado por la póliza de Automotores y los daños y/o lesiones causados a terceros y al vehículo asegurado por las operaciones de carga y descarga de la carga y/o bienes contenidos y/o que va a contener el vehículo asegurado, sea liviano, pesado, en movimiento o parado.
- b) La ambigüedad no existe ya que, si el vehículo está siendo usado por el dueño y/o el asegurado para cargar o llevar carga y/o bienes, ese uso deriva en que dicha carga y/o bienes pueden causar daños o lesiones a terceros y/o al propio vehículo y que no se trata de cualquier carga o cualquier bien, sino justamente carga y/o bienes que son parte del vehículo formado todos ellos una UNIDAD DE RIESGO.
- c) La supuesta ilegitimidad que resultaría de los puntos a) y b) anteriores no existe, por tanto no ha sido tocada por la APS y por tanto se considera no ha sido demostrada por el ente regulador. Se considera que la legitimidad del contrato de seguro incluye su validez, justicia, y eficacia. Al incorporar las Clausulas que nos ocupan a la póliza de Automotores, no se está interfiriendo en su validez, porque no la estamos invalidando ni anulando, sino tal como reconoce la propia APS, puede ser objeto de registro; tampoco se está incurriendo en injusticia, porque se está otorgando al

asegurado lo solicitado cumpliendo con los principios del riesgo, interés asegurable y se está beneficiando al asegurado con una cobertura adicional; finalmente no se vulnera la eficacia de la póliza, pues la clausula está respaldada por el reasegurador para levantar una exclusión de una cobertura de la póliza y se está ahorrando recursos al asegurado que tendría que pagar una prima separada por una póliza de Responsabilidad Civil, cuya tarificación es mayor que otorgar una sola Clausula; además el asegurado puede discrepar de la clausula de acuerdo a lo establecido en el artículo 1013 del Código de Comercio.

13) Considerando Octavo de la RA 659/2013:

La APS asume de manera errónea que la compañía reportará la prima cobrada por las Clausulas en el Ramo de Automotores, cuando cuenta con los sistemas informáticos y herramientas necesarias para reportar dicha prima en el Ramo de Responsabilidad Civil sin causar ninguna distorsión como cita la APS. La distorsión si sería evidente al reportar primas del seguro de Automotores en el ramo de Riesgos Varios Misceláneos como se verá más adelante.

Por otra parte, cabe recordar que, la actividad aseguradora nace de la estadística, pues en función a probabilidades de riesgo se configura el seguro, sus términos y condiciones así como su tarificación, con lo cual la compañía podría asignar el costo de \$us 1.- a ambas clausulas de acuerdo a la experiencia siniestral de los últimos 10 años.

Siendo el anterior escenario considerado real y no uno que responde a presunciones sobre la manera de reportar, en el mismo ejemplo de la APS, en el cual se supone que se comercializaron en el mes solamente 10 pólizas de seguro de Automotor cobrando \$us.200.- por cada póliza y que se comercializaron 10 pólizas de responsabilidad civil con prima de \$us. 100.- por cada póliza y que el costo de ambas clausulas es de \$us 1.-, pero que se comercializaron 10 pólizas de Riesgos Varios Misceláneos cada una con prima de \$us. 300.-, con lo cual, el reporte de primas y siniestros sería de la siguiente forma:

**IMPACTO EN EL REPORTE DE PRIMAS
COMERCIALIZANDO LA COBERTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE CARGA
EN EL RAMO DE AUTOMOTORES VERSUS EL RAMO DE RIESGOS VARIOS MISCELÁNEOS**

Ramo del Seguro	Reporte de primas con anexo de responsabilidad civil de carga en el ramo de Automotores	Reporte de primas con Anexo de Responsabilidad civil de carga en el ramo de Riesgos Varios Misceláneos	Impacto en Porcentaje
Incendio			
Robo			
Automotores	\$us. 1.990.-	\$us. 0.-	100%
Transportes			
Responsabilidad Civil	\$us. 1.010.-	\$us. 1.000.-	1%
Riesgos Varios Misceláneos		\$us. 2.000.-	100%

Tal como se aprecia en el cuadro anterior, la información del mercado de seguros se vería seriamente afectada (al 100%) de registrarse una póliza en Riesgos Varios Misceláneos para contener las clausulas de Automotores y más bien las primas de automotores estarían repartidas en sus ramos respectivos de registrarse las Clausulas en el

Ramo de Automotores. Para el caso de un siniestro de una de las Clausulas que implicaría una suma asegurada de Sus. 3.000.- como propone la APS, el reporte sería el siguiente:

IMPACTO EN EL REPORTE DE SINIESTROS COMERCIALIZANDO LA COBERTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE CARGA EN EL RAMO DE AUTOMOTORES VERSUS EL RAMO DE RIESGOS VARIOS MISCELANEOS

Ramo del Seguro	Reporte de siniestros con anexo de responsabilidad civil de carga en el ramo de Automotores	Reporte de siniestros con Anexo de Responsabilidad civil de carga en el ramo de Riesgos Varios Misceláneos	Impacto en Porcentaje
Incendio			
Robo			
Automotores			
Transportes			
Responsabilidad Civil	\$us. 3.000.-		100%
Riesgos Varios Misceláneos		\$us. 3.000.-	100%

Tal como se aprecia en el cuadro anterior, la información del mercado de seguros se vería seriamente afectada (al 100%) de registrarse una póliza en Riesgos Varios Misceláneos para contener las clausulas de Automotores y más bien el siniestro de automotores estaría reportado a su cobertura en su ramo respectivo de registrarse las Clausulas en el Ramo de Automotores.

Por todos los fundamentos de derechos expuestos en el presente recurso, se concluye que la R.A N° 0659-2013 y consecuentemente la R.A. N° 890-2012 son ilegales, por lo que, corresponde su revocatoria.

PETITORIO

Por lo anteriormente expresado en el presente memorial, y en cumplimiento a los requisitos descritos en los artículos 38,52 y 53 del Decreto Supremo N° 27175, establecidos para la presentación del presente Recurso Jerárquico, en tiempo hábil y oportuno, solicito:

- 2. Admita el presente Recurso Jerárquico al tenor del artículo 52 y siguientes del Decreto Supremo N° 27175**
- 3. Resuelva mediante Resolución Administrativa el presente Recurso Jerárquico disponiendo la REVOCATORIA TOTAL de la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 659-2013 de 24 de julio de 2013, y consecuentemente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 890/2012 de 29 de octubre de 2012, procediendo al registro de las Cláusulas de Responsabilidad Civil de Carga, para la póliza de Seguro de Automotores y la de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga."**

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse

la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES

SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A., mediante nota SGER TEC 593/2012 de 2 de octubre de 2012, solicitó a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros el Registro de cláusulas adicionales para la Póliza de Seguro de Automotor, referidas a cobertura automática para nuevas adquisiciones de vehículos, operaciones de Carga y Descarga, Proporcionalidad (Swing) +/- 10%, Responsabilidad Civil de Carga.

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota Cite APS/DS/JTS/7898/2012 de 10 de octubre de 2012, observó las Cláusulas de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga y de Responsabilidad Civil de Carga, comunicando que el registro técnicamente no procede, instruyendo que en el plazo de 3 días administrativos a partir de la recepción de la nota señalada, informen los argumentos técnicos para solicitar el registro de estas cláusulas.

Que, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.**, mediante nota SGER TEC 0665/2012 de fecha 16 de octubre de 2012, respondió argumentando que el daño que pueda ocasionar la carga transportada por un vehículo, caería bajo la responsabilidad civil del asegurado, dueño del vehículo, por lo que reiteran su solicitud de registro de las Cláusulas antes mencionadas.

Que, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota CITE: APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012, ratificó que no corresponde el registro de las cláusulas requeridas por la entidad aseguradora.

SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A., mediante nota CITE: ANL-0661/12 de fecha 6 de noviembre de 2012, solicitó a la Autoridad Reguladora, que la nota CITE: APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012, sea consignada en una Resolución Administrativa.

Que, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 890-2012 de 15 de noviembre de 2012, la autoridad Fiscalizadora consignó en Resolución Administrativa la nota CITE: APS/DS/JTS/8518/2012 de 29 de octubre de 2012.

Que, en fecha 13 de diciembre de 2012, **SEGUROS Y REASEGUROS CREDIFORM INTERNATIONAL S.A.**, presentó Recurso de Revocatoria contra la Resolución APS/DJ/DS/N° 890-2012 de 15 de noviembre de 2012.

Que, mediante la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 659-2013 de 24 de julio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 890-2012 de 15 de noviembre de 2012.

Que, la recurrente, en su Recurso Jerárquico, señala que el Ente Regulador no habría demostrado la ilegitimidad en la que incurriría la póliza de automotores al incluirse las cláusulas solicitadas para su registro, por lo que solicitan se revoque totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 659-2013 de 24 de julio de 2013 y consecuentemente la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 890-2012 de 15 de noviembre de 2012, procediendo, además, al registro de las Cláusulas de Responsabilidad Civil de Carga y la de Cobertura para Operaciones de Carga y Descarga.

Que, el suscrito Ministro de Economía y Finanzas Públicas, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2013 de 14 de junio de 2013, se resolvió anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N°30-2013 de 14 de enero de 2013, inclusive, debiendo en consecuencia emitirse Resolución Administrativa conforme los fundamentos establecidos en la mencionada Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, como consecuencia de lo resuelto en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 035/2013 de 14 de junio de 2013, la Autoridad Reguladora emitió la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 659-2013 de 24 de julio de 2013, mediante la cual resolvió confirmar la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 890-2012 de 15 de noviembre de 2012 en todas sus partes, por lo cual **SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.**, mediante memorial de fecha 12 de agosto de 2013, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución APS/DJ/DS/N° 659-2013, cuya evaluación y análisis se procede a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En cuanto a la inclusión de nuevas cláusulas a la Póliza de Seguro de Automotores.-

La recurrente argumenta que la APS le habría vulnerado sus derechos al no haber dado lugar al registro de las Cláusulas de Operaciones de Carga y Descarga y de Responsabilidad Civil de Carga dentro de la Póliza de Automotores.

Que, a decir de la recurrente, la Póliza de Seguro de Automotor puede contemplar la cobertura de operaciones de carga y descarga y de responsabilidad civil de carga.

Así también, señala que este hecho se encontraría respaldado por la certificación otorgada por parte del reasegurador Hannover Rück, quién certifica que la Cláusula de responsabilidad Civil de Carga para la póliza de automotores aplica a dicha póliza y es cubierta por el mismo.

Conforme lo expresa la Autoridad Reguladora en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 659-2013 de 24 de julio de 2013, la cobertura que se pretende registrar no corresponde al ramo de automotores, situación que generaría ambigüedades e imprecisiones en las pólizas, causal para rechazo que se encuentra en la Resolución Administrativa N° 070 de 23 de abril de 1999 (“b. Cuando la redacción del documento presente ambigüedades o imprecisiones en las secciones que comprometan la legitimidad de la póliza.”), además el reasegurador si bien cubre el riesgo, lo hace siempre y cuando alimente el contrato de reaseguro para el ramo de responsabilidad civil. De igual manera señala que el seguro de automotores cubre daños ocasionados al vehículo o daños ocasionados por el uso del vehículo automotor y no daños que corresponden a otro ramo de seguro como sería el caso de carga y descarga.

La Autoridad Reguladora, no se opone al registro de las Cláusulas en cuestión sino a que las mismas no pueden ser parte del seguro de Automotores debido a que se estarían combinando ramos diferentes (Automotores y Responsabilidad Civil), por lo que correspondería que se registren como Seguro Multirisgo, el cual se encuentra en el ramo de Riesgos Varios Misceláneos. Esta posición también la respalda con lo mencionado por la propia recurrente en su Recurso de Revocatoria, cuando señala:

*“Que sobre la afirmación, basta con repasar el propio ejemplo brindado por el asegurador, donde señala el turril que hace daño a otro vehículo o peatón, ese daño causado a un tercero **caería bajo la responsabilidad civil del asegurado dueño del vehículo (las grillas son de la APS).**”*

Que como es posible observar, es la propia aseguradora quien manifiesta y confirma que dicho evento corresponde a la **responsabilidad civil del dueño del vehículo asegurado** y no a la responsabilidad civil del vehículo asegurado. Se debe recordar que la materia asegurada en el seguro de automotores es el vehículo y no el dueño del vehículo.

Que los daños a terceros que no sean ocasionados por el vehículo automotor pero por los que el dueño del vehículo asegurado es civilmente responsable, encuentran cobertura en el ramo de responsabilidad civil y no así en el ramo de automotores.

Que con relación a que lo anterior es práctica de una póliza multiriesgo, esta autoridad está de acuerdo y es por ello que se brinda la opción de que la aseguradora pueda registrar una póliza multiriesgo que ampare coberturas de distintos ramos de seguros, pero no en una póliza de automotores cuyo objeto principal es el de asegurar los daños al vehículo asegurado, y los daños a terceros o a ocupantes, ocasionados por éste."

Del análisis anterior, se tiene que, la negativa de registro de las cláusulas propuestas por la Aseguradora sería porque la póliza de automotores **contempla como cobertura la Responsabilidad Civil**, ésta se refiere, precisamente, **a la responsabilidad civil del dueño del vehículo asegurado por los daños ocasionados por el vehículo y no por los daños ocasionados por la carga que éste estaría transportando**, lo cual ya recaería dentro del ramo de Responsabilidad Civil y al combinar dos ramos se estaría hablando de una póliza de Multiriesgo, seguro que se encuentra registrado a través de la Resolución Administrativa N° 824/2007, cuyo ramo es el de Riesgos Varios Misceláneos.

Respecto a la prueba presentada por la recurrente, certificado de cobertura del riesgo emitida por la firma reaseguradora Hannover Röchversicherung AG, que señala:

- (...)
- Nombre de la Cláusula: Cláusula de Responsabilidad de Carga.
 - Pólizas a las que aplica: Pólizas de Automotores.

Se aclara que dicha cláusula puede ser otorgada para el ramo de automotores, siempre que **alimente al contrato de reaseguro Tent Plan para el ramo de Responsabilidad Civil**" (Las negrillas fueron insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Lo expuesto, demuestra que el reasegurador reconoce que, si bien, la Responsabilidad de Carga puede ser otorgada en el ramo de Automotores pero que los recursos económicos generados se deben reportar en el ramo de Responsabilidad Civil, en otras palabras, se deben manejar como ramos separados, financieramente hablando, Automotores y Responsabilidad Civil, pero pueden ser comercializadas con la Póliza de Automotores. Al respecto, la Autoridad Reguladora tiene el mismo criterio, respecto a que se deben separar los dos ramos, pero discrepa en sentido de que la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga sea comercializada con la Póliza de Automotores, es decir que es un tema de forma que será analizado a continuación. Adicionalmente, es importante recalcar lo mencionado por la Autoridad Reguladora en la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 659-2013 de 24 de julio de 2013 (Página 20), cuando señala "...En todo caso, el respaldo de reaseguro es solo para la cláusula de responsabilidad civil de carga y no para la cláusula de cobertura para operaciones de carga y descarga...", es decir que la reaseguradora respalda solamente la

cláusula de Responsabilidad Civil de Carga, tal como lo manifiesta en su certificación, por lo que correspondería que para que la recurrente pueda registrar la Cláusula de Operaciones de Carga y Descarga dentro del Ramo de Automotores, deba contar con el respaldo del reasegurador.

Ahora bien y en cuanto a la existencia de antecedentes en otros países sobre este tipo de seguros, se puede apreciar que dentro del ramo de Automotores sí existe la cobertura de Responsabilidad Civil por los daños que ocasione la carga, sin embargo las Operaciones de Carga y Descarga, se las maneja en ramo separado como es el de Transporte de carga.

En este sentido, es importante considerar algunos aspectos técnicos y doctrinarios que hacen a la clasificación de los Ramos de seguro, para ello, empezaremos señalando que Ramo es la agrupación de riesgos afines, el nombre de cada Ramo representa un elemento común que le da origen, por ello, y si bien estamos de acuerdo que la clasificación de los Ramos, no puede ser absolutamente rígida ya que el desarrollo humano y tecnológico va generando la aparición y modificación de sectores económicos y áreas de actividad o desempeño de las personas, lo que a su vez genera la aparición de nuevos riesgos asegurables y/o la modificación de los ya existentes. Sin embargo de ello, esto requiere que la forma de clasificar los riesgos y los planes que proponen las aseguradoras, y para generar un orden en el mercado asegurador nacional, existe una entidad llamada por Ley a establecer esa clasificación de los Ramos de seguro.

Por tal razón, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, justamente fue creada con el fin y el objeto de regular la actividad aseguradora, debiendo emitir los criterios técnicos que considere convenientes para poder regular de manera adecuada el mercado asegurador entendiéndose por esta última como **“(…)la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican, en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económico respectivo. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150/93 de 25 de febrero de 1993)** (Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, en este sentido, si bien estamos de acuerdo que es el Órgano de Regulación el que tiene competencia para regular estos aspectos, de registrar pólizas y/o cláusulas en los diferentes ramos de seguro, también es cierto que el Ente Regulador no debe olvidar que para rechazar el registro de una de ellas, las causales para tal rechazo deben encontrarse previamente normadas.

Que, la norma con la que actualmente cuenta la Autoridad Reguladora para el rechazo del registro de cláusulas y en la cual se basó, se encuentra en el artículo 4.b) de la Resolución Administrativa IS N° 070/1999 de 23 de marzo de 1999, la misma que señala:

“El rechazo de la solicitud de registro procederá sólo en los siguientes casos:

...b) Cuando la redacción del documento presente ambigüedades o imprecisiones que comprometan la legitimidad de la póliza...

En este entendido, tenemos que, el rechazo de las dos cláusulas en cuestión sólo puede darse en el supuesto de que la redacción del documento presente ambigüedades o imprecisiones que comprometan la legitimidad de la póliza, por lo que importa, previamente, definir estos dos términos para determinar si, en el caso de autos, correspondería rechazar el registro de las dos cláusulas por encontrarse dentro de estas causales.

Que, el Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L., en cuanto a estos dos términos, señala:

Ambigüedad: *"...Cosa o dicho ambiguos: las ambigüedades del lenguaje siempre crean confusión..."*

La ambigüedad lingüística se da cuando una palabra, sintagma u oración es susceptible de dos o más significados o interpretaciones. La ambigüedad puede ser sintáctica (o estructural), semántica o pragmática."

Impreciso: *"Adj. Que no es exacto o detallado."*

Que, en el caso de autos y revisado el fundamento, expuesto por el Ente Regulador, éste se encontraría en el hecho de que **"...no correspondería registrar las presentes cláusulas en el ramo de automotores por que este hecho desnaturalizaría el objeto y alcance del ramo de automotores , debido a que se estaría hablando de la combinación de dos ramos que, por lo mismo, deben ser manejados de forma separada (Ramo Automotores y ramo Responsabilidad Civil) o en su caso formar parte de una Póliza Multiriesgo que pertenece al ramo de Riesgos Varios Misceláneos...."**(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito, se tiene que, el argumento usado por la Autoridad Fiscalizadora para el rechazo no se encontraría establecido en la norma al no ser las cláusulas ambiguas ni imprecisas, por lo que no corresponde el rechazo por el artículo 4.b) de la Resolución Administrativa IS N° 070/1999 de 23 de marzo de 1999.

Que, si bien ésta Autoridad considera acertados los argumentos de la APS en cuanto a la negativa del registro, los mismos no pueden ser considerados en el presente caso, en razón a que no existe norma que establezca que el rechazo pueda darse por causales técnicas o porque las cláusulas a registrar pertenecen a otro ramo.

Por lo que, en el presente caso, no existe razón válida y legal para no dar curso a la solicitud del recurrente y en caso de que el Órgano de Regulación considere que el registro de estas cláusulas pueda dar lugar a un desorden técnico que crearía confusión y desinformación en el mercado de seguros, el mismo, amparado en su facultad reguladora, deberá regular estos hechos y evitar posibles desórdenes técnicos, como lo manifiesta.

Que, al no existir normativa que prohíba el registro de éstas dos cláusulas en el ramo de automotores y al no ser éstas contrarias a las normas nacionales que regulan la actividad del Seguro, como son la Ley de Seguros y los artículos pertinentes del Código de Comercio, no puede darse lugar al rechazo de las cláusulas por ser éstas ambiguas e imprecisas ya que, del análisis ut supra, se evidenció que los argumentos de la APS no hacen referencia a una imprecisión o ambigüedad, sino refieren exclusivamente a aspectos técnicos que no se encontrarían en una

norma regulatoria y que solamente son expuestos para el caso específico.

Por último y en cuanto a la información estadística, misma que se vería afectada al considerar indemnizaciones por Responsabilidad Civil (por daños efectuados por la carga que transporta el vehículo) como indemnizaciones del ramo de Automotores, situación que generaría confusión y desinformación al mercado en general, como lo sostiene la Autoridad Reguladora, la misma también se vería afectada de mantenerse la negativa de la APS, para el registro de las cláusulas dentro del ramo de Automotores, como lo argumenta la recurrente. Si bien ambas posibilidades son ciertas, también se debe tomar en cuenta que una vez regulados los aspectos técnicos que permitan mayor precisión en cuanto a los ramos y sus coberturas, la información estadística, y la información en general, no se verá afectada, es más, tendría mayor transparencia.

Que, de la revisión de la documentación cursante, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas llega a la conclusión de que no existe normativa por la que no se puedan registrar las Cláusulas de cobertura por riesgo de Operaciones de Carga y Descarga y Responsabilidad Civil de Carga, en el ramo de Automotores, siempre y cuando el reasegurador certifique claramente que las mismas se encuentran respaldadas por él.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 43 inc. b) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá Revocar Parcialmente la Resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DS/N° 659-2013 de 24 de julio de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa APS/DL/DS/ N° 890-2012 de 15 de noviembre de 2012, dejando constancia que, para el registro de las dos cláusulas, previamente la recurrente deberá presentar certificado de respaldo del riesgo de su Reasegurador tanto para la Cláusula de Operaciones de Carga y Descarga como para la Cláusula de Responsabilidad Civil de Carga, para que las mismas puedan ser registradas dentro de la Póliza de Automotores.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



RECURRENTE

ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI

RESOLUCIÓN RECURRIDA

APS/DJ/DFP/N° 779-2013 DE 22 DE AGOSTO DE 2013

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE
PENSIONES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 089/2013 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2013

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 089/2013

La Paz, 17 de Diciembre de 2013

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 779-2013 de 22 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 571-2013 de 24 de junio de 2013, ambos actos emitidos por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 087/2013 de 30 de octubre de 2013 y el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 187/2013 de 14 de noviembre de 2013, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137° del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37 del Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

Que, mediante Resolución Ministerial N° 131 de 30 de abril de 2009, se crea la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros, siendo esta Unidad la encargada de la tramitación de los Recursos Jerárquicos, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables.

CONSIDERANDO:

Que, mediante nota AA.GG. – 9522/2013, presentada en fecha 11 de septiembre de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, representada legalmente por su Gerente de Renta Dignidad señor Daniel Murguía Aillón y su apoderado legal señor Luis Alfonso Ibañez Montes, tal como acredita el Testimonio Poder N° 269/2012, de 6 de julio de 2012, otorgado ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz N° 091 a cargo del Dr. Jorge Manuel Cañedo Durán, interpuso Recurso Jerárquico contra la

Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 779-2013 de 22 de agosto de 2013, que en Recurso de Revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ N° 571-2013 de 24 de junio de 2013.

Que, mediante nota APS/DESP/DJ/7775/2013, con fecha de recepción 16 de septiembre de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, remitió al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 779-2013 de fecha 22 de agosto de 2013, conjuntamente los antecedentes administrativos.

Que, mediante Auto de Admisión de fecha 17 de septiembre de 2013, notificado el 19 de septiembre de 2013, se admite el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 779-2013 de fecha 22 de agosto de 2013.

Que, en fecha 30 de octubre de 2013, se llevó a efecto la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, que fuera solicitada por la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI** en su nota AA.GG.-10607/2013 presentada el 08 de octubre de 2013.

CONSIDERANDO:

Que, corresponde la transcripción de los principales actos administrativos cursantes en el expediente, conforme se procede a continuación:

1. NOTA DE CARGOS APS/DJ/DFP/5653/2013 DE 22 DE MAYO DE 2013.-

La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante nota APS/DJ/DFP/5653/2013 de 22 de mayo de 2013, notificó a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, con los siguientes cargos:

“...2. IMPUTACIÓN DE CARGOS.

CARGO N° 1

Se advierte indicios de incumplimiento a la normativa establecida en el ARTÍCULO 11° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008, toda vez que la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI digitalizó fuera de plazo un total de ochenta y ocho (88) Primeros Pagos de la Renta Dignidad.

Los casos observados se presentan en el Anexo 1, adjunto a esta Nota de Cargos.

CARGO N° 2.

Se advierte indicios de incumplimiento al ARTÍCULO 11° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008, al haberse identificado treinta y un (31) casos en los que la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, no digitalizó la documentación de los Primeros Pagos de la Renta Dignidad del período observado, según establece la normativa.

Los casos observados se presentan en el Anexo 2, adjunto a esta Nota de Cargos.

CARGO N° 3.

Existen indicios de incumplimiento a lo dispuesto en el inciso b) del ARTÍCULO 19 de la

Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008, toda vez que en dos (2) pagos de la Renta Dignidad, la documentación adicional, Certificado de Nacimiento y Certificado de Matrimonio del NUB 000001187 y Certificado de Matrimonio del NUB 000001348, existiendo la ausencia de firma y/o huella digital del Beneficiario que cobró el beneficio...”

2. DESCARGOS PRESENTADOS.-

Mediante nota AA.GG.-5650/2013 de fecha 10 de junio de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI** presenta los descargos respectivos, señalando lo siguiente:

“...Cargo 1.-
(...)”

Luego de la verificación de las fechas de digitalización de los registros descritos, en efecto las fechas de digitalización son correctas. En virtud a las verificaciones en el proceso de escaneo, estas boletas fueron subidas al repositorio en las fechas descritas debido a problemas operativos en el proceso de escaneo, ya subsanados.

Corresponde hacer notar que de acuerdo a la normativa vigente en ese momento, la proporción de primeros pagos en los primeros meses del año era muy superior a la proporción de los restantes meses, lo cual ocasionaba una sobre carga de escaneo cuando se reciben los documentos de los mencionados pagos. Sin embargo, el retraso observado no ha afectado a los beneficiarios en el pago de la Renta Dignidad, ni ha tenido efecto en el Fondo de Renta Universal de Vejez.

Observación 2(sic).-
(...)”

Informamos que una vez notificada la nota APS/DFP/3258/2013 de fecha 28 de marzo de 2013 y con el fin de subsanar la observación se procedió al escaneo de los requisitos observados, como se puede comprobar mediante consulta al sistema Alfresco.

Por otra parte, hacemos notar que el retraso en el escaneo de estos documentos de pago no ha ocasionado ningún tipo de daño a los beneficiarios ni al Fondo de Renta Universal de Vejez.

Observación 3(sic).-
(...)”

Con referencia a estos casos hacemos notar que de acuerdo a Resolución Administrativa SPVS/IP N° 548/2008, la falta de firma o huella del beneficiario en documentación adicional no es considerada como un pago con defecto de datos ni operativo, por lo cual no está sujeto a un proceso de reporte de observación o regularización por pago en defecto.

Sin embargo, reiteramos que los comprobantes de pago correspondientes presentan la huella o firma en comprobante de pago y documento de identidad, lo cual respalda que el pago fue efectuado al Beneficiario...”

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/N° 571-2013 DE 24 DE JUNIO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/N° 571-2013 de 24 de junio de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve:

“...PRIMERO.- Sancionar a la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI por el Cargo N° 1 señalado con una multa en bolivianos equivalente a \$us4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por infracción a lo establecido en el ARTÍCULO 11° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008, toda vez que la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI digitalizó fuera de plazo un total de ochenta y ocho (88) Primeros Pagos de la Renta Dignidad.

SEGUNDO.- Sancionar a la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI por el Cargo N° 2 señalado con una multa en bolivianos equivalente a \$us4.000,00 (CUATRO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), por incumplimiento al ARTÍCULO 11° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008, al haberse identificado treinta y un (31) casos en los que la Asociación Accidental La Vitalicia –BISA SAFI, no digitalizó la documentación de los Primeros Pagos de la Renta Dignidad del período observado, según establece la normativa.

TERCERO.- Sancionar a la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI por el Cargo N° 3 con AMONESTACIÓN, por incumplimiento a lo dispuesto en el inciso b) del ARTÍCULO 19 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008, toda vez que en dos (2) pagos de la Renta Dignidad, la documentación adicional, Certificado de Nacimiento y Certificado de Matrimonio del NUB 000001187 y Certificado de Matrimonio del NUB 000001348, existiendo la ausencia de firma y/o huella digital del Beneficiario que cobró el beneficio.

CUARTO.- Las sanciones pecuniarias impuestas para los precedentes Cargos, deberán ser depositadas en la Cuenta Transitoria del Tesoro General de la Nación N° 865 del Banco Central de Bolivia, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa...”

Los argumentos de la citada resolución son los siguientes:

“...SOBRE EL CARGO N° 1
(...)”

Con relación a este cargo, la Entidad Gestora menciona:

“Luego de la verificación de las fechas de digitalización de los registros descritos, **en efecto las fechas de digitalización son correctas.** En virtud a las verificaciones en el proceso de escaneo, estas boletas fueron subidas al repositorio en las fechas descritas debido a problemas operativos en el proceso de escaneo, ya subsanados” (las negrillas son nuestras).

Con la anterior aseveración la Entidad Gestora acepta que la digitalización ha sido realizada fuera de plazo, por tanto se incumplió con lo establecido en normativa vigente, Resolución Administrativa N° 546 de 02 de julio de 2008, que en su artículo 11

señala: "Las AFP deberán efectuar el registro digital de los pagos señalados en el Artículo 5° de la presente Resolución Administrativa, **en un plazo máximo de noventa (90) días calendario**, computable a partir de la fecha en que se realizó el pago de la Renta Dignidad" (las negrillas son nuestras).

SOBRE EL CARGO N° 2

(...)

La Entidad Gestora al sostener que:

"Informamos que una vez notificada la nota APS/DFP/3258/2013 de fecha 28 de marzo de 2013 y con el fin de subsanar la observación se procedió al escaneo de los registros observados, como se puede comprobar mediante consulta al sistema Alfresco." (Las negrillas son nuestras).

Es solamente después de presentar la nota APS/DFP/3258/2013 que la Entidad procede a digitalizar los Primeros pagos cuando el plazo ya estaba vencido.

Asimismo, la Entidad menciona que:

"...el retraso en el escaneo de estos documentos de pago no ha ocasionado ningún tipo de daño a los beneficiarios ni al Fondo de Renta Universal de Vejez",

Si bien, como menciona la Gestora, no existe daño al Beneficiario, ni al Fondo de Renta Universal de Vejez, esta Entidad incumplió con la Resolución Administrativa N° 546 de 02 de julio de 2008, en su Artículo 11 señala: "Las AFP deberán efectuar el registro digital de los pagos señalados en el Artículo 5° de la presente Resolución Administrativa, **en un plazo máximo de noventa (90) días calendario**, computable a partir de la fecha en que se realizó el pago de la Renta Dignidad" (las negrillas son nuestras).

SOBRE EL CARGO N° 3

(...)

Por lo expuesto, se aclara que la observación y normativa incumplida en el cargo, se refiere a la ausencia de firma o huella digital del Beneficiario en el Certificado de Matrimonio y/o Certificado de Nacimiento requisito establecido en el inciso b) del artículo 19 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008 que señala:

"...el Beneficiario presentará su documento de identidad original y entregará dos (2) fotocopias legibles de dicho documento **y cuando corresponda, de los documentos adicionales requeridos** (conforme al artículo siguiente). **Dichos documentos deberán ser firmados por el Beneficiario al momento del cobro.**

En caso que el Beneficiario esté impedido de firmar, deberá estampar su huella digital en los documentos correspondientes..." (las negrillas y el subrayado son nuestros).

CONSIDERANDO:

Que en virtud a lo señalado anteriormente, corresponde realizar el análisis y fundamento para la aplicación de la sanción en el presente caso y sea según dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad, observando:

“El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

*Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: **a)** Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, **b)** Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y **c)** Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.*

*Por otra parte, y en lo que respecta a la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: **a)** La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, **b)** La naturaleza de los perjuicios causados y **c)** La reincidencia en la comisión”.*

De acuerdo a los puntos anteriormente expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, cumple con cada uno de los parámetros aplicables, que forman parte del Principio de Proporcionalidad refiriéndonos específicamente a lo siguiente:

Cargo N° 1

a) La norma señala expresamente que hasta noventa (90) días posteriores al pago de la Renta Dignidad se debe proceder a la digitalización de los Primeros Pagos hechos y en

base a la verificación que hizo el mismo regulado, constata en sus descargos haber incumplido el plazo de digitalización.

b) Ha sido la misma Entidad Gestora quien en sus propios términos (página 1 de 2, parágrafo 3° de la nota AA.GG.-5650/2013 de 10 de junio de 2013) ha admitido haber ultrapasado el término de digitalización.

c) Al momento de imponer sanción se considera, como argumenta la Entidad Gestora, la ausencia de daño económico sea al Beneficiario o sea al Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV). Los argumentados problemas operativos son de exclusiva responsabilidad del regulado.

En cuanto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción que se aplica:

a) Constituye negligencia el hecho de sobrepasar el término para la digitalización de los Primeros Pagos de la Renta Dignidad que bien conoce el regulado en virtud a la normativa vigente.

b) Ante la conducta negligente del regulado al sobrepasar el plazo de digitalización se produce una alteración del curso regular y normado de los procedimientos de pago, administración, regulación y fiscalización aunque se aprecia la ausencia de daño económico en los Beneficiarios y en el FRUV.

c) No habiendo proceso en firme por el cual se hubiera sancionado, en otras gestiones, el retraso en la digitalización a la Entidad Gestora, el análisis de reiteración no aplica.

Asimismo, se advierte que la conducta del regulado es preterintencional en el sentido de que éste no respetó el plazo, impuesto en la norma para digitalizar los Primeros Pagos en un máximo de noventa (90) días luego de realizarse el pago de la Renta Dignidad y no se fija en que ese incumplimiento, afecta el nivel de calidad con pocos errores o con errores subsanados que se espera; además, la administración del pago de la Renta Dignidad no es eficiente y contraría los objetivos del sistema. Sin embargo, no se identifica daño económico por lo que corresponde aplicar una sanción de grado leve.

En este sentido, se concluye que los descargos presentados por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, para el Cargo N° 1 no son suficientes para desvirtuar el Cargo imputado, por lo que se mantiene.

Cargo N° 2

a) El ARTÍCULO 11° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008, señala expresamente que hasta noventa (90) días posteriores al pago de la Renta Dignidad se debe proceder a la digitalización de los Primeros Pagos hechos. El regulado no había digitalizado los pagos de la Renta Dignidad y solamente lo hizo después de la observación hecha (sic) por esta Autoridad mediante nota APS/DFP/3258/2013 de 28 de marzo de 2013; en otras palabras, no cumplió la obligación en el plazo establecido.

b) Ha sido la misma Entidad Gestora quien en sus propios términos (página 2, párrafo 1º de la nota AA.GG.-5650/2013 de 10 de junio de 2013) ha admitido haber digitalizado los Primeros Pagos de la Renta Dignidad, sólo cuando se le comunicó su omisión.

c) Al momento de imponer sanción se considera, la ausencia de daño económico sea al Beneficiario o sea al Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV).

En cuanto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción que se aplica:

a) Constituye negligencia el hecho de ignorar el término para la digitalización de los Primeros Pagos de la Renta Dignidad que bien conoce el regulado y reaccionar sólo cuando la Entidad Reguladora se lo recuerda.

b) Ante la conducta negligente del regulado al no proceder con la digitalización se produce una alteración del curso regular y normado de los procedimientos de pago, administración, regulación y fiscalización aunque se aprecia la ausencia de daño económico a los Beneficiarios o al FRUV.

c) No habiéndose sancionado, en otras gestiones, la falta de digitalización a la Entidad Gestora, el análisis de reiteración no aplica.

Asimismo, se advierte que la conducta del regulado es preterintencional en el sentido de que éste no digitalizó los Primeros Pagos de la Renta Dignidad y resultado de su conducta se afecta el nivel de calidad con pocos errores o sin errores que se espera de la Administración del Pago de la Renta Dignidad; además, esa administración se hace ineficiente y contraría los objetivos del sistema. Sin embargo, como en el caso anterior, tampoco se identifica daño económico por lo que corresponde aplicar una sanción correspondiente al grado de leve.

En este sentido, se concluye que los descargos presentados por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, para el Cargo N° 2 no son suficientes para desvirtuar el Cargo imputado, por lo que se mantiene.

Cargo N° 3

Es muy importante aclarar que la observación y normativa incumplida en el Cargo N° 3, se refiere a la ausencia de firma o huella digital del Beneficiario en el Certificado de Matrimonio y/o Certificado de Nacimiento establecido como requisito en el inciso b) del artículo 19 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008 que señala:

*“...el Beneficiario presentará su documento de identidad original y entregará dos (2) fotocopias legibles de dicho documento **y cuando corresponda, de los documentos adicionales requeridos** (conforme al artículo siguiente). **Dichos documentos deberán ser firmados por el Beneficiario al momento del cobro.**”*

En caso que el Beneficiario esté impedido de firmar, deberá estampar su huella digital en los documentos correspondientes... (las negrillas y el subrayado son nuestros).

Por tanto, lo que se ha imputado es distinto a la determinación de si estos casos corresponden a pagos con defecto de datos u operativo que tengan que ser reportados como lo establece la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 548/2008.

Entonces, cumpliendo los parámetros aplicables para emitir la presente Resolución Administrativa expuestos en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, se evidencia en cuanto al Principio de Proporcionalidad en el presente caso:

- a)** La norma señala expresamente los requisitos que deben cumplirse cuando se presentan documentos adicionales como el Certificado de Nacimiento y el Certificado de Matrimonio y la firma o huella digital deben aparecer en ellos.
- b)** La Entidad Gestora ha confundido la normativa aplicable y no presenta prueba para desvirtuar lo que se plantea en el Cargo N° 3. La fiscalización realizada con carácter previo al Proceso Sancionatorio, identificó los documentos carentes de requisitos.
- c)** Al momento se (sic) imponer sanción se considera, como argumenta la Entidad Gestora, la ausencia de daño económico sea al Beneficiario o al Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV) y al mismo tiempo los pocos casos observados.

En cuanto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción que se aplica:

- a)** Constituye negligencia el hecho de no prestar atención a los requisitos señalados en norma al momento en el que los Beneficiarios presentan documentación.
- b)** Ante la conducta negligente del regulado al no revisar la documentación se produce una alteración del curso regular y normado de los procedimientos de pago, administración, regulación y fiscalización aunque se aprecia la ausencia de daño económico en los Beneficiarios y en el FRUV.
- c)** No habiéndose sancionado, en otras gestiones, el incumplimiento de requisitos de forma, aunque constan llamadas de atención al respecto, el análisis de reiteración no aplica.

Asimismo, se advierte que la conducta del regulado es preterintencional en el sentido de que éste no cumplió con los requisitos exigidos para los documentos que presentan los Beneficiarios a la hora de la cancelación del beneficio. Sin embargo, como en el caso anterior tampoco se identifica un daño económico apreciable por lo que corresponde aplicar una sanción correspondiente al grado de leve.

En este sentido, se concluye que los descargos presentados por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, para el Cargo N° 3 no son suficientes para desvirtuar el Cargo imputado, por lo que se mantiene.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 168 inciso b) de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que entre las funciones y atribuciones del Organismo de Fiscalización, se encuentra la de sancionar a las entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la Ley de Pensiones, Ley de Seguros y los reglamentos correspondientes.

Que el artículo 177 de la Ley N° 065 de 10 de diciembre de 2010 de Pensiones, establece que: "Las Administradoras de Fondos de Pensiones continuarán realizando todas las obligaciones determinadas mediante Contrato de prestación de servicios suscritos con el Estado Boliviano en el marco de la Ley No. 1732 de Pensiones, Decretos Supremos y normativa regulatoria del Sistema Integral de Pensiones, asumiendo las obligaciones, atribuciones y facultades conferidas a la gestora pública de la Seguridad Social de Largo Plazo, mientras dure el periodo de transición..."

Que el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II del Procedimiento y los Recursos del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento de la Ley de Pensiones, dispone las atribuciones y procedimientos que debe seguir la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS para la imposición de sanciones.

Que de acuerdo al párrafo II del artículo 67 y artículo 68 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, una vez presentados los descargos y transcurrido el plazo, la Máxima Autoridad Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, procederá al análisis de los antecedentes y descargos presentados, aplicará la sana crítica y la valoración razonada de la prueba, dictará la resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho.

Que por lo expuesto, en cumplimiento al párrafo II del artículo 115 de la Constitución Política del Estado, que garantiza el debido proceso que se traduce esencialmente en la posibilidad que se concedió al regulado de formular descargos, toda prueba relativa a sus derechos, verter argumentaciones y tener acceso a la totalidad de las actuaciones.

Que a partir de los descargos presentados por el regulado, se realizó un análisis pormenorizado de argumentos y de pruebas rendidas, habiéndole otorgado ampliamente el derecho a la defensa de manera previa a la adopción de una determinación, por lo que corresponde establecer la misma conforme a norma.

Que el artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece criterios de calificación de gravedad:

c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor”.

Que el artículo 287 de la misma normativa determina las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según la gravedad de la infracción, cuyo inciso b), señala:

“b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas reiterativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media”.

Que el artículo 291 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, establece las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción.

c) Infracción calificada como gravedad leve: Hasta cinco mil (5.000) dólares estadounidenses”.

Que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros - APS ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 292 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997...”

4. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Mediante nota AA.GG.-7040/2013, presentada el 24 de julio de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 571-2013 de 24 de junio de 2013, con los siguientes argumentos:

“...En atención a la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 571-2013 de fecha 24 de junio de 2013, notificada a nuestra Asociación en fecha 3 de julio de 2013, la cual establece sanciones por tres cargos con relación a los primeros pagos de Renta Dignidad de la gestión 2012, tenemos a bien presentar el siguiente Recurso de Revocatoria contra el cargo N° 2 de acuerdo al a siguiente exposición:

Cargo N° 2

Multa por el equivalente en Bolivianos de USD 4.000.- (cuatro mil 00/100 dólares americanos (sic)) por infracción a lo establecido en el Artículo 11 de la R.A. 546-2008, por no digitalizar treinta y un (31) primeros pagos de Renta Dignidad.

Desarrollo

Hacemos notar a su Autoridad que el valor y la naturaleza de la sanción que se nos ha aplicado es desproporcionada en relación a infracciones de similar o mayor gravedad en que han incurrido otros operadores. Nos referimos específicamente a la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 636-2012 de fecha 21 de agosto de 2012, mediante la cual su Autoridad ha sancionado a la AFP Previsión BBVA con amonestación, por infracción a lo dispuesto en el inciso a) del Art. 6° de la R.A. 546-2008, por no digitalizar 53 fotocopias legalizadas de boletas de pago de Renta Dignidad.

Se observa que tanto la R.A. 636-2012 como la R.A. 571-2013 sancionan por el mismo tipo de infracción, el cual es no haber digitalizado comprobantes de primeros pagos de Renta Dignidad. En el caso de la R.A. 636-2012, AFP Previsión BBVA nunca subsanó la infracción, informando a su Autoridad que la documentación ya no se encontraba en su poder. En el caso de la R.A. 571-2013, nuestra Asociación ha reportado a su Autoridad que los documentos han sido digitalizados, subsanándose la infracción incurrida. Sin embargo, la sanción impartida por la R.A. 636-2012 consiste en una amonestación, mientras que la sanción impartida por la R.A. 571-2013 consiste en una multa por el equivalente en bolivianos de USD 4.000.-

Si bien la R.A. 636-2012 sanciona por infracción al inciso a) del Art. 6 de la R.A. 546-2008, mientras que la R.A. 571-2012 sanciona por infracción al Art. 11 de la R.A. 546-2008, advertimos que el incumplimiento del inciso a) del Art. 6 implica automáticamente el incumplimiento del Art. 11.

Por otro parte, el número de casos observados es superior en el caso de la R.A. 636-2012, ya que son 53, contra los 31 casos observados en la R.A. 571-2013.

De forma arbitraria, su Autoridad determina que hubo negligencia y preterintencionalidad en el caso de la R.A. 571-2013 y no así en el caso de la R.A. 636-2012, sin existir sustentos objetivos que justifiquen la diferencia de calificación entre ambas resoluciones Administrativas.

Resumimos la comparación en el siguiente cuadro:

R.A. 636/2012	R.A. 571/2013
Operador: AFP Previsión BBVA Norma Infringida: Art. 6, inciso (a) R.A. 546/2008; obligación de digitalizar primeros pagos. Sin embargo esta infracción implica automáticamente la infracción al Art. 11 de la misma R.A. Número de Pagos observados: 53	Operador: Asociación Accidental La Vitalicia – Bisa SAFI. (sic) Norma Infringida: Art. 11 R.A. 546/2008; obligación de digitalizar en un máximo de 90 días computados a partir de la fecha de pago. Número de pagos observados: 31
No se subsanó la infracción porque nunca se digitalizaron las 53 boletas de pago.	Se subsanó la infracción porque se digitalizaron las 31 boletas de pago.
Se establece que el impacto no amerita nada más que clasificar la infracción como gravedad levisima.	Se establece que se han afectado las funciones de control de la APS, observándose negligencia y alteración del curso regular y normado de los procedimientos de pago, administración, regulación y fiscalización, sin daño económico, observándose conducta preterintencional, clasificándose la infracción como de gravedad leve.
La sanción es de amonestación.	La sanción es de una multa en bolivianos equivalente a USD 4,000.-

Los criterios aplicados de forma disímil en ambas Resoluciones Administrativas evidencian que su Autoridad actuó con desproporción en la aplicación de la normativa, de forma perjudicial para nuestra Asociación.

Petitorio

Por los motivos anteriormente expuestos, le solicitamos revocar la sanción fijada a nuestra Asociación por el Art. 2º de la Resolución Administrativa APS/DJ/ N° 571-2013..."

5. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA APS/DJ/DFP/N° 779-2013 DE 22 DE AGOSTO DE 2013.-

Mediante Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 779-2013 de 22 de agosto de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, resuelve confirmar totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 571-2013 de 24 de junio de 2013.

Los argumentos que presenta son los siguientes:

"...CONSIDERANDO

Que del análisis de la impugnación presentada mediante nota AA.GG. – 7040/2013 de 23 de julio de 2013, esta Autoridad debe pronunciarse sobre los Cargos en disputa que, afectarían los intereses del regulado:

SOBRE EL CARGO N° 1

En cuanto al Cargo N° 1, la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI no se ha manifestado en su Recurso de Revocatoria. Sin embargo, en la exposición de su introducción, la Entidad Reguladora (sic) dice:

*"En atención a la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 571-2013 de fecha 24 de junio de 2013, notificada a nuestra Asociación en fecha 3 de julio de 2013, la cual establece **sanciones por tres cargos** con relación a los primeros pagos de la Renta Dignidad de la gestión 2012, tenemos a bien **presentar el siguiente Recurso de Revocatoria contra el cargo N° 2** de acuerdo a la siguiente exposición:" (las negrillas son nuestras)*

Visto lo anterior, se desprende de la exposición de la Entidad Gestora que, sabiendo que son tres cargos y tres sanciones, interponen el Recurso de Revocatoria contra el Cargo N° 2 y no cuestionan las sanciones por el Cargo N° 1 y Cargo N° 3 y mucho menos presentan descargos.

Por tanto, el Cargo N° 1 se mantiene sin modificación.
(...)

SOBRE EL CARGO N° 3

De la misma manera, como para el Cargo N° 1, la Entidad Gestora, conociendo la sanción determinada, no se ha manifestado y mucho menos presentado aclaraciones.

Es más, su Petitorio se refiere específicamente al Cargo N° 2.

Por lo tanto, el Cargo N° 3 se mantiene sin modificación.

ANÁLISIS DE DESCARGOS

CARGO N° 2.

En el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa/ APS/DJ N° 571-2013, la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI observa que la naturaleza de la sanción aplicada en dicha Resolución Administrativa es desproporcionada en relación a infracciones de similar o mayor gravedad, que hubiese ocurrido con otros operadores, señalando y comparándola con la sanción de la Resolución Administrativa APS/DJ N° 636-2012 de 21 de agosto de 2012, emitida para BBVA Previsión AFP S.A.

Al respecto, debemos mencionar que, el cuadro que presenta la Entidad Gestora y las consideraciones que se señalan corresponden al Cargo N°3 de la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 636-2012 de 21 de agosto de 2012, que a la letra señala:

*“Incumplimiento a lo dispuesto en el inciso a) del artículo 6 de a (sic) Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008, al identificarse que de las setenta (70) Boletas de pago de la Renta Dignidad en fotocopias legalizadas que la AFP obtuvo de forma extemporánea, **cincuenta y tres (53) corresponden a primeros pagos que no fueron digitalizados.**” (las negrillas son nuestras)*

En cambio, el Cargo N° 2 de la Resolución Administrativa/APS/DJ N° 571 - 2013 de 24 de junio de 2013, observa treinta y un (31) pagos **no digitalizados en plazo.**

Asimismo, tal y como señala la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, en su Recurso de Revocatoria presentado con nota AA.GG. - 7040/2013, la sanción en la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 636-2012 de 21 de agosto de 2012 fue por amonestación, debido a que la documentación (las Boletas de Pago que tuvo la AFP) **“... ya no se encontraba en su poder...”** (las negrillas son nuestras), situación distinta al Cargo N° 2 de la Resolución Administrativa/APS/DJ N° 571 - 2013 de 24 de junio de 2013, ya que la Asociación Accidental afirma en sus descargos con nota AA.GG.- 5650/2013 de 10 de junio de 2013:

“Informamos que una vez notificada la nota APS/DFP/3258/2013 de fecha 28 de marzo de 2013 y con el fin de subsanar la observación se procedió al escaneo de los registros observados, como se puede comprobar mediante consulta al sistema Alfresco”.

De la transcripción anterior se determina entonces que los **documentos sí estaban en su poder, pero no se digitalizaron a tiempo** y eso es **negligencia.**

“ negligencia.
(Del lat. negligentia).

1. f. Descuido, falta de cuidado.
2. f. Falta de aplicación.

Real Academia Española”

Y en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas:

“NEGLIGENCIA. Omisión de la diligencia (v.) o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas, en el manejo o custodia de las cosas y en el cumplimiento de los deberes y misiones.//Dejadez.//Abandono.//Desidia.//falta de aplicación.//defecto de atención.//Olvido de órdenes o precauciones.//Ejecución imperfecta contra la posibilidad de obrar mejor.”

Es evidente la aceptación manifiesta que la documentación estaba en poder de la Entidad Gestora por lo que expresamente asume la responsabilidad de no haber digitalizado los pagos de la Renta Dignidad en el plazo señalado en la norma vigente. Del mismo modo, si bien en ambas Resoluciones Administrativas se ha aplicado la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 546/2008 de 02 de julio de 2008, los artículos imputados son distintos; la sanción de la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 636/2012, tiene que ver con la MUESTRA DE DOCUMENTOS A SER DIGITALIZADOS, donde se especifica la obligatoriedad de digitalizar los documentos de cada primer cobro de Renta Dignidad, diferente en contexto del Artículo 11 PLAZOS PARA LA DIGITALIZACIÓN, señalado en la Resolución Administrativa/APS/DJ Nº 571 -2013 de 24 de junio de 2013, que menciona:

“Las AFP deberán efectuar el registro digital de los pagos señalados en el Artículo 5 de la presente Resolución Administrativa, en un plazo máximo de noventa (90) días calendario, computable a partir de la fecha en que se realizó el pago de la Renta Dignidad”.

Además de lo anteriormente expuesto, la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI ha afirmado en el Recurso de Revocatoria que:

“Los criterios aplicados de forma disímil en ambas Resoluciones Administrativas evidencian que su Autoridad actuó con desproporción en la aplicación de la normativa, de forma perjudicial para nuestra Asociación.”

La anterior afirmación, no es exacta debido a que las comparaciones y/o criterios señalados por la Entidad Gestora, en cuanto a contexto de normativa, cantidad de casos e infracción, son distintos; por lo que no se evidencia similitud ni discriminación ni en el hecho antijurídico ni en la sanción impuesta; por lo tanto no corresponden los argumentos señalados por la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI, y los mismos no son suficientes para desestimar el Cargo Nº 2.

Con relación a la Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 636-2012 de 21 de agosto de 2012, la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, que depende del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y normas aplicables, mediante Resolución Ministerial

Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 043/2013 de 08 de julio de 2013, menciona con relación a la normativa infringida, que:

" (...) se tiene que las infracciones son distintas y la imputación y sanción corresponde a normativa distinta" y para la preterintencionalidad " (...) al evidenciarse que la imputación fundamentalmente corresponde a otro "tipo administrativo", que existe diferencia tanto en el número de casos como en los elementos que hacen para la calificación de gravedad, donde el Ente Regulador ha presentado fundamentación justificando la existencia de preterintencionalidad, ello en el marco de su competencia y discrecionalidad (reglada), llevándonos a la única conclusión, de que el proceso ha sido llevado conforme a procedimiento, y no existen vicios que den lugar a considerar en una calificación discriminadora o desigual, conforme tiene alegado la recurrente".

Finalmente, no debe entenderse la proporcionalidad como una relación directa entre la imputación que se hace con un mismo instrumento normativo y el tipo y monto de la sanción pecuniaria que se impone, sino como una relación de hechos particulares, conductas, resultados y objetivo de la sanción.

Siendo más específicos, en el análisis de cada caso se considera la particularidad de los mismos al imputarse sus conductas con dos artículos diferentes según los cuales:

Las dos conductas son diferentes:

- *documentos no digitalizados.*
- *documentos no digitalizados en plazo.*

Además de las circunstancias que los rodean son diferentes:

- *no tener los documentos que debió digitalizar.*
- *tener los documentos pero retrasarse en la digitalización.*

PROPORCIONALIDAD

Asimismo, siguiendo la línea fundada por lo que dispone el punto III. 2 de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad y analizados sus conceptos, se ha considerado:

"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia o verdad material.

Este principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio del poder sancionador que le ha sido conferido.

En esa tarea toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas aplicables de acuerdo con el grado de culpabilidad del

regulado o administrado. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en las normas jurídicas es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: **a)** Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, **b)** Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y **c)** Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.”

Con los argumentos ya señalados y en relación al Cargo N° 2 que impugna la Entidad Gestora, la Resolución Administrativa/APS/DJ N° 571 – 2013 de 24 de junio de 2013 hizo el análisis que aquí reproducimos:

a) El ARTÍCULO 11° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008, señala expresamente que hasta noventa (90) días posteriores al pago de la Renta Dignidad se debe proceder a la digitalización de los Primeros Pagos hechos. El regulado no había digitalizado los pagos de la Renta Dignidad y solamente lo hizo después de la observación hecha por esta Autoridad mediante nota APS/DFP/3258/2013 de 28 de marzo de 2013; en otras palabras, no cumplió la obligación en el plazo establecido.

b) Ha sido la misma Entidad Gestora quien en sus propios términos (página 2, párrafo 1° de la nota AA.GG.-5650/2013 de 10 de junio de 2013) ha admitido haber digitalizado los Primeros Pagos de la Renta Dignidad, sólo cuando se le comunicó su omisión.

c) Al momento de imponer sanción se considera la ausencia de daño económico sea al Beneficiario o sea al Fondo de Renta Universal de Vejez (FRUV). “

Por lo tanto, esta Autoridad, sin apartarse de lo que señalan los lineamientos establecidos en la normativa vigente y en la orientación de la Resolución Jerárquica sobre la proporcionalidad, confirma la sanción impuesta.

CONSIDERANDO:

Que de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, el Ente Regulador llega a la conclusión que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que permitan modificar lo considerado e impuesto en la Resolución Administrativa/APS/DJ N° 571 - 2013 de 24 de junio de 2013.

Que la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI no ha hecho ningún planteamiento referente a los Cargos N° 1 y 3, por lo tanto, demuestra su conformidad.

Que en consecuencia, deben confirmarse los Cargos N° 1, 2 y 3 con la emisión de la

Resolución Administrativa Confirmatoria, en apego a lo dispuesto en el inciso a) del artículo 43 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica:

"I. las resoluciones sobre recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida..."

Que de conformidad con el artículo 49 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros – APS, tiene veinte (20) días hábiles administrativos, para substanciar el recurso y dictar resolución..."

6. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante nota AA.GG.-9522/2013 presentada el 11 de septiembre de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI**, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 779-2013 de 22 de agosto de 2013, argumentado lo siguiente:

"...Cargo N° 2

La APS establece una multa por el equivalente en Bolivianos de USD 4,000.- (cuatro mil 00/100 dólares americanos (sic)) por infracción a lo establecido en el Artículo 11 de la R.A. 546-2008, por no digitalizar treinta y un (31) primeros pagos de Renta Dignidad.

Desarrollo

Reiteramos lo expresado en el Recurso de Revocatoria, que el valor y la naturaleza de la sanción que se nos ha aplicado es desproporcionada en relación a infracciones de similar o mayor gravedad en que han incurrido otros operadores. Nos referimos específicamente a la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 636-2012 de fecha 21 de agosto de 2012, mediante la cual la APS ha sancionado a la AFP Previsión BBVA con amonestación, por infracción a lo dispuesto en el inciso a) del Art. 6° de la R.A. 546-2008, por no digitalizar 53 fotocopias legalizadas de boletas de pago de Renta Dignidad.

Se observa que tanto la R.A. 636-2012 como la R.A. 571-2013 sancionan por el mismo tipo de infracción, el cual es no haber digitalizado comprobantes de primeros pagos de Renta Dignidad. En el caso de la R.A. 636-2012, AFP Previsión BBVA nunca subsanó la infracción, informando a la APS que la documentación ya no se encontraba en su poder. En el caso de la R.A. 571-2013, nuestra Asociación ha reportado a la APS que los documentos han sido digitalizados, subsanándose la infracción incurrida. Sin embargo, la sanción impartida por la R.A. 636-2012 consiste en una amonestación, mientras que la sanción impartida por la R.A. 571-2013 consiste en una multa por el equivalente en bolivianos de USD 4,000.-

Si bien la R.A. 636-2012 sanciona por infracción al inciso (a) del Art. 6 de la R.A. 546-2008, mientras que la R.A. 571-2012 sanciona por infracción al Art. 11 de la R.A. 546-2008,

advertimos que el incumplimiento del inciso (a) del Art. 6 implica automáticamente el incumplimiento del Art. 11.

Por otra parte, el número de casos observados es superior en el caso de la R.A. 636-2012, ya que son 53, contra los 31 casos observados en la R.A. 571-2013.

En la R.A. 779-2013, que confirma la R.A. 571.-2013, la APS establece una diferencia para calificar el grado de negligencia, de acuerdo a lo siguiente:

- En la R.A. 636-2012, según la APS sólo correspondería amonestación porque AFP Previsión ya no contaba en su poder con las boletas de pago no escaneadas;
- Siempre según la APS, en la R.A. 571-2013 se observaría un mayor grado de negligencia debido a que nuestra Asociación sí contaba con los documentos para ser escaneados pero no lo hizo a tiempo.

De acuerdo a la normativa invocada en ambas Resoluciones Administrativas, para calificar la infracción es relevante únicamente la falta de escaneo de las boletas observadas, siendo irrelevante el hecho de que con posterioridad a la infracción no se cuente con las boletas para subsanar el resultado. Por tal motivo, consideramos infundada la apreciación de la APS de que la imposibilidad de poder escanear las boletas de pago mitigue el grado de negligencia por no haber efectuado dicha operación dentro de los plazos establecidos por norma.

Como lo establece el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 043/2013 de fecha 8 de julio del presente, sobre un caso muy similar, en su página 52:

(...) Sin embargo, uno de los elementos fundamentales que hace a la diferencia entre una sanción pecuniaria y una amonestación, es la existencia de preterintencionalidad, por lo que revisemos:

Entendemos como preterintencionalidad: "...cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el que ha sido querido por el sujeto. Esto es, que el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente. Se requiere así, para que se configure el delito (o infracción) preterintencional la acción u omisión voluntaria del sujeto, la intención dirigida a un determinado hecho dañoso, que por tanto es querido, y la realización efectiva de ese hecho dañoso, pero que produce la realización efectiva de un hecho dañoso más grave que el querido, que excede la voluntad del agente, y el cual debe derivar causalmente del comportamiento intencional del culpable, produciéndose un segundo resultado que va más allá del actor".

(Criterio recogido ya en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 004/2011, de fecha 26 de enero de 2012).

De forma arbitraria, la APS determina que hubo preterintencionalidad en el caso de la R.A. 571-2013 y no así en el caso de la R.A. 636-2012, para diferenciar la calificación de gravedad y la correspondiente sanción, sin existir sustentos objetivos que lo justifiquen.

Más aún, se puede ver que en las consideraciones efectuadas por la APS en la R.A. 636-2012, se configura la posibilidad de que la falta de escaneado de las boletas genere un daño adicional no previsto, como se expresa en la página 14 de dicha Resolución Administrativa:

b) Ante la conducta negligente de la AFP al no proceder con la digitalización de todos los primeros pagos, pero viendo que el daño mayor es económico y que éste ya ha sido repuesto, **remane el daño administrativo** por no poderse identificar probables homónimos o por no haber depurado en aquél momento de la Base de Datos de beneficiarios de la Renta Dignidad.

(Las negrillas son nuestras)

Este es un claro elemento de preterintencionalidad, que no se configura en la infracción sancionada a nuestra Asociación, ya que al haberse escaneado (aún fuera de plazo) las boletas observadas, la posibilidad de depuración de la Base de Datos de Beneficiarios de la Renta Dignidad permanece factible y vigente.

Se observa entonces que en caso de la sanción a la AFP Previsión (sic), la preterintencionalidad es mencionada, pero finalmente no se considera (sin sustentarse con ninguna justificación) para establecer el grado de gravedad y la sanción correspondiente. No así con la R.A. 571-2013 y la R.A. 779-2013, donde la preterintencionalidad es aludida para sancionar a nuestra Asociación.

Finalmente, si bien la APS cuenta con la facultad de discrecionalidad reglada para sancionar dentro del marco de su competencia, no es correcta la línea de razonamiento que lleva a emitir sanciones de tal grado de diferencia a dos operadores regulados bajo la misma norma y que cometieron el mismo tipo de infracción; considerando además que en el caso de la sanción a la AFP Previsión (sic) la infracción nunca se subsanó y en el caso de nuestra Asociación la infracción sí fue subsanada.

Los criterios aplicados de forma disímil en ambas Resoluciones Administrativas evidencian que la APS actuó con desproporción en la aplicación de la normativa, de forma perjudicial para nuestra Asociación, mostrando claros elementos de discriminación deliberada.

En base a lo anterior y en apego al Art. 66 de la Ley N° 2341 del Procedimiento Administrativo y del Art. 52 y siguientes del D.S. 27175, pedimos respetuosamente a usted proceda con la remisión al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros de los antecedentes correspondientes a la Revocatoria de la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 779-2013 de fecha 22 de agosto de 2013, para que el mencionado Viceministerio se pronuncie en relación a este Recurso Jerárquico..."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, que implica que debe verificarse la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

Mediante nota APS/DFP/3252/2013 de 26 de febrero de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, comunicó a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**, que se iba a proceder con la fiscalización referida a primeros pagos de Renta Dignidad, del periodo comprendido entre el 1 de febrero al 31 de mayo de 2012.

Producto de las observaciones encontradas en la fiscalización, con nota APS/DJ/DFP/5653/2013 de 22 de mayo de 2013, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, notificó a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**, con los siguientes cargos:

- **CARGO N° 1.-**

Por incumplimiento al artículo 11° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008, toda vez que la Asociación Accidental La Vitalicia - BISA SAFI digitalizó fuera de plazo un total de ochenta y ocho (88) Primeros Pagos de Renta Dignidad.

- **CARGO N° 2.-**

Por incumplimiento al artículo 11° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008, al haberse identificado treinta y un (31) casos que la Asociación Accidental La Vitalicia – BISA SAFI, no digitalizó la documentación de los Primeros Pagos de la Renta Dignidad.

- **CARGO N° 3.-**

Por incumplimiento a lo dispuesto en el inciso b) del artículo 19 de la Resolución Administrativa/SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008, toda vez que en dos (2) pagos de Renta Dignidad, la documentación adicional, Certificado de Nacimiento y Certificado de Matrimonio del NUB 000001187 y Certificado de Matrimonio del NUB 000001348, no cuentan con la firma y/o huella digital del Beneficiario.

Una vez presentados los descargos por la Entidad Gestora, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/N° 571-2013 de 24 de junio de 2013, sancionó a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**, en cuanto al **Cargo N° 1** con una multa de \$us4.000,00 (Cuatro Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), por infracción a lo establecido en el artículo 11° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de 2008; en cuanto al **Cargo N° 2**, con una multa de \$us 4.000,00 (Cuatro Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), por incumplimiento al artículo 11° de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 546 de 02 de julio de

2008, y respecto al **Cargo N° 3** sancionó con amonestación, por incumplimiento al inciso b) del artículo 19 de la Resolución Administrativa SPVS/IP N° 062 de 21 de enero de 2008.

En fecha 24 de julio de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI** presentó Recurso de Revocatoria, el cual ha merecido la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 779-2013 de 22 de agosto de 2013, que confirma totalmente la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 571-2013 de 24 de junio de 2013, centrándose en el Cargo N° 2.

Mediante nota AA.GG.-9522/2013 de fecha 11 de septiembre de 2013, la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**, interpone Recurso Jerárquico limitando su impugnación únicamente al Cargo N° 2, sin polemizar las sanciones por los Cargos N° 1 y 3, por lo tanto el presente análisis sólo se circunscribirá a determinar si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha actuado conforme a derecho, al sancionar con gravedad leve a la Entidad Gestora con el Cargo N° 2.

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Conforme se tiene señalado en el numeral anterior, la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, efectuó la fiscalización a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**, de los primeros pagos de Renta Dignidad, por el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 2012 y el 31 de mayo de 2012, en el que se identificó que la Entidad Gestora no digitalizó la documentación de treinta y un (31) Primeros Pagos de Renta Dignidad, en el plazo máximo de noventa (90) días calendario, computables a partir de la fecha en que se realizó el pago, en consecuencia, cataloga y aplica una sanción correspondiente a gravedad leve.

En el Recurso Jerárquico, la recurrente alega que la sanción aplicada en su contra a través de la Resolución Administrativa APS/DJ/N° 571-2013 es desproporcionada en comparación a infracciones de similar o mayor gravedad que hubiese ocurrido con otros operadores, asemejándola con la sanción establecida en la Resolución Administrativa APS/DJ N° 636-2012 de 21 de agosto de 2012, en contra de BBVA Previsión AFP S.A., ambas resoluciones pronunciadas por la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

De la revisión realizada al expediente de autos, se tiene que la sanción impuesta en el Cargo N° 2 a la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI** mediante Resolución Administrativa APS/DJ/N° 571-2013 de 24 de junio de 2013 y la sanción impuesta en el Cargo N° 3 a BBVA Previsión AFP S.A. mediante Resolución Administrativa APS/DJ N° 636-2012 de 21 de agosto de 2012, se basan en dos artículos diferentes de la Resolución Administrativa SPVS/IP/N° 546/2008 de 2 de julio de 2008, artículo 11 y artículo 6, respectivamente.

Sobre el particular, si bien la infracción cometida por la Entidad Gestora y BBVA Previsión AFP S.A. por la falta de digitalización es similar y se detectó un menor número de Boletas de Pago no digitalizadas (treinta y un (31) pagos de Renta Dignidad), frente a las cincuenta y tres (53) boletas no digitalizadas por BBVA Previsión AFP S.A., es evidente que la diferencia detectada refiere a las gestiones realizadas por ambas entidades, toda vez que en el presente caso, no existe ningún descargo que demuestre que la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL**

LA VITALICIA – BISA SAFI haya efectuado alguna acción para realizar el registro digital de la documentación de los treinta y un (31) pagos de Renta Dignidad, dentro el plazo establecido en normativa vigente, no obstante que las mismas se encontraban en poder de la Entidad Gestora y recién en fecha 4 de abril de 2013, una vez notificada con las observaciones de la fiscalización realizada por la Entidad Reguladora, procedió a digitalizar la documentación de las boletas de pago omitidas.

Que dicho ello, se tiene que tal situación incide en la gravedad de la infracción (leve o levísima), en tal sentido la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ/Nº 571-2013 de 24 de junio de 2013, determinó que:

“...en cuanto a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción que se aplica:

- a) Constituye negligencia el hecho de ignorar el término para la digitalización de los Primeros Pagos de la Renta Dignidad que bien conoce el regulado y reaccionar sólo cuando la Entidad Reguladora se lo recuerda.*
- b) Ante la conducta negligente del regulado al no proceder con la digitalización se produce una alteración del curso regular y normado de los procedimientos de pago, administración, regulación y fiscalización aunque se aprecia la ausencia de daño económico a los Beneficiarios o al FRUV.*
- c) No habiéndose sancionado, en otras gestiones, la falta de digitalización a la Entidad Gestora, el análisis de reiteración no aplica.*

Asimismo, se advierte que la conducta del regulado es preterintencional en el sentido de que éste no digitalizó los Primeros Pagos de la Renta Dignidad y resultado de su conducta se afecta el nivel de calidad con pocos errores o sin errores que se espera de la Administración del Pago de la Renta Dignidad; además, esa administración se hace ineficiente y contraría los objetivos del sistema. Sin embargo, como en el caso anterior, tampoco se identifica daño económico por lo que corresponde aplicar una sanción correspondiente al grado de leve...”

Asimismo, en la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/Nº 779-2013 de 22 de agosto de 2013, la Entidad Reguladora, señala que:

“...la Asociación Accidental afirma en sus descargos con nota AA.GG.- 5650/2013 de 10 de junio de 2013:

“Informamos que una vez notificada la nota APS/DFP/3258/2013 de fecha 28 de marzo de 2013 y con el fin de subsanar la observación se procedió al escaneo de los registros observados, como se puede comprobar mediante consulta al sistema Alfresco”.

*De la transcripción anterior se determina entonces que los **documentos sí estaban en su poder, pero no se digitalizaron a tiempo** y eso es **negligencia**.*

“ negligencia.

(Del lat. negligentia).

1. f. Descuido, falta de cuidado.

2. f. Falta de aplicación.

Real Academia Española”

Y en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas:

“NEGLIGENCIA. Omisión de la diligencia (v.) o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas, en el manejo o custodia de las cosas y en el cumplimiento de los deberes y misiones. //Dejadez. //Abandono. //Desidia. //falta de aplicación. //defecto de atención. //Olvido de órdenes o precauciones. //Ejecución imperfecta contra la posibilidad de obrar mejor.”

Es evidente la aceptación manifiesta que la documentación estaba en poder de la Entidad Gestora por lo que expresamente asume la responsabilidad de no haber digitalizado los pagos de la Renta Dignidad en el plazo señalado en la norma vigente...”

Previo al análisis, corresponde señalar que el daño económico, se constituye en una consecuencia y en una causal de agravante de toda acción antijurídica cometida, que influye en la imposición de la sanción; en el caso de autos, se tiene que el órgano de regulación determinó que la conducta de la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI** recae en el campo de la negligencia, que si bien no ocasionó daño económico a los Beneficiarios ni al Fondo de Renta Universal de Vejez, la ausencia de éste, no exime de responsabilidad a la Entidad Gestora por contravenir una determinada disposición legal administrativa vigente, toda vez que, si la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, no hubiese detectado y observado que la documentación de las treinta y un (31) Boletas de Pago se encontraban sin digitalizar conforme dispone la normativa de la materia correspondiente, las mismas se encontrarían sin escanear, ocasionando infracción a la normativa a la cual está obligada a cumplir y claro tal como argumenta la Entidad Reguladora, afectando al nivel de calidad que se espera de la Administración del Pago de la Renta Dignidad.

Queda claro entonces que la conducta de la **ASOCIACION ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI** a momento de cometer la infracción, fue culpable por **negligencia en su deberes**, sobre los cuales tiene conocimiento, por lo que pudo o debió prever el resultado de su omisión, para evitar un proceso sancionador a futuro, siendo por lo tanto dicha conducta estrictamente atribuible a la Entidad Gestora y no a factores externos que podrían haberla eximido de la responsabilidad.

Que en cuanto al Régimen de Sanciones, el Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamentario a la Ley de Pensiones, determina lo siguiente:

“...Artículo 286. (CALIFICACIÓN DE GRAVEDAD). Las sanciones se calificarán por la Superintendencia, en base a los siguientes criterios:

(...)

c) Gravedad leve; cuando la infracción o los actos u omisiones, hayan sido provocados de manera **preterintencional y en el resultado no exista el beneficio propio o de Personas Relacionadas al infractor.**

d) Gravedad levísima; cuando la contravención haya sido causada **sin intencionalidad y no exista daño** para los Fondos, para las AFP, para el mercado donde actúen, para los beneficios del SSO y en general para ningún Afiliado.”

(Las negrillas son insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Asimismo, conforme lo establece la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, en cuanto al Principio de Proporcionalidad para la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, ésta debe someterse a su vez a criterios de graduación, considerándose la existencia, entre otros, de intencionalidad, culpa, negligencia, imprudencia.

Nótese que en la sanción de gravedad leve, uno de sus elementos constitutivos es la preterintencionalidad, ocasionada en este caso por una intención voluntaria de omitir la digitalización de la documentación de las treinta y un (31) Boletas de Pago en el plazo establecido, pese a que la recurrente tenía en su poder la documentación y conocía de su obligación establecida por norma, actitudes que recaen en desatención negligente y hacen que la conducta se encuentre dentro de los parámetros de gravedad leve establecida por ley, por lo tanto, al constituir en negligencia en el cumplimiento oportuno de sus deberes, dicha omisión no puede situarse en el grado de sanción levísima, ya que ésta exige que la contravención sea causada sin intencionalidad, lo cual no ocurrió en el caso de autos tal como argumenta la recurrente.

Por lo que la sanción aplicada no se ha debido a la discrecionalidad de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, sino que la sanción ha sido orientada a las circunstancias del caso, consistentes en la gravedad y trascendencia del hecho, determinando una multa establecida dentro de los parámetros del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, cumpliendo de esta forma con los criterios de proporcionalidad normadas.

Por último, aclarar a la **ASOCIACION ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI** que el recurso jerárquico, tiene atribuida una competencia para revisar los criterios de legalidad, que se habrían dado para la sanción y no así determinar el monto de la misma ni pronunciarse respecto a que si ésta debería ser mayor o menor debido a que dicha atribución es delegada por ley a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros.

Por todo el análisis realizado precedentemente, no corresponden los argumentos expuestos por la recurrente, en relación a que la sanción impuesta mediante Resolución Administrativa APS/DJ N° 571-2012 de 24 de junio de 2013, es desproporcionada en comparación a la infracción cometida por BBVA Previsión AFP S.A., toda vez que como se señaló precedentemente, la negligencia cometida por la **ASOCIACION ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**, ocasionó que la Entidad Reguladora califique la infracción con gravedad leve, no existiendo por lo tanto una desproporción en la sanción impuesta, ya que tal como señala la

Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, mediante Resolución Administrativa APS/DJ N° 636-2012 de 21 de agosto de 2012, si bien BBVA Previsión AFP S.A. no digitalizó las Boletas de pago, realizó gestiones para la recuperación de las mismas, contrario al caso de autos, que la **ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI**, contaba en su poder con las Boletas de Pago y no realizó la digitalización conforme lo señala la norma.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ha hecho un correcto análisis de la norma, habiendo cumplido con los elementos esenciales del acto administrativo en cuanto se refiere al objeto, la motivación y la fundamentación del mismo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43, inciso a), del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá CONFIRMAR la resolución impugnada.

POR TANTO:

El Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa APS/DJ/DFP/N° 779-2013 de 22 de agosto de 2013 que, en Recurso de Revocatoria, confirmó la Resolución Administrativa APS/DJ N° 571-2012 de 24 de junio de 2013.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Lic. Luis Alberto Arce Catacora
MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

ESTADÍSTICAS

**RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS - UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA DE REGULACIÓN FINANCIERA - GESTIÓN 2013**

Nº	Entidad Recurrida	Recurrente	Resolución Ministerial Jerárquica	Fecha	Fallo de la Resolución
1	ASFI	FONDO FINANCIERO PRIVADO FORTALEZA S.A.	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 001/2013	23/01/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
2	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 002/2013	24/01/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
3	APS	LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 003/2013	24/01/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
4	APS	COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 004/2013	31/01/2013	ANULA
5	ASFI	LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ	MEFP/VPCF/Nº 005/2013	06/02/2013	CONFIRMA PARCIALMENTE
6	ASFI	BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 006/2013	13/02/2013	ANULA
7	ASFI	SANDRA GRISEL ASBUN DE ZALAQUETT	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 007/2013	14/02/2013	ANULA
8	APS	ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 008/2013	22/02/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
9	APS	LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 009/2013	28/02/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
10	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 010/2013	01/03/2013	ANULA
11	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 011/2013	01/03/2013	ANULA
12	ASFI	ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 012/2013	07/03/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
13	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 013/2013	01/04/2013	ANULA
14	APS	SEGUROS ILLIMANI S.A.	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 014/2013	08/04/2013	ANULA
15	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 015/2013	08/04/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
16	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 016/2013	08/04/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
17	ASFI	ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 017/2013	08/04/2013	ANULA
18	ASFI	SINCHI WAYRA S.A.	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 018/2013	16/04/2013	ANULA
19	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "SAN ANTONIO" LTDA.	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 019/2013	17/04/2013	ANULA
20	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO "JERUSALEN" LTDA	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 020/2013	17/04/2013	ANULA
21	ASFI	MONICA ZAPATA ARAMAYO	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 021/2013	17/04/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
22	ASFI	RONALD YURI RODRIGUEZ URQUIDI	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 022/2013	03/05/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
23	ASFI	ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO "EL PROGRESO"	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 023/2013	03/05/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
24	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP - BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 024/2013	10/05/2013	ANULA
25	ASFI	COMPAÑÍA MINERA ORLANDINI LTDA.	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 025/2013	10/05/2013	ANULA
26	APS	NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 026/2013	13/05/2013	ANULA
27	ASFI	SINCHI WAYRA S.A.	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 027/2013	03/06/2013	ANULA
28	ASFI	BANCO ECONÓMICO S.A.	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 028/2013	04/06/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
29	APS	LILIA AVILÉS DE CARVAJAL	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 029/2013	04/06/2013	ANULA
30	APS	NOEMY ENRIQUEZ SAUCEDO DE CAMPOS	MEFP/VPFSF/URJ-SIREFI Nº 030/2013	10/06/2013	REVOCA

Nº	Entidad Recurrida	Recurrente	Resolución Ministerial Jerárquica	Fecha	Fallo de la Resolución
31	APS	NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 031/2013	10/06/2013	ANULA
32	APS	NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 032/2013	10/06/2013	ANULA
33	APS	NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 033/2013	11/06/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
34	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 034/2013	14/06/2013	ANULA
35	APS	SEGUROS Y REASEGUROS "CREDINFORM" INTERNACIONAL S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 035/2013	14/06/2013	ANULA
36	ASFI	LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ	MEFP/VPT/SIREFI Nº 036/2013	14/06/2013	CONFIRMA
37	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 037/2013	14/06/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
38	APS	COMANDO DE INGENIERIA DEL EJERCITO	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 038/2013	24/06/2013	ANULA
39	ASFI	FONDO FINANCIERO PRIVADO "PRODEM" S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 039/2013	24/06/2013	ANULA
40	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO SOCIETARIA "VIRGEN DE COPACABANA" LTDA.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 040/2013	24/06/2013	ANULA
41	APS	LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 041/2013	03/07/2013	REVOCA TOTALMENTE
42	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 042/2013	04/07/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
43	APS	ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA BISA SAFI	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 043/2013	08/07/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
44	APS	SEGUROS ILLIMANI S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 044/2013	09/07/2013	REVOCA TOTALMENTE
45	ASFI	LUIS ARTEMIO LUCCA SUAREZ	MEFP/VPT/SIREFI Nº 045/2013	10/07/2013	CONFIRMA
46	ASFI	FEDERACIÓN BOLIVIANA DE COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO - "FEBOCAC"	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 046/2013	10/07/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
47	APS	NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 047/2013	15/07/2013	DECLARA CONCLUIDO EL PROCESO
48	APS	MIRIAN MARGOT TORRES ARMAS	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 048/2013	19/07/2013	ANULA
49	APS	MARCELINA ESPADA RIVERA	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 049/2013	23/07/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
50	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A. - FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 050/2013	23/08/2013	CONFIRMA PARCIALMENTE
51	APS	MARTHA EMILIA DOTZAUER DE ELLEFSEN	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 051/2013	10/09/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
52	ASFI	BANCO SOLIDARIO S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 052/2013	10/09/2013	ANULA
53	APS	SEGUROS ILLIMANI S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 053/2013	10/09/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
54	APS	LA BOLIVIANA CIACRUZ SEGUROS PERSONALES S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 054/2013	10/09/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
55	ASFI	GIOVANNA AURORA MARTINEZ ROYO, CARLA MICHEL BORDA, ROSARIO ARNEZ ZAPATA, IVAN SIMÓN COSSIO, MARCIA GISELA FERREL QUINTANA, LESLIE PADILLA DE REYES, OSCAR GARCÍA AROZQUETA Y MARCELO TERÁN GRANDI	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 055/2013	10/09/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
56	APS	FUTURO DE BOLIVIA AFP S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 056/2013	11/09/2013	ANULA
57	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 057/2013	11/09/2013	REVOCA PARCIALMENTE
58	APS	SAAVEDRA PACHECO CORREDORES DE SEGUROS S.R.L.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 058/2013	12/09/2013	ANULA
59	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 059/2013	23/09/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
60	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSP/URJ-SIREFI Nº 060/2013	23/09/2013	CONFIRMA TOTALMENTE

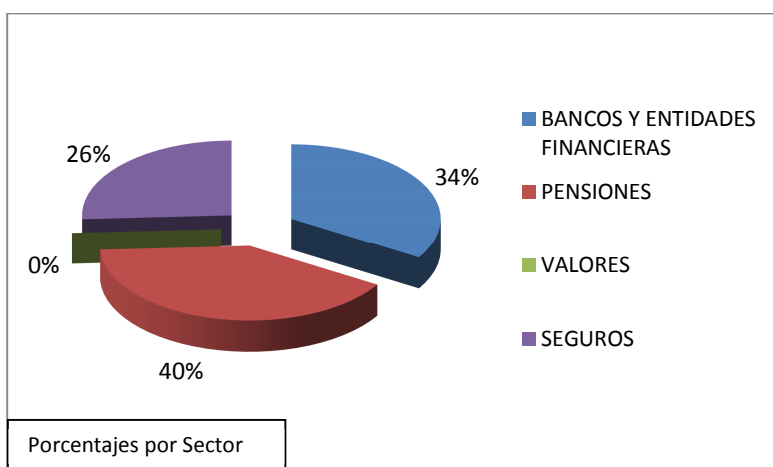
Nº	Entidad Recurrida	Recurrente	Resolución Ministerial Jerárquica	Fecha	Fallo de la Resolución
61	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 061/2013	27/09/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
62	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 062/2013	27/09/2013	ANULA
63	APS	ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 063/2013	08/10/2013	CONFIRMA PARCIALMENTE
64	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 064/2013	08/10/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
65	ASFI	RUBEN ANTONIO MARIANO GOMÉZ PEREIRA; CARLOS JAQUES DE GRANDCHANT SUÁREZ Y ASOCIACIÓN MUTUAL DE AHORRO Y PRESTAMO PARA LA VIVIENDA "LA PRIMERA"	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 065/2013	09/10/2013	ANULA
66	APS	SEGUROS ILLIMANI S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 066/2013	09/10/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
67	APS	SEGUROS ILLIMANI S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 067/2013	10/10/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
68	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 068/2013	10/10/2013	ANULA
69	APS	ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 069/2013	18/10/2013	ANULA
70	ASFI	RUBEN DARÍO MONTAÑO SALAZAR, HERNAN JORGE OVANDO Y BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 070/2013	21/10/2013	CONFIRMA PARCIALMENTE
71	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 071/2013	22/10/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
72	APS	ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 072/2013	23/10/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
73	APS	COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 073/2013	04/11/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
74	APS	COMANDO DE INGENIERIA DEL EJERCITO	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 074/2013	04/11/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
75	ASFI	FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 075/2013	06/11/2013	REVOCA
76	ASFI	SOCIEDAD INDUSTRIAL DEL SUR S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 076/2013	06/11/2013	ANULA
77	APS	BBVA PREVISIÓN AFP S.A. - FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 077/2013	19/11/2013	REVOCA TOTALMENTE
78	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 078/2013	19/11/2013	ANULA
79	ASFI	FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 079/2013	20/11/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
80	APS	NACIONAL VIDA SEGUROS DE PERSONAS S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 080/2013	27/11/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
81	ASFI	COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO FATIMA LTDA	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 081/2013	27/11/2013	REVOCA
82	APS	COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS CREDINFORM INTERNATIONAL S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 082/2013	27/11/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
83	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 083/2013	27/11/2013	REVOCA
84	ASFI	SINCHI WAYRA S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 084/2013	28/11/2013	ANULA
85	ASFI	BANCO UNIÓN S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 085/2013	28/11/2013	ANULA
86	APS	CONSEJEROS Y CORREDORES DE SEGUROS BOLIVIA S.R.L.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 086/2013	10/12/2013	ANULA
87	APS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 087/2013	16/12/2013	CONFIRMA TOTALMENTE
88	APS	SEGUROS Y REASEGUROS "CREDINFORM" INTERNATIONAL S.A.	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 088/2013	16/12/2013	REVOCA PARCIALMENTE
89	APS	ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA - BISA SAFI	MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 089/2013	17/12/2013	CONFIRMA TOTALMENTE

ASFI Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero
APS Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros

**RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
VPSF – URJ – SIREFI – GESTIÓN 2013**

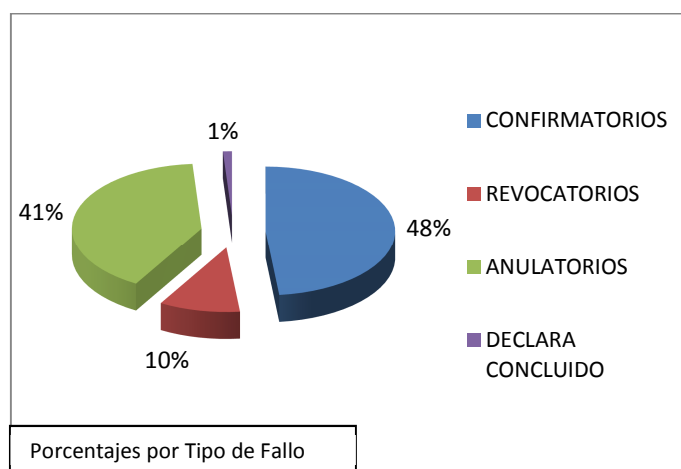
**RECURSOS JERÁRQUICOS POR SECTOR RESUELTOS POR
EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
GESTIÓN 2013**

ENTIDAD	TOTAL
BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS	30
PENSIONES	36
VALORES	0
SEGUROS	23
TOTAL	89



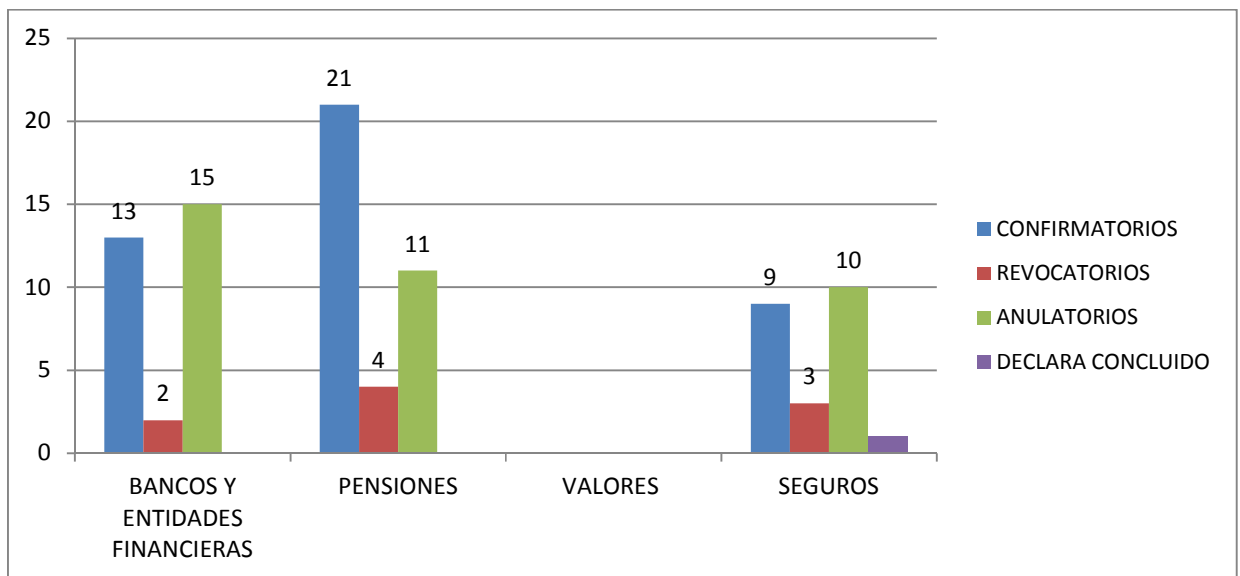
**TIPOS DE FALLO POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA
Y FINANZAS PÚBLICAS – GESTIÓN 2013**

FALLO	TOTAL
CONFIRMATORIOS	43
REVOCATORIOS	9
ANULATORIOS	36
DECLARA CONCLUIDO	1
TOTAL	89



**RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
VPSF – URJ – SIREFI – GESTIÓN 2013**

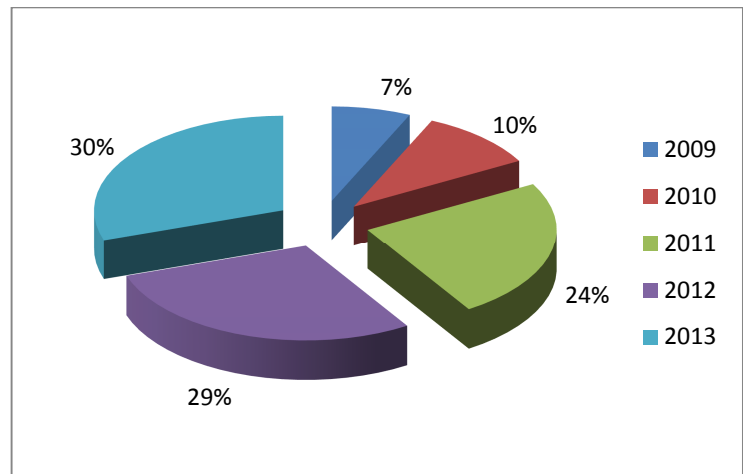
TIPO	BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS	PENSIONES	VALORES	SEGUROS	TOTAL
REVOCATORIOS	2	4		3	9
ANULATORIOS	15	11		10	36
DECLARA CONCLUIDO				1	1
TOTAL	30	36	0	23	89



**RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS EMITIDAS POR EL
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
DESDE LA GESTIÓN 2009 A LA GESTIÓN 2013**

**RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS
EMITIDAS**

GESTIÓN	TOTAL
2009	20
2010	30
2011	71
2012	85
2013	89
TOTAL	295



**RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS
RESUELTAS POR SECTOR**

ENTIDAD	GESTIÓN 2009	GESTIÓN 2010	GESTIÓN 2011	GESTIÓN 2012	GESTIÓN 2013	TOTAL
BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS	4	9	26	19	30	88
PENSIONES	9	11	32	35	36	123
VALORES	4	6	9	3	0	22
SEGUROS	3	4	4	28	23	62
TOTAL	20	30	71	85	89	295